

Actualités du droit européen des quotas de CO₂¹

UN NOUVEAU « PAQUET » LÉGISLATIF VISE, d'ici 2020, à réduire de 20% les émissions de gaz à effet de serre, à améliorer de 20% l'efficacité énergétique et à porter à 20% la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique de l'Union européenne.

Introduction

Le droit européen du changement climatique est en pleine expansion. L'importance de cet enjeu mondial est désormais confirmé par son inscription à l'article 191 TFUE. L'essor de ce droit est frappant durant la période analysée². En témoignent notamment la publication au *Journal officiel* du paquet législatif « Climat - énergie ». Celui-ci vise, d'ici 2020, à réduire de 20% les émissions de gaz à effet de serre (G.E.S.) par rapport à leur niveau de 1990, à améliorer de 20% l'efficacité énergétique et à porter à 20% la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique de l'Union européenne³.

Le système d'échange de quotas d'émission de G.E.S. est l'instrument le plus célèbre dans la politique européenne de lutte contre le réchauffement de la planète. Institué par la directive 2003/87/CE⁴, il impose aux entreprises concernées de compenser leurs émissions de G.E.S. par la restitution d'un nombre équivalent de quotas. Ce système, qui sera largement modifié dès 2013 (1), a connu une intéressante actualité jurisprudentielle (2) mais a également été la cible de plusieurs fraudes (3).

De nouvelles règles dès 2013

La directive 2009/29/CE modifiera profondément les règles gouvernant le système d'échange de quotas. Nous n'évoquerons que trois points : les entreprises et les G.E.S. concernés, les modes d'allocation des quotas et les fuites de carbone⁵.

A. — Les entreprises et les gaz

Les entreprises. — Le système d'échange de quotas ne concerne que les installations de cinq secteurs d'activités : l'énergie, la production et la transformation des métaux ferreux, l'industrie minérale, la fabrication de pâte à papier, ainsi que la fabrication de papier et de carton. À partir de 2012, le secteur aérien y sera également intégré⁶ (directive 2008/101/CE)⁷ et, dès 2013, la liste sera encore élargie (directive 2009/29/CE) : production d'aluminium primaire et secondaire, production de noir de carbone, production de glyoxal, production d'ammoniac, etc. Comme c'est le cas depuis 2005, certaines installations ne sont incluses qu'à la condition qu'elles atteignent un certain seuil de capacités de production ou de rendement. Ainsi, la production d'aluminium secondaire n'est prise en considération que si l'on exploite des unités de combustion dont la puissance calorifique totale est supérieure à 20 MW. À l'inverse, l'inclusion de la production d'aluminium primaire n'est pas conditionnée par de tels seuils. Une nouveauté doit, enfin, être mise en exergue : les États membres pourront décider de ne pas soumettre certaines petites installations (ainsi que les hôpitaux) au système d'échange de quotas. Cette exclusion ne sera possible que si les émissions de G.E.S. de ces installations ne dépassent pas 25.000 tonnes par an. En outre, si ces installations ont des activités de combustion, leur puissance calorifi-

que ne pourra pas excéder 35 MW. En contrepartie, ces installations se verront imposer des mesures équivalentes en termes de réduction des émissions de G.E.S., singulièrement par le biais de la fiscalité.

Les G.E.S. visés par la directive. — Depuis 2005, seules les émissions de CO₂ des secteurs d'activités concernés sont, en principe, prises en compte. Dès 2013, les émissions de deux autres G.E.S. seront incluses : les hydrocarbures perfluorés (émis lors de production d'aluminium primaire) et le protoxyde d'azote (émis lors de la production d'acide nitrique, d'acide adipique, de glyoxal et d'acide glyoxylique). Enfin, comme c'est le cas depuis 2005, les États membres disposeront de la faculté, offerte par l'article 24, d'intégrer d'autres secteurs d'activités et d'autres G.E.S. que ceux visés par la directive.

B. — Modes d'allocation des quotas

Les installations fixes. — Durant les deux premières périodes d'application du système d'échange de quotas (2005-2007 et 2008-2012), les quotas sont attribués suivant deux axiomes : d'une part, la quasi-gratuité⁸, d'autre part, la prise en compte des émissions historiques de l'installation dans le calcul du nombre de quotas qui lui seront alloués (méthode du *grandfathering*). En ce qui concerne les nouveaux entrants, les États membres ont généralement recouru à la méthode du *benchmarking* : le calcul des besoins en quotas est réalisé en fonction d'une valeur de référence (par exemple, les meilleures technologies disponibles). Le résultat de ces différents calculs sont regroupés dans un « plan national d'allocation » (P.N.A.) établi par l'État membre et soumis à l'approbation de la Commission. Ce P.N.A. précise, pour chaque installation, le volume de quotas qui lui est dédicacé pour la période 2008-2012. En application de ce P.N.A., l'État alloue annuellement une partie des quotas aux installations⁹.

(1) 1^{er} juin 2009 - 1^{er} janvier 2011.

(2) La présente contribution fait écho à notre précédente étude : C. Cheneviere et P. Nihoul, « Les règles européennes visant à lutter contre le réchauffement climatique », *J.D.E.*, 2009, p. 125. Sur le même sujet, voy. également N. De Sadeleer, « Le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre : entre ambition et prudence », *R.M.U.E.*, 4/2009, p. 703.

