

L'exécution du protocole de Kyoto en Belgique a mobilisé les Régions et l'État⁽¹⁾. La répartition des compétences fut mise à l'épreuve lors de la transposition de la directive 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 et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil»⁽²⁾. Mais ce n'est finalement pas un conflit institutionnel qui a justifié la saisine de la Cour d'arbitrage par *Cockerill* et *Arcelor*. C'est une question de fond liée à l'exécution de la directive par un décret wallon.

Cette directive est un des nombreux instruments communautaires de lutte contre le réchauffement climatique⁽³⁾. Contrairement au Protocole de Kyoto qui a un champ bien plus vaste, la directive ne s'adresse qu'à certains émetteurs de CO₂ : des sources fixes d'une taille importante et seulement dans les secteurs déterminés à son annexe I, soit environ 11.500 entreprises responsables de 46 % du total des émissions de CO₂ dans l'Union. Elle laisse donc volontairement en dehors de son champ d'application les sources mobiles, le transport, d'autres secteurs industriels, les sources fixes comme les bureaux et les habitations... A l'image du protocole de Kyoto, cette directive établit un système original de limitation absolue des rejets de CO₂ au cours d'une période donnée (*cap*). Cette limite est globale et collective. Les émetteurs assujettis doivent obtenir une autorisation d'émettre de type classique mais ils ne se voient pas assigner de limite d'émission individuelle. Il leur incombe seulement de couvrir leurs rejets vérifiés en se procurant des «quotas». Ces quotas seront disponibles sur un marché, les émetteurs assujettis y auront accès, la loi de l'offre et de la demande en fixera le prix.

Le nombre total des quotas accordés aux secteurs visés par la directive correspond à la quantité maximale des rejets licites de ces secteurs (la bulle du marché). Il doit traduire l'effort de réduction d'émissions que l'Union et les États membres veulent imposer à ces secteurs couverts par la directive afin d'infléchir la courbe des rejets de CO₂. Les rejets des autres secteurs viennent s'ajouter à ceux des entreprises visées par la directive 2003/87. Dans ces autres secteurs, un effort de réduction doit parallèlement être accompli. Les opérateurs des autres secteurs et les particuliers seront incités ou contraints à réduire leurs émissions par des voies de police et d'incitations plus classiques que celle du système des quotas. Il faut, en tout cas, que la somme des rejets de la bulle du marché et des rejets des autres secteurs ne dépasse pas la quantité maximale imposée à l'État par le Protocole de Kyoto et l'accord communautaire de partage de l'effort⁽⁴⁾. De 2008 à 2012, le Protocole de Kyoto impose un plafond (autre *cap*) à l'État et à l'Union dans son ensemble⁽⁵⁾. Des mécanismes flexibles de Kyoto permettent à leur tour aux États astreints à des plafonds Kyoto et à leurs entreprises de gonfler la bulle nationale Kyoto en se procurant des unités auprès d'autres États⁽⁶⁾. Cette période 2008-

2012 est la deuxième période de mise en œuvre de la directive 2003/87. Une première période de trois ans court depuis le 1^{er} janvier 2005. Les limitations qui sont imposées au cours de cette première période ne

(1) A ce sujet, D. MISONNE, «La directive 2003/87 relative au marché d'émissions et sa transposition en droit belge. Analyse préliminaire sous le prisme de la répartition des compétences», in *Verhandelbare emissierechten als klimaatbeleidsinstrument – L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat*, sous la dir. de F. MAES, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 101 et s. Nous remercions Mme MISONNE qui a bien voulu nous livrer ses réflexions sur une première version de ce texte. Nous en assumons bien entendu seul toutes les imperfections.

(2) *J.O.C.E.*, L 275/32 du 25 octobre 2003. Sur cette directive, not. M. PÂQUES, «Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne», *Am.-Env.*, Livraison spéciale 2003, pp. 29 à 45; Id., «La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne», *R.T.D.E.*, Paris, Dalloz, 2004/2, pp. 249 et s.; M. PÂQUES et S. CHARNEUX, «Le droit européen de l'environnement à l'heure de l'émission trading», *Les cahiers du Juriste*, Bruxelles, Bruylant, 2004/2; id. «Du quota d'émission de gaz à effet de serre», *Revue européenne de droit de l'environnement*, Limoges, Crideau, 2004/3, pp. 266 à 278; J. DE MULDER, «Richtlijn 2003/87/EG tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG. Een toelichting», *T.M.R.*, 2004/2, p. 138; V. SEPULCHRE, «Le protocole de Kyoto et la directive 2003/87: aspects juridiques et comptables des quotas d'émission de gaz à effet de serre», in *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 8, oct. 2005, pp. 241 et s.

(3) Pour un exposé de cette politique, M. PALLEMAERTS, «La Communauté européenne comme partie contractante au protocole de Kyoto», *Am.-Env.*, Livraison spéciale 2003, pp. 16 et s.; «Le cadre international et européen des politiques de lutte contre les changements climatiques», Bruxelles, Courrier hebdomadaire du CRISP, 2004, n^{os} 1858-1859; Communication de la Commission, du 9 février 2005, «Vaincre le changement climatique planétaire» [– Journal officiel C 125 du 21 mai 2005], <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28157.htm>. J. ANDERSON et I. SKINNER, «The European Union's Approach to Reducing Greenhouse Gas Emissions», *JEEPL*, 2005, pp. 92 et s. Parmi les instruments les plus récents, la directive 2006/40/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les émissions provenant des systèmes de climatisation des véhicules à moteur et modifiant la directive 70/156/CEE du Conseil, *J.O.C.E.*, L 161 du 14 juin 2006; Règlement (CE) n^o 842/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relatif à certains gaz à effet de serre fluorés, *J.O.C.E.*, L 161 du 14 juin 2006.

(4) Décision 2002/358/CE du Conseil du 25 avril 2002 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, *J.O.C.E.*, L 130 du 15 mai 2002; Sur ces documents, M. PALLEMAERTS, «De Europese Gemeenschap als verdragsluitende partij bij het Protocol van Kyoto», in *Verhandelbare emissierechten als klimaatbeleidsinstrument – L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat*, préc., pp. 6 et s.

(5) Sur la période postérieure, B. WITTNEBEN, W. STERK, H. E. OTT et B. BROUNS, «The Montreal Climate Summit: Starting the Kyoto Business and Preparing for post-2012», *JEEPL*, 2006, pp. 90 et s.

(6) Sur ces mécanismes, notre étude, préc. *R.T.D.E.*, 2004, sp. n^o 4 et réf. D. FREESTONE et C. STRECK (Eds.), *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto work*, Oxford, Oxford University Press, 2005. Adde T. LANGROCK et W. STERK, «The developing Market for CERs: Current Status and Challenges Ahead», *JEEPL*, 2005, pp. 101 et s.; B. WITTNEBEN, W. STERK, H. E. OTT et B. BROUNS, ét. Préc., *JEEPL*, 2006, pp. 90 et s.; I.-S. BROUHNS, «Aspects juridiques du commerce des quotas d'émission de CO₂», *Am.-Env.*, 2006, pp. 9 et s.

sont pas directement contraignantes au regard du protocole de Kyoto sinon en ce que celui-ci prescrit que les États doivent s'y préparer. Le risque d'un effort peu significatif n'est donc pas négligeable⁽⁷⁾.

Le principe de subsidiarité a justifié l'adoption de la directive 2003/87 mais il a en même temps conduit à laisser aux États membres la compétence de fixer eux-mêmes l'importance de leur bulle du marché, c'est-à-dire l'importance de l'effort qu'ils vont exiger des entreprises assujetties par la directive elle-même, sachant que le reste de l'effort sera nécessairement supporté par les autres secteurs. Ce choix s'exprime dans le plan national d'allocation des quotas. La Commission exerce sur ce plan un contrôle de tutelle dont l'objectif est d'abord de vérifier si le partage établi entre les entreprises du marché et les autres secteurs tient la route tracée par le protocole de Kyoto. Ce plan pourrait s'arrêter là.

