



Redesigning the Economy to Achieve Carbon Transition

**THE SHIFT  
PROJECT**

## WHY A CARBON PRICE CORRIDOR IS NOT A TAX

Legal and procedural aspects of implementing a “carbon price corridor”  
within the EU ETS

*A legal consultation commissioned by The Shift Project to independent lawyer Matthieu Wemaëre on the legal and procedural aspects of a “carbon price corridor” within the European carbon emissions market.*

Paris, May 2016.

The Shift Project is a think tank which advocates a shift to a low-carbon economy. It seeks to provide guidance to companies and public institutions to help shape climate and energy policies on a national and European level. Committed to serving the general interest through scientific objectivity, The Shift Project brings forward innovative proposals and tools to accelerate the transition to a fossil-free economy, engages in lobbying initiatives targeting institutional decision-makers and organizes high-impact events gathering key stakeholders.

The Shift Project – Transparency Register ID n°: 793026615069-12

## Authors

**Lead author: Matthieu Wemaere, Attorney-at-Law (Paris, Brussels)**

With the collaboration of: Pierre Bernheim, Attorney-at-Law (Paris, New York)

Foreword by *The Shift Project*: Frédéric Dinguirard

## M.Wemaëre, P.Bernheim – Executive summary

### Executive Summary – Narrative and structure (v1), May 25th, 2016

As a follow up to a successful COP21 with the adoption of the Paris Agreement where the role of carbon pricing is emphasized to provide incentives to reduce emissions, the French Government has proposed the establishment of a « soft price collar » for the European carbon market (EU ETS).

The overall objective of this proposal is to channel the evolution of the EU ETS market price between a minimum and a maximum, in order to reduce volatility due to adverse expectations of future emissions and improve predictability of the price carbon, thus creating a strong incentive in favor of low-carbon investments supporting emissions reduction targets of future EU Nationally Determined Contributions (NDCs).

This proposed « price corridor » can be described as follows:

- An auction reserve price: the reserve price would evolve over time based on a predetermined trajectory to give visibility to the minimum price;
- A soft price ceiling: that evolves over time along a predetermined path to give visibility to the maximum price;
- A mechanism for adjusting the supply of allowances through auctions:
  - Allowances are placed in the reserve when the auction price is below the determined floor price;
  - Allowances are released through auctions (to the extent that allowances from the stock made previously are available) when the soft price ceiling is reached (this is a form of “safety valve”);
  - This mechanism could be based on the existing market stability reserve by replacing its current criteria (surplus volume) for activation by a criteria based on allowance prices.

“The Shift Project”, which is strongly committed to advocate for innovative sustainable solutions to achieve the transition towards a low carbon economy in the EU and worldwide, has been supporting this proposal since 2015.

This legal note responds to the request from “The Shift Project” to point out the applicable decision making requirements for the adoption of such a « price corridor » for the auctioning of EU Allowances (EUAs) in the EU ETS.

In EU Law, decision making procedures are defined by EU Treaties, for instance the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), in relation to the objective pursued by the act to be adopted, in taking account of the level of competence of the EU to regulate the matter.

The EU ETS Directive n° 2003/87/EC and all its amending and implementing acts, including the Auctioning Regulation, have been adopted on the basis of Art. 174 of the EC Treaty, which provides for EU policy objectives to protect the environment, a matter of shared competence between the EU and its Member States. In 2009, after the adoption of Directive n° 2009/29/EC amending the EU ETS Directive, the Lisbon Treaty included an explicit reference to climate change in the definition of the policy’s environmental objectives (now listed in Art. 191 TFEU), while clearly emphasizing that environmental policy is a matter of shared competence (article 4 TFEU).

The EU ETS fundamentally follows a quantity-based approach, but it contains some pricing provisions. Its preamble recognises the importance of the price signal to drive investments in low carbon technologies, whereas article 29 a) provides for measures in the event of excessive price fluctuations. Its article 10 §4 empowers the Commission to adopt rules for management of EUAs’ auctioning in general terms, with no restrictions of the



scope of such management measures, whereas the Auctioning Regulation also contains pricing provisions, with its article 7 §6 giving the auction platform the possibility to cancel the auction when the clearing price is significantly under the price on the secondary market under certain conditions.

From the above, it results that introducing a « price corridor » would require the adoption of a regulatory act. Given that the EU has already exercised its competence by establishing the EU ETS, a « price corridor » should be introduced at the EU level, which is the best level of intervention to manage an already well-coordinated measure such as the EU ETS, in accordance with the subsidiarity principle. Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its own competence in accordance with article 2 §2 TFEU. That is not the case since the establishment of the EU ETS and the adoption of the Auctioning Regulation. However, it does not prevent Member States from introducing complementary measures, such as the Carbon Price Support in the UK, to the extent that such measures do not undermine the achievement of the EU ETS objectives.

In the name of the parallelism of forms and procedures’ principle, the introduction of a “price corridor” for the auctioning of EUAs would therefore require an amendment to the Auctioning Regulation. Such amendment should be based on the same legal basis than the Regulation itself, e.g. article 10 §4 of the EU ETS Directive, while taking into account the legal basis of the latter, e.g. article 191 TFEU, thus pursuing environment protection objectives, including the fight against climate change (and thus not article 194 laying down the Energy Chapter in the TFEU). Such amendment to the Auctioning Regulation should be adopted through Comitology, in accordance with the provisions and procedures laid down by the Comitology Regulation (EU) n° 182/2011. With regard to the decision-making process, voting within the Climate Change Committee remains subject to the rule of parallelism of forms, which implies that the decision should be taken by a qualified majority as provided for article 192 §1 TFEU subject to the Parliament’s scrutiny, unless it relates to an area in which unanimity is required for the adoption of the amendment.

Indeed, according to article 192 §2 TFEU, unanimity may apply in three different areas. These provisions should be interpreted strictly as a derogation to the ordinary legislative or comitology procedure. The following two (article 192 §2, a) and c) TFEU) may be relevant for the choice of the decision-making procedure to be used for the adoption of a “price corridor”:

“By way of derogation from the decision-making procedure provided for in paragraph 1 and without prejudice to Article 114, the Council acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, shall adopt:

- (a) provisions primarily of a fiscal nature;
- (c) measures significantly affecting a Member State's choice between different energy sources and the general structure of its energy supply.”

Does the proposed “price corridor” correspond to such measures requiring unanimity?

To answer this question, it must be recalled first that the choice of the legal basis depends on both the objective and content of the instrument according to a well-established jurisprudence from the EU Court of Justice.



**Looking at its objective and content, is a « price corridor » a provision « primarily of a fiscal nature » (article 192 §2, a) TFEU)?**

The answer is obviously “no”, for the following reasons:

- It does not have features of a tax or a provision of fiscal measure because it does not lead to a mandatory levy.
- Auctioning is a transaction whereby EUAs are sold by Member States who exercise their auctioning rights conferred by and distributed among themselves in accordance with article 10 §2 Directive n° 2009/29/EC. Such auctioning rights result from the allocation of emission rights undertaken pursuant to international law (Kyoto Protocol until 2020, the Paris Agreement after 2020) reflecting upon EU commitments to reduce GHG emissions.
- Auctioned EUAs, whether spot or future/forward, are legally defined as financial instruments pursuant to the so-called MiFID II Directive (Financial Instruments Directive n°2014/65/EU), so the price is paid by buyers to obtain a title which can be thereafter transferable for further transactions.
- The floor price of the « corridor » may actually be lower than the auctioning reserve price, with no direct impact on the market price, depending on supply and demand during the auctioning window.

**Looking back at its objective and content, is a « price corridor » a measure which can significantly affect a Member State's choice between different energy sources and the general structure of its energy supply (art. 192.2 c) TFUE)?**

First of all, it should be kept in mind that the primary objective of the EU ETS is to reduce GHG emissions « to be increased so as to contribute to the levels of reductions that are considered scientifically necessary to avoid dangerous climate change » (article 1 Directive n° 2009/29/EU). Hence, it must be observed that EU commitments to reduce GHG emissions necessarily imply a transformation of the economy leading to choices in favour of low carbon sources of energy, which quite obviously has an impact on the general structure of the energy supply of all Member States. It should also be recognized that the Climate and Energy Package supports such transformation, particularly through the promotion of renewable energy and the large-scale deployment of energy efficiency measures.

Secondly, it would be necessary to assess the economic impacts of such a « price corridor », in particular the impact of the floor price, in order to determine if it could affect any Member States' choices. For instance, one Member State may argue that if the floor price is higher than the marginal abatement costs in its energy sector, or in several energy intensive industry sectors, then it would be affected. It seems reasonable to use the « switch price » from coal to gas (estimated at 30€/ton of CO<sub>2</sub> eq.) as a relevant indicator for identifying the possible impacts of the floor price on Member States' choices. With a floor price set at 25€/EUAs as one of the option proposed by the French Government, one Member State could hardly argue that it could be affected. However, the progressivity of the floor price should be taken into consideration. But other factors may also influence the market price, such as the intervention of the Market Stability Reserve as from 2019 and onwards, which could relativize the impact of the floor price on Member States' choices.

Such assessment should be done on a case-by-case basis, and the burden of proof that the “price corridor” can have such impacts should be placed on the Member State who pretends to be affected. The concerned Member State should demonstrate that the « price corridor » would by itself affect « significantly » its choices, not only when the « price corridor » is introduced but also in the long term, by taking into account the emission reduction targets' increase from 80 to 95% as compared to 1990 levels by 2050 as already endorsed by EU Heads of States and Governments. It should also demonstrate that the implementation of a “price corridor” affects its choices between different energy sources and the general structure of its energy supply together, as these two conditions should be cumulatively met.



In the absence of EUCJ case law on article 192 §2, c) TFEU, there is no clear-cut legally based answer to the question to know whether a reserve price for auctioning EUAs in the EU ETS would significantly affect a Member State’s choices between different energy sources and the general structure of its energy supply, which would then justify the use of unanimity for voting the adoption of a « price corridor ».

