

Interconnexion entre les Systèmes d'échange de quotas d'émission : Utopie ou réalité ?

Une analyse juridique des défis de l'interconnexion

Mémoire réalisé par
Raphaël Boucquey

Promoteur(s)
Francis Haumont

Année académique 2015-2016
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Merci à tous ceux qui, de près ou de loin ont contribué à la réalisation de ce mémoire.

Merci au Professeur Haumont, mais également à Ivan-Serge Brouhns et Maja-Alexandra Dittel pour leurs conseils avisés.

Merci à mes amis, pour le soutien mutuel tout au long de la rédaction.

Merci enfin à ma famille, pour les longues heures passées à relire ce mémoire.

TABLE DES MATIÈRES

Table des matières	IV
Introduction générale.....	1
Chapitre I.- Les systèmes d'échange de quotas d'émission : mise en contexte et justification .	3
Introduction	3
Section 1.- Réchauffement climatique : action européenne et internationale	3
Section 2.- Emergence des SEQE	6
Conclusion.....	8
Chapitre II – Fonctionnement du SEQE de l'UE.....	9
Introduction	9
Section 1.- Etendue et Secteurs couverts	10
Section 2.- Détermination du plafond	14
Section 3.- Allocation des quotas	16
Section 4.- Statut des crédits carbonees	21
Section 5.- Registre, journal de transaction et marché secondaire.....	23
Section 6.- Surveillance, Déclaration et Vérification : le cycle de conformité du SEQE	25
Section 7.- Sanctions	27
Section 8.- Evolutions récentes	28
Conclusions	30
Chapitre III- Interconnexion des SEQE	32
Introduction	32
Section 1.- Compatibilité, volonté politique et négociations : les étapes préalables à la mise en place d'un lien	33
Section 2.- Forme du lien	44
Section 3.- Le maintien et la pérennisation du lien	54
Conclusion.....	59
Conclusions générales	60

Annexes	62
Bibliographie	64
Législation	64
Jurisprudence	66
Doctrine	66
Sites internet	69

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les changements climatiques sont aujourd'hui une réalité indéniable, et leur cause anthropique est jugée « extrêmement probable ». Ils sont en effet causés par l'augmentation de la concentration des gaz à effet de serre dans l'atmosphère, résultat de l'activité humaine¹. Afin de limiter ces changements, il est scientifiquement établi qu'il est nécessaire de réduire drastiquement les émissions de gaz à effet de serre. En outre, les effets des changements climatiques se feront sentir pendant des siècles et un retour à la situation telle qu'elle se présentait antérieurement paraît impossible².

Si cette réalité scientifique ne fait désormais plus de doute, il faut toutefois constater que la communauté internationale a tardé à adopter des mesures qui permettront avec certitude de limiter les conséquences de ces changements.

La structure juridique globale de la lutte contre les changements climatiques est articulée autour de différents instruments internationaux adoptés au sein des Nations Unies, que nous détaillerons au cours du présent travail. En outre, l'Union Européenne (UE) a acquis au fil du temps une compétence en ce qui concerne la lutte contre les changements climatiques, inscrite au sein de sa compétence environnementale³.

Parmi les solutions proposées, les systèmes d'échange de quotas d'émission (SEQE) font office de mesures économiquement efficaces et au rendement environnemental certain. Cependant, les résultats à court terme laissent à désirer, et le mécanisme de marché lui-même a fait l'objet de nombreuses critiques.

L'objet du présent mémoire est de dresser le portrait de ces SEQE pour mieux en comprendre les critiques. Nous analyserons également la théorie envisageant le renversement du paradigme actuel en matière de prise de décision concernant les changements climatiques à l'échelon international. En effet, une thèse de plus en plus largement défendue est celle d'une approche *bottom-up* de la problématique. Cela se traduit particulièrement en matière de SEQE : nous envisagerons dans quelle mesure et par quels moyens il est possible que des

¹ GIEC, *Changements climatiques 2013, Les éléments scientifiques, Résumé à l'intention des décideurs*, 2013, p. 13 et Annexe A au présent mémoire.

² GIEC, *op.cit.*, p. 17-25.

³ Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, article 4 et Titre XX.

Etats joignent leurs efforts en matière de changements climatiques par l'adoption d'un système conjoint, ou à tout le moins connecté, d'échange de quotas.

Pour ce faire, nous développerons d'abord une mise en contexte générale des SEQE, à la fois dans le cadre de la lutte internationale et européenne contre les changements climatiques, mais également dans leur justification économique, qui ne peut être passée sous silence si l'on veut adopter une approche intégrée et pertinente (Chapitre I). Ensuite, nous mènerons une analyse approfondie du cadre législatif applicable au système d'échange de quotas d'émissions de l'Union Européenne (SEQE de l'UE) : il s'agit en effet d'un instrument complexe qui est caractéristique de la difficulté de mettre en place un SEQE étendu et performant (Chapitre II). Enfin, avant de conclure, nous détaillerons les possibilités d'interconnexion des SEQE au niveau international, en adoptant une approche déductive et en nous appuyant sur les caractéristiques propres du SEQE de l'UE (Chapitre III).

CHAPITRE I.- LES SYSTÈMES D'ÉCHANGE DE QUOTAS D'ÉMISSION : MISE EN CONTEXTE ET JUSTIFICATION

INTRODUCTION

Les SEQE ont été préconisés par de nombreux économistes car ils étaient considérés comme une manière efficace de réduire les émissions de gaz à effet de serre : plutôt que d'imposer des mesures réglementaires intransigeantes, il est laissé au marché la liberté de déterminer la manière la moins coûteuse (et donc la plus efficace) de réduire les émissions à un niveau déterminé à l'avance.

Concrètement, la théorie économique du recours au marché pour limiter les dégâts causés à l'environnement remonte aux années 1960, avec les travaux d'économistes tels que Pigou, Coase, puis plus spécifiquement Dales et Montgomery.

Pour comprendre les tenants et aboutissants de la mise en œuvre effective de ce mécanisme de marché, il est nécessaire de commencer par analyser le cadre international et européen de lutte contre les changements climatiques (Section 1). Nous analyserons ensuite plus précisément l'émergence des SEQE (Section 2).

SECTION 1.- RÉCHAUFFEMENT CLIMATIQUE : ACTION EUROPÉENNE ET INTERNATIONALE

§1.- La convention cadre de Nations Unies sur le changement climatique et le protocole de Kyoto

La problématique du réchauffement climatique fut placée sur l'échiquier politique mondial à partir du premier sommet de la Terre, à Rio en 1992, organisé par les Nations Unies. C'est à cette occasion que fut adoptée la Convention Cadre des Nations Unies sur le Changement Climatique (CCNUCC)⁴.

Cet instrument est un premier pas dans la prise en compte de l'influence humaine sur le climat⁵. Bien qu'elle ne contienne aucune obligation⁶, la Convention sert encore aujourd'hui de cadre de référence, à la fois lorsqu'il s'agit de détailler les principes généraux de droit de

⁴ E. WOERDMAN *et al.*, *Essential EU Climate Law*, Cheltenham, Edgar Elgar, 2015, p. 14.

⁵ Le préambule de la convention indique ainsi : « Préoccupées par le fait que l'activité humaine a augmenté sensiblement les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère, que cette augmentation renforce l'effet de serre naturel et qu'il en résultera en moyenne un réchauffement supplémentaire de la surface terrestre et de l'atmosphère, ce dont risquent de souffrir les écosystèmes naturels et l'humanité, »

⁶ E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

l'environnement⁷, mais également en ce qui concerne le cadre institutionnel de décision concernant les changements climatiques⁸.

Une source fondamentale en droit international concernant la matière qui nous intéresse est le protocole de Kyoto à la CCNUCC, signé le 11 décembre 1997 dans le cadre de la COP3 à Kyoto et entré en vigueur le 16 février 2005. Celui-ci contient des objectifs quantitatifs de réduction d'émission⁹ juridiquement contraignants pour certains pays industrialisés (pays de l'Annexe B). Les obligations des Etats parties sont établies en fonction de périodes, la première allant de 2008 à 2012 et la seconde de 2013 à 2020 : l'objectif étant d'atteindre une réduction déterminée par rapport aux niveaux d'émission de 1990.

Afin d'atteindre leurs objectifs de réduction, ces Etats disposent de mécanismes dits de flexibilité qui leur permettent, par des investissements dans des projets déterminés par les Nations Unies, de recevoir des unités comptabilisables comme réduction d'émission dans le cadre de leurs obligations du protocole de Kyoto¹⁰. Ces investissements peuvent avoir lieu tant dans des pays industrialisés (on parle alors de mise en œuvre commune - MOC) que dans des pays en voie de développement (on parle alors de mécanisme de développement propre - MDP)¹¹.

En outre, les parties sont autorisées à revendre les émissions qu'elles n'auraient pas produites en vertu des objectifs du Protocole, ainsi que les unités issues des mécanismes de flexibilité¹².

Le protocole est donc une première illustration de l'échange d'émissions, bien qu'opérant à un niveau international entre Etats soumis à des obligations.

§2.- L'accord de Paris et le futur de la lutte contre les changements climatiques

L'échange de quotas en particulier, et, de manière plus générale, le recours aux instruments de marché à portée internationale sont indirectement visés dans le récent accord de Paris, adopté dans le cadre de la COP21 (mais, bien logiquement, non encore entré en vigueur)¹³. L'interprétation qui suit est néanmoins conditionnelle des diverses réunions qui se tiendront

⁷ Article 3 de la CCNUCC.

⁸ Article 7 de la CCNUCC: c'est de la convention que sont issues les fameuses COP (*Conferences of the Parties*), sur lesquelles l'attention médiatique est concentrée à intervalles réguliers.

⁹ Article 3 du Protocole de Kyoto.

¹⁰ E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 20.

¹¹ Article 6 et 12 du Protocole de Kyoto.

¹² Article 17 du Protocole de Kyoto.

¹³ Accord de Paris, annexe à la décision 1/CP.21 de la Conférence des parties approuvée le 12 décembre 2016.

dans les prochains mois concernant la mise en œuvre de l'accord: le compromis politique concernant certaines formulations fut en effet complexe à atteindre et l'absence d'accord unanime est perceptible, en particulier pour les dispositions qui nous intéressent¹⁴.

Afin d'atteindre leurs contributions déterminées au niveau national¹⁵, les Etats parties peuvent collaborer via l'utilisation de « résultats d'atténuation transférés au niveau national »¹⁶. La participation à ces mécanismes est volontaire et l'intégrité environnementale de ces résultats doit être assurée : il faut garantir qu'il n'y ait pas de double comptage des unités¹⁷. Il n'est donc fait expressément référence ni à la tarification du carbone ni au marché lui-même, car cela aurait été inacceptable dans le chef de certaines parties¹⁸.

Cette disposition permet cependant d'envisager la reconnaissance de « clubs carbone », tels qu'ils seront expliqués en détails plus loin¹⁹. Toutefois, la formulation de l'article 6 est très générale et ouvre la porte à de nombreux modes de coopération entre les parties, pas seulement basées sur le marché²⁰.

Il s'agit donc d'un compromis politique nécessitant encore une consolidation juridique certaine. Le texte laisse en effet de nombreuses options ouvertes qui devront être concrétisées par les parties, sans toutefois passer outre leur volonté²¹.

§3.- L'action européenne en matière de lutte contre les changements climatiques

L'action européenne en matière de lutte contre les changements climatiques débute dès 1992 avec une proposition en faveur d'une taxe sur les émissions de CO₂, qui fut rejetée par le Conseil.

Malgré l'adoption de certaines directives²², il faut donc attendre l'émergence du protocole de Kyoto pour que l'intervention de l'UE s'intensifie et s'harmonise²³. En 2000, l'UE adopta le Programme Européen sur le Changement climatique (PECC)²⁴.

¹⁴ A. MARCU « Carbon market provisions in the Paris agreement (Article 6) », *CEPS Special Report*, n. 128, 2016, p. 19.

¹⁵ Telles que définies à l'article 3 de l'accord : il s'agit des engagements des parties en vue d'atteindre les objectifs déterminés par l'accord.

¹⁶ « Internationally transferred mitigation outcomes » (ITMO) – Concept très général qui pourrait recouvrir la notion d'unité ou de droit d'émission.

¹⁷ Voy. *infra*, Chapitre 2, Section 5.

¹⁸ A. MARCU, *op. cit.* p. 6-7.

¹⁹ A. MARCU, *ibidem*, p. 5 ; Chapitre III, Section 2, §2.

²⁰ A. MARCU, *ibidem*, p. 4.

²¹ A. MARCU, *ibidem*, p. 8.

Depuis le début de la deuxième période d'engagement du Protocole de Kyoto (2013-2020) les Etats membres remplissent en groupe leurs obligations en vertu du protocole²⁵.

Dans sa politique interne, l'UE a adopté le paquet climat et énergie, reposant sur l'objectif 20-20-20 pour 2020, c'est-à-dire une réduction des émissions de gaz à effet de serre de 20%, une réduction de la consommation d'énergie de 20% et une augmentation de la production d'énergies renouvelables jusqu'à 20% de la production énergétique totale²⁶.

Dans la perspective de l'après-2020, l'UE envisage de continuer sur sa lancée et d'adapter ses objectifs.

SECTION 2.- EMERGENCE DES SEQE

Différentes mesures permettant de réduire les émissions de gaz à effet de serre ont vu le jour, qu'il s'agisse d'instruments de direction et de contrôle (qui imposent directement aux installations des obligations prédéterminées) ou des instruments économiques (tels qu'une taxe ou un SEQE)²⁷.

§1.- Théorie économique

La pollution constitue une externalité négative, c'est-à-dire une charge pour la société créée par l'activité économique et qui n'influence pas le coût de l'exercice de cette activité. En conséquence, il est nécessaire d'internaliser cette externalité, c'est-à-dire de faire peser sur les acteurs l'ensemble des conséquences de leur propre activité économique.

À cet effet, le recours à une taxation a été proposé comme solution valide pour l'internalisation. Cependant, Coase, dans un article fondateur, argumenta que le recours au droit de propriété pour caractériser les facteurs de production et à la négociation entre les parties pour déterminer qui donne la plus grande valeur à ces droits permettait d'aboutir à une solution plus efficiente.

²² Voy. par exemple la directive 92/42/EEC du 21 mai 1992 du Conseil, concernant les exigences de rendement des nouvelles chaudières à eau chaude (...).

²³ E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

²⁴ Voy. Commission européenne, COM(2000) 88 final, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement concernant les politiques et mesures proposées par l'UE pour réduire les émissions de gaz à effet de serre : vers un programme européen sur le changement climatique*, annexe 3.

²⁵ Cette possibilité est ouverte par l'article 4 du Protocole de Kyoto.

²⁶ http://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020/index_en.htm

²⁷ Pour une première définition et une approche comparative, voy. S. WEISHAAR, *Emissions Trading Design, A Critical Overview*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 10 et s.

Selon sa théorie, celui qui donne la plus grande valeur à un droit peut l'exercer de la manière la plus efficiente en l'absence de coûts de transaction, tels que les coûts d'information et de négociation²⁸.

Dales développa ce principe dans le cadre des marchés de droit d'émission et démontra la possibilité d'établir un SEQE qui permettrait d'atteindre des objectifs en termes d'émissions de polluants de la manière la plus efficiente²⁹. Enfin, Montgomery généralisa encore ce concept, en prouvant la pertinence du recours au marché des droits de pollution en général³⁰.

La théorie économique se développa dès lors et commença à s'imposer de plus en plus dans les milieux politiques, jusqu'à être intégrée dans le Protocole de Kyoto, sous l'impulsion des Etats-Unis³¹.

§2.- Fonctionnement

Un système d'échange s'applique à certains gaz et impose des obligations à des installations émettrices de ces gaz déterminées préalablement.

Les systèmes d'échange sont appelés systèmes de *cap and trade* (ou plafonnement et échange), car l'autorité régulatrice met en place un plafond d'émission des gaz visés s'appliquant aux installations couvertes, et qui ne peut être dépassé. Afin de rendre le système efficace, il est nécessaire de déterminer un plafond inférieur aux émissions constatées auparavant. L'autorité met ensuite sur le marché, selon une méthode prédéfinie, un nombre de quotas équivalent à ce plafond et permet aux entreprises couvertes d'échanger les quotas entre elles. Les entreprises sont forcées, selon le degré de rigueur du plafond, d'échanger des quotas ou de diminuer leurs émissions.

Chaque année et suivant un cycle déterminé, les exploitants des installations doivent en effet restituer un nombre de quotas équivalent à leurs émissions effectives, telles que vérifiées selon des règles déterminées. S'ils ne restituent pas un nombre suffisant de quotas, ils s'exposent à des sanctions.

²⁸ R. COASE, « The problem of social costs », *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. III, p. 44.

²⁹ J. DALES, *Pollution, Property and Prices : An Essay in Policy-Making and Economics*, Toronto University Press, 1968, cité par E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

³⁰ W.D. MONTGOMERY, « Markets in licenses and efficient pollution control programs », *J. of Economic Theory*, 1972, p. 410.

³¹ P. THIEFFRY, *Traité de droit de l'environnement*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 751.

Les quotas peuvent ainsi être échangés entre les entités couvertes, sur le mode du marché : les entreprises qui peuvent réduire leurs émissions pour un coût inférieur à celui du quota effectueront la réduction pour bénéficier de la revente des quotas, faisant ainsi baisser le prix du quota (augmentation de la demande), et vice-versa³² : au final, le prix du quota est déterminé par le coût marginal de réduction de chacune des entités couvertes et la diminution des émissions intervient là où elle est économiquement la plus efficiente³³.

La notion de quota est donc centrale dans tout SEQE : il s'agit d'un droit d'émission équivalent à une tonne de CO₂. La nature juridique du quota est une question aux multiples facettes, elle n'a d'ailleurs pas été déterminée au niveau européen. Cette absence de précision n'empêche toutefois pas le fonctionnement fluide des marchés³⁴.

CONCLUSION

Poussées par des théories économiques en plein essor, la communauté internationale et l'UE ont décelé dans l'échange de droits d'émission une manière efficiente de diminuer les émissions de gaz à effet de serre.

Si le protocole de Kyoto a été le premier instrument international permettant l'échange de droits d'émission, c'est le SEQE de l'UE, mis en place via la directive 2003/87³⁵, qui fut la première application aux milieux économiques de cet instrument encore très théorique à l'époque.

Le SEQE de l'UE prend pleinement place dans le cadre de la politique européenne en matière de changement climatique, en constituant même une pierre angulaire³⁶. Toutefois, les commentateurs sont mitigés quant aux résultats effectifs qu'il a engendrés : il est difficile de les comptabiliser avec précision et nombreux sont les sceptiques qui recommandent un retour aux techniques de direction et de contrôle, sans rôle actif des acteurs économiques.

À certains égards, il est difficile de leur donner tort. Pour le comprendre, nous nous attacherons donc à une analyse de cet instrument aux multiples facettes.

³² S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 24.

³³ CJUE, arrêt C-127/07 du 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, §32.

³⁴ P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 766.

³⁵ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil.

³⁶ Commission européenne, COM(2015) 576 final, Annexe 1, « Report on the functioning of the European carbon market », p. 4.

CHAPITRE II – FONCTIONNEMENT DU SEQE DE L’UE

INTRODUCTION

Ce chapitre a pour objet de présenter les caractéristiques structurelles du SEQE de l’UE et d’en faire une description comparative, au regard des autres possibilités qui s’offrent aux régulateurs en matière de cadre légal à son fonctionnement effectif. Cette perspective permettra ensuite d’analyser plus précisément les possibilités d’interconnexion et les potentielles difficultés que pourraient rencontrer des négociateurs en la matière. Nous nous efforcerons également de rendre compte des faiblesses du système.

