Les grandes affaires climatiques

sous la direction de
Christel Cournil

10

CONFLUENCE des droits
collection d'ouvrages numériques

NFLUENCE
des droits
collection d'ouvrages numériques

CONFLUENCE
des droits

Dans la même collection

Maljean-Dubois Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-00-8

Fatin-Rouge Stefanini Marthe, Severino Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : Une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-01-5

Rubio Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017
ISBN : 979-10-97578-02-2

Tabau Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-03-9

Bardin Michaël, Fatin-Rouge Stefanini Marthe, Jensel-Monge Priscilla, Severino Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-04-6

Bidouzo Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-05-3

Geslin Albane, Tourme Jouannet Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-07-7

Dargent Fleur, *La consultation en droit public interne*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-06-0

Hautereau-Boutonnet Mathilde, Truilhé Ève (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?* Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-08-4

http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits

ISBN : 979-10-97578-09-1
ISSN : 2556-1162

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)
Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Références électroniques :

COURNIL Christel, *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
Disponible sur Internet : http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits
ISBN : 979-10-97578-09-1

Les grandes affaires climatiques

sous la direction de
Christel Cournil

Remerciements

Nous exprimons tous nos remerciements à Sciences Po Toulouse et son laboratoire LASSP, la Structure Fédérative « Les Communs » de l'Université Sorbonne Paris Nord, le Projet de recherche interdisciplinaire sur les procès climatiques et l'arme du droit dans la reconfiguration des revendications environnementales en région Sud (CLIMARM) pour leur soutien financier.

Mes sincères remerciements à Sandrine Maljean-Dubois pour avoir cru à la nécessité de la publication d'un tel ouvrage, à l'association Notre affaire à tous (Cécilia Rinaudo et Clothilde Baudouin) pour leurs supports et / ou leurs aides financières à la publication de cet ouvrage.

Nous remercions vivement les nombreux contributeurs de cet ouvrage pour leur collaboration tout au long de l'élaboration du manuscrit particulièrement Paul Mougeolle, Laura Canali et Camila Perruso pour leurs précieux conseils et relectures ainsi que Mathilde Hautereau-Boutonnet pour ses propos conclusifs.

Un grand merci enfin à l'illustratrice de la couverture de l'ouvrage (Julia Demarque) et aux concepteurs de ce livre numérique (Cédric Hamel et Donia Landoulsi).

Sommaire

Sigles et abréviations 13

Introduction 17

Christel Cournil, Professeure de droit public (HDR) à Sciences Po Toulouse, membre du LASSP et associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».

Partie 1. Les actions dirigées contre les États et l'Union européenne

Titre 1. Les actions curatives contre l'insuffisance de la protection de l'État et de l'Union européenne

1. Massachusetts c. EPA (2007) 47

Pauline Abadie, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Saclay, IDEP.

2. Pétitions Inuit Circumpolar Conférence (2005) et Arctic Athabaskan (2013) 63

Sandrine Maljean-Dubois, Directrice de recherche au CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

3. Urgenda c. Pays-Bas (2015) 75

Anne-Sophie Tabau, Professeure de droit public à l'Université de La Réunion – membre de l'UMR Espace-Dev 228 et associée au Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC – UMR 7318).

Christel Cournil, Professeure de droit public (HDR) à Sciences Po Toulouse, membre du LASSP et associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».

4. Affaire *Klimaatzaak* (2015) 91

Delphine Misonne, Chercheur qualifiée au FNRS, Professeure à l'Université Saint-Louis Bruxelles.

5. Leghari c. Federation of Pakistan (2015) 109

Théophile Keïta, Élève-avocat en droit international, École de formation du barreau de Paris.

6. Ridhima Pandey c. Union Indienne et autres (2017) 129

Marellia Auger, Doctorante contractuelle au Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

7. Thomson c. Minister for climate change issues (2017) 141

Antoine Le Dylio, Avocat au barreau de Paris, Ingénieur en environnement.

8. Jeunes c. Colombie (2018) 153
Camila Perruso, Post-doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, (UMR 8103, CNRS Paris 1 Panthéon Sorbonne).

9. Les aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse (2018) 169
Raphaël Mahaim, Avocat, chargé de cours à l'Université de Lausanne, Député au Parlement du Canton de Vaud (Suisse).

10. Commune de Grande-Synthe et Damien Carême c. l'État français (2019) 183
Christian Huglo, Avocat à la Cour, Docteur en droit.

11. « Les People's Climate Case » c. Union européenne (2019) 193
Estelle Brosset, Professeure, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.
Ève Truilhé, Directrice de recherches CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

12. Pays-Bas c. Urgenda (2019) 207
Delphine Misonne, Chercheur qualifiée au FNRS, Professeure à l'Université Saint-Louis Bruxelles.

13. Notre affaire à tous et autres c. l'État français (2019) 223
Christel Cournil, Professeure de droit public, Sciences Po Toulouse, membre du LASSP, associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».
Antoine Le Dylio, Avocat au barreau de Paris, ingénieur en environnement.
Paul Mougeolle, Doctorant en droit comparé à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ).

14. ENvironnement JEUnesse c. Procureur général du Canada (2019) 235
Géraud de Lassus St-Geniès, Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec).

15. Familles d'agriculteurs bio et Greenpeace c. Allemagne (2019) 247
Paul Mougeolle, Doctorant en droit comparé à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ), Chercheur Encommuns, chargé du contentieux contre Total SA à Notre affaire à tous.

16. Juliana *et al.* c. États-Unis *et al.* (2016-2020) 263
Emnet Gebre, Consultante internationale et Docteure en droit.

17. Affaires *Greta Thunberg, Teitiota* et *Torrès* (2019-2020) 281
Christel Cournil, Professeure de droit public, Sciences Po Toulouse, membre du LASSP, associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».

Titre 2. Les actions préventives contre des décisions exacerbant le changement climatique

18. Affaire « Paramos » (2016) 307
Franck Laffaille, Professeur de droit public, Faculté de droit de Villetaneuse (IDPS), Université de Paris XIII (Sorbonne-Paris-Nord).

19. Earthlife Africa Johannesburg c. ministère des Affaires environnementales et autres (2017) 317
Daniel Owona, Doctorant en droit international à l'Université Catholique d'Afrique Centrale (UCAC), Juriste à Field Legality Advisory Group (FLAG).

20. Push Sweden, Fältbiologerna et autres c. Gouvernement suèdois (2018) 333
Pau de Vílchez Moragues, Professeur de droit international public et sous-directeur du Laboratoire Interdisciplinaire sur le Changement Climatique de l'Université des Îles Baléares (LINCC UIB).

21. Greenpeace Nordic Ass'n et Nature and Youth c. Ministry of Petroleum and Energy (2018-2020) 347
Antoine Le Dylio, Avocat au barreau de Paris, Ingénieur en environnement.

22. Indigenous Environmental Network c. US Department of State (2018-2019) 361
Sandy Cassan-Barnel, Juriste, Notre Affaire à Tous (NAAT).

23. Affaires du Triangle de Gonesse (2019) 379
Marine Fleury, Maîtresse de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CURAPP, Membre associé de l'Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne (UMR 8103) et du ClimaLex (GDR 2032).

24. Affaires des extensions des aéroports de Vienne et Londres 391
Paul Mougeolle, Doctorant en droit comparé sur la vigilance climatique à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ), chercheur En-communs, chargé du contentieux contre Total SA à Notre affaire à tous.

Partie 2. Les actions dirigées contre les entreprises privées

Titre 1. Les actions curatives en direction des principales entreprises émettrices de gaz à effet de serre

25. American Electric Power Company c. Connecticut (2011) 413
Pauline Abadie, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Saclay, IDEP.

26. Native Village Of Kivalina c. Exxon Mobil Corp. (2012) 431
Pierre Spielewoy, Doctorant en droit international de l'environnement, Centre Universitaire Rouennais d'Études Juridiques (EA 4703), Université de Rouen et Unité Eco-anthropologie (UMR 7206), Muséum National d'Histoire Naturelle, CNRS, Université Paris Diderot.

27. Lliuya c. RWE (2016) 445
Fanny Giansetto, Maître de conférences à l'Université Sorbonne Paris Nord, Membre de l'IRDA et de la Structure Fédérative « Les Communs ».

28. Ville d'Oakland et the People of State of California c. BP P.L.C *et al.* (2018) 455
Laura Canali, Doctorante en droit public membre du CERIC, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

29. Ville de New York c. BP, Chevron, Conocophillips, Exxonmobil, et Royal Dutch Shell (2018) 469
Filippo P. Fantozzi, LL.M. Candidate in Climate Change and Energy Law, Pace University School of Law, New York.

30. État de Rhode Island c. Chevron *et al.* (2019) 487
Filippo P. Fantozzi, LL.M. Candidate in Climate Change and Energy Law, Pace University School of Law, New York.

Titre 2. Les actions préventives visant à limiter l'impact climatique

31. Greenpeace Asie du sud-est et autres c. Carbon Majors (2015-2020) 507
Marine Denis, Doctorante en droit public, Membre de l'IDPS et de la Structure Fédérative « Les Communs », Université Sorbonne Paris Nord.

32. Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, Banktrack et Milieudefensie c. Ing Bank (2017) 525
Catherine Colard-Fabregoule, 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 ».

33. Milieudefensie et autres c. Shell (2019) 539
Louis Duthoit, Juriste, Notre affaire à tous, Chargé de mission, Fédération des usagers de la bicyclette.

34. Notre affaire à tous et autres c. Total (2020) 551
Paul Mougeolle, Doctorant en droit comparé sur la vigilance climatique à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ), chercheur En-communs, chargé du contentieux contre Total SA à Notre affaire à tous.

Partie 3. Les actions dirigées contre les activistes climatiques

35. Affaires « des décrocheurs » (2019-2020) 569
Antoine Le Dylio, Avocat au barreau de Paris, Ingénieur en environnement.
Paul Mougeolle, Doctorant en droit comparé à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ).

36. Activistes climatiques c. Crédit suisse et le ministère public (2020) 579
Raphaël Mahaim, Avocat, Chargé de cours à l'Université de Lausanne et député au Parlement du Canton de Vaud (Suisse).
Marie-Pomme Moinat, Avocate au barreau du Canton de Vaud (Suisse).
Irène Wettstein, Avocate au barreau du Canton de Vaud (Suisse).

Conclusion 591
Mathilde Hautereau-Boutonnet, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

Résumés des affaires 601
Index 615
Table des affaires citées 627
Références bibliographiques sélectives 641

Sigles et abréviations

ADP	*Ad hoc working group on the Durban platform for enhanced action*
AEP	*American Electric Power*
AOSIS	*Alliance of small island states*
APA	*Administrative Procedure Act*
AQLPA	Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique
AR4	Quatrième rapport d'évaluation du GIEC de 2007
AR5	Cinquième rapport d'évaluation du GIEC en 2014
ARSM	Aires de Réserve Stratégiques Minières
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BASIC	Brazil, south Africa, India and china
BECCS	Bio-ernergy with Carbon capture and storage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch BGB – Code civil allemand
BiOp	Biologic Opinion
BLV	Base législative vaudoise
CAA	Clean Air Act
CAA	Cour Administrative d'Appel
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'Homme
Cass	Cour de cassation
CBDR	Common but differentiated responsibilities
CCNUCC	Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques
CCRA	Climate Change Response Act
CCS	Carbon capture et Storage
CDE	Comité sur les droits des enfants CDE
CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CDH	Conseil des droits de l'Homme
CDI	Commission du droit international
CDN	Contributions déterminées au niveau national
CDR	Carbon dioxide remoral (Retrait dioxyde de carbone)
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CF	Cour fédérale
CFA	Cour fédérale d'appel
CFR	Code of Federal Regulations
CIDH	Commission interaméricaine des droits de l'Homme

CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CN	Contributions nationales
CN	Conseil national
CO_2	Dioxyde de carbone
COP	Conférence des parties
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CP	Code pénal suisse
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPP	Clean power plan
CRA	Congresionnal review act
CS	Crédit Suisse
CSC	Cour suprême du Canada (CSC)
Cst.	Constitution fédérale
CUP	Cambridge University Press
CZ	Conseil d'État
D.C	District de Columbia
DADH	Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme
DAE	Département des affaires environnementales
DETEC	Federal department for environment, transport, energy and communications of Switzerland
DOT	Department of Transportation
EIS	Environmental Impact Statement
ENJEU	ENvironnement JEUnesse
EO	Executive order
EPA	Environmental Protection Agency
ESA	Endangered Species Act
et s.	Et suivantes
EUETS	European Union emissions trading system
FARC	Forces armées révolutionnaires de Colombie
FEMA	Agence fédérale de la gestion des situations d'urgence
FF	Feuille fédérale
FMN	Firmes multinationales
FSB	Financial Stability Board
FSES	Final Supplemental Environmental Impact Statement
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GES	Gaz à effet de serre
GHG	Greenhouse gas
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
HCC	Haut Conseil pour le climat
HCDH	Haut-commissariat des Nations-Unies aux droits de l'Homme

HR	Hoge Raad der Nederlanden
ICDN	Contributions prévues déterminées au niveau national
ICPE	Installation classée pour la protection de l'environnement
ICSID	International center for settlement of investment disputes
IDEAM	Institut d'hydrologie, de météorologie et d'études environnementales
IEN	Indigenous Environmental Network
INDCs	Intended nationally determined contributions
IPCC	Intergovernmental panel on climate change
MMTCO$_2$e	Mètres-tonnes d'équivalent CO_2
Mt d'éq. CO$_2$	Millions de tonnes en équivalent CO_2
N°	Numéro
NAPCC	National action plan for climate change
NCRA	North Coast River Alliance
NDCs	Nationally determined contributions
NEMA	National Environmental Mangement Act
NEPA	National Environmental Policy Act
NGO	Non-governmental organization
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OEA	Organisation des États américains
OGM	Organisme(s) génétiquement modifié(s)
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisations non gouvernementales
ONU	Organisation des Nations unies
ORD	Organe de règlement des différends
Ors	Others
p.	Page
PACTA	Paris Agreement Capital Transition Assessment
PAJA	Promotion and Administrative Justice Act
PCA	Permanent court of arbitration
PCAF	Partnership for Carbon Accounting Financial
PCN	Point de contact national
PEN	Politique Nationale de l'environnement (Inde)
PGD	Principe général du droit
PIB	Produit intérieur brut
PIDCP	Pacte international sur les droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PIVAC	Pacte intergénérationnel pour la vie de l'Amazonie colombienne
PJA	Pratique juridique actuelle
PLU	Plan Local d'Urbanisme
PNACC 2	Second Plan national d'adaptation aux changements climatiques

POPE	Programme fixant les orientations de la politique énergétique
QCCA	Cour d'appel du Québec
QSCCS	Cour supérieure du Québec (QCCS)
RO	Recueil officiel des textes normatifs mis en vigueur
ROD	Record of Decision
RS	Recueil systématique de la législation fédérale
SBSTA	Subsidiary body for scientific and technological advice to the UNFCCC
SDRIF	Schéma Directeur Régional d'Île-de-France
SEIS	Supplemental Environmental Impact Statement
SEQE	Système d'échange de quotas d'émission
SNBC	Stratégie Nationale Bas-Carbone
STAR	Science to achieve results
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral (Suisse)
Tarr	Tribunal d'arrondissement
TCFD	Taskforce on Climate-related Financial Disclosure
TF	Tribunal fédéral (Suisse)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
UE	Union européenne
UN	United Nations
UNEP	United Nations Environmental Programme
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
USC	United States Code
Vs	Versus
ZAC	Zone d'Aménagement Concerté
ZPO	Zivilprozessordnung Code de procédure civile allemand

Introduction

Christel Cournil[1]

L'élaboration d'un tel ouvrage portant sur les grandes affaires climatiques peut étonner aux premiers abords tant le défi est de taille. Certes si l'on s'en tient au contentieux français, – encore embryonnaire –, les quelques espèces pendantes devant le juge civil ou administratif ne suffisent pas pour en faire un ouvrage. Si l'on élargit l'étude du contentieux climatique à l'échelle européenne, on trouve des espèces particulièrement innovantes sur le plan des stratégies judiciaires engagées (V. affaire *People's Climate case*[2]) et des recours déjà jugées devant les prétoires nationaux comme la désormais célèbre affaire néerlandaise *Urgenda*[3]. La ligne éditoriale de ce projet a consisté à ne pas se limiter à cette échelle régionale en en élargissant le champ pour proposer le premier livre commentant les principales affaires climatiques du monde. Un autre ouvrage collectif en langue anglaise est en projet[4] et un « guide pratique »[5] classant les principaux contentieux climatiques devrait être présenté lors de la prochaine conférence des parties (COP) à Glasgow.

Cet ouvrage est inédit dans sa démarche. En s'inscrivant dans la tradition juridique des célèbres « Grands arrêts », cette publication collective émanant de plus d'une trentaine d'auteurs[6] aux profils d'écriture variés (universitaires confirmés, jeunes chercheurs, avocats, juristes d'association) a pour ambition de dessiner les principaux contours de la « justice climatique »[7] qui apparait graduellement au fil des procès. Ce livre rassemble un échantillon représentatif d'affaires rendues ou encore en instance sur des questions climatiques très variées : demande indemnitaire de « victimes climatiques », contestation du manque d'ambition climatique des États ou du non-respect des trajectoires de réduction des gaz à effet de serre (GES), demande de désinvestissements dans les énergies fossiles, poursuites d'activistes du climat, etc.

---

1 Professeure de droit public (HDR) à Sciences Po Toulouse, membre du LASSP et associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».

2 V. notamment le Commentaire *Les «People's Climate Case» c. Union européenne* (E. Brosset et E. Truilhé).

3 V. les deux commentaires de l'affaire : Cour du District de La Haye, *Fondation Urgenda contre Pays-Bas* (A.-S. Tabau et C. Cournil) et Cour suprême des Pays-Bas, *Pays-Bas c. Urgenda*, (D. Misonne).

4 W. Kahl et M.-P. Weller (eds.), *Climate Change Litigation Liability and Damages from a Comparative Perspective*, à paraître en octobre 2020.

5 M. Wewerinke-Singh & S. Mead (dir.), *Fighting climate change : A best practice guide for judges and courts*, IUCN World Commission on Environmental Law Climate Change Specialist Group : https://www.iucn.org/commissions/world-commission-environmental-law/our-work/climate-change-specialist-group/fighting-climate-change-a-best-practice-guide-judges-and-courts (27 avril 2020).