However, it can be reasonably anticipated that the EUCJ, in case it would be asked to rule the issue, would first recall that unanimity is a derogatory regime of strict interpretation, and point at the overall objectives of the EU ETS before assessing the arguments of the Member State who would invoke article 192 §2 c) as the legal basis for the adoption of a « price corridor ». The Court would also consider the particular circumstances of that Member State for the implementation of the EU ETS, notably any support he would have obtained to facilitate its transition towards a low carbon economy in the name of intra-EU solidarity (as an example, on the basis of article 10 c) EU ETS Directive).

### **Conclusions:**

Legally speaking, a « price corridor » should not be regarded as a provision primarily of a fiscal nature. The introduction of such measure would not involve a requalification of the EU ETS as a fiscal instrument at the EU level.

If politically accepted, a « price corridor » should be introduced at the EU level, which is the best level of intervention for managing an EU-coordinated mechanism such as the EU ETS.

A « price corridor » should be adopted by qualified majority through an amendment to the Auctioning Regulation in comitology, unless one or several Member States can prove that, as far as each is concerned, the floor level of the « price corridor » significantly impacts its choices between different energy sources and the general structure of its energy supply. In that case, the Member State concerned may request the application of unanimity in the Council of Ministers for the adoption of such measure.

It may well be that any such Member State would invoke such impacts even before the European Commission has agreed to put forward a proposal for amending the Auctioning Regulation to this end. In that case, one can expect the discussion in the Council to be more political than legal, with the risk that the overall structural reform of the EU ETS that is going on could be disturbed if not blocked.

If the « price corridor » was to be adopted by qualified majority despite the objection raised by one Member State, the latter could however challenge the legality of the measure adopting the « price corridor » after its entry into force, either through an action for annulment or by raising a preliminary ruling as to its validity (and compatibility with EU law) before the EUCJ. Given the length of litigation before the Court, this litigation risk introduces an uncertainty for the implementation of the « price corridor » for 3 to 5 years after its adoption.



# Table of contents

## WHY A CARBON PRICE CORRIDOR IS NOT A TAX

### Legal and procedural aspects of implementing a “carbon price corridor” within the EU ETS

<b>AUTHORS</b> .....	<b>1</b>
<b>M.WEMAËRE, P.BERNHEIM – EXECUTIVE SUMMARY</b> .....	<b>2</b>
<b>TABLE OF CONTENTS</b> .....	<b>6</b>
<b>THE SHIFT PROJECT – ABOUT THE CONSULTATION</b> .....	<b>7</b>
CONTEXT .....	7
ABOUT THE AUTHORS .....	7
<i>Matthieu Wemaëre</i> .....	7
<i>Pierre Bernheim</i> .....	7
ABOUT THE CONSULTATION .....	7
FOREWORD, BY THE SHIFT PROJECT .....	8
<b>M.WEMAËRE, P.BERNHEIM – THE CONSULTATION (FR)</b> .....	<b>9</b>
CONSULTATION JURIDIQUE SUR LES MODALITES D’ADOPTION D’UN « CORRIDOR DE PRIX » DES QUOTAS SUR LE MARCHÉ CARBONE EUROPEEN – POUR LE COMPTE DE « THE SHIFT PROJECT » – PAR MATTHIEU WEMAËRE, AVEC LA COLLABORATION DE PIERRE BERNHEIM, AVOCATS A LA COUR .....	9
<i>I. Contexte dans lequel est proposée la mise en place d’un « corridor de prix »</i> .....	9
A) Proposition de mise en place d’un « corridor de prix » : .....	9
B) Positionnement de The Shift Project : .....	11
<i>II. Discussion juridique</i> .....	12
A. Rappels sur le cadre juridique existant : .....	12
B. Conditions d’adoption d’un « corridor de prix » : .....	16
a) Sur la compétence communautaire : .....	17
b) Sur la base juridique de l’instrument mettant en œuvre le « corridor de prix » : .....	18
1) Le « corridor de prix » peut-il être vu comme « <i>une disposition essentiellement de nature fiscale</i> » visée par l’article 192.2 a) TFUE ? .....	19
2) Le « corridor de prix » peut-il être vu comme « <i>une mesure affectant sensiblement le choix d’un État membre entre différentes sources d’énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique</i> » visée par l’article 192.2 c) TFUE ? .....	20
C) Sur la faisabilité et l’acceptabilité d’une telle proposition : .....	22
<i>Conclusions</i> : .....	25



# The Shift Project – About the consultation

## Context

The Shift Project has been supporting the implementation of an Auction Reserve Price since 2014. Several stakeholders claim that the requalification of the EU ETS as a fiscal measure (tax) poses legal risks which are too high. In that case, the general rule of qualified majority voting would not apply and the derogatory rule of unanimity shall be applied, to the detriment of ETS rule amendments and reform process. The Shift Project has been interested in these risks for some time, but has not found solid legal material to back legal claims, and therefore decided to produce such material.

## About the authors

### Matthieu Wemaëre

Matthieu Wemaëre is a Senior Lawyer admitted to the Paris and Brussels Bar Associations. With more than 23 years of experience as an environmental legal and policy consultant, he specializes in national, EU and international environmental as well as climate change and energy Law and Policy. He lectures on these topics at the LLM Climate Change & Policy Law of Strathclyde University in Glasgow (UK) and Aix-en-Provence Law Faculty (France). Since 2012, he has been Research Associate at the CERIC (Centre d’Études et de Recherches Internationales et Communautaires), a think tank specializing in international law and governance linked to the French National Research Centre (CNRS). Between 2007 and 2012, he was also Research Associate and permanent representative at EU institutions for IDDRI.

As a member of the Climate Change Unit of DG ENV European Commission, he contributed to the drafting and negotiations of the EU ETS Directive from 2000 until 2003, and he drafted the Commission proposal for linking Kyoto units to the EU ETS in 2002 and 2003. In 2009, as a legal and policy consultant, he was asked by DG ENV to prepare the first draft of the Commission proposal for a Regulation on auctioning modalities.

Matthieu Wemaëre has been involved in international climate negotiations since 1999. He was the Sherpa of the Environment Minister of Morocco at COP21 and now provides support to the COP22 Presidency.

He has also written a book titled “La diplomatie climatique – Les enjeux du régime international sur le climat” together with Sandrine Maljean Dubois (Research Director at the National Scientific Research Center (CNRS) in France), which was awarded the Claude Berthault Prize, Institut de France, by the French Academy of Moral and Political Sciences in 2011. The book’s second edition was published in September 2015, ahead of the Paris Conference on climate change (COP21).

### Pierre Bernheim

Pierre Bernheim is a Lawyer admitted to the Paris and New-York Bar Associations. In 10 years of practice, he has acquired extensive experience in large-scale energy and infrastructure projects. Pierre also works on topics related to climate change and sustainable development such as the sustainable management of forests, agriculture and water, the compensation of damages to biodiversity and the payment of ecosystem services.

## About the consultation

The Shift Project has asked Matthieu Wemaëre for his legal opinion on the conditions under which a “carbon price corridor” within the EU ETS incurs a risk of the EU ETS being requalified from an environmental instrument into a fiscal instrument. The legal opinion is expressed hereafter in this document, in French.





## Foreword, by The Shift Project

Since we started advocating an auction reserve price and reserve-based price ceiling within the EU ETS in 2014, the main political objection is that the ETS would be at risk of requalification into a tax, thus requiring any further reform to be adopted at unanimity instead of qualified majority. While most to all other ETS in the world ensure not only quantities but also price management mechanisms, the EC opposes both options as it conducts the EU ETS reform.

In our view, the following legal investigation shows that:

- There is no risk of requalifying the ETS or the price corridor as a measure of a fiscal nature. Hence, the option for a price corridor is not rejected to avoid the said risk, but as a result of political willingness and choices;
- The legality of a price corridor could be challenged on the basis that it would significantly affect a Member State's choices between different energy sources. The Shift Project notes that, even in the absence of a price corridor, scarcity of allowances is precisely expected to significantly affect Member States' choices between different energy sources.

### Main conclusions

**1. There is a political preference for “the lowest carbon cost” (“cost-efficiency”) rather than for “reinforcing the EU ETS carbon price to trigger the necessary investments”<sup>1</sup>.** This is consistent with the views expressed by the industry.

This means that the ETS will play a residual role, among other climate change mitigation policies, and that it is accepted that the ETS price signal is not aligned with EU climate ambition.

**Consequently, it would make sense for the EC to publish an indicative “social value of carbon”, acting as an indicative reference price “signal”. On a voluntary basis, businesses could make investment decisions based on this signal (e.g. through shadow prices), without inducing carbon costs.**

Note: IEA and IPCC provide such indicative reference price required by our long term climate goals<sup>2</sup>. The EC could align such an indicative price signal with the goals stipulating that emissions should decrease by 40% by 2030 and by 80% by 2050.

**2. Price management mechanisms share common grounds with the scarcity of allowances: both are expected to significantly affect Member States' choices of energy sources. However, price management mechanisms make it possible to know precisely when the switch will happen and thus the energy mix be affected, whereas no one knows when the market will face scarcity.**

This leads to the following question: even if no price management mechanism is adopted, what will happen in a situation of scarcity of allowances? If the timing of scarcity is not anticipated, the necessary investments might not be planned on time, and Member States might consequently face a situation where climate commitments cannot be met. One such example is Canada, which did repeal its commitments toward the Kyoto Protocol.

**In addition to quantity-based measures (such as the market stability reserve or revisions of climate ambition) a price corridor would limit carbon lock-in and enable carbon pricing to play a key role in investment decision making.**

<sup>1</sup> As mentioned in recital 8 of Directive 2009/29/EC

<sup>2</sup> See a tentative compilation of carbon prices required by our climate ambition in our paper here :

[http://www.theshiftproject.org/sites/default/files/files/the\\_shift\\_project\\_eu\\_ets\\_auction\\_reserve\\_price\\_20163\\_0.pdf](http://www.theshiftproject.org/sites/default/files/files/the_shift_project_eu_ets_auction_reserve_price_20163_0.pdf)



## M.Wemaëre, P.Bernheim – The consultation (FR)

### Consultation juridique sur les modalités d'adoption d'un « corridor de prix » des quotas sur le marché carbone européen

– Pour le compte de « The Shift Project » –

Par Matthieu Wemaëre, avec la collaboration de Pierre Bernheim,  
Avocats à la Cour

Vous avez bien voulu nous demander notre opinion juridique sur la question de savoir quelles seraient les conditions pour l'adoption au niveau européen d'un « corridor de prix » des quotas alloués aux enchères dans le cadre du système européen d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre (ci-après « EU ETS ») établi par la Directive n° 2003/87/CE modifiée.

