



INSIGHT

THE EU AND CLIMATE CHANGE

edited by Charlotte Beaucillon and Benedikt Pirker

UN MÉCANISME D'AJUSTEMENT CARBONE AUX FRONTIÈRES COMPATIBLE AVEC LE DROIT DE L'OMC: UNE GAGEURE

SABRINA ROBERT*

ABSTRACT: The adoption of the EU carbon border adjustment mechanism raises several questions of compatibility with World Trade Organization (WTO) rules. Although the European Commission is presenting this measure as a “purely environmental” measure, it is, in reality, a trade defense measure that aims to protect the competitiveness of European companies. This does not detract from the legitimacy of the Carbon Border Adjustment (CBAM). But it does shed light on the outdated nature of WTO law. Rather than looking at how to make the CBAM WTO-compatible, it is time for a deep reform of the rules of international economic law.

KEYWORDS: carbon pricing – ETS – GATT – adjustment mechanism – non-discrimination – environmental dumping.

I. INTRODUCTION

Présenté comme l'une des mesures phares du *Green Deal* de la Commission européenne,¹ le Mécanisme d'ajustement Carbone aux Frontières (MACF) suit son cours législatif. Après un processus de maturation de plusieurs mois, la Commission a dévoilé sa proposition de règlement le 14 juillet 2021.² Celui-ci s'ajoute à la panoplie d'instruments que l'exécutif européen entend déployer pour atteindre le double objectif

* Professeur de droit international et européen, Le Mans Université, sabrina.robert-cuendet@univ-lemans.fr.

¹ Communication COM(2019)640 final de la Commission du 11 décembre 2019 au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le pacte vert pour l'Europe p. 6.

² Proposition de Règlement COM(2021)564 final, 2021/0214(COD) du Parlement européen et du Conseil du 1 février 2021 établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières.



de neutralité carbone d'ici 2050, inscrit dans la Loi européenne sur le climat de 2020,³ et de diminution des émissions de carbone de 55 pour cent au moins en 2030 par rapport à 1990 (*Fit for 55*).⁴ Sous la présidence française du Conseil de l'UE, le projet devrait être en première ligne des travaux du législateur européen puisque le MACF fait partie des priorités environnementales que le président Macron souhaite défendre pendant les six premiers mois de l'année 2022.⁵

Le MACF est une mesure commerciale; mais son objectif est, selon les termes de la Commission, "purement environnemental".⁶ Il vise à éviter les "fuites de carbone" qui peuvent résulter de l'application du Système d'échange de Quotas d'émission (SEQE) de l'UE.⁷ Ce dispositif, on le sait, constitue le plus vaste marché du carbone au monde. Il s'applique à trente pays,⁸ concerne plus de 11 000 sites industriels, dans les secteurs de la production d'énergie et de chaleur, de la raffinerie de pétrole, de l'aciérie et de la production de fer, d'aluminium, de métaux, de ciment, de chaux, de verre, de céramique, de pâte à papier, de papier, de carton, d'acides et de produits chimiques organiques en vrac ainsi que dans le secteur de l'aviation dans l'espace économique européen. Les installations européennes soumises au SEQE ont l'obligation d'acquérir un nombre de quotas d'émission de Gaz à Effet de Serre (GES) correspondant à la quantité réelle de leurs rejets de CO₂ ou de gaz équivalents. Les quotas s'acquière auprès des autorités publiques par une mise aux enchères, mais aussi sur un marché carbone secondaire commandé par les lois de l'offre et de la demande.⁹ Ce dispositif fait peser un coût sur les installations visées et celles-ci peuvent être tentées de déplacer leur production dans des pays appliquant des règles moins strictes. À l'heure actuelle, la solution que prévoit le SEQE pour éviter ces fuites de carbone est l'allocation de quotas à titre gratuit aux entreprises les plus exposées à une augmentation substantielle du coût de leur production.¹⁰ Le MACF a vocation à se substituer à cette solution, en faisant peser

³ Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n. 401/2009 et (UE) 2018/1999 ("loi européenne sur le climat"), art. 2.

⁴ Proposition de Règlement COM(2021)564 final, 2021/0214(COD) cit. 2.

⁵ Présidence française du Conseil de l'Union européenne, *Relance, puissance, appartenance. Le programme de la présidence française du Conseil de l'Union européenne, 1^{er} janvier – 30 juin 2022* presidence-francaise.consilium.europa.eu.

⁶ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, exposé des motifs, p. 5.

⁷ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union.

⁸ Le SEQE s'applique aussi aux pays de l'espace économique européen, soit la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande.

⁹ Au 1^{er} janvier 2022, le SEQE est entré dans sa quatrième phase qui couvre de 2021 à 2030. En réalité, une partie résiduelle des quotas continue à être allouée à titre gratuit (hors hypothèse du risque de fuite de carbone). Cette part est vouée à disparaître progressivement.

¹⁰ Art. 10 ter de la Directive 2003/87/CE cit.

sur les marchandises importées au sein de l'espace économique européen, des charges comparables à celles qui pèsent sur les installations européennes visées par le SEQE.

