

Les règles européennes visant à lutter contre le réchauffement climatique

LE RÉCHAUFFEMENT CLIMATIQUE est devenu une préoccupation majeure. Des mesures sont prises pour lutter, en Europe, contre le phénomène, depuis plusieurs années. Elles ont une incidence importante sur les entreprises engagées dans les secteurs visés.

Introduction

Des mesures ont été adoptées, en Europe, dès 2003, pour faire face au réchauffement climatique. Elles sont contenues dans la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté¹, qui a été amendée à plusieurs reprises². En anglais, cet instru-

ment est communément appelé : « Emission Trading Directive »³.

Les mesures se présentent comme une « matrice » juridique, composée de règles et de procédures applicables aux États et aux entreprises. Cette « matrice » doit être appliquée au moyen de « chiffres » qui sont fixés sur la base d'objectifs établis par la Communauté et les États membres.

Ladite « matrice » est analysée dans le présent article. Nous examinons aussi les « chiffres » imposés à la Communauté et à ses États. Enfin, nous étudions les problèmes majeurs suscités par le système.

possibilité de recevoir des « quotas » déterminant la quantité de gaz pouvant être rejetée par l'entreprise dans l'atmosphère durant la période de référence.

L'élément central, dans le système, est le « quota » décerné à l'entreprise. Plusieurs méthodes pouvaient être envisagées pour cet octroi selon qu'on privilégie l'État ou le marché, avec des variations et des combinaisons possibles⁵. Ainsi, dans un cas, on pouvait imaginer une distribution réalisée par une autorité. Différentes possibilités étaient ouvertes, selon qu'on envisageait l'intervention d'une autorité politique ou celle d'une instance technique indépendante. Il fallait aussi déterminer si on voulait directement une répartition au niveau communautaire, dans quel cas il fallait créer une agence européenne. De manière alternative, on pouvait souhaiter une distribution à l'échelon national. Dans ce cas, l'attribution pouvait être réalisée par des instances nationales.

Une autre option consistait à confier aux marchés l'allocation des quotas. Cela pouvait se faire, par exemple, au moyen d'une « mise aux enchères ». Dans ce système, les entreprises évalueraient leurs besoins. Elles achèteraient, quand cela leur convient, les quotas dont elles auraient la nécessité, en fonction du prix pouvant être obtenu sur le marché.

Dans la directive, les institutions communautaires ont sélectionné le système le plus ordinaire : une allocation par des autorités nationales selon des modalités définies, en substance, au niveau communautaire. Cette option commande à l'État de déterminer lui-même les besoins des entreprises (*grandfathering*). À cet effet, il doit prendre en compte les

(1) Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *J.O.U.E.*, 25 octobre 2003, L 275, p. 32, telle que modifiée par la directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, au titre des mécanismes de projet du Protocole de Kyoto, *J.O.U.E.*, 13 novembre 2004, L 338, p. 18, et par la directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *J.O.U.E.*, 13 janvier 2009, L 8, p. 3.

(2) Nous ne pouvons analyser ici l'ensemble des aspects liés à la réglementation. En particulier, le présent article est limité aux aspects communautaires alors que l'approche repose, dans une mesure substantielle, sur des négociations internationales. Sur ces questions, et les autres non traitées, nous renvoyons à d'autres publications. Voy. notamment J. Lefevre, « Greenhouse Gas Emission Allowance Trading in the EU : A Background », *The Yearbook of European Environmental Law*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 142 et s.; M. Pâques, « La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne », *R.T.D.E.*, 2004, pp. 249 et s.; I.-S. Brouhns, « Aspects juridiques du commerce de quotas de CO₂ », *Am.-Env.*, 2006, pp. 9 et s.

Utilisant un mécanisme bien établi, la directive impose aux entreprises l'obtention d'une autorisation lorsqu'elles souhaitent émettre certains gaz dans le cadre de leurs activités économiques⁴. L'autorisation donne droit à la

(3) La directive couvre deux périodes. La première visait les années 2005 à 2007 alors que la seconde court depuis le 1^{er} janvier 2008 et se finira le 31 décembre 2012. Aux termes de l'article 11 de la directive, les périodes ultérieures (post 2012) dureront également cinq ans. L'intérêt pratique de la première période s'étant fortement réduit depuis son échéance, nous limiterons notre analyse à la seconde période. En toute hypothèse, 2005-2007 était davantage une période d'apprentissage pour les entreprises et les pouvoirs publics. Il fallait se familiariser avec le nouveau mécanisme en vue d'être fin prêt pour la période 2008-2012.

(4) Voy. la directive, article 4. La demande d'autorisation doit satisfaire aux conditions énoncées à l'article 5.

(5) F. Yamin et J. Lefevre, *Final Report - Designing Options for Implementing an Emissions Trading Regime for Greenhouse Gases in the EC*, 22 février 2000 (http://ec.europa.eu/environment/docum/pdf/0087_field.pdf).

émissions historiques réalisées par ces entreprises, et les efforts de réduction qui doivent être effectués au niveau national. Il peut aussi s'inspirer de valeurs de référence obtenues, par exemple, au terme d'une comparaison avec les pratiques dans d'autres États ou en prenant pour étalon les meilleures technologies possibles (*benchmarking*).

2

Gaz et activités

Le champ d'application des mesures est déterminé par l'identification des gaz visés par l'effort de réduction — et par celle des activités donnant lieu à l'application de la limitation.

Tous les gaz ne sont pas visés. Seuls ceux qui contribuent à l'« effet de serre » sont concernés. Ces gaz sont énumérés, de manière limitative, dans la directive⁶. Toutefois, en pratique, seul le dioxyde de carbone (le CO₂) fait, pour l'heure, l'objet du système communautaire d'échange de quotas⁷.

Par ailleurs, les mesures ne sont pas applicables à toutes les entreprises émettant de tels gaz. Certaines activités sont visées par la directive tandis que d'autres échappent à celle-ci. Les activités visées sont définies en utilisant deux critères : le secteur dont elles relèvent ou le type d'installation qui est utilisé⁸.

Secteur. — Dans certains cas, l'appartenance à un secteur déterminé, ou la nature de l'activité qui est exercée, suffisent à déclencher l'application des obligations. C'est le cas pour les cokeries et pour les raffineries de pétrole, à l'intérieur du secteur de l'énergie. Ces activités impliquent l'usage d'installations qui, par nature, doivent être soumises à la réglementation en raison de leur effet de serre. Il s'agit, en substance, des activités exercées dans les secteurs suivants :

- la production d'énergie;
- la production et la transformation des métaux ferreux;
- l'industrie minière;
- la fabrication de pâte à papier;
- la fabrication de papier et de carton;

(6) Voy. l'annexe II de la directive. Dioxyde de carbone, méthane, protoxyde d'azote, hydrocarbures fluorés, hydrocarbures perfluorés, hydrocarbures de soufre.

(7) L'article 2 de la directive limite le champ d'application aux seules « émissions résultant des activités indiquées à l'annexe I »; or, cette annexe n'évoque que les émissions de CO₂ de ces activités. Notons toutefois que, comme l'y autorise l'article 24 de la directive, les Pays-Bas ont décidé d'intégrer les émissions de protoxyde d'azote (N₂O) liées à la production d'acide nitrique (HNO₃) (voy. la décision de la Commission du 17 décembre 2008 concernant l'inclusion unilatérale par les Pays-Bas de gaz à effet de serre et d'activités supplémentaires dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission en application de l'article 24 de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2009/73/CE de la Commission du 17 décembre 2008 modifiant la décision 2007/589/CE afin d'ajouter des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de protoxyde d'azote, J.O.U.E., 28 janvier 2009, L 24, p. 18).