(3) Le paquet législatif « climat - énergie » comprend un règlement, quatre directives et une décision du Parlement européen et du Conseil (publiés au *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L 140, pp. 1 et s.). Parmi ces directives, mentionnons la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

(4) 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, *J.O.U.E.*, 25 octobre 2003, L 275, p. 32.

(5) Pour une analyse plus complète des règles applicables à partir de 2013, voy. C. Cheneviere, « Le marché européen des quotas de CO₂ », *Courrier hebdomadaire*, C.R.I.S.P., n° 2040, novembre 2009.

(6) L'inclusion du secteur aérien suppose de rattacher tous les exploitants d'aéronef (européens et non européens) à l'un des vingt-sept États membres pour garantir le bon fonctionnement du système d'échange de quotas. À cet égard, voy. le règlement (UE) n° 82/2010 de la Commission du 28 janvier 2010 modifiant le règlement (CE) n° 748/2009 concernant la liste des exploitants d'aéronefs ayant exercé une activité aérienne visée à l'annexe I de la directive 2003/87/CE à compter du 1^{er} janvier 2006 et précisant l'État membre responsable de chaque exploitant d'aéronefs, *J.O.U.E.*, 29 janvier 2010, L 25, p. 12.

(7) Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *J.O.U.E.*, 13 janvier 2009, L 8, p. 3. La High Court of Justice (Royaume-Uni) a posé, le 22 juillet 2010, quatre questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne relatives à la validité de la directive 2003/87/CE (telle que modifiée par la directive 2008/101/CE) au regard du droit international : affaire C-366/10 (*J.O.U.E.*, 25 septembre 2010, C 260, p. 9).

(8) Les États doivent allouer aux installations au moins 90% des quotas à titre gratuit au cours de la période 2008-2012.

(9) La Commission a approuvé le P.N.A. belge le 30 juin 2008 et les « Tables d'allocation » qui l'accompagnent

À partir de 2013, les quotas seront progressivement mis aux enchères : 20% des quotas en 2013, 70% en 2020 et 100% en 2027 (article 10bis, 11). Ces ventes devront être réalisées de manière ouverte, transparente, harmonisée et non discriminatoire (article 10, 4). L'État gardera pour lui le bénéfice qui s'en dégagera, mais au moins 50% de ces recettes devraient être utilisées en vue de réaliser l'une des fins mentionnées par la directive (article 10, 3). Les modalités pratiques des enchères sont définies dans le règlement n° 1031/2010 de la Commission¹⁰. Les quotas qui ne sont pas mis aux enchères sont alloués gratuitement (article 10, 1)¹¹. La méthode du *grandfathering* sera abandonnée. Les allocations se feront sur la base des différents *benchmarks* sectoriels que la Commission aura adoptés (article 10bis, 1). En outre, 5% du volume total de quotas seront alloués gratuitement aux nouveaux entrants (article 10bis, 7). Ces allocations gratuites pourront profiter à l'ensemble des secteurs d'activités. La directive ne connaît que trois exceptions : les producteurs d'électricité même s'ils sont nouveaux entrants (article 10bis, 7, alinéa 3)¹²; les installations de captage, de transport et de stockage du CO₂ (article 10bis, 3)¹³; et les installations qui ont cessé leurs activités ou dont l'autorisation d'émettre des G.E.S. a expiré ou a été retirée (article 10 bis, 19). Pour le 30 septembre 2011 au plus tard, chaque État membre établira et publiera la liste des installations concernées situées sur son territoire. Il y précisera le nombre de quotas qu'il entend leur allouer gratuitement. Ces différentes listes nationales devront, ensuite, être approuvées par la Commission. Si celle-ci refuse l'inscription d'une installation sur une liste nationale, aucun quota gratuit ne pourra lui être octroyé (article 11).

le 10 octobre 2008. Ces tables ont, par la suite, fait l'objet de différentes modifications acceptées pour la plupart par la Commission (décisions des 27 mars, 4 mai et 7 juillet 2009). La Région wallonne a introduit, devant le Tribunal de l'Union européenne, un recours en annulation contre la décision du 27 mars 2009 en ce que celle-ci rejette l'allocation de quotas au haut-fourneau 6 du groupe ArcelorMittal (requête du 17 juin 2009, affaire T-237/09, *Région wallonne c. Commission*, J.O.U.E., 15 août 2009, C 193, p. 27).

(10) Règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, J.O.U.E., 18 novembre 2010, L 302, p. 1.

(11) Pour l'année 2013, 2.039.152.882 quotas seront soit alloués gratuitement, soit mis aux enchères (décision n° 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010 adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE, J.O.U.E., 23 octobre 2010, L 279, p. 34).

(12) Des quotas gratuits seront néanmoins alloués : (1) pour la production d'électricité à partir de gaz résiduels (article 10bis, 1, alinéa 3); (2) pour le chauffage urbain et la cogénération à haut rendement s'il s'avère que d'autres opérateurs économiques émanant d'autres secteurs reçoivent des quotas gratuits pour la production de chaleur ou de froid (article 10bis, 4, et considérant 19 de la directive 2009/29/CE); (3) à la Lituanie pour compenser l'excédent d'émissions de G.E.S. qui pourrait être engendré à la suite de la fermeture de l'une de ses centrales nucléaires (article 10bis, 9 et 10); et (4) pour moderniser la production d'électricité (article 10quater).