Si la proposition de la Commission européenne suscite aujourd'hui un grand intérêt, elle n'est pas inédite. Dès le début des années 1990, l'instauration d'une taxe carbone était à l'étude au sein de l'UE¹¹ et l'introduction d'un mécanisme d'égalisation aux frontières pour les marchandises importées a été plusieurs fois envisagée.¹² Le gouvernement français en a été l'un des principaux défenseurs.¹³ Les réactions au sein des institutions européennes et parmi les États membres ont toujours été partagées.¹⁴ La mise en place d'un MACF a aussi été envisagée au-delà de l'UE, par les États-Unis en 2009 par exemple.¹⁵ Elle est effective au niveau infra-étatique, en Californie, pour le secteur de l'électricité.¹⁶

Cette antériorité du projet explique l'abondance de littérature – juridique, politique et économique – sur le sujet. Ce qui est remarquable dans cette abondance, c'est la constance des interrogations qu'on y retrouve. S'agissant de la littérature juridique, des premières analyses qui datent des années 1990 aux plus récentes, c'est la question de la compatibilité d'un MACF – quelle que soit sa forme – avec les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui focalise l'attention.

Car en effet, le MACF constitue, du point de vue des accords de libre-échange, d'abord et avant tout un obstacle à la libre circulation des marchandises.¹⁷ Sans sur-

¹¹ Proposition de directive COM(92)226 final du 2 juin 1992 introduisant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et sur l'énergie. Sur l'évolution de la position de l'UE, d'une taxe carbone à la mise en place du marché carbone, voir S Aykut, 'Gouverner le climat, construire l'Europe: l'histoire de la création d'un marché du carbone (ETS)' (2014) Critique internationale 39-55.

¹² Voir Proposition modifiée de directive COM(95)172 final du 10 mai 1995 instaurant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et sur l'énergie, art. 4. de la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, considérant 25 du préambule.

¹³ H Kempf, 'Dominique de Villepin propose une Taxe sur le CO2 des Produits Importés' (13 novembre 2006) Le Monde www.lemonde.fr; Euractiv, *Sarkozy remet la taxe carbone aux frontières sur la table* (3 septembre 2009) www.euractiv.fr.

¹⁴ O Godard, 'Politique climatique européenne et ajustement aux frontières' (2008) Responsabilité & Environnement 48.

¹⁵ Projet de loi Waxman-Markey, *American Clean Energy and Security Act* qui visait à établir un système d'échange de quotas d'émissions de GES et envisageait la possibilité d'introduire, en l'absence de réglementation internationale satisfaisante, un mécanisme d'ajustement aux frontières.

¹⁶ GC Hufbauer, S Charnovitz et J Kim, *Global Warming and the World Trading System* (Peterson Institute for International Economics 2009) 4.

¹⁷ Les produits qui pourraient être les plus touchés par l'instauration du MACF seront le ciment colombien, le plastique chinois, les fertilisants d'Afrique du Nord et la pâte à papier d'Amérique du Sud. J Bacchus, 'Legal Issues with the European Carbon Border Adjustment Mechanism' (CATO Briefing Paper 125/2021) 2. De manière plus générale, les échanges avec de nombreux pays, en particulier les pays en développement, seront affectés. Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, A

prise, l'annonce de la mise en place du MACF par l'UE a donc suscité d'importantes critiques,¹⁸ en particulier au sein de l'OMC, où de nombreux membres y voient un outil de protectionnisme.¹⁹ La Russie, par exemple, a transmis au Comité sur l'accès au marché du Conseil du commerce des marchandises une longue liste d'interrogations sur les détails du MACF qui préfigurent les points de contradictions techniques qui pourraient être soulevés dans le cadre d'un contentieux devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de Genève.²⁰ Mais dans le même temps, la mesure européenne pourrait aussi inspirer les politiques d'autres États, comme le Canada et les États-Unis où des projets comparables sont à l'étude.²¹

L'identification des risques d'incompatibilité d'un MACF avec le droit de l'OMC intéresse donc au-delà de l'UE. Ceci dit, dans la mesure où ces risques sont connus depuis longtemps, on pourrait penser que la plupart des écueils ont été écartés par la Commission Européenne dans sa proposition de règlement de juillet 2021. La situation n'est toutefois pas aussi simple car, en dépit de la multitude des analyses, les appréciations divergent quant à la manière dont peuvent se résoudre les différents points d'achoppement entre les MACF et les règles de l'OMC. En réalité, la seule certitude, en ce domaine, c'est que seul l'ORD, s'il était saisi de la question, serait en mesure de rendre une analyse définitive.

L'objet de la présente analyse n'est pas de pénétrer dans le détail de ces potentielles contradictions avec l'Accord Général sur le Commerce des Marchandises (GATT), l'Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (Accord SMC) ou encore l'Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce (Accord OTC). Il est plutôt d'essayer de mettre en lumière l'abîme entre la consolidation (au moins affichée) des ambitions

European Union Carbon Border Adjustment Mechanism: Implications for Developing Countries
www.unctad.org 30.

