

L'Entente de liaison des marchés du carbone de la *Western Climate Initiative* : enjeux institutionnels et juridiques pour le Québec

François Roch and Jacques Papy

Volume 49, Number 1, 2019

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1062167ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1062167ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Roch, F. & Papy, J. (2019). L'Entente de liaison des marchés du carbone de la *Western Climate Initiative* : enjeux institutionnels et juridiques pour le Québec. *Revue générale de droit*, 49(1), 67–109.
<https://doi.org/10.7202/1062167ar>

Article abstract

The transformations in the organization of collective action to combat climate change are marked by the growing presence of infra-state and non-state entities. It is in this context that the carbon market architecture of the Western Climate Initiative has emerged. It is embodied by a linking agreement signed in the fall of 2017 by California, Québec and Ontario. However, is the architecture offered in this agreement able to effectively provide the carbon market with the legal and institutional foundations necessary for its maturation and enable the achievement of its environmental and economic objectives? Written from a Québec perspective, this article aims at detailing the institutional functions of the linking agreement and at teasing out the legal issues raised by their implementation.

L'Entente de liaison des marchés du carbone de la *Western Climate Initiative* : enjeux institutionnels et juridiques pour le Québec

FRANÇOIS ROCH* ET JACQUES PAPY**

RÉSUMÉ

Les transformations de l'organisation de l'action collective de lutte contre les changements climatiques sont marquées par la présence grandissante des entités infra-étatiques et non étatiques. C'est dans ce contexte que l'architecture du marché commun du carbone de la Western Climate Initiative a émergé. Elle repose sur l'Entente concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre, que la Californie, le Québec et l'Ontario ont signée à l'automne 2017. L'architecture proposée dans cette Entente est-elle cependant à même de fournir au marché du carbone les fondations juridiques et institutionnelles nécessaires à sa maturation et à l'atteinte de ses objectifs environnementaux et économiques? Dans une perspective québécoise, le présent article vise à faire ressortir de manière détaillée les fonctions institutionnelles de l'Entente de liaison et à mettre en lumière les enjeux juridiques soulevés par leur mise en œuvre.

MOTS-CLÉS :

Tarification du carbone au Québec, Western Climate Initiative, clubs de marchés du carbone, Accord de Paris, liaison du marché du carbone du Québec, enjeux de l'Entente de liaison, fonctions institutionnelles, portée juridique.

* Professeur agrégé au Département des sciences juridiques de la Faculté de science politique et droit de l'UQAM.

** Professeur agrégé au Département des sciences juridiques de la Faculté de science politique et droit de l'UQAM. Les auteurs remercient Léa Lemay-Langlois, François-Xavier Laflamme et Emmanuelle Moussa pour leur précieuse assistance lors de la recherche. Ils remercient également la Fondation du Barreau du Québec pour son soutien financier, ainsi que l'évaluateur anonyme dont les suggestions ont contribué à bonifier le texte.

ABSTRACT

The transformations in the organization of collective action to combat climate change are marked by the growing presence of infra-state and non-state entities. It is in this context that the carbon market architecture of the Western Climate Initiative has emerged. It is embodied by a linking agreement signed in the fall of 2017 by California, Québec and Ontario. However, is the architecture offered in this agreement able to effectively provide the carbon market with the legal and institutional foundations necessary for its maturation and enable the achievement of its environmental and economic objectives? Written from a Québec perspective, this article aims at detailing the institutional functions of the linking agreement and at teasing out the legal issues raised by their implementation.

KEY-WORDS:

Carbon pricing in Québec, Western Climate Initiative, carbon market clubs, Paris Accord, Québec carbon market linkage, linking agreement issues, institutional functions, legal scope.

SOMMAIRE

Introduction.....	69
I. Contexte d'émergence de l'Entente de liaison des marchés du carbone de la <i>Western Climate Initiative</i>	71
A. Les transformations de l'action collective de lutte contre les changements climatiques.....	71
B. L'Entente de liaison des marchés du carbone de la <i>Western Climate Initiative</i> à la lumière de la théorie des « clubs ».....	75
II. Les fonctions institutionnelles de l'Entente de liaison des marchés du carbone.....	80
A. La protection de l'intégrité environnementale des objectifs régionaux de réduction des émissions de gaz à effet de serre.....	80
1. L'intégrité environnementale des crédits compensatoires.....	81
2. La comptabilité régionale des réductions des émissions de gaz à effet de serre.....	82
B. La reconnaissance mutuelle des droits d'émission et le déploiement d'une infrastructure technologique commune.....	84
1. La reconnaissance mutuelle des droits d'émission.....	84
2. Le partage d'une infrastructure technologique commune.....	86

C. L'élaboration d'une capacité institutionnelle régionale 87

1. Les missions de *Western Climate Initiative Inc* 87

2. Les groupes de travail spécialisés et le Comité consultatif 88

3. L'accueil de nouveaux membres au sein du marché commun 91

III. Les enjeux juridiques entourant la mise en œuvre de l'Entente de liaison 96

A. Les enjeux liés à la fluctuation du droit interne des Parties 96

B. Les enjeux liés à la portée juridique de l'Entente de liaison 99

Conclusion 106

Annexe 1 – Ententes conclues par le Québec en matière environnementale 108

INTRODUCTION

Le Système de plafonnement et d'échange de droits d'émission (SPEDE) est l'un des principaux outils de lutte contre les changements climatiques mis en place par le Québec¹. Outre le plafonnement des émissions des acteurs de certains secteurs économiques, il est la source la plus importante de financement de la transition de la province vers une économie moins intensive en carbone. Le déploiement du SPEDE s'inscrit dans le projet régional plus vaste de la *Western Climate Initiative* (WCI), auquel participe également la Californie et dont l'Ontario s'est retiré récemment².

1. Les outils dont le Québec s'est doté pour lutter contre les changements climatiques comprennent, par exemple, des programmes de réduction de la consommation de combustibles fossiles ainsi que le développement des transports collectifs et des technologies propres. Ces outils ont été mis en place en vertu du Plan d'action 2013–2020 sur les changements climatiques, en ligne : <bit.ly/2QVKlkw>.

2. La genèse de la WCI est exposée de manière plus détaillée dans la section de l'article consacrée à la théorie des clubs. Notons qu'en 2010, la WCI comprenait 11 partenaires, dont 7 États américains (Arizona, Californie, Montana, Nouveau-Mexique, Oregon, Utah et Washington), et 4 provinces canadiennes (Colombie-Britannique, Manitoba, Québec et Ontario), mais que seuls la Californie, le Québec et l'Ontario ont mis en place un marché du carbone. Annie Chaloux, « The Implementation of the Western Climate Initiative: How North American States and Provinces Lead International Climate Negotiations » (2017) 22 *International Negotiation* 239 à la p 244 [Chaloux, « The Implementation »]. Notons que l'Ontario a officiellement mis fin à son marché du carbone et annoncé son retrait de la WCI le 3 juillet 2018, Cabinet du premier ministre de l'Ontario, communiqué, « Le premier ministre Ford annonce la fin de l'époque de la taxe sur le carbone en Ontario » (3 juillet 2018), en ligne : Site officiel du premier ministre de l'Ontario <bit.ly/2u2rxpw> [Ontario, communiqué].

La WCI est souvent présentée comme une réussite et a permis à la Californie et au Québec de bénéficier d'un rayonnement important lors des discussions de la 21^e Conférence des Parties (COP21), qui ont mené à l'adoption de l'Accord de Paris³. Son architecture est considérée comme un modèle d'avenir pour le développement de marchés régionaux du carbone. Elle a été formalisée successivement par la signature d'une première entente de liaison, en 2013, entre la Californie et le Québec, puis par la signature, en 2017, de l'*Entente concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre* [ci-après Entente de liaison] par le Québec, la Californie et l'Ontario⁴.

Cependant, l'enthousiasme pour le modèle de la WCI est-il justifié? L'architecture de la liaison des marchés est-elle de nature à pouvoir effectivement coordonner l'action d'un nombre important de partenaires? Est-elle, par ailleurs, en mesure de fournir à un marché commun du carbone les fondations juridiques et institutionnelles nécessaires à sa maturation et à l'atteinte de ses objectifs environnementaux et économiques? Autrement dit, dans sa forme actuelle, l'architecture de la liaison de la WCI est-elle véritablement un modèle pour l'avenir?

Pour apporter des éléments de réponse à ces questions, le présent article propose un premier décryptage des enjeux institutionnels et juridiques qui caractérisent l'Entente de liaison. Pour ce faire, dans la première partie, nous exposerons le contexte d'émergence de la liaison des marchés du carbone de la WCI. Nous présenterons ensuite, dans la deuxième partie, la manière dont les principales fonctions institutionnelles au soutien du marché commun ont été réparties dans l'Entente de liaison. Enfin, dans la troisième partie de l'article, nous offrirons une analyse préliminaire des défis juridiques posés par sa mise en œuvre.

Nos travaux s'inscrivent dans le sillage d'une littérature abondante consacrée à l'analyse de l'action collective de lutte contre les changements climatiques à la lumière de la théorie des « clubs »⁵. Le recours

3. Accord de Paris, 12 décembre 2015 (entrée en vigueur : 4 novembre 2016), en ligne : <treaties.un.org/doc/Treaties/2016/02/20160215%2006-03%20PM/Ch_XXVII-7-d.pdf> [Accord de Paris].

4. Cabinet du premier ministre du Québec, communiqué, « Le Québec, l'Ontario et la Californie unissent leurs forces pour lutter contre les changements climatiques » (22 septembre 2017), en ligne : Site officiel du premier ministre du Québec <bit.ly/2Biq6Vu> [Entente de liaison].

5. Pour une revue récente de la littérature sur ce sujet, voir l'excellente synthèse préparée par Jon Hovi, Detlef F Sprinz, Håron Sælen et Arild Underdal, « The Club Approach: A Gateway to Effective Climate Co-Operation? » (2017) BJ Pol 5 1.

à ce corpus théorique pour expliquer la logique institutionnelle de la WCI n'est donc pas en soi une nouveauté⁶. Nous proposons cependant de porter l'analyse plus loin en décortiquant de manière détaillée le contenu de l'Entente de liaison afin de faire ressortir les enjeux juridiques et institutionnels pour le Québec.

I. CONTEXTE D'ÉMERGENCE DE L'ENTENTE DE LIAISON DES MARCHÉS DU CARBONE DE LA *WESTERN CLIMATE INITIATIVE*

L'élaboration de l'Entente de liaison chevauche deux décennies de transformations de l'action collective de lutte contre les changements climatiques (I.A). Sa logique se révèle, notamment, à la lumière de la théorie des « clubs » (I.B).

A. Les transformations de l'action collective de lutte contre les changements climatiques

La dernière décennie de lutte contre les changements climatiques a commencé sur fond de pessimisme après le constat de l'insuccès du modèle d'action collective portée par le Protocole de Kyoto⁷. Dans un système international encore largement centré sur l'État, cet insuccès a en effet montré les limites du recours à une approche centralisée descendante et déployée à l'échelle internationale, selon laquelle l'appareil onusien assure l'essentiel de la coordination des efforts de lutte contre les changements climatiques⁸.

Plusieurs facteurs ont affaibli la portée du Protocole de Kyoto, comme le refus des États-Unis de le ratifier ou la croissance marquée des émissions de gaz à effet de serre (GES) de la Chine. Ce pays, qui n'avait pas d'engagement de réduction de GES aux termes du Protocole de Kyoto, est maintenant le principal émetteur de GES à l'échelle

6. Par ex Nathaniel O Keohane, Annie Petsonk et Alex Hanafi, « Toward a Club of Carbon Markets » (2017) 144:1 *Climatic Change* 81.

7. *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2302 RTNU 148 (entrée en vigueur : 16 février 2005).

8. Daniel M Bodansky, « A Tale of Two Architectures: The Once and Future UN Climate Change Regime » (2011) 43:3 *Ariz St LJ* 697 aux pp 701 et s; Robert Falkner, Hannes Stephan et John Vogler, « International Climate Policy After Copenhagen: Towards a "Building Blocks" Approach » (2010) 1:3 *Global Policy* 252 aux pp 253 et s.

mondiale⁹. Seuls quelques pays, principalement européens, ont accepté des cibles contraignantes de réduction des émissions en vertu de la deuxième période d'engagement du Protocole de Kyoto, qui s'échelonne de 2013 à 2020¹⁰.

Les limites du Protocole de Kyoto et la prise de conscience que les efforts de lutte doivent être déployés par tous les pays, y compris les pays en développement, ont provoqué une profonde transformation des paramètres de l'action collective¹¹.

Le virage est effectivement pris à la Conférence de Copenhague. L'Accord de Copenhague consacre l'objectif de stabilisation de l'accroissement de la température à 2° C¹² et, également, l'émergence d'une approche décentralisée sur le plan national et ascendant, selon laquelle chaque pays établit ses propres engagements de lutte contre les changements climatiques¹³.

