



Assemblée générale

Distr. générale
15 mai 2022
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-cinquième session
New York, 27 juin-15 juillet 2022

Programme de travail

Travaux futurs possibles sur l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation et la résilience face à ces changements

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Aperçu de l'Étude sur les aspects des changements climatiques qui touchent au droit privé . .	2
A. Questions de droit privé relatives aux investissements propres	3
1. Questions de droit privé relatives aux échanges de droits d'émission de carbone . .	3
2. Questions de droit privé relatives à l'utilisation commerciale du dioxyde de carbone capté	10



I. Introduction

1. À sa cinquante-quatrième session, en 2021, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a entendu une proposition visant à examiner a) comment les textes existants de la CNUDCI pourraient être alignés sur les objectifs d'atténuation des changements climatiques, ainsi que d'adaptation et de renforcement de la résilience face à ces changements, et b) si la CNUDCI pourrait faire davantage pour faciliter la réalisation de ces objectifs par l'application de ces textes ou par l'élaboration de nouveaux textes. Il a été ajouté que les partenariats public-privé pourraient être un domaine d'intérêt en ce qui concerne le bilan des textes existants, et que l'insécurité juridique concernant le statut juridique des crédits d'émission de carbone échangés sur les marchés volontaires du carbone pourrait faire l'objet de travaux législatifs futurs¹.
2. Un large soutien a été exprimé en faveur d'un examen approfondi de la proposition par la Commission, à partir d'informations plus précises quant aux travaux concernés. Il a été ajouté que les États membres devraient peut-être mener d'autres consultations internes au sein de différents organismes publics avant d'être en mesure de prendre une décision sur les travaux futurs, et que ces travaux devraient être entrepris dans les cadres du droit international public existants, tels que l'Accord de Paris sur le climat de 2015².
3. À l'issue du débat, la Commission a prié le secrétariat de consulter les États intéressés en vue d'élaborer une proposition plus détaillée sur le sujet, qui lui serait présentée pour examen à sa session suivante, en 2022³.
4. Les consultations menées par le secrétariat en réponse à cette demande ont révélé que plusieurs États membres étaient vivement intéressés par un examen plus approfondi de la manière dont les textes existants de la CNUDCI pourraient être appliqués en vue de contribuer à la réalisation des objectifs d'atténuation des changements climatiques ainsi que d'adaptation et de résilience face à ces changements, et de la question de savoir si la CNUDCI pourrait contribuer davantage à faciliter la réalisation de ces objectifs par l'application de ces textes ou par l'élaboration de nouveaux textes.
5. Compte tenu de ces retours positifs, le secrétariat a commandé une étude sur les aspects des changements climatiques qui touchent au droit privé (« l'Étude ») à un expert externe, Géraud de Lassus St-Geniès, professeur de l'Université Laval à Québec (Canada). La présente note résume les conclusions et les recommandations de l'Étude en vue d'aider la Commission à examiner s'il est souhaitable et possible d'entreprendre des travaux dans ce domaine.

II. Aperçu de l'Étude sur les aspects des changements climatiques qui touchent au droit privé

6. L'Étude examine comment la CNUDCI pourrait contribuer à l'atténuation des changements climatiques ainsi qu'à l'adaptation et au renforcement de la résilience face à ces changements en évaluant : a) les questions de droit privé relatives aux investissements propres ; b) le droit privé et la prise en compte des considérations climatiques dans les décisions des entreprises ; et c) les instruments de la CNUDCI et l'action climatique. Elle conclut en exposant dans quelle mesure la CNUDCI pourrait apporter une contribution dans ce domaine.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17)*, par. 244.

² *Ibid.*, par. 245.

³ *Ibid.*, par. 246.

A. Questions de droit privé relatives aux investissements propres

7. Pour éviter les effets négatifs les plus catastrophiques des changements climatiques, l'économie mondiale doit réduire considérablement ses émissions de gaz à effet de serre (GES) et atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050⁴. Cela nécessite des investissements considérables, notamment dans les domaines des technologies propres, des infrastructures et des énergies renouvelables.

8. Le rôle essentiel des « investissements sans incidence sur le climat » dans la lutte contre les changements climatiques est largement reconnu. Ainsi, par exemple, le troisième objectif de l'Accord de Paris est de rendre « les flux financiers compatibles avec un profil d'évolution vers un développement à faible émission de gaz à effet de serre et résilient face aux changements climatiques »⁵.

9. Une analyse des études doctrinales révèle que le droit privé pourrait contribuer à créer un environnement plus favorable aux investissements sans incidence sur le climat dans plusieurs domaines, principalement en ce qui concerne les échanges de droits d'émission de carbone, mais aussi d'autres domaines comme le captage, l'utilisation et le stockage du dioxyde de carbone. Les sous-sections ci-après présentent les grandes questions de droit privé qui se posent actuellement dans ces deux domaines, l'accent étant mis sur les échanges de droits d'émission.

1. Questions de droit privé relatives aux échanges de droits d'émission de carbone

10. Le système d'échange de droits d'émission de carbone est le mécanisme qui permet l'achat et la vente de ce que l'on appelle les « crédits d'émission de carbone », c'est-à-dire des permis négociables qui autorisent leur détenteur à émettre une tonne d'équivalent CO₂. Les crédits d'émission de carbone sont échangés au moyen d'accords contractuels, soit de gré à gré, soit sur des marchés à terme.

11. Il existe deux types de crédits d'émission de carbone différents : les quotas d'émission et les crédits compensatoires. Les quotas d'émission sont créés par les gouvernements grâce à leur pouvoir réglementaire. Ils sont généralement alloués gratuitement par les autorités publiques aux entités qui émettent des GES, ou vendus, souvent aux enchères. Un crédit compensatoire est créé lorsqu'un promoteur réalise un projet qui évite les émissions de GES qui se seraient normalement produites, ou qui absorbe des GES déjà présents dans l'atmosphère⁶. Ainsi, alors que la création d'un crédit compensatoire nécessite toujours un investissement initial, les quotas d'émission peuvent être obtenus gratuitement.