(13) Certains projets commerciaux de démonstration pourront, toutefois, bénéficier de quotas gratuits (article 10bis, 8).

Le secteur aérien. — Dès 2012, le secteur aérien disposera de son propre volume de quotas. Celui-ci ne pourra pas dépasser, en 2012, 97% des émissions historiques du secteur. Le plafond sera abaissé à 95% pour la période 2013-2020 (article 3quater). Ce volume global — qui vaut pour l'ensemble de l'Union européenne — sera scindé en trois groupes : 15% des quotas seront mis aux enchères, 82% seront alloués gratuitement et 3% seront consacrés à la réserve spéciale pour les nouveaux entrants (articles 3quinquies à 3septies).

L'enveloppe de quotas devant être vendus aux enchères¹⁴ sera ventilée entre les États membres suivant une clé de répartition tenant compte de la part de chacun d'entre eux dans le total des émissions de l'aviation constatées en Europe durant l'année 2010. À l'instar du régime mis en place pour les installations fixes, l'État gardera pour lui le produit de la vente des quotas. Mais une partie devrait être dédiée afin de réaliser l'une des fins mentionnées par la directive (article 3quinquies). Les exploitants d'aéronefs pourront également solliciter l'allocation de quotas gratuits. Les demandes seront adressées aux États qui les transmettront à la Commission. L'allocation des quotas se fera suivant un *benchmark* déterminé, pour chaque État membre, par l'autorité européenne. Ce *benchmark* sera calculé en divisant le nombre total de quotas à allouer gratuitement par la somme des tonnes-kilomètres mentionnées dans les demandes des exploitants d'aéronefs¹⁵. Au plus tard fin 2011, les États membres rendront publiques les quantités de quotas qu'ils alloueront gratuitement à chaque exploitant d'aéronef pour l'année 2012 et pour la période 2013-2020 (article 3sexies). Enfin, une réserve spéciale sera constituée en vue de garantir l'accès aux quotas aux nouveaux entrants. Concrètement, 3% du volume total de quotas alloués pour la période 2013-2020 alimenteront cette réserve spéciale. Y auront, en principe, accès les exploitants d'aéronefs qui auront entamé leurs activités après le 31 décembre 2010, mais également les exploitants existants qui auront connu une augmentation annuelle d'activités supérieure à 18% entre 2010 et 2014. Pour bénéficier de ces quotas, les nouveaux entrants devront introduire une demande auprès de l'État membre responsable. Ces demandes seront transmises à la Commission. Avant la fin de l'année 2016, celle-ci établira le *benchmark* applicable pour l'allocation des quotas. Enfin, chaque État membre rendra publiques les quantités de quotas qu'il attribuera aux nouveaux entrants (article 3septies).

L'inclusion du secteur aérien suscite des difficultés institutionnelles en Belgique. En effet, la Région flamande affirme qu'elle est seule compétente pour allouer les quotas aux exploitants d'aéronefs utilisant les aéroports situés en Flandre¹⁶. Cette position pose problème à l'égard de l'aéroport de Bruxelles-National. S'il est vrai que cet aéroport se trouve bel et bien sur le territoire flamand, la loi spéciale du

8 août 1980 précise, néanmoins, que l'État fédéral est compétent pour son équipement et son exploitation¹⁷. La Région de Bruxelles-Capitale, rejointe par l'État fédéral, a introduit le 10 décembre 2009 un recours en annulation visant ledit décret devant la Cour constitutionnelle¹⁸. Peut-être les juges de la place Royale s'inspireront de l'avis du Conseil d'État (avis 47.860/VR/4), lequel suggère que la transposition de la directive 2008/101/CE devrait s'opérer au moyen d'un accord de coopération à conclure entre l'État fédéral et les Régions¹⁹. Suivant l'exemple flamand, la Région wallonne a toutefois décidé de passer outre cet avis²⁰.

C. — Les fuites de carbone

Les fuites de carbone sont les délocalisations d'entreprises européennes vers des pays tiers afin d'échapper aux obligations posées par la directive 2003/87/CE. En d'autres termes, afin de préserver leur compétitivité au niveau mondial, certaines entreprises pourraient être tentées de s'installer dans d'autres parties du monde en vue de ne plus supporter les coûts de production supplémentaires qu'engendre la mise en œuvre de l'*emission trading* européen. Pour contrer ces délocalisations, la directive a mis en place deux mécanismes correcteurs : les installations concernées se verront délivrer 100% de quotas gratuits (article 10bis, 12) et les États membres seront autorisés, pour une durée limitée, à les soutenir financièrement pour compenser les coûts liés aux émissions de CO₂ répercutés sur les prix de l'électricité (article 10bis, 6 de la directive 2003/87/CE et considérant 27 de la directive 2009/29/CE)²¹. La Commission a arrêté la liste des 164 secteurs ou sous-secteurs d'activités considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone²². On y retrouve les secteurs industriels classiques, mais aussi la fabrication de produits chimiques, à usage industriel, d'armes et de munitions, de vin, de concentré de tomates, etc. Si l'on fait abstraction du secteur électrique, 77% des installations fixes visées par la directive recevront la totalité de leurs quotas à titre gratuit en 2013 et 2014.