Pourtant le droit communautaire n'a pas poussé jusqu'au bout la logique économique qu'il avait installée à la base du système de la directive 2003/87. En effet, la logique économique libérale invitait à laisser les entreprises se procurer leurs premiers quotas auprès d'un émetteur public par le jeu d'une mise aux enchères. C'était d'ailleurs la *first best option* d'organisation du système dans le chef de ceux qui en avaient conçu une première esquisse à la demande de la Commission⁽⁸⁾. Les choses auraient été très simples. Chaque entreprise ou acheteur admis appréciant exactement son propre intérêt et se procurant ce dont il a exactement besoin. L'on a préféré une solution plus douce ou plus dirigiste qui consiste à distribuer gratuitement les quotas aux entreprises émettrices en laissant toutefois une réserve pour les nouveaux entrants. La part possible de la mise aux enchères dans le lancement de la bulle du marché est réduite à 5 % maximum dans la première période, elle passe à 10 % dans la deuxième. Ce système de *grandfathering* est évidemment tout autre chose que celui de la mise aux enchères. Il est beaucoup plus compliqué et prête le flanc aux critiques que l'on fait habituellement à l'interventionnisme économique: manque d'information suffisante à disposition de l'autorité, risque de fausser les règles de concurrence et de créer des discriminations. Voici en effet que la directive met les administrations au défi d'apprécier les besoins respectifs des secteurs et des entreprises du marché afin de leur donner de quoi se développer en réduisant quand même leurs émissions. En outre cette méthode d'allocation prend presque nécessairement pour base les émissions antérieures assorties de coefficients de réduction. Aussi la directive contient des précisions sur l'élaboration du plan d'allocation des quotas: il doit être fondé sur «des critères objectifs et transparents incluant les critères énumérés à l'annexe III, en tenant compte des observations formulées par le public» (art. 9). On devine l'intensité du lobbying. Les opérateurs pourront toutefois choisir de rejeter moins et vendre alors les quotas reçus dont ils n'auraient pas besoin pour solder leur compte d'émissions. Ceux qui auront choisi d'émettre plus pourront acheter. Ce n'est qu'à ce stade que l'on entrera dans la logique de

marché qui requiert, comme chacun sait, la rencontre d'une demande et d'une offre. Pour rendre le marché plus vaste, il fut décidé que les quotas émis par un État circuleraient dans l'Union où ils auraient le même pouvoir libérateur. Pour étendre le nombre des acheteurs, la capacité d'acheter et de vendre du quota est étendue à toute personne physique ou morale qui se fait ouvrir un compte dans le registre national. En Belgique, il en coûte au moins 450 euros⁽⁹⁾. Pour augmenter la masse des liquidités, la *linking* directive⁽¹⁰⁾ permet la conversion en quotas communautaires des unités de réduction émises par application des mécanismes de projets du protocole de Kyoto.

Le fédéralisme belge fut mis à l'épreuve du réchauffement climatique. L'enjeu majeur était le partage de l'effort belge entre les régions. Il fut résolu par le compromis du 8 mars 2004 réalisé au sein du comité de concertation⁽¹¹⁾. L'exécution de la directive 2003/87 relève de la compétence fédérale ou régionale en fonction de la disposition à transposer⁽¹²⁾. Pour ce qui est de la distribution des quotas, la plupart des émetteurs tombent sous la juridiction régionale et quelques uns, seulement, relèvent du pouvoir fédéral⁽¹³⁾. La compétence de rédaction de plans d'allocation est partagée de la même façon. Autrement dit, la bulle du marché procède de la fusion de trois bulles régionales et d'une petite bulle fédérale. Il fut d'abord envisagé de régler par un accord de coopération l'adoption d'un seul plan national d'allocation des quotas. La section de législation du Conseil d'État y invita pour sa part⁽¹⁴⁾. Finalement, la méthode de la

(7) W. F. SPIETH et M. HAMMER, «The Implementation of the EU ETS Directive in the EU Member States in the Light of the German National Allocation Plan», *JEEPL*, 2005, pp. 112 et s. sp. p. 114.

(8) F. YAMIN et J. LEFEVERE, *FIELD Final Report: 'Designing Options for Implementing an Emissions Trading Regime for Greenhouse in the EC'*, February 2000, 53 pp. http://www.field.org.uk/climate_4.php, pp. 6 et 31.

(9) Article 8 de l'arrêté royal du 14 octobre 2005 relatif à la gestion du registre de gaz à effet de serre de la Belgique et aux conditions applicables à ses utilisateurs (*M.B.*, 21 octobre 2005). Accord de coopération du 23 septembre 2005 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'organisation et à la gestion administrative du système de registre normalisé et sécurisé de la Belgique conformément à la directive 2003/87/CE du parlement européen et du conseil et de la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, *Moniteur belge* du 14 octobre 2005.

(10) Directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, au titre des mécanismes de projet du protocole de Kyoto, *J.O.C.E.*, L 338 du 13 novembre 2004.

(11) Une présentation en est faite par D. MISONNE, ét. préc.

(12) Explication dans le plan national belge d'allocation des quotas (http://www.climat.be/pdfs/Plan_allocation_Belge_fr.pdf) et par D. MISONNE, ét. préc., pp. 101 et s.

(13) «Les Régions sont donc compétentes pour la délivrance des autorisations pour les émissions de gaz à effet de serre et l'établissement d'un plan d'allocation des quotas pour les installations situées sur leur territoire, à l'exception des installations de secours et de sécurité des installations nucléaires qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale», Plan national belge d'allocation des quotas du 23 juin 2004, préc., pp. 5-6.

(14) Projet de décret instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre *Doc. parl. Wall.*, SE 2007, 7/1, pp. 8 à 10.

juxtaposition de plans régionaux et d'un plan «national» fut retenue⁽¹⁵⁾. Le document, daté du 23 juin 2004, a reçu l'approbation de la Commission⁽¹⁶⁾.

C'est dans ce contexte que la Région wallonne adopte 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*»⁽¹⁷⁾.

Les requérantes *Cockerill* et *Arcelor* dirigent plusieurs moyens contre ce décret. Ils sont tous rejetés par la Cour d'arbitrage dans l'arrêt annoté du 7 juin 2006.

I. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE OU DU DÉCRET EST-IL DISCRIMINATOIRE?

Le premier moyen était pris de la violation par le décret de plusieurs droits fondamentaux et principes: non discrimination, droit de propriété, liberté du commerce et de l'industrie, sécurité juridique. Les requérantes estimaient que ces violations du droit constitutionnel tenaient à l'exécution de la directive 2003/87 dont la validité devait à son tour être examinée au regard du droit communautaire. Elles invitaient la Cour d'arbitrage à poser à la Cour de Justice des Communautés européennes une question préjudicielle portant sur la violation par la directive de ces droits et principes établis aussi en droit communautaire.

Le point le plus important était relatif au champ d'application de la directive. Nous avons souligné que celle-ci ne s'adresse qu'à certains secteurs énumérés à l'annexe I. Les requérantes voyaient dans l'exclusion de certaines activités en concurrence avec les leurs une discrimination préjudiciable (voir B.10). La Région wallonne s'était tenue à la transposition de l'annexe I. Il était donc possible de soutenir que la discrimination alléguée tenait au droit communautaire et ne pouvait être attribuée au législateur régional. Pourtant la Cour d'arbitrage décide d'écarter la question à poser à la Cour de Justice en imputant à une décision délibérée de la Région wallonne le champ d'application de la bulle du marché non explicitement défini par le décret, certes, et renvoyé aux arrêtés du gouvernement (art. 1). Comment cela est-il possible?