12. Les crédits d'émission de carbone peuvent être échangés sur deux types de marchés du carbone : les marchés réglementés et les marchés volontaires. Les marchés réglementés, mis en place par les gouvernements, sont régis par des lois et règlements nationaux ou des accords internationaux. Ils prennent généralement la forme d'un système de plafonnement et d'échange, également appelé système d'échange de quotas d'émission (SEQE)⁷. Dans un système d'échange de quotas

⁴ Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), *Global warming of 1.5 °C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5 °C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, 2018 (ci-après « GIEC, *Global warming of 1.5°C* »), p. 12.

⁵ Accord de Paris, art. 2-1 c) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3156). Ce traité fait également référence, indirectement, à la nécessité de stimuler l'investissement privé dans son article 6-4 b), qui établit un mécanisme basé sur le marché pour « promouvoir et faciliter la participation à l'atténuation des gaz à effet de serre d'entités publiques et privées autorisées par une Partie ».

⁶ Les crédits compensatoires sont parfois appelés « certificats carbone ». Toutefois, l'expression peut également être utilisée dans un contexte différent, certaines institutions délivrant des « certificats carbone » pour attester que les entreprises ont atteint la neutralité carbone.

⁷ Les marchés réglementés du carbone peuvent également prendre la forme de programmes purement compensatoires, tels que le mécanisme pour un développement propre, créé par

d'émission, un gouvernement définit un budget carbone (le « plafond ») qui peut être émis sur son territoire pendant une période donnée. En fonction de ce plafond, les émetteurs de GES de ce pays reçoivent des autorités publiques – et ont la possibilité d'acheter auprès d'elles – une certaine quantité de quotas d'émission. À la fin de la période, ces entités sont légalement tenues de restituer un quota pour chaque tonne d'équivalent CO₂ qu'elles ont émise au cours de la période. Comme les quotas d'émission peuvent être échangés entre participants, les entités qui réduisent leurs émissions peuvent vendre leurs quotas à des entités qui risquent de ne pas disposer de suffisamment de quotas reçus ou achetés pour couvrir leurs émissions. Dans de nombreux systèmes, les entités peuvent également réaliser des projets pour obtenir des crédits compensatoires susceptibles d'être utilisés à des fins de conformité. Le principe clef d'un système d'échange de quotas d'émission est que le « plafond » est abaissé au fil du temps de manière à réduire la quantité de quotas alloués. Les systèmes d'échange de quotas d'émission sont donc des outils conçus pour réduire les émissions de GES. On trouve des exemples de tels systèmes dans près de 70 États⁸, notamment en Chine, dans l'Union européenne, en Nouvelle-Zélande, en République de Corée et au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ainsi que dans différentes entités infranationales au Canada et aux États-Unis d'Amérique⁹.

13. Contrairement aux marchés réglementés du carbone, le marché volontaire du carbone n'est pas régi par des lois et des règlements. Il n'y a pas de « plafond » ni de contrôle centralisé par une autorité publique. Sur le marché volontaire des droits d'émission de carbone, les crédits d'émission échangés sont exclusivement des crédits compensatoires générés par des projets que certifient des entités privées appelées « labels de compensation carbone » (« Verified Carbon Standard », « Gold Standard », « Climate Action Reserve » et « American Carbon Registry », par exemple). Les labels de compensation carbone visent à garantir que les projets ont permis de réduire les émissions de GES et à « créer » la quantité correspondante de crédits compensatoires. Ces crédits sont inscrits dans des registres gérés par les labels ou par d'autres entités avec lesquelles un partenariat a été conclu. Une fois créés, les crédits compensatoires peuvent être échangés et, à tout moment, leurs détenteurs peuvent décider de les « retirer » (c'est-à-dire de les retirer du marché) pour affirmer qu'ils ont compensé leurs émissions de GES. L'achat de crédits compensatoires fait partie de la stratégie de responsabilité sociale d'un nombre croissant d'entreprises qui se sont fixé un objectif de neutralité carbone¹⁰. Par conséquent, les analystes comptent que la demande de crédits compensatoires sur le marché volontaire du carbone augmentera dans les années à venir¹¹.

14. Les paragraphes qui suivent abordent trois questions de droit privé liées à différents aspects des échanges de droits d'émission de carbone, à savoir : le manque de certitude dans le traitement juridique des crédits d'émission de carbone en droit interne ; les divergences entre les États s'agissant du traitement juridique des crédits d'émission de carbone ; et l'exposition des acteurs du marché aux risques réglementaires.

l'article 12 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (« Protocole de Kyoto ») (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2303, p. 162), ou le mécanisme de développement durable établi par l'Accord de Paris (art. 6-4). Des programmes de compensation ont également été mis en œuvre au niveau national. Dans ce cas, les crédits compensatoires peuvent être échangés et utilisés à des fins de conformité par les entités dont les émissions ont dépassé les seuils prescrits par la réglementation.

⁸ Banque mondiale, *State and trends of carbon pricing 2021*, 2021, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35620>.

⁹ Québec, Californie, Connecticut, Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York, Rhode Island, Vermont et Virginie.

¹⁰ En avril 2021, 482 entreprises représentant un chiffre d'affaires annuel estimé à 16 000 milliards de dollars avaient adopté un objectif de neutralité. Nicolas Kreibich, Lukas Hermville, « Caught in between: credibility and feasibility of the voluntary carbon market post-2020 », *Climate Policy*, vol. 21, n° 7, 2021, p. 950.

