

APPLICATION ET EXÉCUTION, ET RETRAIT DANS LE CADRE DE L'ENTENTE DE LIAISON POUR LE PLAFONNEMENT ET L'ÉCHANGE ENTRE LA CALIFORNIE ET LE QUÉBEC (ET NON L'ONTARIO)

David V. Wright

Symposium sur l'environnement au tribunal :
Application des lois canadiennes sur les émissions de GES

Les 25 et 26 octobre 2018
Université Laval



UNIVERSITÉ
LAVAL

Faculté de droit
Chaire de recherche du Canada
en droit de l'environnement



UNIVERSITY OF CALGARY
FACULTY OF LAW



Canadian Institute of Resources Law
Institut canadien du droit des ressources

This project was undertaken with the financial support of:
Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



Environment and
Climate Change Canada

Environnement et
Changement climatique Canada

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Tous droits réservés © 2018

Application et exécution, et retrait dans le cadre de l'entente de liaison pour le plafonnement et l'échange entre la Californie et le Québec (et non l'Ontario)

David V. Wright *

Introduction

Les gouvernements fédéraux du Canada et des États-Unis continuent d'éprouver des difficultés dans leur élaboration et mise en œuvre de mécanismes nationaux pour la tarification du carbone. Dans ce contexte, les initiatives infranationales continuent de définir une grande partie des lois et politiques sur le climat en Amérique du Nord, la liaison entre la Californie, le Québec et l'Ontario ayant réalisé une percée transnationale au cours des dernières années.¹ Toutefois, une telle approche demeure hautement expérimentale.²

L'application et l'exécution de l'entente ainsi que la possibilité de s'en retirer sont deux éléments essentiels à l'efficacité de tout régime d'échange de droits d'émission. La liaison entre la Californie, le Québec et l'Ontario permet d'observer ces éléments en action. Le récent retrait de l'Ontario, pour le meilleur ou pour le pire, constitue une occasion particulièrement opportune d'examiner le processus officiel de désengagement de la liaison, ainsi que les répercussions juridiques collatérales.

La partie I du présent document donne un aperçu de la liaison entre la Californie, le Québec et l'Ontario, notamment ses origines dans la Western Climate Initiative (WCI) et son évolution en un régime d'échange de droits d'émission applicable à plusieurs administrations. La Partie II met l'accent sur l'application et exécution en vertu l'entente de liaison, en examinant la nature réciproque de l'arrangement et du régime d'application dans chaque administration. Par souci d'exhaustivité, l'Ontario est inclus dans cette discussion, malgré les événements récents. La partie III donne un aperçu du mécanisme de retrait de l'entente avant de passer à la détermination de certaines des répercussions juridiques du retrait de l'Ontario. Enfin, la conclusion présente des réflexions sur ce régime infranational nord-américain et sur les orientations futures.

Partie I — Aperçu de l'entente de liaison Californie-Québec-Ontario

*Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Calgary

¹ Voir Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, *The Québec-California Carbon Market and Membership of Ontario in 2018*, en ligne : <<http://www.mddelcc.gouv.qc.ca/changements/carbone/documents-spede/linking-qc-ca-ont.pdf>> (« le seul marché du carbone au monde conçu, développé et exploité exclusivement par les gouvernements infranationaux de différents pays » à la p. 1).

² Il est à noter que beaucoup considèrent les efforts infranationaux comme une option « de deuxième choix », jugeant préférable un régime fédéral global, soit un système de plafonnement et d'échange ou une taxe sur le carbone. Voir p. ex., Cary Coglianese et Jocelyn D'Ambrosio, « Policymaking Under Pressure: The Perils of Incremental Responses to Climate Change » (2008) 40 Conn L Rev 1413; Valentina Bosetti et David G., « Victor, Politics and Economics of Second-Best Regulation of Greenhouse Gases: The Importance of Regulatory Credibility » (2011) 32:1 Energy J 1; Matthew Ranson et Robert Stavins, « Linkage of Greenhouse Gas Emissions Trading Systems: Learning from Experience » (2013) Harvard Kennedy School Faculty Research Working Paper Series ES 13-2; Ann Carlson, « Designing Effective Climate Policy: Cap-and-Trade and Complementary Policies » (2012) 49:2 Harv J on legis 207.

La coopération entre les provinces canadiennes et les États américains en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) remonte à plus d'une décennie³. Par exemple, à son apogée, l'Initiative régionale de lutte contre les gaz à effet de serre regroupait neuf États participants et six provinces à titre d'observateurs en prévision d'une éventuelle liaison entre les marchés de plafonnement et d'échange.⁴ Entre-temps, en 2008, les États de la côte ouest américaine et la province de la Colombie-Britannique ont conclu le Pacific Coast Collaborative Agreement (PCCA)⁵ et adopté en 2013 le Pacific Coast Action Plan on Climate and Energy.⁶ Dans ce dernier cas, l'intention déclarée était de lier les programmes⁷, bien qu'aucun marché du carbone n'ait été lié dans ce cadre jusqu'à présent.

La plus ancienne collaboration entre les États et les provinces, et la plus pertinente aux fins du présent document, est la Western Climate Initiative (WCI). La WCI a vu le jour en 2007 en tant qu'entente entre plusieurs États de l'ouest des États-Unis, mais au cours des années suivantes elle s'est élargie aux provinces canadiennes de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de l'Ontario et du Québec.⁸ Ensemble, ces onze administrations ont produit les « Design Recommendations for the WCI Regional Cap and Trade Program » [Recommandations de conception pour le programme régional de plafonnement et d'échange de la WCI] de 2008⁹ et le « Design for the WCI Regional Program » [Conception du programme régional de la WCI] de 2010¹⁰. L'objectif était ensuite de mettre en place un programme intergouvernemental axé sur le marché afin d'atteindre les cibles convenues de réduction des émissions.¹¹ Comme on peut le constater de nos jours, la plupart des membres de la WCI ne sont pas allés jusqu'à instaurer un système de plafonnement et d'échange liés dans les délais convenus.¹² Les exceptions, bien sûr, sont le Québec et la Californie, ainsi que l'Ontario pendant une courte période. En grande pompe¹³, ces administrations ont développé leur collaboration jusqu'à la mise en place d'un

