

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE PROTOCOLE DE KYOTO ET LE MARCHÉ DU CARBONE : VERS UNE
FONGIBILITÉ ASYMÉTRIQUE À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE?

MÉMOIRE PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR
BRUNO LEBLANC

FÉVRIER 2006

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je désire remercier ici le Professeur René Côté, Doyen de la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal pour son support et aussi pour la compréhension dont il a fait preuve devant les contraintes qui furent les miennes dans le cadre de la rédaction de ce mémoire.

RÉSUMÉ/ABSTRACT

Ce mémoire est l'exposé d'une problématique liée aux changements climatiques, particulièrement aux questions touchant l'interchangeabilité (fongibilité) juridique des droits d'émission entre les différents systèmes d'échanges nationaux et supranationaux à l'échelle internationale — qui soit ou non le produit de l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto. Il comprend une première partie qui vise à spécifier le cadre normatif interétatique dans lequel ces systèmes évoluent. Cette partie conclut qu'un instrument comme le Protocole de Kyoto est caractérisé par une hybridité juridique issue de l'effet combiné de la mondialisation et de l'atypisme du droit international de l'environnement, ce qui lui permet d'avoir un volet normatif quasi-impératif, d'une part, et adaptatif, d'autre part. La deuxième partie explore la question de la fongibilité intersystémique des droits d'émission, en passant en revue le dispositif des Accords de Marrakech et en examinant comment se présente le volet adaptatif du cadre normatif. La conclusion débouche sur la constatation de l'entrée en scène d'une nouvelle *lex mercatoria*, induite par l'apport du secteur privé, qui a le potentiel de supplanter des dispositions des Accords de Marrakech — si elles répondent à un critère de «compatibilité». Finalement, le mémoire forge une théorie de la fongibilité asymétrique liée au potentiel d'intermédiation du secteur privé qui est présent dans le marché du carbone et conclut qu'il fera converger les droits d'émission vers une fongibilité parfaite éventuellement.

This paper addresses challenges linked to climate change issues, particularly toward the legal interchangeability of emission rights within various national, supranational or international exchange systems — may that be or not the result of the entry into force of the Kyoto Protocol. This paper has a first part which tries to specify international inter-state legal frame that governs those systems. This part concludes that a legal piece, as the Kyoto Protocol is characterized by legal hybridism originated by the combined effect of globalization and atypical aspect of the international environmental law, this permitting the frame to attain a quasi-imperative aspect, on one side, and adaptable aspect, on the other side. The second part explores the intersystemic fungibility issues of emission rights by reviewing the Marrakech Accords body and by examining how is characterized the adaptable aspect of the legal frame. The conclusion of this paper opens on the concept of a new *lex mercatoria* imputed by the contribution of the private sector, which can potentially override parts of the Marrakech Accords — if it is responding to a compatibility criterion. Finally, this paper put forward an asymmetrical fungibility theory, link to the private sector intermediation potential that exists in the carbon market and ultimately concludes that emission rights will converge toward perfect fungibility.

MOTS CLÉS : ÉCHANGE DES DROIT D'ÉMISSION – FONGIBILITÉ DES PERMIS – FINANCE DE L'ENVIRONNEMENT – PROTOCOLE DE KYOTO – MARCHÉ DU CARBONE –CHANGEMENTS CLIMATIQUES

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ/ABSTRACT	iii
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE NORMATIF INTERÉTATIQUE DU PROTOCOLE DE KYOTO	15
1. La conjoncture juridico-politique, socioéconomique et environnementale mondiale en matière de changements climatiques.	15
2. La turbulence juridique résultant de la mondialisation économique	21
3. La nature juridique et les sources du cadre interétatique du duo Kyoto-Marrakech.....	36
DEUXIÈME PARTIE : LE CADRE NORMATIF OPÉRATIONNEL DU MARCHÉ DU CARBONE ET LA FONGIBILITÉ DES DROITS D'ÉMISSIONS DE GAZ À EFFET DE SERRE.	52
1. L'approche du marché libre dans la gestion globale des changements climatiques.....	52
2. L'environnement normatif en du marché du carbone.	68
3. Le droit d'émission de gaz à effet de serre : un droit <i>sui generis</i>	80
4. Le principe de fongibilité en matière d'échange de droits d'émissions de gaz à effet de serre : la base institutionnelle de l' <i>Accord de Marrakech</i>	86
5. Le concept de fongibilité asymétrique des droits d'émissions de gaz à effet de serre et les systèmes d'échange de droit d'émission de gaz à effet de serre non Kyoto.	99
CONCLUSION.....	105
BIBLIOGRAPHIE.....	107

INTRODUCTION

L'entrée en vigueur, le 16 février 2005, du *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*¹ (Protocole de Kyoto), la mise en place d'un système d'échange des quotas et crédits de gaz à effet de serre (GES) dans l'Union européenne depuis le 1^{er} janvier 2005², l'incontournable nature globale de la problématique de l'effet de serre³, les turbulences introduites ces dernières années dans le courtage énergétique et les marchés des capitaux⁴ — par exemple : la faillite retentissante de l'américaine Enron —, le refus des États-Unis d'Amérique de ratifier le Protocole de Kyoto, sont autant de questionnements qui conditionnent l'étude des systèmes d'encadrement juridique du nouveau marché de la finance environnementale. Cependant, ces simples évocations n'arrivent pas à témoigner de toute la complexité qui caractérise l'ordre juridique international en matière d'environnement, dans une période que l'on peut désormais qualifier d'ère Kyoto. Du reste, dans la foulée de cet accord environnemental historique, la *Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques agissant comme réunion des*

¹ *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, en ligne : Convention-cadre sur les changements climatiques www.unfccc.org (entrée en vigueur : le 16 février 2005). [Protocole de Kyoto].

² CE, 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 la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil [2003] J.O.L. 275/32. [Directive GES].

³ L'émission de gaz à effet de serre (GES) a un impact global sur l'atmosphère terrestre peu importe l'endroit où ils sont émis, contrairement par exemple à des polluants comme le NOx ou le SO2 (qui relève de la problématique des pluies acides et du smog) dont on doit tenir compte de certains aspects locaux (voir : *Clean Air Act Amendments*, 101 P.L. 549; 104 Stat. 2399; 1990 Enacted S. 1630; 101 Enacted S. 1630, voir aussi : Leblanc, Bruno. « Le protocole de Kyoto – Acheter des droits d'émissions n'a rien d'amoral » *Le Devoir* (16 février 2005) A7. en ligne : *Le Devoir.com* www.ledevoir.com). Ces gaz lorsque émis dans l'atmosphère ont la propriété de retenir le rayonnement solaire et contribuent ainsi au réchauffement de la température observée sur le globe. Ces gaz, tel que définis par le Protocole de Kyoto, sont au nombre de six dont le CO2, le CH4, le N2O, les HFC, les PFC et le SF6.

⁴ La faillite d'Enron constitue un tournant dans l'analyse de l'organisation des produits financiers en général, et les produits financiers énergétiques en particulier, qui sont des cousins germains des produits financiers environnementaux (voir : Fusaro, C. Peter et Miller, M. Ross. *Enron : Les vraies raisons de la chute*, trad. par Catherine Pierre, Paris, SB.COM, 2002. [Fusaro *Enron*]; Voir aussi : Pastré, Olivier et Vigier, Michel. *Le capitalisme déboussolé après Enron et Vivendi : soixante réformes pour un nouveau gouvernement d'entreprise*, Paris, Éditions la Découverte, 2003. à la p. 16) Les problèmes de ces systèmes mettent d'ailleurs en exergue les problèmes plus larges de risque systémique du marché financier international spécifique aux produits financiers dérivés « au comptoir » de tout acabit : (Voir aussi : Schinasi, Garry J., et al., *Modern Banking and OTC Derivatives Markets: The Transformation of Global Finance and its Implications for Systemic risk*, occasional paper, Washington DC, International Monetary Fund, 2000). [Schinasi *OTC Derivatives*]).

*Parties au Protocole de Kyoto*⁵ (COP-Kyoto) donnait naissance à une série de Décisions, entre le 29 octobre 2001 et le 10 novembre 2001, maintenant regroupées sous le nom d'*Accords de Marrakech*⁶.

Les Accords de Marrakech correspondent, ni plus ni moins, à l'émergence d'un véritable droit administratif⁷ international où l'on retrouve un niveau impressionnant de détails associés au déploiement du Protocole de Kyoto. Le Protocole de Kyoto et les Accords de Marrakech (le duo Kyoto-Marrakech), bien que relevant en apparence du droit international public, permettent une certaine forme de délégation des autorités nationales aux parties privées disséminées sur leurs territoires⁸ : cela rendant possible *de facto* les interactions transnationales entre parties privées⁹ dans le cadre de ces traités. Voilà une dynamique qui n'est pas sans poser un questionnement fondamental concernant la ligne de démarcation entre droit international public et droit international privé¹⁰. Le Protocole de Kyoto crée une nouvelle commodité : la tonne d'équivalents de dioxyde de carbone¹¹. Cette nouvelle denrée est caractérisée par une forme de « propriété » ou un « droit » *sui generis*¹² pouvant faire l'objet de « transfert » entre parties privées sur la scène internationale. Le simple fait d'évoquer que l'ingénierie financière est en mesure de créer des produits financiers dérivés de la « détention » de cette

⁵ Dénomination officielle de l'organe décisionnel qui adopte le volet administratif détaillé du Protocole de Kyoto (voir : *Les Accords de Marrakech*, Doc. Off. UNFCCC, 7^{ième} sess., FCCC/CP/2001/13/Add.1 (2002) en ligne : Convention-cadre sur les changements climatiques www.unfccc.org). [Accords de Marrakech]

⁶ *Les Accords de Marrakech*, Doc. Off. UNFCCC, 7^{ième} sess., FCCC/CP/2001/13/Add.1 (2002) en ligne : Convention-cadre sur les changements climatiques www.unfccc.org. [Accords de Marrakech]

⁷ Voilà une expression, consacrée par certains auteurs, utilisée pour qualifier l'action administrative de certaines organisations internationales comme, par exemple, l'Organisation Mondiale du Commerce (voir : Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico. et Stewart, Richard B., "The Emergence of Global Administrative Law" (2004) IILJ Working Paper 2004/1, en ligne: Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, www.iilj.org)

⁸ Protocole de Kyoto, article 17; Accords de Marrakech, Annexe à la Décision 18/CP.7, Modalité, règles et lignes directrices applicable de droits d'émission (art.17 du Protocole de Kyoto), FCCC/CP/2001/13/Add.2, article 5.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Cette distinction fera l'objet d'un positionnement précis dans le cadre du mémoire ainsi que dans le présent projet de mémoire via l'établissement d'un cadre théorique couvrant largement cette question (Voir *infra* Première Partie).

¹¹ Protocole de Kyoto, Article 3 et 17

¹² Abayissah, S. et Segalen, L. *Aspects juridiques et comptables des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Rapport rédigé pour la Mission Climat de la CDC, Price Waterhouse Coopers, 2003, à la p. 3 [Abayissah et Segalen *Aspects juridiques*]

nouvelle commodité, ne fait qu'exacerber la perception d'intense complexité de l'encadrement juridique en cause. Or, le duo Kyoto-Marrakech est-il applicable? Si oui, quel régime d'encadrement juridique rendra cette application possible? Qui plus est, quel est le levier cardinal d'un tel régime, qui opérationnalisera cette application? Une application internationale du « concept de Kyoto »¹³ ne sera pas aussi facile qu'on pourrait le croire à première vue: aux États-Unis, dans le cadre du IV^e Titre des Amendements de 1990 du *Clean Air Act*¹⁴ (un système fédéral similaire à celui de Kyoto luttant efficacement contre les pluies acides), l'*Environmental Protection Agency*¹⁵ assure un contrôle serré des émetteurs de gaz — la Commission européenne¹⁶ assure ce rôle de façon exemplaire au niveau des États membres de l'Union européenne. Or, il est difficile d'imaginer un tel organisme de régulation à l'échelle internationale. Une certaine doctrine¹⁷ semble pourtant assez d'accord pour dire que c'est une condition *sine qua non* de la réussite du système de Kyoto. De même, il est peu probable qu'un système qui limite son action aux seuls pays industrialisés ait un effet significatif puisque les possibilités d'échange existent surtout entre les pays en développement et les pays industrialisés¹⁸. Du reste, les réticences américaines, australiennes et les autres laissent miroiter la possibilité de l'émergence d'une pluralité de systèmes d'échange d'émission de GES dans différentes régions du globe — par exemple : les systèmes interétatiques américains¹⁹ basés sur l'intensité des émissions — qui seront fort probablement condamnés à interagir entre eux, tant sur le plan de leurs composantes de droit international public, que sur celles de droit international

¹³ Il est fait référence ici par l'expression « concept de Kyoto » à un système de gestion des problématiques environnementales qui passe par des politiques établissant des objectifs environnementaux inflexibles et juridiquement contraignants couplés, en parallèle, d'une flexibilité concernant les moyens utilisés pour atteindre ces mêmes objectifs environnementaux

¹⁴ *Clean Air Act Amendments*, 101 P.L. 549; 104 Stat. 2399; 1990 Enacted S. 1630; 101 Enacted S. 1630, Title IV.

¹⁵ U.S. Environmental Protection Agency, en ligne: www.epa.gov [Site de l'EPA]

¹⁶ Union européennes, en ligne : www.europa.int

¹⁷ La citation suivante donne un bon exemple de ce courant dans la doctrine : "A successful global emission market will require an internationally respected agency to coordinate trading and oversee monitoring and enforcement." (Voir: Yelin-Kefer, Jennifer. "Warming up to an international green house gas market: Lessons from the U.S. acid rain experience" (2001) 20 Stan. Envtl. L. J. 221. à la p. 9).

¹⁸ *Ibid.* à la p. 5

¹⁹ Un exemple du système en émergence qui a des visées sur la question des GES est le Clean Air Interstate Rule (voir Site de l'EPA, en ligne : <http://www.epa.gov/interstateairquality/>, voir aussi : « Clear Skies, R.I.P. » (7 mars 2005), The New York Times, En ligne : www.nytimes.com)

privé. En conséquence, l'interchangeabilité des outils de conformité en matière d'émissions de GES à l'échelle internationale — qui serait garantie par une fongibilité²⁰ la plus large possible — demeure un déterminant majeur du potentiel d'atteinte des objectifs environnementaux du Protocole de Kyoto et de la faisabilité de son application. Plus fondamentalement encore, l'atteinte des objectifs de la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*²¹ elle-même — puisque certaines parties à la Convention ont choisi de ne pas être Parties au Protocole de Kyoto²² — exige une fongibilité²³ pouvant s'étendre à ces systèmes parallèles en émergence, spécialement ceux des regroupements d'États américains compte tenu de la place importante qu'occupent les États-Unis dans l'émission globale de GES.

L'objectif premier de ce mémoire sera donc de valider l'hypothèse de l'applicabilité du duo Kyoto-Marrakech au regard du niveau de fongibilité des outils de conformité qui en découlent en général, et comment le régime d'application canadien²⁴ en devenir y contribuera, en particulier. La fonctionnalité du Protocole de Kyoto qui intéresse le chantier de ce mémoire est l'avènement de la Bourse internationale du carbone²⁵. Comme nous l'avons vu précédemment, les Accords

²⁰ Pour une définition du terme fongibilité aux fins du présent document le lecteur peut référer à la section du cadre théorique, voir *infra* note 26.

²¹ *Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, en ligne : www.unfccc.org. [Convention sur les changements climatiques]

²² Les États-Unis et l'Australie sont des joueurs importants (parties dites de l'Annexe I de la Convention) sur le plan des émissions de GES mondiales, particulièrement en raison de la combustion du charbon. Il y a d'autres parties à la Convention qui ne sont pas partie au Protocole de Kyoto, par exemple la Turquie, le Bélarus ou la Croatie, cependant, les États-Unis et l'Australie sont dans une classe à part compte tenu de la situation de leurs émissions de GES et de leur utilisation (et leurs réserves) de charbon.

²³ Voir *infra*, Cadre théorique.

²⁴ Il est question ici du plan définitif du gouvernement canadien en matière de changements climatiques. Or, ce plan n'est pas encore disponible au moment d'écrire le présent texte. La dernière indication formelle, prenant la forme du document unifié sur cette question de la part du gouvernement remonte à 2002 (Voir : Gouvernement du Canada, *Plan du Canada sur les changements climatiques*, Ottawa en ligne : www.changementsclimatiques.gc.ca.)

²⁵ Dans le cadre de ce projet et du mémoire auquel il conduira, nous assimilons le vocable de marché et de « Bourse du carbone » au lieu physique ou électronique où l'ensemble des transactions visant des quotas d'émission, crédits d'émission, unités de réduction ou autres qui concernent les six gaz à effet de serre couverts par le Protocole de Kyoto ou encore toute autre unité étant fongible avec les unités d'équivalent de dioxyde de carbone instituées par le Protocole de Kyoto. Cela vaut que ces transactions aient lieu, soit dans un marché de contrats standardisés ou encore dans un marché « au comptoir ». Le terme « Bourse des produits dérivés du carbone » sera employé pour évoquer le lieu physique ou électronique où des transactions portant sur des instruments financiers utilisant un titre transigé à la « Bourse du carbone » en qualité de titre sous-jacent sur

de Marrakech offrent la possibilité aux Parties de laisser une grande place aux parties privées dans la structuration d'un tel marché. Les personnes morales privées sont donc un agent opérationnel important du mécanisme d'échange des droits d'émission. La fongibilité²⁶ des différents droits d'émission est donc un déterminant fondamental du développement de la Bourse internationale du carbone. On entend par ce concept juridique de fongibilité — notamment en matière de commodité traditionnelle, de valeurs mobilières ou de produits financiers dérivés complexes —, la capacité dudit droit de se transposer dans un autre système juridique de façon parfaite. Il s'agit d'un caractère d'interchangeabilité permettant la préservation intégrale et l'indissociabilité des avantages et des obligations du droit d'émission comme tel ou du titre qui le représente. Ce droit d'émission devient alors fongible par la voie d'une harmonisation du droit applicable régulant les migrations intersystémiques. Il s'agit là d'un principe qui pose, en définitive, l'équivalence juridique totale des droits d'émission en regard d'une série de systèmes d'échange de droits d'émission de GES. Évidemment, la fongibilité relative des droits transigés sur les bourses nationales ou supranationales du carbone est une condition *sine qua non* de l'émergence de la Bourse internationale du carbone ou encore de la participation

lequel le contrat dérivé porte (ex : option d'achat, option de vente, forwards, futures, swaps, etc...) que cela se fasse par l'intermédiaire d'un marché de contrats standardisés ou encore par l'intermédiaire d'un marché « au comptoir ». Il est entendu que plusieurs bourses du carbone et bourses des produits dérivés du carbone peuvent coexister dans des espaces nationaux, régionaux, thématiques ou autres (ex : Chicago Climate Exchange, European Climate Exchange, Système de compensation canadien, etc...). Cependant, pour les fins de ce mémoire l'ensemble des titres qui constituent la plus grande masse de titres fongibles, soit au niveau de la Bourse du carbone — tel que définie ici —, soit au niveau de la Bourse des produits dérivés du carbone, constituent respectivement la « Bourse internationale du carbone » et la « Bourse international des produits dérivés du carbone » par association.

²⁶ Le principe de fongibilité fut passablement mis en exergue lors du passage à l'euro au sein de l'Union européenne (Voir : République Française, Ministère de la Justice française, *Le passage à l'euro – État de la réglementation*, en ligne : www.justice.gouv.fr) ; Il n'est cependant pas exclusif au domaine financier : on peut par exemple parler de fongibilité des fonds dans le cadre de programmes gouvernementaux. C'est d'ailleurs dans ce domaine des finances publiques que l'on pourra trouver un exemple d'une forme de fongibilité asymétrique qui n'est pas sans retenir l'attention, (Voir aussi : République Française, Sénat, *Projet de loi de finance pour 2005 : Emploi et travail*, en ligne : www.senat.fr) ; Le dictionnaire définit ce terme comme provenant du latin *fungibilis* qui « se dit de choses qui, n'étant pas déterminées par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être remplacées par d'autres de même nature (Voir : *Le petit Larousse illustré*, 2004, s.v. « fongible ».) On dit aussi d'une chose qu'elle est fongible car elle « se consomme par l'usage et peut être remplacée par d'autres identiques » (Voir aussi : *Dictionnaire du français Plus*, 1988, s.v. « fongible ».).

d'un autre système transactionnel à la Bourse internationale du carbone²⁷. Compte tenu de l'importance que revêt, à la lumière de la présente analyse, ce principe de fongibilité qui évolue dans un ensemble normatif où, il faut le dire, on doit prendre acte de la nature juridique hybride²⁸ des outils de conformité au Protocole; une typologie des régimes juridiques en cause s'impose afin de déterminer dans quel ordre juridique l'harmonisation du droit doit se déployer pour maximiser cette fongibilité intersystémique — qu'un système de correspondance soit ou non sous les auspices du Protocole de Kyoto. Le schéma d'analyse sur ce plan — compte tenu du besoin de stabilité des méthodes —, qui est visé par l'établissement du cadre théorique de ce mémoire doit-il refléter une dichotomie d'ordre fondamental dans le but de favoriser l'établissement de l'indépendance du processus analytique? Sachant que le rôle de ce dernier est justement intercalé entre les contours du régime juridique relatif à la Bourse internationale du carbone et celui relatif à la Bourse internationale des produits dérivés du carbone. Ou bien ce schéma ne souffre-t-il aucune distinction sur le plan juridique? Dans le premier cas, l'hybridité semble relever du télescopage entre droit international public et intervention de sujets de droit privé dans le cadre du duo Kyoto-Marrakech. Dans le second cas, l'aspect multidimensionnel des régimes de droit privé, lorsque ceux-ci sont propulsés sur la scène internationale, laisse dubitatif car ils peuvent être perçus comme exorbitant le cadre normatif du duo Kyoto-Marrakech. Prenons le cas de la Bourse internationale du carbone. En première analyse, il s'agit d'établir à quel ordre juridique appartient le duo Kyoto-Marrakech.

D'entrée de jeu, l'on pourra référer à une sommité du droit international, tel que le Français Dominique Carreau²⁹, qui définit traditionnellement le droit international

²⁷ Pour les fins du présent mémoire, nous considérons que les systèmes transactionnels relativement à l'échange des droits d'émission reliés à l'article 17 du Protocole de Kyoto constituent aujourd'hui, en raison de la masse critique qu'ils représentent; la Bourse internationale du carbone.

²⁸ En effet, le Protocole de Kyoto lui-même semble relever du droit international public puisqu'il engendre des obligations juridiques pour les États. Cependant, les Accords de Marrakech ouvrent la porte à des transactions entre personnes privées sous les auspices du Protocole. La Bourse de produits dérivés du carbone, comme son nom l'indique, évolue en marge de la Bourse internationale du carbone, du Protocole et des Accords de Marrakech. Elle serait donc perçue comme relevant *stricto sensu* du droit privé d'où l'hybridité des régimes juridiques des bourses liées au carbone.

²⁹ Dominique Carreau, *Droit international*, 8^e éd., Paris, Pédone, 2004 [Carreau, *Droit*]

public « comme cette branche du droit qui présidait aux relations entre États »³⁰. Or, il semble qu'actuellement ce concept de droit international public ne suffise plus à tenir compte de la diversité des acteurs de la société internationale, situation à laquelle le duo Kyoto-Marrakech affiche une correspondance directe. Étant donné que le droit international « se doit de gouverner les relations entre tous les acteurs de cette société »³¹ internationale. On doit prendre acte du fait que « la sphère du droit international se trouve ainsi considérablement élargie d'un point de vue matériel. [et qu'e]lle va englober des domaines qui [...] relève du droit international privé »³², par exemple, des contrats internationaux entre un État et une personne privée portant sur l'échange d'un droit d'émission de GES. Il y a donc lieu, pour les besoins de la présente analyse, de poser que le droit international public s'assimile au droit international interétatique³³ qui constitue lui-même une sphère du droit international. En conséquence, il est peu loisible de considérer que le duo Kyoto-Marrakech puisse relever exclusivement du droit international interétatique, en raison de ses références expresses instituant un régime permettant aux parties privées de contracter sous ses auspices. Comme il fut mis en exergue précédemment, force est de constater que le duo Kyoto-Marrakech décentralise l'aspect contractuel « opérationnel » relié à l'article 17 du Protocole, jusqu'au sujet de droit privé évoluant dans l'ordre juridique international. Il réserve, cependant, une partie subsidiaire de sa portée reliée à la dimension de responsabilité internationale — notamment en vertu de l'article 3 du Protocole de Kyoto — à la sphère du droit international interétatique.

Ce mémoire arguera que la subsidiarité de l'appartenance du duo Kyoto-Marrakech à l'ordre juridique interétatique s'avère insuffisante à établir la primauté de ce droit envers la Bourse internationale du carbone et la Bourse internationale des produits dérivés du carbone. Il résulte du duo Kyoto-Marrakech une pluralité de nature concernant les relations contractuelles envisageables : entre deux

³⁰ Carreau, *Droit supra* note 29 à la p.34

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Dans une telle perspective *La Convention sur les changements climatiques* pourrait relever du droit interétatique mais non le duo Kyoto-Marrakech, ou du moins pas avec le même degré (Voir *ibid.* à la p.34 et p. 183).

États³⁴, entre un État et une organisation internationale³⁵, entre deux organisations internationales, entre une personne privée et un État, entre une personne privée et une organisation internationale et finalement entre deux personnes privées. La question qui se pose alors est de savoir si la relation contractuelle en matière d'échange de droits d'émission de GES doit faire l'objet d'une évaluation de la primauté d'un régime juridique : soit basée sur des aspects de spécificité géographique — ou de convergence du droit national avec d'autres systèmes, par exemple — propres aux parties contractantes, ou alors est-il possible de percevoir une telle relation contractuelle comme ayant été délocalisée ou internationalisée. Cette internationalisation arrivant par la voie de la superposition d'un ordre juridique à caractère englobant à laquelle la relation contractuelle serait soumise. Une certaine doctrine conclut qu'il s'agit là — outre les relations interétatiques implicites logées au niveau de la responsabilité internationale —, de relations conventionnelles à volets opérationnels, où des règles purement nationales s'appliquent et où la problématique intrinsèque de spécification du régime juridique s'assimile à des « difficultés de détermination de la loi nationale applicable étant tranchée en vertu des principes du droit international privé (conflits de lois), lui-même une branche du droit interne des États »³⁶. Cette avenue ne semble pas compatible avec le dispositif du duo Kyoto-Marrakech. Une autre conception à ce chapitre argue l'existence d'un tiers ordre juridique logé entre l'ordre juridique interétatique et l'ordre juridique interne : l'ordre juridique transnational³⁷. Dans un tel contexte, l'autonomie de la volonté des parties étant préservée en matière contractuelle, les parties pourront alors soumettre une relation contractuelle à ce droit transnational ou droit des contrats internationaux³⁸. Les sources utilisées par ce régime juridique, dans le cas du duo Kyoto-Marrakech, seraient alors les outils

³⁴ La notion d'État ici inclut une partie démembrée de l'État habilitée à contracter en cette matière.

³⁵ Puisque les organisations sont des sujets dérivés de droit international, elles peuvent être partie à ce type de transactions.

³⁶ Carreau, *Droit*, *supra* note 29 à la p. 180

³⁷ *Ibid.* à la p.182.

³⁸ On entend la soumission au droit international perçu comme un droit transnational : « Dire enfin que ces contrats internationaux peuvent être soumis au droit international ne signifie pas pour autant qu'ils révèlent du droit international public » (Voir Carreau, *Droit*, *supra* note 29 à la p.184); Car le droit international public ne contient aucune règle relative au contrat internationaux, on parle de droit international au sens large de droit transnational (Voir *ibid.*) Carreau ici relate la pensée de P. Jessup, le père de la conception du droit transnational (Voir Ph. Jessup, *Transnational Law* New Haven, Yale University Press, 1956.) [Jessup *Transnational*].

conventionnels à titre de cadre de référence et — spécialement dans le cas des Accords de Marrakech — à titre de régime juridique dédié.

Dans ce schéma, la coutume joue un grand rôle puisque qu'au niveau opérationnel des relations contractuelles entre personnes privées interviennent fréquemment sur la scène internationale³⁹. Les principes généraux de droit ont un impact considérable, entre autres, parce qu'ils adoptent le principe de recours obligatoire à l'arbitrage, ce qui évidemment donne une importance capitale aux sentences arbitrales internationales sur le plan jurisprudentiel⁴⁰. En bout de piste, la doctrine « joue incontestablement ici un rôle plus important qu'en droit international général »⁴¹. Il y a cependant deux écoles de pensée en présence soit celle qui milite dans le sens de la théorie du droit transnational⁴² et celle qui constate l'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria*⁴³.

En ce qui concerne la Bourse des produits dérivés du carbone, nous sommes en présence de relations contractuelles entre parties privées. *A priori*, une telle relation contractuelle n'affiche aucun changement de « propriété » concernant le droit d'émission en cause, qui n'est que le produit sous-jacent⁴⁴ à la relation contractuelle. En conséquence, une relation contractuelle peut être menée à terme sans que ce sous-jacent n'ait subi d'effets juridiques d'aucune sorte. La seule

³⁹ Certains systèmes de régulation internationaux s'inspirent « des usages commerciaux internationaux qui se dégagent de la pratique suivie par les parties contractantes [...] Elles sont particulièrement développées dans le domaine des relations monétaires et financières internationales privées » (Voir Carreau, *Droit supra* note 29 à la p. 184).

⁴⁰ Le cadre de La Chambre de Commerce Internationale (CCI) et Centre International de Règlement des Différends sur l'investissement (C.I.R.D.I.) sont assez caractéristiques des forums en cause.

⁴¹ Carreau, *Droit, supra* note 29 à la p. 185.

⁴² C'est l'école dont le père est P. Jessup (Voir Jessup *Transnational supra* note 39) qui a développé le concept de droit transnational, une définition élargie du droit international, en le définissant comme le droit qui régleme les événements ou actions qui transcendent les frontières de l'État. Cette terminologie de Jessup (Voir *ibid.*) fut d'ailleurs reprise par une sentence arbitrale (Voir Koweit c. Aminoil 24 mars 1982 (Clunet 1982, p. 869.) qui reconnaissait le lien transnational d'un contrat passé entre un État et une entreprise privée. (Voir Carreau, *Droit ibid.* à la p. 34)

⁴³ Parmi les auteurs qui adhèrent à cette école de pensée on compte : Scmitthof, B. Goldman. Ph. Fouchard et Ph. Kahn.

⁴⁴ Le terme « sous-jacent » provient de la terminologie financière. Il fait référence au titre duquel on « dérive » le titre dérivé lui-même. C'est le titre sous-jacent, il n'est pas l'objet de la détention ou de la propriété de l'investisseur, mais ses fluctuations déterminent l'orientation du titre dérivé qui lui, fait l'objet d'une détention formelle. Éventuellement, à la demande de l'investisseur le sous-jacent pourra devenir la propriété de l'investisseur. Le titre dérivé cessera alors d'exister.

possibilité pour les parties d'avoir été en mesure de transiger le sous-jacent en question, ayant suffi à la mécanique financière implicite pour capturer la valeur économique des fluctuations du sous-jacent. Serions-nous alors en présence d'un régime juridique en vase clos, distinct de celui applicable à la Bourse internationale du carbone et limité à l'action des parties privées? Sur les marchés financiers dérivés, la très grande majorité des transactions ne donnent jamais lieu à une livraison physique du sous-jacent, mais cette possibilité existe. En effet, il est possible qu'une partie privée disposant de l'option d'acheter des droits d'émission de GES, à défaut de vendre cette option sur le marché ouvert, exige la livraison du sous-jacent. Dans ce cas-ci, cela correspondrait ultimement à une inscription dans le registre de l'État national où la partie privée opère une installation émettrice de GES — bien que cette partie puisse être régie par un droit national tout autre. Voilà donc un niveau de « connectique juridique » dont la complexité laisse perplexe. Une chose est claire, la seule constante entre ces deux systèmes — soit la bourse internationale de la commodité et celle de son dérivé — bien qu'opérant différemment, converge sur le plan du régime juridique applicable. La question est maintenant de savoir quel régime juridique est en cause.

Un tour d'horizon de la littérature convaincra rapidement l'observateur qu'il est peu probable que le duo Kyoto-Marrakech se voit soumis aux régimes juridiques nationaux, pour ensuite le voir régi par le droit international privé, perçu en tant que droit national de régulation des conflits de lois. Cela est dû à la pluralité des acteurs, la pluralité de leurs États nationaux et du caractère international de l'objet de leurs relations contractuelles. Alternativement, il est clair que le duo Kyoto-Marrakech est soumis au droit international général. La meilleure méthode pour évaluer au sein de quel sous-ensemble du droit international évolue la fonction administrative du duo Kyoto-Marrakech — considérant que nous faisons face à une commodité jouissant d'un statut juridique *sui generis* —, est de procéder par analogie avec d'autres situations de régulation internationale. À cette fin, le premier constat d'ordre général est l'omniprésence des spécifications administratives au sein du duo Kyoto-Marrakech pouvant être dévolues à des parties privées. Il semble effectivement que l'on puisse circonscrire la dimension

interétatique de ces traités. Ce faisant, on laisse *de facto* un espace sinon prépondérant, à tout le moins révélateur de la volonté conventionnelle des parties d'intégrer le secteur privé dans la régulation administrative. Or, « des personnes privées [parfois] vont émettre directement des normes de droit international qui vont s'appliquer à tous les autres acteurs de la société internationale, y compris les États »⁴⁵ Cela évidemment se fait avec la complicité « active, mais le plus souvent passive [...] des États »⁴⁶.

On retrouve ce type de régime juridique en particulier dans le domaine de la finance et de la monnaie⁴⁷. Dans ce secteur, l'apport des personnes privées « prend une importance cardinale »⁴⁸ car le système monétaire est aujourd'hui *de facto* privatisé. « Le pouvoir bancaire international privé a progressivement mis au point, à partir des années 1960, deux nouveaux marchés réellement internationaux »⁴⁹ le marché monétaire des eurodevises et le marché financier des euro-obligations. « Il existe là tout un ordre juridique nouveau, privé, constitué à base d'usages commerciaux, de pratiques propres à la profession bancaire; ces usages et pratiques maintenant bien rodées sont d'application générale et ont été acceptés par tous les participants au point où il n'est pas exclu d'y voir de véritables normes coutumières [...] Ces coutumes privées s'imposent à tous les intervenants sur ces marchés internationaux, qu'ils s'agissent d'autres personnes privées, d'États ou d'organisations internationales [...] que les États soient

⁴⁵ Carreau, *Droit*, supra note 29, à la p. 196.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Une autre analogie existe dans le domaine du transport aérien : l'IATA est une ONG qui regroupe les compagnies aériennes publiques ou privées. Ces dernières évoluent dans un droit professionnel international secrété, avec l'accord des États, par des personnes privées (Voir Carreau, *Droit*, *ibid.* à la p.197); Elle « dispose d'un pouvoir normatif étendu mais qui a une intensité inégale selon les matières [...], Elle possède un pouvoir réglementaire direct à l'égard de [...] [l']interchangeabilité des titres de transport [...] et compensation des transactions entre les compagnies aériennes membres » (Voir *ibid.* p.198) Ce qui n'est pas sans rappeler la situation qui est visée au niveau des droits d'émission de GES. La violation des règles peut entraîner de lourdes amendes, tout comme dans le cas des Accords de Marrakech. IATA dispose aussi d'un pouvoir réglementaire indirect dans le secteur de la fixation des tarifs, IATA détermine les tarifs lors de conférences et ils doivent recevoir la sanction du droit national de l'État de sorte que les compagnies aériennes ont « en quelque sorte reçu une délégation de pouvoir de la part des États » (Voir *ibid.*) ; Le même type de délégation existe dans le domaine maritime. Il y a donc des « cartels privés qui ont reçu pour mission de la part des États de gérer un service public international dans l'intérêt de la communauté internationale » compte tenu « de leur plus grande capacité à y parvenir efficacement » (Voir *ibid.*).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

capitalistes, socialistes ou en voie de développement »⁵⁰ On qualifie cet ordre juridique d'ordre international économique privé⁵¹. Sa particularité est de canaliser la flexibilité qu'introduisent les personnes privées dans l'ordre international public traditionnel, afin de combler ses lacunes. Il arrive même que l'ordre international économique privé supplante l'ordre international public. Ce mémoire arguera que le duo Kyoto-Marrakech est soumis à cet ordre international économique privé⁵² perçu lui-même comme un sous-système de l'ordre juridique transnational. Dans ce mémoire, nous nous emploierons aussi à démontrer qu'une fongibilité est possible entre les instruments de conformité de type Kyoto et non-Kyoto⁵³ et qu'elle peut exister au minimum dans une forme asymétrique⁵⁴, particulièrement concernant les produits financiers dérivés de ces instruments de conformité. En superposant les tenants et aboutissants de ce processus juridique de fongibilité au contexte canadien et aux autres contextes juridiques sur la scène internationale, nous nous proposons de dresser la liste de ce qui conditionne le caractère fongible des instruments nationaux. Évidemment, en ce qui concerne la commodité comme telle, la nature juridique du droit d'émission sera au cœur de l'analyse.

⁵⁰ Carreau, *Droit*, supra note 29 à la p. 196-197.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Nous faisons allusion ici à des programmes qui peuvent, soit être directement reliés aux changements climatiques mais qui se basent sur des méthodes différentes d'évaluation de l'impact environnemental des émissions de GES, tel que le niveau du ratio d'intensité des émissions par unité de production (baseline-and-credit). Il pourra aussi s'agir de systèmes qui ne sont pas actuellement directement impliqués dans les questions de changements climatiques mais qui sont très voisins ou encore qui sont en chantier et qui offrent une bonne possibilité d'évolution vers des objectifs reliés aux changements climatiques, par exemple, le *Clean Air Interstate Rule* de l'*Environmental Protection Agency* américaine, le programme californien RECLAIM ainsi que tous les programmes pouvant découler du *Plan d'Action concernant les Changements Climatiques de 2001* qui fût réitéré en 2002 par une résolution de la *Conférence des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et des premiers ministres de l'Est du Canada* (Voir *Résolution concernant les Changements Climatiques*, résolution 27-7, 27^{ième} Conférence Annuelle des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et des premiers ministres de l'Est du Canada, en ligne : The New England Governors' Conference <http://www.negc.org/02En003.html>).

⁵⁴ Le concept de fongibilité asymétrique est traditionnellement utilisé dans le domaine des finances publiques. Ce vocable apparaît d'ailleurs dans plusieurs textes gouvernementaux français, on le définit comme reflétant « la caractéristique des crédits dont l'affectation [...] n'est pas prédéterminée de manière rigide. [...] La fongibilité laisse donc la faculté de définir (sous la limite de l'asymétrie) l'objet et la nature des dépenses [...] L'asymétrie se traduit par la faculté d'utiliser à d'autres emplois les crédits [...] dédiés aux dépenses de personnel, sans que l'inverse puisse être réalisé (Voir République Française, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'industrie, *La fongibilité asymétrique*, en ligne : MINEFI http://www.minefi.gouv.fr/lol/f/2_4_1.htm) ; Par analogie, le concept de fongibilité asymétrique en matière d'échange de quotas ou de crédits de gaz à effet de serre fera référence aux interactions intersystémiques des quotas ou crédits Kyoto et non-Kyoto et leur capacité de convertir partiellement leurs attributs d'outils environnementaux émanant de systèmes supranationaux, nationaux, issus d'échange entre constituantes nationales ou encore de système indépendants privés à portée régionale, voir transnationale.