Ce changement d'approche a renforcé la présence, dans le discours sur l'action collective de lutte contre les changements climatiques, d'une panoplie hétéroclite d'entités subétatiques ou encore non étatiques, dont les États fédérés, les villes, les organisations non gouvernementales (ONG) ou les entreprises du secteur privé¹⁴. Notons que la participation des acteurs non étatiques elle-même n'est pas nouvelle et avait déjà été consacrée à Rio¹⁵. De plus, en Amérique du Nord, par exemple, elle a été, en grande partie, exacerbée par l'inaction des gouvernements fédéraux canadien et américain.

9. Voir Division statistique des Nations Unies: en ligne: <mdgs.un.org/unsd/mdg/SeriesDetail.aspx?srid=749>.

10. La deuxième période d'engagement du Protocole de Kyoto découle de l'Amendement de Doha du Protocole de Kyoto, adopté le 8 décembre 2012, par la décision 1/CMP 8, en ligne: <bit.ly/2LqfoCo>. En mars 2019, les 144 ratifications nécessaires à son entrée en vigueur n'avaient toujours pas été atteintes.

11. Anaïs Delbosc et Christian de Perthuis, « Négociations climatiques: les enjeux du post-Copenhague » (2010) 46:2 *L'Économie politique* 70 aux pp 71 et s.

12. Accord de Copenhague, décision 2/CP 15 du 18 décembre 2009, art 2, en ligne: <bit.ly/2NS6hfr>.

13. Delbosc et de Perthuis, *supra* note 11 aux pp 71 et s.

14. Voir par ex C40 Cities Climate Leadership Group, en ligne: <bit.ly/2sT6wx7>; Under2 Coalition of States and Regions, en ligne: <bit.ly/2uFLkvu>; We Are Still in, *Declaration*, en ligne: <bit.ly/2ftF1nJ>. Voir aussi Marie-Pierre Blin-Franchomme, « Quel rôle pour l'entreprise après l'Accord de Paris? » (2017) HS17 RJE 119 à la p 120.

15. Isabelle Michallet, « De l'action locale au droit global: l'engagement climatique des villes » (2017) HS17 RJE 105.

Une telle manière de coordonner l'action collective à l'échelle planétaire semble valider l'organisation « polycentrique » de la lutte contre les changements climatiques, envisagée par Elinor Ostrom¹⁶. Dans ce mode d'organisation, une multiplicité d'acteurs privés ou publics, locaux ou étatiques, participent au déploiement des politiques de lutte contre les changements climatiques et se coordonnent de manière plus ou moins formalisée afin d'obtenir des avantages collectifs ou des réductions de coûts. Ostrom cite d'ailleurs à titre d'exemple l'action de plusieurs États des États-Unis, dont la Californie¹⁷. Daniel Cole prolonge cette analyse et suggère que ce type d'arrangements, en particulier ceux mis en place à l'échelle locale ou régionale, pourraient contribuer de manière considérable aux efforts mondiaux de stabilisation du climat¹⁸.

Nous partageons ces analyses qui mettent en relief le caractère fragmenté de la lutte contre les changements climatiques et le fait que celle-ci repose, le plus souvent, sur l'engagement volontaire des différents acteurs et sur la mise en réseau de leurs actions¹⁹. C'est d'ailleurs dans ce contexte que l'Accord de Paris a été négocié et qu'il est apparu que la coordination des objectifs et des mesures de lutte contre les changements climatiques entre entités étatiques et non étatiques constitue, plus que jamais, un aspect essentiel de l'action collective de lutte contre les changements climatiques.

En effet, les négociations qui ont entouré l'Accord de Paris ont été très marquées par la présence de ces acteurs. Pensons, par exemple, à l'appel de Paris qui a récolté 1 200 signatures d'acteurs non étatiques dont celles du Québec, de l'Ontario et de la Californie, ainsi qu'à la résolution CP 21 de la COP21, qui accompagne l'Accord de Paris et dans laquelle la conférence « se félicite des efforts déployés » par les différentes catégories d'acteurs non étatiques pour faire face aux changements climatiques (para 118) et « encourage les Parties à œuvrer étroitement avec les entités non parties, afin de favoriser le renforcement des activités d'atténuation et d'adaptation » (para 119).

16. Elinor Ostrom, « Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change » (2010) 20:4 Global Environmental Change 550.

17. *Ibid* à la p 553.

18. Daniel H Cole, « From Global to Polycentric Climate Governance » (2011) 2:3 Climate Law 395.

19. *Ibid*.

L'Accord de Paris vise à contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2° C par rapport aux niveaux préindustriels et à poursuivre l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1,5° C par rapport à ceux-ci²⁰. Cet Accord est entré en vigueur le 4 novembre 2016 après sa ratification par au moins 55 pays représentant au moins 55 % des émissions mondiales²¹. L'Accord prévoit que chaque pays reste maître de la forme de sa contribution déterminée à l'échelle nationale, en matière de réduction ou d'atténuation des émissions de GES, ainsi que d'un mécanisme de révision quinquennal, qui permet de revoir à la hausse cette contribution²².

Notre recherche n'a pas pour ambition de présenter en détail les modalités de mise en œuvre de l'Accord, et nous ne mentionnerons que le mécanisme de flexibilité prévu au paragraphe 2 de l'article 6, car celui-ci a un lien direct avec l'Entente de liaison des marchés de la WCI²³. Ce mécanisme prévoit, notamment, que pour atteindre les objectifs établis dans leur contribution déterminée à l'échelle nationale, les Parties à l'Accord peuvent recourir à des « transferts de résultats d'atténuation » dans le cadre de « démarches concertées »²⁴. Cette disposition ne met pas directement en place un mécanisme de marché, mais permet la reconnaissance de divers types d'initiatives de coopération bilatérales ou multilatérales entre les Parties²⁵. La liaison de marchés du carbone régionaux, comme celle réalisée dans le cadre de la WCI, pourrait en être une expression.

20. Accord de Paris, *supra* note 3, art 2.

21. *Ibid*, art 21 au para 1.

22. *Ibid*, art 4 au para 9 et art 14.

23. Par exemple, l'article 6(4) de l'Accord de Paris prévoit un mécanisme d'élaboration propre, semblable à celui que l'on connaît déjà dans le Protocole de Kyoto. Voir Marion Lemoine-Schonne, « Quelle perspective pour les instruments de marché sur le climat après l'Accord de Paris » (2017) HS17 RJE 141.

24. L'article 6 para 2 de l'Accord de Paris, *supra* note 3, énonce que :

Les Parties, lorsqu'elles mènent à titre volontaire des démarches concertées passant par l'utilisation de résultats d'atténuation transférés au niveau international aux fins des contributions déterminées au niveau national, promeuvent le développement durable et garantissent l'intégrité environnementale et la transparence, y compris en matière de gouvernance, et appliquent un système fiable de comptabilisation, afin notamment d'éviter un double comptage, conformément aux directives adoptées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris.

25. Andrei Marcu, *Article 6 of the Paris Agreement: Reflections on Party Submissions Before Marrakech*, Genève, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2017 à la p 6.

Il faut se souvenir que le texte de l'Accord a été adopté alors que certains États et groupes de la société civile étaient hostiles au recours à des mécanismes de marché²⁶. Également, un éventuel recours au marché, dans le cadre de l'article 6, est compris, avant tout, comme devant permettre aux Parties d'augmenter leur niveau d'ambition dans la lutte contre les changements climatiques et de le réaliser de manière à garantir l'intégrité environnementale de la démarche²⁷.

Rappelons aussi que la notion de « transfert de résultats d'atténuation » est encore floue. Il pourrait, certes, s'agir d'une nouvelle forme d'unité d'émission d'une nature différente de celles prévues dans le Protocole de Kyoto, mais cette perspective ne fait pas non plus consensus au sein des Parties et la question reste ouverte²⁸. Les règles de mise en œuvre de l'article 6 étaient à l'ordre du jour de la 24^e Conférence des Parties (COP 24), qui a eu lieu en décembre 2018 à Katowice, en Pologne. Les discussions entourant les règles de mise en œuvre de l'article 6 ont été marquées par de fortes divergences de positions des délégués et n'ont pas abouti. Ces règles seront de nouveau abordées lors de la COP 25 en 2019²⁹. Rappelons que celles-ci sont importantes puisqu'elles permettront d'éclairer la manière dont le Canada pourrait se servir de la liaison des marchés du carbone de la WCI pour atteindre les objectifs fixés dans sa contribution déterminée à l'échelle nationale.

B. L'Entente de liaison des marchés du carbone de la *Western Climate Initiative* à la lumière de la théorie des « clubs »

La genèse de la liaison des marchés du carbone de la WCI a véritablement commencé le 26 février 2007 lors de la signature d'un protocole d'accord entre les gouverneurs de cinq États de l'ouest des États-Unis³⁰. Par la suite, la WCI a connu une évolution tumultueuse,

26. Il s'agissait par exemple des pays de « l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (ALBA) » et les « pays les moins avancés (PMA) »; Marion Lemoine-Schonne, « La flexibilité de l'Accord de Paris sur les changements climatiques » (2016) 41:1 RJE 37 à la p 49.

27. Marcu, *supra* note 25 à la p 4.

28. *Ibid* à la p 19.

29. « COP 24 : à Katowice, les États approuvent les règles de mise en œuvre concrète de l'Accord de Paris », ONU info, 15 décembre 2018, en ligne : <bit.ly/2uasVqG>.

30. Les signataires sont la Californie, le Nouveau-Mexique, l'Arizona, l'Oregon et l'État de Washington. La WCI a été rejointe par la Colombie-Britannique et le Manitoba en 2007, puis par le Québec et l'Ontario en 2008. Le protocole d'accord donne à la WCI les buts suivants : 1) établir un objectif régional de réduction des émissions de GES reflétant les objectifs des États

ponctuée de nombreux rebondissements et revirements politiques. L'histoire de la WCI a déjà fait l'objet de commentaires approfondis³¹. Nous limiterons donc nos remarques à certains aspects du travail d'élaboration du programme régional de la WCI, qui sont plus étroitement liés aux objectifs de notre article.

Le protocole d'accord qui fonde la WCI se démarque du *Memo-randum of Understanding* de l'autre marché régional du carbone nord-américain la *Regional Greenhouse Gas Initiative* (RGGI)³². Tout d'abord, la couverture prévue par le modèle de la WCI est beaucoup plus large et ambitieuse que celle du programme de la RGGI, puisqu'elle vise les émissions de plusieurs secteurs d'activités, dont les secteurs industriel et résidentiel et celui de la distribution des carburants et combustibles fossiles. Par ailleurs, les membres de la WCI ont choisi de ne pas recourir à une règle modèle, comme celle préconisée par la RGGI. Ils ont préféré l'élaboration d'un modèle plus souple qui établit des caractéristiques communes destinées à favoriser l'établissement d'ententes de liaison entre les régimes de chaque participant, afin de permettre la création à terme d'un véritable marché commun du carbone à l'échelle continentale³³.

Le modèle a été conçu par divers comités, composés de représentants des États et provinces membres de la WCI, et il a fait l'objet

participants; 2) concevoir un « modèle » de régime de plafonnement et d'échange multisectoriel; 3) établir un registre commun de droits d'émission; et 4) élaborer des politiques complémentaires concernant l'énergie renouvelable, l'efficacité énergétique et l'atténuation des effets des changements climatiques; voir l'accord établissant la WCI, en ligne : <bit.ly/2bIKHHR>.

31. Géraud de Lassus Saint-Geniès, « Quel droit pour l'interconnexion des marchés du carbone? Un regard sur l'expérience Québec-Californie » (2017) HS17 RJE 157; Annie Chaloux, *Paradiplomatie environnementale en perspective : analyse de la mise en œuvre des engagements internationaux du Québec dans l'espace nord-américain*, thèse de doctorat, Montréal, ENAP, 2014 aux pp 128–40, en ligne : <bit.ly/2LjVH31>; Chaloux, « The Implementation », *supra* note 2; Jacques Papy, « La Western Climate Initiative est-elle l'avenir du marché canadien du carbone? » (2009) 39:1 Rev dr ULB 375.

32. La RGGI regroupe les États du Connecticut, Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New York, Rhode Island et Vermont. Le New Jersey faisait partie de la RGGI au moment de son lancement, mais s'en est retiré le 1^{er} janvier 2012. En janvier 2018, le gouverneur de cet État a entrepris les procédures visant à se joindre de nouveau à la RGGI; voir en ligne : <bit.ly/2Ly50vB>. La RGGI vise les émissions de CO₂ des centrales électriques qui utilisent des combustibles fossiles et produisent au moins 25 MW, ce qui représente environ 168 installations, et a pour objectif de permettre une réduction de 45 % des émissions de CO₂ de ce secteur en 2020 par rapport à leur niveau de 2005. La règle modèle prévoit en détail les modalités de fonctionnement du Système de plafonnement et d'échange, y compris l'attribution des droits d'émission par l'entremise de ventes aux enchères régionales communes, tenues sur une base trimestrielle. Voir la RGGI Model Rule, en ligne : <bit.ly/2aGez5C>.