6 Liste des auteurs dans cet ouvrage.

7 A. Michelot (dir.), *La justice climatique*, Bruylant, 2016, 374 p.

L'élaboration d'un tel ouvrage n'a pas été aisée en particulier la phase de sélection des espèces tant le choix est immense (1). La présentation des seules grandes décisions traitant exclusivement du climat peut questionner en raison des difficultés méthodologiques qu'elle suscite et des limites inhérentes à ce projet éditorial (2). Malgré cela, la confection de l'ouvrage a été guidée principalement par l'envie de proposer un nouvel outil d'analyse du contentieux dépassant la présentation certes utile – mais exclusivement *quantitative* – des affaires listées dans les bases de données américaines (3). La force de l'ouvrage tient au fait qu'il offre une présentation *qualitative* et « ordonnée » qui facilite la compréhension des enjeux complexes qui se jouent dans ces procès (4). Ainsi, ce livre permet-il de déconstruire et de restituer les « histoires » derrière chaque affaire (5), en mettant en lumière, pour chacune, les acteurs impliqués (6). L'une des caractéristiques de l'assemblage de ces affaires est d'en faire émerger les différences et les singularités (7), mais également les dynamiques en illustrant les « fertilisations croisées »[8] qui s'amorcent entre elles (8). Par ailleurs, à la lecture des différents chapitres, force est de relever la complexité des questions juridiques posées qui restent à trancher par le juge tant subsistent des obstacles substantiels et procéduraux (9). Mises côte à côte, ces espèces ébauchent les contours d'une mutation du contentieux depuis plus d'une dizaine d'années (10). Les commentaires ont pour certains l'ambition d'aller au-delà des conséquences juridiques en soulignant les effets politiques induits par ces contentieux engagés par des acteurs parfois très aguerris aux stratégies judiciaires et politiques (11). Plus largement, ces procès ainsi décryptés jouent un rôle au sein de la gouvernance climatique de plus en plus polycentrée[9] dans laquelle le juge occupe désormais une place significative et dont nos gouvernants et les acteurs économiques devront tenir compte pour que soit garanti l'État de droit de nos démocraties (12). Reste que ce contentieux contient en germe de profonds questionnements sociétaux sur notre modèle économique et nous invite à penser le « monde d'après », celui de la vie en contexte d'urgence climatique (13).

1. Sélectionner pour mieux cerner

Le premier défi à relever a été celui de la sélection des affaires au regard de la masse de procès en instance ou clos. Selon une première[10] étude de 2017 proposant un état des lieux de ce contentieux, près de 900 actions climatiques avaient été menées à cette date dans plus de 24 pays, dont 654 affaires aux États-Unis. Un an plus tard, le rapport[11] du *Grantham Institut* évoquait le dépassement de 1 000 procès climatiques. Début 2020, le *Sabin Center for Climate Change Law* de l'Université de Columbia – qui répertorie depuis 2016 les affaires en les classant dans une vaste base de données intitulée *Climate Change Litigation Databases*[12] – évaluait à plus de 1 200[13] les affaires jugées ou encore en instance.

8 On reprend l'expression développée dans la thèse de S. Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012.

9 A. Jordan, D. Huitema, H. Van Asselt, et J. Forster, (eds.), « Introduction », Governing *Climate Change : Polycentricity in Action ?*, Cambridge : Cambridge University Press, 2018, p. 3 et s.

10 Rapport PNUE and Sabin Center for Climate Change Law, *The status of climate change litigation a global review*, May 2017, 40 p. https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/20767 (consulté le 15 avril 2020).

11 Grantham Institut, *Global trends in climate change legislation and litigation : 2018 snapshot*, mai 2018.

12 V. *Sabin Center for Climate Change Law and the Grantham Research Institute at the London School of Economics*, M. Gerrard *et al.*, Arnold & Porter LLP, « Climate Change Litigation in the US » ; M. Gerrard *et al.*, Sabin Center for Climate Change Law, « Non-U.S. Climate Litigation Chart » : www.climatecasechart.com. V. aussi la base de l'organisation *Climate Justice* : http://www.climatelaw.org/cases et celle du Grantham Institute : http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/climate-change-laws-of-the-world/.

13 http://climatecasechart.com/about/ (consulté le 17 mars 2020).

Cette étape essentielle de classification par la réalisation de bases de données et autres études[14] a permis aux académiques de mener un premier travail de systématisation[15] des procès climatiques au plan national[16] comme mondial. Il en ressort que le contentieux climatique est un ensemble très hétérogène allant des recours administratifs nationaux à la saisine d'instances internationales et régionales très variées engageant la responsabilité de l'État comme d'un vaste groupe d'entreprises multinationales, demandant des réparations pour une seule victime ou pour un peuple entier, invoquant des impacts climatiques passés ou la violation des droits fondamentaux des générations futures. On a observé par exemple que les premiers contentieux climatiques menés aux États-Unis recouvraient en gros quatre principaux types d'actions : les litiges visant à empêcher l'action du gouvernement qui contribue au changement climatique, les litiges pour obliger le gouvernement à atténuer les effets du changement climatique, les litiges mettant en cause les émetteurs privés de GES et ceux portés par les industries émettrices face à la réglementation trop contraignante sur les GES. Ailleurs dans le monde au milieu des années 2000, les actions contentieuses ne se sont pas encore déployées en masse comme dans les prétoires nord-américains. Toutefois, des contentieux originaux ont été progressivement menés, particulièrement en Europe. À cet égard, l'affaire *Urgenda* de 2015 constitue un tournant notamment dans les stratégies contentieuses menées contre les États. Depuis ce dernier, on assiste à un effet de « boule neige » avec une multiplication des affaires climatiques devant les prétoires nationaux et supranationaux ce qui diversifie encore davantage le champ de ces procès. Comment alors choisir les affaires les plus pertinentes ?

Face à cet ensemble composite, la sélection des affaires a été guidée par la nécessité d'édifier une ligne tendancielle du contentieux climatique des cinq dernières années tout en présentant les principaux acquis des premiers procès menés aux États-Unis (Affaire *Connecticut c. American Electric Power*[17] de 2007, Affaire *Massachusetts c. EPA*[18] de 2011 et Affaire *Kivalina*[19] de 2012). En effet, ces affaires ont posé les jalons des actions récentes et c'est grâce à elles que des stratégies nouvelles ont été déployées pour dépasser certains obstacles rencontrés dans les affaires anciennes.

Il a été choisi de ne commenter que les principales actions dirigées contre les États qui – en tant que régulateurs – sont les garants du contrôle des émissions de GES (Partie I) et celles dirigées contre les principales entreprises privées émettrices de GES (Partie II). Les actions climatiques menées contre les acteurs publics et privés à la fois devant les juges nationaux, mais désormais aussi devant des organes supranationaux, représentent les axes principaux du contentieux de ces dernières années. À côté de ces procès et depuis la multiplication des actions de désobéissance civile[20] avec les marches

14 Rapport PNUE and Sabin Center for Climate Change Law, *op. cit, et* D. P. Adler, *U.S. Climate Change Litigation In The Age Of Trump: Year One*, février 2018, 118 p.

15 V. sur une récente typologie : S. Mabile et L. Karila-Cohen, « Typologie du contentieux climatique en France », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 18, janvier 2020, 13.

16 S. Mc Cormick *et al.*, « Strategies in and outcomes of climate change litigation in the United States », *Nature Climate Change*, 2018, vol. 8, p. 829–833.

17 V. le commentaire dans cet ouvrage de P. Abadie.

18 V. le commentaire dans cet ouvrage de P. Abadie.

19 V. le commentaire dans cet ouvrage de P. Spielewoy.

20 Sur les contours de la désobéissance, v. G. Hayes et S. Ollitrault, « Chapitre 3. Désobéir, un mode d'action citoyen radical ? », in *La désobéissance civile*. G. Hayes et S. Ollitrault (dir). Paris, Presses de Sciences Po, « Contester », 2013, p. 95-139. Et plus récemment sur le mouvement climat en particulier, v. XR (Extinction Rébellion). Notons que la désobéissance civile gagne aussi le milieu scientifique : L'appel de

et les grèves du climat, se dessine un contentieux atypique qui augmentera ces prochaines années au regard des fortes attentes sociétales en matière de justice climatique et des formes nouvelles de radicalisation écologique. Riches d'enseignements, ces actions contentieuses contre les activistes climatiques ont trouvé une petite place à la fin de cet ouvrage (Partie III). Les militants ont plaidé la défense de « la nécessité climatique »[21] ou l'état de nécessité (en Suisse et en France) en déclarant que le danger imminent du changement climatique ne leur a laissé aucune autre alternative légale et raisonnable à leur action. Ces poursuites climatiques atypiques[22] où « l'écologiste » est du côté de la défense et non de celui de la revendication ont pour point commun avec les autres procès climatiques de publiciser la cause climatique et ainsi faire réagir le politique.

D'autres affaires[23] non abordées ici – faute de ressources ou de place suffisante pour les commenter – sont néanmoins très pertinentes et gagnent à être connues[24] des lecteurs francophones pour cerner les grands axes de la justice climatique comme le contentieux relatif au marché carbone, les procès mettant en jeu les sciences climatiques, les recours dirigés contre la réglementation du *Clean Power Plan* aux États-Unis, etc.

Dans cette sélection et organisation tripartite, l'espèce *Urgenda* qualifiée d'affaire « colibri »[25] par Delphine Misonne a été approfondie tant les décisions prises par les juges néerlandais sont porteuses d'innovations juridiques. De surcroit, il a été choisi de laisser un espace significatif aux affaires françaises. Choix qui se justifie par la richesse du contentieux naissant autant devant le juge administratif[26] que le juge judiciaire[27], mais également en raison de la plus-value que permet la « proximité » des commentateurs de certains de ces contentieux.

Dans la base de données du *Sabin Center for Climate Change Law* ont été répertoriées toutes les actions internationales[28], régionales et nationales qu'elles soient contentieuses ou non. Autrement dit, sont mises sur le même plan, des actions engagées devant des organes non juridictionnels ou quasi juridictionnels. Il a été décidé de suivre cette perspective afin d'offrir une vision élargie des enjeux de la justice climatique. C'est ainsi que, tant les décisions rendues par des tribunaux nationaux ou régionaux, la Constatation d'un Comité onusien[29], que l'avis d'une Commission nationale ou d'un organisme de règlement de différend non étatique supranational sont commentés. Ce choix se justifie aussi par la nécessité de rendre compte de la panoplie et de l'originalité des actions actuellement menées, exposant ainsi les chemins et les logiques de contournement pris par une kyrielle

1 000 scientifiques : « Face à la crise écologique, la rébellion est nécessaire », https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/02/20/l-appel-de-1-000-scientifiques-face-a-la-crise-ecologique-la-rebellion-est-necessaire_6030145_3232.html (consulté le 17 avril 2020).

21 V. Climate Defense Project : https://climatedefenseproject.org/wp-content/uploads/2018/05/CDP-Climate-Necessity-Defense-Case-Guide-May-22-2018.pdf (consulté le 12 mai 2020).

22 L. Burgers, « Should Judges Make Climate Change Law ? », *Transnational Environmental Law*, 2020, vol. 9, n° 1, p. 55-75.

23 On renvoie pour plus de détail à l'ouvrage de C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, 396 p.

24 V. la récente étude : J. Solana, « Climate Litigation in Financial Markets : A Typology », *Transnational Environmental Law*, 2020, vol. 9, n° 1, p. 103–35.

25 V. Commentaire dans cet ouvrage de l'affaire *Pays-Bas c. Urgenda*, de D. Misonne.

26 V. l'affaire *Grande-Synthe* et le commentaire de C. Huglo, l'affaire du Siècle et le commentaire de C. Cournil, A. Le Dylio et P. Mougeolle.

27 V. l'affaire *Total* et le commentaire de P. Mougeolle.

28 Dans le contentieux international, il y a notamment celui relatif à l'arbitrage assez peu exploré encore.

29 V. l'affaire *Teitiota* et le commentaire de C. Cournil.

d'acteurs aux stratégies variées. Avec ce choix éditorial, les commentaires ainsi classés permettent de dessiner des tendances contentieuses ou non qui convergent ou convergeront vraisemblablement dans un futur proche.

Par ailleurs, il a été ici délibérément choisi de commenter aussi des affaires emblématiques émanant de tous les continents (Amérique, Europe, Asie, Océanie et Afrique) afin de confirmer notre hypothèse de la « mondialisation de la cause climatique ». Cette dernière exprimant un désir commun de justice autour de la défense du climat, et ce, quelle que soit la culture juridique du pays et même si l'accès au droit n'est pas toujours facile notamment dans les pays du Sud[30]. La prolifération de ces procès illustrant enfin une perméabilité croissante entre les droits nationaux, régionaux ou internationaux[31], qui ébauche une globalisation[32] du « droit climatique » et de la justice climatique.

2. Accepter les limites de l'exercice

Une étude d'ensemble des affaires climatiques est ardue à mener en raison d'abord des barrières des langues rencontrées dans les trente-six espèces issues de plus d'une quinzaine de pays. Si certains jugements et requêtes ont été traduits en anglais par les juridictions ou – de manière non officielle – par les organisations non gouvernementales (ONG) souvent pour des raisons médiatiques, reste que l'exercice de « restitution » d'une affaire demeure subtil s'agissant d'exposer toutes les nuances du raisonnement du juge et plus largement de retracer le contexte judiciaire du cas.

Les auteurs des commentaires ont dû ensuite s'adapter aux singularités des systèmes et des cadres juridiques (*Common law*, système romano-germanique, système latino-américain ou asiatique, etc.) et également à la diversité des « juges » (juges nationaux, justice interétatique supranationale, organisme quasi juridictionnel, mécanisme de *soft accountability).*

Enfin, la nature polymorphe de ce contentieux constitue sa richesse, mais également sa complexité. Ainsi, il devient difficile de le systématiser et de le saisir dans son ensemble. En effet, la thématique climatique s'est immiscée dans de nombreux secteurs : transports, production d'énergie, urbanisme, déplacements de population, santé, souveraineté alimentaire, préservation de la culture, maintien de la biodiversité, circulation des produits, investissement dans l'énergie renouvelable, etc. Les chapitres traitent autant de la réglementation climatique (mesures de réduction de GES ou mesures d'adaptation), que du droit de la responsabilité de l'État et de l'entreprise que ce soit par le droit civil ou le droit administratif. Les argumentaires des requérants mobilisent les notions de *Common Law* (*Law of torts, Public Trust*), mais aussi des obligations relatives au droit international des droits de l'Homme, etc. Dès lors, la grande diversité des affaires commentées a nécessité d'aborder sur le fond de larges secteurs du droit, exigeant des connaissances de droit public (droit administratif, droit

30 J. Peel, J. Lin, « Transnational Climate Litigation : The Contribution of the Global South », *American Journal of International Law*, vol. 113, n° 4, 2019, p. 703-704.

31 On revoit ici à l'intervention de J.-M. Sauvé à l'occasion du congrès inaugural de l'Institut européen du droit le 1er juin 2011. https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-europe-dans-la-globalisation-du-droit (consulté le 17 avril 2020).

32 Sur le phénomène : v. J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, éd. Montchrestien, 2010.

constitutionnel, droit des libertés publiques, etc.) comme de droit privé[33] (droit civil, droit commercial, droit des sociétés, etc.), et de droit interne comme de droit régional (droit de l'Union européenne) ou de droit international.

3. Dépasser les bases de données

Le contentieux climatique aujourd'hui mondialisé a fait l'objet d'une classification par plusieurs centres ou instituts de recherches, l'important travail du *Sabin Center for Climate Change Law*[34] est sans aucun doute le plus exhaustif. Son arborescence dynamique – dont on pourrait d'ailleurs discuter la méthodologie de la classification opérée – offre une « vue panoramique » des contentieux grâce au recensement par pays, juridictions, matières du droit, objet (atténuation et adaptation), compétences, autorités concernées, etc. Au sein de cette base de données accessible sur l'Internet, un résumé sous chaque espèce précise, en quelques lignes, le problème juridique de l'affaire et le cas échéant sa solution contentieuse.

À l'inverse, dans cet ouvrage collectif, le « temps du commentaire » permet la mise en contexte de l'affaire (les contentieux environnementaux et climatiques précédents dans le pays), la présentation du cadre normatif, les acteurs en présence (autorités publiques, collectivités publiques, ONG, groupes d'individus, agences de surveillance, entreprises, etc.), mais aussi les avocats et conseils qui s'entraident d'une affaire à l'autre d'un continent à l'autre pour affiner les stratégies judiciaires malgré les singularités nationales. Ainsi, dans les différents chapitres de l'ouvrage sont dressés les axes principaux des argumentaires des parties permettant d'amorcer des ponts entre les affaires. Outre les nombreux renvois dans les commentaires, la réalisation d'un volumineux index thématique offre la possibilité au lecteur d'apprécier les connexions entre les espèces et les grands *items* de la justice climatique (responsabilité, dommage, lien de causalité, génération future, préjudice, indemnisation, injonction, etc.).

4. Ordonner pour mieux comprendre

Cet ouvrage souhaite s'inscrire dans la lignée des recueils de jurisprudence[35] présentant les grandes décisions de justice dans une discipline donnée à l'image des *grands arrêts de la jurisprudence administrative*[36], ouvrage cardinal de la discipline publié pour la première fois en 1956. Dans la 22e édition parue en 2019, 118 arrêts structurent l'ossature du droit administratif en offrant des réflexions générales sur la compétence de la juridiction administrative, le contrôle que celle-ci exerce

33 Sur le droit privé et les changements climatiques, on renvoie ici à l'ouvrage de M. Hautereau-Boutonnet, S. Porchy-Simon, *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?* éd. Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019.

34 Le *Sabin Center for Climate Change Law* développe des techniques juridiques pour lutter contre le changement climatique, forme des étudiants en droit et des avocats à leur utilisation et fournit au public des ressources à jour sur des sujets clés en droit et réglementation du climat. Il collabore avec les scientifiques du *Earth Institute* de l'Université Columbia et avec des organisations gouvernementales, non gouvernementales et universitaires. Michael Burger est le directeur exécutif du Sabin Center.

35 V. à cet égard, la grande collection des « Grands arrêts » de l'éditeur Dalloz : https://www.librairiedalloz.fr/listeliv.php ? form_recherche_avancee=ok&collection=Grands+Arrets (consulté le 17 avril 2020).