³ Par exemple, en 2001, les gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et les premiers ministres de l'Est du Canada ont adopté un « plan d'action sur les changements climatiques ». Voir Conseil des premiers ministres de l'Atlantique, « Conférence annuelle des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et des premiers ministres de l'Est du Canada », en ligne : <<https://www.cap-cpma.ca/cap-french/a-propos-du-conseil/conference-des-gouverneurs-de-la-nouvelle-angleterre-et-des-premiers-ministres-de-lest-du-canada-gnapmec/>> (Inscrire le plan de 2001 sur les changements climatiques parmi les réalisations particulières des groupes).

⁴ Voir Regional Greenhouse Gas Initiative (RGGI) [Initiative régionale sur les gaz à effet de serre], « Archives de conception de programmes », en ligne [en anglais] : <www.rggi.org>. Une fois que la RGGI est devenue pleinement opérationnelle, elle a abandonné le statut d'observateur comme terme ou désignation. Aujourd'hui, toute personne intéressée, tout État ou tout autre intervenant peut assister à une réunion ou formuler des commentaires, sans avoir besoin d'un statut désigné. À l'heure actuelle, aucune province ne participe officiellement à la RGGI.

⁵ Pacific Coast Collaborative, « Memorandum to Establish the Pacific Coast Collaborative » (30 juin 2008), en ligne : <https://pacificcoastcollaborative.org/wp-content/uploads/2018/09/Memorandum-PCC_2008.pdf>.

⁶ Pacific Coast Collaborative, « Pacific Coast Action Plan on Climate and Energy » (28 octobre 2013), en ligne, <<https://pacificcoastcollaborative.org/wp-content/uploads/2018/09/Pacific-Coast-Climate-Action-Plan.pdf>>.

⁷ *Ibid.*

⁸ Voir Western Climate Initiative, « History », en ligne : <<http://www.westernclimateinitiative.org/history>>.

⁹ Western Climate Initiative, « Design Recommendations for the WCI Regional Cap-and-Trade Program » (23 septembre 2008), en ligne, <http://www.mddelcc.gouv.qc.ca/changements/carbone/documents-WCI/modele-recommande-WCI-en.pdf> [Recommandations de conception de la WCI].

¹⁰ Western Climate Initiative, « Design for the WCI Regional Program » (27 juillet 2010), en ligne : <http://www.westernclimateinitiative.org/the-wci-cap-and-trade-program/program-design> [WCI Regional Program Design].

¹¹ Voir *ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Voir ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, « Le marché du carbone Québec-Californie-Ontario, une puissante collaboration nord-américaine », *Cision News*

système de plafonnement et d'échange transfrontière entièrement opérationnel et multijuridictionnel. La Californie et le Québec ont signé une entente de liaison en septembre 2013, et cette liaison est officiellement en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014. Après avoir souscrit à l'entente de liaison en septembre 2017, l'Ontario s'est officiellement joint au marché le 1^{er} janvier 2018 (bien que le marché provincial de plafonnement et d'échange était en place depuis janvier 2017), pour se retirer en juin 2018, peu après un changement de gouvernement à la suite des élections provinciales.¹⁴ En mai 2018, les trois parties ont tenu la quinzième vente aux enchères conjointe de plafonnement et d'échange¹⁵ et en août 2018, le Québec et la Californie ont tenu la seizième vente aux enchères conjointe, sans l'Ontario.¹⁶

Au cœur de la liaison se trouve l'entente officielle : *Entente entre le California Air Resources Board et le Gouvernement du Québec concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre* (« entente de liaison » ou « entente »).¹⁷ L'entente de liaison a été mise à jour lorsque l'Ontario s'y est joint¹⁸. L'entente codifie les accords de collaboration entre les parties au moyen de 23 articles répartis en trois chapitres : Dispositions générales, processus d'harmonisation et d'intégration, fonctionnement de l'entente.¹⁹ L'entente fixe les règles dans des domaines comme la consultation, l'harmonisation des règlements, la reconnaissance et l'échange des instruments de conformité, les enchères conjointes, la supervision et l'exécution, le soutien administratif et technique, la confidentialité, le retrait, les modifications, le règlement des différends et l'entrée en vigueur.²⁰

Cependant, bien que l'entente soit l'élément central des marchés intégrés de plafonnement et d'échange, elle ne représente qu'un élément d'un cadre plus large. Ce système est réciproque par nature et se compose de lois, de règlements et de directives mis en place par chaque administration. Par exemple, le contexte juridique de la Californie est étayé par le *Global Warming Solutions Act* de 2006 (habituellement et ci-après appelée « AB 32 »), qui autorise le

Wire (28 février 2018), en ligne : <<https://www.newswire.ca/fr/news-releases/quebec-california-ontario-carbon-market-a-strong-example-of-north-american-collaboration-675459933.html>>.

¹⁴ En septembre 2017, l'entente de liaison a été mise à jour pour intégrer l'Ontario. Par contre, elle est maintenant redevenue une entente à deux parties.

¹⁵ Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, *California Cap-and-Trade Program and Quebec Cap-and-Trade System mai 2018 Enchère conjointe n° 15 Rapport sommaire des résultats*, en ligne : <<http://www.mddelcc.gouv.qc.ca/changements/carbone/ventes-encheres/2018-05-15/resultats-vente20180515-en.pdf>>.

¹⁶ Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, *California Cap-and-Trade Program and Quebec Cap-and-Trade System août 2018 Enchère conjointe n° 16 : Rapport sommaire des résultats*, en ligne : <<http://www.mddelcc.gouv.qc.ca/changements/carbone/ventes-encheres/2018-08-14/resultats20180814-en.pdf>>.

