

N° 383771
Ministre de l'écologie,
du développement durable
et de l'énergie c/ Société
Smurfit Kappa Papier recyclé France

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 27 janvier 2016
Lecture du 17 février 2016

CONCLUSIONS

Mme Suzanne von COESTER, rapporteur public

A la suite du protocole de Kyoto de 1997, les Etats membres de l'Union européenne ont fait le choix de mettre en œuvre leurs engagements en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre en recourant à un système d'échange de quotas d'émissions, organisé par la directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003.

Cette directive a été transposée par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004, qui a ajouté, au sein du chapitre IX du titre II du livre II du code de l'environnement une section 2 consacrée aux « Quotas d'émissions de gaz à effet de serre ».

Le principe est a priori simple : un certain volume de quotas est délivré pour l'année à chaque opérateur, à titre gratuit ; il doit les restituer au début de l'année suivante pour couvrir le volume effectif de ses émissions ; s'il s'avère que ses émissions ont dépassé ses quotas, il lui appartient d'acquérir des quotas supplémentaires sur le marché, ce marché étant alimenté par les quotas non utilisés par les entreprises qui ont réussi à réduire leurs émissions au-delà des objectifs assignés.

En pratique, l'allocation des quotas par l'Etat se fait en deux temps, ainsi qu'indiqué à l'article L.229-7 du code de l'environnement.

Dans un premier temps, l'Etat répartit les quotas entre les industries dans le cadre d'un plan national d'affectation des quotas, qui est quinquennal : il affecte à chaque exploitant des quotas d'émission pour une période de cinq ans, en se référant à ses émissions historiques mais en ajustant le montant alloué selon l'effort attendu. En vertu du IV de l'article L.229-8 : *« Le plan répartit les quotas d'émission entre les différentes installations mentionnées à l'article L. 229-5. Cette répartition tient compte des possibilités techniques et économiques de réduction des émissions des activités bénéficiaires, des prévisions d'évolution de la production de ces activités, des mesures prises en vue de réduire les émissions de gaz à effet de serre avant l'établissement du système d'échange de quotas ainsi que, le cas échéant, de la concurrence d'activités situées dans des pays extérieurs à la Communauté européenne. (...) »*

Ce n'est que dans un second temps que l'Etat délivre les quotas, pour l'année, à charge pour l'exploitant de restituer en fin d'année ceux qui ont été nécessaires à la couverture de des émissions effectives de ses installations.

L'allocation des quotas se fait donc au terme d'une procédure qui prévoit d'abord la répartition des quotas, donnant lieu à une affectation pour une période de 5 ans (avec une déclinaison annuelle), puis la délivrance des quotas sur une base annuelle.

Dans la présente affaire, c'est l'arrêté quinquennal qui est seul en cause.

La société Smurfit Kappa Papier Recyclé France exploite une usine comprenant des chaudières mais aussi une installation de cogénération, conjointement avec une autre société, l'entreprise Sethelec.

Les quotas qui lui ont été alloués dans le cadre du deuxième plan pluriannuel, en 2007, pour la période 2008-2012, tenaient compte des émissions nécessaires au fonctionnement de cette installation de co-génération, déclarés en 2002. Or, il s'est avéré que la société Sethelec avait elle aussi déclaré cette installation pour l'évaluation des émissions nécessaires à l'exploitation de ses propres installations.

Des quotas avaient donc été alloués aux deux exploitants pour une même installation. C'est pour corriger cette erreur que le ministre a pris en octobre 2008 un arrêté remplaçant celui de 2007 en modifiant le volume annuel de quotas affecté à la société Smurfit Kappa à compter du 1^{er} janvier 2010, pour la période restant à courir jusqu'en 2012.

Les décisions attaquées au contentieux sont deux décisions de juillet 2009 et février 2010 par lesquels le ministre a rejeté les recours administratifs de la société contre l'arrêté du 31 octobre 2008 et celui du 13 juillet 2009 fixant les quotas annuels pour la période 2010-2012.

Le tribunal administratif de Limoges et la cour administrative d'appel de Bordeaux ont fait droit à leur recours en excès de pouvoir, en croyant pouvoir faire application de votre jurisprudence C... du 6 mars 2009, n° 306084, par laquelle vous avez jugé, en Section, que l'administration ne peut retirer ni même abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits contre le gré de son bénéficiaire que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale.

A l'appui de son pourvoi, le ministre développe un unique moyen d'erreur de droit qui nous paraît fondé.

Le ministre ne conteste certes pas qu'il n'y a pas eu de fraude de la part de la société : le double compte des émissions de l'installation de cogénération est vraisemblablement imputable à une simple erreur de déclaration.

Or, dans le cas d'une décision au nombre de celles visées par votre jurisprudence C..., il n'est pas possible de rectifier d'éventuelles erreurs une fois la décision prise : c'était bien l'hypothèse dans laquelle se trouvait M. C..., inscrit au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes alors qu'il n'aurait pas dû bénéficier de la reconnaissance de ses diplômes.

Le ministre soutient que la décision d'affectation de quotas crée des droits seulement précaires, qui peuvent être remis en cause pour l'avenir.