36 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, éd. Dalloz, 22e édition, 2019.

sur l'administration, les organismes de droit public ou de droit privé qui participent à l'action administrative, les actes administratifs unilatéraux, les contrats administratifs, le domaine public, les travaux publics, la responsabilité administrative, avec des ouvertures sur le droit constitutionnel, le droit de la concurrence, le droit de l'Union européenne ainsi que celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[37]. En somme, ce bestseller juridique a « ordonné » les grandes questions du droit administratif. S'agissant des questions environnementales en France, deux recueils de jurisprudence publiés très récemment présentent les grandes décisions du droit de l'environnement[38]. Si le droit de l'environnement – encore jeune matière du droit – a désormais ses recueils, Ces derniers n'abordent pas frontalement le problème climatique. Dans la continuité de ces différents travaux, la démarche menée ici s'en détache toutefois (v. *infra* § 5). L'objectif a été d'ordonner, hiérarchiser, classer pour mieux comprendre les cadres juridiques dispersés qui réglementent les grands secteurs organisant la lutte contre les changements climatiques et qui sont aujourd'hui fortement discutés devant les prétoires à travers le monde. Cette présentation groupée d'affaires emblématiques est d'autant plus importante qu'il n'existe pas d'ouvrage, en France tout du moins, traitant d'un « droit climatique »[39], non (encore) reconnu comme une branche du droit.

Si on revient aux premières définitions des *Climate Change Litigation* proposées par les Américains David Markell et J.B. Ruhl, le procès climatique est considéré comme tout litige administratif ou judiciaire qui soulève « directement et expressément une question de fait ou de droit concernant les causes et effets du changement climatique »[40]. Englobante et tautologique (« le contentieux climatique est celui qui porte sur les changements climatiques »), cette définition ne nous apprend pas grand-chose sur le sens de l'adjectif climatique.

Les auteurs Peel et Osofsky, ont conceptualisé[41] ces actions climatiques sous la forme d'une série de cercles concentriques (voir la figure ci-dessous). Au cœur se trouvent des cas qui suscitent directement des questions juridiques liées aux conséquences du changement climatique comme la responsabilité des impacts environnementaux des GES. Plus on se déplace vers la périphérie des cercles, moins le changement climatique a tendance à figurer dans les arguments avancés devant un juge ; la lutte contre le changement climatique restant l'un des principaux moyens allégués dans les espèces.

37 *Ibid.*, résumé de l'ouvrage.

38 P. Billet, J.-M. Fevrier, G. Kalfleche, I. Michallet, J.-B. Seube, A. Laget-Annamayer, E. Naim-Gesbert, *Les grandes décisions du droit de l'environnement*, Dalloz, collection Grands arrêts, 1re édition, décembre 2017 ou encore M. Torre-Schaub, *L'essentiel des grands arrêts du droit de l'environnement*, Gualino, Carrés Rouges, 1re édition, 2017.

39 Sur la nécessité de penser un « droit climatique » : C. Cournil *La fabrique d'un droit climatique pour construire un monde à 1.5*, éd. Pedone, à paraître 2021.

40 V. définition de D. Markell & J.-B. Ruhl, « An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts : A New Jurisprudence or Business as Usual ? », *Florida Law Review*, vol. 64, n° 1, 2012, p. 27.

41 J. Peel et Osofsky H. M., *Climate change litigation : lessons and pathways*, Judicial Officers' Bulletin, decembre 2017, vol. 29, n° 11.

L'étude du détail des affaires nous permet également d'en savoir plus sur ce qu'on entend par « climatique ». Ces affaires illustrent la « climatisation du monde »[42] et particulièrement la « climatisation du procès ».

Cette large définition a eu le mérite d'ouvrir un immense champ de recherche juridique et au-delà, appelant à la nécessaire interdisciplinarité[43] face au défi inédit pour l'humanité qu'est l'urgence climatique[44]. Des recherches devenues nombreuses en langue anglaise et désormais française[45] ont même permis d'édifier une doctrine[46] autour de ces procès.

Ayant une visée à la fois scientifique et pédagogique, cet ouvrage a pour but d'éclairer ce champ encore mal connu[47] en France. Il se présente comme un outil à la fois pratique et théorique à destination des universitaires, des avocats, des magistrats, des étudiants et des juristes des organisations non gouvernementales qui travaillent sur la gouvernance climatique ; celle-ci devant désormais inclure les juges.

5. Déconstruire tant le recours que le jugement

À la différence des recueils de jurisprudence plus « académiques » qui exposent exclusivement les décisions définitives rendues par les juges, certains chapitres présentés ici commentent une « simple » requête[48] non encore jugée au moment de la publication de l'ouvrage ou une pétition déposée devant une commission nationale[49] relative au droit de l'Homme n'ayant pas encore été traitée.

Ce choix peu orthodoxe s'explique par la volonté de faire également émerger les finalités recherchées par le levier du procès et des réflexions plus générales sur les usages sociaux du droit (nouvelles formes de mobilisation sociales par l'arme du droit) et ce en plus d'éléments structurants liés à la fabrication d'un « droit climatique », en partant de l'idée que le procès (comme la simple requête) participe à l'obtention d'un changement sociétal lorsqu'il (ou elle) est utilisé comme agent de mobilisation sociale[50].

42 A. Dahan, « La climatisation du monde », Esprit, n° 1, 2018, p. 75-86.

43 V. le récent travail de compilation sur les champs disciplinaires de la recherche : J. Setzer et L. C. Vanhala. « Climate change litigation : A review of research on courts and litigants in climate governance », *Wiley Interdisciplinary Reviews : Climate Change*, vol. 10, n° 3, 2019.

44 M. Torre-Schaub, *Droit et changement climatique : comment répondre à l'urgence climatique ?*, éd. Mare et Martin, 2020, vol. 55, à paraître.

45 C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, Paris, 2018. Huglo C., *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, 396 p. Torre-Schaub M., *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport de recherche GIP justice, décembre 2019, http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/01/17.05-RF-contentieux-climatiques.pdf. V. les deux n° spéciaux : *AJDA*, « Les procès climatiques en France : la grande attente », n° 32, 2019, p. 1849 et s. et *RFDA*, « Le contentieux climatique devant le juge administratif », n° 5, 2019, p. 629 et s.

46 M. Hautereau-Boutonnet, « Les procès climatiques par la "doctrine du procès climatique" » in C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, Paris, 2018.

47 On signalera ici les deux seuls principaux programmes de recherches menés par des chercheurs et des universitaires français : le projet Climarm « Les procès climatiques : l'arme du droit dans la reconfiguration des revendications environnementales » dirigé par S. Maljean-Dubois (2018-2021) et le projet financé par le GIP Justice « Les dynamiques du contentieux climatique : usages et mobilisation du droit face à la cause climatique, (2017-2019) dirigé par M. Torre-Schaub.

48 V. par exemple l'Affaire du siècle, l'affaire *Grande-Synthe*, la pétition Greenpeace Asie du Sud-Est et autres c. Carbon Majors, etc.

49 V. Affaire portée aux Philippines et le commentaire de M. Denis.

50 S. A. Scheingold, *The politics of rights. Lawyers, Public policy and political change*, New Haven, Yale University Press, 2014, 174 p.

De surcroît, la sophistication de ces « recours climat » (requête, action collective, communication, pétition, etc.) est telle que cela en dit autant sur l'avenir du « procès environnemental »[51] en général que sur le procès climatique en particulier et les possibles issues futures que rendront les juges.

Dès lors, les chapitres s'appesantissent à la fois sur les répertoires « d'actions juridiques » (les moyens de droit), la stratégie judiciaire et politique des requérants (notamment sa finalité) et les possibles choix qui s'offrent au juge ou à la quasi-juridiction saisie. Cette double présentation du droit « demandé » par les requérants et du droit « jugé » par les juridictions ou quasi-juridictions dessine alors une image « amplifiée » et dynamique du procès climatique.

6. Dresser un panorama des acteurs impliqués

Les procès climatiques se sont particulièrement développés aux États-Unis, et ce, depuis que le Président Georges W. Bush a refusé de ratifier le Protocole de Kyoto. En résistance à cette attitude, la société civile et les citoyens ont alors engagé des actions contentieuses. Par exemple l'affaire *Massachusetts c. Environmental Protection Agency*[52] relative à un contentieux « réglementaire fédéral »[53] a été portée par des associations rejointes par des villes ou des États fédérés. L'industrie et certaines ONG conservatrices ont, elles aussi, engagé des procès[54]. Toutefois, les principales décisions rendues aux États-Unis ont été largement défavorables aux requérants « victimes des changements climatiques » comme dans la désormais célèbre affaire *Kivalina*[55].

Les contentieux sont menés par de multiples types de requérants comme des ONG, des fondations, des individus (isolés ou groupés dans des actions collectives ou simultanées), des groupes autochtones comme par exemple les deux pétitions « Inuit »[56] déposées devant le système interaméricain des droits de l'Homme, des entreprises (*Carbons majors* et banques) et des acteurs publics infra étatiques comme des villes avec par exemple les recours des villes de New York[57], d'Oakland[58], de Grande-Synthe[59]. Dans l'affaire *Total*[60] lancée en France en janvier 2020, ce sont quatorze collectivités locales et cinq associations qui ont saisi ensemble le tribunal judiciaire pour assigner la multinationale française. De même, le maire de Londres[61], cinq collectivités territoriales[62] et deux associations[63] ont

51 E. Truilhé, M. Hautereau-Boutonnet, *Le procès environnemental : Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement.* [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice, 2019 : http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/le-proces-environnemental-du-proces-sur-lenvironnement-au-proces-pour-lenvironnement/ (consulté le 15 avril 2020).
52 V. commentaire dans cet ouvrage de P. Abadie.
53 *Federal Regulatory Litigation.*
54 V. l'état des lieux du Rapport du Grantham Institut, *Global trends in climate change legislation and litigation : 2018 snapshot*, mai 2018, p. 5 ; http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2018/04/Global-trends-in-climate-change-legislation-and-litigation-2018-snapshot-3.pdf (22 avril 2020).
55 V. commentaire dans cet ouvrage de P. Spielewoy.
56 V. commentaire dans cet ouvrage de S. Maljean.
57 V. commentaire dans cet ouvrage de F. P. Fantozzi.
58 V. commentaire dans cet ouvrage de L. Canali.
59 V. commentaire dans cet ouvrage de C. Huglo.
60 V. commentaire dans cet ouvrage de P. Mougeolle.
61 Le maire de Londres justifie son intérêt à agir en invoquant un devoir d'établir une stratégie environnementale et climatique pour l'agglomération et le Grand Londres.
62 London Borough of Hillingdon ainsi que des « borough » (municipalités, collectivités) adjacentes, toutes du grand Londres.
63 *Plan B* et *Friends of the Earth.*

formé un recours en annulation (*judicial review*) contre l'acte du gouvernement relatif à l'expansion de l'aéroport d'Heathrow et obtenu pour l'instant gain de cause.[64]

De nombreuses affaires ont été lancées par des ONG environnementales ou de protection des droits de l'Homme comme *Earthlife Africa Johannesburg*[65]. Certaines font des recours en leur nom ; d'autres accompagnent juridiquement et logistiquement des actions pour des individus. C'est le cas de *Climate Action Network*[66] dans le contentieux *People's Climate Case*[67], de *Clientearth*[68] dans la communication individuelle *Torrès*[69] déposée devant le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies ou de *Germanwatch* dans le contentieux *Lliuya v. RWE*[70]. Les ONG colombienne *Dejusticia*[71], canadienne *Environnement Jeunesse*[72] et nord-américaine *Our Children's Trust*[73] ont aidé ou porté les recours de jeunes adultes et de mineurs comme dans l'affaire *Juliana*[74] toujours en instance aux États-Unis. Ces organisations sont nationales comme l'association de jeunesse suédoise *Nature and Youth Sweden*, l'ONG néerlandaise *Milieudefensie* dans le contentieux *Shell*[75] et la Fondation *Urgenda,* ou mondialement reconnues comme *Greenpeace international,* particulièrement active et disposant désormais d'une branche d'activités[76] dédiée aux recours climatiques. Sont ainsi présentés ici la pétition de *Greenpeace Asie du Sud-Est* aux Philippines, le recours mené en Norvège par *Greenpeace Nordic* ou encore ceux de *Greenpeace Allemagne*[77], de *Greenpeace Pays-Bas* et de *Greenpeace France.* Les associations ou ONG ont, pour certaines, été créées récemment dans l'unique but de déposer un « recours climat » comme les associations française *Notre affaire à tous*[78], belge *Klimaatzaak*[79] et suédoise *PUSH Sweden*[80] ou encore pour défendre la cause d'une catégorie de « vulnérables » comme l'association *Les Ainées pour la protection du climat*[81]. C'est parfois un collectif d'associations qui engage des actions d'ampleur fédérant ainsi une large audience du grand public. On s'appesantira ici sur le recours de l'*Affaire du siècle*[82] menée en France par *Notre affaire à tous, Greenpeace France, Oxfam* et la *Fondation pour la Nature et l'Homme* avec à l'appui une pétition en ligne ayant récolté plus de 2 millions de signatures en quelques jours ou encore l'affaire *ING Bank*[83] à l'initiative de *Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, BankTrack* et *Milieudefensie.* La médiatisation de ces procès et la force de la stratégie judiciaire engagée par certaines ONG illustrent la naissance d'un mouvement

64 V. commentaire dans cet ouvrage de P. Mougeolle.
65 V. commentaire dans cet ouvrage de D. Owona.
66 http://www.caneurope.org/climate (consulté le 22 avril 2020).
67 V. commentaire dans cet ouvrage de E. Brosset et E. Truilhé.
68 https://www.clientearth.org/torres-strait-islanders-win-key-ask-after-climate-complaint/ (22 avril 2020)
69 V commentaire dans cet ouvrage de C. Cournil.
70 V. commentaire dans cet ouvrage de F. Giansetto.
71 https://www.dejusticia.org/ (consulté le 22 avril 2020). V. commentaire dans cet ouvrage de C. Perruso.
72 V. commentaire dans cet ouvrage G. de Lassus St-Geniès.
73 https://www.ourchildrenstrust.org/ (consulté le 22 avril 2020).
74 V. commentaire dans cet ouvrage de E. Gebre.
75 https://milieudefensie.nl/klimaatzaakshell V. commentaire dans cet ouvrage de L. Duthoit (Shell).
76 V. commentaire dans cet ouvrage de M. Denis.
77 V. commentaire dans cet ouvrage de P. Mougeoulle.
78 https://notreaffaireatous.org/ (consulté le 22 avril 2020).
79 V. commentaire dans cet ouvrage de D. Misonne.
80 V. commentaire dans cet ouvrage de P. Vílchez Moragues.
81 https://ainees-climat.ch/documents/ (consulté le 18 février 2020), V. commentaire dans cet ouvrage de R. Mahaim.
82 https://laffairedusiecle.net/qui-sommes-nous/ (consulté le 22 avril 2020). V. commentaire dans cet ouvrage de C. Cournil, A. Le dylio, P. Mougeolle.
83 V. commentaire dans cet ouvrage de C. Fabregoule (ING Bank).

transnational de justice climatique. En s'entraidant[84], ces organisations affutent ensemble leur argumentaire d'action contentieuse y compris sur les moyens de droits allégués.

Certains des requérants soutiennent des demandes sur des préjudices « passés » et également « futurs » au nom d'une génération : la « génération future » particulièrement impactée par les effets délétères du changement climatique. Par la spécificité de leurs demandes, ils amènent ainsi les juges à s'interroger sur une possible justice intergénérationnelle fondée sur l'équité intergénérationnelle. Ces individus isolés ou groupés veulent également se faire reconnaitre la qualité de « victime » basée sur des demandes de réparation indemnitaire ou d'injonctions réparatrices ou déclaratives. Touchés dans leurs activités économiques, certains requérants (agriculteur, fermier, éleveur de rennes, gérant de gîte en haute montagne, producteur de lavande, etc.) tentent – souvent en vain – d'apporter la preuve de leurs préjudices climatiques, poussant ainsi le juge à examiner des situations complexes.

Signalons enfin que certains États ou entreprises poursuivent les activistes qui se radicalisent en conduisant des actions de désobéissance civile pour la plupart non violentes. En effet, ces derniers se sont mis dans l'illégalité comme « les décrocheurs »[85] des portraits du Président français exposés dans les mairies ou comme la partie de tennis « mimée » dans les locaux de la deuxième banque de Suisse (Crédit Suisse)[86]. Cette dernière affaire convoque le juge pénal à côté des juges constitutionnel, administratif, judiciaire, commercial qui ont déjà été saisis.

7. Systématiser les arguments communs ou disparates

La sélection ainsi réalisée dans cet ouvrage offre un large échantillon d'affaires climatiques qui conduit à établir des ponts et relier ainsi des choses qui semblaient de prime abord distinctes. En effet, au fil de la lecture de certains commentaires apparaissent des points communs ayant trait au contenu des demandes posées, aux juridictions saisies, aux arguments mobilisés par les plaignants et retenus par les juges. Dès lors, les conditions de réception ou d'interprétation de l'Accord de Paris et d'autres textes internationaux, l'invocation réussie ou non des droits fondamentaux, la manière de contrôler des actes réglementaires au regard de l'impact climatique, les contours des demandes d'injonctions[87] réparatrices ou préventives déposées devant les juges ou encore la mobilisation de la preuve scientifique sont autant d'analyses communes exposées dans les différents chapitres.

Dans de récentes affaires, des raisonnements semblables de juges commencent à apparaître sur la prise en compte des effets délétères et globaux du changement climatique, lors de l'examen de projets à forte empreinte carbone par exemple. Des juges soulignent et parfois même prennent en

84 V. le Colloque du 3 novembre 2017 à Paris, organisé par l'association NAAT, France liberté, l'Université Paris 13, ou l'une des toutes premières conférences de presse « commune » des plusieurs acteurs des Climate Ligation : « 2018 : The Year of Climate Litigation », 7 mai 2018, lors de la Session de négociation à Bonn.