Cela mérite une attention toute particulière puisque, comme cela a déjà été mentionné, nous sommes en face d'un droit *sui generis*, qui plus est, portant sur un espace fini représenté en un lieu juridique relevant du domaine public, soit l'air. Cela n'est pas sans poser de problèmes, spécialement dans un contexte multijuridictionnel. Cependant, la véritable cible de ce mémoire concerne le produit dérivé du droit d'émission et son caractère fongible. Une fois toutes les incertitudes concernant la commodité sous-jacente colmatées, l'objectif sera d'évaluer le processus d'imbrication d'un tel instrument financier dans le système financier international. Premièrement, quels rôles joueront les opérations de produits dérivés « au comptoir » reliés à ces instruments et, dans quelle mesure le processus d'harmonisation du droit⁵⁵ — visant la réduction du risque systémique du marché des capitaux — est-il sollicité à cet égard? Deuxièmement, dans quelle mesure les lois canadiennes, les lois québécoises, les lois étrangères⁵⁶ en matière de valeurs mobilières et les systèmes d'autorégulation⁵⁷ à portée nationale de gestion du risque auront-elles prise sur le quota ou le crédit d'émission de GES canadiens et son dérivé? Troisièmement, est-ce que les chambres de compensation et autres organismes à portée transnationale⁵⁸ peuvent contribuer à cette fongibilité des quotas ou crédits canadiens avec les autres systèmes d'échange? Quatrièmement, dans quelle mesure le projet actuel du gouvernement canadien de mettre en place un prix plafond de quinze dollars pour la tonne d'équivalents de dioxyde de carbone influe-t-il dans la fongibilité du dérivé du droit d'émission ou du droit lui-même à l'échelle internationale?

⁵⁵ Cela évidemment sera examiné sous l'angle envisagé par les postulats du cadre théorique du mémoire en chantier à savoir que l'ordre juridique en cause est *l'ordre international économique privé* tel qu'évoqué précédemment.

⁵⁶ Le dispositif législatif utilisé ici à des fins de comparaison au niveau international sera essentiellement le *Code Monétaire et Financier* français.

⁵⁷ On fera ici essentiellement référence à la Corporation canadienne de compensation des produits dérivés (CDCC) opéré sous les auspices de la Bourse de Montréal Inc. (Voir : CDCC, en ligne : Bourse de Montréal www.cdcc.ca) et à la *Caisse des Dépôts et des Compensations* française (CDC) (Voir Caisse des Dépôts, en ligne : CDC www.caissedesdepots.fr).

⁵⁸ On fait référence ici à des organismes tels que *International Swaps and Derivatives Association* (Voir International Swaps and Derivatives Association, en ligne : ISDA www.isda.org), *l'Organisation internationale de commissions des valeurs* (Voir Organisation internationale de commissions des valeurs, en ligne : OICV www.iosco.org) ou encore la *Banque des Règlements Internationaux* (Voir Banque des règlements internationaux, en ligne : BIS www.bis.org).

L'ultime questionnement se résumerait dans les termes suivants : peut-il y avoir un degré suffisant de fongibilité des droits d'émission de GES entre les systèmes Kyoto et les autres systèmes existant (ou en devenir) pour assurer le pérennité de l'atteinte des objectifs environnementaux à l'échelle internationale.

PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE NORMATIF INTERÉTATIQUE DU PROTOCOLE DE KYOTO

1. La conjoncture juridico-politique, socioéconomique et environnementale mondiale en matière de changements climatiques.

La *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*⁵⁹ qui se tint du 4 au 12 juin 1992 à Rio de Janeiro (Le Sommet de la Terre de Rio) fut un tournant historique dans l'histoire de l'humanité, mais pour en apprécier vraiment toute la portée, il est indispensable de faire un retour historique sur les gestes de la communauté internationale en matière d'environnement depuis les années soixante.

D'entrée de jeu, on doit dire qu'un des premiers instruments juridiques multilatéraux émanant d'une organisation internationale, dont le point focal s'avéra la régulation de l'environnement, fut la *Déclaration de principe sur la lutte contre la pollution de l'air*⁶⁰ du 8 mars 1968, qui fut immédiatement suivi par la *Proclamation de la Charte européenne de l'eau*, adoptée par le Conseil de l'Europe le 6 mai de la même année⁶¹. Ces deux grands textes juridiques européens témoignent de l'effervescence qui caractérise la fin des années soixante sur le plan de l'environnement. La mise en lumière de la problématique environnementale à cette époque s'inscrivait dans la mouvance du cri d'alarme lancé par la communauté scientifique internationale au sujet de la détérioration de l'environnement sur le plan mondial. Cette mixture qui entraîna avec elle un mouvement de l'opinion publique mondiale majeur dont la profondeur des effets continue de se déployer au XXI^{ème} siècle. Les experts de la question diront que « [c]e mouvement d'opinion était sans doute un phénomène sans précédent dans l'histoire : il était entièrement spontané [...] et il tendait à l'universalité dès le départ. [...] [I]l correspondait [aussi] à une nouvelle conception du monde comportant de nouvelles valeurs individuelles et sociales par réaction à la détérioration de la biosphère »⁶². Voilà, sommairement, ce qui fixa le décor préalable à la *Conférence des Nations Unies sur*

⁵⁹ Doc. Off. CNUED 1992, 19^{ème} séance plén., A/CONF151/26Rev.I (Vol. I, II, III), en ligne: UN Department of Economic and Social Affairs, Division for Sustainable Development http://www.un.org/esa/sustdev/documents/UNCED_Docs.htm

⁶⁰ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Déclaration de principe sur la lutte contre la pollution de l'air*, Res. 68(4), en ligne : site du Conseil de l'Europe www.coe.int

⁶¹ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, CM42 sess., du Comité des Ministres, *Programme de travail des activités intergouvernementales 1968 1969*, Res (68)15 (1968) en ligne : site du Conseil de l'Europe www.coe.int ; Voir aussi Alexandre Kiss et Jean-Pierre Beurrier, *Droit international de l'environnement*, 3^e éd., Paris, Pedone, 2004, à la p. 30-31 [Kiss, *Droit de l'environnement*].

⁶² Kiss, *Droit de l'environnement*. *supra* note 61 à la p.30.

*l'environnement*⁶³, qui fut convoquée par l'Assemblée Générale de l'Organisation de Nations Unies avec la résolution 2398 (XIII), adoptée le 3 décembre 1968, et qui se tint du 4 au 16 juin 1976. Le principal héritage de la *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*⁶⁴ (Déclaration de Stockholm) qui en émana fut d'abord celui d'avoir « pos[é] au niveau mondial le problème de l'environnement »⁶⁵ en plus d'instaurer les prémisses d'un système de vigie internationale en cette matière. Après la Déclaration de Stockholm, on a vu des normes coutumières émerger en matière d'environnement tel que : le droit des États d'exploiter leurs propres ressources et le devoir de ne pas causer de dommages à l'environnement dans d'autres États, le devoir d'informer et de consulter avec les États affectés par des dommages à l'environnement d'autres États ou encore le principe de non-discrimination dans l'application de la législation en matière d'environnement⁶⁶. Cependant, à Stockholm la question du développement économique global fut ni plus ni moins oubliée car à ce moment « la priorité absolue était le développement et les problèmes d'environnement, posés par les pays industrialisés »⁶⁷. Or, les pays en développement aspirent justement à cette industrialisation qui a généré les problèmes environnementaux que l'on connaît⁶⁸. C'est le désir de répondre à cette dimension de la problématique environnementale mondiale qui amènera les participants au Sommet de la Terre de Rio, en 1992, à élaborer le concept de développement durable⁶⁹. Ce concept, la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*⁷⁰ (Déclaration de Rio) l'a formulée essentiellement comme suit :

Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures. [...] Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément. [...] Les États devraient réduire et éliminer les modes de production et de

⁶³ *Rapports, Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Publications des Nations Unies publications, Vente no. E.73.II.A.14 et corrigendum, chap. I., Stockholm 5-16 juin 1972, en ligne : Site du Programme des Nations Unies pour l'environnement www.unep.org

⁶⁴ Doc. Off. AGNU, 33^{ème} année, 21^{ème} séance plén. (1972) en ligne : Site du Programme des Nations Unies pour l'environnement www.unep.org [*Déclaration de Stockholm*]

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 34.

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 36.

⁶⁷ *Ibid.* à la p.38.

⁶⁸ Kiss, *Droit de l'environnement*, *supra* note 61 à la p. 40.

⁶⁹ *Ibid.* à la p.41.

⁷⁰ *Rapports, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Doc. Off. AGNU, 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), Annexe I, en ligne : Site des Nations Unies <http://www.un.org/documents/ga/conf/151/aconf15126-1annex1.htm> [*Déclaration de Rio*].

consommation non viables [...]ils] devraient coopérer pour promouvoir un système économique international ouvert et favorable, propre à engendrer une croissance économique et un développement durable [...], qui permettrait de mieux lutter contre les problèmes de dégradation de l'environnement ⁷¹.

La communauté internationale a poursuivi sur cette voie en 2002 lors du *Sommet mondial sur le développement durable*⁷² tenu à Johannesburg du 26 août au 4 septembre 2002. Cependant, à partir de la Déclaration de Rio, il est clair que l'intérêt de l'humanité passe par un dosage entre la protection de l'environnement et le progrès socio-économique mondial. Voilà pourquoi, par exemple, dans le domaine du droit du commerce international, les acteurs vont commencer à se questionner autant sur « le contrôle des mesures commerciales utilisées pour protéger l'environnement, [...] que [sur] les mesures environnementales qui ont des effets importants sur le commerce »⁷³. Or, le monde subit actuellement, en concomitance, sur le front économique, un profond bouleversement qui est souvent identifié par le truchement du concept de « mondialisation économique ». Cette nouvelle donne économique appuyée essentiellement sur le libéralisme économique⁷⁴, dont les origines contemporaines puisent essentiellement leurs sources dans la création des institutions de Bretton-Woods⁷⁵, au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, et dont les tenants lient inexorablement l'émancipation au bien-être économique de l'humanité. Or, il est possible de considérer que cette mondialisation économique puisse entrer en collision avec le concept de développement durable. D'ailleurs, une certaine doctrine⁷⁶ n'hésitera

⁷¹ *Déclaration de Rio supra* note 70.

⁷² Rapports, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, *Rapport du Sommet Mondial pour le Développement Durable*, Doc. Off. AGNU, 17^{ème} séance plén., A/CONF.199/20 (2002) en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/french/events/wssd/> [*Déclaration de Johannesburg*]

⁷³ Kiss, *Droit de l'environnement, supra* note 61. à la p. 419.

⁷⁴ Il y a lieu ici de mentionner que le texte fait référence, sur le plan épistémologique, au libéralisme économique classique d'inspiration keynésienne, voir smithienne. Il est assez clair, le texte évoquera cette réalité plus loin, qu'il y a actuellement un courant de néolibéralisme qui prédomine, notamment en occident, sur le plan de l'idéologie économique, depuis le début des années 1980. Ce courant est associé à l'école dite de « Chicago » parrainé par l'économiste Milton Friedman. Le présent texte s'affairaiera justement à mettre en relief la gravité des dérives que ce courant néolibéral présente, notamment en ce qui a trait à son interface avec le droit en matière d'environnement. L'expression « libéralisme économique », pour les fins de ce mémoire, exclura donc ce courant néolibéral qui est estimé présenter un trop grand contraste, par rapport à l'idéologie modérée qui est supportée par le véritable « libéralisme économique », d'inspiration classique. (Voir Gilles Dostaler, « Néolibéralisme, keynésianisme et traditions libérales » (1998) Cahier no. 9803, 244^{ème} numéro, Cahiers d'épistémologie, Groupe de recherche en épistémologie comparée, Département de philosophie, Université du Québec à Montréal, à la p. 1).

⁷⁵ Référence est fait ici à la Banque mondiale et au Fonds monétaire international, mais aussi à l'esprit de Bretton-Wood, qui a véritablement lancé l'émancipation du Gatt et le grand mouvement de libéralisation du commerce international, venant en appui à la préservation de la paix et de la sécurité internationale, qui à converger vers la création de l'OMC dans les années 1990.

⁷⁶ Kiss, *Droit de l'environnement, supra* note 61 à la p 419.

pas à conclure souvent que, par exemple, en matière de commerce international, « le point de vue de la liberté des échanges l'a emporté sur celui de la protection de l'environnement »⁷⁷ et constate que fréquemment cette mondialisation économique impose, puisqu'elle favorise la pullulation des agents de régulation internationaux, une approche axée sur « la subsidiarité tendant à favoriser la solution des problèmes environnementaux au niveau le mieux adapté »⁷⁸ qu'elle considère essentiellement comme « le complément indispensable de la mondialisation »⁷⁹ économique. Concernant l'évolution probable de cette conjoncture liée au développement durable et à son caractère multidimensionnel, voire universel, Kiss et Beurier anticipent ceci :

Ces développements devraient logiquement conduire au renforcement des structures institutionnelles. Cependant la multiplication des Conférences des Parties et des secrétariats au gré des conclusions de conventions multilatérales crée une dispersion des capacités qui sont déjà insuffisantes pour certains États. Rien que l'obligation d'adresser périodiquement des rapports sur l'exécution de conventions à une douzaine d'institutions peut poser un problème redoutable. Une centralisation devrait s'imposer au sein des Nations Unies et, à la longue, il semble nécessaire d'envisager la création d'une Agence mondiale de l'environnement⁸⁰.

L'auteur de ce mémoire se déclare en accord avec ce constat de la doctrine puisque, tel qu'il fut exposé en introduction, le duo Kyoto-Marrakech est caractérisé par une hybridité juridique permettant, à certains égards, une forme de régulation induite par, notamment, des agents économiques privés au niveau de la sphère transnationale du duo Kyoto-Marrakech, il y a donc là le potentiel d'émergence d'une mécanique d'adaptation juridique décentralisée. Cependant, nonobstant le caractère poreux du droit international de l'environnement, abondamment illustré par la doctrine, ainsi que de tout l'appareillage législatif qui gravite autour de ce dernier : l'auteur considère que la logique juridique impose une conception irrémédiablement tributaire du cloisonnement étanche (une espèce de muraille de Chine) entre les sphères interétatiques et les sphères transnationales.

⁷⁷ Kiss, *Droit de l'environnement*, *supra* note 61 à la p 419.

⁷⁸ *Ibid.* à la p.469

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

Les motifs menant à cette conclusion sont de deux ordres. Premièrement, un critère d'organisation économique de la société internationale orienté vers la création de la richesse mondiale — qui tient compte des dysfonctions observées au niveau des sociétés transnationales privées depuis l'an 2000 ; balisé par des impératifs d'émergence de règles de gouvernance économique mondiale — potentiellement analogue aux règles de gouvernance d'entreprises transnationales privées ; et demeurant, toutefois, largement tributaire d'une nécessité de flexibilité fonctionnelle indéradicable. Deuxièmement, l'inflexibilité qu'impose la problématique environnementale, en tant que vecteur de l'intérêt général de l'humanité, associée à l'atypisme qui caractérise la formation du droit coutumier international en cette matière, régule invariablement la mécanique juridique en cause. Ce mémoire reprendra, isolément, ces deux corollaires dans les prochaines sections en mettant en contradiction les vues d'une certaine doctrine qui, en analysant les résultats de la Déclaration de Johannesburg, considère que « le droit [fut] le grand perdant de ces travaux [...] [et que] la plupart des actions économiques ou sociales [...] nécessitent en réalité un cadre juridique ou ont besoin d'instruments juridiques spécifiques pour devenir efficace »⁸¹ et du même souffle déplore que le plan d'application de Johannesburg se concentre sur la dimension socioéconomique de l'équation du développement durable. Or, les signataires de la Déclaration de Johannesburg ont précisé le contexte dans lequel évolue le concept de développement durable de la façon suivante:

Notre responsabilité collective, [...] est de faire progresser et de renforcer [...] les piliers du développement durable que sont le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, qui sont interdépendants et qui se renforcent mutuellement [...] [Or,] [l]a mondialisation a donné une dimension supplémentaire à ces problèmes. L'intégration rapide des marchés, la mobilité des capitaux et l'accroissement sensible des flux d'investissement dans le monde entier créent à la fois de nouveaux défis et de nouvelles possibilités dans la poursuite du développement durable [...] Nous convenons que dans l'exercice de ses activités légitimes, le secteur privé [...] a le devoir de contribuer à l'évolution vers des communautés et des sociétés durables [...] Nous convenons qu'il faut que les entreprises du secteur privé respectent l'obligation de rendre compte, laquelle devrait être établie dans un cadre réglementaire transparent et stable⁸²

⁸¹ Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 aux pp.47-48.

⁸² Déclaration de Johannesburg, supra note 72.

Il est donc surprenant, devant ce constat fait à Johannesburg, qu'une certaine doctrine⁸³ considère alors un recul du droit en matière environnementale à l'échelle internationale — en affichant, ce faisant, selon notre avis, un certain dogmatisme basé sur une approche tablant exclusivement sur le droit conventionnel multilatéral —, éludant ainsi que l'émancipation des sociétés transnationales — qui ont une influence considérable en ce qui a trait à la donne environnementale —, se poursuit au sein de la société internationale, en échappant à la force contraignante du multilatéralisme juridique traditionnel. Il semble clair qu'à Johannesburg, loin de vouloir faire reculer la régulation en matière d'environnement à l'échelle internationale, on prend plutôt acte de la mondialisation et on ouvre la porte à des modes novateurs de régulation du secteur privé « transnational », là où — au sein de l'ordre juridique international — les activités économiques névralgiques de l'humanité se déroulent désormais. Dans le cas précis du duo Kyoto-Marrakech, ce mémoire pose qu'une telle idée constitue le germe d'une approche en droit international de l'environnement qui table sur une conception hybride du droit adaptée à la mondialisation économique. La question capitale devient alors : mais où doit commencer l'espace normatif absorbable par le secteur privé et où doit terminer l'espace normatif absorbé par le secteur public?

Dans les faits, c'est l'entreprise, particulièrement l'entreprise transnationale, qui est le vecteur prépondérant de la mondialisation économique. Or, il s'avère que ces dernières sont en quelque sorte le principal, pour ne pas dire le seul véhicule juridique du secteur privé, par le biais duquel elles investissent l'ordre juridique international. Une analyse de l'interaction entre ces sociétés et les systèmes de droit interne, ainsi que l'évolution qu'on y a observée devra donc nous apprendre beaucoup sur la façon dont on doit aborder la mécanique juridique internationale, particulièrement dans un secteur aussi cardinal que l'environnement. À ce titre, on ne peut passer sous silence les grands dysfonctionnements qu'a introduit le néolibéralisme⁸⁴ qui accompagne le processus de mondialisation au cours des années 2000. Les déboires de la société Enron⁸⁵ constituent, en ce sens, un exemple typique propice à l'analogie, qui mérite qu'on s'y

⁸³ Kiss, *Droit de l'environnement supra* note 61 aux pp.47-48.

⁸⁴ Voir *supra* note 74 et texte correspondant.

⁸⁵ Le courtier énergie texan Enron est une entreprise dont l'empire fut bâti sur la base de la dérégulation américaine dans le secteur de l'énergie. Sa culture organisationnelle fut l'incarnation même de l'idéologie néolibérale, appliquée à l'échelle de l'entreprise. Après une série de malversations rendues possibles par les méthodes de « gestion du risque », par opposition au contrôle hiérarchique traditionnel, Enron produisit la faillite la plus retentissante de l'histoire des États-Unis.

arrête pour mieux comprendre les tenants et aboutissants de la régulation, ou de l'absence de régulation, des acteurs privés dans l'ordre juridique international. Ce mémoire s'attardera à la tâche dans la prochaine section.

2. La turbulence juridique résultant de la mondialisation économique

Il est un grand courant⁸⁶ actuellement dans la doctrine se développant d'après l'idée selon laquelle nous entrons véritablement dans une zone historique de turbulence au plan des modèles économiques et juridiques en place ainsi qu'au niveau de leurs capacités de répondre adéquatement aux aspirations d'une organisation sociétale congruente. Plusieurs⁸⁷ avancent que l'élément déclencheur de ce carrefour historique est la faillite du courtier énergétique texan Enron. Cette faillite a obtenu le titre peu enviable du « plus grand scandale financier de l'histoire du capitalisme »⁸⁸. Mais Enron n'était pas une entreprise ordinaire. Certains observateurs⁸⁹ s'entendent pour dire qu'elle n'est que le symptôme d'un système basique, dit néolibéral, qui semble en voie de périlcliter si rien n'est entrepris — avec toutes les conséquences néfastes, sur le plan économique, que cela peut comporter. Dans les faits, l'affaire Enron fut le déclencheur d'une vague de faillites très violentes ayant générée une crise boursière, que l'on appelle désormais le *Krach lent de 2002*⁹⁰, et où l'on a vu s'envoler près de 4000 milliards⁹¹ de dollars américains de capitalisation boursière, dans les huit premiers mois de l'année en question. Cela équivaut à cinq fois les valeurs perdues lors du *Krach de 1987* ou encore à la radiation complète du PNB japonais annuel, deuxième économie mondiale⁹². Ce qu'il faut comprendre, afin de poser un diagnostic efficace concernant les retombées de l'affaire Enron, c'est l'imbrication en profondeur de l'idéologie néolibérale, au cœur même de la structure interne de l'entreprise. « Si l'affaire Enron est importante aujourd'hui c'est qu'elle vient remettre en cause la puissance de [son] hégémonie [néolibérale] et l'équilibre de son fonctionnement. »⁹³. Autre donnée

⁸⁶ Peter C. Fusano et Ross M. Miller, *ENRON : Les vraies raisons de la chute*, trad. par Catherine Pierre, Paris, SB.COM, 2002. [Fusano et Miller, *ENRON : La chute*]; Olivier Pastré et Michel Vigier, *Le capitalisme déboussolé après Enron et Vivendi : soixante réformes pour un nouveau gouvernement d'entreprise*, Paris, Éditions la Découverte, 2003 [Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*]; Robert Elie Rosen, "Risk management and corporate governance: the case of Enron" (2003) 35 Conn. L. Rev. 1157 [Rosen, *The case of Enron*]

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Fusano et Miller, *ENRON : La chute*, (Voir *ibid.*, Préface de Jean-Marc Sylvestre.).

⁸⁹ *Supra* note 86.

⁹⁰ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p.10

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Georges Magnus « L'Économie mondiale « bat le fer » à sa façon » (consulté le 12 avril 2004), en ligne : UBS www.ubs.com

⁹³ Fusano et Miller, *ENRON : La chute*, *supra* note 86 Préface de Jean-Marc Sylvestre

importante, le modèle de fonctionnement organisationnel à la sauce Enron s'est largement répandu depuis les années 1980, avec un degré plus ou moins important selon les cas. Le professeur Rosen fait d'ailleurs référence au concept d'entreprise remodelée en parlant de ce dernier. Il s'agit là d'une entreprise qui correspond ni plus ni moins à un holding d'équipes intraentrepreneuriales⁹⁴ en compétition les unes contre les autres souvent, compromettant la coopération interdépartementale et, en l'absence de contrôle hiérarchique traditionnel, court-circuitant l'ascendant des principes de gouvernance⁹⁵ sur ce type d'entreprise. L'histoire d'Enron c'est donc l'histoire d'un remodelage d'entreprises se produisant à l'échelle internationale⁹⁶ dans un contexte où, après une vague de fusions d'entreprises transnationales, « on découvre que trente des cents premières entités économiques mondiales (pays compris) sont des entreprises »⁹⁷ transnationales. Compte tenu des dysfonctionnements structurels majeurs que l'on a observée à travers ce processus de remodelage et surtout compte tenu de l'ascendant que ces entités transnationales privées exerce sur les leviers de la problématique de l'environnement mondial, nous croyons important de disséquer le cas Enron sur le plan de son interface, non seulement avec le droit, mais aussi avec l'idéologie qui lui sert de socle. Cela, évidemment, dans le but ultime de bien identifier les leviers caractérisant l'interface entre ces dernières et le cadre normatif du duo Kyoto-Marrakech.

Afin de bien évaluer l'avènement et la prolifération de l'idéologie néolibérale, un retour historique sur l'évolution de la pensée économique s'avère un puissant outil d'analyse. Cela est d'autant plus vrai, comme ce texte s'emploiera à le démontrer, que l'idéologie néolibérale bénéficie d'une popularité appuyée sur l'imbrication de dysfonctionnements ou de débordements attribuables à ces modèles prédécesseurs. Depuis l'ère du corporatisme — issu de la première moitié du deuxième millénaire —, qui mettait en scène des commerçants ayant mis sur les déterminants du système économique et les débats idéologiques connexes, les débats doctrinaux en matière économique se sont pratiquement toujours articulés autour du dosage de l'intrusion du pouvoir politique dans le déploiement des mécanismes de cette organisation économique. C'est seulement avec le *Traité de Westphalie* en 1646 que l'État Nation

⁹⁴ Rosen, *The case of Enron*, *supra* note 86 à la p. 3

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 9.

voit le jour et qu'il entraîne dans son sillage les préceptes du mercantilisme⁹⁸ naissant. Ce mercantilisme va véritablement asseoir le monopole de cet État-nation sur les richesses territoriales. Ce contrôle étatique sera très présent lorsqu'il s'agira de transiger avec l'extérieur mais, du même souffle, définitivement timoré à l'interne — soit par le maintien d'un système concurrentiel. C'est également à partir de cette époque que l'on cessera de parler d'une économie européenne, par exemple, mais plutôt d'économies coloniales et, par surcroît, d'une économie internationale. La complexification et le développement des idéologies économiques s'intensifient conséquemment à cette époque.

Le XIX^e siècle, pour sa part, marquera le départ de l'industrialisation, qui se matérialisera à un moment de l'histoire où les empires coloniaux européens sont en croissance et où l'hégémonisme de l'empire britannique — en particulier celui de ses entreprises nationales — sur l'échiquier international, devient de plus en plus présent. Il s'agit de la période que l'on se plaît à appeler : *l'âge d'or du libéralisme économique classique*. Cela correspond à une époque où la libéralisation économique est présente en force dans les économies internes mais où l'État conserve la main mise sur des leviers cardinaux⁹⁹ garantissant, par l'action législative si cela est requis, l'intégrité du système économique en cause. L'avènement de ce courant idéologique prend, entre autres, sa source dans une virulente critique du mercantilisme procurée par le livre d'Adam Smith intitulé *Les recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*¹⁰⁰ publié en 1776 et qui correspond à un vigoureux plaidoyer en faveur du capitalisme libéral¹⁰¹. Smith explique alors qu'« un individu qui « ne poursuit que son propre profit » est « conduit par une main invisible » [...] [et] en poursuivant [ainsi] son propre intérêt (l'individu) favorise souvent l'intérêt de la société plus efficacement que lorsqu'il a réellement l'intention de le faire »¹⁰². Une propension de l'État de s'interdire

⁹⁸ Doctrine des économistes du XVI^e et du XVII^e siècle tendant essentiellement à procurer à l'État les moyens d'obtenir les richesses premières que sont l'or et l'argent. (voir Le Petit Robert I, 1988 s.v. « mercantilisme »)

⁹⁹ On doit référer ici à des hypothèses de base essentielle à la cohérence théorique de cette approche telle que : la nécessité d'une concurrence libre et parfaite, la circulation de l'information, etc.

¹⁰⁰ Adam Smith, Sa vie, en ligne : Encyclopédie Yahoo!
http://fr.encyclopedia.yahoo.com/articles/jb/jb_2394_p0.html#jb_2394.9 [Smith, en ligne].

¹⁰¹ Smith, en ligne *supra* note 100.

¹⁰² Milton Friedman et Rose Friedman, *La liberté du choix*, Paris. Éditions Pierre Belfond, 1980 p. 14 [Friedman *La liberté*]

les interventions ciblées dans l'espace économique, s'observera à l'échelle internationale avec l'expansion de cette idéologie libérale dite classique.

Dans une deuxième phase de l'évolution du libéralisme capitaliste, les travaux de William Stanley Jevons, notamment son livre intitulé *The theory of political economy*, publié en 1871, lance l'école de pensée dite néoclassique¹⁰³. Cette école correspond à la mathématisation¹⁰⁴ de l'analyse économique réduisant cette dernière à une série d'abstractions théoriques à portée universelle. Par exemple, selon ce courant de pensée « [l]a science économique, sous sa forme néoclassique standard n'a, en aucun cas, besoin de recourir à l'histoire pour construire son corpus théorique. L'histoire, par la prolifération de ses singularités, viendrait miner la robustesse des lois économiques»¹⁰⁵ au sens de cette idéologie. Ce modèle va donc prédominer en occident jusqu'au début du XX^e siècle et être associé, jusqu'à un certain point, à la prospérité des *Années Folles*¹⁰⁶. Cependant les premières critiques importantes envers l'idéologie néoclassique naissent déjà au milieu des années 1910. Elles sont issues d'une conjonction entre la montée du communisme, qui se propose comme alternative idéologique, et un système capitaliste manifestement ébranlé au détour de la Première Guerre mondiale — car ce dernier prendra beaucoup de temps à relancer la croissance économique¹⁰⁷. Cela aura tôt fait de jeter un voile d'incertitude sur les bienfaits de la croyance aveugle en l'efficacité d'ajustement du marché et à l'orthodoxie financière qui en découle¹⁰⁸. En

¹⁰³ Une revue, entre autres, de la documentation disponible sur Internet met en lumière une confusion entourant l'idéologie économique néoclassique et l'idéologie néolibérale. On assimile souvent le néoclassicisme au néolibéralisme, ce qui est une erreur puisque le premier émane d'une doctrine de la fin du XIX^e siècle alors que la seconde, bien qu'elle puise son assise théorique dans ce néoclassicisme, émane d'une doctrine de la fin du XX^e siècle.

¹⁰⁴ Thomas Lufkin et Dominik Zarhr, Exposé en analyse économique de situations historiques auprès du professeur Jean-Christian Lambelet, La « science » économique, Université de Lausanne, École des hautes études commerciales, 12 juin 2001, en ligne : Université de Lausanne <http://www.hec.unil.ch/jlambelet/expose120601.pdf> à la p. 3 [Lufkin et Zarhr, Exposé].

¹⁰⁵ Lufkin et Zarhr, Exposé, *supra* note 104, à la p. 4.

¹⁰⁶ On réfère ici aux *Années Folles* comme étant les années qui s'étendent du retour en force de la prospérité économique mondiale en 1924, suite à la Première Guerre mondiale, jusqu'au *Krach de 1929*.

¹⁰⁷ « Au lendemain de la Première Guerre mondiale, [le] représentant [du] [...] Trésor britannique à la conférence de paix de Paris, [John Maynard] Keynes s'opposa à l'attitude revancharde qui amenait à imposer à l'Allemagne des paiements de réparations excessifs. Il fallait reconstruire l'Europe, assurer partout une économie prospère, et non détruire celle de l'Allemagne. [Keynes] démissionna de la délégation britannique lorsqu'il fut persuadé que le traité de Versailles allait dans une direction dangereuse pour l'avenir du continent. Il poursuivit ce combat en écrivant rapidement un livre qui allait le rendre célèbre. Les conséquences économiques de la paix (1919). Les difficultés économiques ultérieures de l'Allemagne et la montée du nazisme lui ont donné raison. (voir Michel Beaud et Gilles Dostalier, « Keynes, ou l'esprit de responsabilité » *Le Monde Diplomatique* décembre 1996, p. 21-22 en ligne : *Le Monde Diplomatique* <http://www.monde-diplomatique.fr/md/1996/12/BEAUD/7465.html> [Beaud et Dostalier « Keynes »]

¹⁰⁸ Beaud et Dostalier « Keynes », *ibid.*

cheminant vers le *Krach de 1929*, John Maynard Keynes sonne l'alarme dès 1926 lorsqu'il publie *La Fin du laisser-faire*, qui attaquait de front le « dogme de l'ajustement spontané des économies par les marchés »¹⁰⁹. Le point culminant des produits de l'idéologie libérale néoclassique fut consacré par le *Krach de 1929*, ce qui marque le début d'une vague d'intérêt envers les théories de Keynes. Cette catastrophe boursière de 1929, qui s'étale par ailleurs sur fond de spéculation frénétique, est suivie arithmétiquement de la Grande Dépression des années 1930. Le plaidoyer de Keynes, désormais connu sous le vocable du keynésianisme¹¹⁰, s'intensifie en faveur d'une troisième voie s'interposant entre l'orthodoxie d'économie planifiée associée au communisme d'une part et l'orthodoxie du capitalisme libéral néoclassique, d'autre part.

Le keynésianisme et son interventionnisme s'imposent alors comme modèle idéologique de prédilection du monde occidental. Ce keynésianisme, au détour des années 1930, importera les principes microéconomiques du fordisme¹¹¹ dans la sphère macroéconomique. Cela servira incidemment d'assise à l'avènement fabuleux des *Trente Glorieuses*¹¹², en aval de la Deuxième Guerre mondiale, dont le socle fut la conviction que : « livrée à elle-même, l'économie n'assure pas le plein emploi, et l'intervention de l'État est parfaitement légitime pour combattre le chômage et soutenir l'activité »¹¹³. Cependant, le caractère inflationniste du keynésianisme posera problème en raison de la présence de risques de stagflation¹¹⁴ structurelle, ce qui obligera éventuellement les gouvernements à intervenir de plus en plus microscopiquement¹¹⁵ pour éviter la matérialisation de ce risque. Lors du choc pétrolier de 1974, la situation inflationniste est à son paroxysme et une inévitable purge de l'inflation, via des hausses

¹⁰⁹ Beaud et Dostalier « Keynes », *ibid.*

¹¹⁰ On associe généralement le keynésianisme au modèle de social-démocratie moderne.

¹¹¹ « Le capitalisme du XIX^e siècle a su rationaliser la production, réaliser des gains de productivité élevés et accélérer le progrès technique, mais il a buté inlassablement sur un problème de débouchés. » (voir Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 23) ; La surproduction devenait un problème et Henry Ford inventa alors le principe du *five-dollar day*. Il voulut faire de ses employés ses clients en augmentant leurs salaires et, via une production plus soutenue, profiter des économies d'échelles correspondantes permettant ainsi de baisser les prix. Par ce procédé, Ford s'assurait d'un vaste marché solvable pour écouler son produit. Keynes importait ce principe en macroéconomie où le salarié devint le pilier du système de régulation économique. L'équation étant : « Je t'aide à consommer plus et tu m'aides en retour à produire mieux. » (Voir *ibid.* à la p. 24).

¹¹² Le texte réfère ici à la période de stabilité et de croissance économique mondiale, sans précédent dans l'histoire de l'humanité, qui s'étend de 1945 à 1974

¹¹³ Beaud et Dostalier « Keynes », *supra* note 107 à la p. 21-22.

¹¹⁴ Situation de conjoncture économique qui réunit la présence de chômage et d'inflation en concomitance.

¹¹⁵ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 24.

du taux d'intérêt, intervient au tournant des années 1980 annonçant ainsi une nouvelle ère basée sur l'idéologie dite néolibérale¹¹⁶.

Au début des années 1980, les tentacules de l'État, particulièrement aux États-Unis, sont largement déployées dans la sphère économique et les dysfonctionnements, notamment au chapitre de la flexibilité de l'appareil de production¹¹⁷ alimentent, d'ores et déjà, une sévère période de contraction économique correspondant à la *Récession économique mondiale de 1980 – 1982* qui culmine avec le désastre de la *Crise de la dette de 1982*. Les décideurs étatiques en matière économique se mirent donc rapidement à la recherche d'une alternative idéologique plus viable que celle de l'approche keynésienne jugée trop inflationniste. L'avènement de l'école dite de Chicago, très proche du parti républicain aux États-Unis – et l'élection du Président Reagan en 1980 –, insufflera le courant idéologique dit néolibéral en imposant son hégémonie sur les décennies qui suivront – jusqu'à nos jours. La première conséquence de cette conjoncture idéologique sera la mise en marche d'une vague de déréglementation triomphante, presque sans précédent, qui s'inaugure avec ce que l'on a appelé les *Reaganomics*¹¹⁸. C'est Milton Friedman, professeur à l'université de Chicago et récipiendaire du prix Nobel d'économie de 1976, qui est aujourd'hui considéré comme le père spirituel de ce courant néolibéral. L'approche de Friedman misera avant tout sur une vaste entreprise de retrait de l'État, particulièrement de son activité législative, de la sphère économique.

L'approche néolibérale peut, en première analyse, sembler s'apparenter à un simple retour vers des principes de libéralisme économique néoclassique. Or, une revue de la doctrine¹¹⁹ sur le sujet dénote l'absence de consensus à cet égard. Conséquemment, compte tenu de la perspective d'analyse proposée par ce mémoire, il semble

¹¹⁶ Plusieurs auteurs parlent du néoclassicisme comme l'appui théorique du courant néolibéral. Ce courant néoclassique, succédant au courant classique engagé par Adam Smith, débiterait avec la parution de *The theory of political economy* par William Stanley Jevons.

¹¹⁷ Il existe une école de pensée en macroéconomie qui identifie l'ajustement des salaires (à la baisse incidemment) comme étant l'un des moteurs d'ajustements économiques propre à endiguer le chômage via un corollaire d'accroissement connexe de la consommation. Évidemment, lorsque les tentacules de l'État sont déployés et consolident des groupes sociaux, tels les syndicats, cette école de pensée conclut que la flexibilité des salaires est compromise et que cet état de chose perpétue conséquemment la contraction économique et le chômage afférents.

¹¹⁸ Ronald Reagan, En ligne: Wikipédia, http://fr.wikipedia.org/wiki/Ronald_Reagan#Reaganomics

¹¹⁹ Milton Friedman lui-même ne revendique pas être l'instigateur d'un courant néolibéral. Il se définit comme un héritier du libéralisme économique classique.

d'importance capitale de procéder à un examen préalable du positionnement épistémologique de cette idéologie dont le traçage des contours semble *a priori* poser problème. Le premier constat qui émerge à ce chapitre est le fait que « les réflexions épistémologiques sur la « théorie » néolibérale ne sont pas légion »¹²⁰. Ce qui a comme conséquence immédiate de compliquer passablement la tâche de recherche. De plus, il existe des débats doctrinaux qui associent le néolibéralisme soit, d'une part, à un retour vers « une vision smithienne de l'économie »¹²¹ associée au cadre conceptuel de libéralisme classique ou soit associée à une théorie qui, au regard de ce même libéralisme classique, « passe par une conception de la liberté complètement différente »¹²² signalant ainsi une rupture au niveau de la conceptualisation basique, d'autre part. Qui plus est, «[s]i cette deuxième conception est choisie, il devient difficile de différencier théorie néolibérale et néoclassique, cette dernière accordant la même primauté au choix individuel et au calcul rationnel. Elles apparaissent ainsi comme les deux facettes d'une même fable »¹²³. En dernière analyse toutefois, l'argument selon lequel la théorie néolibérale apporte une contribution propre semble assez convaincante puisque l'édifice néolibéral s'appuie essentiellement sur la conception d'« une [...] économie capitaliste dont le fondement politique principal est le respect de la liberté individuelle, conçue comme liberté de choix d'un individu exercée sur un marché concurrentiel au sens néoclassique du terme »¹²⁴.

C'est donc dire que l'individu et sa liberté de choix, selon les postulats de cette théorie, sont la matière première d'un système autorégulé qui — par un processus de maximisation du profit individuel —, maximise l'intérêt collectif. De plus, «[c]onformément à la conception néolibérale de la liberté, l'État ne peut empêcher un individu de satisfaire ses préférences sur le marché »¹²⁵ peu importe leur nature¹²⁶.