33. Papy, *supra* note 31 à la p 392.

de discussions, dont certaines étaient ouvertes au public, avec des représentants du milieu industriel et de la société civile. Les principaux éléments du modèle figurent dans les documents respectivement intitulés *Modèle recommandé pour le programme régional de plafonds-échanges de la WCI* (2008) et *Cadre de mise en œuvre du programme régional de la WCI* (2010)³⁴.

Cependant, malgré l'engouement qui a suivi le lancement de la WCI, seuls le Québec, la Californie et, quelques années plus tard, l'Ontario ont déployé leur réglementation basée sur le modèle commun et effectivement lancé leur programme de plafonnement et d'échange de droits d'émission³⁵. La première liaison des marchés a été réalisée entre les programmes québécois et californien aux termes 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* [ci-après Entente de 2013]³⁶. L'Entente a été signée en septembre 2013, puis soumise à l'approbation de l'Assemblée nationale et à la ratification du gouvernement du Québec, conformément aux dispositions de la *Loi sur le ministère des Relations internationales*³⁷. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

L'Entente de 2013 a toutefois pris fin le 1^{er} janvier 2018 à l'occasion de l'élargissement de la liaison au programme de l'Ontario³⁸. Les

34. Voir The WCI Cap & Trade Program, en ligne : WCI <www.westernclimateinitiative.org/the-wci-cap-and-trade-program>.

35. Pour un historique détaillé de l'élaboration de la réglementation de la WCI en Californie et au Québec, voir Québec, Assemblée nationale, *Rapport du Vérificateur général du Québec pour l'année 2016–2017*, « Annexe 5 : historique du marché du carbone Québec-Californie », chap 4 : « Marché du carbone : portrait et enjeux » aux pp 40 et s [*Rapport du Vérificateur général du Québec*].

36. Voir *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*, en ligne : <bit.ly/2LkNjAB> [Entente de 2013].

37. L'Entente a été signée à Sacramento le 25 septembre et à Montréal le 27 septembre 2013, puis approuvée par l'Assemblée nationale le 5 novembre 2013 et ratifiée par le D 1181-2013, (2013) GOQ II, 5275; *Loi sur le ministère des Relations internationales*, RLRQ c M-25.1.1, arts 19, 22.2 et 22.4.

38. Pour y mettre fin, le gouvernement du Québec et le *California Air Resources Board* ont signé, le 22 septembre 2017, à Québec, et le 4 octobre 2017, à Los Angeles, l'*Avenant à 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 droit d'émission de gaz à effet de serre*. L'avenant modifie l'article 20 de l'Entente de 2013. Celui-ci prévoit dorénavant que :

la fin de l'entente prend effet à la date de l'entrée en vigueur de l'Entente concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits

gouvernements de la Californie, du Québec et de l'Ontario ont alors décidé de la remplacer par l'*Entente concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre*, signée à Québec le 22 septembre 2017³⁹. L'Entente de liaison reprend cependant, en très grande partie, la structure et le contenu de l'entente précédente. C'est pourquoi les différences entre les deux textes seront présentées au fil des développements de la seconde partie de cet article.

L'Entente de liaison est composée de cinq chapitres qui traitent successivement des thèmes suivants : 1) objectifs et définitions; 2) processus d'harmonisation réglementaire, de reconnaissance mutuelle des droits d'émission, de vente aux enchères conjointes et de maintien des plateformes électroniques communes; 3) fonctionnement administratif du marché commun du carbone et mise en place du Comité consultatif; 4) obligations des Parties en matière de confidentialité des renseignements et de coopération en matière de communication avec le public; et 5) procédure de retrait et d'accession à l'entente et modalités de règlement des différends.

Plutôt qu'un exposé linéaire du contenu des différents chapitres, nous avons choisi de présenter une analyse fonctionnelle de l'Entente, qui fait appel aux enseignements de la théorie des « clubs » et à la littérature sur la liaison des marchés du carbone qui y est associée⁴⁰. Selon nous, une telle analyse permet de dépasser le simple commentaire. En effet, elle montre le processus régional d'institutionnalisation du marché commun du carbone de la WCI, tout en mettant en lumière les points de friction juridiques qui découlent des choix effectués par les Parties dans la distribution de leurs droits et obligations.

d'émission de gaz à effet de serre signée par le gouvernement du Québec, le California Air Resources Board et le gouvernement de l'Ontario.

L'avenant a été entériné par le D 1135-2017, (2017) GOQ II, 5534 et est entré en vigueur le 28 décembre 2017, en ligne : <bit.ly/2LguBKe>.

39. Entente de liaison, *supra* note 4. Notons que contrairement à l'Entente de 2013, cette Entente n'a pas été soumise à l'approbation de l'Assemblée nationale. Elle a été directement entérinée par le gouvernement du Québec aux termes du D 1136-2017, (2017) GOQII, 5535.

40. La littérature sur la théorie des clubs et son application à différents domaines a fait l'objet d'une très volumineuse recherche autant théorique qu'empirique (voir par ex., Todd Sandler et John T Tschirhart, « The Economic Theory of Clubs: An Evaluative Survey » (1980) 18 *Journal of Economic Literature* 1481; Todd Sandler et John T Tschirhart, « Club Theory: Thirty Years Later » (1997) 93 *Public Choice* 335). Son utilisation à titre de pistes de solution au problème posé par l'action collective en matière de lutte contre les changements climatiques a émergé de façon plus marquée au cours des deux dernières décennies.

La théorie des « clubs » s'inscrit dans le sillage du paradoxe de l'action collective proposé par la théorie des jeux, en vertu duquel, à moins qu'il n'existe un mécanisme de sanction efficace, l'action collective est vouée à l'échec puisqu'un individu rationnel (le resquilleur) agira toujours dans son propre intérêt plutôt que dans l'intérêt commun, tout en cherchant à profiter de l'avantage tiré de l'atteinte de l'intérêt commun (et du comportement vertueux des autres membres du groupe). En l'espèce, relativement à la problématique des changements climatiques, il s'agit de s'interroger sur l'avantage qu'un pays peut retirer s'il n'agit pas pour réduire ses émissions, tout en laissant aux autres membres de la communauté internationale le soin de lutter contre les changements climatiques⁴¹.

Pour le Québec, l'Entente de liaison permet justement à celui-ci d'atteindre plus facilement ses objectifs d'atténuation, tout en ménageant les efforts économiques devant être faits sur le plan national afin d'assurer la transition vers une économie sobre en carbone. Plus particulièrement, les bienfaits suivants constituent les incitatifs les plus puissants à participer à ce type d'entente : 1) réduire les coûts d'atténuation et réaliser de manière plus efficiente des objectifs de lutte contre les changements climatiques; 2) réduire les coûts administratifs; 3) renforcer la stabilité du marché grâce à l'augmentation de la liquidité, à la réduction de la volatilité du prix des droits d'émission et à la réduction des possibilités de manipulation; 4) favoriser la lutte contre les fuites de carbone; et 5) favoriser l'émergence d'un prix mondial du carbone⁴².

La littérature sur les « clubs » et sur l'action de lutte contre les changements climatiques est très riche et fourmille de concepts et d'appellations dont beaucoup se recourent⁴³. Les auteurs Keohane, Petsonk et Hanafi classent la WCI dans la catégorie des « *clubs of carbon markets* ». Ils formulent également une proposition particulièrement

41. Voir Shi-Ling Hsu, « A Game-Theoretic Model of International Climate Change Negotiations » (2011) 19:1 NYU Envtl LJ 14.

42. Keohane, Petsonk et Hanafi, *supra* note 6.

43. Un récent rapport de la *Networked Carbon Market Initiative* de la Banque mondiale tente d'en faire un inventaire. Dans ce rapport, on trouve pêle-mêle les Climate Clubs (*Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation, REDD+*), l'*International Partnership on Mitigation and Measurement, Reporting and Verification*, les *Climate Partnerships* (partage des connaissances et transfert de technologies), ainsi que les *Climate Market Clubs* (EU-ETS, CORSIA), qui sont aussi appelés *Carbon-Market Clubs* ou *Clubs of Carbon-Markets*: *Networked Carbon Markets, Carbon Market Clubs and the New Paris Regime, Climate Strategies* et le Groupe de la Banque mondiale, 2016 aux pp 3 et s.

bien taillée pour procéder à l'analyse de cette catégorie de « club »⁴⁴. Leur proposition décrit les objectifs d'un club de marchés du carbone, les incitatifs à y adhérer ainsi que les fonctions essentielles que celui-ci doit assurer. Des multiples points abordés par ces auteurs, nous avons retenu trois fonctions principales qui nous semblent plus particulièrement pertinentes pour faire ressortir les éléments saillants de l'Entente de liaison et, notamment, ses fonctions institutionnelles.

II. LES FONCTIONS INSTITUTIONNELLES DE L'ENTENTE DE LIAISON DES MARCHÉS DU CARBONE

Ainsi, la première fonction d'un club de marchés du carbone est d'assurer l'intégrité environnementale du système (II.A). La seconde est la mise en place d'une infrastructure commune de marché, qui permet la circulation des droits d'émission et la reconnaissance mutuelle des droits d'émission (II.B). Enfin, la troisième est l'élaboration d'une capacité institutionnelle au sein du club (II.C). Examinons maintenant la manière dont ces fonctions sont assurées dans l'Entente de liaison.

A. La protection de l'intégrité environnementale des objectifs régionaux de réduction des émissions de gaz à effet de serre

Lier les marchés du carbone dans des conditions assurant l'intégrité environnementale des objectifs de réduction de GES est un enjeu majeur pour les Parties et une condition de la crédibilité nationale et internationale de la WCI. Pour ce faire, l'Entente de liaison prévoit des dispositions qui visent la coopération et l'établissement de normes harmonisées de comptabilité, de déclaration et de surveillance des émissions. Celles-ci portent plus particulièrement sur les modalités de comptabilisation et de traitement des réductions des émissions, ainsi que sur l'intégrité environnementale des crédits compensatoires.

44. Keohane, Petsonk et Hanafi, *supra* note 6 à la p 81.

1. L'intégrité environnementale des crédits compensatoires

L'article 5 de l'Entente de liaison prévoit que les protocoles de crédits compensatoires :

exigent que les réductions des émissions de gaz à effet de serre, les émissions évitées, la séquestration ou l'amélioration de la séquestration de gaz à effet de serre, provenant de projets de crédits compensatoires, rencontrent les conditions essentielles d'être réelles, additionnelles, quantifiables, permanentes, vérifiables et soumises à l'application et à l'exécution des règles établies [nos soulignés]⁴⁵.

L'article 5 prévoit également qu'une « Partie peut envisager de modifier la composante de son programme concernant les crédits compensatoires, incluant l'ajout de nouveaux protocoles de crédits compensatoires ou la modification de la procédure de délivrance de ces crédits »⁴⁶. C'est là un point important de l'Entente de liaison puisqu'il consacre la possibilité, pour le Québec, de faire évoluer les modalités de fonctionnement de cette composante de son programme. En revanche, les modifications envisagées par la province devront faire l'objet d'un examen par les autres Parties. Des consultations avec les autres Parties sont également prévues lorsque « des changements ou des ajouts sont susceptibles de porter atteinte au processus d'harmonisation et d'intégration de leur programme ou d'avoir d'autres répercussions sur les Parties »⁴⁷.

Le public doit également disposer d'un délai raisonnable « [pour] consulter et [...] commenter les modifications proposées avant leur adoption ». Enfin, comme cela est normalement le cas lorsqu'une modification législative ou réglementaire est prévue, le processus de consultation publique relatif à une telle modification doit être respecté⁴⁸.

Il sera intéressant de suivre l'évolution du traitement des crédits compensatoires par la réglementation québécoise dans les prochaines années, dans la mesure où des divergences existent avec le droit

45. Entente de liaison, *supra* note 4, art 5. Les crédits compensatoires forment une catégorie de droits d'émission qui reconnaît la validité d'une réduction de GES effectuée sur une base volontaire. Les conditions de cette reconnaissance sont fixées par la réglementation; voir *Rapport du Vérificateur général du Québec*, *supra* note 35 aux pp 14 et s.

46. Entente de liaison, *supra* note 4, art 5 al 2.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

californien. Ces divergences portent, notamment, sur les projets admissibles, les modalités de délivrance des crédits compensatoires ainsi que sur leur risque d'annulation par l'autorité administrative⁴⁹. De plus, à la suite de l'adoption par la Californie de la loi AB398 en juillet 2017, les modalités d'utilisation des crédits compensatoires aux fins de l'obligation de couverture des émissions ont été modifiées de manière importante dans la réglementation californienne pour la période postérieure à 2020. Bien qu'au moment de la publication du présent article, les nouvelles modalités ne soient pas encore complètement déterminées, il y a fort à parier que des modifications devront être apportées à la réglementation québécoise⁵⁰.

