

La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne.

Michel PÂQUES

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège

Alors que l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto reste incertaine, l'Union européenne a choisi de lutter sans attendre contre le réchauffement climatique. Nombre d'instruments de droit communautaire ont déjà été adoptés. Le plus original est le système d'échange de droits d'émettre des gaz à effet de serre créé par la directive du 13 octobre 2003. Les mécanismes de la police administrative et la loi du marché sont appelés à se combiner pour que les émissions visées soient réduites au moindre coût. La tâche de transposition confiée aux Etats membres est considérable ; les délais sont très courts ; certains sont déjà dépassés. Pourtant tout doit être en place pour l'ouverture de la première période couverte par la directive, le 1^{er} janvier 2005.

1. Introduction

A un certain échelon, mondial, européen ou national, un pouvoir public établit une limite globale d'émission : la bulle. Le destinataire est le monde, l'Etat ou l'entreprise. Il dispose alors, pour une période donnée, de sa bulle d'émission maximale. Dans un système de police administrative classique, l'opérateur ne peut dépasser la limite sauf s'il obtient une dérogation accordée par l'autorité. Si le système devient « flexible », une option nouvelle s'offre à lui : il peut aussi acheter un quota supplémentaire sur le « marché des quotas ». Sur le point de déborder, soit il se comporte comme dans le système de police habituel et réduit ses émissions en produisant moins ou en investissant dans une technologie adéquate, soit il achète le droit de polluer au titulaire d'une autre bulle qui se présente comme vendeur.

Le système d'échange de droits de pollution est un moyen d'atteindre au meilleur coût une fin qui lui est extérieure : la réduction des émissions à la limite décidée par le pouvoir public qui distribue les bulles. Un tel mécanisme a été mis au point dans la « directive 2003/87/CE du Parlement européen et du

(*) L'auteur remercie Mmes Sylviane Leprince et Sabrina Charneux, assistantes à la Faculté de droit, et M. Damien Geradin, professeur à la Faculté de droit, pour le dialogue scientifique dont ils l'ont fait bénéficier. Texte achevé le 23 mars 2004.

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 du Conseil », adoptée le 13 octobre 2003 (1). Nous l'analysons ci-dessous après une présentation du contexte dans lequel elle a vu le jour.

2. Les bulles : à l'origine, le protocole de Kyoto

La Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques faite à New York, le 9 mai 1992, fixe pour l'atmosphère un objectif de qualité ambieuse mais très général : l'objectif « ultime » de la Convention « et de tous les instruments juridiques connexes que la conférence des parties pourrait adopter » est de stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre (GES) dans l'atmosphère, à un « niveau » qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique. En conséquence, il faut commencer à limiter les émissions anthropiques de GES. Tel est l'objet du Protocole de Kyoto, instrument connexe à la Convention-cadre, signé le 11 décembre 1997. Il s'agit d'un compromis délicat qui met en œuvre le principe de responsabilités communes mais différenciées des États du monde et jette les bases d'une première phase de réduction des émissions.

D'abord, des réductions concrètes d'émissions sont prescrites globalement à l'ensemble des pays développés énumérés à l'annexe I de la Convention :

- six gaz à effets de serre sont choisis, dont le dioxyde de carbone (CO₂) (2) ;
- une quantité d'émission de référence est fixée, le « niveau » de 1990 ;
- une première période d'engagement est arrêtée, la période 2008-2012 ;
- au cours de cette période, l'objectif est de réduire le total des émissions de ces gaz d'au moins 5 % par rapport au niveau de 1990 (3) (4). C'est la bulle universelle.

(1) Dir. 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 oct. 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, JOCE L 275, 25 oct. 2003, p. 32, disponible sur le site <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/search/search_lif.html>, désignée par la suite, la directive. L'historique complète du texte est consultable sur le site <http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&Dosl=169701>. Pour autant que de besoin, nous signalons que la proposition de directive qui a été introduite le 23 octobre 2001 avait déjà fait l'objet de commentaires. A ce propos, V. T. Chaumeil et M. J.-H. Smith, La proposition de directive sur l'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté : premier aperçu, Bull. dr. env. ind., 3/2002.2 et s. ; des mêmes auteurs, V. aussi Réflexions sur le statut juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre, Bull. dr. env. ind. 2/2003.9 et s. ; E. Varvoutsis, Les problèmes juridiques liés à l'élaboration d'un « marché de pollution » européen, mémoire de DES en Droit européen, Faculté de droit de Liège, 2001-2002, 55 p. ; sur le Livre vert qui a précédé la directive (Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, Doc. COM (2000), 87, 8 mars 2000), les réactions <http://europa.eu.int/comm/environment/docum/087_governmental.pdf> ; S. Leclercq, Le système européen d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, in Le Protocole de Kyoto, Mise en œuvre et implications, PU Strasbourg, 2002, p. 71 et s., spéc. p. 115 et s. ; F. Yamin et J. Lefevre, Field Final Report : Designing Options for Implementing an Emissions Trading Regime for Greenhouse in the EC, févr. 2000, 53 p. <http://www.field.org.uk/climate_4.php>.

(2) Sont également visés : le méthane (CH₄), l'oxyde nitreux (N₂O), les hydrofluorocarbones (HFC), les hydrocarbures perfluorés (PFC) et l'hexafluorure de soufre (SF₆).

(3) Art. 3, § 1^{er}, du Protocole. Les pays en transition vers une économie de marché peuvent bénéficier d'une autre période de référence (art. 3, § 5 et 6). Pour trois gaz (HFC, PFC, SF₆),

Vient ensuite l'objectif à atteindre par chaque Etat : ses émissions anthropiques de GES sont plafonnées. Elles ne dépassent pas, au cours de la période 2008-2012, un pourcentage, inscrit pour lui à l'annexe B du Protocole, de ses émissions de 1990 multipliées par cinq. C'est la bulle nationale.

En outre, en 2005, chacune des parties visées à l'annexe I doit avoir accompli, dans l'exécution de ses engagements au titre du Protocole, « des progrès dont elle pourra rapporter la preuve » (art. 3, § 2).

3. Bulle nationale et bulle communautaire

Au cours de la période, les émissions ne dépassent pas le plafond. Pour certains Etats, cela veut dire qu'elles peuvent augmenter par rapport à la situation de 1990 (exemple, Australie, 108 %) ; pour d'autres, la réduction s'impose. Ce pourcentage de réduction ou d'accroissement des émissions est le point névralgique. Il induit des efforts différenciés. Il est le fruit de calculs fondés sur la situation actuelle, la consommation passée et la capacité de négociation internationale.

Le Protocole fixe un pourcentage pour chaque Etat membre de la Communauté européenne (92 %, pour chacun des Etats membres en 1997) mais aussi un pourcentage pour la Communauté dans son ensemble (92 %). C'est la bulle communautaire. Le choix était offert à la Communauté d'assumer collectivement une diminution et de redistribuer à sa manière l'effort de réduction au sein de ses membres à la condition que le total communautaire soit respecté. La voie « communautaire » a été choisie (5). Dans sa décision d'approbation du Protocole (6), la Communauté et les Etats membres ont communiqué les chiffres de répartition interne choisis par eux, lors de la réunion du Conseil du 16

les Etats peuvent choisir 1995 comme année de référence (art. 3, § 8). La raison en est qu'il n'existe en général pas d'inventaire des émissions de ces gaz avant 1995 (Projet de décret wallon portant assentiment au Protocole de Kyoto, Doc. Parl. Wall., 323 (2001-2002)/1, du 6 mars 2002, p. 7). Telle est l'option de la Communauté (proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative à un mécanisme de surveillance des émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et à la mise en œuvre du Protocole de Kyoto (Doc. COM (2003), 51, 5 févr. 2003, art. 7).

(4) Un tel seuil n'a qu'un intérêt « conventionnel » pour un problème de long terme comme celui de l'effet de serre (O. Godard, *Les instruments économiques au service de la lutte contre la pollution atmosphérique – Le cas des permis négociables*, Document de travail, Laboratoire d'économétrie de l'UCL, 2001.7) ; <<http://ecodoc.bib.ucl.ac.be:82/archive/00000039>> ; c'est un moyen d'une première action de répartition mesurable de l'effort, pragmatique mais pas nécessairement conforme à une démarche de précaution (Michel Pâques, *Les valeurs portées par la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et le Protocole de Kyoto*, *Actualités du Droit*, 1999.205 à 219), notamment lorsque sera mis en consommation par échange le *hot air* de la Russie et de l'Ukraine qui résulte de l'allocation de bulles calculées sur une base antérieure à leur effondrement industriel et que ces dernières seraient vraisemblablement incapables d'émettre elles-mêmes. La COP6bis a toutefois adopté une mesure de limitation des cessions de crédits liées aux capacités procurées par l'effondrement économique. Cette limitation est fonction des efforts de réduction que ces pays entreprennent chez eux (K. Nowrot, *Saving the International Legal Regime on Climate Change ? The 2001 Conferences of Bonn and Marrakesh*, *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001.396 et s. spéc. p. 422).

(5) Sur la responsabilité internationale à laquelle les Etats et la Communauté s'exposent dans un tel cas, F. Yamin et J. Lefevère, *op. cit.* p. 35.

(6) Du 25 avr. 2002, 2002/358/CE, JOCE L 130/1, 15 mai 2002. Cette décision est basée sur l'article 175, § 1^{er}, du Traité en liaison avec l'art. 300, § 2, 1^{er} al., 1^{re} phrase, et § 3, 1^{er} al.

juin 1998 (exemple, Belgique 92,5 %, Allemagne 79 %, Grèce 125 %) (7). Ce sont les bulles nationales communautaires (8) (9).

Le Protocole règle la collecte des informations qui permettent de calculer exactement les stocks de carbone de 1990 (10) et leur variation ultérieure en vue d'établir des chiffres précis auxquels se rapportent ces pourcentages. La conférence des parties se réunit régulièrement (11). Elle établit un droit dérivé considérable que son secrétariat publie (12). Pour le 31 décembre 2006 au plus tard, la Commission des Communautés déterminera précisément les quantités « en tonnes d'équivalent dioxyde de carbone » allouées à la Communauté et à chaque Etat membre (13). Pour les Quinze, la réduction globale serait de 336 millions de tonnes d'équivalent CO₂ au cours de la première période d'engagement (14).

La Communauté se dote d'instruments de mesure internes : la Commission élabore annuellement un inventaire communautaire des GES, une évaluation annuelle des progrès accomplis, en coopération ou en consultation avec les Etats membres, selon le cas (15).

4. Instruments flexibles du Protocole de Kyoto

Plusieurs formes de systèmes d'échange de droits de pollution ont été utilisées avec des fortunes diverses dans le monde (16). Le mécanisme de marché a connu un certain succès aux Etats-Unis, particulièrement dans la lutte contre les pluies acides, problème de pollution à longue distance par des sources diffuses (17). Les mesures basées sur l'efficacité économique étaient en germe dans la Convention-cadre (art. 3, § 3). Le Protocole de Kyoto en a tenu compte (18).

(7) Sur les critères de ces contributions différenciées, V. décis. du 25 avr. 2002, 2002/358/CE, préc. cons. n° 12 ; Doc. parl. Wall., 323 (2001-2002)/1, 6 mars 2002, p. 10.

(8) Art. 4 du Protocole de Kyoto. Sur l'impact de l'élargissement de l'UE, art. 4, § 4.

(9) On sait déjà que la stabilisation du climat requiert une réduction des GES autrement sévère ; on soutient que la nécessité est de réduire les émissions de GES de 70 % par rapport aux niveaux d'émission de 1990 (la directive, deuxième considérant).

(10) A guide to the climate change convention and its Kyoto protocol, Climate Change Secretariat, Bonn, 2002, p. 39, <<http://unfccc.int>>.

(11) Pour un exposé systématique et un appareil de références considérable, K. Nowrot, *op. cit.* 2001, p. 396 et s.

(12) <<http://unfccc.int>>.

(13) Décis. du 25 avr. 2002, 2002/358/CE, préc. art. 3.

(14) Doc. COM (2003) 492, du 11 août 2003, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à certains gaz à effet de serre fluorés, pt 2.2.

(15) Art. 4 de la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative à un mécanisme de surveillance des émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et à la mise en œuvre du Protocole de Kyoto (Doc. COM (2003) 51, 5 févr. 2003).

(16) N. Gunningham et P. Grabosky, *Smart regulation, Designing environmental Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1998, spéc. p. 72.

(17) Agence fédérale de protection de l'environnement (EPA), <<http://www.epa.gov>> ; N. Boucquey, *Aspects pratiques des marchés de pollution : conception, régulation et responsabilité*. Au départ de l'expérience américaine du programme d'*emissions trading*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; Pour une présentation historique et systématique, R. W. Hahn et G. L. Hester, *Marketable Permits : Lessons for theory and Practice*, E.L.Q. 1989, p. 361 et s. ; T. Tietenberg, *Tradable Permits and the Control of Air Pollution in the United States*, 33 p. 1998, 10th anniversary jubilee edition of the *Zeitschrift für angewandte Umweltforschung*, Laboratoire d'économétrie de l'UCL, R. L. Sandor, *Des permis d'émission négociables pour financer les biens publics environnementaux au moindre coût*, sans date, Laboratoire d'économétrie de l'UCL, <<http://ecodoc.bib.ucl.ac.be:82/archive/00000039>> ; O. Godard, *op. cit.* 2001, p. 10 et s. ; J. R. Nash et R. L.

Parmi les instruments juridiques originaux prévus par le Protocole, pas moins de trois (19) mécanismes de « flexibilité » sont à la disposition des États :

– un premier système de projets appelé « mécanisme pour un développement propre » (MDP) qui favorise les investissements propres par des pays de l'annexe I dans des pays ne figurant pas à l'annexe I (pays en développement non assujettis à une bulle) ; ces investissements sont comptabilisés en « réduction d'émission certifiées » (REC) (art. 12) ;

– un autre système de projets, dit de « mise en œuvre conjointe », qui permet la cession d'« unités de réduction des émissions » (URE). Il vise des projets de réduction d'émission ou d'augmentation des absorptions (20) s'ajoutant à ceux qui pourraient être obtenus autrement ; il n'est applicable qu'entre pays de l'annexe I (art. 6) ;

– un système d'échanges de droits d'émission entre pays de l'annexe I (art. 17), non liés à des projets particuliers.

