

**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>
II. Aperçu de l'Étude (<i>suite</i>)	2
B. Droit privé et prise en compte des considérations climatiques dans les décisions des entreprises	2
C. Instruments de la CNUDCI et action climatique	7
D. Conclusions de l'Étude	11
III. Remarques à l'intention de la Commission	12



II Aperçu de l'Étude (suite)

B. Droit privé et prise en compte des considérations climatiques dans les décisions des entreprises¹

1. Le fait que les considérations climatiques sont ou non prises en compte dans les décisions des entreprises et la mesure dans laquelle elles sont prises en compte jouent un rôle crucial dans la lutte contre les changements climatiques. Le secteur privé dispose de moyens financiers, matériels et techniques considérables. Pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris, il est essentiel que ces ressources soient mobilisées et affectées de manière à favoriser la transition vers une économie sobre en carbone et à renforcer les capacités d'adaptation².

2. Au fil des ans, la compréhension du lien qui existe entre les entreprises et le climat a évolué. Initialement vus comme un problème purement environnemental, les changements climatiques sont désormais considérés par la plupart des analystes en économie comme un phénomène qui « présente des risques (et des opportunités) financiers et systémiques prévisibles pour des horizons d'investissement classiques »³.

3. Si la décision de tenir compte des considérations climatiques dans les activités commerciales et l'importance à accorder à ces considérations étaient des questions habituellement laissées à la discrétion des entreprises, il semble qu'une majorité d'États et de juristes estiment aujourd'hui que cette prise en compte devrait être plus systématique et, partant, être réglementée et rendue obligatoire. La pratique juridique actuelle montre qu'il existe un ensemble de mesures juridiques reposant sur des outils, des notions et des structures de droit privé qui peuvent être mises en œuvre pour atteindre ce résultat. Ces mesures peuvent consister à : obliger les entreprises à communiquer des informations financières ayant trait au climat ; interpréter l'obligation de loyauté des administrateurs et des dirigeants de société de telle manière qu'elle exige de tenir compte des changements climatiques ; ou tenir les acteurs privés qui ne luttent pas suffisamment contre les changements climatiques pour responsables de la violation d'une obligation de prudence issue du droit de la responsabilité civile délictuelle ou d'un devoir de vigilance prévu par la loi. La présente section décrit et analyse ces trois approches axées sur le droit privé, qui ont pour objectif de placer les changements climatiques au cœur des décisions des entreprises.

1. Communication d'informations financières ayant trait au climat

4. La communication d'informations financières ayant trait au climat par les entreprises vise à permettre aux actionnaires de bien comprendre les incidences financières des changements climatiques pour les entreprises dans lesquelles ils investissent⁴. S'ils ont accès à ces informations, les actionnaires peuvent user de leur influence pour encourager les entreprises à tenir compte des considérations climatiques dans leurs décisions et à adopter des stratégies plus appropriées pour la gestion des risques et des opportunités que présentent les changements climatiques. Vu la prise de conscience croissante des risques financiers que font peser les changements climatiques, les actionnaires soumettent les entreprises à une pression

¹ Cette partie du rapport a été établie avec l'aide précieuse de M^{me} Camille D'Astous, étudiante en maîtrise en droit à la faculté de droit de l'Université Laval, qui a assuré les fonctions d'assistante de recherche.

² Craig Hart, *Climate change and the private sector. Scaling up private sector response to climate change*, Routledge, 2013, p. 296.

³ Sarah Barker, Cynthia Williams et Alex Cooper, *Fiduciary duties and climate change in the United States*, Commonwealth Climate and Law Initiative, 2021, p. 1, <https://cli.ubc.ca/wp-content/uploads/2021/12/Fiduciary-duties-and-climate-change-in-the-United-States.pdf>.

⁴ Ans Kolk, David Levy et Jonatan Pinkse, « Corporate responses in an emerging climate regime: the institutionalization and commensuration of carbon disclosure », *European Accounting Review*, vol. 17, n° 4, 2008, p. 719 à 745.

grandissante depuis le milieu des années 2000 pour qu'elles révèlent leur exposition au risque climatique⁵.

5. Alors qu'au départ la communication d'informations financières ayant trait au climat se faisait de manière purement facultative et ne se fondait sur aucun cadre de référence ni aucune règle harmonisée⁶, des initiatives ont progressivement été prises par le secteur privé et les pouvoirs publics pour encourager, faciliter et réglementer cette pratique. Dans ce domaine, la création en 2015 de l'Équipe spéciale des informations financières ayant trait au climat par le Conseil de stabilité financière établi par le G20 a constitué un tournant. En 2017, l'Équipe spéciale a publié un rapport où figure une série de recommandations sur la manière de communiquer des informations financières ayant trait au climat, qui sont applicables aux organisations de tous les secteurs et de tous les pays. Ces recommandations s'articulent autour de quatre éléments fondamentaux : gouvernance de l'organisation en matière de risque climatique ; incidences réelles et potentielles des risques et des opportunités climatiques sur les activités, la stratégie et la planification financière de l'organisation ; méthodes appliquées par l'organisation pour identifier, évaluer et gérer les risques climatiques ; et indicateurs et objectifs utilisés pour évaluer et gérer les risques et les opportunités climatiques⁷. Le rapport recommande également que « les informations financières ayant trait au climat figurent dans les principaux rapports financiers annuels (c'est-à-dire publics) »⁸.

