

RAPHAËL KEMPF, *L'OMC FACE AU CHANGEMENT CLIMATIQUE*, PARIS, PEDONE, 2009

*Marie-Frédérique Fortin Robitaille**

Le consensus à l'égard du réchauffement climatique mondial s'enracine avec de plus en plus de solidité dans la société globale contemporaine. Les voix qui s'opposent à la réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) sont en ce sens davantage controversées. Maintes sphères de la communauté internationale, que ce soit dans le prolongement d'une volonté réelle ou d'un souci de bonne conscience, cherchent donc à mettre de l'avant leur détermination à contrer le phénomène du changement climatique.

C'est précisément au rôle de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dans cette vaste lutte que s'est intéressé Raphaël Kempf, dans son ouvrage intitulé *L'OMC face au changement climatique*¹. Le juriste, qui a rédigé à l'origine ce mémoire en vue d'obtenir une maîtrise de droit international économique à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne, publie à point nommé cet ouvrage en 2009. À l'aube de la conférence de Rio + 20 et alors que les ambiguïtés relatives aux objectifs de Kyoto en interpellent plus d'un, Kempf propose de se pencher sur les impacts environnementaux du commerce international, en usant d'une approche qu'il dit avant tout juridique, mais qui empiète, abondamment dans certaines sections, sur le domaine politico économique. Il balise toutefois son champ d'analyse en le situant exclusivement dans le droit de l'OMC et en écartant le droit international de l'environnement. En ce qui a trait à la méthodologie utilisée, l'auteur affirme qu'il priorisera l'analyse du droit positif produit par l'OMC². C'est-à-dire que Kempf va s'attarder aux « origines intellectuelles » des normes formulées par l'OMC et chercher à déterminer quelle idéologie en a influencé les fondements. Il procèdera de plus, dans le second chapitre de son ouvrage, à des études de cas qui permettront au lecteur de découvrir les implications pratiques du droit international économique dans une perspective de lutte au changement climatique.

Le travail de Raphaël Kempf vise à cerner, d'une part, le discours de l'OMC par rapport à la question environnementale et, d'autre part, à évaluer l'efficacité des mesures prévues par l'OMC pour pallier le réchauffement global. L'auteur trace d'abord un portrait, connu, mais obligé, de la situation climatique mondiale en parallèle avec la genèse des émissions de GES générées par l'activité humaine. À la lumière de ces faits qu'il expose brièvement, Kempf soutient que, malgré les prétentions de l'OMC, cette dernière n'est pas en mesure de contribuer à l'atteinte des objectifs internationaux en matière de lutte contre les changements climatiques. Au contraire, il affirme que les principes généraux du droit qu'elle applique et l'idéologie

* Étudiante en 3^e année au baccalauréat en relations internationales et droit international à l'Université du Québec à Montréal.

¹ Raphaël Kempf, *L'OMC face au changement climatique*, Paris, Pedone, 2009 [Kempf].

² *Ibid* à la p 23.

qui est à ses fondements sont clairement préjudiciables à cette lutte. Kempf invalide catégoriquement le raisonnement proposé par l'OMC. Il affirme plutôt qu'en valorisant sans réserve la production, la croissance économique et les échanges internationaux, l'OMC encourage l'émission de GES et contribue directement à aggraver la condition climatique de la Terre.