¹⁷ *Entente entre le California Air Resources Board et le gouvernement du Québec concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre* [27 septembre 2013], en ligne : <<https://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/entente-liaison-marche-du-carbone.pdf>> [Entente de liaison 2013].

¹⁸ *Entente concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre entre le Gouvernement du Québec, le Gouvernement de la Californie et le Gouvernement de l'Ontario* (22 septembre 2017), en ligne : <<https://news.ontario.ca/opo/fr/2017/09/entente-concernant-lharmonisation-et-lintegration-des-programmes-de-plafonnement-et-dechange-de-droi.html>> (Tous les renvois concernent la version à jour de cette entente, sauf indication contraire) [Entente de liaison 2017].

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

California Air Resources Board (CARB) à « adopter un règlement établissant un système de limites d'émissions globales annuelles décroissantes et fondées sur le marché pour les sources ou catégories de sources qui émettent des émissions de gaz à effet de serre » et à « consulter d'autres gouvernements afin de faciliter l'élaboration de programmes intégrés et rentables de réduction des gaz à effet de serre à l'échelle régionale, nationale et internationale²¹ ». Le régime californien est étoffé par le *Air Resources Board Regulation for the Mandatory Reporting of Greenhouse Gas Emissions* [Règlement de l'Air Resources Board sur la déclaration obligatoire des émissions de gaz à effet de serre]²² et le *Air Resources Board Cap-and-Trade Regulation* [Règlement de l'Air Resources Board sur le plafonnement et les échanges]²³. Notamment, pour la présente discussion sur l'application et l'exécution, le contexte californien est également façonné par le BS 1018,²⁴ qui, comme il est mentionné dans la partie II ci-dessous, exige que le gouverneur fasse des constatations précises (y compris en ce qui concerne l'application et l'exécution) avant que le CARB ne prenne des mesures pour approuver la liaison.²⁵ En 2017, l'Assemblée législative de la Californie a adopté l'AB 398 prolongeant le programme de plafonnement et d'échange de l'État jusqu'en 2030 (l'horizon initial était 2020).²⁶ L'AB 398 prévoit aussi des mesures, comme un plafond de prix, pour se protéger contre les fluctuations extrêmes du marché.²⁷

Pour sa part, le Québec a adopté en 2009 le projet de loi 42, *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives relatives au climat*,²⁸ qui, à l'instar de la Californie, accorde au gouvernement du Québec le pouvoir d'adopter des règlements créant un système de plafonnement et d'échange et de conclure une entente avec un autre gouvernement pour l'harmonisation et l'intégration des systèmes de plafonnement et d'échange.²⁹ Le régime est structuré et mis en œuvre au moyen de règlements, comme le *Règlement concernant la déclaration obligatoire de certaines émissions de contaminants dans l'atmosphère*,³⁰ et le *Règlement concernant le système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre*.³¹ De plus, les plafonds d'émissions de GES conformes à l'objectif du Québec pour la réduction des émissions de GES en 2020 sont établis par le *décret 1185-2012 Détermination des plafonds annuels d'unités d'émission de gaz à effet de serre relatifs au système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2013-2020*.³²

²¹ *Global Warming Solutions Act of 2006*, AB 32 (2006) à 38564.

²² CCR tit 17, §§ 95100-95158 (2015).

²³ CCR tit 17, §§ 95800 to 96023 (2013).

²⁴ CGC § 12894(f) (Ouest 2013) [SB 1018].

²⁵ *Ibid.*

²⁶ US, AB 398, *California Global Warming Solutions Act of 2006: Market-based compliance mechanisms: fire prevention fees: sales and use tax manufacturing exemption*, 2017-2018, Reg Sess, Cal, 2017.

²⁷ Voir Rahul Rana et coll., « An Impact Analysis of AB398 on California Cap-and-Trade Market », en ligne : (2017) California Carbon <http://californiacarbon.info/wp-content/uploads/2017/07/AB398-_Impact_Analysis.pdf>.

²⁸ Projet de loi 42, *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives relatives au climat*, 1^{re} session, 39^e Législature, Québec, 2009.

²⁹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, LRQ 2015, c Q-2, art. 46.14 (C'est en vertu de cette disposition que l'entente de liaison a été conclue) [AQO].

³⁰ RRQ 2018, c Q-2, r 15.

³¹ RRQ 2018, c Q-2, r 46.1 [Règlement concernant le système de plafonnement et d'échange].

³² OC 1185-2012, (2012) GOQ II 3612.

Les mesures législatives visant à établir la liaison avec l'Ontario ont commencé en 2009 avec l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur la protection de l'environnement (échange de droits d'émission de gaz à effet de serre)*, 2009.³³ Cette loi conférait au gouvernement le vaste pouvoir de mettre en œuvre un système de plafonnement et d'échange, tout en établissant les règles connexes.³⁴ À l'instar des lois habilitantes de la Californie et du Québec, la Loi envisageait une intégration avec d'autres régimes de plafonnement et d'échange. Ce fondement législatif a finalement été mis à jour avec plus de détails et des pouvoirs explicites par l'entremise de la *Loi sur l'atténuation des changements climatiques et une économie sobre en carbone*³⁵ qui a été adoptée en février 2016. Le régime a été étoffé davantage par le *Règlement sur le programme de plafonnement et d'échange*³⁶ et le *règlement Quantification, déclaration et vérification des émissions de gaz à effet de serre*³⁷ qui sont tous deux entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017. L'Ontario a également mis en place la *Ligne directrice pour la quantification, la déclaration et la vérification des émissions de gaz à effet de serre*.³⁸ Comme il en sera question dans la dernière partie du présent document, après les élections provinciales de juin 2018, le nouveau gouvernement de l'Ontario a annulé le programme de plafonnement et d'échange, révoqué ce règlement et abrogé la *Loi sur l'atténuation du changement climatique et une économie sobre en carbone*.

