

32

**GREENPEACE NETHERLANDS, OXFAM NOVIB, BANKTRACK
ET MILIEUDEFENSIE C. ING BANK (2017)**

Catherine COLARD-FABREGOULE¹

Il est désormais établi² que les activités humaines sont largement responsables des changements climatiques, ceci implique toutes les activités humaines y compris les activités financières et bancaires. Pour celles-ci, ce ne sont pas tant les effets directs en matière d'émissions qui demeurent problématiques, que les effets indirects, via notamment les financements et les investissements que ces établissements appuient. Sur un plan textuel, ni la Convention Cadre des nations Unies sur les changements climatiques (CNUCCC) ni le Protocole de Kyoto ne concernent directement les actions ou la place du secteur privé en général et du secteur bancaire en particulier, en matière de changement climatique. Les établissements bancaires ne sont que des acteurs non étatiques, non-Parties aux accords, mais cependant parties prenantes aux efforts de lutte. L'Accord de Paris conclu le 12 décembre 2015 par 195 États, fait explicitement référence au rôle des investisseurs « [...] rendant les flux financiers compatibles avec un profil d'évolution vers un développement à faible émission de gaz à effet de serre et résilient aux changements climatiques ».

L'affaire *ING* a démarré par une plainte qui a été déposée le 8 mai 2017 par Greenpeace Pays-Bas, Oxfam Novib, Banktrack et Milieudefensie, trois organisations non gouvernementales investies dans les droits de l'homme, l'environnement et le climat, contre ING devant le Point de contact national (PCN) néerlandais, organisme de médiation mis en place dans le cadre des Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des firmes multinationales. Rappelons qu'ING est une banque en ligne fondée en 1997 au Canada et qu'*International Nederlanden Groep* est un groupe financier néerlandais né en 1991 de la fusion d'*ING national Nederlanden* (premier organisme d'assurance des Pays-Bas) et de *NMB Posbank Group* (une des plus grandes banques commerciales). L'activité du groupe ING est organisée en trois pôles : assurance, banque et gestion d'actifs. Dans la présente affaire, les ONG dénonçaient³ le manque de publication d'informations des émissions indirectes de gaz à effet de serre (GES) de la banque, c'est-à-dire des

¹ Maître de conférences (HDR) en droit public, Université Sorbonne Paris Nord, Membre de l'IDPS – Institut de droit, Sciences politiques et sociales et de la Structure Fédérative « Les Communs ».

² En témoignent les nombreux rapports du GIEC et l'article 1^{er} de la Convention Cadre des Nations unies concernant les changements climatiques évoquant les changements de climat attribués directement ou indirectement à une activité humaine.

³ Les demandes et opinions des parties sont disponibles sur le site de l'OCDE : https://complaints.oecdwatch.org/cases-fr/Case_476.

projets qu'elle finance. En dépit du fait qu'ING fasse état de ses propres émissions directes de GES dans l'expression de sa position le 8 mai 2017⁴, les organisations non gouvernementales concernées lui ont reproché de ne pas publier de rapport public sur ses émissions indirectes⁵ produites par l'intermédiaire de sociétés et de projets qu'elle finance dans le monde et de ne pas avoir annoncé son intention de le faire dans un avenir proche. Les ONG reprochaient par ailleurs à la banque de ne pas s'être engagée de manière suffisante en matière de lutte contre le changement climatique, au regard des objectifs fixés dans l'Accord international sur le climat de Paris, qui prévoit que les acteurs économiques s'engagent à limiter le réchauffement climatique entre 1,5 et 2 degrés. Le sujet est d'une grande actualité en 2019⁶. Entre autres choses, une coalition d'ONG animée par Oxfam France, les amis de la terre France et Réseau action climat France s'intéresse à l'impact des institutions financières publiques sur les changements climatiques; l'association *Climate chance and Finance for Tomorrow* dans le cadre l'Observatoire mondial de l'action climatique non étatique en 2018 s'est intéressée aux implications des acteurs de la finance sur les changements climatiques⁷; *Banking on climate change* par produit collectif de six ONG a publié en 2019 un rapport sur « Fossil fuel Finance Report card »⁸; la Clinique juridique de l'environnement animée dans le cadre du Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC) de l'Université Aix-Marseille a consacré une étude « Banques et changement climatique »⁹. Lors de la COP24 à Katowice, cinq grandes banques dont ING, se sont engagées à aligner leurs portefeuilles de crédit sur les objectifs mondiaux en matière de climat de manière à soutenir l'article 2.1c de l'Accord de Paris « Rendre les flux financiers compatibles avec un profil d'évolution vers un développement à faible émission de gaz à effet de serre et résilient aux changements climatiques ». Du côté européen, Ursula von der Leyen, a publiquement annoncé les orientations politiques pour la prochaine Commission européenne (2019-2024) en indiquant « Nous devons recourir à l'investissement privé en plaçant le financement vert et durable au centre de notre chaîne d'investissement et de notre système financier. Pour y parvenir, j'ai l'intention de présenter une stratégie en faveur de la finance verte »¹⁰.

4 https://complaints.oecdwatch.org/cases-fr/Case_476.

5 Pour calculer le bilan de GES, le système SCOPE permet d'évaluer les émissions directes (SCOPE 1) et indirectes (SCOPE 2 et 3). SCOPE 2 évalue les émissions indirectes liées aux consommations énergétiques nécessaires à la fabrication du produit; SCOPE 3 évalue les autres émissions non liées à la fabrication du produit, mais aux autres étapes du cycle de la vie des produits. Ceci a été établi par le GHG protocol (Green House Gas Protocol) concernant les gaz à effet de serre proposé par World Business Council for sustainable development et le World resource Institute, développé en partenariat avec les gouvernements, les ONG et les entreprises. SCOPE 2 et SCOPE3 correspondent aux émissions indirectes des entreprises: liées à la consommation de l'électricité, de la chaleur ou de la vapeur nécessaire à la fabrication des produits (SCOPE2) et autres émissions indirectes, telles que l'extraction de matériaux achetés par l'entreprise pour la réalisation du produit ou les émissions liées au transport des salariés et des clients venant acheter le produit (SCOPE3).