Ces instruments sont fondés sur l'idée que le lieu de réalisation des réductions d'émission est moins important que ces réductions elles-mêmes. S'agissant d'une pollution globale, l'argument est recevable. Ils permettent à l'État – ou à la Communauté européenne – de ramener à sa bulle des efforts de réduction faits ailleurs :

– le MDP permet à l'État de gonfler sa bulle nationale du montant de la réduction d'émission certifiée sans soustraction ailleurs ;

– en revanche, le système de cession d'unités de réduction des émissions résultant de projets et le système d'échange de droits d'émission ne s'adressent qu'à des États assujettis à des limitations d'émissions. En conséquence, ils entraînent des mouvements de bulle à bulle dont la somme totale est nulle au regard du Protocole de Kyoto (21).

Ces mécanismes sont toutefois « complémentaires ». A titre principal, l'État doit donc agir dans sa bulle contre les émissions commises chez lui. Cette exigence de « complémentarité » est formulée dans le Protocole de Kyoto. Les parts respectives des réductions d'émissions internes et des droits de rejeter acquis par projets ou achats sur le marché international ne sont pas clairement fixées, même si l'on sait que la première doit être plus importante que la seconde. La conférence des parties a décidé à Bonn que l'action domestique constituera un élément significatif mais n'a pas fixé de pourcentage (22) (23).

Revesz, Markets and geography : designing marketable permits schemes to control local and regional pollutants, E.L.Q., 2001/3, p. 569 et s. ; N. M. Hung, Le Protocole de Kyoto. Grandeur et misère, 2001, Laboratoire d'économétrie de l'UCL, <<http://ecodoc.bib.ucl.ac.be:82/archive/00000039>> ; T. Chaumeil et M. J.-H. Smith, *op. cit.* Bull. dr. env. ind. 3/2002.4 ; Marianne Moliner, Le droit face à la pollution atmosphérique et aux changements climatiques, th. pour le doctorat en droit, Lyon III, 2001.

(18) M. Wälka et F.-X. Barcena, Commerce international et protection de l'environnement : cruel dilemme ? Application au cas particulier de l'effet de serre, Faculté de droit de l'UCL, Travaux de 3^e licence en droit, 2002-2003.

(19) On y range parfois aussi la possibilité offerte aux États de s'associer pour exécuter en commun leurs obligations (K. Nowrot, *op. cit.* p. 411), dont la Communauté européenne fait usage (*supra*, n° 3).

(20) Sur ce point particulièrement sensible, M. Vespa, Climate change 2001 : Kyoto at Bonn and Marrakech, E.L.Q., vol. 29, 2002/2, p. 395 et s. spéc. p. 411 et s.

(21) Art. 3, § 10 à 12, du Protocole de Kyoto.

(22) Une décision 5/CP.6 a été prise à ce sujet lors de la conférence des parties (COP6bis) qui s'est tenue à Bonn en 2001. A. Bonduelle, Les dix défauts du Protocole de Kyoto, *in* Le

Enfin, s'il est question des Etats comme débiteurs principaux des obligations de limitation, le Protocole de Kyoto permet la participation du secteur privé aux projets et mouvements (24).

5. Incertitude de l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto

L'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto est subordonnée à la ratification par au moins 55 parties et par des pays développés, visés à l'annexe I à la Convention, dont les émissions totales de dioxyde de carbone représentaient en 1990 au moins 55 % du volume total des émissions de l'ensemble de ces pays développés.

L'incertitude quant à l'entrée en vigueur du Protocole tient au fait que si 122 Etats l'ont ratifié, les pays développés de l'annexe I qui font partie de ceux-ci ne représentent que 44,2 % du volume total des émissions de CO₂ de l'ensemble de ces pays développés (25).

On le sait, le Président des Etats-Unis a exprimé, en 2001, le refus d'assumer le pourcentage de réduction de 93 % assigné par le Protocole. Or cet Etat était à l'origine de 36,1 % des émissions de CO₂ calculées en 1990. Si le retrait américain ne rend pas impossible l'entrée en vigueur (26), elle la compromet. En outre, lorsque les Etats-Unis disent refuser le Protocole pour ne pas altérer le mode de vie américain et la position économique du pays, ils exigent de ceux qui voudraient quand même l'appliquer un surcroît de conscience écologique non négligeable. L'attitude américaine est également basée sur des faiblesses objectives du Protocole qu'elle contribue à mettre en évidence : soit que cet instrument crée un déséquilibre entre les débiteurs et les créanciers de ses obligations, soit qu'il ne se donne pas les moyens d'atteindre les objectifs qui y sont préconisés, soit que ses objectifs et son système ne relèvent pas le défi du changement climatique (27).

Protocole de Kyoto, Mise en œuvre et implications, PU Strasbourg, 2002, p. 71 et s. spéc. p. 76 à 78 ; K. Nowrot, *op. cit.* p. 421.

(23) La COP7 de Marrakech et la COP8 de New Delhi ont adopté des procédures de mise en œuvre des mécanismes de projets. V. not. le Rapport du Conseil exécutif du mécanisme pour un développement propre, du 31 oct. 2002 (Doc FCCC/CP/2002/L.5/Add.1, consultable sur le site <<http://unfccc.int>> ; plus généralement le Rapport général de la COP8, Doc. FCCC/CP/2002/7, du 28 mars 2003, consultable sur le même site.

(24) Art. 6, § 3 ; 12, § 9, en ce qui concerne les mécanismes de projets. « post-2008, transboundary transfers between private entities will need to be "shadowed" by a parallel and equivalent transfer of sovereign obligations (PAAs) between respective Parties », F. Yamin et J. Lefevre, *op. cit.* p. 14.

(25) V. le site internet suivant : <http://unfccc.int/ressource/kpthermo_if.html> et le communiqué de presse de la Commission européenne du 10 mars 2004 intitulé Changement climatique : toutes les dispositions du Protocole de Kyoto sont maintenant juridiquement contraignantes dans l'UE. Les communiqués de presse de la commission européenne sont consultables sur le site internet suivant : <<http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guestfr.ksh>>.

(26) M. Vespa, *Climate change 2001 : Kyoto at Bonn and Marrakech*, E.L.Q., vol. 29, 2002/2, p. 395 et s. spéc. p. 406-407.

(27) Signalons qu'à l'occasion d'une conférence de la Fédération de l'industrie autrichienne, la sous-secrétaire des Etats-Unis aux affaires mondiales, Paula Dobriansky, a déclaré, le 3 mars 2004, que les Etats-Unis étaient très attachés à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et qu'ils cherchaient à trouver, en partenariat avec d'autres pays, des solutions au défi que représentent les changements climatiques. Elle a indiqué que la stratégie des Etats-Unis reposait sur trois piliers fondamentaux : accroître la collaboration internationale

Après le refus des États-Unis d'adhérer au Protocole, tous les espoirs se tournent désormais vers la Russie, qui émettait plus ou moins 17 % des émissions de gaz à effet de serre en 1990. Malgré les tergiversations stratégiques de Moscou sur cette ratification (28), les Nations unies et l'Europe restent malgré tout optimistes (29). Il n'empêche que ce climat d'incertitude retarde la mise en place, à l'échelon mondial, de mesures urgentes contre le réchauffement planétaire, dont les effets prévisibles sont alarmants (30). La directive 2003/87/CE n'est qu'un élément d'un plus vaste dispositif. Elle contribue « à réaliser les engagements de la Communauté européenne et de ses États membres » dans le cadre du Protocole de Kyoto.

6. Action inconditionnelle de la Communauté européenne. Limites

Dans la défense de l'environnement, le pari européen est précisément celui de l'action et du *leadership* mondial (31).

lorsqu'il s'agit de faire face aux changements climatiques, améliorer les connaissances scientifiques et mettre au point de nouvelles technologies (V. Les États-Unis sont attachés à la Convention-cadre sur les changements climatiques, service d'information de Washington, 8 mars 2004. Site internet : <<http://usinfo.state.gov/francais/sustain/f4030803.htm>>).

(28) Un conseiller économique du président Vladimir Poutine avait annoncé, en marge de la Conférence internationale sur les changements climatiques qui s'est tenue à Milan, le 1^{er} décembre 2003, que la Russie ne ratifierait pas le Protocole de Kyoto, notamment pour des raisons économiques mais cette opinion a aussi été démentie par une autre source russe. A titre d'illustration, notons qu'une des plus grosses compagnies de la Russie, la S.E.U., qui détient le monopole de l'électricité dans ce pays, milite avec ardeur pour la ratification du Protocole de Kyoto. Elle y voit le moyen de moderniser les entreprises et d'obtenir des investissements étrangers. Cette opinion n'est cependant pas partagée par tous les industriels russes. Ainsi, Nikolai Tonkov, président d'une holding qui rassemble 50 entreprises en Russie, se fait ainsi fort de rappeler la position du président Vladimir Poutine sur la question : « L'idée essentielle, c'est que la Russie ne doit pas se dépêcher. Il faut tout soupeser et agir conformément aux intérêts nationaux » (Le Monde, 23 mars 2004, site internet : <<http://www.lemonde.fr>>).

(29) V. R. Crivellaro, Le Protocole de Kyoto dans le coma et Le Protocole de Kyoto en Sibérie, La Libre Belgique, Bruxelles, 3 déc. 2003, 11 et 22. Une discussion sur le retrait de la directive 2003/87 a cependant eu lieu au sein de la Commission des Communautés européennes, tranchée en faveur du maintien par le Président Prodi (Le Monde, 18 déc. 2003). Ce dernier a déclaré : « La Commission soutient résolument le Protocole de Kyoto et sa mise en œuvre intégrale par l'Union européenne. Nous ne changeons pas d'avis et ne revenons pas sur les objectifs que nous nous sommes fixés. [...] Nous sommes certains que la Russie ratifiera le Protocole afin qu'il puisse entrer en vigueur » (communiqué de presse de la Commission européenne du 16 déc. 2003, intitulé La Commission européenne fidèle au Protocole de Kyoto). La Commission européenne a encore rejeté avec force, le 26 février 2004, tout appel à changer sa position concernant la ratification du Protocole de Kyoto et son application intégrale par l'Union européenne. Elle insiste : « *the protocole will enter into force once Russia has ratified* » (communiqué de presse de la Commission européenne du 26 févr. 2004, intitulé The commission rejects calls to drop the Kyoto Protocole).

(30) Un million d'espèces pourraient être menacées à échéance de cinquante ans, selon une contribution récente publiée *in Nature*, 8 janv. 2004 (V. Le Monde, 9 janv. 2004).

(31) Exposé des motifs, conclusions, Position commune du 18 mars 2003, JOCE C 125, 27 mai 2003. Ce *leadership* mondial de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement est également souligné dans la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen intitulé Examen de la politique de l'environnement 2003. Consolidation du pilier « environnement » du développement durable, Doc. COM (2003), 745, 3 déc. 2003. La Commission européenne considère qu'un des principaux défis à relever pour la politique européenne de l'environnement est de « tirer parti de la crédibilité internationale acquise par l'Union européenne ces dernières années ».

A l'échelon international, la Communauté œuvre en faveur de l'adoption du Protocole car elle estime que l'instrument juridique universel correspond le mieux à la dimension planétaire du problème et que le refus américain n'est peut-être que provisoire (32). L'action immédiate paraît meilleure qu'une hypothétique renégociation du Protocole. La deuxième période requerra de toute façon la mise au point d'une nouvelle répartition des efforts. On ne peut perdre de vue que ce dossier donne à l'Union l'occasion de prendre un avantage dans ses relations fort complexes avec les Etats-Unis. Elle peut se prévaloir des comparaisons qui rendent la consommation américaine d'énergie objectivement démesurée.

L'Europe a décidé de prendre sans tarder des mesures internes de réduction des émissions et de se doter d'un instrument juridique flexible dont elle ne disposait pas encore : le « système d'échange de quotas d'émission » (33).

La directive du 13 octobre 2003 jette les bases d'un système d'échange communautaire préparatoire à la mise en place du Protocole de Kyoto afin de permettre aux opérateurs de l'Union d'apprendre à utiliser des instruments de marché qui échappent aux traditions administratives de la plupart d'entre eux. Il faut bien voir que la directive ne contient pas de disposition qui subordonne sa pérennité à l'entrée en vigueur du Protocole. Les obligations de limitation qu'elle contient s'imposent aux Etats par l'effet du droit communautaire. Ils sont tenus de transposer la directive et les entreprises seront assez libres d'utiliser l'instrument de marché.

Toutefois, une ambiguïté demeure quant aux bulles communautaires et nationales pour la période 2008-2012.

Il est certain que les Etats doivent fixer des limites de rejets aux entreprises assujetties au système de la directive 2003/87. L'Etat doit établir une bulle globale qui est ensuite fractionnée en bulles d'entreprise.

En revanche, aucun texte ne résout de manière absolument claire la question de savoir si le maximum communautaire assumé par chaque Etat membre dans la décision commune du 16 juin 1998 (34), portée aux yeux du monde dans la décision de ratification 2002/358 (35), s'applique dans l'ordre communautaire interne indépendamment de l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto.

En effet, au moment de l'adoption de cette décision 2002/358, le droit communautaire semblait lier l'engagement international et les obligations (36). En d'autres termes, il demeurait incertain que l'objectif impératif de 92,5 % se fût imposé à la Belgique, celui de 79 %, à l'Allemagne, ... à défaut de l'entrée en

(32) Il est à noter qu'aux Etats-Unis, dix Etats du nord-est ont établi un système régional d'échange d'émission de CO₂ fondé sur une initiative du gouverneur Pataki de l'Etat de New York (communiqué de presse de la Commission européenne du 11 mars 2004 intitulé Margot Wallström European Commissioner responsible for Environment, Towards a low carbon economy, European Business Summit Brussels, 11 mars 2004).

(33) Dans le domaine de l'environnement, il faut toutefois signaler le système limité d'échange organisé par les règlements du Conseil qui mettent en œuvre le Protocole de Montréal relatif à la protection de la couche d'ozone et ses instruments modificatifs. En droit interne, règlements (CE) 594/91 ; 3959/92 ; 3093/94 ; 2037/2000.

(34) Préc.

(35) Décis. du 25 avr. 2002, 2002/358/CE, préc.

(36) V. considérants 4 et 5 de la directive.

vigueur du Protocole de Kyoto, sans nouvelle décision communautaire *ad hoc* (37), à moins, bien entendu, que l'État ne décide de se contraindre à cette limitation par une mesure de droit interne. Certains auteurs soutenaient que les obligations de bulles nationales communautaires étaient pourtant bien inconditionnelles, c'est-à-dire qu'elles s'appliquaient même à défaut de l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto (38).