(8) Voy. l'annexe I de la directive.

— le secteur aérien⁹.

Installations. — Dans les autres hypothèses, il faut tenir compte, pour chaque secteur visé, des installations utilisées. Les deux critères doivent alors être combinés : participation à un secteur et existence d'installations déterminées. S'agissant de ces installations, c'est tantôt le recours à un type d'installation qui est visé, indépendamment de la capacité de celle-ci; dans d'autres cas, l'installation n'est incluse que si elle dépasse une certaine capacité. Précisons que la directive utilise le terme neutre d'« installation » : si dans la majorité des cas, ce seront des entreprises qui y seront soumises, il n'en demeure pas moins que certaines installations appartenant aux pouvoirs publics (et sans lien avec le monde de l'industrie) sont également incluses dans le champ de la directive. Il en va ainsi de l'Université de Liège dont l'unité de production d'énergie est recensée dans le plan national belge d'allocation (voy. *infra*).

3

Entreprises

A. — Début d'année

Analysons à présent la situation à partir des entreprises. Comment les choses se présentent-elles pour elles? En début d'année, les entreprises concernées par la réglementation reçoivent des quotas destinés à couvrir une quantité déterminée d'émissions durant l'année en cours. Aux termes de la directive, 90% au moins des quotas doivent être attribués à titre gratuit¹⁰. Cela signifie que, pour cette partie de leurs émissions, les entreprises ne doivent rien déboursier. En revanche, 10% peuvent faire l'objet d'une « vente ». Il appartient aux autorités nationales de déterminer, à l'intérieur du « minimum » établi par la réglementation communautaire, quelle part doit effectivement faire l'objet d'une acquisition, ce « minimum » pouvant faire l'objet d'une évolution au cours des amendements que subira la directive à l'avenir.

Pourquoi requérir un paiement des entreprises? Le but du système, on l'a vu, est de réduire les émissions. Une première étape consiste à « stabiliser » celles-ci. Elle est atteinte par l'octroi de quotas, ces derniers devant couvrir en principe les émissions à réaliser durant l'année en cours. Mais ces émissions ne doivent pas seulement être stabilisées. Elles doivent aussi être réduites, conformément aux objectifs assignés à la Communauté et aux États membres. Dans la réglementation, on espère que, avec l'imposition d'un paiement pour une partie à déterminer à l'intérieur d'un maximum de 10%, les entreprises seront incitées à diminuer cette partie marginale de leur émission.

La méthode sera-t-elle couronnée de succès? Cela devra être soumis à évaluation, les modalités devant être modifiées si elles ne fournis-

sent pas les résultats escomptés. Une méthode possible consisterait alors à contraindre les entreprises à limiter leurs émissions à concurrence d'un objectif déterminé¹¹.

B. — En cours d'année

Les quotas accordés aux entreprises sont « épuisés » à mesure que sont émises les quantités correspondantes. Plusieurs situations peuvent se présenter.

1) L'entreprise dégage des émissions inférieures aux quotas qui lui ont été attribués. Cela signifie que, sur le plan de pollution, cette entreprise a émis moins de gaz à effet de serre que ce qui avait été anticipé. Une forme de progrès a ainsi été réalisé dans l'objectif de réduire cette pollution. Dans l'esprit sous-tendant le système, cette entreprise mérite d'être encouragée. À cet effet, elle est autorisée à vendre, sur le marché, les quotas qu'elle a « épargnés ».

2) Les quotas attribués par l'autorité ne sont pas suffisants pour couvrir les émissions réalisées par l'entreprise. Des quotas supplémentaires doivent alors être obtenus. Ils peuvent être acquis sur un « marché » où se rencontrent l'offre et la demande de quotas. Ce marché est alimenté par les quotas apportés par des entreprises qui n'ont pas émis autant que ce qu'elle pouvait. Ces quotas sont proposés à des entreprises qui dépassent, au contraire, leurs quotas autorisés. L'importance respective de l'offre et de la demande détermine le prix auquel les quotas peuvent être acquis.

3) Les émissions réalisées par les entreprises correspondent exactement à l'autorisation qu'elle avait reçue. Aucun quota supplémentaire ne doit faire l'objet d'une acquisition et aucun quota attribué à l'entreprise ne peut faire l'objet d'une cession.

C. — En fin d'année

À la fin de l'année¹², les émissions réalisées sont comptabilisées. Ces émissions doivent correspondre, pour chaque entreprise, à une quantité inférieure ou égale aux quotas attribués. Une amende est imposée aux entreprises qui ne peuvent justifier d'une correspondance entre leurs émissions et leurs autorisations (quotas) : 100 EUR par tonne non couverte. Le paiement de l'amende n'éteint pas l'obligation de trouver des quotas pour les émissions non couvertes.

(11) À l'avenir, les quotas devraient être davantage mis aux enchères. En effet, lors du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008, les chefs d'État et de gouvernements ont distingué deux hypothèses. D'un côté, pour les secteurs qui ne risquent pas des « fuites de carbone », la part de quotas mise aux enchères devrait être de 20% en 2013, 70% en 2020 et 100% en 2027 (pour le secteur électrique, le taux de 100% pourrait être atteint dès 2013). D'un autre côté, les secteurs (ou sous-secteurs) qui seraient exposés significativement à un tel risque devraient recevoir 100% de quotas à titre gratuit couvrant leurs besoins calculés selon le *benchmark* des meilleures technologies disponibles. Une « fuite de carbone » vise l'hypothèse où une entreprise serait tentée, en vue de préserver sa compétitivité, de délocaliser ses installations vers d'autres régions du monde afin de ne plus supporter les coûts directs et indirects induits par la mise en œuvre de la directive (Conseil européen, « Energy/Climate Change - Elements of the Final Compromise », 12 décembre 2008, pp. 2 et 3).

(12) Au plus tard le 30 avril. Voy. article 13.

(9) Ce dernier secteur (aviation) a été inclus par la directive modificatrice 2008/101/CE. Les mesures y sont applicables à partir du 1^{er} janvier 2012.

(10) Voy. la directive, article 10.

Cette recherche doit être terminée, avec succès, au plus tard, le 30 avril de l'année suivante¹³.

Dans la réglementation communautaire, on appelle « restitution » l'opération par laquelle les entreprises démontrent que leurs émissions sont dûment couvertes par des quotas régulièrement acquis. On dit que, lorsqu'elles apportent cette démonstration, les entreprises « restituent » leurs quotas à l'autorité. Cette restitution implique que les entreprises renoncent à utiliser encore les quotas qui leur avaient été attribués et qu'elles ont épuisés. Ces quotas quittent ainsi leur patrimoine et retournent à l'autorité, qui les annule¹⁴.

4

Mise en œuvre

Nous avons étudié quelques règles et procédures constituant « la matrice » mise en place dans la réglementation communautaire pour lutter contre l'effet de serre. Il faut insérer dans cette « matrice » les « chiffres » qui permettront de déterminer les efforts à réaliser par chacun.

