

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, ses démembrements 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 vient d'être mis au point dans la «directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61 du Conseil», du 13 octobre 2003⁽¹⁾. Cette directive voit le jour dans un certain contexte qu'il convient de présenter d'abord.

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 ambitieux mais très général: l'objectif «ultime» de la Convention «et de tous les instruments juridiques connexes que la conférences 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 Etats 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

* Professeur ordinaire à l'Université de Liège

L'auteur remercie Mme Sylviane LEPRINCE, Assistante à la Faculté de Droit, Avocat, et M. Damien GERADIN, Professeur à la Faculté de Droit, pour le dialogue scientifique dont ils l'ont fait bénéficier.

(1) Désignée par la suite, la directive. Au moment où nous avons conclu ce premier commentaire, en août 2003, la directive n'avait pas encore été publiée au Journal officiel. Nous nous sommes basé sur le texte de la Position commune (CE) n° 28/2003 du 18 mars 2003 (J.O.C.E. C 125 E du 27 mai 2003) et les amendements adoptés par le Parlement européen le 2 juillet 2003, acceptés par la Commission, le 18 juillet, puis par le Conseil, le 22 juillet. L'historique complète du texte est consultable sur le site http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=169701. Au moment de relire les épreuves de cet article, nous signalons que la directive porte la date du 13 octobre 2003 et la référence 2003/87/CE. Elle est publiée au *Journal officiel* du 25 octobre 2003. Pour un examen de la proposition de directive introduite le 23 octobre 2001, 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, pp. 2 et s.; des mêmes auteurs, «Réflexions sur le statut juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre», *Bull. Dr. Env. Ind.*, 2/2003, pp. 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 pp.; 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, du 8 mars 2000), les réactions http://europa.eu.int/comm/environment/docum/087_governmental.pdf; S. LECCLERCQ, «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*, Strasbourg, Presses universitaires, 2002, pp. 71 et s., sp. pp. 115 et s. F. YAMIN et J. LEFEVERE, *FIELD Final Report: 'Designing Options for Implementing an Emissions Trading Regime for Greenhouse Gases in the EC'*, February 2000, 53 pp. 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).

rapport au niveau de 1990⁽³⁾⁽⁴⁾. C'est la bulle universelle.

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 la décision communautaire 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 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

(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), 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, du 5 février 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, p. 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, pp. 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, pp. 396 et s., sp. p. 422).

(5) Sur la responsabilité internationale à laquelle les Etats et la Communauté s'exposent dans un tel cas, F. YAMIN et J. LEFEVERE, *o.c.*, p. 35.

(6) Du 25 avril 2002, 2002/358/CE, *J.O.C.E.*, L, 130/1 du 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.

(7) Sur les critères de ces contributions différenciées, voir la décision du 25 avril 2002, 2002/358/CE, précitée, cons. n° 12; *Doc. parl. Wall.*, 323 (2001-2002)/1, du 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, *o.c.*, 2001, pp. 396 et s.

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

(13) Décision du 25 avril 2002, 2002/358/CE, précitée, 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, point 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, du 5 février 2003).

(16) N. GUNNINGHAM et P. GRABOSKY, *Smart regulation, Designing environmental Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1998, sp. p. 72.

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⁾.

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

– 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'Etat – ou à la Communauté européenne – de ramener à sa bulle des efforts de réduction faits ailleurs:

– Le MDP permet à l'Etat 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 Etats 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'Etat 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⁾.

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, représentant au moins 55 % du volume total des émissions de dioxyde de carbone de l'ensemble de ces pays développés.

En ce beau mois d'août 2003, le «Thermomètre de Kyoto», publié par les Nations unies, indique que le premier seuil est atteint mais que les Etats de l'annexe I qui ont ratifié ne représentent qu'un peu moins de 45 % des émissions de CO₂⁽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

(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, pp. 361 et s.; T. TIETENBERG, *Tradable Permits and the Control of Air Pollution in the United States*, 33 pp., 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, *o.c.*, 2001, pp. 10 et s.; J. R. NASH et R. L. REVESZ, *Markets and geography: designing marketable permits schemes to control local and regional pollutants*, E.L.Q., 2001/3, pp. 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, *o.c.*, *Bull. Dr. Env. Ind.*, 3/2002, p. 4.

(18) M. WALKA 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 Etats de s'associer pour exécuter en commun leurs obligations (K. NOWROT, *o.c.*, 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, pp. 395 et s., sp. pp. 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 (CObis) qui s'est tenue à Bonn en 2001. A. BONDUELLE, «Les dix défauts du Protocole de Kyoto», in *Le Protocole de Kyoto, Mise en œuvre et implications*, Strasbourg, Presses universitaires, 2002, pp. 71 et s., sp. pp. 76 à 78; K. NOWROT, *o.c.*, 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. Voir not le Rapport du Conseil exécutif du mécanisme pour un développement propre, du 31 octobre 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. LEFEVERE, *o.c.*, p. 14.