6 Les Amis de la terre, Oxfam France, Réseau action climat France, *Cachez ces fossiles que l'on ne saurait voir, trois institutions financières publiques à l'épreuve de l'Accord de Paris*, 3 juillet 2019, https://reseauactionclimat.org/wp-content/uploads/2019/07/rapport-cachez-ces-fossiles_final.pdf, consulté le 18 décembre 2019.; TCFD, Task Force on climate related financial disclosures, septembre 2018, <https://www.fsb-tcf.org/publications/tcf-2018-status-report/> consulté le 6 décembre 2019. Lire aussi, Les amis de la terre et Oxfam France, *La colossale empreinte carbone des banques, une affaire d'État*, novembre 2019, <https://www.oxfamfrance.org/wp-content/uploads/2019/11/Rapport-La-colossale-empreinte-carbone-des-banques-fran%20C3%A7aises.pdf>, consulté le 18 décembre 2019.

7 Observatoire mondial de l'action climatique non étatique, *Climate chance 2018*, https://www.climate-chance.org/wp-content/uploads/2018/11/2018_rapport_cahier_3.pdf, consulté le 18 décembre 2019.

8 Rainforest Action network, Bank Track, Sierra Club, Oil Change, Honor Earth, *Banking on Climate Change, Fossil Fuel Finance Report Card, 2019*, https://www.ran.org/wp-content/uploads/2019/03/Banking_on_Climate_Change_2019_vFINAL1.pdf, consulté le 18 décembre 2019.

9 Clinique juridique de l'environnement, CERIC (UMR 7318), Université d'Aix-Marseille, *Banques et changements climatiques*, au Profit de Greenpeace France, (dir. E. Truilhé-Marengo), septembre 2018, <https://cdn.greenpeace.fr/site/uploads/2018/10/Rapport-clinique-final-septembre-2018-.pdf>, consulté le 18 décembre 2019.

10 Ursula VON DER LEYEN, Orientations politiques pour la prochaine Commission Européenne (2019-2024), p. 7 & 9, sur Finance-Watch.org, https://www.finance-watch.org/wp-content/uploads/2019/10/Le-Green-Deal-europeen_Guide-de-la-societe-civile_Sept2019_FR.pdf, consulté le 18 décembre 2019.

L'affaire instruite devant le PCN hollandais est inédite dans la mesure où il s'agit d'un premier précédent en matière de politique climatique dans le secteur financier et de diligence raisonnable des entreprises. C'est une première plainte devant un PCN relative au climat. Pourtant les ONG ont fait le choix d'une procédure non contraignante devant un organisme de médiation et relativement à des règles de *soft law* (I). Si cette procédure peut paraître a priori *perdue d'avance*, elle peut cependant s'avérer de nature à participer néanmoins à l'appréciation et à l'amélioration de la performance environnementale des entreprises en général et des entreprises financières en particulier (II).

I. Le choix d'une procédure non contraignante devant un organisme de médiation appliquant des règles de *soft law*

A. Des principes relevant de la *soft law*

L'action s'est donc déroulée devant le PCN néerlandais, organisme national créé dans le cadre de la promotion et de l'application des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes multinationales. Il est utile de rappeler que l'OCDE a d'abord été chargée à l'issue de la Seconde Guerre mondiale d'administrer le plan Marshall puis s'est vu attribuer par la suite la mission de fixer un régime universel pour les investissements internationaux, de réaliser la plus forte expansion possible de l'économie et de l'emploi, de contribuer à une saine expansion économique et au développement du commerce mondial. Outre la réalisation de conditions économiques propices au développement, l'OCDE s'est par la suite saisie des dérives des firmes multinationales, principaux instruments des investisseurs internationaux et a tenté de rendre éthiques leurs agissements en adoptant en 1976, ses Principes directeurs, plusieurs fois rénovés depuis. Désireuse de promouvoir le développement économique par la voie de l'investissement, l'OCDE en a, petit à petit, saisi tous les aspects et en particulier les aspects éthiques depuis le milieu de la décennie 70. Le domaine de l'environnement a investi l'OCDE dès cette période, avec la création du Comité de l'environnement, devenu plus tard Comité des politiques de l'environnement. Plus précisément, les Principes directeurs de l'OCDE à l'égard des entreprises multinationales sont un ensemble de recommandations adressées aux gouvernements des trente et un États membres et de onze autres, concernant les activités des entreprises opérant dans leurs territoires et à partir de ceux-ci. Ils sont répartis par thèmes, présentés dans des chapitres¹¹ qui sont intitulés : 1. Concepts et Principes ; 2. Principes généraux ; 3. Publications d'informations ; 4. Droits de l'Homme ; 5. Emploi et relations professionnelles ; 6. Environnement ; 7. Lutte contre la corruption ; 8. Intérêts des consommateurs ; 9. Science et technologie ; 10. Concurrence ; 11. Fiscalité. Ce sont des principes auxquels on répond sur une base volontaire et qui apparaissent comme des guides utiles pour les opérations internationales des entreprises. Un point essentiel est que tous les pays membres de l'OCDE et ceux ayant adhéré aux Principes directeurs, sont tenus de mettre en place un Point de Contact National efficace. Les PCN sont des bureaux gouvernementaux mandatés qui ont pour mission générale de promouvoir les Principes directeurs par la

¹¹ Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes multinationales sont en ligne : <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>.