85 Affaires « des décrocheurs », v. le commentaire dans cet ouvrage d'A. Le Dylio et P. Mougeolle.

86 Affaire Crédit Suisse v. le commentaire de R. Mahaim.

87 Affaire de l'extension des Aéroports de Vienne et de Londres, v. le commentaire dans cet ouvrage de P. Mougeolle ou encore Affaire *Greenpeace Nordic Ass'n et Nature And Youth c. Ministry of petroleum and energy*, v. le commentaire dans cet ouvrage d'A. Le Dylio. V. aussi P. de Vilchez Moragues (Push Sweden) ; P. de Vilchez Moragues, « Extraterritoriality and Judicial Review of State Policies on Global Warming : Some Reflections Following the 2016 Scandinavian Climate Lawsuits », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 34 (2017).

compte – certes encore à demi-mot – les conséquences extraterritoriales des changements climatiques et l'impact que peuvent avoir certains projets y compris en dehors du territoire national.

À l'inverse, certaines affaires ayant trait à des questions globalement similaires ne sont pas traitées de manière identique par les juges saisis qui s'expliquent en partie par des contextes juridiques et politiques très distincts. Ces « écarts » d'analyse se révèlent alors très instructifs. C'est le cas de deux affaires relatives à l'extension d'un aéroport dans deux grandes villes européennes au Royaume-Uni et en Autriche. Une présentation d'un « commentaire combiné » sur ces deux espèces proches a ici été choisie afin de souligner les convergences et divergences des jugements[88].

Par ailleurs, plusieurs espèces rendent compte des difficultés identiques rencontrées par certains plaignants qui invoquent l'application des mêmes droits fondamentaux. Où qu'ils soient, ils doivent formuler leurs allégations en établissant le plus précisément possible les liens parfois distendus entre les émissions de GES d'un pays ou l'insuffisance des politiques d'adaptation et un impact spécifique du changement climatique qui entrave la jouissance d'un droit de l'Homme (droit à la vie, droit à la vie familiale, droit à la santé, droit de propriété, etc.). Cet exercice n'est pas toujours aisé. Ils s'exposent tous également à la difficulté de l'apport de la preuve de nature scientifique des impacts du changement climatique pour fonder leur demande de reconnaissance de violations des droits de l'Homme. Or, les atteintes aux droits de l'Homme sont généralement établies après qu'un préjudice réel et certain se soit produit, ce qui n'est pas toujours le cas dans les affaires climatiques dans lesquelles des préjudices futurs sont les plus fréquents. Certains requérants sollicitent enfin une application extraterritoriale de la protection de leurs droits fondamentaux lorsque leurs actions se déroulent en dehors du ou des États dans lesquels les effets se font le plus fortement sentir. En ce sens le commentaire combiné des trois Communications déposées devant les Comités onusiens en charge de la surveillance des traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme met en exergue à la fois la similitude des arguments mobilisés mais surtout les difficultés analogues que rencontrent ce nouveau type de « contentieux » : à savoir l'efficacité de l'approche fondée sur les droits de l'Homme des changements climatiques[89].

Enfin, des moyens en défense identiques (état de nécessité) ont été plaidés dans des affaires suisse et française à propos d'actions menées par des activistes du climat. Il devient alors intéressant de s'interroger sur la possibilité de voir ou non l'état de nécessité prospérer dans ce contexte d'urgence climatique déclarée dans plusieurs États[90].

8. Exposer les fertilisations croisées et les influences

Par sa forte médiatisation en raison d'un premier succès pour les plaignants en matière climatique en 2015, le recours engagé par la Fondation *Urgenda* a incontestablement inspiré d'autres

88 V. dans le commentaire de P. Mougeolle (Aéroports de Londres et de Vienne).
89 V. Affaires Greta Thunberg, Teitiota et Torrès et le commentaire dans cet ouvrage de C. Cournil.
90 Affaires « des décrocheurs », v. le commentaire dans cet ouvrage d'A. Le Dylio et P. Mougeolle et Affaire *Crédit Suisse* v. le commentaire de R. Mahaim.

ONG et leurs avocats à mener des procès similaires devant leur prétoire national respectif. On le constate clairement en Europe avec la multiplication durant la fin des années 2010 avec des recours contre l'État en France[91], en Belgique[92], en Suisse[93], en Allemagne[94] ou encore en devant l'Union européenne[95]. Au-delà d'une communication médiatique souvent proche, les affaires s'influencent les unes des autres notamment sur le plan des moyens procéduraux et matériels invoqués par les plaignants. Par exemple, l'action de tutelle colombienne menée avec succès par un groupe de jeunes en matière climatique a influencé[96], peu de temps après le rendu de la décision, d'autres jeunes cette fois au Pérou cherchant une protection assez proche dans leur pays à l'aide d'un recours d'*Amparo* pour protéger leurs droits par le biais de la lutte contre la déforestation de l'Amazonie péruvienne.

L'exportation des argumentaires d'une affaire vers une autre est observable. Des rapprochements entre les conseils et avocats se développent permettant de mutualiser les pratiques et affiner les stratégies judiciaires, et ce, au-delà des contextes juridiques nationaux parfois très différents. La docteure en droit et avocate Roda Verheyen[97], à la fois conseil du fermier péruvien s'opposant à RWE et des plaignants du *People's Climate Case,* ou encore l'avocat Dennis Van Berkel de la fondation *Urgenda* ont apporté leurs concours juridiques à plusieurs importantes affaires climatiques sur le continent européen.

Des standards juridiques comme la *due diligence*, les données scientifiques découlant du rapport spécial « 1.5 »[98] du GIEC ou du rapport Heede[99], la *soft law* comme la Déclaration de Stockholm ou de Rio, les Principes d'Oslo ou encore les travaux doctrinaux se retrouvent invoqués de la même manière dans certaines requêtes. On observe aussi une circulation de constructions doctrinales promouvant l'existence « d'un droit à un système climatique soutenable » dans l'affaire américaine qui découlerait du 9e amendement de la Constitution des États-Unis. Cette argumentation innovante se retrouve retravaillée et invoquée comme moyen de droit dans d'autres requêtes pour être mobilisée devant d'autres juges (comme en France où il est invoqué dans des termes semblables dans l'Affaire du siècle sous la forme d'une demande de reconnaissance d'un nouveau Principe Général du Droit). De la même manière, la notion de *Public Trust*, revisitée en matière climatique, a été soulevée aux États-Unis, au Pakistan ou encore en Ouganda. À l'aune de l'urgence climatique et du péril d'un Commun (le système climatique), un travail théorique de réinterprétation de cette notion ancienne a été réalisé par des universitaires et par les avocats de l'association *Our children's trust.* Elle a été reprise avec succès au Pakistan par exemple.

---

91 V. Affaire du siècle et le commentaire dans cet ouvrage de C. Cournil, A. Le Dylio, P. Mougeolle.
92 V. Affaire *Klimaatzaak* et le commentaire dans cet ouvrage de D. Misonne.
93 V. Affaire *Les Aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse* et le commentaire dans cet ouvrage R. Mahaim.
94 V. l'affaire *Agriculteurs Bio & Greenpeace c. Allemagne* et le commentaire dans cet ouvrage de P. Mougeolle.
95 V. l'affaire *Les «People's Climate Case» c. Union européenne* et le commentaire dans cet ouvrage d'E. Brosset et E. Truilhé ; G. Winter, « Armando Carvalho and Others v. EU : Invoking Human Rights and the Paris Agreement for Better Climate Protection Legislation », *Transnational Environmental Law,* 2020, vol. 9 n° 1, p. 137-164.
96 V. l'affaire *Jeunes c. Colombie* et le commentaire dans cet ouvrage de C. Perruso.
97 Cette juriste a publié sa thèse traitant des dommages climatiques : R Verheyen, *Climate Change Damage and International Law*, Martinus Nijhoff Leiden, 2005.
98 Rapport spécial 1.5, https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_fr.pdf (consulté le 3 mai 2020).
99 R. Heede, « Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010, Methods and results report », avril 2014.

Les « jurisprudences climatiques » commencent à être citées dans certaines requêtes devant les juges nationaux comme pour signifier au juge la tendance du droit comparé et surtout la nécessité qu'il rende un jugement dans ce contexte de justice climatique mondialisée. Certains juges retiennent ainsi dans leur argumentation nationale des références exogènes jurisprudentielles de droit comparé. Se dessinent alors des fils entre les différentes affaires qui d'une certaine façon s'autoalimentent.

L'activisme judiciaire est certainement nourri par ces fertilisations croisées ou ces influences réciproques grâce à la multiplication des interventions volontaires (tierce intervention) ou *amicus curiae* constatées dans certaines affaires climatiques. En effet, des *amicus curiae* sont stratégiquement produits par des universitaires, *think tank* et autres ONG qui souhaitent influer et promouvoir des raisonnements juridiques spécifiques jugés porteurs dans les procès climatiques. On signalera par exemple les interventions ou *amicus* qui visent à « humaniser les changements climatiques »[100] en ayant recours à une interprétation ambitieuse des droits de l'Homme. Dans l'affaire des Philippines, des *amicus curiae*[101] de nombreux juristes, experts et spécialistes de droit international des droits humains ont été déposés devant la Commission nationale des droits de l'Homme. Dans l'affaire de Grande-Synthe, ce sont deux villes (Paris et Grenoble) qui ont décidé d'intervenir[102] pour soutenir ce contentieux en insistant sur l'obligation de lutte climatique dont l'État est garant. Les quatre associations de l'Affaire du siècle sont également intervenues en soutien afin de donner une nouvelle ampleur au recours. Dans l'affaire lancée par 25 jeunes colombiens, des interventions d'*amicus curiae* de plusieurs universités, chercheurs, militants, associations ainsi que d'un Procureur[103] ont été déposées au cours de la procédure. En Norvège, en première instance et ensuite en appel, le juge a reçu trois a*micus curiae*[104] émanant d'ONG influentes et centres de recherche en droit (*Environmental Law Alliance Worldwide*, *Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic, Center for International Environmental Law*). Aux États-Unis également, dans le cadre du recours engagé par la ville de New York, ce sont cette fois des procureurs généraux (*attorneys general)* de quinze États qui ont déposé auprès de la Cour fédérale un rapport *amicus curiae* en soutien des compagnies pétrolières, en affirmant être également titulaires d'un intérêt spécial dans cette affaire[105]. Dans l'affaire *Rhode Island c. Chevron Corp.*, des *amicus curiae* de sénateurs fédéraux en soutien à l'État illustrent « l'ambition idéologique et extra-juridique de ce procès climatique notamment sur l'interprétation du principe de séparation des pouvoirs »[106].

100 C. Cournil et C. Perruso, « Réflexions sur « l'humanisation » » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], 14 | 2018 : http://journals.openedition.org/revdh/3930 (consulté le 7 mai 2020).

101 Joint Summary of the Amicus Curiae Briefs, in National inquiry of the impact of climate change on the human rights of the Filipino people, 19 mars 2018. http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/03/Joint-Summary-Amicus-submitted.pdf (7 mai 2020).

102 V. l'article R. 632-1 du Code de justice administrative (intervention volontaire).

103 Des interventions d'*amicus curiae* ont été présentées par le Foro Nacional Ambiental, l'environnementaliste Julio Carrizosa, six associations autochtones de l'Amazonie colombienne, le Procureur délégué pour les questions environnementales, les Universités Nationale, de Los Andes, Rosario, la Javeriana, Externado et le professeur de l'Université de Columbia James Hansen.

104 Disponibles en ligne : http://www.klimasøksmål.no/en/2019/10/31/legal-documents-in-english/ (consulté le 18 avril 2020).

105 V. l'affaire *Ville de New York c. BP, Chevron, Conocophillips, Exxonmobil, et Royal Dutch Shell* (2018) et le commentaire dans cet ouvrage de F. P. Fantozzi.

106 V. Commentaire dans cet ouvrage de F. P. Fantozzi, Affaire *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Brief of Amici Curiae Senators Sheldon Whitehouse, Jack Reed, And Edward Markey in Support of Appellees and Affirmance, p. 11.

S'agissant enfin des influences inter systémiques, force est de constater que par l'application directe ou non de l'Accord de Paris ou par sa « simple invocation interprétative » ou encore par l'invocation du cadre régional (directive ou règlement européens), ces affaires climatiques illustrent de manière topique la réception par les juges nationaux du droit supranational. Dès lors, dans une dynamique complexe d'interactions normatives, ces affaires participent au phénomène désormais bien connu de l'internationalisation du droit[107]. Ainsi, par exemple, peu soulignée par la doctrine dans les commentaires de la première décision rendue par le juge néerlandais en 2015 dans l'affaire *Urgenda*, il a été montré[108] depuis qu'une allégation singulière du principe de droit international de l'environnement des responsabilités communes mais différenciées avait été retenue pour la première fois par le juge national, et ce non pour appliquer directement le droit international mais bien pour interpréter la portée des obligations climatiques d'un État en vertu du droit interne.

9. Identifier les obstacles

Ainsi dévoilées « côté à côte », ces affaires climatiques mettent en perspective autant les obstacles particulièrement importants que rencontrent les requérants que les « fenêtres » parfois semblables qu'ouvrent certains juges dans des systèmes juridiques pourtant très différents.

Les juges – pour la plupart nationaux – sont confrontés à de semblables points de tension[109] ayant trait à la compétence juridictionnelle, à la question de la séparation des pouvoirs, à la reconnaissance ou à la portée d'une obligation de lutte contre le changement climatique, aux contours d'une demande indemnitaire, à la mobilisation d'un standard juridique ou scientifique ou encore à la difficile recevabilité de la *Public nuisance* dans le contentieux climatique américain par exemple. Et leurs réponses souvent divergentes renseignent sur l'extrême complexité des paramètres juridiques et scientifiques à prendre en compte dans ce contentieux très hétérogène qui ne fait qu'émerger et n'a pas révélé toutes ses subtilités.

La question essentielle de l'intérêt à agir et de la recevabilité de la demande a généré un contentieux important aux États-Unis notamment dans les affaires *Comer*[110]. La difficulté de caractériser l'intérêt à agir en raison de la nature collective et incertaine des préjudices causés par les changements climatiques a également été discutée dans l'Affaire *Massachusetts c. EPA*. Cette question s'est posée dans les mêmes termes en Europe. Par exemple la démonstration de l'intérêt à agir d'une fondation ou des individus a été soulevée dans l'affaire *Urgenda*. Le juge néerlandais reconnait l'intérêt à agir de l'association sur la base de ses statuts. Si le juge de première instance n'a pas reconnu l'intérêt à agir des 886 individus, la Cour d'appel réintégra l'action collective[111] dans la procédure.

107 M. Delmas-Marty, « Justice climatique et mondialisation », Préface, in C. Cournil et L. Varison, *Les procès climatiques : entre le national et l'international, op. cit.*, p. 12.
108 P. G. Ferreira, « Common but differentiated responsibilities' in the National Courts : Lessons from Urgenda v. The Netherlands », *Transnational Environmental Law*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 329-351.
109 P. Mougeolle, « Vulnérabilités liées au réchauffement climatique : analyse de l'opportunité des recours climatiques devant les tribunaux nationaux », in Acte du colloque *La vulnérabilité en droit international, européen et comparé*, à paraître.
110 http://climatecasechart.com/case/comer-v-murphy-oil-usa-inc-2/ (consulté le 5 mai 2020).
111 V. commentaire de l'Affaire *Urgenda* dans cet ouvrage de D. Missonne.

De nombreux commentaires reviennent à plusieurs reprises sur le principal obstacle du principe de la séparation des pouvoirs et la théorie constitutionnelle du *displacement* découlant de ce dernier[112]. Opposé depuis les premiers contentieux américains, ce principe – revêtant une forme particulière dans le cadre de la doctrine de la question politique (*political question doctrine*) – se retrouve au cœur de l'énième jugement rendu dans l'affaire *Juliana* dans lequel est précisé qu'il ne revient pas au pouvoir judiciaire de remédier aux problèmes liés au changement climatique en se substituant aux deux autres branches du gouvernement. Ce principe n'a pas empêché l'intervention de la Cour suprême néerlandaise dans le contentieux *Urgenda* en 2019.

La délicate répartition des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés est récurrente devant les juges. Elle a été soulevée en Europe avec le cas belge *Klimaatzaak*[113] et la mise en œuvre laborieuse d'un cadre fédéral de lutte climatique ou avec la place marginale de la *Common Law Fédéral* dans l'affaire *Connecticut c. American Electric Power*, ou aux États-Unis avec la position particulière des États fédérés en tant que victime demanderesse dans un système de gouvernement fédéral dans l'Affaire *Massachusetts c. EPA*. La subtile appréciation de l'empreinte climatique d'ouvrages d'envergure ou encore de projets dits « climaticides » se pose désormais avec acuité devant les juges nationaux qui se confrontent aux mêmes difficultés d'évaluation. C'est le cas en France avec l'affaire *Gonesse*[114] relative à une importante opération d'urbanisation des 300 hectares de terres agricoles au nord de Paris et à la perméabilité du contrôle de légalité des actes administratifs aux questions climatiques ou encore avec l'obligation préalable d'une évaluation de soutenabilité climatique lors des projets d'envergure en Afrique du Sud, en Norvège, en Autriche ou au Royaume-Uni.

La délicate question de l'effectivité et de l'efficacité du droit est au cœur du travail des juges lors du contrôle des plans d'action nationaux ou régionaux, comme la stratégie nationale bas carbone ou le plan d'adaptation français dans l'affaire *Grande-Synthe*[115] ou le Plan national et régional d'adaptation au Pakistan.

L'établissement du lien de causalité entre le comportement du défendeur et le dommage du requérant reste la question la plus difficile à trancher, qui sera sans doute susceptible d'évoluer ces prochaines années. Les États en défense l'ont bien compris notamment l'État néerlandais pour contester l'intérêt à agir d'*Urgenda*. Le caractère global à la fois des causes et des effets du problème pose de réels obstacles au juge notamment américain dans la première affaire *Comer c. Murphy Oil*[116] pour établir le lien de causalité. La Cour d'appel y a néanmoins considéré que la contribution du défendeur au dommage était suffisante pour établir le lien de causalité requis, du moins, pour fonder l'intérêt à agir du requérant[117].

112 V. affaire *Massachussets c. EPA et Kivalina.*
113 V. commentaire dans cet ouvrage de D. Misonne.
114 V. commentaire dans cet ouvrage de M. Fleury.
115 V. commentaire dans cet ouvrage C. Huglo.
116 *Comer et al.*., Case No 1 : 05-CV-436 LTD-RHW, 2006 WL 1066645 (S.D. Miss. 2006).
117 *Comer et al vs. Murphy Oil USA inc. et al.*, 2009 WL 3321493 (C.A.5 (Miss.). Aucune suite n'a été donnée cependant à ce jugement, faute d'un quorum en appel devant un panel élargi de la Cour d'appel et du rejet de l'affaire par la Cour Suprême par la suite.