(25) Sur le site <http://unfccc.int/ressource/kpthermo.html>

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.

6. ACTION INCONDITIONNELLE DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. LIMITES

Pourtant, dans la défense de l'environnement, le pari européen est précisément celui de l'action et du leadership mondial⁽²⁷⁾.

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. 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»⁽²⁸⁾.

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 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. L'Etat doit établir une bulle globale; elle est ensuite fractionnée en bulles d'entreprise. En revanche, il n'est pas certain que le maximum communautaire assumé par chaque Etat membre dans la décision commune du 16 juin 1998⁽²⁹⁾, portée aux

yeux du monde dans la décision de ratification⁽³⁰⁾, s'applique dans l'ordre communautaire interne indépendamment de l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto. Sous cet angle, le droit communautaire nous semble lier l'engagement et les obligations⁽³¹⁾. En d'autres termes, si le protocole de Kyoto n'entre pas en vigueur, il n'est pas certain que l'objectif impératif de 92,5 % s'impose à la Belgique, celui de 79 % s'impose à l'Allemagne, ... sans nouvelle décision communautaire⁽³²⁾, à moins, bien entendu, que l'Etat décide de s'imposer cette limitation par une mesure de droit interne⁽³³⁾.

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⁽³⁴⁾. Il s'agit d'un leitmotiv de l'Agenda 21. Politique 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 judiciaire, ...: 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

(26) M. VESPA, «Climate change 2001: Kyoto at Bonn and Marrakech», *E.L.Q.*, vol. 29, 2002/2, pp. 395 et s., sp. pp. 406-407.

(27) Exposé des motifs, conclusions, Position commune du 18 mars 2003, *J.O.C.E.*, C 125, du 27 mai 2003.

(28) 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.

(29) Précitée.

(30) Décision du 25 avril 2002, 2002/358/CE, précitée.

(31) Voir les considérants 4 et 5 de la directive.

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

(33) Sur la situation particulière de la Belgique, *infra*, n° 28.

(34) Sur ce thème, Michel PAQUES, «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, pp. 213 et s.

partie du problème et ne dispense pas de la mise en place d'autres instruments d'action⁽³⁵⁾.

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⁽³⁶⁾ mais pas de tous les instruments de la lutte contre l'effet de serre⁽³⁷⁾.

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⁽³⁸⁾.

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 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 retient que le CO₂ car elle ne s'adresse qu'aux émissions de CO₂ des établissements qu'elle désigne⁽³⁹⁾.

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⁽⁴⁰⁾. Seules les entreprises émettrices des secteurs repris en annexe I (première colonne) sont visées et elles ne le sont qu'en tant qu'elles rejettent du CO₂ (deuxième colonne de l'annexe I). 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 saisir la production

d'énergie fossile⁽⁴¹⁾. Elle ne vise pas non plus les consommateurs des énergies produites à partir d'émissions de ces GES⁽⁴²⁾. Ainsi, le système devrait saisir 46 % des émissions estimées de CO₂ de l'Union en 2010, réparties entre 4000 et 5000 installations⁽⁴³⁾.

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

(35) 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 octobre 2001. A l'échelon de l'Etat, ces instruments 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 février 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», *Am.-Env.*, 2001/2, pp. 109 et s.; G. BLOCK, D. HAVERBEKE et B. SCHUTYSER, «Emissierechten en groenstroombcertificaten: de valkuilen van de reglementering van groenstroombcertificaten en van groene energie in het Vlaams Gewest, het Waals Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest», *M.E.R.*, 2001/2, pp. 91 et s.;

(36) Décision du 25 avril 2002, 2002/358/CE, J.O.C.E., L, 130/1 du 15 mai 2002, déjà citée.

(37) 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.

(38) 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.

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

(40) Sur cet aspect des coûts de transaction, O. GODARD, *o.c.*, 2001, p. 3.

(41) F. YAMIN et J. LEFEVERE, *o.c.*, p. 24.

(42) 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.

(43) 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, du 12 juin 2003, p. 25/29).

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⁽⁴⁴⁾ 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»⁽⁴⁵⁾.

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 assumera dans la période 2008-2012⁽⁴⁶⁾. 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. Ces critères doivent obligatoirement 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⁽⁴⁷⁾, 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⁽⁴⁸⁾. 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 cou-

verte par la directive. Le premier plan doit être publié et notifié à la Commission et aux autres Etats membres pour le 31 mars 2004. Ces règles laissent donc aux Etats une marge d'appréciation considérable.