(17) Article 6, 1, X, 7°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434.

(18) Affaire n° 4831, *M.B.*, 29 janvier 2010, p. 4246.

(19) Projet de décret modifiant le décret du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du protocole de Kyoto, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl. w.*, sess. ord., 2009-2010, n° 215, p. 22.

(20) Décret du 6 octobre 2010 modifiant le décret du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du protocole de Kyoto, *M.B.*, 22 novembre 2010, p. 72028.

(21) Voy. aussi la communication de la Commission « Analyse des options envisageables pour aller au-delà de l'objectif de 20% de réduction des émissions de gaz à effet de serre et évaluation du risque de "fuites de carbone" », 26 mai 2010, COM(2010) 265 final.

(22) Décision de la Commission du 24 décembre 2009 établissant, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone, *J.O.U.E.*, 5 janvier 2010, L 1, p. 10.

2

Actualités jurisprudentielles

A. — Arrêts *Pologne c. Commission* et *Estonie c. Commission*²³

Selon le Tribunal de l'Union européenne, la lecture des articles 9 et 11 de la directive²⁴ indique clairement que les États membres sont seuls compétents d'une part, pour élaborer un P.N.A. précisant la quantité totale de quotas qu'ils envisagent d'allouer et la manière de les attribuer; et d'autre part, pour décider de la quantité totale de quotas qu'ils alloueront pour chaque période de cinq ans et pour lancer le processus d'allocation individuelle de ces quotas²⁵. Les juges européens ne relèvent que deux limites : l'élaboration du P.N.A. doit reposer sur des critères objectifs et transparents tels que ceux énumérés par la directive (article 9, 1 et annexe III) et lorsque la Commission décide de rejeter en totalité ou en partie un P.N.A., l'État membre ne peut prendre une décision au titre de l'article 11, 2, que si les modifications qu'il propose ont été acceptées par la Commission. Le Tribunal en conclut que les États jouent « un rôle central » dans la mise en œuvre du système d'échange de quotas et disposent, dès lors, d'une marge de manœuvre pour choisir les mesures qu'ils considèrent les mieux adaptées pour atteindre l'objectif fixé par la directive²⁶.

Quant aux pouvoirs de la Commission en matière de contrôle et de rejet des P.N.A., ceux-ci apparaissent « fort circonscrits »²⁷. La Commission est uniquement habilitée à vérifier la conformité des mesures prises par l'État membre avec les critères énoncés à l'annexe III et les dispositions de l'article 10 de la directive 2003/87/CE²⁸. Le Tribunal reconnaît, néanmoins, que lorsque l'exercice de ce pouvoir de contrôle des P.N.A. implique des appréciations économiques et écologiques complexes, la Com-

mission dispose, elle aussi, d'une marge d'appréciation.

Les juges européens dévient, cependant, à la Commission le pouvoir de remplacer la méthode d'analyse économique choisie par un État membre et les données que ce dernier a inscrites dans son P.N.A. par sa propre méthode d'analyse (appliquée à tous les États membres) et ses propres données. Un tel pouvoir nierait, en effet, la marge de manœuvre reconnue aux États membres²⁹. Selon le Tribunal, en substituant ses propres données à celles contenues dans le P.N.A., « la Commission ne s'est donc pas contentée [...] de comparer les données inscrites dans le P.N.A. avec les données qu'elle avait obtenues à partir de sa propre méthode d'évaluation [...] ». Au contraire, force est de constater que la méthode de contrôle des P.N.A. qu'elle a retenue revient, en pratique, à permettre à la Commission d'élaborer elle-même, de manière totalement autonome, son P.N.A. de référence et d'apprécier la compatibilité des P.N.A. notifiés, non au regard des critères énoncés dans la directive, mais, en premier lieu, au regard des données et des résultats obtenus à partir de sa propre méthode. [...] [L]a Commission n'était pas compétente pour remplacer les données inscrites dans le P.N.A. par ses propres données, obtenues sur la base d'une même méthode d'évaluation appliquée à tous les États membres »³⁰. Cette substitution était d'autant plus critiquable que la Commission, en contravention avec devenu 296 TFUE, n'avait pas motivé à suffisance sa décision d'écarter les méthodes d'analyse économique retenues par la Pologne. Il lui revenait d'expliquer en quoi ces méthodes étaient incompatibles avec les critères de l'annexe III et les dispositions de l'article 10 de la directive. Or les juges notent que, sans en donner les raisons précises, la Commission s'est bornée à constater que les données fournies n'étaient pas « fiables » et qu'elles n'avaient pas été vérifiées « de manière indépendante et cohérente »³¹. Dans un sens assez proche, dans l'arrêt *Estonie c. Commission*, le Tribunal juge que la Commission a violé le principe de bonne administration — qui lui impose d'opérer son examen avec soin et impartialité — dès lors qu'elle a mis en exergue de prétendues erreurs ou lacunes du P.N.A. estonien sans, toutefois, en prouver la matérialité³². Les juges européens estiment, en définitive, que la Commission excède ses compétences en fixant, au terme de son contrôle du P.N.A., le plafond de quotas pouvant être alloués par un État membre³³. Les décisions de la Commission relatives aux P.N.A. polonais et estonien ont donc été annulées.