La Cour d'arbitrage a lu les considérants 15 et 16 de la directive ainsi que l'article 176 du Traité CE. Il est clair que la directive a été adoptée sur la base de l'article 175 du Traité et que le choix de ce fondement ouvre naturellement la voie de l'article 176 qui prescrit: «*Les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 175 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission*». Au considérant 15, le législateur européen envisage «*l'inclusion de nouvelles installations dans le système communautaire*» et le considérant 16 prévoit que la directive ne s'oppose pas au maintien ou à la création de systèmes d'échange nationaux réglementant les émissions de gaz à effet de serre (GES) provenant d'activités autres que celles de l'annexe I,

incluses à l'annexe I ou exclues temporairement du système communautaire. La Cour infère de ces dispositions que la Région wallonne avait la compétence d'étendre le champ d'application du système et que, pour cette raison c'est bien au législateur décentralisé que les griefs doivent être imputés et non à la directive. Elle est donc compétente pour les examiner⁽¹⁸⁾.

Ce raisonnement laisse perplexé. On aura observé que le considérant 15 ne donne des indications que sur l'extension du système *communautaire*, déjà envisagée dans la directive elle-même qui programme sa révision (art. 30)⁽¹⁹⁾. Quant au considérant 16, il est relatif aux marchés *nationaux*. Certains États membres en avaient en effet organisé au moment de l'adoption de la directive⁽²⁰⁾. Jamais la Région wallonne n'a eu l'intention de créer un marché national qui eût d'ailleurs, selon toute vraisemblance, excédé, au moins partiellement, sa compétence d'ordre interne. Jamais non plus, elle n'a exprimé l'idée qu'elle pourrait étendre le champ du marché communautaire mais qu'elle renonçait à le faire pour des raisons d'opportunité. La volonté d'alignement sur la directive est claire dans les travaux préparatoires⁽²¹⁾, la Cour d'arbitrage l'a relevé⁽²²⁾, et

(15) D. MISONNE, ét. préc., p. 111.

(16) Approuvé par la Commission le 20 octobre 2004 http://ec.europa.eu/environment/climat/pdf/belgium_final_fr.pdf

(17) *M.B.*, 2 décembre 2004.

(18) «B.12.3. Il en résulte que la directive 2003/87/CE n'empêche en aucune manière les États membres d'étendre à d'autres activités le champ d'application du régime établi de l'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre ou, à défaut, de prévoir des mesures fiscales appropriées. B.13. Dès lors que, contrairement à ce qu'allèguent les parties requérantes, la directive 2003/87/CE n'empêche en aucun cas le législateur décentralisé wallon d'étendre le champ d'application du régime relatif aux quotas d'émission de gaz à effet de serre à d'autres activités et que, partant, elle ne saurait être à l'origine des griefs imputés dans le premier moyen à la norme qui fait l'objet du contrôle par la Cour dans l'actuel recours, il ne peut être fait droit à la demande de poser la question préjudicielle que les parties requérantes formulent dans ce premier moyen, la question n'étant pas pertinente. Compte tenu du pouvoir d'appréciation qui est laissé par la directive au législateur décentralisé de la manière dont il doit transposer la norme communautaire, la validité des dispositions du décret entrepris doit être contrôlée au regard des seules dispositions invoquées au moyen».

(19) En ce moment, la Commission examine l'extension du système d'échange de quotas d'émission de GES au secteur du transport aérien qui n'est que partiellement sous le coup du protocole de Kyoto: Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 27 septembre 2005, intitulée: «Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique» [– Non publiée au Journal officiel], <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28160.htm>; Giving wings to emission trading Inclusion of aviation under the European emission trading system (ETS): design and impacts KvK 27251086 http://ec.europa.eu/environment/climat/pdf/aviation_et_study.pdf («The inclusion of aviation into the EU ETS could be achieved by amendment of the existing emissions trading Directive by means of co-decision procedure», p. 172); J. BARTON, «Tackling Aviation Emissions: the Challenges ahead», *JEEPL*, 2006, pp. 316 et s.

(20) Notre étude, *R.T.D.E.*, préc., n° 18.

(21) «Le présent projet de décret identifie le champ d'application du régime conformément à l'annexe I de la directive», Projet de décret instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre *Doc. parl. Wall.*, SE 2007, 7/1, p. 6.

(22) Motif B.14.

l'attribution d'une délégation au gouvernement ne permet pas de préjuger du contraire⁽²³⁾. Il semble même qu'il y avait un obstacle juridique à une telle démarche. En effet, la Cour d'arbitrage n'a pas égard à l'article 24, § 1^{er}, de la directive qui règle expressément l'extension unilatérale de champ d'application du marché à de nouveaux secteurs mais en subordonnant son admissibilité à deux conditions au moins que doit respecter l'État membre: une limite temporelle («à compter de 2008») et une approbation de la Commission. Celle-ci est chargée explicitement de «tenir compte» de l'impact de l'extension sur tous les éléments du système, du marché intérieur, des distorsions potentielles de concurrence, ce qui rend d'ailleurs cette action unilatérale bien éventuelle⁽²⁴⁾. L'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, autorise, à compter de 2005 mais sous la réserve de la même approbation, l'extension du marché à des entreprises des secteurs visés à l'annexe I mais qui n'atteignent pas les limites de capacités qui constituent les seuils d'application de la directive.

A notre connaissance, il n'y a pas d'autre voie d'extension unilatérale du champ d'application du marché communautaire que celle de l'article 24 ou de la modification de la directive. Par conséquent l'article 176 du traité ne peut être fonder une mesure d'extension unilatérale du champ d'application du marché dont le caractère de «mesure renforcée» au sens de l'article 176 demeurerait à vérifier. La directive soumet en effet la mesure en question à des conditions qui doivent être respectées. Jugerait-on même que cette limite créée à l'article 24 constitue une violation de l'article 176⁽²⁵⁾, cette difficulté ne pourrait être résolue d'autorité par une juridiction nationale mais devrait faire l'objet d'une question à la Cour de Justice des Communautés européennes par application de l'article 234 du Traité CE.

Quant au fond, la Cour d'arbitrage a rejeté le moyen pris de la discrimination. Elle a jugé que l'option qui consistait à ne viser que les entreprises en question était fondée sur un critère objectif et que, dans une première phase de lutte contre les émissions de GES, la Région pouvait choisir de ne pas s'adresser à des industries qui émettent des GES moins mesurables ou du CO₂ en quantité beaucoup plus réduite. Enfin, «[1]a différence de traitement est aussi proportionnée à l'objectif visé: il a été tenu compte, pour l'attribution des quotas, de la réalité industrielle, eu égard à l'objectif Kyoto qui est imparti à l'État belge et, en particulier, à la Région wallonne, cet objectif environnemental devant être considéré comme participant d'un intérêt public supérieur» (B.15, *in fine*). Cette affirmation de l'importance de la lutte contre l'effet de serre dans la hiérarchie des valeurs protégées par le droit est importante. Elle rejoint d'autres prises de position comparables plus générales mais moins nettes de la Cour européenne des droits de l'homme⁽²⁶⁾ ou de la Cour de Justice⁽²⁷⁾. On sait en effet que plus une valeur est élevée dans la hiérarchie des intérêts juridiques, plus sa mise en œuvre justifie de limitations aux autres droits et libertés, même non immédiatement compensées. Cela se vérifie tout particulièrement dans le domaine des atteintes au droit de propriété⁽²⁸⁾.