¹²⁰ Eric Mulot, « Libéralisme et néolibéralisme : continuité ou rupture? » (2002) MATISSE, UMR 8595, Université de Paris I, en ligne : MATISSE <http://matisse.univ-paris1.fr/doc2/mse241.pdf> [Mulot « Libéralisme »]

¹²¹ Maurice Lagueux, « Qu'est-ce que le néolibéralisme ? » (2004) Les Cahiers virtuels, Université de Montréal, Département de philosophie, en ligne : Université du Québec à Chicoutimi www.uqac.quebec.ca [Lagueux « néolibéralisme »]

¹²² *Ibid.*

¹²³ Mulot « Libéralisme », *ibid.* à la p. 20

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.* à la p. 12.

¹²⁶ Dans l'édifice théorique néolibéral de Friedman s'« il existe un goût pour la discrimination, qui peut amener (c'est l'exemple étudié par Friedman) le gérant d'un bar à refuser l'entrée aux Noirs, pour satisfaire les goûts de ses clients. Dans ce cas, l'État ne peut obliger le gérant à accepter les clients noirs, car cela entraînerait la faillite du magasin. La solution consiste à essayer de convaincre les clients que leur goût pour la discrimination est mal » (Voir Mulot

Selon cette vision des choses, l'État doit donc restreindre son action puisqu'il est perçu « comme limitant par construction la liberté individuelle »¹²⁷ Étant donné que le gouvernement est envisagé non pas comme le représentant des points de vues politiques mais bien comme la représentation des « préférences de certains groupes »¹²⁸, dont les intérêts primeraient injustement selon la règle de la majorité démocratique. Le retrait du gouvernement favoriserait donc une coordination économique — par le truchement du marché libre —, de nature impersonnelle, qui est estimée préférable par les néolibéraux. Dans cette idéologie donc, « [s]eul le marché est apte à pleinement respecter la liberté individuelle [...] [et] permet d'appliquer le principe de l'unanimité »¹²⁹. Ce raisonnement conditionne grandement la rupture idéologique d'avec le libéralisme classique — ainsi qu'avec le courant néoclassique — et témoigne, en bout de piste, de la singularité de l'approche conceptuelle néolibérale. Dans un premier cas, l'on construit sur l'héritage néoclassique en maintenant l'idée d'une « coordination des individus par le marché [en tant qu']instance impersonnelle utopique et anhistorique »¹³⁰ — contrastant donc fondamentalement avec l'approche classique qui fait de « l'État le représentant de l'intérêt général [et] le garant de la liberté individuelle. »¹³¹. Dans un deuxième cas, la rupture idéologique se situe au niveau de l'interprétation des postulats de base empruntés au néoclassicisme. Les rôles fondateurs de ces hypothèses telles que : la concurrence parfaite sans aucune barrière à l'entrée des participants potentiels au marché, l'homogénéité des marchandises transigées, l'incapacité pour des participants ou des groupes de participants d'exercer une influence sur le marché et la disponibilité d'une information complète et parfaite pour tous les participants, subissent une interprétation contrastante dans le modèle néolibéral. Ainsi, par exemple, « les législations anti-cartels relèveraient d'une politique préconisée typiquement [...] par les économistes néoclassiques »¹³² dans un désir d'investir l'État de la mission de préserver le postulat basique de concurrence libre et parfaite — permettant ainsi au marché libre de s'émanciper et de tendre vers l'équilibre. La rupture idéologique spécifique du néoclassicisme d'avec la vision néolibérale prend

« Libéralisme », *supra* .note 120 à la p. 12.) : Le radicalisme de la position de Friedman est trahi par le résultat concret de l'application de sa construction théorique, parions qu'un tel extrémisme idéologique se butera inlassablement au caractère incontournable de la problématique environnementale.

¹²⁷ Mulot « Libéralisme » *ibid.* à la p. 17

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.* à la p. 13

¹³¹ *Ibid.* à la p. 17

¹³² Lagueux « néolibéralisme », *supra* note 121.

donc sa source primitive à même cette analyse fondamentalement différente de l'interprétation des fondements conceptuels. Selon Friedman, « l'économiste n'a pas à se préoccuper du caractère « réaliste » des modèles auxquels il recourt »¹³³ pour conditionner les mécanismes d'autorégulation du système. De plus, au chapitre des cartels, par exemple, l'approche néolibérale contraste avec le néoclassicisme en prônant qu'« [i]l ne s'agit plus d'adopter des politiques anti-cartels, mais d'exiger seulement que l'État cesse de soutenir les monopoles. [L]es seuls monopoles [étant] vraiment redoutables [sont] [...] ceux soutenus et créés par l'État »¹³⁴. La spécificité conceptuelle du néolibéralisme réside donc dans cette variante du néoclassicisme, qui consiste à préférer le laisser-faire sur le maintien d'une concurrence pure et parfaite. Ce constat fait du courant néolibéral une théorie qui « [considère] l'économie et la politique comme deux sphères autonomes et indépendantes [où] [p]rime [...] la sphère économique [et] [...] où le seul déterminant des comportements individuels est le calcul rationnel, qui n'est en aucun cas guidé par des règles morales. »¹³⁵. On ne saurait donc sérieusement souscrire à une telle conclusion et favoriser une telle approche lorsqu'il est question de réguler les atteintes faites à l'environnement par l'activité économique mondiale. À la lumière de ces constatations, ce mémoire s'emploiera à démontrer que l'idéologie néolibérale affiche un défaut de conception fondamental, en basant l'atteinte de bienfaits économiques qu'elle prône sur une efficience émanant de l'équilibre du marché — qui lui-même s'appuie sur une hypothèse (la concurrence pure et parfaite) dont le rejet néolibéral constitue, par ailleurs, le principal critère de différenciation des courants idéologiques prédécesseurs. Au surplus, ce fondement conceptuel étriqué, cohabite avec des variables exogènes tel que le processus de mondialisation économique, les tendances oligopolistiques induites par la prolifération et le renforcement des sociétés transnationales, ainsi que la montée fulgurante de la puissance du capital privé. Cette situation crée donc des conditions où ce vent néolibéral prend véritablement des allures de bombe à retardement sur le plan environnemental et où, effectivement, dans ce cas le droit semble *de facto* évacué. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille céder le pas au dogme du multilatéralisme juridique à titre de contrepoids pour autant.

¹³³ Lagueux « néolibéralisme », *supra* note 121.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Mulot « Libéralisme », *supra* note 120 à la p. 20.

Alternativement, afin de bien mesurer les effets et les leviers de ce type d'évacuation du droit sur un système d'organisation sociétale — en particulier celui de la société internationale —, il est utile d'examiner spécifiquement l'exemple du produit par excellence de l'ingénierie financière, imaginé par les docteurs en économie néolibéraux : Enron. Certains auteurs¹³⁶ affirment que la vague de déréglementation induite par le courant néolibéral « a produit des entreprises incontrôlables et [...] insanctionnables »¹³⁷ qui ébranlent jusqu'au concept actuel de gouvernance¹³⁸. Les impacts sociétaux des dérives produit par l'hégémonie néolibérale, nous parviennent donc à travers son effet déstructurant sur le concept même d'entreprise — qui a comme corollaire une dilution de l'effet des législations corporatives¹³⁹ nationales. L'angle d'analyse dans la recherche de solutions doit donc impérativement passer par une compréhension de ce processus de déstructuration du concept d'entreprise. L'exemple d'Enron constitue un enseignement par voie de généralisation¹⁴⁰ permettant de disséquer les dysfonctionnements microéconomiques induits par le néolibéralisme. Ce mémoire utilisera donc une décortication minutieuse de l'affaire Enron, en vue d'un exercice de généralisation subséquent.

Cette démonstration des dysfonctionnements de l'entreprise néolibérale s'observe en deux volets. Un premier volet de financiarisation du modèle d'affaire et un deuxième

¹³⁶ Le professeur Rosen explique que le rôle du Conseil d'administration, dans le cas d'Enron — lorsque soumis à l'analyse d'un sous-comité du Sénat américain —, fut décrit par ce dernier comme ayant échoué à superviser et stopper les abus. Il a fait souvent le choix d'ignorer les problèmes et a donné son approbation pour que la compagnie s'engage dans des opérations à haut risque. Le sous-comité conclut donc que le Conseil a violé son devoir de préserver l'intérêt des actionnaires (Voir Rosen "corporate governance", *supra* note 86 à la p. 1) ; Il affirme également que les lois corporatives actuelles s'articulent autour d'un certain modèle organisationnel centré sur la chaîne de commandement où l'entreprise est envisagée comme une bureaucratie (Voir *ibid.* à la p. 2) alors que l'entreprise de type néolibérale est caractérisée par une structure organisationnelle aplatie où les sièges sociaux sont réduits et où les descriptions de tâches sont fluides. Ce qui aurait comme conséquence de rendre inopérants les principes actuels de gouvernance d'entreprise à l'égard de telles entreprises. (Voir *ibid.*) . D'où l'obsolescence confirmé du cadre normatif interne traditionnel.

¹³⁷ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 7.

¹³⁸ Rosen "corporate governance", *supra* note 86 à la p.4.

¹³⁹ *Ibid.* à la p. 2

¹⁴⁰ Pastré et Vigier expliquent que le procès d'Enron n'est pas celui d'une entreprise mais bien celui de tout un système. La faillite d'Enron est un événement qui prend ses distances des scandales précédents. en raison du contexte de déréglementation frénétique qui la conditionne. Ce qui propulse en avant le besoin de réforme du gouvernement d'entreprise à l'échelle macroéconomique (voir Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 22) ; Rosen, lui, met en lumière que le cas d'Enron est typique de la situation des entreprises modernes qui, appliquant l'idéologie néolibérale à l'échelle microéconomique, conduit le cas d'Enron à s'imposer comme une réalité sociologique et métaphore juridique (voir Rosen "corporate governance", *supra* note 86 à la p. 3) : Le cas d'Enron nous apprend que l'entreprise néolibérale évolue en l'absence de contrôle hiérarchique sans réaction devant la menace légale et en l'absence d'imputabilité reliée au processus décisionnel (voir *ibid.* p. 4 et 5). C'est donc avec cette particularité importante que les sociétés transnationales investissent l'ordre juridique international, la recherche d'un cadre normatif adapté devient essentielle du point de vue de l'environnement.

volet, lié au démantèlement de la structure organisationnelle de l'entreprise. Le premier volet concerne donc le modèle d'affaire ultime poursuivi par l'entreprise néolibérale : c'est-à-dire un processus de financiarisation continu qui, poussé à la limite de sa logique, reflète typiquement le modèle d'affaire d'Enron — et conduit inexorablement à l'implosion de l'entreprise. Le deuxième volet concerne l'imbrication du néolibéralisme dans la culture organisationnelle même de l'entreprise et ses effets pervers : l'éclatement du concept traditionnel de conflit d'intérêts et l'insécurité systémique créée par la concurrence interdépartementale (et individuelle) favorisant un climat de tolérance¹⁴¹ « des pratiques d'entreprise potentiellement illégales et dénuées de toute déontologie »¹⁴². L'entreprise néolibérale contraste fondamentalement d'avec les modèles d'inspiration bureaucratique, en substituant le contrôle hiérarchique à la gestion du risque de non-conformité. Ce qui veut dire implicitement que cette non-conformité demeure une option dans ce schème idéologique. On peut d'ores et déjà conclure que ce concept de gestion du risque de non-conformité se marie mal avec la gestion de la problématique environnementale mondiale. Cela confirme que cette dernière nécessite invariablement la force contraignante, au minimum avalisée par l'ordre juridique interétatique et — dans les cas extrêmes, touchant des aspects fondamentaux — favorise peut-être même l'éclosion de la notion de *jus cogens* en droit international de l'environnement¹⁴³.

Il y a donc lieu de questionner grandement la position de l'école néolibérale en ce qui concerne la place du droit dans l'organisation de toute société, notamment la société internationale. Force est de constater que l'orthodoxie du retrait du contrôle étatique de tout acabit — qu'il porte ou non sur les forces du marché en mouvance à l'échelle microéconomique de l'entreprise —, a produit chez Enron une faillite avoisinant les 60 milliards de dollars américains, et une situation où la mise à l'avant-plan inconsidérée

¹⁴¹ Le système du *rank and yank* en place chez Enron, mais aussi dans beaucoup d'autres entreprises (20 % des entreprises américaines utilisent ce système), est un exemple de ces pratiques néolibérales extrémistes qui jettent un voile d'insécurité permanent sur le personnel de l'entreprise et consacrent une culture d'entreprise absolument impitoyable, montant les collègues les uns contre les autres. Cette pratique consistait chez Enron à classer les employés en fonction de certains critères, tous les six mois, et à congédier, sur une base régulière et au grand jour, le dernier 15 % des employés qui obtenaient le moins bon classement. Enron recrutait en permanence sur les grands campus américains pour renouveler ses effectifs. (Voir Fusano et Miller *ENRON. La chute*, *supra* note 86 à la p. 45)

¹⁴² Fusano et Miller *ENRON. La chute*, *supra* note 86 à la p. 46.

¹⁴³ L'exploration des tenants et aboutissants de cette notion de *jus cogens* étant appliqué à l'environnement est évidemment très intéressante mais, une telle analyse dépasserait le cadre du présent mémoire. Voilà, pourquoi nous nous bornerons ici, au fil de ce texte, à évoquer cette possibilité sans plus, ainsi que le font des sommités du droit international.

de l'intérêt personnel a finalement entraîné le détournement de fonds, la fraude comptable¹⁴⁴ ainsi que des pratiques hautement amoraux¹⁴⁵ de la part de la haute direction — cela eut comme résultante la perte, pour les employés d'Enron, de leurs emplois ainsi que leurs fonds de pension. En considérant la situation d'Enron comme le corollaire du *Krach lent de 2002*, on peut aisément parler de faillite du système néolibéral, conditionnée par le fait que « [l]es marchés sont amoraux [et que] la poursuite effrénée de l'intérêt personnel ne sert pas nécessairement l'intérêt collectif »¹⁴⁶, dont l'environnement relève souverainement. Le discours de la doctrine est actuellement modulé vers le constat d'un besoin de refonte, en aval de l'affaire Enron, de la gouvernance d'entreprise — cela afin de procurer des solutions immédiates aux conséquences des dérives néolibérales. Cette perspective est fortement attribuable au fait que « l'ultime moteur de la croissance des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, c'est bien d'abord et avant tout, l'entreprise »¹⁴⁷. Or, cette entreprise présente de plus en plus une caractéristique d'imperméabilité de ses structures en regard des lois corporatives¹⁴⁸ et ultimement en regard du cadre normatif international. Plus que jamais, cette entreprise est au centre de la problématique environnementale mondiale. Ce mémoire arguera que c'est l'hybridité juridique qui sera le vecteur d'une force normative contraignante internationale à même de réguler efficacement cette nature désormais transnationale du pollueur privé.

Historiquement, sur le plan du droit interne, l'édification du corpus législatif en matière de régulation d'entreprise est fortement imbriquée avec les idéaux de libéralisme smithien — et aussi avec son courant néolibéral. Il émerge d'une « approche bâtie sur le critère de l'efficience »¹⁴⁹. L'État a donc construit son espace normatif en adoptant une prémisse selon laquelle « l'organisation d'une société est le résultat d'un faisceau de contrats entre plusieurs individus, qu'ils soient actionnaires, gestionnaires, employés,

¹⁴⁴ Le chiffre d'affaire d'Enron de l'an 2000 évalué à 139 milliards de dollars américains fut ultérieurement révisé à 8 milliards de dollars américains (voir Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, supra note 86 à la p. 17)

¹⁴⁵ À titre d'exemple Ken Lay, président du Conseil d'Enron, avait initié une campagne de courriels à l'endroit des employés d'Enron alors que les problèmes d'Enron commencèrent à influencer sur le cours de ses actions. Ces messages vantaient les mérites de la détention des actions d'Enron à travers le fonds de pension des employés au moment même où les initiés de la compagnie se départissaient massivement. À hauteur d'un milliard de dollars, des actions de la compagnie (dont une valeur de 100 millions en ce qui concerne Ken Lay lui-même) (voir Fusano et Miller *ENRON : La chute*, supra note 86 à la p. 100)

¹⁴⁶ Soros, Georges. *Guide critique de la mondialisation*, New York, Plon, 2002. à la p. 188

¹⁴⁷ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, supra note 86 à la p. 81

¹⁴⁸ Rosen, *The case of Enron*, supra note 86 à la p. 1

¹⁴⁹ *Ibid.* à la p. 5.

créanciers ou autres, qui acceptent librement de participer à cette aventure commune »¹⁵⁰, laissant *de facto* toute la place au marché. Or, gorgé de cette idéologie « le droit économique contemporain intègre bien une telle rationalité [...] [et] propose une réglementation supplétive qui confère aux entrepreneurs et aux gestionnaires une grande discrétion pour définir eux-mêmes les règles [...] d'administration de l'entreprise ». Le droit national complète habituellement cette législation en imposant aux dirigeants d'entreprise des devoirs de soin, de prudence et de loyauté et — produit des réformes du milieu des années 1970 —, « une obligation accrue de rendre compte [...] [aux] actionnaires »¹⁵¹ de l'entreprise¹⁵². Cependant, l'angle d'attaque normatif demeure irrémédiablement déployé dans ce cadre de règles non contraignantes, de nature supplétive plutôt qu'impérative et congruente, reflétant ainsi le désir de l'État de ne pas agir de manière autoritaire, dans une sphère qui conditionne la circulation du capital. La professeure Raymonde Crête, dans un article paru en amont de l'éclatement du scandale d'Enron, évoquait en ces termes les risques reliés à cette conception néolibérale:

Une telle solidarité entre l'État et le milieu des affaires présente cependant des dangers puisqu'elle risque de privilégier les intérêts de certains groupes organisés ou économiquement plus forts au détriment de ceux dont les intérêts sont dispersés ou plus faibles sur le plan économique. Plus particulièrement, la recherche du profit maximal et la réglementation qui entend promouvoir cet objectif peuvent devenir une source de conflit importante avec les autres valeurs et intérêts qui façonnent la vie en société, notamment en matière de protection de l'environnement ¹⁵³

Le défi d'encadrement du secteur privé, constitué en corporation, face à la problématique environnementale est chargé de complexité, notamment sous l'analyse

¹⁵⁰ Rosen, *The case of Enron*, *supra* note 86 à la p. 3.

¹⁵¹ Crête, Raymonde. « L'État et les entreprises : des partenaires pour la création d'une réglementation favorable à la quête des capitaux dans le marché des valeurs mobilières » (2000) 41 C. de D. 289 à la p. 5. [Crête « L'État et les entreprise »]

¹⁵² Il est intéressant de noter que, *a contrario*, des réformes du gouvernement fédéral au Canada, en matière de gouvernance, le Québec « s'est abstenu d'introduire un régime de responsabilité et de protection semblable[...] obligeant les parties vers le droit commun qui confère aux tribunaux des pouvoirs d'intervention très limités[...] [cela dans le but de] rendre [la loi québécoise] [...] plus attrayante aux yeux des investisseurs qui craignaient une utilisation abusive des pouvoirs conférés aux actionnaires minoritaires » (voir *ibid.*) De plus, au Canada, « [l]es risques d'abus résultant des conflits entre les actionnaires sont particulièrement élevés dans le contexte du marché canadien en raison de la forte concentration de l'actionariat des grandes entreprises entre les mains de quelques actionnaires dominants » (voir *ibid.* à la p. 7)

¹⁵³ Crête « L'État et les entreprise » *supra* note 151 à la p. 12.

du cadre international — où l'on recense les balbutiements d'un processus d'adaptation à géométrie variable. En Europe par exemple, certains intervenants¹⁵⁴ considèrent que les fondements juridiques du système de type nord-américain le rend naturellement dysfonctionnel puisqu'« [e]n amont de ce « modèle » se trouve le droit anglo-saxon, [qui] [...] s'appuie sur des règles et non pas, comme le droit romain, [...] sur des principes »¹⁵⁵ Cette dimension de la problématique sur l'échiquier nord-américain incorporerait donc le ressort — étant donné qu'en droit anglo-saxon « tout ce qui n'est pas interdit est, par définition, autorisé »¹⁵⁶ — d'une forte propension à alimenter un « rôle hypertrophié des avocats [...] à la recherche de [...] faille[s] réglementaire[s] [sur] des points de législation de plus en plus ésotériques »¹⁵⁷. Bien que l'approche des régimes civilistes ne soit pas une panacée, cela dénote la complexité de ce processus d'adaptation. Le scandale d'Enron se présente-t-il alors comme un événement jouant un rôle cathartique reflétant une « mobilisation [...] consécutive à la révélation d'une transgression? »¹⁵⁸ Enclenche-t-il véritablement « les ressorts moraux de l'action » devant les déboires de l'idéologie dominante via une sorte d'autorégulation sociétale¹⁵⁹? Ce qui aurait tendance ce faisant à cautionner, en quelque sorte, l'inaction de l'État.

L'histoire des scandales financiers depuis la fin du XIX^e siècle nous enseigne que « la multiplication de scandales incite les juristes [...] à s'interroger sur l'opportunité d'imposer des règles restrictives aux sociétés » amorçant ainsi un mouvement de régulation. Chose étonnante cependant, celui-ci débouche habituellement sur un paradoxe où « alors que tout le monde ou presque semble s'accorder sur la nécessité d'agir, le laisser faire l'emporte sur l'interventionnisme »¹⁶⁰. Une explication de cette dynamique où « la réforme ne succède pas vraiment à la critique et où les scandales en série du type Enron » n'embrayent pas sur des législations plus contraignantes est liée au constat que les scandales de ce type émergent de pratiques invariablement « situées

¹⁵⁴ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 88

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Damien De Blic, Le double jeu de la comptabilité dans les scandales financiers, Communication aux premières journées de sociologie de la quantification, E.H.E.S.S., G.S.P.M. Paris mai 2002 à la p. 2 [De Blic scandales financiers]

¹⁵⁹ « Une sociologie d'inspiration durkheimienne suggère » que le scandale a un tel effet régulateur. « Ce courant sociologique attribue au scandale une valeur socialement positive et l'analyse comme un moment de régulation. Le raisonnement repose sur l'affirmation qu'en exposant des transgressions au grand jour, le scandale purgerait la société de ses déviations. (voir *ibid.* à la p. 11)

¹⁶⁰ De Blic scandales financiers *supra* note 158 à la p. 13

à la frontière de l'admis et de l'illicite [ce] qui [...] [n'entraîne que] des tentatives de réaffirmation de normes [...] ou de remise à zéro »¹⁶¹. Ce qui, évidemment, ne cadre pas du tout avec le cas d'Enron, où transpire brutalement un engrenage résolument autodestructeur d'inspiration néolibéral. Voilà un constat que la société internationale doit garder en tête dans l'élaboration du cadre normatif international en matière d'environnement et, spécifiquement, en ce qui a trait à la place que doit occuper l'autorégulation du secteur privé. Les grandes victimes de l'aventure néolibérale sont certainement les investisseurs eux-mêmes. Considérant « le phénomène d'institutionnalisation du marché des valeurs mobilières [qui] a mené à une concentration de la propriété de titres de sociétés publiques entre les mains d'institutions financières [détenant] une expertise et une envergure supérieure à celle des épargnants individuels » — désignés sous le vocable d'investisseurs institutionnels. Il est assez étonnant de constater que ces mêmes investisseurs institutionnels furent les premiers à dénoncer les marchés et leurs errements suite à l'affaire Enron, « alors que ce sont eux-mêmes qui, par leur poids intrinsèque et leur comportement, *font*¹⁶² aujourd'hui les marchés »¹⁶³. Voilà qui dénote l'incongruité d'un cadre normatif totalement privé, dont les acteurs centraux deviennent à la fois bourreaux et victimes, dans un système où une forme d'objectivité juridique — en raison d'un positionnement idéologique orthodoxe — fait cruellement défaut. Il est clair qu'au stade où l'humanité en est sur le plan de la problématique des changements climatiques, ce type de dérive recèle un caractère explosif : il semble aussi que le dosage de l'apport des agents normatifs soit un déterminant majeur de l'atteinte des objectifs visés par un cadre normatif donné. C'est alors qu'on réalise, du reste, que le retour vers une situation viable sur le plan du développement durable, dans un monde *post-Enron*, doit s'ériger bien au-delà de l'adaptation juridique. Cette refonte doit aussi s'inscrire soit dans une révision des fondements idéologiques — qui ont été les vecteurs de la croissance économique des deux dernières décennies; dans la formulation d'un dispositif législatif ayant une prise réelle sur l'entreprise néolibérale; et assorti d'un recentrage vers un courant libéral échappant à l'orthodoxie de l'école de Chicago. Si le présent texte réalise son objectif, il mettra en relief que le *statu quo* ne peut que prédestiner à des errements supplémentaires des agents économiques et à une détérioration dramatique de l'état de

¹⁶¹ De Blic scandales financiers *supra* note 158 à la p. 18.

¹⁶² entre guillemets dans le texte original

¹⁶³ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 42

la planète. Ce texte abordera donc maintenant un éventuel socle de régulation, de nature quasi-impérative (ou interétatique), pouvant jouer un rôle dans l'atteinte des objectifs établis à Kyoto.

3. La nature juridique et les sources du cadre interétatique du duo Kyoto-Marrakech

Le moteur du questionnement porté par le présent mémoire étant de disséquer les composantes aptes à canaliser la pérennisation des objectifs du Protocole de Kyoto et, par voie de conséquence, ceux plus larges de la Convention-cadre, il convient de palper ici les contours de ce qui a été identifié comme étant la composante interétatique du duo Kyoto-Marrakech. Cet exercice évidemment puise sa nécessité dans l'obligation d'une compréhension exhaustive de l'évolution de cette sphère fondamentale et indissociable du cadre normatif sous analyse. Cela permettra non seulement de comprendre et d'explorer le caractère symbiotique relié à la composante transnationale, mais également de prendre la mesure de la porosité de la frontière existant entre ces deux sphères normatives.

Nous avons donc établi que cette composante interétatique relève du droit international public. En réalité, il serait plus juste ou précis de dire que nous sommes en face d'un sous-ensemble du droit international public que l'on nomme le droit international de l'environnement. Kiss et Beurier définissent le droit international de l'environnement comme « un corps homogène de règles juridiques au sein du droit international public, ayant une finalité propre »¹⁶⁴. Or, bien que son développement se soit accéléré que depuis les années soixante, on peut se rendre compte que les textes anciens comme *La Génèse* traduisait déjà un certain souci de l'humanité pour la protection de l'environnement. Dans ce cas précis de *La Génèse*, on alla même jusqu'à confirmer une alliance entre Dieu et la Faune, alors que ce récit nous indique que Dieu demanda à Noé de sauver un couple de chaque espèce sur Terre en prévision du déluge. Cependant le droit international de l'environnement, tel que l'on entend aujourd'hui, suit un processus exponentiel d'évolution — où la fin des années soixante marque justement le moment où la communauté internationale commence à prendre conscience du bouleversement — des rapports de l'humanité avec la nature qu'a produit l'apparition du

¹⁶⁴ Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 à la p.27.

mercantilisme. Elle réalise alors que le « profond respect que l'être humain avait toujours porté à la nature [...] [avait] été progressivement abandonné à la quête du profit »¹⁶⁵. Dans les années soixante-dix, on cherchera d'abord à protéger les grands ensembles comme la mer, l'air ou la vie sauvage pour terminer sur une note sectorielle en réglementant les substances polluantes. Les années quatre-vingt-dix marqueront l'émergence de la protection intégrée de l'environnement en développant une approche qui se veut enracinée profondément dans le contexte socioéconomique qui la conditionne : on parle alors de développement durable. Dans tout ce processus évolutif, cependant, « une particularité du droit de l'environnement [demeure] la difficulté de marquer ses limites »¹⁶⁶. Nous sommes donc devant un ordre juridique très jeune, pour ne pas dire nouveau, dont la particularité est justement un élément de porosité avec les autres ordres juridiques qu'il côtoie. Un des premiers constats à cet effet a d'ailleurs été la migration de concepts entre les ordres juridiques; tel que le principe d'étude d'impact, qui a migré des ordres internes vers l'ordre international; ou encore le concept même de développement durable qui, à l'inverse, a migré de l'ordre international vers les ordres internes. Quoi qu'il en soit, il est fréquent que les règles du droit de l'environnement fassent souvent la navette entre droit interne et droit international. Voilà une spécificité importante dont il faudra tenir compte dans ce rapport symbiotique entre la sphère interétatique et la sphère transnationale du duo Kyoto-Marrackech.

Une autre particularité du droit international de l'environnement est le fait qu'il détonne du droit international général en raison de son imperméabilité au principe de réciprocité, un concept fondamental en droit international. En effet, généralement en droit international public, l'État lésé dans le cadre d'un traité international pourra trouver une forme de réparation par la voie de la réciprocité. Par exemple, en droit du commerce international, le non-respect d'un État de certaines dispositions d'un traité permettra à l'État victime de mettre en application des contre-mesures en se retirant, tout à fait légalement, de l'application de ces mêmes dispositions. Or, en droit international de l'environnement, cet élément de réciprocité est impuissant à réguler les rapports juridiques. Cela est en grande partie dû au fait que « la finalité du droit international de l'environnement est [...] l'intérêt général de l'humanité »¹⁶⁷. En effet, il serait incongru

¹⁶⁵ Kiss, *Droit de l'environnement*, *supra* note 61 à la p.12.

¹⁶⁶ *Ibid.* à la p.15.

¹⁶⁷ *Ibid.* à la p.22.

pour un État qui se voit victime de la pollution causée par un autre État — dû au fait qu'il se trouve en aval d'un fleuve, par exemple — que ce dernier obtienne réparation, en se basant sur le principe de réciprocité en polluant à son tour cet État fautif. Ainsi, nous sommes à même de constater que cette sphère, que nous appelons le droit international de l'environnement — que nous percevons aussi comme étant un sous-ensemble du droit international public —, n'est pas un sous-ensemble ordinaire. Il a résolument un caractère atypique¹⁶⁸ — en raison du caractère universel de sa finalité —, un élément franchement indélogeable de toute analyse juridique aspirant à comprendre son interaction avec les autres ordres juridiques. Cette constatation est très lourde de conséquences sur la plan de l'analyse, puisqu'elle tend à démontrer qu'en « droit international de l'environnement, les États [ont] des fonctions qui découlent de l'intérêt commun de l'humanité et non pas de leurs droits souverains »¹⁶⁹. L'État se percevrait donc, en cette matière, comme un fiduciaire face à l'environnement et surtout face aux normes internationales. Nous sommes donc en présence de tout un pan du droit international public qui subit un effet de déstabilisation — dû à l'effet combiné de l'obsolescence du principe de réciprocité et du rôle fiduciaire des sujets de droit international dans cet ordre juridique. Nous assistons presque à une révolution scellienne touchant une partie seulement du droit international public — nommément le droit international de l'environnement —, où étonnamment « le droit international ne gravite plus autour de l'État souverain [mais où] c'est l'intérêt commun qui est devenu le centre de la communauté internationale »¹⁷⁰. Cette situation unique a comme conséquence l'émergence dans la société internationale de deux corollaires : les institutions internationales de surveillance environnementale — ce qui en clair suppose une expansion de ce que l'on appelle le « droit mou » — et aussi le fait que « la société civile internationale [...] ne cesse de se renforcer »¹⁷¹, augmentant d'autant le rôle régulateur de l'opinion publique en matière d'environnement.

¹⁶⁸ Notons ici qu'aujourd'hui la possibilité dans le cadre du droit international d'obtenir une certaine forme de réciprocité par la voie de compensations financières est généralement reconnue. Ce fut d'ailleurs le cas dans la Décision de la Fonderie de Trail où des compensations financières pour dommages causés à l'environnement d'un autre État furent considérées (Voir *infra* note 193).

¹⁶⁹ Kiss, *Droit de l'environnement*, *supra* note 61 à la p. 22.

¹⁷⁰ *Ibid.* à la p.23.

¹⁷¹ *Ibid.* à la p.24.

Ce caractère atypique du droit international de l'environnement — notamment la rapidité exceptionnelle de son développement¹⁷² —, pose donc inéluctablement la question des sources de ce droit. Sur ce plan, il semble assez établi qu'au niveau des sources formelles du droit international de l'environnement, une simple référence à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice* (le Statut)¹⁷³ s'avère insuffisante à qualifier la complexité du processus de création de normes internationales en matière d'environnement. Bien sûr, dans le cadre du droit international public traditionnel, l'énumération des sources énumérées à l'article 38 du Statut fait consensus, mais « [p]our généralement acceptée qu'elle soit, cette énumération ne permet de saisir ni la formation du droit international [de l'environnement] [...] ni les diverses formes que peut revêtir une règle de droit aux divers stades de son développement »¹⁷⁴. Il y a donc lieu d'envisager, d'une part, les sources du droit international de l'environnement comme étant les sources traditionnelles du droit international — qui interagissent avec les questions environnementales — et, d'autre part, d'envisager aussi les sources issues de conférences et d'organisations internationales interagissant sur ces mêmes questions¹⁷⁵.

Au niveau des sources formelles, un indicateur de cette porosité appréhendée de la frontière du droit international de l'environnement est le fait qu'« [u]ne des principales caractéristiques du droit de l'environnement interne aussi bien qu'international, est la nécessité de pouvoir rapidement l'adapter aux changements qui peuvent intervenir dans les conditions de la protection du milieu naturel »¹⁷⁶. Règle générale, en matière de droit conventionnel, il est « fréquent que dans ce domaine l'application de règles internationales entraîne l'adoption d'actes législatifs relevant du droit interne des États cocontractants »¹⁷⁷. Conséquemment, en droit international de l'environnement, on fera surtout référence à des traités de nature auto-exécutoire (self-executing), qui prennent effet directement en droit interne par l'accomplissement du processus de ratification. On est donc en mesure d'apprécier à ce stade les impératifs d'uniformisation, d'une part, qui sont liés à la nature de la problématique environnementale — puisque l'environnement s'inscrit en marge d'une conception multijuridictionnelle sur le plan normatif —, ce qui

¹⁷² Le droit international de l'environnement « s'est créé plus rapidement que le droit international des droits de l'homme ou le droit du développement » (Voir *ibid.* à la p.51).

¹⁷³ *Statut de la Cour internationale de justice*, annexe à la Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, C.N.U.C.I.O. vol 15, 365, en ligne : Site de l'Organisation des Nations Unies <http://www.un.org/french/aboutun/statut.htm>

¹⁷⁴ Kiss, *Droit de l'environnement*, *supra* note 61 à la p. 51.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.* à la p. 52.

¹⁷⁷ *Ibid.*

favorise la porosité de ces frontières avec les autres ordres juridiques, notamment internes. D'autre part, on doit prendre acte, en concomitance, du fait que cette problématique environnementale est en mouvance, non seulement par exemple sur le plan de la situation sur le terrain (nouveaux effets de polluants observés) mais également, considérant que l'état des connaissances scientifiques est en évaluation rapide et impose de réévaluer — presque en continu — les diagnostics environnementaux. Il est donc important que le cadre conventionnel soit flexible, car « les changements intervenus [au niveau de la problématique environnementale] n'affectent pas [habituellement] le cadre général des traités mais seulement certaines dispositions [...] la solution généralement apportée est d'inscrire [le détail] dans des annexes »¹⁷⁸ et cela est généralement assorti d'une procédure allégée de modifications de ces annexes. On comprendra donc la grande propension en matière du droit international de l'environnement d'utiliser sur le plan conventionnel d'abord une convention-cadre — qui édicte les grandes orientations — et qui, par la suite, se voit assorties de protocoles additionnels — venant préciser les détails tout en conservant une indépendance d'entrée en vigueur et de modifications des modalités. Sans conteste, la source conventionnelle occupe une place importante en droit international de l'environnement : on dénombre d'ailleurs plus de « 900 traités qui énoncent des règles concernant ce nouveau domaine du droit international »¹⁷⁹.

En ce qui concerne la coutume internationale, compte tenu du fait que le droit international de l'environnement est un droit relativement jeune, « la question pouvait se poser de savoir si des règles coutumières pouvaient se former dans un laps de temps de quelques années seulement »¹⁸⁰. Cette question est importante car l'on sait depuis l'arrêt de *l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*¹⁸¹ de la Cour internationale de Justice, que les instruments conventionnels en droit international puisent leur force contraignante à même la source de la pratique internationale ayant atteint le rang de norme coutumière internationale. À ce titre, en matière de droit international public, rappelons ici que l'on remarque que deux éléments doivent cohabiter sur le plan de la création des normes coutumières internationales soit :

¹⁷⁸ Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 à la p.56.

¹⁷⁹ *Ibid.* à la p.443.

¹⁸⁰ *Ibid.* à la p.58.

¹⁸¹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Arrêt. fond, [1986] C.I.J.Rec,14, en ligne : Site de la Cour internationale de justice <http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnusframe.htm>.

une pratique générale et une pratique générale acceptée comme étant le droit. Or, selon une définition classique « la preuve d'une règle coutumière implique donc la coexistence de ces deux éléments : un élément matériel (*consuetudo*) qui consiste dans la répétition prolongée et constante d'un acte externe; un élément psychologique (*opinio juris*) qui consiste dans la croyance au caractère obligatoire de cette pratique. C'est ce que la Cour internationale de Justice, suivant en cela une jurisprudence constante, a affirmé»¹⁸². Cette conception basique pourra cependant subir l'effet du prisme doctrinaire suivant lequel la possibilité d'accélération de la formation de la norme coutumière est bien réelle considérant que :

les rapports internes à la structure de la coutume se trouvent altérés au profit de l'élément volontaire; à la limite la prise de conscience de leur condition rend inutile la répétition diluée sur une longue histoire; elle se trouve remplacée par une fréquence concomitante, du fait des États intéressés adoptant un comportement conjoint dans une période relativement ramassée [...] La résurgence du volontarisme va de paire avec la fonction révolutionnaire de la coutume accélérée, renaissance non du volontarisme fondement d'accord tacite, mais d'un volontarisme projectionnel [...] Alors buissonne la coutume sauvage, à la croissance rapide comme une plante tropicale. Elle engage certainement tous ceux qui se prévalent d'un comportement qui la suppose¹⁸³.

En droit international de l'environnement cette « coutume sauvage » trouvera un terreau fertile considérant qu'on a codifié dans un certain nombre de normes coutumières internationales, en vigueur lors de la Conférence sur le droit de la mer tenue entre 1973 et 1982, mais aussi — lors de cette même Conférence — « il s'est formé un consensus sur des questions nouvelles et sur la base de ce consensus, une pratique internationale s'est formée avant même l'adoption de la convention »¹⁸⁴. Ce qui permet donc de supposer qu'une pratique en droit international de l'environnement peut atteindre le rang de norme coutumière contraignante dans un horizon relativement court. Chose particulière concernant la coutume internationale en matière d'environnement : « [i]l est aussi possible que la maturation d'une nouvelle règle intervienne assez rapidement sur la base d'un consensus qui se traduit davantage dans l'acceptation générale de la règle

¹⁸² J. Maurice Arbour, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Qc). Yvon Blais, 1997 à la p. 51.

¹⁸³ René-Jean Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage » dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, 75 à la p.84.