6. Il convient de noter que, même en l'absence de règles nationales précises imposant des obligations de communication en matière climatique, les entreprises peuvent s'exposer à des poursuites si elles ne communiquent pas les informations appropriées sur la manière dont les changements climatiques influent sur leurs activités et leurs actifs. Dans de nombreux pays (et notamment dans la plupart des États membres du G20), les sociétés qui sont cotées ou qui ont émis des obligations sont légalement tenues de faire figurer les informations importantes dans leurs rapports financiers, et il semble de plus en plus probable que les tribunaux soient disposés à considérer les risques climatiques comme des informations importantes et à estimer qu'une fraude boursière a pu être commise lorsque ces informations n'ont pas été communiquées. Ces dernières années, la communication d'informations ayant trait au climat a été au cœur de plusieurs affaires portées devant des tribunaux ou de plaintes déposées auprès d'autorités de tutelle par des procureurs, des actionnaires ou des organisations non gouvernementales ayant un intérêt pour agir, qui affirmaient que des informations importantes sur les changements climatiques n'avaient pas été communiquées et que les effets de ces changements sur certains actifs des sociétés étaient présentés de manière trompeuse⁹.

7. Les exemples qui figurent ci-dessus montrent que le contentieux climatique peut être utile pour encourager les entreprises à communiquer des informations financières ayant trait au climat, même en l'absence de réglementation précise imposant la

⁵ Philipp Pattberg, « The emergence of carbon disclosure: exploring the role of the governance entrepreneurs », *Environment and Planning C: Politics and Space*, vol. 35, n° 8, 2017, p. 1444.

⁶ Jeffrey A. Smith, Matthew Morreale et Michael E. Mariani, « Climate change disclosure: moving towards a brave new world », *Capital Markets Law Journal*, vol. 3, n° 4, 2008, p. 470.

⁷ Équipe spéciale des informations financières ayant trait au climat, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017, p. v, <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/FINAL-2017-TCFD-Report.pdf>.

⁸ Ibid., p. iv.

⁹ *Pedro Ramirez Jr. c. Exxon Mobil Corporation et al.*, n° 3:16-CV-3111-K (district nord du Texas, 2016) (États-Unis) ; *Guy Abrahams c. Commonwealth Bank of Australia*, VID879/2017 (Australie) ; Cynthia A. Williams, Disclosure of information concerning climate change: liability risks and opportunities, Rapports commandés, Études et documents publics, Osgoode Hall Law School de l'Université York, article n° 206, 2018, p. 34, <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1207&context=reports> ; Stephen Erlichman et Sophie Langlois, « ESG disclosure in Canada: legal requirements, voluntary disclosure and potential liability », Mondaq, 25 février 2021, www.mondaq.com/canada/climate-change/1039490/esg-disclosure-in-canada--legal-requirements-voluntary-disclosure-and-potential-liability.

communication de ces informations. Dans les pays où une telle réglementation n'existe pas, la question essentielle et souvent débattue consiste à savoir si les entreprises qui ne communiquent pas d'informations ayant trait au climat violent la législation sur les valeurs mobilières et les sociétés¹⁰.

2. Obligation de loyauté des administrateurs et des dirigeants en matière de changements climatiques

8. Dans les pays de *common law* comme dans les pays de tradition romano-germanique, les administrateurs et les dirigeants de société ont généralement une obligation de loyauté envers la société et ses parties prenantes, et peuvent être tenus personnellement responsables si cette obligation est violée. À l'heure actuelle, l'obligation légale pour les entreprises de porter une plus grande attention aux changements climatiques n'existe pratiquement nulle part¹¹. Dans certains pays, des dispositions légales exigent toutefois que les administrateurs et les dirigeants tiennent compte de l'environnement au titre de leur devoir d'agir au mieux des intérêts de la société.

9. Que de telles dispositions existent ou non en droit interne, une étude de la doctrine récente révèle l'apparition d'un courant d'opinion selon lequel les administrateurs et les dirigeants de société doivent identifier et traiter les risques climatiques au titre de leur obligation de loyauté¹². Si les conclusions sont semblables, il semble également y avoir un consensus des auteurs sur le fait que le droit devrait explicitement imposer aux administrateurs de société de tenir compte des risques financiers liés au climat, soit par une modification des lois existantes, soit par une interprétation jurisprudentielle¹³. Afin de favoriser la prise en compte des considérations climatiques dans les décisions des entreprises, il convient également de définir les conséquences juridiques exactes de cette obligation. Les administrateurs et les dirigeants de société peuvent en effet être légalement tenus de prendre en compte les risques financiers liés au climat, mais des incertitudes pourraient subsister sur ce que « prendre en compte » ces risques implique concrètement et sur les pratiques de gouvernance d'entreprise qui devraient être mises en œuvre pour que l'obligation de loyauté soit respectée.

10. Il est souvent avancé que, pour gérer les risques climatiques conformément à l'obligation de loyauté, les administrateurs et les dirigeants doivent engager des démarches : ils doivent par exemple obtenir des informations et solliciter des avis sur la gravité des risques que font peser les changements climatiques, évaluer l'exposition de l'entreprise à ces risques et vérifier que l'entreprise respecte la législation et la réglementation climatiques¹⁴. Il est cependant difficile de dire si l'obligation de loyauté irait jusqu'à imposer aux administrateurs et aux dirigeants de publier une stratégie publique en matière de changements climatiques, où figureraient des objectifs d'atténuation ou d'adaptation, et d'atteindre ces objectifs. Comme le montrent les nombreuses normes internationales sur la responsabilité sociale des

¹⁰ Anik Bhaduri, « Taking the heat: (non)disclosure of climate change risks in India », *Business Law Review*, vol. 41, n° 3, 2021, p. 152 à 158.

¹¹ Rolf H. Weber et Andreas Hösli, « Corporate climate responsibility – The rise of a new governance issue », *Sui generis*, 2021, p. 90.