Formellement, observons encore à propos de cet extrait du motif B.15, que la question posée par le moyen ne portait pas, à ce stade de l'examen, sur l'attribution des quotas, opération ultérieure dévolue au Gouvernement, mais plus généralement sur le régime d'assujettissement de certaines entreprises au système de marché. Dans la foulée, la Cour établit que le système ainsi limité ne porte pas atteinte au droit de propriété que les requérantes ont sur les installations (B.16) et que les adaptations qui seraient

(23) Le plan d'allocation précité est en ce sens; l'arrêt du Gouvernement wallon du 4 mai 2006 modifiant l'arrêt du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement reprend la liste de la directive (art. 1^{er}, *M.B.*, 26 mai 2006); il en est de même de l'arrêt du gouvernement wallon du 22 juin 2006 établissant la liste des installations et activités émettant des gaz à effet de serre et déterminant les gaz à effet de serre visés par le décret du 10 novembre 2004 reproduit les termes de la directive (*M.B.*, 12 juillet 2006).

(24) Article 24: «Procédures pour l'inclusion unilatérale d'activités et de gaz supplémentaires 1. À compter de 2008, les États membres peuvent appliquer le système d'échange de quotas d'émission, conformément à la présente directive, à des activités, installations et gaz à effet de serre qui ne sont pas énumérés à l'annexe I pour autant que l'inclusion de telles activités, installations et gaz à effet de serre soit approuvée par la Commission conformément à la procédure visée à l'article 23, paragraphe 2, en tenant compte de tous les critères pertinents, en particulier les incidences sur le marché intérieur, les distorsions potentielles de concurrence, l'intégrité environnementale du système et la fiabilité du système de surveillance et de déclaration qui est envisagé.

À compter de 2005, les États membres peuvent appliquer dans les mêmes conditions le système d'échange de quotas d'émission aux installations exerçant des activités énumérées à l'annexe I qui n'atteignent pas les limites de capacité prévues dans ladite annexe.

2. Les quotas octroyés aux installations exerçant de telles activités sont spécifiés dans le plan national d'allocation de quotas prévu à l'article 9.

3. La Commission peut adopter de sa propre initiative, ou adopte à la demande d'un État membre, des lignes directrices relatives à la surveillance et à la déclaration des émissions provenant d'activités, d'installations et de gaz à effet de serre non énumérés à l'annexe I, conformément à la procédure visée à l'article 23, paragraphe 2, si la surveillance et la déclaration de ces émissions peuvent être faites avec suffisamment de précision.

4. Au cas où de telles mesures sont introduites, le réexamen effectué conformément à l'article 30 porte également sur la question de savoir si l'annexe I doit être modifiée afin d'y inclure les émissions provenant de ces activités d'une façon harmonisée dans l'ensemble de la Communauté».

(25) Sur ce point, voir les opinions exposées par J. H. JANS, *European Environmental Law*, London, Kluwer, 1995, pp. 103 à 105. Voir aussi Av. gén. COSMAS dans des conclusions non entièrement suivies préc. *C.J.C.E.*, 22 juin 2000, FORNASAR, C-318/98.

(26) «La Cour de Strasbourg n'ignore pas que la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse davantage de préserver l'environnement» (FREDIN, 1991; FADEYEVA, 2005).

(27) Voir notre étude, «L'environnement un certain droit de l'homme», à paraître, *A.P.T.*, 2006, sp. n^{os} 10 à 12.

(28) M. PÂQUES, «Propriété, privations et servitudes de droit public. Quels biens, quel équilibre, quelle compensation? Morceaux choisis» in *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Commission Université-Palais, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 115 à 172, n^{os} 21 et 22; notre étude, «Atteintes à la propriété, juste équilibre et compensations dans le système européen des droits de l'homme», sp. n^o 12 (Rapport à la VI^e Conférence Internationale Droits de propriété, économie et environnement – Les ressources Foncières International Center for Research on Environmental Issues (ICREI), Centre d'Analyse économique de Environnement CAEE), Aix en Provence, 26-28 juin 2006, à paraître Bruxelles, Bruylant 2007).

requis seraient raisonnables et proportionnées. Le régime des sanctions, incitatif et compensatoire⁽²⁹⁾, est adapté. Enfin, la Cour répond en deux temps au moyen pris de la sécurité juridique: elle «*n'est pas compétente pour contrôler directement le respect d'un principe de sécurité juridique*». Et, «*en ce que la violation de ce principe serait alléguée en corrélation avec la violation du principe d'égalité et de non-discrimination, le grief ne serait pas fondé pour les motifs exposés en B.15*».

Cette décision de la Cour d'arbitrage a pour conséquence que la validité des choix de la directive ne sera pas soumise à la juridiction communautaire. Certes les requérantes ont introduit une requête directe contre la directive devant le Tribunal de première instance des Communautés⁽³⁰⁾ mais celle-ci a peu de chances d'aboutir car les particuliers ne sont pas habilités à agir contre les actes communautaires devant les juridictions de l'Union sauf quand ils en sont les destinataires⁽³¹⁾. Bref, sans la question préjudicielle, dialogue des juges qui assure un système de protection juridictionnelle complet⁽³²⁾, l'intéressé doit subir le choix qu'il conteste. La question du bien fondé de son argument n'est pas en cause ici car la réponse que fait la Cour d'arbitrage relativement au droit wallon pourrait fort bien être celle de la Cour de Justice appliquée à la directive. Une autre affaire nous l'apprendra peut-être.

II. L'AJUSTEMENT EX POST ET LA DOCTRINE DE L'ACTE CLAIR

Un autre trait du droit wallon devait retenir l'attention. Il était plus original car il procédait véritablement d'une démarche du législateur qui ne trouvait pas d'habilitation expresse dans la directive.

Pour bien comprendre le problème, il convient de repartir du mode de distribution des quotas que la directive organise. Le *grandfathering* commence par l'établissement, dans le plan d'allocation national, des quantités que l'État souhaite allouer aux installations visées (art. 9 et annexe III, 10, de la directive 2003/87)⁽³³⁾. Ensuite l'État membre procède à l'*allocation* des quotas pour la période de trois ou cinq ans. Cette décision dite d'*attribution* (ou *allocation* en français comme en anglais) porte sur toute la quantité allouée à

(29) Voir le considérant B.16.

(30) Recours introduit le 15 janvier 2004 par Arcelor S.A. contre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne (Affaire T-16/04); voir aussi le recours introduit le 27 septembre 2004 contre la Commission des Communautés européennes par EnBW Energie Baden-Württemberg AG (Aff. T-387/04) contre la décision de la Commission du 7 juillet 2004 relative au plan national d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifié par l'Allemagne conformément à la directive 2003/87/CE (cette décision est attaquée par la RFA Aff. T-374/04).

(31) «Il convient de rappeler que, selon la jurisprudence, une personne physique ou morale autre que le destinataire d'un acte ne saurait prétendre être concernée individuellement, au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, que si elle est atteinte, par l'acte en cause, en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, l'individualise d'une manière analogue à celle dont le serait le destinataire (arrêts Plaumann/Commission, point 45 *supra*, p. 223; Unión de Pequeños Agricultores/Conseil, point 43 *supra*, point 36; UEAPME/Conseil, point 35 *supra*, point 69, et ordonnance Vannieuwenhuyze-Morin/Parlement et Conseil, point 36 *supra*, point 26)», TPICE, Ord., 29 juin 2006, T-311/03, Nérburging GmbH, motif 60 et encore motif 65 «S'agissant de l'allégation selon laquelle elle serait contrainte de fermer le circuit, ce qui menacerait sa propre existence, il y a lieu de relever que la circonstance que la requérante perde une source importante de revenus en raison de l'interdiction de parrainage, à la supposer établie, ne prouve pas qu'elle se trouve dans une situation spécifique et ne suffit pas à démontrer que l'interdiction imposée par l'article 5, paragraphe 1, de la directive litigieuse est dépourvue de portée générale et la vise individuellement (voir, en ce sens, ordonnance de la Cour du 18 décembre 1997, Sveriges Betodlars et Henrikson/Commission, C-409/96 P, *Rec.*, p. I-7531, point 37)» et motif 68 «L'appréciation du Tribunal figurant au point 62 ci-dessus n'est pas davantage remise en cause par l'argumentation de la requérante selon laquelle l'effectivité du système communautaire de protection juridictionnelle exigerait que la notion d'intérêt individuel au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE soit interprétée largement et qu'il soit considéré que la requérante est individuellement concernée au motif que le droit allemand ne lui offre aucune possibilité de recours lui permettant de contester la directive litigieuse devant une juridiction allemande» (Les références données *supra* sont dans l'arrêt cité).