Nous vous remercions de la confiance que vous nous accordez en nous confiant cette mission. Suite à nos divers échanges, il est clair que cette mission consiste à évaluer les conditions juridiques et institutionnelles pour l'adoption d'une telle mesure au regard du droit européen applicable, et non de discuter de son opportunité et/ou de ses effets sur le plan économique.

Pour répondre précisément à votre question, il nous semble nécessaire de rappeler le contexte dans lequel vous nous la posez (I), avant de discuter du cadre juridique dans lequel elle s'inscrit pour préciser les conditions d'adoption d'un « corridor de prix » sur le marché carbone européen (II).

#### I. Contexte dans lequel est proposée la mise en place d'un « corridor de prix »

##### A) Proposition de mise en place d'un « corridor de prix » :

La question de la régulation des systèmes d'échange de droits d'émissions de gaz à effet de serre par les prix a été posée très tôt, notamment aux États Unis (« Safety Valve » par Ellerman, 2004), de même que l'instauration d'un prix de réserve des quotas mis aux enchères dans le cadre de l'EU ETS, dès l'élaboration du Règlement Enchères en 2009, avant l'adoption du Règlement (UE) n° 1031/2010, plusieurs fois modifiée depuis.

Cette approche n'a jamais été soutenue par la Commission européenne, où la DG CLIMA a toujours préféré une approche de régulation du marché carbone européen par les volumes, et ce malgré une volatilité structurelle des prix largement due aux incertitudes quant à l'évolution des émissions réelles dont les projections dépendent du niveau d'allocation au niveau européen, lui-même déterminé d'abord en fonction de la négociation du régime international sur le climat, qui n'a trouvé son aboutissement que très récemment avec l'adoption de l'Accord de Paris lors de la COP21. Pour autant, le prix actuel des quotas, très faible en raison de la rigidité de l'offre dans l'EU ETS qui a donné lieu à un important surplus atteignant 2,1 milliards de quotas en 2014, invite à une réflexion



et à faire des propositions pour dépasser la seule approche par les quantités, à tout le moins de la part de ceux qui espèrent que l’EU ETS crée une véritable incitation pour les investissements faiblement carbonés.

Dans le prolongement de la Carbon Pricing Leadership Coalition proposée par la Banque Mondiale en septembre 2014, la future Présidence française de la COP21 a souhaité relancer la réflexion sur le rôle du prix et de la tarification du carbone au niveau international et européen. Le rapport de la Commission Canfin-Grandjean intitulé « *Mobiliser les financements pour le climat – Une feuille de route pour financer une économie décarbonée* » (juin 2015) a suggéré l’établissement d’un « corridor carbone » au niveau international avec un prix minimum de 15 à 20 \$/tonne CO<sub>2</sub> avant 2020 et un prix cible de 60 à 80 \$/tonne CO<sub>2</sub> en 2030/2035. Ce rapport propose que les pays rejoignent de manière volontaire ce « corridor de prix » et s’engagent à assurer le suivi des initiatives prises pour rendre ce signal prix carbone effectif et efficient, en soutenant qu’un tel signal-prix explicite au niveau mondial fournirait aux investisseurs l’éclairage indispensable pour l’orientation de leurs décisions d’investissement.

Si l’article 6 de l’Accord de Paris a prévu la possibilité de transférer des résultats en termes d’atténuation ainsi qu’un nouveau Mécanisme de Développement Durable qui permettront de transférer un signal-prix, la Décision 1/CP.21 se contente de souligner que la tarification du carbone est importante pour fournir des incitations aux acteurs non-étatiques pour réduire les émissions (voir §137, Décision 1/CP.21). A noter cependant l’accent mis sur ce point dans le cadre du « pré-2020 », notamment à Bonn en marge des réunions des organes subsidiaires de la CCNUCC qui se réunissent du 13 au 26 mai 2016, où est discutée « la valeur économique et sociale du carbone » dans le cadre du processus d’examen technique en matière d’atténuation (voir « Foire action climat » sur le site de la CCNUCC). Ces discussions internationales procèdent d’abord de l’échange d’informations et de bonnes pratiques, mais peuvent influencer positivement une discussion au niveau national ou européen sur la tarification du carbone.

L’Accord de Paris ayant retenu une approche hybride, en fixant des objectifs collectifs à long terme de limitation du réchauffement de la température (article 2, §1, a)) et d’équilibre entre les émissions et les absorptions (article 4 §1), tout en laissant aux Parties Contractantes le soin de fixer au niveau national le niveau de leur efforts individuels (processus « CDN ») pour y contribuer avec le niveau d’ambition le plus élevé possible (articles 3 et 4 §§2 et 3), la question de la tarification du prix du carbone a donc été renvoyée aux juridictions nationales, le cas échéant de l’UE, et aux coalitions de bonne volonté au niveau international.

Après la COP21, le Gouvernement français a fait des propositions très précises à ses partenaires européens et à la Commission européenne, notamment lors du Conseil des Ministres en charge de l’Environnement de mars 2016 pour tenter de construire une alliance au sein de l’UE en faveur de la mise en place d’un « corridor de prix » du marché carbone européen.

La proposition française d’un « corridor de prix », largement décrite dans un « non papier » daté de février 2016 et présentée plusieurs fois à Bruxelles, notamment au sein du Working Party (Groupe Environnement du Conseil), s’articule autour de plusieurs éléments:

- Un prix de réserve des enchères : ce prix évolue au cours du temps selon une trajectoire pré-déterminée pour donner de la visibilité sur le prix minimum ;
- Un prix plafond des enchères qui évolue aussi au cours du temps selon une trajectoire pré-déterminée pour donner de la visibilité sur le prix maximum ;
- Un mécanisme d’ajustement de l’offre au moment des enchères qui opèrerait de la manière suivante:
  - ✓ Mise en réserve des quotas lorsque le prix d’adjudication théorique de l’enchère est inférieur au prix plancher ;



- ✓ Remise aux enchères des quotas (dans la limite du stock constitué précédemment) quand le prix plafond est atteint (c'est une forme de « soupape de sécurité ») ;
- ✓ Ce mécanisme peut s'appuyer sur le dispositif de réserve existant en remplaçant ses critères d'activation actuels par un critère fondé sur le prix du quota.

La proposition française s'appuie sur des expériences de régulation par les prix dans d'autres pays, qu'il s'agisse d'un encadrement (plancher/plafond) des prix (Californie, Québec, RGGI, Beijing, Guangdong) ou d'un prix plafond (Corée du Sud, Nouvelle Zélande). Mais il convient de noter que le sujet n'est pas abordé avec la Suisse qui est le seul pays avec lequel l'UE est en train de finaliser un accord pour lier son système domestique avec l'EU ETS, où il n'y a pas de mécanisme de régulation de prix mais où le système domestique est articulé avec une taxe qui peut être payée en lieu et place de la restitution de quotas lorsque le prix du marché est trop haut.

En toute hypothèse, on soulignera déjà ici que ces expériences de régulation par les prix sont des arguments politiques qui n'influencent pas la discussion sur la base juridique et/ou le processus décisionnel communautaire pour l'adoption d'un « corridor de prix » dans l'EU ETS, même si c'est un paramètre à prendre en compte dans la perspective de lier à l'avenir l'EU ETS à d'autres systèmes domestiques étrangers qui, eux, utilisent une telle mesure.

## B) Positionnement de The Shift Project :

« The Shift Project » est un think-tank qui se veut une force de proposition notamment au niveau communautaire et international, et qui plaide pour renforcer la transition vers une économie libérée de la dépendance aux énergies fossiles, faiblement ou non carbonée, et résiliente aux impacts négatifs du changement climatique.

Il soutient la réforme de l'EU ETS en appelant à une meilleure régulation et gouvernance du marché carbone européen pour contribuer plus efficacement aux objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre pris par l'UE notamment dans le cadre du Paquet Energie Climat 2030 et la Feuille de route 2050 qui sont reflétés en partie dans les engagements pris par l'UE au niveau international avant l'adoption de l'Accord de Paris lors de la COP21 (décembre 2015).

Actuellement, il soutient les initiatives prises par le Gouvernement français pour le suivi de la COP21, notamment afin d'établir une tarification du prix du carbone et une meilleure régulation du marché par les prix au niveau européen. Dans son dernier papier de positionnement d'avril 2016, il recommande la mise en place d'un prix de réserve fixé à au moins 20€/tCO<sub>2</sub><sup>3</sup> et qui serait progressivement augmenté pour la mise aux enchères des quotas dans le cadre de l'EU ETS<sup>4</sup>, même s'il reconnaît que ce prix de réserve ne sera pas suffisant en tant que tel pour atteindre la valeur cible de 125€/tCO<sub>2</sub> en 2040 (approximation faite par The Shift Project sur la base de plusieurs scénarii et d'une interpolation du rapport Canfin-Grandjean rappelé ci-dessus, qui vise 2030) pour permettre d'atteindre l'objectif de limiter le réchauffement climatique à 2°Celsius et de faire des efforts pour tendre vers 1,5°Celsius par rapport à l'ère pré-industrielle.

C'est dans ce contexte qu'il convient de discuter des conditions d'adoption d'un « corridor de prix » ou, à tout le moins, d'un prix de réserve dans le cadre de la mise aux enchères des quotas dans l'EU ETS.

<sup>3</sup> The Shift Project propose des taxes ou autres mesures nationales en complément pour déclencher la décarbonation secteur par secteur, pays par pays.

<sup>4</sup> « Strengthening the EU ETS price signal - Implementing an explicit, predictable and steadily increasing auction reserve price on carbon within the EU ETS to favor low-carbon investments », The Shift Project, avril 2016.



## II. Discussion juridique

La mise en place d'un « corridor de prix » des quotas mis aux enchères dans le cadre de l'EU ETS nécessiterait l'adoption d'une mesure de nature législative (directive, règlement, décision) ou une mesure de mise en œuvre (actes délégués/actes d'exécution, voir infra) au niveau communautaire.