¹⁸ J Lo, 'Emerging Economies Share 'Grave Concerns' over EU Plans for a Carbon Border Tax' (9 avril 2021) Climate Home News climatechangenews.com. Même au sein des États membres de l'UE, les positions restent partagées. Il existe par exemple beaucoup de dissensions entre les différents pouvoirs politiques allemands. S Markkanen et autres, *On the Borderline: The EU CBAM and its Place in the World of Trade* (Cambridge Institute for Sustainability Leadership 2021) 46.

¹⁹ Organisation Mondiale du Commerce, 'Le Brexit et le Mécanisme D'ajustement Carbone aux Frontières de l'UE au Centre des Discussions du Comité de L'accès aux Marchés' (16 novembre 2020) www.wto.org.

²⁰ European Union, Proposed Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), Questions from the Russian Federation G/MA/W/172, G/C/W/800 du 8 octobre 2021. En 2010, lorsque l'idée d'une taxe carbone aux frontières européennes avait été évoquée par la France, l'Inde avait déjà fait connaître son intention de saisir le juge de l'OMC si une telle mesure était adoptée. Indian Institute of Foreign Trade, 'WTO Compatibility of Border Trade Measures for Environmental Protection' (2010) Centre for WTO Studies wtocentre.iift.ac.in.

²¹ Carbon Pulse, *Canada Eyes CBAM Consultation as Budget Sets Out More Stringent Climate Target* (19 avril 2021) carbon-pulse.com; PY Dugua, 'L'idée d'une Taxe Carbone aux Frontières Surgit à Washington' (16 juillet 2021) Le Figaro www.lefigaro.fr.

climatiques et environnementales de l'UE et la rémanence d'un ordre juridique économique international dépassé. L'examen de la compatibilité du MACF européen avec le droit de l'OMC revient, fondamentalement, à apprécier la conformité d'un projet normatif de 2021 avec des règles posées en 1947, elles-mêmes héritées de traités commerciaux antérieurs à l'adoption du GATT... Il n'est donc pas surprenant d'identifier des contradictions irréductibles.

Pour illustrer cet abîme, l'analyse revient d'abord sur une présentation plus détaillée du MACF européen et sur sa raison d'être fondamentale (section II). Elle s'intéresse ensuite à quelques-uns des risques d'incompatibilité avec le GATT (section III). Enfin, l'analyse s'achève sur le constat suivant: pour assurer la compatibilité d'un mécanisme de tarification du carbone, quelle qu'en soit la forme, avec les règles de l'OMC, la solution la plus sûre, et la plus souhaitable, serait de réformer en profondeur le droit du commerce international (section IV).

II. LE MACF: ENTRE PROTECTION DU CLIMAT ET DÉFENSE COMMERCIALE

La première fois que la présidente von der Leyen évoque, en 2019, le projet de MACF, il est question d'instaurer une *taxe* carbone aux frontières.²² Mais plusieurs options – fiscales et réglementaires – ont été étudiées par la Commission européenne, qui a finalement retenu un dispositif d'extension du SEQE. Le MACF n'est toutefois pas une parfaite mesure miroir du marché européen d'émission des GES. Il comporte certaines adaptations qui ne sont pas sans ajouter à la difficulté d'apprécier sa compatibilité avec les règles de l'OMC.

II.1. UNE EXTENSION DU SEQE

Le champ d'application *ratione materiae* du MACF renvoie en grande partie au champ d'application du SEQE: il s'applique aux marchandises importées des pays tiers²³ qui, si elles étaient produites sur le marché européen, seraient soumises à l'obligation de restitution des quotas SEQE.²⁴ Le MACF vise à imposer aux "déclarants" qui importent de marchandises sur le territoire douanier commun une obligation de restituer des « certificats MACF » correspondant aux émissions intrinsèques réelles des marchandises importées.²⁵ L'obligation de restitution des certificats MACF constitue une contrainte réglementaire équivalente à l'obligation de restitution des quotas SEQE. Cependant, les coûts des certificats et des quotas ne se calculent pas de la même manière. Dans le

²² U von der Leyen, 'Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024' ec.europa.eu.

²³ Sont exclus du champ d'application du règlement l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse ainsi que quelques territoires infra-étatiques. Annexe II de la proposition de Règlement COM(2021)564 final cit.

²⁴ Annexe I de la proposition de Règlement COM(2021)564 final cit. Le MACF ne s'applique pas à l'aviation.

²⁵ *Ibid.*

cadre du SEQE qui est un dispositif *Cap and Trade*, le prix du quota doit varier en fonction de la loi de l'offre et de la demande sur le marché. Si le nombre de quotas disponibles diminue, le prix du quota unitaire, mécaniquement, augmente. Dans le cas du MACF en revanche, il n'est pas question de créer un marché des certificats pour les marchandises importées. Leur nombre n'est ni limité, ni voué à diminuer au fur et à mesure. Ils seront vendus aux déclarants, par les autorités nationales compétentes, sans limitation quantitative. Par ailleurs, leur prix équivaldra au prix moyen des prix de clôture des quotas du SEQE sur la plate-forme d'enchères commune pour chaque semaine civile.²⁶ Le prix du certificat sera donc indexé au marché SEQE mais ne reflètera pas nécessairement un prix de marché réel. Enfin, il faut préciser que les déclarants auront la possibilité d'obtenir une réduction du nombre de certificats MACF à restituer lorsqu'ils pourront prouver que, dans le pays d'origine de leurs marchandises, celles-ci ont été soumises à une tarification du carbone.²⁷