La structure juridique du SEQE de l’UE s’articule autour de la directive 2003/87, qui a été modifiée à de nombreuses reprises, quitte à en perdre sa cohérence. La base légale de la directive est l’article 192 du TFUE (ex-article 175 TCE), ce qui implique que les Etats membres peuvent adopter des mesures plus strictes³⁷. Nous approcherons donc cette directive d’un point de vue essentiellement européen, et de manière linéaire, en développant un fil chronologique.

Nous aborderons premièrement l’étendue du SEQE de l’UE et les secteurs couverts (Section 1). Nous retracerons deuxièmement la problématique de la définition du plafond, et de son caractère contraignant (Section 2). Troisièmement, nous décrirons le procédé d’allocation des quotas (Section 3). Quatrièmement, le statut des crédits (*offsets*) sera abordé (Section 4). Cinquièmement, nous nous tournerons vers la tenue du registre et du journal de transactions (Section 5). Sixièmement, la problématique des mesures de surveillance, déclaration et vérification (MRV – *Monitoring, Reporting and Verification*) sera abordée (Section 6). Septièmement, il sera question des mesures de sanction à l’égard des acteurs qui ne respectent pas les obligations (Section 7). Enfin, huitièmement, nous reviendrons sur l’évolution générale du SEQE de l’UE et les mesures politiques et juridiques qui peuvent être prises pour continuer à viser un objectif environnemental de qualité (Section 8).

Le SEQE de l’UE est divisé en périodes d’échange : la première allant de 2005 à 2007 ; la deuxième de 2008 à 2012 et la troisième de 2013 à 2020. La Commission a introduit une proposition de modification législative afin de présenter un système plus efficient pour la

³⁷ Article 193 du TFUE.

quatrième phase, de 2021 à 2030³⁸. Nous limiterons le cadre de la présente analyse à la période allant de 2013 à 2020, tout en soulignant les principales évolutions et les futurs développements envisagés. Cette période se caractérise principalement par une harmonisation du système, ainsi que par une européanisation renforcée³⁹ justifiées par la nécessité de donner un nouveau souffle au système.

SECTION 1.- ETENDUE ET SECTEURS COUVERTS

Le SEQE de l'UE couvre près de 45% des émissions de CO2 de l'UE et pas moins de 11 000 installations, réparties dans différents secteurs⁴⁰. La liste des entités devant remplir des obligations de restitution est dressée à l'annexe 1 de la directive 2003/87⁴¹.

L'UE a opté pour une approche sectorielle doublée d'une approche en seuil.

§1.- Secteurs industriels

Un certain nombre de secteurs d'activité sont visés par l'annexe 1 de la directive 2003/87. Il s'agit d'industries produisant des biens à forte intensité énergétique, tels que l'aluminium, le papier ou le ciment.

La participation de secteurs concurrents est préférable, afin d'éviter des distorsions de concurrence issues de l'application d'obligations différentes : il faut éviter que des industries concurrentes ne soient soumises à des obligations environnementales d'amplitudes différentes, mais également que leur participation au SEQE ne crée dans leur chef des aides considérées comme contraires aux règles européennes en matière d'aide d'Etat⁴².

Il existe bel et bien une différence de traitement entre des secteurs dont l'un serait couvert et l'autre pas, mais celle-ci est justifiée⁴³. La Cour de justice a en effet déterminé que le législateur disposait d'une marge d'appréciation relativement étendue en ce qui concerne la détermination des secteurs couverts, même s'il arrête le champ d'application de la directive à

³⁸ COM(2015) 337 final, Proposition de directive du Parlement et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût efficacité des réductions d'émission et de favoriser les investissements à faible intensité carbone.

³⁹ C. CHENEVIÈRE, « Le régime juridique de l'émission trading européen dès 2013 », *L'entreprise face au droit des quotas de CO2*, sous la dir. De C. Chenevière et D. Philippe, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 46.

⁴⁰ http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index_en.htm; S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 68.

⁴¹ Article 3 de la directive 2003/87.

⁴² Article 107 du TFUE – Voy. l'analyse générale dressée par G. C. DE GASPERI, « Making State Aid Control « Greener » : The EU Emissions Trading System and its Compatibility with article 107 TFEU », *EurStAidL Q.*, 2010, vol. 4, p. 785 et s.

⁴³ CJUE, arrêt C-127/07 du 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, §43 et 57.

des produits partiellement substituables (pour autant que la différenciation soit basée sur des critères objectifs)⁴⁴.

§2.- Aviation

L'aviation fut introduite dans le SEQE de l'UE dès 2008, avec effet à compter de 2012⁴⁵. Cela donna lieu à une levée de boucliers dans le secteur et au niveau international⁴⁶. La Cour de Justice décida cependant que l'inclusion de l'aviation dans le SEQE de l'UE n'était pas contraire au droit international : cela ne viole ni le protocole de Kyoto, ni la convention de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI), ni l'accord « *open sky* » conclu avec les Etats-Unis, ni même le droit international coutumier⁴⁷.

L'UE a cependant cédé devant la pression internationale. C'est pourquoi à l'heure actuelle, le SEQE de l'UE impose des obligations de restitution aux compagnies aériennes pour les vols entre deux aéroports sur le sol de l'Union Européenne, sauf pour certains cas expressément visés⁴⁸. L'Union est également active sur la scène internationale, au sein de l'OACI afin d'instaurer un mécanisme de marché global applicable à l'ensemble des compagnies aériennes pour chacun de leurs vols⁴⁹.

§3.- Secteurs de l'énergie

Les installations de combustion de combustibles, de raffinage de pétrole et de production de coke sont également tenues à des obligations de restitution de quotas. Les installations relevant du secteur de l'énergie sont ainsi visées⁵⁰.

⁴⁴ CJUE, arrêt C-127/07 du 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, §61 et 63; P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 758.

⁴⁵ Directive 2008/101/CE du 19 novembre 2008 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87 afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre introduisant (entre autres) l'article 3bis de la Directive 2003/87.

⁴⁶ M. BAKKER, « Including aviation in the European Union scheme for emission allowance trading: stimulating global market-based instruments », *Journal of Air law and commerce*, 2015, p. 6-7.

⁴⁷ CJUE, arrêt C-366/10 du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America c. Secretary of State for Energy and Climate Change*.

⁴⁸ Directive 2003/87, Annexe 1, décision 377/2013 du 24 avril 2013, dérogeant temporairement à la directive 2003/87 (...) et règlement 421/2014 du 16 avril 2014 du Parlement européen et du Conseil, modifiant la directive 2003/87 (...) en vue de la mise en œuvre, d'ici 2020, d'une convention internationale portant application d'un mécanisme de marché mondial aux émissions de l'aviation internationale.

⁴⁹ Voy. les considérants 2 et 3 du règlement 421/2014.

⁵⁰ C. KETTNER, « The EU emission trading scheme : first evidence on Phase 3 », in *Carbon pricing, design, experience and issues*, sous la dir. de L. Kreiser *et al.*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, p.63 ; S. WEISHAAR, *op. cit.*, 2014, p. 68.

§4.- Seuil et exclusion des petites installations

Le législateur européen a mis en place, au sein de certains des secteurs visés, des seuils permettant de déterminer si une installation est soumise à des obligations en vertu du SEQE de l'UE⁵¹. Si les seuils ne sont pas atteints par une installation, elle ne devra pas restituer un nombre de quotas équivalent à sa production annuelle de gaz à effet de serre⁵².

Outre ces seuils internes à certains secteurs, un seuil global a été déterminé : l'article 27 de la directive affirme en effet que certaines petites installations peuvent échapper aux obligations de restitution si l'Etat membre où sont situées ces installations respecte certaines conditions⁵³ et si elles sont soumises à des mesures qui permettent d'atteindre les mêmes réductions que le SEQE⁵⁴.

L'utilisation de ces seuils peut s'expliquer par l'importance des coûts administratifs liés à la participation au SEQE, qui seront conséquents pour les petits acteurs, comparativement aux émetteurs importants. Le gain relatif issu de la participation sera donc plus important pour ces derniers⁵⁵.

§5.- Gaz couverts

Théoriquement, les gaz couverts par le SEQE de l'UE sont l'ensemble des gaz mentionnés à l'annexe 2 de la directive, ce qui correspond également aux gaz couverts par le protocole de Kyoto⁵⁶.

En pratique cependant, les gaz couverts sont ceux référés à l'annexe I de la directive 2003/87⁵⁷, puisque ce sont eux qui créent, dans le chef des installations émettrices, une obligation de restitution de quotas. Il s'agit donc du dioxyde de Carbone (CO₂), du protoxyde d'azote (N₂O) et des hydrocarbures perfluorés (PFC).

⁵¹ Voy. Annexe 1 de la directive 2003/87.

⁵² Article 4 de la directive 2003/87.

⁵³ Il s'agit d'obligations de publicité et de surveillance – Article 27, §1, a) à d) de la directive 2003/87.

⁵⁴ Cette possibilité n'a toutefois été mobilisée que par un petit nombre d'Etats membres – Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, p. 8.

⁵⁵ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 50; D. LINDEMANS, D. DEVOS, « De broeikasvergunning : een analyse van de implementatie in België en een korte blik op enkele andere lidstaten », *T.M.R.*, 2015/3, p. 270.

⁵⁶ Article 3 de la directive 2003/87 et annexe II ; Annexe A du Protocole de Kyoto.

⁵⁷ Article 4 de la directive 2003/87.

§6.- Autorisation d'émettre des Gaz à effet de serre

Une fois déterminée l'existence d'obligation de restitution dans le chef d'une installation, son exploitant⁵⁸ doit détenir une autorisation délivrée par l'autorité compétente⁵⁹. Cette autorisation contient les informations visées à l'article 6, §2 de la directive 2003/87. Elle n'est délivrée que s'il est prouvé par l'exploitant qu'il peut mesurer et déclarer les émissions de son installation : il doit d'ailleurs soumettre un programme de surveillance adapté, qui sera vérifié par l'autorité compétente⁶⁰.

L'autorisation peut être coordonnée avec celle imposée en vertu de la directive 96/61 (aujourd'hui remplacée par la directive 2010/75) en matière d'émissions industrielles⁶¹.

Si un changement est apporté à l'installation, l'autorité met à jour l'autorisation⁶². Celle-ci est, quoi qu'il en soit, revue tous les cinq ans⁶³.

En ce qui concerne l'aviation, les obligations s'appliquent sans permis préalable. Les exploitants d'aéronefs sont liés à un Etat membre responsable (celui qui leur a délivré leur licence d'exploitation ou, à défaut, celui dans lequel la majorité des activités sont localisées⁶⁴), qui vérifie la bonne application de son programme de suivi⁶⁵. C'est auprès de ces Etats membres responsables que les exploitants d'aéronefs devront remplir leurs obligations de restitution.

§7.- Analyse comparative

Une approche comparée permet de constater qu'il existe différentes méthodes de détermination des secteurs couverts et des installations qui doivent remplir des obligations de restitution.

Ainsi, l'UE a d'emblée opté pour un SEQE obligatoire pour les installations visées ; mais il est possible d'établir un système volontaire, permettant par exemple aux entreprises

⁵⁸ Tel que défini à l'article 3, f de la directive 2003/87.

⁵⁹ Article 4 de la directive 2003/87. En Belgique, cette compétence est régionalisée (article 4 du décret relatif au permis d'environnement du 11 mars 1999 et son arrêté d'exécution : arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement) – Voy. D. LINDEMANS, D. DEVOS, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁰ Article 6 de la directive 2003/87.

⁶¹ Article 8 de la directive 2003/87 – C'est ce qui a été fait en Région wallonne.

⁶² Article 7 de la directive 2003/87.

⁶³ Article 6, §1 *in fine* de la directive 2003/87.

⁶⁴ Article 18*bis* de la directive 2003/87.

⁶⁵ Article 3*octies* de la directive 2003/87

participantes d'être exemptées d'une taxation sur leurs émissions⁶⁶. Il est également envisageable de permettre aux entreprises de sortir volontairement du système (*opt-out*), tout en compensant cette sortie par d'autres obligations de réduction des émissions⁶⁷.

Les gaz à effet de serre couverts sont généralement ceux visés par le protocole de Kyoto, mais des modalités spécifiques peuvent être décidées, en fonction du contexte économique auquel sont confrontés les législateurs⁶⁸.

SECTION 2.- DÉTERMINATION DU PLAFOND

La détermination du plafond (*Cap*) relève d'une décision de la Commission, qui a arrêté, en 2010, le nombre de droits d'émission pouvant circuler au sein du SEQE pour l'ensemble de l'UE⁶⁹.

Cette quantité déterminée diminue chaque année de 1,74%⁷⁰. Elle prend en compte les émissions enregistrées durant la période 2008-2012 pour chacun des secteurs couverts, mais également les nouvelles entités couvertes par le SEQE au cours de la troisième phase⁷¹.

§1.- La problématique de l'octroi excessif des droits d'émission

Lors des deux premières périodes d'échange, les Etats Membres étaient responsables de la détermination du nombre de quotas à distribuer et de la répartition de ceux-ci entre les entités couvertes. Ils étaient seulement soumis à un contrôle relativement étendu⁷² de la Commission a posteriori et devaient suivre les critères déterminés dans la directive 2003/87 : ils étaient tenus de présenter un plan national d'allocation des quotas (PNAQ) qui déterminait leur engagement annuel au sein du SEQE⁷³. La Commission n'était toutefois pas habilitée à uniformiser les PNAQ, pour lesquels les Etats restaient libres de décider des mesures les plus appropriées pour diminuer les émissions. Le plafond total était donc déterminé par la somme des allocations prévues par les PNAQ. La seule limite à la détermination du nombre de quotas distribués au total était finalement le respect des obligations des Etats dans le cadre du

⁶⁶ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 49 ; Ce fut le cas, à l'origine, du SEQE de la Suisse (*ibidem*, p. 73)

⁶⁷ S. WEISHAAR, *ibidem*.

⁶⁸ Annexe A du Protocole de Kyoto – S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁹ Article 9 de la directive 2003/87 ; décision 2010/634 du 22 octobre 2010 adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE.

⁷⁰ Article 9, al. 1 de la directive 2003/87.

⁷¹ Article 9bis, §1 et 2 de la directive.

⁷² P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 770.

⁷³ E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 53 ; C. KETTNER, *op. cit.*, p. 64.

protocole de Kyoto, même si le contexte général des mesures climatiques était également pris en compte par la Commission lors de son contrôle⁷⁴.

Certains abus furent constatés, menaçant l'efficacité même du système⁷⁵, et on remarqua une frilosité des Etats Membres à effectuer des efforts significatifs, de peur de défavoriser leurs entreprises face à celles des Etats voisins. De même, les procédures d'approbation et de contrôle menées par la Commission se révélèrent fastidieuses. Il fut donc décidé que la Commission déterminerait le plafond total pour l'ensemble de l'UE⁷⁶. Cette quantité fut cependant fortement influencée par les PNAQ adoptés dans le cadre de la deuxième phase d'échange⁷⁷.

§2.- La diminution progressive du plafond

Contrairement aux deux premières phases, où aucune réduction fixe du nombre de quotas émis n'était exigée⁷⁸, un facteur linéaire de réduction annuelle du nombre de quotas délivrés a été déterminé pour la troisième phase. Ce système permet de limiter la marge d'appréciation des régulateurs nationaux, et par la même occasion l'influence des détenteurs d'intérêt sur l'allocation initiale des quotas et la rigueur des plafonds.

La diminution linéaire du nombre de quotas distribués chaque année est un moyen pour l'UE de remplir progressivement ses objectifs internationaux de réduction d'émission. La réduction prévue actuellement permettra ainsi d'atteindre une réduction de 21% des émissions en 2020 par rapport à 2005⁷⁹.

Une augmentation subséquente du prix des quotas sur le marché secondaire était censée se produire, si le système avait fonctionné correctement⁸⁰. En effet, la rareté, *scarcity*, concept central dans le SEQE aurait augmenté : c'est elle qui incite les entités couvertes à réduire leurs émissions ou acheter de nouveaux quotas⁸¹. Cependant, face à l'important surplus

⁷⁴ P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 769.

⁷⁵ En témoigne l'instabilité des prix lors des deux premières phases, voy. l'annexe B au présent mémoire.

⁷⁶ Directive 2009/29 du 23 avril 2009 du Parlement et du Conseil, modifiant la directive 2003/87 afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, article 1, §9.

⁷⁷ Article 9, al. 2 de la directive 2003/87.

⁷⁸ Les Plans nationaux d'allocation devaient toutefois être en accord avec les engagements internationaux des Etats Membres, y compris les objectifs déterminés par le protocole de Kyoto – P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 769.

⁷⁹ E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 53.

⁸⁰ E. WOERDMAN *et al.*, *ibidem*, p. 47.

⁸¹ P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 768 ; S. BORGHESI *et al.* *The European Emission Trading System and its follower, Comparative Analysis and Linking perspectives*, Springer, 2016, p. 3.

préexistant, cette diminution du nombre de quotas ne permettra qu'un retour très progressif vers l'efficacité du système.

Pour la quatrième phase d'échange, il est prévu que le facteur linéaire passe de 1,74 à 2,2% par an, accélérant ainsi la diminution du nombre de quotas distribués annuellement⁸² et permettant d'atteindre les objectifs fixés pour 2030, à savoir une diminution des émissions de 43% par rapport à 2005⁸³.

Malgré ces efforts, le SEQE de l'UE souffre toujours d'un excès de quotas, qui contribue au maintien du prix à un niveau sous-optimal au regard des objectifs environnementaux. En 2013, un surplus de 2.1 milliards de quotas était constaté ; passant à 2.07 en 2014⁸⁴. Les causes de ce surplus sont multiples : le plafond initial n'a pas été fixé de manière suffisamment ambitieuse, et a été fortement exposé à la réduction des émissions suivant la crise économique et financière de 2008 et des années suivantes. En outre, les limites à l'utilisation des crédits internationaux n'étaient pas suffisantes pour juguler leur influence sur le prix des quotas au sein du SEQE de l'UE⁸⁵.

Pour tenter de remédier à ce problème récurrent, la Commission a mis sur pied des mesures supplémentaires, applicables à la fois à la fin de la troisième phase, mais également à la quatrième phase d'échange du SEQE⁸⁶.

SECTION 3.- ALLOCATION DES QUOTAS

Différentes méthodes d'allocation initiale des quotas sont utilisées dans le SEQE de l'UE, mais également au niveau international dans l'ensemble des SEQE aujourd'hui en vigueur.

La méthode d'allocation initiale des quotas est une problématique importante et donne lieu à de nombreux débats lorsqu'une révision est envisagée. En effet, chaque méthode détermine la position des entités couvertes, mais également l'acceptation par la société civile et le soutien politique pour le SEQE.

On distingue la distribution des quotas à titre gratuit et la mise aux enchères. La distribution des quotas à titre gratuit est essentiellement un outil de lutte contre les fuites de carbone, mais

⁸² COM(2015), 337 final, Article 1, proposant une modification de l'article 9 de la directive 2003/87.

⁸³ E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 53; S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁴ Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, p. 19.

⁸⁵ B. GÜNTER, « In the market: reforming the EU ETS revisited », *C.C.L.R.*, 2014, p. 66- *Voy. infra*, Section 4.

⁸⁶ *Voy. infra*, section 8.

peut également permettre d'encourager des politiques variées⁸⁷. Cette distribution peut être effectuée en se basant sur différents critères : la méthode des droits acquis et l'utilisation des référents.

L'UE a ainsi décidé d'harmoniser les règles d'allocation des quotas, afin d'assurer à la fois l'efficacité du marché et la concurrence entre les entités couvertes⁸⁸.

En ce qui concerne l'aviation, des règles harmonisées ont été adoptées dès l'origine. Elles sont structurellement moins complexes que les règles en matière d'installations fixes⁸⁹.

§1.- La mise aux enchères des quotas

La mise aux enchères des quotas est désormais la technique par défaut d'allocation des quotas depuis l'entrée en vigueur de la troisième phase du SEQE de l'UE⁹⁰. Les quotas ne sont donc plus distribués gratuitement que dans la mesure prévue par la directive 2003/87. Cela constitue un bouleversement de la méthodologie de distribution des droits d'émission, puisque 90 à 95% des quotas étaient délivrés à titre gratuit lors de la première et de la deuxième phase⁹¹.