¹² Sarah Barker, *Directors' liability and climate risk: Australia – Country Paper*, Commonwealth Climate and Law Initiative, 2018, p. 17, www.smithschool.ox.ac.uk/research/sustainable-finance/publications/CCLI-Australia-Paper-Final.pdf ; Janis Sarra, *Duty to protect: corporate directors and climate-related financial risk*, Institut C.D. Howe, 2021, p. 9, www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/research_papers/mixed/e-brief_310.pdf ; Barker, Williams et Cooper, op. cit., p. 4 ; Chapman Tripp, « Climate change obligations for directors and scheme managers: legal opinion », Aotearoa Circle, 2019, par. 67.1 ; Yoshihiro Yamada, Janis Sarra et Masafumi Nakahigashi, « Directors' duties regarding climate change in Japan », Commonwealth Climate and Law Initiative, 2021, p. 1, <https://law-ccli-2019.sites.olt.ubc.ca/files/2021/02/Directors-Duties-Regarding-Climate-Change-in-Japan.pdf>.

¹³ Sarra, op. cit., p. 9.

¹⁴ Barker, Williams et Cooper, op. cit., p. 21 et 46.

entreprises qui ont été élaborées au fil des ans¹⁵, le public attend de plus en plus des entreprises – surtout celles qui émettent beaucoup de gaz à effet de serre – qu’elles se comportent en entreprises citoyennes « bonnes » et « responsables »¹⁶. On constate également que le droit interne transforme souvent les efforts volontaires en actes obligatoires¹⁷.

3. Procès climatiques intentés contre des entreprises pour violation présumée de l’obligation de prudence issue du droit de la responsabilité civile délictuelle ou du devoir de vigilance prévu par la loi

11. Comme en témoigne le jugement historique rendu par le tribunal de district de La Haye en mai 2021 dans l’affaire *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell plc*, le droit de la responsabilité civile délictuelle est lui aussi un outil de droit privé qui peut être utilisé pour favoriser la prise en compte des considérations climatiques dans les décisions des entreprises. Une action de groupe avait été intentée contre la société Royal Dutch Shell (RDS) par plusieurs organisations environnementales non gouvernementales affirmant que RDS était tenue de réduire ses émissions de gaz à effet de serre (GES) conformément à l’obligation de prudence issue du droit de la responsabilité civile délictuelle qui est énoncée à l’article 162 du livre 6 du Code civil néerlandais, selon lequel il est illégal d’agir en contradiction avec ce qui est communément admis en droit non écrit¹⁸. Les demanderesse ont affirmé que, pour s’acquitter de son obligation de prudence, RDS devait réduire les émissions de GES imputables au groupe Shell d’au moins 45 % à la fin de l’année 2030 par rapport à 2019. Elles ont donc demandé au tribunal d’ordonner à RDS d’atteindre cet objectif de réduction des émissions de GES.

12. Pour interpréter l’obligation de prudence et déterminer ses implications juridiques concrètes en l’espèce, le tribunal a examiné plusieurs facteurs, notamment les émissions de CO₂ du groupe Shell et leurs conséquences pour les Pays-Bas et leurs ressortissants, les cadres réglementaires applicables (comme le système d’échange de quotas d’émission de l’Union européenne et les normes relatives aux droits humains, en particulier au droit à la vie et au droit au respect de la vie privée et familiale), les Principes directeurs publiés par l’ONU, les connaissances scientifiques et ce qui est nécessaire pour prévenir les changements climatiques dangereux¹⁹. Le tribunal a également pris la mesure de la grande difficulté que l’obligation de réduction des émissions réclamée par les demanderesse constituerait pour RDS. Sur ce point, il a reconnu que cette obligation imposerait à RDS de modifier sa politique climatique, ce qui pouvait « freiner la croissance potentielle du groupe Shell », mais il a estimé que « l’intérêt que présentait cette obligation l’emportait sur les intérêts commerciaux du groupe Shell »²⁰.

13. Un appel contre la décision du tribunal district de La Haye est en instance, mais l’Étude montre que l’affaire a suscité un grand intérêt dans d’autres pays et qu’elle pourrait « témoigner d’une volonté accrue des tribunaux de juger que les entreprises peuvent être tenues responsables envers des tiers des effets plus larges des changements climatiques qui sont provoqués par leurs émissions »²¹. Cet intérêt est

¹⁵ Par exemple, les Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales (2011), les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme publiés par l’ONU (2011), les Principes pour l’investissement responsable publiés par l’ONU (2006) et le Pacte mondial des Nations Unies (2000).

¹⁶ *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976* [2008], 3 RCS 560, par. 66 et 82 (Canada).

¹⁷ Evguenia Paramonova, « Steering toward ‘true north’: Canadian corporate law, corporate social responsibility, and creating shared value », *Revue de droit du développement durable de McGill*, vol. 12, n° 1, 2016, p. 35.

¹⁸ *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell plc.*, tribunal de district de La Haye, C/09/571932/HA ZA 19-379, 2021, par. 4.4.1 (Pays-Bas).

¹⁹ *Ibid.*, par. 4.4.2.

²⁰ *Ibid.*, par. 4.4.53.