(32) TPICE, 29 juin 2006, précité, motif 69: «À cet égard, après avoir rappelé que le droit à une protection juridictionnelle effective fait partie des principes généraux de droit qui découlent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qu'il a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour a indiqué que le traité CE, par ses articles 230 CE et 241 CE, d'une part, et par son article 234 CE, d'autre part, a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire. Dans ce système, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité visées à l'article 230, quatrième alinéa, CE, attaquer directement des actes communautaires de portée générale ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit de manière incidente en vertu de l'article 241 CE, devant le juge communautaire, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes, à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles (arrêts Unión de Pequeños Agricultores/Conseil, point 43 *supra*, points 39 et 40, et Commission/Jégo-Quéré, point 45 *supra*, points 29 et 30)» (Les références données *supra* sont dans l'arrêt cité).

(33) Sur ce que ces mentions du plan ne font pas naître de droit, I.-S. BROUHNS, *ét. préc.*, p. 13. Eg. T.P.I.C.E., 23 novembre 2005, Royaume Uni c/Commission, aff. T-178/05, motifs 53 et 63.

l'installation pour toute la période⁽³⁴⁾. Enfin vient la décision annuelle de *délivrance* (*issuing*) qui porte sur une fraction de la quantité allouée⁽³⁵⁾. C'est la *délivrance* qui provoque l'inscription dans le registre; elle correspond à l'individualisation de la chose (art. 19.1).

L'on se demande si les reprises unilatérales que le législateur wallon autorise le gouvernement à faire après l'allocation sont conformes à la directive. Tous spécialement, le législateur d'un État membre peut-il, comme le fait le décret wallon entrepris, habilitier l'administration à ne pas délivrer les quotas attribués lorsque se produisent certains événements avant la fin de la période d'attribution de trois ans ou de cinq ans? Le décret permet au Gouvernement wallon d'intervenir dans les termes suivants: «*Le Gouvernement peut retirer ou modifier la décision de délivrance à titre gratuit des quotas par tranche d'un an, en ce qui concerne la ou les années qui restent à courir dans la période de référence considérée, en cas de: 1° cessation définitive de l'exploitation d'un établissement; 2° arrêt de l'exploitation pour une durée d'au moins deux ans d'une installation ou d'une activité; 3° modification notable conduisant une installation ou une activité à ne plus être visée par le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre spécifiés; 4° caducité du permis d'environnement. Les quotas non délivrés en vertu de l'alinéa précédent sont versés dans la réserve de quotas destinée à être allouée aux nouveaux entrants. Le Gouvernement peut fixer des modalités d'exécution du présent article*». Un recours administratif est prévu⁽³⁶⁾.

Les hypothèses visées sont diverses, on le voit. Doivent-elles être distinguées dans l'examen de leur conformité à la directive?

On observera tout d'abord que la directive n'a pas créé de cas de révocation du droit à la délivrance, même pas dans le cas de déclaration non satisfaisante⁽³⁷⁾ ou dans le cas où l'exploitant ne restitue pas un nombre de quotas suffisants à la fin de l'année écoulée alors que la sanction de la violation des règles du marché établies par la directive 2003/87 peut se traduire par une action de l'autorité sur l'autorisation d'émettre⁽³⁸⁾. Ensuite, l'intervention de l'autorité sur le marché en cas de «*force majeure*» a été expressément prévue au cours de la première période de trois ans. Cette intervention n'a été conçue que pour accorder des quotas supplémentaires et non pour retirer des quotas alloués. En outre la force majeure n'en est pas tout à fait une puisqu'il est demandé à la Commission de la préciser (art. 29). La question de rectifications en cours de période a donc été clairement posée et seul ce cas a donné lieu à une solution interventionniste. Une question aussi importante que celle du retrait aurait donc pu trouver une solution explicite si elle entrait bien dans le système. *A contrario*, on pourrait déduire de l'article 29 que le retrait est exclu. Le législateur a expressément prévu la longueur de la période et des distributions annuelles; il aurait pu établir des critères de remise en question en cours de période lors des délivrances annuelles; il ne l'a pas fait. N'aurait-il pas vu l'hypothèse de l'exploitation fictive, de la faillite, frauduleuse ou non, alors qu'il se montre sans cesse soucieux de concurrence et de marché intérieur, ou

bien a-t-il préféré ne pas distinguer? D'autres législations communautaires qui établissent des quotas règlent explicitement l'action des pouvoirs publics, prévoient, dans certaines circonstances, des modifications ou des transferts d'autorité⁽³⁹⁾.

Quant à la fermeture de l'entreprise en cours de période, elle a donné lieu à une proposition d'amendement lors de l'examen du texte au Parlement européen. Au cours des travaux préparatoires, le Parlement européen a en effet visé le cas de fermeture et proposé un amendement à la proposition de directive, visant à permettre à l'autorité compétente de «*décider de ne pas délivrer, pour cette installation, de nouveaux quotas à son exploitant pendant le reste de la période à moins qu'il ne puisse apporter la preuve que la fermeture est liée à un nouvel investissement correspondant dans la Communauté*»⁽⁴⁰⁾. Pour le Parlement européen, il s'agissait, par cet amendement, d'encourager la fermeture d'installations anciennes, «*polluant donc davantage*», et la construction de nouvelles installations. Le Parlement européen estimait encore qu'«*[i]l ne serait pas juste d'obliger les exploitants concernés à restituer les quotas qui leur avaient été accordés pour l'ancienne*

(34) En voici les termes: «*Pour la période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005, chaque État membre décide de la quantité totale de quotas qu'il allouera pour cette période et de l'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation. Il prend cette décision au moins trois mois avant le début de la période, sur la base de son plan national d'allocation de quotas élaboré en application de l'article 9, et conformément à l'article 10, en tenant dûment compte des observations formulées par le public*» (art. 11, 1).

(35) Art. 11.4 «*4. L'autorité compétente délivre une partie de la quantité totale de quotas chaque année de la période visée au paragraphe 1 ou 2, au plus tard le 28 février de l'année en question*». Cet article n'exige pas que les parts annuelles soient équivalentes (voir Communication de la Commission sur les orientations visant à aider les États membres à mettre en œuvre les critères qui figurent à l'annexe III de la directive 2003/87/CE 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, et les conditions dans lesquelles il y a force majeure/* COM/2003/0830 final, n° 101-102).

(36) Art. 6 du décret et arrêté du Gouvernement wallon du 12 janvier 2006 déterminant les modalités de recours devant la commission d'avis instituée par l'article 6, § 3, du 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.

(37) En effet, en cas de déclaration non satisfaisante, la sanction consiste à interdire la transférabilité des quotas de l'exploitant jusqu'à ce qu'une déclaration ait été vérifiée comme satisfaisante et non à lui interdire de recevoir la délivrance annuelle d'une partie de la quantité totale de quotas déterminée par la décision relative à l'allocation pour la période de 3 ou de 5 ans.