Un des principaux obstacles du contentieux tient enfin à la délicate appréhension de la pluralité des émetteurs de GES là encore souvent alléguée en défense tant par les autorités publiques ou les entreprises privées visées dans ces procès climatiques. La question de l'individualisation des émetteurs au regard de leur responsabilité respective, mais aussi responsabilité conjointe, solidaire ou collective reste posée. Peut-être que le contentieux évoluera un jour sur ce point. En ce sens, une partie de la doctrine américaine se demande en quoi le changement climatique peut transformer le *Tort law*[118] ou encore en France le droit des obligations et de la responsabilité administrative[119].

10. Révéler les mutations d'un contentieux en mouvement

Classées par finalité et par ordre chronologique (dépôt des requêtes ou des jugements rendus), les affaires climatiques ainsi commentées permettent de mesurer les mutations progressives et de mieux appréhender les différentes générations[120] du contentieux climatique. L'affaire *Urgenda* marque incontestablement un tournant en 2015. Depuis, aux quatre coins du monde la société civile s'est saisie de l'arme du droit pour contraindre les États ou les principaux émetteurs de GES publics ou privés (*carbons majors*). Dessinant les premiers traits d'une progressive métamorphose de la responsabilité des États et des entreprises, cette présentation des affaires emblématiques permet de mieux cerner les arguments juridiques en constante évolution soulevés devant des organes très différents. La lecture des chapitres qui composent cet ouvrage le révèle clairement et la vraie question posée actuellement devant les tribunaux est de savoir qui en sont les responsables et comment (et si) ils doivent répondre de leurs actes.

Si, lors des premiers procès, les juges devaient chercher à établir l'origine humaine du changement climatique[121], la question de la « vérité scientifique » est dépassée et acquise devant les juges. Ils ont désormais pris conscience de l'urgence de la situation et de la gravité du danger que représentent les changements climatiques. Les juges font face à des nouveaux questionnements de taille et doivent en définitive trancher sur qui doit réparer, indemniser, prévenir, protéger. Ils doivent alors réinterpréter – en contexte d'urgence climatique – les droits de l'Homme, l'obligation de *due diligence*, le *duty of care*, le *Public Trust* ou la nécessité de protéger des Communs[122] qui rendent des services écologiques inestimables. Plus largement, les juges doivent répondre à des allégations qui interrogent frontalement la pertinence de nos modèles économiques. On pense ici par exemple à certains recours engagés contre l'ouverture de nouvelles exploitations d'énergies fossiles ou des projets d'ouvrages majeurs à forte empreinte carbone.

118 D. A. Kysar, « What Climate Change Can Do About Tort Law », *Environmental Law*, vol. 41.1, 2011, p. 2.

119 A. Stevignon, *Le temps qu'il fait et le droit des obligations,* Thèse de doctorat en droit privé, soutenue le 13 décembre 2019, Université Panthéon-Assas, École doctorale de droit privé, décembre 2019, 569 p.

120 J. Peel et H. A. Osofsky, « A rights turn in climate change litigation ? », *Transnational environmental law*, 2018, vol. 7, no 1, p. 37-67 ; J. Peel, H. M. Osofsky, A. Foerster, « Next Generation' of Climate Change Litigation ? : An Australian Perspective » (October 10, 2018), Oñati Socio-Legal Series, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ? abstract_id=3264173 (consulté le 27 janvier 2020).

121 V. l'affaire *Massachusetts c. EPA.*

122 J. Rochfeld, *Justice pour le Climat! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, Paris, 2019, p. 63 et s. ; J. Rochfeld, « Procès climatiques : une voie pour le commun ? », *Revues des Juristes de Sciences Po*, n° 18, janvier 2020, 18.

Par ailleurs, les nombreuses tentatives judiciaires, couronnées de succès ou non, attestent souvent d'innovations juridiques[123], parfois approuvées par les juges. Plus réceptifs que d'autres, certains juges ont eu l'occasion de rendre des décisions très remarquées sur le plan des apports juridiques dont on jugera dans le futur de la pertinence et de l'effectivité sur le plan de la protection du système climatique et des individus. Par exemple, en s'inscrivant clairement dans un nouveau constitutionnalisme écocentré, le juge colombien a reconnu la personnalité juridique de l'Amazonie[124]. Du côté des plaignants, des techniques procédurales ou matérielles inédites, originales ou « revisitées » ont été initiées comme l'action de tutelle en Colombie, la *class action* défendue au nom d'un groupe de jeunes au Canada ou encore la demande de reconnaissance du préjudice écologique devant le juge administratif en France. En somme, les demandes portées devant le juge se diversifient en complexifiant son travail et en l'acculant encore davantage à rendre des raisonnements en contexte d'urgence climatique. On peut citer ici l'espèce allemande dans laquelle un ressortissant péruvien a attaqué l'énergéticien RWE sur le fondement de l'article 1004 du Code civil allemand (BGB) protégeant le droit de propriété. Le demandeur a reproché à RWE d'être responsable d'une partie du préjudice qu'il subit du fait du réchauffement climatique. Il demande une réparation partielle des travaux nécessaires (dans son village au Pérou) pour éviter les risques d'inondation à proportion de sa responsabilité dans le changement climatique.

En proposant une approche large des contentieux climatiques, l'ouvrage permet enfin d'apprécier également l'évolution des modes alternatifs de règlement des différends qui reçoivent eux aussi des actions climatiques, avec par exemple le cas présenté dans l'ouvrage devant le Point de Contact National de l'OCDE aux Pays-Bas.

11. Exposer les « suites » politiques des procès

Quand cela a été possible, il a été fait le choix de présenter le contexte politique du pays ou du groupe de pays dans lequel est menée l'action climatique. Les effets politico-juridiques ont été exposés dans certains commentaires. Par exemple, l'affaire *Urgenda* s'est terminée sur le plan juridique avec la décision de la Cour suprême en 2019. Tant la première décision de 2015, que celles rendues en 2018 et 2019, ont vraisemblablement influencé les actions menées par les pouvoirs politiques qui semblent avoir pris la mesure de la demande sociétale portée par la fondation *Urgenda* et tranchée favorablement par le juge. Le gouvernement néerlandais a ainsi adopté courant avril 2020 un nouveau Plan de 52 solutions climatiques[125] dont 30 émanent d'une collaboration de plus 800 groupes issus de la société civile et d'autres organisations parmi lesquelles *Urgenda*. Les centrales électriques au charbon devront fermer complètement, les troupeaux de bovins et de porcs seront réduits, des subventions seront accordées aux propriétaires pour utiliser moins de béton, la végétalisation des villes sera encouragée et l'industrie devra trouver des alternatives aux processus polluants, etc. *Urgenda* a

123 Pour le contentieux du sud : J. Setzer et L. Benjamin, « Climate Litigation in the Global South : Constraints and Innovations », *Transnational Environmental Law*, vol. 9, Issue 1, mars 2020, p. 77-101.
124 V. l'affaire des jeunes colombiens commentée dans l'ouvrage.
125 https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/dutch-implementation-plan/ (consulté le 6 mai 2020).

déclaré que ces mesures de conformité et les précédentes engagées depuis le dépôt de leur requête totalisaient environ 3 milliards d'euros, attestant ainsi de « l'impact du procès climatique le plus réussi au monde à ce jour ».

Les succès ne sont pas tous spectaculaires en termes d'efficacité du droit ou d'impacts politiques. Dans son ordonnance du 4 septembre 2015, la Haute cour pakistanaise a enjoint aux autorités publiques de nommer une personne référente sur le changement climatique au sein de chacune d'elles et présenter une liste de l'ensemble des actions prioritaires du Cadre de transposition à mettre en œuvre. Elle a ordonné également la création d'une Commission sur le changement climatique destinée à surveiller la mise en œuvre du Cadre de transposition. En Colombie, suite au recours gagné par les jeunes plaignants, le juge a enjoint aux autorités publiques l'élaboration d'un « Pacte intergénérationnel pour la vie de l'Amazonie colombienne » (PIVAC) qui doit contenir des stratégies d'exécution nationale, régionale et locale. Toutefois, le suivi de la décision réalisé par le Tribunal supérieur de Bogotá montre que les entités gouvernementales n'ont pas encore mis en œuvre toutes les attentes de la Cour suprême[126].

Parfois, les effets politiques se font sentir dès le dépôt de la requête comme en France. En effet, en pleine crise des gilets jaunes, face au dépôt de la demande préalable indemnitaire par les quatre associations de l'Affaire du Siècle et au succès médiatique de la pétition l'accompagnant signée par plus 2 millions de français, le gouvernement a semble-t-il pris la mesure de l'urgence climatique et des attentes sociétales afférentes. Force est de constater un « verdissement » de la Déclaration de politique générale du Premier ministre en juin 2019 avec la mise en place du Haut conseil pour le climat et le lancement des travaux de la Convention citoyenne pour le climat[127] en octobre 2019. Ces mesures illustrent bien le fait que les questions climatiques et environnementales s'imposent désormais à l'agenda de l'Acte 2 du quinquennat. Sur le plan juridique, l'adoption de la loi relative à l'énergie et au climat[128] témoigne d'une accélération des cadres légaux et réglementaires promis par le gouvernement français, puisqu'elle inscrit notamment dans le Code de l'énergie l'urgence climatique et la révision quinquennale de la programmation pluriannuelle de l'énergie. L'Acte 3 du quinquennat post Covid et post Convention citoyenne pour le climat, confirmera ou non ces intentions politiques dans la durée. Par ailleurs, au-delà des pouvoirs publics, plusieurs autorités administratives indépendantes, après s'être autosaisies[129], affirment pleinement leur rôle respectif pour faire face à l'urgence climatique en France.

126 V. commentaire de C. Perruso.

127 La Convention Citoyenne pour le Climat est présentée comme une « expérience démocratique inédite en France, a pour vocation de donner la parole aux citoyens et citoyennes pour accélérer la lutte contre le changement climatique. Elle a pour mandat de définir une série de mesures permettant d'atteindre une baisse d'au moins 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 (par rapport à 1990) dans un esprit de justice sociale » : https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/ (consulté le 9 janvier 2020).

128 Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

129 Avis, Autorité de la concurrence, AMF, Arcep, ART, CNIL, CRE, CSA, HADOP, *Accord de Paris et Urgence climatique : enjeux de régulation*, mai 2020, 18 p. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-05/publication_aai-api_accord_de_paris_052020_2.pdf (consulté le 12 mai 2020).

En définitive, ces chapitres nous permettent de mesurer le chemin parcouru depuis les premiers contentieux des années 2000 jusqu'à aujourd'hui. On prend clairement conscience de l'édification progressive d'une justice climatique aux multiples facettes.

12. Replacer le procès dans la gouvernance climatique

Si ces recours climatiques illustrent des intentions héroïques[130] en raison de leur nature narrative parfois manichéenne ou du *Populist Legalism*[131] qui s'en dégage pour certains, il n'en demeure pas moins qu'ils génèrent des impacts plus complexes qui n'y paraissent. Les allégations portées dans les procès comme les jugements rendus induisent des conséquences socio-politico-juridiques[132] au sein d'une gouvernance climatique de plus en plus multidimensionnelle[133]. À l'instar de l'auteur Osofsky[134], force est de constater que les poursuites réussies et celles qui ont peu d'espoir d'obtenir des résultats positifs ou contraignants participent ensemble à influencer directement ou indirectement les processus décisionnels politiques en contribuant à changer le paysage normatif[135]. Ce paysage qui s'établit à de multiples niveaux de gouvernance (gouvernance multi scalaire) est aujourd'hui façonné par des pressions politiques, juridiques et éthiques émanant d'un large éventail d'acteurs en vue d'agir contre le changement climatique. Les plaignants des procès climatiques instaurent un rapport de force en incitant les autorités publiques à formuler des lois et des réglementations plus ambitieuses en matière de réduction d'émissions de GES. Dans de rares cas comme dans l'affaire *Urgenda*, le juge redistribue les cartes de la gouvernance en ordonnant au gouvernement d'adopter une politique climatique conforme à une trajectoire de réduction plus ambitieuse.

Certaines actions climatiques fortement médiatisées permettent également à la société civile de renforcer la démocratisation de la gouvernance environnementale mondiale[136]. Elles replacent la société civile, les individus ou certaines collectivités locales au cœur de la gouvernance climatique en leur permettant de « concourir » – certes très indirectement – au renforcement ou à la réorientation des politiques publiques et des cadres juridiques. Au sein de cette gouvernance climatique, les actions climatiques réalisées ou évitées provoquent une réaction à différentes échelles dans des secteurs très variés. Comme un puzzle en cours d'élaboration, les cadres normatifs nationaux et internationaux, en s'élaborant, se chevauchent et tentent de s'ordonner, poussés par des rapports de forces politiques, économiques et éthiques qui se multiplient dans un contexte de crise climatique et désormais sanitaire. Les procès climatiques s'ajoutent à ce puzzle. Cet ensemble composite évolue

130 K. Bouwer, « Lessons from a Distorted Metaphor : the Holy Grail of Climate Litigation », *Transnational Environmental Law*, 2020, vol. 9 n° 1, p. 1-32.
131 V. en ce sens l'étude de C. Hilson, « Law, courts and populism : climate change litigation and the narrative turn », in S. M. Sterett et L. D. Walker (dir.) *Research Handbook on Law and Courts*, Edward Elgar, 2019, (consulté en ligne le 15 mai 2020 : http://centaur.reading.ac.uk/82279/).
132 Pour des conséquences juridiques : J. Huang et M. A. Tigre, « Trends in climate justice litigation : The Dutch Case and global repercussions », *Climate justice : Case studies in global and regional governance challenges*, 2016, p. 571-596.
133 J. Peel et H. M. Osofsky, *Climate change litigation*, Cambridge University Press, 2015, p. 13 et s.
134 H. Osofsky, « The Continuing Importance of Climate Change Litigation », *Climate Law*, 2010, 1, p. 3-29.
135 Pour une illustration sur les négociations climatiques et les pertes et préjudices issus du régime climat : P. Toussaint, « Loss and damage and climate litigation : The case for greater interlinkage », *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, mai 2020, en ligne : https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12335 (consulté le 15 mai 2020).
136 D. B. Hunter, *The Implications of Climate Change Litigation for International Environmental Law-Making*, American University, WCL Research Paper n° 2008-14. En ligne http://ssrn.com/abstract=1005345 (consulté le 12 mai 2020).

en offrant ainsi un paysage mouvant, une gouvernance polycentrée dans laquelle une place est désormais faite à la justice par ces plaignants qui mènent des procès climatiques un peu partout dans le monde. Se dessinent alors les contours d'un droit global[137] climatique en voie émergence.

Ces affaires climatiques racontent des « histoires » sur les causes et les effets du changement climatique et identifient les « gagnants » et les « perdants potentiels » du changement climatique. Elles font alors ressortir divers enjeux politiques, juridiques et éthiques[138]. La focalisation de ces contentieux sur certains types de plaignants comme des jeunes, des grands-mères, des peuples autochtones, un déplacé climatique, un fermier, un agriculteur, etc. propose un panorama de « victimes climatiques » en quête de justice. Les impacts du changement climatique ainsi humanisés et exemplifiés par ces actions précisent la question des responsabilités en faisant alors jaillir les besoins d'une nouvelle gouvernance ou d'une gouvernance à (ré) inventer. Les décideurs publics nationaux ou régionaux comme les acteurs privés (entreprises privées, banques, investisseurs, etc.) sont clairement visés par les actions climatiques. Dernièrement, certaines stratégies contentieuses consistent à attirer l'attention du public en misant sur les « effets réputationnels » des conduites des acteurs privés. Et ces actions commencent à engendrer des réactions auprès de grands acteurs économiques privés. En atteste la récente réaction de la multinationale française Total qui – peu après l'assignation devant le tribunal judiciaire, en pleine crise pétrolière en raison notamment de la pandémie COVID-19 et sous la pression d'un groupement d'actionnaires[139] – a annoncé par la voix son PDG, Patrick Pouyanné, qu'elle s'engageait à des objectifs de neutralité carbone pour 2050. Ce changement de cap s'explique aussi par la pression exercée par les concurrents (BP, Shell et ENI) – eux aussi visés par des actions climatiques – qui ont tous annoncé de tels objectifs de « neutralité carbone ». Reste à voir comment la réception de cette neutralité carbone largement encouragée par le GIEC se traduira concrètement dans la stratégie de la multinationale française. Cette annonce ne satisfait pourtant pas les parties demanderesses dans l'affaire dans Total, en raison de l'absence d'engagement de baisse de la production de pétrole et de gaz [140]. Toujours est-il que cette annonce était impensable il y a encore peu. Les lignes commencent donc à évoluer du côté du secteur privé.

137 On revoit ici aux propos de J.-M. Sauvé, Discours prononcé à l'occasion du lancement de Conventions, au Centre de conférences ministériel du ministère des Affaires étrangères et européennes, le 2 février 2010, https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/les-acteurs-francais-dans-la-mondialisation-du-droit (consulté le 7 mai 2020). Il rappelle que la principale caractéristique du droit global « est sa déterritorialisation : ce droit tend à désarticuler (« dés-homogénéise ») l'espace et à brouiller la distinction entre les ordres juridiques nationaux, aussi bien qu'entre ceux-ci et le droit international classique. Il redessine les rapports politiques – quelques militants peuvent tenir en respect des États – et cherche à puiser sa légitimité dans son efficacité : le droit global n'est pas par lui-même légitime, mais il se veut efficace, à l'inverse des institutions internationales qui sont légitimes, mais pas toujours efficaces ».

138 M. Averill, « Climate Litigation : Ethical Implications and Societal Impacts », *Denver University Law Review* 2008, vol. 85 n° 4. p. 899 et s.