II.2. UNE MESURE CLIMATIQUE DE DÉFENSE COMMERCIALE

L'objectif du MACF est, selon les justifications apportées par la Commission européenne, de lutter contre les puits de carbone. Il s'agit d'éviter que les producteurs européens ne soient tentés de délocaliser leur production à l'étranger, pour bénéficier d'une réglementation climatique moins contraignante. Logiquement, en parallèle de la mise en œuvre du MACF qui doit devenir effective en 2026,²⁸ l'allocation des quotas à titre gratuit dans le cadre du SEQE doit donc progressivement disparaître.²⁹ La Commission espère en outre que le MACF aura un effet d'entraînement auprès des producteurs des pays tiers qui pourront faire le choix de se tourner vers des technologies plus sobres en émissions de CO₂.³⁰ Ainsi justifiée, on comprend que la Commission qualifie le MACF de mesure strictement "climatique".³¹ Il s'agit d'éviter que les efforts de l'UE dans le domaine de la lutte contre les émissions de GES ne soient sapés par des politiques climatiques étrangères laxistes.³²

Le revers de cette justification, pourtant évident, est en revanche passé sous silence par la Commission. Les mesures d'ajustement aux frontières sont d'abord et avant tout des mesures qui visent à rétablir le rapport de compétitivité entre les produits natio-

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Dans sa première phase de fonctionnement de 2023 à 2025, il n'est pas prévu que le MACF génère des revenus. Il sera mis en œuvre dans une perspective préalable de surveillance et de *reporting*.

²⁹ Points 10 et 11 du préambule de la proposition de Règlement COM(2021)564 final cit.

³⁰ *Ibid.* Point 12.

³¹ *Ibid.* Point 13.

³² En ce sens également, Parlement européen, Commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire. Résolution 2020/2043(INI) du Parlement européen du 10 mars 2021 *Vers un mécanisme européen d'ajustement des émissions de carbone aux frontières compatible avec l'OMC* p. 7.

naux et les produits importés, quand il existe une différence de traitement tarifaire sur les marchés qui désavantage les produits nationaux.³³ Il en va ainsi pour l'ajustement carbone aux frontières:³⁴ parce que les entreprises européennes soumises au SEQE supportent des charges plus lourdes que les entreprises étrangères soumises à une réglementation moins exigeante, les produits des premières peuvent subir un désavantage par rapport aux produits des secondes; il en résulte une perte de compétitivité pour les entreprises européennes. L'hypothèse des fuites de carbone ne peut se comprendre qu'en ayant clairement à l'esprit la mécanique mercantile de la mise en œuvre du SEQE et l'effet compensateur recherché avec le MACF.³⁵ Celui-ci joue bien à la manière d'une mesure de défense commerciale.

En réalité, l'objectif de protection de la compétitivité des entreprises européennes n'est pas étranger au projet européen. Il est au cœur de la nouvelle politique commerciale de l'UE³⁶ et le MACF s'insère dans ce dispositif. Il ressurgira, à n'en pas douter, lors des débats sur le MACF devant le Parlement européen ou le Conseil, le premier ayant été, initialement, favorable à l'instauration de rabais à l'exportation des produits européens, pour conforter leur compétitivité sur les marchés étrangers.³⁷ Si la Commission européenne ne mentionne pas cette justification dans le projet de règlement, c'est pour éviter une opposition frontale avec le droit de l'OMC. Celui-ci, en effet, ne tolère que très restrictivement les mesures de défense commerciale de la production nationale.³⁸ Mais c'est justement là où le bât blesse: les justifications purement environnementales apportées par la Commission européenne à l'adoption du MACF sont spécieuses; elles visent à passer sous silence une réalité économique que le droit de l'OMC lui-même ignore: le "dumping environnemental" constitue un avantage compétitif inéquitable que le droit international actuel est, pour le moment, inapte à combattre. Les discussions

³³ GATT Report of the Working Party adopted on 2 December 1970, *Border Tax Adjustments* www.worldtradelaw.net.

³⁴ A Pirot, *Environmental Border Tax Adjustment and International Trade Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 28; J Ellis, D Nachtigall et F Venmas, 'Carbon Pricing and Competitiveness: Are They at Odds?' (OECD Environment Working Paper 152/2019); J Pauwelyn, 'US Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law' (Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions Working Paper 07-02/2007).

³⁵ M Condon et A Ignaciuk, 'Ajustement Carbone aux Frontières et Echanges Internationaux: Examen de la Documentation' (27 octobre 2014) OCDE, Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, COM/TAD/ENV/JWPTE(2014)51/FINAL, p. 3.

³⁶ Communication COM(2021)66 final de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité européen économique et social et au Comité des régions du 18 février 2021 *Trade Policy Review – An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*.