Le premier chapitre de l'ouvrage intitulé « Comment l'OMC prétend participer à l'effort international de lutte au changement climatique » est lui-même divisé en deux sections. Dans la première section, Kempf retrace l'évolution du discours de l'OMC quant aux liens unissant commerce et environnement. S'étant limité avant 1971 « à pointer les conflits potentiels entre ces deux politiques »³, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*⁴ en viendra à promouvoir, à l'issue de débats tenus au début des années 1990, l'idée plus conciliatrice du « soutien mutuel » entre libéralisation des échanges et protection de l'environnement. Ce nouveau concept, qui est central dans l'analyse de l'auteur, se distingue clairement de celui de « développement durable ». Alors que ce dernier évoque la nécessité de produire des biens et des services en assurant la pérennité des ressources pour les générations futures, le concept de « soutien mutuel » suggère plutôt l'existence d'une réciprocité bénéfique entre commerce et environnement. C'est-à-dire que l'OMC, en mettant tout en œuvre pour éliminer les obstacles au commerce, permettrait une diffusion optimale des biens et services visant à atténuer les impacts de l'activité humaine sur le climat. La protection de l'environnement serait ainsi favorisée par une plus grande ouverture du commerce entre États. Alors que l'avènement des technologies vertes⁵ permettrait quant à elle d'ouvrir de nouveaux marchés aux acteurs commerciaux internationaux et soutiendrait à son tour la prospérité économique mondiale. C'est ainsi que ces deux préoccupations se renforceraient mutuellement. Du moins, c'est ce raisonnement que défend l'OMC⁶. À la grande déception de l'auteur, cette vision implique que l'environnement ne soit qu'un simple réservoir de ressources dont la répartition doit être intégrée au modèle de marché⁷.

Afin d'expliquer la persistance de l'apologie de la croissance et du marché dans le discours de l'OMC en matière environnementale, l'auteur s'appuie notamment sur la célèbre théorie de Michel Foucault du « discours de vérité »⁸. L'OMC cherche à

³ *Ibid* à la p 29. La première étude produite par le Secrétariat du GATT en matière environnementale, « *Industrial Pollution Control and International Trade* », a été réalisée en 1971.

⁴ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [GATT].

⁵ *Ibid* à la p 16. Kempf revient sur l'avènement du « *green business* » dans le monde des affaires, qui est directement liée à la montée des préoccupations climatiques mondiales. L'engouement autour des technologies vertes a aujourd'hui ouvert un marché auquel les investisseurs s'intéressent de plus en plus.

⁶ *Ibid* à la p 34. « Cette idée est fondée sur ce que les économistes appellent la courbe environnementale de Kuznets : celle-ci a la forme d'un U inversé et montre que la pollution tend à croître en même temps que la croissance de l'économie jusqu'à ce que soit atteint un certain niveau de richesse au-delà duquel l'économie continue à croître tandis que la pollution diminue ».

⁷ *Ibid* à la p 33.

⁸ *Ibid* à la p 28. Voir par ex Michel Foucault, *Il faut défendre la société*. Cours au Collège de France, Paris, 1976.

diffuser le plus largement possible l'idée qu'il y a « absence de contradiction entre commerce et environnement »⁹. Elle veut convaincre la communauté internationale que ces derniers sont plutôt dépendants l'un de l'autre (en l'occurrence la pérennité de l'environnement est dépendante du modèle de marché, et non le contraire). Et cette prémisse est à ce point présente dans les propos de l'OMC qu'elle devient finalement une vérité, un paradigme. D'après Kempf, cet exercice a pour but de légitimer la hiérarchisation des valeurs qu'applique l'institution, notamment dans les jugements qu'elle rend¹⁰.

Dans la seconde section du premier chapitre, Kempf s'intéresse aux implications de l'OMC en tant que forum de négociations commerciales. L'OMC présente la libéralisation des biens et services environnementaux comme une contribution déterminante du Cycle de Doha à la lutte au changement climatique. L'auteur met en relief les désaccords qui existent pourtant parmi les membres de l'OMC quant à l'approche à préconiser pour parvenir à la libéralisation des biens et services environnementaux. L'Inde, l'Argentine et Cuba dénoncent notamment les revers d'une libéralisation trop précipitée ou mal encadrée dans ce secteur, en ce qu'elle détourne l'objectif de protection de l'environnement revendiqué par l'OMC dans le processus. Les pays du Sud s'inquiètent plutôt du fait que les pays développés profitent d'une libéralisation exhaustive dans ce domaine pour accéder à de nouveaux marchés et augmenter leurs exportations, alors que d'autres approches semblent plus à même d'atteindre avec succès des cibles environnementales¹¹. Selon Kempf, le sentiment d'urgence instauré par l'OMC face à libéralisation des biens et services environnementaux n'est donc pas dû à des considérations environnementales, mais plutôt à des intérêts commerciaux. En concluant son premier chapitre, l'auteur soutient que, par la valorisation de ce processus, l'OMC exprime finalement une foi absolue en la technologie, comme s'il s'agissait d'une panacée aux impasses écologiques. Il questionne cette solution en rappelant que la production massive de technologies, quand bien même elles sont vertes, s'inscrit toujours dans un modèle de croissance censé être nuisible à l'environnement.

