



Assemblée générale

Distr. générale
31 août 2024
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-septième session
New York, 24 juin-12 juillet 2024

Étude CNUDCI/UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone vérifiés émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
A. Contexte de l'étude	3
B. Questions de terminologie et définition des notions fondamentales	4
C. Contours de l'étude	6
D. Éléments pris en compte pour l'élaboration de l'étude	8
II. Marchés du carbone : panorama de la situation mondiale	9
A. Marchés réglementés	10
1. Infrastructure des marchés	10
2. Nature juridique des crédits d'émission de carbone qui sont négociés sur les marchés réglementés	15
B. Marchés volontaires du carbone	18
1. Infrastructure des marchés	18
2. État actuel du marché	23
3. Problèmes d'intégrité et initiatives internationales récentes	23
C. Relations entre les marchés réglementés et les marchés volontaires du carbone	27



III. Questions juridiques actuelles concernant le commerce des crédits d'émission de carbone vérifiés émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone	29
A. Nature juridique des crédits d'émission de carbone vérifiés en droit privé.	30
1. Les crédits d'émission de carbone vérifiés considérés comme un ensemble de droits contractuels.	32
2. Les crédits d'émission de carbone vérifiés considérés comme des biens immatériels.	32
3. Les crédits d'émission de carbone vérifiés considérés comme des actifs numériques.	33
4. Implications juridiques du choix d'une qualification	34
5. Qualification juridique possible dans certains pays	34
B. Propriété des crédits d'émission de carbone vérifiés.	36
C. Opérations garanties et prise de sûretés	38
D. Transfert des crédits d'émission de carbone vérifiés.	40
E. Traitement en cas d'insolvabilité	43
F. Règlement des différends	44
G. Questions de droit applicable	45
Annexes	
I. Glossaire	48
II. Liste des abréviations.	50

I. Introduction

A. Contexte de l'étude*

1. À sa cinquante-quatrième session, en 2021, la Commission a entendu une proposition visant à examiner : i) 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 ii) 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 avait 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 avait alors 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 avait été ajouté que les États membres devraient peut-être mener d'autres consultations internes au sein de différentes agences gouvernementales 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, notamment l'Accord de Paris sur le climat de 2015. À l'issue du débat, la Commission avait 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 2022².

3. À sa cinquante-cinquième session, en 2022, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat résumant les conclusions et recommandations d'une étude sur les aspects des changements climatiques qui touchent au droit privé, qui avait été commandée à un expert externe, l'objectif étant de l'aider à déterminer s'il était souhaitable et possible d'entreprendre des travaux dans ce domaine³. Il avait alors été largement convenu que la question était importante et qu'il serait utile d'étudier comment la CNUDCI pourrait apporter sa propre contribution aux efforts déployés par la communauté internationale pour lutter contre les changements climatiques et en atténuer les effets, en actualisant les instruments de droit privé existants et, au besoin, en mettant au point de nouveaux mécanismes juridiques⁴. La Commission a demandé au secrétariat de poursuivre les recherches dans ce domaine, en consultation avec des spécialistes externes et des organisations intéressées, qu'elles fassent ou non partie du système des Nations Unies⁵. Elle a également prié le secrétariat d'organiser, en collaboration avec les organisations internationales compétentes et intéressées, un colloque ou une réunion de spécialistes sur les différentes questions juridiques relatives à l'atténuation des changements climatiques et à l'adaptation et à la résilience face à ces changements⁶.

* Le secrétariat tient à exprimer ses sincères remerciements à son consultant, M. Géraud de Lassus St-Geniès, et à M^{me} Giulia Previti (UNIDROIT), auteurs principaux de la présente étude, à M^{me} Priscila Andrade et à M^{me} Louise Gullifer (UNIDROIT) et à M^{me} Gérardine Goh Escolar (Secrétaire générale adjointe de la Conférence de La Haye de droit international privé), ainsi qu'aux différents experts qui ont participé à la première session du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires (Rome, 10-12 octobre 2023) et à la réunion conjointe du Groupe d'experts de la CNUDCI et du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires (Vienne, 31 janvier-1^{er} février 2024) pour leur contribution à l'élaboration de l'étude.

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

² *Ibid.*, par. 246.

³ *A/CN.9/1120* et *A/CN.9/1120/Add.1*.

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 17 (A/77/17)*, par. 212.

⁵ *Ibid.*, par. 216.

⁶ *Ibid.*

4. À sa cinquante-sixième session, en 2023, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur le sujet⁷, qui contenait des informations complémentaires et des commentaires reçus par le secrétariat sur les questions traitées dans les deux notes qu'elle avait examinées à sa cinquante-cinquième session. Elle a également entendu un rapport oral du secrétariat sur les conclusions du Colloque de la CNUDCI sur les changements climatiques et le droit commercial international⁸. À cette session, l'idée suivante a recueilli un large soutien : la CNUDCI pourrait apporter une contribution utile en faisant un état des lieux qui commencerait par le sujet des crédits d'émission de carbone volontaires, sur lequel des travaux étaient déjà en cours à l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), état des lieux qui aiderait les États à évaluer les différentes manières dont ils peuvent traiter les questions juridiques pertinentes, en particulier quant à la nature juridique desdits crédits⁹. Il a été ajouté que, s'agissant de ces travaux, il serait important de décrire et d'analyser les problèmes plutôt que de prescrire des solutions possibles ou d'élaborer des modèles, afin d'éviter les interférences et les doubles emplois avec les travaux qui sont menés par les organes compétents dans le cadre des accords internationaux existants en ce qui concerne les changements climatiques¹⁰. En outre, il a été souligné que ces travaux devraient être ouverts à tous, notamment en ce qui concerne la participation d'experts représentant des États Membres, en particulier des pays en développement, et devraient permettre aux responsables gouvernementaux compétents de fournir des informations et des contributions de fond concernant leurs politiques et leurs pratiques¹¹.

5. À l'issue du débat, la Commission a prié, dans le cadre de son mandat, le secrétariat de consulter tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies en vue d'élaborer une étude plus détaillée sur les aspects du droit commercial international liés aux crédits d'émission de carbone volontaires. Elle a ajouté que cette étude devrait prendre en compte les textes issus d'autres instances et processus pertinents, y compris la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (ci-après la « Convention ») et aider à déterminer si les travaux menés par la CNUDCI seraient redondants. En outre, la Commission a prié le secrétariat de mener cette étude en coopération et en collaboration avec le secrétariat de la Convention, UNIDROIT, la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) et d'autres organisations disposant des compétences voulues¹².

6. Afin de mettre en place la collaboration et la coopération susmentionnées, le secrétariat et les experts qu'il a désignés ont participé à la première session du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires, qui s'est tenue à Rome en octobre 2023 (voir par. 20 ci-après). En outre, une réunion conjointe du Groupe d'experts de la CNUDCI et du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires s'est tenue à Vienne les 31 janvier et 1^{er} février 2024. À ce stade de l'exécution de leurs mandats respectifs, la CNUDCI et UNIDROIT sont convenus de rédiger conjointement la présente étude.

B. Questions de terminologie et définition des notions fondamentales

7. Bien que l'expression « crédits d'émission de carbone volontaires » soit largement utilisée, y compris par les acteurs des marchés du carbone eux-mêmes, les experts qui ont été consultés pour l'élaboration de la présente étude ont recommandé de ne pas l'employer. Ils ont expliqué que cette expression n'était pas assez précise et que le mot « volontaire » pouvait être source de confusion et d'erreurs. Pour ces

⁷ A/CN.9/1153 et A/CN.9/1153/Add.1.

⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-huitième session, Supplément n° 17 (A/78/17)*, par. 189.

⁹ *Ibid.*, par. 198.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, par. 199.

experts, l'objet de l'étude détaillée que la Commission avait demandé de mener à sa cinquante-sixième session, en 2023, est plus précisément les « crédits d'émission de carbone vérifiés émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone ». Par souci de clarté, il a été proposé d'utiliser cette expression.

8. Conformément à cette proposition, l'expression « crédits d'émission de carbone vérifiés émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone » est employée dans la présente étude à la place de « crédits d'émission de carbone volontaires ». Pour expliquer les raisons qui ont conduit à cette modification, il convient de présenter certaines notions fondamentales des marchés du carbone dès maintenant.

9. Un marché du carbone peut être défini comme un marché sur lequel des crédits d'émission de carbone sont négociés. Tous les crédits d'émission ne sont cependant pas identiques. Ils peuvent être générés par différentes méthodes et différents mécanismes, ils peuvent représenter différentes choses ou permettre à leurs détenteurs d'agir de diverses manières ou de prendre différentes mesures, et ils peuvent être utilisés à différentes fins. Différents types de crédits d'émission de carbone peuvent donc être achetés et vendus sur un marché du carbone. Il est donc difficile de donner une définition unique, complète et précise des « crédits d'émission de carbone ». Par conséquent, cette expression devrait être considérée comme une simple formule générique qui désigne l'un des différents types d'unités qui sont négociées sur les marchés du carbone.

10. Un « crédit d'émission de carbone vérifié » (CECV) est un type de crédit d'émission particulier. Il peut être défini comme une unité représentant le fait qu'une tonne d'équivalent CO₂ n'a pas été émise (c'est-à-dire qu'elle n'a pas été rejetée dans l'atmosphère) ou a été éliminée de l'atmosphère grâce à un projet précis d'atténuation des changements climatiques, reconnu comme tel par un émetteur tiers ou un État¹³. Ces crédits sont dits « vérifiés » parce qu'ils ne sont délivrés qu'après avoir fait l'objet d'une vérification. Lors de ce processus, une tierce partie indépendante et réputée vérifie qu'un projet précis d'atténuation des changements climatiques a effectivement permis de ne pas rejeter ou d'éliminer une certaine quantité d'équivalent CO₂, ce qui n'aurait pas eu lieu si le projet n'avait pas été mis en œuvre. L'expression « tierce partie » montre que l'entité chargée de procéder à la vérification n'est pas celle qui mène le projet d'atténuation des changements climatiques ni celle qui délivre les CECV. En résumé, ces derniers peuvent être considérés comme des crédits d'émission qui ont été générés selon une « recette » particulière, qui comprend une phase de certification et de vérification. Les CECV ne sont délivrés qu'à l'issue de ce processus (voir par. 57 ci-après).

11. Deux types d'entités peuvent délivrer des CECV : i) les autorités publiques (organisations intergouvernementales, organismes internationaux, États et administrations infranationales, par exemple) ; et ii) les organismes indépendants de normalisation du carbone. Ces derniers sont des entités de droit privé (entités non gérées par les autorités publiques) qui attestent qu'un projet d'atténuation des changements climatiques a permis de réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) ou d'éliminer des GES de l'atmosphère (voir par. 57 ci-après)¹⁴. Sous certaines conditions, chaque organisme indépendant de normalisation du carbone propose de délivrer des CECV en cas de réduction des émissions de GES ou d'absorption de GES qui a été confirmée selon les règles de l'organisme concerné.

¹³ Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) définit le terme « atténuation » comme une « [i]ntervention humaine destinée à réduire les émissions ou à renforcer les puits de gaz à effet de serre » (*Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the IPCC*, annexe I, p. 126).

¹⁴ Les organismes indépendants de normalisation du carbone sont aussi parfois appelés organismes de normalisation et de certification ou programmes indépendants d'attribution de crédits. En l'absence de définition normalisée et acceptée sur tous les marchés du carbone, l'expression « organismes indépendants de normalisation du carbone » sera utilisée dans toute l'étude.

12. Qu'ils soient délivrés par une autorité publique ou par un organisme indépendant de normalisation du carbone, les CECV sont aujourd'hui couramment appelés « crédits d'émission de carbone volontaires » sur les marchés du carbone. Cela tient sans doute au fait que l'achat de CECV est dans la plupart des cas – mais pas toujours – « volontaire ». Autrement dit, la législation et la réglementation n'imposent généralement pas aux émetteurs de GES d'acheter des CECV pour se conformer à des programmes obligatoires particuliers. Elles peuvent toutefois autoriser l'utilisation de CECV (qu'ils soient délivrés par une autorité publique ou par un organisme indépendant de normalisation du carbone) pour se conformer à des programmes obligatoires particuliers, sans exiger de les utiliser à cette fin. En outre, de nombreuses entreprises privées achètent des CECV délivrés par un organisme indépendant de normalisation du carbone afin de montrer les progrès qui ont été accomplis dans la réalisation d'objectifs d'atténuation volontaires (c'est-à-dire des objectifs que les entreprises se sont fixés sans y être obligées par la législation et par la réglementation). À proprement parler, ce ne sont donc pas les crédits d'émission eux-mêmes qui sont « volontaires », mais la demande de tels crédits (en ce sens que la demande ne vise pas à remplir une obligation légale). En tout état de cause, l'expression « crédits d'émission de carbone volontaires » est interprétée de différentes manières dans la pratique, et désigne soit les CECV délivrés par une autorité publique, soit ceux émis par un organisme indépendant de normalisation du carbone, soit les deux.

13. Afin d'éviter toute confusion sur l'objet et les contours de la présente étude, l'expression « CECV émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone » a été préférée à « crédits d'émission de carbone volontaires ». Dans cet esprit, il a été établi pendant les consultations menées pour élaborer cette étude que l'expression « marché volontaire du carbone pour les CECV émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone » convient mieux pour décrire un marché sur lequel les CECV émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone sont négociés.

14. Pour faciliter la lecture, il convient de souligner que : i) le sigle « CECV » est utilisé dans toute l'étude pour désigner les « crédits d'émission de carbone émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone » ; ii) les CECV délivrés par une autorité publique sont expressément désignés comme tels ; iii) l'expression « crédits d'émission de carbone volontaires » a été conservée lorsqu'elle est utilisée dans une citation ou comme titre d'un document ou d'une initiative ; et iv) le sigle « MVC » est employé pour désigner un « marché volontaire du carbone où les CECV sont émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone ».

C. Contours de l'étude

15. En réponse à la demande que la Commission a adressée au secrétariat à sa cinquante-sixième session, l'étude qui suit donne un aperçu comparatif des questions juridiques relatives aux CECV afin d'aider les États à évaluer les différentes manières dont ils peuvent traiter les questions juridiques pertinentes, en particulier en ce qui concerne la nature juridique des CECV.

16. L'étude ne vise pas à analyser les régimes réglementaires qui sont gérés par les autorités publiques, au niveau national ou international, et dans le cadre desquels des crédits d'émission de carbone sont délivrés, ou qui exigent ou autorisent l'utilisation de tels crédits afin de respecter la législation. Ainsi, les mécanismes d'échange de droits d'émission¹⁵ réglementés, par exemple les systèmes de plafonnement et

¹⁵ Dans le cadre de cette étude, les mécanismes d'échange de droits d'émission doivent être considérés comme un type de mécanisme qui donne lieu à la délivrance de crédits d'émission ou exige ou autorise l'utilisation de tels crédits. Les systèmes de plafonnement et d'échange des droits d'émission et les mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence sont des types particuliers de mécanismes d'échange de droits d'émission.

d'échange des droits d'émission¹⁶ et les mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence¹⁷ qui sont gérés par les autorités publiques (y compris le mécanisme prévu par le paragraphe 4 de l'article 6 de l'Accord de Paris), le Régime de compensation et de réduction de carbone pour l'aviation internationale (CORSIA) et les démarches concertées qui sont visées au paragraphe 2 de l'article 6 de l'Accord de Paris, n'entrent pas dans le cadre de cette étude. De même, celle-ci ne vise pas à examiner la question des crédits d'émission qui peuvent être délivrés au titre de ces mécanismes (droits d'émission qui sont accordés dans le cadre des systèmes de plafonnement et d'échange des droits d'émission, par exemple), les CECV qui sont délivrés par une autorité publique au titre de mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence, par exemple les instruments qui peuvent être délivrés par l'organe de supervision qui est visé au paragraphe 4 de l'article 6 de l'Accord de Paris (A6.4RE¹⁸ et contribution à l'atténuation) et les résultats d'atténuation transférés au niveau international.

17. Il convient toutefois de souligner que les MVC et les mécanismes gérés par les États qui donnent lieu à l'émission de crédits d'émission ou exigent ou autorisent l'utilisation de tels crédits afin de respecter la législation ne sont pas totalement différents. On observe en effet une convergence croissante entre les deux, car les CECV sont parfois utilisés pour respecter les règles d'un mécanisme établi par un État (voir par. 76 ci-après). En outre, certains États ont adopté une réglementation pour surveiller le développement des MVC sur leur territoire (voir par. 53 ci-après). De surcroît, il existe des similitudes entre certaines questions juridiques qui se posent actuellement pour le commerce international des CECV et les questions qui peuvent se poser pour les mécanismes publics dans lesquels des crédits d'émission entrent en jeu. Ainsi, bien que la présente étude porte sur les CECV, elle donne également un aperçu de l'écosystème complexe des marchés du carbone (dont font partie les CECV), dans la mesure où cet aperçu est utile pour examiner les aspects du droit commercial international liés aux CECV.

18. Conformément à la demande formulée par la Commission, cette étude se limite en outre à recenser les questions juridiques relatives aux CECV qui ont ou pourraient avoir une incidence sur le commerce international de tels crédits. En d'autres termes, dans la présente étude, les CECV ne sont considérés que comme des objets du commerce international qui ont été correctement créés (c'est-à-dire qu'ils ont été créés conformément aux règles des organismes indépendants de normalisation du carbone qui les ont délivrés). Toutes les questions juridiques relatives aux CECV ne sont donc pas abordées dans la présente étude. Les questions juridiques qui peuvent se poser en cas de non-respect des règles instaurées par un organisme indépendant de normalisation du carbone ou de la législation et de la réglementation nationale ou locale (droit foncier et obtention d'un consentement préalable, libre et éclairé, par exemple) ne sont pas traitées ici. L'étude porte plutôt sur les principales questions ou incertitudes juridiques qui surviennent ou peuvent survenir dans le cadre du commerce international des CECV, et vise à encourager les discussions sur les moyens d'améliorer la sécurité juridique dans ce domaine.

¹⁶ Dans un système de plafonnement et d'échange des droits d'émission, une limite supérieure d'émissions de GES est fixée et des droits d'émission sont accordés en fonction de cette limite. Les entités qui sont concernées par un tel système reçoivent ou doivent acheter des droits d'émission négociables, qui constituent généralement un permis d'émettre une tonne d'équivalent CO₂. À la fin d'un cycle de conformité, les entités concernées sont tenues de restituer autant de droits d'émission que la quantité d'équivalent CO₂ qu'elles ont émise. Voir également le paragraphe 28 ci-après.

¹⁷ Pour un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence, une telle valeur est définie pour les émissions ou les absorptions de GES (en fonction d'un scénario de base, d'une moyenne historique ou d'une norme ou d'un critère de performance), et, si une réduction ou une absorption d'émission est supérieure à cette valeur, des crédits d'émission, qui peuvent en principe être négociés et utilisés par une autre entité pour compenser les émissions qu'elle a générées ailleurs, sont délivrés. Voir également le paragraphe 31 ci-après.

¹⁸ Le sigle « A6.4RE » désigne les réductions d'émissions visées au paragraphe 4 de l'article 6 de l'Accord de Paris et résultant du mécanisme établi au même paragraphe.

D. Éléments pris en compte pour l'élaboration de l'étude

19. À sa cinquante-sixième session, la Commission a prié le secrétariat de consulter tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies en vue d'élaborer une étude plus détaillée sur les aspects du droit commercial international liés aux CECV. Il a été suggéré que des questionnaires soient envoyés par le secrétariat. Ce dernier a également été prié d'inviter tous les États Membres de l'ONU à désigner des experts susceptibles de contribuer aux travaux qu'il mène dans ce domaine. Par conséquent, le secrétariat a envoyé un questionnaire à tous les États Membres de l'ONU le 6 octobre 2023 afin de recueillir des informations concernant leur législation applicable en matière d'échanges de droits d'émission de carbone, l'état des MVC sur leur territoire et la nature juridique des crédits d'émission en droit interne (par exemple, droits d'émission ou CECV délivrés par une autorité publique ou par un organisme indépendant de normalisation du carbone). Dans ce questionnaire, il invitait également tous les États Membres à désigner des experts susceptibles de contribuer aux travaux qu'il mène dans ce domaine. En mars 2024, 32 réponses au questionnaire provenant de pays d'Afrique, d'Asie, d'Europe, d'Amérique centrale, d'Amérique du Nord et d'Amérique du Sud, avaient été transmises au secrétariat et prises en compte pour l'élaboration de la présente étude¹⁹. En outre, le secrétariat a invité les experts désignés par les États à formuler des observations sur une version préliminaire de l'étude détaillée, et les observations reçues²⁰ ont été prises en considération pour l'élaboration de la présente étude.

20. Les travaux qui ont été menés par UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires ont également été pris en considération. À sa quatre-vingt-unième session, en 2022, l'Assemblée générale d'UNIDROIT a fait sienne la recommandation du Conseil de direction d'UNIDROIT tendant à faire figurer un projet destiné à analyser la nature juridique et d'autres aspects de droit privé des crédits d'émission de carbone volontaires dans le Programme de travail 2023-2025 de l'Institut. À la suite de cette décision, le Secrétariat d'UNIDROIT a organisé deux ateliers consultatifs exploratoires en collaboration avec le Groupe de la Banque mondiale et l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA) en 2023. La même année, le Conseil de direction de l'Institut a confirmé l'autorisation de créer un groupe de travail sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires et a encouragé à poursuivre la coordination dans ce domaine avec d'autres entités internationales comme la CNUDCI. Ce groupe de travail, qui était composé de représentantes et de représentants des entités compétentes (secrétariat de la Convention, Groupe de la Banque mondiale, HCCH et secrétariat de la CNUDCI, par exemple), d'universitaires et de praticiens du droit spécialisés dans les CECV, a tenu sa première réunion en octobre 2023. Le document de réflexion qui a été établi pour cette réunion²¹ et les débats qui ont eu lieu pendant la réunion ont été pris en compte pour l'élaboration de la présente étude.

21. Une version préliminaire de l'étude a été présentée et examinée à une réunion conjointe du Groupe d'experts de la CNUDCI et du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires, qui a été organisée par le secrétariat de la CNUDCI et par le Secrétariat d'UNIDROIT à Vienne les 31 janvier et 1^{er} février 2024. Les observations qui ont été formulées pendant cette réunion, à laquelle ont participé des représentantes et des représentants des entités compétentes (secrétariat de la Convention, Groupe de la Banque mondiale, HCCH, International Emissions Trading Association, ISDA et Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), par exemple), ainsi que des universitaires et des

¹⁹ Argentine, Australie, Brésil, Brunéi Darussalam, Burkina Faso, Canada, Côte d'Ivoire, Croatie, El Salvador, États-Unis, Fédération de Russie, Guatemala, Guyana, Irlande, Israël, Japon, Kazakhstan, Malaisie, Mexique, Myanmar, Norvège, Oman, Panama, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Singapour, Slovénie, Sri Lanka, Thaïlande, Türkiye et Turkménistan.

²⁰ Des observations ont été formulées par les experts désignés par la Chine et par les États-Unis.

