

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°272 du 10 janvier 2013

[Environnement] Questions à...

## Les activités aériennes peuvent être intégrées dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre — Questions à Carl Enckell, Avocat au barreau de Paris et fondateur du cabinet Enckell Avocats

N° Lexbase : N5115BTM

par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Réf. : CE 1° et 6° s-s-r., 6 décembre 2012, n° 347 870, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A4937IYI)

Dans un arrêt rendu le 6 décembre 2012, le Conseil d'Etat a considéré que les activités aériennes peuvent être intégrées dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Les juges du Palais-Royal indiquent, notamment, que les dispositions communautaires et nationales contestées n'instituent pas de différence de traitement entre les compagnies aériennes placées dans une situation comparable, toutes les compagnies qui assurent des vols au départ ou à destination de l'Union européenne étant soumises au même traitement. La circonstance que les compagnies qui exercent l'essentiel de leur activité sur le territoire de l'Union européenne soient davantage touchées par cette mesure ne saurait être regardée comme l'institution d'une différence de traitement de situations comparables. Les principes d'égalité et de libre concurrence sont donc sauvegardés. Pour revenir sur cette décision, Lexbase Hebdo — édition publique a rencontré Carl Enckell, Avocat au barreau de Paris et fondateur du cabinet Enckell Avocats, spécialisé en droit de l'environnement et de l'énergie.

**Lexbase :** Pouvez-vous nous rappeler en quoi consiste le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre mis en place par l'Union européenne ?

**Carl Enckell :** L'Union européenne est partie contractante à l'accord-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques en juin 1992 à Rio de Janeiro et au Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 (N° Lexbase : L6820BH3) qui en résulte. L'objectif de ce Protocole a été de réduire le total des émissions des gaz à effet de serre d'au moins 5 % par rapport au niveau de ces émissions pour l'année 1990 au cours de la période allant de 2008 à 2012. L'engagement global pris par l'Union et ses Etats membres au titre du Protocole de Kyoto portait sur une réduction totale des émissions de gaz à effet de serre de 8 % par rapport au niveau de ces émissions pour l'année 1990 durant cette période d'engagement.

Un élément de la stratégie de mise en œuvre de ces obligations est la Directive (CE) 2003/87 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 (N° Lexbase : L5687DL9), transposée dans le Code de l'environnement aux articles L. 229-5 (N° Lexbase : L1006IPX) à L. 229-19. Le système mis en place consiste à accorder aux opérateurs dans certaines branches de l'économie des droits limités d'émission de gaz à effet de serre. Ces derniers peuvent exercer ces droits ou les transférer à d'autres opérateurs si ceux-ci souhaitent rejeter des quantités plus importantes de gaz à effet de serre que celles qui leur sont dévolues. Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre peut ainsi s'avérer intéressant pour les opérateurs économiques. C'est un instrument de marché et non une taxe.

Il est entré dans une seconde phase à partir du 1er janvier 2013. Le nouveau système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE) implique désormais, notamment, un plafond européen unique -fixé à 21 % en deçà des niveaux de 2005— qui remplace les vingt-sept plafonds nationaux existants. Il intègre également de nouveaux gaz et de nouveaux secteurs d'application tels que l'aviation à partir de 2012, la pétrochimie, ou encore les secteurs de l'ammoniac et de l'aluminium.

C'est dans ce contexte que la France a adopté le décret n° 2011-90 du 24 janvier 2011, portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (N° Lexbase : L2361IP7) et l'arrêté du 26 janvier 2011, relatif à l'intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (N° Lexbase : L2910IPH) (GES). Ces textes ont été contestés devant le Conseil d'Etat par la société Air Algérie, ainsi que par l'International Air Transport Association (IATA).

**Lexbase : Le Conseil estime que la légalité du décret ne pouvait pas être contrôlée au regard des principes constitutionnels. Quelle est la raison invoquée ?**

**Carl Enckell :** L'un des moyens soulevés contre le décret et l'arrêté attaqués tenait à la méconnaissance du droit de propriété et celui de la liberté d'entreprendre reconnus comme principes à valeur constitutionnelle par une décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, relative aux lois de nationalisation (Cons. const., décision n° 81-132 DC, du 16 janvier 1982 N° Lexbase : A8037ACN). En effet, selon les requérants, l'élargissement du système de quotas d'émissions de GES au secteur aérien pénaliserait de manière très importante les compagnies aériennes sur le plan financier en les obligeant à acheter des quotas d'émission de CO2.

Mais le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour répondre à ce moyen car l'ordonnance du 21 octobre 2010, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement (N° Lexbase : L1990INZ). (ayant valeur de loi) fait "écran" entre les principes constitutionnels et les textes réglementaires contestés. Dès lors, contrôler la constitutionnalité du décret du 24 janvier 2011 et de l'arrêté du 26 janvier 2011 aurait conduit à contrôler la constitutionnalité de dispositions législatives du Code de l'environnement, et son article L. 229-5 (N° Lexbase : L1006IPX). Or, un tel contrôle relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, et non du Conseil d'Etat, dans le cadre de la procédure de question préjudicielle de constitutionnalité prévue à l'article 61-1 de la Constitution (N° Lexbase : L5160IBQ).

Tel n'était pas le cas dans la déjà complexe affaire n° 287 110 du 8 février 2007 (N° Lexbase : A2029DUP), dans laquelle le Conseil d'Etat a posé les principes articulant l'ordre juridique national et celui de l'Union européenne.