Partie II — Application et exécution sous le régime de l'entente de liaison

La liaison repose sur une approche de réciprocité et d'harmonisation dans un contexte qui reconnaît la souveraineté de chaque administration dans la gestion de ses programmes respectifs.³⁹ Cette architecture a vu le jour grâce à la coopération de la WCI. Par exemple, dans ses recommandations de conception pour son programme régional de plafonnement et d'échange⁴⁰, la WCI recommandait que « la compétence de chaque partenaire de la WCI conserve ou améliore son pouvoir et ses responsabilités en matière de réglementation et d'application et d'exécution afin d'assurer la conformité au programme de plafonnement et d'échange dans sa propre administration ». ⁴¹ De même, le document *Cadre de mise en œuvre du programme régional de la Western Climate Initiative (WCI)*, utilisée comme feuille de route pour les administrations partenaires de la WCI qui élaborent leurs règlements respectifs de mise en œuvre, indiquait que chaque administration « fera appel à ses pouvoirs habilitants pour appliquer le programme de plafonds-échanges de la WCI sur son territoire ». ⁴² Il explique ensuite que l'harmonisation et la vérification de la conformité sont essentielles pour assurer des résultats uniformes et des règles du jeu équitables, mais reconnaît que « [l]e degré d'harmonisation dépend des processus législatif et administratif de chaque gouvernement

³³ Projet de loi 185, *Loi modifiant la Loi sur la protection de l'environnement en ce qui concerne l'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre et d'autres instruments économiques et financiers et approches axées sur le marché*, 1^{re} session, 39^e Législature, Ontario, 2009.

³⁴ *Ibid.*, art. 176.1.

³⁵ OS 2016, c 7 [CCMLCEA].

³⁶ Règl. O. 144/16.

³⁷ Règl. O. 143/16.

³⁸ Ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique de l'Ontario, *Ligne directrice sur la quantification, la déclaration et la vérification des émissions de gaz à effet de serre* [en anglais], en ligne : <http://www.downloads.ene.gov.on.ca/envision/env_reg/er/documents/2017/013-1457_d_Guide.pdf>.

³⁹ *Supra* note 11, WCI Cadre de mise en œuvre du programme régional de la WCI à la p. 24.

⁴⁰ *Supra* note 10, Recommandations de conception de la WCI.

⁴¹ *Ibid.* art. 12.1.

⁴² *Supra* note 11, WCI Cadre de mise en œuvre du programme régional de la WCI à la p. 24.

partenaire de la WCI, et tient compte de la souveraineté de chaque gouvernement en matière de gestion de son programme. »

Cette approche a été explicitement incluse dans l'entente de liaison Québec-Californie de 2014⁴³ et a été intégrée à l'entente de liaison Ontario-Québec-Californie 2017⁴⁴ (cette dernière comptait certaines formulations légèrement mises à jour, mais n'a pas modifié de façon substantielle les aspects d'application, d'exécution et de retrait).

L'article 11 établit le régime de surveillance et d'application et exécution :

Les parties collaborent afin de maintenir l'intégrité du marché, y compris en prévenant la fraude, les abus et les manipulations du marché et afin d'assurer la fiabilité des ventes aux enchères conjointes et de leur programme respectif. Les parties collaborent pour l'application des exigences des programmes respectifs régissant la supervision de toutes les transactions effectuées entre les participants inscrits de chacune des parties et de toute vente aux enchères ou vente de gré à gré du ministre.

Les parties facilitent le partage de renseignements, dans le respect de la législation sur la protection des renseignements, des autres lois et règlements applicables sur chacun de leur territoire et des dispositions de l'article 15 ci-dessous, afin de permettre l'administration et l'application des lois et règlements de chacune des parties.

Le tout s'inscrit dans le contexte plus large de l'harmonisation exigée par l'article 4 :

Les parties conviennent de poursuivre l'examen de leur réglementation respective concernant la déclaration des émissions de gaz à effet de serre et concernant le programme de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre, afin de favoriser une harmonisation et une intégration soutenues de leurs programmes.

Dans le cas où apparaît une divergence entre certains éléments des programmes des parties, ces dernières déterminent s'il est nécessaire d'harmoniser ces éléments afin d'assurer le bon fonctionnement et l'intégration des programmes.

Une partie peut envisager d'apporter des modifications à son programme, notamment des changements ou des ajouts à la réglementation concernant la déclaration des émissions de gaz à effet de serre et concernant le programme de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre, de même qu'aux procédures en régissant l'application. Pour appuyer l'objectif d'harmonisation et d'intégration de leur programme, toute modification proposée à ces programmes est soumise à l'examen des parties.⁴⁵

Ces règles d'harmonisation et de coopération en matière d'application et exécution dans le cadre de la liaison sont appuyées par d'autres exigences relatives aux solides protocoles de

⁴³ *Supra* note 18, Entente de liaison 2013.

⁴⁴ *Supra* note 19, Entente de liaison 2017.

⁴⁵ *Ibid.*, art 4.

compensation⁴⁶, aux instruments de conformité⁴⁷ aux échanges⁴⁸ et aux mécanismes comptables.⁴⁹ En pratique, la conformité, l'application et exécution, tout comme les échanges, dépendent du « Service du Système de suivi des instruments de conformité » (CITSS), qui est le registre des instruments de conformité pour l'ensemble du programme de plafonnement et d'échange. Il sert de système de gestion et de suivi des comptes et des instruments de conformité émis au moyen de l'entente de liaison en matière de plafonnement et d'échange, permettant aux participants au marché de détenir et de retirer des instruments de conformité et d'échanger de tels instruments avec d'autres titulaires de compte. Bref, le CITSS est le carrefour qui facilite la circulation des droits d'émission échangeables.