Depuis l'adoption de la directive 2003/87/CE, la décision du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004, 280/2004/CE, « relative à un mécanisme pour surveiller les émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et mettre en œuvre le Protocole de Kyoto » (39) nous semble rendre plus claire la position communautaire. Cette décision est la mise en œuvre d'un raisonnement fondé sur l'idée que toutes les dispositions du Protocole de Kyoto doivent avoir force de droit communautaire. Cette interprétation est encore confirmée par la déclaration de la Commission du 10 mars 2004 (40). Toutefois, malgré tout, un doute subsiste encore en ce qui concerne la question du respect inconditionnel de la bulle communautaire et des bulles nationales communautaires, dans la mesure où la décision 280/2004/CE continue à se référer constamment aux quantités fixées dans la décision 2002/358/CE de ratification du Protocole de Kyoto, alors que l'on aurait pu lever tout doute par une affirmation explicite.

En revanche, si l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto n'a pas lieu, il est certain que la violation éventuelle de la bulle communautaire ou des bulles nationales communautaires n'aura pas pour effet d'engager la responsabilité internationale de la Communauté ou des États membres vis-à-vis des États tiers.

7. Le système de marché n'est qu'un des instruments de la politique communautaire

La lutte contre le changement climatique fut l'occasion de mettre en œuvre, à l'échelle mondiale, le principe d'action intégrée : l'environnement est une composante des autres politiques (41). Il s'agit d'un leitmotiv de l'Agenda 21. Politi-

(37) On note que des amendements tendant à établir dans la directive des plafonds déterminés d'émissions qui s'imposeraient aux États ont été rejetés sans évoquer précisément le problème abordé au texte (not. amendement 24 du PE, Doc. A5-0303/2002, du 13 sept. 2002, jugé « inutile » par le Conseil en raison précisément des engagements de Kyoto, *in* Exposé des motifs, Position commune, préc.).

(38) Marc Pallemmaerts estime que l'obligation faite aux États membres, destinataires de la décision 2002/358/CE de ratification du Protocole de Kyoto (préc.), de respecter les quotas d'émission nationaux découlant des engagements chiffrés à l'annexe II de cette décision, « est une obligation de droit communautaire, indépendante de l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto ». Il ajoute que la décision 2002/358/CE est, sur ce point, concordante avec la ferme volonté politique exprimée par les chefs d'État et de gouvernement de l'Union en réaction au retrait américain – et l'on pourrait ajouter désormais : aux tergiversations russes –, à savoir celle de tenir les engagements qui ont été pris dans le cadre du Protocole de Kyoto (M. Pallemmaerts, *La Communauté européenne comme Partie contractante au Protocole de Kyoto*, *Amén.-Env.*, 2003, n° spéc. p. 22-23).

(39) JOCE L 49/1, 19 févr. 2004. En ce qui concerne cette décision, *V. infra*, n° 23.

(40) *V. le communiqué de presse de la Commission européenne du 10 mars 2004 intitulé Changement climatique : toutes les dispositions du Protocole de Kyoto sont maintenant juridiquement contraignantes dans l'UE.*

(41) Sur ce thème, Michel Pâques, *Fédéralisme et politique intégrée de l'environnement*, *in* *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne*, Acteurs, valeurs et efficacité, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 213 et s.

que de l'énergie, des carburants, des transports, de la mobilité, télétravail, conception de produits, de véhicules, d'immeubles, formes d'agriculture et de culture, fiscalité judicieuses... : cette symphonie du Nouveau monde mobilise tout l'orchestre et non les seuls instruments à vent.

Le système d'échange de droits d'émission n'est donc qu'un des moyens de la politique communautaire de lutte contre les changements climatiques. Pour des raisons de praticabilité, il ne peut s'adresser qu'à une partie du problème et ne dispense pas de la mise en place d'autres instruments d'action (42).

Cette directive est fondée sur l'article 175, § 1^{er}, du Traité CE. Ses auteurs ont estimé que par son but et son contenu elle relevait principalement de la politique de l'environnement. Tel est également le cas de la décision de la Communauté d'approuver le Protocole de Kyoto (43) mais pas de tous les instruments de la lutte contre l'effet de serre (44).

8. Système communautaire et subsidiarité

L'échelon communautaire a été préféré pour donner à ce marché la taille critique qui lui permettrait de s'alimenter d'un nombre suffisant d'offres et de demandes. L'organisation nationale de tels marchés aurait compliqué les échanges entre entreprises que le droit communautaire aurait eu de la peine à coordonner. En outre, nombre de modalités d'organisation du marché que l'on va présenter doivent être harmonisées sous peine de provoquer des altérations de concurrence. L'idée d'une simple coordination communautaire a été abandonnée au profit d'une organisation commune. L'efficacité a prévalu (45).

(42) Communication de la Commission sur la mise en œuvre de la première étape du programme européen sur le changement climatique, Doc. COM(2001)580, du 23 oct. 2001. V. aussi, notamment, les communiqués de presse de la Commission européenne du 27 oct. 2003 et du 2 déc. 2003, respectivement intitulés *Lutte contre la pollution par l'ozone : la Commission se félicite de l'accord conclu au Conseil* mais estime que des mesures supplémentaires sont nécessaires et *Changements climatique : les Etats membres doivent redoubler leurs efforts pour réduire les émissions de gaz à effet de serre*. Ce dernier communiqué souligne que « faute de mesures complémentaires, l'UE dans son ensemble et la grande majorité de ses Etats membres n'atteindront pas les objectifs en matière d'émissions qui leur ont été fixés dans le cadre du Protocole de Kyoto ». A l'échelon de l'Etat, les instruments d'action sont coordonnés dans un « programme national », (art. 2, de la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative à un mécanisme de surveillance des émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et à la mise en œuvre du Protocole de Kyoto (Doc. COM (2003), 51, du 5 févr. 2003) et de la décision 93/389/CE, modifiée par la décision 99/296/CE, que cette proposition abrogerait) ; <<http://europa.eu.int/comm/environment/climat/emission.htm>>. Not. G. Block et D. Haverbeke, *Droits d'émission et certificats verts : le nouvel encadrement légal en matière d'électricité*, *Amén.-Env.*, 2001/2, p. 109 et s. ; G. Block, D. Haverbeke et B. Schutyser, *Emissierechten en groenstroomcertificaten : de valkuilen van de reglementering van groenstroomcertificaten en van groene energie in het Vlaams Gewest, het Waals Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, M.E.R., 2001/2, p. 91 et s.

(43) Décis. du 25 avr. 2002, 2002/358/CE, JOCE L 130/1, 15 mai 2002, préc.

(44) Par exemple, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à certains gaz à effet de serre fluorés, tournée davantage vers des produits, est fondée sur l'article 95, Doc. COM (2003) 492, du 11 août 2003.

(45) L'argumentaire du dernier considérant de la directive est peu développé ; en revanche, des arguments plus substantiels ont été pesés dans le Doc. COM (2001) 581. La question avait été abordée dans le Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, Doc. COM (2000), 87, du 8 mars 2000.

Cependant, l'instrument choisi est la directive. Les Etats sont donc investis de responsabilités importantes dans l'organisation juridique et la surveillance du marché. En outre, les dispositions de la directive du 13 octobre 2003 sont assez peu centralisatrices. Toutefois, il ne s'agit que de la première vague. Tout un droit dérivé complémentaire est déjà programmé dont on mesurera bientôt l'importance. En effet, sous plusieurs aspects, les comportements stratégiques sont à redouter.

9. Gaz et acteurs visés

La mise en place de ce marché requiert d'abord de déterminer les gaz qui en feront partie. La directive décide de viser les six gaz retenus par le Protocole (annexe II de la directive) mais en réalité, elle ne saisit que le CO₂ car elle ne s'adresse qu'aux émissions de CO₂ des établissements qu'elle désigne (46).

En effet, elle détermine aussi les acteurs qui seront assujettis au système et bénéficieront de l'instrument d'échange. Le critère de la praticabilité du contrôle a été déterminant. Il a convaincu de ne retenir que des installations fixes de grande taille et en nombre relativement limité (47). Seules les entreprises émettrices des secteurs repris en annexe I (1^{re} colonne) sont visées et elles ne le sont qu'en tant qu'elles rejettent du CO₂ (2^e colonne de l'annexe I) (48). Dans certains cas, un seuil est établi en dessous duquel l'émetteur n'accède pas au marché. Les obligations contenues dans la directive sont limitées à ces gaz et à ces « activités » (art. 2). En conséquence, la directive définit l'activité (annexe I), l'installation (l'unité technique où se déroule une ou plusieurs activités...) et l'exploitant, celui qui exploite ou contrôle l'installation (art. 3). En saisissant les émissions directes les plus importantes, la directive opte pour un moyen terme. Elle aurait pu frapper en amont et

(46) Doc COM (2001) 581, p. 10-11. En 1999, le CO₂ représentait plus de 80 % des émissions de GES dans la Communauté.

(47) Sur cet aspect des coûts de transaction, O. Godard, *op. cit.* 2001, p. 3.

(48) Signalons à ce propos qu'un recours en annulation partielle de la directive 2003/87/CE a été introduit par la société anonyme ARCELOR contre le Parlement européen et le Conseil en date du 15 janvier 2004, fondé notamment sur un argument de violation du principe d'égalité (TPI, *Arcelor SA c/ European Parliament and Council of the European Union*, aff. T-16/04). Arcelor estime que la directive introduit des « distorsions de concurrence ». Selon le président du groupe, Guy Dollé, « la directive donne le sentiment que l'industrie est seule responsable des émissions, alors que le transport et le chauffage sont les premières sources de CO₂ [...] » (Le Monde, 22 mars 2004). La société ARCELOR invoque entre autres une discrimination concurrentielle par secteur : le secteur de l'aluminium, par exemple, n'est pas repris à l'annexe I de la directive 2003/87/CE, tandis que les installations pour la production de fonte ou d'acier, secteur d'activités de la société ARCELOR, font parties de cette annexe, et sont donc assujetties au régime prescriptif de la directive 2003/87/CE. Ces deux secteurs d'activités que sont l'aluminium et l'acier, ne seront pas soumis aux mêmes contraintes, soutient Arcelor, or, ils sont en concurrence, par exemple pour le marché de l'automobile. Un autre argument soulevé par la société ARCELOR met aussi en exergue une discrimination concurrentielle géographique, en ce que, par exemple, les Etats-Unis ne devront pas, sauf revirement de situation, consentir les mêmes efforts de lutte contre les changements climatiques que les pays ayant adhéré au Protocole de Kyoto, et en particulier, que les Etats membres, alors que la concurrence, tout comme d'ailleurs l'objectif de réduction des gaz à effet de serre, sont d'ordre mondial. On attend, dans un premier temps, une décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes sur la recevabilité de l'action introduite par cette société, qui est l'une des plus grandes productrices d'acier en Europe.

saisir la production d'énergie fossile (49). Elle ne vise pas non plus les consommateurs des énergies produites à partir d'émissions de ces GES (50). Ainsi, le système devrait saisir 46 % des émissions estimées de CO₂ de l'Union en 2010, réparties entre 4 000 et 5 000 installations (51).

L'exclusion de certaines installations du système d'échange peut être autorisée par la Commission à la demande de l'Etat membre. La consultation du public est requise. La Commission doit néanmoins imposer certaines exigences de limitations, de surveillance et de déclaration à cette entreprise. Enfin, cette mesure est temporaire et ne peut se prolonger au delà du 31 décembre 2007 (art. 27).

L'extension du système d'échange « à des activités, installations et gaz à effet de serre qui ne sont pas énumérés à l'annexe I » peut être décidée unilatéralement par l'Etat mais à partir seulement de 2008 et sous la condition de l'approbation de la Commission (art. 24). Dès 2005, dans les mêmes conditions, les Etats peuvent assujettir des installations visées à l'annexe I qui n'atteignent pas les limites de capacité prévues dans cette annexe.

On voit donc à quel point le principe de subsidiarité joue en faveur de la Communauté relativement à ces questions de délimitation du marché. En fonction des progrès réalisés, une révision de la directive en vue d'étendre le champ de l'annexe I est prévue, dès décembre 2004, en des termes fort mesurés en même temps que l'établissement, en juin 2006, d'un rapport sur le fonctionnement de la directive et d'autres perspectives d'évolution sur une série de points déjà désignés (art. 30). Une de celles-ci (52) est déjà en voie de concrétisation puisque le lendemain de l'adoption de la directive, la Commission déposait une proposition de modification de celle-ci « au titre des mécanismes de projet du Protocole de Kyoto » (53).

10. Périodicité et plan national d'octroi de quotas

Le Protocole de Kyoto a instillé l'idée que le système doit être basé sur des périodes pour lesquelles une bulle est établie. Tel est également le choix de la directive. Elle s'aligne aussi sur le rythme de Kyoto : des périodes de cinq ans à partir du 1^{er} janvier 2008. L'originalité du système communautaire se marque par la création d'une première période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005.

Cette première période est mise à profit pour rôder le système ; elle est soumise à un régime qui est particulier sous plusieurs aspects ; l'un des plus originaux est que, au cours de cette période de trois ans, l'Etat ne subit aucune obligation de résultat en termes d'émissions de GES qui soit comparable à celle qu'il

(49) F. Yamín et J. Lefevère, *op. cit.* p. 24.

(50) Sur certaines conséquences de ce choix, O. Lomas et Ch. Stappels, *Emission trading : learning from the UK Experience*, Bruxelles, Alen et Overy, 18 mars 2003, p. 3.

(51) Doc COM (2001) 581, p. 11 ; le chiffre de 10 000 a également été avancé (PE, projet de recommandation pour la deuxième lecture, Doc. A5-0207/2003, 12 juin 2003, p. 25-29), de 12 000 dans l'Europe des 25 Etats, selon un communiqué de presse de l'Union européenne du 4 mars 2004, intitulé « Questions et réponses sur les échanges de droits d'émission et les plans nationaux d'allocation de quotas ».

(52) Art. 30, § 2 et § 3.

(53) Doc COM (2003) 403, du 23 juill. 2003. Pour de plus amples précisions sur cette proposition, V. *infra*, n° 17.

assumera dans la période 2008-2012 (54). C'est un moyen approprié de prendre un peu d'avance.

L'Etat est censé bien connaître les entreprises des secteurs visés mais aussi les sources d'émission de GES qui échappent à la directive. L'Etat doit établir la quantité d'émissions qu'il alloue aux gaz et aux entreprises du système, sans oublier la part nécessaire des autres émissions dans la bulle nationale. La bulle du marché ajoutée aux autres émissions constitue donc la bulle nationale.