diffusion d'informations. Ils participent par ailleurs aux travaux du Comité de l'investissement de l'OCDE sur les Principes directeurs. Les PCN interviennent enfin, dans une sorte de mécanisme de règlement des différends. Ils sont habilités en effet à administrer des plaintes déposées par des particuliers ou des groupes, sur de prétendues violations des Principes directeurs par une entreprise. Il convient de souligner que les Principes directeurs de l'OCDE ne contiennent pas à proprement parler de dispositions précises et directement relatives aux changements climatiques, mais qu'ils constituent plus généralement des recommandations de comportements responsables à destination des entreprises. Le chapitre VI « Environnement » des Principes directeurs de l'OCDE, indique que les entreprises dans les pays où elles opèrent devraient « tenir dûment compte de la nécessité de protéger l'environnement, la santé et la sécurité publiques, et d'une manière générale, de conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable ». Pour ce faire, elles devraient à la fois mettre en place et appliquer un « système de gestion environnementale adapté » (§ 1) afin de collecter et d'évaluer les informations relatives à l'environnement, la santé et la sécurité, fixer des objectifs mesurables en la matière et suivre par des contrôles réguliers les progrès réalisés. Les entreprises devraient aussi en livrer information aux travailleurs et au public (§ 2). Les effets prévisibles sur l'environnement, la santé et la sécurité devraient selon les Principes, être pris en compte lors de la prise de décision par le moyen d'études d'impact (§ 3). Une mention implicite au principe de précaution est faite lorsqu'il est mentionné au paragraphe 4, la nécessité de « ne pas invoquer l'absence de certitude scientifique absolue pour remettre à plus tard l'adoption de mesures efficaces par rapport aux coûts destinés à prévenir ou réduire ces dommages ». L'atténuation et la maîtrise des dommages passent par l'établissement de plans d'urgence (§ 5). D'une manière globale, les entreprises sont priées d'améliorer leurs performances environnementales à leur niveau et dans toute la chaîne d'approvisionnement (§ 6) en encourageant l'adoption de technologies et de procédures d'exploitation les plus efficaces. On mentionne par ailleurs la « performance environnementale », la fourniture de produits ou de services sans incidences « indues » sur l'environnement et sans danger « qui réduisent les émissions de gaz à effet de serre, qui sont économes en énergie et en ressources naturelles, et qui peuvent être réutilisés, recyclés ou éliminés en toute sécurité ». Les dispositions pertinentes des Principes directeurs soumises au PCN néerlandais dans la présente affaire sont les chapitres III (divulgence d'information), VI (environnement), et VIII (intérêt des consommateurs)¹².

B. Une action devant le Point de contact national néerlandais

Les Principes issus du Code de conduite de l'OCDE apparaissent comme des guides utiles pour les opérations internationales des entreprises. Cependant, ce qui pourrait apparaître comme totalement facultatif et volontaire est tempéré par un point essentiel qui est que tous les pays membres de l'OCDE et ceux ayant adhéré aux Principes directeurs, sont tenus de mettre en place un Point de Contact National (PCN) efficace. Il s'agit en l'espèce, de bureaux gouvernementaux mandatés qui ont pour

¹² Plus spécifiquement : chapitre III § 3, 3a, 3b, 3c, chapitre VI § 1, 1b, 1c, § 4, § 6, § 6b, 6c, 6d, chapitre VIII § 4.

mission générale de promouvoir l'efficacité des Principes directeurs. Ils participent en particulier aux travaux du Comité de l'investissement de l'OCDE sur les Principes directeurs. Les Points de contacts nationaux apparaissent par ailleurs comme des mécanismes de médiation non juridictionnels. Ce sont des organes mis en place par les États, selon des modalités et choix qui leur appartiennent et qui doivent tout en promouvant les Principes, permettre la résolution de conflits mettant en cause des firmes multinationales. Ils ne sont donc pas tous tout à fait similaires, ni dans leur composition, ni dans les règles de fonctionnement¹³. Ceci s'explique par le fait qu'il est prévu que les gouvernements ont la possibilité de structurer leur PCN « d'une manière qui correspond à leur situation nationale ». Ils ont ainsi pour point commun d'être hébergés par des bureaux gouvernementaux, mais dont la structure n'est pas forcément identique¹⁴. Les PCN sont habilités à administrer des plaintes appelées *circonstances spécifiques* déposées par des particuliers ou groupes de particuliers contre des firmes multinationales (FMN), qu'ils tentent de régler de manière non juridictionnelle. Cette nature non-juridictionnelle permet également d'instaurer un dialogue et une certaine prévention à partir du moment où ils peuvent être vus comme une sorte de radar de contrôle des activités des firmes. En dépit de leurs caractéristiques particulières et de leur diversité, les PCN peuvent présenter un réel intérêt dans l'interprétation et l'application des Principes directeurs¹⁵. Les ONG de leur côté ont saisi l'intérêt des procédures devant les PCN en particulier depuis la réforme de 2011, en ce qu'ils autorisent les actions de groupe et permettent d'aborder des questions pratiques relatives à l'application des Principes directeurs, à travers la médiation. Le PCN des Pays-Bas est composé de huit personnes qui sont quatre personnalités indépendantes soutenues par quatre membres consultatifs émanant de quatre ministères¹⁶. Ce PCN a connu jusqu'ici sept affaires relatives aux questions environnementales et c'est la première concernant le climat¹⁷.

Sur le plan procédural¹⁸, le Point de contact national doit répondre aux demandes qui lui sont soumises au sujet de la conformité du comportement d'une entreprise multinationale au regard des Principes directeurs de l'OCDE. La saisine est adressée par courrier au Président du Point de contact national qui étudie la recevabilité de la demande. La demande doit être suffisamment précise et faire clairement référence aux Principes directeurs de l'OCDE. Si cette demande est jugée recevable, le PCN s'efforcera d'organiser entre les parties impliquées un règlement consensuel de la question soulevée. À cette fin, il consultera, le cas échéant, le Point de contact national de l'autre pays ou des autres pays concernés par l'affaire. Dans une telle situation, l'entreprise aura la possibilité d'exprimer ses vues.

13 Le PCN français est tripartite. Créé en 2011 il comprend 11 institutions membres représentatives de l'État, des entreprises et des syndicats. Ceci n'est pas une forme obligatoire, il existe par exemple en Finlande une formule quadripartite.

14 À titre d'exemple, le PCN français loge à Bercy dans les locaux du ministère des finances. Le PCN des Pays-Bas dépend quant à lui du Ministère des affaires étrangères.

15 C'est ce que reflète l'opinion de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme sur les entreprises et les droits de l'homme (CNCDH) dans l'avis rendu en France suite à une saisine du Ministre délégué chargé des Affaires européennes et du Ministre délégué du Développement, le 21 février 2013.

16 Affaires sociales, emploi, affaires internationales ; économie, climat industrie ; Affaires étrangères, commerce, gouvernance économique et ministères des Infrastructures et de l'eau.