¹¹ Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets, *Final Report*, 2021, préface, www.iif.com/Portals/1/Files/TSVCM_Report.pdf.

a) Manque de certitude dans le traitement juridique des crédits d'émission de carbone

15. La définition de la nature juridique exacte des crédits d'émission de carbone est souvent considérée comme une « question essentielle »¹² pour atteindre un niveau de sécurité juridique suffisant afin que les entités privées soient incitées à investir dans des crédits compensatoires ou soient en mesure de vendre leurs quotas d'émission. Par exemple, dans un État doté d'un système d'échange de droits d'émission, les acteurs du marché devraient être en mesure de savoir si les quotas d'émission représentent une autorisation administrative révocable d'émettre des GES, un bien soumis à des droits réels ou une autorisation administrative conférant certains droits réels. Sur le marché volontaire du carbone, où les crédits d'émission ne sont pas délivrés par des autorités publiques, un promoteur de projet dont les crédits compensatoires sont consignés dans un registre situé dans un État donné devrait être en mesure de savoir si ses crédits compensatoires constituent des biens incorporels ou s'ils ont un autre statut juridique.

16. La qualification juridique des crédits d'émission de carbone permet de déterminer : les droits qu'un détenteur peut faire valoir sur ces crédits et la possibilité d'introduire une action contre le gouvernement pour atteinte à ses droits réels si ses crédits sont annulés par les autorités publiques ; si les crédits d'émission de carbone peuvent être grevés de sûretés ; les modalités de traitement de ces crédits en cas d'insolvabilité et de faillite, et en cas de succession¹³ ; ou les règles fiscales et comptables applicables.

17. Dans la plupart des États couverts par un système d'échange de quotas d'émission, les dispositions légales qui établissent ce système définissent les quotas d'émission d'une manière qui ne précise pas leur caractère juridique¹⁴. En effet, les crédits d'émission sont souvent définis en fonction de leurs caractéristiques objectives, par opposition à la relation juridique qu'ils sont capables de sous-tendre¹⁵. Il en résulte que ces systèmes laissent dans le flou la relation entre le gouvernement et le titulaire d'un quota d'émission, ainsi que les droits des tiers par rapport à un tel quota¹⁶. Des précisions sur le traitement juridique des crédits d'émission de carbone sont parfois fournies dans des lois et documents juridiques autres que ceux qui établissent le système d'échange de quotas d'émission, par exemple dans des lois ou des documents d'orientation relatifs aux marchés des valeurs mobilières¹⁷. Si des dispositions de ce type peuvent contribuer à clarifier les règles applicables aux crédits d'émission de carbone et offrir des indications précieuses sur la manière dont ils seraient probablement qualifiés par les tribunaux, elles ne fournissent pas de réponses claires et complètes quant à leur nature juridique et la manière dont ils doivent être traités en droit interne. Il en va de même pour l'analyse juridique prospective fondée

¹² Kevin F.K. Low, Jolene Lin, « Carbon credits as EU like it: property, immunity, tragiCO2medy? », *Journal of Environmental Law*, vol. 27, n° 3, 2015, p. 378.

¹³ Dans certains systèmes d'échange de quotas d'émission, les acteurs du marché peuvent être des personnes physiques.

¹⁴ Voir, par exemple, la *Loi sur la qualité de l'environnement* (Québec), art. 46-6 ; la *Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂* (Suisse), art. 2 c) ; ou la *Loi sur l'attribution et l'échange de permis d'émission de gaz à effet de serre* (République de Corée), art. 2-3.

¹⁵ Hope Johnson, Pamela O'Connor, Bill Duncan *et al.*, « Towards an international emissions trading scheme: legal specification of tradeable emissions entitlements », *Environment and Planning Law Journal*, vol. 34, n° 1, 2017, p. 13.

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷ La loi intitulée *Climate Change Response Act 2002* (loi sur la lutte contre les changements climatiques) de la Nouvelle-Zélande ne précise pas la nature juridique des crédits d'émission, alors que l'article 18(1A) de la loi intitulée *Personal Property Securities Act 1999* (loi sur les sûretés mobilières) indique expressément que les crédits d'émission peuvent faire l'objet d'une sûreté. De même, au Québec, l'autorité responsable de la réglementation financière a émis une instruction générale dans laquelle les crédits d'émission sont qualifiés de marchandises intangibles exclues du champ d'application de certains aspects du cadre juridique relatif aux instruments dérivés [*Instruction générale relative au Règlement 91-506 sur la détermination des dérivés* (Québec), chap. 2, art. 2 d)].

sur l'interprétation des lois existantes¹⁸ ou sur l'interprétation des décisions judiciaires dans lesquelles les tribunaux ont été amenés à déterminer, notamment, si un droit (par exemple, des quotas laitiers¹⁹, des permis de pêche²⁰, une licence de gestion des déchets²¹) pouvait être considéré comme un bien incorporel ou à clarifier le sens de dispositions législatives relatives à la faillite et à l'insolvabilité²².

18. Dans certains États, le statut juridique des crédits d'émission de carbone a été clarifié par les tribunaux. Dans l'Union européenne, par exemple, la directive établissant le SEQUE n'a pas défini la nature juridique des quotas d'émission²³, qui a été laissée à la discrétion des États membres. Si certains États ont défini le statut juridique des quotas dans leur législation (comme la France)²⁴, d'autres ne l'ont pas fait, et la question a finalement été examinée par les tribunaux. Dans l'affaire *Armstrong DLW GmbH c. Winnington Network Ltd.*, la Haute Cour de justice de l'Angleterre et du Pays de Galles a jugé qu'un quota de l'UE était un bien « incorporel »²⁵. De même, dans une affaire portée devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), un avocat général a estimé que, bien qu'il n'existe pas de définition légale de la nature juridique des quotas en Belgique, « ils sont considérés comme des biens meubles incorporels »²⁶.