A. — Étape 1 - Effort communautaire

Le premier chiffre est celui des efforts qui ont été assignés conjointement à la Communauté et à ses États membres. Celle-ci est considérée, sur le plan international, comme un ensemble, en ce qui concerne la lutte contre l'effet de serre. L'objectif qui lui a été assigné dans ce cadre¹⁵, et qu'elle a accepté, est de réduire de 8% la quantité de gaz émise sur le territoire commun¹⁶.

(13) Autre sanction : le nom de l'entreprise contrevenante est rendu public. Article 16, 2.

(14) Après leur restitution et leur annulation, lesdits quotas, qui concernaient des émissions à réaliser au cours de l'année écoulée, ne peuvent plus être utilisés en tant que tels. En revanche, les quotas non utilisés peuvent être « reportés » pour un usage au cours de la période suivante. Cette opération doit être effectuée par l'État qui les avait émis. Par cette opération, les quotas sont « annulés » en ce qui concerne leur utilisation pendant la période écoulée et ils sont remplacés par des quotas valables pour la nouvelle période. Article 13, 2-3.

(15) Voy. décision 2002/358/CE du Conseil du 25 avril 2002 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, *J.O.C.E.*, 15 mai 2002, L 130, p. 1. En Belgique, ce protocole fut ratifié par les Régions et par l'État fédéral : voy. notamment la loi du 26 septembre 2001 portant assentiment au Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, et les annexes A et B, faits à Kyoto le 11 décembre 1997, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43698.

(16) Dans la doctrine, voy. entre autres Y. Petit (sous la dir.), *Le Protocole de Kyoto : mise en œuvre et implications*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2002; M. Pallemmaerts, « La Communauté européenne comme partie contractante au Protocole de Kyoto », *Am.-Env.*, 2003, numéro spécial, p. 16; W. T. Douma, L. Massai et M. Montini (éd.), *The Kyoto Protocol and Beyond - Legal and Policy Challenges of Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

B. — Étape 2 - Effort national

Comment cette charge est-elle répartie entre les États membres? L'allocation fait l'objet d'un deuxième chiffre, qui fixe l'effort à accomplir par chaque État dans la Communauté. La répartition a fait l'objet d'une décision prise en Conseil des ministres. L'objectif assigné à chaque État dépend du niveau de pollution existant sur son territoire et de la mesure dans laquelle cette pollution peut être réduite. Ainsi, il a été convenu, dans cette décision¹⁷, que la Belgique devrait diminuer ses émissions de 7,5%. L'objectif assigné au Luxembourg est de 28%. Celui de la France, de ... 0%¹⁸.

C. — Étape 3 - Effort à réaliser par chaque entreprise

Enfin, il faut déterminer, à l'intérieur de chaque État, comment l'effort national va être partagé entre les entreprises visées par la réglementation. Des balises sont fixées au niveau communautaire, puisque les gaz concernés et les installations visées y sont identifiés. Mais il faut encore préciser qui devra faire quoi, à l'intérieur du groupe formé par les entreprises produisant ces gaz et disposant des installations visées.

Pour chaque période, les États membres doivent élaborer un « Plan national d'allocation » (P.N.A.). Dans ce plan, ils précisent le nombre de quotas qu'ils ont l'intention d'allouer. Ils identifient aussi la méthode qu'ils utiliseront pour assigner ces quotas aux entreprises concernées.¹⁹

D. — Les P.N.A. français et belge

La France avait notifié une première épure de son P.N.A. à la Commission européenne le 29 décembre 2006²⁰. Ce P.N.A. fut accepté par la Commission moyennant certaines modifications²¹. À la suite de cette décision, un nouveau P.N.A. fut adopté le 20 avril 2007²². Celui-ci octroie 129,69 millions de tonnes de CO₂ (MtCO₂) aux installations existantes et alloue 2,74 MtCO₂ à la réserve destinée aux nouveaux entrants (soit un total de 132,43 MtCO₂/an contre 156,5 MtCO₂/an durant la période 2005-2007). La détermination des quotas par

(17) Douzième considérant et annexe II de la décision 2002/358/CE. Voy. également la décision 2006/944/CE de la Commission du 14 décembre 2006 établissant les quantités respectives d'émissions attribuées à la Communauté européenne et à chacun de ses États membres relevant du Protocole de Kyoto conformément à la décision 2002/358/CE, *J.O.U.E.*, 16 décembre 2006, L 358, p. 87.

(18) Dans ces trois cas, par rapport aux niveaux constatés en 1990.

(19) Voy. la directive, articles 9 et s. Voy. aussi l'annexe III.

(20) En droit français, la transposition de la directive 2003/87/CE est réalisée par l'ordonnance n° 2004-330, du 15 avril 2004, portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (*J.O.R.F.*, 17 avril 2004, p. 7089), laquelle a notamment introduit les articles L 229-5 à L 229-19 du Code de l'environnement.

(21) Décision de la Commission du 26 mars 2007 concernant le plan national d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifié par la France conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil.

installation s'opère en deux étapes : dans un premier temps, des enveloppes ont été définies pour chacun des secteurs d'activités, et dans un second temps, les quotas ont été répartis, dans chaque secteur d'activité, entre les installations au prorata de leurs émissions historiques. Quant aux nouveaux entrants, la méthode d'allocation des quotas ne pouvant, par définition, reposer sur des émissions historiques, les autorités françaises ont décidé de l'asseoir sur des *benchmarks* (les émissions spécifiques des installations les plus performantes de même type au sein d'un secteur ou les émissions spécifiques correspondant aux meilleures technologies disponibles). Enfin, le P.N.A. évoque la possibilité que la France inclue certaines activités de la chimie émettant du protoxyde d'azote (N₂O) dans le champ de la directive, conformément à l'article 24 de celle-ci. Cependant, à ce jour, cette inclusion n'a pas encore eu lieu.

En Belgique, l'établissement du P.N.A. est quelque peu plus compliqué²³. En effet, eu égard à la répartition des compétences entre les Régions et l'État fédéral, le P.N.A. apparaît comme une juxtaposition de trois plans d'allocation régionaux (flamand, wallon et bruxellois) auxquels se rajoute une partie fédérale reprenant la liste des installations visées et les allocations de quotas accordées à chacune d'elles²⁴. Un premier projet de P.N.A. fut soumis à la Commission le 29 septembre 2006. Celle-ci l'approuva sous réserve de certaines modifications (notamment une réduction de la quantité totale de quotas à allouer de 4,8 MtCO₂/an)²⁵. Le problème c'est que la Belgique (et singulièrement la Région wallonne) dut faire face à un imprévu surgi après cette décision de la Commission : le groupe ArcelorMittal décida, en effet, de rouvrir le haut-fourneau 6 et de prolonger la durée de vie du haut-fourneau B (tous deux situés à Liège). Il a donc fallu trouver un accord entre les Régions et l'État fédéral d'une part, pour se conformer aux exigences imposées par la Commission dans sa décision du 16 janvier 2007 (avec comme pierre d'achoppement, la dimi-

(22) Disponible sur le site : http://www.effet-de-serre.gouv.fr/le_pnaq.