²¹ Cinthia A. Williams et Ellie Mulholland, « What the Shell judgement means for US directors », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 22 juillet 2021, <https://corpgov.law.harvard.edu/2021/07/22/what-the-shell-judgment-means-for-us-directors>.

renforcé par le fait que les tribunaux d'autres pays ont également jugé que les sociétés mères étaient responsables des actes de leurs filiales²². En outre, dans certains pays, des actions contre les entreprises pour absence de mesures appropriées face aux changements climatiques peuvent également être intentées au titre d'un manquement présumé au « devoir de vigilance » prévu par la loi, qui oblige les entreprises à déployer des efforts raisonnables pour prévenir les atteintes graves aux droits humains, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement sur toute la chaîne logistique²³. En 2019, un groupe de demanderesse composé d'organisations environnementales non gouvernementales et de collectivités locales a assigné en justice un grand groupe énergétique français pour manquement à son devoir de vigilance parce qu'il n'avait pas présenté suffisamment d'informations sur l'identification des risques liés aux changements climatiques dans son plan de vigilance et qu'il n'avait pas prévu de mesures raisonnables propres à réduire et à prévenir les dommages causés par les changements climatiques²⁴.

14. Dans les années à venir, d'autres pays pourraient mettre en œuvre des mesures similaires pour imposer aux entreprises de respecter les normes internationales relatives aux droits humains et à l'environnement. En 2014, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a lancé un processus de négociation intergouvernemental en vue d'élaborer des instruments juridiquement contraignants pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises. Ce processus n'est pas encore achevé, mais la dernière version du texte de négociation énonce que « les États Parties prennent les mesures juridiques et politiques appropriées pour que les entreprises, y compris les sociétés transnationales [...] installées sur leur territoire ou placées sous leur juridiction ou sous leur contrôle, respectent les droits de l'homme internationalement reconnus, préviennent les atteintes à ces droits et atténuent leurs effets dans le cadre de leurs activités et de leurs relations commerciales »²⁵. Ainsi, comme la définition de l'atteinte aux droits de l'homme qui figure dans le texte de négociation englobe les actions ou omissions qui entravent l'exercice du « droit à un environnement sûr, propre, sain et durable », cette disposition – si elle faisait un jour partie du droit conventionnel – pourrait avoir des effets importants sur les législations nationales et sur la manière dont les entreprises d'envergure mondiale prennent en compte les changements climatiques.

15. De nombreuses incertitudes subsistent quant aux résultats exacts qui peuvent être obtenus lorsque le droit de la responsabilité civile délictuelle ou la législation relative au devoir de vigilance sont invoqués contre les entreprises dans le cadre de la lutte contre les changements climatiques, mais la conclusion générale est que ces branches du droit semblent de plus en plus offrir des moyens recevables de tenir les entreprises responsables des conséquences du fait qu'elles n'ont pas convenablement pris en compte les considérations climatiques dans leurs décisions. Comme ce risque de responsabilité augmente, il a été jugé que les conseils d'administration devaient

²² Royaume-Uni, Cour suprême, *Vedante Resources Plc and another c. Lungowe and others* [2019], arrêt n° 20 ; *Okpabi and others c. Royal Dutch Shell Plc and another* [2021], arrêt n° 3.

²³ En France, par exemple, le Parlement a adopté en 2017 une loi qui impose un devoir de vigilance aux grandes entreprises françaises (loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre). Toute société dont le siège social est fixé sur le territoire français et qui emploie au moins 5 000 salariés (en son sein et dans ses filiales directes et indirectes, ou 10 000 salariés à son service et dans ses filiales directes ou indirectes) doit établir, publier et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Ce plan doit identifier les risques d'atteinte grave aux droits humains, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement qui peuvent résulter des activités de la société, et comprendre des mesures raisonnables pour prévenir ces risques.

²⁴ Notre Affaire à tous *et al.*, Assignation devant le tribunal judiciaire de Nanterre, 2019, <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/01/Assignation-NAAT-et-autres-vs-TOTAL-VDEF.pdf>.

²⁵ *Instrument juridiquement contraignant destiné à réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises*, Présidence du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée, 17 août 2021, www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf.

« réfléchir en profondeur aux risques de responsabilité civile délictuelle liés aux changements climatiques et s'assurer qu'ils ont mis en place des mécanismes pour éviter d'être poursuivis »²⁶. Pour ce faire, les entreprises devront peut-être adopter et mettre en œuvre des stratégies climatiques conformes aux objectifs de l'Accord de Paris et aux connaissances scientifiques, et portant sur l'ensemble de leur chaîne logistique.

C. Instruments de la CNUDCI et action climatique

16. Les textes de la CNUDCI ne mentionnent pas expressément les changements climatiques ni les enjeux liés au climat, mais certains d'entre eux présentent un intérêt dans la perspective des changements climatiques. Dans certains cas, cette pertinence est due au fait que ces textes peuvent être appliqués pour réglementer le commerce de « choses » qui ont un lien avec les changements climatiques. Ainsi, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ou la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer pourraient être (ou sont peut-être déjà) appliquées pour réglementer le commerce de ce qu'on pourrait appeler des « produits respectueux du climat » (comme les voitures électriques ou les panneaux solaires), ou le commerce du CO₂. Dans d'autres cas, le lien avec les changements climatiques tient plutôt au fait que les textes de la CNUDCI peuvent devenir des outils juridiques efficaces dans la lutte contre les changements climatiques lorsqu'ils sont interprétés et appliqués dans certains sens. La présente section porte sur ce dernier cas de figure et donne des exemples de textes de la CNUDCI qui pourraient servir à encourager ou à faciliter l'action climatique.