La directive contient une annexe qui prescrit une dizaine de critères d'établissement du plan national et la Commission européenne a publié une communication visant à aider les Etats membres à mettre en œuvre ceux-ci (55). Ces critères doivent en principe être suivis (art. 9, § 1^{er}) mais la directive en permet d'autres tout aussi « objectifs et transparents ». Au premier rang des critères communautaires figurent naturellement la compatibilité avec la décision 2002/358 et l'objectif de Kyoto, la nécessité de tenir compte des sources de GES non couvertes par la directive (56), puis la compatibilité avec l'évolution des progrès réels de l'Etat en matière de réduction, la cohérence des allocations avec le potentiel de réduction des activités couvertes et la cohérence avec les autres instruments législatifs et politiques communautaires (57). En outre, une consultation du public est prévue dont l'Etat tient « dûment compte ». Ce plan national règle aussi la manière donc les quotas sont attribués. On note que « les Etats peuvent fonder la répartition sur la moyenne des émissions de GES par produit pour chaque activité et sur les progrès réalisables pour chaque activité » et « le plan n'opère pas de discrimination entre entreprises ou secteurs qui soit susceptible d'avantager indûment certaines entreprises ou activités ». Il contient enfin un projet d'allocation à chaque entreprise couverte par la directive. Ces règles laissent donc aux Etats une marge d'appréciation considérable.

Chaque Etat membre devait élaborer et notifier à la Commission européenne son premier « plan national d'allocation de quotas » pour le 31 mars 2004 (58). La Commission européenne n'a finalement reçu que cinq plans nationaux d'allocation de quotas dans les délais. Les Etats qui ont respecté leur engagement sont l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, la Finlande et l'Irlande (59). Il est

(54) Certainement si le Protocole de Kyoto entre en vigueur (sur ce point, V. *supra*, n° 5-6).

(55) Communication de la Commission sur les orientations visant à aider les Etats 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), 830, du 7 janv. 2004.

(56) Renforcée en dernière lecture par le Parlement européen (séance du 2 juill. 2003) ; les dispositions les plus importantes de cette annexe III sont soustraites au pouvoir de modification de la Commission.

(57) V. la liste complète in annexe III. Certains critères sont plutôt facultatifs (not., 3 (deuxième phrase), 7, 11).

(58) Art. 9, § 1, al. 2, de la directive. En ce qui concerne les 10 nouveaux Etats membres, ils disposaient d'un délai supplémentaire d'un mois.

(59) V. Enviro2B. Les Actus, Quotas de CO₂ : cinq plans d'allocations généreux pour l'industrie, 16 avr. 2004, document disponible sur le site internet suivant : <<http://www.enviro2b.com/france/web/serv/enviro/ActusDetail?index=3¤t=865&List=HomePage>>.

Il est à noter qu'en date du 31 mars 2004, trois autres pays avaient soumis leur plan d'allocation des quotas à consultation publique : le Royaume-Uni, les Pays-Bas et le Portugal. Pour une consultation de l'état d'avancement du processus d'élaboration des plans nationaux d'allocation de

estimé que « dans l'ensemble les cinq pionniers ont généreusement doté leurs industries », ce qui fait craindre aux analystes et courtiers « qu'une trop large dotation en quotas annule purement et simplement les effets environnementaux recherchés du futur marché européen » (60).

Le plan est soumis à la tutelle de la Commission (61). Celle-ci peut rejeter le plan « ou tout aspect de celui-ci » par une décision motivée. La Commission, aidée d'un comité, vérifiera spécialement la conformité des projections nationales avec les engagements communautaires de l'État ainsi que la validité de la distribution des bulles individuelles au regard des règles de la concurrence et de la non-discrimination. Elle n'a pas de pouvoir de substitution mais, en cas de rejet, l'État ne peut prendre de décision de distribution de quotas (art. 11) que si les modifications qu'il propose sont acceptées par la Commission (art. 9, § 3).

11. Autorisation et bulle de chaque acteur

L'installation visée par la directive est soumise à autorisation administrative. Il s'agit de l'autorisation imposée par la directive 96/61/CE (IPPC) (62) ou d'une autorisation *ad hoc* (63). L'intégration est possible ; la coordination est imposée (art. 8).

Toutefois, ce n'est pas l'autorisation qui fixe la bulle d'émission maximale de GES allouée à chaque installation (64), sauf si une norme individuelle de rejet maximum est nécessaire pour éviter toute pollution locale significative (art. 9, § 3, modifié, de la directive 96/61) (65), c'est-à-dire un *hot spot* (66). En outre,

quotas, consultez le site internet suivant : <http://europa.eu.int/comm/environnement/climat/emission_plans.htm>.

(60) V. Enviro2B. Revue de presse, Cinq PNAQ fort bien dotés, 6 avr. 2004, document disponible sur le site internet suivant : <<http://www.enviro2b.com/france/web/serv/enviro/PresseDetail?index=1¤t=3897&List=HomePage>>. La première impression de la Commission européenne par rapport aux plans nationaux d'allocation des quotas qui lui ont été notifiés est également qu'ils allouent une trop large quantité de quotas. Elle craint que le prix des quotas sur le marché ne soit trop bas pour inciter les principaux émetteurs de gaz à effet de serre à changer leur comportement (V. le communiqué de presse de la Commission européenne du 18 mai 2004 intitulé « Climate Change, Emission Trading and National Allocation Plans »).

(61) Des conditions de délai relatives à l'introduction du plan et à l'exercice par la Commission de son pouvoir de rejet sont imposées.

(62) Dans son champ d'application (installations et activités) la directive IPPC soumet à autorisation les émissions des « substances polluantes, notamment celles figurant à l'annexe III, susceptibles d'être émises par l'installation concernée en quantité significative eu égard à leur nature et à leur potentiel de transfert d'un milieu à l'autre » (art. 9, § 3). Les GES ne relèvent pas de l'annexe III mais bien du « notamment ».

(63) Certains secteurs assujettis à la directive ne sont pas visés par la directive 96/61. Tel est le cas des installations de production d'électricité et de chaleur d'une puissance comprise entre 20 et 50 MW (Doc COM (2001) 581, p. 11).

(64) En revanche, pour les installations qui échappent au système de la directive, l'autorisation peut comporter des valeurs limites d'émission pour les émissions directes de GES (art. 9, de la directive 96/61, modifiée par la directive, art. 26).

(65) Art. 26 de la directive. La modification apportée à l'article 9, § 3, de la directive IPPC a pour effet que l'autorisation ne doit pas fixer de valeur limite d'émission pour les rejets de GES. De la combinaison du paragraphe 3, préc., et du paragraphe 4 il résulte que l'autorisation ne doit pas imposer à cet exploitant d'utiliser les meilleures techniques disponibles en ce qui concerne ces rejets. Au demeurant, les articles 5 et 6 de la directive « établissant un système d'échange » règlent l'autorisation et ne prévoient pas d'imposer les MTD (dans ce sens, Doc. COM(2003) 354, 19 juin 2003, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement

toute entreprise visée ne recevra pas d'autorisation d'émettre des GES. En effet, l'autorisation d'émettre des GES n'est délivrée que si l'autorité compétente désignée par l'Etat considère que l'exploitant est en mesure de surveiller ou de déclarer les émissions (art. 6, § 1^{er}). Les contenus minimaux de la demande et de l'autorisation sont réglés (art. 5 et 6), de même que les obligations de l'exploitant en cas de « changement concernant les installations » (art. 7). Cette autorisation n'est pas spécialement cessible sauf dans les conditions habituelles de cession de l'entreprise (67).

La bulle individuelle ne doit pas nécessairement être fixée d'autorité. Suivant la logique de marché, l'entreprise rejettera dans la mesure où elle aura acquis au bon moment le droit de rejeter. Tel est le principe de base de la directive qui décide que l'autorisation ne fixe pas de valeurs limites d'émission de GES, sauf si cela est nécessaire pour lutter contre un *hot spot*. Cette limite est « extra systémique » à la fois en ce qu'elle introduit une considération purement locale et revient au moyen classique et dirigiste du plafond individuel fixé d'autorité, sans doute de manière absolue, alors que les rejets maximaux sont souvent établis en pourcentages de masses principales illimitées. Elle ne préjuge nullement de la manière d'acquérir le droit d'émettre jusqu'à ce niveau. Ce n'est pas nécessairement gratuit.

Cette autorisation contient en tout cas « l'obligation de restituer, dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque année civile, des quotas correspondant aux émissions totales de l'installation au cours de l'année civile écoulée, telles qu'elles ont été vérifiées conformément à l'article 15 » (art. 6, § 2, e), de la directive). Par cette disposition, l'accomplissement des obligations de restitution de quotas devient une condition de maintien de l'autorisation. Il peut donc faire l'objet d'une sanction dans le régime de l'autorisation.

Le plan national contient un projet de répartition entre les entreprises (il contient « la liste des installations couvertes avec pour chacune d'elles, les quotas qu'on souhaite lui attribuer ») (68). Ce plan contient surtout la quantité maximale que l'Etat ne peut se permettre de dépasser. C'est en fonction de celle-ci que les adjudications individuelles ont lieu. En droit, les quotas seront attribuées non pas aux « installations » mais aux « exploitants » (69) afin de bien favoriser leur mobilité.

européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Vers une production durable. Progrès accomplis dans la mise en œuvre de la directive 96/61/CE du Conseil relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, pt 7.2). Sur ce point le choix de l'opérateur est donc libre.

(66) Par nature, un système de marché de droits d'émission à structure simple expose au risque de *hot spot*, J. R. Nash et R. L. Revesz, *op. cit.* p. 572. Ces auteurs examinent la manière d'éviter les *hot spots* sans trop augmenter la complexité administrative du marché ; ils proposent néanmoins l'approbation administrative de la transaction en ce qui concerne le lieu d'utilisation du quota ; Pour un cas de *hot spot* provoqué par le système d'échange de droits de polluer, L. N. Chinn, *Can the Market be fair and Efficient ? An environmental Justice Critique of Emissions Trading*, *Ecology Law Quarterly*, 1999, p. 80 et s.

(67) Par exemple, en droit wallon, l'article 60 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement.

(68) Annexe III.

(69) Art. 11 et exposé des motifs du Conseil, annexé à la position commune, relatif à l'amendement n° 33.

12. Démarrage du système : grandfathering ou mise aux enchères ?

Il faut fixer les conditions de début du marché, établir la manière selon laquelle l'entreprise acquerra le droit d'émettre sa première quantité de GES après l'entrée en vigueur du système. Deux conceptions s'affrontent. Une pure logique de marché revient à mettre immédiatement aux enchères les quotas que les entreprises pourront acheter. Une autre est de donner d'autorité aux entreprises un nombre de quotas de départ. Dans le premier cas, le ressort de marché joue dès le départ, dans le rapport aux pouvoirs publics émetteurs de droits, pour la constitution de la bulle individuelle de l'entreprise. Cette dernière se fait mieux que tout autre une conception de ses besoins et de ses capacités. Elle acquiert en conséquence. L'application du principe « pollueur-payeur » est nette mais le risque de collusion ou d'abus de position dominante ne peuvent être écartés. Cette méthode est néanmoins considérée comme la meilleure (70). Dans le second cas, le *grandfathering* (71) écarte la loi du marché dans la phase de constitution de la bulle individuelle. Le pouvoir public distributeur doit se faire une certaine idée de ce qui est nécessaire à l'entreprise pour fonctionner tout en contribuant à l'effort de réduction. Quelle responsabilité dans une telle évaluation ! Cette méthode prive l'instrument économique d'une partie de son ressort et néglige le principe « pollueur-payeur » (72). Il est clair que toutes les entreprises n'ont pas la même structure économique et technique. Il faut au pouvoir public un doigté exceptionnel pour mener à bien cette distribution sans encourir le reproche de favoritisme ou de manque de discernement (73). Cette allocation publique de départ revient à fixer un montant d'émissions gratuites (74) au-delà duquel, seulement, l'entreprise devra faire appel au marché mais cette fois-ci dans une relation avec les autres émetteurs, eux-mêmes nantis de quotas. Le principe « pollueur-payeur » trouve alors cette application limitée.

(70) F. Yamin et J. Lefevre, *op. cit.* p. 6 et 31.

(71) La distribution à la mode de bon papa. *Second best option*, pour F. Yamin et J. Lefevre, *ibid.*

(72) E. Varvoutsis, *op. cit.* p. 21 ; Le Parlement européen a fait valoir qu'elle ne tenait pas compte du principe « pollueur-payeur » et qu'elle était injuste pour les opérateurs qui ont déjà commencé à réduire leurs émissions (PE, Doc. A5-0303/2002, 13 sept. 2002.52/152). La manière de distribuer peut sans doute tenir compte de ces observations.

(73) Pour M. Dubost-Moliner, l'allocation gratuite initiale de quotas conduit à une répartition inéquitable des permis entre les exploitants, puisque ce « mode d'attribution favorise les sources fortement émettrices à la date de référence au détriment des sources moins polluantes, le nombre de permis alloués étant proportionnel aux émissions de référence ». L'auteur ajoute que « l'attribution gratuite de permis d'émission pourrait [...] être regardée comme une subvention publique discutable tant du point de vue du principe pollueur-payeur que de celui du droit de la concurrence » étant donné qu'une inégalité sera créée entre les entreprises en place au moment de l'allocation initiale et les nouveaux entrants, « ces derniers devant payer les permis nécessaires à leur fonctionnement alors que les premiers les ont obtenus gratuitement ». La dotation gratuite constitue cependant, selon l'auteur, « une forme de compensation qui facilite l'acceptabilité des restrictions imposées aux sources assujetties » (M. Dubost-Moliner, Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur, AJDA 17 nov. 2003.2074).

(74) Cette gratuité n'est qu'apparente car l'entreprise cherchera à réduire ces émissions-là pour ne pas devoir acquérir des quotas supplémentaires, O. Godard, *op. cit.* 2001, p. 7 ; en outre, l'investissement dans la dépollution ou tout simplement la propension à polluer moins tient à la perspective de vendre les quotas excédentaires (*ibid.* p. 8). Cette gratuité est une option de la directive. Elle ne s'impose pas par elle-même, même dans le système de *grandfathering*.

La question du démarrage est capitale et des options différentes d'un Etat membre à l'autre sont de nature à fausser le jeu de la concurrence (75). Aussi bien la directive contient des précisions qui ont fait l'objet de négociations jusqu'au dernier moment.