¹⁸⁴ Kiss, *Droit de l'environnement*, *supra* note 61 à la p. 59.

elle-même que dans l'établissement d'une pratique »¹⁸⁵. Ce qui évidemment, ici, représentera une évolution majeure du droit coutumier international — en ce sens que la pratique des États se voit pour ainsi dire évacuée de l'équation du processus de formation d'une norme coutumière internationale contraignante. Un exemple d'une telle situation est le cas de l'accident nucléaire de la centrale de Tchernobyl en ex-U.R.S.S. Devant les événements dramatiques de l'époque et la présence d'un nuage radioactif planant au-dessus d'une bonne partie du territoire européen — devant aussi la lenteur des autorités soviétiques d'informer les gouvernements des pays concernés —, un consensus a très rapidement émergé dans la communauté des États, donnant lieu à la création d'une norme coutumière, malgré une pratique inexistante — sur la base de ce très large consensus. On a donc, à cette occasion, pu prendre acte d'une situation où « une règle coutumière a été codifiée avec une rapidité que les circonstances seules expliquent »¹⁸⁶. Il semble donc exister, en quelque sorte, un processus de création de la norme coutumière internationale spécifique à l'ordre juridique international environnemental, qui s'inscrirait en marge du processus propre au droit international public — puisqu'il est possible d'observer la création d'une coutume internationale sans la pratique¹⁸⁷ internationale. En effet, le caractère fiduciaire des États, en cette matière, ainsi que la nature invariablement globale des problématiques environnementales, met en lumière le fait qu'« on peut désormais parler d'un droit coutumier faisant partie du droit international de l'environnement, droit essentiellement composé de principes sur les fondements de concepts qui sous-tendent toute la matière »¹⁸⁸.

Sur le plan jurisprudentiel — malgré le caractère auxiliaire que confère l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice à cette source de droit —, en réalité, en ce qui concerne le droit international de l'environnement, « l'importance [...] des arrêts ou des avis consultatifs rendus par la Cour de La Haye, par des arbitres ou par d'autres juridictions est bien plus grand »¹⁸⁹ que ce qui transpire du libellé de l'article 38. « Ces décisions sont plutôt considérées comme la formulation, la consécration ou la révélation

¹⁸⁵ Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 aux pp. 59-60.

¹⁸⁶ *Ibid.* à la p.60.

¹⁸⁷ Cette réalité est en lien avec la nature des problématiques environnementales où souvent la prévention, voire même la précaution, est le seul moyen d'action puisque les dommages à l'environnement prennent souvent des formes irréversibles.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.* à la p.61.

de règles coutumières »¹⁹⁰ du droit international de l'environnement. Son importance est telle qu'on peut dire que « les principes fondamentaux qui [dominent] au moins une partie du droit international de l'environnement ont été énoncés par la jurisprudence internationale »¹⁹¹. Prenant acte de cette mouvance, dans cette sphère du droit international, le président de la Cour internationale de justice avait d'ailleurs fait écho à cette réalité, lors du Sommet de la Terre de Rio en 1992 et, à l'époque, « a souligné l'intérêt que porte la haute juridiction au développement du droit international de l'environnement [et][...] [a] encourag[é] les États à lui soumettre leurs différends portant sur des questions d'environnement »¹⁹². Ce dernier constituait d'ailleurs, dès 1993, une chambre dédiée à l'environnement, composée de sept juges. Paradoxalement cependant, ce n'est que plus tard que « la Cour internationale de Justice a définitivement reconnu l'existence du droit international de l'environnement [...] dans son avis consultatif de 1996 sur la licéité de la menace et de l'emploi de l'arme nucléaire ainsi que dans son arrêt de 1997 relatif à l'affaire du projet Gabčíkovo-Nagymaros »¹⁹³. Toutefois, c'est une sentence arbitrale internationale qui est reconnue « comme ayant jeté les fondements du droit international de l'environnement, du moins en ce qui concerne les pollutions transfrontières »¹⁹⁴ qui sont au centre de l'objet d'étude du présent document.

L'*Affaire de la Fonderie de Trail*¹⁹⁵ du 11 mars 1941 est le pilier de tout cet édifice, car dans cette sentence arbitrale — dont certaines conclusions seront corroborées par des arrêts subséquents¹⁹⁶ de la Cour internationale de Justice—, le Tribunal y affirme :

¹⁹⁰ Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 à la p. 61.

¹⁹¹ *Ibid.* à la p.29.

¹⁹² *Ibid.* à la p.79.

¹⁹³ *Ibid.* à la p.61; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J.rec. en ligne : Site de la Cour internationale de justice <http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cunan/cunanfranc.htm>; *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Arrêt,[1997] C.I.J.rec. en ligne : Site de la Cour internationale de justice http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoctct/chs/chsjudgment/chs_cjudgment_970925.htm

¹⁹⁴ Kiss, *Droit de l'environnement*, *ibid.* 61 à la p.61.

¹⁹⁵ *Trail Smelter Arbitration Award (United States v. Canada)* (1941), 33 Am.J. Int'l. L. 684 [*Trail Smelter Arbitration Award*] ; *Trail Smelter Arbitration Award (United States v. Canada)* (1939) 35 Am.J. Int'l L. 182.: Il s'agit d'un litige entre les États-Unis et le Canada où des émissions de fumée en provenance de la Fonderie de Trail située au Canada cause des dommages transfrontaliers aux États-Unis. Les deux pays se sont alors entendus par le truchement d'une convention spéciale (constituant un Tribunal et soumettant ce litige au droit international), de porter le litige en arbitrage. Les enjeux principaux dans cette affaire sont ceux de la preuve du dommage, de la possibilité ou non de poursuivre les émissions de fumée et, le cas échéant, le niveau des compensations en lien avec le dommage. Cette Décision fut livrée en deux phases (suite à un accord concernant une extension).

¹⁹⁶ Voir *Affaire du détroit de Corfou*, Arrêt[1949] C.I.J.rec. en ligne : <http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/ccc/cccfranc.htm>; Voir aussi *Affaire du Lac Lanoux*, RSA, vol. XII, p. 305.;

The Tribunal [...] finds that [...] under the principles of international law [...], no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence [...] The Tribunal holds that [...] Canada is responsible in international law for the conduct of the Trail Smelter, [...] therefore [...] it is [...] the duty of the Government of [...] Canada to see to it that this conduct should be in conformity with the obligation [...] under international law¹⁹⁷.

Or, selon Kiss et Beurier, ce passage de la sentence est à la source d'une norme coutumière internationale¹⁹⁸ selon laquelle « [a]ucun État ne peut utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹⁹⁹. Qui plus est, cette règle est « devenue une des premières normes du droit international de l'environnement »²⁰⁰. L'aspect fondamental de cette sentence est corroboré par les auteurs en question qui affirment que l' « on ne saurait trop insister sur l'importance de l'affaire [qui constitue] [...] un précédent non négligeable de la pratique étatique »²⁰¹. Il énonce deux principes cardinaux du droit international de l'environnement, d'une part, « il reconnaît la responsabilité de l'État pour des actes de pollution »²⁰² transfrontière et, d'autre part, il reconnaît « la nécessité d'une coopération entre États intéressés »²⁰³. C'est donc à partir de ce constat que l'on est en mesure d'apprécier le fait qu'en droit international de l'environnement, « il est nécessaire de dépasser le stade du droit international général, où la protection de l'environnement n'est assurée [...] que par la réparation des dommages effectivement subis »²⁰⁴. Voilà essentiellement par le truchement duquel

Voir aussi *Trail Smelter Arbitration Award supra* note 195 à la p. 42; Voir aussi Kiss, *Droit de l'environnement, supra* note 61 à la p.30 ; En 1949, la CIJ dans l'affaire du détroit de Corfou avait établi « qu'aucun État ne peut utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États » (Voir *ibid.*) ; Et en 1956 dans l'affaire du Lac Lanoux la Cour fait allusion à l'atteinte aux droits d'États étrangers que peut constituer une pollution des eaux frontalières » (Voir *ibid.*)

¹⁹⁸ Certaines nuances importantes doivent être apportées concernant le fait que l'*Affaire de la Fonderie de Trail* soit la source d'une coutume internationale. Un fil ténu existe entre les définitions et la contribution des coutumes internationales et des principes généraux de droit en tant que source du droit international (Voir *infra* note 207).

¹⁹⁹ Kiss, *Droit de l'environnement, supra* note 61. à la p.61.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.* à la p.119.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.* à la p.199.

arrive cette révolution scellienne²⁰⁵ sectorielle dans la sphère environnementale du droit international public — dont les principales manifestations ont été établies précédemment comme étant : une modification du processus d'émergence du droit international coutumier lié à l'environnement et aussi; la décrépitude de l'intérêt souverain au profit de l'émancipation de l'intérêt collectif de l'humanité.

Toutefois, sur le plan théorique, il y a également lieu de constater dans *l'Affaire de la Fonderie de Trail* la contribution importante des principes généraux de droit²⁰⁶ comme corollaire indiscutable de la coutume, à titre de source, en droit international de l'environnement. Il va sans dire que la place que les principes généraux de droit occupent dans l'espace juridique en cette matière est importante compte tenu, d'une part, de la fluidité qui existe entre l'ordre international et les ordres internes mais aussi, d'autre part, en tant que source primitive en amont d'une codification conventionnelle. L'exemple suivant rendra fidèlement compte de cette réalité :

Devant l'ensemble des éléments qui furent présentés au Tribunal dans *l'Affaire de la Fonderie de Trail*, ce dernier fut ultimement obligé à une constatation — enracinée dans l'époque — qui reflète le caractère nettement historique et fondamental de cette sentence arbitrale en matière de changement climatique, et qui relate aussi l'importance

²⁰⁵ Référence est fait ici à l'internationaliste Georges Scelle farouche tenant de la conception d'un ordre juridique international « superétatique ». Scelle évaluait que la Seconde Guerre mondiale était « une guerre civile de la société internationale globale, dont l'issue [devait] être l'organisation d'un régime super étatique » (Voir Georges Scelle, *Droit international public. Manuel élémentaire avec les textes essentiels*. Paris, Domat-Montchrestien, 1943 à la p. 49). Il mit de l'avant une conception de l'ordre juridique internationale inspirée par la théorie du Droit naturel en considérant qu'on peut « scientifiquement soutenir qu'il existe non pas un Droit naturel, mais des ensembles normatifs autonomes qui, dans un milieu social donné, et notamment dans un milieu international, sont soutenus par un substratum éthique si solide qu'il est aussi difficile de le violer que les règles positivement établies par la convention et la coutume » (Voir *ibid.* à la p.52.) Il s'agit d'une conception moniste qui « implique la hiérarchie des ordres juridiques internationaux au-dessus des ordres juridiques étatiques. Il implique aussi leur perméabilité » (Voir *ibid.*). La pensée de Scelle se résume, sur ces questions, essentiellement comme suit : « Le Droit international n'est pas un art praticien, il n'est pas une « diplomatique ». La pratique gouvernementale doit être jugée et non pas enregistrée; les « Droits positifs », au sens exact, doivent faire l'objet de jugement de valeur. Le monisme se heurte cependant à une dernière objection d'ordre logique. On lui reproche d'aboutir à la négation même du Droit international parce qu'il englobe les ordres juridiques nationaux et conduit au superétatisme. Nous avons déjà dit qu'il ne se substitue pas aux ordres étatiques, mais qu'il les domine. Au surplus, il n'y a pas d'ordre juridique si celui-ci n'est pas déterminateur des compétences de tous les agents juridiques qui agissent dans le milieu social qu'il régit. On n'a jamais nié le caractère obligatoire de la norme internationale; sous peine d'inconséquence on ne peut pas nier davantage le caractère hiérarchique des institutions internationales. Tout système juridique implique pour sa perfection le parallélisme des normes et celui des institutions. C'est pourquoi nous adhérons à la doctrine moniste et l'opposons systématiquement à la doctrine qualifiée de classique. c'est-à-dire à la thèse traditionnelle de l'État souverain, au Volontarisme et au Dualisme, qui sont, selon nous, des erreurs scientifiques (Voir *ibid.* à la p. 53).

²⁰⁶ On parle ici des principes généraux du droit auxquels fait allusion l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice* (Voir *supra* note 173).

des principes généraux de droit associés. Le Tribunal évoque alors dans sa recherche de précédents que:

No case of air pollution dealt with by an international tribunal has been brought to the attention of the Tribunal nor does the Tribunal know of any such case. The nearest analogy is that of water pollution. But, here also, no decision of an international tribunal have been cited or have been found. There are, however, as regards both air pollution and water pollution, certain decisions of the Supreme Court of the United States which may legitimately be taken as a guide in this field of international law²⁰⁷.

Le Tribunal faisant, par la suite, de multiples références à des arrêts portant sur des litiges²⁰⁸ entre États américains, en raison de la nature juridique « quasi-souveraine »²⁰⁹ de ces derniers mais aussi réfère à un conflit helvétique impliquant deux Cantons²¹⁰ confirmant ainsi la place importante qu'il accorde aux des principes généraux de droit dans ce litige. En ce sens, leur contribution est incontournable et *l'Affaire de la Fonderie de Trail* le démontre clairement. Il y a même lieu de poser comme hypothèse qu'ils ont essentiellement préexistés à la formation de la norme coutumière en droit international de l'environnement. Cependant, cette analyse dépasse largement le cadre de ce mémoire et nous devons nous y soustraire.

Évidemment, cette dynamique pose toute la question de la responsabilité internationale des États en matière environnementale, puisqu'il s'agit là du vecteur par lequel transite la force contraignante d'une norme internationale en matière d'environnement. Or, outre la sentence arbitrale de *l'Affaire de la Fonderie de Trail*, « rares sont les textes qui donnent des précisions sur la portée du principe de la responsabilité internationale appliquée à [...] l'environnement »²¹¹. Qui plus est, au sujet de la pratique internationale — qui serait apte à préciser cette portée —, Kiss et Beurrier diront :

²⁰⁷ *Trail Smelter Arbitration Award supra* note 195 à la p. 42; Voir aussi Kiss, *Droit de l'environnement, supra* note 61 à la p.41.

²⁰⁸ *State of Missouri v. State of Illinois* (200 U.S. 496, 521); *Kansas v. Colorado*, 185 U.S. 125; *State of New York v. State of New Jersey* (256 U.S. 296,309); *State of Georgia v. State of Tennessee and Ducktown Sulphur, Copper and Iron Company* (206 U.S. 230).

²⁰⁹ *Trail Smelter Arbitration Award supra* note 195 à la p 42; Voir aussi Kiss, *Droit de l'environnement, supra* note 61 à la p.40.

²¹⁰ « A case concerning, as the present one does, territorial relations, decided by the Federal Court of Switzerland between the Canton of Soleure and Argovia, may serve to illustrate the relativity of the rule" (Voir *Trail Smelter Arbitration Award supra* note 195 à la p 41).

²¹¹ Kiss, *Droit de l'environnement, supra* note 61. à la p.440.

Il est peu dire que cette pratique n'est pas particulièrement favorable à l'application des règles classiques de la responsabilité internationale en matière [...] d'environnement. Sa principale caractéristique est que si le principe de responsabilité est généralement proclamé, les États se gardent bien de le préciser et encore moins de le mettre en œuvre [...] [1] apparaît que les États n'entendent pas s'engager dans une voie aussi incertaine qu'est la définition des conditions de la responsabilité internationale pour dommage environnemental [...] Il reste donc ce qu'on peut appeler la « responsabilité molle » à l'image du droit mou : le paiement de compensation en dehors de toutes responsabilités, voire les excluant explicitement, du moins en ce qui concerne les relations inter-étatiques [...] Cela revient [alors] à transférer le problème de la compensation au niveau interindividuel, c'est-à-dire à la compensation directe entre pollueur et pollué. On passe ainsi du droit international public au droit international privé²¹².

Évidemment, Kiss et Beurrier entendent ici le droit international privé comme étant la branche du droit interne des États qui régule les conflits de lois et de juridictions. Or, ce qu'il y a d'étonnant dans ce passage de l'ouvrage de Kiss et Beurrier est qu'il reflète, en matière de responsabilité internationale liée à l'environnement, une conclusion ultime des auteurs selon laquelle « [e]n dehors d'une représentation [...] des intérêts de l'humanité, la responsabilité pour dommage causé [...] au patrimoine commun de l'humanité [,en l'occurrence l'environnement,] ne peut être mis en jeu que de façon indirecte »²¹³. Dans le meilleur des cas les auteurs diront que ce constat s'impose dû au fait :

[Qu'il] en est ainsi d'autant plus que l'élément indispensable pour établir la responsabilité de l'État selon les règles du droit international, l'imputabilité de l'acte incriminé [...] est généralement présent, car dans la plupart des législations internes, les activités pouvant causer des pollutions importantes à l'extérieur des frontières, sont soumises à une autorisation préalable [...] La délivrance de celle-ci suffirait donc pour engager la responsabilité de l'État territorialement compétent²¹⁴.

Bien sûr, cette conclusion des auteurs est enracinée dans le pragmatisme, mais elle souffre aussi d'un manque de profondeur et de cohérence, sur le plan théorique, en épuisant que partiellement l'analyse des leviers de l'émergence de la responsabilité internationale relativement aux questions environnementales. En effet, de l'aveu même

²¹² Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 aux pp.438-441.

²¹³ *Ibid.* à la p.428.

²¹⁴ *Ibid.* à la p.431.

des auteurs, lorsqu'il est question de droit international de l'environnement « on assiste au développement de tout un système conventionnel établissant un régime international particulier »²¹⁵ et cela les auteurs se sont employés à le démontrer, tant sur le plan de la finalité du droit que des mécanismes de droit coutumier qui l'encadre, en évoquant justement une révolution scellienne sectorielle. Les auteurs à ce chapitre mettent de l'avant les réflexions suivantes :

[S]i le droit conventionnel constitue une part extrêmement importante du droit international de l'environnement, des règles coutumières, des principes généraux et des résolutions d'institutions internationales jouent un rôle nullement négligeable[...] [L]e droit international a d'abord envisagé la protection de l'environnement comme un problème de conflit potentiel entre deux souverainetés[...] [De plus,] le droit international doit couvrir, d'une part, l'environnement à l'intérieur des États, même lorsque des actes qui y ont lieu n'ont produit aucun effet préjudiciable à l'étranger, d'autre part, les espaces qui ne sont soumis à aucune compétence territoriale [...] [C]ette double nécessité a conduit à une réglementation générale de portée mondiale comprenant des principes encadrés par quelques concepts fondamentaux ainsi qu'à l'utilisation de techniques propres au droit de l'environnement [...] Selon les règles générales du droit international, tout État exerce une compétence exclusive sur son territoire. Lorsque des actes ayant lieu sur le territoire d'un État [...] causent des dommages ou portent atteinte à la souveraineté sur le territoire de l'autre, on assiste à un conflit entre les droits de deux États [...] [Donc,] [t]out État possède la plénitude de ses compétences territoriales qui sont exclusives [...] [et] a droit au respect de son territoire sur le plan de l'environnement mais [...] [c]e droit n'est pas moins absolu que celui de l'État pollueur d'utiliser son territoire [...] [En cette matière, il y a une] [...] solution [qui] consiste à reconnaître le droit de l'État « pollueur » à l'exclusivité de ses compétences, en ajoutant que ce droit est néanmoins soumis à une règle supérieure de droit international lui interdisant d'exercer ce droit de façon abusive [...] [C]e principe fait parti des principes généraux du droit international²¹⁶

En évoquant de la sorte l'existence ou l'émergence dans l'ordre juridique international de l'environnement de normes ayant un caractère impératif, les auteurs semblent escamoter une question dont ils ont boulonné fermement le socle tout au long de l'analyse du cadre normatif environnemental international : c'est-à-dire l'existence de normes impératives internationales en matière d'environnement pouvant être qualifiées

²¹⁵ Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 à la p.58.

²¹⁶ *Ibid.* aux pp. 111-115.

de normes de *jus cogens*²¹⁷. Cette possibilité a d'ailleurs été souvent évoquée par des sommités du droit international tel l'éminent internationaliste Dominique Carreau qui reconnaît qu'effectivement « [o]n pourrait s'inspirer de la notion de *jus cogens*, en l'appliquant aux questions d'environnement »²¹⁸. Même s'il s'agit ici d'une notion résolument peu explorée dans la doctrine, le présent document ne saurait faire abstraction de cette dimension entrouverte par Kiss et Beurier — compte tenu des implications qu'un tel constat suggère dans la composante interétatique du duo Kyoto-Marrakech. La question est donc de savoir si les normes coutumières internationales en matière d'environnement — qui ont été confirmées par la jurisprudence jusqu'à présent — ont pu atteindre, compte tenu de l'évolution de la société internationale, le rang de norme de *jus cogens*. Le présent texte abordera la question dans une autre section en validant l'interaction possible entre cette conception et le cadre normatif du duo Kyoto-Marrakech. Dans l'intervalle, il semble que la réalité « opérationnelle » concernant les questions de responsabilité internationale des États en matière d'environnement soient, pour l'instant, essentiellement enclavées dans ce que l'on pourrait qualifier de *structures d'évitement*. Le professeur Pierre-Marie Dupuy évoque d'ailleurs assez éloquemment cette construction de la façon suivante :

Le manquement par un État à ses obligations conventionnelles constitue certes un fait illicite international engageant sa responsabilité à l'égard des autres États [...] Cependant, on doit constater que la responsabilité internationale, qu'elle résulte de la violation d'une obligation conventionnelle ou coutumière, est très rarement invoquée dans l'ordre international [...] [D]e longue date, l'institution juridique de la responsabilité internationale s'avère être un instrument mal adapté pour sanctionner le non respect par les États de leurs obligations internationales en matière d'environnement²¹⁹.

Ce qui en ressort est alors un constat où la responsabilité internationale en regard de cette matière est « contournée »²²⁰ par l'intermédiaire de mécanismes issus des

²¹⁷ Le lecteur doit comprendre ici que le texte fait référence à la possibilité, sur le plan juridique — comme nous l'avons légèrement évoqué précédemment par le truchement du concept voisin de norme quasi-impérative —, que le droit international de l'environnement soit caractérisé par l'émergence éventuelle de normes impératives internationales ou de norme de *jus cogens*. Cependant, cette question dépassant le cadre du présent mémoire, cette notion ne sera pas explorée dans le présent texte.

²¹⁸ Dominique Carreau, Audition, Sénat Français, 26 juin 2003 en ligne : Site du Sénat de France www.senat.fr.

²¹⁹ Pierre-Marie Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? » (1997) 4 R.G.D.I.P. 873 à la p.893.[Dupuy « droit international »]

²²⁰ *Ibid.*

dernières décennies. Par exemple, en prévoyant des méthodes d'évitement telles que les concepts de responsabilités communes mais différenciées que l'on retrouve dans le Protocole de Kyoto et qui permettent de réguler à l'avance des transgressions des engagements contractuels ou encore par la création d'une notion de non conformité « substitué à celle de fait illicite [...] [par] [l']emploi d'une appellation juridiquement non signifiante »²²¹. En bout de piste, on peut dire que le but de ce type de construction juridique « n'est pas d'obtenir l'exécution forcée de ses obligations par un État désigné responsable. Il est de parvenir empiriquement (et aussi rapidement possible) au respect aussi universel que possible de conduites indispensables à la protection d'un bien commun, en l'occurrence »²²² l'environnement. Il est donc assez clair pour nous que cet aspect de la nature « impérative » de la problématique environnementale lorsque mariée à la nécessité pragmatique d'obtenir un résultat, si petit soit-il, créer une ébullition au sein de la doctrine à savoir, quel sera le ressort de l'exécution du droit international de l'environnement. Dupuy résume la situation actuelle sur ce plan :

Il est cependant trop tôt pour mesurer exactement l'efficacité de tels « mécanismes de suivi », qui posent certains problèmes pratiques mais surtout juridiques. Les procédures qu'ils mettent au point ont en commun un caractère largement préventif des litiges susceptibles de surgir entre États parties. Pour autant, on ne peut conclure ni qu'ils se substituent purement et simplement aux modes classiques de règlement des différends, toujours disponibles en la matière, ni, potentiellement, à la mise en œuvre de la responsabilité internationale des États [...] en fait de protection internationale de l'environnement²²³.

Le débat est donc profond et entier sur cette question, il dépasse cependant largement le cadre du présent document.

²²¹ Dupuy « droit international » *supra* note 217 aux pp. 894-895.

²²² *Ibid.* à la p. 895.

²²³ *Ibid.* à la p. 897.

*

* *

DEUXIÈME PARTIE : LE CADRE NORMATIF OPÉRATIONNEL DU MARCHÉ DU CARBONE ET LA FONGIBILITÉ DES DROITS D'ÉMISSIONS DE GAZ À EFFET DE SERRE.

1. L'approche du marché libre dans la gestion globale des changements climatiques.

Un constat majeur issu de l'ère de l'industrialisation est sans conteste la prise de conscience collective concernant l'incontournable cohabitation dictée par les impératifs économiques de l'organisation sociétale planétaire, d'une part, et les conséquences environnementales qui en découlent, d'autre part. Dans la panoplie de problèmes environnementaux que génère l'activité économique mondiale, le problème du changement climatique est sans l'ombre d'un doute l'un de ceux qui recèle un caractère d'urgence de plus en plus aigu. Or, ce problème du changement climatique est un corollaire de l'effet de serre que génère l'activité économique mondiale. Les activités industrielles humaines produisent six gaz à effet de serre qui jouent un rôle dans ce processus d'effet de serre; le dioxyde de carbone (CO₂), le méthane (CH₄), le protoxyde d'azote (N₂O), les hydrocarbures fluorés (HFC), les hydrocarbures perfluorés (PFC) et l'hexafluorure de soufre (SF₆). Ces matières gazeuses ont la propriété de se fixer dans l'atmosphère terrestre et de retenir le rayonnement solaire, engageant ainsi un processus de réchauffement du globe. Au rythme où vont les choses, les concentrations de CO₂ dans l'atmosphère terrestre auront pratiquement doublées d'ici le milieu du XXI^{ème} siècle²²⁴, une prédiction, on doit le dire, assez alarmante. Il existe actuellement un large consensus, au sein de la communauté scientifique mondiale, en regard des effets néfastes que les GES ont déjà sur le climat de la planète. Les débats subsistent, en ce moment, exclusivement au niveau de la rapidité de la progression de ces effets et non au niveau de leur existence même. Certains scientifiques estiment que la croissance des niveaux de CO₂ pourrait faire augmenter la moyenne des températures de la planète de 0.9 à 3.5 degrés Celsius au cours du prochain siècle²²⁵. Cela entraînerait une augmentation de la virulence des tempêtes, une hausse du niveau de la mer, la mort de forêts, la mort de

²²⁴ Jennifer Yelin-Kefer, "Warming up to an international green house gas market: Lessons from the U.S. acid rain experience" (2001) 20 Stan. Envtl. L. J. 221 12 [Yelin-Keffer "Warming up"].

²²⁵ *Ibid.* à la p. 2.

coraux, la prolifération des maladies, etc... L'effet de serre confronte donc l'humanité à une réalité où la poursuite de son activité industrielle télescope, entre autres, le concept selon lequel elle doit s'émanciper économiquement « de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures »²²⁶. La question est désormais de savoir comment l'être humain pourra endiguer ce problème d'effet de serre sans procéder à un utopique démantèlement de l'appareil de production issu de la révolution industrielle — particulièrement dans l'optique où l'on considère que cet appareil de production conditionne grandement la survie économique sur la planète. Bien qu'il n'existe point de panacée en cette matière, un début de solution s'offre avec les disparités qui existent au niveau du volume des émissions de GES, selon les différents pays. Les États-Unis, par exemple, voient actuellement leur niveau d'émissions croître fortement, alors que des pays tels la Russie ou l'Ukraine connaissent une situation de régression notable sur ce plan. Ce texte veut mettre en lumière que cette caractéristique de dissemblances nationales relativement au niveau des émissions de GES, porte en elle le germe d'une logique de coopération internationale, qui pourrait fort bien changer la donne dans ce domaine, à travers l'échange de droits d'émission de GES sur le marché libre dans un contexte de régulation environnementale internationale — ce que vise en partie les signataires du Protocole de Kyoto. Afin de bien circonscrire les contours d'un système d'échange de droits d'émission de GES par *l'approche du marché libre*, il est nécessaire de bien situer cette dernière relativement à l'approche traditionnelle²²⁷ qu'elle prétend vouloir révolutionner.

Cette approche, en l'occurrence, est une approche classique dite *réglementaire*²²⁸. Elle consiste essentiellement en une façon de faire où un organisme réglementant, impose aux exploitants d'industries réglementées des standards, des technologies et des niveaux de rejet uniformément distribués à travers les installations qui composent la communauté d'exploitants émetteurs. Il s'agit donc d'un cadre normatif contraignant obligeant chaque installation d'adopter *le moyen de*

²²⁶ *Déclaration de Rio*, supra note 70, Principe 3.

²²⁷ Parmi les réflexes des appareils gouvernementaux (voire même ceux de la société civile en général) cultivent devant la problématique de l'effet de serre *l'action réglementaire* occupe une place prépondérante depuis longtemps.

²²⁸ Plusieurs auteurs réfèrent à cette approche en anglais comme étant l'approche «command-and-control».

réduction des émissions qui a été identifié par cet organisme de réglementation²²⁹. Or, ce critère d'uniformité — concernant les moyens et les technologies —, ignore totalement le caractère hétérogène des coûts de conformité au cadre normatif auxquels font face les exploitants. Aucun postulat de cette approche ne prend en compte de la spécificité de l'exploitant et les contraintes opérationnelles des installations prises séparément²³⁰. Il s'agit là du talon d'Achille de *l'approche réglementaire*. Cette approche facilite effectivement la tâche de l'organisme de réglementation concerné — par le biais d'une uniformisation des méthodes de contrôle — et rend également ces dernières plus aisément gérables²³¹. Cependant, cette même uniformité englué les exploitants dans des coûts de conformité considérables²³² pouvant être évités et instaure, par le fait même, un système qui tue carrément l'innovation²³³. En clair, dans un tel système, l'orthodoxie envers l'uniformité des procédés de réduction des émissions de GES nie l'importance des considérations de minimisation des coûts liés à cette réduction des émissions. Ce faisant, *l'approche réglementaire* ne permet pas à la communauté des exploitants de profiter de la disparité qui existe entre les coûts de conformité d'une installation à l'autre²³⁴. On élude ainsi le fait que certaines installations affichent des coûts de réduction des émissions moins importants que d'autres. N'y a-t-il pas là une négation de l'efficacité potentielle d'un système de réduction des émissions de GES? Conséquemment, devant ces déficiences, un courant s'impose de plus en plus en faveur de *l'approche du marché libre* en matière de réduction d'émissions de GES.

²²⁹ Yelin-Kellner "Warming up", *supra* note 224 à la p. 3.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.* à la p. 4.

²³³ *Ibid.* à la p. 5; *L'approche réglementaire* n'encourage pas l'industrie à développer des procédés de réduction des émissions de GES moins coûteux puisqu'elle impose ces procédés. Ceci a un effet pervers non négligeable, puisqu'il mine carrément les incitations du secteur privé de développer des modes de production moins polluants. En effet, dans la logique imposée par *l'approche réglementaire*, la mise en place d'une technologie moins polluante aurait comme conséquence d'augmenter son fardeau de réduction des émissions de GES, étant donné que les standards sont déjà établis par l'organisme de réglementation. Conséquemment, l'innovation en matière de technologies moins polluantes dans ce système devient la prérogative de l'État et est diluée dans bien d'autres considérations.(voir *Ibid.*).

²³⁴ Cette question est très importante puisque certaines installations, où les réductions apparaissent moins coûteuses, pourraient peut-être, en bout de piste, réduire les émissions du double pour un coût comparable à l'installation voisine. On voit bien que la rigidité de l'approche réglementaire, par manque d'efficacité structurelle, s'exempte de réduction d'émission de GES qui sont pourtant à sa portée.

La pierre angulaire de *l'approche du marché libre*, en matière de réduction d'émission de GES, se trouve dans la nature même des matières gazeuses impliquées. Les GES, lorsque émis, se distribuent uniformément dans l'atmosphère terrestre de sorte que leurs émissions sont dénuées de conséquences localisées ou régionalisées en terme d'impacts environnementaux associés. C'est-à-dire qu'un GES soit également émis en Ukraine ou aux États-Unis ou encore qu'il soit émis seulement en Ukraine ne fait pas de différence pour l'environnement. Les émissions de GES ont un caractère invariablement planétaire et global. Ajouter à cela le fait qu'il puisse en coûter sensiblement moins cher à l'Ukraine pour réduire ses émissions de GES qu'il en coûterait aux États-Unis et les bases d'un marché d'échange efficient émergent soudainement de l'analyse. Imaginons un instant que ces deux pays soient astreints à un plafond d'émission de GES commun se trouvant en-dessous de leur niveau d'émission conjointe actuelle : compte tenu de leurs coûts de réduction des émissions, les États-Unis seront enclins à acheter de l'Ukraine une partie de leur plafond (quota) d'émission de GES. Il serait en effet moins coûteux pour les États-Unis d'acheter ce quota de l'Ukraine que d'apporter des modifications à son appareil de production industriel. L'Ukraine, pour sa part, bénéficiant d'un coût de réduction des émissions plus bas, sera enclin à vendre ce quota aux États-Unis en contrepartie d'un prix pouvant être affecté par la suite à la réduction des émissions de GES du pays. L'Ukraine pourrait ainsi dégager un profit de cette transaction, qui représentera la différence entre son coût de réduction des émissions de GES; le prix que les États-Unis sont prêts à payer en contrepartie du quota Ukrainien; multiplié par la quantité de GES en cause. De cette façon, l'objectif global du plafond des émissions est atteint et l'innovation vers une technologie moins polluante est générée. Voilà la base et la logique financière²³⁵ d'un système d'échange de quotas de GES. Il existe un consensus assez large actuellement à l'effet que l'on observe des disparités suffisantes, au niveau du coût relatif des réductions d'émission de GES dans le monde, pour soutenir confortablement²³⁶ un marché mondial d'échange de droits

²³⁵ Il y a aussi une logique opérationnelle dans le sens où le mécanisme de l'approche du marché libre, permettant aux installations de choisir leurs méthodes de réduction des émissions, opère une décentralisation du processus décisionnel en rapprochant les acteurs du système qui ont l'expertise des procédés de production de ce même processus décisionnel. Ce qui, à l'évidence, est un facteur d'efficacité supplémentaire dans la recherche de procédés moins polluants. (Voir Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p. 5).

²³⁶ Certains affirment même que l'efficacité d'un tel système de marché libre est presque un passage obligé puisque dans le domaine des changements climatiques les réductions des émissions devront être très agressives

d'émission de GES²³⁷. En effet, il est estimé que dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto, les opportunités de profit seront considérables pour les exploitants pouvant réduire leurs émissions de GES au-delà du plafond prévu par le Protocole. Une certaine doctrine relatera que plusieurs observateurs²³⁸ estiment que le Protocole va créer un marché de 300 milliards de dollars américains pour les technologies dites environnementales²³⁹. Cela est possible car *l'approche du marché libre* induit aux exploitants, qui sont parties prenantes du marché, un encouragement à réduire leurs émissions en dessous du seuil réglementaire. Cette incitation découle du fait que ce type de réductions supplémentaires entraînera pour eux la possibilité d'engranger des revenus connexes provenant du marché des émissions. Voilà donc un processus générant l'émergence spontanée de technologies de production industrielle écologiquement avantageuses couplées à l'émergence d'une volonté accrue de s'en servir²⁴⁰. Au plan international, la donne concernant un système d'échange des quotas d'émissions de GES s'assimile au fait que les coûts de réduction des émissions sont plus bas dans les pays en développement (PED) que dans les pays industrialisés. Les PED pourraient donc vendre des quotas d'émission de GES aux pays industrialisés et réaliser par le fait même les profits correspondants. En plus d'être en mesure de générer l'atteinte des objectifs environnementaux et de stimuler l'innovation technologique environnementale, cette forme d'ingénierie financière environnementale est estimée pouvoir représenter un potentiel de revenus pour les PED se situant entre 10 milliards et 100 milliards de dollars

pour générer un renversement de tendance. Or, quelques points de pourcentage d'augmentation au niveau de l'efficacité de l'appareil de production industriel pourraient avoir des implications considérables au niveau de l'atteinte des objectifs reliés au changement climatique. (Voir Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p. 4).

²³⁷ L'OCDE a produit une étude qui estime que réduire les émissions de CO₂ de 20 % par rapport au niveau de 1990 avant l'an 2020 exigerait l'imposition d'une taxation de \$950 par tonne de CO₂ au Japon, en Australie et Nouvelle-Zélande. Près de \$210 par tonne en Europe et dans les Amériques et seulement \$60 en Chine et en Russie. Cela indique que des réductions plus efficaces peuvent être réalisées par une approche de marché libre en encourageant les pays au prise avec des coûts de réduction des émissions de GES élevés comme le Japon à financer les réductions d'émissions dans les pays où les coûts relatifs sont faibles, telle la Chine. L'étude prétend que cette approche d'échange permettrait au niveau global de la taxe requise en 2020 de passer de \$215 la tonne à \$152 la tonne de CO₂. On estime également que l'implantation de ce système au niveau mondial réduirait les coûts domestiques par unité de ménage de \$1000 à \$100 par ménage (Voir Yelin Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p. 4).

²³⁸ Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p. 5.

²³⁹ Ces mêmes observateurs estiment aussi que le système exerce un effet autorégulant en raison de l'esprit de compétition qui caractérise ce type de marché. Yelin-Keffler nous indique que : "By transforming pollution rights into marketable commodity, an emission market provides a powerful incentive for firms to monitor competitor, thereby easing the government's enforcement requirements". (Voir *ibid.*).

²⁴⁰ Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p. 5.

américains²⁴¹. *L'approche du marché libre* comporte donc des avantages indéniablement convaincants²⁴² dans ses capacités de s'imposer comme solution maîtresse de la problématique du changement climatique planétaire. Nous verrons toutefois qu'au-delà de la conceptualisation, l'implantation concrète soulève des dilemmes d'ordre juridique et opérationnel assez costauds. L'exemple de la résolution du problème des pluies acides méritera l'attention du lecteur puisqu'il est exemplaire des leviers qui caractérisent ce type de système de régulation de l'environnement.

En Amérique du Nord, les destructions environnementales associées à la problématique des pluies acides sont devenues suffisamment virulentes à la fin des années 1980 pour qu'une volonté politique américaine d'agir émerge et soit canalisée vers un dispositif législatif adapté. La dynamique qui joue en matière de pluies acides est à son paroxysme lorsque le dioxyde de soufre (SO₂) et l'oxyde d'azote (NO_x), provenant de la combustion fossile, se combinent avec l'oxygène et l'humidité créant par ce procédé de l'acide sulfurique et de l'acide nitrique. Ces acides très corrosifs peuvent alors être contenus dans les gouttelettes d'eau en suspension dans l'air formant les nuages. Ces derniers sont alors poussés par les vents sur plusieurs centaines de kilomètres. Ces gouttelettes ainsi chargées d'acide sont éventuellement répandues dans l'environnement, sous forme de précipitations, avec de sérieuses conséquences écologiques. Le Congrès

²⁴¹ Un tel montant éclipserait l'ensemble des sommes reçues conjointement par les PED de la Banque Mondiale, du *Global Environment Facility* et de l'*Overseas Development Assistance*. (Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p. 5.).