Dans le second et dernier chapitre de l'ouvrage intitulé « Comment l'OMC

⁹ *Ibid* à la p 39.

¹⁰ Voir *ibid* aux pp 44 et s. L'auteur fait la démonstration de cette prépondérance accordée au commerce vis-à-vis de l'environnement à travers le rapport de l'Organe d'appel de l'OMC relative au différend suivant : *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al) (1998)*, OMC Doc WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Rapport sur l'Affaire des crevettes*]. Dans cette affaire, l'article XX du *GATT*, qui accorde à ses membres le droit à l'exception, est analysé par les membres de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Kempf démontre que l'exercice de *balancement* et d'*équilibre* appliqué par ces derniers entre le droit qu'a un membre de recourir aux exceptions prévues à l'article XX et celui des membres de voir leur droit conventionnel respecté, vient clairement limiter le droit à l'exception (précisément en matière environnementale) et le vide complètement de son sens.

¹¹ Kempf, *supra* note 2 aux pp 54 et s. Les pays industrialisés proposent notamment l'approche par liste de produits, produits dont on peut questionner l'apport environnemental si l'on se fie par exemple au « distributeur automatique de billets de banque » proposé par les Américains. Tandis que l'Argentine propose plutôt une « approche intégratrice », qui ciblerait des produits pouvant être, entre autres, intégrés à des projets de plus grande envergure et qui répondraient aux réels besoins des membres en matière environnementale.

peut être préjudiciable à la lutte contre les changements climatiques », Kempf modifie son approche. C'est-à-dire qu'il s'éloigne du ton passablement rhétorique qu'il emploie dans la première portion de l'ouvrage pour réaliser des études de cas pratiques. Il vise ainsi à pousser plus loin l'hypothèse étudiée dans le premier chapitre en soulevant une question qu'il dit essentielle : « [y] a-t-il une incompatibilité fondamentale entre le droit de l'OMC et les moyens d'une lutte réellement efficace contre le changement climatique? »¹². L'auteur observe donc différentes mesures à caractère environnemental proposées par les États et cherche à savoir comment celles-ci sont traitées au regard du droit de l'OMC.

Kempf s'arrête, dans la première section du chapitre, sur le cas des subventions aux énergies renouvelables. Il dégage d'abord de son analyse de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*¹³, une conclusion relative aux droits fondamentaux du droit international économique. D'après l'auteur, les membres de l'OMC détiennent un « droit conventionnel fondamental » leur garantissant que leurs exportations seront acceptées avec constance par les autres membres de l'OMC¹⁴. D'où l'exigence, rappelée à l'article 3 de l'*Accord SMC*, voulant que les subventions n'aient pas pour but des « résultats à l'exportation [ou] [...] l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés »¹⁵.