Pour préciser la nature et la forme juridique de l'instrument et la procédure décisionnelle applicable à son adoption, il convient de rappeler brièvement le cadre juridique existant de l'EU ETS dans un premier temps, avant de discuter ensuite des conditions juridiques et institutionnelles à respecter à cette fin.

### A. Rappels sur le cadre juridique existant :

C'est la Directive n° 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 qui a établi l'EU ETS et qui prévoit les modalités de sa mise en œuvre. Elle a été modifiée plusieurs fois, notamment pour permettre l'utilisation des crédits Kyoto dans l'EU ETS en 2004, et en dernier lieu par la Directive n° 2009/29/CE dans le but d'intégrer les objectifs du Paquet Climat Energie de l'UE pour l'après 2012 (fin de la première période d'engagement du Protocole de Kyoto) et jusqu'en 2020.

Cette Directive « EU ETS » a pour base juridique l'article 175 §1 du Traité CE, qui confère une compétence partagée entre la Communauté européenne et ses États membres<sup>5</sup> pour prendre des mesures de protection de l'environnement visées à l'article 174 du Traité CE, dans le respect des principes de subsidiarité (qui définit le meilleur niveau d'intervention) et de proportionnalité (la compétence ne doit être exercée que pour ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi). Le Traité de Lisbonne, adopté en 2009<sup>6</sup> a renforcé la compétence partagée entre l'UE et ses États membres en y ajoutant, de manière explicite, « *la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique* ».

La Directive EU ETS a été adoptée et modifiée suivant la procédure décisionnelle prévue par l'article 251 du Traité CE, appelé à l'époque procédure de « co-décision » entre le Conseil des Ministres et le Parlement européen. Le Traité de Lisbonne a mis en place la « procédure législative ordinaire » (article 294 TFUE), qui est basée sur le principe de la parité entre le Parlement européen et le Conseil des Ministres, aux termes duquel aucune de ces deux institutions n'est en mesure d'adopter un acte législatif sans le consentement de l'autre. Toute modification ou abrogation de la Directive n°2003/87/CE modifiée devrait être adoptée suivant cette procédure législative ordinaire. Celle-ci obéit à la règle de la majorité qualifiée au Conseil des Ministres en deuxième lecture si celui-ci reprend les amendements du Parlement européen et si la Commission n'a pas émis un avis négatif, sinon à la majorité qualifiée en troisième lecture (phase dite de conciliation).

Aux termes de l'article 288 TFUE, une directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elle s'adresse d'abord aux États membres qui en sont les destinataires, mais elle peut avoir un effet direct à l'égard des particuliers sous certaines conditions. Elle doit donc être transposée par les États membres dans le délai imparti pour ce faire, et cette transposition doit être complète et correcte en droit national, sous peine d'infraction au droit de l'UE qui

<sup>5</sup> Pour la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres, voir l'article 4 TFUE.

<sup>6</sup> Le Traité de Lisbonne comprend le Traité sur l'Union européenne (TEU) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).



peut faire l’objet d’un recours en manquement par la Commission européenne dans son rôle de Gardienne des Traités.

La directive est un acte de droit dérivé de l’UE, qui doit respecter les traités, notamment en ce qui concerne le choix de sa base juridique pour fonder l’action de l’UE. C’est un acte contraignant de portée générale qui peut prévoir des actes d’exécution. Le traité de Lisbonne a révisé la classification des actes juridiques de l’UE, notamment des actes d’exécution, en permettant à la Commission européenne d’adopter une nouvelle catégorie d’actes, les actes délégués, tout en renforçant sa compétence pour adopter des actes d’exécution.

S’agissant des actes délégués, l’article 290 TFUE permet au co-législateurs de l’UE (Parlement européen et Conseil) de déléguer à la Commission le pouvoir d’adopter des « *actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels d’un acte législatif* ». Par exemple, des actes délégués peuvent ajouter de nouvelles règles (non essentielles) ou comprendre une modification ultérieure de certains aspects d’un acte législatif. La délégation de pouvoir pour adopter des actes délégués est cependant soumise à des limites strictes. En effet, seule la Commission est habilitée à adopter des actes délégués. En outre, les éléments essentiels d’un domaine ne peuvent faire l’objet d’une délégation de pouvoir. De surcroît, les objectifs, la teneur, la portée et la durée de la délégation de pouvoir doivent être définis dans les actes législatifs. Enfin, le législateur doit indiquer explicitement dans l’acte législatif les conditions dans lesquelles cette délégation peut être exercée, et le Parlement et le Conseil peuvent prévoir le droit de révoquer la délégation ou d’exprimer des objections à l’acte délégué.

S’agissant des actes d’exécution, l’article 291 TFUE prévoit que la Commission peut être habilitée à en adopter dans le cadre de la procédure dite de comitologie régie aujourd’hui par le Règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil, où la Commission est assistée par des comités composés de représentants des pays de l’UE et présidés par un représentant de la Commission.

En l’espèce, la Directive EU ETS, qui préexiste au Traité de Lisbonne, ne prévoit pour l’instant l’adoption que d’actes d’exécution, notamment pour ce qui concerne l’allocation des quotas, à titre gratuit comme aux enchères. Ainsi l’article 10 §4 de la Directive n° 2009/29/CE prévoit l’adoption d’un Règlement de la Commission avant le 30 juin 2010 au plus tard, concernant le calendrier, la gestion et les autres aspects de la mise aux enchères afin de faire en sorte que celle-ci soit réalisée de manière « *ouverte, transparente, harmonisée et non discriminatoire* », qui a conduit à l’adoption du Règlement n° 1031/2010 (ci-après Règlement « Enchères ») en procédure de comitologie suivant la procédure dite avec contrôle du Parlement européen et du Conseil. L’article 10 bis de cette même directive a prévu qu’à la même date la Commission devait arrêter des mesures d’exécution pleinement harmonisées à l’échelle communautaire relatives à l’allocation gratuite harmonisée des quotas, notamment les référentiels ex-ante d’allocation des quotas pour les secteurs et sous-secteurs non soumis à l’allocation aux enchères dès le début de la troisième phase de l’EU ETS (2013-2020), également en procédure de comitologie suivant la procédure dite avec contrôle du Parlement européen et du Conseil.

Par contre, la création d’une Réserve de Stabilité du Marché pour l’EU ETS a fait l’objet d’une Décision du Conseil et du Parlement européen (Décision (UE) n° 2015/1814), cette mesure n’étant pas prévue par la Directive ni aucun acte pris pour son exécution, elle est donc fondée, comme la Directive EU ETS, sur l’article 192.1 TFUE, et se réfère dans son préambule à l’article 10 §5 de celle-ci (rapport sur le marché carbone) et à la mise en œuvre du Règlement Enchères de 2010 plusieurs fois modifié, notamment les mesures prises pour modifier le calendrier des enchères (« backloading » arrêté par le Règlement (UE) n° 176/2014). On notera que cette Décision a été adoptée à la majorité qualifiée d’une part, et qu’elle modifie la Directive EU ETS d’autre part (voir l’article 2 de ladite Décision) sans toutefois faire la moindre référence au prix des quotas.



Dès lors que la question posée par The Shift Project concerne une mesure susceptible d'affecter le niveau de prix des quotas qui sont alloués à des personnes de droit privé et susceptible de propriété privée, notamment leur valeur patrimoniale (en fixant un prix plancher et/ou plafond), il est important de garder à l'esprit les implications que peuvent avoir la nature juridique des quotas.

Pour mémoire, la Directive EU ETS ne précise pas la nature juridique des quotas en droit communautaire, ceux-ci y étant définis simplement en lien avec leur fonction, à savoir un quota « *autorisant à émettre une tonne d'équivalent-dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée, valable uniquement pour respecter les exigences de la présente directive, et transférable conformément aux dispositions de la présente directive* » (article 3, a) de la Directive n° 2003/87/CE). Elle renvoie donc aux États membres le soin de qualifier juridiquement les quotas en fonction de leur tradition juridique et en tenant compte des implications, notamment fiscales, d'une telle qualification.

Lors de la transposition de la Directive en France, le terme « autorisant » a permis à certains auteurs de la doctrine de rapprocher le quota, instrument sui generis, de la notion d'autorisation administrative cessible et transférable telle qu'elle avait été développée par une jurisprudence du Conseil d'État en France, notamment pour les licences de taxi. Mais, compte tenu du fait que les quotas sont transférables entre exploitants et/ou personnes physiques ou morales à l'intérieur de la Communauté sans restrictions (autre que celle spécifiquement prévue à l'article 15, alinéa 2 de la Directive lorsque l'exploitant a déclaré ses émissions de manière jugée non satisfaisante par le vérificateur), ils créent, pour leurs détenteurs, un droit subjectif portant sur un bien patrimonial, ayant une valeur pécuniaire, et ce quand bien même les quotas seraient initialement alloués de manière gratuite. Ce bien a donc pu être considéré comme un bien meuble incorporel, principalement constitué du droit de transférer en tant que tel, le CO<sub>2</sub> alloué n'étant pas le sous-jacent mais bien le titre que représente le quota. Le législateur français a repris cette thèse privatiste en introduisant l'article L. 229-15 du Code de l'environnement selon lequel :

« *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre délivrés aux exploitants d'installations autorisées à émettre ces gaz sont des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre national mentionné à l'article L.229-16. Ils sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs. Ils peuvent être cédés dès leur délivrance sous réserve des dispositions du II de l'article L. 229-12 et de l'article L. 229-18 (cas où l'exploitant n'a pas déclaré ses émissions ou lorsque la déclaration des émissions est jugée non satisfaisante par le vérificateur).* ». En France, sur le plan comptable, les quotas répondent à la définition des actifs figurant à l'article 211-1 du Règlement n° 2014-03 du 5 juin 2014 relatif au plan comptable général (Règlement homologué par Arrêté du 8 septembre 2014 publié au Journal Officiel du 15 octobre 2014).

Le transfert de propriété des quotas résulte donc de leur inscription, dans le Registre initialement national, aujourd'hui Registre de l'UE au compte du bénéficiaire (voir Règlement de la Commission (UE) n° 389/2013 pris sur le fondement de la Directive EU ETS).