2. La comptabilité régionale des réductions des émissions de gaz à effet de serre

La comptabilisation et la répartition régionale des réductions d'émission de GES sont également des enjeux de taille, en particulier pour éviter les risques de double comptage. L'article 8 de l'Entente de liaison prévoit qu'afin :

[d]'assurer la clarté et la transparence dans la façon dont les réductions d'émission [...] sont comptabilisées à l'égard des cibles de réduction des émissions de chacune des Parties, les Parties conviennent d'élaborer et de mettre en œuvre un mécanisme de comptabilisation qui fournit un calcul transparent et axé sur les données qui attribue à chacune des Parties sa part de la réduction totale des émissions de gaz à effet de serre réalisée conjointement dans le cadre des programmes de plafonnement et d'échange liés des Parties [nos soulignés]⁵¹.

Pour ce faire, les Parties « s'appuieront sur les principes et les critères internationaux, à savoir ceux relatifs à l'intégrité environnementale et à la comptabilisation fiable, en mettant l'accent sur la transparence et en évitant le double comptage » [nos soulignés]⁵². Elles conviennent

49. Pour une explication, voir *Rapport du Vérificateur général du Québec*, *supra* note 35 à la p 27.

50. Pour un résumé des modifications apportées au programme californien après 2020 par la loi É-U, AB 398, *California Global Warming Solutions Act of 2006: Market-Based Compliance Mechanisms*, Reg Sess, Cal, 1997, chap 135, en ligne : <bit.ly/2uYS7IE> [AB 398], voir Selina Lee-Andersen, « Cap & Trade 2.0: California Fine Tunes and Extends Cap & Trade Program to 2030 », Montréal, McCarthy Tétrault, 2017, en ligne : <bit.ly/2NJmHb>.

51. Entente de liaison, *supra* note 4, art 8 al 1.

52. *Ibid*, art 8 al 2.

également de réviser périodiquement ce mécanisme « en réponse au développement [*sic*] de lois applicables à chacune des Parties ou de principes et de critères nationaux et internationaux pertinents » [nos soulignés]⁵³.

Ce volet ne figurait pas dans l'Entente de 2013 et prend en compte les critiques formulées à l'égard du risque de double comptage au sein de la WCI. Dans un rapport de 2016, la Commissaire à l'environnement de l'Ontario critiquait ce défaut de l'Entente de 2013 et estimait que :

[L]'Ontario, le Québec et la Californie n'ont pas conclu d'entente formelle à propos de la méthode à utiliser pour comptabiliser et présenter les réductions découlant du régime de plafonnement et d'échange dans leurs rapports respectifs sur les émissions. Par conséquent, il y a un risque que deux administrations portent à leur crédit le même cas de réduction, c.-à-d. l'administration ayant réalisé la réduction et l'administration ayant acheté le quota. [...]. Notre examen des rapports sur les émissions de la Californie et de l'entente en vigueur entre le Québec et la Californie a aussi révélé que ces deux administrations n'ont pas établi de méthode pour comptabiliser les quotas que l'une vend à l'autre dans leurs rapports respectifs sur les émissions. En juin 2016, aucun mécanisme n'était en place pour prévenir la déclaration en double des réductions découlant de la vente et de l'achat de quotas dans les trois administrations⁵⁴.

À la date de publication du présent article, le mécanisme de comptabilisation, prévu à l'article 8, était toujours en cours d'élaboration par les Parties et aucun projet n'avait encore été rendu public.

Par ailleurs, ces modifications reflètent aussi les transformations du contexte international de la lutte contre les changements climatiques qui ont suivi l'*Accord de Paris*. Les renvois multiples aux critères internationaux de comptage nous paraissent être une indication de la volonté des Parties d'inscrire la liaison des marchés dans la logique de l'Accord et de recourir aux mécanismes de flexibilité prévus à l'article 6 de ce dernier. Nous reviendrons sur ce point dans la section de l'article consacrée aux défis juridiques que comporte la mise en œuvre de l'Entente.

53. *Ibid*, art 8 al 5.

54. Bureau de la vérificatrice de l'Ontario, *Rapport annuel 2016*, vol 1, c 3, section 3.02 « Changement climatique » à la p 203, en ligne : <bit.ly/205vzHk>.

En plus d'assurer l'intégrité environnementale des objectifs de réduction des GES, un club de marchés du carbone a pour fonction de permettre la reconnaissance mutuelle des droits d'émission et le déploiement d'une infrastructure technologique commune.

B. La reconnaissance mutuelle des droits d'émission et le déploiement d'une infrastructure technologique commune

La reconnaissance mutuelle des droits d'émission et la mise en place d'une infrastructure commune de marché assurant leur circulation sont des fonctions centrales de la WCI et constituent également les principaux incitatifs à y participer puisqu'elles permettent, en théorie, d'atteindre l'objectif de réduction des GES à moindre coût. Ainsi, en principe, l'élargissement du marché favorise, pour les émetteurs, l'accès à des droits d'émission au coût le plus bas. De plus, le partage d'une infrastructure commune permet aux Parties de réduire le coût administratif du recours au marché⁵⁵.

Dans la WCI, le marché commun du carbone est composé du marché primaire et du marché secondaire⁵⁶. L'Entente de liaison comporte donc des dispositions concernant la reconnaissance mutuelle des droits d'émission par les Parties, ainsi que l'établissement d'une infrastructure rendant possible la tenue d'enchères conjointes et l'échange de droits d'émission entre les participants.

1. La reconnaissance mutuelle des droits d'émission

La reconnaissance mutuelle des droits d'émission par les Parties constitue la pierre angulaire de la liaison des marchés. C'est la raison pour laquelle l'article 6 de l'Entente de liaison prévoit notamment que « les droits d'émission de gaz à effet de serre qu'elles délivrent font l'objet d'une reconnaissance mutuelle, conformément aux dispositions réglementaires de leur programme de plafonnement et d'échange respectif »⁵⁷.

55. Jacques Papy, « L'encadrement de l'échange de droits d'émission dans le marché réglementé du carbone au Québec sera-t-il efficace? Enjeux, constats et prédictions » (2014) 44:1 RG D 7.

56. Le marché primaire correspond à l'introduction des droits d'émission de GES sur le marché du carbone par l'autorité administrative (par exemple, l'attribution gratuite, la vente aux enchères ou la vente de gré à gré décrétée par le ministre). Le marché secondaire correspond à l'échange de droits d'émission entre les participants; voir *Rapport du Vérificateur général du Québec*, *supra* note 35 aux pp 16, 19 et 21.

57. Entente de liaison, *supra* note 4, art 6 al 1.

La reconnaissance mutuelle des droits d'émission permet l'organisation de ventes aux enchères conjointes. L'article 9 prévoit qu'elles « se déroulent conjointement et selon les procédures harmonisées élaborées par les Parties »⁵⁸, conformément à leurs dispositions réglementaires respectives.

À la suite de l'entrée en vigueur de l'Entente de liaison, la première vente aux enchères tripartite s'est déroulée le 21 février 2018⁵⁹. Il s'agit de la 14^e enchère conjointe réalisée dans le cadre de la WCI. Rappelons que la première vente aux enchères conjointe qui découlait de l'Entente de 2013 entre la Californie et le Québec a eu lieu le 25 novembre 2014⁶⁰.

La reconnaissance mutuelle des droits d'émission permet également, en théorie, d'augmenter le nombre d'occasions de transaction de droits d'émission sur le marché secondaire. Cette possibilité est consacrée à l'article 7 de l'Entente de liaison. Cet article prévoit que « les transactions de droits d'émission entre les participants inscrits auprès de chacune des Parties se déroulent conformément aux dispositions réglementaires de leur programme de plafonnement et d'échange respectif »⁶¹.

En pratique, la possibilité d'effectuer des transactions portant sur les droits d'émission avec les participants d'autres territoires semble avoir été peu utilisée au Québec⁶². Les effets de la liaison avec l'Ontario sur l'évolution du volume des transactions entre participants au cours des prochaines années auraient été intéressants à observer. Cependant, cette liaison a été suspendue le 15 juin 2018 et aucune transaction ne peut être réalisée pour le moment entre des participants ontariens et québécois, ou californiens⁶³.

58. *Ibid*, art 9.

59. Lors de cette vente aux enchères, le prix minimal était 18,34 \$ CA. Le prix de vente final était 18,44 \$ CA pour le millésime actuel (2016 et 2018) et 18,34 \$ CA pour le millésime 2021. Le rapport des résultats peut être consulté sur le site Web du ministère de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques (MDDELCC), en ligne : <bit.ly/2FnVF6u>.

60. Lors de cette vente aux enchères, le prix minimal était 12,82 \$ CA et le prix de vente final, 13,68 \$ CA pour le millésime 2014 et 13,41 \$ CA pour le millésime 2017.

61. Entente de liaison, *supra* note 4, art 7 al 1.

62. Érick Lachapelle et al, *Enquête sur les entreprises touchées par le système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre du Québec (SPEDE)*, Rapport Bourgogne 2017-RB01, CIRANO, 2017 aux pp 35 et s.

63. Le gel du transfert de droits d'émission avec les participants ontariens a été annoncé et mis en vigueur quelques heures après l'annonce du premier ministre désigné de l'Ontario de son intention de démanteler le programme de plafonnement et d'échange de droits d'émission de la province; voir California Air Resources Board, « Market Notice June 15 », 2018, en ligne : <bit.ly/2AaTiCH>.

La création d'un marché opérant sur plusieurs territoires entraîne nécessairement des mesures de coopération en matière de surveillance. À ce titre, les Parties :

se tiennent informées de toute enquête relative, notamment et sans s'y limiter, aux actes ou omissions de l'un de ses participants inscrits ou autres personnes assujetties, dans le cadre des programmes ainsi que de toute contravention, sanction ou amende ou toute décision rendue à la suite de ces enquêtes⁶⁴.

2. Le partage d'une infrastructure technologique commune

Pour assurer l'intégration technique du marché, l'article 10 de l'Entente de liaison prévoit le recours à des plateformes électroniques communes, dont celles des enchères et du registre du programme. Cet article précise également que les « plateformes communes du registre du programme et de ventes aux enchères sont offertes en français et en anglais et permettent d'enregistrer et d'effectuer des transactions dans la devise de chacune des Parties »⁶⁵.

En cela, l'infrastructure technologique s'est largement inspirée de celle utilisée par la RGGI et a aussi pour objectif de partager les coûts administratifs du recours à un régime de plafonnement et d'échange de droits d'émission⁶⁶. L'article 12 de l'Entente de liaison énonce qu'elle repose largement sur WCI Inc, une société à but non lucratif, incorporée dans l'État du Delaware et dont les bureaux sont situés à Sacramento, en Californie⁶⁷.

L'utilisation des services de WCI Inc ne paraît cependant pas être une condition de la participation des Parties au marché commun. En effet, une Partie peut choisir de confier à une autre entité la coordination du soutien administratif et technique de son programme, y compris les plateformes de registre et de vente aux enchères. Elle doit alors consulter les autres Parties afin d'élaborer conjointement une approche harmonisée⁶⁸. Pour le moment, rien n'indique que l'une des

64. Entente de liaison, *supra* note 4, art 7 al 2.

65. *Ibid*, art 10 al 2.

66. Pour une discussion des coûts administratifs de WCI Inc, voir Nathalie Chalifour et Jacques Papy, « The Cost of Enforcing Carbon Pricing Mechanisms: A Comparison of the British Columbia Carbon Tax and the Québec Emissions Trading System » dans Larry Kreiser et al, dir, *Carbon Pricing: Design, Experiences and Issues*, Northampton (Mass), Edward Elgar Pub, 2015, 16.

67. Entente de liaison, *supra* note 4, art 12 al 1.

68. *Ibid*, art 12 al 2 et 3.

Parties souhaite faire appel aux services d'une autre entité pour exécuter ces tâches.

En plus d'assurer la reconnaissance mutuelle des droits d'émission de GES, le club de marché du carbone de la WCI a pour fonction de favoriser l'élaboration d'une capacité institutionnelle régionale.

C. L'élaboration d'une capacité institutionnelle régionale

L'Entente de liaison reprend essentiellement les termes de l'Entente de 2013 et montre, à première vue, un degré d'institutionnalisation régionale assez faible. Elle formalise avant tout un processus amorcé il y a plus d'une décennie lors de la fondation de la WCI et qui présente un caractère « mou » et polycentrique. Ce processus porte principalement sur les missions confiées à WCI Inc (II.C.1) et sur l'accompagnement de la transformation continue de la réglementation des Parties (II.C.2). Il est également ouvert vers l'extérieur, de manière à favoriser l'accueil de nouveaux membres au sein du marché commun (II.C.3).

1. Les missions de Western Climate Initiative Inc

L'édification d'une capacité institutionnelle régionale comprend, comme nous l'avons vu dans la section précédente, la création de la société WCI Inc, qui est chargée de l'exécution de certains services administratifs et techniques pour le compte des Parties. Notons que cette société n'a reçu aucune délégation de pouvoir et que son mandat est limité à la prestation de services.

La prestation de services administratifs et techniques par WCI Inc est articulée autour de trois missions. La première mission est de maintenir le registre centralisé des droits d'émission appelé *Compliance Instrument Tracking System Service* (CITSS), lequel joue un rôle central dans le fonctionnement du marché, car il assure le suivi de tous les comptes et de tous les mouvements des différentes catégories de droits d'émission en circulation, de leur création à leur retrait.