17 OCDE, [http://mneguidelines.oecd.org/database/searchresults/?hf=50&b=0&q=\(NCP% 3A \(Netherlands\)\) +AND+ \(Theme% 3A \(Environment\)\) &s=desc \(mne_datereceived\)](http://mneguidelines.oecd.org/database/searchresults/?hf=50&b=0&q=(NCP%3A(Netherlands))+AND+(Theme%3A(Environment))&s=desc(mne_datereceived)), consulté le 18 décembre 2019.

18 Pour plus de détails, on peut consulter le document *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes multinationales, Rapport sur la revue par les pairs du Point de contact national*, France, 2018, sur le site de l'OCDE : <https://mneguidelines.oecd.org/France-NCP-Peer-Review-2018-FR.pdf>, consulté le 18 décembre 2019.

Elle pourra être auditionnée à sa demande ou à la demande des membres du PCN. Si les parties ne parviennent pas à un accord, le Point de contact national devra publier un communiqué et éventuellement, des recommandations concernant la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE. Ces recommandations devront veiller à respecter la confidentialité des données sensibles de l'entreprise. Le PCN néerlandais est un organisme qui de manière assez rare a déjà eu à connaître de la responsabilité des investisseurs. L'affaire *ABP* de 2012¹⁹, était relative à la demande d'un groupe d'ONG²⁰ concernant les activités de *Pohang Iron and Steel Enterprise* (POSCO) agissant en Inde et deux de ses investisseurs qui sont le fond de pension néerlandais ABP et la Banque norvégienne d'investissement (NBIM). L'affaire concernait la violation des droits humains et du devoir de vigilance. À la suite de l'instruction du litige et de la médiation, le PCN a conclu le 18 novembre 2013 dans son rapport²¹ que même lorsqu'ils sont minoritaires, les investisseurs doivent prévenir et limiter les impacts négatifs de leurs activités sur les droits humains²². Le parallèle avec le climat est intéressant et l'apport du PCN néerlandais en la matière était attendu par les ONG qui ont entamé cette procédure contre ING alors que de plus en plus souvent, on souligne l'impact des activités des banques en matière de changements climatiques.

Compte tenu de la nature des Principes évoqués, on comprend qu'il est inutile de tenter de chercher un contenu normatif précis aux notions présentes dans les Principes directeurs, ni de chercher la mise en cause juridique d'une responsabilité ou autre injonction de faire dans cette procédure. Sur le plan des principes juridiques, les Principes directeurs relèvent de la soft law et sont recommandatoires. Néanmoins, les Principes directeurs de l'OCDE et la procédure devant un Point de contact national peut participer à l'appréciation et à l'amélioration de la performance environnementale et climatique des entreprises en général et des établissements financiers en particulier à travers le principe de conduite responsable des entreprises (II).

II. Une procédure qui participe à l'appréciation et à l'amélioration de la performance climatique des établissements financiers

La procédure devant le PCN permet à cet organisme national de nouer un dialogue avec les entreprises concernées et les ONG auteurs des demandes dans le but d'obtenir un accord entre les parties (B). À travers l'échange de vues qui peut être qualifié de contradictoire, le PCN apparaît à certains égards comme un moyen de clarification des pratiques et de cristallisation de principes émergents tel celui dans la présente affaire de la conduite responsable des entreprises (A).

19 OCDE, <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/nl0023.htm>, consulté le 18 décembre 2019.

20 Lok Shakti Abhiyan (India), Korean Trans National Corporation Watch (South Korea), Fair Green Global Alliance (Netherlands), and ForUM (Norway).

21 OCDE, <https://www.oecdguidelines.nl/notifications/documents/publication/2015/1/6/final-statement-abp-apg---somo-bothends>, consulté le 18 décembre 2019.

22 OCDE, <https://www.oecdguidelines.nl/notifications/documents/publication/2015/1/6/final-statement-abp-apg---somo-bothends>, consulté le 18 décembre 2019.

A. Clarification des pratiques, cristallisation du principe de conduite responsable des entreprises au sujet de la performance climatique des banques

Dans cet univers de soft law constituant les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes multinationales, un principe clé éclairant apparaît particulièrement être celui de la « conduite responsable des entreprises », qui figurait déjà dans le document produit en 2010 par l'OCDE intitulé *La transition vers une économie sobre en carbone – Objectifs publics et pratiques des entreprises*²³. Concernant le changement climatique, dès 2008, le Comité de l'investissement et le Comité des politiques de l'environnement ont entamé un projet commun d'élaboration d'une politique publique d'atténuation faisant partie de la stratégie pour une croissance verte. De plus, dans l'élan de la réforme des Principes directeurs de l'OCDE de 2011, l'organisation s'est évertuée à favoriser les échanges entre les autorités de nombreux pays quant aux politiques climatiques afin qu'il y ait une cohérence véritable entre les politiques des entreprises et les politiques publiques. La lutte contre les changements climatiques y est mentionnée au titre du « comportement responsable des entreprises pour lutter contre celui-ci ». En 2016, l'OCDE a créé le Centre pour la finance et l'investissement verts²⁴, plateforme de recherche et de dialogue. Au titre des Principes directeurs, cette lutte devient un élément de « la conduite responsable des entreprises ». La « comptabilisation et la divulgation des émissions de GES des entreprises » correspond à l'obligation de divulgation d'informations des entreprises. La « mise en place de plans de réduction des émissions » correspond à l'obligation de mettre en place des systèmes de gestion environnementale adaptés. La « sensibilisation et la mobilisation des fournisseurs et sous-traitants et des clients » devient une obligation de diffusion des principes et valeurs des Principes directeurs y compris dans le choix d'une politique climatique. Ajoutons enfin, en tant que rôle d'impulsion, que les entreprises devraient partager les effets bénéfiques de l'innovation et concourir au transfert de technologies, en somme s'efforcer que leurs activités contribuent au développement et à l'innovation. Il s'agit d'éviter des problèmes environnementaux graves ou irréversibles et des dommages résultant de leurs activités. Les Principes directeurs de l'OCDE soulignent encore la nécessité de développer des « Normes de déclaration des émissions de gaz à effet de serre [...] direct et indirect, actuel et futur ». Le Paragraphe 63 du commentaire du chapitre VI concernant la bonne gestion de l'environnement mentionne encore le contrôle des impacts environnementaux directs et indirects des activités des entreprises.