19. Laisser aux tribunaux le soin de déterminer le statut juridique des crédits d'émission de carbone n'est peut-être pas la meilleure approche à long terme. Les décisions de justice pouvant évoluer dans le temps, une disposition expresse dans un texte législatif est susceptible d'apporter une plus grande stabilité juridique et une plus grande confiance aux acteurs privés. En outre, la jurisprudence existante qui clarifie le statut juridique des crédits d'émission de carbone ne dissipe pas nécessairement toutes les incertitudes entourant le traitement juridique de ces crédits. Par exemple, malgré la décision dans l'affaire *Armstrong DLW GmbH c. Winnington Network Ltd.*, des doutes subsistaient dans certains États membres de l'Union européenne quant à la question de savoir si la loi offrait une protection suffisante aux sûretés constituées sur des quotas d'émission et si elle permettait adéquatement de les réaliser²⁷ et il a été noté que des problèmes pratiques pouvaient empêcher l'utilisation des quotas du SEQUE de l'Union européenne comme sûretés réelles²⁸. Même si le statut juridique des crédits d'émission de carbone était précisé par une disposition législative, des incertitudes et des problèmes juridiques pratiques pourraient encore survenir en ce qui concerne leur traitement juridique²⁹. Si les crédits d'émission

¹⁸ Par exemple, en Suisse, on considère que, comme les droits d'émission sont librement négociables, on peut – du moins *théoriquement* – supposer qu'ils peuvent être nantis en vertu de la législation suisse (italiques ajoutées). Evelyn Frei, Michael Lips, « Climate regulation in Switzerland », *Lexology*, 20 novembre 2019, www.lexology.com/library/detail.aspx?g=40dd7964-bd96-4b17-9660-7fd3c2f5c601.

¹⁹ *Swift and Another c. Dairywise Farms Ltd. and Others* [2003] 1 WLR 1606 (Royaume-Uni).

²⁰ *R. Baker Fisheries Ltd. c. Widrig*, 1998 NSCA 20 (Canada).

²¹ *In re Celtic Extraction Ltd.* [2001] ch 475 (Royaume-Uni).

²² *Saulnier c. Banque royale du Canada* [2008] 3 CSC 166 (Canada).

²³ 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.

²⁴ L'article L. 229-15 du *Code de l'environnement* dispose que les « quotas d'émission de gaz à effet de serre délivrés aux exploitants des installations autorisées à émettre ces gaz sont des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre national mentionné à l'article L. 229-16. Ils sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs. Ils peuvent être cédés dès leur délivrance sous réserve des dispositions du [II] de l'article L. 229-12 et de l'article L. 229-18 ».

²⁵ *Armstrong DLW GmbH c. Winnington Networks Ltd.* [2012] EWHC 10 (Royaume-Uni), par. 52.

²⁶ Conclusions de l'avocat général M. Melchior Wathelet présentées le 7 septembre 2016, CJUE, affaire C-453/15, point 49 (UE).

²⁷ Marta Ballesteros, Matthieu Wemaëre, Leonie Reins *et al.*, *Legal nature of EU ETS allowances. Final report*, rapport établi pour la Commission européenne, 2018, p. 65, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9d985256-a6a9-11e9-9d01-01aa75ed71a1>.

²⁸ *Ibid.*, p. 70.

²⁹ *Ibid.*, p. 186.

étaient qualifiés de droits réels dans la législation, il faudrait toutefois que les acteurs privés sachent si ces crédits doivent être traités comme des produits financiers et quelles règles régissent leur échange. De même, si la loi reconnaît que les crédits d'émission peuvent être grevés de sûretés réelles, des difficultés pratiques pourraient apparaître si un prêteur qui n'est pas un participant enregistré sur un marché du carbone réglementé et qui, de ce fait, ne détient pas de compte électronique, cherche à réaliser sa sûreté sur les quotas d'émission.

20. Une autre justification en faveur d'une qualification spécifique du statut juridique des crédits d'émission est leur double nature : d'une part, en tant que bien incorporel négociable; et, d'autre part, en tant qu'autorisation administrative délivrée dans le cadre d'un régime réglementaire pour atteindre un objectif de politique publique. Afin de garantir que le mécanisme d'échange de droits d'émission produise des avantages concrets pour le climat, les législateurs se réservent le pouvoir d'intervenir sur ce marché, si nécessaire, en annulant les crédits d'émission en circulation (parfois même de manière rétroactive) afin de préserver l'intégrité environnementale du mécanisme.

21. Les incertitudes entourant la nature juridique des crédits d'émission de carbone et leur traitement juridique éventuel en droit interne se retrouvent également sur le marché volontaire du carbone. D'une part, les crédits compensatoires volontaires pourraient être qualifiés de biens incorporels. Dans certains systèmes juridiques (Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande et Australie, par exemple), pour qu'une chose soit considérée comme un bien, il est généralement nécessaire d'établir qu'elle est définissable, identifiable par des tiers, capable, de par sa nature, d'être transférée à des tiers et qu'elle a un certain degré de permanence ou de stabilité³⁰. Dans d'autres systèmes juridiques (par exemple, Canada, États-Unis et France), les critères traditionnellement utilisés pour définir un bien tendent à tourner autour de la question de savoir si une chose a une valeur économique, si elle est transférable et si une personne peut l'utiliser sans interférence de la part de parties tierces³¹. En ce qui concerne les crédits compensatoires volontaires, il semble que ces critères soient remplis. Les crédits compensatoires volontaires sont identifiables (ils sont inscrits dans un registre électronique), ils ont une valeur économique et ils sont transférables. En outre, un crédit compensatoire ne peut être utilisé que par son détenteur, et à son seul profit.