La position commune du 18 mars 2003 (76) prévoyait une allocation gratuite totale pour la première période mais le Parlement européen a obtenu l'introduction d'une possibilité d'enchères pour 5 % de la première distribution (art. 10) (77). La question de savoir comment se répartissent les 95 % et les 5 % dans le rapport à chaque entreprise ou à chaque catégorie de situations n'est pas réglé. Dans la période 2008-2012, la fraction gratuite minimale tombe à 90 %. Les termes impératifs de l'article 10 ne permettent pas d'augmenter la fraction mise aux enchères (78) ; par contre, la fraction gratuite peut être supérieure à 95 et 90 %. La destination du produit des enchères n'est pas fixée (79).

Sous cette réserve, l'Etat membre se base sur le plan national qui contient le projet de partage et décide de l'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation (art. 11, § 1^{er}) (80). Il doit veiller à conserver une réserve pour les « nouveaux entrants » et éviter que la distribution des quotas heurte les articles 87 et 88 du Traité CE, relatifs aux aides (art. 11, § 3) (81). Les critères d'attribution devraient donc conduire à une réduction progressive des émissions individuelles allouées par l'Etat. Pour chaque période, en moyenne, chacun recevra des quotas en moins grand nombre que les tonnes d'équivalent CO₂ émises au cours de la période antérieure mais la relation avec cette période semble inévitable dans la méthode du *grandfathering*. Si la réduction est la tendance moyenne, il appartient à l'Etat d'établir des catégories convenables et il n'est pas à exclure que, pour certaines entreprises à profil spécifique, des augmentations soient allouées lors de la distribution, un peu comme lors de l'établissement des

(75) S. Rousseaux, La comptabilité des instruments économiques au regard des dispositions relatives aux aides d'Etat, L'exemple de la taxe CO₂/énergie et des échanges de droit d'émission dans le cadre de la lutte contre l'effet de serre, REDE 1/2001.3 et s. spéc. p. 11.

(76) JOCE C 125, du 27 mai 2003.

(77) Délibération du Parlement européen du 2 juill. 2003.

(78) Sur la conformité de la mise aux enchères de l'allocation de certains droits avec les règles de la concurrence, dans le domaine de l'électricité et des télécommunications, M. Albers, Competition Law issues arising from the liberalization process, in D. Geradin (Ed.), The Liberation of Electricity and Natural Gas in the European Union, Kluwer, Int., La Haye, Londres, Boston, 2001, p. 1 et s. spéc. p. 8.

(79) Sur la destination des fonds, S. Leclercq, *op. cit.* p. 124 ; PE, Doc. A5-0303/2002, 13 sept. 2002.66/152.

(80) Le public a accès à ces décisions (art. 17) dans les conditions prévues par la directive 2003/4/CE.

(81) La distribution du quota n'est pas en soi une aide d'Etat car elle ne constitue par un coût pour le pouvoir public. Sur ce que le fait de ne pas soumettre une industrie à certaines normes même si cela peut engendrer des effets sur la concurrence n'est pas une aide d'Etat au sens de l'article 87, § 1^{er}, S. Rousseaux, *op. cit.* p. 8 ; CJCE 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, selon lequel l'aide d'Etat requiert un transfert direct ou indirect de ressources d'Etat. La façon de répartir les quotas attribués par *grandfathering* pourrait entrer dans le champ des articles 87 et 88. Ces questions ont fait l'objet de premiers examens par la Commission lorsque celle-ci s'est penchée sur les systèmes internes danois et anglais d'allocation de droits échangeables (sur tout ceci : M. Merola et G. Crichtlow, State Aid in the Framework of the EU Position after Kyoto : An Analysis of Allowances Granted under the CO₂ Emission Allowance Trading Directive, *World Competition*, 2004/1.25 et s. ; aussi S. Rousseau, *op. cit.* p. 18 ; F. Yamin et J. Lefevère, *op. cit.* p. 29 et s.

bulles nationales communautaires de certains pays. Le comportement stratégique des Etats, probable et répréhensible, sera difficile à distinguer de la prise en compte des différences, légitime et permise (82). La Commission sera particulièrement vigilante lors du contrôle des plans nationaux.

L'allocation vaut pour toute la période initiale de 3 ans. La décision est prise au moins trois mois avant le début de la période (83). La distribution effective a lieu par fraction, chaque année de la période, le 28 février de l'année en question.

13. La sous-période d'un an

Chaque période est donc décomposée en années civiles. Le 30 avril de l'année, l'exploitant d'une installation doit être en mesure de restituer un nombre de quotas correspondant aux émissions totales de cette installation mesurées au cours de l'année civile écoulée.

Comment faire ? En restituant les quotas reçus pour cette année civile écoulée ; si cela ne suffit pas l'exploitant peut utiliser tout de suite les quotas reçus pour l'année en cours – le décalage entre le 28 février, moment de la nouvelle distribution, et le 30 avril, moment des comptes, devrait le permettre ; si cela n'est pas encore assez, il restitue les quotas qu'il s'est procurés sur le marché. Ces quotas utilisés seront ensuite annulés (art. 12, § 3).

14. Validité des quotas et report à nouveau

Les quotas ne donnent le droit d'émettre que pour la période de trois ans ou de cinq ans pour laquelle ils sont délivrés. Quatre mois après le début de la nouvelle période, l'autorité fait les comptes : il y a les quotas qui ont été restitués et annulés à la demande de la personne qui les détenait et il y a le solde. Le principe est que le solde est annulé lui aussi par « l'autorité compétente ».

Toutefois, ce système d'annulation systématique pourrait avoir l'effet pervers, bien connu dans le droit des finances publiques, de favoriser la dépense de toute l'allocation budgétaire à la fin de l'exercice, avant qu'elle ne disparaisse.

(82) Art. 5, 174, § 2, du Traité CE.

(83) Pour les périodes suivantes, d'autres délais sont prévus. Se pose la question de savoir à quel moment naît le droit à l'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre. L'on peut à ce propos distinguer trois étapes dans la procédure d'allocation des quotas : il y a, d'abord, l'élaboration du plan national d'allocation des quotas (art. 9 de la directive) ; il y a, ensuite, la décision portant sur la quantité totale de quotas à allouer pour la période de trois ou de cinq ans à l'exploitant de chaque installation, prise sur la base du plan national d'allocation des quotas (art. 11, § 1 et 2, de la directive) ; il y a, enfin, la délivrance d'une partie de la quantité totale de quotas chaque année de la période de trois ou de cinq ans, au plus tard le 28 février de l'année en question (art. 11, § 4, de la directive). L'on se demande à quel moment précis de ce processus naît le droit à l'attribution de quotas. De même, l'on s'interroge sur l'incidence que peut avoir la fermeture, au cours d'une période de trois ou de cinq ans, d'une installation visée par la directive 2003/87/CE, sur la décision de délivrer une partie de la quantité totale de quotas chaque année de la période de trois ou de cinq ans concernée, période pour laquelle les quotas ont été délivrés. La même question peut également être soulevée en ce qui concerne l'hypothèse d'un retrait de l'autorisation d'émettre des GES au cours d'une période de trois ou de cinq ans. Sur ces questions, nous renvoyons le lecteur à notre contribution, *Nature juridique du quota d'émissions de gaz à effet de serre créé par la directive 2003/87*. Quelques observations, spéc. n° 17, à paraître in *L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

Dès lors, afin de stimuler les entreprises et de donner au marché une plus grande flexibilité, le report de période à période (*banking*) a été réglé. Ce report se fait par l'émission de nouveaux quotas complémentaires à ceux de la nouvelle période. La comptabilité publique des quotas en circulation s'en trouvera donc facilitée au début de chaque nouvelle période.

L'organisation d'un report de la période de trois ans à la première période de cinq ans est facultatif : la décision est laissée à chaque État membre. La question de savoir si cette faculté peut être exercée en nuances n'est pas réglée. Cela ne peut donc être exclu mais sous réserve de non discrimination et sans pratiquer d'aides contraires aux articles 87 et 88. Que le report ne soit pas automatique peut se comprendre. Il peut être opportun de remettre les compteurs à zéro lors du démarrage de la première période « Kyoto ». Par la suite, le report à nouveau est automatique de période de cinq ans à période de cinq ans (84).

L'effet pervers des ouvertures budgétaires limitées dans le temps, dénoncé plus haut, devrait être limité puisque le report est permis. Il n'est toutefois pas complètement exclu. En effet, la distribution des quotas au cours de la période suivante tendra nécessairement à la réduction. Pour établir les nouveaux montants, le pouvoir public tiendra compte des besoins vérifiés au cours de la période écoulée. La capacité d'économiser sur la masse attribuée pourrait être prise en compte. La quantité des reports, comme celle des cessions, serait donc un élément d'appréciation lors de l'établissement de la nouvelle masse de quotas et de sa distribution aux secteurs et aux entreprises. On en inférera qu'il y a tout intérêt à ce qu'un principe d'allocation parcimonieuse s'installe dès la première distribution. On observe aussi que ce risque est plus limité dans le cas d'allocation des quotas par mise aux enchères.

Un petit éclaircissement doit être apporté à la question de savoir ce que l'État A doit faire des quotas non utilisés par l'exploitant d'une installation située sur son territoire, mais achetés à une entreprise de l'État B. A lire l'article 13, c'est l'autorité compétente A qui annule ces quotas non utilisés. Mais, est-ce l'État A qui délivre les quotas de report à nouveau dans un tel cas ? A défaut de distinction, la réponse est affirmative.

A l'opposé de la mise en réserve, l'emprunt de quotas de la période suivante n'est pas possible (85).

15. Le ressort du système de marché

Voilà donc notre exploitant tenu de faire montre de prévoyance. Il doit établir à la fois son budget d'émissions et son budget de quotas. Le système est basé sur le calcul de l'intérêt économique : face à la question d'une émission supplémentaire, l'exploitant met en balance le coût de l'investissement dans une installation ou une méthode moins émettrice de GES et celui de l'acquisition d'un quota. La réduction des émissions aura lieu dans des « conditions économiquement efficaces et performantes » (art. 1^{er}) car c'est l'exploitant qui sait le mieux ce qui convient à son entreprise. Tel est l'avantage majeur reconnu au système de mar-

(84) Un plafonnement des reports d'URE et de REC sur la période 2013-2017 est imposé par le Protocole de Kyoto, V. *infra*, Données exogènes, n° 17.

(85) Exposé des motifs du rejet de l'amendement 37, position commune du 18 mars 2003, préc.

ché de pollution (86). Celui-ci trouve son développement le plus étendu en cas de démarrage par mise aux enchères (87).

Le recours au marché dépendra donc du dynamisme de l'économie car il faut que la question de l'investissement se pose, de la simplicité du système (88), du nombre de quotas distribués (89) et de la pression que leur nombre aura sur la nécessité de modifier les comportements ; enfin, la propension des entreprises à recourir au marché demeure encore inconnue. Néanmoins, on estime que ce système pourrait entraîner une réduction des coûts de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto de 35 %, soit une économie de plus de 1 300 millions d'euros, par an, dans l'union, jusqu'en 2010 (90).

Sur le marché intérieur, la reconnaissance des quotas émis par les autres États membres est automatique (art. 12, § 2) et leur utilisation par les exploitants ne subit pas d'entrave.

Combiné avec le plafond global, le système des quotas ne donne pas nécessairement plus de « droits de polluer » que la méthode classique de l'autorisation et de la limite d'émission impérative. Bien encadré par le droit, il n'est pas moins moral (91). Pour des raisons inhérentes à son fonctionnement (92), il appelle un contrôle plus sévère et des sanctions plus nettes que le régime habituel et devrait entraîner, à son tour, par application de la règle de non-discrimination, une fermeté accrue vis-à-vis les entreprises ou les secteurs exclus du système de marché mais tenus, eux aussi, de restreindre leurs émissions de GES.

16. L'accès au marché

La question de l'accès au marché se pose à la fois lors de la distribution de départ et pendant la période couverte.

En ce qui concerne le départ, la formule de distribution choisie réduit la portée de la question. La distribution gratuite se fera forcément à des émetteurs connus ou nouveaux entrants qui se seront signalés auprès de l'État (93). Toutefois pour les cinq ou dix pour cent de quotas mis aux enchères, aucune restriction à l'accès n'est prévue. Il en est de même en cours de marché.

(86) N. Gunningham et P. Grabosky, *op. cit. spéc.* p. 72 ; F. Yamin et J. Lefevre, *op. cit.* p. 16 et annexe 1 ; G. Block et D. Haverbeke, *op. cit. Amén.-Env.* 2001/2, p. 121 ; Doc. COM(2003) 354, du 19 juin 2003, communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Vers une production durable. Progrès accomplis dans la mise en œuvre de la directive 96/61/CE du Conseil relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, pt 10.2.3.

(87) *Supra*, n° 12.

(88) Sur ce point, on note que des amendements qui tendaient à établir des cas d'annulation spéciale de quotas en cas de désaffectation d'installation ou de délocalisation ont été rejetés (Doc. PE A5-0207/2003, du 12 juin 2003, amendement n° 9).

(89) N. Gunningham et P. Grabosky, *op. cit.* p. 74 ; O. Godard, *op. cit.* 2001, p. 12.

(90) PE, projet de recommandation pour la deuxième lecture, Doc. A5-0207/2003, du 12 juin 2003, p. 25-29.

(91) O. Godard, *op. cit.* 2001, p. 4.

(92) *Infra*, n° 24.

(93) La définition du « nouvel entrant » (art. 3, h) pourrait se révéler difficile à mettre en œuvre.

En cours de marché, toute personne physique ou morale (art. 3, g, et 12) peut acheter des quotas sur le marché, les conserver ou en demander immédiatement l'annulation (art. 12, § 4). Il ne faut donc pas nécessairement être un émetteur assujéti pour avoir la qualité d'acquéreur. Par exemple, une association de défense de l'environnement (94) qui voudrait acheter un quota dans le but de raréfier les émissions globales jouit de l'accès au marché. Elle provoquera par son geste un rétrécissement de l'offre et un renchérissement du quota qui accroîtra chez les émetteurs l'intérêt de l'option pour l'investissement dans la technologie propre. Voilà un instrument de « participation active » non négligeable à disposition du public concerné ! La perspective d'une manœuvre d'asphyxie semble peu vraisemblable ; l'émetteur national ou communautaire devrait alors intervenir sur le marché. Cette hypothèse n'est pas spécialement réglée (95).