Les quotas à mettre aux enchères sont répartis entre les Etats selon une clé déterminée à l'article 10, §2 de la directive 2003/87. Cette répartition est principalement basée sur les émissions vérifiées de chaque Etat pendant la première phase du SEQE.

La méthode et les principes de vente aux enchères sont fixés par un règlement⁹². Elles sont effectuées par une plate-forme de mise aux enchères, qui répond aux caractéristiques déterminées par la Commission. Cette plate-forme est uniformisée pour l'ensemble des pays soumis au SEQE, sauf l'Allemagne, la Pologne et le Royaume-Uni.

⁸⁷ Voy. par exemple l'article 10^{quater} de la directive 2003/87 qui prévoit la possibilité d'allouer gratuitement des quotas à des installations productrices d'électricité en vue de contribuer à la modernisation de la production électrique de certains pays (il s'agit d'une dérogation à l'article 10^{bis}, §3 – *infra*, §2).

⁸⁸ Considérant 7 de la directive 2003/87 ; Commission européenne, COM(2015) 576 final, Annexe 1, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁹ Article 3^{quinqüies}, l'article 3^{sexies} et l'article 3^{septies} de la directive 2003/87 ; voy. également P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 781-782.

⁹⁰ Article 10, §1 de la directive 2003/87.

⁹¹ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 69.

⁹² Règlement 1031/2010 du 12 novembre 2010, de la Commission relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre (...).

La mise aux enchères doit répondre à des principes généraux assurant, entre autres, la transparence, la non-discrimination et l'ouverture⁹³. Il est en effet fondamental que les plus petites installations ne soient pas discriminées lorsqu'elles participent aux enchères, face aux gros émetteurs de gaz à effet de serre : cela reviendrait à compromettre l'objet même du recours à la mise aux enchères⁹⁴.

Le produit de la mise aux enchères des quotas est utilisé librement par les Etats Membres, dans les limites fixées par le §3 de l'article 10. Les revenus sont ainsi, en ce qui concerne au moins 50% d'entre eux, réinvestis dans la diminution des émissions et la transition vers une économie durable. Il faut toutefois constater que si ce n'était pas le cas, le SEQE serait en fait une forme de taxation déguisée où le prix du quota mis aux enchères ferait office de taxe sur les émissions⁹⁵.

La mise aux enchères présente donc l'avantage de permettre aux entités couvertes de choisir le montant de quotas qu'elles désirent acquérir. En outre, elle augmente les revenus des gouvernements, tout en faisant peser sur eux la responsabilité de l'usage de ces revenus : les entreprises seront en effet moins poussées à investir dans des technologies moins émettrices⁹⁶.

Cette méthode d'allocation ajoute cependant un coût direct pour les entreprises et entraîne donc une perte de compétitivité par rapport à des entreprises similaires non soumises à des obligations en vertu du SEQE⁹⁷. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui a poussé l'UE à conserver une proportion importante de distribution gratuite de quotas.

La mise aux enchères est donc appelée à remplacer complètement la distribution à titre gratuit dès 2027, et ce de manière progressive⁹⁸.

§2.- La distribution des quotas à titre gratuit

La distribution des quotas à titre gratuit a subi une importante réforme au fil du développement du SEQE de l'UE. À l'origine, l'ensemble des droits d'émission était alloué à titre gratuit, selon la méthode des droits acquis.

⁹³ Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁴ G. C. DE GASPERI, *op. cit.*, p. 799.

⁹⁵ A. O'CONNELL, « A critical analysis of allowance allocation in Cap-and-Trade and its effect on linked carbon markets », *Texas Environmental Law Journal*, 2014, p. 345.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 347.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 346.

⁹⁸ Article 10bis, §11 de la directive 2003/87 – Cet objectif sera cependant supprimé en cas d'adoption de la réforme en vue de la 4^e phase (COM(2015) 337 final, article 1, §5, p. 23).

Aujourd'hui, la méthode des référentiels a été intégrée dans la formule de calcul des droits des installations bénéficiant d'allocations à titre gratuit, ce qui complexifie fortement l'allocation initiale des quotas.

La méthode des droits acquis fonde la distribution des droits d'émission sur les émissions antérieures des installations. Elle encourage donc les installations qui émettent le plus, puisque celles-ci recevront plus de quotas que les installations moins émettrices ; cela permet cependant d'assurer une transition progressive et une acceptation du système par les entreprises influentes⁹⁹.

Quant à la méthode des référentiels, elle permet la distribution de quotas en fonction des émissions des installations les plus efficaces du secteur : ces installations reçoivent la plupart (voire l'entièreté) de leurs quotas à titre gratuit, alors que les entreprises les moins efficaces ne reçoivent des quotas à titre gratuit qu'en ce qui concerne une plus petite proportion de leurs émissions. Outre la transparence, cette méthode a pour avantage d'encourager donc les entreprises couvertes qui ont d'ores et déjà réalisé des réductions d'émission de gaz à effet de serre¹⁰⁰.

Le SEQE de l'UE combine les deux approches dans une formule complexe basée sur un monitoring poussé des émissions¹⁰¹. La Commission a fixé cette formule d'allocation à titre gratuit, en suivant les indications de l'article 10*bis* de la directive 2003/87 : elle y a intégré un facteur d'exposition aux fuites de carbone et un facteur de correction transsectoriel¹⁰².

Les fuites de carbone sont des phénomènes de déplacement des émissions. Confrontées à un cadre normatif trop lourd, et à un coût supplémentaire pour leurs activités trop important, les entreprises décident de relocaliser leurs installations émettrices dans des juridictions où les coûts liés à la pollution sont inexistantes ou, à tout le moins, plus faibles¹⁰³.

C'est pour lutter contre ce phénomène que des quotas sont alloués gratuitement aux secteurs à forte intensité énergétique soumis à une concurrence importante en dehors de l'UE et qui sont

⁹⁹ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 106 ; A. O'CONNELL, *op. cit.*, p. 348.

¹⁰⁰ S. WEISHAAR, *ibidem*, p. 107.

¹⁰¹ Article 8 et 9 de la décision 2011/278/UE du 27 avril 2011 définissant des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10*bis* de la directive 2003/87/CE du Parlement et du Conseil.

¹⁰² Article 10 de la décision 2011/278/UE ; S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 69;.

¹⁰³ P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 779.

donc les plus à même de déplacer la source de leurs émissions¹⁰⁴ : les conditions à remplir par les secteurs sont listées à l'article 10bis, §15 de la directive. La liste de ces secteurs considérés comme soumis à un risque *important* de fuites de carbone est adoptée par la Commission¹⁰⁵.

Si les installations font partie d'un secteur considéré comme confronté à un risque *significatif* de fuites de carbone, elles pourront faire l'objet de mesures financières, déterminées par le référentiel *ex-ante* visé plus haut, et dans la mesure où les règles en matière d'aides d'Etat sont respectées. Toutefois, l'application de cette disposition semble fort hypothétique¹⁰⁶.

Cependant, l'allocation gratuite peut entraîner pour certaines entreprises des « profits d'aubaine » (*windfall profits*), dans la mesure où elles peuvent répercuter sur le consommateur le coût du respect de leurs obligations, alors même qu'elles ont reçu gratuitement les droits d'émission. D'un point de vue économique, ces profits peuvent être justifiés car l'utilisation des quotas pour respecter des obligations de restitution, même lorsque ceux-ci sont reçus à titre gratuit, engendre un certain coût pour l'entité couverte : c'est le coût d'opportunité¹⁰⁷.

La justification de tels profits auprès de la société civile est cependant complexe. C'est ce qui explique la transition vers la mise aux enchères généralisée, ainsi que l'abandon de la distribution des quotas à titre gratuit pour les producteurs d'électricité¹⁰⁸. Toutefois, des exceptions à cette interdiction de distribuer gratuitement des quotas à des producteurs d'électricité ont été négociées par les Etats membres, notamment dans les Etats les moins développés et où le réseau d'électricité demande encore de nombreux investissements, et sous réserve d'un contrôle par la Commission¹⁰⁹.

§3.- Analyse comparative

¹⁰⁴ F. TICHE *et al.*, « Carbon Leakage, Free Allocation and Linking Emissions Trading Schemes », *CCLR*, 2014, vol. 2, p. 98; Article 10bis, §12 de la directive 2003/87.

¹⁰⁵ Pour la période 2015-2019, il s'agit de la décision 2014/746 du 27 octobre 2014 établissant, conformément à la directive 2003/87, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone, pour la période 2015-2019.

¹⁰⁶ Article 10bis, §6 de la directive 2003/87.

¹⁰⁷ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 109-110.

¹⁰⁸ Article 10bis, §3 de la directive 2003/87.

¹⁰⁹ Article 10quater de la directive 2003/87.

La mise aux enchères et la délivrance à titre gratuit comportent des avantages et des inconvénients, tant sur le plan juridique que sur le plan économique¹¹⁰. Chaque SEQE tente donc de trouver un équilibre entre ces deux méthodes afin de remplir des objectifs d'efficacité et d'intégrité du système.

La proportion des quotas délivrés à titre gratuit est souvent plus grande au sein des SEQE plus récents, alors que les SEQE matures semblent s'orienter plus facilement vers une mise aux enchères¹¹¹.

Il est également possible de déterminer préalablement à la vente un prix minimum d'enchère (non connu des participants), qui empêchera le transfert des droits d'émission si l'offre n'atteint pas ce seuil¹¹².

SECTION 4.- STATUT DES CRÉDITS CARBONES

Le statut des crédits carbone issus des mécanismes de projet du protocole de Kyoto a fait l'objet d'un long débat au sein du SEQE de l'UE. Ils représentent en effet un moyen de soutenir la réduction des émissions au niveau international, mais introduisent un facteur d'incertitude dans le SEQE¹¹³.

§1.- Les mécanismes de projet du protocole de Kyoto

Outre un système international d'échange de quotas¹¹⁴, le protocole de Kyoto a mis en place des mécanismes permettant de diminuer les émissions de la manière la plus efficace. Il s'agit du mécanisme de développement propre (MDP)¹¹⁵ et de la mise en œuvre commune (MOC). On parle plus généralement de mécanismes de projets.

Ces mécanismes permettent aux exploitants d'acquérir des unités de réduction des émissions (pour la MOC) ou des réductions d'émission certifiées (pour le MDP), comptabilisables dans le registre international des transactions au protocole de Kyoto, mais également acceptées dans le SEQE de l'UE et échangeables contre des droits d'émission européens.

¹¹⁰ A. O'CONNELL, *op. cit.*, 2014, p. 343 et s.

¹¹¹ Voy. le SEQE de Corée du Sud, lancé en 2015, où 100% des quotas sont délivrés à titre gratuit.

¹¹² Appelé *auction reserve price* - J. WETTESTAD, H. GULDBRANDSEN, *The Evolution of Carbon Trading Systems, Waves, Design and Diffusion*, FNI Report, 2015/9, p. 32.

¹¹³ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁴ Article 17 du Protocole de Kyoto.

¹¹⁵ Article 12 du Protocole de Kyoto.

À l'égard des obligations internationales des Etats de l'annexe B, ces unités sont donc reconnues comme participant à la complétion des obligations des Etats finançant les projets. Ces crédits, tout en étant des instruments de coopération climatique internationale, introduisent plusieurs incertitudes dans le SEQE : ils ne présentent pas toujours l'intégrité nécessaire pour être équivalents à une unité du SEQE de l'UE¹¹⁶ et ne permettent plus de réguler le nombre de quotas détenus par les exploitants.

Dans le SEQE de l'UE, ces crédits ont tout d'abord été reconnus sous peu de conditions. Les entités couvertes pouvaient donc en acquérir afin de remplir leurs obligations de restitution dans le cadre de la directive 2003/87.

§2.- Evolution du statut des crédits dans le SEQE de l'UE

Cependant, dans le cadre de la politique internationale de l'UE en matière de réchauffement climatique, la reconnaissance complète des unités issues des mécanismes de projets n'était plus en adéquation avec les objectifs poursuivis.

Il fut tout d'abord décidé que les crédits issus d'un certain nombre de projets, relatifs à la destruction de gaz industriels ne pouvaient plus être utilisés dans les SEQE de l'UE pour la phase 3¹¹⁷.

L'origine géographique des crédits a également fait l'objet de certaines restrictions : les crédits qui ne sont pas issus de pays en voie de développement ne sont plus acceptés en ce qui concerne les obligations des entreprises en vertu de la phase 3.

L'utilisation des crédits par les entités couvertes fait également l'objet de restrictions importantes. Pour la période de 2008 à 2020, les entités ne peuvent utiliser des crédits que dans la mesure où ils y étaient habilités pour la période de 2008 à 2012 (pas d'évolution de la proportion) ou à hauteur de 11% de leurs allocations¹¹⁸.

§3.- Analyse comparative

¹¹⁶ Il faut ainsi s'assurer à la fois que les équivalences en tonne de CO2 sont respectées, mais également de l'additionnalité des réductions (càd le fait qu'elles n'auraient pas eu lieu sans le soutien du mécanisme).

¹¹⁷ Règlement 550/2011 du 7 juin 2011 de la Commission, établissant, conformément à la directive 2003/87 du Parlement européen et du Conseil, certaines restrictions applicables à l'utilisation de crédits internationaux résultant de projets relatifs aux gaz industriels.

¹¹⁸ Article 11 bis, §8 de la directive 2003/87.

De nombreux types de crédits existent : les régulateurs peuvent décider d'en accepter lorsqu'ils viennent des secteurs non couverts par le SEQE, ou pour des types de projets spécifiques et supportés politiquement¹¹⁹.

L'acceptation de crédits dont la qualité n'est pas assurée peut diminuer l'intégrité du système et envoyer aux exploitants un signal négatif en ce qui concerne la diminution de leurs émissions¹²⁰ : le régulateur doit donc s'assurer que les crédits qu'il accepte répondent à des critères de qualité qui permettent d'assurer le bon fonctionnement du SEQE.

SECTION 5.- REGISTRE, JOURNAL DE TRANSACTION ET MARCHÉ SECONDAIRE

§1.- Tenue du registre et du journal de transaction

Un quota est défini par la directive comme « 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 présente directive et transférable conformément aux dispositions de la présente directive »¹²¹. Afin d'assurer le transfert des quotas, deux outils d'administration sont nécessaires : un registre et un journal des transactions.

Le registre permet de comptabiliser les quotas détenus par chaque personne possédant un compte auprès de l'administrateur du registre (il a donc un objectif essentiellement comptable), c'est aussi l'instrument où est transcrite l'allocation initiale des quotas. Le journal des transactions permet de rendre compte des transactions effectuées au sein d'un SEQE, en mentionnant également un certain nombre de détails relatifs à l'identité des parties à la transaction¹²².

C'est également dans le registre que sont comptabilisées les émissions de chacune des installations couvertes, telles que déclarées par les exploitants.

L'UE a mis en place une plate-forme électronique permettant de rendre compte des transactions entre les personnes (EUTL) ainsi qu'un registre centralisé¹²³. Toute personne peut être détentrice d'un compte dans le registre de l'Union et donc acheter et vendre des

¹¹⁹ C'est ainsi le cas pour la Californie – J. WETTESTAD, H. GULDBRANDSEN, *op.cit.*, p. 12.

¹²⁰ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 63.

¹²¹ Article 3, a) de la directive 2003/87.

¹²² S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 151.

¹²³ Article 19 et 20 de la directive 2003/87. Les deux instruments sont aujourd'hui régis par le règlement 389/2013 du 2 mai 2013 de la Commission établissant un registre de l'Union conformément à la directive 2003/87 (...).

droits d'émission¹²⁴. Les comptes sont toutefois ouverts auprès des administrations nationales, qui restent les points de contact pour les détenteurs de compte¹²⁵.

Le registre a été unifié pour l'ensemble de l'UE à partir de 2012¹²⁶, ce qui en assure un fonctionnement et une transparence uniformisés. En effet, dès 2009, des vols de quotas avaient été signalés au sein de certains registres des Etats membres¹²⁷. Il est donc fondamental que tant le registre que le journal soient protégés contre les attaques informatiques et autres tentatives de hacking, sous peine de compromettre l'intégrité du marché, surtout eu égard au caractère immatériel des quotas¹²⁸. Afin d'assurer l'intégrité et la certitude sur le marché, tant le registre que le journal sont gérés par un administrateur central¹²⁹.

En outre, le registre doit s'intégrer à la structure créée au niveau international, notamment par le protocole de Kyoto¹³⁰. Il doit être assez robuste pour empêcher toute manipulation, mais aussi se baser sur des règles comptables claires qui empêchent le double comptage de droits d'émission. Un double comptage intervient quand un droit d'émission est comptabilisé pour le respect de ses obligations par une entité couverte, mais peut toujours être utilisé dans un autre système ou par une autre entité couverte¹³¹.

§2.- Mise en réserve et emprunt de quotas

La possibilité de mettre en réserve ou d'emprunter des quotas est une caractéristique fondamentale de tout SEQE : il s'agit de la possibilité pour un exploitant de conserver des droits d'émission d'une période d'échange à l'autre, sans que la validité du quota ne soit remise en question¹³². Si elle est permise, la mise en réserve permet de réduire l'impact du système sur l'activité économique : les entités peuvent en effet garder en réserve des quotas bon marché à restituer dans le cadre d'émissions futures.

¹²⁴ Article 19, §2 de la directive 2003/87.

¹²⁵ Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁶ Directive 2009/29, modifiant l'article 19, §1 de la directive 2003/87.

¹²⁷ E. WOERDMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁸ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 153.

¹²⁹ Article 20 de la directive 2003/87 et considérant 9 du règlement 389/2013.

¹³⁰ Pour un exemple de ce réseau complexe de registres, voy. l'Article 7 du règlement 389/2013.

¹³¹ S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, p.5.

¹³² S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 61.

Dans le SEQE de l'UE, la mise en réserve est permise sans limite : les exploitants disposant d'un surplus de quotas peuvent conserver ceux-ci indéfiniment. S'ils arrivent à échéance, les quotas sont remplacés par l'autorité compétente¹³³.

Cette modalité spécifique a permis aux exploitants de mettre en réserve des quotas lorsque leur prix était très bas (suite à une offre excessive par rapport à la demande), ce qui a mené à un dysfonctionnement structurel¹³⁴ : le surplus de quotas désormais disponible est la plus grande plaie du SEQE de l'UE.

Toutefois, la mise en réserve présente des avantages économiques indéniables (dont la prévention de la chute du prix à zéro en fin de période de validité) : il est donc prévu que pour la quatrième phase d'échange, aucune modification structurelle n'intervienne¹³⁵.

SECTION 6.- SURVEILLANCE, DÉCLARATION ET VÉRIFICATION : LE CYCLE DE CONFORMITÉ DU SEQE

La précision et la complétude des données soumises par les exploitants des installations couvertes est fondamentale afin d'assurer le fonctionnement de tout SEQE. Le SEQE de l'UE n'échappe pas à la règle et dispose de règles déterminant les obligations des entités couvertes en matière de rapport aux autorités¹³⁶, mais également de vérification a posteriori des émissions¹³⁷. La déclaration et la vérification font, avec la restitution, partie du cycle de conformité du SEQE¹³⁸. Chaque année, toute entité couverte doit se conformer à celui-ci et délivrer les informations requises à l'autorité.

§1.- Surveillance et déclaration des émissions

Les exploitants doivent soumettre à l'autorité un plan de surveillance, qui reprend la méthode de surveillance des émissions de l'installation (choisie parmi les méthodes définies aux articles 24 et suivants du règlement 601/2012). Les obligations de surveillance des entités

¹³³ Article 13 de la directive 2003/87 – La période de validité d'un quota durant la 3^e phase est de 8 ans (article 13, §1 de la directive).