22. D'autre part, les crédits compensatoires volontaires peuvent également être considérés comme un ensemble de droits contractuels de droit privé. Cette qualification possible tient au fait que l'existence du marché volontaire du carbone repose exclusivement sur un ensemble de contrats de droit privé. Par exemple, pour qu'une entreprise obtienne des crédits compensatoires volontaires dans le cadre d'un projet d'atténuation, plusieurs contrats doivent être conclus : un avec un label de compensation carbone pour lancer le processus de certification du projet ; un avec un vérificateur tiers qui certifiera que le projet répond aux règles et aux exigences du label de compensation carbone ; et un autre avec un tiers qui évaluera la quantité d'émissions de GES que le projet a évitée ou piégée et confirmera le nombre de crédits correspondants qui peuvent être émis. Ce n'est que par l'existence de ces arrangements contractuels que les crédits compensatoires volontaires prennent vie. Par conséquent, il est possible de qualifier les crédits compensatoires comme un droit contractuel dont dispose une entité pour bénéficier de ces crédits en vertu des

³⁰ *National Provincial Bank c. Ainsworth* [1965] AC 1175, p. 1247 et 1248 (Royaume-Uni).

³¹ Yaëll Emerich, « Les biens et l'immatérialité en droit civil et en common law », *Les Cahiers de droit*, vol. 59, n° 2, 2018, p. 401 ; *Caratun c. Caratun*, 1992 CanLII 7715 ONCA (Canada), *International News Service c. Associated Press* (1918) 248 US 215 (États-Unis). Voir également : Thomas W. Merrill, « Property and the right to exclude », *Nebraska Law Review*, vol. 7, n° 4, 1998, p. 730 à 755.

différents contrats qu'elle a conclus avec le label, les vérificateurs et/ou l'institution qui gère le registre³².

23. La question de savoir si les crédits compensatoires volontaires seront traités comme des biens incorporels ou comme un ensemble de droits contractuels peut déterminer, comme dans le cas des marchés réglementés du carbone, le traitement juridique qui sera réservé à ces crédits. La réponse peut donc avoir une incidence sur la manière dont les droits de propriété sur ces crédits peuvent être transférés, si ces crédits peuvent être affectés en garantie et comment ils seraient traités à la suite d'une insolvabilité (y compris en ce qui concerne la compensation monétaire de groupe)³³. Pourtant, à l'heure actuelle, il apparaît que dans de nombreux États, le statut juridique de ces crédits n'a pas été précisé par des moyens législatifs ou judiciaires, et certains experts juridiques sont d'avis qu'une plus grande certitude sur le statut juridique des crédits compensatoires volontaires est souhaitable car elle contribuerait à un marché plus robuste³⁴.

b) Divergences dans le traitement juridique des crédits d'émission de carbone

24. Dans les États qui disposent d'un système d'échange de quotas d'émission, des divergences importantes sont parfois observées dans la manière dont les crédits d'émission de carbone sont traités en droit interne. C'est le cas, par exemple, au Québec et en Californie, où le statut juridique conféré à ces crédits diffère malgré le fait que les systèmes de ces deux entités infranationales soient liés depuis 2014. Alors qu'au Québec, le statut juridique des quotas d'émission n'est pas défini dans la loi et que la question de savoir si ces quotas sont susceptibles de sous-tendre des droits réels reste ouverte, en Californie, une disposition légale clarifie expressément le statut juridique de ces quotas en tant qu'« instruments de conformité » qui ne constituent ni un bien ni un droit réel³⁵, donnant ainsi une plus grande marge de manœuvre réglementaire à l'autorité publique pour intervenir sur ce marché. Cependant, comme les quotas d'émission délivrés par le Québec et la Californie sont fongibles, cette différence de statut juridique est généralement source d'insécurité juridique pour les acteurs privés, en particulier dans le cadre des échanges internationaux.

25. Des conclusions similaires ont été tirées par les analystes du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne, où il existe également des divergences sur le statut juridique desdits quotas. Dans certains États membres (par exemple, en France et en Belgique), les quotas d'émission sont traités comme des biens incorporels, tandis que dans d'autres (par exemple, en Allemagne et en Pologne), leur statut juridique comporte à la fois des droits réels et des droits administratifs³⁶. Il a donc été estimé que ces divergences pourraient entraver de manière significative le développement du marché³⁷ et que des éclaircissements sur une définition juridique commune permettraient d'éliminer au moins la menace potentielle pour la liquidité du marché³⁸.

26. Les différences de traitement juridique des crédits d'émission de carbone d'un État à l'autre créent une incertitude juridique non seulement pour les États qui participent à un marché régional du carbone ou qui ont relié entre eux leurs systèmes d'échange de quotas d'émission respectifs, mais aussi pour les marchés du carbone totalement autonomes, car la complexité et l'imprévisibilité de l'environnement réglementaire constituent une contrainte pour les entités privées qui opèrent à

³² International Swaps and Derivatives Association (ISDA), *Legal implications of Voluntary Carbon Markets*, 2021, p. 10, www.isda.org/2021/12/01/legal-implications-of-voluntary-carbon-credits.

³³ *Ibid.*, p. 16.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *California Cap on Greenhouse Gas Emissions and Market-Based Compliance Mechanisms*, 17 CCR § 95820 (c).

³⁶ Ballesteros *et al.*, *op. cit.*, p. 51.

³⁷ Ruth Fox, Habib Motani, Ed Murray *et al.*, *Emission allowances: creating legal certainty*, Financial Markets Law Committee, numéro 116, 2009, p. 5, <http://fmlc.org/wp-content/uploads/2018/02/Issue-116-Emission-allowances-1.10.2009.pdf>.