²¹ UNIDROIT, *Issues Paper*, Study LXXXVI – W.G.1 – Doc. 2, octobre 2023.

praticiens du droit spécialisés dans les CECV, ont été prises en compte dans la version suivante de l'étude détaillée.

22. En outre, les rapports sur les CECV qui ont été établis par des acteurs compétents comme le Groupe de la Banque mondiale, l'ISDA, l'OICV ou l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont également été utilisés pour élaborer la présente étude. Le contenu des notes sur le thème de l'atténuation des changements climatiques et de l'adaptation et de la résilience face à ces changements que le secrétariat a présentées à la Commission à ses cinquante-quatrième et cinquante-cinquième sessions a également été pris en compte pour l'élaboration de la présente étude.

II. Marchés du carbone : panorama de la situation mondiale

23. L'idée de négocier des crédits d'émission de carbone représentant une certaine réduction d'émissions de GES ou une certaine quantité de GES éliminée de l'atmosphère et de permettre leur utilisation afin de montrer les progrès accomplis dans la réalisation des objectifs d'atténuation a été formulée pour la première fois lors des négociations de la Convention, qui a été adoptée en 1992.

24. C'est toutefois seulement en 1997, lorsque le Protocole de Kyoto à la Convention a été adopté, qu'un marché mondial du carbone a vu le jour. Ce traité a créé trois mécanismes de marché : i) un mécanisme international d'échange de droits d'émission, par l'intermédiaire duquel les Parties énumérées à l'annexe I de la Convention (les « Parties visées à l'annexe I ») peuvent négocier des unités des émissions qui ont été autorisées dans le cadre des objectifs fixés par le Protocole de Kyoto pour la période d'engagement 2008-2012, c'est-à-dire des unités de quantité attribuée, chacune représentant une tonne d'équivalent CO₂ ; ii) un mécanisme appelé « mécanisme d'application conjointe », qui permettait aux Parties visées à l'annexe I d'obtenir des unités de réduction des émissions dans le cadre d'un projet de réduction ou d'absorption des émissions sur le territoire d'une autre Partie visée à l'annexe I, chacune de ces unités représentant une tonne d'équivalent CO₂ ; et iii) un mécanisme appelé « mécanisme pour un développement propre » (MDP), qui permettait aux Parties visées à l'annexe I d'obtenir des unités de réduction certifiée des émissions en investissant dans des projets de réduction des émissions de GES sur le territoire de Parties non visées à l'annexe I, chacune de ces unités représentant une tonne d'équivalent CO₂²². Les unités de quantité attribuée, les unités de réduction des émissions et les unités de réduction certifiée des émissions étaient toutes des unités négociables qui pouvaient être prises en compte pour la réalisation des objectifs de Kyoto²³.

25. Depuis lors, les marchés du carbone se sont considérablement développés. Ils forment aujourd'hui un écosystème complexe et fragmenté, dans lequel différents types de crédits d'émission – générés dans le cadre de différents types de mécanismes – sont négociés sur différents marchés du carbone²⁴. Ces derniers peuvent être internationaux, régionaux, nationaux ou infranationaux. On considère généralement qu'il existe deux catégories de marchés du carbone : les marchés réglementés et les MVC.

²² Protocole de Kyoto, respectivement aux articles 17, 6 et 12.

²³ Convention-cadre sur les changements climatiques, « Emissions Trading », disponible à l'adresse <https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/mechanisms/emissions-trading>.

²⁴ OICV, *Compliance Carbon Markets. Final Report*, FR/09/23, juillet 2023, p. 4 (où il est expliqué que l'« écosystème des marchés du carbone est complexe, car il existe différents types de marchés et différents mécanismes applicables pour chaque marché »).

A. Marchés réglementés

26. Un marché réglementé est un marché du carbone qui a été créé par des mécanismes qui présentent deux caractéristiques. Ces mécanismes : i) sont gérés par une autorité publique ; et ii) donnent lieu à la délivrance de crédits d'émission ou exigent ou autorisent l'utilisation de tels crédits afin de respecter la législation. Les marchés réglementés peuvent être créés par différents mécanismes. Dans la plupart des cas, ces mécanismes reposent sur la délivrance de crédits d'émission, que les émetteurs de GES doivent ou peuvent utiliser pour respecter la législation. Comme on le verra ci-après, cette règle ne se vérifie pas systématiquement.

27. Les paragraphes suivants présentent les principaux mécanismes par lesquels les marchés réglementés existants ont été créés, que ce soit à l'échelle nationale ou internationale, et analysent la question de la qualification juridique des crédits d'émission qui sont négociés sur de tels marchés.

1. Infrastructure des marchés

i) À l'échelle nationale

28. Un marché réglementé peut être créé par un mécanisme appelé « plafonnement et échange des droits d'émission ». Dans ce type de mécanisme, une autorité de contrôle (État, organisation régionale, groupe d'États ou entité infranationale, par exemple) fixe un niveau maximal d'émissions qui peuvent être émis sur une période donnée (le « plafond »). En fonction de ce plafond, les émetteurs de GES reconnus comme tels par l'autorité de contrôle reçoivent un certain nombre de droits d'émission ou ont la possibilité d'en acheter auprès de l'autorité publique compétente. Ces droits peuvent ensuite être échangés entre les participants (il y a alors un « échange »). À la fin de la période, ces entités sont tenues de restituer un droit pour chaque tonne d'équivalent CO₂ qu'elles ont émise au cours de la période. Comme les droits d'émission peuvent être échangés entre participants, les entités qui réduisent leurs émissions peuvent vendre leurs droits à des entités qui risquent de ne pas disposer de suffisamment de droits reçus ou achetés pour couvrir leurs émissions²⁵.

29. Dans leur réponse au questionnaire envoyé par le secrétariat, plusieurs États ont expliqué qu'un ou plusieurs systèmes de plafonnement et d'échange des droits d'émission existaient sur leur territoire. Tel est notamment le cas du Canada (au Québec), de la Chine, des États-Unis d'Amérique (à l'échelle infranationale : en Californie et dans les États du nord-est du pays dans le cadre de l'Initiative régionale sur les gaz à effet de serre)²⁶, de la Fédération de Russie (qui teste un système de plafonnement et d'échange des droits d'émission dans la région de Sakhaline), du Japon (à Tokyo et dans la préfecture de Saitama), du Kazakhstan, du Mexique, de la Norvège (qui participe au système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (UE) sur le même fondement juridique que les États membres de l'Union européenne) et des États membres de l'Union européenne²⁷.

30. Des systèmes de plafonnement et d'échange des droits d'émission sont également en vigueur en Suisse²⁸, au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord²⁹ et en République de Corée³⁰. En outre, certains pays étudient la possibilité de mettre en place un tel système sur leur territoire. Ainsi, dans sa réponse au

²⁵ A/CN.9/1120, par. 12.

²⁶ Canada, États-Unis, Fédération de Russie, Japon, Kazakhstan, Mexique et Norvège (réponses à la question 1 a) posée par la CNUDCI) ; expert désigné par la Chine, « Comments on the Draft UNCITRAL/UNIDROIT Study on the Legal Nature of Voluntary Carbon Credits ».

²⁷ Croatie ; Irlande ; Slovaquie (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI). Il convient de noter que le système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne, appelé « SEQE-UE », s'applique dans tous les États membres de l'Union.

²⁸ Suisse, loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ (23 décembre 2011).

²⁹ Royaume-Uni, The Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme Order (2020).

³⁰ République de Corée, loi sur l'attribution et le commerce de permis d'émission de gaz à effet de serre (loi n° 11419 du 14 mai 2012).

questionnaire, le Brésil a expliqué qu'une proposition de loi prévoyant la création d'un système réglementé fondé sur un « plafond d'émission [de GES] et sur la négociation d'actifs qui représentent des émissions de GES, des réductions d'émission ou des absorptions de GES » était en cours d'examen au Congrès³¹. Des mesures législatives visant à mettre en place un système obligatoire de plafonnement et d'échange des droits d'émission sont également en cours d'élaboration en Türkiye³². Selon le Partenariat international d'action sur le carbone, 28 systèmes de plafonnement et d'échange des droits d'émission sont actuellement en vigueur dans le monde. De tels systèmes sont en cours d'élaboration dans 8 pays et sont à l'étude dans 12 autres³³.

31. Les États peuvent également mettre en place un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence, ce qui conduit à la création de marchés réglementés. Dans ce type de mécanisme, une valeur de référence est définie pour les émissions ou les absorptions de GES, et, si une réduction ou une absorption d'émission est supérieure à cette valeur, des crédits d'émission, qui peuvent en principe être négociés, sont délivrés. Le mode de fonctionnement des mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence peut varier en fonction du type de référence (« scénario de base », moyenne historique ou norme ou critère de performance) qui a été choisi.

32. Un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence a par exemple été mis en place au Canada (à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial)³⁴. Dans ce type de mécanisme, appelé « système de tarification fondé sur le rendement », une installation ne doit pas dépasser la limite annuelle qui a été préalablement définie pour les émissions de GES fondées sur le rendement, conformément à la réglementation applicable. Une installation qui ne dépasse pas ce plafond reçoit du gouvernement des crédits d'émission de carbone (appelés « crédits excédentaires ») pour la part de ses émissions qui est inférieure au plafond. De tels crédits peuvent être échangés avec des installations dont les émissions sont supérieures à la limite annuelle et ces installations peuvent les utiliser pour compenser la part des émissions qui dépasse la limite. Il existe un mécanisme similaire en Australie : les installations dont les émissions dépassent un certain seuil sont soumises à des limites légales d'émissions nettes de GES, appelées « valeurs de référence ». Des crédits négociables sont délivrés aux installations dont les émissions sont inférieures aux valeurs de référence, et ils peuvent être achetés et restitués par les installations qui doivent faire baisser leurs émissions nettes³⁵.

33. Dans le cadre d'un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence qui repose sur l'hypothèse que les pratiques et les règles de fonctionnement restent inchangées (« scénario de base »), les crédits sont généralement délivrés selon une méthode prédéfinie et pour des projets d'atténuation particuliers (souvent définis par la législation et par la réglementation) qui permettent d'obtenir des réductions ou des absorptions d'émissions qui ne se seraient pas produites si le projet en question n'avait pas été mis en œuvre. Bien souvent, la législation et la réglementation imposent à une tierce partie indépendante de vérifier que cette condition, appelée « additionnalité », est remplie³⁶. Ainsi, les crédits d'émission de carbone qui sont accordés dans le cadre de mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence

³¹ Brésil (réponses aux questions 1 a) et 1 b) posées par la CNUDCI).

³² Türkiye (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

³³ Partenariat international d'action sur le carbone, « Carte ETS », disponible à l'adresse <https://icapcarbonaction.com/fr/ets>.

³⁴ Canada (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

³⁵ Australie (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

³⁶ Expert désigné par la Chine, « Comments on the Draft UNCITRAL/UNIDROIT Study on the Legal Nature of Voluntary Carbon Credits ». La législation et la réglementation établissent souvent des critères précis que les tierces parties indépendantes (qui peuvent être des entités de droit privé) doivent remplir pour que les autorités publiques les autorisent à effectuer cette vérification. En outre, pour certains mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence, le résultat de la vérification qui a été menée par une tierce partie indépendante peut être réévalué par une autorité publique. Tel est notamment le cas en Chine, où la procédure aboutit à la délivrance d'unités chinoises de réduction certifiée des émissions.

et reposant sur un scénario de base sont souvent des CECV qui ont été délivrés par une autorité publique. Dans de nombreux pays, ce type de CECV est appelé « crédit compensatoire » par la législation et la réglementation pour indiquer qu'il peut être utilisé par une entité pour compenser ses émissions.

34. Dans un mécanisme dans lequel des crédits d'émission entrent en jeu, la « compensation » des émissions de GES désigne le fait d'utiliser des crédits d'émission pour calculer le niveau net de GES qui ont été émis par une entité sur une période donnée. On dit généralement qu'une entité a « compensé » ses émissions lorsqu'elle a soustrait de la quantité de GES qu'elle a réellement émise une quantité de GES représentée par des crédits d'émission. La compensation peut ainsi être considérée comme une opération comptable visant à établir un bilan net des émissions de GES.

35. Pour attester de cette opération comptable, et parce que les crédits d'émission sont généralement consignés dans un registre électronique, les détenteurs de crédits d'émission qui les ont utilisés à des fins de compensation peuvent demander ou pourraient être obligés de demander au responsable du registre dans lequel ces crédits sont enregistrés de les retirer du registre. Une fois cette opération effectuée, les crédits sont définitivement transférés sur un compte particulier qui indique qu'ils ont été utilisés pour calculer un bilan net des émissions de GES et qu'ils ne peuvent donc plus être vendus ou utilisés de nouveau à des fins de compensation. Le retrait des crédits d'émission permet aux entités qui font une déclaration de compensation (c'est-à-dire aux entités qui publient le niveau de leurs émissions nettes) de fournir des preuves à l'appui d'une telle déclaration³⁷. Le terme « retrait » est utilisé pour les marchés réglementés et pour les MVC.

36. Dans leur réponse au questionnaire envoyé par le secrétariat, plusieurs États ont expliqué qu'il existait un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence qui était géré par une autorité publique dans leur pays. Tel est notamment le cas de l'Australie³⁸, du Canada³⁹, de la Chine⁴⁰, des États-Unis⁴¹, de la Fédération de Russie⁴², de la France⁴³, du Japon⁴⁴, du Kazakhstan⁴⁵, du Mexique⁴⁶ et de la Thaïlande⁴⁷. D'autres États (Brésil⁴⁸ et Panama⁴⁹, par exemple) ont expliqué qu'ils étaient en train d'élaborer un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence. L'Union européenne examine actuellement une proposition de règlement sur la

³⁷ Même si le terme « compensation » est largement utilisé par les acteurs des marchés du carbone, certains experts ont expliqué, lors des consultations qui ont été menées pour élaborer la présente étude, qu'il ne devrait pas être utilisé pour les MVC, car il comporte une connotation juridique qui semble incompatible avec le fait que les acteurs des MVC ne sont soumis à aucune exigence de conformité.

³⁸ Australie (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

³⁹ Canada (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

⁴⁰ Expert désigné par la Chine, « Comments on the Draft UNCITRAL/UNIDROIT Study on the Legal Nature of Voluntary Carbon Credits ». Un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence, dans le cadre duquel des unités chinoises de réduction certifiée des émissions sont délivrées, a été mis en place en 2012 dans le pays. En 2017, ce mécanisme a toutefois été temporairement suspendu en raison du faible volume d'échanges et de l'absence de normes de contrôle pour le carbone. Une nouvelle réglementation a été édictée en octobre 2023 et ce mécanisme a été officiellement rétabli en janvier 2024. Il convient de noter que les unités chinoises de réduction certifiée des émissions sont des CECC délivrés par une autorité publique.

⁴¹ États-Unis (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

⁴² Fédération de Russie (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

⁴³ France, décret n° 2018-1043 du 28 novembre 2018 créant un label « Bas-Carbone ».

⁴⁴ Japon (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

⁴⁵ Kazakhstan (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁴⁶ Mexique (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁴⁷ Thaïlande (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

⁴⁸ Brésil (réponse à la question 1 b) posée par la CNUDCI).

⁴⁹ Panama (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

certification des absorptions de carbone, qui établirait un cadre volontaire à l'échelle de l'UE, dans lequel des unités d'absorption de carbone seraient délivrées⁵⁰.

37. Les mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence peuvent être des programmes autonomes ou être associés à d'autres mécanismes de marché. Dans le cadre d'un programme autonome (en France et en Thaïlande, par exemple), les crédits d'émission qui sont délivrés par une autorité publique peuvent être utilisés librement par les entreprises privées (c'est-à-dire sans y être obligées par la loi) pour établir et publier un bilan net des émissions de GES. Des particuliers peuvent aussi acheter ce type de crédits uniquement pour le bien de l'environnement. Lorsqu'un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence est associé à un mécanisme de marché, par exemple à un système de plafonnement et d'échange des droits d'émission (au Mexique, au Québec, en Chine et dans les États des États-Unis qui participent à l'Initiative régionale sur les gaz à effet de serre, par exemple), les crédits délivrés peuvent être utilisés comme moyen de respecter la législation (de la même manière que les droits d'émission)⁵¹. Certains mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence sont toutefois de nature hybride. Au Canada, par exemple, les crédits compensatoires qui sont délivrés dans le cadre du programme fédéral de compensation des émissions de carbone peuvent être utilisés soit pour justifier des déclarations de compensation volontaire, soit pour respecter les règles du système obligatoire de tarification fondé sur le rendement⁵². De même, en Australie, les unités de crédits d'émission de carbone australiennes (qui sont des crédits délivrés par l'État) peuvent être utilisées par des acteurs privés pour compenser volontairement leurs émissions ou respecter les règles du Mécanisme de protection (un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence pour lequel la référence est une norme de performance)⁵³.

38. Dans leur réponse au questionnaire, plusieurs États ont expliqué qu'ils élaboraient ou envisageaient d'élaborer un mécanisme d'échange de droits d'émission sur leur territoire, sans préciser la forme que ce mécanisme prendrait ou pourrait prendre. Ainsi, le Brunéi Darussalam a répondu qu'il examinait des études préalables qui portent sur les instruments de tarification du carbone, y compris sur les mécanismes d'échange de droits d'émission⁵⁴. La République dominicaine a expliqué qu'elle élaborait un projet de loi sur les changements climatiques, qui portera notamment sur les marchés du carbone⁵⁵. El Salvador a répondu que des travaux avaient été engagés concernant un projet de loi-cadre sur les changements climatiques, où la question des marchés du carbone serait traitée⁵⁶. Israël a expliqué que des discussions préliminaires étaient en cours entre les organismes publics, les parties prenantes et les juristes spécialisés afin d'examiner l'opportunité d'établir un mécanisme d'échange de droits d'émission⁵⁷. Sri Lanka a répondu qu'elle était en train d'élaborer un mécanisme réglementaire qui donnerait lieu à des échanges de droits d'émission de carbone⁵⁸. Enfin, la Thaïlande a expliqué que le Ministère des ressources naturelles et de l'environnement était en train de rédiger un projet de loi qui porterait notamment sur les instruments de tarification du carbone⁵⁹.

⁵⁰ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de certification de l'Union relatif aux absorptions de carbone* [2022] JO C 2022/672.

⁵¹ Expert désigné par la Chine, « Comments on the Draft UNCITRAL/UNIDROIT Study on the Legal Nature of Voluntary Carbon Credits ». En Chine, par exemple, les entités qui sont soumises à un système de plafonnement et d'échange des droits d'émission peuvent restituer des unités chinoises de réduction certifiée des émissions dans la limite de 5 % de leurs émissions au lieu de restituer des droits d'émission.

⁵² Canada (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

⁵³ Australie (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

⁵⁴ Brunéi Darussalam (réponse à la question 2 b) posée par la CNUDCI).

⁵⁵ République dominicaine (réponses aux questions 1 a) et 1 b) posées par la CNUDCI).

⁵⁶ El Salvador (réponse à la question 1 b) posée par la CNUDCI).

⁵⁷ Israël (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

⁵⁸ Sri Lanka (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

⁵⁹ Thaïlande (réponse à la question 1 b) posée par la CNUDCI).

ii) *À l'échelle internationale*

39. Il existe aussi des marchés internationaux réglementés. Comme il est expliqué plus haut, le Protocole de Kyoto a conduit à la création d'un marché international du carbone. Les unités qui étaient émises dans le cadre de ce traité pouvaient être utilisées par les Parties visées à l'annexe I pour atteindre leurs objectifs quantifiés de limitation ou de réduction des émissions. La deuxième période d'engagement au titre du Protocole de Kyoto ayant pris fin en 2020, les mécanismes de marché prévus par ce traité n'existent plus ou ne fonctionnent plus complètement⁶⁰. Les mécanismes de marché font cependant toujours partie intégrante du régime des Nations Unies applicable aux changements climatiques. L'article 6 de l'Accord de Paris établit en effet deux cadres qui permettent d'utiliser des mécanismes de marché : i) un cadre dans lequel les Parties peuvent mener des démarches concertées pour échanger des résultats d'atténuation transférés au niveau international⁶¹ ; et ii) un mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence, dans lequel les A6.4RE peuvent être accordées par un organe de supervision⁶².

40. Contrairement aux A6.4RE (qui sont un type de CECV délivré par une autorité publique), le résultat d'atténuation transféré au niveau international n'est pas un type de crédit d'émission à proprement parler. Lors des consultations qui ont été menées pour élaborer la présente étude, des experts ont expliqué qu'un tel résultat correspond plutôt à un statut ou à un label, qui s'applique aux réductions et aux absorptions d'émissions qui sont obtenues sur le territoire d'une Partie à l'Accord de Paris, lorsque la Partie concernée autorise l'utilisation de ces réductions et absorptions d'émissions pour la réalisation de la contribution déterminée au niveau national d'une autre Partie, ou à d'autres fins internationales d'atténuation⁶³. Un résultat d'atténuation transféré au niveau international peut donc être différentes « choses » – que la « chose » destinée à être transférée au niveau international soit exprimée en tonnes d'équivalent CO₂ ou dans une autre unité sans rapport avec les GES et choisie par les Parties⁶⁴ – y compris, mais pas seulement, un droit d'émission, un CECV délivré par une autorité publique (y compris des A6.4RE⁶⁵), ou par un organisme indépendant de normalisation du carbone, ou tout autre type de crédit d'émission. Dans leur réponse au questionnaire, certains États (Côte d'Ivoire, El Salvador et Pérou⁶⁶, par exemple) ont expliqué qu'ils étaient en train d'élaborer un cadre juridique national pour pouvoir se livrer au commerce des résultats d'atténuation transférés au niveau international.

41. Certains mécanismes qui sont gérés par une autorité publique au niveau international et qui donnent lieu à la délivrance de crédits d'émission ne relèvent pas du régime des Nations Unies applicable aux changements climatiques. Ainsi, le Groupe de la Banque mondiale a élaboré une norme de crédits d'émission – la norme du Fonds de partenariat pour la réduction des émissions de carbone forestier (FCPF)⁶⁷ –, en application de laquelle des crédits peuvent être délivrés (après

⁶⁰ Ainsi, pour ce qui est du MDP, les Parties au Protocole de Kyoto ont décidé qu'aucune unité de réduction certifiée des émissions ne serait délivrée pour les réductions d'émissions obtenues à partir du 1^{er} janvier 2021. Cependant, à l'heure actuelle, aucune décision ne fixe de date limite de demande pour la délivrance de telles unités en cas de réduction d'émissions obtenue avant le 1^{er} janvier 2021, ni ne précise quand cette délivrance devra cesser (Functioning and operation of the processes and institutions under the clean development mechanism in the future. Document technique établi par le secrétariat de la Convention, FCCC/TP/2023/3, par. 8).

⁶¹ Accord de Paris, art. 6-2.

⁶² Accord de Paris, art. 6-4.

⁶³ Décision 2/CMA.3, *Directives concernant les démarches concertées visées au paragraphe 2 de l'article 6 de l'Accord de Paris*, FCCC/PA/CMA/2021/10/Add.1, annexe, par. 1.