**Lexbase : La Haute juridiction décide que le décret n'est pas contraire aux Conventions internationales en la matière. Les arguments invoqués vous semblent-ils convaincants ?**

**Carl Enckell :** La question de la compatibilité entre la transposition en droit interne du système de quotas d'émissions de GES et les Conventions internationales est délicate, car les périmètres géographiques d'application se recoupent mais ne sont pas les mêmes, ce qui peut remettre en cause le principe de territorialité. Le Conseil d'Etat résout cette question en retenant que le système de quotas d'émissions de GES "*fait partie des lois et procédures applicables en France*" et qu'il ne s'applique pas aux vols internationaux survolant le territoire des Etats membres de l'Union européenne, mais seulement aux compagnie aériennes exploitant une ligne commerciale à l'arrivée ou au départ d'aérodromes situés sur le territoire d'un Etat membre.

Cette réponse n'est pas totalement explicite, car elle ne relève pas que les compagnies de pays tiers devront acheter tous leurs quotas d'émissions de GES alors que les compagnies installées dans les pays membres de l'Union européenne bénéficient, en principe, de quotas alloués au titre de la mise en place progressive de ce nouvel instrument de marché. La réponse est, cependant, de la plus parfaite orthodoxie car conforme à la jurisprudence européenne déjà rendue sur la même question. En effet, dans un arrêt de la Grande chambre du 21 décembre 2011 (CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-366/10 [LXB= A6905H8A]), la Cour de justice de l'Union européenne a déjà rejeté le recours de l'Air Transport Association of America et de plusieurs compagnies américaines dirigé contre la Directive (CE) 2008/101 du 19 novembre 2008, modifiant la Directive (CE) 2003/87 intégrant les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de GES (N° Lexbase : L5104ICZ), et qui avait

rendus furieuses les compagnies des pays tiers.

On rappellera que la secrétaire d'Etat américaine, Hillary Clinton, avait alors écrit une lettre à la commissaire européenne chargée du climat, Connie Hedegaard, avec copie au président de la Commission, José Manuel Barroso, au président du Conseil européen, Herman Van Rompuy, et à la ministre des Affaires étrangères de l'Union, Catherine Ashton, pour lui demander de "*renoncer*" à cette mesure, ou "*au moins de différer*" sa mise en œuvre sous peine de "*mesures appropriées*".

La Cour de justice de l'Union européenne a écarté, dans son arrêt du 21 décembre 2011, toute violation du droit international au motif que l'Union européenne a le droit d'exiger que "l'exploitant d'un aéronef restitue des quotas d'émission calculés au regard de l'ensemble du vol", y compris hors de l'espace aérien européen. Elle avait énoncé que "*le législateur de l'Union peut, en principe, faire le choix de n'autoriser l'exercice sur son territoire d'une activité commerciale, en l'occurrence le transport aérien, qu'à la condition que les opérateurs respectent les critères définis par l'Union*". Cette précédente décision de la CJUE couvre en quelque sorte l'arrêt du Conseil d'Etat, qui ne se prive d'ailleurs pas de la citer explicitement.

De même, les requérants faisaient valoir que des Conventions internationales (l'accord dit "ciel ouvert" conclu entre les USA et l'Union européenne mais aussi l'accord franco-algérien du 16 février 2006 ) prévoient d'exonérer le carburant de toute taxe alors que l'achat de quotas d'émission de GES devrait être regardé comme une taxe de transit prohibée. Mais le Conseil d'Etat juge, en reprenant, là encore, le raisonnement de la Cour de Luxembourg, que le système d'échange de quotas d'émissions de GES n'institue aucun prélèvement obligatoire assimilable à une taxe dans la mesure où il ne permet pas d'arrêter par avance un montant dû par tonne de carburant consommé sur la base d'un taux défini. Il est vrai que le principe du système d'échange des quotas de GES relève des "instruments de marché", beaucoup plus subtils que des taxes. Ces instruments permettent, notamment, à des entreprises de gagner de l'argent si elles sont vertueuses ou si elles spéculent sur les quotas octroyés. Mais ce raisonnement vaut en principe seulement pour les entreprises qui se font octroyer des quotas.

### **Lexbase : Finalement, les juges relèvent que le décret du 24 janvier 2011 n'a violé aucun principe général du droit de l'Union. Sur quels éléments fondent-ils leur position ?**

**Carl Enckell** : Pour écarter toute violation des principes généraux du droit communautaire (confiance légitime, égalité, libre concurrence et proportionnalité), les juges du Conseil d'Etat s'en sont, là encore, logiquement remis à l'arrêt de la CJUE du 21 décembre 2011, ainsi qu'à la Directive (CE) 2008/101 du 19 novembre 2008. Selon la Haute assemblée, des opérateurs économiques prudents et avisés devaient être en mesure de prévoir l'extension du système des quotas d'échange de GES au secteur aérien.

En revanche, le Conseil d'Etat exerce un contrôle restreint sur l'atteinte au principe de proportionnalité (entre la mesure et l'objectif poursuivi) et relève à ce titre, assez classiquement, qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier si la mesure arrêtée dans tel domaine était la seule ou la meilleure possible. A ce titre, également, les questions soulevées, auxquelles répond l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 2012, dépassent largement les frontières du simple contrôle de légalité et doivent se comprendre en prenant en considération un contexte de concurrence internationale impliquant principalement l'Europe, l'Amérique et l'Asie. C'est plutôt devant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) que de telles questions auront vocation à se régler.