B. — Arrêt *Arcelor*³⁴

Le recours introduit par le groupe Arcelor visait à faire, d'une part, annuler diverses dispositions de la directive, d'autre part, condamner

l'Union européenne pour le prétendu préjudice subi par cette entreprise en raison de la mise en œuvre de la directive 2003/87/CE.

Sans surprise au regard de la jurisprudence européenne, le Tribunal rejette comme irrecevable la demande d'annulation : Arcelor n'étant pas « individuellement » et « directement » concernée par les dispositions litigieuses comme l'exige l'article 263 TFUE³⁵. Quant à la demande en réparation, le Tribunal rappelle que celle-ci sera accueillie si trois conditions sont remplies : l'illégalité du comportement des institutions de l'Union, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué³⁶. Arcelor a avancé quatre moyens pour asseoir son recours.

Le premier moyen se fonde sur la violation du droit de propriété, de la liberté d'exercer une activité économique et du principe de proportionnalité. Le Tribunal n'y donne pas suite. Selon lui, les arguments de la requérante sont « très généraux », « vagues », « peu plausibles » et ne reposent sur aucune « preuve concrète ». Du reste, un éventuel préjudice ne trouverait pas sa source dans la directive mais dans les mesures de transposition adoptées par les États membres. Enfin, le Tribunal doute de l'éventuel dommage subi par Arcelor et pointe le fait que le sidérurgiste a, en 2006, dégagé un bénéfice de 101 millions d'euros par la vente de quotas excédentaires³⁷.

Le deuxième a trait à la violation du principe d'égalité de traitement. Ce moyen est subdivisé en deux branches : d'une part, le traitement inégal de situations comparables, d'autre part, le traitement égal de situations différentes. Sur la première branche, le Tribunal se contente de reproduire les motifs de l'arrêt *Arcelor Atlantique et Lorraine*³⁸. Quant à la seconde branche, les juges européens constatent que l'ensemble des secteurs visés par la directive se trouvent dans une situation comparable du point de vue de l'objectif général de protection de l'environnement par la réduction des émissions de G.E.S. et du principe du pollueur-payeur³⁹.

Le troisième évoque une violation de la liberté d'établissement, en ce sens que la directive ne prévoit aucune règle relative au transfert transfrontière des quotas alors que des législations nationales divergentes seraient susceptibles d'en entraver la circulation. Le Tribunal rappelle que le droit européen n'impose pas au législateur de l'Union de fournir une solution exhaustive et définitive ni même de procéder à une harmonisation complète des législations nationales afin de remédier aux entraves aux échanges entre les États membres. Cette position s'impose d'autant plus au regard du principe de subsidiarité. En outre, les États membres doivent respecter les libertés fondamentales du

(23) T.P.I.C.E., 2^e ch., 23 septembre 2009, aff. T-183/07, *Pologne c. Commission*, Rec., p. II-3395 et T.P.I.C.E., 7^e ch., 23 septembre 2009, aff. T-263/07, *Estonie c. Commission*, Rec., p. II-3463. La Commission a formé un pourvoi contre ces deux arrêts (aff. C-504/09 P et C-505/09 P). Sur ces décisions, voy. I.-S. Brouhns, « Allocation de quotas de CO₂ : les rôles respectifs des États membres et de la Commission européenne », R.E.D.C., 2/2010, p. 409.

(24) Les articles et annexes mentionnés dans la présentation de ces deux arrêts sont ceux de la version originelle de la directive 2003/87/CE et non ceux découlant des modifications apportées par la directive 2009/29/CE.

(25) L'arrêt *Pologne c. Commission* (points 113 à 117) valide également les ajustements *ex post*, c'est-à-dire les modifications apportées par un État membre à son P.N.A. en cours de période. Cette jurisprudence fut initiée par l'arrêt *Royaume-Uni c. Commission* (T.P.I.C.E., 23 novembre 2005, aff. T-178/05, Rec., p. II-4807, point 60).

(26) Points 85 à 88 de l'arrêt *Pologne c. Commission* et points 52 à 55 de l'arrêt *Estonie c. Commission*.

(27) Le Tribunal insiste lourdement sur cet aspect (points 36, 41 et 89 de l'arrêt *Pologne c. Commission*).

(28) Ce contrôle doit, en outre, être réalisé dans un délai de trois mois courant dès la notification à la Commission du projet de P.N.A. Si, au terme de cette période, aucune décision n'a été adoptée par la Commission, le P.N.A. devient définitif, bénéficie d'une présomption de légalité, et peut être mis en œuvre par l'État membre. Ce délai peut être suspendu si, lors de son contrôle, la Commission soulève des objections ou pose des questions à l'égard de certains aspects du P.N.A. notifié (points 32 à 47 de l'arrêt *Pologne c. Commission*).

(29) Points 75 et 79 de l'arrêt *Estonie c. Commission*.

(30) Points 100 à 120, spécialement 108 et 120 de l'arrêt *Pologne c. Commission*; points 63 à 94 de l'arrêt *Estonie c. Commission*.