⁶⁴ En hectares de terres reboisées ou en kilowattheures d'électricité renouvelable, par exemple.

⁶⁵ Les A6.4RE qui sont transférées au niveau international par une Partie à l'Accord de Paris sont considérées comme des résultats d'atténuation transférés au niveau international. Voir également *supra*, note 63, par. 1.

⁶⁶ Côte d'Ivoire, El Salvador et Pérou (réponse à la question 1 b) posée par la CNUDCI).

⁶⁷ Fonds de partenariat pour la réduction des émissions de carbone forestier, « FCPF Standard », disponible à l'adresse www.forestcarbonpartnership.org/fcpf-standard/.

vérification par une tierce partie) en cas de réduction ou d'absorption d'émissions obtenue dans un pays en développement grâce à un programme REDD+⁶⁸ mené à l'échelle infranationale ou nationale. Ce mécanisme s'inscrit dans le cadre d'une initiative plus large du Groupe de la Banque mondiale (c'est-à-dire le FCPF), qui vise à faciliter la mise en œuvre de tels programmes. À cette fin, le Fonds carbone du FCPF rémunère les pays participants conformément aux contrats négociés en cas de réduction d'émissions vérifiable. Généralement, le Fonds carbone négocie un contrat d'achat de crédits de réduction d'émissions (ERPA) avec un pays participant au mécanisme REDD+ ou avec son représentant autorisé afin d'acquérir une quantité prédéterminée de réductions d'émissions vérifiées. En vertu d'un tel contrat, une fois que le pays en question a effectué toutes les réductions d'émissions prévues et que le Fonds carbone n'a plus la possibilité d'exercer son option d'achat ou a déclaré qu'il ne souhaitait pas l'exercer, les réductions d'émissions qui dépassent celles qui sont prévues par le contrat sont mises à la disposition du pays, qui devient pleinement propriétaire des crédits correspondants.

42. Dans certains cas, un marché réglementé est créé dans le cadre d'un mécanisme qui ne permet pas de délivrer des crédits d'émission, mais qui exige ou autorise l'utilisation de crédits d'émission générés par d'autres mécanismes afin de respecter la législation. À l'échelle internationale, tel est le cas du CORSIA, le mécanisme de marché qui a été élaboré par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) pour le secteur aéronautique. Le CORSIA prévoit un régime de compensation et de réduction des émissions de carbone pour les vols internationaux, dans le cadre duquel les exploitants d'avions doivent compenser les GES qu'ils ont émis et qui dépassent un certain seuil⁶⁹. À cette fin, le CORSIA leur permet d'utiliser, entre autres, des CECV qui ont été délivrés par une autorité publique ou qui sont jugés admissibles par l'OACI.

2. Nature juridique des crédits d'émission qui sont négociés sur les marchés réglementés

43. Compte tenu des réponses au questionnaire envoyées par les États, il apparaît que la situation concernant la nature juridique des crédits d'émission qui sont négociés sur les marchés réglementés varie considérablement entre les différents pays qui disposent d'un mécanisme d'échange de droits d'émission sur leur territoire ou qui participent à un mécanisme international donnant lieu à la délivrance de crédits d'émission. Il convient de noter que, dans leurs réponses, les États ont donné des informations sur la nature juridique des crédits d'émission en se référant au droit privé ou au droit des biens, mais aussi sur d'autres formes de qualification juridique qui s'appliquent davantage à certaines branches du droit public, comme le droit fiscal ou le droit financier. Dans les deux cas, la qualification juridique des crédits d'émission de carbone est cependant loin d'être homogène d'un pays à l'autre.

iii) Qualification juridique en droit privé ou en droit des biens

44. Certains États ont expressément répondu que la nature juridique des crédits d'émission qui sont délivrés sur leur territoire n'est pas définie. Le Canada a par exemple déclaré que la législation fédérale ne définit pas la nature juridique des crédits d'émission qui sont délivrés dans le cadre des mécanismes fédéraux de crédits fondés sur une valeur de référence⁷⁰. De même, la Fédération de Russie a expliqué que la nature des unités de carbone qui sont émises dans le cadre de son système pilote de plafonnement et d'échange des droits d'émission n'est pas définie par sa législation

⁶⁸ L'acronyme « REDD+ » désigne la réduction des émissions causées par le déboisement et la dégradation des forêts dans les pays en développement. Le signe + se rapporte à la conservation des stocks de carbone forestier, à la gestion durable des forêts et à l'augmentation des stocks de carbone forestier. Un programme REDD+ mené à l'échelle infranationale ou nationale est généralement exécuté par un État et vise à mettre en œuvre des activités REDD+.

⁶⁹ OACI, « Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA) », disponible à l'adresse www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Pages/default.aspx.

⁷⁰ Canada (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

et qu'il n'existe aucune jurisprudence ou interprétation administrative reconnue concernant la nature juridique de ces unités⁷¹. Enfin, la Thaïlande a affirmé que sa législation ne définit pas explicitement la nature juridique des CECV qui sont délivrés par l'État⁷². Dans d'autres pays, il n'existe aucune disposition légale concernant la nature juridique des crédits d'émission qui sont délivrés dans le cadre d'un mécanisme d'échange de droits d'émission géré par l'État⁷³.

45. En revanche, dans plusieurs pays, la nature juridique des crédits d'émission qui sont négociés sur un marché réglementé est définie par des dispositions légales ou a été élucidée par les tribunaux judiciaires ou administratifs. En Australie, l'unité de crédit d'émission de carbone australienne est explicitement définie par la loi comme un bien meuble transmissible entre vifs et à cause de mort⁷⁴. Au Canada, à l'échelon provincial, le crédit compensatoire est parfois assimilé à une autorisation révocable⁷⁵. En Chine, même si la nature juridique des unités chinoises de réduction certifiée des émissions n'est pas explicitement définie par la législation, leurs détenteurs se sont vu reconnaître un droit réel sur ces unités en raison de leur valeur économique⁷⁶. En Côte d'Ivoire, la réglementation applicable aux activités REDD+ définit les crédits de réduction d'émissions comme un bien immatériel (bien meuble incorporel)⁷⁷. Dans l'Union européenne, la nature juridique des quotas d'émission qui sont attribués au titre du SEQE-UE n'est pas définie par la législation européenne. Chaque État membre a donc toute latitude pour définir la nature juridique de ces quotas. Certains d'entre eux les ont qualifiés de droits réels⁷⁸, de biens immatériels⁷⁹ ou de biens meubles⁸⁰. Au Mexique, les droits d'émission sont considérés comme des documents administratifs⁸¹. Aux États-Unis, la nature juridique des droits ou des crédits d'émission de carbone doit être examinée État par État. Ainsi, les droits d'émission sont considérés comme des biens immatériels dans le Massachusetts. En Californie, ils ont été qualifiés par décision judiciaire de « droits réels privés, précieux et négociables »⁸².

46. Plusieurs États qui mettent en œuvre (ou envisagent de mettre en œuvre) un mécanisme d'échange de droits d'émission sur leur territoire ou qui modifient leur législation nationale pour participer à un mécanisme de marché international ont annoncé leur intention de traiter la question de la nature juridique des crédits d'émission dans le texte de loi qu'ils adopteront. Ainsi, le Burkina Faso a expliqué que son projet de cadre juridique pour les activités REDD+ prévoit que les crédits

⁷¹ Fédération de Russie (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁷² Thaïlande (réponses aux questions 2 a) et 2 b) posées par la CNUDCI).

⁷³ Par exemple : Suisse, loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ (23 décembre 2011), art. 2-3 ; République de Corée, loi sur l'attribution et le commerce de permis d'émission de gaz à effet de serre (loi n° 11419 du 14 mai 2012, art. 2-3).

⁷⁴ Australie (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁷⁵ Canada (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI). La nature juridique des droits d'émission qui sont accordés dans le cadre du Programme ontarien des normes de rendement à l'égard des émissions a fait l'objet d'un débat à l'occasion d'une affaire récente portée devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) [affaire n° ARB/20/52 (*Koch Industries, Inc. and Koch Supply & Trading, LP c. Government of Canada*)], dans laquelle le Canada a fait valoir que les droits d'émissions qui étaient détenus par les demandeurs ne sont pas un « bien » visé à l'alinéa g) de l'article 1139 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Il a été expliqué qu'il fallait déterminer en quoi consistait un « bien » en fonction du droit applicable et qu'aucun tribunal de l'Ontario n'avait eu à se demander si les droits d'émission sont considérés comme un bien dans cette province. La sentence finale n'a pas encore été rendue publique. Voir le mémoire en réplique du Canada daté du 30 septembre 2022, par. 122, disponible à l'adresse https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C9375/DS18454_En.pdf.

⁷⁶ Expert désigné par la Chine, « Comments on the Draft UNCITRAL/UNIDROIT Study on the Legal Nature of Voluntary Carbon Credits ».

⁷⁷ Côte d'Ivoire (réponse à la question 2 b) posée par la CNUDCI).

⁷⁸ Croatie (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁷⁹ Slovaquie (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁸⁰ France, Code de l'environnement, art. L. 229-15.

⁸¹ Mexique (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁸² États-Unis (réponses aux questions 2 a) et 2 b) posées par la CNUDCI).

d'émission qui seront délivrés à ce titre seront assimilés à des biens immatériels (biens meubles incorporels) librement cessibles et transférables par leurs propriétaires⁸³. Le Brunéi Darussalam a affirmé qu'il chercherait à définir la nature juridique des crédits d'émission avec les parties prenantes après avoir examiné les études préalables qui portaient sur les instruments de tarification du carbone⁸⁴. El Salvador et le Panama, qui sont tous deux en train d'élaborer un cadre juridique pour créer un marché réglementé sur leur territoire, ont eux aussi expliqué qu'ils envisageaient de clarifier la nature juridique des crédits d'émission qui seront échangés sur leur territoire⁸⁵. Le Pérou, qui met en place un registre national des crédits d'émission générés par des activités d'atténuation menées sur son territoire, a affirmé que les crédits d'émission qui seront consignés dans ce registre seront définis comme des biens meubles incorporels⁸⁶. Au Paraguay, où un tel registre existe déjà, la loi considère que les crédits d'émission font l'objet de droits réels⁸⁷.

iv) *Qualification juridique en droit public*

47. Certains États ont également évoqué la qualification juridique des crédits d'émission qui sont négociés sur les marchés réglementés lorsqu'ils sont pris sous l'angle de branches particulières du droit public, comme le droit fiscal ou le droit financier. Le Canada a affirmé que, à des fins fiscales, les droits d'émission sont généralement assujettis à la taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (taxe sur la valeur ajoutée), à titre de biens meubles incorporels en vertu de la loi sur la taxe d'accise⁸⁸. Enfin, la Thaïlande a expliqué que, sur son territoire, les crédits d'émission sont considérés à des fins fiscales comme des biens incorporels, qui peuvent avoir une valeur et être acquis⁸⁹.

48. En ce qui concerne la qualification juridique des crédits d'émission en droit financier, l'Argentine a déclaré que, en vertu d'un texte réglementaire adopté en 2012, les unités de réduction certifiée des émissions (c'est-à-dire les unités qui sont émises dans le cadre du MDP institué par le Protocole de Kyoto) sont assimilables à des titres en droit argentin⁹⁰. L'Australie a expliqué que les unités de crédits d'émission de carbone australiennes et les crédits qui sont délivrés dans le cadre du Mécanisme de protection sont considérés comme des produits financiers en droit australien⁹¹. Les États membres de l'Union européenne ont affirmé que les quotas d'émission attribués au titre du SEQUE-UE étaient considérés comme des instruments financiers en vertu de la Directive de 2014 concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID II)⁹². Le Kazakhstan a expliqué que ses droits d'émission et ses unités de compensation des émissions étaient considérés comme des biens meubles⁹³. Le Panama a souligné que, même si sa législation ne définissait pas la nature juridique des crédits d'émission, ces derniers étaient assimilés à des biens meubles⁹⁴. Le Paraguay a expliqué que, sur son territoire, les crédits d'émission étaient considérés comme des instruments

⁸³ Burkina Faso (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁸⁴ Brunéi Darussalam (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

⁸⁵ El Salvador et Guatemala (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁸⁶ Pérou (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁸⁷ Paraguay (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

⁸⁸ Canada (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁸⁹ Thaïlande (réponses aux questions 2 a) et 2 b) posées par la CNUDCI).

⁹⁰ Argentine (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁹¹ Australie (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI : « Comme les unités de crédits d'émission de carbone australiennes et les crédits du Mécanisme de protection sont des produits financiers, vous devez être titulaire d'une licence australienne en matière de services financiers (licence AFS) si vous exercez des activités financières avec, vers ou depuis l'Australie, dans le cadre desquelles vous vendez des unités d'émission réglementées en vertu du *Corporations Act*, sauf si vous en êtes exempté. Cette licence s'applique également aux produits financiers des unités d'émission, comme les produits dérivés d'unités d'émission ou les organismes de placement qui regroupent des activités de réduction des émissions de carbone »).

⁹² Croatie, Irlande et Slovénie (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁹³ Kazakhstan (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁹⁴ Panama (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

négociables, ce qui laissait supposer qu'ils représentaient un actif financier⁹⁵. Les États-Unis ont mentionné une affaire dans laquelle la cour d'appel de Californie avait confirmé un principe qui avait été énoncé antérieurement, à savoir que les droits d'émission étaient un bien meuble précieux⁹⁶.

B. Marchés volontaires du carbone

49. Les MVC sont apparus dans les années 1990 à la suite d'initiatives lancées par des acteurs non étatiques pour certifier les réductions et les absorptions d'émissions de GES en dehors des mécanismes contraignants qui ont été mis en place dans le cadre de l'ONU⁹⁷. Dans un MVC, les CECV sont générés grâce à différents types de projets d'atténuation des changements climatiques et sont délivrés par des entités non étatiques, appelées organismes indépendants de normalisation du carbone. Le Verified Carbon Standard (VCS/Verra)⁹⁸, le Gold Standard⁹⁹, l'American Carbon Registry (ACR)¹⁰⁰ et la Climate Action Reserve en font partie¹⁰¹.

50. Les MVC sont souvent décrits comme un « moyen d'orienter des ressources financières » vers des projets d'atténuation « sans recours à un mécanisme réglementaire »¹⁰². Lorsque les mesures incitatives d'ordre financier ou juridique sont insuffisantes pour mettre en œuvre des projets visant à réduire les émissions de GES ou à éliminer des GES de l'atmosphère, la possibilité de vendre des CECV permet de rendre les projets économiquement viables. Ainsi, on considère généralement que, par leur capacité à mobiliser des fonds privés en faveur de l'action climatique, les MVC peuvent fortement contribuer à faciliter la transition vers une économie sobre en carbone¹⁰³.

1. Infrastructure des marchés

51. Comme il a été expliqué plus haut, les CECV sont des unités qui représentent le fait de ne pas avoir rejeté ou d'avoir éliminé une tonne d'équivalent CO₂, ce qui a été vérifié par un tiers¹⁰⁴. Les CECV peuvent être achetés pour différents usages. Par exemple, les acheteurs peuvent les utiliser pour réduire leur empreinte carbone (pour leur permettre de calculer leur bilan net d'émissions de GES ou de déclarer l'achat de CECV lorsqu'ils publient les quantités brutes émises, par exemple) et pour atteindre l'objectif d'absence d'émissions nettes qu'ils se sont fixé ; en acheter à titre de placement pour les revendre ultérieurement à d'autres acteurs du MVC ; simplement les conserver indéfiniment uniquement pour le bien de l'environnement ; demander une adaptation des CECV afin de pouvoir les utiliser sur un marché réglementé.

⁹⁵ Paraguay (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

⁹⁶ États-Unis (réponse à la question 2 b) posée par la CNUDCI).

⁹⁷ OICV, *Voluntary Carbon Markets. Consultation Report*, CR/06/23, décembre 2023, p. 9.

⁹⁸ Verra, disponible à l'adresse <https://verra.org/programs/verified-carbon-standard/>.

⁹⁹ Gold Standard, disponible à l'adresse www.goldstandard.org/.

¹⁰⁰ American Carbon Registry, disponible à l'adresse <https://americancarbonregistry.org/>.

¹⁰¹ Climate Action Reserve, disponible à l'adresse www.climateactionreserve.org/.

¹⁰² J. Sadikman, S. Duncanson, D. Saric *et al.*, « The Evolution of Canada's Carbon Markets and Their Role in Energy Transition », *Alberta Law Review*, vol. 60, n° 2, 2022, p. 342.

¹⁰³ OICV, *Voluntary Carbon Markets. Consultation Report*, *supra*, note 98, p. 9.

¹⁰⁴ UNIDROIT, *Issues Paper*, *supra*, note 21, par. 39. Des unités appelées crédits *ex ante* sont également négociées sur les MVC. L'émission de tels crédits a été définie comme « [l]'émission de compensations carbone en prévision de futures réductions d'émissions ». Programme ONU-REDD, « Crédit *ex ante* », disponible à l'adresse www.un-redd.org/glossary/ex-ante-crediting. Il est important de noter que, dans le cas des crédits *ex ante*, la réduction ou l'absorption d'émissions n'a pas encore eu lieu. Ces crédits sont généralement délivrés après estimation des résultats d'atténuation attendus afin de faciliter le financement initial d'un projet. Les crédits *ex ante* peuvent être utilisés pour pouvoir investir plus facilement sur les MVC, mais ils n'ont pas été vérifiés et ne peuvent donc pas être retirés.

52. Contrairement aux marchés réglementés, les MVC ne sont généralement pas surveillés par une autorité de contrôle publique. Dans leur réponse au questionnaire envoyé par le secrétariat, plusieurs États (Argentine¹⁰⁵, Burkina Faso¹⁰⁶, Canada¹⁰⁷, Norvège¹⁰⁸ et Sri Lanka¹⁰⁹, par exemple) ont expressément déclaré qu'ils ne jouaient aucun rôle de contrôle dans le fonctionnement des MVC sur leur territoire.

53. Cependant, d'autres pays ont adopté des lois et des règlements pour surveiller les projets d'atténuation dont les résultats sont certifiés par un organisme indépendant de normalisation du carbone. Tel est notamment le cas du Guatemala, où les concepteurs d'un projet qui est certifié par un tel organisme doivent faire enregistrer leur projet dans un registre public¹¹⁰. Le Paraguay¹¹¹ et la République dominicaine¹¹² appliquent une règle similaire. En Argentine, un registre national a été mis en place pour garder une trace de tous les projets d'atténuation qui ont été menés dans le pays. L'objectif est de recueillir toutes les informations qui concernent ces projets et qui figurent dans d'autres registres (par exemple dans ceux qui sont gérés par les organismes indépendants de normalisation du carbone). Autrement dit, le nom d'un projet n'est inscrit dans ce registre par les autorités publiques que s'il figure dans le registre de la norme relative au carbone qui s'applique au projet en question¹¹³. Le Pérou met lui aussi en place un registre national, dans lequel les projets d'atténuation qui permettront de délivrer des crédits d'émission devront être enregistrés¹¹⁴. Quoiqu'il en soit, les obligations légales sont loin d'être identiques d'un pays à l'autre.

54. La première étape du cycle de vie d'un CECV consiste à élaborer un projet qui vise à réduire les émissions de GES. Il existe principalement deux catégories de projets : i) les projets de réduction d'émissions qui visent à réduire les quantités de GES émises à partir des sources actuelles (projets d'énergie renouvelable, par exemple), ou qui visent à empêcher l'émission de GES dans l'atmosphère, par exemple en limitant la dégradation des ressources naturelles qui absorbent le carbone ; ou ii) les projets d'absorption, qui visent à éliminer des GES de l'atmosphère. Ces projets d'atténuation des changements climatiques peuvent ensuite prendre la forme de solutions naturelles ou de solutions technologiques.

55. Les solutions fondées sur la nature (projets de reboisement¹¹⁵, par exemple) visent à réduire les émissions de GES ou à éliminer des GES de l'atmosphère en renforçant la capacité d'un écosystème à capturer le CO₂ ou en inversant le processus de dégradation d'un écosystème afin qu'il stocke plus de carbone qu'il n'en émet¹¹⁶. Parmi les technologies climatiques qui contribuent à réduire les émissions de GES, on peut citer les énergies renouvelables (énergie éolienne, énergie solaire et hydroélectricité¹¹⁷, par exemple) et le captage, l'utilisation et le stockage du dioxyde de carbone, ensemble de techniques qui consistent à capturer du CO₂, généralement

¹⁰⁵ Argentine (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

¹⁰⁶ Burkina Faso (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

¹⁰⁷ Canada (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

¹⁰⁸ Norvège (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

¹⁰⁹ Sri Lanka (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

¹¹⁰ Guatemala (réponse à la question 2 a) posée par la CNUDCI).

¹¹¹ Paraguay (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

¹¹² République dominicaine (réponse à la question 3 posée par la CNUDCI).

¹¹³ Argentine (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

¹¹⁴ Pérou (réponse à la question 1 b) posée par la CNUDCI).

¹¹⁵ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 44 ; OICV, *Voluntary Carbon Markets. Consultation Report, supra*, note 97, p. 16.

¹¹⁶ L. Mercer, « What are nature-based solutions to climate change? », Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 15 novembre 2022, disponible à l'adresse www.lse.ac.uk/granthaminstitute/explainers/what-are-nature-based-solutions-to-climate-change/#:~:text=Nature%2Dbased%20solutions%20include%3A%20avoiding,singular%20species%3B%20improving%20management%20practices.

¹¹⁷ Convention-cadre sur les changements climatiques, *Technology and the UNFCCC: Building the foundation for sustainable development*, 2016, p. 2, disponible à l'adresse https://unfccc.int/ttclear/misc_/StaticFiles/gnwoerk_static/NAD_EBG/54b3b39e25b84f96acada52180215ade/b8ce50e79b574690886602169f4f479b.pdf.

émis par de grandes sources ponctuelles comme les centrales électriques ou les installations industrielles qui utilisent des combustibles fossiles ou la biomasse comme combustible, et à les stocker dans des réservoirs (dans des formations géologiques, par exemple)¹¹⁸. Des technologies climatiques comme le captage direct dans l'air (procédé industriel qui permet d'extraire du CO₂ de l'atmosphère) peuvent également être utilisées pour éliminer du CO₂ de l'atmosphère.

56. La personne ou l'organisation qui a « le contrôle et la responsabilité de l'ensemble » d'un projet d'atténuation des changements climatiques est généralement appelée « promoteur du projet »¹¹⁹. En principe, le promoteur d'un projet effectue des recherches et conçoit le projet. Il rédige une description du projet, enregistre le projet auprès de l'organisme indépendant de normalisation du carbone concerné et suit l'avancement du projet¹²⁰. Le promoteur du projet n'est pas toujours le maître d'œuvre, c'est-à-dire l'entité qui est chargée de mettre en œuvre et de gérer le projet d'atténuation des changements climatiques. Il n'est pas non plus systématiquement le propriétaire des terrains ou des autres éléments qui sont nécessaires à la mise en œuvre du projet (titres ou autorisations, par exemple), et doit donc entrer en contact avec les autorités du pays, y compris avec les administrations des régions et des États fédérés, ainsi qu'avec les collectivités locales, les propriétaires locaux, les agriculteurs et les autres parties prenantes.