139 Cette annonce fait suite à la demande d'inscription à l'ordre du jour de la prochaine AG de Total d'un projet de résolution émanant d'actionnaires détenant près de 1,37 % du capital de la société. Ce projet vise à modifier un article des statuts du groupe afin que soit inscrit dans la stratégie de la société le respect des objectifs de l'Accord de Paris sur le Climat. Ce projet n'a pas été accepté par le conseil d'administration étant donné qu'une telle résolution rendrait, selon la direction, Total responsable des émissions indirectes de GES liées à l'utilisation des produits énergétiques. https://www.usinenouvelle.com/article/pourquoi-total-n-inscrira-pas-le-climat-dans-ses-statuts.N961521 (consulté le 7 mai 2020). Ce projet de résolution n'a été rejeté que par 82% des actionnaires de Total, v. : https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/climat-la-pression-des-actionnaires-se-renforce-pour-total-1207200#:~:text=Climat%20%3A%20la%20pression%20des%20actionnaires%20se%20renforce%20pour%20Total,%C3%A9voquent%20un%20%C2%AB%20tournant%20historique%20%C2%BB.

140 V. le communiqué de presse des associations et des collectivités demanderesses : https://notreaffaireatous.org/cp-nouvelles-ambitions-de-total-en-matiere-de-changement-climatique-une-neutralite-carbone-a-geometrie-variable/)

13. Interroger notre modèle de société : construire le « monde d'après »

Les affaires climatiques nous disent beaucoup sur le droit et plus largement sur les attentes sociétales relatives à la justice, à l'instar de Jean-Marc Sauvé qui estime que « c'est par le droit et la justice que s'installe un nouvel imaginaire, avec lequel nous avons du mal à nous familiariser, car la scène judiciaire, comme l'actualité ne cesse de le montrer, est, contrairement à la réputation d'hermétisme du droit et de la justice, particulièrement accessible et intelligible : les débats y sont publics, transparents, contradictoires. Ils tendent à révéler ce qui est caché, à élucider ce qui est obscur, à simplifier ce qui est complexe, ce qui est de nature à satisfaire le besoin viscéral de transparence et de compréhension de la société contemporaine »[141]. Or, les récentes actions en justice illustrent avec éclats les contradictions de notre modèle de société englué dans les logiques marchandes et peinant à réaliser son verdissement. L'exemple des contentieux portant sur l'extension des aéroports dans lequel deux choix de société radicalement opposés s'affrontent est topique : d'un côté, continuer à mettre en œuvre la liberté de circulation des personnes et des marchandises et ainsi poursuivre le développement des infrastructures qui permettent l'extension du secteur aérien, et de l'autre limiter l'extension d'un modèle de transport particulièrement carboné pour renforcer la lutte climatique. Le débat se pose de la même manière pour d'autres secteurs fortement dépendants des énergies fossiles. C'est donc « par le bas » que des individus et des ONG demandent au juge de pousser directement ou indirectement les acteurs publics et privés à faire un changement radical de cap. Ces actions sont critiquées par certains, car elles laisseraient au juge national un rôle (trop) considérable. Ce rôle questionne la légitimité du pouvoir judiciaire dans l'orientation des changements de paradigme, laquelle devrait relever du politique soumis au contrôle du peuple. Cela n'a pas échappé au géant du pétrole et du gaz Royal Dutch Shell qui, en réponse au recours de l'ONG *Milieudefensie* qui a engagé une action en justice aux Pays-Bas, a déclaré : « Nous estimons que le changement climatique est un défi sociétal complexe qui ne devrait pas être relevé par les tribunaux ». Comme le souligne Laura Burgers[142], les actions climatiques activent clairement une tension inévitable entre le droit (le pouvoir judiciaire) et le politique.

Pour conclure, les mots de Mireille Delmas-Marty sont particulièrement justes : « par-delà le bricolage juridique et la recomposition politique, les procès climatiques annoncent peut-être une révolution anthropologique que l'on peut dire « copernicienne ». Copernic et Galilée nous ont appris que la Terre n'est pas le centre du monde. Mais la justice climatique nous fait découvrir à présent que l'humanité n'est pas le centre, mais une composante de l'écosystème Terre »[143]. Écosystème qu'il est urgent de préserver afin de construire un « monde d'après » soutenable aujourd'hui et viable pour les générations futures.

141 J.-M. Sauvé, *op. cit.*
142 L. Burgers, « Should Judges Make Climate Change Law ? », *Transnational Environmental Law*, 2020, vol. 9 n° 1, p. 55-75.
143 M. Delmas Marty, *op. cit.*

Partie 1

Les actions dirigées contre les États et l'Union européenne

Le découpage choisi pour cette première Partie répond à la nécessité de regrouper les actions contentieuses par leurs finalités. Pour certaines affaires dont la portée est à la fois curative (réparer) et préventive (éviter), il a été choisi de les classer dans le Titre qui correspond le mieux à l'esprit de la demande des plaignants. Comme toute classification, celle-ci peut sembler insuffisante. Elle s'est néanmoins imposée comme la plus pertinente pour offrir au lecteur une grille d'analyse cohérente et lisible au regard des nombreuses singularités des espèces commentées dans l'ouvrage.

Dans le Titre premier, sont d'abord présentées les demandes ayant vocation à faire reconnaitre, par le juge ou un organe quasi-juridictionnel, une carence réglementaire ou législative en matière de lutte climatique attribuable à un État, à plusieurs États ou encore à l'Union européenne. Le plus souvent, ces procès à visée curative contestent le manque de protection des Hommes et des écosystèmes soit en raison de l'absence de réglementation, soit de l'insuffisance des cadres légaux, voire même les deux à la fois. Les actions des plaignants portent le plus souvent sur de la réglementation relative à l'atténuation au changement climatique, même si depuis peu, le volet de l'adaptation est désormais pointé dans les recours.

Le second Titre regroupe les demandes à visée préventive dans lesquelles les plaignants souhaitent éviter que des projets, des choix et autres décisions étatiques génèrent davantage d'émissions de gaz à effet de serre dans l'atmosphère, portant ainsi atteinte dans un futur proche ou lointain à la « soutenabilité climatique ». Le plus souvent, la démarche des plaignants consiste à faire annuler ou réorienter le projet en contestant des aspects procéduraux.

Titre 1

Les actions curatives contre l'insuffisance de la protection de l'État et de l'Union européenne

En dix ans, les actions dirigées contre les États se sont diversifiées et surtout multipliées aux États-Unis. L'affaire « *Massachusetts c. EPA* » de 2007 (**1**) reste néanmoins l'une des plus importantes décisions en matière climatique jugées par la Cour Suprême. Dans sa lignée, de nombreuses autres vont suivre, mais en permettant rarement aux plaignants d'obtenir gain de cause en raison de la difficulté de démonter l'intérêt à agir, de l'application du principe de la séparation des pouvoirs ou encore du lien de causalité délicat à établir. Reste aux États-Unis, le très attendu procès « Juliana » (**16**) toujours en instance, mais qui ne semble pas, pour l'instant, laisser entrevoir une issue favorable, et ce alors même que les moyens de droit portés par les jeunes plaignants sont particulièrement riches et innovants.

Au milieu des années 2010, en dehors des États-Unis, le contentieux climatique connait une expansion avec la décision *Urgenda* rendue par le juge néerlandais offrant ainsi un jugement historique favorable aux plaignants (**3**). Confirmé en appel en 2018 et en cassation en 2019 (**13**), ce jugement consacre une obligation étatique de protéger dont l'État est débiteur face aux effets délétères du changement climatique. Entre-temps ailleurs dans le monde, le contentieux s'est étendu en Asie au Pakistan (**5**) ou en Inde (**6**) ; en Amérique en Colombie (**8**) et au Canada (**14**) ; en Europe en Belgique (**4**), en Suisse (**9**), en France (**10** et **12**) ou encore dernièrement en Allemagne (**15**) et enfin en Océanie en Australie (**7**). Cette série d'espèces illustre un véritable renouveau du contentieux climatique dont le point commun est le plus souvent l'invocation des droits fondamentaux dans les argumentaires des plaignants.

Au côté de ces recours nationaux, le système onusien (Comité des droits de l'Homme et Comité sur les droits des enfants) ainsi que des systèmes juridiques régionaux (Commission interaméricaine des droits de l'Homme (**2**) ou Tribunal de l'Union européenne (**11**)) ont vu leur organe de contrôle ou leur juge saisi par des groupes de plaignants pour répondre à des questions climatiques complexes. Dans de récents contentieux originaux, des Inuits, des plaignants mineurs comme l'activiste Greta Thunberg (**17**), un déplacé climatique (**17**), des plaignants habitant des îles du Détroit de Torrès (**17**) ou encore des familles européennes ou extra-communautaires, ont tous demandé à faire reconnaitre la violation, par des États ou l'Union européenne, de leurs droits fondamentaux en raison du changement climatique.

1
Massachusetts c. EPA (2007)

Pauline Abadie[1]

L'arrêt *Massachusetts c. US Environmental Protection Agency* (EPA)[2] rendu par la Cour Suprême des États-Unis le 2 avril 2007 est souvent présenté comme initiant le mouvement global de judiciarisation de la justice climatique. De fait, en déclarant illégal le refus de l'agence de protection de l'environnement (EPA) de réglementer les gaz à effets de serre (GES), la magistrature suprême américaine pose les jalons de l'une des stratégies contentieuses les plus porteuses de la justice climatique, celle visant à obliger les États à agir pour réduire ou atténuer les effets du changement climatique, autrement dénommée « *litigate to regulate* »[3]. Le sens et la portée de ce célèbre arrêt ne sauraient pour autant se réduire à un slogan tant les questions soulevées intéressent au-delà du cercle des juristes œuvrant pour la justice climatique.

Décidé à une faible majorité de 5 voix contre 4, l'arrêt *Massachusetts c. EPA* est remarquable tant sur le plan politique que juridique. Politiquement, il illustre le rôle majeur qu'entend jouer la Cour Suprême dans l'un des plus grands débats de société de ce siècle. Alors que ni le Congrès ni le Président n'avaient jusqu'alors adopté de règles impératives visant à limiter les émissions de GES, la Cour devance les deux autres branches du gouvernement mettant à l'épreuve le principe de séparation des pouvoirs. Mais surtout, l'arrêt illustre la prise de position de la Cour sur le débat relatif aux origines anthropiques du réchauffement climatique. En rappelant de manière inaugurale l'existence d'une littérature scientifique « abondante » et « respectée »[4] établissant un lien entre l'augmentation des températures et la concentration de GES dans l'atmosphère, la Cour entend marquer un coup d'arrêt à la politisation rampante de l'expertise scientifique des agences sous le contrôle de l'Administration de George W. Bush. L'arrêt illustre enfin un certain retour des États fédérés sur l'échiquier politique national de la lutte contre la pollution atmosphérique. Alors que ces derniers avaient vu leurs modes d'action, initialement fondés sur la *common law*, progressivement supplantés par un appareil administratif fédéral mieux armé pour agir nationalement, l'arrêt desserre le verrou de l'intérêt à agir au nom de la souveraineté des États fédérés.

---

1 Maître de conférences en droit privé, Université Paris Saclay, IDEP.

2 *Massachusetts c. Environmental Protection Agency*, 127 S. Ct. 1438; 549 U.S. 497 (2007)

3 Pour une vision critique, A. P. Morriss, « *Litigating to Regulate: Massachusetts c. Environmental Protection Agency », U. Illinois Law & Economics Research Paper*, N° LE07-028, 2007.

4 « *Based on respected scientific opinion that a well-documented…* »: *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.* p. 1440.

La lecture politique de l'arrêt ne saurait masquer les remarquables enseignements qu'il recèle sur le plan juridique. La matière environnementale offre une nouvelle fois aux diverses branches du droit l'occasion d'innover. Les questions techniques soulevées en droit constitutionnel et en droit administratif mettent en débat à la fois la notion de justiciabilité du litige dans le contexte complexe des atteintes causées par un phénomène de nature globale, mais aussi l'étendue de l'immunité juridictionnelle dont disposent traditionnellement les agences fédérales pour mener à bien leurs missions. C'est à partir de ces deux principales problématiques, aux nombreuses ramifications politiques il a été dit, que peut s'analyser l'arrêt *Massachusetts c. EPA*. Ouvrant la voie à une série de contentieux, aux États-Unis et ailleurs, dont la célèbre affaire *Urgenda Foundation c. Kingdom of the Netherlands* s'inscrit dans la droite lignée, la Cour Suprême a trouvé l'occasion de rappeler que « Jamais un plus immense pouvoir judiciaire n'a été constitué chez aucun peuple »[5]. Que ce soit sous l'angle de « l'accès au juge » (**II**) ou sous celui du « contrôle du juge » (**III**), la compréhension de l'arrêt ne peut se départir d'un exposé de sa trajectoire procédurale et d'un rappel du contexte politique très particulier ayant présidé à son rendu (**I**).

I. Contexte et procédure

Aux États-Unis comme ailleurs, les relations entre le pouvoir exécutif et l'administration sont régies par un subtil équilibre entre une nécessaire subordination afin que le pouvoir exécutif puisse mener à bien sa politique, et une non moins nécessaire autonomie de l'administration permettant à ses agents de ne pas être soumis à des pressions excessives. Le contexte de l'affaire *Massachusetts c. EPA* est marqué par de très forts soupçons d'intrusions répétées de la Maison Blanche et de ses collaborateurs dans l'expertise scientifique des agences fédérales, au premier rang desquelles figure l'EPA.

Afin de lutter contre l'augmentation de la pollution atmosphérique, le Congrès adopte, en 1970, la loi sur la protection de l'air (*Clean Air Act*). Amendée en 1974, 1977 et 1990, la loi donne compétence à l'Administrateur de l'EPA pour identifier les polluants aériens, déterminer des seuils acceptables de concentration, contrôler les plans étatiques d'application, et réglementer directement les sources mobiles d'émissions. Concernant ces dernières, la section 202(a) de la loi amendée en 1977 prévoit que l'Administrateur de l'EPA établit des normes d'émissions « pour tout polluant aérien […] dont il estime qu'on peut raisonnablement penser qu'il porte atteinte ou risque de porter atteinte à la santé ou au bien-être »[6]. Malgré ce large mandat et les preuves croissantes d'un lien entre les émissions de CO_2 et l'augmentation des températures à l'échelle du globe, il fallut attendre 1998 pour que l'EPA envisage pour la première fois de recourir à son pouvoir de réglementer les GES. En 1998, à la demande de son ancienne Administratrice, Carol M. Browner nommée par Bill J. Clinton, le directeur juridique (*general counsel*) d'EPA établit un mémorandum à l'issue duquel il recommanda à l'agence de réglementer les GES au motif que ces derniers relevaient des « polluants aériens » définis à la section 302(g) de la loi sur

5 A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Paris, Pagnerre, 13e éd., 1850, p. 179.

6 Codifiée 42 U.S.C. § 7521(a) : « *any air pollutant […] which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare* ».

la protection de l'air[7]. Fortes de ces conclusions, en 1999, dix-neuf associations environnementales de protection de l'environnement présentèrent une requête à l'agence en vue qu'elle établît formellement des normes limites d'émissions des GES par voie réglementaire (*petition for rulemaking*)[8]. Après une phase destinée à recueillir l'avis du public (*notice and comment*), en 2003, l'EPA rendît, cependant, une décision de rejet[9]. En se fondant sur les recommandations de son nouveau directeur juridique, Christine T. Whitman, la nouvelle Administratrice de l'EPA nommée par George W. Bush, estima que l'agence n'avait reçu aucun mandat du Congrès pour répondre au problème du réchauffement climatique, les GES n'étant pas des « polluants aériens », et que quand bien même la loi l'y aurait autorisé, il serait à ce jour déraisonnable de le faire, l'agence disposant à ce titre d'un pouvoir discrétionnaire.

En ce début de millénaire, personne n'ignore, au sein des grands médias et des institutions gouvernementales à Washington D.C, les pressions qu'exercent les lobbyistes de l'industrie pétrolière, conseillers du Président, sur les agences administratives. L'Administration de George W. Bush est suspectée d'avoir modifié les conclusions de rapports scientifiques, d'avoir contraint ses propres experts au silence et d'avoir supprimé toute information scientifique politiquement gênante en lien avec le réchauffement climatique[10]. Cette mainmise a été si systématique qu'il est, pour certains, impensable qu'elle n'ait pas été autorisée par la Maison Blanche… Que les faits soient ou non avérés, au jour où ils statuent, les neuf juges de la Cour Suprême ne peuvent ignorer ces accusations. Ils n'ignorent pas non plus les avancées de la science du climat en ce début d'année 2007 où le Groupe intergouvernemental d'experts sur le changement climatique (GIEC) publie son quatrième rapport confirmant l'existence d'un consensus scientifique mondial sur la réalité du réchauffement climatique. Tout comme les propres études conduites par l'EPA évaluant à 33 % les émissions de CO_2 issues du secteur automobile aux États-Unis, et correspondant à 6 % des émissions planétaires.

Alors que pendant la première mandature du président républicain, l'EPA s'est systématiquement abstenue de faire état des menaces causées par le réchauffement climatique sur la santé et le bien-être, en 2005, les dix-neuf associations environnementales ayant vu leur requête rejetée décidèrent de contester le refus de l'EPA devant la Cour d'appel fédérale du District de Columbia conformément à la section 307 de la loi sur la protection de l'air[11]. Douze États fédérés, dont l'État du Massachusetts, et quatre collectivités se joignirent à leur recours. En juillet 2005, deux des trois juges d'appel donnèrent raison à l'agence estimant que « l'Administrateur de l'EPA a raisonnablement fait usage de sa discrétion, conformément à la section 202(a) de la loi sur la protection de l'air, en rejetant la demande de réglementation des GES »[12]. Les requérants formèrent un pourvoi devant la Cour Suprême qu'elle admit au moyen d'un writ of certiorari[13] délivré le 26 juin 2006.

---

7 Codifiée 42 U.S.C. § 7602(g)

8 Ce recours de type gracieux est prévu aussi bien par la grande loi sur la procédure administrative de 1946 (*Administrative Procedure Act*) que par des lois environnementales plus spécifiques telles que la loi sur la protection de l'air.

9 Notice of Denial of Petition for Rulemaking, 68 Fed. Reg. 52,922 (Sept. 8, 2003), p. 99-110.

10 Pour une analyse détaillée des nombreuses interférences de l'Administration de G. W. Bush dans les missions de ses agences, v. J. Freeman et A. Vermeule, « Massachusetts c. EPA : From Politics to Expertise », *Sup. Ct. Rev.* vol. 51, 2007, p. 54-64.

11 Codifiée 42 U.S.C. § 7607(b)(1).

12 « *The EPA Administrator properly exercised his discretion under § 202(a)(1) in denying the petition for rule making* », *Massachusetts c. EPA*, 415 F.3d 50 (D.C. Cir. 2005), p. 58.