³⁸ Ballesteros *et al.*, *op. cit.*, p. 109.

l'échelle mondiale. Cela pourrait également entraver l'interconnexion des systèmes d'échange de quotas d'émission, qui constitue un moyen rentable permettant aux acteurs privés de tirer parti de mesures d'atténuation moins coûteuses, ainsi que la mise au point des démarches concertées visées au paragraphe 2 de l'article 6 de l'Accord de Paris, qui passent par l'utilisation de résultats d'atténuation transférés au niveau international. Comme le souligne un auteur, pour qu'un marché mondial du carbone voie le jour, il est important que les gouvernements recherchent un consensus quant aux caractéristiques juridiques de l'unité d'échange de base sur ce marché³⁹.

27. Quant aux crédits compensatoires volontaires, leur nature juridique reste pour l'instant indéterminée dans de nombreux États. Cette situation crée un risque car ces crédits pourraient finalement avoir des qualifications juridiques différentes selon les États, ce qui ne serait absolument pas souhaitable compte tenu de la dimension transnationale du marché volontaire du carbone. L'exemple suivant illustre les problèmes juridiques complexes qui pourraient en résulter : un projet qui a conduit à la création de crédits compensatoires est situé dans un pays différent de l'établissement de la société d'investissement qui a obtenu ces crédits ; le label de compensation carbone qui a certifié et délivré les crédits compensatoires opère dans un pays tiers ; et l'entité qui gère le registre des crédits compensatoires est située dans un autre pays encore. Si la société d'investissement entame une procédure d'insolvabilité, et si la question se pose de savoir si les crédits compensatoires que détient cette société constituent un actif susceptible d'être liquidé, le statut juridique de ces crédits pourrait être déterminé par référence à au moins quatre lois différentes et des difficultés pourraient apparaître pour déterminer quelle est la loi applicable⁴⁰. Les différences de qualification juridique des crédits compensatoires entre les États pourraient alors entraîner une insécurité juridique et des litiges potentiels, ce qui aurait probablement un effet « dissuasif » sur le développement du marché volontaire du carbone. Pour éviter cette situation, certains experts juridiques ont demandé aux organismes mondiaux de normalisation juridique tels que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) d'établir des orientations législatives sur les questions juridiques de fond - et surtout sur la nature juridique des [crédits carbone volontaires] - pour les États de toutes les régions⁴¹.

28. Que ce soit sur les marchés réglementés ou volontaires du carbone, la manière dont les crédits d'émission de carbone sont traités dans la législation nationale peut influencer leur valeur commerciale. Par exemple, dans certains pays, ces crédits peuvent servir à la constitution de sûretés réelles, alors que dans d'autres⁴², ils ne peuvent être utilisés à cette fin. On a toutefois estimé que la valeur commerciale des quotas d'émission tend à augmenter lorsque la loi prévoit expressément que les quotas d'émission peuvent étayer l'existence de sûretés réelles et prévoit un mécanisme d'enregistrement de ces dernières⁴³.

c) Exposition des acteurs du marché aux risques réglementaires

29. Dans les marchés réglementés du carbone, les autorités publiques ont le pouvoir de modifier les règles qui régissent ces marchés à leur convenance. Un gouvernement peut décider de réduire la quantité de quotas alloués gratuitement, de diminuer le nombre de quotas d'émission pouvant être achetés aux enchères, ou de modifier les protocoles à suivre pour obtenir des crédits compensatoires. Un gouvernement peut

³⁹ Jillian Button, « Carbon: commodity or currency? The case for an international carbon market based on the currency model », *Harvard Environmental Law Review*, vol. 32, n° 2, 2008, p. 572.

⁴⁰ ISDA, *Legal implications of Voluntary Carbon Markets*, p. 19.

⁴¹ *Ibid.*, p. 6.

⁴² Ballesteros *et al.*, *op. cit.*, p. 70. Jay Junyong Lee, Sangmin Kim, Tong Keun Seol, « In brief: GHG emission regulation and allowances in South Korea », *Lexology*, 24 septembre 2020, www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6cbabd80-4cb8-4886-a9e9-97dab33be3fd.

⁴³ Cour des comptes européenne, *L'intégrité et la mise en œuvre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (SEQE-UE)*, Union européenne, 2015, p. 25, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_06/SR15_06_FR.pdf.

également prendre la décision plus radicale de démanteler son SEQE et/ou de mettre fin à une convention d'interconnexion conclue avec un autre État⁴⁴. En outre, certaines décisions prises par le régulateur d'un marché du carbone peuvent avoir des effets négatifs importants pour les acteurs du marché auxquels elles s'appliquent. Un régulateur pourrait également allouer par erreur trop de quotas d'émission à une entité, ou délivrer des crédits compensatoires qui ne satisfont pas aux exigences prescrites par la réglementation, et donc invalider rétroactivement ces crédits⁴⁵.

30. La manière dont une autorité publique « régit » son marché du carbone peut avoir des conséquences économiques importantes pour les acteurs du marché et les empêcher de remplir leurs obligations contractuelles. C'est notamment le cas lorsque des contrats « à terme » (c'est-à-dire un contrat dérivé entre deux parties pour acheter ou vendre un actif à un prix déterminé à une date ultérieure) sont utilisés, car les vendeurs peuvent se trouver dans l'incapacité de fournir la quantité de crédits d'émission de carbone convenue.