(38) Art. 6 et M. PÀQUES, ét. préc., *R.T.D.E.*, 2004/2, n°s 11 et 24.

(39) Voir en ce qui concerne les quotas dans le secteur du sucre, un exposé de ces législations in C.J.C.E., 20 novembre 2003, *SOCIEDAD COOPERATIVA GENERAL AGROPECUARIA (ACOR)*, Aff. C-416/01. Dans l'arrêt ACOR, la Cour de Justice considère que la reconnaissance de droits de propriété sur le quota s'opposerait à la flexibilité voulue par la réglementation et qu'une allocation des quotas à titre onéreux serait de nature à conférer de tels droits (cons. n° 50).

(40) Voir le Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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, COM (2001) 581, C5-0578/2001 – 2001/0245 (COD), 13 septembre 2002, p. 27 (amendement n° 38).

installation et de les considérer, pour la nouvelle, comme de nouveaux exploitants». Cet amendement a été rejeté par la Commission européenne, comme «inutilement difficile à appliquer»⁽⁴¹⁾. La Commission considérait que «vu la valeur probable des quotas, il est extrêmement peu probable que la directive entraîne des 'relocalisations' en dehors de l'UE». Motivation ambiguë qui ne condamne pas à coup sûr l'ajustement ex post. Il est certain en tout cas que la question de l'incidence d'une fermeture d'une installation au cours d'une période de 3 ou de 5 ans sur la décision de délivrance annuelle a été soulevée lors des travaux préparatoires de la directive. Rien n'a finalement été prévu à cet égard dans la version définitive de celle-ci. Ne peut-on déduire de ces considérations que l'exploitant qui ferme son installation au cours d'une période de 3 ou de 5 ans conserve le droit à se voir délivrer la quantité totale de quotas qui lui est destinée pour la période de 3 ou de 5 ans, puisqu'il n'est pas prévu explicitement que ce droit lui est retiré, alors que cette possibilité a été proposée lors des travaux préparatoires de la directive?

L'exploitant qui a cessé son activité n'exerce plus son droit de rejet, puisqu'il n'émet plus de GES. Ce pouvoir n'est-il pas de toute façon discrétionnaire dans le chef de tout exploitant autorisé à émettre des GES? Il aurait pu revendre ces quotas à d'autres exploitants ou à des tiers, ou encore demander l'annulation de ceux-ci. Le droit wallon complète la directive et ne souhaite pas la réduction des émissions de GES de n'importe quelle façon; l'option de la fermeture ne profite pas à l'exploitant pour le reste de la période d'allocation.

Le retrait d'une autorisation d'émettre des GES, au cours d'une période de 3 ou de 5 ans, ne disqualifie pas complètement l'exploitant puisque toute personne physique ou morale peut détenir et retirer du marché des quotas, pourvu qu'elle ouvre un compte auprès du registre national. Mais dans le système du *grandfathering* le tiers n'a accès au quota que par la cession que fait un exploitant gratifié. Le décret entrepris crée une *qualité* que doit avoir et conserver l'exploitant pour bénéficier des délivrances, c'est celle d'être un exploitant autorisé. Ce lien est néanmoins présenté comme facultatif («le gouvernement peut») sans que le décret indique les critères qui gouvernent l'exercice de ce pouvoir. La nécessité du maintien de cette qualité est-elle évidente dans le système communautaire bien que la directive n'en dise rien de manière certaine? Les inférences fondées sur l'évidence sont délicates en cette matière. En effet, la directive peut inspirer d'autres conclusions. L'article 7 de la directive qui a trait aux changements concernant les installations, dispose que l'exploitant doit informer l'autorité compétente de tous les changements prévus en ce qui concerne la nature, le fonctionnement ou une extension de l'installation, susceptibles de nécessiter une actualisation de l'autorisation d'émettre des GES. Il y est précisé qu'en cas de changement de l'identité de l'exploitant de l'installation, l'autorité compétente met à jour l'autorisation pour y faire figurer le nom et l'adresse du nouvel exploitant. Nous constatons que le législateur communautaire n'a, à nouveau, réglé aucune incidence

de ces changements sur la délivrance annuelle d'une partie de la quantité totale de quotas alloués pour la période concernée... Bref, ceci n'est-il pas une indication que le retrait d'une autorisation d'émettre des GES pendant la période de 3 ou de 5 ans – ou la fermeture d'une installation – ne doit pas avoir d'incidence sur l'applicabilité de la décision de délivrer telle quantité totale de quotas pour une période de 3 ou de 5 ans à tel exploitant? On objectera que changement n'est ni retrait ni fermeture.

La Cour d'arbitrage valide l'option wallonne. Sa décision s'apparente à un contrôle de conformité du décret à la directive (B.22 à B.27), sous le pavillon d'un examen de constitutionnalité (art. 10, 11 et 16 Const., motif B.19)⁽⁴²⁾. Sa motivation est limpide: «Compte tenu de ce que la directive tend à déterminer avec le plus de précision possible le mode d'allocation de la quantité totale de quotas d'émission, dans le respect des critères énumérés dans son annexe III, on ne peut pas interpréter la directive – en raison des contraintes qu'elle impose et en l'absence de disposition expresse en sens contraire – comme interdisant de retirer et ensuite d'ajouter à la réserve pour les nouveaux entrants les quotas d'émission non utilisés pendant l'année qui suit (a) la cessation définitive de l'exploitation d'un établissement, (b) l'arrêt de l'exploitation pour une durée d'au moins deux ans, (c) la modification notable d'une installation conduisant à ce qu'elle ne soit plus visée par le système, (d) la caducité du permis d'environnement» (B.24). Elle ajoute: «Il convient enfin d'observer que la plupart des plans nationaux d'allocation qui ont été approuvés par la Commission européenne comprennent ce même type de dispositions». La Cour se convainc alors que la directive est tellement claire sur le point qu'elle peut s'autoriser de la jurisprudence CILFIT de la Cour de Justice et conclure «que la manière d'appliquer correctement le droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de poser à la Cour de justice des Communautés européennes la question suggérée»⁽⁴³⁾. La conformité de l'option belge à l'article 176 du Traité CE n'est pas examinée.

Qu'en penser? La Cour indique qu'elle est sensible à la pratique qui s'est développée. Peu de temps après l'adoption de la directive, en effet, plusieurs États membres ont voulu introduire dans leur plan d'allocation des dispositions prévoyant des possibilités d'ajuster les allocations ex post. Dès 2004, la doctrine

(41) Voir la proposition de directive modifiée, COM (2002) 0680, C5-0567/2002, du 27/11/2002.

(42) Eg. C.A., 14 septembre 2006, 135/2006, motifs B.10 et s. (art. 23 Const. Combiné avec la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 «relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement» et de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998.

(43) C.J.C.E., 6 octobre 1982, S.R.L. CILFIT et autres c/Ministère italien de la Santé, 283/81, *Rec.*, 1982, p. 3415, cité par la Cour d'arbitrage.

soulevait déjà le problème⁽⁴⁴⁾. L'ajustement *ex post* fut critiqué par la Commission comme contraire au principe économique et à la sécurité juridique qui sont la base de la directive⁽⁴⁵⁾. En revanche, le cas particulier de fermeture⁽⁴⁶⁾ donna lieu à une interprétation favorable aux décisions nationales de ne pas délivrer pour les années suivantes⁽⁴⁷⁾. Il y a là un choix. La fermeture suivie de la vente des quotas de la période d'attribution par le bénéficiaire est une option de gestion que l'État membre peut donc exclure. Aucune action sur les quotas *délivrés* n'est toutefois permise. L'allocation maintenue en cas de relocalisation de l'entreprise est sans doute une bonne idée, favorable à la réduction des émissions et à l'investissement dans la technologie propre. Elle est particulièrement développée en Allemagne⁽⁴⁸⁾. La distinction entre le «*relocalisant*» et le nouvel entrant n'est toutefois pas facile⁽⁴⁹⁾. Il en est de même de la distinction entre nouvel entrant et exploitant qui augmente sa capacité de production⁽⁵⁰⁾.