¹³⁴ Commission européenne, COM(2012) 652 final, « Report from the Commission to the European Parliament and the council, The state of the European carbon market in 2012 », 2012, p. 5.

¹³⁵ Rien n'est en effet prévu dans la proposition de la Commission révisant la directive 2003/87 COM(2015) 337 final.

¹³⁶ Article 14 de la directive 2003/87 et règlement 601/2012 du 21 juin 2012 relatif à la surveillance et à la déclaration des émissions de gaz à effet de serre (...).

¹³⁷ Article 15 de la directive 2003/87 et règlement 600/2012 du 21 juin 2012 concernant la vérification des déclarations d'émissions de gaz à effet de serre et des déclarations relatives aux tonnes-kilomètres et l'accréditation des vérificateurs (...).

¹³⁸ S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, p. 5.

couvertes doivent répondre à des principes généraux, définis aux articles 4 à 8 du règlement : l'exhaustivité, la transparence, la cohérence et la précision doivent ainsi être assurées par l'exploitant lorsqu'il procède à la surveillance des émissions.

Les méthodes appliquées sont adaptées aux installations, mais ne doivent pas représenter un coût excessif pour leurs exploitants¹³⁹. Les exploitants peuvent donc choisir, tout en les justifiant, les méthodes applicables¹⁴⁰.

Les installations sont également classées en fonction de leurs émissions par le règlement, afin de permettre l'adoption de règles de calcul des émissions et de surveillance en adéquation avec l'importance des émissions : cela permet de respecter le principe de proportionnalité¹⁴¹. Un plus haut degré de précision dans la restitution des données est ainsi exigé dans le chef des installations de classe C comparativement aux installations de classe A.

La déclaration se fait au plus tard le 31 mars de l'année suivant les émissions déclarées¹⁴².

§2.- Vérification des émissions

La vérification des émissions est opérée par un vérificateur désigné par les autorités nationales. Il doit répondre aux exigences du règlement 600/2012¹⁴³ ainsi qu'à celles du règlement 765/2008¹⁴⁴.

Les directives relatives au processus de vérification sont également contenues dans le règlement 600/2012.

Les vérificateurs peuvent également opérer dans l'ensemble des Etats membres.

§3.- Restitution des quotas

En fonction des émissions surveillées et vérifiées, les entités couvertes sont tenues à une obligation de restitution d'un nombre équivalent de quotas, au plus tard le 30 avril de l'année suivant les émissions concernées¹⁴⁵.

¹³⁹ Article 18 du règlement 601/2012.

¹⁴⁰ Article 21 du règlement 601/2012.

¹⁴¹ Article 19 *juncto* article 21, §1 du règlement 601/2012 – Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴² Article 67 du règlement 601/2012.

¹⁴³ En particulier les Chapitre III et IV.

¹⁴⁴ Règlement 765/2008 du 9 juillet 2008, fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n°339/93 du Conseil.

La restitution s'effectue en fait via l'annulation d'un nombre de quotas équivalent aux émissions de l'installation sur le compte de l'exploitant dans le registre.

§4.- Analyse comparative

Chaque SEQE dispose de ses règles en matière de surveillance, déclaration et vérification, en fonction de la répartition des compétences, des secteurs visés, etc. Cependant, les principes généraux applicables au cycle de conformité sont généralement l'indicateur de l'intégrité d'un système : il faut, pour que les acteurs aient confiance dans le système, que les principes de complétude, cohérence, transparence, confiance et sincérité soient respectés¹⁴⁶.

En effet, si le coût du contrôle des émissions est trop élevé, il peut être plus intéressant pour l'entité couverte d'accepter des obligations de restitution supérieures à ses émissions effectives pour éviter de devoir contrôler chacune de ses émissions¹⁴⁷.

SECTION 7.- SANCTIONS

Si une entité couverte ne respecte pas ses obligations de restitution, elle s'expose, dans chaque SEQE, à une sanction, proportionnelle au non-respect. D'autres sanctions sont également prévues en cas de manipulation du marché ou de fraude.

§1.- Les sanctions dans le SEQE de l'UE

Le SEQE de l'UE a mis en place un double volet de sanctions, dont les détails sont déterminés par les Etats membres¹⁴⁸ : d'une part, les entreprises sont tenues de payer une amende de 100€ par quota qu'elles n'ont pas restitué avant le 30 avril de l'année suivant les émissions visées. D'autre part, le paiement de l'amende ne libère pas l'exploitant de ses obligations de restitution¹⁴⁹. En plus de ces sanctions, il est prévu que le nom des entités n'ayant pas respecté leurs obligations soit publié¹⁵⁰.

¹⁴⁵ D. LINDEMANS, D. DEVOS, *op. cit.*, p. 269 ; P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 788.

¹⁴⁶ S. WEISHAAR, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 150.

¹⁴⁸ Article 16, §1 de la directive 2003/87.

¹⁴⁹ Article 16, §3 de la directive 2003/87.

¹⁵⁰ Article 16, §2 de la directive 2003/87.

Ce sont les Etats membres qui sont chargés de l'exécution des sanctions, sous contrôle toutefois de la Commission qui vérifie que ces sanctions sont bien proportionnées, effectives et dissuasives¹⁵¹.

Il faut toutefois constater que le niveau de respect des obligations est très élevé dans l'ensemble du système : près de 99% des entités couvertes sont en ordre de restitution des quotas¹⁵².

Suite à l'évolution du cadre législatif relatif aux fraudes et aux manipulations de marchés financiers, le législateur européen a également décidé d'appliquer le régime général des sanctions pénales et civiles des infractions sur les marchés financiers au marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁵³.

§2.- Analyse comparative

Outre une sanction pécuniaire, il est possible de faire peser sur les entités couvertes une obligation plus importante en cas d'absence de conformité : c'est ainsi qu'au Québec, toute entreprise qui ne restitue pas suffisamment de droits d'émission doit en restituer trois pour chaque quota manquant¹⁵⁴.

SECTION 8.- EVOLUTIONS RÉCENTES

§1.- Mesures lors de la 3^e phase

Nous avons déjà exposé le surplus de quotas d'émissions auquel était, et est toujours, exposé le SEQE de l'UE. Ce surplus a pour effet de maintenir le quota à un prix insuffisant pour donner un réel signal aux acteurs. Dans ce contexte, de nombreuses voix se sont fait entendre en faveur soit d'une réforme en profondeur du système, soit de sa suppression pure et simple.

En 2012, la Commission proposa de postposer la mise sur le marché via vente aux enchères de 900 millions de quotas pour les années 2014, 2015 et 2016, avant de les réintroduire en 2019 et 2020. A cet effet, la décision 1359/2013 fut adoptée par le Parlement et le Conseil¹⁵⁵.

¹⁵¹ Article 16, §1 de la directive 2003/87.

¹⁵² Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵³ Directive 2014/57 du 16 avril 2014 ; P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 787.

¹⁵⁴ Article 22 du règlement concernant le système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre du Québec.

¹⁵⁵ Décision 1359/2013 du 17 décembre 2013 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87 afin de préciser les dispositions relatives au calendrier des enchères de quotas d'émission de gaz à effet de serre ; S. BORGHESI *et al.*, *op.cit.*, p. 25.

Cette technique paraît dérisoire tant le surplus de quotas est important ; la réintroduction des quotas dans le futur est également inefficace au point de vue environnemental, même si elle est économiquement justifiée.

Pour agir plus structurellement, le législateur européen a adopté une réserve de stabilité du marché¹⁵⁶. Cette réserve permet d'améliorer la flexibilité de la régulation, de faire face aux chocs du marché, mais également de rétablir l'équilibre entre offre et demande sur le marché des quotas¹⁵⁷.

Elle est basée sur un contrôle permanent du nombre de quotas en circulation, et du surplus présent sur le marché. En fonction de ce facteur, des quotas sont retirés du marché et ajoutés à la réserve ou retirés de celle-ci afin d'être replacés sur le marché. Le nombre de quotas en circulation correspond donc au nombre de quotas issus des phases d'échange antérieures ainsi que les quotas distribués gratuitement et les quotas issus de la réserve des nouveaux entrants¹⁵⁸. La réserve entrera en vigueur en 2019¹⁵⁹.

En outre, l'une des faiblesses du SEQE de l'UE résidait dans la dilution de la répartition des compétences administratives entre l'UE et les Etats membres. Pour la troisième phase, il fut donc procédé à une centralisation partielle des compétences au niveau européen.

Enfin, la réforme des marchés financiers au niveau européen en 2014 eut un impact sur les marchés de quotas, puisqu'il fut décidé que la directive 2014/65 faisait rentrer les quotas et leurs dérivés dans la catégorie des produits financiers¹⁶⁰. Cette application permet de renforcer l'intégrité du marché, et de sanctionner toute manipulation ou délit d'initié qui pourrait opérer sur le marché secondaire¹⁶¹.

§2.- Réforme en vue de la 4^e phase

La 4^e phase d'échange entrera en vigueur dès 2021 et s'étendra jusqu'en 2030. La Commission a présenté une proposition de modification de la directive 2003/87, afin

¹⁵⁶ Deuxième considérant de la décision 2015/814 du 6 octobre 2015 du Parlement et du Conseil, concernant la création et le fonctionnement d'une réserve de stabilité du marché.

¹⁵⁷ Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, *op. cit.*, p. 30-31

¹⁵⁸ Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, *ibidem*, p. 20.

¹⁵⁹ Article 1, §1 de la décision 2015/814.

¹⁶⁰ Directive 2014/65 du Parlement et du Conseil du 15 mai 2014, concernant les marchés d'instruments financier (...), article 1, §1, et annexe I, section C, avec l'exception notable de l'article 2, d) et e), qui soustrait du champ d'application de la directive les exploitants soumis à des obligations de restitution qui n'effectuent pas d'opération de *trading*.

¹⁶¹ Article 1, §1 de la directive 2014/65; P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 788.

d'atteindre un certain nombre d'objectifs. Tout d'abord, l'objectif de promotion de la recherche dans le champ des technologies vertes sera encouragé par la création d'un fond de l'innovation.

Ensuite, la mise aux enchères de quotas sera renforcée par rapport à la troisième phase, passant à 57% des quotas mis sur le marché¹⁶². En outre, les dispositions relatives à la lutte contre les fuites de carbone seront renforcées par une meilleure prévisibilité et des règles plus robustes¹⁶³.

Enfin, les objectifs secondaires du SEQE de l'UE seront également renforcés. Deux fonds seront ainsi mis en place : l'un en vue du soutien à l'innovation dans les nouvelles technologies à faibles émissions et l'autre en vue de la modernisation des secteurs de l'énergie pour les pays où le PIB par habitants est plus faible que 60% de la moyenne européenne¹⁶⁴.

CONCLUSIONS

On peut constater une complexification du cadre réglementaire applicable au SEQE de l'UE, qui s'accompagne d'une centralisation européenne croissante. La réglementation applicable peut être résumée en trois phases : les règles initiales (d'allocation, étendue, plafond,...), qui doivent encore faire l'objet d'un grand nombre d'adaptations pour répondre aux défis du contexte dans lequel elles s'appliquent ; les règles de conformité (relatives au cycle du SEQE), qui semblent avoir atteint une certaine maturité et ne devraient plus nécessiter de modifications fondamentales ; et enfin les règles de sanction, qui doivent nécessairement faire preuve de flexibilité pour s'assurer que des abus ne se produisent pas sur le marché.

Le maintien à flot du système se révèle donc de plus en plus complexe et les intérêts divergents de toutes les parties rendent une modification de celui-ci de plus en plus fastidieuse. Tout ceci est probablement dû au caractère de test lors de la première phase et au contexte économique difficile dans lequel il a été appelé à se développer.

Toutefois, les outils européens forment aujourd'hui un cadre réglementaire presque complet où les institutions nationales ne jouent plus le rôle prépondérant qu'elles ont pu jouer dans les premiers balbutiements du SEQE de l'UE.

¹⁶² Com (2015) 337, final, article 1, §4.

¹⁶³ Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, *op. cit.*, p. 31 – COM(2015) 337 final, article 1, §6.

¹⁶⁴ COM(2015) 337 final, article 1, §5, f) et §7.

En outre, le SEQE de l'UE a été confronté, depuis sa première phase, à des dysfonctionnements chroniques qui l'ont empêché d'envoyer aux secteurs visés un signal économique suffisamment fort. Il n'a pas pu démontrer sa flexibilité face aux circonstances troubles auxquelles il était confronté. Encore à l'heure actuelle, le soutien aux politiques de recherche et d'innovation est limité, tant l'avenir à long terme de l'échange de quotas (et surtout du prix des droits d'émission) semble confus.

Face à cela, la Commission tente peu à peu de renverser la tendance et de rendre le cadre réglementaire plus robuste. Mais la tâche est compliquée, et l'urgence de la situation requerra probablement l'adoption de mesures à plus court terme, tout en ne mettant pas au placard les solutions offertes par le SEQE.

L'UE a été pionnière dans la mise en place d'un SEQE, et elle bénéficie encore aujourd'hui d'une expérience élargie en la matière : il faut qu'elle agisse, à la fois sur le plan interne et sur le plan international pour que cette expérience soit profitable à tous ceux qui s'engagent sur la voie de l'échange de quotas.

CHAPITRE III- INTERCONNEXION DES SEQE

INTRODUCTION

Nous allons à présent dresser les caractéristiques juridiques et les potentiels obstacles à l'établissement d'un lien entre le SEQE de l'UE et un autre système d'échange de quotas.

La question de l'établissement d'une interconnexion occupe une place importante dans les discussions en matière de SEQE depuis quelques années, car elle présente une alternative crédible à l'adoption d'un accord international en matière de lutte contre les changements climatiques¹⁶⁵. En effet, la mise sur pied d'un lien permet de progressivement mettre en place une méthode commune de réduction des émissions de gaz à effet de serre. On évite ainsi le passage par les forums internationaux de négociation d'accords globaux en matière de climat qui se montrent souvent trop frileux¹⁶⁶.

L'interconnexion consiste donc en l'adoption d'une approche *bottom-up* à la problématique de la réduction des émissions de gaz à effet de serre, rendant ainsi envisageable, bien qu'à très long terme, l'existence d'un système global, via le couplage direct ou indirect de systèmes nationaux¹⁶⁷. Il s'agit d'un processus complexe qui requiert la mise en place de compromis et de méthodologies novatrices, mais qui, au final, présente des avantages qui ne peuvent être sous-estimés¹⁶⁸.

Deux systèmes se trouvent liés lorsqu'une entité couverte peut utiliser des unités issues d'un système pour répondre à ses obligations de restitution dans le deuxième système¹⁶⁹. Cette définition ne rend toutefois pas suffisamment compte des défis que représente l'établissement d'un lien. De nombreuses adaptations sont en effet nécessaires entre les systèmes pour qu'ils puissent entrer en communication tout en s'assurant que l'intégrité de chacun des SEQE soit conservée.

¹⁶⁵ M. RANSON, N. STAVINS, « Linkage of greenhouse gas emissions trading systems: learning from experience », *Climate Policy*, 2016, vol. 16, n°3, p. 296.

¹⁶⁶ Voy. ainsi les critiques sur le récent accord de Paris - <http://www.lalibre.be/archive/un-texte-faussement-ambitieux-et-bourre-de-failles-579102bb35705dcbd704c950> - Et ce qui a été dit, ci-avant sur l'article 6 de cet accord.

¹⁶⁷ N. BÖHM *et al.*, *Linking Emission Trading Schemes : A summary of current research*, ICAP, 2015, p. 4.

¹⁶⁸ M. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 286 et s. ; S. HAWKINS, I. JEGOU, *Linking Emission Trading Schemes, considerations and recommendations for a joint EU-Korean Carbon Market*, 2014, p. 4.

¹⁶⁹ M. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 285 ; E. HAITES, « Experience with linking greenhouse gas emissions trading systems », *WIREs Energy and Environment*, 2016, p. 246 ; M. MEHLING, « Linking of Emission Trading Schemes », *Legal Aspects of Carbon Trading, Kyoto, Copenhagen and beyond*, sous la direction de D. Freestone et C. Streck, Oxford University Press, 2009, p. 112.

Dans ce contexte, le rôle de l'approche légale est d'assurer la cohésion des SEQE liés et de faciliter la mise en place durable de l'interconnexion par des outils qui accompagnent les décideurs tout au long du processus d'établissement, des négociations relatives à la cessation du lien, en passant par sa gestion quotidienne.

Afin d'étudier cette question, nous élaborerons notre analyse à partir des caractéristiques du SEQE de l'UE, qui ont d'ores et déjà été présentées. Une approche concrète est en effet pertinente pour déterminer quels outils sont nécessaires à la conclusion d'un partenariat entre SEQE et quels sont les défis fondamentaux que cette nouvelle technique pose.

À titre d'illustration, nous utiliserons également le lien entre les SEQE californien et québécois, entré en vigueur en 2014, et qui est, encore à ce jour, l'une des seules applications d'un lien entre deux systèmes hétérogènes.

Toutefois, outre cet exemple effectif, des initiatives sont en marche : l'UE et la Suisse sont en voie de finaliser leur collaboration¹⁷⁰ ; et des voix s'élèvent pour voir émerger une interconnexion de systèmes en Asie¹⁷¹.

Tout d'abord, nous étudierons les conditions préalables à la mise en place d'un lien (Section 1) ; ensuite, nous nous pencherons sur la forme du lien (Section 2) ; enfin, nous nous intéresserons au maintien du lien sur la durée (Section 3).

SECTION 1.- COMPATIBILITÉ, VOLONTÉ POLITIQUE ET NÉGOCIATIONS : LES ÉTAPES PRÉALABLES À LA MISE EN PLACE D'UN LIEN

Préalablement à la réalisation du couplage, diverses questions doivent être réglées par les ordres juridiques¹⁷² souhaitant rapprocher leur SEQE.

En raison de l'existence de partenariats entre divers ordres juridiques, certains SEQE sont, dès l'origine, structurés d'une manière uniforme, ce qui simplifie grandement la tâche préalable de vérification de la compatibilité¹⁷³. C'est ainsi que des forums de concertation ont été créés

¹⁷⁰ <http://www.bafu.admin.ch/klima/03449/12696/index.html?lang=en&msg-id=60425>

¹⁷¹ Asian Development Bank, *Emission trading schemes and their linking :challenges and opportunities in Asia and the Pacific*, 2015

¹⁷² A ce stade, nous utiliserons la notion d'ordre juridique ou de juridiction par préférence à celle d'Etat, car les SEQE peuvent être organisés par diverses entités, à tous les échelons de pouvoir.

¹⁷³ Le WCI (<http://www.westernclimateinitiative.org/organization>) ainsi que le RGGI (Regional Greenhouse Gas Initiative - <https://www.rggi.org/>) ont contribué à déterminer une structure optimale pour leurs membres. C'est

par des entités pour rapprocher les structures de leurs systèmes : il s'agit d'instruments de *soft law* permettant l'émergence de standards et mécanismes tendant à s'uniformiser¹⁷⁴.

Il convient tout d'abord de dresser une typologie des liens possibles entre SEQE. Ensuite, nous décrirons les avantages et inconvénients de l'établissement d'un lien. Nous étudierons enfin les questions de compatibilité.

§1.- Typologie des liens

Les liens entre systèmes sont susceptibles de prendre des formes diverses. On distingue ainsi les liens unilatéraux des liens bilatéraux et multilatéraux. Les liens peuvent également être directs ou indirects¹⁷⁵.

Le choix du type de lien influence le degré d'intégration que les systèmes devront présenter afin de garantir l'intégrité environnementale de leur fonctionnement, mais également de déterminer l'influence potentielle d'un système sur l'autre.

A. Liens directs et indirects

Deux systèmes sont directement liés lorsque les instruments de conformité d'un système peuvent être directement utilisés pour remplir des obligations de restitution dans le cadre du deuxième système.