(31) Points 135 à 154 de l'arrêt *Pologne c. Commission*.

(32) Points 109 à 112 de l'arrêt *Estonie c. Commission*.

(33) Points 121 à 131, spécialement 126 de l'arrêt *Pologne c. Commission*; points 60, 91 et 92 de l'arrêt *Estonie c. Commission*.

(34) Trib., 3^e ch., 2 mars 2010, aff. T-16/04, *Arcelor*, non encore publié au Recueil.

(35) Points 93 à 123.

(36) Points 139 à 145.

(37) Points 153 à 160.

(38) C.J.C.E., gde ch., 16 décembre 2008, aff. C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec., p. I-9895. Sur cet arrêt, voy. C. Cheneviere et P. Nihoul, *op. cit.*, p. 130; N. Van Aken, « Les relations tumultueuses entre l'*Emission Trading Scheme* et le principe communautaire d'égalité : mariage forcé ou divorce à l'amiable? », R.F.D.L., 4/2009, p. 479-493. Voy. aussi l'arrêt du Conseil d'État (fr.), 3 juin 2009, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, req. n° 287110.

(39) Point 170.

Traité. Il suffit aussi de se reporter à l'article 12 de la directive qui impose aux États membres de « s'assurer » que les quotas puissent librement circuler sur l'ensemble du territoire européen et qu'ils soient reconnus par les différentes autorités nationales⁴⁰. Enfin, par son dernier moyen, Arcelor soutient que la directive n'est pas suffisamment claire et précise dans la mesure où elle implique une charge financière considérable pour les entreprises qui les mettraient dans l'impossibilité de planifier leurs décisions économiques. Selon elle, le législateur européen aurait dû prévoir un plafond ou un mécanisme de contrôle pour le prix des quotas d'émission. Le Tribunal rejette cet argument qui remet en cause les fondements économiques mêmes du système d'échange de quotas. En effet, la directive est basée sur le postulat que les entreprises seront incitées à réduire leurs émissions de G.E.S. si le coût de cette réduction (par exemple, par l'investissement dans des moyens de production plus efficaces en termes de rendement énergétique) est moindre que le prix d'achat des quotas. Réglementer au préalable les prix des quotas amenuiserait, voire anéantirait, cette incitation et perturberait ainsi l'efficacité de ce système⁴¹. Ces moyens furent déclarés non fondés.

C. — Arrêt *Ville de Lyon*⁴²

Cet arrêt trouve sa source dans le refus de la Caisse des dépôts et consignations (C.D.C.) — qui est l'administrateur du registre français des quotas — de communiquer à la ville de Lyon les données relatives, d'une part, aux volumes de quotas vendus au cours de l'année 2005 par les exploitants de 209 sites de chauffage urbain français, d'autre part, à la date des transactions ainsi qu'à leurs destinataires (ci-après les « données transactionnelles »). Selon les autorités lyonnaises, ces informations leur étaient utiles, dans une optique comparative, pour la renégociation de la convention d'affermage d'un site de chauffage urbain.

La Cour entame son raisonnement en constatant une différence de rédaction entre les articles 17 et 19 de la directive. L'article 17 garantit que certaines informations, et notamment les décisions relatives aux allocations de quotas, sont accessibles au public. Pour ce faire, l'article 17 fait un renvoi explicite à la directive 2003/4/CE qui met en œuvre, dans l'Union européenne, la convention d'Aarhus⁴³. En revanche, l'article 19 relatif aux données transactionnelles ne renvoie pas à la directive 2003/4/CE. La Cour de justice en conclut que le législateur a voulu instituer « un régime spécifique et exhaustif de communication au public [des données transactionnelles] ainsi que de confidentialité de celles-ci »⁴⁴.

Certes, l'article 19 de la directive assure l'accès du public aux registres nationaux, mais ce droit n'est pas absolu et doit s'exercer dans le respect

des prescriptions du règlement n° 2216/2004⁴⁵. À cet égard, l'article 10 du règlement précise que les données transactionnelles sont considérées comme confidentielles à toutes fins autres que la mise en œuvre des exigences de ce règlement, de la directive 2003/87/CE ou de la législation nationale; et qu'elles ne peuvent être utilisées sans l'accord préalable du titulaire du compte concerné à des fins autres que celles inhérentes à la gestion et à la tenue des registres. La ville de Lyon n'entendait pas mettre en œuvre la directive 2003/87/CE (ou toute autre norme exécutant ou transposant cette directive) mais désirait se servir de ces données transactionnelles dans le cadre de la renégociation d'une convention d'affermage. La Cour de justice estime que, dans une telle hypothèse, ces informations doivent demeurer confidentielles. La ville de Lyon ne peut avoir accès qu'aux seules informations rendues publiques sur le site web du journal indépendant des transactions de l'Union européenne. Or, selon le règlement, les données transactionnelles ne sont rendues publiques sur ce site internet qu'à partir du 15 janvier de la cinquième année (X+5) suivant l'année (X) d'achèvement des transactions relatives aux transferts de quotas⁴⁶. Du reste, seul l'administrateur central (désigné par la Commission) — qui gère le journal indépendant des transactions — est compétent pour rendre publiques de telles informations. Les administrateurs de registres nationaux ont donc l'obligation de rejeter toute demande d'information relative aux données transactionnelles qui auraient été déposées auprès d'eux avant le terme du délai quinquennal. Après l'écoulement de celui-ci, il est loisible à chaque administrateur de registre national de faire écho aux informations rendues publiques par l'administrateur central ou de renvoyer au site internet de ce dernier⁴⁷. En l'espèce, le délai quinquennal n'avait pas encore expiré lorsque la ville de Lyon avait introduit sa demande d'accès aux données transactionnelles des exploitants de sites de chauffage urbain français.