13 Le *writ of certiorari* peut se traduire par « ordonnance d'envoi de l'affaire pour examen ». Il s'agit du document qui oblige la cour inférieure (fédérale ou d'État) à envoyer à la Cour suprême fédérale l'intégralité du dossier pour qu'elle puisse rejuger l'affaire aux fins de rendre le droit

La Haute Juridiction devait répondre à deux questions, la seconde ouvrant une voie alternative. Premièrement, et au seuil de l'instance, l'un des requérants au moins dispose-t-il d'un intérêt à agir pour contester la légalité de la décision de l'agence de ne pas réglementer les GES ? Deuxièmement, une fois établie la recevabilité de la demande, sur le fond, la section 201(a) de la loi sur la protection de l'air autorise-t-elle l'EPA à réglementer les GES comme le soutiennent les requérants, et dans l'affirmative, de quelle latitude l'agence dispose-t-elle pour agir, mais surtout, pour ne pas agir ? Par jugement du 2 avril 2007, la Cour Suprême reconnaît, d'une part, le Massachusetts recevable à contester la légalité de la décision de l'EPA, et déclare, d'autre part, cette décision illégale. Pour ce faire, elle réécrit partiellement sa jurisprudence sur l'intérêt à agir dans le cadre de recours contre des actes et décisions administratifs et affine sa position sur l'étendue de l'immunité juridictionnelle des agences ayant refusé d'agir. Un accès au juge facilité et un contrôle juridictionnel plus étendu sont les deux enseignements essentiels de l'arrêt rapporté.

II. Un accès au juge facilité pour les États

Le premier enseignement de l'arrêt *Massachusetts c. EPA* tient à l'assouplissement des conditions d'accès au juge fédéral. Pour ce faire, la Cour fait évoluer sa conception des conditions classiques de l'intérêt à agir eu égard aux spécificités des dommages causés par le réchauffement climatique (**A**). Par ailleurs, et par une posture plus audacieuse, elle innove en réservant un traitement différencié plus favorable aux États fédérés, traitement qu'elle justifie par l'application du principe de souveraineté partagée propre au fédéralisme américain (**B**).

A. Un assouplissement « dans la continuité » de la jurisprudence sur le caractère concret du litige

La nature mondiale du risque climatique ne saurait autoriser la Cour à s'écarter des règles constitutionnelles sur l'intérêt à agir, notamment en matière de contrôle de l'exécution des lois. Tout en ayant égard à la spécificité de ces atteintes, elle prend soin d'inscrire sa décision dans la continuité de sa jurisprudence.

1. L'amer constitutionnel d'un contrôle juridictionnel préservant la nature contradictoire du système

Dans la tradition héritée de l'Angleterre, une personne n'a d'intérêt à agir que si elle dispose d'une action en justice prévue par la *common law*[14]. Peu importe la qualité de l'auteur de l'acte ou du fait dommageable, toutes les fois où la *common law* donne à la victime une action (*remedy*) pour

plus « certain » (*certiorari*). Délivré au bon vouloir de la Cour en tant que juridiction d'appel, il caractérise son pouvoir discrétionnaire de juger. V. généralement, E. Zoller, « États-Unis. Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 163-175, 166-167.

14 Cette règle est exprimée par l'adage « Pas d'action, pas d'intérêt » et s'oppose à celle prévalant en droit français exprimée par la formule inverse « Pas d'intérêt, pas d'action ».

protéger son droit (*right*), elle sera recevable à le poursuivre en justice[15]. À cette première modalité d'accès au juge, s'ajoutent celles où la Constitution ou la loi instituent un droit individuel qui puisse faire l'objet d'une action en justice[16]. Faute de relever de l'une de ces trois possibilités, l'accès au juge sera *a priori* verrouillé. À ce stade, l'intérêt à agir n'est en rien théorisé. Il est absorbé dans les règles de procédure, procédure qui ne distingue pas l'action de droit public de celle de droit privé. C'est toutefois à partir des exigences constitutionnelles prévues à l'article III section 2 clause 1 relatives à la compétence du pouvoir judiciaire fédéral que la notion d'intérêt à agir s'est progressivement construite en droit américain. Sous la bannière des « *cases & controversies* », seuls différends que la Cour est habilitée à entendre, l'intérêt à agir (*standing*) est devenu la composante la plus dynamique de sa doctrine de la justiciabilité[17]. Au cœur de la notion-cadre de différend justiciable se trouve la nécessité de préserver la nature contradictoire (*adversarial*) de la procédure juridictionnelle américaine[18].

L'amer[19] constitutionnel que constitue l'exigence d'une procédure contradictoire (*adversarial*) mettant face à face un demandeur et un défendeur s'affrontant à coups d'arguments juridiques est d'emblée rappelé par le Juge John P. Stevens, auteur de l'opinion majoritaire, dans l'arrêt *Massachusetts c. EPA*[20]. Dans la continuité de la jurisprudence de la Cour, il constitue la colonne vertébrale de l'analyse de l'intérêt à agir du Massachusetts. Or, s'assurer de la vitalité de la procédure contradictoire ne présente pas de difficulté lorsque le demandeur entend défendre des droits individuels, comme la propriété ou la liberté contractuelle, dont la violation l'atteint personnellement. Il n'en est pas de même, toutefois, dans le contentieux public lorsque le procès est fait à une loi, à un acte ou à une décision publique, et que le préjudice qui en découle est commun à une catégorie de personnes. C'est pourquoi, en 1962, la Cour Suprême a fait évoluer sa jurisprudence dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité d'une loi électorale, alors que l'injustice prétendument créée causait un préjudice partagé par l'ensemble des citoyens[21]. Extirpant pour la première fois l'intérêt à agir du contentieux de droit privé, la Cour admit qu'au seuil de l'instance, les demandeurs n'aient qu'à faire la démonstration d'un enjeu personnel (*personal stake*), preuve moins exigeante que celle d'un préjudice individualisé.

Dans l'arrêt *Massachusetts c. EPA,* le Juge Stevens rappelle que depuis 1962 la preuve de la matérialité du préjudice au fond n'est pas celle de l'enjeu personnel au stade de la recevabilité[22]. Ce découplage ne saurait pour autant le dispenser de s'assurer que le différend préserve bien l'intégrité

15 Il s'agit traditionnellement des atteintes à une liberté ou à un droit économique (tel que le droit de propriété ou d'un droit à réparation dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle).

16 C'est le cas, par exemple, du droit à la liberté d'expression prévu par le Premier Amendement ou encore du droit à ne pas être discriminé en raison de son origine ethnique prévu par la loi de 1964 sur les droits civils, ces droits étant inexistants en *common law*.

17 E. Zoller, « Comment une question politique peut-elle devenir une question judiciaire aux États-Unis ? Le verrou de l'intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois,* Paris, éd. Dalloz, 2008, p. 1139.

18 V. plus généralement, et au-delà du contexte de l'article III section 2, R. Kagan, *Adversarial Legalism : The American Way of Law*, Harvard University Press, 2nd ed. 2019.

19 Le terme « amer » est emprunté à la navigation maritime pour désigner un point fixe dans l'horizon servant de repère aux marins.

20 « Le pouvoir des tribunaux fédéraux se limite aux questions présentées dans un contexte contradictoire et dans une forme historiquement comprise comme susceptible d'être résolue dans le cadre d'une procédure judiciaire » : *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.* p. 1452.

21 *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

22 « *At bottom, 'the gist of the question of standing' is whether petitioners have 'such a personal stake in the outcome of the controversy as to assure [that] concrete adverseness* […]' »: *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1453.

de la procédure contradictoire. C'est pourquoi, même au stade de la recevabilité, un requérant aura intérêt à agir s'il fait valoir que l'acte ou la décision litigieuse lui a causé un préjudice personnel et concret. Comme l'écrit le juge Stevens, citant le juge Anthony Kennedy dans l'affaire *Lujan c. Defenders of Wildlife*[23], « Cette condition [un dommage concret qui ait personnellement atteint le demandeur] n'est pas qu'une formalité. Elle préserve le dynamisme du système contradictoire en s'assurant que chaque partie détient dans la résolution du litige un intérêt qui soit pratique, par opposition à théorique, et que les questions juridiques soulevées puissent être tranchées, non pas abstraitement dans le cadre feutré d'une société délibérante, mais dans un contexte factuel concret permettant d'apprécier les effets réels de l'action en justice »[24].

2. *L'intérêt à agir en matière d'exécution des lois et l'attribution législative d'un droit de procédure*

Les exigences constitutionnelles posées à l'article III section 2 constituent le cadre d'analyse du régime de l'intérêt à agir pour accéder à la justice fédérale. Au sein de celui-ci, les litiges relatifs au contrôle de l'exécution des lois et de l'action administrative se sont progressivement distingués. En effet, contrairement à la France, l'exécution des lois est, aux États-Unis, principalement judiciaire et rarement administrative. Faute de grandes administrations d'État avec des implantations territoriales chargées de s'assurer de la bonne exécution des lois, le Congrès s'en remet aux citoyens. La défense d'intérêts pluriels communs à une catégorie de personnes risquant de se heurter au carcan de la procédure contradictoire et à la nécessité d'un dommage personnel concret, le Congrès facilite depuis les années 1930 l'accès au juge en créant dans ses lois des droits de procédure partagés par un nombre indéterminé de personnes. Il s'agit du mécanisme des *citizen suits provisions*, très répandu en droit de l'environnement, transformant chaque personne physique ou morale en véritable gendarme de l'exécution des lois.

L'affaire *Massachusetts c. EPA* met en jeu l'attribution, dans la loi sur la protection de l'air, d'un droit de contester judiciairement les décisions de l'Administrateur de l'EPA[25]. Expression « du pouvoir du Congrès de créer des préjudices et articuler des chaines causales ouvrant la voie à des litiges jusqu'alors inexistants »[26], l'effet de ces droits avait été contemplé par le juge Kennedy dans l'affaire *Lujan*, 15 ans auparavant.

L'affaire *Lujan* compte parmi les grands arrêts de droit de l'environnement relatifs à la question de l'intérêt à agir. Dans une opinion concordante dont les observateurs avisés de la Cour avaient prédit qu'elle serait le creuset d'évolutions importantes, le Juge Kennedy soutenait que les conditions classiques de l'intérêt à agir pourraient être assouplies en présence d'attributions législatives de droits

23 504 U.S. 555; 112 S. Ct. 2130 (1992).

24 « *This requirement is not just an empty formality. It preserves the vitality of the adversarial process by assuring both that the parties before the court have an actual, as opposed to professed, stake in the outcome, and that the legal questions presented … will be resolved, not in the rarified atmosphere of a debating society, but in a concrete factual context conducive to a realistic appreciation of the consequences of judicial action* », *Id.*

25 V. Section 307 de la loi sur la protection de l'air codifiée 42 U.S.C. § 7607(b)(1).

26 « *Congress has the power to define injuries and articulate chains of causation that will give rise to a case or controversy where none existed before* », *Id.*

de procédure. Peut-être en vue d'obtenir le crucial 5e vote faisant basculer la majorité à son profit, le Juge Stevens reprit à son compte la formule du célèbre juge pivot (*swing justice*) de l'arrêt *Lujan*[27]. Cette lecture assouplie des conditions d'accès au juge, que viendra renforcer la qualité du demandeur, se révèle particulièrement opportune étant donné la spécificité des menaces causées par le réchauffement climatique.

3. Les conditions de l'intérêt à agir et la spécificité des dommages liés au réchauffement climatique

Depuis la jurisprudence *Data Processing*[28], la doctrine de l'intérêt à agir dans le contentieux administratif est fondée sur la démonstration de trois conditions cumulatives. Premièrement, un préjudice de fait (*injury in fact*) correspondant à une atteinte personnelle et concrète, actuelle ou imminente, à un droit juridiquement protégé. C'est la condition liée à l'atteinte. Deuxièmement, un lien entre ce préjudice de fait et l'action ou l'inaction administrative contestée. C'est la condition liée à la nécessité d'une relation causale. Troisièmement, la capacité de l'intervention juridictionnelle recherchée à remédier à l'atteinte. C'est la condition liée au caractère curatif. Malgré le resserrement opéré par les juges majoritaires dans l'affaire *Lujan*, la Cour adopte dans l'arrêt *Massachusetts c. EPA* une lecture audacieuse car plus libérale des conditions liées à l'atteinte et au caractère curatif de l'intervention du juge.

Les conditions liées à l'atteinte (*injury in fact*) devaient faire face au caractère collectif et insuffisamment concret des dommages causés par le réchauffement climatique. De fait, les dommages collectifs et diffus qu'il engendre risquaient de ne pas satisfaire l'exigence d'une atteinte personnelle propre (*particularized*). En effet, en quoi le Massachusetts est-il personnellement et distinctement affecté par « un phénomène dommageable pour l'humanité toute entière »[29] ? À cette vision défendue par le Juge John G. Roberts dans son opinion dissidente, le Juge Stevens répond : « le fait que les risques associés au changement climatique soient largement partagés ne réduit pas l'intérêt du Massachusetts dans la résolution de ce litige »[30]. Ainsi, il importe peu que le préjudice soit collectivement ressenti, pourvu qu'il affecte concrètement le demandeur lui procurant un intérêt tangible dans le recours au juge. Il faut y lire un rappel de l'exigence de l'article III section 2 faisant du respect du processus contradictoire l'amer de la jurisprudence de la Cour sur l'intérêt à agir. Mais le Juge Stevens ne fait pas pour autant l'économie de l'analyse du caractère personnel de l'atteinte subie par le Massachusetts. Ainsi, parmi toutes les menaces que fait peser le réchauffement climatique, c'est celle causée à la propriété de l'État qui retient l'attention de la Cour. En raison de l'étendue de

27 « Dès lors qu'un requérant s'est vu reconnaître par le Congrès un droit de procédure visant à protéger ses intérêts concrets […] il peut valablement faire valoir son droit sans satisfaire la condition d'immédiateté de l'atteinte et la nécessité du caractère curatif de l'intervention du juge ». [« *a litigant to whom Congress has 'accorded a procedural right to protect his concrete interests […] can assert that right without meeting all the normal standards for reddressability and immediacy'* »]: *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1453.

28 *Association* of *Data Processing* Serv. Orgs., Inc. *c. Camp, 397 U.S. 150;* 90 S. Ct. 827, 25 L. Ed. 2d 184, (*1970).*

29 V. l'opinion dissidente du Juge Roberts : « *Global warming is a phenomenon 'harmful to humanity at large'* », *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1467.

30 « *That these climate-change risks are 'widely shared' does not minimize Massachusetts' interest in the outcome of this litigation* »: *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1456.

son domaine côtier et de l'estimation non contestée de la hausse mondiale du niveau des mers, le Massachusetts est particulièrement affecté. Au vu de ces éléments, le juge Stevens déclare : « [Le Massachusetts] fait correctement valoir un préjudice personnel [*particularized*] en sa qualité de propriétaire »[31]. La condition de l'atteinte liée au caractère concret, actuel ou immédiat était elle aussi incertaine dans le contexte du réchauffement climatique. Même s'ils l'atteignent personnellement en tant que propriétaire, les préjudices causés par les effets de l'augmentation des températures terrestres sont-ils, pour le Massachusetts, suffisamment concrets, c'est-à-dire perceptibles actuellement ou dans un très proche futur ? Eu égard à la spécificité du risque climatique global, la réponse n'allait pas de soi. Reprenant l'affirmation de l'État que l'immersion des terres a déjà commencé et qu'elle se poursuivra, et qu'une part significative du domaine côtier (composant lui-même une part substantielle du domaine de l'État) sera soit définitivement perdue, soit temporairement inutilisable, le Juge Stevens conclut : « Même lointain, le risque de dommages catastrophiques est bien réel »[32].

L'analyse du caractère curatif de l'intervention du juge rejoint largement celle du caractère causal. Là encore, la Cour adopte une lecture audacieuse en admettant le bénéfice très limité de son action. De fait, l'absence de réglementation des GES ou l'invalidation de la décision de refus de les réglementer que les requérants cherchent à obtenir, sont-elles la cause pour l'une, ou pourraient-elle enrayer les effets pour l'autre, du réchauffement climatique ? Étant donné la multiplicité des causes du réchauffement et le fait que la requête des demandeurs ne vise que la réglementation des émissions des véhicules neufs, et qui plus est pour le seul territoire américain, il était permis d'en douter. La Cour n'y voit pourtant aucun obstacle. Pour le Juge Stevens, « s'il est vrai que la réglementation des émissions automobiles ne permettra pas à elle seule de renverser la courbe du réchauffement planétaire, il est dans le pouvoir de la Cour de dire si l'EPA est ou non soumise à une obligation d'agir pour en ralentir ou en atténuer les effets »[33]. La Cour valide par-là la stratégie « des petits pas » dans un contexte de mal planétaire. Le contexte du recours en exécution de la loi justifie, en outre, cette approche. « Donner raison à l'EPA [au motif qu'une demande portant sur une mesure discrète et parcellaire ne peut jamais être attaquée devant les tribunaux] condamnerait la plupart des recours en contestation de l'action administrative »[34]. Et le juge Stevens de préciser : « À l'instar du législateur, les agences ne résolvent pas un problème aussi massif en un coup de baguette magique réglementaire »[35].

L'assouplissement des conditions classiques de l'intérêt à agir fondé sur l'attribution de droits de procédure dans les suites de l'arrêt *Lujan* profite incontestablement au combat contre le réchauffement climatique. C'est toutefois au motif que le Massachusetts est un requérant méritant un traitement à part que l'analyse de l'intérêt à agir est la plus novatrice.

31 « *It has alleged a particularized injury in its capacity as a landowner* »: *Id.* p. 1456.
32 « *The risk of catastrophic harm, though remote, is nevertheless real* »: *Id.* p. 1458.
33 « *While regulating motor-vehicle emissions may not by itself reverse global warming, it does not follow that the Court lacks jurisdiction to decide whether EPA has a duty to take steps to slow or reduce it* »: *Id.*
34 « *Yet accepting that premise* [that a small incremental step, because it is incremental, can never be attacked in a federal judicial forum] *would doom most challenges to regulatory action* »: *Id.* p. 1454.
35 « *Agencies, like legislatures, do not generally resolve massive problems in one fell regulatory swoop* »: *Id.*

B. Un assouplissement « dans la rupture » fondé sur la qualité du requérant

À rebours de la jurisprudence établie de la Cour en matière d'intérêt à agir, l'arrêt *Massachusetts c. EPA* institue une distinction au sein des titulaires du droit d'agir en justice. Pour la Cour, et à l'inverse des requérants personnes privées comme dans l'arrêt *Lujan,* la qualité d'État fédéré du demandeur justifie une « sollicitude particulière »[36] dans l'analyse de l'intérêt à agir.