31. Pour faciliter l'échange de crédits de gré à gré, divers contrats carbone standardisés ont été élaborés par des associations professionnelles, telles que l'International Emissions Trading Association (IETA) et l'International Swaps and Derivatives Association. En 2012, l'IETA a publié l'International Emissions Trading Master Agreement (IETMA), qui est un contrat standardisé conçu pour être utilisé pour les transactions dans tous les systèmes d'échange de quotas d'émission grâce à un système de sous-annexes qui peuvent être ajoutées⁴⁶. Dans cet accord cadre, comme dans d'autres documents commerciaux similaires, les risques réglementaires sont pris en compte par une clause de *force majeure*. Toutefois, compte tenu de la portée limitée de cette disposition relative à la *force majeure*⁴⁷, il n'est pas possible de déterminer avec certitude quel ensemble de faits permettra à une partie d'invoquer avec succès cette clause en cas de changements réglementaires.

32. Dans le cas de l'IETMA, un autre élément de complexité tient à la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable⁴⁸. Au fil du temps, les États peuvent développer des interprétations différentes concernant l'applicabilité de la clause de *force majeure* dans le contexte de changements réglementaires. En outre, le contenu d'un contrat carbone ne fournit pas toujours une base juridique suffisante pour résoudre les problèmes de droit privé qui peuvent survenir en conséquence directe de l'intervention du régulateur sur le marché. Par exemple, si des crédits d'émission de carbone qui ont été vendus plusieurs fois et dans nombreux États étaient rétroactivement considérés comme non valides par le régulateur, il serait difficile pour les acteurs privés d'anticiper comment, et sur la base de quels principes juridiques, une telle situation pourrait être résolue.

33. Les risques réglementaires existent également sur le marché volontaire du carbone. Les labels de compensation carbone représentant des « organismes civils de réglementation »⁴⁹, les risques réglementaires découlent, sur ce marché, des décisions unilatérales que ces entités peuvent prendre et qui peuvent avoir des incidences négatives sur les acteurs du marché. Par exemple, certains labels de compensation

⁴⁴ En juin 2018, peu après un changement de gouvernement consécutif à des élections provinciales, l'Ontario a décidé de démanteler son système d'échange de quotas d'émission et de se retirer de la convention d'interconnexion conclue avec la Californie et le Québec.

⁴⁵ Peggy Rodgers Kalas, Alexia Herwig, « Dispute resolution under the Kyoto Protocol », *Ecology Law Quarterly*, vol. 27, n° 1, 2000, p. 111.

⁴⁶ International Emissions Trading Association, « Trading documents », site Web de l'International Emissions Trading Association, www.ieta.org/Trading-Documents.

⁴⁷ Chester Brown, « International, mixed, and private disputes arising under the Kyoto Protocol », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n° 2, 2010, p. 472.

⁴⁸ IETMA, art. 18.

⁴⁹ Lisa Hodes Rosen, Adrienne Bossi, « Due process rights in the carbon markets », *Sustainable Development Law and Policy*, vol. 11, n° 2, 2011, p. 12.

carbone se réservent le droit de modifier les règles qu'ils proposent⁵⁰, ou de clôturer un compte à tout moment, pour n'importe quelle raison et sans préavis⁵¹. Les labels peuvent également délivrer moins de crédits que ce qu'un promoteur de projet avait prévu en raison d'un changement de politique. En outre, en leur qualité d'entités privées, les labels sont libres de suspendre leurs activités commerciales et sont exposés au risque de faillite. Ainsi, une série de facteurs échappant au contrôle des acteurs du marché volontaire du carbone peuvent les empêcher de remplir leurs obligations contractuelles et donner lieu à des litiges. Il convient de noter que les conditions d'utilisation établies par les labels et les responsables de registres contiennent généralement des dispositions qui limitent la responsabilité de ces derniers⁵². Ainsi, si un acteur du marché intente une action à l'encontre d'un label parce qu'il a subi des pertes économiques ou a engagé sa responsabilité pour avoir manqué à ses obligations découlant d'un contrat carbone en raison des modifications réglementaires apportées par ce label, ses chances d'obtenir gain de cause et une compensation seraient faibles.

34. Pour soutenir le développement des marchés volontaires du carbone, une équipe spéciale, la *Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets*, a été créée à l'initiative du secteur privé en 2020. Elle comprend un groupe de travail sur les principes juridiques et les contrats dont la mission est de contribuer à la rationalisation du paysage juridique pour les conditions d'utilisation des labels et pour l'échange de crédits carbone volontaires et d'apporter des éclaircissements sur les cas d'utilisation, les exigences opérationnelles des labels, ainsi que sur les conditions générales d'échange⁵³. Ce groupe travaille actuellement à l'élaboration de conditions générales que les parties peuvent intégrer dans leurs documents commerciaux afin de réduire les frais juridiques et de simplifier les procédures⁵⁴. Grâce à cette initiative, les acteurs du marché pourraient avoir accès, à terme, à des dispositions standardisées spécifiquement conçues pour gérer les risques réglementaires auxquels ils sont exposés.

2. Questions de droit privé relatives à l'utilisation commerciale du dioxyde de carbone capté

35. Compte tenu de la trajectoire des émissions mondiales de GES et du niveau actuel de concentration des GES dans l'atmosphère, il existe un consensus croissant sur le fait que la réalisation des objectifs d'atténuation de l'Accord de Paris nécessitera probablement le recours à des technologies de capture du carbone⁵⁵. Il existe deux principaux procédés technologiques permettant de capter le carbone. Le premier, appelé « capture et stockage du carbone » (CSC), consiste à piéger le carbone à sa source d'émission (comme la cheminée d'une installation) au lieu de le libérer dans l'atmosphère. Une fois piégé, le carbone est ensuite transporté et stocké dans des structures géologiques souterraines. L'autre technologie, connue sous le nom de capture directe de dioxyde de carbone [ou capture atmosphérique directe (CAD)], consiste à capturer le dioxyde de carbone directement dans l'air ambiant (plutôt que dans une source d'émission) et à le stocker sous terre. Compte tenu des risques

⁵⁰ Verified Carbon Standard, VCS registration deed of representation, par. 2.3.4, <https://verra.org/project/vcs-program/rules-and-requirements>. Cette disposition est rédigée comme suit : « Verra a le droit absolu de modifier à tout moment l'une quelconque des règles du programme VCS et n'assumera aucune responsabilité en cas de perte ou de dommage ou de responsabilité de quelque nature que ce soit subis par le représentant chargé de l'enregistrement ou par toute autre partie impliquée de quelque manière que ce soit dans le projet dans le cadre du programme VCS en conséquence d'une telle modification ».