3

Fraudes

T.V.A. — L'année 2009 a été marquée par la découverte d'importantes fraudes à la T.V.A. touchant le commerce des quotas. Selon Europol, ces fraudes auraient débuté au milieu de l'année 2008, auraient fait perdre près de cinq milliards d'euros à plusieurs États membres et auraient concerné, dans certains pays, 90% des

volumes de quotas échangés⁴⁸. Ces fraudes avaient pris la forme de carrousels à la T.V.A. Des fraudeurs achetaient des quotas exemptés de T.V.A. qu'ils revendaient à d'autres acteurs économiques (cette seconde opération étant, quant à elle, soumise à la T.V.A.). Les sommes correspondant à cette taxe étaient perçues par les vendeurs mais ceux-ci disparaissaient dans la nature et ne restituaient pas l'argent aux administrations fiscales. Pour contrer ces fraudes, le Conseil a adopté la directive 2010/23/UE⁴⁹. Celle-ci autorise les États membres à appliquer le « mécanisme de l'autoliquidation » pour le paiement de la T.V.A. sur les échanges de quotas. Concrètement, les États membres peuvent prévoir, pour une période minimale de deux ans et jusqu'au 30 juin 2015, que le redevable du paiement de la T.V.A. n'est plus le vendeur mais l'acquéreur des quotas. Ce dernier déclare et déduit simultanément la T.V.A. sans paiement effectif au Trésor⁵⁰. En contrepartie, les États qui recourent au mécanisme de l'autoliquidation sont astreints à des obligations d'information et de *reporting*. Ces informations permettront d'évaluer l'efficacité de ce mécanisme.

Phishing. — Le 28 janvier 2010, des cyberattaques ont visé les utilisateurs de registres nationaux. Ces utilisateurs ont reçu des courriels leur demandant d'accéder à un site internet se présentant faussement comme un site de la Commission et d'y saisir leurs code d'identification et mot de passe. Une fois munis de ces informations, les fraudeurs ont pu accéder aux comptes de ces utilisateurs et transférer les quotas qui y étaient détenus⁵¹. La découverte de ces pratiques frauduleuses a immédiatement entraîné la suspension des transactions à partir des comptes touchés. Depuis lors, la Commission a adopté le règlement (UE) n° 920/2010, précité, définissant des règles plus strictes en matière de vérification de l'identité des titulaires des comptes et des personnes sollicitant l'ouverture de tels comptes. Ce règlement arrête également des prescriptions pour renforcer la protection des registres contre les intrusions et facilite la communication d'informations aux autorités chargées de faire respecter la loi (services de police et du fisc, O.L.A.F. et Europol).

Délits d'initié et manipulations de marché. — L'article 12, 1^{er} bis, de la directive commande à la Commission d'examiner si le marché des quotas est suffisamment à l'abri des opérations d'initié ou des manipulations de marché et, le cas échéant, de présenter des propositions afin

(48) Communiqué de presse du 9 décembre 2009 « Carbon Credit fraud causes more than 5 billion EUR damage for European Taxpayer ».

(49) Directive 2010/23/UE du Conseil du 16 mars 2010 modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne l'application facultative et temporaire de l'autoliquidation aux prestations de certains services présentant un risque de fraude, *J.O.U.E.*, 20 mars 2010, L 72, p. 1.

(50) La Belgique a anticipé cette directive et applique le mécanisme de l'autoliquidation depuis le 18 janvier 2010 (arrêté royal du 10 janvier 2010 modifiant l'arrêté royal n° 1, du 29 décembre 1992, relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, *M.B.*, 18 janvier 2010, p. 2008; *err.*, *M.B.*, 7 mai 2010, p. 25565).

(51) Communiqué de presse de la Commission du 4 février 2010, « Échanges de quotas d'émission : la Commission prend des mesures face aux cyberattaques essayées par les titulaires de comptes SCEQE » (IP/10/125).

de l'assurer. La Commission a rendu publique son analyse le 21 décembre 2010⁵². Celle-ci est loin d'être alarmiste. La Commission a, néanmoins, décidé de lancer une étude approfondie afin d'examiner de façon plus détaillée la structure du marché du carbone et son niveau actuel de surveillance. Elle examinera également les implications, pour ce marché, de la révision de la législation financière et de l'introduction de dispositions législatives relatives aux marchés de l'énergie. Enfin, elle analysera la nécessité de présenter une proposition législative tendant à établir un régime de surveillance spécifique d'ici la fin de l'année 2011.