Sur le fond et en pratique, les ONG se sont référées aux Principes directeurs de l'OCDE pour demander des « objectifs [...] d'amélioration de la performance environnementale ». Selon elles, ces Principes directeurs encouragent [...] également la divulgation [...] des émissions de gaz [...] pour couvrir les émissions directes et indirectes, actuelles et futures des entreprises et des produits. Les ONG ont donc demandé à ING de publier son empreinte carbone totale, y compris les émissions indirectes, à savoir les prêts et investissements qu'elle finance, c'est-à-dire de publier des objectifs concrets et mesurables de réduction des émissions pour ses prêts et investissements. La position des

23 OCDE, *La transition vers une économie sobre en carbone – Objectifs publics et pratiques des entreprises*, éditions OCDE, 2011, 120 p.

24 OCDE, <https://www.oecd.org/cgfi/about/Brochure-Centre-sur-la-finance-et-investissements-verts.pdf>, consulté le 18 décembre 2019.

ONG dans la plainte du 8 mai 2017²⁵ était en se référant aux Principes directeurs, de demander des objectifs mesurables et concrets d'amélioration de la performance climatique d'ING. Elles reprochaient de surcroît à la banque de demeurer le financier majeur des énergies fossiles²⁶, de ne pas faire assez pour protéger le climat à travers sa nouvelle politique charbon et de négliger beaucoup d'opportunités afin de réduire son impact environnemental. Très concrètement, elles demandaient qu'ING identifie et rende publiques ses émissions indirectes de gaz à effet de serre et qu'elle établisse des objectifs afin de se conformer aux objectifs de l'accord de Paris sur le climat que les Pays-Bas ont signé et ratifié en avril 2016 et juillet 2017. Pour les ONG, les Principes directeurs encouragent la divulgation d'informations concernant les émissions de gaz à effet de serre, directs, indirects, actuels et futurs par les entreprises et les produits. Pour une banque cela comprend les prêts, investissements et produits financiers. Il s'agit également aux yeux des ONG de fixer des objectifs propres à réduire ce type d'émissions. Elles s'appuient sur un principe de base des Principes directeurs selon lequel les entreprises doivent agir le plus rapidement possible et de manière proactive. De manière à cibler les opérations bancaires et financières, les ONG ont prétendu que lorsqu'un impact émane de leurs activités, les entreprises devraient, même lorsqu'elles n'ont pas contribué à cet impact, l'atténuer lorsque celui-ci est lié à leurs opérations, produits ou services via une relation commerciale. En conséquence, en vertu des Principes directeurs, les sociétés sont tenues de mettre en place un processus de diligence raisonnable en ce qui concerne leur impact sur l'environnement, y compris sur le climat. Cela concerne non seulement leur impact environnemental négatif, mais également l'impact de leur chaîne de valeur. Les ONG attendaient donc concrètement du PCN néerlandais qu'il encourage ING à se conformer aux Principes directeurs de l'OCDE et qu'il invite la banque à modifier ses objectifs de réduction des émissions pour les prêts et investissements auxquels elle participe ainsi qu'en matière d'établissement de rapports et ce, dès 2018.

Le 12 mai 2017, le PCN a accusé réception de cette notification en a informé ING. Greenpeace, dans un communiqué publié le jour où le PCN a déclaré accepter l'affaire, a fait état à demi-mot de ses espoirs dans la procédure en termes d'accélération du processus inévitable de transition des énergies fossiles. Pointe également une sorte de menace dans les propos de l'ONG dans la mesure où elle expose que le monde des affaires doit être responsable sous peine de faire face à des investigations d'abord et des poursuites ensuite²⁷. Ceci renseigne particulièrement sur les espoirs que les ONG placent en cette procédure des PCN et finalement éclaire quant à la nature profonde du système qui davantage qu'un mode de règlement des différends pourrait s'avérer être un moyen de pression, une étape intermédiaire avant une longue, couteuse et hasardeuse procédure judiciaire ?

25 OCDE, https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_476/1625/at_download/file, consulté le 18 décembre 2019.

26 Selon un tableau statistique fourni dans la demande du 8 mai 2017. Tous les documents sont disponibles sur la page OCDE watch récapitulant l'affaire : OECD, https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_476, consulté le 18 décembre 2019.

27 Communiqué de Greenpeace, 14 novembre 2017, "No corporation should get away with financing climate destruction. This should serve to accelerate the inevitable transition away from fossil fuels. To be responsible, businesses must report emissions and climate risks, or they too will face investigations and even lawsuits. The time for them to act is now."

ING de son côté, dans sa réaction à la plainte des ONG²⁸ a déclaré celle-ci inutile et prématurée tout en reconnaissant les défis pour le monde des banques relatifs aux changements climatiques. Elle a ainsi rappelé avoir depuis plus de dix ans, publié ses émissions carbone et se déclare neutre depuis 2007 ayant compensé toutes ses émissions. Depuis 2015, ING s'est fixé pour objectif scientifique de maintenir ses émissions dans les limites de 2° C définies dans l'Accord de Paris sur le climat. Pour y parvenir, la banque déclare devoir réduire ses émissions de carbone de 20 % en 2020 par rapport à 2014. Elle estime avoir déjà réduit ses émissions de 27 % grâce à une réduction de 10 % de sa consommation d'énergie et à une augmentation substantielle de ses achats d'énergie verte (91 %) dans le monde en 2016 contre 77 % en 2014. Sur ces points, ING soutient les recommandations du FSB *Taskforce on Climate-related Financial Disclosure* (TCFD) concernant la divulgation d'information des émissions carbone et l'objectif 2° C pour les entreprises. Il s'agit pour celles-ci, une fois que les données sont connues, de les intégrer dans leurs analyses de risques. En revanche, la banque relève surtout le manque d'outil, de méthode fiable et de normes internationales pour ce qui concerne les émissions indirectes. La banque s'appuie sur l'opinion d'organisations internationales telles que le *Financial Stability Board* (FSB) et l'initiative *Science Based Targets*, dont les participants comprennent le *World Resources Institute* et le *World Wildlife Fund for Nature*, qui reconnaissent selon elle cette défaillance. La banque déclare cependant être active sur la question des émissions indirectes en prônant la transition énergétique en réduisant les centrales au charbon de son portefeuille, en augmentant de manière dynamique son financement en énergies renouvelables et en établissant des normes d'efficacité énergétique spécifiques pour ses clients.