(23) La directive a été transposée en droit belge par différents instruments : décret wallon du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto, *M.B.*, 2 décembre 2004, p. 80700, tel que modifié par le décret wallon du 22 juin 2006, *M.B.*, 12 juillet 2006, p. 35018; arrêté du gouvernement flamand du 7 décembre 2007 relatif à l'échange de quotas de gaz à effet de serre, *M.B.*, 27 décembre 2007, p. 65499; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 31 janvier 2008 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto, *M.B.*, 12 février 2008, p. 9161; arrêté royal du 21 avril 2007 transposant la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil en ce qui concerne les installations de secours et de sécurité des centrales nucléaires, *M.B.*, 9 mai 2007, p. 25259.

(24) Sur le partage des compétences entre l'État fédéral et les Régions, voy. D. Misonne, « La directive 2003/87/CE relative au marché d'émission et sa transposition en droit belge - Analyse préliminaire sous le prisme de la répartition des compétences », F. Maes (éd.), *Verhandelbare emissierechten als klimaatbeleidsinstrument*, Bruges, la Charte, 2004, pp. 101-114.

(25) Décision de la Commission du 16 janvier 2007 concernant le plan national d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifié par la Belgique conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil.

nution des allocations de quotas) et d'autre part, pour satisfaire autant que faire se peut les besoins d'ArcelorMittal (soit 20 millions de quotas pour la période 2008-2012). Finalement, un accord fut conclu le 1^{er} février 2008 en comité de concertation²⁶ et un nouveau P.N.A. fut notifié à la Commission le 28 février 2008. Cette dernière version prévoit une allocation totale de 264,7 MtCO₂ pour les entreprises existantes et de 27,76 MtCO₂ pour les nouveaux entrants durant la période 2008-2012.

5

Contrôle

Un tel système ne peut fonctionner sans contrôle. Il faut vérifier que les quotas sont attribués et utilisés de manière régulière. Comme souvent en droit communautaire, plusieurs acteurs sont impliqués dans les activités à surveiller. Tous doivent être soumis à contrôle pour que le système fonctionne de manière satisfaisante.

A. — Contrôle portant sur les États

Premier type d'acteur : les États membres. Aux termes de la réglementation, ces derniers doivent mettre en œuvre les objectifs assignés au niveau communautaire en respectant, dans cette tâche, les modalités qui y sont spécifiées.

La mise en œuvre est soumise à des contraintes procédurales établies au niveau communautaire. Ces contraintes sont identiques à celles que l'on trouve dans d'autres réglementations adoptées par des institutions communautaires dans des secteurs spécifiques. En application de ces contraintes, les décisions nationales répartissant les objectifs entre les firmes et les procédures qui conduisent à ces décisions doivent être : objectives, transparentes, non discriminatoires, transparentes et publiques²⁷.

Par ailleurs, le plan élaboré par les États membres doit être présenté à un contrôle à effectuer par la Commission avant d'être mis en œuvre sur le territoire national²⁸. Il peut être rejeté, en tout ou en partie, par cette institution, s'il est incompatible avec les exigences procédurales rappelées ci-dessus ou encore si la procédure utilisée au niveau national ne correspond pas à la réglementation établie au niveau communautaire²⁹.

Plusieurs situations peuvent se présenter. Soit le projet est approuvé par la Commission. Il peut alors être mis en œuvre. Soit le projet est rejeté en tout ou en partie. La mise en œuvre du plan

est alors gelée tant qu'une version modifiée n'est pas acceptée par la Commission³⁰. Soit la Commission s'abstient de réagir au cours du délai. Le projet est alors considéré comme étant accepté³¹.

B. — Contrôle portant sur les entreprises

Deuxième type d'acteur à intervenir dans le système et donc à pouvoir ou devoir faire l'objet d'une surveillance : les entreprises. Ces dernières constituent le point d'aboutissement des règles composant le système. Ce sont elles, en effet, qui doivent limiter voire diminuer leurs émissions. Mais cet effort ne peut être accompli sans une coopération substantielle de leur part. Les entreprises constituent ainsi, également, le socle de la réglementation : c'est sur la base des informations fournies par elles que reposent les attributions de quota³².

C'est dire que ces informations doivent être surveillées de manière tout particulière. La surveillance est exercée à plusieurs égards.

Tout d'abord, les entreprises doivent déclarer les émissions de gaz à effet de serre résultant de leurs activités au cours de l'année écoulée (l'ensemble de ces émissions devant être couvertes par un nombre de quotas correspondant)³³. Cette déclaration fait l'objet d'une vérification. En cas de fraude ou de négligence, l'entreprise contrevenante ne peut plus transférer de quotas tant qu'une nouvelle déclaration de sa part n'aura pas été jugée satisfaisante³⁴.

Ensuite, les transactions passées par les entreprises et portant sur des quotas doivent aussi faire l'objet d'un contrôle. Les entreprises ne peuvent simplement vendre et acheter des quotas sans contrôle. Un mécanisme de « traçabilité » est mis en place. Aux termes de la directive, chaque État doit tenir un registre³⁵. Dans ce registre sont consignés les « mouvements » affectant les quotas : attribution, détention, transfert, annulation. Le registre comporte, pour les entreprises, des comptes séparés. Ainsi, les transferts peuvent donner lieu à une inscription dans deux comptes : celui de la firme « cédante » et celui de l'entreprise « cessionnaire »³⁶.

(30) Voy. la directive, article 9, 3, *in fine*.

(31) T.P.I.C.E., 23 novembre 2005, aff. T-178/05, *Royaume-Uni c. Commission*, Rec., p. II-4807, point 55.

(32) Il n'est pas possible, pour l'autorité, de mesurer par lui-même la pollution émise par chaque entreprise établie sur son territoire. Les mesures analysées dans le présent article reposent donc, dans une mesure substantielle, sur les informations fournies par les destinataires de la norme. Dans ce cadre, la directive prévoit que les autorisations d'émettre des gaz à « effet de serre » sont limitées aux entreprises jugées capables de surveiller et déclarer les émissions. Voy. article 6, § 1^{er}.

(33) Voy. *infra*.

(34) Voy. la directive, articles 14 et 15, mais également les annexes IV et V de la directive ainsi que la décision 2007/589/CE de la Commission du 18 juillet 2007 définissant des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O.U.E., 31 août 2007, L 229, p. 1 (telle que modifiée par la décision 2009/73/CE de la Commission du 17 décembre 2008 modifiant la décision 2007/589/CE afin d'ajouter des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de protoxyde d'azote, J.O.U.E., 28 janvier 2009, L 24, p. 18).

(35) Aux termes de la directive, le registre doit avoir la forme d'une base de données électronique normalisée.

Sur ces transactions, un contrôle supplémentaire est effectué par la Commission européenne. Celle-ci désigne un administrateur chargé de tenir, au niveau communautaire, un journal indépendant des transactions. Dans ce journal sont consignés les quotas délivrés, transférés et annulés. L'administrateur contrôle chaque transaction enregistrée. Le contrôle doit permettre de vérifier que la délivrance, le transfert et l'annulation de quotas ne sont entachés d'aucune irrégularité. En cas d'irrégularité, le quota concerné est « bloqué ». Il ne peut faire l'objet d'une transaction tant que le problème n'a pas été résolu³⁷.