1. Arbitrage commercial international

17. Comme en témoignent plusieurs affaires récentes, les mesures que les États adoptent pour lutter contre les changements climatiques peuvent être attaquées devant les tribunaux arbitraux par des investisseurs étrangers pour violation des droits protégés par les accords internationaux d'investissement que ces États ont conclus. Aux Pays-Bas, deux entreprises énergétiques ont par exemple assigné en justice l'État en invoquant le Traité sur la Charte de l'énergie afin d'obtenir réparation de la perte de valeur de leurs investissements qui résultait de la réglementation sur le charbon²⁷. De même, une société immatriculée aux États-Unis a intenté une action contre le Canada en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain à la suite de la décision de la province du Québec d'abroger tous les droits d'exploitation pétrolière et gazière sous le Saint-Laurent, afin d'obtenir réparation de l'argent déjà investi et des bénéfices futurs attendus²⁸. La pression exercée sur les États pour qu'ils mettent en œuvre des mesures ambitieuses contre les changements climatiques sur leur territoire étant plus forte, les différends entre investisseurs et États qui concernent le climat et sont soumis à l'arbitrage tendent à devenir plus fréquents²⁹.

18. Compte tenu du recours accru à l'arbitrage entre investisseurs et États pour résoudre les litiges climatiques, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités est un instrument dont l'application pourrait appuyer l'action climatique de différentes manières. L'un des aspects importants de ce règlement qui présente un intérêt particulier dans le cadre des changements climatiques est l'obligation de mettre à la disposition du public les documents relatifs à la procédure arbitrale qui sont visés au paragraphe 1 de

²⁶ Williams et Mulholland, op. cit.

²⁷ *RWE c. Royaume des Pays-Bas*, affaire CIRDI n° ARB/21/4 ; *Uniper c. Pays-Bas*, affaire CIRDI n° ARB/21/22.

²⁸ *Lone Pine c. Canada*, affaire CIRDI n° UNCT/15/2.

²⁹ Catherine Higham et Joana Setzer, « Investor-State dispute settlement as a new avenue for climate litigation », site Web de l'Institut de recherche Grantham sur les changements climatiques et l'environnement, 2 juin 2021, www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/investor-state-dispute-settlement-as-a-new-avenue-for-climate-change-litigation.

l'article 3. Cette obligation pourrait contribuer à mettre les différends entre investisseurs et États, qui concernent le climat, sous les feux de la rampe et, placés sous l'œil du public, les arbitres pourraient être plus réceptifs aux arguments relatifs à l'importance de laisser aux États la latitude réglementaire dont ils ont besoin pour adopter des mesures climatiques ambitieuses. En outre, la publication de sentences confirmant la compatibilité entre les mesures climatiques nationales et les accords internationaux d'investissement pourrait donner des exemples de bons arguments juridiques pour la défense des États qui sont parties à des différends entre investisseurs et États similaires, et donner aux arbitres qui interviennent dans d'autres affaires plus de légitimité afin qu'ils puissent aboutir à des conclusions similaires.

19. La possibilité pour des tiers et des parties au traité non parties au litige de présenter des observations dans certaines circonstances (art. 4 et 5) est également un aspect du Règlement qui mérite d'être mentionné. Selon les juristes, le fait que la plupart des arbitres sont formés au droit commercial et ont des compétences relativement limitées concernant les changements climatiques et le droit du climat est un élément qui pourrait naturellement les amener à être moins réceptifs à ce type d'arguments juridiques³⁰. La présentation de mémoires d'*amicus curiae* par des organisations environnementales non gouvernementales, des climatologues et des spécialistes du droit du climat pourrait atténuer ce risque et faciliter la prise en compte des intérêts externes (c'est-à-dire non commerciaux) par les arbitres³¹. Pour aller plus loin, l'une des solutions possibles serait de compléter le Règlement de la CNUDCI sur la transparence par des principes directeurs précisant que des compétences appropriées en matière de droit du climat et de l'environnement devraient être prises en compte pour la désignation des arbitres dans les affaires où des mesures justifiées par des considérations climatiques sont en cause.

2. Passation des marchés publics

20. La passation des marchés publics peut jouer un rôle important dans la lutte contre les changements climatiques. Lorsqu'elles achètent des biens et de services, les autorités ont en effet la possibilité d'orienter les dépenses publiques vers des solutions efficaces et à faible émission de carbone, ou vers des solutions qui permettent d'accroître les capacités d'adaptation et de résilience de la population. Les spécialistes estiment que l'intégrité et l'efficacité économique des marchés publics restent essentielles, mais jugent aussi qu'il est désormais indispensable de prendre en compte les considérations climatiques lors de l'attribution de ces marchés³².

21. Plusieurs dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pourraient servir à lutter contre les changements climatiques. On peut notamment citer le paragraphe 2 de l'article 9, qui énumère les critères permettant aux entités adjudicatrices de vérifier que les fournisseurs et les entrepreneurs ont le droit de soumissionner à un marché public particulier. La Loi type prévoit que, pour avoir le droit de déposer une offre, les fournisseurs et les entrepreneurs peuvent être amenés à démontrer qu'ils ont les qualifications environnementales, les compétences professionnelles et techniques et les équipements nécessaires pour exécuter le marché³³. Il peut également leur être demandé de « [r]espérer les normes éthiques et

³⁰ Mala Sharma, « Earth to exist and money to live – Integrating climate change goals and investor state arbitration for a sustainable future », *The Journal of World Investment and Trade*, numéro spécial : Droit international de l'investissement et changements climatiques, 2022, à paraître.

³¹ Esmé Shirlow, « Dawn of a new era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 31, n° 3, 2016, p. 644.

³² Richard Baron, *The role of public procurement in low-carbon innovation*, OCDE, 2016, p. 4, www.oecd.org/sd-roundtable/papersandpublications/The%20Role%20of%20Public%20Procurement%20in%20Low-carbon%20Innovation.pdf.