En août et septembre 2017, le PCN a tenu des réunions séparées avec les ONG concernant la procédure d'examen de cette instance. Au mois d'octobre, il a adressé aux parties une version projet de l'évaluation initiale accompagnée d'une demande de soumission de commentaires dans les deux semaines, après quoi l'évaluation initiale a été finalisée et retenue en tenant compte des remarques des parties. Concernant l'applicabilité des Principes directeurs de l'OCDE, le PCN énonce que ceux-ci précisent ce que le gouvernement des Pays-Bas attend des entreprises en matière de conduite responsable. En particulier, les entreprises doivent éviter de causer ou de contribuer à des impacts négatifs sur les questions couvertes par les Principes directeurs et elles doivent traiter les impacts lorsque les dommages se réalisent.

Compte tenu des circonstances, le 14 novembre 2017, le PCN néerlandais a publié son évaluation initiale, acceptant le dossier pour un examen plus approfondi. Le PCN a accepté d'administrer la plainte ce qui indique que de son point de vue les établissements bancaires ont bien un rôle à jouer en matière climatique. Cette acceptation n'est pas anodine et constitue pour les ONG une victoire en soi. Le PCN a estimé qu'il existait bien un lien entre les activités d'ING et la question soulevée dans la notification, en référence aux chapitres des Lignes directrices sur l'environnement, la divulgation et les intérêts des consommateurs. Il relève cependant être tout à fait conscient de la

28 Document également disponible sur le site d'OCDE watch, https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_476 ou publié sur le site d'ING, <https://www.ing.com/Newsroom/News/Reaction-to-National-Contact-Point-notification-about-ING-by-Greenpeace-BankTrack-Milieudefensie-and-Oxfam.htm>, consulté le 18 décembre 2019.

complexité du sujet, notamment en ce qui concerne la méthode actuelle de calcul des émissions de GES. Dans le respect du dialogue, le PCN estime que l'examen de l'affaire pourrait contribuer à la réalisation de l'objectif et accroître l'efficacité des Principes directeurs ainsi que clarifier les attentes en termes de performances liées au changement climatique dans le secteur financier au regard de la diligence raisonnable. Toutes les parties ont par ailleurs accepté de participer à la médiation. Si le PCN reconnaît la complexité de la situation et l'absence de méthode de calcul fiable en la matière, il a estimé que cela ne devait pas empêcher le dialogue sur cette question.

B. Un consensus sur la nécessité de mesurer l'impact sur le climat de toutes les activités des banques en dépit des difficultés méthodologiques qui persistent

ING a déclaré qu'elle souscrivait à l'importance de mesurer l'impact sur le climat de ses activités et la banque a indiqué que dès mai 2015, elle s'était engagée à développer une méthodologie en la matière. En septembre 2018, ING a annoncé publiquement qu'elle commencerait à orienter son portefeuille de prêts vers la réalisation de l'objectif de l'accord de Paris, bien inférieur à deux degrés.

Pour ce faire elle a signalé collaborer avec des tiers pour mettre au point un système lui permettant de mesurer, divulguer et gérer ses émissions indirectes. Elle a ainsi testé, dans le but d'informer et d'orienter ses clients deux méthodes différentes : l'une basée sur les émissions financées (*Partnership for Carbon Accounting Financial – PCAF*) et l'autre sur la technologie financée (*Paris Agreement Capital Transition Assessment – PACTA*) qui est pour cette dernière différente du calcul des émissions carbone, mais qui repose sur une orientation des investissements de ses clients vers le déploiement de technologies peu émettrices de GES²⁹. ING indique en particulier travailler sur le concept de l'évaluation de la transition de capital de l'Accord de Paris (PACTA), développé par une initiative mondiale en faveur de l'investissement à 2 degrés portant sur les indicateurs liés au climat³⁰. Ce partenariat a été formalisé en janvier 2018 afin de développer un outil similaire pour le secteur bancaire. L'outil « prêt » se concentre sur le changement technologique nécessaire dans certains secteurs pour s'aligner sur le scénario de transition climatique choisi. Il adopte une approche prospective en évaluant un changement technologique nécessaire par rapport à la technologie utilisée actuellement par les clients et planifiée par la suite³¹. Au total, pour orienter son portefeuille de prêts, ING a indiqué qu'elle utilisera une approche (*Terra approach*) comprenant plusieurs méthodologies,

29 Il s'agit d'une initiative de onze institutions financières néerlandaises dont l'objectif est également de développer une méthodologie commune pour mesurer l'impact sur le climat des prêts et investissements réalisés par les institutions financières.

30 2degrees Investing Initiative, <https://2degrees-investing.org/>, consulté le 18 décembre 2019.

Pour une lecture globale générale, Rapport S. Lemmet, P. Ducret, *Pour une stratégie française de la finance verte*, décembre 2017, Ministère de l'Économie et des Finances, https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/rapport_finance_verte10122017.pdf, consulté le 18 décembre 2019. Pour le cas des banques néerlandaises, voir le très intéressant document de synthèse, Dutch banking association, *Climate impact measurement – Urgency, methodology and a way forward with dutch banks*, <https://www.nvb.nl/media/2995/nvb-klimaatimpact-eng.pdf>, octobre 2019, consulté le 18 décembre 2019.

31 Le système évalue les clients en fonction de la technologie (future) utilisée et de ses effets sur les émissions de carbone et le changement climatique. Des bases de données mondiales sont utilisées dans ce système, qui contiennent des informations relatives aux actifs technologiques utilisés par les entreprises et leurs plans d'investissement.

telles que celle de l'Accord de Paris et de la *Platform Carbon Accounting Financials* (PCAF)³², qui évalue ses huit secteurs les plus intensifs en carbone financés³³ et fixe des objectifs scientifiques pour son portefeuille de prêts. ING indique qu'elle fera état des avancées à partir de son rapport annuel 2019 (et ceci a d'ailleurs été fait le 19 septembre 2019)³⁴. Quoiqu'il en soit, il apparaît que dans le domaine bancaire compte tenu de la diversité des produits, des secteurs et des clients, plusieurs méthodologies sont en expérimentation et les banques, y compris ING, testent diverses approches de mesure de l'impact sur le climat, en fonction des caractéristiques de leur portefeuille de prêt. En dépit des outils en cours d'élaboration et pour répondre à la demande, la société ING a indiqué toutefois qu'en mai 2017, moment de la notification, il n'existait pas de données fiables, ni de norme internationale pour mesurer les émissions de carbone des portefeuilles de prêts d'une banque. Elle juge donc impossible de satisfaire aux demandes des ONG. Reconnaisant que chaque méthodologie comprenant à l'heure actuelle des facteurs incertains, ING a indiqué accepter de contacter, conjointement avec les ONG, le gouvernement néerlandais, afin qu'il demande à l'Agence internationale de l'énergie de développer dès que possible des scénarii à 1,5 degrés selon diverses méthodologies de capture et de stockage du carbone ou autre.