La seconde mission est d'assurer et de surveiller les enchères communes d'unités d'émission. C'est une fonction très importante puisque la plus grande partie de celles-ci sont vendues aux enchères⁶⁹.

69. Les enchères sont trimestrielles et ont rapporté environ 6,5 milliards USD à la Californie, 2 milliards CAD au Québec (1,6 milliard USD) et 2 milliards CAD à l'Ontario (1,6 milliard USD), soit un total d'environ 9,7 milliards USD (décembre 2017).

Enfin, la troisième mission consiste en la surveillance du marché secondaire, par exemple pour éviter que certains participants tentent de le manipuler.

Les Parties financent le fonctionnement de WCI Inc au moyen de versements périodiques. Les modalités de ces derniers sont réglées par une série d'ententes de financement, signées entre chaque Partie et WCI Inc. Ces ententes, ainsi que les documents budgétaires et fiscaux, sont divulgués au public⁷⁰. Le montant du budget global de WCI Inc pour 2018 était de 4 654 367 \$ US et il est de 4 633 257 \$ US pour le budget prévisionnel de 2019⁷¹.

En pratique, l'exécution de ces missions n'est pas effectuée par le personnel de WCI Inc, mais plutôt par des sous-traitants privés, basés aux États-Unis⁷². Ainsi, bien que plusieurs provinces canadiennes soient membres du marché commun du carbone, l'infrastructure technique et administrative de celui-ci est essentiellement une construction américaine, réglée par le droit américain. Cela pose un certain nombre de questions, dont la capacité juridique des organismes publics provinciaux de vérification comptable d'effectuer des missions de contrôle aux États-Unis⁷³.

L'Entente de liaison formalise également les modalités de la coopération entre les Parties en vue de l'harmonisation de leurs programmes respectifs dans un contexte de transformation continue de leur réglementation.

2. Les groupes de travail spécialisés et le Comité consultatif

Les Parties se sont engagées à concevoir des réglementations harmonisées qui répondent à leurs besoins particuliers et respectent leurs

70. Ils peuvent être consultés sur le site de WCI Inc, en ligne : <bit.ly/1kEEJLe>.

71. WCI Inc, Budget pour l'année civile 2018 et dépenses prévues en 2019 et 2020, 12 octobre 2017 à la p 2; en ligne : <bit.ly/2FPqmSi>.

72. L'attribution des contrats aux sous-traitants est réalisée de manière périodique après un processus d'appel d'offres. Ces appels ainsi que les contrats peuvent être consultés sur le site Web de WCI Inc dans la section : « Contrats et appels d'offres » de l'onglet « documents », en ligne : <bit.ly/1kEEJLe>.

73. Par exemple, WCI Inc ne peut pas, à première vue, être qualifiée d'organisme public ou d'organisme du gouvernement, au sens des articles 3 et 4 de la *Loi sur le vérificateur général*, RLRQ c V-5.01.

sphères de compétence constitutionnelle, tout en étant capables de soutenir la liaison des marchés. Toutefois, maintenir une telle harmonisation, dans un contexte de transformation constante de leurs réglementations respectives, est un défi de taille. Pour y répondre, les Parties ont choisi un processus continu et itératif de consultation et d'harmonisation, qui mène, notamment, à des vagues d'harmonisation réglementaire successives. L'Entente de liaison prévoit que ce processus est conduit par des groupes de travail spécialisés et qu'il est chapeauté par un comité consultatif. Elle reprend ainsi les modalités de collaboration déjà élaborées dans l'Entente de 2013.

Ainsi, l'article 3 de l'Entente de liaison prévoit que « [l]es Parties se consultent de façon régulière et constructive [...]. La consultation s'appuie sur les rapports de travail existants et permet au personnel de chaque Partie de travailler de façon constructive au sein de groupes de travail supervisés par les autorités des Parties » [nos soulignés]⁷⁴.

L'article 3 *in fine* précise également que les thèmes de la collaboration et des travaux communs comprennent tous les domaines couverts par le chapitre II de l'Entente de liaison. Cela signifie que les Parties invitent les groupes de travail à aborder expressément, mais de manière non limitative, les thèmes suivants : l'harmonisation réglementaire⁷⁵, les protocoles de crédits compensatoires⁷⁶, la reconnaissance mutuelle des droits d'émission⁷⁷, les transactions de droits d'émission⁷⁸, la comptabilisation et le traitement des réductions des

74. Entente de liaison, *supra* note 4, art 3 al 1.

75. L'harmonisation réglementaire est prévue à l'article 4 de l'Entente de liaison, *ibid*.

76. L'article 5, *ibid*, prévoit les règles concernant les protocoles de crédits compensatoires. L'article 2 précise, par ailleurs, que les protocoles de crédits compensatoires sont définis comme un :

[e]nsemble de procédures et d'exigences documentées adopté par chaque Partie et utilisé pour quantifier en continu les réductions d'émissions de gaz à effet de serre, les émissions évitées, la séquestration ou l'amélioration de la séquestration de gaz à effet de serre, obtenues grâce à un projet de crédits compensatoires.

77. L'article 6, *ibid*, porte sur la reconnaissance mutuelle des droits d'émission, alors que l'article 2 précise qu'aux fins de l'Entente, on entend par droit d'émission :

[u]n instrument délivré par l'une des Parties qui peut être utilisé par une entité couverte ou un participant volontaire afin de remplir ses exigences de conformité et ayant une valeur correspondant à l'émission d'une tonne métrique de gaz à effet de serre en équivalent CO₂.

78. *Ibid*, art 7.

émissions⁷⁹, les ventes aux enchères conjointes⁸⁰, les plateformes communes de ventes aux enchères⁸¹ et le registre du programme⁸².

Comme les Parties, conformément à l'article 1, rendent public annuellement l'état d'avancement des travaux vers l'atteinte de l'objectif d'harmonisation et d'intégration dans ces domaines, cela signifie que les groupes de travail jouent un rôle important dans la mise en œuvre de l'Entente et, surtout, dans le rythme avec lequel se feront les différentes adaptations et modifications au programme.

Outre les groupes de travail établis de manière *ad hoc*, la principale instance mise en place par l'Entente est le Comité consultatif⁸³. Ce comité est composé d'un représentant de chaque Partie⁸⁴. Il est institué dans le but de « faciliter les processus d'harmonisation et d'intégration des programmes et l'administration de l'Entente [...] [et] d'assurer une consultation opportune et efficace afin de soutenir les objectifs de l'Entente »⁸⁵. Il a pour mandat :

- a) d'effectuer le suivi de la mise en œuvre de toutes les mesures nécessaires à l'harmonisation et à l'intégration efficaces des programmes des Parties; b) de recommander les mesures susceptibles d'améliorer l'harmonisation et l'intégration des

79. *Ibid*, art 8.

80. *Ibid*, art 9. L'article 2, *ibid*, précise, par ailleurs, que le terme vente aux enchères s'entend du : « [p]rocessus par lequel une Partie vend un nombre déterminé de droits d'émission en les soumettant aux enchères, en recevant les offres et en distribuant les droits d'émission aux adjudicataires ».

81. *Ibid*, art 10. L'article 2, *ibid*, définit le terme plateforme de vente aux enchères comme le « système utilisé pour la tenue d'une vente aux enchères ».

82. *Ibid*. L'article 2, *ibid*, précise que le registre du programme est le « système de données dans lequel sont inscrits les entités couvertes, les participants volontaires et les participants au marché, et dans lequel sont consignés et suivis les droits d'émission de gaz à effet de serre ».

83. *Ibid*, art 13. Le Comité consultatif a été créé aux termes de l'article 12 de l'Entente de 2013, *supra* note 36.

84. L'article 13 al 2 prévoit que les représentants des Parties au Comité sont indiqués à l'annexe 1 de l'Entente de liaison, *supra* note 4 : « Représentants au Comité consultatif et point de contact des Parties ». Le gouvernement du Québec est représenté par le sous-ministre adjoint à la lutte contre les changements climatiques du ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques; le California Air Resources Board est représenté par son fonctionnaire exécutif; le gouvernement de l'Ontario est représenté par le directeur administratif de la Direction générale de l'action en matière de changement climatique pour l'Ontario.

85. *Ibid*, art 13 al 1.

programmes des Parties, lorsque nécessaire; c) de traiter toute autre question à la demande des Parties⁸⁶.

De plus, comme nous le verrons dans la troisième partie de l'article, le Comité consultatif peut, au besoin, être amené à agir à titre d'organe de règlement des différends, le tout conformément à l'article 20 de l'Entente.

Le travail de consultation et d'harmonisation s'est traduit par des vagues successives de modifications de la réglementation des Parties, qui ont été documentées par Géraud de Lassus Saint-Geniès dans un article consacré à l'interconnexion des marchés du carbone⁸⁷. Selon cet auteur, la première vague d'harmonisation est issue de la mise en œuvre des paramètres communs établis dans le cadre de mise en œuvre du programme régional de la WCI. La seconde s'est produite après l'entrée en vigueur des programmes québécois et californiens, respectivement en 2012 et 2013. Elle consistait en un examen article par article afin de préparer leur liaison au 1^{er} janvier 2014⁸⁸. En suivant la logique proposée par cet auteur, il est possible de relever une troisième vague d'harmonisation en 2017 dans le cadre du processus de liaison avec le régime ontarien. Enfin, à l'instar des vagues précédentes, une quatrième vague d'harmonisation sera nécessaire pour préparer l'après 2020, notamment en réponse aux modifications du programme californien.

Par essence, le processus de consultation et d'harmonisation, prévu dans l'Entente, s'inscrit dans la logique de coopération qui a caractérisé l'élaboration de la WCI⁸⁹. Il est donc naturellement ouvert et préparatoire à l'accueil de nouveaux membres au sein du marché commun du carbone.

3. *L'accueil de nouveaux membres au sein du marché commun*

Comme le souligne Géraud de Lassus Saint-Geniès, le processus d'« interconnexion » des marchés du carbone de la WCI peut conduire à une certaine lenteur d'élaboration. Ainsi, l'établissement de la liaison

86. *Ibid*, art 13 al 3 aux para a) à c). L'Entente de 2013, *supra* note 36, art 12 al 4 au para b), prévoyait également que le Comité devait faire rapport annuellement aux Parties des résultats de l'Entente au regard des objectifs établis.

87. de Lassus Saint-Geniès, *supra* note 31 aux pp 157 et s.

88. *Ibid* aux pp 161 et s.

89. *Ibid* à la p 163.

entre les régimes californiens et québécois a pris près de six ans. En revanche, l'expérience acquise au cours de ces années d'élaboration a favorisé une intégration rapide de l'Ontario⁹⁰, laquelle a été réalisée moins de trois ans après la signature, le 5 octobre 2015, du *Protocole d'entente entre le gouvernement de l'Ontario et le gouvernement du Québec concernant les actions concertées sur les changements climatiques et les mécanismes de marché*⁹¹.

Le 14 mai 2018, la Nouvelle-Écosse a retenu les services de WCI Inc en vue d'utiliser les ressources techniques nécessaires au fonctionnement de son futur programme de plafonnement et d'échange de droits d'émission. L'établissement d'une liaison avec les marchés de la Californie et du Québec n'est toutefois pas officiellement à l'ordre du jour⁹². Cependant, il serait logique que cette liaison soit discutée à moyen terme, compte tenu de la petite taille du marché néo-écossais et des bienfaits que le programme de cette province pourrait en retirer.

L'Entente de liaison traduit d'ailleurs la volonté des Parties d'élargir le marché commun de la WCI, et l'adhésion de l'Ontario a été l'occasion de préciser davantage les trois conditions d'accession des nouveaux membres. Ainsi, selon l'article 19 de l'Entente, puisque :

les Parties encouragent toute mesure efficace, opportune et significative visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre d'autres juridictions [*sic*], une nouvelle partie à la présente Entente pourrait être ajoutée si la Partie candidate a adopté un programme qui est harmonisé, et qui peut être intégré, avec les programmes de chacune des Parties, si les Parties s'entendent pour accepter la Partie candidate comme partie à la présente Entente en signant une Entente modificatrice d'accession et, ensuite, si la Partie candidate accepte de devenir une Partie à l'Entente en signant un Instrument d'accession⁹³.

90. *Ibid.* L'Ontario a adhéré à la WCI en juillet 2008, mais a décidé de suspendre la mise en œuvre de son programme pendant plusieurs années pour des raisons politiques.

91. *Protocole d'entente entre le gouvernement de l'Ontario et le gouvernement du Québec concernant les actions concertées sur les changements climatiques et les mécanismes de marché du 5 octobre 2015* (Protocole de 2015), en ligne : <bit.ly/2pwZ1Ko>.

92. Cabinet du ministre de l'Environnement de la Nouvelle-Écosse, Alain Rankin, communiqué, « Nova Scotia Joins Western Climate Initiative Inc » (14 mai 2018), en ligne : <bit.ly/2JWtaeu>; Entente de liaison, *supra* note 4, art 19.

