



LES « PERMIS D'ÉMISSION NÉGOCIABLES » ET LA TITRISATION DES AUTORISATIONS ADMINISTRATIVES

SYLVIE GIULJ *

L'on devrait savoir d'ici la fin de l'été, et plus précisément pour la tenue de la dixième conférence des Parties « COP 10 » à la convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique appelée à se réunir, à Johannesburg, fin août, si le Protocole de Kyoto, qui instaure à l'échelon international un mécanisme de « permis d'émission négociables » pour six gaz à effet de serre, est appelé à entrer en vigueur : l'entrée en vigueur suppose le dépôt des instruments de ratification par 55 pays, responsables de 55 % des émissions de ces gaz.

7

SUR LE PLAN INTERNATIONAL

Certes, les États-Unis, qui avait pourtant inspiré ce mécanisme, le plus original de ce protocole, se sont mis en marge du processus depuis la conférence de Bonn de juillet 2001, suivi dans la pratique par l'Australie, mais leur défection est compensée par le ralliement d'États hostiles à l'origine (en particulier le Japon vient de procéder à sa ratification), et par le maintien de la position favorable du Canada malgré les pressions américaines.

Après le dépôt, récent des instruments de ratification par l'Union européenne (et individuellement, et simultanément, par l'ensemble de ses États membres), les premiers signataires sont dans l'attente de la position du gouvernement russe, qui a confirmé récemment sa position favorable et dispose de l'autorisation nécessaire de la Douma, mais qui a demandé, pour se prononcer définitivement sur l'opportunité de ratifier, un bilan coûts/avantages de la ratification après le retrait américain (qui a un impact non négligeable à la baisse sur les valorisations escomptées des « permis ») à une commission constituée à cet effet.

* Docteur en droit, Avocat - Huglo -Lepage et associés.



La ratification par la Russie aurait pour effet d'assurer la ratification effective du protocole, et donc sa mise en œuvre entre les pays signataires.

Par ailleurs, si les États-Unis développent, depuis février 2002, une action domestique propre (« le plan Bush », qui porte sur d'autres gaz, reposant, du moins en théorie, sur une base plus volontariste), le mécanisme de la régulation des gaz à effet de serre n'en est pas moins enclenché, y compris en Amérique du Nord par le développement spontané de marchés, reposant sur des initiatives privées de réduction, tel celui de Chicago.

De son côté, la Commission européenne avance dans le processus de mise en œuvre précoce du Protocole (2005 au lieu de 2008) et autonome (que le Protocole soit ou non adopté), et prévoit la mise en place d'une réglementation dès 2003, ce qui permettrait aux États membres d'adopter les réglementations nationales en 2004. Ainsi a-t-elle adopté, le 23 octobre dernier, une proposition de directive-cadre « relative à la mise en place d'un système d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre », et procédé à des appels d'offres pour la réalisation d'études portant sur les mécanismes dits « d'application conjointe » et de « développement propre » (mécanismes permettant aux États industrialisés de transférer entre eux des permis d'émettre, ou d'obtenir des permis supplémentaires en raison des transferts de technologie opérés au profit des pays en voie de développement), ainsi que les méthodes de mesure et de contrôle des émissions. Le Conseil devrait, vraisemblablement quant à lui, se prononcer sur la première proposition de directive en juillet, à défaut en septembre. Le Parlement, qui aura également à se prononcer, est, de son côté, également saisi. Rappelons que la seule adoption de cette directive aura pour effet automatique de rendre obligatoire, entre les États membres de la Communauté, l'« accord de répartition de la charge », signé entre eux dès le 16 juin 1998, qui prévoit une réduction, d'ici 2008 2012 des émissions pour l'Union de 8 % (0 % pour la France) contre un objectif de 5 % dans le Protocole, par rapport aux émissions constatées en 1990.

Par ailleurs, l'autorité, qui dans le cadre du Protocole, sera appelée à se prononcer sur l'éligibilité des projets aux mécanismes de développement propre a, d'ores et déjà, été constituée (l'un de ses membres est un français), et procède actuellement à la définition de son mode de fonctionnement. Rappelons à ce propos que le Protocole prévoit que les efforts précoces, c'est-à-dire engagés dès 1990, seront pris en considération dans le cadre de ce mécanisme.