L'introduction de tout cas d'ajustement *ex post* limite les calculs économiques des assujettis au système, le droit au quota devenant un actif conditionnel. L'ajustement *ex post* s'écarte de la logique de marché que la Cour d'arbitrage avait bien aperçue⁽⁵¹⁾. Ces cas sont exceptionnels et d'interprétation restrictive⁽⁵²⁾. Ce genre d'intervention n'aurait pas de raison d'être si le lancement du marché procédait de la mise aux enchères dont on n'a peut-être pas assez mesuré l'intérêt en termes de simplicité, de coûts et d'efficacité.

Ceci confirme qu'il en va de la doctrine de l'acte clair comme de l'erreur manifeste d'appréciation⁽⁵³⁾: censée faire l'unanimité à première vue, sa force de conviction est parfois bien relative⁽⁵⁴⁾.

(44) U. ELLINGHAUS, P. EBSSEN, H. SCHLOERMANN, «The EU Emission trading scheme (EU ETS): a status report», *JEEPL*, 2004, pp. 3 et s., sp. p. 5.

(45) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant les décisions de la Commission, du 7 juillet 2004, concernant les plans nationaux d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifiés par l'Autriche, le Danemark, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, la Slovénie, la Suède et le Royaume-Uni conformément à la directive 2003/87/CE/* COM/2004/0500 final, <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28012.htm>, n° 3.2. et notamment «*Les révisions ex post à la baisse des quotas alloués, qu'on pourrait juger bénéfiques pour l'environnement, nuisent également à la certitude nécessaire aux entreprises pour faire des investissements qui permettent de réduire les émissions*». Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant les décisions de la Commission du 20 octobre 2004 concernant les plans nationaux d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifiés par la Belgique, l'Estonie, la Finlande, la France, la Lettonie, le Luxembourg, le Portugal et la République slovaque conformément à la directive 2003/87/CE/* COM/2004/0681 final, <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l28012.htm>, n° 3.3. S. MARR et F. SCHAFHAUSEN, «Emission Allowance Trading in Germany: A new Environmental Law Regime is Taking Shape», *JEEPL*, 2004, pp. 23 et s., sp. p. 25.

(46) A. HOBLEY et C. ROWE, «Transposition of the Emission Trading Scheme Directive into UK Law and associated issues», *JEEPL*, 2004, pp. 10 et s., sp. p. 16; le cas d'insolvabilité pourrait poser problème aussi, en principe les quotas sont des actifs... (Eid., p. 11); W. F. SPIETH et M. HAMMER, ét. préc., *JEEPL*, 2005, pp. 112 et s. sp. p. 121.

(47) La même communication de la Commission, préc., n° 3.3 «*Les États membres ont tout pouvoir de décider ce qu'il faut faire lorsque des installations sont fermées. Lorsqu'un État membre n'annule pas pour le reste de la période d'échange les quotas délivrés à une installation qui cesse d'être exploitée, ces quotas sont transférés à une nouvelle installation contrôlée par le même exploitant. Lorsqu'un État membre décide d'annuler pour le reste de la période d'échange les quotas délivrés à une installation qui cesse d'être exploitée et de créer une réserve pour nouveaux entrants, il est nécessaire d'examiner les conditions dans lesquelles cette partie du système peut fonctionner pour garantir que les installations qui bénéficient d'une règle de transfert ne soient pas indûment favorisées par rapport à celles qui n'en bénéficient pas. L'application d'une règle de transfert peut être limitée en ce sens qu'un exploitant ne peut en bénéficier que si l'installation qui a cessé ses activités et la nouvelle installation sont toutes deux situées sur le territoire de l'État membre. La Commission note en outre que le maintien de quotas après la fermeture d'installations est susceptible de favoriser des investissements dans des installations propres et efficaces. Cependant, les règles de transfert ne devraient pas avoir d'effets sur l'environnement, sauf si un État membre devait annuler les quotas non utilisés après une fermeture. Tous les quotas excédentaires seront probablement rachetés par une autre installation située dans le même État membre ou ailleurs pour couvrir ses émissions*». S. MARR et F. SCHAFHAUSEN, ét. préc., p. 27.

(48) M. EHRMANN et D. GREINACHER, «The transfer Rule in the German Emissions Trading System», *JEEPL*, 2006, pp. 142 et s.

(49) Sur le nouvel entrant, en droit wallon, Ivan-Serge BROUHNS, ét. préc., p. 13.

(50) W. F. SPIETH et M. HAMMER, ét. préc., *JEEPL*, 2005, pp. 112 et s. sp. p. 116.

(51) Motif B.9, al. 4, motif B.15, al. 1.

(52) I.-S. BROUHNS, ét. préc., p. 15. Le législateur wallon lui-même établit que «*Les quotas sont valables pour toute la période de référence pour laquelle ils ont été alloués, pour autant qu'ils n'aient pas été restitués ou annulés*» (art. 7, § 3).

(53) Voir les opinions contraires de l'auditeur rapporteur M. NEURAY et de la chambre saisie quant à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation lors de la délivrance d'un permis d'urbanisme, C.E., 7 février 2005, RENARD et a., 140280, présenté en bref in *Am.-Env.*, 2005/3, pp. 240-241.

(54) L'arrêt CILFIT fait de la doctrine de l'acte clair une utilisation dont l'intérêt pratique est d'éviter l'encombrement de la Cour de Justice; cette théorie se heurte pourtant à des objections importantes

III. QUOTAS, BIENS ET PROPRIÉTÉ

Il semble bien qu'après la délivrance le quota est un bien⁽⁵⁵⁾, un bien meuble⁽⁵⁶⁾. Même si la nature juridique du quota nécessite une approche variable en fonction des questions posées (comptables, fiscales, patrimoniales,...)⁽⁵⁷⁾, tout concorde à établir que la délivrance fait naître l'individualisation et droit de propriété sur le quota⁽⁵⁸⁾. La Cour d'arbitrage peut être suivie sur ce point⁽⁵⁹⁾. Il est cessible comme tel dès l'inscription dans le registre⁽⁶⁰⁾.

Avant cette délivrance mais après l'attribution, l'individualisation du quota fait encore défaut et il est délicat de soutenir que le droit de propriété sur tel quota est né⁽⁶¹⁾. S'il peut être admis qu'en l'absence de délivrance, il n'y pas de droit de propriété sur des quotas, en revanche, l'attribution fait déjà naître un droit de créance contre l'État membre. Sur la base de ce droit, diverses conventions avec des tiers sont valables (des options, p. ex.⁽⁶²⁾). Ce droit nous paraît présenter les qualités qui suffisent à en faire un bien au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (1P1)⁽⁶³⁾. S'il revient aux États d'introduire des clauses de conditionnalité comme celles que la Cour d'arbitrage a validées dans l'arrêt annoté (*supra*, II), la nature du droit qui découle de l'attribution peut donc varier d'État à État. Toutefois, ces conditions ne sont pas de nature à empêcher la naissance d'un bien au sens de l'article 1P1. En outre, une fois qu'elles sont admises, leur réalisation ne correspond pas nécessairement à une «privation» du droit ouvrant nécessairement lieu à une indemnité au sens de

dont la pertinence se vérifie ici, voir P. DELNOY, *Eléments de méthodologie juridique*, Coll. de la Faculté de Droit de Liège, Bruxelles, Bruyant, 2005, n° 21.