Cette approche de réciprocité et de respect de la souveraineté, qui peut découler de contraintes constitutionnelles sur les activités transfrontalières des gouvernements infranationaux⁵⁰, accorde une importance primordiale aux régimes d'application et d'exécution respectifs de chaque État ou province de chaque partie. Les législateurs californiens l'ont reconnu à la veille de conclure la première liaison avec le Québec. Comme mesure de sauvegarde, ils ont adopté le BS 1018 qui exigeait que le gouverneur confirme que le programme à lier comporte des exigences environnementales, d'application et d'exécution qui sont équivalentes au programme de la Californie ou encore plus strictes, que la Californie soit en mesure d'appliquer ses lois à des limites constitutionnelles, et qu'aucune « responsabilité importante » ne soit imposée à la Californie pour tout « échec découlant de la liaison avec le programme du Québec ou à la participation connexe à WCI Inc ». ⁵¹Le bureau du gouverneur a effectivement effectué un examen et apporté une confirmation de cette nature avant que la Californie établisse une liaison avec le Québec⁵², puis une nouvelle fois avant l'adhésion de l'Ontario.⁵³

Californie

Le régime d'application et exécution de la Californie découle de la loi et du règlement susmentionnés. Plus précisément, le règlement interdit expressément toute opération mettant en cause un dispositif manipulateur, le blocage ou la tentative de percer le marché, la fraude, la tentative de fraude ou les rapports faux ou inexacts.⁵⁴ En vertu du règlement, les infractions peuvent entraîner des sanctions civiles ou pénales⁵⁵ et les lois sur le parjure s'appliquent.⁵⁶ Sur le

⁴⁶ *Ibid.*, art 5.

⁴⁷ *Ibid.*, art 6.

⁴⁸ *Ibid.*, art 7.

⁴⁹ *Ibid.*, art 8.

⁵⁰ Voir David Wright, « Cross-border constraints on climate change agreements : legal risks in the California-Quebec cap-and-trade link » (2016) 46:6 10478.

⁵¹ Voir United States, California, Department of Justice, *Memorandum of Attorney General's Advice to the Governor Concerning Linkage of California and Quebec Cap-and-Trade Programs*, (5 mars 2015), en ligne : <https://www.gov.ca.gov/docs/AG_Letter_SB_1018.pdf>.

⁵² États-Unis, Californie, Bureau du gouverneur, *lettre du gouverneur Brown du 8 avril 2013*, en ligne : <https://www.gov.ca.gov/wp-content/uploads/2017/09/Request_for_SB_1018_Findings.pdf>; Voir aussi États-Unis, Californie, Bureau du gouverneur, *SB 1018, Request for Cap-and-Trade Program Equivalency Findings* [Demande de résultats d'équivalence de programme de plafonnement et d'échange], (26 février 2013), en ligne : <<https://www.gov.ca.gov/2013/02/26/news17933/>>.

⁵³ États-Unis, Californie, Bureau du gouverneur, *lettre du gouverneur Brown du 16 mars 2017*, en ligne : <https://www.arb.ca.gov/cc/capandtrade/linkage/response_to_sb_1018_request.pdf>.

⁵⁴ *Supra* note 25, SB 1018 au § 95921(f)(2).

⁵⁵ *Ibid.*, à la page 96013.

plan administratif, le programme de la Californie comprend des mécanismes de surveillance et de prévention de la manipulation du marché.⁵⁷

Sur le plan institutionnel, c'est le CARB qui dirige l'application et exécution. Le CARB a le pouvoir d'émettre des ordonnances aux entités visées, d'établir des sanctions et de les imposer en cas d'infraction. Par exemple, en vertu du règlement sur le plafonnement et l'échange, si une entité couverte rate une échéance d'obligation annuelle ou triennale, elle doit présenter des droits d'émissions équivalant à quatre fois ses émissions excédentaires⁵⁸. En outre, si l'entité ne présente pas de droits d'émissions excédentaires après 30 jours, le CARB peut imposer pour chaque droit d'émission manquant une amende de 25 000 \$ par 45 jours⁵⁹. De plus, le CARB a le pouvoir de suspendre, de révoquer ou de restreindre les comptes de détention des entités visées.⁶⁰

Québec

Le régime d'application et exécution du Québec découle de la loi et des règlements mentionnés ci-dessus. Il existe plusieurs outils d'application et exécution, notamment des sanctions administratives pécuniaires (SAP), des infractions quasi criminelles (et les pénalités connexes) et plusieurs autres mesures particulières comme la suspension, le retrait ou l'annulation des droits d'émission. Ces pouvoirs sont administrés par le ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques (MDDELCC).

En ce qui concerne les SAP et les infractions réglementaires, la *Loi sur la qualité de l'environnement* fournit un cadre général pour l'application des sanctions administratives dans le cadre des procédures pénales. Les sanctions particulières et les sanctions administratives pécuniaires applicables sont décrites dans le Règlement concernant le système de plafonnement et d'échange, qui prévoit plusieurs sanctions financières et juridiques de divers degrés selon l'infraction et la gravité des transgressions en cause.⁶¹ En cas de non-conformité, le règlement prévoit des pénalités de 500 \$ à 500 000 \$ et jusqu'à 18 mois d'emprisonnement pour un particulier, ou de 10 000 \$ à 3 millions de dollars pour une société.⁶² De plus, les sanctions pécuniaires doublent dans le cas d'une deuxième infraction.

Dans certaines circonstances et pour certaines violations, le ministre peut suspendre, retirer ou annuler tout droit d'émission.⁶³ Le ministre peut également refuser d'enregistrer un émetteur pour une vente ou une vente aux enchères si l'émetteur fournit des renseignements faux ou trompeurs, omet des renseignements requis ou contrevient à une règle de procédure⁶⁴. Dans certains cas, comme celui des renseignements faux ou trompeurs, les transgresseurs risquent d'être reconnus coupables d'une infraction et d'être exclus du marché.⁶⁵

⁵⁶ Voir p. ex., *ibid.* au 95832 (Designation of Representatives and Agents) [Désignation des représentants et agents] et au 95914 (c)(3) (Auction Participation and Limitations) [Participation aux enchères et restrictions].