³³ Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 9, par. 2, al. a).

autres applicables »³⁴ dans l'État dans lequel le contrat doit être exécuté. Une entité adjudicatrice serait donc vraisemblablement autorisée à vérifier que les fournisseurs et les entrepreneurs utilisent par exemple des technologies sobres en carbone ou qu'ils respectent la réglementation nationale en matière de climat. D'autre part, l'article 10 permet aussi aux entités adjudicatrices de prendre en considération les changements climatiques. Il dispose que l'entité adjudicatrice « fait figurer dans le dossier de sollicitation la description détaillée de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions »³⁵ et que cette description peut comprendre des spécifications et des exigences³⁶, et « énonce les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance pertinentes de cet objet »³⁷. Comme on peut le constater, ces dispositions donnent une grande latitude à l'entité adjudicatrice pour faire figurer des conditions relatives au climat dans la description de l'objet du marché.

22. Depuis quelques années, la question de savoir comment transformer les marchés publics en outil efficace de lutte contre les changements climatiques intéresse beaucoup les autorités nationales et les spécialistes des politiques publiques. De nombreux observateurs estiment que les enjeux liés au climat devraient désormais être systématiquement pris en compte pour les passations de marchés publics, et certains pays ont déjà pris – ou sont en train de prendre – des mesures pour que les pratiques de passation des marchés publics prennent progressivement en considération les critères liés au climat³⁸. Selon la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, les entités adjudicatrices disposent d'une latitude qui leur permet de tenir compte des considérations climatiques lorsqu'elles appliquent les règles. La publication d'indications précises sur les meilleures pratiques existantes en la matière pourrait cependant faciliter la prise en compte plus systématique des considérations climatiques dans le cadre des marchés publics.

3. Partenariats public-privé

23. Les infrastructures publiques (transports, énergie, gestion des déchets, bâtiments) constituent un levier essentiel dans le cadre de la lutte contre les changements climatiques, pour l'atténuation comme pour l'adaptation. Si l'on s'intéresse aux questions d'atténuation, la construction et l'exploitation des infrastructures sont des activités qui peuvent produire de grandes quantités de gaz à effet de serre. En outre, compte tenu de la longue durée de vie des infrastructures, les décisions correspondantes qui ne sont pas conformes aux objectifs climatiques peuvent contribuer à maintenir la société dans une situation où les émissions de CO₂ resteront élevées pendant des décennies. Sur le plan de l'adaptation, les infrastructures publiques peuvent avoir une influence décisive sur l'exposition et la vulnérabilité des populations face aux effets physiques des changements climatiques, notamment les vagues de chaleur, les ouragans, l'élévation du niveau de la mer et les inondations. Comme le souligne un rapport récent, « les infrastructures se situent au cœur du développement soucieux du climat » et de bonnes décisions en matière d'infrastructures « peuvent engendrer des progrès sans précédent vers la réalisation de l'Accord de Paris et des [objectifs de développement durable] »³⁹.

³⁴ Ibid., art. 9, par. 2, al. b). Comme le précisent les Orientations sur les règlements en matière de marchés publics à promulguer conformément à l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, les normes à respecter peuvent porter sur l'environnement.

³⁵ Ibid., art. 10, par. 1, al. b).

³⁶ Ibid., art. 10, par. 3.

³⁷ Ibid., art. 10, par. 4.

³⁸ Beatriz Martinez Romera et Roberto Caranta, « EU public procurement law: purchasing beyond price in the age of climate change », *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, n° 3, 2017, p. 281 à 292.

³⁹ Bureau des Nations Unies pour les services d'appui aux projets, Programme des Nations Unies pour l'environnement et Université d'Oxford, *Les infrastructures et la lutte contre les changements climatiques*, 2021, p. 13, https://content.unops.org/publications/Infrastructure-for-climate-action_FR.pdf?mtime=20211012102810&focal=none.

24. Les projets d'infrastructure étant principalement menés dans le cadre de partenariats public-privé (PPP), il semble indispensable que les cadres juridiques régissant ces partenariats contiennent des dispositions visant expressément à favoriser la mise en place d'infrastructures à faible émission de carbone et résilientes face aux changements climatiques. Lorsque de telles dispositions n'existent pas, ces cadres juridiques doivent être interprétés et mis en œuvre de la manière la plus favorable à la réalisation des objectifs climatiques. Aucune des Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les partenariats public-privé ne mentionne les changements climatiques⁴⁰, mais plusieurs d'entre elles peuvent être interprétées et appliquées de manière à promouvoir des infrastructures à faible émission de carbone et résilientes face aux changements climatiques.

25. Ainsi, la disposition type 5 prévoit qu'une autorité contractante qui envisage de mettre en place des infrastructures dans le cadre d'un PPP effectue ou commande une étude de faisabilité. Elle précise également que cette étude identifie « la manière dont celui-ci [le projet de PPP] satisfait aux priorités nationales ou locales pertinentes pour la mise en place d'infrastructures [...] publi[ques] »⁴¹. Lors de l'évaluation de cet aspect, une autorité contractante pourrait être tenue de prendre en considération la contribution déterminée au niveau national pour l'État concerné afin de vérifier dans quelle mesure les infrastructures envisagées sont conformes au programme climatique national.