²⁴² Les critiques typiques de *l'approche du marché libre* sont à l'effet qu'en permettant aux pays industrialisés de financer leur croissance en achetant des permis d'émission de GES à l'étranger on hypothèque la croissance future des PED. Également, certains groupes environnementaux voient dans ces quotas des licences pour polluer qui permettraient de transiger la santé humaine et l'intégrité environnementale contre des dollars. Yelin-Keffler indique à cet égard, assez éloquemment, que cette question de l'équité, bien que plausible, peut être endiguée en requérant que les transferts technologiques fassent partie intégrante de la transaction. En conséquence, afin de gagner des crédits de réductions d'émission à l'étranger, les pays industrialisés donneraient au PED la technologie requise pour atteindre ces réductions. Les pays industrialisés pourraient aussi devoir satisfaire un certain pourcentage de développement à l'interne. Un partenariat public-privé impliquant la Banque Mondiale appeler le Prototype Carbon Fund est un bel exemple de ce type de possibilités. (Voir en ligne : Prototype Carbon Fund, <http://prototypcarbonfund.org/splash.html>) ; Voir aussi Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p.5-6) ; D'autres part, Yelin-Keffler explique que les critiques comparant l'échange des droits d'émission de GES à une licence pour polluer ne tiennent tout simplement pas la route. En effet, en donnant la possibilité aux installations d'émettre librement jusqu'à un plafond donné, l'approche réglementaire laisse filer un énorme privilège sans exiger un prix en retour. *A contrario*, l'approche du marché libre met en place un véritable système basé sur le principe pollueur-payeur. En résumé même si certaines critiques peuvent paraître aux premiers abords déroutantes un système bien ficelé peut aisément apporter des ajustements qui les rendent caduques *ipso facto*. (Voir Yelin-Keffler "Warming up". *supra* note 224 à la p. 6).

américain, dans un exercice de réforme sans précédent des lois environnementales depuis les années 1970²⁴³, adopta le 15 novembre 1990, un instrument de gestion des émissions de SO₂ et de NO_x. Ce dispositif législatif est connu sous le nom du IV^{ième} Titre des Amendements de 1990 du *Clean Air Act* (Clean Air Act).

Certains auteurs n'ont pas hésité à parler du *Clean Air Act* comme « l'un des programmes environnementaux ayant eu le plus de succès des dernières décennies » [notre traduction]²⁴⁴. Cette législation américaine instituait donc un système de régulation des émissions des gaz responsables des pluies acides, en imposant des plafonds contraignants d'émission de SO₂ et de NO_x aux exploitants d'installations émettrices de ces gaz. La législation permettait, du même coup, l'échange de ces quotas d'émission entre les exploitants. Ce succès²⁴⁵ du *Clean Air Act* réside dans le fait que l'on observa, dès le début de sa mise en œuvre, un phénomène de *sur-conformité* peu commun. En effet, on constata en 1995 ainsi qu'en 1996 des niveaux d'émissions de SO₂ de la part des exploitants inférieurs de 40 % et de 35 % par rapport aux plafonds imposés aux exploitants²⁴⁶. Cela est d'autant plus remarquable que la grande majorité des exploitants régulés, se révélait être des centrales de production d'électricité faisant face à une croissance constante de la demande domestique américaine d'électricité²⁴⁷. Du reste, les avantages environnementaux du *Clean Air Act* sont considérables, un rapport estima même dès 1995 qu'une baisse de 10 % à 25 %²⁴⁸ avait eu lieu dans le niveau d'acidité des pluies. Autre donnée capitale : le *Clean Air Act* a rendu possible ces réductions d'émission dans un contexte de coût de conformité dramatiquement plus bas que les niveaux préalablement estimés par les

²⁴³ Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p.7.

²⁴⁴ Dallas Butraw et Byron Swift, "A new Standard of Performance: An Analysis of the Clean Air Act's Acid Rain Program" (1996) 26 *Envtl. L. Rep.* 10411-10415 (Voir aussi Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224, *ibid.*).

²⁴⁵ Yelin-Keffler qualifia ainsi le succès du Clean Air Act : "In sum[...] the CAA appears to be performing well. The emission market has stimulated dramatic SO₂ reductions at low costs, and has fostered innovation in both the electricity and transportation sectors. While these benefits would likely increase with a more robust trading market, most commentators have nonetheless concluded that Title IV has been a remarkable success." (Voir Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p. 9).

²⁴⁶ *Ibid.* à la p. 7

²⁴⁷ La croissance de la demande domestique d'électricité relative aux exploitants couverts fut de 2,6% aux États-Unis pour l'année 1996. (Voir *ibid.*).

²⁴⁸ *Ibid.*

intervenants du domaine. Les attentes relativement à ces coûts de réduction des émissions étaient de l'ordre de \$750 à \$1500 dollars américains par tonne de gaz, alors que le coût réel s'est stabilisé à \$100 la tonne en 1997²⁴⁹. Ce qui a fait dire à plusieurs que *l'approche du marché libre* dans ce domaine équivalait à des économies, en regard des coûts d'ajustement à des objectifs environnementaux, de l'ordre de 50 %²⁵⁰ comparativement aux approches traditionnelles. En bout de piste, il est estimé que le *Clean Air Act*, selon le rythme actuel, réussira le tour de force de réduire les émissions de SO₂ de 10 millions de tonnes par rapport au niveau observé en 1980, qui était de 20 millions de tonnes à l'époque, et ce d'ici 2010²⁵¹. Le *Clean Air Act* pave donc la voie à une réduction des émissions de SO₂ aux États-Unis de près de 50 % sur une période d'un peu moins de 20 ans²⁵². Devant le succès évident d'une application d'envergure de *l'approche du marché libre* en matière environnementale, il est impératif, dans le cadre de l'analyse proposée par ce texte, de disséquer méticuleusement les tenants et aboutissants du *Clean Air Act*. Le but avoué étant d'en extraire les principaux attributs pouvant être transportés à l'échelle internationale relativement à la problématique d'encadrement normatif de la problématique du climat.

Le *Clean Air Act* est construit avec l'idée d'une application croissante de son dispositif selon des phases²⁵³ successives. Il centre son action sur une catégorie d'installations émettrices relativement homogènes représentant plus de 75 %²⁵⁴ des émissions de SO₂ aux États-Unis, soit les centrales de production d'électricité.

²⁴⁹ Yelin-Keffer "Warming up", *supra* note 224 à la p. 9.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Cette approche de réduction des émissions par le truchement de phases successives ne fait pas l'unanimité. Yelin-Keffer explique que : "[B]y allowing participants to slowly adjust to heightened regulatory requirements. This slow approach has prevented economic dislocation by allowing firm to adapt technology over time." (Voir *ibid.* à la p.15) ; Cependant, malgré les bénéfices appréhendés de cette approche, le directeur de la section de la qualité de l'air de l'EPA a vertement critiqué cette dernière. Allant même jusqu'à la décrire comme le principal défaut du système d'échange de quotas de SO₂. Il estime que les installations polluantes de la phase I du Clean Air Act peuvent réduire leurs émissions à bas coûts à travers des changements technologiques relativement simples. Les installations de la phase II pour leur part sont obligées de demander de plus en plus de quotas au fur et à mesure qu'elles répondent à la demande de production. En conséquence, il estime que l'approche par phases sépare les acheteurs (les installations de la phase I) de quotas des vendeurs (les installations de la phase II) de quotas à cause du déséquilibre entre l'offre et de la demande induit par le délai accordé aux installations de la phase I. Par ce truchement, il y aurait donc réduction des possibilités de réalisation des gains sur la vente des quotas alors que les installations de la phase I ont préféré engranger des quotas en prévision d'un resserrement futur du contrôle des émissions de SO₂. (Voir *ibid.* à la p. 19).

²⁵⁴ Yelin-Keffer "Warming up", *supra* note 224 à la p. 7.

La *United States Environmental Protection Agency* (EPA), qui jouit d'une crédibilité et d'un pouvoir important auprès des exploitants, est le chien de garde du système. Elle assure une administration efficace et un suivi continu des exploitants. La première phase du déploiement du Clean Air Act, qui s'étendait de 1995 à 2000, visait les 110 installations les plus polluantes des États-Unis en matière de SO₂ et imposait un plafond d'émission inflexible²⁵⁵ de l'ordre de 3,5 millions de tonnes à partir du 1^{er} janvier 1995. Dans la deuxième phase, qui s'enclencha le 1^{er} janvier 2000, le *Clean Air Act* ajoutait alors 700 installations à son giron pour un plafond supplémentaire annuel de 5,4 millions de tonnes. Avec le déploiement complet de la législation, c'est donc un plafond annuel inflexible de 8,9 millions de tonnes qui fut imposé à la communauté des exploitants régulés. Chaque installation se voyant octroyée²⁵⁶, via un système d'allocation prévue par la législation, des quotas²⁵⁷ d'émission qui sont basés sur les émissions historiques de l'installation en question (approche grand-père) sur la période s'étendant de 1985 à 1987. L'EPA mit en place un système permanent de contrôle des émissions²⁵⁸ afin de s'assurer du respect par les exploitants des niveaux d'émissions réglementaires. Une autre particularité du dispositif est que les exploitants ont la possibilité d'engranger ou de réserver²⁵⁹ les quotas qui ne sont pas utilisés pendant une année donnée pour pouvoir les utiliser ultérieurement²⁶⁰. L'EPA fut introduit comme courroie de

²⁵⁵ L'EPA a mentionné que le caractère d'inflexibilité du plafond global des émissions de SO₂ est très bénéfique au système. Selon elle il s'agit là d'un élément clé et, qui plus est, d'un facteur d'ancrage du système d'échange de quotas. Un tel plafond inflexible, s'il est bien compris par la communauté régulée crée une confiance envers la stabilité du système. S'il advenait que la stabilité du système à long terme ne fut pas claire les installations régulées amasseraient des quotas en prévision de restrictions futures. Cela réduirait le volume des transactions et donc réduirait les bénéfices du marché. Dans le cas contraire, si les installations estiment que les exigences sont relâchées, ils perdront l'intérêt d'investir dans des stratégies de contrôle de la pollution. (Voir *ibid.* à la p.15) ; Yelin-Kefer évoque l'importance cruciale de l'inflexibilité du plafond dans les termes suivants : "A Clear and inflexible target is critical for a successful program because participants need to be aware of long-term reduction requirements if they are to invest money in either technological development or permit purchase [...] The baseline may be tightened over time; however, firms should be aware of the planned reduction schedule so they can plan accordingly. » (Voir *ibid.*).

²⁵⁶ Dans le cas du Clean Air Act cet octroi se fait à titre gratuit. Cette approche est donc considérée comme étant la reconnaissance *de facto* de droits acquis aux vieilles installations (souvent les plus polluantes) comparativement aux nouvelles installations qui doivent acheter des quotas pour intégrer le marché de la production.

²⁵⁷ Équivalent à une tonne de SO₂.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ En anglais on réfère au terme *banking* concernant cette opération.

²⁶⁰ Dans le cas du Clean Air Act cette possibilité de l'engrangement des quotas est importante puisque dans la première phase du déploiement les installations ont engrangé plus de 3,4 millions de tonnes représentant une part significative du plafond global. Certains intervenants estiment que ces possibilités d'engrangement comportent l'effet pervers d'encourager le gouvernement américain à surestimer les bénéfices observés du Clean Air Act sur les pluies acides. Yelin-Kefer fait remarquer à cet égard que, bien qu'en théorie ce mécanisme puisse produire des émissions massives dans les années subséquentes, dans la pratique cela produit

transmission incontournable du marché secondaire de l'échange des quotas préalablement octroyés²⁶¹ par elle. Une installation s'étant donc vue octroyée par elle, un quota donnant la possibilité légale, en vertu du Clean Air Act, de transiger avec une autre installation régulée — ce même quota — contre une valeur monétaire faisant consensus entre elles. Ce système d'échange est alimenté par le fait que le Clean Air Act ne dicte aucun moyen précis que les installations doivent prendre pour se conformer au plafond d'émissions qui leur a été octroyé. L'installation peut mettre en place des purificateurs, faire des mélanges d'essences, transférer ses activités vers des carburants faibles en soufre ou encore fermer des unités très polluantes. Il n'y a pas de limites concernant les options qui s'offrent à elle. Cette installation peut aussi décider d'acheter sur le marché ouvert des quotas lui permettant de maintenir le niveau de ses émissions actuelles, voire même les augmenter. La seule exigence de l'EPA est que l'installation en question dépose auprès d'elle — en temps opportun et annuellement —, le nombre de quotas correspondant au niveau de ses émissions annuelles. En cas de défaut, l'EPA imposera une amende de \$2000 dollars américains pour chaque tonne émise en excès du plafond et n'étant pas couverte par un quota en bonne et due forme. Ces émissions excédentaires seront également déduites des quotas octroyés pour la période suivante d'octroi. Une irrégularité de la sorte afflige donc l'installation fautive d'une double pénalité : celle d'être mise à l'amende et celle de devoir, malgré ces amendes, procéder aux réductions d'émissions prévues de l'année en cours, pendant l'année suivante. Une gestion périphérique du marché des quotas est effectuée par l'EPA en ce qui a trait, d'une part, à un système de contrôle permanent des émissions²⁶² et,

plutôt des contrôles préventifs ayant des effets bénéfiques à long terme. Toutefois, la majorité des auteurs sont d'accord pour dire que l'on ne connaît pas les impacts réels de cette fonctionnalité d'enregistrement, ces derniers ne se révéleront que lorsque les contrôles des émissions deviendront plus exigeants (Voir Yelin-Keffer "Warming up", *supra* note 224 à la p. 26) .

²⁶¹ Notons ici que le choix quant au niveau des quotas octroyés est crucial puisque cela établit le niveau de pollution qui sera émis. S'il n'y a pas assez de quotas en circulation le coût de réduction des émissions va éclipser les bénéfices d'une transaction, la rareté poussant à l'augmentation des prix. S'il y a trop de quotas en circulation *a contrario* les installations ne seront pas encouragées à réduire leurs émissions pour revendre des quotas sur un marché déprimé.

²⁶² Sans un tel système de comptabilisation et de suivi en cas de non-conformité les installations trouveraient moins cher d'ignorer les limites d'émission que d'acheter des quotas en prenant une perspective axée sur la gestion du risque relié à la constatation d'une infraction. Yelin-Keffer indique à ce sujet que : Title IV's success can be credited, in large part, to its near-perfect tracking and monitoring systems. Participating utilities recognize that violations will be detected and large penalties imposed."(Voir Yelin-Keffer "Warming up", *supra* note 224 à la p. 27) ; Au niveau du suivi des émissions l'EPA a établi le *Continuous Emissions Monitoring System* (CEMS). Le Clean Air Act exigeait des installations qu'elles se dotent d'un système de surveillance des

d'autre part, à la tenue d'un registre national de suivi des octrois²⁶³. Ces outils permettant, à la fin de chaque année, de valider la conformité des installations en vertu du *Clean Air Act*. Le *Clean Air Act* est donc un moteur très efficace du contrôle de la pollution atmosphérique aux États-Unis. Force est de constater que l'amalgamation entre un organe de réglementation fort et respecté comme l'EPA, qui est garante d'un plafond d'émission inflexible, et une méthode de conformité onduoyante pour la communauté régulée, procurée par l'approche du marché libre, a fait ses preuves aux États-Unis. Reste à savoir dans quelle mesure ce modèle peut être exporté sur l'échiquier international.

Au plan international plusieurs pierres d'achoppement parsèment la voie d'éclosion d'un mécanisme basé sur *l'approche du marché libre* concernant un système international d'échange de droits d'émission de GES. Il est assez clair, si on en croit la doctrine²⁶⁴ sur le sujet, que le système américain du *Clean Air Act* ne peut y être transposé sans anicroches. D'entrée de jeu, le système du *Clean Air Act* a beau être le plus vaste programme de marché d'échange de quotas d'émission de gaz au monde, il a un caractère invariablement national. A cet égard, l'engagement de l'État-Nation envers la souveraineté encourage cet État-Nation à fuir forcément les régulations internationales. Cette tendance sera d'autant plus exacerbée que les dites régulations internationales porteront sur une matière dont les éventuelles limitations auront des conséquences directes sur le développement économique interne. Conséquemment, les difficultés de conceptualisation du système international d'échange de quotas de GES sont immanquablement teintées de déterminants propres à cette portée internationale. L'absence d'un législateur international représente un sérieux obstacle à la naissance d'un système efficace à l'échelle internationale.

émissions afin de s'assurer que leurs émissions ne dépassent pas le nombre de quotas détenus par elles. Le CEMS donne une évaluation à chaque heure des émissions de CO₂ des installations. Les intervenants du domaine estiment que sans un tel système les installations régulées ne pourraient s'assurer de l'atteinte du plafond maximum et par conséquent, le *Clean Air Act* des objectifs environnementaux.

²⁶³ L'EPA a établi *l'Automated Tracking Service* (ATS) pour enregistrer toutes les transactions sur les quotas de SO₂. Ce système de traçabilité donne un numéro de série à chaque quota qui est détenu dans le compte de l'installation auprès de l'EPA. Un système de surveillance en continu détecte les permis utilisés et les déduit directement du compte de l'installation. Cela fonctionne à la manière d'un compte de banque où les retraits ajustent constamment le solde. C'est une approche très transparente et simple. (Voir *ibid.*).

²⁶⁴ *Ibid.* à la p. 9.

Dans le cas du *Clean Air Act*, les installations impliquées se sont rapidement soumises à l'autorité de l'EPA ce qui fut déterminant dans le succès de la législation. Force est de constater que dans d'autres démocraties sur la planète, ce n'est pas toutes les installations qui sont soumises à un tel organisme centralisé de régulation. Il n'est donc pas certain qu'un marché d'échange de quotas internationalisés, basé sur le consensualisme des États, ne rencontre de problèmes d'acceptation reliés au dictat d'une tierce partie. L'inébranlable réalité selon laquelle : « un marché des émissions ayant du succès sur le plan mondial nécessitera une agence de régulation internationale omnipotente en la matière et coordonnant les transactions de quotas en voyant à leur traçabilité et en assurant avec force la conformité des installations. » [Notre traduction]²⁶⁵ demeure une condition basique minimale pour envisager un système efficace. Reste à savoir si l'omnipotence recherchée doit exclusivement puiser sa source à même l'ordre juridique interétatique, rien n'est moins sûr.

Une réalité politique alimente également la crédibilité d'un système international d'échange de quotas de GES. En effet, les pays industrialisés représentent 25% de la population du globe, mais produisent 65 %²⁶⁶ des émissions de GES. Certains observateurs discréditent un éventuel système d'échange de quotas de GES pleinement international, en arguant que le problème du changement climatique est le produit des pays industrialisés, estimant *de facto* qu'un tel système ne devrait s'appliquer qu'à eux. Il circule aussi un diagnostic assez répandu à l'effet qu'un système international d'échange de quotas de GES ferait des PED des vendeurs nets de quotas (ce qui est exact), permettant ainsi aux pays industrialisés d'acheter le « droit de polluer » en réprimant la croissance économique des PED. Yelin-Kefer décrit éloquemment ces appréhensions dans son article de la façon suivante :

A global trading market is thought to violate the leadership principle, allowing developed nations to eschew domestic reductions and innovations by simply exporting existing technology abroad. Allowing

²⁶⁵ Yelin-Kell'ër "Warming up", *supra* note 224 à la p. 9.

²⁶⁶ *Ibid.* à la p. 6

industrialized nations to purchase emission allowances from developing countries are “buying the right to pollute” from the poor. Because the industrialized world achieved wealth through pollution, developing countries fear that the global emission market will stunt their development, forcing them not only to forego emissions, but also potential economic growth. Developing countries argue that they are entitled to follow the same destructive path as industrialized countries have in the past.²⁶⁷

Des critiques très persuasives de cette vision moraliste de choses évoquent essentiellement les immenses possibilités de revenus pour les PED, issues de l'éventuelle vente de leurs quotas sur le marché international. Ces possibilités sont aussi considérées d'autant plus avivées par le fait que la diversification technologique de l'appareil de production des PED la rend globalement plus moderniste et flexible²⁶⁸. Ce qui a comme résultante une possibilité d'accroissement de la marge de manœuvre environnementale en matière de GES pour eux. À titre d'exemple de cette caractéristique fondamentale, une analyse affinée démontre que la Chine est déjà le leader mondial dans le domaine de l'énergie éolienne, que l'Inde la suit de près en quatrième position, et que le Brésil est le plus grand consommateur international d'éthanol comme carburant pour les voitures. Or ces critiques ironisent beaucoup le rejet d'une stratégie environnementale potentiellement porteuse de grands bénéfices économiques pour les PED, principalement en considération de prémisses qui se déclarent appuyées sur une logique d'équité envers les PED. Ils escomptent, du même souffle, que ces revenus provenant des quotas de GES domineraient grandement les bénéfices qu'ils pourraient obtenir d'une protection internationale de l'environnement disjointe. Sur le plan de l'imputabilité des PED en regard du changement climatique, il est largement reconnu que « les pays en développement jouent un rôle de plus en plus important dans la production des GES. » [Notre traduction]²⁶⁹ Ces critiques prennent acte du fait que les distributions statistiques, en matière de production de GES, suivent un processus

²⁶⁷ Yelin-Keffer “Warming up”, *supra* note 224 à la p.16-17.

²⁶⁸ Yelin-Keffer fait remarquer que: “Reducing emissions in these countries will be significantly cheaper than making comparable cuts in emissions from industrialized countries because simple technological improvements have not yet been implemented in developing countries.” (Voir *ibid.* à la p.17).

²⁶⁹ *Ibid.*

d'inversement à l'échelle du globe. Le fait que les États-Unis, qui représentent aujourd'hui près de 17,5 %²⁷⁰ des émissions de CO2 mondialement, et le fait qu'ils seront remplacés d'ici 2015 par la Chine, est une illustration révélatrice de la profondeur de ce processus d'inversement de la donne. D'autres indicateurs dénotent le caractère fondamentalement incontournable²⁷¹ d'une approche intégrant les PED dans un système international d'échange de droits d'émission de GES. Ils mettent en lumière une conjonction de facteurs faisant en sorte que, l'exclusion des PED rendrait le système international d'échange des droits d'émissions de GES inopérant. Premièrement, le fait de circonscrire le système aux seuls pays industrialisés serait défavorable aux PED (via le déni des revenus liés aux ventes de quotas) et ralentirait la croissance économique mondiale, davantage que si l'approche était intégrée. Cette mécanique économique s'explique par la chute appréhendée du PIB de pays industrialisés issue de leur incapacité à réduire rapidement, par la voie technologique, leurs émissions de GES. Les PED verraient alors la demande pour leurs produits sur les marchés internationaux chuter à son tour. Voilà un jeu économique où personne ne gagne, peu susceptible de susciter l'enthousiasme. Deuxièmement, une approche sans les PED pourrait bien s'avérer le catalyseur de fuites²⁷² importantes, minant par le fait même le processus de conversion à des modes de production d'énergies propres²⁷³ au niveau global. Les PED ne participant pas à un système international d'échange de quotas de GES, le prix du combustible fossile sera appelé à baisser²⁷⁴ compte tenu de la contraction de la demande émanant des pays industrialisés. Cela risque fort de propulser la consommation de ce type d'énergie dans les PED encourageant un redéploiement international d'industries polluantes, (accélééré par la mondialisation économique) et rendant les pays hôtes (les PED) encore plus dépendant des technologies axées sur le carbone. Cela semble *a priori* constituer un processus de recul effectif sur le plan de flexibilité de l'appareil de production mondial, en regard du problème de changement climatique. Assurément cet engrenage aura la propriété de limiter les possibilités futures

²⁷⁰ Yelin-Keffer "Warming up", *supra* note 224 à la p.18.

²⁷¹ A ce titre les États-Unis ont clairement indiqué qu'ils ne seraient pas d'un système où les PED sont absents.

²⁷² Yelin-Kefer indique à ce sujet que : "[A] less than global approach may have negative leakage effects, which could counterbalanced the benefits of industrialized country reductions. While complex international agreements often run into collective action problems, in this case, the United States has refused to participate unless developing countries are subject to emissions limits."(Voir *ibid.* à la p.17).

²⁷³ Le lecteur notera ici la similarité avec le concept de développement durable.

²⁷⁴ Toutes choses étant égales par ailleurs.

d'accords environnementaux concernant les GES. Yelin-Kefer dans son article fait remarquer le constat suivant concernant une approche intégrée d'échange international de quotas de GES :

A global agreement could stimulate even greater innovation, allowing developing countries to « become a market leader in manufacturing and commercializing energy-efficiency and renewable energy technologies.²⁷⁵

Il y a donc lieu de croire que non seulement une approche intégrée serait une condition *sine qua non* concernant la survie à long terme d'un système international d'échange de quotas de GES. Au surplus, il relèverait d'une planification économique judicieuse de la part des PED. Quoiqu'il en soit, il y a une forte convergence d'indicateurs signalant que tel système ne pourra se perpétuer sans eux. Un autre facteur à apprécier dans le processus de conceptualisation relativement à un système international d'échange de quotas de GES, est l'envergure titanesque de la coopération internationale qu'il suppose. Certains estiment qu'il s'agit là d'un projet « requérant un niveau de coopération internationale sans précédent mais que cette coopération est nécessaire puisque les problèmes de nature internationale demande des solutions de nature internationale. » [Notre traduction]²⁷⁶ Or, les entraves à l'émergence d'un système international d'échange de droits d'émission de GES, sont liées au manque de standards primitifs dans le cadre des échanges transactionnels au plan mondial. Aux États-Unis, par exemple, dans le cas du *Clean Air Act* le succès est aussi fondé sur l'existence de relations de longue date entre les installations composant la communauté régulée. Ces relations se sont bâties au fil des interactions visant à gérer les pénuries nécessitant des achats d'urgence d'énergie. Un véritable système étant préalablement omniprésent, à ce niveau, entraîne un flux constant d'information entre les exploitants de l'industrie. Autre exemple, le commerce interétatique américain est régi depuis belle lurette par le *Uniform Commercial Code*, cela cimenter le schéma de pratiques commerciales et singularise la zone de confort affectant le marché des quotas de SO₂. Qui plus est, cette dynamique

²⁷⁵ Yelin-Kefer "Warming up", *supra* note 224 à la p.18.

²⁷⁶ *Ibid.* à la p.10.

informelle est puissamment assise sur le dénominateur commun du dollar américain, comme monnaie d'échange. Typiquement dans la sphère internationale, l'uniformité est une denrée rare. Le droit à la propriété privée n'y fait pas consensus et les lois de types transactionnels ne présentent pas toujours de similitude d'une juridiction à l'autre. Il n'y a pas beaucoup de marchandise présente au niveau international qui transcende véritablement la loi nationale et, il n'y a éminemment pas, de tradition d'échange d'information. L'analyse de ce texte rencontre donc l'idée selon laquelle l'absence d'un tel fondement est assurément l'un des principaux obstacles qui se dressent inéluctablement devant la réalisation d'un système international d'échange de quotas de GES. Étonnamment, ce texte y reviendra, il semble que la réponse à ce dilemme, puisse être enfouie dans la genèse du droit commercial international : la *lex mercatoria*. Cette conclusion s'impose d'abord en prenant acte du fait que le réacteur d'un système international d'échange de droits d'émission de GES, s'appuie en premier lieu sur le caractère « universel » de l'impact de l'émission d'une tonne de gaz de GES. Tel que précédemment mentionné, les émissions de cet acabit n'ont pas d'effets localisés²⁷⁷. Ce qui comporte l'avantage de ne pas avoir à régionaliser l'ordonnement des transactions. On a peine à imaginer les complexités administratives qui découleraient de l'absence d'un tel attribut sous un angle international. Le pullulement des participants éventuels, constitue aussi un avantage et augmente la capacité du marché de disséminer l'efficacité et induit un stimulus dirigé vers les changements technologiques. En définitive, l'absence historique de mécanismes de régulation internationale, comporte la précellence d'un terrain vierge n'obligeant pas de superposer le système voulu sur un système réglementaire préexistant potentiellement teinté d'inflexibilité. Afin de clore le déclinement des aspects prometteurs associés à un système international d'échange de droits d'émission de GES, il est intéressant de prendre acte des propos de Jonathan Wiener. Ce dernier, en réponse au problème que pose l'inexistence d'une agence internationale similaire à l'EPA américaine, suggère que les disputes émanant du cadre d'un programme de transactions global, puissent se voir encadrées par la possibilité d'invoquer le concours de

²⁷⁷ Le degré de cette « universalité » des émissions de GES est d'ailleurs supérieur à ce que l'on retrouvait dans le cas des émissions couvertes par le *Clean Air Act* américain.

l'Organisation Mondiale du Commerce²⁷⁸ (OMC). Voilà une allusion directe au rôle que pourra avoir la force contraignante émanant de la communauté marchande mondiale ou du secteur privé transnational, et ce, dans un contexte international où la problématique environnementale doit cohabiter avec la mondialisation économique.

2. L'environnement normatif du marché du carbone.

La doctrine considère²⁷⁹ donc généralement que le cadre normatif dont relève principalement le marché international du carbone est l'ordre international économique privé. Cependant, nous l'avons évoqué précédemment, il y a aussi une dimension subsidiaire du duo Kyoto-Marrakech, appartenant au droit international interétatique, qui, comme ce mémoire tente de le démontrer, régule des questions liées essentiellement à la responsabilité internationale des États en matière d'environnement. Cette dimension, bien qu'indirectement reliée à la problématique de ce mémoire, jette pourtant la base de toutes analyses subséquentes, compte tenu du péril que représente les turbulences juridiques induites par le processus de mondialisation économique et sa variante néolibérale — puisqu'il est l'élément quasi-impératif²⁸⁰ qui fait contrepoids au caractère transnational du pollueur privé moderne. L'auteur du présent mémoire considère donc que, sans cette assise fondamentale appuyée minimalement sur le consensualisme interétatique, l'efficacité éventuelle de l'autorégulation de nature privée — dans le domaine de la lutte aux changements climatiques — serait gravement compromise. L'auteur de ce mémoire contribue à l'adhésion d'une partie de la doctrine²⁸¹ à la thèse selon laquelle, le droit international de l'environnement doit être perçu comme un système « [d'] obligations [qui] corresponde à des fonctions que les États doivent remplir au service commun de l'humanité » — cela mérite cependant une mention comme quoi le droit international de l'environnement, peut aussi s'avérer le corollaire du droit international économique privé — selon une interprétation que l'on peut donner

²⁷⁸ Yelin-Kell'fer "Warming up", *supra* note 224 à la p.11.

²⁷⁹ Cette affirmation se base sur des interprétations et constatation de l'auteur du mémoire qui jette un regard sur une doctrine qui s'inscrit dans un cadre plus large que celui du marché international du carbone.

²⁸⁰ Voir *supra* note 207.

²⁸¹ Kiss, *Droit de l'environnement*, *supra* note 61.

aux écrits du Professeur Carreau en regard du duo Kyoto-Marrakech. Cette thèse correspond, ni plus ni moins, à la reconnaissance du « remplacement au sein de la société internationale de l'intérêt individuel des membres et des droits souverains qui en découlent par l'intérêt collectif et des fonctions dévolues aux États »²⁸² : la révolution scellienne²⁸³ du droit international de l'environnement, tel qu'évoqué précédemment. Le seul fait que cette vision des choses laisse entrevoir, par recoupement, que le droit international de l'environnement serait une sphère du droit international, située elle aussi en amont du droit interétatique — tout comme l'ordre international économique privé —, est digne de mention puisque une dimension subsidiaire du duo Kyoto-Marrakech appartient à ce droit. La dichotomie et le flou frontalier public/privé²⁸⁴ aurait donc la capacité de se transposer dans l'ordre juridique transnational. Malgré l'immense intérêt de cette question, elle dépasse le cadre de ce mémoire — sur le plan du cadre théorique —, l'analyse sera ici plutôt orientée vers l'aspect privé.

Une large doctrine²⁸⁵ traite des effets de la globalisation des échanges — notamment dans le domaine de la finance — et prend acte de l'ascendant du secteur privé quant au caractère normatif, au plan international, du processus de titrisation²⁸⁶. L'omniprésence de la reconnaissance du besoin d'une harmonisation des droits nationaux, pour répondre à des impératifs de risque systémique²⁸⁷,

²⁸² Kiss, *Droit de l'environnement*, supra note 61 à la p.22.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Burman, Harold S., "Harmonization and Globalization of Commercial Law" (2001) American Bar Association, en ligne: United States of America Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/16686.pdf>

²⁸⁵ Szwarcz, Steven L., "The universal language of international securitization" (2002) 12 Duke J. Comp. & Int'l L. 285.; Schinasi *OTC Derivatives supra* note 4; Potok, Richard., "The Hague Securities Convention — closer and closer to a reality" (2004) 15 JBFLLP 204, en ligne: Rikkyo University, Faculty of Law <http://law.rikkyo.ac.jp/riblls/symposium/Potok.pdf>; Corcoran, Andrea M., « The uses of new capital markets: electronic commerce and the rules of the game in an international market place » (1999) en ligne: Washington College of Law <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/49/corcoran.pdf>; Paech, Philipp., "L'harmonisation du droit matériel pour l'utilisation des titres détenus auprès d'intermédiaires à titre de garantie: le projet d'Unidroit" (2002) Rev. Dr. unif. 2002 - 4 en ligne: www.unidroit.org; Sommer, Joseph H., "International securities holding and transfer law" (2001) 18 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 685.

²⁸⁶ Les produits dérivés du carbone peuvent être qualifiés de forme titrisée du moyen de contrôle de l'objectif environnemental concernant les GES, au même titre que des hypothèques immobilières peuvent être titrisées et par la suite échangées par des tiers qui n'ont aucun lien avec le prêteur original. Dans l'élaboration des normes internationales relatives à la titrisation, la doctrine reconnaît le rôle accru du secteur privé (Voir Dasgupta, Parikshit., "Securitization: crossing borders and heading towards globalization" (2004) 27 Suffolk Transnat'l L. Rev. 243); Par analogie, on retrouvera ce type de mécanique juridique au niveau du marché du carbone.

²⁸⁷ Hval, Nina., "Credit risk reduction in the international over-the-counter derivatives market: collateralizing the net exposure with support agreements" (1997) 31 Int'l Law. 801.; Eppel, Desmond., "Risky business: responding to OTC derivative crises" (2002) 40 Colum. J. Transnat'l L. 677.; Waldman, Adam R., "OTC derivatives & systemic risk: innovation finance or the dance into the abyss?" (1994) 43 Am. U. L. Rev. 1023.

amène plusieurs auteurs à endosser le passage à un ordre juridique transnational²⁸⁸. À l'évidence, il y a là un consensus doctrinal sur le caractère fondamental de cette évolution récente relativement au cadre normatif dans lequel se produisent les échanges économiques internationaux. Les différentes crises monétaires des années 1980 et 1990, et le rôle qu'ont eu les produits financiers dérivés « au comptoir » renforcent l'argument doctrinal²⁸⁹ qui va dans ce sens. Il semble clair que le marché international du carbone ne pourra échapper à une tendance si lourde du marché des capitaux, bien qu'aucun auteur ne semble s'être penché directement sur cette question. La question de la fongibilité intersystémique des droits d'émission de GES a, quant à elle, retenu l'attention de quelques auteurs²⁹⁰ il semble qu'une flexibilité suffisante existe au sein du système de Kyoto pour que d'autres systèmes puissent se greffer à ce dernier et que les droits d'émissions correspondants deviennent fongibles²⁹¹. La deuxième période d'engagement de Kyoto au-delà de 2012, est perçue comme une étape charnière à cet égard. D'autres auteurs font état de problématique pouvant émaner du droit interne, sur le plan constitutionnel par exemple²⁹², ou de cadres normatifs plus larges, comme l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*²⁹³ ou le droit de l'OMC. Certains auteurs utilisent le vocable de *droit transnational administratif*²⁹⁴ pour décrire l'ascendant que ces régimes d'encadrement juridique des relations économiques, peuvent imposer à d'autres régimes juridiques transnationaux — comme celui qui encadre le marché du carbone. Ce type d'obstacle, à la lumière des conclusions des différents auteurs,

²⁸⁸ Katsikas, Dimitrios., "Theorising Private Transnational Regulation: A New Framework of Analysis" (2004) en ligne: The Standing Group on International Relations www.sgir.org; Wai, Robert., « Transnational liftoff and juridical touchdown: The regulatory function of private international law in an era of globalization » (2002) 40 Colum. J. Transnat'l L. 209.

²⁸⁹ Schinasi, *OTC derivatives*, *supra* note 4.

²⁹⁰ Sugiyama, Taishi, *et al.*, *Briefing Paper: Where to next? Future steps of the global climate regime*, Winnipeg, Institut International du Développement Durable, 2004, en ligne: IISD http://www.iisd.org/pdf/2005/climate_where_to_next.pdf; Bodansky, Daniel., "Linking U.S. and International Climate Change Strategies" (2002) Centre Pew sur les changements climatiques globaux, en ligne: PEW center <http://www.pewclimate.org/docUploads/us%5Finternational%5Fstrategies%2F.pdf> [Bodansky "Linking"],

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Stockdale, Christy., *The Constitutional Implications of Implementing Kyoto*. Regina. Centre for Studies in Agriculture, Law and Environment, University of Saskatchewan. 2004.

²⁹³ Page, Robert., "Kyoto and emissions trading: challenges for the NAFTA family" (2002) 28 Can.-U.S. L.J. 55.; Chambers, Bradnce., dir., *Inter-linkages: The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regimes*, New York, The United Nations University, 2001. [Chambers, *Kyoto Protocol*].

²⁹⁴ Kingsbury, Benedict. Krisch, Nico. et Stewart, Richard B., "The Emergence of Global Administrative Law" (2004) IILJ Working Paper 2004/1, en ligne: Institute for international Law and Justice, New York University School of Law, www.iilj.org.

est perçu comme un agent diluant²⁹⁵ de la fongibilité des droits d'émission mais aussi, par certains autres auteurs comme un agent concentrateur²⁹⁶ de cette même fongibilité en permettant l'émergence d'un organe de standardisation des pratiques environnementales, par exemple, conditionnant l'accès d'un État en particulier au commerce international dans le cadre de l'OMC. Dans l'ensemble, la doctrine reconnaît largement que le marché du carbone pourra se maintenir dans le cadre d'une approche multisystémique. Il est assez clair cependant que « [t]he Kyoto Protocol provides both implicit and explicit support for the involvement of the private sector and other non-state actors »²⁹⁷ et que selon toute vraisemblance les parties au Protocole de Kyoto « recognizes that national governments, constrained by political concerns, are not necessarily the most efficient cost-minimizing agents »²⁹⁸. Il y a donc une école de pensée structurée dans la doctrine à l'effet que la fongibilité des outils de conformité découlant des systèmes d'échange Kyoto et non Kyoto doit être du ressort des acteurs non étatiques de la société internationale — à l'instar du système financier international. Il est donc raisonnable de croire que cette doctrine suppose alors une grande contribution, en terme de développement des normes de fongibilité, en provenance de la « coutume internationale » en matière d'échange intersystémique de droit d'émission de GES. C'est d'ailleurs en relation avec cette contribution de la « coutume internationale privée »²⁹⁹ que ce mémoire fera allusion à la notion de fongibilité asymétrique, pouvant s'interpréter comme une phase transitoire, où la coutume, prise dans une perspective à long terme, produit l'effet d'une catharsis vers une fongibilité parfaite de tous les systèmes d'échange d'émission de GES. Ce texte y reviendra.

Dans les lignes précédentes, la cohabitation de deux écoles de pensée fut mise en exergue à l'égard de la conception relative au tiers ordre juridique. Or, puisque le marché du carbone correspond, en majeure partie, à un sous-ensemble très spécialisé du commerce international — malgré sa composante subsidiaire de droit international de l'environnement — s'apparentant ni plus ni moins au droit

²⁹⁵ Chambers, *Kyoto Protocol*, *supra* note 292.

²⁹⁶ Picciotto, Sol. "Rights, Responsibilities and Regulation of International Business" (2003) 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 131.

²⁹⁷ Chambers, *Kyoto Protocol*, *ibid.* à la p. 22.