⁵¹ Gold Standard, Terms and conditions, art. 13, www.globalgoals.goldstandard.org/standards/T-PreReview_V1.1-Terms_and_Conditions.pdf.

⁵² Ibid., art. 3-3. Aussi : Verra, Terms of use, Verra registry, art. 12, <https://verra.org/wp-content/uploads/2019/07/Verra-Registry-Terms-of-Use-FINAL.pdf>.

⁵³ Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets, *Phase II Report*, Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets, 2021, p. 40, www.iif.com/Portals/1/Files/TSVCM_Phase_2_Report.pdf.

⁵⁴ Ibid., p. 43.

⁵⁵ GIEC, *Global warming of 1.5°C.*, p. 14 et 15.

associés au stockage du carbone, divers cadres juridiques ont été mis en place au fil des ans, tant au niveau international que national, pour réglementer cette activité⁵⁶, eu égard également à la controverse que cette technologie suscite⁵⁷.

36. Le marché de l'utilisation du CO₂ comprend quatre grandes catégories d'acteurs : ceux qui émettent le CO₂, ceux qui le captent, ceux qui le transportent (le CO₂ pouvant être transporté par des pipelines ou des navires⁵⁸) et ceux qui l'utilisent. Bien qu'une seule entité puisse remplir plusieurs de ces fonctions (par exemple, une installation industrielle peut à la fois émettre et capter du CO₂), le trajet entre l'émission initiale de CO₂ et son utilisation finale implique généralement plusieurs acteurs reliés par une chaîne d'accords commerciaux. Avec la possibilité d'utiliser le CO₂ à des fins commerciales, cette substance (et donc le fait d'émettre du CO₂) a commencé à acquérir une valeur économique et est devenue une « chose » qui peut être échangée au niveau national ou international.

37. Bien que le marché international de l'utilisation du CO₂ n'en soit encore qu'à ses débuts, diverses questions de droit privé concernant son fonctionnement peuvent déjà être identifiées. Par exemple, une question importante concerne la manière dont le CO₂ est qualifié en droit national. Cette substance pourrait en effet être considérée comme une marchandise ordinaire ou être qualifiée de déchet dangereux. Dans ce dernier cas, le commerce international du CO₂ pourrait alors relever de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, ce qui aurait pour effet d'imposer des conditions plus strictes aux transporteurs de CO₂ qui opèrent au niveau international⁵⁹. Les règles fiscales et comptables qui s'appliqueront au CO₂ et la question de savoir si le CO₂ représente un actif susceptible de servir de garantie pour un prêt sont également des questions qui peuvent être influencées par la manière dont le CO₂ est qualifié en droit national. Ainsi, la qualification juridique du CO₂, de même que l'élaboration de contrats de vente et de pratiques commerciales standardisés, sont susceptibles d'avoir un effet sur le développement d'un marché international de cette substance.

38. Une autre zone d'incertitude concerne le traitement juridique des situations de transfert d'émissions de carbone. Dans les États qui ont établi un mécanisme de fixation du prix du carbone, la quantité de CO₂ captée ne sera pas tarifée. Cependant, le transfert peut se produire dans un État qui ne demandera pas à l'entité responsable du transfert de payer pour le CO₂ qui a été émis. En l'absence d'efforts de standardisation appropriés, le marché du CO₂ pourrait alors avoir pour résultat involontaire de permettre le transfert des émissions de CO₂ d'États où elles auraient normalement été tarifées vers des États où elles ne le sont pas, ou le sont moins. En cas de transfert, il faudrait également clarifier les responsabilités potentielles des acteurs qui émettent, capturent, transportent ou utilisent le CO₂.

⁵⁶ Ian Havercroft, Richard Macrory, Richard Steward, dir. publ., *Carbon capture and storage: emerging legal and regulatory issues*, Hart Publishing, 2018, p. 400.

⁵⁷ Certains considèrent qu'elle n'est ni économiquement saine ni éprouvée à grande échelle, avec peu de possibilités de réduction significative et rentable des émissions (Christina E. Hoicka, Matthew Paterson, Angela Carter *et al.*, *Letter from scientists, academics, and energy system modellers: prevent proposed CCUS investment tax credit from becoming a fossil fuel subsidy*, 19 janvier 2022, https://cehoicka.lab.yorku.ca/files/2022/01/Letter-from-Academics-re-CCUS-tax-investment-credit_January-2022-4.pdf?x98920), tandis que d'autres estiment que l'utilisation commerciale du dioxyde de carbone est essentielle pour décarboner l'économie mondiale (David Sandalow, cité par Renee Cho, « Capturing carbon's potential: these companies are turning CO₂ into profits », *State of the Planet*, Columbia Climate School, 29 mai 2019, <https://news.climate.columbia.edu/2019/05/29/co2-utilization-profits>).

⁵⁸ Hisham Al Baroudi, Adeola Awoyomi, Kumar Patchigolla *et al.*, « A review of large-scale CO₂ shipping and marine emissions management for carbon capture, utilisation and storage », *Applied Energy*, vol. 287, 2021, p. 1 à 42.

⁵⁹ Andy Raine, « Transboundary transportation of CO₂ associated with carbon capture and storage projects: an analysis of issues under international law », *Carbon and Climate Law Review*, n° 4, 2008, p. 353 à 365.