Le plan est soumis à la tutelle de la Commission⁽⁴⁹⁾. 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'Etat 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'Etat 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)⁽⁵⁰⁾ ou d'une autorisation *ad hoc*⁽⁵¹⁾. 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⁽⁵²⁾, sauf si une norme individuelle de rejet maximum est nécessaire pour éviter toute pollution locale significative (art. 9, § 3, modifié, de la directive 96/

(44) Art. 30, § 2 et § 3.

(45) Doc COM (2003) 403, du 23 juillet 2003.

(46) Certainement si le protocole de Kyoto entre en vigueur (sur ce point, voir *supra*).

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

(48) Voir la liste complète in annexe III.

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

(50) 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».

(51) 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).

(52) 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).

61⁽⁵³⁾), c'est-à-dire un *hot spot*⁽⁵⁴⁾. En outre, 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⁽⁵⁵⁾.

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 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 «extrasystémique» 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. Elle 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»)⁽⁵⁶⁾. 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»⁽⁵⁷⁾ afin de bien favoriser leur mobilité.

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⁽⁵⁸⁾. Dans le second cas, le *grandfathering*⁽⁵⁹⁾ 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»⁽⁶⁰⁾. 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. Cette allocation publique de départ revient à fixer un montant d'émissions gratuites⁽⁶¹⁾ au-delà duquel, seule-

(53) Art. 26 de la directive. La modification apportée à l'art. 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 § 3, préc., et du § 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 art. 5 et 6 de la directive «établissant un système d'échange» régissent 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 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, point 7.2). Sur ce point le choix de l'opérateur est donc libre.

(54) 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, *o.c.*, 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, pp. 80 et s.

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

(56) Annexe III.

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

(58) F. YAMIN et J. LEFEVERE, *o.c.*, pp. 6 et 31.

(59) La distribution à la mode de bon papa. *Second best option*, pour F. YAMIN et J. LEFEVERE, *ibid.*

(60) E. VARVOUSIS, *o.c.*, 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, du 13 septembre 2002, p. 52/152). La manière de distribuer peut sans doute tenir compte de ces observations.

(61) 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, *o.c.*, 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*.

ment, 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.

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⁽⁶²⁾. 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⁽⁶³⁾ 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)⁽⁶⁴⁾. 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⁽⁶⁵⁾; par contre, la fraction gratuite peut être supérieure à 95 et 90 %. La destination du produit des enchères n'est pas fixée⁽⁶⁶⁾.

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})⁽⁶⁷⁾. 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)⁽⁶⁸⁾. 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 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⁽⁶⁹⁾. 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⁽⁷⁰⁾. 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 A 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. Dès lors, afin de stimuler les entreprises et de donner au marché une plus grande flexibilité, le report de période à période 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

(62) S. ROUSSEAU, «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», *R.E.D.E.*, 1/2001, pp. 3 et s., sp. p. 11.

(63) J.O.C.E., C 125, du 27 mai 2003.

(64) Délibération du Parlement européen du 2 juillet 2003.

(65) 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, pp. 1 et s., sp. p. 8.

(66) Sur la destination des fonds, S. LECLERCQ, *o.c.*, p. 124; PE, Doc. A5-0303/2002, du 13 septembre 2002, p. 66/152.

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

(68) La distribution du quota n'est pas en soi une aide d'Etat car elle ne constitue pas 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'art. 87, § 1^{er}, S. ROUSSEAU, *o.c.*, p. 8; C.J.C.E., 13 mars 2001, PREUSSEN ELEKTRA, C-379/98, selon lequel l'aide d'Etat requiert un transfert direct ou indirect de ressources d'Etat; comp. avant cet arrêt, A. HEINEN, «The Interface between Electricity Liberalization and Environmental Protection: The German Example», in D. GERADIN (Ed.), *o.c.*, pp. 81 et s., sp. pp. 89-90 et 96-97; sur la notion de «subside réglementaire», D. GERADIN, «Droit européen de la concurrence et protection de l'environnement», *Am.-Env.*, 1999, livraison spéciale, 1999, p. 54; sur la manière de moduler l'allocation entre les secteurs, S. ROUSSEAU, *o.c.*, p. 13; F. YAMIN et J. LEFEVERE, *o.c.*, pp. 29 et s.

(69) Art. 5 et 174, § 2, du Traité CE.

(70) Pour les périodes suivantes, d'autres délais sont prévus.

décision est laissée à chaque Etat 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⁽⁷¹⁾.

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'Etat A doit faire des quotas non utilisés par l'exploitant d'une installation située sur son territoire, mais achetés à une entreprise de l'Etat B. A lire l'article 13, c'est l'autorité compétente A qui annule ces quotas non utilisés. Mais, est-ce l'Etat 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⁽⁷²⁾.

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 marché de pollution⁽⁷³⁾. Celui-ci trouve son développement plus étendu en cas de démarrage par mise aux enchères⁽⁷⁴⁾.