²⁹⁸ *Ibid.* à la p.23.

²⁹⁹ L'auteur tient à préciser ici qu'on ne saurait confondre le concept de « coutume internationale privée » avec le sens classique généralement donné à une norme coutumière internationale de droit international public.

international interétatique —, ce mémoire fait le choix de traiter de cette question sous l'angle de l'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria*. Les exemples d'application internationale de ce type de système normatif, sur le plan commercial³⁰⁰, et les diagnostics observables dans cette direction de la part d'une doctrine³⁰¹ de haut niveau³⁰² et même le constat de l'émergence d'une certaine forme de *lex mercatoria* dans des champs pouvant être perçus comme exorbitant le commerce international comme tel — par exemple le cas de l'International Air Transport Association (IATA) —, justifient de ne pas engager le débat³⁰³ autour de cette question de conception juridique mercatique par opposition à la conception transnationaliste, du moins dans le cadre de l'objet visé par ce mémoire. Ce choix s'effectue, évidemment, dans le but ultime de bien circonscrire l'apport de cette théorie du droit mercatique nouveau, aux questions de fongibilité des outils de conformité émanant du duo Kyoto-Marrakech — et également aux interactions possibles de cette nouvelle *lex mercatoria* avec sa composante de droit international interétatique. Cependant, avant d'adopter ou de rejeter l'adhésion à cette théorie — et surtout de procéder à son inclusion dans le présent exposé — il est essentiel de retracer sa source mais aussi de retracer, non pas les contestations engagées en fonction d'une théorie alternative³⁰⁴, mais surtout les contestations dirigées contre son existence même³⁰⁵.

Originellement, ce que l'on appelle *lex mercatoria*, naît avec l'époque médiévale et «consistait en un ensemble uniforme de règles coutumières — auxquelles obéissaient les marchands du commerce international — qui étaient appliquées à leurs différends devant des tribunaux composés de juges marchands»³⁰⁶. Il

³⁰⁰ Carreau, *Droit, supra* note 29 aux pp.196-199.

³⁰¹ Au début des années 1960 des auteurs comme Berthold Goldman, Philippe Fouchard et Clive Schmitthoff ont insufflé ce courant dans la doctrine (Voir Carreau, *Droit, supra* note 29 à la p. 185; Voir aussi Antoine Leduc, «L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse» (2001) 35 R.J.T. 433 [Leduc «*lex mercatoria*»]).

³⁰² Carreau, *Droit, supra* note 29 à la p.197-199; Alain Pellet, « L'UE, les menaces de la mondialisation et le rôle du droit international », 7^{ième} Conférence ECSA-WORLD, Association des études communautaires européennes, le 30 novembre 2004, Conférence intitulée : l'Union européenne et les différents ordres mondiaux émergents – perceptions et stratégies, en ligne : European Community Studies Association www.ccanet.org [Pellet « rôle du droit international »].

³⁰³ Nous parlons ici évidemment de l'alternative représentée par l'école de pensée du droit transnational inspirée de P. Jessup (Voir Jessup *Transnational supra* note 39) par opposition au concept de *lex mercatoria*. (Voir Carreau, *Droit, supra* note 29 à la p.185).

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Leduc «*lex mercatoria*», *supra* note 301 à la p. 433.

³⁰⁶ *Ibid.* à la p.434.

s'agissait là d'un système normatif qui, même sans « mécanisme précis de reconnaissance et d'exécution [...] des jugements »³⁰⁷ y étant associés, tirait sa force normative de la menace latente d'ostracisme des parties délinquantes en cas de non-respect de la *lex mercatoria*³⁰⁸. Éventuellement, le nationalisme juridique issu de la Renaissance consacra le cloisonnement juridique géographique sur l'échiquier international, en articulant comme principal vecteur d'harmonisation du droit, le droit international privé perçu comme la branche de droit interne réglant les conflits de lois et de juridictions³⁰⁹. Or, le XX^e siècle — en particulier ses trois dernières décennies — fut le théâtre de deux mouvements porteurs d'impacts profonds sur le plan de l'organisation juridique de la société internationale : la dérégulation³¹⁰ et la mondialisation économique³¹¹. Cette nouvelle donne internationale vient donc ébranler l'édifice de la vision cloisonnée des systèmes normatifs nationaux et consacre ainsi l'émergence des personnes privées à titre de sujet de droit international³¹². Cette réalité constitua donc le symptôme exemplaire de l'avènement d'une nouvelle *lex mercatoria*³¹³. Ce type d'argumentation ne fait cependant pas l'unanimité : il y a un courant doctrinaire d'amont qui rejette l'idée même de l'existence du concept de *lex mercatoria* comme corollaire d'un système normatif quel qu'il soit³¹⁴. L'argument cardinal de cette conception s'articule autour du fait que la *lex mercatoria* ne serait « susceptible d'exécution forcée [...] que si les tribunaux étatiques l'ordonnent *in extremis*, lorsque la partie débitrice ne se soumet pas à une sentence arbitrale [...] n'ayant pas de pouvoir coercitif à son endroit »³¹⁵. Il est donc impératif, dans le déploiement de l'analyse, d'établir *a priori* si la conception relative à cette nouvelle *lex mercatoria* peut incarner, au moins en partie, le cadre normatif du duo Kyoto-Marrakech dans son volet opérationnel³¹⁶ et par conséquent, celui du marché du carbone. À ce titre, l'auteur du mémoire

³⁰⁷ Leduc «*lex mercatoria*», *supra* note 301 à la p. 435.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Il y a lieu ici de faire état d'une distinction que rapporte Leduc concernant l'existence d'un droit « privé » international par opposition au droit international privé (conflits de lois) perçu comme une branche du droit interne. Le droit privé international appartenant pour sa part à la conception du tiers ordre juridique à l'échelle internationale. (Voir *Ibid* à la p. 429).

³¹⁰ Pastré et Vigier, *Capitalisme déboussolé*, *supra* note 86 à la p. 17-25 ; Fusaro *Enron*, *supra* note 86 à la p. 1-16.

³¹¹ Leduc «*lex mercatoria*», *ibid.* à la p. 436.

³¹² Pellet « rôle du droit international », *supra* note 302.

³¹³ Leduc «*lex mercatoria*», *ibid.* à la p. 437.

³¹⁴ *Ibid.* à la p. 438.

³¹⁵ *Ibid.* à la p. 439

³¹⁶ Par opposition à la dimension de responsabilité internationale relevant de l'ordre interétatique.

considère que l'examen de la capacité normative sur le plan international de l'IATA — organisme constituant potentiellement un des vecteurs primitifs³¹⁷ de la nouvelle *lex mercatoria* — est susceptible, par le truchement de l'analogie, de permettre de tirer des conclusions sur la validité d'une telle approche théorique dans le cas du duo Kyoto-Marrakech.

Pour bien comprendre la place qu'occupe l'IATA sur l'échiquier normatif international, l'on doit référer aux premiers balbutiements du droit international interétatique en matière d'aviation civile. Le point de départ se situe environ deux ans avant la première traversée de l'Atlantique en aéronef effectuée par Charles Lindberg³¹⁸, soit la *Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*³¹⁹ (Convention de Varsovie). La signature de ce traité va lancer une tentative multilatérale d'harmonisation³²⁰ du droit international privé visant essentiellement à protéger une industrie naissante, perçue à l'époque comme encore chancelante³²¹. Plusieurs modifications³²² seront subséquemment apportées au système de la Convention

³¹⁷ Cette conclusion est basée, non seulement sur le fait appréhendé que l'émergence de la nouvelle *lex mercatoria* ait commencé à émerger après la fin de la Deuxième Guerre mondiale (alors que l'IATA naît en 1945), mais aussi, cela s'appuie sur le fait que l'IATA déborde le simple cadre du commerce international (par exemple, elle est le théâtre d'accords de reconnaissance mutuelle de titres de transport). De plus, la particularité fondamentale de l'IATA réside dans le fait qu'elle peut être perçue ni plus ni moins comme un microcosme de la société internationale — à tout le moins sur le plan de la dérégulation économique. En effet, l'industrie de l'aviation civile au sortir des années 1960 est l'apanage presque qu'exclusif de monopoles d'État. Ce qui veut dire que les résolutions de l'IATA conserveront, jusqu'en 1970, une origine gouvernementale. Cette origine gouvernementale sera perçue (Voir Richard Y. Chuang, *The International Air Transport Association: A case study of a Quasi-Governmental Organization*, Netherlands, A.W. Sijthoff International Publishing Company, 1971, à la p. 126-140.) parfois comme étant le socle sur lequel s'appuie la force contraignante des résolutions de l'IATA envers les États. La dérégulation subséquente à la décennie 1970, dans le secteur de l'aviation civile, ayant transformé profondément l'industrie (maintenant la grande majorité des transporteurs ont été privatisés à l'échelle internationale) nous place désormais en face d'un corollaire avec l'ensemble de la société internationale, susceptible de permettre de tirer des conclusions concernant l'émergence de cette nouvelle *lex mercatoria* et surtout concernant les mécanismes par lesquels l'on peut imaginer qu'elle se soit libérée de son socle étatique — tout en ayant conservé son caractère contraignant. En fait, l'IATA semble bien *a priori* être un excellent exemple pour comprendre comment un ordre juridique transnational de nature privée pourrait exercer une force contraignante sur les sujets de droit international, États compris.

³¹⁸ Jack Cheng Chuah Teo, «Breaking convention: when is a carrier's limit of liability under the Warsaw Convention broken? Beyond Beryl Claire Clark & ORS v. Silkair (Singapore) PTE Ltd Singapour» (2003) 15 *SacLJ* 1 à la p.2, en ligne: Social Science Research Network http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=625547 [Chuah Teo « Breaking convention »].

³¹⁹ Entrée en vigueur le 13 février 1933.

³²⁰ Chuah Teo « Breaking convention », *supra* note 318, à la p. 2.

³²¹ On redoute à l'époque les poursuites exorbitantes pouvant potentiellement être intentées par des victimes d'accidents d'aéronefs (Voir Chuah Teo « Breaking convention ». *Ibid.*)

³²² Plusieurs traités sont venus soit bonifier, soit amender le système de la Convention de Varsovie. Le premier fut le *Protocole de La Haye du 28 septembre 1955* qui visait essentiellement à augmenter le niveau de responsabilités des transporteurs en cas d'accident, par rapport à celui de la Convention de Varsovie. La *Convention de Guadalajara du 18 septembre 1961* fut aussi l'occasion d'éclaircissements et le *Protocole de*

de Varsovie. Or, ces modifications successives semblent clairement trahir le symptôme d'un inconfort chronique des États face au système de la Convention de Varsovie, essentiellement « [t]he dissatisfaction with the Warsaw System keeps increasing as fixed limits of liability become more and more unacceptable with time »³²³. Il devient alors évident, autant pour les acteurs étatiques que les transporteurs privés, que « [the] ICAO made no new efforts to update the System »³²⁴. Devant cette situation de cul-de-sac « [m]any airlines voluntarily increased their limits of liability as they were concerned that some developed countries would otherwise denounce the Warsaw Convention »³²⁵. En 1992, la mise en place par les compagnies aériennes japonaises d'un système de responsabilité³²⁶ à deux paliers va amener des transporteurs aériens — représentant plus de 80 % des passagers transportés de la planète — à signer entre eux, en 1995, un contrat multilatéral de nature privée connu sous le nom de l'*IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability of 1995*³²⁷ (Accord IATA de 1995). Cet accord constitua essentiellement une entente privée par le truchement duquel des transporteurs aériens actionneraient eux-mêmes, pour ainsi dire, le levier de l'harmonisation du droit international privé, en levant ainsi, de leur propre chef, les limitations de responsabilité prévues par la Convention de Varsovie — allant même jusqu'à inverser le fardeau de la preuve en défaveur du plaignant dans le cas d'accidents causés par la négligence du transporteur³²⁸. Cela se voulait essentiellement une réaction de cette industrie concernant le fait que « [a]s for uniformity of law, the many attempts to update the Convention, both by protocols, private agreements and unilateral actions by states, have all lead to a disunification of law, obfuscating which rules actually apply to a given case »³²⁹. Cet Accord IATA de 1995 mena éventuellement à la signature d'un traité

Guatemala City du 8 mars 1971 revisitait le niveau de responsabilités des transporteurs, toujours dans le but de hausser la limite de responsabilités. Il ajoutait aussi une juridiction compétente en matière de poursuite. Il y eut ensuite les *Protocoles Additionnels de Montréal no. 1, 2 et 3 du 25 septembre 1975* et le *Protocole de Montréal no. 4 du 25 septembre 1975*.

³²³ Irene Larsen, «Regime of Liability in Private International Air Law – with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of May 1999» (2002) en ligne: Institut juridique de l'Université d'Aarhus www.rcttid.dk à la p.8 [Larsen «Regime of Liability»]

³²⁴ Larsen «Regime of Liability», *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Il est ici question de la responsabilité des transporteurs aérien en regard des passagers victimes d'un accident.

³²⁷ Entrée en vigueur le 14 février 1997.

³²⁸ Larsen «Regime of Liability», *ibid.* à la page 8.

³²⁹ *Ibid.* à la p.9.

remaniant la Convention de Varsovie, nommément la *Convention de Montréal du 28 mai 1999*³³⁰ (Convention de Montréal). Or, il est loisible d'observer que cette Convention puisse se percevoir ultimement comme une certaine forme de codification, par l'ordre interétatique international, d'un droit international coutumier d'origine exclusivement privé³³¹ (dans ce cas-ci l'Accord IATA de 1995). Dans les faits, « [p]ractice has proven that major changes can be made in the regime of liability without making any changes in the convention. This happened in the IATA Intercarrier Agreement »³³². Il semble donc ici raisonnable d'estimer que certains aspects³³³ de la Convention de Montréal constituent effectivement une codification de normes coutumières d'origine privée, donc de nouvelles *lex mercatoria*, ayant préexistées à l'entrée en vigueur de la Convention de Montréal (soit de 1995 à 2003). Mais il y a aussi une analogie possible avec le système normatif de l'IATA permettant de faire écho à la place subsidiaire du volet interétatique du duo Kyoto-Marrakech et la façon dont justement ce volet encadre, jusqu'à un certain point, la nouvelle *lex mercatoria* en émergence. Larsen rappelle que :

[The IATA Intercarrier Agreement was a change] within the Warsaw system rather than to the system. It is only because the Warsaw Convention specifically permits the carrier to assume more liability [...] that the airlines were able to enter into these agreements. The mandatory nature of the Convention prohibits the airlines from making changes to the System, e.g. change the rules of jurisdiction or ticketing system. Furthermore a state cannot unilaterally change any provisions in the treaty without it being a breach of its obligation under the treaty. To make changes to the

³³⁰ Entrée en vigueur le 5 septembre 2003 (Voir US Department of State, en ligne: US Department of State, State media note 4, November 4th 2003, Washington DC, www.state.gov).

³³¹ L'auteur du mémoire arguera ici que cette capacité des parties privées d'introduire des normes à caractère contraignant dans l'ordre juridique international est le produit, non seulement de la constatation d'une coutume concernant l'objet des accords qui en émanent, mais aussi que ce caractère contraignant serait consolidé par une norme de droit coutumier primitive, beaucoup plus structurante. Cette coutume primitive, insufflée par la nature « gouvernementale » originelle des transporteurs aériens, pendant les 25 premières années d'existence de l'IATA, aurait atteint le rang de norme internationale à travers une pratique intense et régulière des acteurs intéressés, pendant une période de plus de 60 ans (1945-2005). Selon cette coutume primitive, il serait loisible de présumer que les États délèguent alors et délèguent toujours leurs pouvoirs normatifs aux transporteurs aériens nationaux (même si ces derniers sont désormais des personnes morales privées) parce qu'ils avaient et ont toujours la conviction que cela est conforme au droit international privé. Il y aurait donc ici la possibilité de constater l'*opinio juris* selon laquelle les États reconnaissent comme étant le droit. Le fait que les transporteurs aériens privés puissent édicter eux-mêmes des normes contraignantes pour tous les sujets de droit international sous les auspices de l'IATA.

³³² Larsen «Regime of Liability», *suprs* note 307. à la p.9.

³³³ Particulièrement les questions relatives à la responsabilité des transporteurs.

Convention, the participation of sovereign states is necessary.³³⁴

Ainsi, dans le cas du régime normatif de l'IATA, cette nouvelle *lex mercatoria* serait tout de même soumise à l'ordre international interétatique d'encadrement, en l'occurrence, dans ce cas-ci, la Convention de Varsovie. Les acteurs privés du Système de Varsovie se verraient donc conférer une forme de pouvoir de réglementation ayant force contraignante exclusivement dans le giron d'un cadre normatif supérieur, relevant de l'ordre international interétatique³³⁵. Cette logique appliquée au duo Kyoto-Marrakech, nous amènera à conclure que le Protocole de Kyoto relève entièrement de l'ordre international interétatique, puisqu'il a fait l'objet d'un dépôt formel d'instruments de ratification. La force normative de la nouvelle *lex mercatoria* serait donc insuffisante à modifier ce traité, même en présence de tous les éléments de la création d'une coutume internationale, par le seul fait qu'elle émane d'un sujet de droit « privé » international. Les Accords de Marrakech, pour leur part, constitueraient donc une action administrative intérimaire — s'exerçant à travers la COP-Kyoto, en vertu des dispositions du Protocole de Kyoto — ne faisant pas l'objet de dépôt formel d'instruments de ratification. En ce sens, les Accords de Marrakech seraient la résultante de l'exercice d'un pouvoir de réglementation exercé par la COP-Kyoto à l'échelle internationale. Or, à la lumière de l'expérience de l'IATA, rien n'assure que les Accords de Marrakech ne soient pas perméables à une force normative contraignante — de type *lex mercatoria* — en provenance des us et coutumes des sujets de droit « privé » international, oeuvrant sous l'égide du Protocole de Kyoto. Il s'agit ici d'un aspect fondamental de la réflexion puisque les questions de fongibilité des droits d'émission de GES sont régulées essentiellement par les Accords de Marrakech et non par le Protocole de Kyoto. Ce qui implique qu'une disposition expresse des Accords de Marrakech, comme celle de l'article 2 de l'*Annexe à la Décision 18/CP.7 - modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émissions (art. 17 du Protocole de Kyoto)* stipulant que :

³³⁴ Larsen «Regime of Liability», *suprs* note 307. à la p.9.

³³⁵ Nous faisons remarquer ici au lecteur le parallèle que ce constat relatif aux caractéristiques du duo Kyoto-Marrakech en ce qui a trait à la cohabitation entre normes impératives et supplétives que l'on recense dans plusieurs droit nationaux, notamment en droit civil québécois.

2.[...] [L]es Parties visées à l'annexe I [de la Convention-cadre] qui ont pris un engagement inscrit à l'annexe B [du Protocole de Kyoto] sont habilitées à céder et/ou acquérir [certains droits d'émissions] [...] délivrés conformément aux dispositions pertinentes si elles satisfont aux critères d'admissibilité suivants :

a) Elles sont parties au Protocole de Kyoto [...]³³⁶

pourrait, éventuellement, se voir amendées ou abrogées par une norme contraignante en provenance de la nouvelle *lex mercatoria* encadrant le marché du carbone. Voilà donc un déterminant majeur, qui conditionnerait grandement les interactions relatives aux échanges de droits d'émission entre le système d'échange Kyoto et les systèmes non Kyoto. En poussant cette logique juridique jusque dans ses derniers retranchements : on retiendra que des droits d'émission, issus de système non Kyoto, mais étant reconnus dans la pratique comme fongibles par des participants au marché du carbone — ayant la qualité de partie au Protocole de Kyoto —, puissent éventuellement être déposés valablement auprès des instances de la COP-Kyoto à titre d'outils de conformité au Protocole, en dépit des dispositions expresses des Accords de Marrakech le prohibant. Ces dispositions ayant été supplantées *de facto* par des normes en provenance de l'ordre transnational privé incarnées par une nouvelle *lex mercatoria* appliquée au marché du carbone. Il serait d'ailleurs téméraire d'exclure que l'arbitrage international ou encore la Cour Internationale de Justice ne viennent un jour confirmer une telle évolution du droit international de l'environnement dans ce domaine, connaissant le caractère atypique et hybride qui caractérise cet ordre juridique.

Il est donc maintenant acquis que l'envergure et la configuration d'un système international d'échanges de quotas de GES dépasse largement le cadre du système mis en place par le *Clean Air Act* ou même celui de l'Europe. Ce texte analysera les conséquences majeures que cela comporte sur le plan de la conception internationale du système. Il va de soi que la complexité du système engendra une expansion des coûts administratifs. L'efficacité doit être impérativement instaurée comme une prémisse incontournable du système. De

³³⁶ *Accords de Marrakech, supra note 5, article 2 de l'Annexe à la Décision 18/CP.7 - modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émissions (art. 17 du Protocole de Kyoto).*

plus, les critères d'efficacité relativement à une échelle globale diffèrent de ceux de l'échelon américain, voire même européen. Actuellement, il semble bien que le point focal des stratégies de système d'échange de quotas de GES se resserre autour du CO₂³³⁷. Or, au niveau international, il sera très important de bâtir le système selon une approche inclusive des six GES. Autrement, certains observateurs³³⁸ estiment qu'une trop grande attention portée sur le CO₂, sans réguler les autres GES, aura peu de chance d'endiguer l'effet de serre planétaire. « [C]e serait comme presser l'extrémité d'un ballon ». [Notre traduction]³³⁹ En se concentrant exclusivement sur le CO₂ il y aura inmanquablement augmentation de la production mondiale de gaz naturel. Dans les faits, puisque la combustion du gaz naturel entraîne une réduction de l'émission du CO₂, de l'ordre de 42 %, cela peu sembler attrayant. Cependant, la combustion du gaz naturel émet du méthane qui lui a un effet³⁴⁰ de court terme beaucoup plus virulent en regard de l'effet de serre. Le résultat net d'une telle approche serait conséquemment un accroissement immédiat du problème de changement climatique. De même, un accroissement de la combustion d'éthanol entraînerait à son tour une hausse de la fertilisation agricole pour la production du maïs. Ce qui augmenterait par le fait même les émissions de N₂O. Cela comporterait, du reste, des implications à long terme totalement inacceptables. Il est donc assez clair qu'une approche non-intégrée comporterait un phénomène de déplacement des problématiques qui serait, soit fonction de la nature des gaz eux-mêmes, soit fonction de la répartition géographique des productions de GES. Dans tous les cas, une approche non-intégrée, au plan global, a toute l'apparence d'un jeu à somme nulle. Or, la fluidité qui conditionne justement une approche intégrée, en cette matière, est procurée par la capacité des véhicules juridiques de conformité (les droits d'émission) de

³³⁷ Le système communautaire européen restreint son effet aux émissions de CO₂ jusqu'en 2008, par le truchement de l'article 24 de la Directive GES (Voir Directive GES *supra* note 2). les 5 autres GES y sont donc considérés une question importante mais non prioritaire.

³³⁸ Yelin_Kefer cite le propos du Professeur Wiener : "Professor Wiener estimates that a comprehensive approach including all six GHGs and allowing inter-gas trade would reduce costs by about seventy-five percent as compared to a restricted CO₂-only market."(Voir Yelin-Kefer "Warming up", *supra* note 224 à la p.13).

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Le méthane qui compte pour 15 % des émissions de GES demeure 11 ans dans l'atmosphère terrestre mais comporte un effet de serre plus grand à court terme que le CO₂. Le N₂O pour sa part compte pour 5 % des émissions de GES mais son effet de serre est 200% plus élevé que celui du CO₂ et, contrairement au méthane, il reste 150 ans dans l'atmosphère. (Voir *ibid.* à la p.12) ; Aussi, alors que les États-Unis émettent principalement du CO₂, l'Inde émet presque deux fois plus de méthane. Une approche intégrée lui permettrait donc de se concentrer sur ce gaz ce qui aurait un grand impact positif sur le changement climatique et ce à meilleur coût.(Voir *ibid.*.)

revêtir une fongibilité la plus parfaite possible — sur le plan des différentes commodités ainsi que sur le plan des différents systèmes normatifs. Or, il semble que devant ce type de problématique, considérant toutes les facettes impliquées, nous posons le pied sur une terre définitivement encore en friche.

Le *Clean Air Act* a son EPA et la Communauté européenne sa Commission à titre de pierre angulaire du système d'échange de quotas d'émission. D'aucuns ne disconviendront des attributs juridiques, somme toute convaincants, confirmant leur ascendant sur les systèmes dont ils sont les régisseurs. L'émergence d'un organe similaire à vocation universelle dans l'ordre international semble au premier abord relever du fantasme plus que du chantier. D'autant que, des intérêts de nature économique sont impliqués et qu'un tel organe semblerait passablement esseulé dans sa capacité de soutenir la fongibilité multisystémique des droits d'émission. Un simple examen des déboires actuels de l'Organisation des Nations Unies sur la scène internationale cadrera les difficultés de réalisation d'un tel objectif. Le seul espoir sérieux à l'horizon : l'OMC, qui demeure la seule organisation internationale à avoir pu contraindre *de facto* les puissants États-Unis jusqu'à présent. Bien sûr, la menace commerciale n'est pas très élégante lorsqu'il s'agit de coopération internationale. Du reste, le souverain agenda des conséquences écologiques provoquées par les changements climatiques globaux aura tôt fait, ultimement, d'avoir raison de ces considérations primitivement auxiliaires. Afin de cheminer vers une compréhension globale des enjeux juridiques posés par le duo Kyoto-Marrakech, un détour préalable vers la technicité de l'application du système semble inévitable. Le présent texte s'attèle à cette tâche dans les prochaines lignes.

3. Le droit d'émission de gaz à effet de serre : un droit *sui generis*.

Compte tenu de l'expansion internationale du concept de droit d'émission, l'analyse bénéficiera grandement d'une clarification sur le plan juridique³⁴¹. Pour ce faire, un examen du déploiement du dispositif de la *Directive 2003/87/CE* du

³⁴¹ Cette analyse s'appuie fortement sur le contexte du droit français mais comporte une valeur évidente de transposition, particulièrement en ce qui a trait aux régimes d'inspiration civiliste.

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 la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil³⁴² (Directive GES) mettra en lumière quelques dissimilitudes. Tout d'abord, il ressort de la Directive GES une différenciation entre le concept d'autorisation d'émettre un quota et le concept de quota lui-même. Certains observateurs³⁴³ ayant étudié la question rappellent que l'autorisation ici doit être comprise en tant qu'acte administratif unilatéral relevant du droit public. En effet, compte tenu que cette autorisation est délivrée « par une autorité administrative dans l'exercice de sa prérogative de puissance publique, [cette] autorisation [...] constitue incontestablement un acte administratif »³⁴⁴. Bien sûr, il est vrai que l'air « n'est pas la propriété de personne, même pas de l'État, [...] il n'appartient pas au domaine public, [...] mais son utilisation est soumise au pouvoir de police de l'État. »³⁴⁵ Nous sommes donc bien en présence d'une situation où l'ordre public est en cause et où l'État ne saurait agir contractuellement. Cette distinction est importante puisque l'autorisation est *de facto* « gouvernée par les principes traditionnels du droit administratif »³⁴⁶. Le quota lui « prend sa source dans cet acte mais [...] ensuite a une vie propre »³⁴⁷. Les traitements juridiques afférents seront donc très différenciés³⁴⁸. Le concept juridique de quotas n'est pas connu en droit communautaire européen ni même en droit français, par exemple. L'analyse démontre qu'il a un double statut juridique. Il a un statut d'amont correspondant au « droit d'émettre une tonne de dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée »³⁴⁹ ce qui constitue un droit subjectif accordé à une personne physique ou morale intra ou extracommunautaire appelée à détenir un quota. Le quota a aussi un statut d'aval qui correspond à sa fonction probatoire³⁵⁰ permettant la conformité en regard des émissions de GES.

³⁴² Directive GES, *supra* note 2.

³⁴³ Abayissah et Segalen *Aspects juridiques supra* note 12

³⁴⁴ *Ibid.* à la p. 16.

³⁴⁵ *Ibid.* à la p. 17.

³⁴⁶ *Ibid.* la p. 18.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Seule les juridictions administratives peuvent annuler ou réformer les actes administratifs (Voir *ibid.* à la p. 17).

³⁴⁹ *Ibid.* à la p. 19

³⁵⁰ *Ibid.*

De toute évidence, il s'agit là d'un concept juridique complexe. Sa nature ne peut être assimilée à un droit de créance ou un droit personnel puisqu'il ne permet pas d'obliger un tiers à donner quelque chose. Il ne met pas « intrinsèquement en présence deux personnes »³⁵¹, il ne peut donc y avoir de débiteur en cause. Il ne représente pas une partie de la dette publique, il n'est donc pas un titre d'État. Il n'est pas non plus un instrument financier ou une valeur mobilière³⁵² puisque « le quota ne donne pas dans sa configuration actuelle accès directement ou indirectement à une quotité du capital de l'émetteur (l'État) ou un droit général (obligation) sur son patrimoine. »³⁵³ La réalité dont fait état la présente analyse vaut autant pour le droit français que pour le droit communautaire même le *Clean Air Act* américain a exclu l'idée que le quota puisse constituer un droit de propriété (pour des considérations morales reliées au fameux droit de polluer). Cette dynamique joue donc en profondeur dans la conceptualisation même propre au Protocole de Kyoto. En effet, le droit de propriété doit mettre en relation deux personnes en regard d'une chose. Or, pour passer le test, le quota devrait être une chose. Bien sûr, les choses immatérielles peuvent faire l'objet d'un droit de propriété mais la proposition³⁵⁴ de Directive GES définissait « le quota comme un « droit » d'émettre, ce qui semble *a priori* exclure le quota des choses sur lesquelles porte un droit, à moins d'admettre l'idée [...] inutile d'un droit de propriété sur un droit. »³⁵⁵.

Le quota est donc un droit *sui generis* difficilement classifiable et issu d'une nouvelle catégorie de droit caractérisé comme étant un bien fongible doué de consomptibilité relative. Il est nominatif puisqu'il fait l'objet d'un compte ouvert pour chaque personne détentrice. À l'échelle de l'Europe comme à l'échelle internationale une homogénéité dans la catégorisation juridique est requise. Cette

³⁵¹ Abayissah et Segalen *Aspects juridiques supra* note 12 à la p. 27

³⁵² Au sens du *Code monétaire et financier* français, par exemple, il n'est ni un instrument financier au sens de l'article L.211-1.-I et il n'est pas non plus une valeur mobilière au sens de l'article L.211-2 qui dispose qu'elles sont « des titres émis par des personnes morales, publiques ou privées transmissibles par inscription en compte [...] qui confère des droits [...] à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou un droit de créance générale sur son patrimoine. » (Voir Abayissah et Segalen *Aspects juridiques supra* note 12 à la p.27).

³⁵³ *Ibid.* à la p. 27.

³⁵⁴ CE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil* [2001] J.O.L. 2001/0245 no C075 p. 0033-0044 [Proposition de Directive GES].

³⁵⁵ Abayissah et Segalen *Aspects juridiques ibid.* à la p. 28.

nature juridique du quota pose souvent des problèmes juridiques dont l'envergure des enjeux est parfois insoupçonnée. La problématique juridique de la scripturalisation du quota est un exemple éloquent. Elle résulte de l'inscription du quota dans un registre *a contrario* de ce qui a cours dans le domaine des valeurs mobilières. Dans ce cas, l'opposabilité par les exploitants des installations régulées, en regard de l'existence du quota, n'est constatée que sur le registre même. « [L]'inscription en compte serait fondatrice du droit qu'elle exprime, c'est à dire le quota. »³⁵⁶ Cela veut dire que seule l'inscription en compte fera état du transfert de propriété. Ce qui va totalement à l'encontre des principes du droit civil, notamment du Code Civil français spécialement de son article 1583 au terme duquel « la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait encore été livrée ni le prix payé. »³⁵⁷. La « 7^{ième} Conférence [des Parties] semble considérer *ab initio*, que l'émission des quotas n'est effective que lorsque les quotas créés sont enregistrés dans le registre »³⁵⁸ Comment alors déterminer la localisation des quotas dans le scénario européen où un registre communautaire et des registres nationaux se chevauchent³⁵⁹ ? Les experts de la question concluent que :

les quotas ne pouvant se trouver, en tant qu'actifs ou droits, partout à la fois et n'étant pas doué d'un don d'ubiquité]...[sont, en tant qu'actifs, dans les comptes tenus dans les registres nationaux, l'échelon communautaire n'ayant qu'une vocation comptable pour assurer l'équilibre globale du système.³⁶⁰

On constate vite que sur tous les fronts, face à un système d'échange d'émissions de GES empreint de supranationalité, la question de l'homogénéité opérationnelle et juridique est centrale et prend des allures de défis continuels. En ce sens, que l'on découvre, en passant sous la loupe le système européen, qu'il propulse les

³⁵⁶ Abayissah et Segalen *Aspects juridiques*, supra note 12 à la p.31.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ L'auteur fait remarquer ici le parallèle pouvant être fait avec les transactions immobilières nécessitant, dans plusieurs systèmes de droit nationaux, l'enregistrement *a posteriori* de toutes les transactions dans un registre. La différence notable ici est que l'inscription en compte est inextricablement soudée à la propriété du « titre ».

³⁶⁰ *Ibid.* à la p. 32.

protagonistes dans une logique publique et financière totalement nouvelle³⁶¹. D'où, comme le suggère le présent texte, la nécessité d'y apparier un cadre normatif également novateur. Examinons cette question en détail.

Le Protocole de Kyoto³⁶² engage les États parties dans les termes suivants;

Les Parties visées à l'annexe I font en sorte, individuellement ou conjointement, que leurs émissions anthropiques agrégées, exprimées en équivalent-dioxyde de carbone, des gaz à effet de serre indiqué à l'annexe A ne dépassent pas les quantités qui leur sont attribuées, calculées en fonction de leurs engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction des émissions inscrits à l'annexe B et conformément aux dispositions du présent article, en vue de réduire le total de leurs émissions de ces gaz d'au moins 5 % par rapport au niveau de 1990 au cours de la période d'engagement allant de 2008 à 2012³⁶³.

On constate donc que le Protocole de Kyoto instaure un plafond d'émission des GES. Le dispositif du Protocole s'attarde par la suite au processus que les Parties doivent mettre en œuvre pour atteindre cet objectif qui, soit dit en passant, est juridiquement contraignant. L'objet du mémoire se limitant au système d'échange des quotas d'émission de GES, nous ferons l'économie volontaire des autres modes de régulation qui s'offrent aux Parties. C'est l'article 17 du Protocole de Kyoto qui insuffle le fondement législatif du système d'échange des quotas d'émission de GES, il le fait en déléguant l'échafaudage opérationnel à un organe de gestion issu de la Convention-cadre et qui se nomme la Conférence des Parties. L'article 17 se lit comme suit :

³⁶¹ Abayissah et Segalen *Aspects juridiques*, supra note 12 à la p. 3.

³⁶² Le Protocole de Kyoto est entré en vigueur le 16 février 2005. Son Article 25 dispose « Le présent Protocole entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suit le dépôt de leurs instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion de 55 Parties à la Convention au minimum, parmi lesquelles les Parties visées à l'Annexe I dont les émissions totales de dioxyde de carbone représentaient en 1990 au moins 55 % du volume total des émissions de dioxyde de carbone de l'ensemble des Parties visées à cette Annexe. » (Voir *Protocole de Kyoto*, supra note 1; Voir aussi *Kyoto Thermometer*, en ligne : United Nations Framework Convention on climate change <http://unfccc.int/resource/kpthermo.html>).

³⁶³ *Protocole de Kyoto*, supra note 1, art. 3(1).

La Conférence des Parties définit les principes, les modalités, les règles et les lignes directrices à appliquer en ce qui concerne notamment la vérification, l'établissement de rapports et l'obligation redditionnelle en matière d'échange de droits d'émission. Les Parties visées à l'annexe B peuvent participer à des échanges de droits d'émission aux fins de remplir leurs engagements au titre de l'article 3. Tout échange de ce type vient en complément des mesures prises au niveau national pour remplir les engagements chiffrés de limitation et de réduction des émissions prévu dans cet article³⁶⁴.

On comprend donc, compte tenu du langage très large de la disposition, que la COP-Kyoto jouit d'un pouvoir certain sur l'éventuel système d'échange de quotas d'émission de GES. Ce poids accordé à la Cop-Kyoto va même jusqu'à — par le truchement de l'article 21³⁶⁵ du Protocole — lui permettre d'inscrire un pays sur la liste de l'annexe B. Cela est important puisqu'en vertu de l'article 17 ce sont les pays³⁶⁶ figurant sur cette annexe B qui peuvent être partie prenante au système d'échange de droit d'émission de GES³⁶⁷. La Conférence des Parties se voit donc attribué des outils forts, lui permettant de réaliser son mandat. Voilà donc le dispositif instigateur et les premières assises du système international d'échange des droits d'émission de GES que l'on doit absolument connaître pour comprendre la faisabilité d'une telle entreprise. Pour s'y retrouver, ce texte devra aborder un angle analytique qui vise à faire état des mécanismes *naturels* du marché libre — et de son corollaire de juridisme mercatique — applicables à la régulation des changements climatiques. Cela commence par un examen détaillé du dispositif spécifique traitant des questions de fongibilité des droits d'émission, dont les supports sont essentiellement les Accords de Marrakech.

³⁶⁴ *Protocole de Kyoto, supra* note 1, art. 17

³⁶⁵ Cet article opère via le sous-paragraphe 7 qui lui réfère à une procédure d'amendement de l'article 20 applicable à l'annexe B qui dispose « [l]es amendements sont adoptés à une session ordinaire de la Conférence des Parties » Cependant le sous-paragraphe 3 du même article dispose que « [s]i tous les efforts [...] demeurent vains et qu'aucun accord n'intervient, l'amendement à une annexe est adopté en dernier recours par un vote à la majorité des trois quarts des Parties présentes et votantes. » L'article 20 précise également que « [l]es amendements aux annexes A et B [...] sont adoptés [...] à condition que tout amendement à l'annexe B soit adopté uniquement avec le consentement écrit de la Partie concernée. »

³⁶⁶ Il y a actuellement 39 pays inscrits à l'annexe B incluant la Communauté européenne et certains gros joueurs comme les États-Unis et l'Australie qui n'ont pas encore ratifié le Protocole de Kyoto. Cela doit évidemment être tenu en compte lorsqu'on évalue le nombre de joueurs potentiels pouvant participer à un marché international libre des quotas d'émission de GES.

³⁶⁷ Elles doivent aussi être Partie au Protocole.

4. Le principe de fongibilité en matière d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre : la base institutionnelle de l'Accord de Marrakech.

Le système d'échange de droits d'émission européen se perçoit comme le microcosme du système international. En ce sens, l'étude préalable des interactions entre systèmes juridiques nationaux, à l'intérieur de la bulle supranationale européenne, déblaie largement le terrain de l'analyse auquel ce mémoire aspire, sur le plan de la fongibilité des droits. Nous nous y attarderons en guise de préambule de cette section.