17. *Eléments exogènes*

La directive envisage la cession de quota dans les pays tiers où cette unité pourrait être prise en compte, ramenée à la bulle de ces tiers (art. 12, § 1^{er}, b). Ce transfert dépend d'une procédure de « reconnaissance mutuelle » dont les bases sont jetées à l'article 25 : des accords avec les pays tiers seront conclus. Combiné avec l'article 25, l'article 12, § 1^{er}, b, peut être interprété comme permettant le transfert dans la Communauté de quotas émis par d'autres États visés à l'annexe B du Protocole de Kyoto, à condition qu'un accord de reconnaissance le permette. Dans ce cas, l'importation de quotas accroîtra la bulle communautaire.

Le lendemain de l'adoption de la directive par le Conseil, conformément à ce qui avait été annoncé au cours des travaux préparatoires, dans un considérant et à l'article 30, § 3, une proposition de directive, fondée elle aussi sur l'article 175, § 1^{er}, du Traité CE, a été déposée par la Commission en vue d'introduire dans le système d'échange les unités de réduction des émissions (URE) et les réductions certifiées d'émission (REC) que les entreprises peuvent gagner en mettant en œuvre les deux mécanismes de projet prévus par le Protocole de Kyoto (96). Le but est de régler la conversion de ces URE et REC en quotas pour leur donner cours sur le marché de l'Union organisé par la directive. La fongibilité devrait

(94) Doc COM (2001) 581.

(95) Toutefois, parmi les questions à examiner dans le rapport et les propositions prévus en 2006 figurent les perturbations du marché (art. 30). La doctrine a déjà mis en évidence les difficultés issues de la pratique, N. Gunningham et P. Grabosky, *op. cit.* p. 73.

(96) Proposition du 23 juill. 2003 de directive du Parlement européen et du Conseil « modifiant la directive 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, Doc. COM (2003)403. La Commission européenne s'est félicitée du vote du Parlement européen, le 20 avril 2004, en faveur de cette proposition de directive du 23 juillet 2003. Mme Wallström, membre de la Commission responsable de l'environnement, a déclaré que « l'établissement d'une liaison entre les mécanismes de Kyoto et notre système d'échanges de droits d'émission, qui est le plus important au monde, réduira les coûts pour les entreprises participant à des échanges de droits d'émission et fournira la sécurité nécessaire à ceux qui investissent dans des technologies respectueuses de l'environnement. Il promouvra aussi le transfert de technologies respectueuses de l'environnement vers les pays en voie de développement » (V. le communiqué de presse de l'UE du 20 avr. 2004 intitulé « Changement climatique : un vote du PE fraie la voie pour une lutte mondiale contre le changement climatique ») ; sur ces mécanismes de projet, *supra*, n° 4.

être totale (97). Les REC sont de nature à accroître la bulle communautaire ; les URE, fondées sur le système de mise en œuvre conjointe (MOC), réalisent un transfert à somme nulle entre pays de l'annexe B du Protocole de Kyoto mais peuvent entraîner une variation de la bulle communautaire. En outre, au cas où tel projet de MOC est relatif à un investissement dans la Communauté et permet la réduction des émissions d'une installation couverte par le système communautaire d'échange des quotas, il y a risque de double imputation économique et environnementale si cette réduction d'émissions entraîne aussi la libération d'URE valant quotas dans la Communauté. La proposition veut éviter ce risque (98). Mais les REC et les URE qui ne seraient pas converties conserveraient leur valeur commerciale et comptable sur le marché mondial réglé par le Protocole de Kyoto. Le change des REC et des URE aurait lieu sous le contrôle de l'autorité compétente de l'État membre, chargée de délivrer les quotas issus de la conversion. La Communauté veut également se doter d'un système d'alerte dès que le nombre de REC ou d'URE aura atteint 6 % des quotas attribués par les États membres, en vue d'établir un plafond, peut-être à 8 %. Ainsi serait assurée la « complémentarité » des mécanismes de flexibilité non communautaires, et l'effort de l'Union porterait essentiellement sur les émissions d'origine interne (99).

18. Relations avec d'autres marchés de pollution intérieurs

Des systèmes nationaux d'échange d'émissions de GES ont été installés par certains États membres (100). Un considérant de la directive ne les condamne pas dans la mesure où ils n'entrent pas en contradiction avec celle-ci : « la présente directive ne devrait pas empêcher les États membres de maintenir ou d'établir des systèmes d'échange nationaux réglementant les émissions de gaz à effet de serre provenant, soit d'activités autres que celles qui sont énumérées à l'annexe I ou qui sont incluses dans le système communautaire, soit d'installations temporairement exclues du système communautaire ».

19. Relations avec les accords de branche et les taxes sur l'énergie

L'articulation du système d'échange avec les taxes sur l'énergie ou sur les émissions relève des politiques internes des États mais la Commission propose d'utiliser les instruments fiscaux parallèlement, dans des secteurs non couverts par le marché, pour la raison qu'une utilisation conjointe dans le même secteur peut avoir des effets néfastes sur la compétitivité (101). Cette idée est reprise dans un considérant de la directive : « il peut être recouru à la fiscalité au niveau national pour limiter les émissions des installations qui sont exclues temporairement ». L'examen des relations entre le système d'échange et « les instru-

(97) Doc. COM (2003)403, préc. p. 6.

(98) Les investissements nucléaires sont également exclus, conformément aux accords de la COP7 de Marrakech, K. Nowrot, *op. cit.* p. 426.

(99) D'ultimes amendements acceptés à la directive ont porté sur la complémentarité (résolution du PE du 2 juill. 2003).

(100) S. Leclercq, *op. cit.* p. 134 ; O. Lomas et Ch. Stappels, préc. Sur le système danois <<http://www.ens.dk/sw1429.asp>> ; sur les systèmes anglais et danois, M. Merola et G. Crichlow, *op. cit.* p. 30 et s.

(101) Doc COM (2001) 581, p. 8.

ments fiscaux qui poursuivent les mêmes objectifs » est inscrit à l'agenda de révision de la directive et du rapport prévu en juin 2006 (art. 30, § 2) (102).

La relation du système d'échange avec les accords de branche conclus entre les pouvoirs publics et les secteurs émetteurs n'a pas été perdue de vue, tant ce dynamisme contractuel a pris de l'importance dans la Communauté (103). La Commission envisage que la distribution de quotas puisse tenir compte des objectifs de performance assumés dans le cadre de tels accords. La « mise en commun » d'entreprises assujetties (104) peut également être envisagée par secteurs, ce qui n'empêcherait pas ces entreprises d'acheter des quotas à d'autres secteurs. La souplesse du système de marché est donc supérieure à celle de l'accord de branche (105) (106).

20. Soupape et force majeure

Au cours de la première période seulement, l'État émetteur peut intervenir sur le marché pour accorder des quotas supplémentaires à certaines installations, en cas de force majeure. Cette intervention sur le marché ne peut avoir lieu que sur autorisation de la Commission qui a d'ailleurs établi des « principes directeurs » relatifs à la force majeure (107). En outre, ce n'est qu'au cours de la période et non *ex post* que cette intervention est permise. Seule la première période de trois ans est visée. Enfin, les quotas issus de cette émission spéciale ne sont pas transférables à d'autres exploitants (art. 29).

(102) Pour une comparaison du système de taxe (approche par les prix) et du système de permis négociables (approche par les quantités), O. Godard, *op. cit.* 2001, p. 3.

(103) Dernièrement Doc. COM(2002)412, du 17 févr. 2002, Les accords environnementaux conclu au niveau communautaire dans le cadre du plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions. En doctrine, not. Ph. Renaudière, Phénomènes et instruments « consensuels » ou non contraignants en droit communautaire de l'environnement ; R. Andersen, Les conventions sectorielles en droit de l'environnement ; M. Pâques, Synthèse, in *Amén.-Env.*, livraison spéciale 1997 Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement.

(104) *Infra*, n° 21.

(105) Doc COM (2001) 581, p. 8 ; S. Leclercq, *op. cit.* p. 126.

(106) A titre d'exemple, en Belgique, et plus particulièrement en région wallonne, des accords de branche ont été conclus entre le gouvernement et des secteurs industriels en vue de réduire les émissions spécifiques de GES. Le gouvernement wallon a pris l'engagement de défendre le principe d'une exonération de toute taxe d'Énergie/CO₂. Quant aux relations avec le marché de pollution à mettre en place, la région wallonne s'engage à défendre les entreprises contractantes dans le cadre de la définition du plan national d'allocation des quotas – des précisions sont données – et la région soutient le principe d'une allocation gratuite des quotas d'émission pour la première période d'application de la directive (2005-2007). En ce qui concerne les périodes ultérieures, elle s'attachera à mettre en œuvre un traitement préférentiel au bénéfice des entreprises contractantes. La résiliation unilatérale est expressément prévue pour sanctionner l'exécution insuffisante de ces engagements-là.

(107) V. la 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, préc. p. 25-26.

21. Le transfert en lui-même

La directive ne règle pas la transaction. Au contraire, le législateur communautaire veut laisser le marché s'organiser lui-même, souplement. L'offre et la demande feront les prix, les bourses et les courtiers... Ce sont donc les règles du droit commun qui s'appliquent aux contrats de cession de quota. La directive évite de qualifier l'acte juridique, elle utilise les mots transfert, cession. Il s'agira vraisemblablement de vente. On ne peut exclure la donation, le prêt de consommation ou l'apport (108). La vente forcée est également possible dès l'instant où le quota est devenu un bien négociable. Nous examinerons plus loin la nature juridique du quota (109).

22. Le registre et le journal

En revanche la comptabilité des mouvements importe au plus haut point aux pouvoirs publics puisqu'ils sont de nature à entraîner des ajustements des bulles nationales, voire de la bulle communautaire et des bulles attribuées au titre du Protocole de Kyoto (110). Chaque État (111) est tenu de tenir un registre dans lequel toute personne qui « détient » un quota doit faire ouvrir un compte. La délivrance, la détention, le transfert et l'annulation de quotas y sont mentionnés. Le registre est accessible au public (art. 19, § 2) mais la confidentialité est également invoquée « en tant que de besoin » (art. 19, § 3). La « traçabilité » des quotas est donc assurée.

L'on se demande si la formalité de l'inscription au registre est une condition de validité du transfert – une solennité du *negotium* –, une exigence probatoire spécifique ou seulement une condition d'opposabilité aux tiers.

Des exigences comparables relatives à l'inscription de transactions dans des registres publics existent dans les États membres. Compte tenu de son importance pour la comptabilité publique environnementale, on comprendrait que l'État prive le transfert de tout effet faute d'inscription dans le registre. Pour le moment, la question n'est ni tranchée, ni évoquée, dans la directive. Elle le sera peut-être dans le « règlement relatif à un système de registres normalisé et sécurisé » que la Commission est chargée d'adopter (art. 19, § 3). On pourrait malheureusement mettre en doute que l'habilitation libellée à l'article 19 permette à la Commission de régler cette question importante dans ce règlement.

Dans le doute, compte tenu de la volonté exprimée de laisser au marché la plus grande souplesse d'organisation, nous pensons que le vice ou l'absence de la formalité d'inscription dans le registre n'altère pas la validité de la transaction. L'inscription dans le registre serait-elle alors une condition spécifique de

(108) Le mot « échange », explicite dans le titre même de la directive, n'est pas utilisé au sens que lui donne le code civil. La directive règle spécialement les conditions de la « mise en commun » « des installations relevant de la même activité » qui exige un contrat entre « exploitants d'installations exerçant une des activités visées à l'annexe I » pour au moins une période. Il n'est donc pas question de se grouper ainsi pour atteindre un seuil de l'annexe I. Le texte (art. 28) soumet l'opération à des conditions spécifiques (administrateur mandaté) et à autorisation selon une procédure dans laquelle interviennent l'État membre et la Commission.

(109) *Infra*, n° 25.

(110) Dir. cons. n° 9.

(111) Des États peuvent gérer leur registre dans un système consolidé (art. 19, § 1°).

validité de l'*instrumentum*, exigence probatoire spécifique entre parties, dérogeant ainsi aux règles de preuve du droit privé ? A nouveau, pour les mêmes raisons de souplesse, on pourrait répondre qu'entre parties la preuve doit pouvoir être établie en application du droit commun. Dès lors, seule l'opposabilité du transfert aux tiers et à l'Etat serait conditionnée par l'inscription dans le registre, ce qui permettrait d'assumer aussi la volonté de transparence et les nécessités de la comptabilité publique. Quels tiers ? On voit déjà toute la difficulté d'opposabilité aux tiers saisissants, de la bonne foi, ... Problème classique de droit des obligations et des faillites...

Le registre permet à l'Etat de mesurer les accroissements et les rétrécissements que les transactions font subir à sa bulle. Il facilite le décompte des annulations et permet de mesurer ce qui a été consommé.

A l'échelon communautaire, la directive prescrit l'établissement d'un « journal » dans lequel sont consignés les « quotas délivrés, transférés et annulés », mais ce journal est « indépendant des transactions ». Il est tenu par un administrateur central désigné par la Commission. Ce journal « indépendant des transactions » permet pourtant à l'administrateur de procéder à un contrôle automatisé de chaque transaction enregistrée, « afin de vérifier que la délivrance, le transfert et l'annulation de quotas ne sont entachés d'aucune irrégularité ». « Si ce contrôle automatisé révèle des irrégularités, l'administrateur central informe le ou les Etats membres concernés, qui n'enregistrent pas les transactions en question, ni aucune transaction ultérieure portant sur les quotas concernés, jusqu'à ce qu'il soit remédié à ces irrégularités » (art. 20) (112).

23. Surveillance des émissions

La politique de lutte contre le réchauffement climatique requiert la mise au point du cadastre des émissions de GES. Plus encore, le système de marché ne peut fonctionner sans que l'Etat ou l'autorité compétente ne soit en mesure de faire le compte le plus précis des émissions de chaque entreprise assujettie au régime des quotas.

La mise au point du système de surveillance constitue donc un élément essentiel de l'équilibre du marché (113).

L'autorisation règle la surveillance, la méthode et la fréquence (114). Elle prescrit aussi une déclaration d'émissions (art. 6) que l'exploitant doit produire après la fin de chaque année civile (art. 14, § 3) (115). Les mesures de sur-

(112) Les registres nationaux sont appelés à s'intégrer dans des registres nationaux au contenu plus étendu et à constituer un registre consolidé de la Communauté (art. 6, proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative à un mécanisme de surveillance des émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et à la mise en œuvre du Protocole de Kyoto (Doc. COM (2003), 51, du 5 févr. 2003).