26. Le paragraphe 3 de la disposition type 5, selon lequel il faut évaluer les incidences sociales, économiques et environnementales du projet dans le cadre de la demande d'approbation d'un PPP, présente également un intérêt direct dans la perspective des changements climatiques. L'autorité qui est chargée d'approuver un projet de PPP pourrait en effet considérer que l'évaluation de l'impact du projet sur l'environnement passe par l'évaluation de son impact sur le plan des émissions de gaz à effet de serre. Ce type d'évaluation peut poser des problèmes pratiques, mais il convient de noter que divers outils méthodologiques ont été mis au point dans le cadre des études d'impact sur l'environnement. Dans de nombreux pays, il est aujourd'hui obligatoire de prendre en compte les enjeux liés au climat lors de l'évaluation de l'impact d'un projet sur l'environnement, et les modalités de cette prise en compte sont souvent définies dans la réglementation. L'élaboration d'un document de la CNUDCI où figureraient des lignes directrices méthodologiques précises sur la manière dont les répercussions climatiques d'un projet de PPP devraient être évaluées pourrait être envisagée. Indépendamment des considérations relatives à l'atténuation, la mention des incidences sociales au paragraphe 3 donne une base juridique sur laquelle une autorité chargée d'approuver un projet de PPP pourrait s'appuyer pour exiger l'examen des effets néfastes que le projet pourrait avoir sur la santé humaine en cas de phénomène météorologique extrême. Pour les projets d'infrastructure qui concernent une route, un pont ou un tunnel, il pourrait par exemple être demandé aux auteurs du projet d'évaluer dans quelle mesure le projet pourrait contribuer à l'effet d'« îlot de chaleur » urbain.

27. Les dispositions types qui régissent la procédure d'attribution des contrats offrent également plusieurs portes d'entrée pour les considérations climatiques. Tel est en particulier le cas de la disposition type 10, selon laquelle les soumissionnaires intéressés doivent posséder les qualifications environnementales et les compétences professionnelles et techniques nécessaires⁴², et doivent respecter les normes éthiques et les autres normes applicables dans l'État concerné⁴³. La disposition type 19, selon laquelle l'évaluation des éléments techniques des propositions porte notamment sur

⁴⁰ La disposition type 1 évoque néanmoins la « viabilité à long terme » dans l'option 1 et dans l'option 2.

⁴¹ Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les partenariats public-privé, disposition type 5, par. 2, al. a).

⁴² Ibid., disposition type 10, al. a).

⁴³ Ibid., disposition type 10, al. c).

leur pertinence technique et sur le respect des normes environnementales⁴⁴, permet également de prendre en compte les questions climatiques.

D. Conclusions de l'Étude

28. L'Étude souligne que le débat sur les mesures juridiques permettant de mener une transition vers une société à faible émission de carbone et résiliente face aux changements climatiques s'est généralement polarisé sur des solutions où entrent en jeu des branches du droit comme le droit international, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit des droits humains, le droit de l'énergie et le droit de l'environnement. Elle constate toutefois que le droit privé peut lui aussi jouer un rôle important dans la lutte contre les changements climatiques et dans la réalisation des objectifs de l'Accord de Paris. Le droit des contrats, le droit de la responsabilité civile délictuelle, le droit des biens, le droit des sociétés et le droit commercial sont autant de leviers qui peuvent être utilisés pour lutter contre la crise climatique.

29. L'Étude constate par exemple que le droit privé pourrait contribuer à créer un environnement plus favorable aux investissements respectueux du climat en apportant plus de clarté, d'uniformité et de prévisibilité dans le domaine des échanges de droits d'émission de carbone. Des incertitudes subsistent encore dans de nombreux pays quant au statut juridique des crédits d'émission de carbone et à leur traitement juridique en droit interne. Les questions sur lesquelles une plus grande clarté est souvent jugée souhaitable sont notamment celles de savoir si les crédits d'émission peuvent être affectés en garantie et s'ils sont considérés comme des actifs dans le cas où une procédure d'insolvabilité est ouverte. En outre, les divergences qui peuvent exister entre les États concernant le traitement juridique réservé aux crédits d'émission tendent à créer des incertitudes et un cadre réglementaire complexe pour les acteurs privés. Les outils contractuels, qui permettent de gérer de manière plus prévisible les risques réglementaires auxquels sont exposés les acteurs des marchés du carbone réglementés ou volontaires, sont également une question sur laquelle une réflexion plus approfondie est jugée souhaitable.

30. L'Étude constate également que le droit privé pourrait aussi contribuer à créer un environnement plus favorable aux investissements respectueux du climat en permettant de s'attaquer à certains problèmes juridiques que l'on peut actuellement observer sur le marché international de l'utilisation du CO₂, encore nouveau mais en plein essor. Ces problèmes portent sur le statut juridique en droit national du CO₂ capté et utilisé à des fins commerciales, et sur la responsabilité des entités privées en cas de transfert d'émissions de carbone. L'Étude invite toutefois à la prudence à cet égard, car l'idée d'encourager l'utilisation commerciale du CO₂ pour accélérer la décarbonisation de l'économie mondiale est sujette à controverse.

31. Une évolution du droit privé, et plus particulièrement du droit des sociétés, pourrait également favoriser une prise en compte plus systématique des changements climatiques dans les décisions des entreprises. De nombreux pays sont déjà en train de mettre en œuvre des mesures pour obliger les entreprises à révéler leur exposition aux risques financiers liés au climat, et les juristes sont de plus en plus nombreux à interpréter l'obligation de loyauté des administrateurs et des dirigeants de société de telle manière qu'elle implique de tenir compte des changements climatiques. En outre, il est de plus en plus envisagé d'imposer un devoir de vigilance aux grandes entreprises afin de les encourager à faire le nécessaire pour atténuer les émissions de GES sur toute la chaîne logistique. Pour accélérer le rythme de ces évolutions et pour que les cadres juridiques nationaux soient réformés avec une certaine uniformité à l'avenir, de nouveaux textes, par exemple des dispositions législatives types ou des guides, pourraient toutefois être élaborés à l'échelle internationale.