Un lien indirect est établi quand un système C a établi un lien direct avec un système A et un autre lien direct avec un système B, sans toutefois qu'il n'existe de lien entre A et B¹⁷⁶. Cela arrive le plus fréquemment dans le cadre de mécanismes de projets tels que ceux prévus par le protocole de Kyoto, mais peut également se produire en cas de lien entre des systèmes opérationnels indépendants les uns des autres.

Nous concentrerons notre exposé sur les liens directs, qui présentent un intérêt plus grand pour les décideurs et qui sont en fait l'aboutissement idéal des liens indirects entre systèmes opérationnels. En effet, les liens indirects ne créent qu'une influence factuelle d'un système sur l'autre sans qu'il n'existe à proprement parler de cadre juridique à la relation entre eux.

également l'objectif de l'ICAP (International Carbon Action Partnership) et du PMR (Partnership for Market Readiness) à un niveau plus global.

¹⁷⁴ Voy. également infra, Section 2, §2.

¹⁷⁵ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 22 ; E. HAITES, 2016, *op. cit.*, 249-250.

¹⁷⁶ M. LAZARUS *et al.*, *Options and issues for restricted linking of emission trading systems*, ICAP, 2015, p. 9.

L'influence ne doit cependant pas être négligée dans la mesure où les fluctuations de systèmes non directement liés peuvent influencer sur l'évolution des autres¹⁷⁷.

B. Liens unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux

Les liens unilatéraux sont ceux qui permettent le transfert de quotas d'un système vers un autre, mais pas la réciproque. Cela arrive également lorsqu'un SEQE est lié à un système de crédits. Le lien a alors un effet limité sur les prix : le prix du quota dans le système qui se trouve lié jouera comme un plafond pour le système qui en accepte les unités. En revanche, tant que le prix du quota du système à l'initiative du lien est inférieur à celui dont les unités sont acceptées, le lien ne produira pas d'effet.

La mise en place d'un tel lien n'est pas dénuée d'implications, puisque la juridiction à l'initiative doit modifier la structure administrative de son SEQE afin que les unités de l'autre système soient utilisables par les entités couvertes¹⁷⁸. En outre, si la demande pour des quotas augmente sur le SEQE lié, les prix de celui-ci seront revus à la hausse, ce qui peut engager des craintes dans le chef des régulateurs.

Les liens bilatéraux sont ceux conclus entre deux juridictions permettant aux entités de chaque système d'utiliser les unités issues de chaque système pour remplir leurs obligations de restitution, sans qu'aucune formalité supplémentaire ne doive être remplie¹⁷⁹.

Les liens multilatéraux sont quant à eux une succession de liens bilatéraux entre plusieurs systèmes qui reconnaissent les droits d'émission les uns des autres sans distinction. Ce type de lien est jusqu'à présent utopique mais est le modèle même d'une approche *bottom-up* généralisée et qui formerait un SEQE fondamentalement international.

L'adoption de liens bilatéraux et multilatéraux mènera à une convergence complète des prix des unités dans chaque SEQE. Les liens multilatéraux auront le même effet, mais supposent la mise en place d'un cadre réglementaire plus complexe que les liens bilatéraux, qui peuvent être maintenus par le dialogue des administrations en charge de la gestion des systèmes.

¹⁷⁷ Ce fut ainsi le cas de la Nouvelle-Zélande dans le cadre des mécanismes de projets du protocole de Kyoto (MOC et MDP), dont le prix des équivalents a chuté suite à la volatilité des prix des quotas européens, amenant ainsi *de facto* le prix des unités néo-zélandaise à subir une baisse de prix conséquente, sans toutefois que le gouvernement n'aie de possibilité d'influence sur le marché européen. – R. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 295 ; Voy. l'Annexe C au présent mémoire.

¹⁷⁸ Voy. *infra*, §3.

¹⁷⁹ E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 247 ; B. GORLACH *et al.*, *Designing Institutions, Structures and Mechanisms to Facilitate the Linking of Emission Trading Schemes*, German Emissions Trading Authority (DEHSt), Berlin, 2015, p. 15.

Afin de limiter la convergence des prix et l'influence mutuelle d'un système sur l'autre tout en conservant un lien bi- ou multilatéral, des règles régissant les volumes transférés entre systèmes pourront être adoptées¹⁸⁰. On parlera alors de liens restreints.

§2.- Avantages et inconvénients

Tout lien, quelle qu'en soit la forme, comporte des avantages et des inconvénients, qui se mesurent en règle générale sur le plan de l'efficacité (économique) du SEQE ou de l'intégrité environnementale, c'est-à-dire sa capacité à générer des réductions d'émission de gaz à effet de serre effectives. Le rôle des régulateurs est d'une part de s'assurer que les avantages surpasseront les inconvénients une fois la décision de lier les systèmes entrée en vigueur ; et d'autre part, de minimiser l'impact des inconvénients par l'adoption d'un cadre légal adapté.

A. Avantages

Les principaux avantages de l'interconnexion sont la réduction du coût total de la réalisation des objectifs de diminution d'émissions de gaz à effet de serre, ainsi que l'optimisation du fonctionnement du SEQE. Cependant, d'autres avantages ne doivent pas être négligés lors de l'adoption de la décision finale.

Premièrement, l'établissement d'un lien diminue le coût total de réduction des émissions. En effet, le coût marginal de réduction moyen dans un SEQE lié est moins élevé, car de plus nombreuses alternatives à coût limité sont ouvertes¹⁸¹. En outre, plus l'étendue du SEQE est grande, plus le prix sera stable, ce qui donne aux potentiels investisseurs un signal positif pour s'engager dans la recherche de technologies moins émettrices¹⁸².

Deuxièmement, le fonctionnement du marché est facilité. En effet, le marché est plus liquide, ce qui, en termes économiques, signifie que les vendeurs trouvent plus facilement un acheteur et que les acheteurs trouvent plus facilement un vendeur, pour autant que les coûts de transaction soient limités. La volatilité des prix des unités s'en trouve réduite car la courbe des coûts marginaux de réduction est plus stable qu'au sein d'un système de moins grande envergure¹⁸³. La plus grande taille du marché permet également de limiter les pouvoirs de certains gros émetteurs et leur influence potentielle sur le prix du quota, car leur taille relative

¹⁸⁰ M. LAZARUS *et al.*, *op. cit.*, p. 11-12; voy. également *infra*, Section 2, §3, B.

¹⁸¹ E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 246 ; S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 23 ; S. BORGHESI *et al.*, *op.cit.*, p. 95.

¹⁸² E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 248.

¹⁸³ R. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 289.

s'en trouve réduite, et les partenaires commerciaux peuvent se tourner vers le second marché pour éviter de devoir traiter avec eux¹⁸⁴.

Troisièmement, la perspective d'un lien rend l'adoption d'un SEQE envisageable pour une juridiction qui, sans cela, n'aurait pas opté pour cette politique. En effet, certaines juridictions ne disposeraient pas d'assez d'acteurs participant au SEQE ou devraient faire face à des coûts administratifs disproportionnés pour la mise en place, si elles devaient agir seules¹⁸⁵.

Ces avantages sont d'autant plus importants lorsque le marché isolé est limité. Ainsi, pour l'Union Européenne, ces avantages doivent être relativisés lorsque des liens avec des systèmes de faible envergure sont envisagés¹⁸⁶. Le rôle d'exemple de l'UE dans ce contexte ne doit donc pas être négligé : elle peut également jouer de son influence et de son expertise pour encourager d'autres juridictions à adopter un système d'échange comparable.

En effet, un lien est une première étape dans la création d'un processus commun de diminution des émissions de gaz à effet de serre entre les juridictions¹⁸⁷. Une interconnexion permet de prouver le sérieux de l'engagement d'une juridiction envers son SEQE, ce qui donne aux investisseurs un signal supplémentaire en faveur de la recherche de technologies menant à la diminution des émissions¹⁸⁸. Il y aura en effet au niveau international une pression politique réciproque pour que chacun respecte ses engagements et continue à utiliser le SEQE¹⁸⁹.

B. Inconvénients

Malgré la multiplication des négociations en vue d'un lien, il existe un certain nombre d'inconvénients et d'incertitudes qui sont autant d'obstacles à la réalisation de celui-ci. Les principales difficultés concernent l'intégrité du système une fois la liaison effectuée, et la distribution des gains et pertes.

L'incertitude quant à l'intégrité des réductions est l'un des risques que présente la mise en place d'un lien : il faut que les systèmes s'assurent que les plafonds soient bien respectés et que les unités soient compatibles afin de permettre la réalisation des objectifs

¹⁸⁴ E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 248 ; S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁵ E. HAITES, 2016, *ibid.*, p. 246 ; PMR, *Lessons learned from Linking Emissions Trading Systems: General Principles and Application*, Technical note 7, 2014, p. 21.

¹⁸⁶ Voy. par exemple la taille relative du SEQE Suisse face au SEQE de l'UE.

¹⁸⁷ S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁸⁸ On parle de « institutionnal lock-in » - S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁹ S. HAWKINS, I. JEGOU, *ibidem*.

environnementaux pour lesquels le SEQE a été mis sur pied. Il faut aussi s'assurer que les réductions sont additionnelles : sans la transaction entre les systèmes, ces réductions n'auraient pas eu lieu¹⁹⁰.

La répartition des gains et pertes respectifs des différents acteurs concernés peut également poser problème : avant de réaliser le lien, il est complexe de déterminer quels acteurs peuvent y gagner ou y perdre, ce qui représente un risque important en termes d'acceptation du lien. Généralement, les vendeurs dans le système au prix le plus bas et les acheteurs dans le système au prix le plus haut bénéficieront de la convergence des prix des unités¹⁹¹. En outre, le coût de production des entreprises produisant des biens à forte intensité énergétique risque d'augmenter en cas d'évolution à la hausse du prix des droits d'émission¹⁹².

Le lien crée également des flux de capitaux entre les systèmes liés : les entités couvertes, attirées par un coût des droits d'émission inférieur au sein d'un autre marché, iront se procurer des unités d'un système à l'autre, ce qui peut représenter un risque pour les régulateurs et une perte pour l'une des juridictions¹⁹³. L'existence de ces potentiels flux de capitaux mène à un autre effet pervers, à savoir l'incitation des gouvernements à ne pas adopter un plafond d'émissions trop contraignant, afin d'éviter la raréfaction des instruments de conformité et ainsi maintenir leur prix à un niveau moins élevé¹⁹⁴.

De plus, la création d'une interconnexion ne permet plus de garantir les avantages incidents de la réduction des émissions via un SEQE : il est possible que les réductions ne permettent plus d'éviter la pollution localement, et que la transition vers une énergie moins émettrice ne se fasse potentiellement pas au sein de l'ordre juridique¹⁹⁵. C'est pourquoi il est nécessaire que l'adoption d'un SEQE s'inscrive dans une politique environnementale générale plus large, permettant de remplir les autres objectifs de développement durable.

Les contrôles et éventuelles résistances au changement dans le chef de la société civile et des différents détenteurs d'intérêt seront également augmentés par la conclusion d'un lien. Même

¹⁹⁰ R. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 291.

¹⁹¹ E. HAITES, 2016, *op. cit.* p. 248

¹⁹² PMR, Technical Note 7, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹³ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁴ E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 249 ; S. HAWKINS, I. JEGOU, *ibid.*, p. 24. Cet effet peut toutefois être limité par l'adoption d'accords entre les juridictions sur les adaptations de leur plafond, et via la prise d'engagements internationaux contraignants en vue de réduire les émissions (PMR, Technical Note 7, *op. cit.*, p. 9-10).

¹⁹⁵ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 24 – Pour limiter ce désagrément, il est possible d'opter pour un lien restreint (M. LAZARUS *et al.*, *op. cit.*, p. 12-13 ; voy. *infra*, Section 2, §3)

si chacun peut y trouver un intérêt, il faudra convaincre tous les acteurs que le lien constitue une évolution profitable du SEQE¹⁹⁶.

Enfin, les gouvernements eux-mêmes doivent accepter de perdre une partie du contrôle qu'ils avaient sur le SEQE précédemment : ils ne pourront plus prendre des décisions unilatéralement sans, au minimum, en informer au préalable le partenaire¹⁹⁷. Une coordination des interventions et autres modifications structurelles est indispensable afin de préserver l'intégrité environnementale du SEQE et son bon fonctionnement¹⁹⁸. En outre, une adaptation de la structure *ex ante* peut se révéler nécessaire afin d'assurer la compatibilité des systèmes, alors que les choix structurels sont souvent le fruit d'un compromis dicté par le contexte du système¹⁹⁹. La mise en place de l'interconnexion complexifie donc la gestion globale des SEQE²⁰⁰.

Certains inconvénients peuvent être réduits via l'adoption de liens restreints, qui limitent l'interconnexion entre les systèmes, d'une manière quantitative ou qualitative : on limitera ainsi les flux de capitaux, ou on s'assurera de l'intégrité des réductions occasionnées²⁰¹.

Analysons cependant plus en détails les adaptations nécessaires pour rendre les SEQE compatibles.

§3.- Compatibilité des SEQE

La détermination de la compatibilité de deux systèmes est centrale pour permettre l'établissement d'un lien. Il s'agit d'ailleurs d'une condition préalable que la directive 2003/87 impose avant la mise en place des négociations d'interconnexion. L'article 25, §1 *bis* de la directive prévoit qu'un lien peut être établi avec un système d'échange compatible, mais

¹⁹⁶ D. CULLENWARD, « Limits of administrative law as regulatory oversight in linked carbon markets », *UCLA J. of Environmental law*, Vol. 33, 2015, p. 1.

¹⁹⁷ R. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 293 ; Voy. infra, Section 3.

¹⁹⁸ Voy. par exemple dans le lien entre Californie et Québec : article 4 de l'Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board, concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre, adoptée en Septembre 2013.

¹⁹⁹ R. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 293.

²⁰⁰ S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, p. 96.

²⁰¹ Voy. Infra, Section 2, §3, B.

aucune définition légale n'a été adoptée pour déterminer quels sont les systèmes compatibles et ceux qui ne le sont pas²⁰².

La majorité des commentateurs s'intéresse donc à cette question et tente de déterminer dans quelle mesure l'harmonisation complète des systèmes est nécessaire pour les considérer comme compatibles et permettre la réalisation du lien sans remettre en question l'efficacité économique et l'intégrité environnementale de chacun des systèmes liés²⁰³.

Pour ce faire, une distinction entre trois types de caractéristiques à harmoniser est généralement dressée : les caractéristiques qui, si elles ne sont pas harmonisées, posent une barrière économique au lien ; les caractéristiques qui posent une barrière politique à la mise en place du lien et enfin les caractéristiques qui ne posent pas nécessairement de barrière, mais dont il est souhaitable qu'elles soient harmonisées.

Nous tenterons de synthétiser cette catégorisation, dont les difficultés doivent être réglées préalablement à la mise en place du lien. Il convient toutefois de constater que la doctrine n'est pas unanime et que l'analyse doit être menée *in concreto* en prenant en compte les caractéristiques des deux systèmes qui entrent en négociation²⁰⁴.

A. Caractéristiques structurelles qui présentent une barrière économique

La première caractéristique évidente qui doit être harmonisée entre les systèmes et le fait qu'il s'agit de systèmes de plafonnement et d'échange de droits d'émissions, et pas de systèmes basés sur l'intensité des émissions, qui imposent des réductions d'émission en fonction d'unités de production²⁰⁵.

Les objectifs environnementaux de réduction des émissions doivent également être comparables (même si une mise en commun complète n'est pas nécessaire). En effet, des différences dans les objectifs influencent la rigueur perçue des systèmes et une différence de prix des droits d'émission est susceptible d'en découler²⁰⁶. Cependant, une différence dans la

²⁰² Le même paragraphe impose cependant que les SEQE avec lesquels un lien est envisagé disposent d'un plafond d'émissions absolu. Bien qu'elle soit nécessaire, cette condition n'est cependant pas suffisante pour permettre à elle seule l'interconnexion entre deux SEQE.

²⁰³ N. BÖHM *et al.*, *op. cit.*, p. 5 et s. ; PMR, Technical Note 7, *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁴ PMR, Technical Note 7, *ibidem*, p. 15.

²⁰⁵ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 27 ; M.J. MACE, J. ANDERSON, « Legal and design issues arising in linking the EU ETS with existing and emerging emissions trading schemes », *JEEPL*, 2009, p. 218 ; M. MEHLING, *op.cit.*, p. 115.

²⁰⁶ R. RANSON, N. STAVINS, 2016, *op. cit.*, p. 293 ; S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, p. 97.

rigueur des plafonds constituera également un obstacle politique à la mise en place d'un lien²⁰⁷.

L'harmonisation des mesures de contrôle du prix via l'influence sur l'offre et la demande est fondamentale pour des raisons économiques : toute mesure de contrôle du prix se propagera en effet à l'ensemble des systèmes liés²⁰⁸. Il en va de même pour les mesures d'ajustement a posteriori de la distribution de quotas, qui auront pour effet d'influencer le marché d'une manière négative si elles ne sont pas harmonisées.

B. Caractéristiques structurelles qui présentent une barrière politique

Les parties doivent faire preuve d'une volonté de s'engager à long terme, en mettant en place des caractéristiques structurelles durables et robustes, comme par exemple des périodes d'échange qui s'enchaînent, et une gestion administrative stable²⁰⁹.

Une différence dans les méthodes de distribution des quotas aura une influence négative sur la décision politique de lier les systèmes : en effet, si des quotas sont attribués à titre gratuit à un secteur mais sont mis aux enchères pour un même secteur dans un autre système, cela aura pour effet d'influencer la compétitivité des entreprises qui ne reçoivent pas leurs droits à titre gratuit²¹⁰. Dans le SEQE de l'UE, les règles contenues aux articles 10 et suivants de la directive 2003/87 devraient donc soit être synchronisées avec le système lié, permettant également une approche commune de la lutte contre les fuites de carbone, tout en maintenant un cadre adapté aux circonstances de chaque système²¹¹. En dehors de ces règles spécifiques, la mise aux enchères semble la solution la plus pragmatique, afin de garantir une approche équitable pour chaque système lié²¹².

C. Caractéristiques structurelles qu'il n'est pas nécessaire mais souhaitable d'harmoniser

Certaines mesures ne nécessitent qu'une harmonisation limitée, pour autant que les partenaires aient l'assurance que l'intégrité et l'efficacité de leurs systèmes respectifs soient conservées.

²⁰⁷ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 26 ; PMR, Technical Note 7, *op. cit.*, p. 14 ; N. BÖHM *et al.*, *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁸ N. BÖHM *et al.*, *ibid.*, p. 8 ; M.J. MACE, J. ANDERSON, 2009, *op. cit.*, p. 218 ;

²⁰⁹ E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 251.

²¹⁰ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 26.

²¹¹ La liste des secteurs exposés à des fuites de carbone peut nécessiter une adaptation en fonction du contexte économique de chaque système (article 10*bis*, §12 et 13 ainsi que 10*ter* de la directive 2003/87).

²¹² C'est l'approche adoptée par la Californie et le Québec – Article 8 et 9 de l'Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198).

Une différence dans le champ d'application des systèmes ne peut être considérée comme constituant une barrière à la mise en place d'un lien. Cependant, si les mêmes secteurs ne sont pas couverts, des questions politiques de préservation de la compétitivité des entreprises et de comparabilité des efforts peuvent se poser. De même pour les règles comptables qui devront également être adaptées afin d'éviter le double comptage²¹³.

La tenue des registres de transaction ne doit pas non plus nécessairement être unifiée ou harmonisée : les systèmes peuvent conserver des règles différentes en la matière. Il faut toutefois que les registres soient sûrs, et qu'un outil de mise en relation soit créé afin que les transactions entre les systèmes soient enregistrées avec précision, sans risque pour les entités ou l'intégrité du système²¹⁴. Pour les liens multilatéraux, la création d'une plate-forme unique permet toutefois à chaque juridiction de localiser l'ensemble des quotas en mouvement sur le marché secondaire.

Une différence dans les périodes d'échange n'est pas non plus un obstacle fondamental à la création d'un lien²¹⁵. Toutefois, les dispositions en matière de mise en réserve et d'emprunt des droits d'émission sont mises en commun, afin d'éviter les manipulations de marché et les différences de prix lors de la transition d'une période à l'autre²¹⁶.