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⁽⁷⁵⁾, du nombre de quotas distribués⁽⁷⁶⁾ 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 1300 millions d'euros, par an, dans l'Union, jusqu'en 2010⁽⁷⁷⁾.

Sur le marché intérieur, la reconnaissance des quotas émis par les autres Etats 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⁽⁷⁸⁾. Pour des raisons inhérentes à son fonctionnement⁽⁷⁹⁾, 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'Etat. 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.

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

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

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

(73) N. GUNNINGHAM et P. GRABOSKY, *o.c.*, sp. p. 72; F. YAMIN et J. LEFEVERE, *o.c.*, p. 16 et annexe 1; G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *o.c.*, *Am.-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, point 10.2.3.

(74) *Supra*, n° 12.

(75) 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).

(76) N. GUNNINGHAM et P. GRABOSKY, *o.c.*, p. 74; O. GODARD, *o.c.*, 2001, p. 12.

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

(78) O. GODARD, *o.c.*, 2001, p. 4.

(79) *Infra*, n° 24.

d'acquéreur. Par exemple, une association de défense de l'environnement⁽⁸⁰⁾ 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⁽⁸¹⁾.

17. ÉLÉMENTS 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 Etats 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⁽⁸²⁾. 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 être totale⁽⁸³⁾. 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⁽⁸⁴⁾. 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'Etat 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 Etats 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⁽⁸⁵⁾.

18. RELATIONS AVEC D'AUTRES MARCHÉS DE POLLUTION INTÉRIEURS

Des systèmes nationaux d'échange d'émissions de GES ont été installés par certains Etats membres⁽⁸⁶⁾. 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 Etats 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 Etats 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⁽⁸⁷⁾. 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 instruments fiscaux qui poursuivent les mêmes objectifs» est inscrit à l'agenda

(80) Doc COM (2001) 581.

(81) 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, *o.c.*, p. 73.

(82) Proposition du 23 juillet 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; sur ces mécanismes de projet, *supra*, n° 4.

(83) Doc. COM (2003)403, préc., p. 6.

(84) Les investissements nucléaires sont également exclus, conformément aux accords de la COP7 de Marrakech, K. NOWROT, *o.c.*, p. 426.

(85) D'ultimes amendements acceptés à la directive ont porté sur la complémentarité (Résolution du PE du 2 juillet 2003).

(86) S. LECLERCQ, *o.c.*, p. 134; O. LOMAS et Ch. STAPPELS, préc. Sur le système danois <http://www.ens.dk/sw1429.asp>

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

de révision de la directive et du rapport prévu en juin 2006 (art. 30, § 2)⁽⁸⁸⁾.

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⁽⁸⁹⁾. 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⁽⁹⁰⁾ 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⁽⁹¹⁾.

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⁽⁹²⁾. Le Gouvernement prend l'engagement de défendre le principe d'une exonération de toute taxe d'Énergie/CO₂⁽⁹³⁾. 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⁽⁹⁴⁾. La résiliation unilatérale est expressément prévue pour sanctionner l'exécution insuffisante de ces engagements-là⁽⁹⁵⁾.

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 doit d'ailleurs établir des « principes directeurs » relatifs à la force majeure. 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).

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, soupagement. 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⁽⁹⁶⁾. 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⁽⁹⁷⁾.

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⁽⁹⁸⁾. Chaque État⁽⁹⁹⁾ 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 quota 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.

(88) Pour une comparaison du système de taxe (approche par les prix) et du système de permis négociables (approche par les quantités), O. GODARD, *o.c.*, 2001, p. 3.

(89) Dernièrement Doc. COM(2002)412, du 17 février 2002, Les accords environnementaux conclus 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 *Am.-Env.*, livraison spéciale 1997 « Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement ».

(90) *Infra*, n° 21 et la note.

(91) Doc COM (2001) 581, p. 8; S. LECLERCQ, *o.c.*, p. 126.

(92) Accord de branche du 2 juin 2003 entre COBELPA représentant l'industrie papetière wallonne et la Région wallonne représentée par son Gouvernement relatif à la réduction spécifique des gaz à effet de serre (GES) et à l'amélioration de l'efficacité énergétique (*M.B.*, 22 juillet 2003, Ed. 2); Accord de branche du 2 juin 2003 entre Fedichem Wallonie Énergie, représentant le secteur chimique wallon et la Région wallonne représentée par son Gouvernement relatif à la réduction des émissions spécifiques de gaz à effet de serre (GES) et à l'amélioration de l'efficacité énergétique (*M.B.*, 7 juillet 2003).

(93) Ou tout au moins de ses effets, qui serait mise en vigueur à des fins environnementales ou énergétiques après la conclusion du présent accord pour les entreprises contractantes, dans la mesure où les parties contractantes démontrent que les objectifs finaux poursuivis dans l'accord seront concrètement atteints à terme (art. 4, al. 5, accord COBELPA; art. 4, al. 5, accord FEDICHEM).