(113) Dans le système de Kyoto, des mécanismes de contrôle ont été mis au point aux COP6bis et 7 de Bonn et Marrakech, V. R. Gauthier, De la nécessité d'instaurer un comité d'observance sous l'égide du Protocole de Kyoto, in *Le Protocole de Kyoto, Mise en œuvre et implications*, PU Strasbourg, 2002, p. 85 et s. ; M. Vespa, *Climate change 2001 : Kyoto at Bonn and Marrakech*, E.L.Q., vol. 29, 2002/2, p. 395 et s. spéc. p. 413.

(114) La demande contient une description des mesures projetées par le candidat (art. 5).

(115) Le public a accès à ces déclarations détenues par l'autorité compétente (art. 17) dans les conditions prévues par la directive 2003/4/CE.

veillance des émissions de CO₂ font l'objet des précisions de l'annexe IV qui prévoit des calculs distincts pour chaque activité, chaque installation et chaque combustible. Les informations à inclure dans la déclaration sont précisées. La Commission a par ailleurs énoncé des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de GES (116). Les Etats membres devront les imposer (art. 14, §§ 1^{er} et 2). Pour être précises et vérifiables, la surveillance et la déclaration des émissions de GES devront notamment respecter les principes d'exhaustivité, de cohérence, de transparence, de précision et de fiabilité (117).

La directive tire parti des progrès réalisés en matière de management environnemental (118). Elle fait dès lors porter la procédure de « vérification » (art. 15) sur les déclarations des exploitants et la surveillance des émissions effectuée au cours de l'année précédente (annexe V, § 2). Toutefois, contrairement au processus EMAS, le système de la directive n'est pas « volontaire ». Chaque déclaration doit en principe être vérifiée. Il ressort que cette vérification doit en outre se conclure par une note de satisfaction avant le 31 mars de chaque année sous peine d'une sanction spécifique : l'interdiction pour cet exploitant de transférer des quotas « jusqu'à ce qu'une déclaration de sa part ait été vérifiée comme étant satisfaisante ». A lire le texte de la directive, cette interdiction est un effet automatique du défaut de déclaration reconnue satisfaisante à la date indiquée. La compétence de l'Etat d'imposer cette mesure est liée. Il est incertain que celui dont la déclaration est rejetée soit tenu de présenter le plus rapidement possible une déclaration rectificative pour cet exercice. L'Etat qui transpose peut le déduire de la directive mais, comme on le verra, le défaut de déclaration satisfaisante ne devrait pas empêcher la « taxation » sur les émissions réelles ou à tout le moins plausibles.

L'annexe V règle la vérification et la validation des déclarations par des « vérificateurs ». La méthodologie est détaillée (119). On cherche à établir si les in-

(116) Décision de la Commission européenne du 29 janv. 2004 concernant l'adoption de lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, C (2004) 130. Cette décision contient d'une part, des lignes directrices générales concernant la surveillance et la déclaration des émissions de GES résultant des activités mentionnées à l'annexe I de la directive 2003/87/CE et des gaz à effet de serre indiqués en relation avec ces activités, et, d'autre part, des lignes directrices supplémentaires concernant les émissions spécifiques par secteur d'activité.

(117) Pour une explication de ces principes, V. décis. de la Commission européenne du 29 janv. 2004 concernant l'adoption de lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, préc. p. 6-7.

(118) Règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), JOCE L 114, 24 avr. 2001 ; <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/reg/fr_register_151010.html> ; auparavant, règlement CEE du Conseil 1836/93 du 29 juin 1993, permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit JOCE L 168, 10 juill. 1993, p. 1 ; N. de Sadeleer et A. Gosseries, Le règlement CEE n° 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit: virtualités et limites d'un système novateur, *Amén. Env.* 1994/2, p. 91 à 107 ; F. Haumont, Le management environnemental, *Amén. Env.*, Livraison spéciale 1999.79 et s.

(119) Ce qui est remarquable car en matière d'inspections environnementales ne s'applique généralement qu'une recommandation prévoyant des critères minimaux (2001/331/CE), JOCE L 118, 27 avr. 2001.

formations données et les systèmes de surveillance sont « fiables et crédibles » et « permettent de déterminer les émissions avec un degré élevé de certitude ». Le vérificateur doit avoir une vue d'ensemble de toutes les activités exercées dans l'exploitation. Il recourt à des contrôles par sondage. On attend du vérificateur qu'il établisse un « rapport sur la procédure de validation » et il « peut attester que la déclaration établie en application de l'article 14, § 3, est satisfaisante si, selon lui, les émissions totales déclarées ne sont pas matériellement inexactes » (120). Ce rapport « traite tous les aspects pertinents pour le travail effectué ». A notre sens, il faut en déduire que le vérificateur qui estime que la déclaration est insatisfaisante doit indiquer les quantités qui, à son estime, ont été émises et les motifs de ces conclusions. L'autorité compétente doit être informée de la vérification.

Le vérificateur ne doit pas être nécessairement un vérificateur habilité à intervenir dans le système EMAS. La directive n'exige de lui que des conditions d'indépendance par rapport à l'exploitant, de professionnalisme, sérieux et objectivité. Il doit avoir des compétences techniques et juridiques en relation avec la situation de l'entreprise, la directive et les lignes directrices qui ont été adoptées par la Commission européenne. Nous en déduisons que les vérificateurs peuvent être des experts indépendants ou des fonctionnaires (121). Il appartient à l'Etat de régler davantage la procédure de vérification, de désignation des vérificateurs et, sans doute, d'organiser des recours contre les décisions des vérificateurs, ouverts à l'exploitant ou à l'Etat ou encore la manière pour l'Etat d'enregistrer ces vérifications afin d'établir le montant des émissions à couvrir par des quotas. De tels recours ne peuvent toutefois avoir d'effet suspensifs d'un refus de validation intervenu avant le 31 mars (122).

Par ailleurs, la Communauté européenne a adopté, le 11 février 2004, une décision « relative à un mécanisme pour surveiller les émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et mettre en œuvre le Protocole de Kyoto » (123). « Par souci de clarté et afin de tenir compte de l'évolution sur le plan international », cette décision remplace la décision 93/389/CEE du Conseil du 24 juin 1993 relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO₂ et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté (124). L'adoption de cette nouvelle décision vise à mettre en place l'infrastructure prévue par le Protocole de Kyoto en ce qui concerne les mécanismes de surveillance et de communication des chiffres d'émissions de gaz à effet de serre. Ainsi, il s'agit non seulement de surveiller les émissions anthropiques de gaz à effet de serre, mais aussi, entre autres, d'évaluer les progrès accomplis en vue de respecter les engagements de réduction des émissions. Des obligations précises sont par conséquent imposées en ce qui concerne la réalisation de programmes nationaux, d'inventaires de gaz à effet de serre, de registres nationaux dans lesquels sont consignés les transferts de droits d'émission, mais aussi en ce qui concerne la communication d'informations par les Etats membres...

(120) Annexe V, point 11.

(121) En ce sens, Doc COM (2001) 581, p. 15.

(122) Dédit de l'article 15, al. 2.

(123) Préc. V. *supra*, note 40.

(124) JOCE L 167, 9 juill. 1993. Décision modifiée en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil (JOCE L 284, 31 oct. 2003, p. 1).

24. Sanctions

Nous ne présentons ici que les sanctions spécifiques à cette directive. Elle ne porte pas préjudice à d'autres règles qui s'imposent à l'exploitant, comme les dispositions d'exécution de la directive 96/61 en matière d'autorisation et de respect des conditions d'exploitation établies (art. 2, § 2).

La directive établit d'abord une règle générale. Elle exige des Etats l'adoption de sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la directive et précise en outre que les Etats doivent prendre les mesures nécessaires pour la mise en œuvre de ce régime de sanctions. Ce régime doit être en place pour le 31 décembre 2003 (125).

Ce point est capital. La valeur du quota sur le marché communautaire tient avant tout à la nécessité de s'en procurer. Et cette nécessité certaine à la lecture de la directive et des législations de transposition ne s'imposera en fait que si la surveillance et la répression sont particulièrement sérieuses. Si l'on peut émettre quelque part sans contrôle ou sans payer, à quoi bon acheter du quota ou investir dans la technologie ? Celui qui émet sans autorisation, celui qui ne peut restituer le nombre de quotas doit être sanctionné sans tarder. Sinon les risques de délocalisation et de chute du cours du quota sont évidemment à craindre. Les vices du *monitoring* induiraient une concurrence déloyale plus importante encore que dans le système d'autorisation classique.

Dès lors, les services de police de l'environnement qui préconisaient souvent la régularisation pourront continuer à le faire en cas d'émission non garantie mais ne pourront être dispensés de prendre des mesures douloureuses contre l'exploitant qui ne restituera pas les quotas nécessaires. Les considérations sociales ne permettront pas de fermer les yeux sur la violation de la loi ou ne pas prendre le risque de la voir en n'inspectant pas. Une vérification systématique des prévisions d'émissions de gaz à effets de serre, des mesures de réduction projetées et sans doute du budget de quotas s'impose pour éviter toute déconvenue en fin d'exercice (126). Des avertissements précoces sont à recommander.

La reddition des comptes est le moment crucial. Le 30 avril de chaque année, l'exploitant doit s'acquitter d'un nombre de quotas correspondant à ses émissions de l'année précédente, telles qu'elles ont été vérifiées conformément à l'ar-

(125) V. *infra*, n° 27, les observations faites par plusieurs Etats lors de la séance du Conseil du 22 juill. 2003.

(126) La question de savoir si l'inspection peut vérifier si l'exploitant sera en mesure de restituer à l'échéance le nombre de quotas est délicate. A ce moment de notre recherche, notre opinion n'est pas arrêtée. Il n'y a pas d'obligation spécifique en ce sens. L'on pourrait néanmoins soutenir que l'exploitant doit au moins être en mesure de présenter à ce sujet des prévisions crédibles (attributions, reports, achats) que la police de l'environnement doit pouvoir vérifier tout comme ses obligations, certaines, en matière de surveillance de ses émissions de GES. Telle est l'opinion proposée au texte. Reste la sanction. Le défaut de ce budget de quotas pourrait-il être considéré comme une violation de la condition de l'autorisation (art. 6, § 2, e) de restituer des quotas le 30 avril ? Une obligation spécifique peut-elle être faite à l'exploitant, dans l'autorisation, alors que l'article 6 de la directive à l'apparence d'une énumération limitative et qu'il s'agit d'une question qui ne peut avoir échappé aux auteurs du texte ? La description de la vérification, faite à l'annexe V, indique que celle-ci porte sur les émissions, pas sur leur couverture. La souplesse voulue exclut sans doute que l'on exige de l'exploitant la constitution d'une garantie financière de couverture de ses émissions.

ticle 15 (art. 12, § 3). C'est à ce moment que la directive prévoit le déclenchement de sanctions qu'elle règle spécifiquement.

Elle vise le cas de l'infraction par rapport à l'obligation de restituer un nombre de quotas suffisant. La première sanction est la mise au pilori par publication du nom de ces exploitants (art. 16, § 2). Une deuxième sanction est une amende sur les émissions excédentaires ; son montant est de 100 € par tonne d'équivalent CO₂, ce montant est ramené à 40 € pour les excès commis pendant la première période de trois ans. On suppose que l'amende va à l'Etat (127). Enfin, le paiement de l'amende ne libère pas l'exploitant de l'obligation de restituer un nombre de quotas équivalent à ces émissions excédentaires lors de la restitution de quotas correspondant à l'année civile suivante (art. 16).

Le cas très clair de l'exploitant dont la déclaration est certifiée satisfaisante mais qui émet de manière excédentaire ne pose pas de problème. En revanche, comment faire en ce qui concerne l'exploitant dont la déclaration n'est pas satisfaisante ? On sait déjà que cet exploitant ne peut plus transférer de droits (art. 15) mais qu'en est-il de sa situation au regard de l'obligation de restituer des quotas ? Nous observons que l'article 16, relatif aux sanctions, réprime le défaut de restitution de quotas suffisant à couvrir les « émissions de l'année précédente » et non le défaut de restitution de quotas correspondant à la déclaration. Nous en déduisons que l'Etat a un pouvoir de taxation d'office qu'il lui appartient de régler finement dans les dispositions de transposition de la directive. Cette taxation d'office sera fondée sur le rapport de validation du vérificateur et les inspections que l'autorité fera.

25. Nature juridique du quota

Le législateur européen n'a pas pris position, dans la directive 2003/87/CE, sur la nature juridique devant être attribuée par les Etats membres aux quotas d'émission de gaz à effet de serre. Bien que l'on puisse admettre que, de toute façon, « cet aspect du système n'était pas déterminant de son bon fonctionnement » et que « le législateur aurait sans doute éprouvé de grandes difficultés à mettre d'accord les Etats membres sur [cette] question » (128), il n'empêche qu'une absence d'harmonisation européenne du statut juridique, fiscal et comptable des quotas pourrait entraîner des distorsions de concurrence entre les Etats, qui « seraient contraires à l'esprit même [de la directive] qui vise explicitement à créer un marché unique et transparent de ces outils de gestion de l'environnement » (129).

(127) En ce sens, Exposé des motifs du rejet de l'amendement 80, Position commune du 18 mars 2003, préc. Un amendement tendant à ce que le produit des amendes serve à l'achat par l'Etat de quotas à annuler ensuite, n'a pas été adopté (amendement 44, PE, Doc. A5-0303/2002, du 13 sept. 2002).

(128) Thieffry et associés, L'attribution et les marchés des droits d'émission de gaz à effet de serre et les entreprises, p. 5 du document disponible sur le site : <<http://www.thieffry.com/articles/climat1.htm>>.

(129) S. Agbayissah et L. Segalen, Aspects juridiques et comptables des quotas d'émission de gaz à effet de serre, rapport rédigé pour la Mission Climat de la CDC, PricewaterhouseCoopers et Landwell, avr. 2003.3 du document disponible sur le site internet suivant : <<http://www.pwcglobal.com/extweb/ncsurvres.nsf/docid/FADCD579393438AB85256D17004C8419>>.

Les liens du quota avec les lois de police administrative sont évidents. Malgré les mots de la définition donnée par la directive (130), nous hésitons à le qualifier d'autorisation. Au sens du droit administratif, une autorisation suppose l'interdiction générale préalable d'un acte et vient lever celle-ci, sur demande, dans un cas particulier et après vérification de la conformité au droit ou de l'opportunité de l'acte en projet. On notera d'abord que le quota n'est pas alloué à l'opérateur après une vérification de la conformité de son projet de rejet à la loi. Ce trait majeur de l'autorisation fait défaut. Le quota n'est pas non plus un préalable à l'émission. On connaît bien entendu le « permis de régularisation », en urbanisme par exemple, mais on s'accorde à reconnaître que le permis de régularisation n'est qu'une technique de rattrapage. Bien entendu la restitution du quota confère à l'émission le caractère licite qu'elle cesserait d'avoir le 30 avril de l'année suivante si elle n'était pas, à ce moment, couverte par un quota. Dans le rapport à la licéité du comportement, le quota « autorise » donc d'une certaine manière. En revanche, dans le système de la directive, une autorisation, au sens strict, est nécessaire à l'opérateur mais nous venons précisément de voir qu'elle ne réglait pas la quantité des émissions de GES sauf cas de *hot spot* (131) (132).