³⁷ Résolution 2020/2043(INI) cit. pt. 29. Voir aussi Parlement Européen, 'Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism. A Legal Assessment' (14 avril 2020) www.europarl.europa.eu p. 7, point 1.3.

³⁸ H Horn et P Mavroidis, 'Climate Change and the WTO: Legal Issues Concerning Border Tax Adjustments' (2010) *International Economic Law and the Governance of Global Economy* 30.

incessantes sur la compatibilité des MACF avec l'OMC éloigne l'attention sur l'enjeu essentiel qui devrait être la réforme des règles de l'OMC elles-mêmes.³⁹

III. LE MACF: UNE MESURE CLIMATO-COMMERCIALE EN PRISE AVEC LA RIGUEUR DES DISCIPLINAIRES COMMERCIALES DE L'OMC

III.1. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU MACF DANS LE DROIT DE L'OMC

Avant d'identifier quelques-uns des risques d'incompatibilité entre le MACF et le droit de l'OMC, une difficulté préalable s'impose. Parce que le GATT prévoit un régime juridique différent, avec plus ou moins de contraintes, selon que l'on est en présence d'une mesure restrictive du commerce *de nature tarifaire* ou *de nature réglementaire*, il est indispensable de déterminer dans quelle catégorie tombe le MACF. Mais cette simple question est loin d'appeler à une réponse univoque.

L'art. II(2)(a) du GATT autorise les membres de l'OMC à percevoir à l'importation d'un produit "une *imposition* équivalant à une *taxe intérieure* frappant [...] un produit national similaire ou une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé".⁴⁰ Cette disposition vise expressément les taxes d'ajustement. Elle constitue une exception à l'interdiction faite aux membres de l'OMC d'imposer d'autres taxes à l'importation que les droits de douane négociés dans leurs listes de concessions commerciales. Mais il n'est pas certain qu'elle s'applique au MACF envisagé par la Commission européenne. Du moins, les interprétations divergent quant à pouvoir considérer le SEQE comme une "taxe intérieure" et le MACF comme une "imposition équivalant".⁴¹ Par ailleurs, à supposer que la mesure européenne puisse, dans son principe, être qualifiée de "taxe d'ajustement", une autre difficulté survient quant à ses modalités d'application. En effet, la mesure porte sur un "intransit" qui n'est pas "incorporé" dans la marchandise importée sur le marché commun: la tarification du carbone issue du MACF (comme du SEQE) s'applique à des processus de production, et non au contenu des produits eux-mêmes.

³⁹ Voir section IV.

⁴⁰ Nous soulignons.

⁴¹ J Pauwelyn considère par exemple que l'obligation d'acheter des permis d'émission de GES peut être qualifiée de taxe, au sens de la définition donnée par l'OCDE selon laquelle il s'agit d'une "contribution imposée par le gouvernement pour laquelle les contribuables ne reçoivent rien en retour". J Pauwelyn, 'US Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns' cit. 21. Dans le même sens, R Howse et A Eliason, 'Domestic and International Strategies to Address Climate Change: An Overview of the WTO Legal Issues' in T Cottier, O Nartova et SZ Bigdeli (dir), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change* (Cambridge University Press 2010) 48; J de Cendra, 'Can Emissions Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO Law' (2006) RECIEL 136; *Contra*, voir A Pirot, *Environmental Border Tax Adjustment and International Trade Law* cit. 232 et ss.; L Bartels, 'The WTO Legality of the Application of the EU's Emission Trading System to Aviation' (2012) EJIL 440; S Markkanen et autres, *On the Borderline* cit. 41.

Or, le droit de l'OMC n'offre, pour le moment, pas de réponse claire quant à la possibilité d'ajuster ce qui serait considéré ici comme une "taxe occulte"⁴².

Si le MACF n'entre pas dans le champ d'application de l'art. II(2)(a), il faut alors le considérer comme une réglementation interne. Mais alors, d'autres difficultés surviennent. Première difficulté: une telle réglementation peut-elle être imposée aux produits étrangers, à raison de leur importation? L'art. III(4) du GATT qui s'applique aux lois, règlements et autres prescriptions, ne l'envisage pas. En outre, il ressort de la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC que l'art. III ne s'applique qu'à des charges qui s'imposent aux produits importés à raison d'un facteur interne, qui intervient "à l'intérieur" du territoire douanier.⁴³ Cela pourrait ne pas être le cas s'agissant de l'importation. Deuxième difficulté: le droit de l'OMC autorise-t-il l'ajustement, non pas d'une taxe, mais d'une réglementation intérieure? Là encore, les analyses sont dissonantes.⁴⁴ Ces deux interrogations, parmi de nombreuses autres, renvoient à une troisième plus générale: le droit de l'OMC autorise-t-il l'adoption de réglementations de portée extraterritoriale?⁴⁵ Dans le cas d'une imposition équivalant à une taxe intérieure, la question de l'extraterritorialité est neutralisée par le jeu de l'ajustement; dans le cas d'une réglementation, elle ressurgit de manière potentiellement problématique.⁴⁶

III.2. LE RISQUE D'INCOMPATIBILITÉ AVEC LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Passées ces premières difficultés de qualification juridique, le MACF se heurte au principe fondamental de non-discrimination, qui se décline en règle du traitement de la nation la plus favorisée à l'art. 1 du GATT et en règle du traitement national à l'art. 3 du même accord. Le MACF va conduire à traiter différemment les produits importés, selon leur empreinte carbone. Or, le juge de l'OMC retient une conception de la similarité des produits – entre lesquels il ne peut y avoir discrimination – très rigide. Il s'agit de vérifier s'il existe un "rapport de concurrence" entre ces produits.⁴⁷ Les critères invariablement mobilisés sont

⁴² J Englisch et T Falcão, 'EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law' cit. 26-34.