Par ailleurs, l'article 4 du Règlement « Enchères » a précisé que les quotas mis aux enchères sont « *sous la forme de produits au comptant à deux jours ou de futures à cinq jours* », les premiers étant qualifiés selon le droit des États membres (voir supra) tandis que les seconds (future/forward) étaient définis comme des instruments financiers (voir l'article 3 §§1 et 2 du règlement précité) couverts par la Directive MiFID « I » (Directive n° 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers). Le risque d'avoir un régime différencié en termes de qualification juridique des produits aux enchères dans le cadre de l'EU ETS est aujourd'hui écarté depuis l'adoption de la Directive MiFID « II » (Directive n° 2014/65/UE, qui sera applicable en 2018), qui a précisé que tous les quotas, au comptant comme les contrats à terme (future/forward) ainsi que les





options étaient des instruments financiers (Section C4 de l'annexe I de la Directive MiFID « II »), et ce quel que soit le mode de règlement.

Il n'en reste pas moins que la qualification juridique des quotas qui ne sont pas vendus aux enchères mais délivrés gratuitement continue d'être différente d'un État membre à l'autre<sup>7</sup>. A toute fin utile, on indiquera que la DG CLIMA vient de lancer une étude pour évaluer les conséquences de ces différentes qualifications juridiques, d'une part entre États membres pour les quotas alloués gratuitement et d'autre part entre quotas alloués aux enchères et ceux alloués gratuitement au sein de l'EU ETS.

Reste enfin la question de savoir si la méthode d'allocation des quotas peut avoir une incidence sur les conditions d'adoption d'une mesure telle qu'un « corridor de prix » sur le marché carbone européen. Qu'ils soient alloués à titre gratuit ou aux enchères, il faut rappeler que l'origine des quotas est nécessairement étatique. S'il est un instrument sui generis, il n'en résulte pas moins d'engagements internationaux pris par l'UE et ses États membres : bien que le statut juridique de l'atmosphère soit incertain au regard du droit international, la Convention Cadre des Nations Unies sur le Changement Climatique (CCNUCC) et le Protocole de Kyoto (jusqu'en 2020) règlent l'accès à l'atmosphère sous forme de contingentement de droits d'émettre des gaz à effet de serre visés (objectifs chiffrés fixés de manière individuelle et exprimés sous forme de quantités attribuées pour une période donnée). Selon les modalités de mise en œuvre des articles 6, 12 et 17 du Protocole de Kyoto, ces objectifs chiffrés et l'allocation qui en découle ne créent pour les pays développés ni droit ni titre sur les émissions qui leur sont attribuées. Cela veut dire qu'il ne peut y avoir d'appropriation du budget carbone alloué au bénéfice de ceux qui prennent des engagements chiffrés de réduction, ni pendant la période d'engagement, ni à l'avenir.

Ces objectifs chiffrés de limitation et de réduction des émissions n'en constituent pas moins un plafonnement des émissions de gaz à effet de serre des pays développés qui ont ratifié le Protocole de Kyoto. Si la Directive EU ETS a d'abord été pensée comme un instrument domestique au sein de l'UE pour contribuer aux efforts de réduction imposés par le Protocole de Kyoto, et qu'elle a clairement fait un lien juridique et physique (par la conversion d'Unités de Quantité Attribuée (UQA) en quotas) entre les quotas alloués aux exploitants assujettis à l'EU ETS et une fraction de la quantité attribuée aux États membres pour atteindre leurs objectifs chiffrés en vertu de Kyoto, ce lien physique a été défait lors de la modification du Règlement Registre pour la troisième période de l'EU ETS (et la seconde période de Kyoto, à avoir 2013-2020) en raison des incertitudes planant sur le régime international après l'échec de la Conférence de Copenhague en 2009. Pour autant, les quotas de l'EU ETS ne peuvent être émis qu'à hauteur de la quantité d'UQAs déposée sur un compte de provision, faisant ainsi que chaque quota EU ETS continue d'être garanti par un UQA « provisionné », jusqu'au décompte du solde des émissions réelles vérifiées en fin de période.

Ainsi, les quotas alloués à titre gratuit ou aux enchères ont une origine étatique et les droits de propriété ne sont transférés aux entités privées qu'une fois inscrits en compte dans le Registre, après avoir été soit vendus, soit « délivrés » en compte par l'autorité nationale compétente. Et cette origine étatique persistera pour l'après 2020, puisqu'une allocation aux États Parties Contractantes sera déterminée sur la base des contributions déterminées au niveau national qui seront soumises avec l'instrument de ratification de l'Accord de Paris, en gardant à l'esprit que ce dernier prévoit une « bulle » pour les organisations régionales d'intégration économique (« REIO ») à l'instar de l'article 4 du Protocole de Kyoto que l'UE va utiliser pour comptabiliser les émissions des

<sup>7</sup> En France, l'Ordonnance du 15 avril 2004 qui a introduit les dispositions de l'article L.229-16 dans le Code de l'environnement, a également modifié l'article L.211-1-II, 6, du Code monétaire et financier afin de préciser que les contrats à terme sur quotas sont des instruments financiers, au sens défini par ledit Code, notamment lorsqu'ils font l'objet ensuite de négociations, d'un enregistrement par une chambre de compensation d'instruments financiers ou d'appels de couvertures périodiques, ou lorsqu'ils offrent la possibilité que les marchandises sous-jacentes ne soient pas livrées moyennant un règlement monétaire par le vendeur.





activités couvertes par l'EU ETS d'une part et celles couvertes par la nouvelle Décision sur le partage des efforts qui doit être proposée par la Commission européenne avant l'été 2016.

De cette origine étatique, on peut déduire que les quotas mis aux enchères résultent de la cession, par les États membres, de leurs droits souverains de mise aux enchères sur une partie des émissions, qui leur ont été reconnus et répartis entre eux par la Directive EU ETS et conformément aux dispositions du Règlement Enchères modifié. Pour autant, il ne peut être soutenu que le quota doit être regardé comme un titre d'État représentatif d'une partie de la dette publique (emprunts d'État et bons du Trésor (section III, Chapitre III, Titre 1er du code Monétaire et Financier), pas plus qu'il ne donne accès un droit de créance sur le patrimoine de l'État, dès lors que les quantités attribuées en vertu du Protocole de Kyoto jusqu'en 2020 (ou auto-allouées par la contribution déterminée au niveau national de l'UE pour l'après 2020) ne crée ni droit ni titre sur les émissions.

Ce contexte étant ainsi rappelé, il convient de discuter des conditions juridiques et institutionnelles applicables pour l'adoption d'un « corridor de prix » pour le marché carbone européen.

## B. Conditions d'adoption d'un « corridor de prix » :

A titre liminaire, il nous semble utile de rappeler que si l'EU ETS n'obéit pas à une approche de régulation par les prix, il n'en reste pas moins que la Directive n° 2009/29/CE a introduit des dispositions particulières en la matière, notamment :

- L'article 29, a) de la Directive EU ETS modifiée comporte une section dédiée aux mesures à prendre en cas de fluctuations excessives des prix :

« 1. Si, au cours d'une période de plus de six mois consécutifs, le prix des quotas est plus de trois fois supérieur au prix moyen des quotas des deux années précédentes sur le marché européen du carbone, la Commission réunit immédiatement le comité institué en vertu de l'article 9 de la Décision n° 280/2004/CE.

2. Si l'évolution des prix visée au paragraphe 1 ne correspond pas à un changement dans les fondamentaux du marché, l'une des mesures suivantes peut être adoptée, compte tenu du degré d'évolution des prix:

a) une mesure permettant aux États membres d'avancer la mise aux enchères d'une partie des quotas à mettre aux enchères;

b) une mesure permettant aux États membres de mettre aux enchères jusqu'à 25 % des quotas restant dans la réserve destinée aux nouveaux entrants.

Ces mesures sont arrêtées en conformité avec la procédure de gestion visée à l'article 23, paragraphe 4.

3. Toute mesure tient pleinement compte des rapports soumis par la Commission au Parlement européen et au Conseil en application de l'article 29, ainsi que de toute autre information pertinente fournie par les États membres.

4. Les modalités d'application de ces dispositions sont définies dans le règlement visé à l'article 10, paragraphe 4 ».

- L'article 7 §6 du Règlement Enchères prévoit que lorsque le prix de clôture est nettement inférieur au prix prévalant sur le marché secondaire immédiatement avant et pendant la fenêtre d'enchères, compte tenu de la volatilité à court terme du prix des quotas sur une période définie précédant la séance d'enchères, la plate-forme d'enchères annule cette séance d'enchères.

- Enfin, le considérant n°8 du Préambule de la Directive 2009/29/CE indique qu' « Il importe, en outre, d'une part, de garantir une plus grande prévisibilité du système et d'élargir son champ d'application en incluant de nouveaux secteurs et de nouveaux gaz, en vue de renforcer le signal de prix du carbone de manière à susciter les investissements nécessaires et, d'autre part, d'offrir de nouvelles possibilités de réduction des émissions, ce qui



*se traduira par une baisse globale des coûts liés à ces réductions et par un gain d'efficacité pour le système* ». Sans pour autant conférer une base juridique à une mesure de régulation de l'EU ETS par les prix, ce considérant n'en témoigne pas moins de l'intérêt d'atteindre cet objectif de renforcer le signal-prix.

On retiendra de ces dispositions qu'elles permettent d'agir sur les volumes (soit en ajustant les quantités, soit en modifiant le calendrier) pour influencer les prix, mais qu'elle ne donne pas mandat à la Commission pour intervenir directement sur les prix par un acte d'exécution, le cas échéant par une modification du Règlement Enchères, lequel offre seulement la possibilité d'annuler une séance en cas de volatilité à court terme.

On conclura cette introduction liminaire en soutenant que l'introduction d'un « corridor de prix » pour les quotas alloués aux enchères dans l'EU ETS n'est pas prévue par la Directive EU ETS et devrait faire l'objet d'une modification de la Directive elle-même, comme ce fut le cas pour modifier le calendrier des enchères avec l'adoption de la Décision n° 1359/2013/UE du 17 décembre 2013. Par contre, l'introduction d'un prix de réserve des quotas mis aux enchères pourrait éventuellement trouver son fondement juridique dans l'article 10 §4 de la Directive, dès lors que c'est une notion classique de toute vente aux enchères et qui relèverait sans aucun doute de « *la gestion et (...) autres aspects de la mise aux enchères* » visés par l'article 10§4 précité.