(94) Art. 4, al. 9 et 10, accord COBELPA; Art. 4, al. 9 et 10, accord FEDICHEM.

(95) Art. 16, accord COBELPA, accord FEDICHEM.

(96) 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.

(97) *Infra*, n° 25.

(98) Directive, cons. n° 9.

(99) Des États peuvent gérer leur registre dans un système consolidé (art. 19, § 1^{er}).

Des exigences comparables relatives à l'inscription de transactions dans des registres publics existent dans les Etats membres. Compte tenu de son importance pour la comptabilité publique environnementale, on comprendrait que l'Etat 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 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)⁽¹⁰⁰⁾.

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⁽¹⁰¹⁾.

L'autorisation règle la surveillance, la méthode et la fréquence⁽¹⁰²⁾. Elle prescrit aussi une déclaration d'émissions (art. 6) que l'exploitant doit produire après la fin de chaque année civile (art. 14, § 3)⁽¹⁰³⁾. Les mesures de surveillance 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 est chargée de rédiger des «lignes directrices» pour le 30 septembre 2003. Les Etats membres devront les imposer (art. 14, §§ 1^{er} et 2). En l'état actuel, aucune inspection communautaire de terrain n'est prévue⁽¹⁰⁴⁾. Cela peut induire des comportements stratégiques et constituer une faiblesse du système⁽¹⁰⁵⁾.

La directive tire parti des progrès réalisés en matière de management environnemental⁽¹⁰⁶⁾. 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 véri-

(100) 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 février 2003).

(101) Dans le système de Kyoto, des mécanismes de contrôle ont été mis au point aux COP6bis et 7 de Bonn et Marrakech, voir 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*, Strasbourg, Presses universitaires, 2002, pp. 85 et s.; M. VESPA, «Climate change 2001: Kyoto at Bonn and Marrakech», *E.L.Q.*, vol. 29, 2002/2, pp. 395 et s., sp. p. 413.

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

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

(104) Sur un tel système et une comparaison avec le droit de la concurrence, LECLERCQ, *o.c.*, p. 129.

(105) K. ENGEL et S. ROSE-ACKERMAN, «Environmental federalism in the United States; the risk of devolution», in D. ESTY et D. GERADIN (Eds), *Regulatory Competition and economic integration*, Oxford, University Press, 2001, pp. 135 et s., sp. pp. 148-149.

(106) 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), *J.O.C.E.* L 114 du 24/04/2001; 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, *J.O.C.E.*, L168 du 10 juillet 1993, p. 1; N. DE SADELEER et A. GOSSERIES, «Le règlement C.E.E. 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», *Am.-Env.*, 1994/2, pp. 91 à 107; F. HAUMONT, «Le management environnemental», *Am.-Env.*, Livraison spéciale 1999, pp. 79 et s.

fiée. 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⁽¹⁰⁷⁾. On cherche à établir si les informations 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»⁽¹⁰⁸⁾. 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 que la Commission est chargée d'adopter. Nous en déduisons que les vérificateurs peuvent être des experts indépendants ou des fonctionnaires⁽¹⁰⁹⁾. 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⁽¹¹⁰⁾.

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⁽¹¹¹⁾.

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 dououreuses 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 de 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⁽¹¹²⁾. Des avertissements précoces sont à

(107) Ce qui est remarquable car en matière d'inspections environnementales ne s'applique généralement qu'une Recommandation prévoyant des critères minimaux (2001/331/CE), *J.O.C.E.*, L 118 du 27 avril 2001.

(108) Annexe V, point 11.

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

(110) Déduit de l'article 15, al. 2.

(111) Voir *infra* n° 27, les observations faites par plusieurs Etats lors de la séance du Conseil du 22 juillet 2003.

(112) 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 a 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.

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'article 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 euros par tonne d'équivalent CO₂, ce montant est ramené à 40 euros pour les excès commis pendant la première période de trois ans. On suppose que l'amende va à l'Etat⁽¹¹³⁾. 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

Les liens du quota avec les lois de police administrative sont évidents. Malgré les mots de la définition donnée par la directive⁽¹¹⁴⁾, 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 comporte-

ment, le quota «autorise» donc d'une certaine manière. En revanche, 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*⁽¹¹⁵⁾.

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⁽¹¹⁶⁾. 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. L'éco-taxe belge frappe les produits pour lesquels un substitut inoffensif existe immédiatement et montre au consommateur le bon choix. Le système des quotas, directement tourné vers les émetteurs, peut favoriser l'apparition de solutions de substitution.

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»⁽¹¹⁷⁾ émise par le pouvoir public, le quota est devenu un bien dans le commerce⁽¹¹⁸⁾ par la volonté claire du législateur lui-même. Il n'est pas exclu qu'il

(113) 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 septembre 2002).