À la lumière de ce constat, Kempf analyse conjointement plusieurs concepts. Il se penche sur la question de la distinction entre produits selon leurs procédés et méthodes de production (PMP), sur le concept de similarité, sur l'obligation de ne pas discriminer entre produits similaires et sur le rapport de concurrence. Il en vient finalement à déterminer que l'OMC, dans l'encadrement qu'elle propose des subventions aux énergies renouvelables, laisse une place disproportionnée aux acteurs privés. Les consommateurs sont par exemple les seuls à pouvoir juger de la similarité des produits en ce sens qu'ils ont le pouvoir ultime, au moment de l'achat, de discriminer un produit selon ses PMP plus ou moins verts. Kempf arrive d'ailleurs à cette même conclusion lorsqu'il qu'il traite des normes techniques encadrant l'émission de dioxyde de carbone et de leur potentiel en tant qu'instruments de lutte contre le changement climatique. De l'avis de l'auteur, « [l']OMC favorise, de façon négative, le développement de réglementations privées non pas internationales – terme supposant une présence des nations et des États – mais a-nationales ou a-étatiques »¹⁶. C'est le cas par exemple des normes établies par les organismes internationaux non gouvernementaux (OING) tel que celles mises de l'avant par l'Organisation internationale de normalisation (ISO). Kempf soutient que l'adoption de normes environnementales strictes par un État pourrait être condamnée par les tribunaux de l'OMC en tant qu'obstacles au commerce. Cette situation encourage donc les gouvernements à s'en remettre aux normes techniques produites par des

¹² *Ibid* à la p 73.

¹³ *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord SMC*].

¹⁴ Kempf, *supra* note 2 aux pp 99 et s. L'auteur en vient à cette conclusion encore une fois suite à l'examen du *Rapport sur l'affaire des crevettes*, *supra* note 10.

¹⁵ *Accord SMC*, *supra* note 13, art 3.1) a) et b).

¹⁶ Kempf, *supra* note 2 à la p 95.

OING pour encadrer, par exemple, leurs émissions nationales de GES. Ainsi, les initiatives étatiques sont reléguées au second rang dans la mise en œuvre de la lutte contre le changement climatique et en diminuent par le fait même l'efficacité.

Kempf va donc jusqu'à se demander si l'État membre de l'OMC s'avère être le réel bénéficiaire du droit conventionnel fondamental à l'exportation qu'il avait identifié au départ. Il avance finalement qu'au contraire, ce droit protège plutôt des personnes privées (consommateurs, investisseurs, entreprises). L'OMC tisse effectivement des liens étroits entre le droit au libre commerce et la protection des droits de l'Homme. L'OMC prétend répondre à une logique défendue à l'origine par le professeur Ernst-Ulrich Petersmann. Ce dernier suggère que l'OMC est destinée à défendre ultimement non pas les droits des États, mais bien ceux des individus¹⁷. Car en stimulant le commerce international et en favorisant ainsi la prospérité, l'OMC permettrait de réunir les conditions essentielles au respect des droits de l'homme. En rappelant les réflexions de Petersmann, Kempf dévoile le prétexte sous lequel l'OMC fait prévaloir le droit à l'accès aux marchés sur le droit à l'exception en matière environnementale.

Kempf achève son ouvrage en abordant, dans la dernière section du deuxième chapitre, la question de « la compétitivité des politiques climatiques face au droit de l'OMC ». L'auteur constate l'inquiétude des États face à l'altération du rapport de concurrence que pourraient subir les entreprises étrangères et nationales implantées sur leur territoire lorsqu'elles sont soumises à des politiques nationales plus vertes. Kempf note que c'est principalement le « refus de certains grands pollueurs, comme les États-Unis ou l'Australie, de ratifier le protocole de Kyoto qui ont fait craindre à ceux l'ayant ratifié [...] que leurs entreprises souffir[ent] d'un désavantage dans la compétition économique internationale lié[e] au coût des mesures de diminution des émissions de dioxyde de carbone »¹⁸.