De son côté, le monde associatif s'efforce de proposer des mécanismes de mesure et de contrôle.

Ainsi, un Protocole, élaboré sous l'égide conjointe du World Ressour-



ces Institute (qui rassemble des associations, des entreprises, des investisseurs et des universités), et du World Business Council for Sustainable Development (qui regroupe 150 grandes sociétés émanant de 30 pays, et de 20 secteurs industriels) a-t-il été publié fin 2001 ; il a pour objet de proposer des normes, inspirées des « meilleures pratiques », pour l'établissement de compte-rendus et de rapports relatifs aux émissions de 6 gaz à effet de serre visés par le Protocole de Kyoto.

EPE a de son côté établi des normes en ce qui concerne les méthodes de calcul des émissions (pour mémoire, les émissions de la plupart des gaz, le dioxyde de carbone en particulier, ne se constate pas ; elles se calculent en fonction des données relatives au processus de production ou au mode de transport).

Ces protocoles, qui comportent des recommandations, visent à harmoniser les procédures et méthodes, de façon à améliorer le suivi des émissions, et les comparaisons, entre exercices, et entre sociétés. Ils ont déjà inspiré, pour la France, la circulaire (non publiée) du 30 avril 2002 relative au contrôle des déclarations de gaz à effet de serre par les inspecteurs des installations classées.

LES MÉCANISMES ENVISAGÉS PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

La réglementation européenne des émissions de gaz à effet de serre, qui devrait concerner dans un premier temps les seules émissions de dioxyde de carbone « CO₂ », devrait reposer sur deux documents : un permis proprement dit (« autorisation ») au titre de toute installation émettrice, à détenir par l'« opérateur » (c'est-à-dire « toute personne qui, en droit ou en fait, exploite ou contrôle l'exploitation d'une installation », et dont l'activité relève de celles visées par la directive IPPC de 1996, moins les activités chimiques, mais plus la production d'énergie, soit environ 4 à 6 000 installations), et des allocations individualisées et chiffrées, « quotas d'émission », qui seront délivrées pour chaque « période d'engagement » (2005-2008 pour la première). Ces « quotas » seront alloués par installation, étant précisé toutefois qu'ils pourront être regroupés (et gérés) par entreprise, groupe d'entreprises, voire secteur sur simple déclaration.

La délivrance de ces « autorisations » sera fonction de la capacité de l'opérateur à mesurer et contrôler les émissions, de procéder à des compte-rendus périodiques et à restituer les allocations individualisées et chiffrées (« quotas ») qui seront délivrées par l'autorité nationale compétente, pour partie en considération des émissions de 1990, les « nouveaux entrants » étant appelés à bénéficier de prélèvements sur la réserve nationale. Elle devrait être gratuite pour la première phase (2005

2008), au-delà, la question du prix des quotas (au niveau européen) n'est pas tranchée.

Observons que la directive aura pour effet, en modifiant la directive IPCC, de substituer des autorisations d'émettre et des « quotas » à des limitations d'émission proprement dites pour les gaz concernés.

Ce sont ces « quotas » qui pourront faire l'objet de transferts dans le cadre d'un marché : selon les dispositions de la proposition de directive, qui renvoie, en l'état, largement aux États membres pour la définition précise des mécanismes de marché, il semble toutefois que l'accès au marché pourra être largement ouvert : aux émetteurs mais également à toutes personnes morales, publiques ou privées ; en dehors des émetteurs et des États, aux courtiers, ONG, associations, et même aux particuliers.

Les « quotas » feront, dès leur allocation, l'objet d'un enregistrement sur des registres, qui seront placés sous le contrôle d'une autorité, communautaire ou nationale selon le cas, en charge de leur surveillance, étant précisé que ces registres devront être « informatisés » et « reliés entre eux ». Leur transfert, restitution, report seront donc mentionnés sur ces registres, mais seulement après contrôle par l'autorité compétente, de la cessibilité des quotas : il semble donc, compte tenu de ce contrôle préalable à l'enregistrement, que les quotas ne sont conçus que comme des droits personnels nominatifs susceptibles de cession seulement de gré à gré. L'autorité, qui ne devrait pas avoir la qualité d'une entreprise de marché, ne devrait pas intervenir dans le règlement du prix, ni, au demeurant, assurer la bonne fin de l'opération : il s'agit d'une autorité de contrôle, non d'une entreprise de marché.