(114) La directive donne une définition du quota, à l'article art. 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».

(115) *Supra*, n° 11.

(116) *Supra*, n°s 4 et 17.

(117) Le mot *currency*, est utilisé pour caractériser certains systèmes, T. TIETENBERG (*o.c.*, 1998, p. 3).

(118) T. CHAUMEIL et M. J.-H. SMITH, *o.c.*, *Bull. Dr. Env. Ind.*, 2/2003, p. 10.

reçoive, «le cas échéant», un «traitement fiscal» dont l'Etat rendra compte dans son rapport annuel (art. 21).

Le quota est-il objet de propriété? Des doutes ont pu naître aux Etats-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⁽¹¹⁹⁾. Dans le système communautaire, le mot propriété n'est pas utilisé malgré des amendements en ce sens⁽¹²⁰⁾. Pourtant, il nous paraît que la faculté de procéder à l'annulation du quota, même sans finalité spécifique nécessaire⁽¹²¹⁾, correspond à l'abus, pouvoir d'action ultime sur un bien, offert par le droit de propriété.

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. 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⁽¹²²⁾ 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⁽¹²³⁾. En revanche, une action directe de l'Etat 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 soit 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 ou, tout au moins, digne de «respect»⁽¹²⁴⁾⁽¹²⁵⁾.

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 euros par tonne de CO₂⁽¹²⁶⁾. Le marché fixera le cours⁽¹²⁷⁾.

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 d'application de la directive par chaque Etat. 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)⁽¹²⁸⁾.

27. MISE EN ŒUVRE

La mise en vigueur du cadre législatif d'exécution de la directive doit être réalisée dès le 31 décembre 2003

(art. 31); c'est demain! Telle est notre impression en ce mois d'août 2003, attendant encore la publication du texte au Journal officiel. Cette date sera dépassée à l'heure du contact avec nos premiers lecteurs! Présentant la difficulté, le Royaume-Uni, suivi par d'autres Etats membres dont la Belgique, a fait, lors de l'adoption de la directive par le Conseil, ce 22 juillet, 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. Nous nous interrogeons bien entendu sur cette curieuse manière de faire: si la date n'était pas raisonnable, ce que notre courte expérience nous invite à croire, était-il si difficile de modifier la directive? Ces déclarations sont sans doute de nature à indiquer que la Commission ne devrait pas agir en manquement de manière prématurée.

(119) T. CHAUMEIL et M. J.-H. SMITH, *o.c.*, *Bull. Dr. Env. Ind.*, 2/2003, p. 11.

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

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

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

(123) Amendement 44, PE, Doc. A5-0303/2002, du 13 septembre 2002.

(124) S. DEPRE et M. VERDUSSEN, « Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », *R.T.D.H.*, 1996, pp. 587 et s., sp. p. 600; Dans la jurisprudence de la CEDH, les attentes légitimes sont considérées comme des biens protégés par le premier protocole. Dans l'affaire PINE VALLEY (CEDH, 29 novembre 1991, PINE VALLEY DEVELOPMENTS LTD et autres, § 56; voir ég. CEDH, 18 février 1991, FREDIN, §§ 42 à 47), la CEDH 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 CEDH 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 », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 165 et s.).

(125) Sur la question de savoir si les quotas doivent être qualifiés de marchandises ou de capitaux, J. LEFEVERE et F. YAMIN, *EC Trade and Competition Law Issues Raised by the Design of an EC Emission Trading system*, FIELD, June 1999.

(126) 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.

(127) Pour un examen des fluctuations du cours de la tonne de CO₂ au *Chicago Board of Trade* et de ses causes, O. GODARD, *o.c.*, p. 11.

(128) 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 février 2003, art. 10).

Le manquement d'un Etat membre peut engager la responsabilité internationale de la Communauté dans le système de Kyoto. Des mécanismes de contrainte d'ordre communautaire pourraient être envisagés⁽¹²⁹⁾.

28. LA BELGIQUE AU PIED DU MUR

L'accord de Gouvernement du mois de juillet 2003⁽¹³⁰⁾ aborde la question de la bulle belge et l'organisation du marché d'échange de quotas. Celle-ci n'est qu'un des aspects de la mise en œuvre du protocole de Kyoto. La bulle du marché n'est qu'une partie de la bulle belge. Le partage des charges a été un objet de vives discussions au cours de la négociation gouvernementale. Le débat n'est pas clos. L'exécution de la directive est doublement compliquée: les compétences respectives des régions et de l'Etat sont incertaines en droit et les décisions à prendre bien délicates en fait.