C

Conclusion

Le droit européen des quotas de CO₂ est en permanente évolution. La directive 2009/29/CE a largement modifié les règles gouvernant le système d'échange de quotas. Sur certains points, la réforme est radicale (passage de la gratuité des quotas à leur mise aux enchères, par exemple) et la complexité du système, loin de s'amenuiser, s'est accrue. Ce système doit (et devra) faire face à de nombreux défis : l'intégration du secteur aérien, le passage à la troisième période d'application (2013-2020), les fraudes qui y sont commises... D'autres enjeux se situent sur la scène internationale avec, au premier rang, la fin du *round* de négociation de l'après Kyoto (Accords de Copenhague, de Cancun et probablement de Durban en 2011). Un autre enjeu est celui de l'interconnexion du marché européen des quotas avec d'autres marchés du même type (article 25 de la directive)⁵³. À ce sujet, le Conseil « Environnement » a autorisé la Commission à entamer des négociations avec la Confédération helvétique sur la mise en relation des systèmes respectifs d'échange de quotas de l'Union européenne et de la Suisse⁵⁴.

Cédric CHENEVIÈRE(*)
et Paul NIHOUL(**)

(52) Communication de la Commission « Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission », 21 décembre 2010, COM(2010) 796 final.

(53) Communication de la Commission « Vers un accord global en matière de changement climatique à Copenhague », 28 janvier 2009, COM(2009) 39 final, p. 13.

(54) Communiqué de presse du Conseil du 20 décembre 2010, « L'U.E. devrait relier son système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre à celui de la Suisse » (18085/10).

(*) Université de Louvain, assistant à la Faculté de droit (CeDIE) et à l'Institut d'études européennes, Belgique. Les commentaires peuvent être adressés à cedric.cheneviere@uclouvain.be.

(**) Professeur à l'Université de Louvain, Belgique et à l'Université de Groningen, Pays-Bas. Les commentaires peuvent être adressés à paul.nihoul@uclouvain.be.

Arrêt « Lidl » : les critères pris en compte pour examiner la licéité d'une publicité comparative

LES CONDITIONS pour la licéité d'une publicité comparative sont interprétées dans un sens favorable à l'usage de cette technique de marketing, la Cour considérant qu'une comparaison met en évidence les avantages des produits concernés et augmente ainsi la concurrence.

L'arrêt rendu le 18 novembre 2010 par la Cour de justice dans l'affaire *Lidl*¹ s'inscrit dans la lignée des décisions antérieures relatives aux conditions auxquelles doit satisfaire une publicité comparative afin de pouvoir être considérée comme licite². Établies par la directive 84/450/CEE telle que modifiée par la directive 97/55/CE³, ces conditions sont interprétées par la Cour dans un sens favorable à la publicité comparative, laquelle est considérée comme permettant de mettre en évidence de manière objective les avantages de différents produits et d'ainsi favoriser la concurrence dans l'intérêt des consommateurs⁴.

Si la réponse donnée par la Cour à la question préjudicielle posée pouvait paraître évidente au regard de sa jurisprudence antérieure, l'arrêt a le mérite de rappeler au juge national les critères à prendre en considération dans l'examen de la licéité d'une publicité comparative telle que celle en cause dans la présente affaire.

1

Les faits et la question préjudicielle

Le litige au principal devant la juridiction française concerne deux sociétés exploitant des supermarchés, à savoir la société *Lidl* s.n.c. et la société *Vierzon Distribution* s.a. Cette dernière, commercialisant ses produits sous l'enseigne *Leclerc*, mena en 2006 une campagne publicitaire qui comparait des tickets de caisse énumé-

rant un certain nombre de produits et leurs prix respectifs achetés, entre autres, dans le magasin appartenant à *Vierzon Distribution* et dans celui exploité par *Lidl*. Le prix total de l'assortiment de produits en question laissait apparaître que le supermarché *Leclerc* était le moins cher.

À la suite de cette publicité, *Lidl* assigna la société *Vierzon* devant le tribunal de commerce de Bourges pour concurrence déloyale, en invoquant le non-respect des règles régissant la publicité comparative. La législation nationale reprenant presque mot pour mot la directive, le juge estima qu'une interprétation du texte européen était nécessaire pour résoudre le litige et décida de surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle à la Cour. Par cette dernière, la juridiction de renvoi demanda si les conditions d'admissibilité de la publicité comparative, établies notamment à l'article 3bis, § 1^{er}, a à c, peuvent s'appliquer de manière générale à un panier de produits alimentaires ou si, au contraire, les différences que présentent ces produits au regard de leur mode et lieu de fabrication, de leurs ingrédients et de l'identité de leur fabricant impliquent une variation sur les plans de leur comestibilité et du plaisir qu'on a à les consommer qui s'oppose dès lors à toute pratique publicitaire comparative sous l'angle du prix⁵.

2

Arrêt

À titre liminaire, il convient de rappeler que le fait que la comparaison porte sur un panier de produits ne pose pas de problème spécifique au regard de la licéité de la publicité. En effet, il relève de l'exercice de la liberté économique de l'annonceur de comparer des ensembles de produits, pour autant que les exigences de la directive soient satisfaites pour chaque produit pris individuellement⁶.

(5) Point 18 de l'arrêt.

(6) Arrêt du 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, Rec., p. I-3095, point 81; arrêt *Lidl Belgium*, loc. cit., point 36.