93. *Ibid.*, art 19 al 1; ces documents se trouvent respectivement à l'annexe 2 « Entente modificatrice d'accession » et à l'annexe 3 « Instrument d'accession »; voir *ibid.*, art 19 al 3.

Notons que l'accession d'un nouveau membre requiert l'unanimité des Parties et que celles-ci « s'engagent à compléter [sic] les procédures requises pour l'entrée en vigueur de l'Entente modificatrice d'accession, le cas échéant, pour l'adhésion de la Partie candidate à l'Entente »⁹⁴.

Par ailleurs, l'un des attraits de la WCI pour un membre potentiel réside dans l'échange d'information avec les membres existants et un accès approfondi à leur savoir-faire en matière d'élaboration de systèmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission. L'Ontario a pu ainsi bénéficier de ces transferts. Par exemple, l'article 2 du Protocole de 2015 vise, notamment, à :

[p]artager l'information et les enseignements pratiques et collaborer pour une meilleure compréhension des approches de réduction des émissions de gaz à effet de serre basées sur le marché du carbone, en s'appuyant notamment sur l'expérience du Québec dans la mise en œuvre d'un système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre et de sa connexion avec d'autres systèmes.

Les modalités de ce partage ont été formalisées au printemps 2016 dans le cadre de l'*Entente sur l'échange d'information relatif aux programmes d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre*, signée entre le Québec, la Californie et l'Ontario⁹⁵ et entrée en vigueur le 3 mai 2016. Elle vise à rationaliser la communication entre les Parties en consignant par écrit l'accord verbal antérieur, qui encadrerait l'échange d'information, et s'applique également à toute information précédemment échangée par les Parties⁹⁶.

Plus particulièrement, son objectif comporte deux volets. Le premier volet est de « faciliter les discussions confidentielles entre les Parties au bénéfice de l'élaboration et la mise en œuvre de lois ou de règlements portant sur le plafonnement et l'échange de droits d'émission de GES ». Le second volet vise plus spécifiquement l'échange de

94. *Ibid*; voir respectivement les articles 1 et 3 de l'annexe 2.

95. *Entente sur l'échange d'information relatif aux programmes d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre* [Entente sur l'échange d'information]. Celle-ci a pris la forme d'une entente intergouvernementale canadienne au sens de l'article 3.6.2 de la *Loi sur le ministère du Conseil exécutif*, RLRQ, c M-30, et a été approuvée par le D 272-2016, (2016) GO II, 148, n 17 à la p 2315; pour le texte de l'Entente, voir en ligne : <bit.ly/2G48xvL>.

96. Entente sur l'échange d'information, *supra* note 95, art 9 « consignation par écrit de l'accord antérieur ».

plusieurs catégories de renseignements de nature sensible, nécessaires à l'harmonisation et à l'intégration des programmes⁹⁷.

L'Entente sur l'échange d'information précise de manière détaillée qui peut transmettre et recevoir de l'information confidentielle ainsi que les modalités de divulgation et d'utilisation de cette information⁹⁸. En effet, celle-ci ne peut être utilisée qu'aux seules fins de l'objectif mentionné au paragraphe ci-dessus.

L'article 6 prévoit spécifiquement l'ajout de Parties additionnelles. Selon cet article, un tel ajout ne doit pas être considéré comme une modification de l'Entente sur l'échange d'information et il doit être réalisé au moyen d'un avenant signé par la nouvelle Partie et par les autres Parties⁹⁹.

De façon intéressante, l'article 12 mentionne d'autres ententes signées entre les Parties et qui n'ont pas été divulguées. Il s'agit des « ententes relatives à la défense et aux conseils juridiques conjoints » et des « ententes de confidentialité signées préalablement par les gouvernements participant à la *Western Climate Initiative* [et] à *Western Climate Initiative Inc* »¹⁰⁰.

L'échange d'information et de savoir-faire relatif au marché du carbone peut également prendre d'autres formes avec des gouvernements qui ne participent pas à la WCI. Ainsi, le 31 août 2016, le Québec, l'Ontario et le Mexique ont signé la *Déclaration commune entre le ministère de l'Environnement et des Ressources naturelles des États-Unis du Mexique, le gouvernement de l'Ontario et le gouvernement du Québec*¹⁰¹. Cette déclaration vise à accompagner le gouvernement fédéral mexicain dans la mise sur pied de son marché du carbone, notamment en

97. *Ibid*, art 1 aux para a) et b); ces renseignements comprennent, notamment, l'information sur les entreprises participantes, leurs déclarations d'émission de GES, leurs liens d'affaires, leurs avoirs et transferts de droits d'émission, l'information sur les enchères, la surveillance des programmes, les analyses et résultats obtenus par les Parties à l'égard du fonctionnement des programmes, y compris le calcul et l'application des limites de position sur le marché, les limites d'achat aux enchères et, enfin, les procédures et processus conçus par les Parties aux fins des programmes.

98. *Ibid*; voir respectivement les arts 2: « Énoncé de confidentialité », 3: « Échange », 4: « Non-divulgation », et 5: « Utilisation de l'information partagée ».

99. *Ibid*, art 6: « Modification ».

100. *Ibid*, art 12: « Autres accords demeurant en vigueur ».

101. *Déclaration commune entre le ministère de l'Environnement et des Ressources naturelles des États-Unis du Mexique, le gouvernement de l'Ontario et le gouvernement du Québec*, en ligne: <bit.ly/2bJRJO6>.

« effectuant des activités de coopération portant sur les marchés du carbone » et en partageant « l'information et les meilleures pratiques sur la mise en œuvre de leurs stratégies et programmes respectifs en matière d'atténuation des gaz à effet de serre et d'adaptation aux impacts des changements climatiques »¹⁰².

Le Québec et la Suisse ont également signé, le 19 janvier 2017, une *Déclaration commune sur la coopération dans les domaines de l'énergie et de la lutte contre les changements climatiques*¹⁰³. Celle-ci prévoit, notamment, que le Québec et la Suisse prioriseront les :

échanges concernant la liaison de marchés, soit, pour le Québec, la liaison du Système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre avec celui de la Californie et, pour la Suisse, la liaison du Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre avec le marché de l'Union européenne¹⁰⁴.

Cette Déclaration prévoit également que la coopération inclut, entre autres, « l'échange d'informations, de savoir-faire et d'expertise entre acteurs publics, privés et académiques [sic] »¹⁰⁵.

Enfin, la Californie et l'Union européenne ont annoncé, le 7 novembre 2017, leur intention de maintenir des dialogues techniques et politiques continus concernant la conception et la mise en œuvre des marchés du carbone, et, plus particulièrement, de coopérer, à ce sujet, avec la Chine¹⁰⁶.

Ce tour d'horizon des fonctions institutionnelles de l'Entente de liaison montre l'engagement des Parties dans l'élaboration d'une architecture institutionnelle régionale et la mise sur pied d'un véritable marché commun du carbone. Toutefois, la mise en œuvre d'une telle entente présente de nombreux enjeux juridiques.

102. Cette déclaration reprend essentiellement les termes de *l'Entente entre le gouvernement du Québec et le Secrétariat de l'environnement et des ressources naturelles des États-Unis mexicains visant à renforcer la coopération en matière d'environnement et de changements climatiques*, signée en octobre 2015, en ligne : <bit.ly/2Gbbkat>.

103. *Déclaration commune sur la coopération dans les domaines de l'énergie et de la lutte contre les changements climatiques entre le gouvernement du Québec et le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication de la Confédération suisse*, en ligne : <bit.ly/2G7wixn>.

104. *Ibid*, art 2 e).

105. *Ibid*, art 3 a).

106. Commission européenne, communiqué : « EU and California in Joint Climate Push, Boost Cooperation » (7 novembre 2017), en ligne : <bit.ly/2DZ0mij>.

III. LES ENJEUX JURIDIQUES ENTOURANT LA MISE EN ŒUVRE DE L'ENTENTE DE LIAISON

Les enjeux entourant la mise en œuvre de l'Entente de liaison sont liés à la fluctuation du droit interne des Parties (III.A) ainsi qu'à l'incertitude concernant sa portée juridique (III.B).

A. Les enjeux liés à la fluctuation du droit interne des Parties

Les transformations d'un cadre réglementaire environnemental ne sont pas inhabituelles. Toutefois, dans le cas d'un système de plafonnement et d'échange de droits d'émission, elles peuvent directement ou indirectement modifier l'équilibre du marché du carbone et déjouer les attentes des participants. Elles sont donc source d'incertitude et susceptibles d'avoir une incidence sur son efficacité et son effectivité environnementale.

La nature et le rythme des modifications de la réglementation des programmes des Parties présentent des aspects particuliers et touchent l'Entente de liaison de manière différenciée. En effet, il importe de distinguer le processus de transformation continue du cadre réglementaire des programmes de plafonnement et d'échange des Parties des bouleversements réglementaires issus des revirements politiques et judiciaires.

Nous avons vu, dans la seconde partie de l'article, que l'Entente de liaison consacre des modalités de travail essentiellement itératives, fondées sur la consultation réciproque et la collaboration, de manière à assurer l'harmonisation des programmes. Les transformations périodiques, destinées à l'amélioration et à l'adaptation continue des programmes, s'inscrivent dans ce mode de collaboration¹⁰⁷. Elles ne posent donc pas nécessairement de problèmes puisque l'Entente de liaison a justement été structurée afin d'accompagner ces transformations. Toutefois, l'apparente neutralité du processus de transformation continue des réglementations internes ne doit pas masquer le rapport inégal entre les Parties.

La situation est, en revanche, différente à l'égard des bouleversements réglementaires qui sont issus des revirements politiques et

107. Par exemple, au Québec, l'abaissement du seuil de couverture des distributeurs de carburants et de combustibles fossiles. Pour un historique de ces transformations réglementaires, voir *Rapport du Vérificateur général du Québec*, *supra* note 35 aux pp 40 et s.

judiciaires. Selon Géraud de Lassus Saint-Geniès, il s'agit là d'une véritable « vulnérabilité » du modèle de marché du carbone de la WCI¹⁰⁸.

L'élaboration de la WCI est en effet caractérisée par une importante instabilité des politiques climatiques américaines et canadiennes au cours de la dernière décennie. Ainsi, en 2018, des 11 participants initiaux de la WCI, seuls la Californie, le Québec et l'Ontario sont allés jusqu'au bout du processus de déploiement et de liaison des marchés du carbone.

Au Canada, la Colombie-Britannique a finalement opté pour une taxe carbone en 2008. Le 3 décembre 2015, le gouvernement du Manitoba avait annoncé son intention de mettre en place un système de plafonnement et d'échange et de rejoindre le marché commun du carbone de la WCI¹⁰⁹. Un changement de majorité, lors des élections provinciales de l'hiver 2016, a provoqué l'abandon de ce projet au profit d'une approche à la manitobaine, alliant une taxe de 25 \$ sur le carbone et sur les carburants fossiles, ainsi que des cibles d'intensité d'émission pour les grands émetteurs¹¹⁰.

Plus récemment, à la suite de l'élection provinciale de juin 2018 en Ontario, le gouvernement progressiste conservateur a annoncé l'arrêt brutal du programme ontarien de plafonnement et d'échange, le 3 juillet 2018¹¹¹. Cette décision suit la suspension d'urgence de la liaison avec le marché ontarien, annoncée le 15 juin 2018, par les autorités québécoises et californiennes¹¹². Elle a plongé le marché commun du carbone de la WCI dans sa crise la plus importante à ce jour et constitue un véritable test de la résilience de son architecture. L'Entente de liaison prévoyait pourtant la possibilité d'un départ ordonné de l'une des Parties. Dans la section suivante, nous reviendrons plus spécifiquement sur les enjeux de la sortie de l'Ontario de la WCI à la lumière des dispositions de l'Entente.

108. de Lassus Saint-Geniès, *supra* note 31 à la p 164.

109. En ligne : <2015 MB Annonce WCI.pdf>.

110. Manitoba, communiqué : « Adoption de la *Loi sur la mise en œuvre du Plan vert et climatique* » (15 mars 2018), en ligne : <bit.ly/2GBtcuC>.

111. Ontario, communiqué, *supra* note 2. Cette annonce a été suivie le 25 juillet 2018 par la présentation du Projet de loi 4 : *Loi de 2018 annulant le programme de plafonnement et d'échange*.

112. California Air Resources Board (CARB), Market Notice, 15 juin 2018, en ligne : <bit.ly/2AaTiCH> et ministère de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques (MEDDLCC), communiqué (15 juin 2018), en ligne : <bit.ly/2NW08AO>.

La réglementation interne de chaque Partie est également sujette à des contestations judiciaires. Bien qu'il n'y en ait pas eu au Québec, les sagas judiciaires qui ont frappé le programme californien ont montré que ces contestations peuvent avoir des répercussions sur des éléments communs à tous les programmes et, à terme, sur l'équilibre du marché commun¹¹³. En effet, même si ces contestations ont finalement été rejetées, elles ont indirectement contribué à façonner certains paramètres du programme californien après 2020.