⁴³ Organe d'appel, *Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles*, rapport du 15 décembre 2008, WT/DS339, 340 et 342, pt. 161.

⁴⁴ J Pauwelyn considère qu'il est possible d'ajuster à la frontière une réglementation interne. En revanche, il émet des réserves quant à la possibilité d'ajuster des réglementations qui s'appliquent aux intrants, et non aux marchandises elles-mêmes. J Pauwelyn, 'US Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns' cit. 21. *Contra*: Parlement Européen, 'Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism' cit. 9 pt. 1.3.3.

⁴⁵ MC Porterfield, 'Border Adjustments for Carbon Taxes, PPMs and the WTO' (2019) University of Pennsylvania Journal of International Law 26.

⁴⁶ Jusqu'à maintenant, l'Organe d'appel a refusé de se prononcer sur cette question. Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et certains produits à base de crevettes*, rapport du 12 octobre 1998, DS58 pt. 133.

⁴⁷ Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* rapport du 12 mars 2001, DS135 para. 103.

les suivants: *i)* propriété, nature et qualité des produits; *ii)* utilisations finales des produits; *iii)* goûts et habitudes des consommateurs; *iv)* classement tarifaire des produits. La jurisprudence a montré que ces critères n'excluaient pas de prendre en compte la dangerosité du produit⁴⁸ ou les procédés de production.⁴⁹ Sur cette base, certains considèrent que le MACF pourrait échapper à la qualification de mesure discriminatoire, en considérant l'empreinte carbone des produits comme un critère de différenciation par les consommateurs.⁵⁰ Mais en réalité, ce rapport est loin d'être établi dans les habitudes de consommation. Et d'ailleurs, l'introduction du mécanisme d'ajustement va à l'encontre de cette idée: c'est précisément pour interférer avec le rapport de concurrence entre les produits grevés d'un coût carbone et les produits qui ne le sont pas qu'il est conçu.

S'il n'est pas possible de considérer que le rapport de concurrence entre les produits sur un même marché est rompu du fait de leur empreinte ou de leur coût carbone, alors il n'est pas possible d'accorder aux produits importés un traitement moins favorable que celui accordé aux produits nationaux. Or, on a vu que le calcul du coût des certificats MACF ne sera pas le même que celui des quotas SEQUE. Il se peut que le prix moyen des prix de clôture des quotas du SEQUE sur la plate-forme d'enchères commune soit plus élevé que le prix du marché réel payé par certaines installations SEQUE. Dans ce cas, la jurisprudence de l'OMC semble indiquer que cette différence de traitement, même minime et même dans l'hypothèse où elle pourrait être ultérieurement rectifiée en tenant compte du prix carbone déjà payé par le déclarant dans le pays d'origine de la marchandise, constitue une violation de l'art. III.⁵¹

III.3. LA JUSTIFICATION DU MACF SUR LE FONDEMENT DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES

Si une violation du GATT par le MACF est établie, on sait que l'UE pourra tenter de l'excuser sur le fondement des exceptions générales de l'article XX qui permet l'adoption de mesures "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux" (alinéa (b)) ou "se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables" (alinéa (g)). Mais là encore, de nombreuses incertitudes doivent être levées, en particulier au sujet des conditions posées dans le chapeau introductif de l'art. 20, selon lesquelles "ces mesures ne [doivent

⁴⁸ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* cit. para. 113.

⁴⁹ Organe d'appel, *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergies renouvelables* rapport du 6 mai 2013, DS412 para. 5(63).

⁵⁰ Par exemple J Englisch et T Falcão, 'EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law' cit. 40; J de Cendra, 'Can Emissions Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments?' cit. 142; J Hillman, 'Changing Climate for Carbon Taxes. Who's Afraid of the WTO?' (Working Paper juillet 2013) Georgetown University Law Center scholarship.law.georgetown.edu 7.

⁵¹ Organe d'appel, *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée* rapport du groupe spécial du 27 avril 2009, DS366 para. 7(196). –Voir aussi l'analyse de J Englisch et T Falcão, 'EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law' cit. 43.

pas être] appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international”.