6

Commerce communautaire, commerce international

Nous avons vu que la réglementation visant à limiter l'« effet de serre » a un caractère communautaire, bien que les objectifs aient été définis au niveau international. Elle résulte de l'action entreprise par les institutions de la Communauté. Dans son contenu, elle crée par ailleurs un « marché » communautaire des quotas. Ceux-ci sont octroyés par les États mais, sitôt distribués, prennent le statut d'une sorte de « valeur mobilière » pouvant faire l'objet d'une circulation entre les États membres. Aux termes de la réglementation³⁸, les États doivent s'assurer que les quotas puissent être transférés entre « personnes » dans la Communauté³⁹. Lorsqu'elles satisfont à leurs obligations à la fin d'une année, les entreprises peuvent restituer, à l'État où elles sont établies, des quotas émis par un autre État membre, qu'elles ont acquis sur le « marché » auprès d'entreprises relevant d'autres États membres. En vertu de la directive, les États ont l'obligation de reconnaître les quotas délivrés dans un autre État de la Communauté⁴⁰.

Le marché européen ainsi constitué ne fonctionne pas « en vase clos ». Nous l'avons vu : les textes applicables ont une origine communautaire. Mais les négociations visant à réduire

(26) Ph. Lawson, « Voie dégagée pour le HF6 », *La Libre*, 2 février 2008 (www.lalibre.be).

(27) Communication de la Commission sur les orientations visant à aider les États membres à mettre en œuvre les critères qui figurent à l'annexe III de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, et les conditions dans lesquelles il y a force majeure, COM(2003) 830 final.

(28) Au moins dix-huit mois avant le début de la période visée par le P.N.A.

(29) Voy. la directive, article 10 de la directive.

(36) Voy. la directive, article 19. Règlement (CE) n° 2216/2004 de la Commission du 21 décembre 2004 concernant un système de registres normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et à la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O.U.E., 29 décembre 2004, L 386, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 916/2007 de la Commission du 31 juillet 2007 modifiant le règlement (CE) n° 2216/2004 concernant un système de registres normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et à la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O.U.E., 1^{er} août 2007, L 200, p. 5.

(37) Voy. la directive, article 20.

(38) Voy. la directive, article 12.

(39) Le terme « personne » est utilisé par le législateur communautaire délibérément afin de viser toute personne physique ou morale (article 3, g). La seule condition posée par la directive est l'ouverture d'un compte dans un registre national afin que l'État membre puisse y enregistrer les quotas que cette personne détient et leurs mouvements (article 19, 2). Il en découle qu'une personne qui n'exerce aucune activité entrant dans le champ de la directive peut elle aussi détenir et faire commerce de quotas de gaz à effet de serre.

(40) Voy. la directive, article 12, 2.

l'effet de serre se déroulent principalement sur le plan international. Nous n'avons pas la place ici pour analyser la genèse internationale des règles, ou pour comparer les règles européennes à celles qui découlent des instruments internationaux. Il faut toutefois être conscient qu'une approche strictement européenne ne peut être imaginée dans le domaine.

Cela a des répercussions sur le contenu des règles qui sont édictées au niveau communautaire — en particulier sur le « marché » des quotas. La directive organise l'articulation des quotas européens avec des mécanismes dits de « flexibilité » mis en place sous l'empire du Protocole de Kyoto⁴¹. Ceux-ci prévoient aussi la remise de droits d'émission aux entreprises dans le but de gérer les émissions polluantes. En application de la directive, ces droits d'émission peuvent également être utilisés dans la Communauté. Cette possibilité est toutefois limitée. Le recours auxdits droits est prévu à concurrence seulement d'un certain pourcentage à définir par chaque État dans son P.N.A. Les droits d'émission internationaux acceptés⁴² doivent être convertis en quotas, dans cette limite, par les États auxquels ils sont adressés⁴³.

7

Problèmes majeurs

A. — Coût

On s'en doute : le système ainsi présenté suscite des difficultés, qui peuvent déboucher sur des procédures judiciaires. Il affecte en effet de manière substantielle l'exercice des activités par les entreprises, particulièrement dans le secteur secondaire (industries). Le problème central est le coût imposé par le système aux entreprises visées :

- les entreprises doivent gérer, sur le plan administratif, un système relativement complexe (déclarations d'émissions, soumission au contrôle, etc.);
- le cas échéant, elles doivent limiter les activités donnant lieu à émission et renoncer aux ressources qui découlent de cette activité;
- elles doivent investir dans des technologies leur permettant de diminuer leurs émissions liées aux processus industriels ou à leurs besoins en énergie;
- elles peuvent être amenées à dépenser des sommes parfois importantes en vue d'obtenir des quotas lorsque cela est nécessaire pour assurer la continuation de leur activité⁴⁴.

(41) Sur ces mécanismes de flexibilité, voy. notamment D. Freestone et C. Streck, *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms : Making Kyoto Work*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

(42) Nous visons les unités de réduction des émissions (U.R.E.) et les réductions d'émissions certifiées (R.E.C.). Ces deux types de droits d'émission sont organisés par le Protocole de Kyoto et sont la contrepartie de projets réalisés dans un pays tiers en vue de réduire l'émission de gaz à effet de serre.

(43) Voy. la directive, article 11bis.

(44) Pour rappel, les entreprises peuvent être contraintes d'acheter des quotas « originels » à concurrence de 10%

Ce coût ne présente pas seulement un problème en soi. Il peut susciter une difficulté sur le plan « comparatif », ou « relatif ». Son importance réelle dépend, pour chaque entreprise, de la mesure dans laquelle il doit être également supporté par ses concurrents. Tout coût relatif supérieur subi par une entreprise entraîne, pour elle, une distorsion dans la concurrence.

B. — Distorsion à l'intérieur d'un même État membre

Cette distorsion peut se manifester, en premier lieu, entre firmes relevant d'un même État membre. Ce serait le cas si l'effort réparti par un État entre ses entreprises visées n'est pas identique ou comparable. Une telle possibilité semble toutefois peu plausible. On l'a vu, des « contraintes procédurales » sont imposées aux États membres par la réglementation communautaire. Ces contraintes imposent notamment à ceux-ci de traiter d'une manière similaire les firmes se trouvant dans des situations comparables (principe de non-discrimination). De manière générale, les quotas doivent être attribués par les États sur la base de critères, et dans le cadre de procédures qui doivent présenter les caractères suivants : objectivité, transparence, absence de discrimination, publicité. Le respect de ces contraintes est vérifié par la Commission avant la mise en œuvre du plan.

Pour autant que de besoin, un recours peut être engagé, devant une instance nationale, contre l'acte national répartissant les quotas, si l'entreprise estime que ces critères ou ces procédures prévues dans la réglementation communautaire n'ont pas été respectés. Conformément aux principes généraux de droit communautaire, un tel recours serait organisé par le droit national. Celui-ci ne pourrait toutefois rendre inopérantes les procédures fondées sur le droit communautaire. Par ailleurs, de telles procédures ne pourraient pas être traitées moins favorablement que celles fondées sur le droit national. Enfin, l'affaire pourrait donner lieu à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice CE, laquelle pourrait alors

de la quantité qui leur est attribuée. Par ailleurs, les quotas supplémentaires dont ont éventuellement besoin les entreprises pour couvrir un accroissement d'activité doivent faire l'objet d'une acquisition à des conditions qui ne sont pas toujours favorables. Le prix dépend de la rencontre entre l'offre et la demande de quotas au moment où intervient l'entreprise sur le marché. Au-delà du coût inhérent au quota, l'acquisition au meilleur moment implique la mise en place, au sein de l'entreprise, d'une équipe chargée de gérer ces transactions. Il faut aussi mettre en œuvre un plan visant à limiter les émissions et réaliser les investissements requis pour atteindre cet objectif.