S'agissant d'environnement, la compétence des régions est de principe; c'est celle de l'Etat qui est problématique. Les compétences de l'Etat dans l'ordre international en matière de traités mixtes et supranationales ne lui donnent pas de compétence particulière dans l'ordre interne. La preuve en est que la Constitution lui accorde un droit de substitution d'action clairement balisé dans les compétences des entités fédérées pour des raisons tirées des engagements internationaux⁽¹³¹⁾. Dans l'ordre interne, en matière de pollution de l'air, la loi spéciale ne fait aucune restriction à la compétence régionale au profit de l'Etat⁽¹³²⁾. Quels sont alors les justifications des interventions de l'Etat dans la lutte contre le changement climatique?

Au delà de la distribution apparente des compétences en matière d'environnement, le système réserve à l'Etat des moyens d'action importants, rendant la répartition des rôles relative et complexe. L'Etat est compétent en matière de normes de produits. Cette compétence⁽¹³³⁾ est utilisable en matière de changement climatique mais ne concerne pas les mesures qui visent les installations fixes émettrices de GES. Il détient d'importantes compétences en matière d'énergie⁽¹³⁴⁾ mais il est admis, depuis un arrêt de la Cour d'arbitrage du 12 juillet 1995, 57/95⁽¹³⁵⁾, que la compétence en matière d'énergie n'absorbe pas la compétence régionale en matière d'environnement. Il n'a aucune compétence en aménagement du territoire. Les attributions en matière de transports sont partagées. L'Etat est surtout compétent pour tracer le cadre de l'union économique dans laquelle doivent pouvoir circuler les personnes, services, biens et capitaux; l'organisation du marché relèverait donc de ses attributions⁽¹³⁶⁾. Il est également compétent pour tous les grands impôts et peut largement utiliser ceux-ci à des fins matérielles qui ressortissent aux compétences des Régions. En faisant cette dernière observation, nous signalerons que le principe d'intégration de l'environnement dans les autres politiques, essentiel dans les engagements de Rio, a introduit dans le régime des compétences belges une donnée étrangère à son système de répartition exclusive et qui permet à l'Etat de faire de l'environnement en toute matière⁽¹³⁷⁾. Cette construction est opaque et s'expose à de sévères critiques⁽¹³⁸⁾.

En fait, l'enjeu est considérable pour l'économie régionale, chaque région nourrissant ses ambassadeurs au Lambermont de projections extrêmement fines mettant en avant l'impact de tel ou tel critère de répartition de la bulle car il faudra réduire les émissions⁽¹³⁹⁾. Une option linéaire de 7,5 % de réduction sur la base des émissions de chaque région en 1990 est soutenue par la Région wallonne. Cette option défendue dès 2001 par le Gouvernement wallon s'est heurtée depuis février 2001 à l'opposition du Premier Ministre, de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Région flamande⁽¹⁴⁰⁾. Cette dernière qui a bien davantage augmenté sa production globale de GES depuis 1990 préconise l'application de critères qui lui attribuent une partie plus importante de la bulle et réduisent d'autant l'importance des efforts à fournir; elle demande un geste de solidarité sur la bulle contre le maintien du système de financement de la Communauté française ou de la sécurité sociale, par exemple⁽¹⁴¹⁾. Une négociation belgo-belge est en cours.

Des positions avaient déjà été prises officiellement par les régions ou par l'Etat, établissant divers objec-

(129) F. YAMIN et J. LEFEVERE, *o.c.*, pp. 36-37.

(130) <http://www.belgium.be/eportal/application?pageid=content-Page&docId=30760>, pp. 25 et s.

(131) Art. 169 Const. et 16 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

(132) Art. 6, § 1^{er}, II, 1^o.

(133) Exercée avec association des régions, art. 6, §4, 1^o, de la loi spéciale.

(134) G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *o.c.*, *Am.-Env.*, 2001/2, p. 115.

(135) Revenant sur l'enseignement de l'arrêt du 24 mai 1988.

(136) L'Etat fait expressément valoir cette compétence dans les considérants de «l'accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'exécution et le suivi d'un plan national Climat ainsi que l'établissement de rapports, dans le cadre de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et du protocole de Kyoto, conclu à Bruxelles, le 14 novembre 2003 (*Doc. parl. S.*, 2-1432/1, du 20 janvier 2003).

(137) Ce qui a permis de justifier l'adoption de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable http://194.7.188.126/cgi_loi/legislation.pl

(138) Michel PÂQUES, «Fédéralisme et politique intégrée de l'environnement», *o.c.*, 2003, pp. 213 et s.; aussi B. JADOT, «Répartition des compétences entre les Régions et l'autorité fédérale versus politique de l'environnement efficace et cohérente», *Am.-Env.*, livraison spéciale 2000, pp. 30 à 34.