Le caractère unilatéral du MACF, adopté en marge des négociations multilatérales sur le climat, et sa portée extraterritoriale ne jouent pas à la faveur de l'UE, lorsque l'on considère la jurisprudence bien établie de l'ORD.⁵² L'excuse de protection de l'environnement dépendra essentiellement de critères complexes comme la marge de flexibilité que l'UE laissera à ses partenaires commerciaux pour tenir compte, le cas échéant, de leur propre modèle de tarification du carbone, de la manière dont le principe des responsabilités communes mais différenciées sera articulé avec le principe de non-discrimination ou encore de la poursuite de discussions climatiques constructives au niveau multilatéral.⁵³

La doctrine a pointé de nombreuses autres incompatibilités potentielles entre un MACF qui prendrait la forme d'une extension du SEQE et le droit de l'OMC. Il n'est pas nécessaire d'en relever davantage ici. Celles que l'on vient de pointer suffisent à mettre à jour une forme de contradiction irréductible entre le droit international économique et les politiques climatiques actuelles.

IV. LE MACF: UN RÉVÉLATEUR DE LA NÉCESSITÉ DE RÉFORMER LES RÈGLES DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

IV.1. LES DÉFAILLANCES DU SYSTÈME ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL

Les réflexions relatives à la compatibilité d'un MACF avec les règles de l'OMC conduisent à mettre en évidence les deux principales défaillances du système économique international. La première est imputable au marché lui-même: il s'est construit autour de la gratuité des pollutions – ce que les économistes appellent les “externalités négatives” – et continue très largement à entretenir l'illusion de l'infinitude de la planète.⁵⁴ La seconde découle du droit international économique, tel qu'il résulte des accords de l'OMC: il n'offre aucun outil permettant de lutter contre les avantages compétitifs indus, dont certains producteurs jouissent en raison d'une réglementation environnementale insuffisante. Autrement dit, les accords de l'OMC défendent les lois d'un marché tronqué, indifférent au coût social des activités commerciales. L'explication technique tient au fait

⁵² Organ d'appel, rapport DS58 cit. para. 161.

⁵³ J Englisch et T Falcão, 'EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law' cit. 72-75; MA Mehling et autres, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action' (2019) AJIL 464-470; J de Cendra, 'Can Emissions Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments?' cit. 143-145.

⁵⁴ E Laurent et J le Cacheux, *Économie de l'environnement et économie écologique* (Armand Colin 2015) 32; C De Perthuis, 'La fin de la gratuité du carbone' (janvier 2005) Mission Climat, Lettre trimestrielle de la mission climat de la Caisse des Dépôts; voir aussi le fameux rapport de Nicholas Stern, selon lequel le changement climatique est la plus grande défaillance de marché que le monde ait jamais connue. N Stern, *Stern Review: The Economics of Climate Change* (HM Treasury 2006) viii.

que la valeur de référence qui est retenue par les règles applicables dans le cadre de l'Accord SMC, comme dans le cadre de l'Accord sur le dumping, pour déterminer s'il existe un comportement qui biaise les règles du marché est la "valeur normale" du produit *dans son pays d'origine*; autrement dit la valeur normale de la marchandise dans l'État qui, précisément, ne pratique pas de politique environnementale ou climatique ambitieuse.⁵⁵ Les accords de l'OMC, en pratiquant une forme de fondamentalisme du principe des avantages comparatifs, ignorent ainsi les réalités du marché mondialisé. Ils entretiennent une conception défailante du marché, là où les économistes considèrent pourtant que l'avantage retiré d'une réglementation environnementale constitue bien une forme de dumping ou de subvention.⁵⁶

Qu'il résulte du GATT cette conception tronquée du marché s'explique de manière évidente pas le caractère daté de cet accord qui n'a subi aucune modification de fond depuis 1947. En revanche, ce qui est plus surprenant, c'est que ce qui vaut pour les accords de l'OMC vaut également pour les nouveaux accords de libre-échange de l'UE. Qu'il s'agisse du CETA,⁵⁷ de l'Accord avec Singapour⁵⁸ ou encore de celui toujours en discussion avec les États du Mercosur,⁵⁹ ces instruments se contentent de reprendre les mécanismes de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles tels qu'ils existent dans les accords de l'OMC, sans envisager d'en étendre la portée aux avantages compétitifs inévitables tirés de la mise en concurrence des réglementations des États.

IV.2. LES PERSPECTIVES DE RÉFORME DU DROIT DE L'OMC

Face à ce constat, il est indispensable d'engager une véritable réforme du droit international économique. C'est ce que demande le Parlement européen dans une résolution du 15 février 2021: "les règles du GATT datent de 1947 et [...] celles-ci doivent être repensées au regard de la crise climatique actuelle; [il] attend de la Commission qu'elle prenne de toute urgence des initiatives en vue d'une réforme de l'OMC afin de garantir la compatibilité avec les objectifs en matière de climat".⁶⁰

La Commission, elle-même, semble vouloir prendre le leadership de cette réforme⁶¹ qui s'organise, depuis peu, autour de l'objectif de "durabilité du commerce".⁶²

⁵⁵ J Pauwelyn, 'US Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns' cit. 16.

⁵⁶ "Not paying the cost of damage to the environment is a subsidy, just as not paying the full costs of workers would be" dans JE Stiglitz, 'A New Agenda for Global Warming' in JE Stiglitz, AS Edlin et JB DeLong (dir), *The Economists' Voice* (Columbia University Press 2011) 23.