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

www.larcier.com

examiner la compatibilité de la situation nationale avec le droit communautaire⁴⁵.

Au sujet de ce type de contentieux, il faut indiquer que plusieurs recours ont été introduits directement devant le T.P.I.C.E. par des entreprises s'estimant lésées par la répartition des quotas au niveau national. Ces recours n'étaient pas formés contre le plan national; un acte interne ne peut donner lieu à annulation par une juridiction communautaire. Ils étaient dirigés contre la décision par laquelle la Commission approuvait le plan national qui lui avait été communiqué dans le cadre de la vérification préalable à la mise en œuvre.

Ces recours ont été déclarés irrecevables⁴⁶. Bien qu'ils fussent appelés « décisions », les actes communautaires attaqués avaient une nature générale. Ils approuvaient en effet un acte concernant des entreprises considérées comme une catégorie, l'ensemble des entreprises concernées par le plan⁴⁷.

Par ailleurs, ces actes communautaires ne concernaient pas les requérants de manière directe. Selon les juridictions communautaires, l'effet indésirable produit sur eux découlait du plan national. Pour l'établissement de ce plan, l'autorité nationale dispose d'une marge d'appréciation qui fait obstacle à l'existence d'un effet direct de l'acte communautaire d'approbation⁴⁸.

(45) De manière alternative, une plainte peut être déposée auprès de la Commission européenne. Celle-ci déciderait de la suite à lui réserver. Si elle l'estime opportun, un recours en manquement peut être introduit contre l'État concerné.

(46) Pour le T.P.I.C.E., voy. les ordonnances suivantes. T.P.I.C.E., 25 juin 2007, aff. T-130/06, *Drax Power, Rec.*, p. II-67; T.P.I.C.E., 11 septembre 2007, aff. T-28/07, *Fels-Werke, Rec.*, p. II-98; T.P.I.C.E., 1^{er} octobre 2007, T-27/07, *US Steel Koice, Rec.*, p. II-128; T.P.I.C.E., 6 novembre 2007, aff. T-13/07, *Cemex UK Cement, Rec.*, p. II-146; T.P.I.C.E., 23 septembre 2008, aff. T-195/07, *Lafarge Cement; T.P.I.C.E.*, 23 septembre 2008, aff. T-196/07, *Dyckerhoff Polska; T.P.I.C.E.*, 23 septembre 2008, aff. T-197/07, *Grupa Ośarów; T.P.I.C.E.*, 23 septembre 2008, aff. T-198/07, *Cementownia « Warta »; T.P.I.C.E.*, 23 septembre 2008, aff. T-199/07, *Cementownia « Odra »; T.P.I.C.E.*, 23 septembre 2008, aff. T-203/07, *Cemex Polska; T.P.I.C.E.*, 20 octobre 2008, aff. T-208/07, *BOT Elektrownia Belchatów; T.P.I.C.E.*, 27 octobre 2008, aff. T-241/07, *Buzzi Unicem*. Ces dernières ordonnances ne sont pas encore publiées au Recueil.

(47) S'agissant de la condition d'affectation individuelle, la Cour de justice a réitéré, dans l'affaire *Saint-Gobain Glass Deutschland*, sa jurisprudence selon laquelle « la possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité des sujets de droits auxquels s'applique une mesure n'implique nullement que ces sujets doivent être considérés comme étant concernés individuellement par cette mesure, tant il est constant que, comme en l'espèce, cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte en cause ». À ce titre, elle a estimé que « la circonstance que le P.N.A. présenté par l'État membre à la Commission doit contenir une liste des installations couvertes par le système de quotas d'échanges ainsi que l'indication des quotas que cet État envisage d'allouer auxdites installations ne permet pas de considérer que, par la décision litigieuse, la Commission s'est prononcée sur des demandes individuelles ». Et elle en a conclu que la décision litigieuse revêtait une portée générale et qu'en conséquence, elle n'affectait pas individuellement la requérante (C.J.C.E., 8 avril 2008, aff. C-503/07 P, *Saint-Gobain Glass Deutschland*, non encore publié au Recueil, points 70, 73 et 77).

(48) Concernant l'affectation non directe des requérants, voy. C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-6/08 P, *US Steel Koice c. Commission* : « il incombe à chaque État membre, et non à la Commission, de décider de la quantité totale de quotas qu'il allouera pour la période en cause, de lancer le processus d'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation ainsi que de statuer sur l'allocation desdits quotas. Une telle décision est prise

Ainsi faisaient défaut les deux conditions requises (affectation directe et individuelle), dans le chef de personnes morales ou naturelles, pour former un recours en annulation devant une juridiction communautaire (article 230 CE).

C. — Firmes relevant d'autres États membres

Une distorsion peut aussi découler d'une répartition inégale des efforts entre États membres. Pour atteindre l'objectif qui leur est assigné, les États devant consentir un effort accru devraient faire porter par leurs entreprises le poids de cet accroissement, entreprises qui en sortiraient défavorisées.

Dans une telle situation, l'acte adopté par le Conseil et portant répartition de la charge pouvait faire l'objet d'un recours en annulation de la part de l'État membre concerné. Il pouvait aussi être attaqué, dans le même cadre, par les institutions européennes habilitées à cet effet, particulièrement la Commission, qui a pour tâche, entre autres, d'assurer l'application du Traité CE. Toutefois, aucun recours en annulation ne fut introduit par les institutions communautaires ou par les États membres contre ce partage.

L'acte du Conseil peut-il être mis en cause par des entreprises? À nouveau, une telle mise en cause ne saurait être portée directement, par les entreprises, devant une juridiction communautaire. Les requérants ne seraient pas individuellement concernés, au sens requis par le Traité CE pour l'introduction d'un recours en annulation. Par contre, ils pourraient mettre en cause la validité de l'acte national de mise en œuvre et, durant la procédure nationale, mettre en cause la validité de l'acte communautaire, ouvrant ainsi la voie à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

On l'a vu, la Belgique doit réduire de 7,5% ses émissions de gaz à effet de serre, le Luxembourg doit les diminuer de 28% et l'objectif français est, quant à lui, fixé à 0%. Est-ce à dire que les États membres qui se voient assigner des réductions plus importantes auront plus de difficultés à respecter leurs obligations? Selon Arnaud Brohé, ce n'est pas le cas car la difficulté pour limiter ses émissions varie du contexte : « un pays qui était encore équipé de nombreuses centrales électriques en charbon en 1990 [...] et qui depuis s'est équipé de centrales électriques plus performantes de type T.G.V. [...] a déjà réalisé une partie importante de son objectif de réduction. De même, un pays qui connaît une tertiarisation accrue depuis 1990 (le Luxembourg par exemple) aura plus de facilités qu'un pays qui a connu une industrialisation

après 1990 »⁴⁹. On le voit, il ne serait pas facile de mettre en cause l'équité dans la répartition des efforts car ce partage de la charge tient compte, entre autres, des efforts entrepris par chacun des États membres depuis 1990.