En conséquence, les quotas, qui ne pourront être mis techniquement au porteur, seront plus « cessibles » que « négociables » à proprement parler.

NATURE JURIDIQUE DES PERMIS

Compte tenu de leurs caractéristiques propres, les « quotas » ne devraient pas constituer des « titres » ou « instruments financiers » à proprement parler, même s'ils ont vocation à circuler, en partie, comme des valeurs mobilières. Ils ne représenteront pas, en effet, un droit sur le capital de l'émetteur, ni même une créance représentative d'un droit sur le patrimoine de l'émetteur ; ils ne représenteront pas plus des contrats représentatifs ni d'une quantité de matière première ni d'une quantité d'énergie (*commodities*) : de toute évidence, le dioxyde de carbone n'est pas le sous-jacent du titre.

Après analyse, les quotas relèvent indubitablement de la catégorie des autorisations administratives, dès lors que, constituant l'instrument d'une politique environnementale reposant sur la technique du contin-



gementement, ils sont nécessairement délivrés par l'État (ou l'autorité déléguée à cet effet), dans le cadre de sa mission de service public (préservation de la qualité de l'air et de la santé publique) et de l'exercice de ses pouvoirs régaliens. Le caractère régalien de l'acte d'attribution résulte indubitablement de plusieurs éléments : le droit de délivrer les quotas (y compris, le cas échéant, par le recours à la mise aux enchères publiques, qui ne constitue qu'une modalité de délivrance), mais également le droit de réduire ou de suspendre, sans indemnisation, pour un motif tiré de l'intérêt public, les quotas en cours de période d'engagement (cf en ce sens, pour l'analyse de la nature juridique des quotas laitiers, l'arrêt d'Hérouville -1994- du Conseil d'État et les conclusions du Commissaire du Gouvernement Henri Savoy). Au-delà, la non-utilisation, et la venue à péremption d'un quota non utilisé, ne devrait pas donner lieu à indemnisation par l'autorité émettrice.

Certes, des tiers peuvent intervenir dans la détention des « quotas » : établissements financiers, associations, particuliers, autres collectivités que l'autorité émettrice, mais la détention par ces personnes ne peut a priori constituer qu'un portage », la détention finale ne pouvant intéresser qu'un émetteur, pour une restitution en regard d'émissions polluantes.

La réglementation américaine, mise en place depuis 1994 un marché analogue du dioxyde de soufre, dans le cadre du Clean Air Act, ne dit pas autre chose : elle repose sur des « autorisations limitées d'émettre du dioxyde de soufre... » ; de telles autorisations, explicitement, « ne constituent pas un droit de propriété », « rien ne [pouvant] limiter l'État dans son pouvoir de suspension ou de réduction des autorisations accordées ».

En conséquence et en pratique, le marché des « quotas », mettra en œuvre une forme originale de transfert d'autorisations administratives, reposant sur leur « titrisation », c'est-à-dire la création d'un document matérialisant cette autorisation, et susceptible de circuler, du moins de gré à gré, comme un titre financier, mais sans pour autant procéder de cette nature. Quant au « prix » versé pour leur obtention, quelle que soit la personne à laquelle il aura été, ou dont il aura été perçu, (sauf en ce qui concerne les intermédiaires, n'ayant pas la qualité d'opérateur initial ou final) il relèvera indubitablement de la catégorie des « pénalités » (pour émission polluante), ou des « primes » (pour effort de réduction desdites émissions supérieur à l'effort imparti).

Ainsi, le recours au marché pour la gestion de la réglementation des émissions de gaz à effet de serre aboutit à une forme originale d'intervention de l'État, qui admet la vénalité des autorisations et leur cessibilité (il y avait déjà quelques exemples de dérogation à ces principes), et fait intervenir des tiers pour la gestion des pénalités et primes.

En ce qui concerne leur introduction en France, un texte législatif devrait donc être nécessaire.