Ayant ratifié le Protocole de Kyoto la Communauté européenne³⁶⁸ (la Communauté) implante depuis janvier 2005 un système supranational d'échange de quotas d'émissions de GES³⁶⁹. Partant d'un système américain de gabarit national, le monde est désormais en présence d'une évolution significative dans le domaine avec l'exemple d'une Europe qui, propulse *de jure* ce type de système dans l'ordre juridique international. C'est en adoptant la Directive GES que la Communauté lança le jeu. Le Préambule de la Directive GES évoque d'emblée les constats qu'impose la mise en place d'un système d'échanges fonctionnels en disposant que « pour assurer la transparence le public doit avoir accès à l'information relative à l'allocation des quotas et aux résultats de surveillances des émissions³⁷⁰ ». La Commission européenne (la Commission), institution très respectée, singularisée par le pouvoir de contraindre³⁷¹ les membres, nomme un « administrateur central »³⁷² dédié au suivi indépendant des transactions par voie automatisée. Également, la Directive GES oblige les membres à s'assurer que les installations sur leurs territoires respectifs obtiennent une autorisation³⁷³

³⁶⁸ La Communauté européenne s'est prévaluée des dispositions de l'article 4 du Protocole de Kyoto permettant à ses membres de s'acquitter conjointement d'un objectif de réduction communautaire de 8 % les *Conclusions du Conseil sur une stratégie communautaire sur le changement climatique* font état de la redistribution interne de l'objectif communautaire. (voir CE, *Conclusions du Conseil sur une stratégie communautaire sur le changement climatique*, Luxembourg, Bulletin UE 6-1998, Environnement (20/31), CE, 1999. En ligne : Le portail de l'Union européenne <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/fr/9806/p103141.htm>)

³⁶⁹ Seul le CO2 est couvert par la Directive GES jusqu'en 2008 en vertu de l'article 24.

³⁷⁰ Directive GES, *supra* note 2, Paragraphe 13 du Préambule.

³⁷¹ L'article 14 de la Directive GES dispose que c'est « [l]a Commission [qui] adopte des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions. » (Voir *ibid.*, paragraphe 1 de l'article 14).

³⁷² *Ibid.* article.20.

³⁷³ *Ibid.* Paragraphe 1 de l'article 6 ; Afin d'obtenir cette autorisation l'installation concernée doit démontrer qu'elle est en mesure de suivre ses émissions de CO2(Voir *ibid.*)

nationale³⁷⁴ le 1^{er} janvier 2005. Une fois cette autorisation obtenue, les installations européennes régulées entrent dans le processus d'allocations des quotas d'émissions. L'échafaudage législatif européen procède par la voie du dépôt d'un plan national d'allocations des quotas, émanant de tous les États membres et soumis à l'approbation de la Commission³⁷⁵. Une fois leurs plans entérinés par la Commission, les États peuvent alors allouer les quotas prévus aux installations. Le processus d'allocation des quotas est régi par les articles 10 et 11 de la Directive GES. Il s'agit d'un système d'allocation à titre gratuit pour, à terme, au moins 90%³⁷⁶ des quotas délivrés³⁷⁷. Ces derniers auront une durée de vie de 5 ans³⁷⁸ à partir de 2008. C'est donc dire que le système est légèrement teinté d'hybridité permettant à l'État membre de vendre aux enchères une fraction de ses quotas. Finalement, l'article 12 de la Directive GES dispose que « le 30 avril de chaque année au plus tard, tout exploitant d'une installation restitue un nombre de quotas correspondant aux émissions totales de cette installation au cours de l'année civile écoulée »³⁷⁹. En cas d'irrégularité de la part des installations, une amende de 100 euros par tonne excédentaire est prévue en plus d'un gel de toutes transactions sur des quotas pour l'installation tant que la conformité n'a pas été rétablie³⁸⁰. Le système européen est donc sensiblement similaire au système qu'instituait le *Clean Air Act* et il semble afficher les facteurs clés de la réussite d'un système de marché libre de quotas d'émission de gaz. Il doit tout cela majoritairement à la Commission européenne qui chapeaute le tout et qui oriente son action à la manière de l'EPA américaine. La Directive GES ouvre une fenêtre sur des systèmes pouvant potentiellement émerger d'autres pays voire

³⁷⁴ L'article 5 et l'article 6 de la Directive GES conditionnent et spécifient de manière assez détaillée à quels critères doivent correspondre la nature d'une demande d'autorisation et les conditions de délivrance d'une telle autorisation

³⁷⁵ *Ibid.* article 9.

³⁷⁶ Concernant les quotas des 3 premières années 95 % d'entre eux seront délivrés à titre gratuit.

³⁷⁷ Ceci peut sembler un choix simple mais plusieurs auteurs critiquent une telle approche puisqu'elle prive l'État de revenus massifs. Par exemple, des experts estiment qu'aux États-Unis une enchère portant sur les quotas de CO2 pourrait aisément permettre au gouvernement américain de mettre la main sur 134 milliards de dollars soit une somme avoisinant 2 % de son PIB. Certains observateurs font remarquer que les processus d'octroi par mise à l'enchère force les participants aux marchés à intégrer directement le coût de la pollution générée par leurs activités, qu'elle limite les inéquités, qu'elle favorise l'établissement d'un prix clair pour les quotas favorisant ainsi l'efficacité. Une approche comme celle choisie par les Communautés européennes comporte l'avantage d'être plus efficace sur le plan de la *vente* politique du système. (Voir Yelin-Keffler "Warming up", *supra* note 224 à la p.20-21)

³⁷⁸ Les premiers quotas délivrés le 1^{er} janvier 2005 auront une durée de vie de 3 ans.

³⁷⁹ Directive GES, *supra* note 2, Paragraphe 3 de l'article 12.

³⁸⁰ Notons que le système européen adopte la même approche que celle du *Clean Air Act* à savoir que les tonnes en excédent du nombre de quotas délivrés doivent être reportées sur les exigences de l'année suivante.

d'autres regroupements de pays par le truchement de son article 25 qui prépare le terrain à des reconnaissances mutuelles dans le giron des États parties au Protocole de Kyoto. Il n'est donc pas déraisonnable de percevoir ces deux organes – soit l'EPA et la Commission européenne – comme le vecteur cardinal de la fongibilité des droits d'émissions dans leur système respectif. De fait, même si le caractère supranational de l'action de la Commission est ce qui, à l'heure actuelle, se rapproche le plus des enjeux présents sur l'échiquier international, cela est insuffisant pour tirer des conclusions convaincantes sur le plan de l'ordonnement juridique associé. L'Intégration juridique de l'Europe n'a aucune commune mesure avec l'intégration juridique internationale. L'examen du duo Kyoto-Marrakech sur ce plan impose donc un regard totalement vierge, sans cependant être indifférent aux expériences passées en matière d'échange de droits d'émissions.

Ce qui avoisine le plus l'EPA ou la Commission européenne à l'international, concernant l'échange des droits d'émission de GES, est la COP-Kyoto. C'est l'organe à travers lequel se déploie l'autorité dans le système d'échange international. C'est aussi l'organe qui veillera, par le truchement de plusieurs organes subsidiaires, au contrôle des inventaires d'émission ou d'absorption de GES, aux fins du respect des dispositions du Protocole, en l'occurrence, l'atteinte des cibles d'émissions. Or, le cœur³⁸¹ de ce système d'échange se retrouve dans l'article 17 de Protocole de Kyoto. Il s'institue de la façon suivante :

La Conférence des Parties définit les principes, les modalités, les règles et les lignes directrices à appliquer [...] Les Parties visées à l'annexe B peuvent participer à des échanges aux fins de remplir leurs engagements au titre de l'article 3³⁸².

³⁸¹ Plusieurs autres mécanismes du Protocole de Kyoto, tel le mécanisme pour un développement propre ou bien des mécanismes de génération de crédits de GES par voie de comptabilisation des absorptions par les puits de carbone existent. On peut cependant affirmer que la disposition qui institue la dimension d' « échange » est l'article 17 du Protocole.

³⁸² Protocole art.17

Le détail de l'interchangeabilité des droits d'émission — qui constituent essentiellement la représentation juridique de ces « engagements » des Parties prévu à l'article 3 du Protocole —, sont alors décrits dans les Accords de Marrakech³⁸³. La première étape d'encadrement procuré par les Accords de Marrakech, sera d'abord d'instituer un organe dédié, chargé de réguler une série de considérations administratives à respecter par les Parties:

[P]our être admises à participer aux mécanismes, les Parties [...] [doivent] se conformer aux prescriptions relatives aux méthodes à appliquer et aux informations à communiquer [...] Le contrôle de cette disposition sera exercée par le groupe de l'exécution du comité de contrôle du respect des dispositions [...] sous réserve qu'elles les adoptent sous la forme d'une décision venant s'ajouter à tout amendement qui entraînerait des effets juridiques contraignants». Il est de la prérogative de la COP-Kyoto « de décider de la forme juridique des procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions »³⁸⁴.

Par la suite, c'est avec l'adoption de la *Décision 18/CP.7 Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émissions (art.17) du Protocole de Kyoto* émanant de la *Conférence des Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques (COP)* et recommandant à la COP-Kyoto d'adopter le *Projet de décision -/CMP.1 (art.17) Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission (art. 17) du Protocole de Kyoto*) que des précisions sur les questions de fongibilité émergent.

Ce projet de Décision est constitué d'une annexe qui définit les différentes formes de droits qui peuvent s'échanger en vertu de l'article 17 du Protocole de Kyoto et qui, en partie, naissent d'autres dispositions. Par exemple, une catégorie d'unités sera les *unités de réduction certifiées des émissions (URCE)* émanant

³⁸³ Notons ici par souci de simplification mais aussi de précision, que les Accords de Marrakech sont constitués parfois de *projet* de Décision dont la COP a formellement adopté la soumission à l'approbation de la COP-Kyoto — qui doit elle les adopter à sa première session qui aura lieu à Montréal en novembre 2005. Ces dispositions spécifiques des Accords de Marrakech ne sont donc pas formellement en vigueur au moment d'écrire ces lignes (juillet 2005). Le présent texte assumera souvent, pour ne pas alourdir le discours, que ces dispositions seront adoptées sans modifications majeures lors de la première COP-Kyoto.

³⁸⁴ *Accords de Marrakech, supra note 5, Projet de décision -/CMP 1 (Mécanismes) Principes, nature et champ d'application des mécanismes prévus aux articles 6, 12 et 17 du Protocole de Kyoto, article 5.*

essentiellement de la réalisation d'un projet en vertu du mécanisme pour un développement propre (MDP) — institué par l'article 12 du Protocole; une autre catégorie d'unités sera les *unités de quantité attribuée* (UQA) ou encore les quotas nationaux comme tels, ils seront attribués aux Parties compte tenu de leurs engagements de réduire leurs émissions de GES en vertu de l'article 3 du Protocole. Le lecteur comprendra donc ici — et sera à même de constater le caractère complexe et multidimensionnel du concept de fongibilité — en considérant que l'atteinte du statut d'« unité » est tributaire d'un nombre assez important de conditions réglementaires spécifiques, devant toutes être respectées par les Parties : alors que l'article 17 lui-même régule plutôt la fongibilité globale de tout type d'unité entre les Parties. Les dispositions des Accords de Marrakech qui régulent cette dimension de fongibilité globale se présentent comme suit :

Les Parties « sont habilitées à céder et/ou acquérir des URE, URCE, UQA, UAB [...] si elles satisfont les critères d'amissibilité suivants : [...] Elles sont Parties au Protocole de Kyoto [...] La quantité attribuée est conforme aux modalités et au plan du calcul [...] Elles ont mis en place un système national d'estimation des émissions [...] et des absorptions [...] selon les prescriptions dans les lignes directrices [...] ³⁸⁵ » et si elles présentent les informations supplémentaires en vertu du paragraphe 1 de l'article 7 et des lignes directrices associées; ajoute ou soustrait la quantité attribuée en vertu du paragraphe 7 et 8 de l'article 3 du Protocole, y compris les activités prévues au paragraphe 3 et 4 de l'article 3 de ce même traité et ce conformément au paragraphe 4 de l'article 7 dont les prescriptions sont dans les lignes directrices associées³⁸⁶.

Afin de supporter opérationnellement et aussi d'assurer, non seulement la traçabilité, mais aussi la transparence du système d'échange, chaque Partie ayant contracté des engagements à Kyoto doit se doter d'un registre national par le truchement duquel se fait, opérationnellement, le transfert des droits d'une Partie à l'autre. Une base de données et un relevé de transaction sont constitués par le secrétariat de la COP. Ces derniers deviennent alors les principaux outils à

³⁸⁵ *Accords de Marrakech, supra note 5, Projet de décision -/CMP.1 (art.17) Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission (art. 17 du Protocole de Kyoto, Annexe . Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droit d'émission (art.17 du Protocole de Kyoto), paragraphe 2.*

³⁸⁶ *Ibid.*

travers lesquels le *comité de contrôle de respect des dispositions* (CCRD) se basera pour établir si une partie respecte le Protocole de Kyoto. Voilà essentiellement la mécanique juridique par l'intermédiaire de laquelle les Accords de Marrakech en viennent à la titrisation du plafond d'émission négocié à Kyoto :

Chaque Partie [...] qui a pris un engagement [...] soumettra au secrétariat [...] un an après l'entrée en vigueur du Protocole [...] le rapport visé au paragraphe 6 de l'annexe à la présente décision [...] Une fois achevé l'examen initial prévu à l'article 8 [...] la quantité attribuée [d'unités] à chaque Partie [...] sera enregistrée dans la base de données constituée [par le secrétariat] pour la compilation et la comptabilisation des émissions [...] et demeurera invariable pendant toute la période d'engagement ³⁸⁷.

Dans le cas du MDP cela est différent³⁸⁸ les URCE sont plutôt générées à même des projets entrepris dans les pays en développement, qui généreront des réductions d'émissions par rapport à une situation préexistante (scénario de référence) au plan des émissions limité au « périmètre du projet », selon l'expression consacrée des Accords de Marrakech. En somme, ici, c'est le principe de l'additionnalité qui joue : un projet particulier permet de procéder à une réduction des émissions, qui n'aurait pas eu lieu en l'absence de ce projet. Dans une telle situation, il est alors possible – en vertu de l'article 12 du Protocole – de certifier des réductions d'émission qui prendront alors la forme d'URCE, tout à fait négociables en vertu de l'article 17.

Ce processus de titrisation des émissions générées par le MDP passe lui par le biais d'un vérificateur indépendant nommé *entité opérationnelle désignée* (EOD) qui est le vecteur garantissant l'authenticité des réductions d'émissions liées au

³⁸⁷ *Accords de Marrakech, supra note 5, Décision 19/CP.7 Modalités de comptabilisation des quantités attribuées définies en application du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole de Kyoto, Projet de décision - /CMP.1 (Modalités de comptabilisation des quantités attribuées), paragraphe 2*

³⁸⁸ Il y a ici une distinction fondamentale à faire entre les dispositions des Accords de Marrakech qui concernent les quantités attribuées (ou quotas) représentées par des UQA et les URCE pouvant provenir du MDP. Le système des UQA est un système pouvant être décrit comme un jeu à somme nul, c'est-à-dire que le plafond d'émission commun ne saurait être affecté par des changements de propriété, issus de transactions, à l'interne (système fermé). Dans le cas des URCE cependant, on est face à un mécanisme où de nouveaux « titres » permettant de compenser des émissions excédentaires est injecté dans le marché (système ouvert). Il y a là une situation totalement différente qui aura tendance à conditionner un resserrement des critères de fongibilité associé aux unités négociables. Il est fort à parier évidemment que ces exigences soient plus élevées dans un système ouvert que dans un système fermé.

projet et qui atteste également de leur correspondance avec le statut formel d'URCE. Le conseil exécutif du MDP (CEMDP) est l'organe subsidiaire certificateur ultime. En ce sens, il est investi par la COP-Kyoto du pouvoir de décréter si telle ou telle autre URCE d'une Partie est fongible — par exemple, avec les UQA (les quotas) d'une autre Partie — en s'appuyant évidemment sur des balises établies préalablement par la COP-Kyoto.

L'OED « certifie par écrit que, pendant la période considérée, l'activité de projet a permis d'obtenir les réductions des émissions [...] qui ont été vérifiées et qui n'aurait pas pu intervenir » [en l'absence du projet. Par la suite, elle avise de la certification le CEMDP et rend le rapport de certification public] [...] Le rapport de certification constitue une demande, adressée [au CEMDP] [...] de délivrer une quantité d'URCE égale aux réductions des émissions [...] qui ont été vérifiées [...] Lorsque [le CEMDP] [...] lui demande de délivrer des URCE [...] l'administrateur du registre du MDP [...] délivre sans retard la quantité spécifiée d'URCE et la place promptement sur le compte d'attente du [CEMDP] [...] qui est ouvert dans le registre du MDP³⁸⁹

En somme, l'enjeu que comporte la question de la fongibilité des unités ainsi titrisées du Protocole de Kyoto — qu'elle soit des URCE, des UQA ou autres —, est en réalité ce que permettra le caractère consomptible de l'unité fongible. C'est-à-dire, la capacité juridique qu'aura une unité en particulier de permettre à une Partie au Protocole, de s'acquitter, en bonne et due forme, des exigences qu'elle s'est imposées en engageant sa responsabilité internationale en vertu de l'article 3 du Protocole :

Les Parties visées à l'annexe I font en sorte, individuellement ou conjointement, que leurs émissions anthropiques agrégées, exprimées en équivalent-dioxyde de carbone, des gaz à effet de serre indiqué à l'annexe A ne dépassent pas les quantités qui leur sont attribuées [...] Toute unité de réduction des émissions, ou toute fraction d'une quantité attribuée, qu'une Partie acquiert auprès d'une autre Partie conformément aux dispositions des articles 6 ou 17 est

³⁸⁹ *Accords de Marrakech, supra note 5, Projet de décision -/CMP.1(art.12) Modalité et procédures d'application d'un mécanisme pour un développement propre tel que défini à l'article 12 du Protocole de Kyoto, ANNEXE Modalités et procédures d'application d'un mécanisme pour développement propre, Paragraphes 63, 64 et 66.*

ajoutée à la quantité attribuée à la Partie qui procède à l'acquisition [ou] [...] est soustraite de la quantité attribuée qui procède à la cession [...] Toute unité de réduction certifiée des émissions qu'une Partie acquiert auprès d'une autre Partie, conformément aux dispositions de l'article 12, est ajoutée à la quantité attribuée à la Partie qui procède à l'acquisition³⁹⁰

Les Accords de Marrakech viennent essentiellement compléter cette mécanique en créant des registres nationaux, un registre du MDP, une base de données et un relevé de transactions gérés par le secrétariat de la COP. Il s'agit d'un système réglé au quart de tour qui implique que :

Chaque Partie [...] met en place et tient un registre national pour comptabiliser très exactement les données concernant la délivrance, la détention, la cession, l'acquisition, l'annulation et le retrait³⁹¹ [d'unités et – | [...] | puisque les unités] peuvent faire l'objet de cessions par transfert entre registres [...] et [qu'elles] peuvent faire l'objet de transfert à l'intérieur d'un même registre³⁹² [...] Le secrétariat [de la COP, de son côté,] constitue une base de données [pour compiler les émissions, les quantités attribuées, les ajouts, les soustractions³⁹³] et il « met en place et tient un relevé indépendant des transactions pour vérifier la validité des transactions³⁹⁴ » De manière à ce qu'« [a] l'expiration du délai [...] accordé pour l'exécution des engagements:] à la quantité attribuée [originale] [d'une Partie] [...] sont ajoutées [...] ou] sont soustraites [...] | [les unités pertinentes³⁹⁵ » étant donné que « [c]haque Partie [...] retire des [unités] pour démontrer qu'elle respecte l'engagement qu'elle a pris au titre du paragraphe 1 de l'article 3³⁹⁶ [du Protocole] [...] Pour évaluer [...] si une Partie [...] respecte l'engagement [...] on compare [donc] la quantité d'unités valables pour la période d'engagement considérée, que cette Partie a retirées [...] à ses émissions [...] globales [...] à celles]

³⁹⁰ *Protocole de Kyoto, supra* note 1, Paragraphe 1, 11, 12 et 13 de l'article 3.

³⁹¹ *Accords de Marrakech, supra* note 5, *Décision 19/CP.7 Modalités de comptabilisation des quantités attribuées définies en application du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole de Kyoto. Projet de décision - /CMP.1 (Modalités de comptabilisation des quantités attribuées, Annexe : Modalités de comptabilisation des quantités attribuées définies en application du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole de Kyoto, Paragraphe 17.*

³⁹² *Ibid.* paragraphe 30

³⁹³ *Ibid.* paragraphe 50

³⁹⁴ *Ibid.* paragraphe 38

³⁹⁵ *Ibid.* paragraphe 11

³⁹⁶ *Ibid.* paragraphe 13

enregistrées dans la base de données pour la compilation et comptabilisation³⁹⁷ [géré par le secrétariat] [...] [Si le comité de contrôle du respect des dispositions conclut qu'une Partie ne rencontre pas le paragraphe 1 de l'article 3] [...] cette Partie transfère la quantité [d'unités] [...] calculée conformément à la décision 24/CP.7 sur le compte d'annulation pertinent³⁹⁸ [...] [En bout de piste, si le comité n'obtient pas satisfaction il,] applique les mesures consécutives suivantes :

- a) Déduction de la quantité attribuée à la Partie concernée pour la deuxième période d'engagement d'un nombre de tonnes égale à 1,3 fois la quantité de tonnes d'émissions excédentaires;
- b) Élaboration d'un plan d'action pour le respect des dispositions [...]
- c) Suspension de l'admissibilité au bénéfice des cessions visées à l'article 17 »³⁹⁹

C'est donc dire, à la lumière des Accords de Marrakech, qu'une unité non fongible s'associe, par voie de conséquence à une unité, qui ne sera pas reconnue, par les organes subsidiaires de la COP-Kyoto, comme étant l'expression, par cette Partie, du respect de ses engagements au plan de la responsabilité internationale. Qui plus est si, par exemple, une divergence de vue, entre les organes subsidiaires de la COP-Kyoto et la Partie en question, venait à se cristalliser concernant l'inadmissibilité d'une unité extrasystème — en se basant sur le fait que le cessionnaire de cette unité ne soit pas Partie au Protocole, mais qu'en outre elle ait reçu une certification basée sur un processus similaire au processus du duo Kyoto-Marrakech —, nous serions alors en face d'une situation où le manque de porosité du cadre normatif en cause entraînerait un blocage opérationnel majeur impliquant des conséquences telles qu'un recours à l'arbitrage international ne puisse être évité. Ce texte y reviendra.

³⁹⁷ *Accords de Marrakech, supra* note 5, *Décision 19/CP.7 Modalités de comptabilisation des quantités attribuées définies en application du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole de Kyoto. Projet de décision - /CMP 1 (Modalités de comptabilisation des quantités attribuées, Annexe : Modalités de comptabilisation des quantités attribuées définies en application du paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole de Kyoto, paragraphe 14.*

³⁹⁸ *Ibid.* paragraphe 37.

³⁹⁹ *Accords de Marrakech, supra* note 5, *Décision 24/CP.7 Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto, Partie XV. Mesures consécutives appliquées par le Groupe de l'exécution, Alinéas a, b et c du paragraphe 5.*

Bien sûr, le doute pourra envahir ici l'esprit du lecteur, devant une situation qui semblerait *a priori* relativement peu fréquente — probablement inapte à passer le test de l'importance relative — compte tenu du nombre des constituantes étatiques caractérisant la société internationale aujourd'hui. Cependant, une lecture des dispositions des Accords de Marrakech qui suivent, permettra une mise en perspective plus ciblée de la problématique en cause :

Les cessions et acquisitions entre registres nationaux se font sous la responsabilité des Parties concernées [...] Les Parties qui autorisent des personnes morales à procéder à des cessions et/ou acquisitions en vertu de l'article 17 demeurent responsables de l'exécution de leurs obligations au titre du Protocole de Kyoto et veillent à ce que cette participation soit compatible avec la présente annexe [...] Les Parties tiennent une liste à jour de ces entités et la communique au secrétariat et au public par l'intermédiaire de leur registre national [...] Les personnes morales ne sont pas habilitées à procéder à des cessions ni à des acquisitions au titre de l'article 17 tant que la Partie qui a délivré l'autorisation ne satisfait pas aux critères d'admissibilité ou que sa participation a été suspendue⁴⁰⁰

Évidemment, l'entrée en scène du secteur privé dans l'équation du système d'échange de Kyoto est confirmée par ces dispositions. Compte tenu que l'immense majorité des installations industrielles qui émettent des GES sont des sociétés privées transnationales, il est fort à parier que ces acteurs de premier plan — souvent même devant les États — cherchent à s'impliquer dans un secteur aussi névralgique concernant leur production et leur structure de coût. Il est donc loisible d'entrevoir la possibilité que ce marché soit investi par une pullulation des Parties privées directement impliquées dans des transactions bilatérales de nature privée à l'international. On ne saurait évacuer de l'analyse la réalité suivante:

The Kyoto Protocol establishes a legal foundation for international emissions trading [...] and the Marrakech Accords set forth general rules within which trading can occur. Legally, the Protocol [...]

⁴⁰⁰ Accords de Marrakech, *supra* note 5, Décision 18/CP.7 Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission (art. 17 du Protocole de Kyoto. Projet de décision -/CMP.1 (art.17) Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission (art. 17 du Protocole de Kyoto , Annexe Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droit d'émission (art.17 du Protocole de Kyoto), Paragraphe 5.

allows the parties to authorize private entities to participate in the trading system. A trade, therefore, could occur between parties, between a party and a private entity, or directly between private entities. It is widely anticipated that most trades will occur among private entities.⁴⁰¹

À cet égard, en relisant méticuleusement un passage de la citation précédente des Accords de Marrakech, ci-haut dans le texte : « Les Parties [...] demeurent responsables de l'exécution de leurs obligations au titre du Protocole [...] »

Il sera loisible de remarquer, en ce qui concerne l'analyse juridique du duo Kyoto-Marrakech, qu'il n'est pas déraisonnable de considérer ce dernier passage comme l'expression de la substantifique moelle de l'hybridité juridique que ce texte s'emploie à démontrer relativement au cadre normatif des échanges de droits d'émission sous le Protocole. Ici, les Parties semblent effectivement corroborer la nature immuable d'une disposition du cadre, en renvoyant à « l'exécution de leurs obligations » qui selon l'avis de l'auteur de ce mémoire ne peut que référer à un cadre normatif de nature quasi-impérative, relevant de l'ordre juridique interétatique, où seules les Parties peuvent amender une disposition et ce, dans le cadre d'un traité formel exigeant un processus formel. D'une autre côté, il semble que cette dimension de respect des cibles de Kyoto, envers et contre toute délégation d'autorité — inextricablement liée à la responsabilité internationale de l'État —, soit agrémentée d'une certaine forme de flexibilité en son volet opérationnel. En effet, les États doivent remplir les engagements mais, semble-t-il, ils n'ont que l'obligation de s'assurer de la « compatibilité » des moyens administratifs mis en place pour y arriver « et veillent à ce que cette participation soit compatible avec la présente annexe »⁴⁰².

Le lecteur aura remarqué qu'il n'est aucunement ici question d'appliquer intégralement les dispositions que l'on retrouve dans les Accords de Marrakech,

⁴⁰¹ Bodansky "Linking", *supra* note 290 à la p.3.

⁴⁰² Accords de Marrakech, *supra* note 5, Décision 18/CP.7 Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission (art. 17 du Protocole de Kyoto. Projet de décision -/CMP.1 (art.17) Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission (art. 17 du Protocole de Kyoto . Annexe Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission (art.17 du Protocole de Kyoto), Paragraphe 5.

mais seulement de s'assurer de la compatibilité des méthodes administratives nationales d'avec le cadre normatif — sous réserve qu'il s'agisse d'un aspect ne relevant pas de la responsabilité internationale . Nous sommes donc en face d'une disposition à caractère malléable et adaptatif que l'auteur de ce mémoire croit pouvoir raisonnablement estimer être le reflet de la possibilité que certaines dispositions expresses des Accords de Marrakech puissent être amendées *de facto*. Cela se produit par le truchement d'une nouvelle *lex mercatoria* — l'omniprésence du secteur privé constituant alors un facteur d'accélération —, constitué d'usages et de coutumes — de nature essentiellement commerciale — apte à supplanter les dispositions des Accords de Marrakech, lorsque ces dernières ne sont pas liées à des questions de responsabilité internationale des Parties et que, du même souffle, l'usage en question est compatible avec le dispositif des Accords. Afin de bien enraciner cette thèse dans une réalité concrète, il est intéressant de considérer l'exemple suivant :

Il fut évoqué à quelques reprises dans ce texte que les dispositions des Accords de Marrakech, visant les spécifications administratives reliées à l'application de l'article 17 du Protocole, conditionnent la possibilité de participer aux échanges de droits d'émission prévus par cette disposition, afin de jouir de la qualité de Partie au Protocole de Kyoto. Or, on peut imaginer une situation où une société privée établie sur le territoire d'un État Partie au Protocole, désire vendre des unités de réduction d'émission et que l'acheteur potentiel soit elle aussi une société privée mais cette fois-ci établie sur le territoire d'un État qui lui n'est pas Partie au Protocole. Cela est tout à fait possible, puisqu'une Partie n'a aucunement l'obligation d'intervenir dans les transactions que son secteur privé conduit à l'international, aucune Partie n'est obligée à une quelconque restriction sur le plan opérationnel concernant ces questions. Les Parties ont, évidemment, la responsabilité d'assumer leurs obligations (les quotas agrégés) au plan macroscopique, envers ses cocontractants. Bien sûr, une Partie peut mettre en place un système interne visant une gestion règlementaire serrée de son inventaire d'émissions. En adoptant, par exemple, une conception de l'interaction avec le marché international déployée sous l'égide d'un monopole d'État, mais elle pourrait tout aussi valablement laisser les forces du marché jouer et donner le plein accès à son secteur privé au marché international — en ajustant son

inventaire au besoin par des interventions sur le marché ouvert. Ce texte l'a amplement démontré, le duo Kyoto-Marrakech correspond à une financiarisation des attributs environnementaux liés aux changements climatiques. Il serait surprenant que ce nouveau marché échappe à la force d'attraction des marchés financiers, monétaires et énergétiques déjà en place dans le monde. En conséquence, si la société que nous avons pris ici à titre d'exemple, et qui est établie dans un pays qui n'est pas Partie au Protocole de Kyoto, désire acheter une unité — simplement pour une question de spéculation, par exemple — et que la Partie détentrice a le désir irrésistible de lui vendre ces unités, qui donc pourra l'empêcher? Et si, quelques mois plus tard, cette même société acquéreur cède à son tour ces unités à une autre entreprise établie sur le territoire d'une Partie au Protocole. Que se passe-t-il alors sur le plan de la reconnaissance de ces unités et au plan du respect des engagements de cette Partie en vertu de l'article 3 du Protocole? Est-ce que ces unités auront perdu leur caractère fongible du seul fait qu'elles ont momentanément transité en dehors du système d'échange du Protocole? Ou bien est-ce qu'une telle opération revêt un caractère « compatible » avec les Accords de Marrakech, malgré une violation directe d'une disposition desdits Accords? À ce stade-ci, l'auteur de ce mémoire estimera que le simple fait de poser cette question est suffisant pour lui apporter une réponse. En effet, voir les choses autrement semblerait alors réducteur, puisque appuyer sur une conception du duo Kyoto-Marrakech où ce dernier institue carrément le marché international du carbone. Ce dernier ne pouvant donc l'exorbiter et ne permettant, du même souffle, aucun passage intersystémique. Cela, évidemment, se heurterait, d'une part, à l'existence de régime d'échange de droits d'émission de nature privée en amont de l'entrée en vigueur du Protocole et aussi, d'autre part, à la nature poreuse — favorisant la circulation des concepts juridiques entre les différents ordres juridiques, qu'ils soient publics ou privés — que ce texte a souligné comme étant une caractéristique marquante du droit international de l'environnement. En résumé, l'essence du litige qui est évoqué ici, pourrait concrètement prendre la forme d'un refus de la COP-Kyoto de reconnaître, aux fins de l'article 3 du Protocole, un certain nombre d'unités, qu'elle estimerait entâchées d'un vice de procédure. Cette situation provoquant l'obligation pour la Partie en cause de se voir imposer une pénalité de reconduction des réductions d'émissions majorée de 30% pour la période d'engagement suivante. La Partie

pourrait alors invoquer comme défense la supplantation des dispositions des Accords de Marrakech par la *lex mercatoria* en évoquant le caractère « compatible » des unités et les exemples de cadres normatifs internationaux privatisés; tel le système monétaire international; ou encore, hybride, tel le système juridique de l'IATA. Reste à savoir quel forum pourra entendre une telle cause et si la jurisprudence sera orientée dans le sens qui est préconisé ici. Quoi qu'il en soit, trivialement, il est clair que les unités qui émanent du système de Kyoto présentent une fongibilité asymétrique avec les unités non Kyoto. Une forme de compatibilité en devenir impulsée par un mouvement favorisant, éventuellement, une fongibilité parfaite. Cet aspect sera évoqué dans le cadre de la prochaine section.

5. Le concept de fongibilité asymétrique des droits d'émission de gaz à effet de serre et les systèmes d'échange de droit d'émission de gaz à effet de serre non Kyoto.

En substance, force est de constater que la gestion du climat mondial devient peu à peu une affaire de finance⁴⁰³. Bien sûr on pourrait s'inquiéter du fait que l'administration républicaine, au pouvoir aujourd'hui à la Maison Blanche, s'est dissociée du Protocole de Kyoto et aussi des effets que cela comporte concernant l'émergence d'un éventuel système international d'échange de droits de GES, véritablement international, apte à contenir l'effet de serre. Ces inquiétudes doivent être cependant relativisées puisque de gros joueurs du Concert des Nations emboîtent le pas dans cette direction, d'une part et que, d'autre part, les industries émettrices elles-mêmes sont entrées dans un processus d'autorégulation⁴⁰⁴. L'exemple du *Chicago Climate Exchange*, qui regroupe de gros

⁴⁰³ Le Dr. Josef Janssen "believes that the trading systems will result in new business opportunities: "It then becomes worthwhile from a purely financial perspective to structure projects in such a way as to achieve additional savings in emissions." Tradable emissions rights obtained in this way could also improve credit ratings and project financing conditions. Brokers and financial service providers also stand to benefit from new business opportunities. They could manage trading as well as initiating projects that result in tradable emissions rights." (voir Emission Certificat Trading – A new opportunity for business?, en ligne: Siemens http://w4.siemens.de/Ful/en/archiv/pof/heft1_02/artikel24/)

⁴⁰⁴ Selon le principe en fonction duquel, devant le constat de l'imminence d'une régulation inévitable émanant de l'État, les gestionnaires de l'industrie préféreront tenter d'édicter eux-mêmes les règles. Toutes les places boursières dans le monde puisent leurs fondements dans l'application de cette logique.

joueurs⁴⁰⁵ de l'industrie tels : Ford Motors Corporation, Rolls-Royce et AMTRAK est typique. Ces dernières transigent déjà entre elles des contrats portant sur des droits d'émission de GES, selon une approche basée sur un plafond d'émissions autoproclamés⁴⁰⁶. Du reste, malgré le fait que les États-Unis d'Amérique refusent pour l'instant d'entrer dans la danse de Kyoto, il serait une erreur de croire que, notamment le gouvernement fédéral américain — le principal opposant au système de Kyoto dans le pays —, pourra se soustraire encore bien longtemps aux impératifs que lui impose sa « responsabilité internationale »⁴⁰⁷ en matière d'environnement, et plus spécifiquement en matière de réchauffement planétaire. En fait, l'activité législative américaine n'a jamais été aussi intense que dernièrement relativement à ces questions :

45 bills, resolutions and amendments that address climate change and greenhouse gas emissions had been introduced in the 108th Congress (2003-2004) by August 2003. They include proposed legislation on greenhouse gas emission reductions, greenhouse gas emissions reporting, international climate change negotiations, energy policy, appropriations, emissions by powerplants, transportation emissions, hydrogen, clean coal technology, carbon sequestration and climate science⁴⁰⁸

Les États-Unis, berceau de la finance de l'environnement, sont actuellement le foyer le plus intense de conception de systèmes d'échange de droits d'émission de GES. Bien sûr, pour l'instant, le gouvernement fédéral ne semble pas vouloir mettre en place un système s'apparentant à un plafond d'émission de GES contraignant assorti d'un système d'échange de type Kyoto. Mais avec tout le paradoxe que cela comporte — l'auteur fera le pari ici que cette réalité peut être liée au fait que les États-Unis représentent potentiellement le marché national du

⁴⁰⁵ Chicago Climate Exchange Members, en ligne Chicago Climate Exchange <http://www.chicagoclimateexchange.com/about/members.html>

⁴⁰⁶ Chicago Climate Exchange Frequently Asked Questions, en ligne: Chicago Climate Exchange <http://www.chicagoclimateexchange.com/about/faq.html>

⁴⁰⁷ Voir *supra* note 316.

⁴⁰⁸ Haites, Erik., *Linking Domestic and Industry Greenhouse Gas Emissions Trading Systems*, Toronto. Prepared for EPRI, International Energy Agency and International Emissions Trading Association by Margaree consultants Inc. 2001 à la p.95.

carbone le plus important au monde — c'est plutôt à l'échelle étatique américaine et même dans le secteur privé, que les systèmes d'échange de droits d'émission sont en formation sur le sol américain. En conséquence, il semble pour le besoin de la présente analyse⁴⁰⁹, qu'il soit plus prudent de miser sur les systèmes en provenance des États-Unis pour comprendre les leviers de la fongibilité, puisque l'enjeu ici est véritablement l'intégration des États-Unis dans le marché international du carbone.

Voilà une situation qui à toutes les chances d'orienter la dynamique du développement des systèmes d'échange entre deux grandes approches : la stratégie de Kyoto et la stratégie américaine. Une certaine doctrine⁴¹⁰ prenant acte de cet état de l'évolution de la problématique, aura cependant le réflexe d'y opposer que ces deux pôles sont condamnés à converger sur le plan de la fongibilité des droits. Qui plus est, il est estimé que cette question de fongibilité intersystémique constitue un enjeu fondamental de la lutte aux changements climatiques, garant de son succès ou de son échec. Le Professeur Bodansky, dans son analyse des options s'offrant aux décideurs publics américains en cette matière, affirme — en traitant de ces deux approches — que « it is important that these parallel efforts be linked and ultimately converge. Compatibility with the international regime should [...] be a key consideration in the design of a domestic U.S. climate strategy »⁴¹¹. De plus, prenant acte de cette réalité — dont le présent texte s'est employé à rendre compte, en particulier concernant l'apport considérable du secteur privé dans la mise en place d'un système opérationnel —, Bodansky relate ainsi la dynamique intégrée qui impulsera ce phénomène de convergence juridique des droits d'émissions :

**In the short term, linkage may be important because
U.S. and other multinational firms subject to the**

⁴⁰⁹ Notons simplement ici qu'il existe d'autres systèmes pouvant être qualifiés de non Kyoto dans le monde, notamment ceux de : la Corée du Sud, de l'État de New South Wales en Australie, des producteurs d'électricité Danois, etc... Dans le cas de l'Australie la volonté étatique de s'attaquer à la problématique des changements climatiques est telle que certains experts considèrent que le projet de New South Wales "could potentially link together and create *de facto* a cross-nation scheme along the line of the Kyoto Protocol model despite the fact that the federal government have refused to ratify Kyoto." (Voir Cyriel De Jong, et Kasper Walet, dir., *A Guide to Emission Trading: Risk Management and Business Implications*, Risk Books, Londres, 2004 à la p.36).

⁴¹⁰ Bodansky "Linking", *supra* note 290 à la p.1.