(139) L'inventaire des émissions laisse apparaître qu'en 1999, la Belgique a connu une augmentation de 7 % par rapport à 1990. Cela signifie qu'en 1999, on s'était déjà écarté de 20,3 Mtonnes CO₂ eq de l'objectif de Kyoto (130,5 Mtonnes) (Plan national climat 2008-2012, p. 32).

(140) *Doc. parl. Wall*, 323 (2001-2002)/1, du 6 mars 2002, préc., p. 22.

(141) *Le Soir*, 26 août 2003.

tifs de lutte contre l'effet de serre⁽¹⁴²⁾. La coopération avec les régions relative à l'action en matière de changement climatique a fait l'objet d'un accord, conclu le 14 décembre 2002, qui met en place une structure ad hoc, la «Commission nationale climat», à laquelle est confiée la mission de préparer toutes les décisions importantes⁽¹⁴³⁾. Notons celle de proposer, «au plus tard pour 2005», une répartition de l'objectif national de réduction de 7,5 %, accompagnée d'une proposition définissant les responsabilités en matière de respect des obligations (art. 6, § 2) et celle de «réaliser une étude préparatoire sur la nécessité et le cas échéant sur le contenu d'un accord de coopération distinct en matière de mécanismes flexibles» (art. 6, § 6). C'est en son sein que sera préparé le «Plan national climat» et elle en assurera le suivi (art. 14 et 3).

Dans l'accord de Gouvernement du mois de juillet, la coopération avec les régions est prévue pour aboutir à un «nouvel accord de coopération concernant la répartition des efforts» «avant la fin de l'année 2003». Les mécanismes de flexibilité de Kyoto et de la directive retiennent l'attention. Le Gouvernement fédéral a pris l'engagement de transposer sans tarder «en étroite collaboration avec les régions» «les éléments qui relèvent de ses compétences». Au nombre de ceux-ci sont cités: le «registre national destiné à assurer le suivi des transactions», le système de «vérification». En revanche en ce qui concerne les allocations, l'accord de Gouvernement ne prévoit qu'une «coordination du plan national d'allocation, partant des décisions d'allocation prises par les régions».

On comprend dès lors fort bien que la Belgique ait soutenu la déclaration du Royaume-Uni lors de l'adoption de la directive par le Conseil du 22 juillet dernier.

(142) Voir les considérants de l'accord de coopération du 14 novembre 2002, préc. et notamment:

– Considérant la décision du Conseil des Ministres du 14 juin 2001, au niveau fédéral, portant que la Belgique confirme sa volonté d'exécuter sa décision du 20 juillet 2000 concernant l'approbation du Plan Fédéral de Développement durable 2000-2004 et en particulier le paragraphe 391 relatif à l'engagement de réduire ses émissions de gaz à effet de serre en 2008-2012 par rapport à 1990, comme les autres Etats européens l'exécutent, tel que déterminé par le Burden Sharing, à savoir 7,5 % pour la Belgique et que le Plan National Climat à établir doit comprendre les mesures nécessaires permettant la réalisation de cet objectif de 7,5 % et ce, conformément au Plan Fédéral de Développement durable 2000-2004, paragraphe 49;

– Considérant que le paragraphe 391 du Plan Fédéral de Développement durable 2000-2004 précise que les objectifs à atteindre ne seront pas répartis de façon linéaire entre les groupes et secteurs économiques du pays;

– Considérant le Plan flamand de politique de l'environnement (Plan MINA), lequel stipule qu'il y a lieu de réduire les émissions nettes de gaz à effet de serre et, à long terme, de viser à stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique;

– Considérant le plan d'action de la Région wallonne en matière de changements climatiques, approuvé par le Gouvernement wallon le 19 juillet 2001, visant une réduction de 7,5 % à l'horizon 2008-2012 des émissions de la Région Wallonne par rapport à ses émissions de 1990;

– Considérant que, en raison de la répartition actuelle des compétences, tant l'Etat fédéral que les Régions s'engagent à prendre les mesures nécessaires afin de satisfaire aux exigences du Protocole de Kyoto. A cet effet, il a été décidé lors de la Conférence Interministérielle de l'Environnement élargie du 22 février 2001 portant approbation du procès-verbal du 14 décembre 2000 d'établir un Plan National Climat;

– Considérant les décisions de la Conférence Interministérielle de l'Environnement élargie du 24 juillet 2001, portant approbation du procès-verbal du 22 février 2001 et plus spécifiquement l'accord entre la Région flamande et la Région wallonne, concernant la stabilisation des émissions d'ici 2005 par rapport à 1990 pour chaque Région;

– Considérant la décision du Gouvernement wallon du 18 janvier 2001, confirmée le 22 février 2001 et encore précisée le 19 juillet 2001, de défendre le principe d'une répartition linéaire entre les Régions de l'avant-projet de décret portant assentiment au Protocole de Kyoto, dans le respect de ce principe.

(143) Accord de coopération du 14 novembre 2002, préc.