Quant aux règles de surveillance, rapport et vérification, elles doivent être d'une égale sévérité dans les deux systèmes mais pas nécessairement les mêmes²¹⁷ : il faut s'assurer par exemple, que le cadre réglementaire de chaque SEQE impose le recours à un vérificateur indépendant ou à une forme comparable de contrôle a posteriori des données d'émission (par exemple un contrôle administratif par une autorité *ad hoc*).

L'uniformisation des règles de sanction à l'égard des entités qui ne respectent pas leurs obligations n'est pas nécessaire dans la mesure où les sanctions mises en place par chaque

²¹³ N BÖHM *et al.*, *op. cit.*, p. 5. Rappelons qu'il s'agit du fait, pour un quota, d'être considéré comme valide par deux systèmes, ce qui permet à deux entités couvertes de le restituer, dégradant ainsi l'intégrité de chaque SEQE.

²¹⁴ S. HAWKINS, I. JEGOU, *ibid.*, p. 25 – Un exemple d'absence d'harmonisation et d'abus est la tenue de registres nationaux dans le SEQE de l'UE jusqu'en 2001, qui mena à l'adoption du règlement 389/2013 établissant un registre de l'Union conformément à la directive 2003/87 (PMR, Technical Note 7, *op. cit.*, p. 17).

²¹⁵ S. HAWKINS, I. JEGOU, *ibid.*, p. 26

²¹⁶ M. MEHLING, *op. cit.*, p. 115.

²¹⁷ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 25 – Ainsi, il subsiste quelques différences minimales dans les règles de la Norvège et celles de l'Union Européenne en la matière (*Ibidem*, p. 29)

système donnent un signal comparable aux entités couvertes en cas de non-respect de leurs obligations de restitution²¹⁸.

Notons tout de même qu'il est plus aisé de construire un lien durable et efficace lorsque l'ensemble des caractéristiques structurelles des SEQE sont harmonisées²¹⁹, même si cela complique fortement les négociations préalables.

Conclusion

La décision de procéder au couplage de deux SEQE est une décision fondamentalement politique, guidée par des considérations économiques et sociétales, qui sont à la fois internes au SEQE, mais qui peuvent également être externes à celui-ci²²⁰. Il est cependant nécessaire d'adopter une approche commune et de rendre les systèmes compatibles entre eux via l'utilisation de règles harmonisées.

Le terrain le plus adapté à la mise en place d'une interconnexion est l'ensemble des organisations internationales qui ont établi des règles structurelles pour l'adoption de SEQE par leurs membres. Si deux juridictions souhaitent établir un lien en dehors de ces forums de convergence, il convient de s'assurer de la compatibilité de leur système. C'est le cas pour l'UE : elle devra nécessairement analyser la taille relative des systèmes et déterminer les compromis qui doivent être atteints pour ce qui concerne l'harmonisation.

Les caractéristiques spécifiques du SEQE de l'UE, telles qu'elles ont été exposées au Chapitre II forment ainsi autant de barrières potentielles à la mise en place d'une interconnexion. Concrètement, les mesures de contrôle de prix²²¹ et les procédures d'allocation initiale des quotas sont les règles qui nous semblent les plus complexes, mais également les plus caractéristiques du système européen.

Une réelle volonté d'alignement devra donc animer l'ordre juridique extérieur souhaitant établir un lien afin d'assurer la compatibilité de son système avec le SEQE de l'UE. Une harmonisation semble relativement facile à atteindre en ce qui concerne l'étendue du plafond, des registres, et des règles de surveillance, déclaration et vérification.

²¹⁸ PMR, Technical Note 7, *op. cit.*, p. 16.

²¹⁹ Pour preuve, l'exemple de la Norvège avec le SEQE de l'UE ainsi que de la Californie et du Québec.

²²⁰ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

²²¹ Comme la réserve de stabilité du marché introduite par la décision 2015/814 (voy. supra, Chapitre II, Section 8).

Il faut donc que chacun soit prêt à faire des concessions, tout en procédant à une analyse des bénéfices potentiels qui pourraient être tirés de l'élargissement du système.

SECTION 2.- FORME DU LIEN

L'établissement d'un lien entre SEQE est donc le fruit d'une décision politique prenant en compte un contexte à la fois économique, juridique et de relations internationales. Cependant, il doit présenter certaines caractéristiques pour être effectivement appliqué au sein des juridictions qui l'ont adopté.

La forme de l'accord variera ainsi en fonction du type de lien préconisé par les négociations, du degré d'intégration initial et de l'identité des parties.

Au niveau de l'UE, deux démarches structurelles spécifiques peuvent être envisagées : d'une part, l'article 25 de la directive 2003/87, qui offre à l'Union la possibilité explicite d'établir un lien ; et d'autre part, la pratique qui a vu l'UE adopter la directive 2004/101 modifiant la directive 2003/87 afin de permettre l'établissement d'un lien unilatéral avec les mécanismes de projets mis en place par le protocole de Kyoto²²². Cette dernière option, bien que présentant un certain degré d'incertitude sur le plan des obligations internationales, ne doit pas être sous-estimée. Elle est en effet particulièrement pertinente en cas d'adoption d'un lien unilatéral, et pourrait aussi bien s'avérer utile en cas de mise en place d'un lien bilatéral²²³, sous certaines conditions que nous étudierons plus en profondeur.

Malgré un certain désintérêt pour la question de la nature juridique du lien, la doctrine a développé une approche théorique de la question : elle ne préconise pas exclusivement l'adoption d'un traité international, mais ouvre également la porte à une approche plus flexible²²⁴, permettant de s'adapter aux fluctuations de la réglementation applicable aux SEQE, considérés à la fois dans leur ensemble et de manière isolée. Nous intégrerons donc cette approche dans la discussion.

Nous nous pencherons également sur le contenu même de l'instrument officialisant le lien : dans quelle mesure doit-il contenir les détails de l'interconnexion et quels principes doit-il respecter ? Nous tenterons de répondre à ces questions, à la fois d'un point de vue théorique, mais également en adoptant une approche plus pratique de la question.

²²² Considérant n°2 de la directive 2004/101.

²²³ M. MEHLING, *op.cit.*, p. 121.

²²⁴ E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 251, M. MEHLING, *ibid.*, 2009, p. 121.

§1.- Accords

A. Cadre de prise de décision

L'article 25 de la directive 2003/87 prévoit expressément la possibilité de négocier et d'adopter des accords assurant la reconnaissance mutuelle des droits d'émission entre le SEQE de l'UE et un SEQE compatible.

La compétence internationale de l'UE en la matière découle de l'article 216 du TFUE. Celui-ci permet à l'UE d'adopter des accords, lorsque ceux-ci sont prévus par des actes contraignants comme c'est le cas de l'article 25 de la directive 2003/87.

L'article 217 peut également se révéler utile dans les négociations d'un lien, en ce qu'il permet à l'UE de créer une association prenant la forme d'une organisation internationale. Cet article pourra donc être éventuellement mobilisé en vue de créer une institution chargée de l'administration des SEQE liés²²⁵.

B. Article 25 de la directive 2003/87

Si l'on s'attarde plus longuement sur l'article 25 de la directive, le paragraphe premier vise expressément les pays signataires du protocole de Kyoto et visés à l'annexe B²²⁶.

En outre, le paragraphe *1bis* de cet article prévoit la possibilité d'adopter des accords permettant une interconnexion avec d'autres pays ou entités fédérales ou régionales. Cette option supplémentaire a été introduite par la directive 2009/29/EC et permet d'entrevoir une approche plus flexible à la l'interconnexion des SEQE, car elle ne limite plus le champ d'application de la directive aux seuls Etats repris à l'annexe B du protocole de Kyoto.

Certaines différences, outre le champ d'application, doivent toutefois être notées entre les accords tenant du paragraphe 1 et ceux relatifs au paragraphe *1bis*.

Ainsi, le paragraphe 1 vise expressément l'adoption d'accords internationaux en vertu de l'article 218 du TFUE (anc. 300 CE), ce qui impose de respecter le cadre établi par cet article.

Comme déjà analysé, c'est la Commission qui mène les débats en vue de l'établissement d'un lien. Elle doit cependant, dans le respect des formes de l'article 218, être expressément autorisée par le Conseil à ouvrir et mener les négociations. Le Conseil peut cependant établir

²²⁵ Voy. *infra*, Section 3.

²²⁶ Une adaptation (voire une suppression pure et simple) de la référence est à prévoir, suite à l'adoption de l'Accord de Paris, qui n'établit plus de catégorisation des Etats.

un certain nombre de lignes directrices et désigner un comité spécial de consultation pendant les négociations. C'est également le Conseil qui autorise la signature de l'accord et sa conclusion.

La procédure d'adoption d'un accord, visée à l'article 218 a d'ailleurs fait l'objet d'un arrêt récent de la Cour de Justice concernant directement la matière de l'établissement d'un lien entre SEQE²²⁷. L'arrêt porte sur un désaccord entre le Conseil et la Commission quant à l'étendue des pouvoirs de négociation de cette dernière, dans le cadre des négociations préalables à la conclusion d'un accord d'interconnexion avec l'Australie. Cet accord n'a cependant pas abouti, puisque l'Australie a abandonné son SEQE.

Afin d'assurer son implication dans les négociations, le Conseil avait en effet adopté des directives de négociation, un comité spécial de négociation et une obligation de rendre compte de leur avancement. La Cour a décidé que cette obligation de reddition de compte était conforme à l'article 218²²⁸, mais que ce même article n'était pas respecté lorsque le Conseil permettait au comité spécial ou au Conseil d'établir des positions de négociations²²⁹. En effet, le principe de l'équilibre institutionnel impose que le Conseil respecte les limites qui sont imposées à ses compétences, et ne dicte pas des positions de négociations détaillées. De même, le comité spécial de négociations ne peut avoir qu'un rôle consultatif et non un pouvoir contraignant à l'égard de la Commission. La Cour a donc décidé d'annuler les dispositions visées au sein de l'autorisation de négociations²³⁰.

Le paragraphe *1bis*, quant à lui, ne vise pas explicitement l'article 218 du TFUE et semble donc laisser une plus grande latitude aux négociateurs quant à la nature même de l'accord, sans pour autant laisser une marge d'appréciation aussi élargie que celle que certains auteurs ont pu envisager²³¹.

En effet, contrairement à l'UE et à ses Etats membres, les entités sous-fédérales ou régionales ne sont pas des sujets de droit international et ne peuvent donc pas adopter des traités internationaux, au sens de l'article 218, permettant de lier leur SEQE²³². Il semble donc couler

²²⁷ CJUE, arrêt C-425/13 du 16 juillet 2015, *Commission c. Conseil*.

²²⁸ §68 de l'arrêt précité.

²²⁹ §86 à 88 du même arrêt.

²³⁰ §97 de l'arrêt.

²³¹ M.J. MACE, J. ANDERSON, 2009, *op. cit.*, p. 229.

²³² Article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités adoptée en 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

de source que l'adoption d'un traité est exclue dans le cadre du paragraphe *1bis* de l'article 25.

L'adoption d'un traité international en vertu de l'article 218 TFUE permet cependant d'assurer une certaine pérennité de l'accord, lui conférant une structure lors des négociations et après son adoption. Il acquiert en effet une valeur juridique à part entière, au sein des relations internationales de l'UE. Un traité est en outre un instrument qui doit respecter les principes du droit international et qui s'inscrit dans le cadre offert par celui-ci en ce qui concerne l'interprétation, les conditions de validité, la modification²³³. Il peut également permettre la création d'une autorité de supervision ou d'un forum de négociations à propos de la gestion à long terme de l'interconnexion²³⁴.

L'adoption d'un traité requiert la mise en place de certaines dispositions, notamment en ce qui concerne l'entrée en vigueur ou les modifications à apporter. Il fournit un cadre certain et fiable, mais qui peut également se révéler d'une rigidité trop importante²³⁵.

§2.- Autres formes de mise en place d'une interconnexion

L'interconnexion via l'adoption d'un accord international n'est pas la seule possibilité dégagée par les analystes pour envisager la création d'un lien entre systèmes : des mécanismes plus flexibles, bien que n'offrant pas le même degré de sécurité juridique sont également pris en compte.

Il est envisageable de passer soit par une reconnaissance mutuelle des instruments de conformité par chaque système respectivement, soit d'adopter le même cadre de régulation afin de concrètement lier les deux systèmes.

A. Reconnaissance mutuelle

La reconnaissance mutuelle passe par une modification du cadre légal du système, afin de permettre aux entités couvertes d'un système d'utiliser les unités de l'autre pour remplir leurs obligations de restitution.

²³³ Article 31, 39 et 48 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

²³⁴ M. MEHLING, *op.cit.*, p. 121.

²³⁵ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 18 ; S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, 2016, p. 94

Cela passe donc par l'adoption d'instruments de la même nature que les instruments ayant mis en place le SEQE lui-même (dans le cas de l'UE, par exemple, une directive) : il n'est pas nécessaire de passer par l'adoption de mesures de nature différente²³⁶.

Un accord, qu'il soit formel ou informel, peut toutefois venir clarifier la situation et assurer le bon fonctionnement en parallèle des SEQE, exprimant ainsi les engagements de chaque partie tout en laissant aux juridictions internes le soin d'en assurer la bonne exécution²³⁷.

Cette solution offre l'avantage de permettre une mise en place rapide de l'interconnexion, tout en laissant ouverte la possibilité d'une modification du cadre en fonction de changements éventuels de circonstances. Elle est cependant dénuée de caractère obligatoire entre les juridictions, puisqu'elle ne les lie que sur le plan interne, sans qu'une juridiction ne puisse prétendre à l'exécution de l'interconnexion par l'autre²³⁸.

La fragilité de l'outil de réalisation du lien peut cependant être relativisée par l'adoption d'instruments de droit international public permettant, sans créer des obligations *stricto sensu*, de s'assurer de la volonté commune des juridictions de lier leurs SEQE. Ainsi, un protocole d'entente (*memorandum of understanding*) peut-il être adopté, de même qu'un accord cadre, si les parties en ont la compétence²³⁹.

L'UE a d'ores et déjà adopté cette approche dans le cadre de la reconnaissance des mécanismes de projets de Kyoto : elle a ainsi modifié la directive 2003/87 pour y intégrer les articles 11*bis* et 11*ter* visant à permettre le lien entre les systèmes mis en place par le protocole de Kyoto et le SEQE de l'UE²⁴⁰.

Cet exemple nous montre cependant que l'absence de cadre entre les juridictions peut se révéler source d'insécurité juridique, particulièrement au regard de la volatilité des prix et de l'intégrité environnementale du SEQE. L'UE a en effet décidé de limiter la possibilité pour les entités couvertes de restituer des unités issues de crédits²⁴¹.

C'est également cette approche qui a été privilégiée par le Québec et la Californie dans la mise en place du lien entre leurs SEQE. Les deux juridictions ont adopté une *entente*, entre le

²³⁶ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

²³⁷ E. HAITES, 2016, *op. cit.*, p. 251.

²³⁸ M. MEHLING, *op. cit.*, p. 121; B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

²³⁹ M. MEHLING, *ibid.*, p. 122 ; B. GORLACH, *ibidem*, p. 19; S. BORGHESI *et al.*, *op. cit.*, p. 94.

²⁴⁰ Directive 2004/101, article 1, §2.

²⁴¹ Article 11*bis*, §8, de la directive 2003/87, introduit par la directive 2009/29/EC – Voy. *supra*, Chapitre II.

Gouvernement du Québec et le *California Air Resources Board*, afin de mettre en place la structure permettant au lien d'entrer effectivement en vigueur. Mais l'instrument de reconnaissance et de lien entre les deux SEQE est *in fine* le cadre réglementaire propre de chacun des systèmes²⁴². Des mécanismes de concertation et de dialogue ont toutefois été mis en place via cette entente, en passant par les administrations respectivement responsables, et en créant un comité consultatif, organisme responsable de l'intégration et de l'administration de l'entente²⁴³.

B. Adoption du même cadre législatif

Cette forme de création d'interconnexion est particulière, mais a déjà été rencontrée dans le cadre spécifique de la participation des Etats relevant de l'Espace Economique Européen au SEQE de l'UE²⁴⁴.

C'est particulièrement le cas de la Norvège qui présente un intérêt au plan de la réalisation du lien : la Norvège disposait, avant que le SEQE de l'UE ne soit intégré au cadre de l'EEE, d'un système d'échange de quotas national, au demeurant d'ores et déjà structuré de manière à faciliter la mise en place d'un lien avec le SEQE de l'UE²⁴⁵.

Ce fut chose faite en 2008, mais sans passer par l'adoption d'un accord et l'application de l'article 25 : la Norvège adopta directement la directive 2003/87 et adapta son SEQE pour le mettre en conformité.

Si certaines différences minimales persistent (notamment au regard des règles de surveillance, rapport et vérification), on peut conclure aujourd'hui que les deux systèmes sont complètement liés.

Il faut cependant constater que pour qu'un tel lien puisse éclore, un certain nombre d'éléments ont été réunis : le SEQE de la Norvège est un petit système, qui bénéficie donc grandement, sur le plan économique au moins, de la réalisation du lien²⁴⁶ ; la Norvège, de par son appartenance à l'EEE, est liée à l'UE depuis 1993, ce qui a créé un lien de confiance mutuelle

²⁴² Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), Articles 1 et 6.

²⁴³ Article 10 à 12 de la même entente – Cf. infra, Section 3.

²⁴⁴ Décision du Comité mixte de l'EEE n°146/2007 du 26 octobre 2007 modifiant l'annexe XX de l'accord EEE.

²⁴⁵ S. HAWKINS, I. JEGOU, *op. cit.*, p. 29 ; EDF, IETA, "Norway", *The World's carbon markets: a case study to emission trading*, 2013, p. 1.

²⁴⁶ Au contraire de l'UE, où aucune augmentation conséquente des volumes de transaction n'a lieu.

entre juridictions. Il est donc peu probable qu'un tel scénario se présente à nouveau et permette l'établissement d'un lien direct, par l'adoption du même instrument législatif.

Cette technique permet cependant de mettre en place un cadre juridique uniformisé, harmonisant l'ensemble des caractéristiques des SEQE. Elle repose toutefois sur l'acceptation totale par une juridiction de la législation de l'autre, ce qui implique une perte de contrôle accrue.

C. Carbon clubs

Même s'ils suivent généralement le même parcours que les liens bilatéraux et peuvent être mis en place via des procédés similaires à ceux exposés ci-avant, les liens multilatéraux peuvent également bénéficier de l'apport offert par certains instruments flexibles d'interconnexion. Ils présentent en effet, au niveau de la régulation, des défis autrement plus importants que la mise en place de liens bilatéraux²⁴⁷. Nous envisageons donc ici la création des institutions internationales.

Une structure harmonisée peut être déterminée via des institutions extérieures aux ordres juridiques souhaitant lier leurs SEQE : on parlera alors de « club » regroupant les ordres juridiques liés. Un nouveau membre pourra ensuite entamer les procédures visant à joindre le marché ainsi créé, dès lors qu'il aura harmonisé ses caractéristiques avec celles du club²⁴⁸.

Cette solution paraît plus simple à exécuter que l'adoption de multiples liens bilatéraux, qui ne donnent aucune garantie de gouvernance adaptée, puisque chaque acteur ne répond que de son propre lien à l'égard des entités avec lesquelles il est lié, tout en ayant une influence factuelle sur l'ensemble des systèmes ainsi liés²⁴⁹.

§3.- Contenu matériel de l'instrument d'interconnexion

Pour rendre l'interconnexion possible, il est nécessaire de s'accorder sur un certain nombre de points. La doctrine a isolé certaines caractéristiques des SEQE qui devaient être harmonisées afin de permettre à deux systèmes d'échanger de manière effective et efficace des quotas entre eux²⁵⁰. Il est également nécessaire que l'instrument dispose des modalités précises de mise en

²⁴⁷ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 40.