La notion de « droits précaires » n'a à notre connaissance jamais été formalisée dans votre jurisprudence, mais elle est mentionnée dans des conclusions.

Nicolas Boulouis estimait dans ses conclusions sous la décision de Section du 14 mars 2008, *P...*, n° 283943, que la distinction entre actes créateurs de droits intangibles et actes créateurs de droits précaires était « fondamentale pour décrire le régime de l'abrogation des actes créateurs de droits ».

Cette distinction recouvre celle dessinée par Luc Derepas dans des conclusions de 2006 (20 décembre 2006, *M. S...*, n° 297166) :

« On peut considérer comme des droits acquis ceux dont l'attribution est définitive (...) Pour des raisons tenant à la nécessité de préserver les fins d'intérêt général de l'action administrative, vous avez reconnu également l'existence de décisions créatrices de droits non porteuses de droits acquis, autrement dit de décisions dont les destinataires peuvent se prévaloir dans leurs relations avec l'administration et avec les tiers pendant qu'elles produisent leurs effets, mais au maintien desquelles ils n'ont aucun droit. En tant que décisions créatrices de droit, elles ne peuvent être retirées que selon les conditions de la jurisprudence Ternon. En revanche les conditions de leur abrogation sont beaucoup plus souples : S., 6/11/02, O..., n°223041, p. 369. Appartiennent à cette catégorie les décisions qui par nature ne cristallisent pas la situation du requérant : les décisions provisoires, qui peuvent être abrogées à tout moment, ... les décisions conditionnelles, ... celles qui attribuent un avantage dont le maintien est subordonné aux conditions prévues pour son attribution. »

Cette distinction se retrouve peu ou prou dans le nouveau code des relations entre le public et l'administration (qui n'était pas applicable, mais nous le signalons pour mémoire) : l'article L.242-1 codifie vos jurisprudences *Ternon* et *C...*, l'article L.242-2 précisant que l'administration peut « sans condition de délai, abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie ».

Nous partageons l'analyse du ministre sur la nature particulière des décisions d'affectation de quotas, qu'il convient de distinguer de celles délivrant les quotas.

Cette différence résulte des termes mêmes de l'article L.229-7 : « Pour chaque installation bénéficiant de l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre, l'Etat affecte à l'exploitant, pour une période déterminée, des quotas d'émission et lui délivre chaque année, au cours de cette période, une part des quotas qui lui ont été ainsi affectés. »

Le plan quinquennal répartissant et affectant individuellement les quotas comporte certes une déclinaison annuelle. Mais c'est seulement au stade de la délivrance des quotas que les exploitants s'en trouvent titulaires : l'article L.229-15 dispose que les quotas qui leur sont « délivrés » sont des biens meubles négociables, transmissibles et qui peuvent être cédés « dès leur délivrance », en conférant des droits identiques à leurs détenteurs.

Tant que les quotas n'ont pas été délivrés, leur volume annuel tel qu'alloué par le plan quinquennal peut être revu, à la hausse ou aussi à la baisse, en vertu des articles R.229-11 à

R.229-18, pour prendre en compte la création d'une nouvelle installation, un changement notable de l'exploitation ou une mise à l'arrêt de l'installation. C'est dire que l'exploitant ne peut pas tenir les droits qui lui sont affectés comme « acquis ».

Il nous paraît donc erroné d'opposer l'impossibilité de modifier le volume annuel des quotas d'émissions figurant dans le plan quinquennal au motif que ce plan conférerait des droits acquis aux exploitants.

Il confère sans doute des droits, en ce qu'il encadre les arrêtés de délivrance des quotas annuels qui ne peuvent s'en écarter que dans les hypothèses prévues par les textes ; mais ce ne sont pas des droits acquis susceptibles de donner lieu à l'application de la jurisprudence C....

Le plan ne pouvait pas être retiré passé le délai de quatre mois, mais il pouvait bien être modifié – contrairement aux arrêtés annuels délivrant les permis.

Reste à savoir si cette modification était en l'espèce légale, ce qui pose une question distincte.

Les textes ne le prévoient certes pas, mais il nous semble que rien ne s'oppose à ce que le ministre rectifie l'évaluation des émissions de référence d'une installation et donc le volume des quotas qui lui sont alloués, pour tenir compte d'une erreur dans la déclaration par l'exploitant de ses émissions - fût-ce sans fraude, comme en l'espèce. Il paraît légitime de mettre fin à ce qui a vraisemblablement conduit à un enrichissement sans cause de l'exploitant, datant d'ailleurs du premier plan pluriannuel (voyez pour l'application de la notion d'enrichissement sans cause hors du contentieux contractuel : 19 juin 2013, *Société Bouygues Télécom*, n°358240, au recueil, à propos du remboursement d'une taxe illégale pour la seule fraction de l'imposition dont la restitution n'entraîne pas un enrichissement sans cause de la personne initialement astreinte au paiement de l'imposition).

Quoi qu'il en soit sur ce point, que vous pouvez laisser à l'appréciation de la cour, vous pourrez si vous nous suivez censurer l'arrêt attaqué, pour s'être fondé à tort sur la méconnaissance « des droits acquis qui résultent de la décision d'affectation de quotas à un exploitant ».

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Bordeaux et au rejet des conclusions tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.