57. Pour qu'un CECV puisse être délivré dans le cadre d'un projet d'atténuation des changements climatiques, le projet en question et les réductions ou absorptions d'émissions déclarées doivent être certifiés par un organisme indépendant de normalisation du carbone. Comme il a été expliqué plus haut, ces organismes sont des entités privées, qui appliquent chacune leurs propres règles, que le promoteur du projet devra respecter, et qui disposent de méthodes approuvées permettant d'évaluer les effets climatiques des projets qu'il leur est demandé de certifier. Comme le précise Verra, ces « [m]éthodes sont essentielles pour quantifier les avantages réels et précis d'un projet en matière de gaz à effet de serre (GES) » et elles « prévoient des règles et des procédures qui permettent de déterminer le périmètre d'un projet et la valeur de référence, d'évaluer son additionnalité, de surveiller les paramètres pertinents et enfin de quantifier les réductions ou les absorptions d'émissions de GES »¹²¹.

58. Ainsi, avant de certifier un projet particulier, l'organisme indépendant de normalisation du carbone évalue si le projet est conforme à la méthode et aux règles qu'il applique. Cette évaluation comprend : i) une validation *ex ante*, qui permet de déterminer si le projet est conforme aux règles du programme de l'organisme de normalisation et d'évaluer le caractère raisonnable des hypothèses, des limites et des méthodes qui viennent à l'appui d'une déclaration concernant le résultat d'activités futures ; et ii) une vérification *ex post* du projet, qui permet de confirmer les réductions et les absorptions réellement obtenues grâce au projet¹²².

59. Le promoteur du projet doit généralement prouver que les réductions ou les absorptions de GES sont réelles, mesurables, permanentes, nouvelles, vérifiées de manière indépendante, uniques et traçables¹²³. À cette fin, il utilise un mécanisme appelé système de mesure, de notification et de vérification. Comme l'explique le Groupe de la Banque mondiale, ce mécanisme est une « procédure en plusieurs étapes

¹¹⁸ Agence internationale de l'énergie, « Carbon Capture, Utilisation and Storage », disponible à l'adresse www.iea.org/energy-system/carbon-capture-utilisation-and-storage.

¹¹⁹ Par exemple Verra, « Program Definitions », 21 décembre 2021, version 4.3, disponible à l'adresse <https://verra.org/wp-content/uploads/2022/12/vcs-program-definitions-v4.3-final.pdf>.

¹²⁰ Par exemple Verra, « Develop a verified carbon standard (VCS) project », disponible à l'adresse <https://verra.org/programs/verified-carbon-standard/develop-a-vcs-project/>.

¹²¹ Verra, « Methodologies », disponible à l'adresse <https://verra.org/methodologies-main>.

¹²² Par exemple Verra, « Program overview », disponible à l'adresse <https://verra.org/programs/verified-carbon-standard/#how-it-works> ; OICV, *Voluntary Carbon Markets. Consultation Report*, *supra*, note 97.

¹²³ OICV, *Voluntary Carbon Markets. Discussion Paper*, CR/06/22, novembre 2022, p. 9, 10 et 13 à 15.

qui permet de mesurer la quantité d'émissions de GES qui a été réduite grâce à une activité d'atténuation particulière »¹²⁴.

60. La validation et la vérification des effets climatiques déclarés pour un projet sont généralement effectuées par une tierce partie appelée « organisme de vérification » ou « organisme vérificateur ». L'organisme vérificateur est un organisme d'évaluation indépendant qui élabore des programmes d'assurance de la qualité afin de vérifier que les activités menées dans le cadre d'un projet d'atténuation des changements climatiques ont permis d'obtenir les réductions ou les absorptions d'émissions qui ont été déclarées. Il est généralement agréé par un organisme indépendant de normalisation du carbone et sollicité par le promoteur du projet. L'ensemble du processus, du lancement du projet à sa certification par l'organisme de normalisation, peut être long, de sorte que des CECV sont parfois délivrés plusieurs années après que les réductions ou les absorptions d'émissions ont eu lieu¹²⁵.

61. Une fois qu'un projet a été certifié par un organisme indépendant de normalisation du carbone, le promoteur du projet peut recevoir des CECV négociables pour chaque tonne d'équivalent CO₂ qui n'a pas été émise ou qui a été éliminée de l'atmosphère. Une fois délivrés, ces crédits reçoivent un numéro de série unique et sont consignés dans un registre des CECV. Un tel registre contient des informations sur les projets climatiques qui ont été enregistrés et pour lesquels des CECV sont délivrés. Il est souvent géré par l'organisme de normalisation qui a délivré les CECV, mais ce n'est pas systématique. Il stocke également des informations et suit l'évolution des CECV à chaque étape de leur cycle de vie (délivrance, transfert, retrait et annulation).

62. Une fois certifiés, délivrés et enregistrés, les CECV peuvent être vendus sur le marché libre, soit de gré à gré, soit sur un marché organisé. Ils peuvent être vendus directement, par l'intermédiaire de courtiers (notamment, mais pas seulement, par des banques qui facturent généralement des frais de service¹²⁶) ou sur des marchés. Il existe deux types de marchés de CECV : le marché primaire et le marché secondaire. On parle généralement de marché primaire lorsqu'un crédit qui a été vérifié est acheté pour la première fois, souvent directement au promoteur du projet. Ce dernier est le premier à recevoir des CECV de l'organisme indépendant de normalisation du carbone. Lorsque les crédits sont revendus, on parle en revanche de marché secondaire. Les vendeurs qui sont présents sur le marché secondaire peuvent être des institutions financières, des opérateurs de marché, des organisations non gouvernementales ou d'autres types de personnes morales, par exemple. De leur côté, les acheteurs de CECV sont souvent des organisations non gouvernementales ou d'autres types de personnes morales, qui peuvent choisir de conserver leurs CECV, de les revendre, de les faire modifier de telle sorte qu'ils puissent être utilisés sur le marché réglementé, ou de les retirer.

63. Si le détenteur d'un CECV souhaite le mettre à profit, il doit retirer ce crédit¹²⁷. Cette mise à profit peut prendre différentes formes : le détenteur peut utiliser son CECV à titre de compensation dans le cadre d'un programme contraignant ou déclarer, lorsqu'il publie l'inventaire de ses émissions, qu'il détient et retire un CECV. Une fois retiré, un CECV n'est plus négociable et il n'en reste plus qu'une trace dans un registre. Ainsi, aux termes de la clause 8.2 des conditions d'utilisation de Verra, lors du retrait d'un CECV, « a) tous les droits associés à ces instruments seront abolis ; b) ni Verra, ni l'utilisateur, ni aucune autre personne ayant un droit réel sur ces

¹²⁴ Groupe de la Banque mondiale, « What You Need to Know About the Measurement, Reporting and Verification (MRV) of Carbon Credits », 27 juillet 2022, disponible à l'adresse [www.worldbank.org/en/news/feature/2022/07/27/what-you-need-to-know-about-the-measurement-reporting-and-verification-mrv-of-carbon-credits#:~:text=MRV%20seeks%20to%20prove%20that,of%20CO2%20equivalent%20\(tCO2eq.](http://www.worldbank.org/en/news/feature/2022/07/27/what-you-need-to-know-about-the-measurement-reporting-and-verification-mrv-of-carbon-credits#:~:text=MRV%20seeks%20to%20prove%20that,of%20CO2%20equivalent%20(tCO2eq.)

¹²⁵ OICV, *Voluntary Carbon Markets. Discussion Paper*, supra, note 123, p. 9.

¹²⁶ OICV, *Voluntary Carbon Markets. Consultation Report*, supra, note 97, p. 22.

¹²⁷ Le détenteur d'un CECC peut aussi le retirer sans aucun bénéfice direct, uniquement pour soutenir la mesure d'atténuation correspondante.

instruments n'aura désormais le droit de les mettre à profit ni de tirer parti des avantages environnementaux correspondants ». En outre, la clause 8.5 de ces conditions d'utilisation stipule notamment que « personne ne peut mettre à profit les instruments annulés ou retirés ni tirer parti des avantages environnementaux correspondants ». La clause 9 des conditions d'utilisation de Gold Standard contient des dispositions similaires¹²⁸.

64. Il convient de noter que l'acheteur d'un CECV peut demander directement au responsable du registre de retirer ce CECV ou convenir contractuellement avec le vendeur du CECV que celui-ci retirera le crédit pour le compte de l'acheteur. Dans ce cas, le vendeur demandera au responsable du registre de retirer le crédit.

65. S'il n'est pas retiré par son détenteur ou pour le compte de ce dernier, un CECV peut également : i) subir une inversion ; ii) être suspendu ; iii) être annulé ; ou iv) expirer. Le terme « inversion » est employé pour décrire l'événement au cours duquel le carbone dont l'absorption a été vérifiée s'échappe dans l'atmosphère. Une forêt qui a été plantée et qui brûle ensuite, ou du carbone qui a été stocké dans un réservoir et qui fuit ultérieurement sont des exemples d'inversion. Afin de prévoir de telles éventualités et d'y faire face, les responsables des projets fondés sur la nature qui pourraient subir une inversion doivent généralement détourner une partie des CECV qu'ils génèrent vers ce que l'on appelle un « stock tampon ». En cas d'inversion, l'organisme de normalisation du carbone annulera alors le nombre équivalent de crédits enregistrés dans ce stock, de sorte qu'il ne sera pas nécessaire d'annuler les transactions déjà effectuées¹²⁹. Un problème pourrait se poser si le stock tampon était épuisé, par exemple si une forêt entière était détruite par un incendie. Des experts ont cependant fait observer qu'un tel scénario ne s'était encore jamais produit¹³⁰.

66. Le terme « suspension » peut désigner la situation où l'État hôte suspend le projet sous-jacent et retarde donc éventuellement la délivrance des crédits correspondants. L'Indonésie a ainsi suspendu la délivrance de crédits d'émission pour des considérations de réglementation en 2021¹³¹.

67. Le terme « suspension » peut également désigner la situation où un organisme indépendant de normalisation du carbone décide de suspendre le compte d'un détenteur de CECV et de l'empêcher de gérer ses CECV, par exemple parce qu'il estime que le détenteur en question n'a pas respecté les conditions d'utilisation applicables, que l'une des unités qu'il détient a été créée de manière frauduleuse ou

¹²⁸ La clause 9 des conditions d'utilisation de Gold Standard (qui sont disponibles à l'adresse <https://globalgoals.goldstandard.org/standards/T-Preview-V1.1-Registry-App-Terms-of-Use.pdf>) stipule notamment que le titulaire du compte reconnaît et accepte que, s'il retire des unités du registre de Gold Standard : a) il les retire définitivement ; b) ni lui ni aucun tiers ne pourra désormais mettre à profit ces unités ni tirer parti des avantages environnementaux correspondants ; et c) il veillera à ce que tous les tiers concernés concluent les accords nécessaires pour que ni lui ni aucun tiers ne puisse désormais mettre à profit ces unités ni tirer parti des avantages environnementaux correspondants.

Sous réserve de la clause 17, toute instruction donnée par le titulaire du compte au registre de Gold Standard pour retirer des unités conformément à la présente clause 9 est irrévocable, et le titulaire du compte reconnaît qu'une telle instruction ne sera pas rapportée.

Gold Standard reconnaît et accepte que, une fois que le titulaire du compte se sera conformé à la présente clause 9 et que Gold Standard aura retiré les unités, Gold Standard ne prendra aucune mesure pour exercer ou entendre exercer un droit, ou pour s'occuper des unités retirées ou des avantages environnementaux correspondants, ou les utiliser d'une autre manière, et considère que personne ne pourra désormais mettre à profit les unités retirées ni tirer parti des avantages environnementaux correspondants.

¹²⁹ UNIDROIT, *Summary Report of the First Session (10-12 October 2023)*, Study LXXXVI – W.G.1 – Doc.3, par. 28.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ V. Sebastian, « Carbon credit issuances from Indonesia on hold, developers await clarity », *S&P Global*, 7 avril 2022, disponible à l'adresse www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest-news/energy-transition/040722-carbon-credit-issuances-from-indonesia-on-hold-developers-await-clarity.

cotée illégalement, ou que la certification des unités a été annulée¹³². Une telle suspension peut entraîner l'annulation définitive des CECV, de sorte que « tous les droits » associés à ces crédits seront « abolis »¹³³.

2. État actuel du marché

68. Au cours des 10 dernières années, plus de 500 millions de CECV, délivrés par quatre des principaux organismes indépendants de normalisation du carbone, ont été retirés¹³⁴. Même si le marché des CECV a connu un ralentissement au cours de l'année écoulée, une analyse effectuée par Trove Research en collaboration avec l'International Emissions Trading Association (IETA), Sylvera et Verra a révélé que les fonds consacrés à ce type de crédits ont considérablement augmenté ces dernières années¹³⁵. La Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets (TSVCM) a estimé que la demande de CECV pourrait être multipliée par 15 ou plus d'ici à 2030 et par 100 d'ici à 2050. Selon cette entité, le marché des CECV pourrait représenter plus de 50 milliards de dollars en 2030¹³⁶.

69. Selon une publication du Forum économique mondial, les politiques gouvernementales et les règles de marché correspondantes n'ont cependant pas réussi à créer des incitations stratégiques suffisantes qui inspirent la confiance des conseils d'administration et des investisseurs et les amènent à investir dans les CECV¹³⁷. Le manque de transparence concernant les stratégies d'atténuation des changements climatiques qui sont adoptées par les acteurs non étatiques et la manière dont ils utilisent les CECV, ainsi que les inquiétudes suscitées par la qualité des CECV eux-mêmes, font également obstacle au développement des MVC¹³⁸.

3. Problèmes d'intégrité et initiatives internationales récentes

70. Les problèmes de qualité et d'intégrité des CECV peuvent découler de difficultés rencontrées du côté de l'offre, principalement en ce qui concerne les entités tierces qui vérifient et délivrent les CECV, et du côté de la demande (entités qui achètent les CECV et utilisation qu'elles en font). Du côté de l'offre, même s'ils se développent rapidement, les MVC restent actuellement fragmentés et en grande partie non réglementés, aucune méthode de référence n'étant appliquée par tous les différents organismes indépendants de normalisation du carbone¹³⁹. L'hétérogénéité des normes, la nature immatérielle des CECV et la difficulté à mesurer les effets déclarés pour un projet d'atténuation des changements climatiques empêchent parfois les acheteurs de CECV d'évaluer pleinement la qualité du produit qu'ils achètent. Du côté de la demande, la manière dont les entreprises utilisent les CECV qu'elles

¹³² Par exemple, conditions d'utilisation de Gold Standard (*supra*, note 128), clause 10.1.

¹³³ Verra, *Terms of Use. Verra Registry*, septembre 2021, clause 8.2, disponible à l'adresse https://verra.org/wp-content/uploads/Verra-Registry-TOU-September-2021_FINAL.pdf.

¹³⁴ K. Sullivan, A. Diemert, C. Cordova *et al.*, *Status and trends of compliance and voluntary carbon markets in Latin America*, ICAP, IETA, International Development Bank, 2021, p. 35, disponible à l'adresse https://icapcarbonaction.com/system/files/document/201025_idb_compliancevoluntary_paper-rz.pdf.

¹³⁵ Groupe de la Banque mondiale, *State and Trends of Carbon Pricing. International Carbon Markets*, 2023, p. 14, disponible à l'adresse <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/2eb25e8e-ca16-4649-b637-e5caf88fd625/content>.

¹³⁶ TSVCM, *Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets. Final Report*, janvier 2021, p. 2, disponible à l'adresse www.iif.com/Portals/1/Files/TSVCM_Report.pdf.

¹³⁷ Forum économique mondial, *Scaling Voluntary Carbon Markets: A Playbook for Corporate Action*, septembre 2023, p. 2, disponible à l'adresse <https://www.weforum.org/publications/scaling-voluntary-carbon-markets-a-playbook-for-corporate-action/>.

¹³⁸ R. Macquarie, « The Voluntary Carbon Market and Sustainable Development », Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, mars 2023, p. 1, disponible à l'adresse www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/03/The-voluntary-carbon-market-and-sustainable-development-policy-brief.pdf.

¹³⁹ UNIDROIT, *Issues Paper*, *supra*, note 21, par. 86 et 87.

achètent peut être source de problèmes, car on manque aujourd’hui partout d’orientations sur le type de déclarations qui peuvent être faites¹⁴⁰.

71. Certains États et certaines entités privées ont mené ou sont en train de mener des activités pour améliorer la situation. Du côté de l’offre :

- En décembre 2023, la Commodity Futures Trading Commission des États-Unis (CFTC) a annoncé qu’elle avait approuvé un projet d’orientations et une demande de consultation publique concernant la cotation de contrats dérivés de CECV¹⁴¹. Le projet d’orientations énonce les facteurs qu’un marché réglementé par la CFTC doit prendre en compte pour répondre aux exigences du *Commodity Exchange Act* et aux règles de la CFTC qui s’appliquent à l’élaboration des contrats et au processus de cotation¹⁴². En ce qui concerne la protection des consommateurs, la Commission fédérale du commerce des États-Unis (FTC) aborde la question de la compensation des émissions de carbone dans ses « Green Guides » non contraignants sur les allégations environnementales¹⁴³, dont la dernière mise à jour remonte à 2012¹⁴⁴. Selon les Green Guides, les vendeurs de crédits d’émission sont aujourd’hui notamment tenus d’« utiliser des méthodes scientifiques et comptables qui sont efficaces et fiables afin de quantifier correctement les réductions d’émissions déclarées »¹⁴⁵ ;
- Le Climate Warehouse, projet géré par l’unité chargée des marchés du carbone et de l’innovation à la Banque mondiale, consiste à mettre en place une infrastructure numérique afin d’améliorer la transparence, la confiance et l’intégrité sur les marchés du carbone¹⁴⁶. La plateforme mondiale de métadonnées Climate Action Data Trust (CAD Trust) en fait partie¹⁴⁷. Le CAD Trust, qui a été lancé par le secteur privé, est une plateforme de métadonnées décentralisée et en libre accès qui associe, agrège et harmonise toutes les données des principaux registres de crédits d’émission afin d’assurer une comptabilisation transparente, conformément à l’article 6 de l’Accord de Paris. Le CAD Trust utilise des chaînes de blocs pour créer un registre décentralisé de l’activité des marchés du carbone, afin de limiter le risque de double comptage, d’améliorer la transparence et de renforcer la confiance dans les données relatives aux crédits d’émission ;
- L’Integrity Council for Voluntary Carbon Markets (ICVCM), organe de gouvernance indépendant dans le domaine des MVC¹⁴⁸, a établi les Principes fondamentaux du carbone (CCP), qui définissent les principes essentiels applicables aux crédits d’émission à haute intégrité, ainsi qu’un cadre d’évaluation, où figurent les critères détaillés qui sont utilisés par l’ICVCM pour déterminer si un organisme de normalisation du carbone ou une catégorie de crédits d’émission respecte les Principes¹⁴⁹. Les organismes de normalisation dont l’évaluation a montré qu’ils respectent les Principes peuvent utiliser le label CCP pour les crédits d’émission qui font partie d’une catégorie approuvée ;

¹⁴⁰ A. Dawes, « What’s Plaguing Voluntary Carbon Markets? », Centre for Strategic and International Studies, 2 février 2024, disponible à l’adresse www.csis.org/analysis/whats-plaguing-voluntary-carbon-markets.

¹⁴¹ CFTC, « CFTC Issues Proposed Guidance Regarding the Listing of Voluntary Carbon Credits Derivatives Contracts », 4 décembre 2023, disponible à l’adresse www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8829-23.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Commission fédérale du commerce, « Green Guides », disponible à l’adresse www.ftc.gov/news-events/topics/truth-advertising/green-guides.

¹⁴⁴ Voir États-Unis, Recueil des règlements fédéraux, titre 16, partie 260, section 5 (2012).

¹⁴⁵ Commission fédérale du commerce, « Green Guides », *supra*, note 143.

¹⁴⁶ Climate Warehouse, site Web, disponible à l’adresse www.theclimatewarehouse.org/.

¹⁴⁷ Climate Action Data Trust, disponible à l’adresse <https://climateactiondata.org/>.

¹⁴⁸ Integrity Council for Voluntary Carbon Markets, disponible à l’adresse <https://icvcm.org>.

¹⁴⁹ Integrity Council for Voluntary Carbon Markets, « The Core Carbon Principles », disponible à l’adresse <https://icvcm.org/the-core-carbon-principles/>.

- À la COP28, six des principaux organismes indépendants de normalisation du carbone ont publié une déclaration commune, dans laquelle ils « s'engagent dans une collaboration visant à promouvoir l'intégrité pendant toute l'année 2024, afin de provoquer le prochain changement majeur qui permettra d'améliorer la fiabilité des marchés du carbone »¹⁵⁰. Plus précisément, ces organismes de normalisation se sont notamment engagés à : i) tirer des enseignements des meilleures pratiques des uns et des autres ; ii) soutenir la certification indépendante des programmes qui est effectuée par l'ICVCM ; iii) chercher à aligner les normes sur des principes communs de quantification et de comptabilisation des absorptions et des réductions d'émission ; iv) s'efforcer d'améliorer la durabilité des puits de carbone, notamment en les protégeant contre les inversions ; v) définir des indicateurs pour faire connaître les avantages des projets pour les populations locales et les efforts accomplis en matière de développement durable, et éviter les effets négatifs ; vi) améliorer la transparence concernant l'utilisation des crédits d'émission ; et vii) s'efforcer d'accroître les flux financiers destinés aux pays en développement pour les aider à atteindre et à dépasser leur contribution déterminée au niveau national¹⁵¹.