²⁴⁸ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 35.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 36.

²⁵⁰ Voy. *supra*, Section 1, C.

place du lien, entre autres les restrictions apportées à celui-ci, mais également la possibilité d'y mettre fin.

A. Accord sur les dispositions structurelles

Si la plupart des dispositions structurelles peuvent être adoptées sans devoir être intégrées à l'instrument d'interconnexion, il est toutefois préférable que certains aspects soient harmonisés via celui-ci. On pense particulièrement à la collaboration entre les administrateurs des SEQE, ainsi que les questions de fin de collaboration.

Afin d'assurer la compatibilité des systèmes liés, les caractéristiques structurelles de chacun des SEQE devront être harmonisées, par l'adaptation préalable du cadre réglementaire applicable. Cette adaptation devra également respecter les procédures prévues au sein des juridictions de chacun des SEQE²⁵¹ : il peut donc être préférable et plus flexible de passer par une modification de la législation interne plutôt que par une harmonisation rigide décidée au sein d'un instrument d'ordre international²⁵². Un dialogue préalable entre les administrations permettant de déterminer les caractéristiques à harmoniser est nécessaire afin d'établir clairement la compatibilité des systèmes sans mettre en péril leur intégrité et leur efficacité. Il s'agit donc d'un processus progressif où les parties doivent jongler avec leurs propres intérêts tout en acceptant un certain droit de regard dans le chef de l'administrateur du système lié.

B. Adoption d'un lien restreint

Si les parties ne s'accordent pas sur les dispositions à harmoniser ou considèrent que certains aspects menacent l'intégrité ou l'efficacité de leur SEQE, mais désirent néanmoins procéder à l'établissement d'un lien, elles peuvent opter pour l'adoption d'un lien restreint. Le lien restreint peut être réalisé en mettant en place des quotas, en établissant un taux d'échange ou une réduction.

Les systèmes établissent un quota entre eux lorsqu'ils permettent aux entités couvertes d'utiliser des instruments de conformité dans les limites quantitatives préalablement déterminées : ils imposent ainsi une restriction quant au nombre de quotas pouvant être importés dans le SEQE²⁵³. Cette option a par exemple été mise en place au sein du SEQE de l'UE dans le cadre des mécanismes de crédits du protocole de Kyoto²⁵⁴. D'un point de vue

²⁵¹ Pour la Californie et le Québec, voy. l'article 3 de l'entente.

²⁵² C'est ce qui a été décidé par le Québec et la Californie dans leur entente – Voy. l'article 4 de celle-ci.

²⁵³ M. LAZARUS *et al.*, *op. cit.*, p. 11.

²⁵⁴ Article 11bis, §8 de la directive 2003/87.

structurel, il s'agit d'imposer à chaque entité couverte une limite maximale à l'emploi d'un certain type de droit d'émission.

Les systèmes qui créent un taux d'échange établissent une barrière à la liaison en établissant un rapport entre les unités respectives de chaque système. Ainsi, pour disposer d'une unité au sein d'un système, il sera nécessaire de disposer d'un nombre supérieur d'unités de l'autre système. Cette option permet de lier des systèmes à l'intégrité de réduction sensiblement différente. Cependant, elle implique également un contrôle des taux d'échange et une mise à jour régulière de ceux-ci afin de conserver un signal économique clair²⁵⁵.

La réduction intervient lorsque les SEQE établissent des taux d'échange asymétriques entre leurs systèmes : dans ce cas, les systèmes placent une plus grande valeur pour leurs propres quotas, tout en acceptant la restitution de quotas issus de l'autre système à un taux différent²⁵⁶. Ce type de lien est celui qui permet le plus d'indépendance entre les systèmes, et impose *de facto* une mesure de limitation du prix (tant que la différence des prix entre les systèmes ne sera pas supérieure au taux de réduction, le lien n'aboutira à aucune transaction)²⁵⁷.

C. Cessation du lien

Enfin, les négociateurs devront également déterminer les modalités de fin du lien entre les systèmes : comment sera-t-il possible d'y mettre un terme ? Peu d'études ont été réalisées sur la question, mais on a vu fleurir certains cas d'application pratique, même si jusqu'à présent, ils sont limités à une rupture des négociations et à une cessation complète de la participation à un SEQE²⁵⁸.

C'est dès la préparation de l'interconnexion des SEQE que des négociations concernant les modalités de cessation sont nécessaires. En effet, l'absence de dispositions claires sur le processus de cessation comporte un risque élevé de spéculations et d'insécurité juridique, qui encourage la méfiance des entités couvertes²⁵⁹.

La question la plus fondamentale en matière de cessation du lien concerne le sort des quotas mis en réserve par les entreprises. Mais l'intégrité des systèmes et le respect des engagements

²⁵⁵ M. LAZARUS, op. cit., p. 27-28.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 13.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 30.

²⁵⁸ Le New-Jersey est ainsi sorti du RGGI, et l'Australie a cessé les négociations démarrées avec l'UE – W. A. PIZER, A. J. YATES, « Terminating Links between Emission Trading Programs », *Journal of Environmental Economics and Management*, Vol. 71, 2015, p. 144.

²⁵⁹ W. A. PIZER, A. J. YATES, *ibid.*, p. 156.

environnementaux des parties doivent également présider à l'élaboration de la procédure de cessation.

Il est possible de donner aux quotas échangés entre systèmes et mis en réserve une validité, sous réserve d'un terme préalablement déterminé ou de permettre aux entités couvertes d'échanger leurs droits d'émissions issus du système sorti du lien contre des quotas de leur propre système (avec éventuelle application d'un taux d'échange). Mais l'administration peut aussi directement refuser les droits d'émission venant d'un ancien système partenaire²⁶⁰. La première option est la plus efficiente d'un point de vue économique.

En l'absence de dispositions pertinentes dans l'instrument de lien, les modalités de cessation dépendront de la forme juridique du lien. S'il s'agit simplement d'une reconnaissance mutuelle (éventuellement chapeauté par une entente), les parties ne seront soumises à aucune obligation concernant la fin du lien et pourront en décider unilatéralement²⁶¹. S'il s'agit d'un traité international, la convention de Vienne sur le droit des traités trouvera à s'appliquer : les parties doivent respecter le traité (la règle *pacta sunt servanda* s'applique)²⁶², mais un changement fondamental des circonstances entrant dans les conditions prévues par la convention de Vienne peut être invoqué pour mettre fin à l'interconnexion²⁶³.

L'entente concernant le lien entre le SEQE du Québec et de la Californie prévoit certaines modalités de rupture du lien : le retrait devrait être notifié à l'autre partie 12 mois avant sa mise en œuvre effective, de préférence au moment de la fin d'une période de conformité²⁶⁴. Toutefois, eu égard au statut de l'entente, elle ne fait pas naître d'obligation dans le chef des deux parties. Toutefois, le statut des droits d'émission délivrés par l'autre système à la fin du lien n'est pas clairement établi, et nul doute que si l'hypothèse d'un retrait devait effectivement se réaliser, il faut régler cette question au préalable, sous peine de laisser les entreprises couvertes face à une insécurité importante.

Le contexte politique et juridique de la cessation peut donc se révéler fondamental dans la détermination des droits et obligations, tant des parties que des entités liées. Quelle sera, par exemple, la responsabilité des Etats en ce qui concerne les investissements consentis par les

²⁶⁰ On parle respectivement de rupture symétrique ou asymétrique du lien - W. A. PIZER, A. J. YATES, *ibid.*, p. 147-149.

²⁶¹ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 47.

²⁶² Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités.

²⁶³ Article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités.

²⁶⁴ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 13.

exploitants, qui détiendront des quotas dont tant la validité que la valeur seront remis en question par la cessation du lien ? Il est possible de prévoir des dispositions dans le traité à cet égard et il est préférable de le faire lors de négociations préalables plutôt qu'une fois confrontés à la situation²⁶⁵.

Conclusion

Les principaux facteurs qui sont censés influencer la forme juridique du lien sont la flexibilité recherchée par les parties, et la capacité qu'elles ont à s'adapter aux caractéristiques structurelles des SEQE avec lesquels elles envisagent un lien.

Pour l'UE, l'article 25 de la directive 2003/87 n'offre pas une flexibilité accrue, mais assure cependant une sécurité juridique renforcée : il ne prévoit que l'adoption d'accords, sans pouvoir au préalable passer par une interconnexion progressive, comme envisagé dans l'accord de Paris²⁶⁶. Toutefois, la mise en place, *de facto*, d'un lien restreint en passant par l'adoption d'une disposition visant à réduire les importations d'instruments de conformité est possible : il faut alors modifier la directive 2003/87 en intégrant cette disposition ou la prévoir dans l'accord entre les ordres juridiques (cette dernière solution est à préférer, puisqu'elle permettra de renforcer à la fois la sécurité juridique et la confiance mutuelle entre les acteurs).

SECTION 3.- LE MAINTIEN ET LA PÉRENNISATION DU LIEN

Une fois la décision de lier traduite dans le cadre réglementaire du SEQE, il est nécessaire de s'assurer que l'interconnexion restera efficace dans le temps. Il s'agit donc de s'efforcer d'adapter le cadre législatif à l'élargissement du champ d'application du SEQE et de s'assurer que l'intégrité et l'efficacité des SEQE liés seront maintenues.

Cela passe par une double approche : celle du dialogue interinstitutionnel entre les autorités administratives chargées de la gestion quotidienne, et celle de la modification structurelle du cadre de chacun des SEQE. Nous analyserons également les mécanismes de règlement des conflits qui peuvent être instaurés.

Nous étudierons certains mécanismes concrets, en nous appuyant sur un exemple de lien bilatéral effectif: le lien établi entre le Québec et la Californie, dont les architectures ont été

²⁶⁵ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 49-51.

²⁶⁶ T. BREWER *et al.*, *Carbon market Clubs and the New Paris regime*, Paper for the World Bank Group's Networked Carbon market initiative, 2016.

harmonisées par le biais de la WCI²⁶⁷, tout en nous basant sur les concepts de gouvernance et de régulation.

Nous tenterons d'intégrer ce cadre à une approche dynamique de la régulation, en analysant quels outils administratifs sont nécessaires pour assurer la bonne gestion et l'évolutivité des systèmes.

§1. Coordination et dialogue interinstitutionnel

Laisser un marché, quel qu'il soit, complètement libre et vierge de toute intervention des pouvoirs publics semble aujourd'hui relever de l'utopie. Des modèles de régulation ont été développés dans de nombreux domaines, permettant de limiter et diminuer l'impact des défaillances du marché, mais également de prévenir les comportements visant à empêcher son bon fonctionnement²⁶⁸.

Nous avons déjà largement évoqué le modèle de régulation du SEQE de l'UE dans le cadre du Chapitre II. Celui-ci est basé sur une coordination entre les actions de la Commission et celles des administrations des Etats membres. Les négociations en vue d'une interconnexion sont d'ailleurs menées par la Commission, et elle jouera un rôle fondamental dans la mise en œuvre effective de celle-ci²⁶⁹.

Cependant, si l'interconnexion s'effectue sans que le SEQE lié ne se joigne complètement au SEQE de l'UE, des questions de coordination entre les institutions concernant leurs décisions devront être réglées. Pour ce faire, elle peut prendre exemple sur le modèle que représente l'interconnexion entre le système québécois et le système californien.

Plusieurs dispositions de l'entente entre les deux ordres juridiques ont été adoptées afin d'assurer une collaboration entre les administrations des SEQE.

Au plan de l'application des règles de supervision et de contrôle du marché²⁷⁰, une action commune a été décidée, mais c'est aussi le cas via la mise en place de canaux de

²⁶⁷ <http://www.westernclimateinitiative.org/organization> ; S. E. WEISHAAR, p. 77-82.

²⁶⁸ G. MARTIN, « Quelle(s) régulation(s) dans l'hypothèse d'un recours aux mécanismes de marché pour protéger l'environnement ? », in *Marché et Environnement*, M.-P. Camproux-Duffrène, J. Sohnle (dir.), Bruylant, 2014, p. 464-465.

²⁶⁹ Voy. supra, Section 2, §1, B.

²⁷⁰ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 10.

communication efficace, entre chaque système : ils se mettent au fait des enquêtes et litiges concernant les acteurs couverts par le SEQE et leurs obligations respectives²⁷¹.

Il est également prévu que la Californie et le Québec restent actifs au sein de WCI, qui leur fournit une « coordination du soutien administratif »²⁷².

L'administration conjointe de leur entente est assurée par la création du comité consultatif visé à l'article 12 de l'entente. Celui-ci est composé d'un représentant de chaque partie et gère les questions quotidiennes relatives à l'interconnexion : il suit l'évolution de l'harmonisation des SEQE, et en fait rapport aux parties. Il joue aussi un rôle dans le règlement des différends relatifs à l'entente et peut être saisi de questions spécifiques par les parties. Il ne s'agit cependant pas d'un organe décisionnel, les compétences administratives propres à chaque SEQE restent donc dans le giron des administrations des juridictions²⁷³.

Le dialogue interinstitutionnel entre les systèmes liés devra donc être organisé au sein du cadre administratif mis en place dans chaque juridiction : quelles limites devront être posées à ce dialogue ? A partir de quel moment doit-il prendre place et dans quelle mesure chaque entité conservera-t-elle son indépendance ?

Ces questions devront être réglées lors des négociations préalables. À cet effet, il sera toujours utile pour les ordres juridiques concernés de s'appuyer sur les institutions de collaboration préexistantes.

§2.- L'adaptation et la modification des SEQE

Outre le dialogue interinstitutionnel, les parties doivent continuer à faire évoluer leur système pour les adapter aux évolutions du marché et assurer que leur flexibilité respective soit conservée : cela passe souvent par une modification du cadre applicable aux émissions. Dans ce contexte, une influence des modifications apportées sur les résultats des systèmes est presque inévitable.

Les ordres juridiques doivent en effet pouvoir adapter leur système propre à leur contexte spécifique et donc disposer d'une certaine marge d'appréciation (par exemple au regard de l'importance d'un secteur dans une juridiction comparativement à une autre, et donc sa part

²⁷¹ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 7, §2 ; B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 12.

²⁷² Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 11.

²⁷³ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 13.

dans la distribution des quotas à titre gratuit), surtout en cas de nécessité d'intervention rapide pour faire face aux dysfonctionnements du marché (*market failure*). Mais il faut également avoir conscience que chaque modification d'un élément structurel aura une influence sur l'offre et la demande au sein des marchés secondaires, et donc sur le prix des droits d'émission²⁷⁴.

On peut caractériser les SEQE liés comme des systèmes financiers uniques et dynamiques, mais dont la vérification et le contrôle sont divisés entre les juridictions²⁷⁵.

Afin de garder une structure comparable et tout en assurant l'évolution de leurs systèmes respectifs, les parties doivent s'assurer de communiquer à propos des modifications envisagées de leur système propre et susceptibles d'avoir une influence sur le marché couplé²⁷⁶.

Les parties peuvent aussi décider de créer directement des structures communes, qui ne pourront être modifiées que par l'accord de chacune, que ce soit dans le cadre de la distribution des quotas ou de la tenue des registres. Mais elles peuvent également décider de passer par les mécanismes de dialogue interinstitutionnel envisagés *supra* afin que chacune soit avisée de l'évolution du système de l'autre. Souvent, les décideurs choisiront un équilibre entre ces deux formes, dont le degré d'intégration dépendra de l'ampleur de l'interconnexion.

La Californie et le Québec ont ainsi développé un système commun de registre et de plateforme d'enchères, ce qui permet de lisser toutes les différences et incompatibilités qui pouvaient exister auparavant²⁷⁷. Les cadres réglementaires propres à chaque juridiction forment à cet égard des exigences cumulatives qui devront être respectés²⁷⁸.

Une approche comparative des régimes tend cependant à démontrer que l'interconnexion pourra difficilement créer un cadre administratif uniforme dans les systèmes liés. Chacun gardera donc son système propre, avec un objectif de solution commune.

Dans le cadre de l'entente entre le Québec et la Californie, il fut également opté pour un double système de contrôle : d'une part, les parties opèrent un examen préalable, en cas de mesure envisagée risquant de mettre en péril l'harmonisation des SEQE. D'autre part, en cas

²⁷⁴ D. CULLENWARD, *op. cit.*, p. 5.

²⁷⁵ D. CULLENWARD, *op. cit.*, p. 7.

²⁷⁶ B. GORLACH *et al.*, *op. cit.*, p. 29.

²⁷⁷ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 9.

²⁷⁸ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 9, §2.

d'urgence dans l'adoption de mesures relatives à leur marché, les autorités peuvent agir unilatéralement, mais une collaboration est nécessaire, ensuite, pour opérer l'harmonisation a posteriori et résoudre les problèmes rencontrés²⁷⁹.

Au regard de la complexité du système européen et des procédures à mobiliser en cas de modification de la structure du SEQE (sans compter la nécessité de transposer ces règles en droit interne en cas d'instrument sans effet direct)²⁸⁰, il semble exclu d'adopter des mesures de réponses directes et urgentes aux dysfonctionnements du marché.

Dès lors, la collaboration administrative des entités passera sûrement par une consultation préalable des partenaires, avant toute modification conséquente du système, tout en ne laissant pas à ceux-ci une influence trop importante, vu la complexité du processus législatif au sein même du SEQE de l'UE.

§3.- Mécanismes de règlement des conflits

Au cours de la gestion habituelle du SEQE, des conflits peuvent apparaître entre les juridictions, en ce qui concerne les décisions ou l'évolution des systèmes liés. Afin d'éviter des conséquences économiques désastreuses liées à la rupture brutale de la collaboration, des structures de règlement des litiges peuvent être mises en place.

Lorsque des incompréhensions et des difficultés se posent dans l'administration ou l'harmonisation des systèmes québécois et californien, il est prévu que les parties entrent en dialogue, à la fois via leurs administrations et via le Comité consultatif. Aucune juridiction n'a donc été désignée par les parties en cas d'impossibilité de trouver un accord. L'entente établit toutefois qu'il est nécessaire de régler les différends le plus rapidement possible afin de ne pas menacer le bon fonctionnement de l'interconnexion²⁸¹. On imagine que, confrontées à un désaccord profond concernant la structure de leurs systèmes, les parties auront recours à l'article 16 relatif au retrait et cesseront ainsi leur interconnexion, conformément à ce qui a été exposé ci-avant.

Une place importante, dans l'ensemble de la gestion du lien, est donnée aux objectifs des SEQE : il est en effet important de garder à l'esprit que les SEQE s'inscrivent dans le cadre de

²⁷⁹ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 4, § 3 et 4.

²⁸⁰ Voyez par exemple les difficultés rencontrées lors de l'adoption de la réserve de stabilité du marché et des mesures de backloading –B. GÜNTER, *op. cit.*, p. 67.

²⁸¹ Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board (note 198), article 18.

la politique respective de chaque juridiction pour la diminution des émissions de gaz à effet de serre et qu'appliquer aveuglément les principes généraux de droit international aux accords et à l'administration quotidienne des interconnexions peut se révéler contre-productif.

En cas de conflit au sein même de leur SEQE, les juridictions internes de chaque ordre juridique resteront compétentes. Toutefois, dans l'hypothèse d'un conflit entre des entités soumises à des SEQE différents, il faudra mobiliser les instruments de droit international privé pour déterminer la juridiction compétente. Il pourra alors être préférable de désigner une juridiction compétente pour connaître de ce type de litige, afin d'éviter l'émergence de tensions avant même le règlement du différend.

CONCLUSION

Il est nécessaire d'adopter une approche dynamique à la problématique du lien entre les SEQE. Si l'adoption d'un lien multilatéral global, unique et uniformisé est la solution la plus attractive au plan de la diminution des émissions de gaz à effet de serre, cette option semble aujourd'hui complètement irréaliste. Il faut y préférer une approche par petites étapes, en mettant en place des liens unilatéraux ou bilatéraux, mobilisant des instruments de soft law tels que des standards et des bonnes pratiques, avant d'envisager l'adoption de liens rigides et ancrés dans des instruments de droit positif.