Ainsi, pour réduire la possibilité de contestation judiciaire, le gouverneur de la Californie a réussi à faire adopter, en juillet 2017, la prorogation du programme de plafonnement et d'échange dans les deux chambres à la majorité qualifiée¹¹⁴. Les compromis politiques nécessaires pour atteindre cette majorité ont conduit à une modification importante des modalités d'utilisation des crédits compensatoires et à l'adoption d'un prix maximum des quotas d'émission, découplé du plafonnement¹¹⁵. Il sera intéressant d'observer la manière dont le Québec procédera à l'harmonisation de sa réglementation en réponse à ces transformations du cadre californien.

Ces différentes incertitudes ont eu une véritable incidence sur le fonctionnement du marché de la WCI. Le prix des droits d'émission est resté proche du prix minimum, le marché secondaire est demeuré très peu actif et les émetteurs québécois assujettis paraissent n'avoir acheté que ce dont ils avaient besoin pour respecter leurs obligations de conformité à court terme¹¹⁶.

À l'incertitude liée aux fluctuations du droit interne des Parties s'ajoutent des zones de flou qui entourent la portée juridique de l'Entente de liaison.

113. Il s'agit principalement de trois affaires : 1) *Association of Irrigated Residents v California Air Resources Board* (2012) portait sur la conformité des objectifs environnementaux du projet de plafonnement et d'échange aux exigences du *Global Warming Solutions Act of 2006*; 2) *Citizens Climate Lobby v California Air Resources Board* (2012) et *Our Children's Earth Foundation v California Air Resources Board* (2015) concernait la validité du recours aux crédits compensatoires; et 3) *California Chamber of Commerce v California Air Resources Board* (2012) et *Pacific Legal Foundation* (2017) concernaient la validité de la vente aux enchères des quotas d'émission.

114. AB 398, *supra* note 50.

115. Ces nouvelles modalités sont en cours d'élaboration. Pour un survol des principaux changements qui sont envisagés, voir California Air Resources Board (CARB), *Preliminary Discussion Draft of Potential Changes to the Regulation for the California Cap on Greenhouse Gas Emissions and Market-Based Compliance Mechanisms*, juin 2018, en ligne : <bit.ly/2LzFua1>.

116. Lachapelle et al, *supra* note 62 aux pp 35 et s.

B. Les enjeux liés à la portée juridique de l'Entente de liaison

L'ambiguïté quant à la portée juridique de l'Entente de liaison concerne principalement son statut juridique ainsi que l'étendue des obligations découlant de ses dispositions. Ces deux aspects seront examinés tour à tour à la lumière d'une perspective québécoise.

L'Entente de liaison est structurée de manière classique et conforme à la majorité des ententes ou accords internationaux de coopération. Bien que celle-ci ne soit pas régie par la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969¹¹⁷, en raison de la nature des sujets ayant conclu l'entente¹¹⁸, les normes coutumières et les usages applicables s'en rapprochent très largement, à commencer par la règle coutumière *pacta sunt servanda*, qui s'applique à partir du moment où cette entente entre en vigueur. L'Entente de 2013 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014, alors que l'Entente de 2017 est entrée en vigueur tout récemment, soit le 1^{er} janvier 2018. Malgré la souplesse de l'Entente, nous sommes d'avis que les trois Parties à l'Entente se doivent de respecter de bonne foi les obligations juridiques contenues dans cet accord.

Pour certains auteurs, le statut juridique de l'Entente de liaison paraît toutefois incertain. Certains se sont ainsi penchés sur la qualification juridique de l'Entente de 2013 et sur celle de 2017, principalement à la lumière des contraintes que le droit constitutionnel américain impose à la capacité des États fédérés à conclure des ententes internationales. Par exemple, Michael Mehling estime, à tort selon nous, que l'Entente de 2013 est essentiellement un document de nature politique, semblable à un protocole d'accord, et qu'il se trouve complètement dénué d'obligations en droit international public¹¹⁹. Aaron Messing nuance cette position et avance que l'Entente de liaison est davantage qu'un protocole d'accord et constitue plutôt un « *near-binding arrangement* »¹²⁰. Cet auteur décrit cette sorte d'accord comme

117. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

118. À ce titre, il convient de rappeler que lors de la cérémonie de signature, le Québec était représenté par son premier ministre, Philippe Couillard, l'Ontario, par sa première ministre, Kathleen Wynne, et la Californie, par son gouverneur, Jerry Brown.

119. Michael Mehling, « Legal Frameworks for Linking National Emissions Trading Systems » dans Cinnamon P. Carlarne, Kevin R. Gray et Richard Tarasofsky, *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 261 à la p. 269.

120. Aaron Messing, « Nonbinding Subnational International Agreements: A Landscape Defined » (2017) 30:1 *Geo Int'l Envtl L Rev* 173 à la p. 187.

suit : « *the mutual understanding between the parties that the commitments being made are the strongest legally feasible* »¹²¹. Leur interprétation repose également sur l'interprétation du préambule de l'Entente. Bien que le libellé du préambule n'ait pas de force contraignante, celui-ci précise que les Parties :

reconnaissent également que la présente Entente n'est pas, ne sera pas et ne peut en aucun cas être interprétée comme restreignante, limitante ou prévalente, de quelque manière, sur les obligations nationales pertinentes de chaque Partie, le cas échéant, et sur l'autorité et le droit souverain de chaque Partie d'adopter, de maintenir, de modifier, d'abroger ou de révoquer toute réglementation relative à leurs programmes respectifs ou leur législation habilitante¹²².

Le préambule de l'Entente ne fait évidemment pas partie intégrante de l'Entente, mais celui-ci peut être utile à des fins interprétatives¹²³. Or, si cet attendu rappelle explicitement qu'en cas de conflit de normes, le droit interne des Parties primera, on ne peut, selon nous, en déduire que l'Entente n'est qu'un accord politique dénué de toute portée juridique. Une telle interprétation viderait l'Entente de son effet utile et dénaturerait complètement la finalité du processus établi entre les trois Parties.

Afin d'enrichir cette discussion, nous proposons une perspective québécoise sur le sujet. En tant qu'État fédéré, le Québec a conclu, depuis plusieurs décennies, des engagements internationaux avec des États souverains ou certaines de leurs composantes, de même qu'avec des organisations internationales¹²⁴. Comme le reconnaissait

121. *Ibid* à la p 185.

122. Entente de liaison, *supra* note 4, 8^e attendu du préambule.

123. Selon David V Wright, le préambule fait ressortir la dissonance qui existe dans l'Entente de liaison entre le vocabulaire souvent prescriptif, utilisé dans les différents articles, et la portée effective des obligations des Parties. Il paraît essentiellement destiné à protéger la Californie contre d'éventuelles contestations judiciaires fondées sur la répartition des compétences en droit constitutionnel américain. Voir David V Wright, « Cross-Border Constraints on Climate Change Agreements: Legal Risks in the California-Québec Cap-and-Trade Linkage » (2016) 46:6 ELR 10478 à la p 10491. Notons cependant que l'ordre constitutionnel est différent au Canada et que l'absence de caractère contraignant des dispositions n'est pas aussi claire entre le Québec et l'Ontario.

124. Sur la doctrine Gérin-Lajoie et la capacité internationale du Québec de conclure des ententes dans ses domaines de compétence, voir le site du ministère des Relations internationales et de la francophonie (MRIF), en ligne : <www.mrif.gouv.qc.ca/fr/ministere/historique/doctrine-paul-gerin-lajoie/50-ans-doctrine> :

la Commission du droit international dans son projet d'articles sur le droit des traités, le droit international est relativement permissif quant à cette question, car il permet à des États fédérés de conclure des traités dans la mesure permise par le système constitutionnel de l'État fédéral : « Dans un État fédéral, la capacité des États membres de l'union fédérale de conclure des traités dépend de la Constitution fédérale »¹²⁵.

Bien que, sur le plan constitutionnel, il existe encore quelques ambiguïtés, compte tenu du relatif silence de la Constitution canadienne en matière de *jus tractatum*, la pratique du Québec, dans le domaine des ententes internationales, est bien ancrée lorsqu'il s'agit d'accords conclus dans l'un quelconque des champs de compétence de l'État

Le principal élément énoncé par M. Gérin-Lajoie réside dans l'affirmation et l'expression de la capacité juridique du Québec à exercer ses compétences sur le plan international. *La loi constitutionnelle de 1867*, qui pose les bases des compétences des provinces dans certains domaines ciblés, demeure discrète en matière de relations internationales. *De facto*, c'est le gouvernement fédéral qui a compétence pour conclure tout traité international engageant le Canada. En droit international, la mise en œuvre d'un traité constitue toutefois une étape distincte de sa conclusion. Pour faciliter l'application du traité, il est donc d'usage que le palier de gouvernement responsable de mettre en œuvre le traité soit également celui qui le négocie. Le Québec dispose ainsi d'une capacité exclusive à mettre en œuvre certains engagements internationaux, ce qui a permis une extension des compétences provinciales. Le Québec peut aujourd'hui jouer un rôle actif sur la scène internationale, notamment par la conclusion d'ententes avec d'autres gouvernements dans les matières relevant de ses compétences.

Sur le plan doctrinal, voir en sus André Patry, *Les éléments de la politique étrangère du Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1947; André Patry, *La capacité internationale des États. L'exercice du « jus tractatum »*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1983; André Patry, *Le Québec dans le monde, 1960–1980*, Montréal, Typo, 2006; Marie-Claude Boivin, *La nature juridique des ententes internationales du Québec en droit international public*, Sainte-Foy, RJEUL, 1990; Jacques Brossard, André Patry et Élisabeth Weiser, *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal Presses de l'Université de Montréal, 1967; Nicole Dufresne, *Chartes, déclarations, recommandations et ententes concernant l'environnement. Bibliographie sélective*, Québec Bibliothèque de l'Assemblée nationale, Division de la référence parlementaire, 1989; Louis Bélanger, « The Domestic Politics of Quebec's Quest for External Distinctiveness » (2002) 32:2 *Am Rev Can Stud* 195; Nelson Michaud et Isabelle Ramet, « Québec et politique étrangère – Contradiction ou réalité? » (2004) 59:2 *Int'l J* 303.

125. Art 5 al 2, *Projet d'articles de la Commission du droit international sur le droit des traités*, Doc CDI Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol II, en ligne : <legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/1_1_1966_francais.pdf>. Cette règle coutumière, non codifiée dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, pour des raisons essentiellement politiques, reflète encore aujourd'hui l'état du droit positif. Sur cette question, voir aussi nos travaux dans Daniel Turp et François Roch, « Commentaire sur l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités » dans Pierre Klein et Olivier Corten, dir, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 165 aux pp 167 et s.

québécois. De fait, depuis 1964, le ministère des Relations internationales (MRI) du Québec a conclu des ententes dans des domaines aussi divers que l'adoption internationale, l'éducation, le transport (permis de conduire), la santé, la sécurité sociale, le travail, la reconnaissance des qualifications professionnelles, le développement économique, la culture, l'environnement, la science et la technologie, et les communications¹²⁶. Or, même si l'Entente de liaison a des répercussions sur le commerce et l'industrie, et concerne, au demeurant, un champ de compétence partagé entre le Québec et le fédéral¹²⁷, celle-ci ne pose, à notre avis, aucun problème en termes de licéité et s'inscrit dans la longue liste des ententes environnementales du Québec. À ce titre, ajoutons, avec déférence à l'égard des avis contraires exprimés ci-dessus par une partie de la doctrine, que le MRI lui-même considère explicitement que les ententes de 2013 et de 2017 s'inscrivent justement dans l'exercice régulier du *jus tractatum* de l'État québécois¹²⁸. Bref, il nous semble clair que, pour le gouvernement du Québec, l'Entente en vigueur constitue une entente internationale valide ayant une portée sur le plan juridique.

Le Québec a conclu plus d'une quarantaine d'ententes en matière environnementale, et l'Entente de liaison, qui concerne fondamentalement les programmes québécois et californien de déclaration des émissions de GES et de plafonnement et d'échange de droits d'émission de GES, relève bel et bien du domaine environnemental, donc d'un champ de compétence de l'État québécois, et il nous semble conforme à la doctrine Gérin-Lajoie et à la pratique du MRI¹²⁹. Aussi, cette lecture nous semble-t-elle confirmée, à ce jour du moins, par l'absence de contestation quant à sa constitutionnalité.

126. Voir « MRI, Présentation générale » (dernière modification le 27 août 2018), en ligne : MRI <www.mrif.gouv.qc.ca/fr/ententes-et-engagements/presentation>.

127. Sur le partage des compétences entre le Québec et le fédéral, voir Hélène Trudeau, « L'environnement et la constitution canadienne : le droit à l'épreuve de la réalité du terrain » (2011) 39 Rev dr ULB 33.

128. Ce n'est pas un hasard si ces deux ententes sont enregistrées sur le site du MRI à titre d'ententes internationales. Voir en ligne : <www.mrif.gouv.qc.ca/fr/Ententes-et-Engagements/Ententes-internationales?territoireId=405§eurId=&codeStatut=&anneeEntreeVigueurDebut=0&anneeEntreeVigueurFin=2018&Numero=#results>.