Sur cette base, il convient maintenant de discuter de la compétence de l'UE à légiférer en la matière (a), ainsi que du choix de la base juridique et de la procédure applicable pour son adoption et des conséquences en termes de règles de vote (b).

a) Sur la compétence communautaire :

L'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine. Selon l'article 2 §2 TFUE, lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne. Et nous avons vu que l'environnement, qui couvre la lutte contre le changement climatique depuis le Traité de Lisbonne, relève bien d'une compétence partagée entre l'UE et ses États membres.

En l'espèce, l'UE a déjà exercé sa compétence, avec l'adoption de la Directive EU ETS et ses mesures de mise en œuvre, dont le Règlement Enchères. Il en résulte que les États membres doivent s'abstenir d'exercer leur compétence et d'introduire un « corridor de prix » des quotas de l'EU ETS au niveau national<sup>8</sup>. Outre la règle posée par l'article 2 TFUE, ils sont tenus d'une obligation générale de loyauté envers l'UE. Enfin, l'EU ETS est un marché régulé et coordonné au niveau UE, même pour les quotas alloués gratuitement ne serait-ce qu'à travers le Registre de l'UE, ce qui permet d'argumenter en faveur de l'adoption d'une telle mesure au niveau UE en application du principe de subsidiarité. Par contre, le respect du principe de proportionnalité relève d'une discussion plus politique, selon l'appréciation que l'on peut se faire de l'effet recherché d'un « corridor de prix » sur l'efficacité de l'EU ETS en termes d'incitation à investir dans des technologies faiblement carbonées à grande échelle et sur le long terme.

<sup>8</sup> Cela n'empêche pas les États membres d'adopter au niveau national des mesures complémentaires telles qu'une taxe sectorielle sur la production d'électricité, telle que la « Climate Change Levy » avec le paiement d'un « Carbon Price Support (CPS) » au Royaume-Uni, dès lors qu'elle vise un secteur couvert par l'EU ETS (production d'électricité à partir de sources carbonées) où la compétence nationale est beaucoup plus forte (énergie, sauf Marché Intérieur).



On retiendra que l’introduction d’un « corridor de prix » relève d’une compétence partagée qui peut être exercée au niveau communautaire. La réforme de l’EU ETS proposée par la Commission européenne en juin 2015 offre la possibilité d’inviter la Commission européenne, qui dispose du droit d’initiative législative en vertu du TFUE, d’introduire une telle mesure, comme le fait ouvertement le Gouvernement français depuis le début de l’année 2016.

b) Sur la base juridique de l’instrument mettant en œuvre le « corridor de prix » :

Tout acte pris par les institutions de l’Union doit impérativement se fonder sur l’article, voire même exceptionnellement sur les articles, du traité qui non seulement attribue compétence à l’UE pour adopter l’acte mais détermine par ailleurs la procédure à suivre par les institutions pour son adoption.

La question de la base juridique a donné lieu à un contentieux abondant dans le passé, notamment entre le Parlement et le Conseil : à une époque les traités ne leur donnaient pas un rôle ou un pouvoir équivalent dans la procédure décisionnelle<sup>9</sup>. Selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l’UE, le choix de la base juridique « doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent, notamment, le but et le contenu de l’acte » (CJCE, 11.6.1991, aff. C-300/89).

Lorsqu’un acte poursuit une double finalité, la Cour de justice considère que c’est la finalité principale qui détermine le choix de la base juridique (CJCE, 17.3.1993, aff. C-155/91, Commission c. Conseil, Rec., p. I- 939). Si les deux finalités poursuivies par l’acte sont liées, comparables et compatibles (notamment si ces deux dispositions du traité prévoient la même procédure de décision), ce dernier peut alors, exceptionnellement, être fondé sur deux articles du traité pertinents (CJCE, 12.12.2002, aff. C-281/01, Commission c. Conseil, Rec., p. I-12049, point 35).

En l’espèce, ce point est essentiel pour la détermination de la procédure applicable. Si le but poursuivi par un « corridor de prix » peut être clairement rattaché à la mise en œuvre de la Directive EU ETS et donc à l’objectif poursuivi par celle-ci, la question du contenu peut avoir pour effet de devoir se référer à une autre disposition du Traité.

En premier lieu, il convient de rappeler le principe du parallélisme des formes avec la Directive EU ETS, qui invite à retenir l’article 191 TFUE sur lequel elle est aujourd’hui fondée (ex article 174 Traité CE, voir supra, I, A) en suivant la procédure de l’article 192 §1 (ex article 175 §1). Et on notera que, à fortiori, toutes les mesures d’exécution de la Directive EU ETS s’inscrivent dans l’esprit de cet article 192 TFUE, y compris le Règlement Enchères qui a pourtant des implications en termes de gestion d’instruments financiers et de surveillance du marché carbone européen liés aux marchés financiers.

Pour cette raison, on peut donc exclure l’application de l’article 194 TFUE relatif à l’énergie, également parce que l’EU ETS couvre d’autres secteurs que celui de la production d’énergie et les industries grosses consommatrices d’énergie, et que ni son but ni son contenu ne visent à assurer le fonctionnement du marché de l’énergie, ou à assurer la sécurité de l’approvisionnement énergétique dans l’Union, ou encore à promouvoir l’efficacité énergétique et les économies d’énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables, ou enfin à promouvoir l’interconnexion des réseaux énergétiques, même si ce sont là certains des bénéfices

<sup>9</sup> Voir par exemple, CJCE, 23.10.2007, aff. C-440/05, Commission c. Conseil, Rec., p. I-9097 ; 6.11.2008, aff. C-155/07, Parlement c. Conseil et Commission, Nep ; 10.2.2009, aff. C-301/06, Irlande c. Parlement et Conseil.



attendus de l'EU ETS de manière indirecte, du moins d'un EU ETS efficient et efficace, ce qu'il n'est pas au vu des ajustements structurels dont il fait actuellement l'objet.

On peut donc d'entrée écarter le risque de voir demandée ou appliquée la règle dérogatoire de l'unanimité prévue par l'article 194 §2 TFUE lorsque les mesures envisagées affectent « *le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique* ».

En se basant sur l'article 192 §1 TFUE, le Parlement européen et le Conseil peuvent statuer conformément à la « procédure législative ordinaire » pour adopter les mesures visant à réaliser les objectifs visés à l'article 191 TFUE.

Cependant, le §2 de l'article 192 TFUE prévoit que par dérogation à la procédure de décision prévue au paragraphe 1 (...), le Conseil doit statuer à l'unanimité conformément à une procédure législative dite spéciale, et après consultation notamment du Parlement européen, pour arrêter les mesures suivantes:

« a) des dispositions essentiellement de nature fiscale;

(...) et

c) les mesures affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique. »

Le Conseil peut néanmoins, mais toujours en statuant à l'unanimité, rendre la procédure législative ordinaire applicable aux domaines visés ci-dessus.

Afin de déterminer si l'article 192.2 a) ou c) requérant l'unanimité est applicable en l'espèce, il convient de discuter des questions suivantes :

1) Le « corridor de prix » peut-il être vu comme « *une disposition essentiellement de nature fiscale* » visée par l'article 192.2 a) TFUE ?

La réponse à cette question nous semble négative et ce pour plusieurs raisons :

- Tout d'abord, il convient de rappeler que la fiscalité relève de la compétence souveraine et exclusive des États membres d'où la règle de l'unanimité qui est prévue lorsque des mesures communautaires peuvent l'affecter indirectement. Rappelons ici qu'en droit de l'UE, la fiscalité directe désigne les impôts perçus sur le revenu, le patrimoine et les capitaux, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés. L'impôt des personnes physiques (IPP) n'est pas couvert en tant que tel par les dispositions européennes. Si l'action de l'Union en matière d'impôt des sociétés est plus avancée, elle porte uniquement sur les mesures liées aux principes du marché unique. La fiscalité indirecte englobe les impôts qui ne sont perçus ni sur le revenu, ni sur des biens. Elle inclut la TVA, les accises, les droits d'importation et les taxes sur l'énergie et autres taxes à caractère environnemental. En l'espèce, le « corridor de prix » relèverait de la fiscalité indirecte s'il était présenté comme une « mesure de nature fiscale ».

- Ensuite, le « corridor de prix » ne s'apparente pas, de par sa nature, à une mesure « fiscale » dès lors qu'il n'entraîne pas un prélèvement obligatoire, quelle qu'en soit la dénomination (taxe, contribution, redevance ou participation) au profit de l'État, même s'il permet à l'État d'obtenir plus de recettes de la mise aux enchères avec un prix plancher ou un prix de réserve. Comme on l'a discuté plus haut, les quotas ont une origine étatique mais qui trouve son fondement dans les engagements internationaux de l'État et, pour l'UE, de tous ses États



membres réunis au sein de la « bulle » européenne. Leur transfert de propriété intervient suite à une cession (à titre gratuit par délivrance ou à titre onéreux aux enchères) de droits d'émissions alloués à chaque État Membre qui s'est vu reconnaître des droits de mise aux enchères pour la partie qui concerne les émissions des activités soumises à l'EU ETS, portion qui est déterminée par l'article 10 §2 de la Directive EU ETS. Cette cession a pour objet des actifs (bien meuble ou instrument financier). L'instauration d'un « corridor » ne modifie en rien la nature juridique des droits reconnus à l'État et le transfert d'actifs par cession à des entités privées.

- En outre, en l'absence d'un prix de réserve, le prix des enchères est fixé par les acheteurs. Si le prix d'adjudication est supérieur au prix en cours sur le marché secondaire, il peut être argué que les États imposent un surcoût par rapport aux prix du marché, qui pourrait être vu comme une mesure de nature fiscale, pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus : les quotas mis aux enchères sont des actifs, instruments financiers, qui résultent des droits de mise aux enchères des États membres.