72. Il convient également de noter que la responsabilité civile des organismes indépendants de normalisation du carbone peut être engagée pour leur rôle dans la certification des projets d'atténuation des changements climatiques et la délivrance des CECV. L'étendue de la responsabilité contractuelle ou délictuelle d'un tel organisme dépend souvent du droit applicable sur le territoire concerné, ainsi que des conditions d'utilisation applicables et de toutes les autres clauses que l'organisme a envoyées aux utilisateurs. Ainsi, Verra impose aux promoteurs de projets et aux organismes vérificateurs de lui fournir et de fournir à toutes les autres parties prenantes et une garantie et une déclaration sur la nature de ce qu'ils offrent sous forme d'acte. Le promoteur d'un projet déclare et garantit notamment que toutes les informations qu'il fournit sont exactes et exhaustives, que tous les documents relatifs au projet sont exacts et précis, et qu'il jouit pleinement et exclusivement des droits sur toutes les réductions et absorptions qui sont obtenues dans le cadre du projet¹⁵². De son côté, l'organisme de validation et de vérification déclare et garantit expressément qu'il a validé de manière indépendante la conformité du projet aux exigences qui figurent dans les règles du programme VCS (programme géré par Verra), qu'il a vérifié de manière indépendante les réductions ou les absorptions obtenues grâce au projet conformément aux règles du programme VCS, et que toutes les informations factuelles fournies concernant l'acte ou le rapport de vérification sont vraies, exactes et complètes à tous égards importants¹⁵³. Ces déclarations sont adressées à : i) Verra ; ii) chaque personne qui est titulaire d'un compte sur lequel elle conserve des UEC (unités d'émission certifiées, nom donné aux CECV qui sont délivrés par Verra) relatives au projet à un moment donné ; iii) chaque personne pour le compte de laquelle des UEC relatives au projet ont été retirées par un titulaire de compte ; et iv) chacun des successeurs de ces personnes et des autres cessionnaires¹⁵⁴. Des actes où figurent des déclarations et des garanties similaires sont utilisés pour la

¹⁵⁰ ACR, ART, Climate Action Reserve, Global Carbon Council, Gold Standard et Verra, Développer les marchés du carbone et renforcer leur intégrité afin de rendre effectif l'article 6 et les contributions déterminées au niveau national prévues par l'Accord de Paris, déclaration commune (en anglais seulement), 4 décembre 2023, disponible à l'adresse <https://www.climateactionreserve.org/blog/2023/12/04/cop28-icp/>.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Verra, « Registration Representation v4.3 » (déclaration effectuée pour le projet), clause 2.2, disponible à l'adresse <https://verra.org/programs/verified-carbon-standard/vcs-program-details/> sous la rubrique « Modèles et formulaires ».

¹⁵³ Verra, « Validation Representation v4.2 » (déclaration effectuée pour la validation), *ibid.*, clause 2.2 ; Verra, « Verification Representation v4.2 » (déclaration effectuée pour la vérification), *ibid.*, clause 2.2.

¹⁵⁴ *Ibid.*, clause 2.3.

délivrance et la validation des UEC dans le cadre du système Verra¹⁵⁵. Tous les organismes indépendants de normalisation du carbone n'ont cependant pas adopté cette méthode. Gold Standard a par exemple choisi une autre stratégie¹⁵⁶.

73. S'agissant de la demande sur les marchés volontaires du carbone, plusieurs programmes visent à fournir aux entreprises des conseils sur l'absence d'émissions nettes, y compris en ce qui concerne l'utilisation des CECV. Les programmes suivants en font partie :

- Le Corporate Net-Zero Standard, qui a été élaboré par l'initiative Science Based Targets – partenariat mis en place entre Carbon Disclosure Project (CDP), le Pacte mondial des Nations Unies, l'Institut des ressources mondiales et le Fonds mondial pour la nature (WWF) – pour que les entreprises disposent d'orientations, de critères et de recommandations afin qu'elles fixent des objectifs d'absence d'émissions nettes qui soient fondés sur des données scientifiques¹⁵⁷ ;
- La Plateforme sur les marchés du carbone, qui a été lancée en 2015 par l'OCDE pour renforcer la coopération internationale afin d'élaborer des stratégies efficaces en matière de tarification du carbone¹⁵⁸ ;
- Le Groupe d'experts de haut niveau des Nations Unies sur les engagements des entités non étatiques en faveur du zéro émission nette, qui a été créé par le Secrétaire général de l'ONU en mars 2022 pour élaborer des normes concernant les engagements des entités non étatiques, notamment des entreprises, des investisseurs, des villes et des régions, en faveur du zéro émission nette¹⁵⁹ ;
- L'Initiative sur l'intégrité des marchés volontaires du carbone (VCMI)¹⁶⁰, organisation internationale à but non lucratif, est un projet multipartite réunissant des représentantes et des représentants de la société civile, des entreprises, des populations locales et des États afin d'établir des lignes directrices sur la manière dont les CECV peuvent être utilisés et déclarés dans le cadre de stratégies de neutralité carbone crédibles. En novembre 2023, la VCMI a publié la deuxième version de son Code de bonnes pratiques en matière de déclarations (la première version datant de juin 2023). Ce code porte sur les questions d'intégrité du côté de la demande et donne des conseils aux entreprises et aux autres acteurs non étatiques sur la manière dont ils peuvent utiliser de façon crédible les CECV dans le cadre de leurs engagements climatiques volontaires et sur la manière dont ils peuvent expliquer au public comment ils les utilisent¹⁶¹.

74. Le paragraphe précédent ne donne que quelques exemples d'initiatives récentes qui ont été lancées dans ce domaine, où la situation évolue rapidement.

¹⁵⁵ Verra, « VCS Program details », disponible à l'adresse <https://verra.org/programs/verified-carbon-standard/vcs-program-details/> sous la rubrique « Modèles et formulaires – Déclarations dans le cadre du programme VCS ».

¹⁵⁶ Gold Standard, conditions d'utilisation (*supra*, note 128).

¹⁵⁷ Science Based Targets, *SBTi Corporate Net-Zero Standard. Version 1.1*, avril 2023, disponible à l'adresse <https://sciencebasedtargets.org/resources/files/Net-Zero-Standard.pdf>.

¹⁵⁸ OCDE, « Carbon Market Platform », page Web disponible à l'adresse www.oecd.org/environment/cc/carbon-market-platform/#:~:text=The%20Carbon%20Market%20Platform%2C%20launched,and%20ambitious%20carbon%20pricing%20approaches.

¹⁵⁹ Groupe d'experts de haut niveau sur les engagements des entités non étatiques en faveur du zéro émission nette, *L'intégrité compte : engagements en faveur du zéro émission nette des entreprises, des institutions financières, des villes et des régions* (2022), disponible à l'adresse www.un.org/fr/file/190903/download?token=1LYdVSA7.

¹⁶⁰ Voluntary Carbon Markets Integrity Initiative, site Web disponible à l'adresse <https://vcmintegrity.org/>.

¹⁶¹ VCMI, *Claims Code of Practice*, novembre 2023, version 2, disponible à l'adresse <https://vcmintegrity.org/wp-content/uploads/2023/11/VCMI-Claims-Code-of-Practice-November-2023.pdf>.

C. Relations entre les marchés réglementés et les marchés volontaires du carbone

75. Il est tout à fait possible de participer à la fois à un marché réglementé et à un marché volontaire du carbone, et de nombreux acteurs sont présents sur les deux types de marchés. En outre, les experts des marchés du carbone qui ont été consultés pour l'élaboration de la présente étude ont généralement estimé que les marchés réglementés et les marchés volontaires du carbone convergent de plus en plus.

76. Cette convergence est illustrée par le fait que, dans certains pays, un CECV peut être utilisé pour se conformer à une obligation si le marché réglementé correspondant l'autorise. À Singapour, par exemple, le *Carbon Pricing Act* autorise les entreprises à acheter des CECV pour s'acquitter d'une partie de la taxe sur le carbone¹⁶². En Colombie, les CECV délivrés à la suite de projets d'atténuation des changements climatiques menés dans le pays peuvent également être utilisés pour se conformer aux obligations nationales en matière de taxe sur le carbone¹⁶³. En Afrique du Sud, une entité qui est assujettie à la taxe sur le carbone peut utiliser des CECV pour s'acquitter de cette obligation¹⁶⁴. En Australie, les entreprises qui cherchent à obtenir un certificat national de neutralité carbone pour leurs activités, les manifestations qu'elles organisent, leurs produits et leurs services ou pour leurs bâtiments peuvent utiliser des CECV¹⁶⁵. Au Brésil, en vertu du projet de loi portant création d'un système de plafonnement et d'échange des droits d'émission, les CECV peuvent être utilisés pour se conformer aux dispositions législatives, à condition qu'ils soient conformes aux exigences méthodologiques définies par l'autorité compétente, qu'ils respectent les procédures de mesure, de déclaration et de vérification prévues et qu'ils soient consignés dans le registre national¹⁶⁶.

77. Un autre signe montre que les marchés réglementés et les marchés volontaires du carbone convergent : dans certains pays, le même cadre juridique s'applique aux projets d'atténuation des changements climatiques, que ces projets aient été certifiés par un organisme indépendant de normalisation du carbone ou par une autorité publique. Tel est notamment le cas des cadres juridiques qui s'appliquent à la création des registres visant à suivre l'évolution des projets d'atténuation des changements climatiques menés sur le territoire d'un État, ainsi que des CECV obtenus grâce à ces projets. Certains cadres prévoient des dispositions qui s'appliquent à la fois aux CECV délivrés par un organisme indépendant de normalisation du carbone ou à ceux qui sont délivrés par une autorité publique (il en est par exemple ainsi au Panama¹⁶⁷, au Paraguay¹⁶⁸ et en République dominicaine¹⁶⁹).

78. Il convient de noter que, au lieu de certifier des projets particuliers d'atténuation des changements climatiques, certains organismes de normalisation proposent de délivrer des CECV lorsque des émissions ont été réduites ou absorbées grâce à des politiques d'atténuation élaborées et mises en œuvre à grande échelle par une autorité publique. Tel est notamment le cas de l'Architecture pour les transactions REDD+ (ART), un « programme autonome et indépendant qui élabore et gère des procédures normalisées pour délivrer des crédits lorsque des émissions ont été réduites ou absorbées dans le cadre de programmes REDD+ nationaux et de grands programmes

¹⁶² Singapour (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

¹⁶³ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 41.

¹⁶⁴ Afrique du Sud, « Carbon Offset Administration System », disponible à l'adresse [https://carbon.energy.gov.za/Home.aspx#:~:text=The%20South%20African%20Carbon%20Tax,th e%20Gold%20Standard%20\(GS\)](https://carbon.energy.gov.za/Home.aspx#:~:text=The%20South%20African%20Carbon%20Tax,th e%20Gold%20Standard%20(GS).).

¹⁶⁵ Australie (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

¹⁶⁶ Brésil (réponse à la question 1 b) posée par la CNUDCI, où il est expliqué qu'« un crédit volontaire peut être considéré comme un certificat de réduction ou d'absorption d'émissions vérifiée et peut être utilisé pour se conformer régulièrement à des obligations »).

¹⁶⁷ Panama (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

¹⁶⁸ Paraguay (réponse à la question 1 a) posée par la CNUDCI).

¹⁶⁹ République dominicaine (réponse à la question 3 posée par la CNUDCI).

REDD+ infranationaux »¹⁷⁰. Dans le cadre de la TREES (la norme élaborée par l'ART), les pays et les collectivités territoriales admissibles peuvent, en tant que concepteurs souverains de programmes, générer des CECV qui sont consignés dans un registre géré par l'ART. Dans sa réponse au questionnaire, le Guyana a déclaré qu'il appliquait la norme TREES élaborée par l'ART¹⁷¹. En décembre 2022, il est devenu le premier pays à recevoir des crédits REDD+ conformes à la norme TREES.

79. Lors des consultations qui ont été menées pour élaborer la présente étude, des experts ont expliqué qu'il existait actuellement des incertitudes concernant l'incidence que les mécanismes de marché institués par l'article 6 de l'Accord de Paris pourraient avoir sur les marchés volontaires du carbone. Ces incertitudes étaient principalement dues au fait que les Parties à l'Accord de Paris qui se livraient au commerce des résultats d'atténuation transférés au niveau international étaient tenues d'appliquer des « ajustements correspondants » à l'ensemble de ces résultats, conformément aux directives établies pour le paragraphe 2 de l'article 6.

80. Un « ajustement correspondant » peut être défini comme une série de mesures concordantes qui doivent être exécutées par : i) la Partie qui est la première à transférer les résultats d'atténuation transférés au niveau international (et qui doit retirer de ses livres de comptes les résultats d'atténuation obtenus sur son territoire et transférés à l'étranger en tant que résultats d'atténuation transférés au niveau international) ; et ii) la Partie qui utilise les résultats d'atténuation transférés au niveau international pour sa contribution déterminée au niveau national (et qui doit ajouter aux résultats d'atténuation obtenus à l'échelle nationale les résultats d'atténuation transférés au niveau international qui ont été achetés). Une Partie qui autorise l'utilisation de résultats d'atténuation à d'autres fins que la réalisation d'une contribution déterminée au niveau national (par exemple pour atteindre un objectif climatique volontaire, dans le cas du CORSIA) reste tenue d'appliquer des « ajustements correspondants ».

81. Il est indispensable d'appliquer des « ajustements correspondants » pour que chaque résultat d'atténuation ne soit pas comptabilisé deux fois : par la Partie sur le territoire de laquelle le résultat d'atténuation a été obtenu et par la Partie ou l'entité qui a acheté les résultats d'atténuation transférés au niveau international qui ont été générés par le résultat en question. En revanche, il n'est pas nécessaire d'appliquer de tels ajustements pour les transferts internationaux de CECV. Ainsi, puisque le fait d'appliquer des « ajustements correspondants » permet, pour le calcul de deux bilans net d'émissions de GES différents, d'éviter le double comptage d'une quantité d'équivalent CO₂ qui n'a pas été émise ou a été absorbée, les acheteurs pourraient privilégier les crédits d'émission qui ont fait l'objet d'ajustements.

82. Un CECV peut être admis comme résultat d'atténuation transféré au niveau international et être ajusté en vertu du paragraphe 2 de l'article 6 de l'Accord de Paris. Il appartient cependant à chaque pays de décider si un CECV qui est délivré à la suite d'un projet d'atténuation des changements climatiques mené sur son territoire doit être admis comme résultat d'atténuation transféré au niveau international. Si la demande de CECV ajustés augmente, certains pays pourraient donc être amenés à réglementer les activités des MVC sur leur territoire. Selon des experts, il reste néanmoins difficile de prévoir précisément les effets que l'article 6 de l'Accord de Paris aura sur le fonctionnement de ces marchés dans la pratique.

¹⁷⁰ Architecture pour les transactions REDD+, « About Us », disponible à l'adresse www.artredd.org/about-us.

¹⁷¹ Guyana (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

III. Questions juridiques actuelles concernant le commerce des crédits d'émission de carbone vérifiés émis par des organismes indépendants de normalisation du carbone

83. Comme il a été expliqué plus haut, les MVC sont apparus progressivement et sans l'intervention des autorités publiques, et la plupart des CECV sont aujourd'hui délivrés et négociés en dehors de tout cadre juridique national ou international. Même si les CECV sont des « objets » du commerce international depuis des décennies, de nombreux acteurs des MVC estiment donc que des questions juridiques essentielles concernant le commerce international des CECV ne sont pas encore assez clarifiées ou ne sont pas suffisamment harmonisées entre les différents pays.

84. Une telle situation est généralement jugée insatisfaisante, car elle tend à créer un environnement économique imprévisible, à complexifier inutilement le commerce des CECV, à faire obstacle à de nouveaux investissements sur les marchés volontaires du carbone et, par conséquent, à empêcher ces derniers d'orienter davantage de ressources vers les projets d'atténuation.

85. Un nombre croissant d'acteurs des MVC attendent ainsi qu'un cadre juridique plus prévisible et plus harmonisé soit mis en place pour le commerce des CECV. Cette attente a été exprimée dans des études récentes : des experts y ont souligné que les « [i]nvestissements et les transactions qui concernent des actifs complexes comme les CECV ont besoin de sécurité juridique »¹⁷², que le commerce des CECV « requiert des fondements juridiques appropriés »¹⁷³, et qu'« [u]n marché volontaire du carbone dynamique doit reposer sur une base juridique solide »¹⁷⁴.

86. Pour répondre à ces préoccupations, les sous-sections suivantes de la présente étude cernent et présentent de manière analytique les questions juridiques les plus importantes qui se posent actuellement concernant le commerce international des CECV émis par un organisme indépendant de normalisation du carbone. Les questions abordées ci-après portent sur les thèmes suivants :

- a) Nature juridique des crédits d'émission de carbone vérifiés en droit privé ;
- b) Propriété des crédits d'émission de carbone vérifiés ;
- c) Opérations garanties et prise de sûretés ;
- d) Transfert des crédits d'émission de carbone vérifiés ;
- e) Traitement en cas d'insolvabilité ;
- f) Règlement des différends ;
- g) Questions de droit applicable.

87. Par souci de clarté, la présente étude aborde ces questions dans des sous-sections différentes. Une grande partie des questions traitées dans ces sous-sections sont toutefois étroitement liées. Par exemple, la question de savoir si les CECV peuvent être utilisés comme des titres sur un territoire donné (sous-section C), ou celle de savoir quelles règles s'appliquent à leur transfert entre un vendeur et un acheteur (sous-section D), peuvent dépendre de leur qualification juridique sur le territoire en question (sous-section A). De même, la manière dont les CECV seront traités si leur propriétaire devient insolvable dépendra de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité (sous-section E).

¹⁷² UNIDROIT, *Issues Paper*, supra, note 21, par. 52 (non souligné dans l'original).

¹⁷³ TSVC, *Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets. Final Report*, supra, note 136, p. 103 (non souligné dans l'original).

¹⁷⁴ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, décembre 2021, p. 10 (non souligné dans l'original), disponible à l'adresse <http://www.isda.org/a/38ngE/Legal-Implications-of-Voluntary-Carbon-Credits.pdf>.

A. Nature juridique des crédits d'émission de carbone vérifiés en droit privé

88. Tout marché a besoin de certitude concernant la manière dont l'objet négocié est qualifié en droit privé. En effet, cette qualification juridique est essentielle pour répondre à plusieurs questions juridiques cruciales pour les acteurs du marché, telles que : comment l'objet peut-il être acheté ou vendu, quels sont les droits que son propriétaire peut faire valoir sur lui, comment sera-t-il traité en cas d'insolvabilité d'un acteur du marché, peut-il être utilisé comme titre et quelles règles fiscales et comptables lui seront appliquées.

89. Si les acteurs privés ne peuvent déterminer avec certitude comment un objet sera traité en droit privé, il leur est difficile d'évaluer et de quantifier leur exposition au risque dans ces situations et dans toute autre situation imprévue. Ce problème peut les dissuader d'acheter l'objet en question ou d'investir dans celui-ci, en raison des incertitudes et des risques juridiques perçus concernant l'environnement commercial. Depuis l'apparition des marchés du carbone, l'importance de clarifier la nature juridique des crédits d'émission qui sont négociés sur les MVC a été soulignée par de nombreux auteurs¹⁷⁵.

90. S'agissant des MVC, le problème actuel est que la nature juridique précise des CECV en droit privé reste souvent « insaisissable »¹⁷⁶. Il convient de noter que, dans certains pays, la loi donne des indications sur ce point. Au Paraguay, la loi dispose ainsi que les CECV qui doivent être consignés dans le registre national des crédits d'émission font l'objet de droits réels et que leur propriété peut être transférée¹⁷⁷.

91. Dans leur réponse au questionnaire, de nombreux pays ont toutefois expliqué que, sur leur territoire, la nature juridique des CECV en droit privé n'est actuellement pas déterminée par une loi, par une décision de justice ou par une autre source de droit. Tel est notamment le cas des États suivants : Argentine, Australie, Brésil, Brunéi Darussalam, Burkina Faso, Canada, Côte d'Ivoire, Croatie, El Salvador, Fédération de Russie, Guatemala, Guyana, Irlande, Japon, Kazakhstan, Malaisie, Mexique, Myanmar, Norvège, Oman, Panama, Pérou, République dominicaine, Singapour, Slovénie, Sri Lanka, Thaïlande, Türkiye et Turkménistan¹⁷⁸. En outre, le droit international ne donne aujourd'hui aucune orientation qui permettrait de savoir quelle devrait être la nature juridique des CECV en droit interne selon la communauté internationale, car aucune norme internationale n'a encore été élaborée sur cette question précise.

92. La situation est problématique, car, compte tenu de leurs spécificités, les CECV pourraient recevoir une qualification juridique différente dans la plupart des pays, en fonction de la manière dont on les envisage. Les acteurs des MVC ont donc souvent des difficultés à prévoir avec suffisamment de certitude comment ces crédits seront traités en droit interne (même si le degré d'incertitude peut varier d'un pays à l'autre)¹⁷⁹.

93. En tout état de cause, les juristes spécialisés soulignent qu'il importe de définir précisément la nature juridique des CECV en droit privé. Comme le souligne une étude menée sur ce sujet, « [l]a nature juridique des CECV n'est pas une question purement théorique. Elle détermine comment les droits de propriété sur ces crédits peuvent être créés et transférés [...]. Elle influe également sur le type de titre qui peut

¹⁷⁵ A/CN.9/1120, par. 15 et 16.

¹⁷⁶ Ben McQuhae & Co, « The Legal Nature of Carbon Credits », 15 mars 2023, p. 1, disponible à l'adresse <https://bmcquhae.com/en/2023/03/15/the-legal-nature-of-carbon-credits>.

¹⁷⁷ Paraguay, loi n° 7190 sur les crédits d'émission de carbone (12 octobre 2023), art. 3 et 10.

¹⁷⁸ Réponse de ces États à la question 3 b) posée par la CNUDCI.

¹⁷⁹ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, *supra*, note 174, p. 9.

être obtenu et exécuté, sur la manière dont ces opérations sont effectuées et sur la manière dont les CECV seraient traités en cas d'insolvabilité. »¹⁸⁰

94. Dans leur réponse au questionnaire, certains États ont également expliqué comment les CECV étaient traités ou seraient probablement traités selon la réglementation applicable sur leur territoire (c'est-à-dire s'ils représentent un bien meuble, un instrument financier ou autre chose). Les États-Unis ont par exemple déclaré que la CFTC (l'entité qui réglemente les contrats dérivés) avait récemment publié des orientations concernant la cotation des contrats dérivés qui sont négociés sur les marchés réglementés par la CFTC lorsque l'actif sous-jacent est un CECV¹⁸¹. Dans ces orientations, la CFTC qualifie le CECV de « bien meuble incorporel sous-jacent à un *contrat dérivé* », ce qui laisse entendre que de tels crédits ne sont pas des instruments financiers¹⁸². Le Canada a expliqué que les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM), qui regroupent les autorités provinciales et territoriales en valeurs mobilières, ont déclaré qu'elles considéraient « certaines marchandises intangibles, notamment les crédits de carbone et les quotas d'émission, comme des marchandises en vertu de la législation en valeurs mobilières »¹⁸³. À l'inverse, le Brésil a déclaré que les CECV qui seront considérés comme des certificats de réduction ou d'absorption d'émissions vérifiées et qui seront utilisés pour respecter les règles du mécanisme d'échange de droits d'émission envisagé seront vraisemblablement assimilés à des valeurs mobilières lorsqu'ils seront négociés sur les marchés financiers¹⁸⁴. En Égypte, les CECV sont considérés comme des instruments financiers négociables, et ils sont assimilés à des « instruments environnementaux » (une catégorie d'instruments financiers) par la réglementation applicable à l'Abu Dhabi Global Market (qui est à la fois un centre financier international et une zone franche)¹⁸⁵.

95. La manière dont la réglementation qualifie les CECV peut influencer sur leur négociabilité. Cette qualification peut également être utile pour une analyse de droit privé, car elle peut donner des indications sur la manière dont les CECV seraient vraisemblablement traités en droit privé. Les deux questions restent cependant distinctes, car la détermination du traitement juridique que la réglementation réserve aux CECV ne répond pas nécessairement à la question de leur nature juridique en droit privé.