Une coordination préalable des législations applicables aux SEQE est la solution la plus facile, bien qu'elle soit caractérisée par une flexibilité limitée, alors que la mobilisation de l'instrument économique que constitue le SEQE nécessite une flexibilité accrue dans le chef des régulateurs. Les solutions envisagées par l'UE dans son approche de l'interconnexion paraissent à cet égard manquer de la souplesse qu'on pourrait attendre d'un ordre juridique qui peut, étant donné son expérience reconnue en la matière, s'appuyer sur l'étendue de son instrument pour convaincre d'autres juridictions de suivre l'exemple. Le recours à un procédé de négociation classique et ancré dans le droit international public semble inadapté au contexte spécifique des instruments à la croisée des chemins entre l'économie et l'environnement.

Il s'agit donc de mettre en place un processus d'internationalisation de l'échange de quotas sans brusquer le processus, afin de permettre à tous les participants de réaliser les avantages indéniables que représente l'adoption d'une interconnexion.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Le recours au SEQE pour lutter contre le changement climatique n'a pas perdu de son attrait: de plus en plus d'autorités recourent à ce mécanisme pour atteindre une réduction efficiente des émissions de gaz à effet de serre. Et même les structures internationales de décision envisagent le recours au SEQE pour diminuer les émissions de gaz à effet de serre.

L'UE fut la première à recourir à cette technique de manière généralisée. Sa tentative ne fut pas nécessairement couronnée de succès à tous les égards : un cadre légal trop peu ambitieux a en effet ouvert la porte à des dysfonctionnements chroniques. Elle tente aujourd'hui de relever la tête et de mettre en place des règles plus adaptées au caractère flexible du recours à ces mécanismes.

Cette expérience pilote a eu une influence fondamentale sur la manière dont les SEQE sont aujourd'hui perçus. D'une part, elle a eu un caractère pédagogique, en encourageant d'autres ordres juridiques à suivre son exemple, tout en s'écartant de ses erreurs. D'autre part, cette tentative a montré les faiblesses du recours au SEQE, et souligné la nécessité de mettre en place des règles précises, ciselées au plus près de la réalité économique de chaque ordre juridique.

Aujourd'hui, on constate cependant que de nombreux SEQE sont en train d'éclorre, avec leur propre structure et souvent avec des objectifs relativement différents. Si la structure réglementaire générale fait aujourd'hui consensus, de nombreux détails fondamentaux pour le bon fonctionnement des SEQE sont loin de faire l'unanimité.

Envisager, *ex nihilo*, la création d'un système global appliquant des règles uniformes est à la fois utopiste et dangereux pour la crédibilité des SEQE et les objectifs environnementaux qui sont portés par les systèmes. La compatibilité des systèmes émergents ou plus anciens peut toutefois être améliorée via la participation à des structures internationales communes, qui font émerger des règles spécifiques consensuelles. Il ne faut pas tourner le dos à ces structures, mais tenter de les légitimer en leur permettant progressivement d'étendre leur influence. Car l'attrait du rapprochement et de l'interconnexion est indéniable, que ce soit économiquement ou d'un point de vue environnemental.

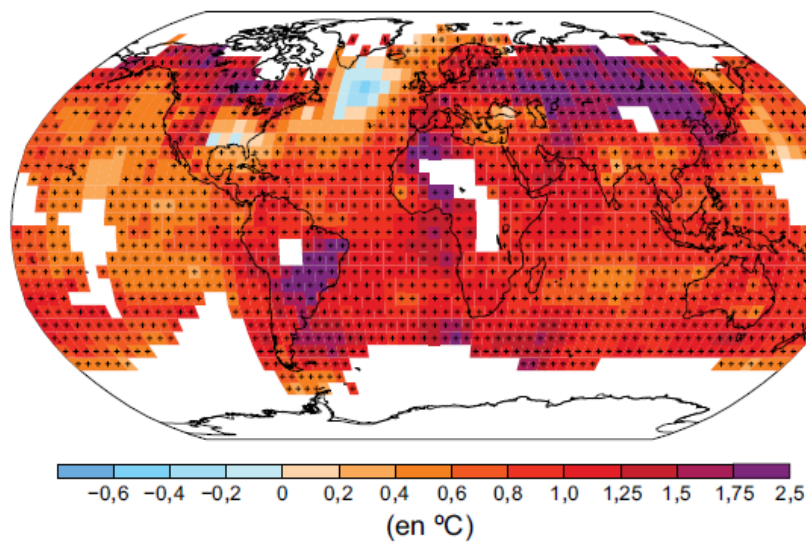
À l'heure de conclure cette plongée dans le monde de l'échange de quotas d'émission, une constatation s'impose donc : le cadre réglementaire et technique de chacun des SEQE a été forgé

pour chaque ordre juridique auquel il est appelé à s'appliquer, avec ses règles spécifiques, ses forces sous-jacentes, ses incohérences fruit de longues négociations...

Mais ce cadre, de plus en plus évolué, est aujourd'hui appelé à s'internationaliser, à entrer en relation avec ses voisins. Cela se fera progressivement, et à très long terme, au fil d'une construction dont seul l'avenir a le secret. Pourtant, le temps presse, et les changements climatiques n'attendront pas l'émergence d'un hypothétique système international. Cette évolution devra donc se produire si l'on veut donner aux instruments de marché une place dans le cadre des mesures de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

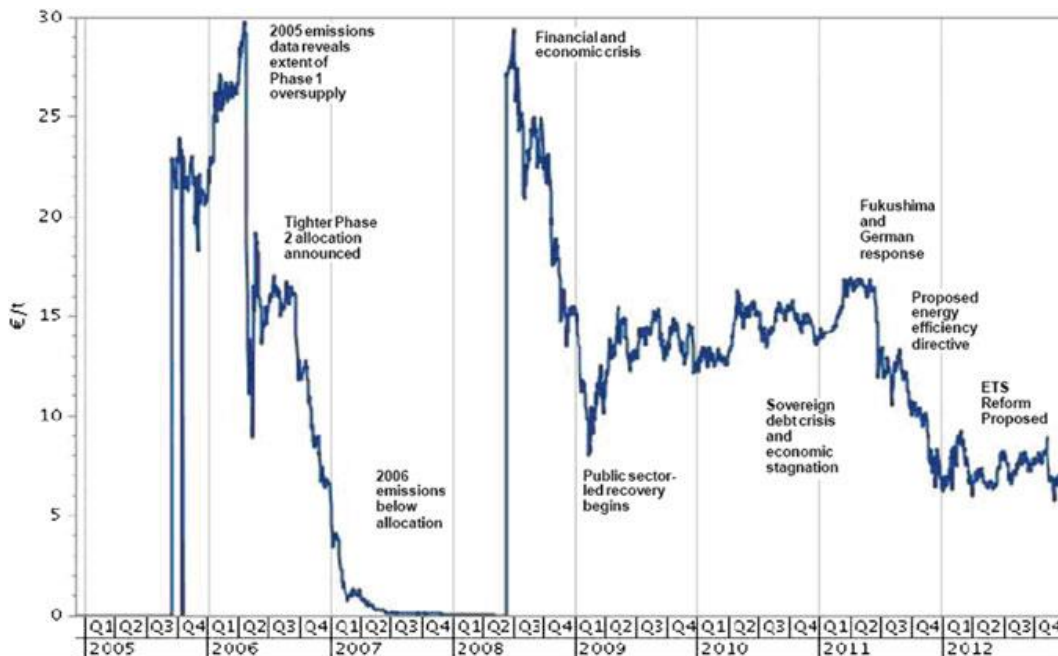
ANNEXES

b) Évolution de la température en surface observée entre 1901 et 2012



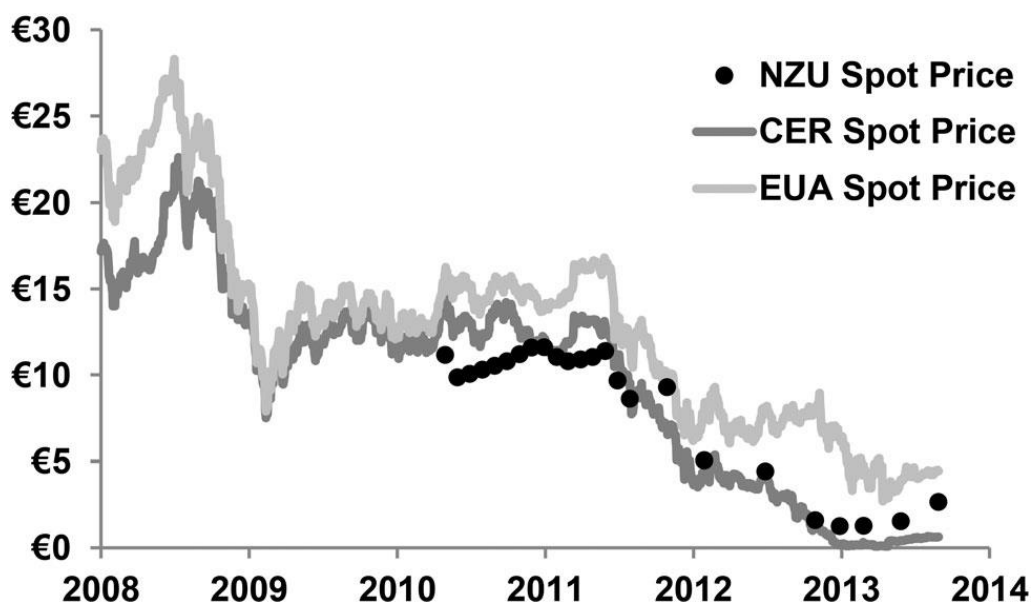
Annexe A : Evolution de la température en surface observée entre 1901 et 2012

Source : GIEC, *Changements climatiques 2013, Les éléments scientifiques, Résumé à l'intention des décideurs*, 2013, p. 4.



Annexe B : Evolutions des prix des quotas au sein du SEQE de l'UE.

Source : S. BORGHESI *et al.* *The European Emission Trading System and its follower, Comparative Analysis and Linking perspectives*, Springer, 2016, p. 75.



Annexe C : Influence d'une interconnexion indirecte sur les prix des quotas en Nouvelle-Zélande (NZU) et en Europe (EUA).

Source : R. RANSON, N. STAVINS, « Linkage of greenhouse gas emissions trading systems: learning from experience », *Climate Policy*, 2016, vol. 16, n°3, p. 290.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Législation internationale

- Convention de Vienne sur le droit des traités adoptée en 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980.
- Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques.
- Protocole de Kyoto à la CCNUCC, signé le 11 décembre 1997 entré en vigueur le 16 février 2005.
- Accord de Paris, annexe à la décision 1/CP.21 de la Conférence des parties approuvée le 12 décembre 2016.

Législation européenne

- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, article 4, 107, 218 et Titre XX.
- Directive 92/42/EEC du 21 mai 1992 du Conseil, concernant les exigences de rendement des nouvelles chaudières à eau chaude (...).
- Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil.
- Directive 2004/101 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87 (...) au titre des mécanismes de projet du protocole de Kyoto.
- Directive 2008/101/CE du 19 novembre 2008 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87 afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.
- Directive 2009/29 du 23 avril 2009 du Parlement et du Conseil, modifiant la directive 2003/87 afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.
- Directive 2014/65 du Parlement et du Conseil du 15 mai 2014, concernant les marchés d'instruments financier.
- Règlement 765/2008 du 9 juillet 2008, fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n°339/93 du Conseil.

- Règlement 1031/2010 de la Commission relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à 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.
- Règlement 550/2011 du 7 juin 2011 de la Commission, établissant, conformément à la directive 2003/87 du Parlement européen et du Conseil, certaines restrictions applicables à l'utilisation de crédits internationaux résultant de projets relatifs aux gaz industriels.
- Règlement 600/2012 du 21 juin 2012 concernant la vérification des déclarations d'émissions de gaz à effet de serre et des déclarations relatives aux tonnes-kilomètres et l'accréditation des vérificateurs (...).
- Règlement 601/2012 du 21 juin 2012 relatif à la surveillance et à la déclaration des émissions de gaz à effet de serre (...).
- Règlement 389/2013 du 2 mai 2013 de la Commission établissant un registre de l'Union conformément à la directive 2003/87.
- Règlement 421/2014 du 16 avril 2014 du Parlement européen et du Conseil, modifiant la directive 2003/87 (...) en vue de la mise en œuvre, d'ici 2020, d'une convention internationale portant application d'un mécanisme de marché mondial aux émissions de l'aviation internationale.
- Décision 2010/634 du 22 octobre 2010 adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE.
- Décision 2011/278/UE du 27 avril 2011 définissant des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10bis de la directive 2003/87/CE du Parlement et du Conseil.
- Décision 377/2013 du 24 avril 2013, dérogeant temporairement à la directive 2003/87 (...).
- Décision 1359/2013 du 17 décembre 2013 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87 afin de préciser les dispositions relatives au calendrier des enchères de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

- Décision 2014/746 du 27 octobre 2014 établissant, conformément à la directive 2003/87, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone, pour la période 2015-2019.
- Décision 2015/814 du Parlement et du Conseil du 6 octobre 2015, concernant la création et le fonctionnement d'une réserve de stabilité du marché.
- Décision du Comité mixte de l'EEE n°146/2007 du 26 octobre 2007 modifiant l'annexe XX de l'accord EEE.
- COM(2015) 337 final, Proposition de directive du Parlement et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût efficacité des réductions d'émission et de favoriser les investissements à faible intensité carbone.

Législation belge

- Décret relatif au permis d'environnement du 11 mars 1999
- Arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement

Législation comparée

- Règlement concernant le système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre du Québec
- Entente entre le Gouvernement du Québec et le California Air Resources Board, concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre, adoptée en Septembre 2013

JURISPRUDENCE

- CJUE, arrêt C-127/07 du 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine*
- CJUE, arrêt C-366/10 du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America c. Secretary of State for Energy and Climate Change*
- CJUE, arrêt C-425/13 du 16 juillet 2015, *Commission c. Conseil*

DOCTRINE

Rapports et communications

- Commission européenne, COM(2000) 88 final, « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement concernant les politiques et mesures proposées par l'UE

pour réduire les émissions de gaz à effet de serre : vers un programme européen sur le changement climatique », annexe 3

- Commission européenne, COM(2012) 652 final, « Report from the Commission to the European Parliament and the council, The state of the European carbon market in 2012 », 2012
- GIEC, *Changements climatiques 2013, Les éléments scientifiques, Résumé à l'intention des décideurs*, 2013
- EDF, IETA, “Norway”, *The World’s carbon markets: a case study to emission trading*, 2013
- HAWKINS (S.), JEGOU (I.), *Linking Emission Trading Schemes, considerations and recommendations for a joint EU-Korean Carbon Market*, 2014
- PMR, *Lessons learned from Linking Emissions Trading Systems: General Principles and Application*, Technical note 7, 2014
- Commission européenne, COM(2015)576 final, Annexe 1, « Report on the functioning of the European carbon market », 2015
- BÖHM (N.) *et al.*, *Linking Emission Trading Schemes : A summary of current research*, ICAP, 2015
- LAZARUS (M.) *et al.*, *Options and issues for restricted linking of emission trading systems*, ICAP, 2015
- Asian Development Bank, *Emission trading schemes and their linking :challenges and opportunities in Asia and the Pacific*, 2015
- WETTESTAD (J.), GULDBRANDSEN (H.), *The Evolution of Carbon Trading Systems, Waves, Design and Diffusion*, FNI Report, 2015/9, p. 12.
- GORLACH (B.) *et al.*, *Designing Institutions, Structures and Mechanisms to Facilitate the Linking of Emission Trading Schemes*, German Emissions Trading Authority (DEHSt), Berlin, 2015
- BREWER (T.) *et al.*, *Carbon market Clubs and the New Paris regime*, Paper for the World Bank Group’s Networked Carbon market initiative, 2016.

Ouvrages et articles

- BAKKER (M.), « Including aviation in the European Union scheme for emission allowance trading: stimulating global market-based instruments », *Journal of Air law and commerce*, 2015, vol. 80, p. 4 et s.

- BORGHESI (S.) *et al.* *The European Emission Trading System and its follower, Comparative Analysis and Linking perspectives*, Springer, 2016.
- CHENEVIÈRE (C.), « Le régime juridique de l'émission trading européen dès 2013 », *L'entreprise face au droit des quotas de CO2*, sous la dir. De C. Chenevière et D. Philippe, Bruxelles, Larcier, 2011.
- COASE (R.), « The problem of social costs », *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. III, p.1 et s.
- CULLENWARD (D.) « Limits of administrative law as regulatory oversight in linked carbon markets », *UCLA J. of Environmental law*, Vol. 33, 2015.
- DE GASPERI (G. C.), « Making State Aid Control « Greener » : The EU Emissions Trading System and its Compatibility with article 107 TFEU », *EurStAidL Q.*, 2010, vol. 4, p. 785 et s.
- GÜNTER (B.), « In the market: reforming the EU ETS revisited », *C.C.L.R.*, 2014.
- HAITES (E.), « Experience with linking greenhouse gas emissions trading systems », *WIREs Energy and Environment*, 2016.
- KETTNER (C.), « The EU emission trading scheme : first evidence on Phase 3 », in *Carbon pricing, design, experience and issues*, sous la dir. de L. Kreiser et al., Cheltenham, Edward Elgar, 2015, p.63.
- LINDEMANS (D.), DEVOS (D.), « De broeikasvergunning : een analyse van de implementatie in België en een korte blik op enkele andere lidstaten », *T.M.R.*, 2015/3, p. 268 et s.
- MACE (M.J.), ANDERSON (J.), « Legal and design issues arising in linking the EU ETS with existing and emerging emissions trading schemes », *JEEPL*, 2009.
- MARCU (A.), « Carbon market provisions in the Paris agreement (Article 6) », *CEPS Special Report*, n. 128, 2016.
- MARTIN (G.), « Quelle(s) régulation(s) dans l'hypothèse d'un recours aux mécanismes de marché pour protéger l'environnement ? », in *Marché et Environnement*, M.-P. Camproux-Duffrène, J. Sohnle (dir.), Bruylant, 2014.
- MEHLING (M.), « Linking of Emission Trading Schemes », *Legal Aspects of Carbon Trading, Kyoto, Copenhagen and beyond*, sous la direction de D. Freestone et C. Streck, Oxford University Press, 2009.
- MONTGOMERY (W.D.), « Markets in licenses and efficient pollution control programs », *J. of Economic Theory*, 1972, p. 410.

- O'CONNELL (A.), « A critical analysis of allowance allocation in Cap-and-Trade and its effect on linked carbon markets », *Texas Environmental Law Journal*, 2014.
- PIZER (W.A.), YATES (A.J.), « Terminating Links between Emission Trading Programs », *Journal of Environmental Economics and Management*, Vol. 71, 2015
- RANSON (M.), STAVINS (N.), « Linkage of greenhouse gas emissions trading systems: learning from experience », *Climate Policy*, 2016, vol. 16, n°3.
- THIEFFRY (P.), *Traité de droit de l'environnement*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- TICHE (F.) *et al.*, « Carbon Leakage, Free Allocation and Linking Emissions Trading Schemes », *CCLR*, 2014, vol. 2.
- WEISHAAR (S.), *Emissions Trading Design, A Critical Overview*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.
- WOERDMAN (E.) *et al.*, *Essential EU Climate Law*, Cheltenham, Edgar Elgar, 2015.

SITES INTERNET

- http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index_en.htm
- http://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020/index_en.htm
- <http://www.lalibre.be/archive/un-texte-faussement-ambitieux-et-bourre-de-failles-579102bb35705dcbd704c950>
- <http://www.westernclimateinitiative.org/organization>
- <http://www.bafu.admin.ch/klima/03449/12696/index.html?lang=en&msg-id=60425>

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