- Par ailleurs, le « corridor » ne présente pas les caractéristiques d'une taxe ou d'une mesure de nature fiscale : si on peut aisément identifier le fait générateur (la fenêtre d'enchères), et si on peut également considérer que l'assiette est définie (les quotas mis aux enchères, dont les caractéristiques sont bien précisées par la Directive EU ETS), un « corridor » n'équivaut pas à fixer un taux de prélèvement, même progressif, mais seulement à encadrer un prix, qui peut varier à la baisse au sein du corridor entre deux fenêtres d'enchères, le plafond du corridor venant donc étayer cette thèse dans les mêmes conditions (et ce même si un impôt ou le taux d'une taxe peut être plafonné). Quant au paiement et à la liquidation de l'impôt, autres éléments déterminants pour qualifier une mesure de nature fiscale, rappelons seulement que ce ne sont pas les États (seuls habilités à encaisser l'impôt même indirect) qui mettent directement aux enchères : ceux-ci délèguent en quelque sorte la mission de cession des quotas à une plate-forme transitoire coordonnée (à l'exception du Royaume Uni et de l'Allemagne qui ont choisi l'opt-out prévu par le Règlement Enchères).

- Enfin, il convient de rappeler que ce débat sur le caractère fiscal ou non de la mise aux enchères des quotas a déjà eu lieu, lors de la négociation de la Directive 2003/87/CE, notamment son article 10 (ancien) qui prévoyait la possibilité d'allouer une portion des quotas aux enchères dès la première phase de l'EU ETS, et que le Conseil comme le Parlement européen avaient rejeté cette théorie. Dans le cas contraire, la Directive EU ETS aurait dû avoir une double base juridique, en visant les dispositions du traité en matière de fiscalité indirecte. Et il est intéressant de noter que cela avait été également répété et acté lors de la négociation du Règlement Enchères, lorsque la Commission a présenté les avantages et inconvénients d'un prix de réserve qui n'a finalement pas été retenu à l'époque, au motif que les enchères elles-mêmes doivent révéler le plus bas prix qu'un acheteur est prêt à payer.

Sur le plan juridique comme politique, il nous apparaît donc que le « corridor » ne saurait être appréhendé comme une « mesure de nature essentiellement fiscale » au sens de l'article 191 §2, a) TFUE.

2) Le « corridor de prix » peut-il être vu comme « une mesure affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique » visée par l'article 192.2 c) TFUE ?

A titre liminaire, soulignons que l'article 192.2 c) TFUE requiert que la mesure affecte « sensiblement » le choix d'un État membre, contrairement à l'article 194 TFUE pour l'adoption de mesures dans le domaine de l'énergie.

Néanmoins, il convient de reconnaître que la réponse à cette question n'est pas facile à fournir et à argumenter car elle suppose une analyse économique des impacts d'un encadrement des prix des quotas en termes de coûts pour les opérateurs des activités soumises à l'EU ETS dans chaque État membre, notamment l'impact d'un prix



plancher, qui aurait pour effet de relever les coûts d'opportunité, ce qui n'est pas couvert par la commande de The Shift Project.

Là encore, cette discussion n'est pas nouvelle, elle a déjà eu lieu lors de l'adoption de la Directive EU ETS en 2003. La réponse apportée alors a été négative en raison du fait que l'allocation gratuite des quotas était faite sur base des émissions historiques (« grandfathering ») dans des proportions et selon une répartition très largement décidée par les États membres en phase I et II de l'EU ETS via leurs plans nationaux d'allocation des quotas (PNAQ I et II). Dans ces circonstances, qui ont donné lieu à une sur-allocation dans plusieurs États membres et à des profits indus notamment au bénéfice du secteur de la production d'électricité, il était difficile pour un État membre d'argumenter que tant la méthode que le niveau d'allocation étaient susceptibles d'affecter sensiblement ses choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique.

Le débat sur cette question est différent en phase III (2013-2020) de l'EU ETS, et il pourrait l'être également pour l'après 2020 en fonction de la montée en puissance de la mise aux enchères des quotas et des modalités de la réforme structurelle du système actuellement en discussion.

Avec la mise aux enchères comme le principe d'allocation et l'allocation gratuite comme l'exception, et en tenant compte des exemptions prévues en phase III pour les « nouveaux » États membres et certaines activités dans le secteur de la production d'énergie, la réponse à la question posée dépend sur le fond du niveau du prix plancher (et accessoirement du prix plafond) du « corridor » au regard de la situation de chacun des États membres (puisqu'il suffit d'un seul qui se prétende affecté sensiblement pour invoquer le recours à l'unanimité).

Le « non papier » de la France présente plusieurs options pour fixer le prix plancher:

☐ *Se référer aux orientations des projections des prix suite à la décision concernant la réserve de stabilité du marché (...);*

☐ *Se baser sur un niveau moyen souhaité de prix du quota souhaité entre 2021 et 2030 (figure ci-dessous, courbe grise). Il serait alors possible de viser un prix moyen de 25 €/sur 2021-2030 comme dans l'étude d'impact de la Commission européenne sur le cadre énergie climat 2030 ;*

☐ *Se baser sur le niveau de prix historique du quota 2013 – 2015 comme point de départ, puis d'augmenter tous les ans d'un pourcentage donné à compter de 2016 (...).*

Mais la proposition française ne tranche pas la question du niveau du prix plancher.

Si le prix plancher est haut, supérieur au coût marginal de réduction tous secteurs confondus dans un pays, ou pour un secteur déterminant (électricité) pour d'autres secteurs couverts (industries grosses consommatrices d'énergie), alors il peut avoir pour effet de fixer le prix des quotas à un niveau entraînant des coûts d'opportunité beaucoup plus élevés pour les exploitants, qu'ils ne peuvent internaliser et répercuter, les obligeant alors à changer brutalement de source d'approvisionnement énergétique.

Il ne nous semble pas opportun de retenir un coût marginal moyen à l'échelle de l'UE, mais plutôt et surtout le prix du carbone pour basculer du charbon au gaz (« switch price ») dans chaque État membre, aujourd'hui aux alentours de 30€/tCO<sub>2</sub>, sans doute légèrement plus dans les « nouveaux » États membres, notamment la Pologne qui est la plus réticente à l'introduction d'un « corridor ».

Il convient également de tenir compte du caractère progressif du « corridor » : si le prix plancher évolue dans le temps au point de dépasser le prix du « switch », il sera nécessaire d'évaluer les impacts mais en tenant compte





des mesures de soutien dont aura bénéficié l'État membre concerné entre le moment de l'adoption de la mesure et le moment où cette convergence se produira.

Mais d'autres facteurs susceptibles d'influencer le prix doivent également être pris en considération, par exemple l'intervention de la Réserve de Stabilité du Marché à partir de 2019 qui pourrait faire augmenter le prix du quota de 15€/tCO<sub>2</sub> d'ici à 2030 comparé au scénario de référence selon le modèle POLES (source ENERDATA, « The EU ETS under Phase IV – A quantitative assessment based on results from the POLES model » by Prof. Manfred Hafner).

De ce point de vue, la fixation d'un prix plancher à un niveau de 20€/tCO<sub>2</sub> comme l'a proposé The Shift Project ne semble pas pouvoir entraîner à lui seul un effet « *affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'Énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique* ».

Pour conclure sur ce point, on reconnaîtra qu'il n'est pas possible d'apporter une réponse juridique définitive à la question posée, dès lors qu'elle dépend d'une analyse économique des impacts du « corridor de prix » dans les États membres, tout particulièrement dans ceux qui sont encore largement dépendants des énergies fossiles comme le charbon, telle que la Pologne.

### **C) Sur la faisabilité et l'acceptabilité d'une telle proposition :**

Sachant que la Commission européenne dispose du droit d'initiative législative, il lui reviendrait de proposer la base juridique d'une mesure visant à instaurer un « corridor de prix », et qu'il est plus que probable qu'elle viserait l'article 192 §1 TFUE pour l'adopter à la majorité qualifiée si elle faisait une telle proposition.

S'agissant d'un « corridor de prix » pour les seuls quotas mis aux enchères, la mesure pourrait prendre pour base juridique l'article 10 §4 de la Directive EU ETS modifiée et faire l'objet d'une proposition de Règlement de la Commission modifiant le « Règlement Enchères » qui pourrait être adopté en procédure dite de comitologie.

En effet, l'article 23, paragraphe 3 de la Directive EU ETS modifiée précise que, dans les cas où il y est fait référence comme l'article 10 §4 de la Directive, la Commission adopte les mesures d'exécution dans le cadre du Comité de réglementation qui a été initialement établi en vertu de l'article 8 de la Décision n° 93/389/CEE relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO<sub>2</sub> et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté, dans le but d'assister la Commission à mettre en œuvre les mesures d'exécution de la Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques (ci-après CCNUCC) pour le compte de la Communauté européenne en tant que Partie Contractante. Ce Comité, qui est plus connu sous le nom de « Comité des changements climatiques », obéit aux règles de la comitologie, processus qui désigne le cadre dans lequel la Commission exerce les compétences d'exécution qui lui sont conférées par les Traités communautaires, selon la procédure prévue par la Décision n° 1999/468/CE, récemment modifiée en 2011 par le Règlement (UE) n°182/2011/UE pris sur le fondement de l'article 291 TFUE.

Sur le plan procédural, on notera les points suivants tirés du Règlement Comitologie :

- dans tous les cas de figure, le comité est présidé par un représentant de la Commission. Mais le président ne prend pas part au vote du comité (article 3.2).
- c'est la Commission qui a la maîtrise de l'ordre du jour du comité, et c'est le président qui soumet au comité le projet d'acte d'exécution à adopter par la Commission. Sauf dans des cas dûment justifiés, le président convoque





une réunion au moins quatorze jours à compter de la soumission du projet d'acte d'exécution et du projet d'ordre du jour au comité (article 3.3).

- le comité émet son avis sur le projet d'acte d'exécution dans un délai que le président peut fixer en fonction de l'urgence de la question. Mais le Règlement ne prévoit pas la possibilité pour le Comité d'émettre un avis sur le projet ordre du jour.