(55) Th. REVET, *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille)*, Dalloz, 2005, pp. 2632 et s.; notre étude, «La nature juridique», préc.; V. SEPULCHRE, *ét. préc.*, 2005, n° I-4.

(56) Th. REVET, *ét. préc.*; M. MOLINER, «Réflexions sur l'insertion d'un système d'échange de droits de pollution en droit français de l'environnement», in *Verhandelbare emissierechten als klimaatebeleidingsinstrument – L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat*, sous la dir. de F. MAES, Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 177 et s., sp. pp. 183-184; I.-S. BROUHNS, *ét. préc.*, *Am.-Env.*, 2006, p. 11.

(57) A. HOBLEY et C. ROWE, *ét. préc.* *JEEPL*, 2004, pp. 10 et s., sp. pp. 18-19.

(58) M. MOLINER, «Réflexions...», *ét. préc.*, p. 184; notre étude, «La nature...», préc.; A. HOBLEY et C. ROWE, *ét. préc.*; M.J. MACE, «The Legal Status of Emission Reductions and EU Allowances: Issues Addressed in an International Workshop», *JEEPL*, 2005, pp. 123 et s.; et ce, malgré les affirmations contraires au droit de propriété contenues dans les documents d'interprétation du protocole de Kyoto. Si l'on s'accorde généralement pour reconnaître un droit sur le quota délivré, il existe plusieurs conceptions de ce qu'exprime ce droit dans le rapport au système, à l'atmosphère et à la pollution (not. notre étude, *La nature juridique*, préc. et réf.: M. MOLINER, «L'intégration en droit interne du mécanisme des permis d'émission négociables», *CJEG*, 2003, pp. 489 et s.; V. SEPULCHRE, *ét. préc.*, 2005, I-4; R. PEYLET, «Un marché de nouveaux biens meubles les quotas d'émission de Gaz à effet de serre», *RJEP/CJEG*, 2005, pp. 213 et s.).

(59) *A contrario* de «B.27.1. Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, l'exploitant visé par le décret n'est pas encore propriétaire des quotas qui lui avaient été alloués initialement par application de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, du décret entrepris mais qui ne lui ont pas encore été délivrés par application de l'article 5, alinéa 1^{er}, du même décret. La non-délivrance, pour une nouvelle période d'un an, de quotas qui lui avaient certes été alloués initialement mais qui ne lui ont pas encore été effectivement délivrés, ne peut pas davantage être considérée comme une expropriation au sens de l'article 16 de la Constitution».

(60) I.-S. BROUHNS, *ét. préc.*, p. 13.

(61) Voir le motif B.27.1, préc.

(62) Sur ces contrats, I.-S. BROUHNS, *ét. préc.*, *Am.-Env.*, 2006, pp. 16-18. Ces contrats sont visés et exclus de son champ d'application par la directive 2004/39/CE concernant les marchés financiers (annexe I, section C, 10°); M.J. MACE, *ét. préc.*, p. 126; N. BOUCQUEY, «L'organisation du marché des permis négociables, fonctions et limites des dispositifs contractuels», Louvain-La-Neuve, Décembre 1999, pp. 24 et s., http://www.core.ucl.ac.be/climneg/pdf/CLIMNEG-CLIMBEL_WP23.pdf.

(63) La Cour de Strasbourg développe une conception autonome, très large, de la notion de bien, objet de la propriété. Dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1P1 (BRONIOWSKI, 2004; les arrêts cités par le seul nom de la partie et l'année sont ceux de la Cour européenne des droits de l'homme; ils peuvent être consultés à l'adresse <http://www.echr.coe.int/echr>). Sont visés des biens corporels et incorporels, meubles, immeubles, des droits réels ou personnels fruits des constructions juridiques nombreuses, variables établies par les États. Ainsi la clientèle, de nombreux droits de créance d'origine contractuelle ou délictuelle (J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1991, n° 85; R. GRANJON, *L'effectivité de la protection: réflexion sur l'évolution jurisprudentielle*, *R.F.D.A.*, 2003, pp. 1104-1105. Cet auteur signale des applications de l'art., par le Conseil d'État français, à des allocations familiales, des primes perçues par des militaires, des pensions de retraite. Aussi, J.-P. MARGUENAUD, *Le droit de propriété*, in F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENoire et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2003, pp. 518 à 550, p. 522), des droits sociaux, une créance de prestation sociale, une allocation de chômage, le droit des requérants de pratiquer une

l'article 1P1⁽⁶⁴⁾. En revanche, une décision de modifier les délivrances en dehors des cas d'ajustement ex post prévus et admis, constituerait vraisemblablement une privation appelant juste équilibre et compensation. Le caractère gratuit de l'attribution est peut-être de nature à justifier l'introduction des conditions d'ajustement ex post rapportées mais il ne justifie pas dans tous les cas la possibilité de revenir sur les droits créés qualifiables de biens.

* *

*

Les grands défis du temps appellent des œuvres législatives qui sont rapidement portées devant les Cours constitutionnelles. L'exécution du Protocole de Kyoto ne pouvait y échapper. La décision de la Cour d'arbitrage traduit une ferme volonté de stabiliser les options prises et de rejeter les questions ou raisonnements qui pourraient compromettre l'équilibre atteint. Tout l'arrêt est manifestement inspiré par cette préoccupation que la Cour met au service de «*l'objectif Kyoto qui est imparti à l'État belge et, en particulier, à la Région wallonne*» car «*cet objectif environnemental [doit] être considéré comme participant d'un intérêt public supérieur*» (B.15).

certaine pêche dans des eaux appartenant à l'État en vertu des concessions qui leur ont été accordées, ont été qualifiés de biens. Cet élargissement est diversement apprécié (Opinion concordante critique du Juge BORREGO BORREGO (*in* STEC, 2006)). En synthèse, la jurisprudence fait aujourd'hui deux catégories : les biens actuels et les valeurs patrimoniales qui sont de l'ordre de l'intérêt ou de la créance (M. PÂQUES, «Propriété, privations et servitudes de droit public. Quels biens, quel équilibre, quelle compensation? Morceaux choisis» in *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Commission Université-Palais, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 115 à 172, n^{os} 4 et s. Il y a p. ex. une intéressante jurisprudence sur les espérances légitimes dans le domaine des droits de créance et les prétentions en justice qui peuvent être des biens à certaines conditions de fondement, à ce sujet : Y.-H. LELEU et M. PÂQUES, «Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens», *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 277 à 284 sp. n^o 14. Dès que l'ordre juridique de l'État a établi un lien d'une certaine consistance entre l'homme et la chose, celle-ci devient un bien au sens de la Convention. Le propriétaire ne peut plus être privé du bien et son droit d'user ne peut plus être réglementé que conformément à l'art. 1P1. En d'autres mots, la modification des prérogatives reconnues sur le bien, ne peut plus avoir lieu que dans le respect de l'art.. L'application d'un régime extinctif déjà organisé avant l'acquisition du bien par le propriétaire peut, dans certains cas, être une ingérence visée par l'art. 1P1. Cette question a fait l'objet d'un examen attentif à propos de l'extinction de la propriété par l'effet réflexe d'un régime de prescription acquisitive fondée sur la possession d'un tiers (*in* J.A. PYE (Oxford) Ltd, 2005). De même, le bénéfice tiré d'un acte unilatéral de l'autorité peut entrer dans le champ de l'article et le retrait *ad futurum* de cet acte devoir être justifié au regard de l'article 1P1 (CAPITAL BANK AD, 2005; FREDIN, 1991; adde C.A., 7 décembre 2005, 180/2005, motifs B.16 et B.17).

(64) C'est sans doute pour cela que la Cour d'arbitrage juge «*B.27.3. L'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ne conduit pas à une autre conclusion, dès lors que cette disposition ne porte pas atteinte « au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général », ce qui est le cas en l'espèce*».