96. L'importance que présente la reconnaissance par les systèmes juridiques du fait que les CECV peuvent faire l'objet de « droits réels » suscite un large consensus parmi les juristes spécialisés¹⁸⁶. Si la loi n'autorise pas les acteurs privés à acquérir des « droits réels » sur les CECV, le fonctionnement des MVC pourrait être entravé. Toutefois, de l'avis général : i) les questions relatives à la qualification juridique des CECV dépendent du système juridique concerné et peuvent donc varier d'un pays à

¹⁸⁰ ISDA, *The Legal Nature of Voluntary Carbon Credits: France, Japan and Singapore*, novembre 2022, p. 14, disponible à l'adresse www.isda.org/a/PlcgE/Legal-Nature-of-Voluntary-Carbon-Credits-France-Japan-and-Singapore.pdf.

¹⁸¹ États-Unis (réponse à la question 3 b) posée par la CNUDCI).

¹⁸² CFTC, « Commission Guidance Regarding the Listing of Voluntary Carbon Credit Derivative Contracts; Request for Comment », *Federal Register*, vol. 88, n° 247, 27 décembre 2023, p. 89412.

¹⁸³ ACVM, Avis de publication des ACVM – Projet de modifications à la Norme multilatérale 25-102 – Modification de l'Instruction complémentaire 25-102, 29 juin 2023, disponible à l'adresse <https://fcnb.ca/sites/default/files/2023-09/2023-06-29-CSAN-25-102-F.pdf> ; Canada (réponse à la question 2 b) posée par la CNUDCI).

¹⁸⁴ Brésil (réponse à la question 1 b) posée par la CNUDCI).

¹⁸⁵ OICV, *Voluntary Carbon Markets. Consultation Report*, *supra*, note 97, p. 12.

¹⁸⁶ UNIDROIT, *Issues Paper*, *supra*, note 21, par. 66. Conformément à l'approche adoptée dans le document d'UNIDROIT intitulé « Principes relatifs aux actifs numériques et droit privé », l'expression « droits réels » est ici « employée au sens large, désigne à la fois les droits de propriété et les droits qui ont des effets sur la propriété », et vise à « exprimer le fait que des personnes [pourraient] avoir des droits sur les [CECC], droits qui peuvent être opposés à des tiers, c'est-à-dire à des personnes qui ne sont pas des parties contractantes ». UNIDROIT, *Principes relatifs aux actifs numériques et droit privé*, par. 3.4.

l'autre ; et ii) dans la plupart des pays, il peut y avoir différentes manières de reconnaître que les CECV peuvent faire l'objet de « droits réels »¹⁸⁷.

97. Les paragraphes qui suivent présentent différentes possibilités de qualification des CECV en droit privé ; toutes ont des implications juridiques pour la négociabilité de ces crédits.

1. Les crédits d'émission de carbone vérifiés considérés comme un ensemble de droits contractuels

98. Les CECV peuvent tout d'abord être assimilés à un ensemble de droits contractuels. Dans cette optique, ils sont considérés comme une conséquence de l'exécution d'obligations contractuelles (par exemple un service) par une ou plusieurs parties déterminées. Cette qualification possible tient au fait que les CECV n'existent que par et grâce à l'exécution d'un ensemble d'obligations contractuelles. Pour que des CECV puissent être délivrés et négociés, plusieurs contrats doivent être conclus. Ils comprennent notamment : un contrat entre le promoteur du projet et l'organisme indépendant de normalisation du carbone ; un contrat entre le promoteur du projet et un organisme de vérification et de validation ; un contrat entre le promoteur du projet et le responsable du registre ; un contrat entre le responsable du registre et une autre personne, qui demande le placement de CECV sur un nouveau compte à son nom.

99. Il a toutefois été souligné que la plupart de ces contrats pourraient ne jouer aucun rôle en la matière, car la délivrance de CECV est précisément la conséquence de la conclusion des contrats en question. Ainsi, il pourrait ne subsister aucune « obligation contractuelle ni aucun droit » une fois les CECV délivrés (sous réserve des conditions contractuelles)¹⁸⁸. Il en est peut-être ainsi pour le contrat qui est conclu entre le promoteur du projet et l'organisme indépendant de normalisation du carbone, ou entre le promoteur du projet et l'organisme de vérification et de validation, mais il semble que, si des CECV figurent sur un registre, c'est parce que : i) une personne a conclu un contrat avec le responsable du registre pour ouvrir un compte dans ce registre, compte sur lequel ces CECV sont enregistrés ; et ii) ce contrat reste applicable.

100. En ce sens, le détenteur de CECV jouirait d'un ensemble de droits contractuels à l'égard du responsable du registre. La liste de ces droits dépendra des conditions d'utilisation du registre, mais elle comprendra probablement le droit de laisser les CECV dans le registre, le droit de faire transférer ces crédits sur un autre compte chaque fois que le titulaire du compte le demande, et le droit de retirer les crédits. Les CECV pourraient donc être considérés comme une conséquence de l'exécution continue d'une obligation contractuelle par le responsable du registre.

2. Les crédits d'émission de carbone vérifiés considérés comme des biens immatériels

101. Les CECV pourraient aussi être assimilés à des « biens immatériels »¹⁸⁹. L'interprétation précise de ce principe varierait d'un pays à l'autre, mais, en substance, les CECV pourraient faire l'objet de droits opposables à des tiers en dépit de leur immatérialité. Ce principe pourrait s'appliquer aussi bien aux CECV auquel un droit contractuel est attaché qu'aux autres CECV. Un CECV pourrait donc être considéré comme une ressource finie qui peut faire l'objet de tels droits. Selon cette analyse, la ressource finie serait la certification du fait qu'une tonne d'équivalent CO₂ a été éliminée de l'atmosphère ou n'a pas été émise grâce à un projet d'atténuation

¹⁸⁷ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, *supra*, note 174, p. 9 et 10 ; Ben McQuhae & Co, « The Legal Nature of Carbon Credits », *supra*, note 176, p. 1.

¹⁸⁸ UNIDROIT, *Issues Paper*, *supra*, note 21, par. 71.

¹⁸⁹ Dans un rapport récent, la Law Commission du Royaume-Uni a fait observer que « selon l'opinion dominante dans la plupart des systèmes juridiques (y compris en Angleterre et au pays de Galles), les CECC sont « une forme de biens immatériels » – ils sont susceptibles, en droit, d'être des choses sur lesquelles des droits réels sont exerçables ». Law Commission, *Digital assets: Final report*, Law Com n° 412, 2023, par. 4.68 (Royaume-Uni), disponible à l'adresse www.lawcom.gov.uk/project/digital-assets/.

des changements climatiques déterminé¹⁹⁰. L'un des problèmes éventuels de cette analyse est que, en l'absence de droits contractuels ou de toute législation applicable, la certification n'est qu'une information, qui ne peut faire l'objet de droits réels dans de nombreux pays¹⁹¹. Face à cet argument, il peut être avancé qu'un CECV n'est pas une simple information en raison de la manière dont il est délivré, enregistré, transféré et retiré. Un CECV est plutôt une unité bien définie, qui est distincte de l'information qu'elle contient et est traitée comme tel.

102. On pourrait donc s'intéresser aux caractéristiques générales des « biens immatériels » (au sens large, comme l'explique le paragraphe précédent) qui sont reconnues dans la plupart des systèmes juridiques. Ainsi, dans certains pays, pour qu'une chose soit considérée comme un bien, il faut établir qu'elle est « définissable, identifiable par des tiers, capable, du fait de sa nature, d'être transférée à des tiers et qu'elle a un certain degré de permanence ou de stabilité », alors que dans d'autres pays, « 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 tierces »¹⁹². En raison des caractéristiques particulières qui ont été présentées plus haut, le CECV semble répondre à ces critères.

3. Les crédits d'émission de carbone vérifiés considérés comme des actifs numériques

103. Une autre question mérite d'être examinée : comme les CECV existent principalement sous forme électronique et comportent un numéro de série unique, ils peuvent être considérés comme un type d'« actif numérique ». L'expression « actifs numériques » peut être interprétée de manière large, et seule une partie des « actifs numériques » peut faire l'objet de droits réels.

104. Cependant, comme les actifs numériques jouent un rôle de plus en plus important dans la société moderne – et en raison de leurs particularités au regard du droit des biens –, la question de savoir s'ils devraient être considérés comme une nouvelle catégorie juridique en droit interne suscite actuellement un intérêt considérable dans la communauté juridique. Ainsi, le fait que des pays puissent à terme définir de nouvelles catégories juridiques spécifiques pour les actifs numériques pourrait renforcer l'incertitude sur la manière dont les CECV pourraient être qualifiés en droit des biens. À cet égard, il convient de signaler que, dans un rapport récent consacré aux actifs numériques, la Law Commission du Royaume-Uni a estimé que certains actifs numériques n'étaient ni des *choses in possession* ni des *choses in action*, mais qu'ils appartenaient à une troisième catégorie de choses, sur lesquelles des droits réels sont exerçables, et que les CECV, selon la manière dont ils étaient structurés, faisaient partie des choses qui relevaient probablement de cette troisième catégorie, parce qu'ils étaient structurés comme des actifs numériques ou comme des « biens immatériels » de manière plus générale¹⁹³.

105. Les Principes d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé (les « Principes ») prévoient qu'une partie des actifs numériques peut faire l'objet de droits réels (à savoir les documents électroniques qui peuvent être soumis à un contrôle)¹⁹⁴. Le contrôle est ici un contrôle factuel plutôt que juridique et se définit comme le fait d'avoir : i) la capacité exclusive d'empêcher autrui d'obtenir la grande majorité des avantages de l'actif numérique concerné ; ii) la capacité d'obtenir la grande majorité des avantages de l'actif numérique en question ; et iii) la capacité exclusive de transférer ces capacités à une autre personne¹⁹⁵. Ainsi, selon les Principes, la personne qui contrôle des actifs numériques le fait donc réellement. En

¹⁹⁰ UNIDROIT, *Issues Paper*, supra, note 21, par. 73.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² A/CN.9/1120, par. 21.

¹⁹³ Law Commission, *Digital Assets: Final report*, supra, note 189, par. 4.74.

¹⁹⁴ Principe 2, par. 2.

¹⁹⁵ Principe 6, par. 1.

raison de la manière dont les actifs numériques sont créés, il existe un dispositif technique qui empêche toute autre personne de contrôler ce type d'actif. Il est cependant peu probable que le détenteur d'un CECV dispose de ce degré de contrôle factuel. À l'heure actuelle, les registres ne fonctionnent pas comme des chaînes de blocs et n'offrent pas aux détenteurs le degré de contrôle qu'offrent de telles chaînes.

4. Implications juridiques du choix d'une qualification

106. Le choix d'une qualification juridique pour les CECV en droit privé n'est pas un problème purement théorique. Il peut avoir des conséquences concrètes sur les conditions dans lesquelles ils sont négociés, sur la sécurité juridique des opérations commerciales correspondantes et, par conséquent, sur le bon fonctionnement des MVC.

107. Par exemple, s'ils sont assimilés à des biens immatériels, les CECV pourraient être considérés comme des choses immatérielles dont l'existence est distincte de celle du registre (dont la fonction consiste principalement à enregistrer les CECV)¹⁹⁶. En revanche, dans une optique contractuelle, les CECV sont issus de la relation contractuelle entre le détenteur et le responsable du registre. En cas d'insolvabilité de l'entité qui gère le registre ou de problèmes concernant la détermination du moment où les CECV commencent à exister comme objets de droit, les conséquences peuvent être différentes en fonction de la qualification choisie.

108. Il convient surtout de noter que, lorsqu'un CECV est vendu, ce sont des droits sur une chose immatérielle qui sont transférés du vendeur à l'acheteur si le CECV est assimilé à un bien immatériel ; dans une optique contractuelle, ce sont des créances contractuelles qui sont transférées. Dans de nombreux pays, les règles qui régissent le transfert des créances contractuelles sont cependant plus complexes et plus strictes que celles qui régissent le transfert des droits sur des choses. Ainsi, il semble que la majorité des juristes spécialisés qui ont été consultés pour l'élaboration de la présente étude estiment que l'assimilation des CECV à des créances contractuelles aurait probablement des conséquences indésirables.

109. L'assimilation des CECV à un ensemble de droits contractuels ou à des biens immatériels peut également avoir d'autres implications juridiques, notamment en cas de succession. Il convient également de noter que le fait de considérer les CECV comme un ensemble de droits contractuels peut soulever des problèmes d'applicabilité des règles de prescription extinctive. Comme on peut le constater, le choix d'une qualification juridique peut avoir des conséquences importantes sur le commerce des CECV et donc le faciliter ou y faire obstacle.

5. Qualification juridique possible dans certains pays

110. Les paragraphes qui suivent donnent un aperçu de la manière dont les juristes spécialisés estiment que certains pays, en l'état actuel du droit, pourraient qualifier ou qualifieraient probablement les CECV en droit privé.

111. Les ouvrages spécialisés laissent supposer que les CECV seraient vraisemblablement considérés comme des biens immatériels en droit anglais, même s'ils pourraient aussi être assimilés à un ensemble de droits contractuels¹⁹⁷. Il convient ici de souligner que, à l'époque où le Royaume-Uni était membre de l'Union européenne, les quotas d'émission attribués par l'Union étaient considérés comme une forme de biens immatériels par la jurisprudence des tribunaux anglais¹⁹⁸. Certains

¹⁹⁶ Il convient de noter que, lorsque les CECC sont considérés comme des biens immatériels, une personne qui a conclu un contrat avec le responsable d'un registre reste titulaire des droits contractuels qui existent à l'égard de ce dernier. En pareil cas, le droit de voir les CECC figurer sur le registre n'est cependant pas constitutif de l'existence de ces CECC, qui existent comme biens immatériels indépendamment de leur inscription dans le registre.

¹⁹⁷ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, *supra*, note 174, p. 10 et 13.

¹⁹⁸ *Armstrong DLW GmbH c. Winnington Networks Ltd* [2012] EWHC 10 (Royaume-Uni), par. 52 (où il est statué qu'« un quota attribué par l'Union européenne est un bien "immatériel" »).

auteurs ont même été plus précis en affirmant que « [d]ans l'état actuel des choses, un crédit d'émission correctement délivré est vraisemblablement un bien immatériel à caractère documentaire (c'est-à-dire qu'il confère un droit réel) en droit anglais »¹⁹⁹.

112. Certains observateurs estiment toutefois qu'il ne suffit pas d'affirmer que les CECV sont des biens immatériels, car cette affirmation doit être étayée par un principe juridique. Il a été expliqué que, en l'absence d'une créance ou d'un autre type de droit particulier représenté (ou matérialisé) par des CECV, ces derniers – ou, pour être plus précis, ce qu'ils sont en substance – peuvent être considérés comme de simples certificats attestant qu'une tonne d'équivalent CO₂ n'a pas été émise ou a été éliminée de l'atmosphère. Un participant à la première session du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires a toutefois fait observer que cette conception pouvait être problématique, car un certificat n'était qu'une information, et une information ne pouvait faire l'objet de droits réels en droit anglais. En dehors de la question de la substance des CECV, il a donc été proposé de qualifier juridiquement les CECV en fonction de leur forme. Ainsi, un CECV délivré sous forme papier serait un bien matériel²⁰⁰, et un CECV délivré sous forme numérique pourrait faire l'objet de droits réels en raison de cette forme²⁰¹.

113. En Europe, la législation européenne ne précise pas comment les États membres devraient qualifier les CECV en droit privé. Il n'existe donc pas de définition commune des CECV dans l'Union européenne et « chaque État membre traite les CECV de manière discrétionnaire »²⁰². L'Union européenne a cependant présenté un projet de cadre volontaire à l'échelle de l'UE pour la certification des absorptions de carbone. Il a été souligné que les travaux qui ont été menés à ce titre pourraient à terme conduire l'Union à donner des informations sur la nature juridique des unités d'absorption de carbone correspondantes. La nature juridique conférée à ces unités pourrait être une information pertinente pour déterminer la nature juridique des CECV dans les États membres de l'Union.

114. En l'absence de définition légale précise, on considère souvent que les CECV peuvent être assimilés à des biens meubles incorporels dans les systèmes de droit romano-germanique²⁰³. En France, par exemple, même si la question de la nature juridique des CECV n'a pas encore été tranchée par une loi ou par une décision de justice, des auteurs estiment que ces crédits devraient être considérés comme des biens meubles incorporels²⁰⁴. Sur ce point, il importe de souligner que les quotas d'émission attribués par l'Union européenne sont déjà considérés comme des biens meubles incorporels par le droit français²⁰⁵. Au Japon, pays qui est également doté d'un système de droit romano-germanique et où la nature juridique des CECV n'a pas été définie, il semble que ces crédits pourraient être assimilés à des biens

¹⁹⁹ Ben McQuhae & Co, « The Legal Nature of Carbon Credits », *supra*, note 176, p. 3. En droit anglais, un bien immatériel à caractère documentaire est un document qui donne à son détenteur le droit d'exiger quelque chose (de l'argent, des biens) et qui lui permet de transférer ce droit à une autre personne en lui remettant ce document avant tout endossement nécessaire. Il convient de noter que, puisqu'un bien immatériel à caractère documentaire doit être tangible, la possibilité de qualifier juridiquement les CECC reste contestée, car ils n'existent généralement que sous forme électronique.

²⁰⁰ UNIDROIT, *Issues Paper*, *supra*, note 21, par. 79.

²⁰¹ *Ibid.*, par. 83 ; Law Commission, *Digital Assets: Final report*, *supra*, note 189, par. 4.74.

²⁰² M. Burzec et K.K. Lewis, « Voluntary Carbon Market: Challenges and Promises of the Green Transition Tool », Ernst & Young, 20 août 2021, disponible à l'adresse www.ey.com/en_pl/law/voluntary-carbon-market.

²⁰³ R. Bhadoria et D. Banjoko, « Carbon Credits and Climate Change », Trinity International LLP, 14 mars 2023, disponible à l'adresse <https://www.trinityllp.com/carbon-credits-and-climate-change/>.

²⁰⁴ P. Larroque et A-E. Rubio, « Neutralité carbone : quel cadre juridique pour la compensation volontaire ? », CMS Francis Lefebvre Avocats, 24 juin 2021, disponible à l'adresse <https://cms.law/fr/fra/news-information/neutralite-carbone> ; ISDA, *The Legal Nature of Voluntary Carbon Credits: France, Japan and Singapore*, *supra*, note 180, p. 7.

²⁰⁵ France, Code de l'environnement, art. L. 229-11.

immatériels²⁰⁶. Des experts font toutefois observer que, « sans intervention législative, la nature juridique [des CECV] en droit japonais restera indéfinie »²⁰⁷. Des conclusions similaires ont été tirées pour d'autres pays (Singapour²⁰⁸ et Allemagne²⁰⁹, par exemple).

B. Propriété des crédits d'émission de carbone vérifiés

115. Plusieurs questions peuvent se poser en ce qui concerne la « propriété »²¹⁰ des CECV. Il est tout d'abord difficile de déterminer à partir de quel moment précis les CECV existent juridiquement, c'est-à-dire comme objets de droits et d'obligations légaux. Il semble qu'il n'existe actuellement aucun consensus parmi les juristes spécialisés sur la question de savoir si les CECV existent à partir du moment où l'organisme indépendant de normalisation du carbone a certifié que la réduction ou l'absorption des émissions des GES a eu lieu (dans cette hypothèse, les CECV existent avant d'être inscrits dans un registre) ou s'ils n'existent qu'à partir du moment où ils sont inscrits dans un registre. Il importe de donner une réponse à cette question, car elle permet de déterminer à partir de quand une personne devient propriétaire d'un CECV. Par exemple, si une entité qui gère un registre n'ajoute pas de CECV dans sa base de données (pour une raison technique ou autre), les questions de propriété peuvent être pertinentes pour déterminer si le promoteur du projet peut toujours vendre ces CECV en qualité de propriétaire légitime.

116. Si l'on estime qu'un CECV n'existe qu'à partir du moment où il figure sur un registre, la question suivante se pose : doit-on considérer qu'un CECV a une existence autonome comme chose distincte du registre, ou n'existe-t-il que par le fait d'être inscrit dans le registre ? En d'autres termes, peut-on distinguer les CECV qui sont enregistrés du registre dans lequel ils sont inscrits, ou est-ce le fait que des CECV soient inscrits dans le registre qui conditionne leur existence ? La réponse à cette question semble étroitement liée à la nature juridique des CECV, qui est elle-même une question centrale.

117. Une fois que les CECV figurent dans un registre, une autre série de questions se pose. La première concerne la valeur juridique de l'inscription au registre et la question de savoir si le fait qu'une personne détienne un compte sur lequel des CECV sont enregistrés devrait être considéré comme une preuve (ou une présomption) de propriété des CECV en question. Certains juristes spécialisés estiment que, dans la mesure où les CECV sont des choses qui existent indépendamment du registre, la fonction de ce dernier est seulement de prouver qui détient quels CECV, car le détenteur de tels crédits n'est pas toujours leur véritable propriétaire. En effet, le détenteur de CECV peut agir en qualité de dépositaire²¹¹. En réalité, les conditions

²⁰⁶ ISDA, *The Legal Nature of Voluntary Carbon Credits: France, Japan and Singapore*, *supra*, note 180, p. 10.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 11.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 11 et 14 (où il est souligné que « [m]ême si les tribunaux singapouriens reconnaissent sans difficulté l'existence de droits de propriété sur des actifs incorporels lorsque le marché considère de tels actifs comme des biens, il n'en reste pas moins que, en l'absence de toute affirmation faisant autorité, il existe actuellement une certaine incertitude perçue ou résiduelle concernant la qualification des CECC en droit singapourien »).

²⁰⁹ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, *supra*, note 174, p. 15 (où il est souligné que « [c]omme pour d'autres pays, il faudrait déterminer si les CECC ont la qualité ou sont réputés avoir la qualité de biens [...] ou de droits contractuels pour pouvoir analyser la situation allemande »).

²¹⁰ Le terme « propriété » est employé ici au sens large et désigne l'ensemble des droits exclusifs qu'une personne peut avoir sur un CECC et qui peuvent être opposés à des tiers en vertu de la législation d'un pays donné.

²¹¹ Dans les Principes sur les actifs numériques et le droit privé, le dépositaire est défini comme « une personne qui fournit des services à un client en vertu d'un contrat de dépôt [...] et qui agit en cette qualité » (principe 10) ; UNIDROIT, *Issues Paper*, *supra*, note 21, par. 125 (où il est souligné que, « au sens large, le dépôt est le fait qu'une personne morale conserve un actif numérique au nom et dans l'intérêt d'une autre personne – c'est-à-dire d'un client – d'une manière qui donne à ce

d'utilisation de la plupart des registres stipulent aujourd'hui explicitement que le registre ne joue pas un rôle de registre de titres²¹². Certains affirment donc qu'un registre de CECV ne doit pas être traité comme un registre d'actes et qu'une inscription dans un registre de CECV ne doit pas être considérée comme une preuve de propriété (même si elle peut servir à établir une présomption de propriété). Si tel est le cas, la complexité du commerce des CECV pourrait s'accroître, car les acquéreurs éventuels de tels crédits pourraient avoir plus de difficultés à acquérir la certitude que la personne à qui ils les achètent en est le propriétaire légitime.