D. — Firmes relevant d'États tiers

Une difficulté analogue peut surgir si l'effort imposé à une entreprise communautaire diffère de celui imposé à une firme concurrente relevant d'un État tiers. Dans un tel cas, le droit communautaire ne serait d'aucun secours. Il faudrait se tourner vers les règles internationales.

E. — Activités concurrentes

Le problème le plus épineux consiste à déterminer si le législateur européen a circonscrit à bon escient le cercle des entreprises auxquelles s'applique sa réglementation. Car enfin il s'agit de limiter la pollution par effet de serre. Or, certaines entreprises provoquent une telle pollution sans être pourtant soumises aux obligations.

Première nuance : certaines activités sont exclues de la directive, mais cela ne signifie pas qu'elles échappent entièrement au système ou à des mesures analogues. Comme l'explique Michel Pâques, « les rejets des autres secteurs viennent s'ajouter à ceux des entreprises visées par la directive [...] Dans ces autres secteurs, un effort de réduction doit parallèlement être accompli. Les opérateurs des autres secteurs et les particuliers seront incités ou contraints à réduire leurs émissions par des voies de police et d'incitations plus classiques que celle du système des quotas. Il faut, en tout cas, que la somme des rejets de la bulle du marché et des rejets des autres secteurs ne dépasse pas la quantité maximale imposée à l'État par le Protocole de Kyoto et l'accord communautaire de partage de l'effort »⁵⁰.

Seconde nuance : la question a été abordée par la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité formé par le Conseil d'État de France à la suite d'un recours introduit devant lui par des entreprises mettant en cause la légalité des mesures nationales d'application⁵¹.

Ces entreprises faisaient valoir que, étant soumises à la réglementation, elles subissaient des coûts auxquels échappent d'autres firmes qui contribuent pourtant à l'effet de serre et qui fabriquent des produits à certains égards concurrents⁵².

Pour la Cour, le principe d'égalité de traitement est violé lorsque des sujets de droit sont traités différemment alors que la similarité de leurs situations réclamerait un traitement analogue ou, corollaire, lorsque les traitements sont identiques en dépit de situations distinctes.

La juridiction observe que, en l'espèce, les situations sont comparables : « les différentes sources d'émission de gaz à effet de serre relevant d'une activité économique se trouvent, en principe, dans une situation comparable, étant donné que toute émission de gaz à effet de serre est susceptible de contribuer à une perturbation dangereuse du système climatique et que tout secteur de l'économie émetteur de tels gaz peut contribuer au fonctionnement du système d'échange de quotas »⁵³.

Selon la jurisprudence, une différence de traitement peut être justifiée si elle est poursuivie un objectif légitime et si elle respecte le principe de proportionnalité.

Pour la Cour, l'exclusion des installations chimiques est justifiée vu le nombre élevé d'installations qui y sont utilisées : 34.000 contre environ 10.000 visées par la directive tous secteurs confondus. Si ce secteur avait été intégré, la gestion et la charge administrative du système d'échange de quotas auraient pu être perturbées. Ainsi, le législateur communautaire a pu considérer que les avantages de l'exclusion l'emportaient sur les inconvénients, à tout le moins au début de la mise en œuvre du système⁵⁴.

La Cour accepte aussi l'exclusion des installations relevant du secteur de l'aluminium. Dans ce secteur, les émissions directes de CO₂ s'élevaient⁵⁵ à 16,2 millions contre 174,8 millions de tonnes dans la sidérurgie. « [E]u égard à son intention de délimiter le champ d'application de la directive 2003/87 de manière à ne pas perturber la faisabilité administrative du système d'échange de quotas dans sa phase initiale par l'implication d'un trop grand nombre de participants, le législateur communautaire n'était pas tenu de recourir au seul moyen consistant à introduire, pour cha-

Constatant que le droit français n'avait fait que reprendre le corpus de la directive, le Conseil d'État interrogea la Cour de justice sur la validité de cette législation communautaire.

Les sociétés Arcelor et Cockerill ont également saisi la Cour constitutionnelle belge d'un recours similaire à l'encontre du décret wallon transposant la directive 2003/87/CE (C.A., 7 juin 2006, n° 92/2006, M.B., 23 juin 2006, p. 32159). Après avoir refusé d'interroger la Cour de justice (renvoi préjudiciel) au terme d'un raisonnement peu convaincant alors que les requérants mettaient en cause la validité de la directive, la Cour belge déclare que le choix de ne pas viser l'ensemble des installations émettant du CO₂ n'est pas discriminatoire dès lors que cette différence de traitement est proportionnée et repose sur un critère objectif. Voy. M. Pâques, « L'émission trading à la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 181-190.

(53) Point 34.

(54) La complexité du système est telle que, selon la Cour, c'est à bon droit que le législateur a choisi d'inclure au fur et à mesure les secteurs d'activités émettant des gaz à effet de serre. Cette approche par étapes permet d'appréhender ces mécanismes, de développer les pratiques administratives adéquates et d'enranger l'expérience nécessaire pour assurer un fonctionnement optimal. L'inclusion du secteur chimique est donc provisoire. Son inclusion est d'ailleurs proposée par la Commission pour le 1^{er} janvier 2013. Du reste, une installation du secteur chimique peut, malgré tout, être soumise à l'émission trading si elle dispose d'une unité de combustion d'une puissance calorifique supérieure à 20 MW. L'exclusion temporaire a donc été validée pour les seuls procédés industriels du secteur chimique.

(55) En 1990.

sur la base de son P.N.A. [...] [La] république slovaque, destinataire de la décision litigieuse, aurait pu décider de procéder à des allocations individuelles de quotas à des niveaux différents de ceux exposés dans son P.N.A. puisque, ainsi que l'a expressément mentionné la Commission dans la décision litigieuse, l'État membre destinataire était uniquement tenu de respecter les plafonds globaux d'émission et les méthodes d'allocation contenues dans son P.N.A. tel qu'accepté par la Commission. [...] Il s'ensuit que les États membres, dans le cadre du régime établi par la directive, disposent d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'ils procèdent aux allocations individuelles de quotas d'émission conformément à l'article 11 de la directive. [...] [La] décision litigieuse n'était pas de nature à affecter directement la situation juridique de la requérante ». Points 63, 68 et 69.

(49) A. Brohé, *Les marchés de quotas de CO₂*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 39.

(50) M. Pâques, « L'émission trading à la Cour d'arbitrage », *Am.-Env.*, 2006/4, p. 181.

(51) C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine*.

(52) La société Arcelor avait saisi le Conseil d'État français en vue de l'annulation d'un décret fixant les modalités d'application dans l'Hexagone du système institué par la directive. Selon ce groupe, l'annulation devait être prononcée en raison de la violation du principe d'égalité dès lors que les sidérurgistes sont soumis à l'émission trading alors que les industries du secteur chimique et de l'aluminium (qui émettent également du CO₂) ne le sont pas. Arcelor mettait également en avant que certains produits de ces deux derniers secteurs étaient partiellement substituables avec les siens et que, de ce fait, ces trois secteurs se trouvaient en situation de concurrence.

que secteur de l'économie émetteur de CO₂, un seuil d'émission afin de réaliser l'objectif poursuivi. Ainsi, [...] il pouvait, lors de l'introduction de ce système, valablement délimiter le champ d'application de celle-ci par une approche sectorielle sans excéder les limites du pouvoir d'appréciation dont il disposait »⁵⁶.