Dans le rapport final du Point de contact national néerlandais du 19 avril 2019³⁵, il est indiqué que les parties sont convenues qu'il est important de se concentrer sur les objectifs finaux et qu'il est aussi important de définir et de publier des objectifs intermédiaires. Elles sont convenues que les efforts de la banque sont positifs³⁶. En ce qui concerne le charbon thermique, les ONG se sont par ailleurs félicitées de la décision prise par ING en décembre 2017 de réduire son exposition au charbon thermique à un niveau proche de zéro d'ici 2025 et de s'abstenir de financer de nouvelles centrales au charbon.

32 PCAF, *Partnership for carbon accounting financial*, <https://carbonaccountingfinancials.com/>, consulté le 6 décembre 2019. Il s'agit d'une initiative faite par des institutions financières néerlandaises plus précisément une méthodologie qui a été utilisée notamment pour quantifier l'empreinte carbone de quatre banques françaises en 2018. Voir, Les amis de la terre, Oxfam, *La colossale empreinte carbone des banques: une affaire d'état*, novembre 2019, <https://www.oxfamfrance.org/wp-content/uploads/2019/11/Rapport-La-colossale-empreinte-carbone-des-banques-fran%20C3%A7aises.pdf>, consulté le 16 décembre 2019. La méthodologie a été construite en deux temps: identifier l'ensemble des transactions financières réalisées par les banques françaises en direction des entreprises actives dans le domaine des énergies fossiles; imputer, selon la méthodologie PCAF « un volume d'émissions de gaz à effet de serre à chaque transaction effectuée par la banque, en fonction du type d'activité financière. Les données utilisées en ce qui concerne les émissions de gaz à effet de serre – scopes 1, 2 et 3 – des entreprises sont celles volontairement transmises par celles-ci dans le cadre du Climate Disclosure Project (CDP). Lorsqu'elles sont manquantes, elles ont été collectées sur les bases de données Bloomberg et Thomson, qui les rassemblent à partir de publications des entreprises ou de l'utilisation de leurs propres méthodologies pour effectuer une estimation par entreprise ». Le rapport poursuit: « Les entreprises fournissent volontairement des données au CDP en utilisant le modèle de reporting de CDP. Bloomberg et Thomson Reuters EIKON collectent des données sur les émissions de gaz à effet de serre à partir de publications des entreprises et utilisent leurs propres méthodologies pour estimer les émissions de gaz à effet de serre par entreprise lorsque les valeurs déclarées ne sont pas disponibles. Ces bases de données couvrent les scope 1, 2 et 3 d'émissions des acteurs économiques ».

33 Il s'agit des secteurs: énergie (y compris le pétrole, le gaz et l'énergie conventionnelle), l'automobile, le transport maritime et l'aviation, la sidérurgie, le ciment, les prêts hypothécaires résidentiels et l'immobilier commercial.

34 Ceci a été fait avec un premier rapport d'étape publié le 19 septembre 2019. La divulgation d'informations porte sur l'alignement climatique pour les secteurs suivants: production d'électricité, combustibles fossiles, automobile, transport maritime, aviation, acier, ciment, hypothèques résidentielles et immobilier commercial. Ce sont les secteurs du portefeuille d'ING qui sont les plus responsables des émissions de gaz à effet de serre. ING, <https://www.ing.com/web/file?uuid=29c2b247-27eb-4020-a117-a87ce8f642b4&owner=b03bc017-e0db-4b5d-abbf-003b12934429&contentid=47771>, consulté le 18 décembre 2019.

35 OCDE, <https://www.oecdguidelines.nl/notifications/documents/publication/2019/04/19/ncp-final-statement-4-ngos-vs-ing>, consulté le 18 décembre 2019.

36 "The parties agree that the adoption by ING of the Terra approach, with the underlying PACTA and PCAF methodologies, as an innovative approach towards measuring, target setting and steering the bank's climate impact is a positive development". PCN, Final statement, 19 avril 2019, p. 4.

Au regard des éléments de mesure, Le PCN s'est appesanti sur le chapitre III des Principes directeurs encourageant les pratiques de divulgation des informations et de communication des informations. Il a relevé néanmoins que l'on est dans un domaine où les normes de *reporting* évoluent et l'absence de méthodologie internationalement reconnue³⁷. Au regard du chapitre VI « environnement »³⁸ le PCN fait observer que les Principes directeurs de l'OCDE exigent qu'ING et d'autres banques commerciales s'efforcent de définir des objectifs concrets afin de gérer leurs impacts et de s'aligner sur les politiques nationales et les engagements environnementaux internationaux en vigueur. En ce qui concerne le changement climatique, l'Accord de Paris est selon le PCN, actuellement l'accord international le plus important entre les États, « un jalon en matière de changement climatique », signé et ratifié par l'État des Pays-Bas. Il reconnaît ici également les difficultés de mesures des financements indirects des émissions de CO₂ plus difficiles à apprécier pour les établissements comme ING. Il encourage à la fois les objectifs finaux et les objectifs intermédiaires de réduction.

Au total, le PCN reconnaît les difficultés particulières des banques pour développer une méthodologie appropriée et constate l'engagement d'ING d'orienter son portefeuille vers les objectifs de l'Accord de Paris et l'intention de la Banque de se rapprocher, à cet effet des entreprises. Le PCN encourage ainsi ING à établir et divulguer les informations pertinentes. Il s'est également félicité de l'accord des deux parties de s'adresser directement au gouvernement néerlandais afin qu'il demande à l'Agence de l'énergie d'élaborer les scénarii offrant une chance de limiter en dessous de 1,5 le réchauffement global.