118. Il serait également souhaitable d'apporter des éclaircissements sur la question de savoir si des CECV peuvent être détenus en copropriété. Il est bien établi qu'un CECV ne devrait jamais « avoir qu'un seul détenteur à tout moment »²¹³ et que les CECV ne doivent pouvoir être déclarés qu'une seule fois et que par une seule entité²¹⁴. Le fait de savoir dans quelle mesure il peut y avoir copropriété sur des CECV (qui seraient par exemple détenus par des coentrepreneurs, par exemple) dépend de la qualification juridique de tels crédits dans un pays donné. Par exemple, s'ils sont considérés non comme des choses immatérielles mais comme des droits contractuels, il a été avancé que la possibilité d'une copropriété pourrait ne pas être acceptée par certains systèmes juridiques, dans lesquels « les obligations contractuelles ne peuvent peser qu'à l'égard d'une seule personne à la fois »²¹⁵.

119. La troisième question qui se pose est de savoir quels critères (ou quel critère) appliquer pour déterminer qui est le propriétaire de CECV. On considère généralement qu'un droit réel englobe le droit de posséder un objet de propriété et d'exercer un contrôle exclusif sur celui-ci. Comme il est expliqué plus haut, les MVC forment cependant un écosystème complexe, où les acteurs et les intermédiaires sont nombreux. Il pourrait donc être difficile de déterminer qui est le propriétaire de CECV.

120. Tout d'abord, comme les entités qui gèrent les registres conservent toujours un certain niveau de contrôle sur les CECV (elles peuvent par exemple suspendre à tout moment l'accès d'un détenteur de CECV à son compte, et empêcher ainsi tout transfert²¹⁶), il semble difficile de considérer que le propriétaire des CECV exerce un contrôle exclusif sur une chose, ou du moins d'interpréter ce critère de la même manière que dans d'autres contextes.

121. Il importe également de tenir compte du fait que les détenteurs de CECV (c'est-à-dire ceux qui détiennent un compte dans un registre sur lequel des CECV sont enregistrés) peuvent agir en qualité de dépositaires. En effet, un détenteur peut conclure un contrat qui donne au cocontractant le droit de demander au détenteur des CECV de les retirer en son nom ou de les vendre à un tiers. Dans ce cas, la personne qui a le droit de contrôler les CECV et la personne qui les contrôle réellement (c'est-à-dire le titulaire du compte, qui dispose des titres nécessaires pour demander au responsable du registre de transférer ou de retirer les CECV) sont deux personnes différentes.

dernier une protection particulière en cas de disposition de l'actif en question sans autorisation ou d'insolvabilité du dépositaire qui conserve cet actif »).

²¹² Par exemple Verra, *Terms of Use. Verra Registry, supra*, note 133, clause 9.1 (où il est stipulé que « l'utilisateur reconnaît et accepte que Verra ne garantit nullement l'identité du propriétaire des instruments, et [que] l'utilisateur se fie à toute information obtenue grâce au registre de Verra à ses propres risques »).

²¹³ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 93.

²¹⁴ A/CN.9/1120, par. 21.

²¹⁵ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 93.

²¹⁶ Par exemple Verra, *Terms of Use. Verra Registry, supra*, note 133, clause 14.6 (aux termes de laquelle « Verra peut suspendre l'accès de l'utilisateur au registre de Verra et à son compte sur ce registre [...] à tout moment, avec ou sans motif et sans en informer préalablement l'utilisateur »).

122. D'autres questions peuvent se poser lorsque les CECV sont générés grâce à des projets d'atténuation des changements climatiques qui consistent à piéger des GES dans des réservoirs (arbres, tourbières ou formations géologiques, par exemple). Il pourrait en effet être difficile de savoir si le propriétaire de tels réservoirs (qui peut être une entité privée ou une entité publique) est fondé à faire valoir des droits de propriété sur les CECV qui ont été générés grâce au projet de stockage. Le problème distinct mais connexe qui se pose est de savoir si les propriétaires successifs des CECV qui ont été générés grâce à un projet de stockage pourraient être considérés comme titulaires d'un droit sur la terre dans laquelle le carbone qui a permis de délivrer ces CECV a été stocké.

123. Pour que les MVC fonctionnent correctement, les juristes spécialisés estiment qu'il est essentiel d'éclaircir les points suivants : i) qui est le propriétaire initial des CECV dans tous les cas de figure possibles ; et ii) le fait de détenir des CECV ne confère aucun droit sur des biens immeubles. À cet égard, il convient de noter que les cadres juridiques qui régissent la délivrance de crédits d'émission à la suite d'activités REDD+ prévoient généralement des règles précises sur ces questions. Ainsi, selon la norme élaborée par le FCPF, l'entité du programme (qui peut être une entité infranationale ou un État) doit « démontre[r] sa capacité à céder la propriété des CRE [crédits de réduction des émissions], franc de tout intérêt, charge ou droit de tierce partie, avant toute cession de CRE »²¹⁷. De même, les règles qui ont été définies dans le cadre de la TREES (la norme gérée par l'ART) stipulent que les participants « doivent expliquer comment, dans le cadre constitutionnel ou juridique existant, les droits d'émission ou les droits connexes sur des biens immatériels sont créés et pris en compte », et que seuls les crédits d'émission pour lesquels le titulaire « du droit réel ou d'autres droits » est « clairement » établi seront délivrés²¹⁸.

C. Opérations garanties et prise de sûretés

124. L'une des questions importantes qui se posent concernant les CECV – biens qui ont une valeur économique – est de savoir si leurs propriétaires peuvent les affecter en garantie d'une dette ou d'autres obligations contractuelles dans le cadre de leurs activités professionnelles. À la première session du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires, certains acteurs des MVC ont souligné que la prise de sûreté sur des CECV était une pratique courante depuis de nombreuses années. La plupart des juristes spécialisés estiment toutefois que cette pratique reste souvent entourée d'incertitudes juridiques.

125. Le premier type d'incertitude qui peut apparaître est le fait de savoir si la législation d'un pays donné autorise la constitution de sûretés sur des CECV et, dans l'affirmative, si les cadres nationaux existants en matière de sûretés peuvent s'appliquer aux CECV²¹⁹. Lors des consultations qui ont été menées pour élaborer la présente étude, les juristes spécialisés sont convenus que l'applicabilité des cadres juridiques existants pouvait poser des problèmes. À titre d'exemple, des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières s'applique aux CECV.

²¹⁷ FCPF, modèle de contrat d'achat de crédits de réduction des émissions (ERPA) du FCPF, novembre 2014, annexe 1, disponible à l'adresse www.forestcarbonpartnership.org/system/files/documents/fcpf_erpa_commercial_terms_template_november_1_2014_french.pdf.

²¹⁸ ART, The REDD+ Environmental Excellence Standard (TREES), août 2021, p. 81, disponible à l'adresse www.artredd.org/wp-content/uploads/2021/12/TREES-2.0-August-2021-Clean.pdf.

²¹⁹ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, *supra*, note 174, p. 5.

126. Dans bien des cas, la réponse à cette question est « liée à une question essentielle – la nature juridique des CECV – [...] et à celle de savoir si un CECV peut faire l’objet de droits réels »²²⁰. Dans la plupart des systèmes juridiques, une sûreté ne peut être constituée que si le constituant a des droits sur les biens destinés à être grevés ou le pouvoir de les grever (une sûreté est un droit réel et, si un CECV ne peut faire l’objet d’un droit réel, il ne peut faire l’objet d’une sûreté)²²¹. Ainsi, tant que la nature juridique exacte des CECV en droit privé n’est pas définie dans un pays, une incertitude pourrait persister quant à la question de savoir si une convention constitutive de sûreté sera considérée comme valide et exécutoire en vertu de la législation du pays en question.

127. La littérature spécialisée souligne qu’il importe d’éclaircir cette question et que la possibilité d’affecter des CECV en garantie est « [une] préoccupation majeure des acteurs des MVC »²²². En outre, concernant les systèmes de plafonnement et d’échange des droits d’émission, il a été avancé 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 »²²³. Un raisonnement similaire semble valoir pour les CECV.

128. Clarifier la nature juridique des CECV peut toutefois être insuffisant pour dissiper toutes les incertitudes juridiques qui entourent l’affectation des CECV en garantie. Il pourrait par exemple être difficile de déterminer si une sûreté peut être constituée sur des CECV qui seront délivrés à l’avenir ou si les CECV sont susceptibles d’être affectés en garantie dans le cadre des règles financières prudentielles qui sont en vigueur dans les différents pays. D’autres incertitudes peuvent apparaître concernant les règles qui s’appliquent en matière d’opposabilité. Les juristes spécialisés conviennent que les registres de CECV ne rendent pas une sûreté opposable, car ils ne sont pas les registres d’opérations garanties qui sont prescrits par la loi. En outre, la réponse à la question de savoir si toute forme d’inscription dans un tel registre correspond au niveau de contrôle juridique requis pour l’opposabilité varierait considérablement d’un pays à l’autre. Des questions pourraient également se poser quant aux conditions dans lesquelles le contrôle sur un CECV grevé serait constitué, et il faudrait bien souvent adopter une législation nouvelle et spécifique sur ce point. Les acteurs des MVC peuvent donc se demander s’ils doivent inscrire officiellement leurs sûretés dans un registre d’opérations garanties pour qu’elles soient opposables. En raison de ces incertitudes, il a été avancé que les règles qui permettent de déterminer la priorité des sûretés sur des CECV peuvent être d’application incertaine²²⁴.

129. En outre, comme chaque pays est doté de son propre régime juridique en matière de titrisation et de biens affectés en garantie, ainsi que de constitution, de validité, d’opposabilité et de réalisation des sûretés, la manière dont le droit interne régit les sûretés sur les CECV pourrait être différente d’un pays à l’autre. Lors de la consultation qui a été menée pour élaborer la présente étude, il a été souligné qu’une coordination était nécessaire – par exemple entre responsables de registres qui enregistrent une sûreté sur des CECV –, car les CECV sont des objets du commerce international.

²²⁰ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 113.

²²¹ Par exemple, Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, art. 6-1 (« Une sûreté réelle mobilière est constituée par une convention constitutive de sûreté, sous réserve que le constituant ait des droits sur le bien destiné à être grevé ou le pouvoir de le grever »).

²²² UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 112.

²²³ 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, disponible à l’adresse https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_06/SR15_06_FR.pdf.

²²⁴ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 117.

D. Transfert des crédits d'émission de carbone vérifiés

130. Les CECV sont actuellement vendus soit de gré à gré en exécution de contrats synallagmatiques de droit privé, soit sur des marchés boursiers²²⁵. Dans leur réponse au questionnaire de la CNUDCI, deux États ont donné des informations sur les modalités de vente des CECV sur leur territoire. Le Canada a mentionné l'existence d'une bourse canadienne spécialisée dans le commerce des CECV²²⁶. Les États-Unis ont expliqué que, sur leur territoire, les CECV étaient principalement négociés de gré à gré, mais que certains revendeurs de crédits et certains marchands au détail avaient de plus en plus recours à des bourses pour acheter des crédits (au moyen de contrats au comptant ou à terme) en gros et à des prix inférieurs à ceux qui peuvent être obtenus de gré à gré²²⁷.

131. Selon les analystes spécialisés dans les MVC, une harmonisation de ces marchés est aujourd'hui nécessaire, notamment en ce qui concerne les contrats en vertu desquels les CECV sont transférés²²⁸. Des observateurs notent toutefois que « [c]ertaines bourses ont conçu des produits plus standardisés, notamment sur le marché des produits dérivés ». Tel est notamment le cas de la plateforme de négociation Xpansiv qui « a élaboré le contrat Global Emission Offset [...], en vertu duquel un vendeur doit livrer physiquement un crédit qui repose sur un projet ayant des caractéristiques précises »²²⁹. Il apparaît également que les travaux de l'ISDA, qui « a publié des documents sur le commerce des [CECV] destinés aux professionnels et a défini les différentes opérations et les modèles de confirmation correspondants pour les contrats au comptant ou à terme et pour les contrats d'options [...] pourraient faciliter l'harmonisation »²³⁰.

132. Que les transactions soient effectuées de gré à gré ou sur un marché boursier, les juristes spécialisés semblent s'accorder sur le fait que la prévisibilité du cadre juridique applicable aux transferts de CECV pourrait être améliorée. À l'heure actuelle, il semble que, dans certaines situations, les parties à des opérations commerciales qui portent sur des CECV ne disposent pas d'orientations faisant autorité qui leur permettent de répondre à certaines des questions juridiques susceptibles de se poser dans le cadre de telles opérations.

133. Tel est notamment le cas de l'applicabilité de la clause de force majeure à un défaut de livraison de CECV qui est dû à une modification de la réglementation, risque plus élevé pour les CECV que pour les autres actifs négociables, compte tenu de l'évolution des politiques publiques. Un promoteur de projet pourrait être dans l'incapacité de livrer les CECV qu'il a promis de transférer à un acheteur en vertu d'un contrat de vente valablement conclu, en raison d'une modification de la réglementation dans le pays où le projet d'atténuation concerné est mis en œuvre (et qui rend ce projet non viable du point de vue économique ou tout simplement impossible). Selon la qualification juridique des CECV (bien ou droits contractuels, par exemple) et le moment où ils commencent à exister, il peut être difficile de savoir si le défaut de livraison de CECV dans de telles circonstances peut être géré adéquatement par application de la clause de force majeure.

²²⁵ Lors des consultations qui ont été menées pour élaborer la présente étude, certains experts ont fait observer que la mise au point de nouvelles technologies (dispositifs d'enregistrement électronique partagé, par exemple) pourrait faire évoluer la manière dont les CECC sont transférés et qu'il faudrait tenir compte des évolutions possibles pour toute analyse juridique des transferts de CECC.

²²⁶ Canada (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

²²⁷ États-Unis (réponse à la question 3 a) posée par la CNUDCI).

²²⁸ TSVCM, *Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets. Final Report, supra*, note 136, p. 103.

²²⁹ OICV, *Voluntary Carbon Markets. Consultation Report, supra*, note 97, p. 40.

²³⁰ Ibid.

134. Des incertitudes juridiques peuvent également apparaître concernant les conditions dans lesquelles un transfert de CECV doit être considéré comme achevé et le moment exact où la propriété est transférée du vendeur à l'acheteur. Les contrats de vente de CECV sont souvent conclus avant que les CECV ne soient transférés du compte du vendeur au compte de l'acheteur. Il convient de se demander si le transfert de propriété a lieu lors du transfert des CECV d'un compte à l'autre dans le registre, ou lors de la conclusion du contrat de vente. La réponse à cette question dépendra probablement de la loi applicable, mais le problème pourrait aussi être résolu par le vendeur et par l'acheteur en fonction des circonstances grâce à des clauses expresses. Cependant, il serait souhaitable que la législation nationale soit sans ambiguïté sur ce point, et des orientations communes sur la relation entre la livraison des CECV et le transfert de propriété pourraient contribuer à rendre plus prévisibles les conditions de vente des CECV.

135. Il faut également tenir compte du fait que le titulaire d'un compte sur lequel des CECV sont enregistrés peut agir en qualité de dépositaire. D'après les conditions d'utilisation de certains registres (comme celui de Verra), si le dépositaire souhaite transférer des CECV pour le compte d'un tiers, il doit avertir par écrit le responsable du registre qu'il va se livrer à une telle activité²³¹. Il reste à déterminer si le non-respect de cette formalité pourrait avoir des conséquences sur le transfert de propriété entre le vendeur (qui a chargé le dépositaire de transférer les CECV) et l'acheteur, et quelle en serait l'ampleur. La manière dont cette question serait traitée dépendra généralement de la loi applicable et des clauses du contrat de vente. Le contrat peut par exemple stipuler que le transfert de propriété est subordonné à une condition précise.

136. Les droits et les devoirs des vendeurs et des acheteurs de CECV ne sont pas non plus exempts d'incertitude. L'un des principaux problèmes des MVC est que les CECV n'ont pas tous les mêmes qualités (ils ne présentent pas tous le même degré d'intégrité environnementale et le niveau de risque d'inversion n'est pas le même pour toutes les absorptions de GES, par exemple²³²). De surcroît, leur existence en tant qu'actifs négociables peut être remise en cause par des facteurs externes, même après avoir été vendus plusieurs fois sur le marché secondaire. Comme l'explique la CFTC, « il peut être nécessaire de rappeler ou d'annuler des CECV qui ont été délivrés pour un projet ou une activité parce que du carbone éliminé grâce au projet ou à l'activité en question est rejeté dans l'atmosphère, ou que la quantité de carbone qui n'a pas été émise ou a été éliminée de l'atmosphère grâce au projet ou à l'activité en question est réévaluée »²³³.

137. Dans ces conditions, il existe diverses situations pour lesquelles il ne semble pas exister de réponse juridique claire pour le moment. Il a par exemple été souligné qu'« il est difficile de savoir si un vendeur de CECV est tenu de garantir la qualité (ou l'existence) du [p]rojet sous-jacent et quelle partie supporte le risque lié à la durée de validité d'un CECV » et qu'« il reste à déterminer si un vendeur de CECV pourrait être tenu responsable d'une compensation des émissions de carbone insuffisante ou d'autres problèmes pesant sur un CECV »²³⁴.

138. Selon les acteurs des MVC, ces marchés fonctionnent actuellement « en grande partie sur le principe de l'«acheteur averti», selon lequel les acheteurs de CECV sont censés faire preuve de la diligence nécessaire, par exemple en ce qui concerne le [m]aître d'œuvre du [p]rojet et sa réputation », même si « le manque d'informations exhaustives peut empêcher un acheteur de CECV de faire preuve de la diligence nécessaire »²³⁵. Si un acheteur constate que les CECV qu'il a achetés sont annulés

²³¹ Verra, *Terms of Use. Verra Registry*, *supra*, note 133, clause 1.5.

²³² Ainsi, les GES qui ont été éliminés de l'atmosphère grâce à des projets forestiers présentent un risque plus élevé d'inversion à cause du risque d'incendie.

²³³ CFTC, « Commission Guidance Regarding the Listing of Voluntary Carbon Credit Derivative Contracts; Request for Comment », *supra*, note 182, p. 89417.

²³⁴ UNIDROIT, *Issues Paper*, *supra*, note 21, par. 102.

²³⁵ *Ibid.*, par. 104.

ultérieurement ou s'il est poursuivi en raison du manque d'intégrité environnementale des CECV qui ont été utilisés pour étayer une déclaration d'atténuation, la question des voies de recours ouvertes à cet acheteur contre le vendeur pourrait néanmoins se poser. Des incertitudes persistent donc encore sur la question de savoir dans quelle mesure un acheteur serait protégé par la loi.

139. Un transfert de CECV peut avoir lieu lorsque de tels crédits sont vendus par leur propriétaire, mais aussi lorsque des CECV sont transférés entre deux registres différents. La plupart des registres ne sont pas interconnectés, mais ce type de transfert pourrait être effectué au moyen de l'annulation des CECV dans un registre et de la délivrance du même nombre de CECV dans un autre registre. En pareil cas, les juristes spécialisés qui ont été consultés pour élaborer la présente étude ont soulevé le problème de savoir si la nature juridique des CECV serait modifiée lors de leur transfert d'un registre à l'autre.

140. La dernière question qui concerne le transfert des CECV et qui mérite d'être examinée consiste à déterminer si les crédits peuvent être considérés comme pleinement interchangeables, c'est-à-dire fongibles. Le fait de savoir si deux choses peuvent être considérées comme fongibles (c'est-à-dire si le fait d'estimer qu'elles peuvent se substituer l'une à l'autre pour remplir la même fonction) dépend du cadre dans lequel elles sont évaluées. Elles peuvent être considérées comme fongibles pour un usage particulier et pas pour un autre usage²³⁶. Sur les MVC, la fongibilité peut être évaluée pour différents aspects de la vie d'un CECV.

141. La fongibilité pourrait par exemple être évaluée du point de vue de la pratique contractuelle. Dans ce cas, les CECV pourraient être considérés comme fongibles si les mêmes conditions contractuelles sont utilisées par les acteurs des MVC pour le commerce de n'importe quel type de CECV, quel que soit l'organisme indépendant de normalisation du carbone qui a délivré le crédit en question. La fongibilité pourrait également être évaluée du point de vue de l'interopérabilité des MVC. Si un organisme de normalisation demande à un titulaire de compte de restituer des CECV pour faire face à une inversion, le titulaire de compte ne sera bien souvent autorisé à restituer que les CECV qui ont été délivrés par l'organisme en question. Dans ce contexte, la fongibilité des CECV est intrinsèquement liée à la segmentation du marché et à l'interopérabilité des registres.

142. La finalité des CECV, c'est-à-dire étayer une déclaration publique d'atténuation, peut également être prise en considération pour évaluer la fongibilité. Le fait qu'il « existe déjà une certaine uniformité dans la manière dont les CECV sont calculés »²³⁷ (chacun d'entre eux correspond à une tonne de GES qui n'a pas été émise ou qui a été éliminée de l'atmosphère) pourrait laisser supposer que les CECV peuvent être qualifiés de fongibles. Cependant, ils sont générés dans le cadre de projets différents et par différents organismes indépendants de normalisation du carbone, et le degré d'intégrité environnementale de chaque CECV n'est pas nécessairement identique, ou du moins n'est pas perçu comme tel par les acteurs du marché. En outre, certains CECV peuvent être utilisés pour respecter les règles de programmes comme le CORSIA, tandis que d'autres ne peuvent être employés à cette fin. Dans le monde des MVC, on dit généralement que tous les CECV ne sont pas nés égaux et que – comme pour les diamants (et contrairement à l'or) – leur valeur est estimée à l'aide de différents paramètres.

143. Il a été avancé qu'« une large fongibilité des CECV est indispensable pour que les marchés soient actifs et liquides » et « que, dans la mesure du possible, les CECV devraient être interchangeables afin de satisfaire aux obligations de transfert de tels crédits que des acteurs des marchés ont contracté vis-à-vis d'autres acteurs »²³⁸.

²³⁶ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, supra, note 174, p. 16 (où il est souligné que « [l]es billets de banque, par exemple, sont fongibles s'il s'agit de satisfaire à des obligations monétaires, mais peuvent être considérés comme des biens distincts (chaque billet porte un numéro de série) à d'autres fins, comme le traçage »).

²³⁷ UNIDROIT, *Issues Paper*, supra, note 21, par. 108.

²³⁸ ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, supra, note 175, p. 16.

À cette fin, des juristes spécialisés ont estimé qu'il serait essentiel « de définir les conditions minimales requises pour que des CECV soient considérés comme équivalents aux fins de l'exécution d'une obligation de transfert d'un CECV (au titre de la documentation commerciale pertinente, par exemple) »²³⁹. Ainsi, les CECV pourraient être considérés comme fongibles à des fins commerciales malgré leurs différences, dès lors qu'ils atteignent un certain niveau de qualité²⁴⁰.