⁴¹¹ *Ibid.*

Kyoto emissions targets (because they have operations in developed countries that are party to the Protocol) may wish to take advantage of low-cost emissions reduction opportunities in their U.S. operations [...] [I]n the medium term [...]: if the United States adopt mandatory limits on greenhouse gas emissions, U.S. entities would want access to low-cost emission reduction opportunities in the Kyoto Protocol parties [...] Linkage [...] is, | in the long term, [...] critical to the success efforts to address climate change⁴¹²

Dans son texte, Bodansky relève aussi l'ensemble de possibilités pouvant émerger sur le plan de la fongibilité des droits d'émission de GES. Selon lui, il est clair que les États-Unis peuvent, sur le plan juridique, décider de reconnaître les unités de Kyoto et les rendre compatibles avec les cibles de réductions américaines; même si les deux systèmes ne sont pas totalement compatibles. Cette possibilité, le présent exposé l'a assimilée à une forme de fongibilité dite « asymétrique »⁴¹³. Bodansky confirme d'ailleurs la véracité de cette notion, lorsqu'il relève que :

From a legal standpoint, nothing in the Kyoto Protocol prevents a Kyoto party from selling its permits to a non-party such as the United States. Thus, if the United States decided to recognize Kyoto permits for purposes of compliance with U.S. climate policy, it would be up to each Kyoto Protocol party to decide whether to allow sales of permits from its registry to U.S. buyers. So long as any Protocol party allowed such trades, it could purchase permits from other Kyoto parties and then sell them to U.S. buyers, effectively circumventing restrictions by other Kyoto parties⁴¹⁴

Il faut bien comprendre ici, précisément, ce qu'est la thèse qu'aspire à défendre ce mémoire : bien sûr, cela porte sur le fait que le marché international du carbone est en phase de migrer vers une fongibilité asymétrique, mais cela porte aussi encore plus sur la caractérisation spécifique de la fongibilité asymétrique, voilà l'objectif fondamental poursuivi. Or, la fongibilité asymétrique d'un droit d'émission de GES, à l'échelle internationale, ne saurait être confondue avec une

⁴¹² Bodansky "Linking", *supra* note 290 à la p.1..

⁴¹³ Voir *supra* note 26.

⁴¹⁴ Bodansky "Linking", *ibid.* à la p.4.

reconnaissance juridique unidirectionnelle dévolue par un système non Kyoto concernant un droit d'émission émanant du système de Kyoto. La fongibilité asymétrique des droits d'émission de GES est plutôt le résultat de l'effet combiné de l'évolution des cadres normatifs associés, vers une porosité des contours de ces dits cadres, alimenter, entre autres, par le processus de mondialisation économique — rendant ces cadres désormais perméables à une nouvelle *lex mercatoria*, s'émancipant sous l'emprise du nouvel équilibre mondial des poids économiques des entités (États, organisations internationales, sociétés transnationales privées, etc.) et tout cela, se voyant balisé par la responsabilité internationale des États — sur le plan du droit international interétatique — envers la préservation du patrimoine commun de l'humanité. Le lecteur aura compris que ces éléments subissent donc une force d'attraction considérable — par le truchement de la complémentarité juridique —, en voie de cimenter les interactions intersystémiques impliquées. Ce qui permet alors de constater l'existence d'une fongibilité asymétrique des droits d'émissions, intercalée entre la fongibilité parfaite et la fongibilité unidirectionnelle⁴¹⁵. Sur le plan de la pratique, le Professeur Bodansky donne, dans son texte, une illustration éloquente du résultat possible de l'imbrication des constituants de la fongibilité asymétrique telle que définie ci-haut:

Even if the U.S. and Kyoto systems were not formally linked, private entities could develop a clearinghouse between the two systems, whereby Kyoto permits held in by U.S. companies would not be cancelled until the end of the commitment period, so that firms that wish to export U.S. permit to Kyoto parties could exchange them for Kyoto permits through the clearinghouse and then sell the Kyoto permits back into the Kyoto system. Such a clearinghouse system would effectively allow sales of U.S. permits to Kyoto buyers so long as these sales do not exceed purchases of Kyoto credits by U.S. buyers (that is, so long as the United States remains a net buyer)⁴¹⁶ [...] This scenario [...] does not involve direct trading or any formal linkages between the U.S. and international system, and therefore would

⁴¹⁵ L'auteur se déclare conscient de l'incohérence étymologique de l'expression « fongibilité unidirectionnelle » puisque l'expression même de fongibilité est inextricablement liée à une relation bidirectionnelle, même si elle est fortement déséquilibrée. En ce sens, une expression plus juste ici aurait été « reconnaissance unidirectionnelle », il fut cependant jugé souhaitable d'utiliser le terme « fongibilité unidirectionnelle » dans le but d'éclaircir, par analogie, un discours pouvant paraître complexe au premier abord.

⁴¹⁶ Bodansky "Linking", *supra* note 290 à la p.2.

not depend on the two trading systems having common design elements. Instead, linkages between the systems would be informal, through the intermediation of private brokers who would be responsible for converting permits created under one trading system into those of the other⁴¹⁷

Le seul point de divergence que l'auteur du présent mémoire cultive à l'endroit des vues de Bodansky correspond au moment où ce dernier estime que:

At national level, [s]ales of non-Kyoto emissions permits to the Kyoto system would require an amendment to the Protocol, which parties would be unlikely to consider unless they believed that the U.S. and Kyoto trading systems were generally compatible⁴¹⁸[...] If [, for example,|...] [the] Kyoto Protocol parties are willing to give any credit for voluntary emission reduction efforts in the United States [...]as does the CDM] this would require an amendment to the Protocol»⁴¹⁹

Sur ce point, l'auteur de ce mémoire est d'avis, tel qu'il aspire l'avoir démontré dans les sections précédentes, que la seule présence du caractère « compatible » d'un système non Kyoto suffit à supplanter les dispositions bloquant l'interchangeabilité juridique des droits en cause. La seule conséquence de cette divergence de vue, sur le plan théorique, est que : l'auteur de ce mémoire met de l'avant une conception de la fongibilité asymétrique se situant à un degré d'intégration juridique plus avancée que le suppose la vision de Bodansky. Outre ce point mineur, l'adhésion à sa vision de l'évolution du cadre juridique international associé au marché du carbone est totalement partagée.

⁴¹⁷ Bodansky "Linking", *supra* note 290. note infrapaginale no. 3. à la p.2.

⁴¹⁸ Bodansky "Linking", *ibid.* à la p.1.

⁴¹⁹ *Ibid.* à la p.2.

CONCLUSION

L'échange international des droits d'émission de GES est pratiquement un incontournable⁴²⁰, du fait de la progression des changements climatiques et de l'efficacité éprouvée du système de marché en matière d'émissions gazeuses. Bien que dans de tels systèmes, l'État interviendra afin de développer les grandes structures, il est palpable, à tous les niveaux, que le secteur privé jouera un très grand rôle. Souvenons-nous que le quota ne peut être qualifié d'instrument financier lui-même, mais que l'analyse juridique démontre qu'il peut être le sous-jacent d'un produit financier qui lui est dérivé, tels les options ou encore les swaps. Or, c'est justement au niveau de l'intégration de la problématique environnementale à cet immense marché mondial des produits dérivés et des swaps — représentant près de 130 billions⁴²¹ de dollars américains de principal —, que l'analyse pertinente du succès d'un système international de marché des émissions efficace sur le plan financier, mais aussi sur le plan environnemental, se fera. Une fois évidemment que la charpente juridique structurelle afférente sera instituée dans l'ordre juridique international. Or, le vecteur cardinal de cette charpente est la fongibilité des droits d'émissions. Il fut établi ici que le processus de déploiement de cette fongibilité est un processus résolument évolutif. Selon les conclusions de ce mémoire, il semble que nous soyons à un stade d'intégration de fongibilité dit asymétrique, lourdement conditionné par le secteur privé. Tous ces éléments qui s'imbriquent graduellement constituent, en somme, le socle juridique du marché international du carbone. L'avènement de cette bourse fonde son espoir le plus plausible de voir cette structure économique, dont s'est dotée

⁴²⁰ A cet égard des scénarios futuristes évoquent même la possibilité qu'en 2015 il soit possible que: "Private households are allotted rights to produce certain amounts of CO₂ equivalents when they buy a heating system or automobile. If the allotted volume of oil, natural gas, or gasoline is exceeded, users are obliged to purchase additional emissions rights. Given the resulting higher consumption costs, users have good reason to save on energy where they can."(voir Emission Certificat Trading – A new opportunity for business?, en ligne: Siemens http://w4.siemens.de/!u1/en/archiv/pol/helit1_02/artikel24/)

⁴²¹ Chiffre de 2003 de l'International Swaps and Derivatives Association.

l'humanité pour canaliser son développement social, internaliser le coût de la pollution afin d'accéder finalement au développement durable.

Actuellement, tout porte à croire que des droits d'émissions fongibles existeront à terme entre le système de Kyoto et des systèmes américains issu d'associations d'états ou d'associations d'entités privées. On n'a qu'à penser au *Regional Greenhouse Gas Initiative*⁴²² (RGGI) des producteurs d'électricité des états de la Nouvelle-Angleterre, qui constitue un système américain d'échange de droit d'émission de GES, assorti d'un plafond d'émission inflexible, qui génère des unités potentiellement fongibles, à tout le moins asymétriquement, avec les unités de Kyoto. Dans cette mouvance, il est fort à parier que le Canada soit le laboratoire de processus d'intégration juridique en matière de changements climatiques. Car les participants au RGGI sont aussi signataires d'une entente dont est partie, entre autres, le Québec — sous l'égide de la *Conférence des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et des premiers ministres de l'Est du Canada* —, et qui projette d'échanger des unités de réductions d'émissions sur une base supranationale à l'échelle nord-américaine. Ce faisant, le Canada, en sa qualité de Partie au Protocole de Kyoto, se trouvera alors dans une situation où il deviendra difficile de réguler une série d'unités, provenant de système Kyoto et non Kyoto, circulant allègrement sur son marché interne — sans que ces unités soient fongibles. Espérons que les négociations internationales sous l'égide de la première COP-Kyoto — concernant le deuxième période d'engagement —, qui doit d'ailleurs se tenir en novembre 2005 à Montréal, soit l'occasion d'un exercice d'éclaircissement administratif de la question fondamentale de la fongibilité intersystémique. Autrement, selon l'opinion que dégage ce mémoire, l'arbitrage international devra ultimement trancher⁴²³ cette question au prix d'un retard dans la résolution de la problématique mondiale du climat.

⁴²²*Regional Greenhouse Gas Initiative*, en ligne : Site du RGGI www.rggi.org

⁴²³ À ce titre, l'auteur du mémoire réitère sa conviction selon laquelle l'état du droit international concernant cette question imposera la prévalence de la nouvelle *lex mercatoria*.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

CE, *Conclusions du Conseil sur une stratégie communautaire sur le changement climatique*, Luxembourg, Bulletin UE 6-1998, Environnement (20/31), CE, 1999. En ligne : Le portail de l'Union européenne <http://europa.eu.int>.

CE, *Directive 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution* [1996] J.O.L 257 p. 0026-0040.

CE, *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 la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil* [2003] J.O.L. 275/32.

CE, *Directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, au titre des mécanismes de projet du protocole de Kyoto* [2004] J.O.L 338/18, en ligne : Le Portail de l'Union européenne <http://europa.eu.int/>.

CE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil* [2001] J.O.L. 2001/0245 no C075 p. 0033-0044.

Clean Air Act Amendments, 101 P.L. 549; 104 Stat. 2399; 1990 Enacted S. 1630; 101 Enacted S. 1630.

Code monétaire et financier, en ligne : Légifrance <http://www.legifrance.gouv.fr>.

Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques, 9 mai 1992, en ligne : Convention-cadre sur les changements climatiques www.unfccc.org.

Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, aucun signataire, en ligne : Conférence de La Haye de droit international privé www.hcch.net.

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 12 août 1992, en ligne : Nations-Unies <http://www.un.org/french/events/rio92/acnf15126vol1f.htm>.

Les Accords de Marrakech, Doc. Off. UNFCCC, 7^{ième} sess., FCCC/CP/2001/13/Add.1 (2002) en ligne : Convention-cadre sur les changements climatiques www.unfccc.org.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. 1999, c.33, en ligne : Ministère de la Justice du Canada <http://lois.justice.gc.ca/fr/C-15.31/>.

Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, J.O., 20 juillet 1976, en ligne : Direction de la Prévention de la Pollution et des Risques, Ministère de l'Écologie et du Développement Durable <http://aida.ineris.fr/textes/lois/text0269.htm> .

Loi sur la compensation et le règlement des paiements, L.R.C. 1996, ch.6, en ligne : Ministère de la justice Canada <http://lois.justice.gc.ca>.

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q. c. V-1.1, en ligne : Institut canadien d'information juridique <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/v-1.1/20050111/tout.html>.

Ontario Emissions Trading Code, 2003, en ligne : Ministère de l'environnement de l'Ontario, division de la politique sur la qualité de l'air et les changement climatiques http://www.ene.gov.on.ca/envision/env_reg/er/documents/2003/XA03E0001.pdf.

Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997, en ligne : Convention-cadre sur les changements climatiques www.unfccc.org.

Règl. de l'Ont. 397/01.

Règl. de l'Ont. 202/03.

Règlement sur les émissions des petits moteurs hors route à allumage commandé, D.O.R.S. /2003-355.

Règlement sur les émissions des véhicules routiers et de leurs moteurs, D.O.R.S./2003-2.

Règlements sur les valeurs mobilières, R.Q. c. V-1.1, r.1, en ligne : Institut canadien d'information juridique <http://www.canlii.org/qc/legis/regl/v-1.1r.1/20050111/tout.html>.

****Résolution concernant les Changements Climatiques*, Rés. 27-7, 27^{ième} Conférence Annuelle des Gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et des Premiers ministres de l'Est du Canada, en ligne : The New England Governors' Conference <http://www.neqc.org/02En003.html>).

Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé, entrée en vigueur le 15 juillet 1955, en ligne : Conférence de La Haye de droit international privé www.hcch.net.

Trail Smelter Arbitration Award (United States v. Canada) (1939) 35 Am.J. Int'l L. 182.

Trail Smelter Arbitration Award (United States v. Canada) (1941), 33 Am.J. Int'l. L. 684

DOCTRINE: MONOGRAPHIES

Agars, Peter *et al.*, *Over-the-Counter Equity Derivatives*, A paper prepared by Fédération Internationale des Bourses de Valeurs (FIBV) with the assistance of the International Federation of Accountants and the International Bar association's, Londres, International Capital Market Group, 1994.

Arbour, J. Maurice., *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997.

Bernasconi, Christophe., *La loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte*, La Haye (Pays-Bas), 2000, en ligne : Conférence de La Haye de droit international privé http://www.hcch.net/index_fr.php.

Carreau, Dominique, *Droit international*, 8^e éd., Paris, Pédone, 2004

Chambers, Bradnee., dir., *Inter-linkages: The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regimes*, New York, The United Nations University, 2001.

Chuang, Richard Y., *The International Air Transport Association: A case study of a Quasi-Governmental Organization*, Netherlands, A.W. Sijthoff International Publishing Company, 1971

De Jong, Cyriel. et Walet, Kasper., dir., *A Guide to Emission Trading : Risk Management and Business Implications*, Risk Books, Londres, 2004.

Egenhofer, Christian., *Overview of Company Emissions Trading, the Link Between Vas and ET and Other Policy Mixes at Company Level*, Belgique, Center for European Policy Studies, en ligne: Fondatione Eni Enrico Mattei <http://64.233.161.104/search?q=cache:iUXRVmSL4pwJ:www.ucd.ie/pepweb/catep/Veniceprog.html+%22Overview+of+Company+Emissions+Trading,+the+Link+Between%22+&hl=en>.

Fusaro, C. Peter et Miller, M. Ross. *Enron : Les vraies raisons de la chute*, trad. par Catherine Pierre, Paris, SB.COM, 2002.

Haites, Erik., *Linking Domestic and Industry Greenhouse Gas Emissions Trading Systems*, Toronto, Prepared for EPRI, International Energy Agency and International Emissions Trading Association by Margaree consultants Inc, 2001.

Hamilton, Kristy., et al., *The Kyoto-Marrakech System: a Strategic Assesement Module 2: Corporate engagement in US, Canada, the EU and Japan and the influence on domestic and international policy*, Londres, Sustainable Development

Programme of the Royal Institute of International Affairs, 2003, en ligne: Imperial College <http://www.iccept.ic.ac.uk/pdfs/KMA%20Mod%202.pdf>.

Harding, Paul., *Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002): a practical guide for negotiation*, 2e éd., Grande Bretagne, 2004.

Hudson, Alastair., *The Law on Financial Derivatives*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996.

Jessup, Ph., *Transnational Law* New Haven, Yale University Press, 1956.

Kerr, Suzi., dir., *Global Emission Trading: key issues for industrialized countries*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2000.

Kim, Youg Gun, et al., *Domestic Greenhouse Gas Emissions Trading Schemes*, Tokyo, Institut for Global Environmental Strategies, 2005, en ligne: Institut for Global Environmental Strategies <http://www.iges.or.jp/en>.

Kiss, Alexandre et Beurier, Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement*, 3^e éd., Paris, Pedone, 2004.

Mascher, Sharon., *Designing A Canadian Offset System : Comparing Approaches in Other Jurisdictions*, Saskatoon, Center for studies in Agriculture, Law and the Environment, University of Saskatchewan (2004).

Nehme, Naji-Alexandre., *Évaluation des produits dérivés climatiques*, mémoire de maîtrise ès science, HEC Montréal, 2002 [non publiée].

Nolet, Jean., *Les contraintes auxquelles Hydro-Québec risque d'être confrontée en matière d'émissions de GES et les possibilités qui s'offre à elle pour y faire face*, Montréal, préparé pour la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante par GCSI-Natsource, 2004.

Pastré, Olivier et Vigier, Michel. *Le capitalisme déboussolé après Enron et Vivendi : soixante réformes pour un nouveau gouvernement d'entreprise*, Paris, Éditions la Découverte, 2003.

Ravindran, K., *Customized Derivatives: A Step-by-Step Guide to Using Exotic Options, Swaps and Other Customized Derivatives*, New York, McGraw-Hill, 1998.

Scelle, Georges., *Droit international public : Manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943.

Schinasi, Garry J., et al., *Modern Banking and OTC Derivatives Markets: The Transformation of Global Finance and its Implications for Systemic risk*, occasional paper, Washington DC, International Monetary Fund, 2000.

Soros, Georges. *Guide critique de la mondialisation*, New York, Plon, 2002.

Stockdale, Christy., *The Constitutional Implications of Implementing Kyoto*, Regina, Centre for Studies in Agriculture, Law and Environment, University of Saskatchewan, 2004.

Thalmann, Philippe., *Impôt écologiques: L'exemple des taxes CO2*, Lausanne, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 1997.

Tietenberg, Tom H., *Environmental Economics and Policy*, 2e éd., Maine, Addison-Wesley Educational Publisher, 1998.

Tietenberg, Tom H., *Emissions Trading: an exercise in reforming pollution policy*, Washington DC, Resources for the Future, 1985.

Tietenberg, Tom H., dir., *Innovation in Environmental Policy : Economic and Legal Aspects of Recent Developments in Environmental Enforcement and Liability*, Grande-Bretagne, Edward Elgar Publishing, 1992.

Waelde, Thomas W., dir., *Contractual Aspects of Implementing the Clean Development Mechanism and other Flexibility Mechanisms under the Kyoto Protocol*, Tokyo, Global Environment Information Centre, 2005, en ligne: Environment Information Centre <http://www.geic.or.jp/climgov/07.pdf>.

DOCTRINE: ARTICLES

Abayissah, S. et Segalen, L. *Aspects juridiques et comptables des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Rapport rédigé pour la Mission Climat de la CDC, Price Waterhouse Coopers, 2003.

Black, Alexander J. "Emission trading and the Negotiation of pollution credits" (2000) 001 Black's Papers on Energy Law and Regulated Industries.

Bodansky, Daniel., "Linking U.S. and International Climate Change Strategies" (2002) Centre Pew sur les changements climatiques globaux, en ligne: PEW center
<http://www.pewclimate.org/docUploads/us%5Finternational%5Fstrategies%2Epdf>,

Bryner, Gary C., "Carbon Markets: reducing greenhouse gas emissions through emissions trading" (2004) 17 Tul. Envtl. L.J. 267

Burman, Harold S., "Harmonization and Globalization of Commercial Law" (2001) American Bar Association, en ligne: United States of America Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/16686.pdf>.

Buxbaum, Hannah L., "Cross-border collateral: legal risk and the conflict of laws. Edited by Richard Potok. Butterworths LexisNexis, 2002. PP. 659." (2002) 50 Am. J. Comp. L. 877.

Collins, Sir Lawrence., "Legal and Reform Issues in the Regulation of Financial and Capital Markets: Choice of Law and Choice of Jurisdiction in International Securities Transactions" (2001) 5 Sing. J. Int'l & Comp. L. 618.

Corcoran, Andrea M., « The uses of new capital markets: electronic commerce and the rules of the game in an international market place » (1999) en ligne: Washington College of Law
<http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/49/corcoran.pdf>.

Crête, Raymonde. « L'État et les entreprises : des partenaires pour la création d'une réglementation favorable à la quête des capitaux dans le marché des valeurs mobilières » (2000) 41 C. de D. 289.

Dasgupta, Parikshit., "Securitization: crossing borders and heading towards globalization" (2004) 27 Suffolk Transnat'l L. Rev. 243.

DeMarco, Elizabeth, Routhcliff, Robert and Landymore, Heather., "Canadian Challenges in implementing the Kyoto Protocol: A Cause for Harmonization" (2004) 42 Alberta L. Rev. 209.

Denne, T., Hargrave, T. et Helme, N. *Design of a practical approach to greenhouse gas emissions trading combined with policies and measure in the EC*, (Washington DC) Center for Clean Air Policy (2002).

Dostaler, Gilles . « Néolibéralisme, kenésianisme et traditions libérales » (1998) Cahier no. 9803, 244^{ième} numéro, Cahiers d'épistémologie, Groupe de recherche en épistémologie comparée, Département de philosophie, Université du Québec à Montréal.

Driesen, David M., "The economic dynamics of environmental law: cost-benefit analysis, emissions trading, and priority setting" (2004) 31 B.C. Env'tl. Aff. L. Rev. 501.

Dupuy, Pierre-Marie., "Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? »(1997) 4 R.G.D.I.P 873.

Dupuy, René-Jean., « Coutume sage et coutume sauvage » dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, 75.

Eppel, Desmond., "Risky business: responding to OTC derivative crises" (2002) 40 Colum. J. Transnat'l L. 677.

Esty, Daniel C., "Toward optimal environmental governance" (1999) 74 N.Y.U. L. Rev. 1495.

Frichmann, Brett, "Using the Multi-Layered Nature of International Emissions Trading and International-Domestic Legal Systems to Escape a Multi-State Compliance Dilemma" (2001) 13 Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 463.

Hagen, Paul., *et al.*, "An overview of federal, state and regional initiatives and activities to reduce greenhouse gas emissions in the United States" (2003) SJ011 ALI-ABA 45.

Heal, G., « Catastrophe écologique : tout n'est pas si noir » *Les Échos.fr* (2003) en ligne : www.lesechos.fr

Hinde, Susan M., "The international environmental court: its broad jurisdiction as a possible fatal law" (2003) 32 Hofstra L. Rev. 727.

Hval, Nina., "Credit risk reduction in the international over-the-counter derivatives market: collateralizing the net exposure with support agreements" (1997) 31 Int'l Law. 801.

Katsikas, Dimitrios., "Theorising Private Transnational Regulation: A New Framework of Analysis" (2004) en ligne: The Standing Group on International Relations www.sgir.org.

Kingsbury, Benedict. Krisch, Nico. et Stewart, Richard B., "The Emergence of Global Administrative Law" (2004) IILJ Working Paper 2004/1, en ligne: Institute for international Law and Justice, New York University School of Law, www.iilj.org.

Kovats, Sari R. et Haines, Andrew., "Global climate change and health: recent findings and future steps" (2005) 172 (4) Canadian Medical Association Journal 501.

Larsen, Irene., « Regime of Liability in Private International Air Law – with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of May 1999 » (2002) en ligne: Institut juridique de l'Université d'Aarhus www.rettid.dk.

Leduc, A. « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse » (2001) 35 R.J.T. 433.

Lefefevé, J. et Yamin, F., *Designing options for implementing an emissions trading regime for greenhouse gas in the EC*, London, Foundation for international environmental law and development (2000).

Neal, Sean Micheal, "Bringing developing nations on board the climate change protocol: using debt-for-nature swaps to implement the clean development mechanism" (1998) 11 Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 163.

Paech, Philipp., "L'harmonisation du droit matériel pour l'utilisation des titres détenus auprès d'intermédiaires à titre de garantie: le projet d'Unidroit" (2002) Rev. Dr. unif. 2002 - 4 en ligne : www.unidroit.org.

Page, Robert., "Kyoto and emissions trading: challenges for the NAFTA family" (2002) 28 Can.-U.S. L.J. 55.

Pâques, Michel et Charneux, Sabrina., « Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté européenne » janvier 2004 [non-publié] Université de Liège].

Picciotto, Sol. " Rights, Responsibilities and Regulation of International Business " (2003) 42 Colum. J. Transnat'l L. 131.

Potok, Richard., "The Hague Securities Convention – closer and closer to a reality"(2004) 15 JBFLP 204, en ligne: Rikkyo University, Faculty of Law <http://law.rikkyo.ac.jp/ribls/symposium/Potok.pdf>.

Richardson, Benjamin J., "Financing Environmental Change: A New Role for Canadian Environmental Law" (2004) 49 McGill L.J. 145.

Rosen, E. Robert. "Risk management and corporate governance the case of Enron" (2003) 35 Conn. L. Rev. 1157.

Rosenberg, Adam J., "Emissions credit futures contracts on the Chicago Board of Trade: regional and rational challenges to the right to pollute" (1994) 13 Va. Env'tl. L.J. 501.

Salzman, James and Ruhl, J.B., "Currencies and the commodification of environmental law" (2000) 53 Stan. L. Rev. 607.

Schuster, Gunnar., "Extraterritoriality of securities laws: an economic analysis of jurisdictional conflicts" (1994) 26 Law & Pol'y Int'l Bus. 165.

Swarcz, Steven L., "The universal language of international securitization" (2002) 12 Duke J. Comp. & Int'l L. 285.

———, "The universal language of crossborder finance" (1998) 8 Duke J. Comp. & Int'l L. 235.

Sinai, A., « Le climat otage des lobbies industriel » Le Monde diplomatique (2004) en www.monde-diplomatique.fr.

Sommer, Joseph H., "International securities holding and transfer law" (2001) 18 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 685.

Sugiyama, Taishi, *et al.*, *Briefing Paper: Where to next? Future steps of the global climate regime*, Winnipeg, Institut International du Développement Durable, 2004, en ligne: IISD http://www.iisd.org/pdf/2005/climate_where_to_next.pdf.

Teo, Jack Cheng Chuah., «Breaking convention: when is a carrier's limit of liability under the Warsaw Convention broken? Beyond Beryl Claire Clark &ORS v. Silkair (Singapore) PTE Ltd Singapour» (2003) 15 SaLJ 1

Wai, Robert., « Transnational liftoff and juridical touchdown: The regulatory function of private international law in an era of globalization » (2002) 40 Colum. J. Transnat'l L. 209.

Waldman, Adam R., "OTC derivatives & systemic risk: innovation finance or the dance into the abyss?" (1994) 43 Am. U. L. Rev. 1023.

Yelin-Kefer, Jennifer. "Warming up to an international green house gas market: Lessons from the U.S. acid rain experience" (2001) 20 Stan. Env'tl. L. J. 221.

Young, Hoong. N., "Comment: An analysis of a global co2 emissions trading program" (1998) 14 J. Land & Use Environmental Law.

Zumbansen, Peer., "Sustaining paradox boundaries: perspectives on internal affairs in domestic and international law" (2004) 15 Eur. J. Int'l L. 197.

AUTRES DOCUMENTS ET SITES INTERNET

2002 Master Agreement, International Swaps and Derivatives Association, 2005, en ligne: www.isda.org.

Agriculture et Agroalimentaire Canada, Direction Générale des politiques stratégiques, *Estimation des coûts d'administration et de transaction pour un système de compensation des gaz à effet de serre* (Rapport final) Marbek resource Consultants, Price waterhouse Coopers, Institut internationale du développement durable, 8 janvier 2004 en ligne : www.agr.gc.ca.

Agriculture et Agroalimentaire Canada, *Politiques nationales possibles de gestion des émissions de gaz à effet de serre* (Publication électronique ministérielle) en ligne : www.agr.gc.ca.

Banque des règlements internationaux, en ligne : BIS www.bis.org.

CE, *Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droit d'émission des gaz à effet de serre*, Bruxelles, CCE, 2000, en ligne : Le portail de l'Union européenne http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/2000/com2000_0087fr01.pdf.

CCX progress report, en ligne: The Chicago Climate Exchange <http://www.chicagoclimateexchange.com/news/pdf/0202Sandor.pdf>.

Chicago Climate Exchange Frequently Asked Questions, en ligne: Chicago Climate Exchange <http://www.chicagoclimateexchange.com/about/faq.html>.

Clean Air Canada, *Greenhouse Gas Emission Reduction and Trading Workshop* (Report) par Ray Rivers et Betty Rozendaal, Toronto, Ontario, 1er avril 2003, en ligne: www.cleanaircanada.org.

"Commission warns on use of Kyoto credits in EU ETS", en ligne: Environmental finance <http://www.environmental-finance.com>.

Comptabilisation des émissions de gaz à effet de serre et des crédits connexes, en ligne: Institut canadien des comptables agréés www.icca.ca.

Dictionnaire du français Plus, 1988.

Environment Canada, *Assessment of Private of Private Sector Anticipatory Response to Greenhouse Gas Market Development*, (Final Analysis), Natsource, July 2002, en ligne: www.natsource.com.

Environnement Canada, *Les nouvelles exigences de déclaration améliorent la capacité du Canada de suivre et de faire rapport des progrès réalisés dans le dossier des émissions de GES* (Communiqué de presse) Ottawa, 12 mars 2004, en ligne : Environnement Canada www.ec.gc.ca.

Environnement Canada, *Première phase du processus de déclaration obligatoire des émissions de gaz à effet de serre* (Fiche d'information) en ligne : Environnement Canada www.ec.gc.ca.

Environmental Finance Volume 6 : No. 2 (novembre 2004) www.environmental-finance.com.

Environmental markets, en ligne: Evolution markets
<http://www.evomarkets.com/emissions/> .

"Emission Certificat Trading – A new opportunity for business?", en ligne: Siemens
http://w4.siemens.de/Ful/en/archiv/pof/heft1_02/artikel24/.

Emissions trading applied to global warming, en ligne : Cantor Fitzgerald Environmental Brokerage <http://www.emissionstrading.com/ghgwarm.htm>.

Emissions Trading Education Initiative, *Emission Trading Handbook*, Milwaukee, 1999, Emission Trading Initiative, Emissions marketing associations and the Environmental Defense Fund en ligne: www.etei.org.

Fonds Prototype pour le Carbone, En ligne : Prototype Carbon Fund
<http://prototypecarbonfund.org/splash.html> .

Gouvernement du Canada, *Concevoir un système de compensation canadien pour les gaz à effet de serre*, Ottawa en ligne : www.changementsclimatiques.gc.ca .

Gouvernement du Canada, *Document de travail sur le système de compensations*, Ottawa en ligne : www.changementsclimatiques.gc.ca .

Gouvernement du Canada, *Plan du Canada sur les changements climatiques*, Ottawa en ligne : www.changementsclimatiques.gc.ca.

Greenhouse Gas Emission Trading Pilot Program, *Project Baseline and Boundaries for Project-based GHG Emission Reduction Trading* (Report) par Micheal Lazarus, Sivan Kharta et Stephen Bernow, Boston, April 2001 en ligne: Tellus Institut www.tellus.org.

Groupe des grands émetteurs finaux, en ligne : Ressources naturelles Canada http://www.nrcan-rncan.gc.ca/lfeg-ggef/Francais/ggef_fr.htm.

Harmonised Substantive Rules for the Use of Securities Held with intermediary as Collateral, Transactions on transnational and connected capital markets, Rome, International Institute for the Unification of Private Law , 2002, Study LXXVIII-Doc. 1, en ligne: www.unidroit.org.

International Swaps and Derivatives Association, en ligne : ISDA www.isda.org

Kyoto Thermometer, en ligne :United Nations Framework Convention on climate change <http://unfccc.int/resource/kpthermo.html>.

Leblanc, Bruno. « Le protocole de Kyoto – Acheter des droits d'émissions n'a rien d'amoral » Le Devoir (16 février 2005) www.ledevoir.com

« La Caisse des dépôts lance un logiciel de gestion des registres de quotas d'émissions des gaz à effet de serre » *Qualisteam* (17 décembre 2003) en ligne : Qualisteam <http://www.qualisteam.fr/actualites/dec03/17-12-2003-4.html> .

Le Fonds Prototype pour le Carbone démontre que le Protocole de Kyoto produit l'effet escompté : La vente d'unités de réductions des émissions (URE) rend des projets marginaux financièrement intéressant, en ligne : Banque mondiale <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20044268~isCURL:Y~menuPK:34466~pagePK:64003015~piPK:64003012~theSitePK:4607,00.html>.

Les gaz à effet de serre : les complexités financières de la nouvelle économie des émissions, 20 février 2004 en ligne : Deloitte www.deloitte.ca.

Le petit Larousse illustré, 2004

Market Survey, en ligne: International Swaps and Derivatives Association <https://www.isdadocs.org/conf/index.html>.

Metcalf, Richard., Lettre de, Co-Head of European Office, International Swaps and Derivatives Association Inc., 14 octobre 2002, en ligne: www.isda.org.

Metcalf, Richard., Lettre de, Co-Head of European Office, International Swaps and Derivatives Association Inc., 6 septembre 2002, en ligne: www.isda.org.

Metcalf, Richard., Lettre de, Co-Head of European Office, International Swaps and Derivatives Association Inc., 14 mai 2002, en ligne: www.isda.org.

Metcalfe, Richard., Lettre de , Co-Head of European Office, International Swaps and Derivatives Association Inc., 2 octobre 2001, en ligne: www.isda.org.

Ministère de l'environnement du Québec, *Contexte, enjeux et orientation sur la mise en oeuvre de Protocole de Kyoto au Québec*, en ligne : <http://www.menv.gouv.qc.ca/changements/kyoto/Contexte/contexte-enjeux.pdf> .

OCDE, *Kyoto mechanisms, monitoring and compliance: From Kyoto to The Hague*, OECD environment directorate and international energy agency, non classifié, no de doc. COM/ENV/EPOC/IEA/SLT(2001)9, (2001).

OCDE, *Political economy of Tradeable Permits – Competitiveness, Co-operation and Market Power*, OECD Global Forum on Sustainable Development: Emissions Trading, Concerted Action on Tradeable Emissions Permits Country Forum, non classifié, no de doc. CCNM/GF/SD/ENV(2003)3/FINAL, (2003).

Organisation internationale de commissions des valeurs, en ligne : OICV www.iosco.org

Papesch , Angela., Lettre de, Head of Asian-Pacific Office, International Swaps and Derivatives Association Inc., 9 avril 2003, en ligne: www.isda.org.

Pellet, A. « L'UE, les menaces de la mondialisation et le rôle du droit international », 7^{ième} Conférence ECSA-WORLD, Association des études communautaire européennes, le 30 novembre 2004, Conférence intitulée : l'Union européenne et les différents ordres mondiaux émergents – perceptions et stratégies, en ligne : European Community Studies Association www.ecanet.org .

Pickel, Robert., Lettre de, Executive Director and CEO, International Swaps and Derivatives Association Inc., 17 décembre 2004, en ligne : www.isda.org.

**Plan d'Action concernant les Changements Climatiques de 2001, *Conférence des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et des premiers ministres de l'Est du Canada* en ligne : The New England Governors' Conference www.negc.org.

Processus national sur les changements climatiques, Groupe de travail sur l'échange de droits d'émissions intérieur, *Atelier sur les enjeux de la transition* (Rapport final) Montréal, 3 avril 2002, en ligne : www.nccp.ca.

Projet pilote d'échange de réductions des émissions de gaz à effet de serre, *Rapport final*, Août 2002 en ligne : www.gert.org.

Proposition de loi uniforme et moderne au Canada régissant la détention, le transfert et la mise en gage des valeurs mobilières, Document de consultation, Toronto (Ontario), Le Groupe de travail sur la loi uniforme sur le transfert des

valeurs mobilières des autorités canadiennes en valeurs mobilières, 2004 en ligne : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario www.osc.gov.on.ca.

Recommandations pour les systèmes de règlement de titres, Bâle (Suisse), Banque des Règlements Internationaux et Organisation internationale des commissions de valeurs, 2001, en ligne : www.bis.org.

Règles relatives au CDSX à l'intention des adhérents : Telles qu'approuvées par le Conseil d'administration le 24 février 2003, Montréal, La Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée, 2003 en ligne : La Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée www.cds.ca.

République Française, Ministère de la Justice française, *Le passage à l'euro – État de la réglementation*, en ligne : www.justice.gouv.fr

République Française, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'industrie, *La fongibilité asymétrique*, en ligne : MINEFI http://www.minefi.gouv.fr/loif/2_4_1.htm

République Française, Sénat, *Projet de loi de finance pour 2005 : Emploi et travail*, en ligne : www.senat.fr

Ressources naturelles Canada et Environnement Canada, *Système national de déclaration obligatoire des émissions de gaz à effet de serre (GES) au Canada* (Document de travail), 7 octobre 2003, en ligne : www.nrcan-rncan.gc.ca.

Ressources naturelles Canada, *Mise en œuvre d'un prix plafond de \$15 pour l'échange intérieur d'émissions de CO₂* (Étude) par Peter Christoffersen, Montréal, Université McGill, CIRANO, octobre 2003, en ligne : www.nrcan-rncan.gc.ca.

"The Emerging International Greenhouse Gas Market", en ligne: pewclimate.org www.pewclimate.org.

Union européennes, en ligne : www.europa.int

US Department of State, en ligne: US Department of State, State media note 4, November 4th 2003, Washington DC, www.state.gov.

U.S. Environmental Protection Agency, en ligne: www.epa.gov

Werner, Dr Peter M., Lettre du, Policy Director Europe, International Swaps and Derivatives Association Inc., 23 décembre 2004, en ligne : www.isda.org.

Werner, Dr Peter M., Lettre du, Policy Director Europe, International Swaps and Derivatives Association Inc., 11 novembre 2003, en ligne : www.isda.org.

Werner, Dr Peter M., Lettre du, Policy Director Europe, International Swaps and Derivatives Association Inc., 12 septembre 2003, en ligne : www.isda.org.

Werner, Dr Peter M. et Murray, E.H., Lettre du, Policy Director Europe and Chairman of ISDA Collateral Law Reform Group, International Swaps and Derivatives Association Inc., 23 novembre 2004, en ligne : www.isda.org.

Werner, Dr Peter M. et Murray, E.H., Lettre du, Policy Director Europe and Chairman of ISDA Collateral Law Reform Group, International Swaps and Derivatives Association Inc., 3 septembre 2004, en ligne : www.isda.org.

Werner, Dr Peter M. et Murray, E.H., Lettre du, Policy Director Europe and Chairman of ISDA Collateral Law Reform Group, International Swaps and Derivatives Association Inc., 26 juillet 2004, en ligne : www.isda.org.

Werner, Dr Peter M. Murray, E.H. et Day, Julian., Lettre du, ISDA European Office, International Swaps and Derivatives Association Inc., 31 Août 2004, en ligne : www.isda.org.