Le PCN appelle à la poursuite d'efforts constructifs et à fixer des objectifs intermédiaires de divulgation d'informations. Il rappelle qu'ING a commencé à travailler à la méthodologie adéquate dès 2015 et donc deux ans avant le recours des ONG. Il a salué le dialogue constructif entre les parties. Enfin, il est d'avis que, compte tenu de ce qui précède, déterminer si, au moment du dépôt de la plainte, ING s'est conformée ou non aux Principes directeurs de l'OCDE émissions directes et indirectes, actuelles et futures, des entreprises et des produits n'est pas utile pour le futur processus entre les parties, ni ne reflète les efforts déployés par ING pour orienter son portefeuille vers les objectifs de l'Accord de Paris. Il recommande une évaluation des résultats du dialogue pour le deuxième trimestre 2020. Entre février 2018 et janvier 2019 le PCN a organisé quatre réunions de dialogue ainsi que deux réunions d'experts afin de faciliter le dialogue entre les parties qui se sont engagées à être de bonne foi et en adoptant une clause de confidentialité. Le dialogue était organisé autour de la capacité ou non d'ING de mesurer et de publier son empreinte carbone totale (c'est-à-dire émissions directes et indirectes), de s'engager de publier des objectifs spécifiques et mesurables à travers la définition d'objectifs et de sa disposition ou non de réduire les émissions indirectes de CO₂ afin de s'aligner sur l'Accord de Paris.

37 Oxfam France, les amis de la terre France et le réseau action climat France sont d'ailleurs d'accord avec ce point, lorsqu'ils mentionnent qu'« il n'existe pas de définition unique de l'alignement avec l'Accord de Paris » p. 8 « si l'Accord de Paris prévoit de rendre les flux financiers compatibles avec une trajectoire de développement bas carbone et résilient (dans son article 2.1.c), les moyens pour atteindre cet objectif sont pluriels », *Cachez ces fossiles que l'on ne saurait voir, trois institutions financières publiques à l'épreuve de l'Accord de Paris*, https://reseauactionclimat.org/wp-content/uploads/2019/07/rapport-cachez-ces-fossiles_final.pdf, Consulté le 18 décembre 2019, p. 8.

38 En particulier article 1^{er}, sous l'alinéa b, « le cas échéant, les objectifs devraient être cohérents avec les politiques nationales et les engagements internationaux pertinents ».

Concernant son propre rôle et sa propre mission de règlement des différends à travers la médiation, le PCN précise qu'il s'agit essentiellement d'un dialogue entre parties, qu'il se félicite de l'engagement au dialogue et de la continuation de celui-ci. Cette procédure ne consiste donc pas à juger les allégations faites et le passé, mais il s'agit en l'espèce d'avoir une approche prospective des questions soulevées. Il s'agit là d'un élément important, alors que l'on cherche toujours à déterminer le rôle exact des PCN de par le monde et que l'on s'interroge sur certains éléments de type juridictionnels les concernant³⁹.

L'importance de l'affaire est relative, compte tenu de l'organe de saisi. Elle nous donne tout de même une indication importante sur le rôle que les établissements financiers ont à jouer en matière de changement climatique. Le simple fait que le PCN ait accepté la médiation dans le cadre de cette affaire, le prouve. L'affaire participe donc d'un certain point de vue à la définition du champ d'application des Principes directeurs et éclaire sur leur contenu matériel. On peut encore discuter de l'intérêt de cette procédure devant le PCN néerlandais dans la mesure où le recours n'est pas juridictionnel, qu'il ne s'agit pas de condamner une partie ou de relever sa responsabilité immédiate au regard d'un principe international. Cependant, son intérêt peut être vu sous l'angle d'une évaluation à un moment donné d'une situation, de la mise en place d'un dialogue constructif et de la recherche pratique d'amélioration. Comme on a pu le voir, le PCN évalue une situation, encadre des débats, administre une procédure, organise des délais de conciliation entre autres choses. Si le PCN lui-même précise qu'il s'agit essentiellement d'un dialogue entre parties, qu'il ne s'agit pas de juger les allégations faites et le passé, la procédure montre la capacité des parties d'avoir une approche prospective, voire corrective des questions soulevées, même s'il est vrai que les banques n'ont pas attendu ce recours des ONG pour réfléchir à la question et envisager des méthodologies. Le PCN peut apparaître à certains égards comme un radar de contrôle, un instrument de mesure comprenant éventuellement comme dans la présente affaire, des aspects techniques et pratiques importants.

En dépit du fait que chaque PCN est différent, cette affaire pourra donner idées à des associations de s'adresser à d'autres PCN à travers le monde afin également de stimuler une entreprise dans la réalisation d'objectifs.

L'affaire présente également des apports concernant l'impact de l'Accord de Paris qui au-delà de son adoption pousse chacun à faire des investigations et à faire preuve d'imagination. La démarche décentralisée, qui avait conduit 189 pays à présenter des plans d'action à l'appui de leurs déclarations, a eu le mérite d'amener un grand nombre d'entre eux à faire pour la première fois des investigations sérieuses. L'Accord de Paris apparaît comme une référence et un tremplin, ainsi qu'un instrument de cohérence, pour beaucoup d'initiatives préparant la transition énergétique et écologique, en particulier dans sa dimension climatique.

39 K. MARTIN-CHENUT, R. de QUENAUDON, L. VARISON, « Les points de contact nationaux : un forum de résolution des conflits complémentaire ou concurrent du juge ? », in *La RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationale*, K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir), Pedone 2015, p. 607-624 ; J. MOTTE-BAUMVOL, « Environnement et développement durable – Les points de contact nationaux de l'OCDE, une alternative au juge en droit de l'environnement ? », document, *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 4, avril 2019, dossier 12. ; C. COLARD-FABREGOULE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'égard des firmes multinationales – Contribution à l'étude de la circulation normative et au dialogue inter institutions à l'aune de l'exemple de la gouvernance environnementale », *RGDIP*, 2016-3, t. 120, p. 579-601.