Ainsi, « la différence du niveau d'émissions directes entre les deux secteurs concernés est à ce point substantielle que le traitement différencié de ces secteurs peut être, lors de la première phase de mise en œuvre du système d'échange de quotas et vu l'approche progressive sur laquelle la directive [...] est fondée, considéré comme justifié »⁵⁷.

C

Conclusion

Comme indiqué au début du présent article, nous n'avons pas la place requise pour analyser tous les problèmes soulevés par l'instrument communautaire mettant en place des quotas, ainsi que leur échange, pour lutter contre le réchauffement climatique.

Par ailleurs, le système est en pleine évolution. Nous l'avons évoqué, le transport aérien entre dans le champ d'application de la directive dès 2012. Plus généralement, une directive modificatrice est en cours d'adoption. Enfin, la communauté internationale se réunira à Copenhague en décembre 2009 pour fixer l'effort à consentir par chacun après 2012. L'Union européenne se veut à la pointe de la lutte contre le réchauffement climatique. Elle a annoncé son intention de réduire ses émissions de 20%, voire de 30%, à l'horizon 2020.

Toutefois, l'objectif d'une réduction de 30% des gaz à effet de serre est subordonné à la condition que « les autres pays développés s'engagent à atteindre des réductions [...] comparables et que les pays en développement plus avancés sur le plan économique apportent une contribution adaptée à leurs responsabilités et à leurs capacités respectives »⁵⁸... Notez, enfin, que dans son quatrième rapport d'évaluation (2007), le G.I.E.C. recommande pour sa part une diminution de 25 à 40% des émissions des pays industrialisés d'ici 2020, et de 80 à 95% d'ici 2050⁵⁹.

Cédric CHENEVIERE^(*)
et Paul NIHOUL^(**)

(56) Point 71.

(57) Point 72. Notons ici aussi que cette exclusion est provisoire car le secteur de l'aluminium devrait être soumis à la directive dès le 1^{er} janvier 2013.

(58) Conclusions de la présidence, Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008, 12 décembre 2008, point 22. Voy. également « Vers un accord global en matière de changement climatique à Copenhague », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 28 janvier 2009, COM(2009) 39 final.

(59) Rapport cité à la page 4 de la communication COM(2009)39 final, précitée.

(*) Assistant à l'Université de Louvain, Faculté de droit et Institut d'études européennes.

(**) Professeur à l'Université de Louvain, Faculté de droit et à l'université de Groningen, Pays-Bas.

Le règlement 764/2008 : vers une consolidation de la reconnaissance mutuelle des produits

DÉPUIS LE 13 MAI 2009, un État membre de l'Union européenne qui entend refuser l'accès de son marché à un produit légalement commercialisé dans un autre État membre doit, au préalable, démontrer les raisons objectives et détaillées de son refus et donner à l'entreprise qui commercialise le produit la possibilité de faire valoir son point de vue.

1

Introduction

Le règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE (« le règlement 764/2008 »)¹² a pour objectif de « renforcer le fonctionnement du marché intérieur en améliorant la libre circulation des marchandises »³ grâce à une mise en œuvre plus effective du principe de reconnaissance mutuelle.

Ce principe s'applique aux produits qui ne font pas l'objet d'une harmonisation communautaire et aux aspects non harmonisés des produits qui font l'objet d'une harmonisation partielle⁴. Environ 28% des échanges intracommunautaires sont concernés⁵.

Des obstacles à la libre circulation des marchandises (garantie par l'article 28 CE), peuvent être créés lorsque les États membres appliquent

aux produits légalement commercialisés dans d'autres États membres des règles prévoyant des caractéristiques techniques auxquelles doivent répondre ces produits (désignation, forme, taille, poids, composition, présentation, étiquetage, emballage, etc.). Ces règles techniques, même indistinctement applicables à tous les produits, entravent les échanges entre États membres.

Le concept de reconnaissance mutuelle, corollaire des articles 28 et 30 CE, a été développé au départ de l'arrêt *Cassis de Dijon*⁶. Il prévoit qu'un État membre ne peut interdire la vente sur son territoire de produits qui sont légalement commercialisés dans un autre État membre, même si ces produits sont fabriqués selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits par une réglementation nationale. Un État membre ne peut déroger à cette règle que si les restrictions adoptées sont justifiées par des motifs énoncés à l'article 30 CE⁷ ou par des raisons impérieuses d'intérêt public reconnues par la Cour de justice⁸, et si elles sont proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent⁹. Le principe de reconnaissance mutuelle s'applique non seulement aux caractéristiques des produits, mais également aux procédures d'évaluation de conformité et aux attestations délivrées par des organismes nationaux à propos des produits¹⁰.

(1) J.O. L 218 du 13 août 2008, p. 21. Ce règlement fait partie d'un ensemble de mesures communautaires destinées à améliorer le fonctionnement du marché intérieur des marchandises (voy. http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/internal_market_package/index_fr.htm). Il est applicable depuis le 13 mai 2009.

(2) La décision n° 3052/95/CE du 13 décembre 1995 établissant une procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté (J.O. L 321 du 30 décembre 1995) était peu appliquée, les États membres rechignant à informer spontanément la Commission de l'existence de mesures susceptibles d'être ultérieurement remises en cause par celle-ci au regard du droit communautaire.

(3) Article 1^{er}, § 1^{er}.

(4) Lorsqu'un secteur a fait l'objet d'une harmonisation communautaire, les États membres ne peuvent plus adopter de réglementations plus restrictives que celles prévues par la législation harmonisée, notamment créer des entraves à la libre circulation des marchandises non permises par la législation harmonisée (jurisprudence constante, entre autres, récemment, C.J.C.E., 4 décembre 2008, *Commission c. Pays-Bas*, C-249/07, point 41, disponible sur <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr>).

(5) Résumé analytique de l'évaluation d'impact accompagnant la proposition qui deviendra le règlement 764/2008, SEC(2007) 113 du 14 février 2007, p. 2 (http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/internal_market_package/index_fr.htm).

(6) C.J.C.E., 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, dit « *Cassis de Dijon* », 120/78, *Rec.*, p. 649 (récemment : C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, point 34, disponible sur <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr>). Voy. les documents communautaires consacrés à la reconnaissance mutuelle disponibles sur http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/mutrec_fr.htm.

(7) Exigences liées à la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des hommes, des animaux et des plantes, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et la protection de la propriété industrielle et commerciale.

(8) Protection des consommateurs ou de l'environnement, loyauté des transactions commerciales, efficacité des contrôles fiscaux, maintien du pluralisme de la presse, activités culturelles, amélioration des conditions de travail, etc.

(9) Ces principes sont rappelés aux considérants 3 et 23 du règlement.

(10) Voy. notamment premier rapport de la Commission sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle, SEC(1999) 1106, 13 juillet 1999, § 4.2.1 (http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/mutrec_fr.htm); L. Gonzalez Vaquer, « Marché intérieur : renforcer l'efficacité de la reconnaissance mutuelle »,