- tant que le comité n'a pas émis d'avis, tout membre du comité peut proposer des modifications et le président peut présenter des versions modifiées, mais cela ne concerne encore une fois que le projet d'acte d'exécution (article 3.4). Toutefois, le président a une obligation de moyen de trouver des solutions qui recueillent le soutien le plus large possible au sein du comité, et il doit informer le comité de la manière dont les débats et les propositions de modifications ont été pris en compte, « *en particulier les propositions qui ont été largement soutenues au sein du comité* ». En d'autres termes, il est nécessaire de rassembler plusieurs États membres qui représentent un poids significatif au Conseil en termes de droits de vote, pour que la Commission, par la voix du président du Comité, s'explique clairement sur sa position dans l'hypothèse où elle rejetterait les propositions desdits États membres à propos du projet d'acte d'exécution.

- l'avis du comité est inscrit dans un procès-verbal. Les membres du comité ont le droit de demander que leur position figure au procès-verbal (article 3 .6).

- la procédure d'examen s'applique en particulier à l'adoption d'actes de portée générale ayant pour objet la mise en œuvre d'actes de base et d'actes d'exécution spécifiques pouvant avoir une incidence majeure. C'est cette procédure qui est applicable à l'article 10 §4 de la Directive EU ETS en vertu de l'article 23, paragraphe 3 de ladite Directive. Dans ce cadre, le comité émet son avis à la majorité définie à l'article 16, paragraphes 4 et 5, du TFUE et, le cas échéant, à l'article 238, paragraphe 3, du TFUE pour les actes à adopter sur proposition de la Commission. Il s'agit de la majorité qualifiée si la base juridique retenue est bien l'article 192 §1 TFUE.

Cette procédure étant rappelée, il semble assez clair qu'en l'état actuel de la discussion sur la réforme structurelle de l'EU ETS, la Commission européenne ne propose pas une telle mesure, la DG CLIMA étant idéologiquement opposée à toute mesure de régulation par les prix, elle préfère miser sur l'effet de la Réserve de Stabilité du Marché et estime à cet égard que la proposition française d'instaurer un « corridor de prix » n'est pas cohérente avec cette mesure d'ajustement. Une autre raison qui motive la DG CLIMA est peut-être que l'initiative d'un « corridor de prix » est d'abord poussée selon elle par le secteur de l'énergie, alors qu'elle doit faire face aux demandes à nouveau fortes après la COP21 de la part des entreprises grosses consommatrices d'énergie de réduire les coûts pour prévenir les pertes de compétitivité. Ainsi, il apparaît que la DG CLIMA sera d'abord encline à user du droit d'initiative législative pour pousser d'autres mesures visant à renforcer la demande, comme le renforcement du facteur linéaire de réduction, ou encore l'annulation pure et simple d'une quantité de quotas à allouer.

En définitive, si un « corridor de prix » venait à être proposé, il le serait d'abord à la demande d'un État membre au sein du Conseil, comme l'a fait la France au Working Party Environnement, et c'est au Conseil que serait alors discuté de l'opportunité de la mesure et, partant, du choix de la base juridique. Dans ce cadre, il est plus que probable que la Pologne invoque l'article 192 §2 TFUE en arguant que la mesure pourrait être constitutive d'une mesure de nature fiscale (même si ce n'est pas le cas comme discuté plus haut) qui, en outre, affecterait ses choix, pour justement invoquer le recours à l'unanimité pour son adoption, dans l'unique but de la bloquer. C'est d'ailleurs ce qu'elle a déjà fait dans un « non papier » qu'elle a fait circuler au sein du Working Party après la COP21, la Pologne a clairement dit son opposition ferme à toute intervention « artificielle » visant à relever le prix des quotas qui aurait pour conséquence de menacer sa « sécurité économique ». Mais elle devra pouvoir



prouver qu’une telle mesure affecte de manière « significative » son mix énergétique, notamment sur la base des coûts de réduction des émissions au niveau domestique. Le fait qu’elle ait déjà pu bénéficier de certaines mesures dérogatoires, comme l’allocation gratuite au secteur électrique pendant la phase III (article 10 c) et même au-delà, mais également des effets redistributifs du Paquet Energie Climat, pourrait être avancé par la Pologne comme démontrant que sa situation particulière a déjà été reconnue par les autres États membres.

On peut néanmoins se demander s’il n’y aurait pas un paradoxe, voire une contradiction entre l’article 191 TFUE qui fonde l’objectif politique de réduction des GES, confirmé par les engagements internationaux de l’UE qui ont une valeur supérieure au droit dérivé dont la Directive EU ETS, qui implique nécessairement d’opérer une transformation du mix énergétique d’une part, et l’article 192.2 c) TFUE qui requiert l’unanimité pour l’adoption d’une mesure qui affecte de manière significative ce même mix énergétique d’autre part. Il faut d’abord rappeler que l’article 192 §2 a) et c) est un héritage du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), dans lequel la compétence de l’UE en matière d’énergie n’était pas affirmée (elle ne s’est révélée qu’au profit de la mise en place du Marché Intérieur). Ensuite, il convient de noter que l’unanimité n’empêche pas l’adoption d’une mesure, c’est une règle de vote renforcée.

Enfin, dans l’hypothèse où le « corridor de prix » serait adopté sur le fondement de l’article 192 §1, et que l’acte serait attaqué par un État membre dans le cadre d’un recours en annulation de l’acte (ou éventuellement d’une question préjudicielle avec appréciation de la légalité de l’acte), la Cour de Justice de l’Union européenne ne manquerait certainement pas de rappeler que le choix de la base juridique dépend d’abord de l’objectif poursuivi, à savoir de créer une incitation pour la réduction des émissions de GES, qui doit augmenter pour relever le défi du changement climatique (voir article 1 Directive EU ETS modifiée). Sans que l’on puisse préjuger de l’issue d’un tel contentieux en l’absence d’éléments chiffrés sur l’impact d’un « corridor de prix » sur la Pologne, il est très probable que la Cour tienne compte de l’acquis de l’UE depuis la ratification du Protocole de Kyoto en 2002, mais également des avantages que la Pologne a obtenu au titre de la solidarité intracommunautaire pour réaliser sa transformation vers une économie moins carbonée (voir article 10 c) de la Directive EU ETS modifiée) pour soutenir la majorité qualifiée comme règle de vote, l’unanimité restant une procédure de vote exceptionnelle et dérogatoire en matière d’environnement.

Mais il nous semble que la discussion sera d’abord et avant tout politique, entre États membres, avant même que la Commission veuille (ou doive) faire une proposition d’amendement du Règlement Enchère sur l’une ou l’autre des bases juridiques. Il reviendra à la France d’apporter les arguments politiques et économiques soutenant le « corridor » pour inciter la Commission à faire usage de droit d’initiative en Comitologie et présenter une proposition de Règlement. Si la Pologne (ou d’autres États membres) estime qu’une telle mesure peut avoir des impacts sur ses choix, il lui incombera d’en rapporter la preuve, faits et chiffres à l’appui, pour pouvoir invoquer la règle de l’unanimité. Cette discussion politique risque d’être tendue compte tenu des positions très divergentes au sein du Conseil des Ministres sur l’opportunité d’introduire un « corridor de prix » dans l’EU ETS mais également de la réticence de la Commission Européenne, et de perturber ainsi la réforme structurelle de l’EU ETS en cours de discussion, sinon de la bloquer pendant un certain temps.



## Conclusions :

- D'un point de vue juridique, un « corridor de prix », et tout particulièrement un prix plancher ou de réserve lors des enchères des quotas de l'EU ETS, ne doit pas être qualifié de mesure de nature essentiellement fiscale.
- Un « corridor de prix » peut être considéré comme une mesure de gestion des quotas mis aux enchères dans le cadre l'EU ETS. Cette modalité de gestion n'est pas prévue par la législation actuelle, mais elle peut être fondée sur l'article 10 §4 de la Directive EU ETS qui confère à la Commission le mandat de prendre des mesures pour la gestion et autres aspects des enchères par la voie d'un Règlement.
- L'introduction d'un « corridor de prix » devrait prendre la forme d'une proposition de Règlement de la Commission modifiant le Règlement « Enchères », qui serait adoptée en comitologie.
- En vertu du principe de parallélisme des formes et des procédures, et compte tenu de son objectif, une proposition de Règlement modifiant le Règlement Enchères devrait être adopté à la majorité qualifiée en suivant les règles de vote prévues par l'article 192 §1 TFUE, sous réserve d'une évaluation quantitative et qualitative des effets d'une telle mesure sur les choix énergétiques des États membres en fonction du niveau de prix plancher dans les enchères et d'autres facteurs pertinents.
- Si un État membre invoque le recours à l'unanimité, il devra démontrer que les conditions d'application de cette procédure décisionnelle dérogatoire sont remplies, sur le fondement de l'article 192 §2 a) ou c).
- Si le « corridor de prix » est adopté à la majorité qualifiée nonobstant l'opposition d'un État membre qui a invoqué le recours à l'unanimité avant son adoption, rien n'empêche ce dernier d'intenter un recours en annulation devant la Cour de Justice de l'UE ou, le cas échéant, de soulever une question préjudicielle avec appréciation de la légalité de l'acte en cas de contentieux devant un juge national. Si la Cour ne manquerait pas de rappeler l'objectif du « corridor » qui vient soutenir l'objectif de la Directive EU ETS en parfaite cohérence avec ceux de l'article 191 TFUE, on ne peut anticiper le résultat d'un tel contentieux qui fait donc peser une incertitude sur la pérennité de la mesure proposée.
- A ce jour, la discussion sur l'introduction d'un « corridor de prix » relève d'un choix d'abord politique, tandis que celle sur la règle de vote révèle bien une tactique de la part de ceux qui ne veulent pas d'une telle mesure, le risque à prendre en compte aujourd'hui est donc de venir perturber la réforme structurelle de l'EU ETS en cours.



Contact :

Frédéric DINGUIRARD, Project Manager (author)

+33 6 19 34 57 67 – frederic.dinguirard@theshiftproject.org

Jean-Noël GEIST, Public Affairs

+33 6 95 10 81 91 – jean-noel.geist@theshiftproject.org

The Shift Project is a think-tank advocating a shift to a low-carbon economy. It seeks to guide the decision-making processes of companies and public institutions by bringing forward innovative proposals built on scientific facts ([www.theshiftproject.org](http://www.theshiftproject.org)).