⁵⁷ Voir California Air Resources Board, *Regulatory Guidance Document* [Document d'application de la réglementation], (6 novembre 2017), en ligne : <<https://www.arb.ca.gov/cc/capandtrade/guidance/guidance.htm>>.

⁵⁸ *Supra* note 25, SB 1018, al. 95857(b).

⁵⁹ *Idem*, article 96014.

⁶⁰ *Ibid.* al. 95921(g)(3).

⁶¹ *Supra* note 32, *Règlement concernant le système de plafonnement et d'échange*, aux art. 71-75.5.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Voir p. ex., *ibid.* art. 47 (suspension des droits d'émission); Voir aussi art. 46.2.

⁶⁴ Voir p. ex., *ibid.* art. 47 (vente aux enchères), p. 60; Voir aussi *supra* note 30, *AQO* à l'art. 46.12.

⁶⁵ Voir p. ex., note 32 *supra*, *Règlement sur le plafonnement et l'échange* aux articles 75.2 et 60 (qui s'appliquent conjointement).

En ce qui concerne le respect des exigences relatives à la réduction des émissions sous la limite, si un émetteur n'a pas suffisamment de droits d'émission au plus tard le 1^{er} novembre de l'année suivant la fin d'une période de conformité (c.-à-d. en 2015, 2018 et 2021), le compte de l'entité sera suspendu et l'entité devra payer une pénalité de trois droits d'émission pour chaque droit d'émission manquant.⁶⁶ Si après les 30 jours, l'émetteur ne peut produire les droits d'émission requis, le ministre soustraira les droits dus de la prochaine allocation gratuite de l'émetteur.⁶⁷

Ontario

L'application et exécution en vertu du régime de l'Ontario était principalement énoncée dans la loi susmentionnée, mais comparativement au Québec et à la Californie, la loi de l'Ontario était plus précise. Comme au Québec, l'application et exécution en Ontario comportait divers degrés de sanctions financières et juridiques en fonction de l'infraction et la gravité de la transgression en cause. En vertu de la *Loi de 2016 sur l'atténuation du changement climatique et sur une économie sobre en carbone*, les personnes reconnues coupables d'une infraction pourraient être passibles d'amendes allant de 5 000 \$ à 6 millions de dollars et d'une peine d'emprisonnement maximale d'un an.⁶⁸ Les sociétés pourraient être passibles d'amendes de 25 000 \$ à 10 millions de dollars.⁶⁹ Une fois de plus, de telles sanctions ont mis en œuvre des interdictions précises relatives aux échanges, comme la fraude et la manipulation du marché, ou la communication de renseignements faux ou trompeurs.⁷⁰ Elles s'appliquent également aux interdictions de divulgation⁷¹ et à l'entrave à l'application de la Loi.⁷²

En ce qui concerne la non-conformité aux obligations de réduction des émissions en vertu du plafond, la *Loi de 2016 sur l'atténuation du changement climatique et sur une économie sobre en carbone* prévoit une pénalité semblable à celle du Québec. Si un participant au marché n'a pas présenté tous les droits d'émission requis avant la date limite, la Loi exigeait des droits d'émission supplémentaires d'un montant égal à trois fois le déficit⁷³ et conférait le pouvoir d'imposer des amendes et d'autres conséquences.⁷⁴

Le régime d'application de la loi de l'Ontario comprenait également des SAP au moyen du *Règlement sur les pénalités administratives*,⁷⁵ qui dresse une liste des contraventions auxquelles s'appliquent les pénalités, y compris le non-respect des dispositions concernant l'échange de droits ou de crédits d'émissions, la coordination des appels d'offres ou la perpétration de fraudes en contravention de la Loi; le défaut de mesurer et de déclarer la quantité de gaz à effet de serre émise ou d'utiliser la méthode de quantification appropriée, contrairement au *Règlement sur la quantification, la déclaration et la vérification des gaz à effet de serre*; le défaut de s'inscrire comme participant obligatoire dans le délai prescrit par le *Règlement sur le programme de plafonnement et d'échange*; le défaut de fournir un rapport de contrepassation, ou

⁶⁶ *Ibid.*, par. 22(2).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Supra* note 36, CCMLCEA par. 51(1) et (5).

⁶⁹ *Ibid.* par. 51(2) et (4).

⁷⁰ *Ibid.*, par. 29(2).

⁷¹ *Ibid.* par. 32(6) et (7).

⁷² *Ibid.*, par. 64(2).

⁷³ *Ibid.*, par. 14(7).

⁷⁴ *Ibid.*, par. 14(8).

⁷⁵ Règl. O. 540/17.

un organisme de vérification accrédité qui omet de fournir un rapport de vérification, comme l'exige le *Règlement de l'Ontario sur les crédits compensatoires*. Le régime de SAP était étayé par l'article 57 du CCMLCE, qui donnait le pouvoir général d'imposer des SAP afin d'assurer le respect de la Loi et d'empêcher tout participant de tirer un avantage économique d'une contravention à la Loi.⁷⁶

Ces régimes respectifs d'application et d'exécution fonctionnent en parallèle dans l'ensemble de la liaison pour veiller à ce que les acteurs du marché se conforment à toutes les règles applicables et s'exposent à des sanctions importantes s'ils ne le font pas. Les rapports de conformité sont régulièrement rendus publics par le CARB et le MDDELCC.⁷⁷

Partie III — Retrait de l'Ontario de la liaison

En tant que « premier article à l'ordre du jour » après les élections provinciales de juin 2018⁷⁸, le premier ministre nouvellement élu a retiré l'Ontario de la liaison le 3 juillet 2018, en révoquant le règlement sur le plafonnement et l'échange et en suspendant toutes les opérations. Ce retrait est explicitement envisagé dans l'entente de liaison. L'article 17 dit :

Une partie peut se retirer de la présente entente en donnant un préavis d'intention de retrait écrit aux autres parties. Une partie qui a l'intention de se retirer de l'entente tente de donner un préavis d'intention de retrait de douze (12) mois. Une partie qui a l'intention de se retirer de l'entente tente de faire correspondre la date d'effet du retrait avec la fin d'une période de conformité.