129. Sur la doctrine Gérin-Lajoie, voir le numéro hors série de la *Revue québécoise de droit international*, consacré au 50^e anniversaire de cette doctrine : « Hors-série juin 2016 — La doctrine Gérin-Lajoie : 50 ans d'actions internationales du Québec », 1^{er} septembre 2016, en ligne : Société québécoise de droit international <www.sqdi.org/fr/serie-juin-2016-doctrine-gerin-lajoie-50-ans-d-actions-internationales-quebec/>.

Cela dit, comment situer l'Entente de liaison au regard de la pratique du MRI en matière environnementale? Il faut attendre le début des années 80 pour voir la première entente internationale du Québec dans le domaine environnemental¹³⁰. Depuis la conclusion de cette entente avec les États-Unis et l'organisme américain *National Earth Satellite Service*, le Québec a conclu 44 ententes internationales dans le domaine de l'environnement. Comme l'indique le tableau synthèse de l'annexe 1, ces ententes ont été conclues avec de nombreux États souverains ou fédérés, de même qu'avec une organisation internationale, soit l'Organisation internationale de la Francophonie. Les ententes portent sur divers domaines particuliers liés à l'environnement : gestion des Grands Lacs et du Saint-Laurent; pluies acides; gestion des lacs Champlain et Memphrémagog; réduction du phosphore; répercussions environnementales transfrontières; traduction; jumelage de rivières et de parcs; coopération environnementale; assistance financière; etc.

Dans la pratique du MRI, l'Entente de 2013 et l'Entente de liaison sont les premières ententes concernant les GES (exception faite de la WCI à laquelle s'est joint le Québec par décret en 2008)¹³¹. Ce qu'il convient de retenir, à ce stade, c'est que cette catégorie d'entente est non seulement singulière du point de vue de la pratique du MRI en matière environnementale, mais aussi relativement singulière à l'échelle nord-américaine et même à l'échelle internationale¹³².

Toutefois, au-delà du débat sur la qualification de l'Entente de liaison et sur le caractère contraignant de ses dispositions, il nous semble que les Parties se sont engagées minimalement, ne serait-ce qu'unilatéralement, à se comporter de bonne foi les unes envers les autres concernant le maintien ou la suppression de la liaison des marchés. Comme le souligne David V Wright, « *the rationale [...] is easy to see: building*

130. *Mémoire d'entente entre le ministère de l'Environnement du Québec et l'Agence américaine NESS (National Earth Satellite Service)*, Québec et États-Unis, 27 janvier 1981, en ligne : <www.mrif.gouv.qc.ca/content/documents/fr/ententes/1981-02.pdf> (entrée en vigueur : 27 janvier 1981).

131. *Concernant l'approbation et l'entérinement de la Western Regional Climate Action Initiative (WCI) et l'autorisation à signer les documents d'adhésion y afférents*, D 378-2008, (2008) GOQII, 2050, en ligne : <www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=1&file=49810.PDF>.

132. Pour une description plus approfondie de l'action internationale du Québec en matière environnementale, voir Chaloux, « The Implementation », *supra* note 2.

market security by mitigating the risk of a disintegration of the linked carbon markets without notice»¹³³.

D'ailleurs, l'obligation de se comporter de bonne foi prend un relief particulier lors de l'interprétation du chapitre V : « Dispositions finales » et, plus particulièrement, de la procédure de retrait (art 17). À cet égard, la décision du gouvernement de l'Ontario de mettre fin abruptement à son programme de plafonnement et d'échange, en juillet 2018, soulève de nombreuses questions.

Selon l'article 17, une Partie peut se retirer de l'Entente de liaison. L'Ontario a donc parfaitement le droit d'abandonner la liaison et de quitter le marché commun du carbone. Cependant, ce droit est assujéti à l'obligation de s'efforcer « de donner un préavis d'intention de douze (12) mois [et] [...] de faire correspondre la date effective [sic] du retrait avec la fin d'une période de conformité » [nos soulignés].

Selon nous, l'objectif du préavis n'est pas de limiter le droit d'une Partie de mettre fin à la liaison, mais plutôt de prévenir et de limiter les dommages qu'une sortie abrupte pourrait causer à l'équilibre du marché commun du carbone et aux programmes de plafonnement et d'échange des autres Parties. En effet, ce préavis, conjugué à une date de retrait qui correspond à la fin d'une période de conformité, permet une sortie ordonnée et respectueuse du cycle économique du marché, et protège la valeur des positions des participants.

En procédant de manière subite et en violant les dispositions de l'Entente de liaison, l'Ontario est susceptible d'avoir causé des dommages importants au marché commun du carbone et aux programmes des autres Parties. Bien qu'il soit encore trop tôt pour déterminer l'ampleur exacte du préjudice, nous pouvons raisonnablement prédire qu'il portera sur l'effectivité environnementale des programmes québécois et californien puisqu'il remet en cause l'équilibre des plafonnements de droits d'émission pour la période de conformité en cours.

Il pourrait également porter atteinte à l'efficacité économique des programmes californien et québécois à moyen et à long terme, en déjouant les attentes des participants québécois et californien au sujet de la valeur des droits d'émission, par exemple en lien avec la progression des prix, mais aussi à cause de l'incertitude créée par le risque

133. Wright, *supra* note 123 à la p 10491.

politique. À plus court terme, il est probable que les autorités québécoises et californiennes devront faire face à un manque à gagner pour la période de conformité en cours. En effet, des quotas d'émission ontariens pourront toujours être utilisés aux fins de conformité au Québec et en Californie. Si ces quotas ont été vendus aux enchères, les sommes recueillies auront été perçues par le gouvernement ontarien.

Outre le préavis, l'article 17 de l'Entente de liaison comporte d'autres dispositions. Ainsi, le retrait de l'Ontario ne soustrait pas cette province à l'obligation de respecter les dispositions de l'article 15 sur la confidentialité des renseignements¹³⁴. Enfin, malgré le départ de l'Ontario, l'Entente de liaison continuera à s'appliquer entre la Californie et le Québec¹³⁵.

L'Entente de liaison offre-t-elle, à la Californie et au Québec, un remède aux décisions ontariennes? Les Parties avaient prévu l'éventualité d'un différend et un mécanisme de règlement à l'article 20¹³⁶. Ce qui ressort de cette disposition, en première analyse, c'est le fait que celle-ci ne prévoit aucun mécanisme juridictionnel, soit au moyen d'un mécanisme d'arbitrage ou encore d'un recours à un organe judiciaire. Cette dernière hypothèse étant pour le moins invraisemblable, compte tenu de la nature des sujets de droit, le recours à l'arbitrage international est, quant à lui, parfaitement possible entre États fédérés et il paraît étonnant que cette disposition n'ait pas prévu cette possibilité en cas d'échec des mécanismes non juridictionnels.

En effet, l'article 20 prévoit, pour l'essentiel, que c'est par la consultation, donc la négociation, qu'est appelé à se régler, au premier chef, tout différend entre les Parties. À ce titre, il semble bien que le Québec et la Californie aient misé sur la contribution des groupes de travail, en première instance, pour régler tout différend. Ce n'est qu'en seconde instance que le Comité consultatif ou d'autres autorités des Parties pourraient être impliqués dans le règlement d'un différend. Aucune procédure impliquant un tiers (médiation, enquête, conciliation, etc.) n'est formellement prévue à l'Entente de liaison, ce qui nous semble fort regrettable sur le plan de la rationalité juridique, compte tenu de l'importance des enjeux et de la complexité des programmes de

134. Entente de liaison, *supra* note 4, art 17 al 2.

135. *Ibid*, art 17 al 3.

136. *Ibid*, art 20.

plafonnement et d'échange. Les limites de la portée du mécanisme de règlement sont clairement l'un des points faibles de l'Entente de liaison.

Cela ne signifie pas pour autant qu'une Partie qui ne respecte pas ses obligations, aux termes de l'Entente, échappe à toute forme de sanction. Toutefois, cet article n'a pas pour objectif de se prononcer sur la pertinence ou sur les chances de succès d'une action en compensation contre l'Ontario par les autorités québécoises ou californiennes, ou les participants au marché du carbone.

Relevons simplement que la sanction la plus immédiate est l'atteinte à l'intégrité de la réputation de la province et à sa crédibilité. En violant ses engagements et en se comportant sans égard apparent aux dommages causés aux autres Parties, l'Ontario déshonore sa réputation de partenaire fiable et respectueux de la parole donnée. Compte tenu de la visibilité de la WCI sur la scène internationale, il s'agit là d'une sanction dont la portée est certainement incalculable.

CONCLUSION

Dans cet article, nous avons tenté de faire le point sur l'architecture de la liaison des programmes de plafonnement et d'échange des partenaires de la WCI, formalisée par l'Entente de liaison. Plus particulièrement, nous nous sommes demandé si cette dernière était capable de constituer, pour le marché commun du carbone, les fondations juridiques et institutionnelles nécessaires à sa maturation et à l'atteinte de ses objectifs environnementaux et économiques.

Nous avons constaté tout d'abord que l'élaboration de la capacité institutionnelle portée par l'Entente de liaison doit être comprise comme un processus dynamique à long terme. À ce titre, l'Entente de liaison représente davantage une indication de l'état du processus d'institutionnalisation du marché commun du carbone à un moment donné. La souplesse du modèle de développement coopératif permet des arrimages plus fins et que les Parties peuvent adapter de manière continue au service de leurs besoins en matière de lutte et d'adaptation aux changements climatiques. Ce modèle demeure donc ainsi un outil précieux d'accompagnement de la transition écologique au Québec et en Californie.

Cependant, comme le note Géraud de Lassus Saint-Geniès, « développer [*sic*] des interconnexions [*est*] une tâche, tant sur le plan politique que juridique, beaucoup plus complexe que ce que ne le laisse

pas [*sic*] parfois suggérer l'analyse économique »¹³⁷. Le retrait brutal de l'Ontario a en effet mis en lumière les limites du modèle actuel de liaison. Cela soulève, selon nous, un doute sur la capacité de ce modèle à coordonner un ensemble régional comportant un plus grand nombre de Parties et à donner une fondation durable à l'émergence d'un prix mondial du carbone. Rappelons que pour assurer le succès à long terme du projet de la WCI, il est crucial que les participants au marché commun du carbone puissent compter sur une liaison stable et aux modalités prévisibles.

Enfin, il nous semble que le modèle actuel de liaison doit nécessairement évoluer pour conserver sa pertinence et son rôle dans l'avenir de la tarification du carbone au Québec, mais aussi aux échelles régionale et internationale. Plus spécifiquement, son architecture devrait donc comporter des mesures destinées à réduire considérablement l'incertitude liée aux risques politiques et réglementaires. Quelle forme cette évolution pourrait-elle prendre? Répondre à cette question formerait assurément la base d'un programme de recherche passionnant.

137. de Lassus Saint-Geniès, *supra* note 31 aux pp 167 et s.

Annexe 1 – Ententes conclues par le Québec en matière environnementale	
Parties (région, pays, organisation internationale, etc.)	Domaine précis
États-Unis	Satellite National Environmental Satellite, Data, and Information (NESDIS) Satellite National Earth Satellite Service (NESS)
États-Unis (New York et Vermont)	Gestion du lac Champlain (7)
États-Unis (New York)	Entente de coopération environnementale (2) Pluies acides (3)
États-Unis (Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Pennsylvanie, Wisconsin) + Canada (Ontario)	Charte des Grands Lacs (gestion des Grands Lacs et du Saint-Laurent) (3) Espèces aquatiques envahissantes – région des Grands Lacs et Saint-Laurent Élimination des substances toxiques – région des Grands Lacs et Saint-Laurent
États-Unis (Vermont)	Gestion du lac Memphrémagog (4) Réduction du phosphore dans la baie de Missisquoi
États-Unis (Maine)	Répercussions environnementales transfrontalières
États-Unis (New Hampshire)	Répercussions environnementales transfrontalières
États-Unis (Wisconsin)	Entente de coopération environnementale
États-Unis (<u>Californie</u>)	Système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre (<u>SPEDEGES</u>) Western Climate Initiative (WCI)
Francophonie	Accord de coopération — traduction en français du <i>Earth Negotiations Bulletin</i> (2)
Chili	Coopération en matière environnementale
Colombie	Participation au Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)
Uruguay	Participation au PNUD

Algérie	Accord de donation (PNUD — Fonds fiduciaire théma- tique en appui à l'énergie et à l'environnement pour un développement durable)
Maroc	Entente de coopération environnementale
France	Coopération en matière de recherche environnementale Jumelage des rivières Dorgone et Jacques-Cartier Jumelage du Parc national des Cévennes et du Parc national du Saguenay Massif de la Petite-Rivière-Saint-François
Venezuela	Entente de coopération dans le domaine des parcs
Mexique	Protection de l'environnement et de l'équilibre écologique
Pays-Bas	Entente de coopération interministérielle