E. Traitement en cas d'insolvabilité

144. Un cadre juridique prévisible pour le commerce des CECV suppose également une capacité des acteurs du marché à comprendre comment ces crédits seront traités en cas d'insolvabilité. Or, les juristes spécialisés estiment aujourd'hui que les situations d'insolvabilité pourraient poser différents problèmes juridiques.

145. Tel serait par exemple le cas de l'insolvabilité d'un acteur privé qui gère un registre dans lequel des CECV sont enregistrés. L'insolvabilité du responsable d'un registre de CECV pourrait « provoquer la “disparition” du crédit d'émission numérique », selon la manière dont la nature juridique du CECV est définie²⁴¹. Toutefois, si un CECV est considéré comme un bien immatériel en droit des biens et si l'on estime que la fonction d'un registre de CECV est uniquement de prouver l'existence d'un tel crédit (c'est-à-dire qu'il n'est pas constitutif de cette existence), il serait alors juridiquement possible de conclure qu'un CECV n'a jamais cessé d'exister²⁴².

146. L'insolvabilité d'un promoteur, dont le projet a déjà permis de générer des CECV qui sont négociés sur le marché secondaire, pourrait également poser des problèmes juridiques, surtout si les CECV en question résultent de l'absorption de GES. On peut par exemple se demander si la disparition de la personne morale qui était chargée de veiller à ce que le carbone reste dans les réservoirs (dans des arbres ou dans le sol ou le sous-sol, par exemple) remettrait en cause la validité des CECV qui ont été générés grâce au projet et qui sont négociés sur le marché secondaire.

147. En outre, des questions pourraient se poser concernant le sort des CECV détenus par une personne qui est engagée dans une procédure d'insolvabilité. Par exemple, si le créancier et la personne insolvable détiennent tous deux un compte dans le même registre, les CECV peuvent-ils encore être transférés d'un compte à l'autre si la personne insolvable refuse de demander au responsable du registre d'effectuer ce transfert ?

148. En tout état de cause, la littérature spécialisée laisse supposer que la manière dont les CECV seront traités en cas d'insolvabilité dépendra probablement de la qualification juridique qu'ils ont reçue en droit des biens. Il est également avancé que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et les instruments connexes pourraient donner des orientations qui permettraient aux États de régler les situations d'insolvabilité dans lesquelles des CECV entrent en jeu²⁴³.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Ibid. Certains analystes font toutefois observer que la fongibilité a reculé sur les marchés et que des « pools de liquidité » sont apparus. Cette évolution s'explique par le fait que les acheteurs sont de plus en plus attentifs au projet sous-jacent et aux caractéristiques des CECC qu'ils achètent.

²⁴¹ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 123.

²⁴² À la première session du Groupe de travail d'UNIDROIT sur la nature juridique des crédits d'émission de carbone volontaires, une personne a affirmé que ces CECC « orphelins » pourraient être récupérés par un autre registre, dans lequel ils seraient consignés.

²⁴³ UNIDROIT, *Issues Paper, supra*, note 21, par. 121.

F. Règlement des différends

149. Les MVC forment un écosystème complexe, qui repose sur un réseau de relations juridiques entre différents acteurs. En outre, les projets d'atténuation des changements climatiques qui donnent lieu à la délivrance de CECV sont toujours mis en œuvre conformément à la législation d'un État et sur un territoire qui a ses propres réalités économiques, sociales et culturelles. Il s'ensuit que les différends auxquels les CECV peuvent donner lieu peuvent prendre différentes formes et concerner différents acteurs.

150. À un premier niveau, des différends peuvent survenir entre les acteurs des MVC qui jouent un rôle dans la délivrance et le commerce des CECV. De tels litiges peuvent notamment opposer : un promoteur de projet et un organisme de validation et de vérification ; un promoteur de projet et un organisme indépendant de normalisation du carbone ; un organisme de normalisation et un organisme de validation et de vérification ; un promoteur de projet et un investisseur ; un promoteur de projet et un acquéreur de CECV ; un acheteur ou un vendeur de CECV et un organisme de normalisation ; un acheteur ou un vendeur de CECV et un organisme de validation et de vérification ; un acheteur de CECV et un vendeur de CECV ; deux organismes indépendants de normalisation du carbone ou deux responsables de registres.

151. La manière dont chacun de ces types de différends serait réglé dépend probablement des clauses des contrats qui régissent les activités des acteurs des MVC, et de la loi qui s'applique à ces contrats. À cet égard, il est à noter que les documents fournis par les organismes indépendants de normalisation du carbone contiennent souvent des clauses qui limitent leur responsabilité²⁴⁴. Compte tenu des spécificités des MVC, il convient toutefois de se demander s'il ne faudrait pas définir des règles, des pratiques ou des principes communs particuliers afin d'atteindre une cohérence et une certaine prévisibilité concernant la manière dont ces différends sont réglés.

152. À un deuxième niveau, des différends peuvent survenir entre les acteurs des MVC et les autorités publiques. Ainsi, une modification de la réglementation dans le pays où un projet d'atténuation des changements climatiques est mené pourrait nuire à sa rentabilité économique, ce qui peut donner lieu à une action en justice au titre du droit de l'investissement²⁴⁵. Une autorité publique pourrait également engager des poursuites contre des promoteurs de projets et des maîtres d'œuvre, mais aussi contre des entités qui négocient des CECV, pour non-respect de la législation nationale.

153. À un troisième niveau, des litiges peuvent survenir entre les acteurs des MVC et le public ou la société civile. Des collectivités locales peuvent ainsi engager des poursuites pour empêcher la mise en œuvre d'un projet d'atténuation des changements climatiques en faisant valoir que le projet concerné dégraderait l'environnement local ou serait à l'origine de violations des droits humains. Comme il est expliqué plus haut, des membres de la société civile pourraient également poursuivre des entreprises qui ont retiré des CECV pour étayer une déclaration d'atténuation, au motif que l'intégrité environnementale des crédits retirés est insuffisante et qu'ils ne représentent pas de véritables réductions d'émissions ou de véritables absorptions de GES.

²⁴⁴ Verra, *Terms of Use. Verra Registry, supra*, note 133, clause 13 (la clause 13.1 stipule que « ni Verra ni le fournisseur des logiciels du registre de Verra ne garantissent que les informations qui figurent dans le registre de Verra sont correctes, exhaustives, à jour ou fiables, ni que les logiciels utilisés pour le registre de Verra sont exempts d'erreurs ou d'anomalies ou protégés ou ne subiront jamais d'interruption de service » ; la clause 13.3 stipule que « Verra et le fournisseur des logiciels du registre de Verra s'exonèrent par les présentes de toute garantie, notamment, mais pas seulement, en ce qui concerne la qualité loyale et marchande, l'absence de contrefaçon et l'adéquation à une fin particulière, ainsi que de toute garantie implicite résultant d'un usage ou d'une pratique commerciale »).

²⁴⁵ À l'instar des actions qui sont intentées contre les États à la suite de la réduction progressive des plafonds d'émissions [par exemple, affaire CIRDI n° ARB/20/52 (*Koch Industries, Inc. and Koch Supply & Trading, LP c. Government of Canada*)] (voir plus haut, note 75).

154. Il importe aussi de souligner que les organismes indépendants de normalisation du carbone ont mis en place des procédures internes de réclamation et de recours, grâce auxquelles les décisions qu'ils prennent peuvent être contestées, même par des membres de la société civile. Certains organismes de vérification et de validation ont également mis en place des procédures de ce type. Toutefois, des questions peuvent se poser quant à la manière dont les réclamations qui sont déposées dans le cadre de ces procédures sont traitées, ainsi que sur le fait de savoir si elles offrent des garanties procédurales équivalentes à celles que prévoient le système judiciaire ou certains mécanismes normatifs de règlement des différends, par exemple (notamment sur le plan de la transparence).

G. Questions de droit applicable²⁴⁶

155. Sur les marchés volontaires du carbone, on constate souvent que les activités impliquent plusieurs pays différents et que les intervenants se trouvent dans différents pays²⁴⁷. Le territoire concerné par un projet d'atténuation des changements climatiques à la première étape du cycle de vie de crédits d'émission de carbone vérifiés peut être différent du lieu où l'organisme de vérification qui est agréé par un organisme de normalisation du carbone exerce ses activités. Dès les premières étapes, les contrats qui sont conclus entre les maîtres d'œuvre et les organismes de normalisation posent le problème du droit applicable et de la juridiction compétente pour régler les différends qui découlent de la vérification. Pendant tout le cycle de vie d'un crédit d'émission de carbone vérifié, le nombre d'activités et de transactions transfrontalières effectuées rend plus complexe la question du droit applicable et de la juridiction compétente, car les différentes étapes de la commercialisation et de la circulation des crédits d'émission de carbone vérifiés se déroulent dans des lieux différents, et les personnes qui y participent se trouvent dans des endroits différents. L'exemple suivant illustre la complexité du problème : un projet qui a permis de générer un crédit d'émission de carbone vérifié peut se dérouler dans un pays différent de celui où siège l'entreprise qui a mené le projet et qui a fait l'acquisition du crédit en question ; l'organisme de normalisation du carbone qui a délivré le crédit d'émission de carbone vérifié peut exercer ses activités dans un pays tiers ; l'entité qui gère le registre de crédits d'émission de carbone vérifiés peut se trouver encore dans un autre pays.

156. Certaines des questions de droit international privé qui se posent dans le cadre du fonctionnement des marchés volontaires du carbone peuvent initialement sembler les mêmes que celles qui se posent habituellement dans le cadre des contrats commerciaux internationaux. On pourrait donc croire que les instruments qui existent dans le domaine des contrats commerciaux internationaux pourraient permettre de répondre à ces questions. L'application des critères de rattachement classiques pour déterminer, par exemple, quelle est la loi applicable aux transactions qui sont effectuées sur les marchés du carbone pose cependant plusieurs problèmes. Le cycle de vie des crédits d'émission de carbone vérifiés repose sur un ensemble de contrats et de transactions conclus dans des lieux différents, et il est difficile d'utiliser uniquement un facteur de rattachement essentiel, comme le lieu où se trouve une partie (en fonction du moment où le problème survient pendant la transaction ou le cycle de vie de l'unité concernée)²⁴⁸. En outre, la nature des contrats qui sont conclus entre les acteurs des marchés peut varier considérablement, en particulier sur les marchés volontaires du carbone.

²⁴⁶ La présente section contient des éléments qui ont été communiqués par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.

²⁴⁷ Voir ISDA, *Legal Implications of Voluntary Carbon Credits*, décembre 2021, disponible à l'adresse www.isda.org/a/38ngE/Legal-Implications-of-Voluntary-Carbon-Credits.pdf.

²⁴⁸ Voir le paragraphe 13 de la « Proposition de travaux exploratoires : Questions de droit international privé relatives aux marchés du carbone », document préliminaire n° 7 REV REV de mars 2024, disponible à l'adresse www.hcch.net sous « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique » (ci-après « document préliminaire n° 7 REV REV »).

157. Le fait que certains crédits d'émission de carbone vérifiés ont fait l'objet d'une certification numérique et que d'autres étapes de la transaction, comme la jetonisation des unités et leur enregistrement dans des systèmes de stockage décentralisé (dans des dispositifs d'enregistrement électronique partagé, par exemple), ont eu lieu sur le marché secondaire, complique la situation²⁴⁹. Ces autres étapes créent d'autres points de rattachement possibles, ce qui soulève de nouvelles questions quant à la manière de déterminer quelles sont la loi applicable et la juridiction compétente. Les modes opératoires adoptés par les pays à cet égard restent très hétérogènes, notamment en ce qui concerne la numérisation des différentes étapes du processus, y compris le type de technique utilisée et les relations contractuelles sur lesquelles reposent ces étapes (y compris lorsque les activités correspondantes ont été confiées à des organismes tiers). D'autres questions de droit international privé relatives à la loi applicable et à la juridiction compétente pour les transactions sur les marchés volontaires se posent lorsque des crédits d'émission de carbone vérifiés ont été commercialisés par des intermédiaires ou des courtiers, notamment lorsqu'ils font l'objet d'un commerce sur des plateformes numériques entre des acteurs qui peuvent n'avoir aucun lien juridique avec les organismes de normalisation. Dans ce contexte, d'autres questions se posent : Dans quelle mesure les unités d'émission certifiées pourraient-elles être soumises à la législation applicable aux opérations transfrontalières sur des valeurs mobilières, et quelles sont les conséquences de telles situations pour les règles de droit international privé ?

158. En outre, les lois de police et l'ordre public peuvent limiter l'autonomie des parties dans les accords d'élection du for figurant habituellement dans les contrats commerciaux internationaux relatifs aux crédits d'émission de carbone vérifiés. Ainsi, l'application obligatoire de la loi du for ou de celle d'un autre État ayant un lien substantiel avec l'objet de l'accord soulève des questions. Dans certains pays, des conditions particulières peuvent également être requises pour qu'une déclaration de compensation soit considérée comme valide. Ces conditions sont fixées par la loi de l'État dans lequel la société concernée est constituée et peuvent différer de celles qui sont prévues par la législation applicable aux activités des organismes de normalisation qui ont délivré le crédit d'émission de carbone vérifié.

159. La circulation des crédits d'émission de carbone vérifiés soulève également des questions portant sur les facteurs de rattachement possibles et sur les liens substantiels qui pourraient exister entre les promoteurs de projets, les détenteurs ou propriétaires de tels crédits et le lieu où le projet d'atténuation concerné est mis en œuvre (dans le cas de projets fondés sur la nature, par exemple), ce qui a des conséquences pour le droit applicable. Les questions relatives à la détermination du rattachement principal entre un crédit d'émission et les transactions correspondantes, compte tenu en particulier du chevauchement des cadres réglementaires applicables aux déclarations de compensation, doivent être réglées par une analyse du droit applicable avant de pouvoir déterminer quel traitement juridique appliquer au crédit d'émission concerné.

160. Comme les pays n'ont pas tous appliqué le même traitement juridique aux crédits d'émission, le marché est très fragmenté et la qualification juridique des crédits négociables manque de cohérence. Ce manque de cohérence s'étend au traitement des registres, des mécanismes de certification, des cessions à des tiers et des transferts de crédits d'émission de carbone vérifiés²⁵⁰. La définition de critères de rattachement objectifs qui détermineraient la loi applicable aux différentes transactions qui ont lieu au cours du cycle de vie des crédits d'émission de carbone vérifiés permettrait de dissiper les ambiguïtés et les incertitudes sur les marchés volontaires du carbone et réduirait le risque d'abus, de vide juridique et réglementaire et d'écoblanchiment²⁵¹. À mesure que ces marchés se développeront, de nombreuses autres questions de droit international privé se poseront, en raison de l'augmentation du nombre de cas d'utilisation et du nombre de personnes impliquées dans les

²⁴⁹ Voir le paragraphe 21 du document préliminaire n° 7 REV REV.

²⁵⁰ Voir le paragraphe 17 du document préliminaire n° 7 REV REV.

²⁵¹ Voir le paragraphe 18 du document préliminaire n° 7 REV REV.

transactions correspondantes²⁵². Des travaux complémentaires dans ce domaine pourraient apporter des réponses à ces questions de droit international privé, notamment à celles qui portent sur le rôle de l'autonomie des parties, de la loi applicable et de la juridiction compétente dans les litiges nés de l'émission et de la circulation transfrontière de crédits d'émission de carbone vérifiés.

²⁵² La HCCH a commencé à suivre de près les aspects de droit international privé des marchés volontaires du carbone, comme l'a demandé son organe directeur à sa réunion de mars 2024. Voir Conclusions & Décisions n^{os} 18 et 19 de la réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique qui s'est tenue en 2024.

Annexe I

Glossaire

Ajustements correspondants

Mesures concordantes qui, selon les Directives concernant les démarches concertées visées au paragraphe 2 de l'article 6 de l'Accord de Paris, doivent être exécutées par : i) une Partie à l'Accord de Paris qui est la première à transférer des **résultats d'atténuation transférés au niveau international** (et qui doit retirer de ses livres de comptes les résultats d'atténuation obtenus sur son territoire et transférés à l'étranger en tant que résultats d'atténuation transférés au niveau international) ; et ii) une autre Partie, qui utilise les **résultats d'atténuation transférés au niveau international** pour sa contribution déterminée au niveau national (et qui doit ajouter aux résultats d'atténuation obtenus à l'échelle nationale les résultats d'atténuation transférés au niveau international qui ont été achetés).

Compensation

Fait d'utiliser des **crédits d'émission** pour calculer le niveau net de GES qui ont été émis par une entité sur une période donnée. On dit généralement qu'une entité a « compensé » ses émissions lorsqu'elle a soustrait de la quantité de GES qu'elle a réellement émise une quantité de GES représentée par des **crédits d'émission**. La compensation peut être considérée comme une opération comptable visant à établir un bilan net des émissions de GES.

Crédit d'émission de carbone (crédit d'émission)

Terme générique désignant les différents types d'unités qui sont négociées sur les **marchés du carbone**.

Crédit d'émission de carbone vérifié

Type de **crédit d'émission** qui représente le fait de ne pas avoir rejeté ou d'avoir éliminé une tonne d'équivalent CO₂, ce qui a été vérifié par un tiers. Un crédit d'émission de carbone vérifié peut être délivré par une autorité publique ou par un **organisme indépendant de normalisation du carbone**.

Droit d'émission

Type de **crédit d'émission** qui est délivré par une autorité de contrôle dans le cadre d'un système de plafonnement et d'échange des droits d'émission et qui permet à son détenteur d'émettre une certaine quantité d'équivalent CO₂ (généralement une tonne).

Marché du carbone

Marché sur lequel des **crédits d'émission** sont négociés.

Marché réglementé

Type de **marché du carbone** créé par un mécanisme qui : i) est géré par une autorité publique ; et ii) donne lieu à la délivrance de **crédits d'émission** ou exige ou autorise l'utilisation de tels crédits afin de respecter la législation. Ce type de marché est également appelé **marché du carbone réglementé**.

Marché volontaire du carbone

Marché sur lequel sont négociés les crédits d'émission de carbone vérifiés qui sont délivrés par une autorité publique ou par un **organisme indépendant de normalisation du carbone** particuliers.

Mécanisme d'échange de droits d'émission	Tout type de mécanisme qui donne lieu à la délivrance de <i>crédits d'émission</i> ou qui exige ou autorise l'utilisation de tels crédits. Les systèmes de plafonnement et d'échange des droits d'émission et les mécanismes de crédits fondés sur une valeur de référence sont des types particuliers de mécanismes d'échange de droits d'émission.
Mécanisme de crédits fondés sur une valeur de référence	Type de <i>mécanisme d'échange de droits d'émission</i> dans lequel : i) une valeur de référence est définie pour les émissions ou les absorptions de GES (en fonction d'un scénario de base, d'une moyenne historique ou d'une norme ou d'un critère de performance) ; et ii) si une réduction ou une absorption d'émission est supérieure à cette valeur, des <i>crédits d'émission</i> , qui peuvent en principe être négociés et utilisés par une autre entité pour compenser les émissions qu'elle a générées ailleurs, sont délivrés.
Organisme indépendant de normalisation du carbone	Entité de droit privé qui atteste qu'un projet d'atténuation des changements climatiques a permis de réduire les émissions de GES ou d'éliminer des GES de l'atmosphère. Sous certaines conditions, un organisme indépendant de normalisation du carbone propose de délivrer des <i>crédits d'émission de carbone vérifiés</i> en cas de réduction des émissions de GES ou d'absorption de GES qui a été confirmée selon les règles de l'organisme en question. Le Verified Carbon Standard (VCS/Verra), le Gold Standard, l'American Carbon Registry et la Climate Action Reserve sont des organismes indépendants de normalisation du carbone.
Résultats d'atténuation transférés au niveau international	Statut qui s'applique aux réductions et aux absorptions d'émissions qui sont obtenues sur le territoire d'une Partie à l'Accord de Paris, lorsque la Partie concernée autorise l'utilisation de ces réductions et absorptions d'émissions pour la réalisation de la contribution déterminée au niveau national d'une autre Partie, ou à d'autres fins internationales d'atténuation, comme le prévoient les Directives concernant les démarches concertées visées au paragraphe 2 de l'article 6 de l'Accord de Paris.
Retrait des crédits d'émission	Fait de transférer des <i>crédits d'émission</i> , d'un compte sur lequel il est possible de les transférer vers tout autre compte, vers un compte spécial sur lequel les crédits en question resteront définitivement enregistrés et sur lequel ils ne peuvent être transférés vers aucun autre compte. Un <i>crédit d'émission</i> est généralement retiré pour indiquer qu'il a été utilisé pour calculer un bilan net des émissions de GES et qu'il ne peut donc plus être vendu ou utilisé de nouveau à des fins de <i>compensation</i> . Le retrait de <i>crédits d'émission</i> permet aux entités qui font une demande de compensation (c'est-à-dire aux entités qui publient le niveau de leurs émissions nettes) de fournir des preuves à l'appui de cette demande.
Système de plafonnement et d'échange des droits d'émission	Type de <i>mécanisme d'échange de droits d'émission</i> dans lequel : i) une limite supérieure d'émissions de GES est fixée et des <i>droits d'émission</i> sont accordés en fonction de cette limite ; ii) les entités qui sont concernées par un tel système reçoivent ou doivent acheter des <i>droits d'émission</i> négociables ; et iii) à la fin d'un cycle de conformité, les entités concernées sont tenues de restituer autant de droits que la quantité d'équivalent CO ₂ qu'elles ont émise.

Annexe II

Liste des abréviations

A6.4RE	réductions d'émissions visées au paragraphe 4 de l'article 6 de l'Accord de Paris et résultant du mécanisme établi au même paragraphe
ACVM	Autorités canadiennes en valeurs mobilières (Canada)
ACR	American Carbon Registry
ALÉNA	Accord de libre-échange nord-américain
ART	Architecture pour les transactions REDD+
CAD Trust	Climate Action Data Trust
CCP	Principes fondamentaux du carbone
CDP	Carbon Disclosure Project
CECV	Crédits d'émission de carbone vérifiés
CFTC	Commodities Futures Trading Commission (États-Unis)
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CORSIA	Régime de compensation et de réduction de carbone pour l'aviation internationale
CRE	crédits de réduction des émissions
ERPA	contrat d'achat de crédits de réduction des émissions
FCPF	Fonds de partenariat pour la réduction des émissions de carbone forestier
FTC	Commission fédérale du commerce (États-Unis)
GES	gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
HCCH	Conférence de La Haye de droit international privé
ICVCM	Integrity Council for Voluntary Carbon Markets
IETA	International Emissions Trading Association
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
MDP	mécanisme pour un développement propre
MVC	marchés volontaires du carbone
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs
REDD+	réduction des émissions dues à la déforestation et à la dégradation des forêts dans les pays en développement, conservation des stocks de carbone forestier, gestion durable des forêts et renforcement des stocks de carbone forestier
SEQE-UE	système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne
TSVCM	Taskforce on Scaling Voluntary Carbon Markets

UE	Union européenne
UEC	unités d'émission certifiées (Verra)
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
VCMI	Initiative sur l'intégrité des marchés volontaires du carbone
VCS/Verra	Verified Carbon Standard (Verra)
WWF	Fonds mondial pour la nature