La distribution par *grandfathering* permet au pouvoir public d'allouer un montant qui se rapproche de l'établissement d'une quantité permise. Elle ne se confond pas avec la fixation d'un plafond individualisé, nous l'avons signalé, puisque l'accès au marché donne librement, sans contrôle administratif, la possibilité d'émettre plus. En outre, le *grandfathering* n'est pas inhérent au système qui s'accommode aussi de la mise aux enchères à laquelle la directive ne recourt pas complètement pour ne pas déstabiliser les entreprises. Dans la mise aux enchères, il n'y a même pas d'allocation publique fixée au départ.

Le quota est davantage un moyen de paiement d'une dette créée par la législation de police. En outre, le paiement « en devises » (REC, URE) est admis moyennant inscription en vue d'une conversion (133). La loi saisit les émissions de GES sans les interdire, mais en assujettissant certains émetteurs à une charge économique. C'est le type même de l'instrument économique qui se distingue de l'instrument de police traditionnel par l'absence d'interdiction du comportement visé et par l'alourdissement de son coût. Le système des quotas, directement tourné vers les émetteurs, peut favoriser l'apparition de solutions de substitution.

(130) La directive donne une définition du quota, à l'article 3 : « a) « quota », le quota autorisant à émettre une tonne d'équivalent-dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée, valable uniquement pour respecter les exigences de la directive, et transférable conformément aux dispositions de la présente directive ».

(131) *Supra*, n° 11.

(132) T. Chaumeil et M. J.-H. Smith énoncent également, sur la base du droit français, divers arguments contre l'assimilation des quotas d'émission de gaz à effet de serre aux autorisations administratives. Ils font ainsi notamment remarquer que « même s'il est vrai que certaines autorisations administratives ont une valeur patrimoniale incontestable et que la pratique administrative reconnaît, dans certaines hypothèses, la possibilité pour le bénéficiaire d'une telle autorisation de présenter à titre onéreux un successeur », le droit français est « par principe hostile à la cession à titre onéreux de toute acte, autorisation ou agrément relevant du pouvoir de police, pouvoir par essence non négociable car hors commerce [...] ». Contrairement à l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre, qui est un acte administratif unilatéral non cessible, le quota ne semble pas pouvoir répondre à cette qualification juridique.

(133) *Supra*, n° 4 et 17.

Seule l'émission qui n'est couverte à l'échéance par aucun quota est illicite – interdite ? – rétroactivement. Les quotas communautaires et les quotas convertibles sont les seuls moyens de paiement car il existe un plafond global d'émissions constitué par l'ensemble des quotas, c'est ce plafond qui constitue une interdiction générale proche d'une norme d'immission ou si l'on veut une vaste autorisation collective d'émettre jusqu'à ce plafond dont chaque émission est une fraction. Seul le quota paie la dette créée par l'émission. Pas de troc possible pour introduire un nouveau moyen d'échange. C'est la spécificité de ce marché.

« Monnaie » (134) émise par le pouvoir public, le quota est devenu un bien dans le commerce (135) par la volonté claire du législateur lui-même (136). Il n'est pas exclu qu'il reçoive, « le cas échéant », un « traitement fiscal » dont l'Etat rendra compte dans son rapport annuel (art. 21) (137).

Le quota est-il un bien objet de propriété ? Des doutes ont pu naître aux États-Unis en raison de dispositions spécifiques qui avaient pour but de permettre aux pouvoirs publics de retirer les quotas sans que ce retrait soit assimilé à une expropriation indemnisable. Cependant, on y fait néanmoins du quota un objet de propriété dans les transactions (138). Dans le système communautaire, le mot propriété n'est pas utilisé malgré des amendements en ce sens (139). Pourtant, il nous paraît que la faculté de procéder à l'annulation du quota, même sans finalité spécifique nécessaire (140), correspond à l'abusus, pouvoir d'action ultime sur un bien, offert par le droit de propriété (141).

L'Etat peut-il reprendre les quotas émis ? Il peut dans une mesure limitée ne pas organiser le report à nouveau à la fin de la première période de trois ans.

(134) Le mot *currency*, est utilisé pour caractériser certains systèmes, T. Tietenberg (*op. cit.* 1998, p. 3).

(135) T. Chaumeil et M. J.-H. Smith, *op. cit.* Bull. dr. env. Ind. 2/2003.10.

(136) Pour les relations pouvant exister entre d'une part, un système international d'échange de permis d'émission et, d'autre part, les règles et procédures de l'Organisation mondiale du commerce, V. J. Wersman, *Greenhouse Gas Emissions Trading and the WTO*, Reciel, vol. 8, Issue 3, 1999.251 et s.

(137) Pour une détermination, au regard du droit belge, du statut des quotas d'émissions en droit fiscal, mais aussi en droit comptable, en matière d'impôt sur les revenus et en matière de taxe sur la valeur ajoutée, V. V. Sepulchre et P. Delaisse, *Statut fiscal et comptable des quotas d'émission*, Environnement et Gestion, n° 5, 4 mars 2004.1-7.

(138) T. Chaumeil et M. J.-H. Smith, *op. cit.* Bull. dr. env. Ind. 2/2003.11.

(139) PE Doc. A5-0303/2002, du 13 sept. 2002, p. 69-152 ou des justifications d'amendements, *ibid.* p. 85-152.

(140) Puisque des acheteurs non émetteurs de GES ont accès au marché.

(141) Pour de plus amples développements sur la question de savoir si le quota relève des droits réels, V. S. Agbayissah et L. Segalen, *Aspects juridiques et comptables des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, préc. p. 28-30. Les auteurs précités considèrent que « même si le quota paraît receler quelques caractères du droit de propriété [...], son lien avec le droit de propriété ne peut cependant être formulé d'une manière assurée [...] ». Ils préfèrent concevoir cet instrument de type nouveau comme un bien (en tant qu'il a une valeur patrimoniale), fongible (parce qu'il est interchangeable), « doué d'une consomptibilité relative puisque sa remise à l'état chaque 30 avril emporte son extinction », nominatif « puisqu'il fait l'objet d'un compte ouvert au nom de chaque personne détentrice du quota ». Le quota est, selon cette étude, un droit nouveau : un instrument *sui generis*. Sur les liens pouvant exister entre les quotas et le droit de propriété, V. aussi T. Chaumeil et M. J.-H. Smith, *op. cit.* Bull. dr. env. Ind. 2/2003, p. 11-12. M. Moliner, *Pollution atmosphérique : analyse du droit d'émission négociable sous l'angle du droit privé*, Gaz. Pal. 12-14 oct. 2003, p. 18 et s. ; du même auteur, *L'intégration en droit interne du mécanisme des permis d'émission négociables*, CJEG n° 602, oct. 2003.489 et s.

Au delà, il n'a plus cette possibilité. Il peut sans frais modifier les autorisations pour interdire l'exploitation de quotas à tel endroit par une norme d'émission justifiée. Il pourrait sans doute libéraliser les émissions (142) et rendre le quota inutile. Il peut réduire ou augmenter la masse en émettant relativement plus ou moins de quotas au cours de la période suivante. Il n'est pas non plus tenu de racheter le quota qui lui serait proposé par un titulaire : le quota n'est pas remboursable auprès de l'émetteur public. Les pouvoirs publics peuvent néanmoins en racheter volontairement (143). En revanche, une action directe de l'État sur les quotas émis, par retrait ou annulation autoritaires de ceux-ci, en dehors de « la demande de la personne qui les détient » (art. 12, § 4), est contraire à l'économie du système. Il est vraisemblable que le quota sera considéré comme un bien au sens du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme et protégé par ces dispositions. La Cour européenne des droits de l'Homme développe en effet une conception large du bien objet de propriété (144) (145) (146).

Des estimations de la valeur d'un quota représentant le droit d'émettre une tonne d'équivalent CO₂ sont actuellement en cours. Le Gouvernement belge a cité le chiffre d'environ 10 € par tonne de CO₂ (147). Le marché fixera le cours (148).

26. Des rapports annuels

Il y a plusieurs rythmes dans cette directive, cinq ans, trois ans, un an... La période et la fréquence annuelles sont retenues pour l'établissement d'un rapport

(142) Hypothèse théorique, compte tenu des engagements pris.

(143) Amendement 44, PE, Doc. A5-0303/2002, du 13 sept. 2002.

(144) S. Depre et M. Verdussen, Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut, RTDH 1996.587 et s. spéc. p. 600 ; dans la jurisprudence de la Cour EDH, les attentes légitimes sont considérées comme des biens protégés par le premier protocole. Dans l'affaire *Pine Valley* (Cour EDH 29 nov. 1991, *Pine Valley Developments LTD et autres*, § 56 ; V. ég. Cour EDH 18 févr. 1991, *Fredin*, § 42 à 47), la Cour EDH estime qu'il y avait espérance légitime des requérants de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement et que c'est un élément de la propriété en question. Il en est de même dans l'affaire, *Pressos Compania Naviera*, jugée le 20 novembre 1995. La Cour EDH estime que l'état du droit belge en matière de responsabilité de la puissance publique avait fait naître dans le chef des requérants une « espérance légitime » de voir concrétiser leur créance, protégée par le premier protocole (obs. sous l'arrêt de H. Simonart et D. Jans, De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes de droit interne, RBDC 1996.165 et s.).

(145) Sur la question de savoir si les quotas doivent être qualifiés de marchandises ou de capitaux, J. Lefevre et F. Yamin, EC Trade and Competition Law Issues Raised by the Design of an EC Emission Trading system, Field, juin 1999.

(146) Pour un nouvel examen, plus approfondi, de la nature juridique du quota, V. notre contribution, Nature juridique du quota d'émissions de gaz à effet de serre créé par la directive 2003/87, préc. (*supra*, n° 12).

(147) Intervention de M. Deleuze, Secrétaire d'Etat à l'énergie et au développement durable, séminaire Les défis juridiques du commerce des émissions de gaz contribuant à l'effet de serre, Bruxelles, Alen et Overy, 18 mars 2003. En outre, en se fondant sur le « plan national climat » et sur l'action combinée de plusieurs mesures, M. Deleuze a estimé que la Belgique devrait acquérir annuellement environ 20 millions de tonnes de CO₂ en droits d'émission. Ce qui porte le coût de l'exécution de cet aspect du Protocole de Kyoto à environ 200 millions d'euros par an pour la Belgique.

(148) Pour un examen des fluctuations du cours de la tonne de SO₂ au *Chicago Board of Trade* et de ses causes, O. Godard, *op. cit.* p. 11.

d'application de la directive par chaque État. Les choses iront très vite puisque le premier rapport doit être transmis à la Commission pour le 30 juin 2005. Une certaine standardisation est souhaitée afin de faciliter la rédaction du rapport de synthèse que la Commission publiera (art. 21) (149).

27. *Mise en œuvre*

La mise en vigueur du cadre législatif d'exécution de la directive aurait dû être réalisée dès le 31 décembre 2003 (art. 31). Pressentant la difficulté de transposer en un si court laps de temps une directive créant un nouveau système communautaire d'échange de quotas d'émission de GES, le Royaume-Uni, suivi par d'autres États membres dont la Belgique, ont fait, lors de l'adoption de la directive par le Conseil, le 22 juillet 2003, une déclaration laissant entendre que la transposition normative ne pourrait être achevée à cette date mais que le système serait en mesure de fonctionner dès le début de la première période (150). Nous nous interrogeons bien entendu sur cette curieuse manière de faire : si la date n'était pas raisonnable, comme l'expérience l'a confirmé, était-il si difficile de modifier la directive ? On nous dit que oui, pour des raisons de procédure... Ces déclarations sont cependant de nature à indiquer que la Commission ne devrait pas agir en manquement de manière prématurée.

Le manquement d'un État membre peut engager la responsabilité internationale de la Communauté dans le système de Kyoto. Des mécanismes de contrainte d'ordre communautaire pourraient être envisagés (151).

28. *Conclusion*

En se dotant d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, l'Europe engage une action concrète d'un nouveau type contre le réchauffement climatique. Le Protocole de Kyoto, tout comme la directive européenne 2003/87/CE, réconcilient « de la manière la plus efficace possible » les objectifs de protection de l'environnement et du maintien de la compétitivité des entreprises, puisqu'ils laissent place à une certaine flexibilité (152).

Bien encadrée par le droit, cette méthode n'est pas moins morale que les procédés classiques de lutte contre la pollution. Au contraire, par sa dynamique propre, elle contraint les pouvoirs publics à assurer la police du marché d'une manière sévère dont dépend le respect de la bulle nationale et le cours du quota. Cette incitation à la fermeté est peut-être plus grande que dans le système de police administrative traditionnel.

(149) Ces rapports doivent se combiner avec ceux qui sont prévus pour la surveillance globale de l'exécution du Protocole de Kyoto (proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative à un mécanisme de surveillance des émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et à la mise en œuvre du Protocole de Kyoto, Doc. COM (2003), 51, du 5 févr. 2003, art. 10).

(150) Une ordonnance française du 14 avril 2004 transpose la directive et modifie le code de l'environnement (JORF 17 avr. 2004, p. 7089). Pour un premier commentaire, M. Moliner-Dubost, *Réflexions sur l'insertion d'un système d'échange de droits de pollution en droit français de l'environnement*, à paraître in *L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

(151) F. Yamin et J. Lefevère, *op. cit.* p. 36-37.

(152) T. Chaumeil et J.-H. Smith, *op. cit.* p. 7.

Bien que l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto soit encore incertaine, l'Europe semble plus que jamais déterminée à mettre tout en œuvre pour réduire ses émissions de gaz à effet de serre. Elle est persuadée, pour le moment, que le Protocole est le seul cadre international valable pour lutter efficacement contre le réchauffement climatique, et elle entend bien adopter toutes les mesures qui seront nécessaires pour respecter pleinement l'objectif que celui-ci lui assigne, sachant d'ores et déjà que d'autres efforts bien plus importants seront indispensables pour stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à des niveaux inoffensifs. Pour autant que l'on continue à le vouloir, bien entendu.