Fait à noter, l'article 17 ajoute quelques précisions pour la Californie et le Québec, en tant que parties qui restent dans la liaison :

Si une partie se retire de l'entente, celle-ci demeure en vigueur pour les autres parties.

Bien que ce processus de retrait soit prescrit en termes relativement clairs dans l'entente de liaison, il n'est pas certain pour le moment que l'Ontario l'ait suivi. À ce jour, il semble que l'Ontario n'a pas publié de document sur son « avis écrit d'intention de se retirer » conformément à l'article 17. Il est possible qu'un tel document ait été fourni à la Californie et au Québec; cependant, rien de tel n'a fait surface dans le domaine public. De plus, il est très clair que l'Ontario n'a pas « tenté de donner aux autres parties un préavis d'intention de retrait de douze (12) mois de son intention de se retirer » ni « tenté de faire correspondre la date d'effet du retrait avec la fin d'une période de conformité ». Le retrait s'est plutôt fait sans aucun préavis officiel, à l'exception des déclarations faites par le nouveau premier ministre peu après les élections et du refus apparent de l'Ontario de participer à la seizième vente aux enchères conjointe.

⁷⁶ *Supra* note 36, CCMLCEA à l'art. 57.

⁷⁷ Voir p. ex., MDDELCC, « Linked California and Quebec Cap-and-Trade Programs Carbon Market Compliance Instrument Report - Aggregated by Type and Account » (5 octobre 2018), en ligne : http://www.mddelcc.gouv.qc.ca/changements/carbone/ventes-encheres/Rapport_soldes/20181005-rapport-soldes-en.pdf.

⁷⁸ Amara McLaughlin, « Doug Ford vows to scrap Ontario's cap-and-trade program as his 1st act as Premier act » [À titre de mesure initiale comme premier ministre, Doug Ford promet d'annuler le programme de plafonnement et d'échange de l'Ontario], *CBC* (15 juin 2018), en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/doug-ford-cap-and-trade-1.4707728>>.

À ce jour, la plus claire explication sur le retrait de l'Ontario est venue de la Californie. Le CARB a publié la mise à jour suivante en septembre 2018 :

Le 3 juillet 2018, le gouvernement de l'Ontario a publié un règlement (386/18) abrogeant le règlement de l'Ontario sur le plafonnement et l'échange (144/16), et a suspendu tous les comptes de l'entité ontarienne CITSS. Avec le départ de l'Ontario du marché du carbone lié, la Californie et le Québec s'efforcent d'assurer l'intégrité environnementale et la rigueur de notre programme de plafonnement et d'échange, et le maintien de notre marché. Nos objectifs sont de veiller à ce que le programme continue de réduire les émissions de gaz à effet de serre attribuables aux changements climatiques comme partie intégrante de notre lutte contre la menace existentielle des changements climatiques, tout en assurant le bon fonctionnement et l'intégrité de notre marché commun du carbone.

Veillez noter que tous les instruments de conformité dans les comptes enregistrés en Californie ou au Québec sont valides aux fins de la conformité et pour l'échange ou la vente entre les participants des deux administrations.⁷⁹

Cela donne à croire que la Californie reconnaît le retrait officiel de l'Ontario en vertu de l'entente de liaison, malgré l'absence apparente de l'avis formel prévu à l'article 17. Il se peut fort bien que l'intérêt de la Californie pour la réussite de la liaison et l'efficacité de l'entente de liaison l'ait empêché d'attirer l'attention sur l'omission de l'Ontario de respecter les modalités de l'entente.

Parallèlement, le retrait de l'Ontario comporte des étapes juridiques au-delà du processus établi dans l'entente de liaison. Le 3 juillet 2018, le nouveau gouvernement de l'Ontario a déposé le Règlement de l'Ontario 386/18 (le Règlement), qui interdit aux participants au régime de plafonnement et d'échange d'acheter, de vendre, d'échanger ou autrement de traiter des droits et des crédits d'émissions.⁸⁰ Le 25 juillet 2018, le nouveau gouvernement de l'Ontario a présenté le *Projet de loi 4 : Loi annulant le Programme de plafonnement et d'échange* afin de mettre fin officiellement à la participation de l'Ontario. Cette Loi abroge la Loi sur le système de plafonnement et d'échange de l'Ontario⁸¹ qui prévoit le retrait ou l'annulation des instruments de plafonnement et d'échange (y compris ceux créés en vertu des systèmes du Québec ou de la Californie), le versement d'une indemnisation par le gouvernement à certains types de participants au marché (un maximum d'environ 250 participants au total) et l'interdiction de tout recours juridique contre le gouvernement.⁸² La Loi oblige l'Ontario à établir des cibles de

⁷⁹ California Air Resources Board, *Linkage* (7 septembre 2018), en ligne : <https://www.arb.ca.gov/cc/capandtrade/linkage/linkage.htm>.

⁸⁰ Règl. O. 386/16.

⁸¹ Plus précisément, elle abroge la *Loi de 2016 sur l'atténuation du changement climatique et sur une économie sobre en carbone*.