⁴⁴ Ibid., disposition type 19, par. 1, al. a) et b).

32. L'Étude conclut que la CNUDCI pourrait jouer un rôle essentiel en matière d'atténuation des changements climatiques et d'adaptation et de résilience face à ces changements. L'adoption de textes juridiques sur de nouveaux sujets peut être envisagée, mais il convient de noter que les textes existants de la CNUDCI peuvent déjà être interprétés et appliqués de manière bénéfique pour le climat, même si des considérations climatiques n'y figurent pas expressément. Tel est notamment le cas des textes de la CNUDCI qui concernent l'arbitrage commercial, la passation des marchés publics et les partenariats public-privé. Afin de faciliter et d'encourager l'utilisation de ces textes comme outils juridiques efficaces dans la lutte contre les changements climatiques, des principes directeurs pourraient être adoptés pour préciser comment certaines dispositions de ces textes pourraient être appliquées pour contribuer à atteindre les objectifs climatiques.

III. Remarques à l'intention de la Commission

33. L'action climatique est devenue une préoccupation centrale du système des Nations Unies. Dans son rôle de coordonnateur, l'Envoyé spécial pour le financement de l'action climatique s'attache à faire évoluer les marchés financiers publics et privés et à mobiliser suffisamment de fonds privés pour atteindre l'objectif de 1,5 degré Celsius fixé dans l'Accord de Paris, ce qui passe par la mise en place des cadres pour l'information financière, la gestion des risques et les bénéfices des sociétés afin de prendre en compte les effets des changements climatiques dans les processus de prise de décisions du secteur financier et d'appuyer la transition vers une économie neutre en carbone.

34. La plupart des mesures à prendre pour atteindre les objectifs fixés dans l'Accord de Paris sont de nature politique, réglementaire ou technique, ou exigent des investissements publics ou privés. L'Étude a néanmoins permis de mettre en évidence quelques domaines dans lesquels le droit privé peut faciliter l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation et la résilience face à ces changements, et appuie généralement l'idée qu'il serait possible et souhaitable que la Commission entreprenne des travaux dans ces domaines. Bien que le financement de l'action climatique n'ait pas de rapport direct avec sa mission, la Commission pourrait estimer qu'il lui est possible d'apporter sa propre contribution à la réalisation des objectifs climatiques plus larges qui ont été adoptés par la communauté internationale en matière d'atténuation des changements climatiques et d'adaptation et de résilience face à ces changements. L'action climatique est l'un des 13 objectifs de développement durable que tous les organismes des Nations Unies sont invités à prendre en compte autant que possible dans le cadre de leurs activités. La Commission, qui a constamment souligné la pertinence de son programme de travail pour la défense de l'état de droit et la réalisation des objectifs de développement durable⁴⁵, pourrait donc réfléchir aux travaux proposés sur l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation et la résilience face à ces changements dans cette perspective et les considérer comme une contribution supplémentaire au Plan d'action mondial pour le climat. Le secrétariat a transmis l'Étude aux entités des Nations Unies intéressées, à savoir le Bureau de l'Envoyé spécial pour le financement de l'action climatique et le secrétariat du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), et transmettra à la Commission les observations que ces entités lui soumettront.

35. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être examiner les points suivants :

a) Question de savoir si elle souhaite entreprendre des travaux sur les aspects de l'atténuation des changements climatiques et de l'adaptation et de la résilience face à ces changements qui intéressent le droit privé et qui sont mentionnés dans les

⁴⁵ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17), par. 370 à 374.

sections A (« Questions de droit privé relatives aux investissements propres ») et B (« Droit privé et prise en compte des considérations climatiques dans les décisions des entreprises ») de l'aperçu de l'Étude ;

b) Portée de ces travaux (par exemple, faudrait-il traiter tous les domaines mentionnés dans l'Étude, ou seulement certains d'entre eux, ou le secrétariat devrait-il répertorier d'autres domaines possibles relevant du mandat de la Commission ?) ;

c) Dans l'affirmative, manière dont il convient de mener ces travaux (par exemple, en les confiant à un groupe de travail ou au secrétariat), si les ressources le permettent ;

d) Question de savoir s'il convient de demander au secrétariat d'élaborer, pour examen en temps voulu par la Commission, des documents d'orientation sur l'application pratique et l'interprétation des instruments existants de la CNUDCI (principalement ceux qui sont mentionnés dans la section C (« Instruments de la CNUDCI et action climatique »), mais peut-être aussi d'autres instruments) ;

e) Question de savoir si le secrétariat devrait, avec l'aide d'experts, examiner systématiquement les questions de droit privé que soulève l'action climatique, sous la forme d'une taxonomie ou d'une étude complémentaire, afin de permettre à la Commission de décider de l'opportunité d'élaborer des orientations concrètes sur le droit privé et l'action climatique.

36. Si les informations fournies ci-dessus ne sont pas suffisantes pour que la Commission puisse décider s'il convient de confier les travaux à un groupe de travail, ou si aucun groupe de travail n'est disponible pour les entreprendre, la Commission voudra peut-être demander au secrétariat de mener des recherches supplémentaires dans ce domaine, en consultation avec des experts extérieurs et avec des organisations intéressées, à l'intérieur du système des Nations Unies comme à l'extérieur. Elle pourra également envisager de prier le secrétariat d'organiser, en collaboration avec les organisations internationales compétentes et intéressées, un colloque ou une réunion d'experts sur les différentes questions juridiques relatives à l'atténuation des changements climatiques et à l'adaptation et à la résilience face à ces changements, dont les conclusions faciliteraient l'examen de la question à une session ultérieure.