La solution mise de l'avant pour pallier ces appréhensions a été celle d'un ajustement fiscal à la frontière permettant de faire payer aux biens importés le prix des GES générés au moment de la production. Kempf entreprend donc l'étude de la compatibilité entre le droit de l'OMC et cette dernière mesure, que l'on appelle communément « taxe au carbone ». Dispositions du *GATT* à l'appui, l'auteur en examine donc les caractéristiques. Il cherche à savoir si cette mesure fiscale est ajustable, si elle est conforme au principe de non discrimination et si une telle mesure pourrait finalement être justifiée par les exceptions prévues à l'article XX du *GATT* aux alinéas b) et g). Le test n'est cependant pas concluant, puisque qu'un « trop grand nombre d'incertitudes demeurent »¹⁹, d'après Kempf, quant aux distinctions et aux interprétations que les membres de l'Organe de règlement des différends de l'OMC pourraient faire. Ce dernier arrive toutefois à une conclusion en ce qui a trait au

¹⁷ Voir notamment Ernst-Ulrich Petersmann, « Justice in International Economic Law? From the "International Law among States" to "International Integration Law" and "Constitutional Law" », EUI Working Paper, en ligne : European University Institute <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6447>> à la p 21 : « *markets inevitably follow from the protection of human rights* ».

¹⁸ Voir Kempf, *supra* note 2 à la p 114.

¹⁹ *Ibid* à la p 131.

principe de compétitivité. Constatant que ce principe fait loi dans l'arène commerciale internationale, il identifie les conséquences néfastes qui lui sont inhérentes, en rappelant par exemple les justifications du Sénat américain²⁰ quant à son refus de ratifier le *Protocole de Kyoto*²¹. Cette position des États-Unis témoigne, pour l'auteur, de l'incompatibilité tacite entre compétitivité commerciale et préservation de l'environnement.

Raphaël Kempf arrive, grâce à une analyse des dispositions juridiques de l'OMC et des fondements idéologiques qui les sous-tendent, à défendre sa thèse de manière convaincante. Dans cet ouvrage clairement divisé en deux grands chapitres, les multiples titres et sous-titres permettent de bien identifier les différentes étapes du raisonnement de l'auteur. Le lecteur pourra regretter l'absence de quelques graphiques ou images qui auraient certainement permis d'appuyer les développements à caractère économique. Somme toute, l'ouvrage est rédigé avec cohérence et concision.

Bien que certaines connaissances préalables du droit de l'OMC soient nécessaires à la compréhension des arguments secondaires de l'auteur, l'ouvrage, dans son ensemble, est accessible à un vaste public. Pour adhérer à l'argumentaire de Kempf, le lecteur doit cependant être conquis d'avance par certaines conceptions économiques, politiques et voire même idéologiques. De grandes parties de l'ouvrage sont d'ailleurs consacrées à l'appréciation des politiques économiques et environnementales des États. Kempf, chez qui l'on devine une tendance anticapitaliste et un parti-pris envers l'interventionnisme, laisse transparaître dans son ouvrage un militantisme qui, ceci dit, n'affecte en rien la crédibilité de son analyse. Toutefois, certaines prises de position minent la fluidité de la réflexion de l'auteur, en ce sens qu'elles n'apportent pas nécessairement plus de poids à ses arguments principaux.

Ce livre interpellera donc l'universitaire, l'environnementaliste, le citoyen et il intéressera les juristes, non pas nécessairement pour l'étoffe du raisonnement juridique de Kempf, mais bien pour la réflexion presque philosophique que ce dernier déploie quant aux fondements du droit de l'OMC. Le constat que Kempf partage portera ses lecteurs à réfléchir sur la bonne foi de certaines instances et surtout à remettre en question le discours environnemental, omniprésent au XXI^e siècle, émanant des institutions publiques, privées ou internationales.

²⁰ *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2302 RTNU 148 (entré en vigueur : 16 février 2005), en ligne : UNFCCC <<http://unfccc.int>>.

²¹ É-U, S. Res 98, Expressing the sense of the Senate regarding the conditions for the United States becoming a signatory to any international agreement on greenhouse gas emissions under the United Nations Framework Convention on Climate Change, 105^e Cong, 1997 : « [T]he Senate strongly believes that the proposals under negotiation [...] could result in serious harm to the United States economy, including significant job loss, trade disadvantages, increased energy and consumer costs, or any combination thereof ».