⁸² Voir Richard Corley et coll., « Ontario Introduces Bill To Cancel Cap And Trade And Launches Carbon Tax Case », en ligne : (2018) Goodmans LLP <http://www.mondaq.com/canada/x/726816/Clean+Air+Pollution/Ontario+Introduces+Bill+To+Cancel+Cap+And+Trade+Launches+Carbon+Tax+Case> (Pour un résumé).

réduction des GES et à préparer un plan de lutte contre les changements climatiques⁸³ qui sera probablement conforme au défi que la nouvelle première ministre a lancé à l'égard du filet de sécurité fédéral concernant la tarification du carbone.⁸⁴

À la suite de ce changement relativement soudain et fondamental en Ontario, on ne connaît pas exactement la valeur actuelle des crédits d'émission. Comme l'a résumé le Barreau du secteur privé, « les entreprises qui détiennent des droits d'émission de quelque 2,8 milliards de dollars n'ont pas de marché pour se décharger de leurs achats, et on ne sait trop quels sont les recours juridiques possibles pour ces parties ou s'il y aura des remboursements »⁸⁵. À ce jour, la décision de l'Ontario a suscité plus de questions juridiques que de réponses pour les anciens participants au marché. Il serait raisonnable de s'attendre à ce que le gouvernement de l'Ontario soit poursuivi par des émetteurs et des organisations non gouvernementales; cependant, les résultats (et, dans une certaine mesure, les causes d'action) sont difficiles à prévoir. L'une des premières poursuites a été intentée par Ecojustice au nom de plusieurs groupes environnementaux. Elle allègue que le gouvernement Ford a illégalement omis de prévoir une consultation publique sur le Règlement et sur le *projet de loi 4 : Loi annulant le Programme de plafonnement et d'échange*, comme l'exige la *Charte des droits environnementaux de l'Ontario*⁸⁶. La poursuite conteste également la validité du Règlement au motif qu'il est incompatible avec l'objet de la *Loi de 2016 sur l'atténuation du changement climatique et sur une économie sobre en carbone*, dont il mine fondamentalement l'objet.⁸⁷

Conclusion

Bien que cette liaison infranationale entre le Canada et les États-Unis démontre qu'il est possible d'accomplir beaucoup en l'absence de leadership fédéral, elle révèle également certaines faiblesses fondamentales. Les régimes d'application et d'exécution respectifs de la Californie, du Québec et, auparavant, de l'Ontario sont exhaustifs, solides et, avec leurs divers outils et pénalités, relativement nuancés. Des taux de conformité élevés (et, par conséquent, des réductions importantes des émissions) indiquent que les régimes d'application et d'exécution respectifs et harmonisés ont été efficaces pour favoriser un bon comportement sur le marché et dissuader la délinquance. Toutefois, l'expérience récente du retrait de l'Ontario révèle une faiblesse fondamentale du système, soit la facilité de se retirer de l'entente et de n'en subir que des conséquences minimales. En dépit de l'architecture de la liaison, soigneusement conçue et

⁸³ Projet de loi 4, *Loi concernant l'élaboration d'un plan sur le changement climatique, prévoyant la liquidation du programme de plafonnement et d'échange et abrogeant la Loi de 2016 sur l'atténuation du changement climatique et une économie sobre en carbone*, 1^{ère} série, 42^e Législature, Ontario, paragraphe 4(1).

⁸⁴ Robert Benzie, « Ontario Tories launch constitutional challenge against federal Liberal carbon-pricing measure », *The Toronto Star* (2 août 2018), en ligne : <<https://www.thestar.com/news/queenspark/2018/08/02/ontario-tories-launch-constitutional-challenge-against-federal-liberal-carbon-pricing-measure.html>>.

⁸⁵ Thomas Timmins et coll., « From Cap-and-Trade to White Pines: What Lies Ahead in Ontario's Energy Sector », en ligne : (2018) Gowling WLG <<http://www.mondaq.com/canada/x/720162/Energy+Law/From+CapandTrade+to+White+Pines+What+lies+ahead+in+Ontarios+energy+sector>>.

⁸⁶ Voir Ecojustice, « Challenging Ontario's gutting of cap and trade program », en ligne : <<https://www.ecojustice.ca/case/challenging-ontarios-gutting-of-cap-and-trade-program/>>; Voir aussi *GreenPeace Canada c. ministre de l'Environnement, de la Conservation et des Parcs et lieutenant-gouverneur en conseil*, Avis de demande de contrôle judiciaire, en ligne : <<https://www.ecojustice.ca/wp-content/uploads/2018/09/Notice-of-Application-issued.pdf>>.

⁸⁷ *Ibid.*

mise en œuvre à bien des égards, cette ouverture facilement accessible pour quitter le marché sans résistance mine l'intégrité globale du marché et subvertit le régime d'application et exécution autrement solide.

À mesure qu'évoluent la conception et la mise en œuvre des marchés du carbone intergouvernementaux, les parties et les entités réglementées seraient bien avisées de mettre en place des mécanismes de retrait plus rigoureux qui renforceraient les régimes d'application et exécution en rendant moins facile le retrait d'un gouvernement, conférant ainsi plus de certitude à tous les acteurs concernés et et plus de fiabilité au marché. Malheureusement, certains obstacles politiques peuvent surgir, étant donné qu'un verrouillage de l'engagement d'une administration à former une liaison pourrait avoir pour effet de l'en dissuader. De plus, les obstacles juridiques, comme les aspects constitutionnels, continuent de limiter la portée que peuvent atteindre les accords internationaux entre les États et les provinces, lorsque ces accords imposent des obligations contraignantes.⁸⁸

En fin de compte, l'examen qui précède sur les dimensions application, exécution et retrait de la liaison met en évidence les limites d'une approche sous-nationale. Même si la collaboration entre un État et des provinces a suscité un élan important et entraîné des mesures de réduction des émissions de GES, en partie grâce à des régimes efficaces d'application et exécution, rien ne remplace le leadership et la coordination du gouvernement fédéral. Cela ne signifie pas que les liaisons entre les États-nations ne seraient pas elles aussi sujettes au retrait des parties, mais la capacité des États-nations de conclure des accords exécutoires constituerait une meilleure protection contre un retrait soudain et dérangeant, et se prêterait également à des régimes rigoureux d'application et exécution. Néanmoins, les marchés du carbone de partout au monde continueront dans l'intervalle de tirer profit des leçons tirées des démarches ambitieuses et louables des acteurs infranationaux.

⁸⁸ *Supra* note 50.