⁵⁷ Pour le dumping, Chapitre trois, Section A de l'Accord économique et commercial global de l'Union européenne, ses États membres et le Canada; pour les subventions, Chapitre sept.

⁵⁸ *Ibid.* Pour le dumping, Chapitre trois, Section A; pour les subventions, Chapitre onze, Section C.

⁵⁹ *Ibid.* Chapitre sur les moyens de défense commerciale et les sauvegardes.

⁶⁰ Résolution 2020/2043(INI) cit.

⁶¹ Commission européenne, *Reforming the WTO. Towards a Sustainable and Effective Multilateral Trading System* (2021) trade.ec.europa.eu 17; Commission européenne, *European Commission Non-Paper on Possible Trade and Climate Initiative in WTO* (30 octobre 2020) trade.ec.europa.eu.

Mais alors que des propositions de réforme ambitieuses sont désormais portées à l'OMC, celles envisagées par l'UE restent timides. Une proposition, en particulier, qui émane de la délégation américaine, mérite d'être mentionnée. Elle vise à reconnaître que "[l]e fait pour des pouvoirs publics de ne pas adopter, maintenir, mettre en œuvre, ni appliquer effectivement des lois et des réglementations assurant la protection de l'environnement à un niveau égal ou supérieur aux normes fondamentales constituera une subvention pouvant donner lieu à une action au titre de l'Accord [sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC]".⁶³

Une telle proposition, qui devrait être discutée lors de la Douzième conférence ministérielle qui se tiendra en 2022, permettrait de consacrer une conception plus juste du marché et une identification plus claire des pratiques anticoncurrentielles condamnables. Elle assurerait aussi la compatibilité d'un MACF avec les règles de l'OMC. D'autres évolutions sont envisageables, comme l'introduction d'une exception climatique⁶⁴ ou d'un mémorandum d'accord sur les effets compétitifs des politiques climatiques.⁶⁵ Mais pour le moment, l'UE se contente d'insister, dans ses propositions de réforme, sur un approfondissement des disciplines existantes – comme la libéralisation des biens environnementaux⁶⁶ – sans remédier aux défaillances fondamentales du droit international économique. Il y a là un hiatus entre ses ambitions environnementales et son orthodoxie économique qu'il est difficile de comprendre.

V. CONCLUSION

Au 1^{er} octobre 2021, 47 juridictions représentant 60 pour cent du PIB mondial disposaient d'un prix du carbone sous forme de taxe ou de marché de quotas.⁶⁷ La réticence initiale des États à l'égard de cette mesure prônée par les économistes pourrait donc

⁶² OMC du 14 décembre 2021 WT/MIN(21)/6/Rev.2 'Trade and Environmental Sustainability Structured Discussions (TESSD), Ministerial Statement on Trade and Environmental Sustainability' docs.wto.org 1.

⁶³ Communication distribuée à la demande des États-Unis, portant projet de décision ministérielle et ainsi intitulée: OMC du 17 décembre 2020 WT/GC/W/814 'Promouvoir les objectifs de durabilité grâce aux règles commerciales pour assurer des conditions égales pour tous: projet de décision ministérielle' docs.wto.org.

⁶⁴ M Abbas, 'Decarbonizing Trade Policy. Options Towards a European Decarbonized Trade Policy' (2020) Cahiers de recherche du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation 10; J Bacchus, 'The Case for a WTO Climate Waiver' (2017) Rapport spécial, Centre for International Governance Innovation www.cigionline.org 28.

⁶⁵ M Abbas, 'Taxe CO2 aux frontières, régime commercial multilatéral et lutte contre le changement climatique' (2007) Revue du marché commun et de l'Union européenne 637.

⁶⁶ *European Commission Non-Paper on Possible Trade and Climate Initiative in WTO* cit.

⁶⁷ Parmi les plus récents mis en place en 2021, celui de la Chine doit être mentionné. Institute for Climate Economics, Les comptes mondiaux du carbone en 2021, octobre 2021. Lors du sommet de juillet 2021, pour la première fois, le G20 a, pour la première fois, endossé l'idée d'un prix du carbone. Communiqué de la troisième réunion des Ministres et des Finances et Gouverneurs de Banque centrale du G20 des 9 et 10 juillet 2021.

bien, peu à peu, disparaître. Dans ce contexte, le projet européen de MACF a toute légitimité. Mais, fondamentalement, la viabilité du dispositif souffre d'un contexte qui ne lui est pas favorable. Politiquement, le MACF sera perçu comme une expression de l'unilatéralisme européen et le risque qu'il enraye les négociations climatiques multilatérales, déjà laborieuses, n'est pas nul. Juridiquement, pour être inattaquable, le MACF doit se couler dans les interstices d'un droit international économique dépassé, qui ne permet pas de protéger l'environnement et le climat, comme un élément structurant des règles applicables au marché. Sortir de la quadrature du cercle nécessite, il nous semble, une vraie réforme des accords de libre-échange, que l'UE, pour le moment, n'est pas la plus prompte à porter.