1. Un traitement différencié plus favorable ?

Jusqu'à l'arrêt *Massachusetts c. EPA*, la jurisprudence de la Cour ne distinguait pas les États fédérés des autres requérants personnes privées dans l'analyse de l'intérêt à agir. Traditionnellement, un État peut saisir la justice fédérale soit en son nom propre, s'il a souffert un préjudice personnel concret comme l'exige l'article III, soit plus rarement en tant que « père de la patrie » (*parens patriae*) si ses citoyens souffrent d'un préjudice qui lèse ses intérêts souverains et quasi-souverains.

Le Juge Stevens revisite cette vieille doctrine médiévale à laquelle les plaignants n'avaient pas même songé, essuyant de ce fait l'essentiel des critiques du Juge Roberts. Pour ce faire, il se fonde sur un arrêt du début du XXe siècle par lequel l'État de Géorgie entendait obtenir de la Cour qu'elle enjoigne un exploitant localisé dans l'État voisin du Tennessee de suspendre ses émissions atmosphériques causant des dommages à ses propres citoyens[37]. Quand bien même l'État de Géorgie ne justifiait pas d'un préjudice personnel concret, « ne possédant qu'une très faible fraction du territoire présumément affecté, et ne pouvant faire valoir un préjudice patrimonial suffisamment élevé pour permettre une compensation monétaire »[38], il disposait « d'un intérêt indépendant, par-delà ceux de ses citoyens, sur les sols et l'air sur son domaine public »[39]. Ignorant le fait que dans cet arrêt la position particulière de la Géorgie était revendiquée, au stade de la réparation, en vue d'obtenir un remède en équité (le prononcé d'une injonction), le Juge Stevens reprend l'argument, au stade de la recevabilité, dans l'analyse de l'intérêt à agir. Si cette extension hors contexte apparaît discutable, les effets de l'application de la doctrine du *parens patriae* le sont tout autant.

Pour la majorité de la Cour, la doctrine du *parens patriae* permet d'accorder à l'État une « sollicitude particulière », c'est-à-dire de le dispenser de remplir toutes les exigences légales. Outre qu'aucun précédent n'ait fait état d'un tel traitement favorable[40], la Cour en déduit, comme avec l'attribution d'un droit de procédure, un assouplissement des conditions classiques de l'intérêt à agir[41]. Pourtant, comme le souligne le Juge Roberts, le jeu de la doctrine du *parens patriae* ne dispense pas de remplir les conditions classiques de l'article III, mais conduit à exiger la preuve d'un intérêt supplémentaire. Dès lors, en plus de la caractérisation du préjudice personnel concret de ses citoyens, l'État « père

36 « *Special sollicitude* », *Id.* p. 1455.
37 *Georgia c. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907)
38 « *The State owns very little of the territory alleged to be affected, and the damage to it capable of estimate in money, possibly, at least, is small* »: *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.* p. 1454.
39 « *the State has an interest independent of and behind the titles of its citizens, in all the earth and air within its domain* »: *Id*, p. 1454.
40 M. Sugar, « Massachusetts c. Environmental Protection Agency », *Harvard Environmental Law Review*, n° 31, 2007, p. 531, 541.
41 On pourra alors s'étonner qu'en dépit de cette faveur, la majorité entreprenne l'analyse classique des trois conditions de l'intérêt à agir. Cette contradiction est relevée par le Juge Roberts, op. diss. p. 1466.

de la patrie » doit également faire valoir la lésion d'un intérêt souverain ou quasi-souverain pour espérer obtenir un remède en équité. Cette lecture de la doctrine du *parens patriae* faisant de l'intérêt quasi-souverain une condition *suffisante* pour satisfaire les exigences de l'article III au lieu d'*additionnelle*, ouvre la voie à des incertitudes que la Cour devra lever.

2. L'identification des intérêts souverains ou quasi-souverains de l'État

Conformément à la jurisprudence *Snapp*[42], les intérêts d'un État pour ester en justice relèvent de trois catégories. Des intérêts en tant que propriétaire, que ce soit du domaine public ou par des prises de participation dans des entreprises publiques ou privées. Des intérêts quasi-souverains en tant de responsable de la santé et du bien-être de ses habitants. Et des intérêts souverains en tant que législateur sur son territoire et garant de la bonne exécution des lois. Seules ces deux dernières catégories permettent de revêtir l'habit de « père de la patrie »[43]. Pour justifier l'intérêt souverain du demandeur, le juge Stevens énonce qu'« En rejoignant l'Union, le Massachusetts a renoncé à certains de ses pouvoirs souverains tels qu'envahir le Rhode Island pour le contraindre à réduire ses émissions de GES, ou conclure des traités aux mêmes fins avec des pays comme la Chine ou l'Inde, ou exercer ses pouvoirs de police de réduction des émissions de véhicules sur son territoire »[44]. Mais l'analyse pèche dès lors que la lésion de cet intérêt doit être ramenée à un préjudice personnel concret. Pour rappel, c'est en tant que propriétaire d'un important domaine public côtier que la Cour justifie l'existence du préjudice de fait (*injury in fact*). Or, cette qualité fait de l'État un requérant ordinaire, non différent des citoyens, ce qui ne devrait pas lui permettre d'agir comme *parens patriae*[45].

L'assouplissement de la doctrine de l'intérêt à agir, tant dans la continuité que dans la rupture de la jurisprudence antérieure, interroge. En particulier, et par un effet boomerang, la création d'un régime distinct pour les États fédérés a pu laisser craindre en retour un resserrement du verrou de l'intérêt à agir des personnes privées sur lesquelles repose pourtant l'essentiel du contrôle de l'exécution des lois aux États-Unis. Cette ouverture plus généreuse des prétoires fédéraux aux États devait annoncer l'horizon des futures querelles relatives au réchauffement climatique. Comme l'actualité invite à le constater, c'est aujourd'hui dans les relations entre États fédérés et État fédéral, et dans le prolongement, entre tribunaux étatiques et tribunaux fédéraux, droit étatique et droit fédéral, que se mènent les principaux combats pour la justice climatique[46].

42 *Alfred L. Snapp & Son, Inc. c. Puerto Rico ex rel. Barez,* 458 U.S. 592, 102 S. Ct. 3260, 73 L. Ed. 2d 995 (1982)

43 V. K. A. Watts et A. J. Wildermuth, « Massachusetts c. EPA: Breaking New Ground on Issues Other than Global Warming », *Northwestern University Law Review*, vol. 102, 2007, p. 1-17, 3; v. également, S. Zdeb, « From Georgia c. Tennessee Copper to Massachusetts c. EPA, *Parens Patriae* Standing for State Global-Warming Plaintiffs », *Georgetown Law Journal*, vol. 96, 2008, p. 1059, 1073.

44 « *When a State enters the Union, it surrenders certain sovereign prerogatives. Massachusetts cannot invade Rhode Island to force reductions in greenhouse gas emissions, it cannot negotiate an emissions treaty with China or India, and in some circumstances the exercise of its police powers to reduce in-state motor-vehicle emissions might well be pre-empted* » : *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.* p. 1454.

45 V. J. Roberts, op. diss. *Id.*, p. 1466.

46 V. par exemple, la série d'affaires (en cours) opposant plus d'une vingtaine d'États fédérés et de villes, mais aussi d'agences étatiques de contrôle de la pollution atmosphérique ou encore d'associations visant à remettre en cause divers aspects du programme fédéral *Safer Affordable Fuel-Efficient* : *California et. al., c. Chao,* requête n° 1:19-cv-02826, déposée auprès de la US District Court pour le District de Columbia le 20 sept. 2019 ; *South Coast Air Quality Management District c. Chao*, requête n° 1:19-cv-03436 déposée auprès de la US District Court pour le District de Columbia le 14 nov. 2019 ; ou encore *Environmental Defense Fund c. Chao*, requête n° 1:19-cv-02907 déposée auprès de la US District Court pour le District de Columbia le 27 sept. 2019.

III. Un contrôle juridictionnel étendu à l'inaction administrative

Le second enseignement de l'arrêt *Massachusetts c. EPA* porte cette fois sur le fond de l'affaire. Estimant que le refus de réglementer, à l'inverse du refus de faire appliquer, peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (**A**), la Cour affirme que la Congrès a effectivement confié à l'EPA la responsabilité d'édicter des normes limites d'émissions de GES (**B**), et qu'en conséquence, elle ne justifie pas de raisons valables pour s'être abstenue de le faire (**C**).

A. La soumission du refus de réglementer au contrôle du juge

Il est de jurisprudence établie en droit administratif américain que lorsqu'une agence s'est vue conférer par le Congrès un pouvoir discrétionnaire, le contrôle du juge est restreint, celui-ci n'étant autorisé à sanctionner qu'un exercice « arbitraire, fantasque, abusif ou plus généralement contraire à la loi »[47]. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est cependant pas univoque, et en fonction du type de pouvoirs en cause, le degré d'immunité juridictionnelle varie. Par exemple, la Cour suprême a jugé dans l'affaire *Heckler* que lorsqu'une administration a la charge de veiller au respect de lois et règlements, sa décision de ne pas poursuivre leurs violations (*institute enforcement proceedings*) échappe intégralement au contrôle du juge[48]. En effet, ce type de décisions procède d'arbitrages complexes impliquant, par-delà le constat de la violation elle-même, de nombreux autres facteurs qu'un juge n'a pas la compétence d'apprécier[49]. Par ailleurs, le refus de mettre en œuvre des sanctions administratives présente un risque limité d'atteintes aux libertés individuelles, libertés dont la protection est le siège de l'intervention du juge[50]. C'est pourquoi le refus de sanctionner la violation d'un texte bénéficie ici d'une immunité juridictionnelle maximale. Or, il n'en va pas de même du pouvoir d'édicter des normes d'application, et plus précisément, du rejet d'une demande en ce sens. Aux États-Unis, jusqu'à l'affaire rapportée, la Cour n'avait jamais tranché la question de la soumission de ce type de refus au contrôle du juge. Avec l'arrêt *Massachusetts*, elle valide le principe d'un contrôle juridictionnel en se fondant sur la nature distincte de la décision de refus qui était au cœur de l'arrêt *Heckler*. Pour le Juge Stevens, outre que la loi sur la protection de l'air institue expressément un droit de contestation judiciaire des décisions de l'agence[51], à l'inverse des refus de poursuivre les violations d'un texte, ceux de réglementer sont peu fréquents et reposent moins sur l'appréciation de faits que sur l'interprétation de textes de droit laquelle est au cœur de l'office du juge[52].

Une fois acté le principe d'un contrôle juridictionnel, restait à spécifier l'intensité du contrôle, c'est-à-dire la norme d'examen adoptée par le juge (*standard of review*). Après avoir rappelé la position classique selon laquelle « toute agence dispose d'une large discrétion dans le choix de la manière

47 « *arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law* »: section 706(A)(2) de la loi Administrative Procedure Act, et section 307(d)(9)(A) de la loi sur la protection de l'air.
48 *Heckler c. Chaney*, 470 U.S. 821; 105 S. Ct. 1649 (1985).
49 *Id.* p. 831.
50 *Id.* p. 832.
51 V. 42 U.S.C. § 7607(b)(1) et nos développements en *supra*.
52 *Massachusetts*, 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1459.

d'utiliser ses ressources financières et humaines limitées en vue d'accomplir les missions qui lui sont dévolues »[53], le Juge Stevens précise que le contrôle auquel est soumis l'agence dans le cas du rejet d'une demande d'édiction de normes est « extrêmement limité » et « hautement déférentiel »[54]. En dépit de cette annonce, la Cour se livrera à un examen étonnement approfondi de la validité du refus.

B. La compétence de l'EPA pour réglementer les GES

La principale raison avancée par l'EPA pour rejeter la demande des requérants tenait à son absence de compétence en matière de réglementation des GES. Pour rappel, la section 202(a) de la loi sur la protection de l'air énonce : « l'Administrateur établit (..) des normes d'émissions applicable à tout polluant aérien […] dont il estime [in his judgment] qu'on peut raisonnablement penser qu'il porte atteinte ou risque de porter atteinte à la santé ou au bien-être »[55]. Se fondant sur la jurisprudence *Chevron*[56], l'EPA soutenait que les termes de la loi étant ambigus, elle s'était livrée à une interprétation raisonnable au regard de l'objectif poursuivi par le législateur ce qui, en retour, devait conduire le juge à adopter une attitude déférente[57]. L'ambiguïté du mandat s'évinçait, selon l'agence, des positions prises par le Congrès dans les décennies qui suivirent l'adoption de la section 202 de la loi. Non seulement le Congrès n'était jamais directement intervenu pour poser un cadre contraignant à la lutte contre le réchauffement climatique, se limitant à promouvoir la recherche et la coopération entre agences, mais en outre, il avait chargé une autre agence, le *Department of Transportation* (DOT), d'établir des normes kilométriques, ce dont il fallait déduire l'absence de volonté du Congrès de confier à l'EPA des pouvoirs risquant d'interférer avec ceux d'une autre.

Corrigeant la lecture faite par l'agence de la jurisprudence *Chevron*, le Juge Stevens indique que l'ambiguïté d'un texte s'apprécie non pas à partir de la recherche de l'intention du Congrès telle qu'elle s'évince des interventions législatives postérieures (*post-enactments*), mais à partir des termes qu'il a choisis dans la disposition litigieuse[58]. Traditionnellement, la clarté du texte exprime la volonté du Congrès de placer l'administration dans une situation de compétences liées, et à l'inverse, son ambiguïté exprime sa volonté implicite de lui déléguer un pouvoir discrétionnaire[59]. Faisant application de cette jurisprudence classique, le Juge Stevens se livre à l'analyse textuelle des termes de la loi. Celle-ci définit un polluant aérien comme « tout élément de pollution de l'air ou toute combinaison d'éléments, comprenant toute substance ou matière physique, chimique, biologique… émise dans ou pénétrant l'air ambiant »[60]. Soulignant l'emploi répété de l'adjectif « tout », expression de la volonté du Congrès de faire prévaloir une conception large (*capacious*) de la notion de polluants aériens, le Juge Stevens déclare que « le dioxyde de carbone, le méthane, le protoxyde d'azote et les

53 « *An agency has broad discretion to choose how best to marshal its limited resources and personnel to carry out its delegated responsibilities* », *Id.*
54 « '*extremely limited*' *and* '*highly deferential*'», *Id.*
55 Codifiée 42 U.S.C. § 7521(a)
56 *Chevron USA Inc. c. NRDC Inc.*, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778 (1984).
57 *Id.* p. 842-843.
58 *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1460.
59 D. Custos, chron. Juris., *Droit Administratif,* n° 1, janv. 2008, § 6.
60 « *The term 'air pollutant' means any air pollution agent or combination of such agents, including any physical, chemical, biological […] substance or matter which is emitted into or otherwise enters the ambient air* », Section 302(g) de la loi sur la protection de l'air.

hydrochlorofluorocarbures sont sans aucun doute des substances ou matières physiques, chimiques… émises dans l'air ambiant »[61]. En dépit des critiques adressées par le Juge Antonin Scalia, auteur de la seconde opinion dissidente, reprochant à la Cour d'avoir ignoré la première partie de la définition de polluant aérien, ce qui l'aurait conduite à admettre une ambiguïté textuelle, et donc à adopter une attitude déférentielle eu égard au caractère raisonnable de l'interprétation de l'agence[62], il conclut : « La Cour affirme que l'EPA détient de la loi l'autorité pour réglementer les émissions de GES des nouveaux véhicules »[63].

C. L'illégalité du refus de réglementer dans le cadre d'une compétence déléguée par le législateur

Le refus de réglementer les GES tenait principalement au fait que l'agence s'estimait incompétente, les GES n'entrant pas dans la définition des polluants aériens que l'EPA a la charge de réglementer. Mais une fois cette compétence reconnue, quelle était la latitude de l'agence pour l'exercer ? L'EPA soutenait que quand bien même la loi l'y autoriserait, il serait à ce jour déraisonnable de réglementer, l'agence disposant à cet égard d'un large pouvoir discrétionnaire. L'agence soutenait que le siège de ce pouvoir résidait dans le mot « *judgment* » contenu dans la loi sur la protection de l'air. Pour rappel, la section 202(a) énonce : « l'Administrateur établit [...] des normes d'émissions applicable à tout polluant aérien […] dont il estime [in his judgment] qu'on peut raisonnablement penser qu'il porte atteinte ou risque de porter atteinte [anticipated to endanger] à la santé ou au bien-être »[64]. Il ressort de cette disposition que le Congrès a effectivement voulu en déférer à l'avis (*judgment*) de l'agence, mais un avis encadré par l'appréciation d'une atteinte ou d'un risque d'atteinte à la santé ou au bien-être. Dès lors, et ainsi que le rappelle la Cour, la discrétion reconnue à l'agence « ne saurait constituer un blanc-seing pour ignorer les dispositions de la loi »[65]. Reste une question : dans quelle mesure l'agence est-elle obligée de produire un tel avis (*judgment*) ? Peut-elle décider de ne pas décider, et dans l'affirmative, pour quelles raisons valables ?

L'arrêt *Massachusetts c. EPA* vient préciser l'étendue du pouvoir de réglementer lorsque celui-ci est conditionné à l'exercice d'un jugement lui-même encadré par le texte. La Cour distingue deux situations. Dans le premier cas, le plus simple, l'agence produit de son propre chef un « avis de mise en danger » (*endangerment finding*) concluant à l'atteinte ou au risque d'atteinte à la santé ou au bien-être. En pareille hypothèse, l'agence a l'obligation d'édicter des normes limites d'émissions (« *shall by regulation prescribe* »), mais conserve une latitude importante quant aux moyens, au contenu et au moment de son action. En revanche, la question se complique lorsque l'agence n'ayant pas produit un tel « jugement », une requête aux fins de réglementation (*petition for rulemaking*) lui est adressée. Dans cette hypothèse, qui est celle de l'arrêt *Massachusetts*, a-t-elle l'obligation de

61 « *Carbon dioxide, methane, nitrous oxide, and hydrofluorocarbons are without a doubt 'physical [and] chemical … substance[s] which [are] emitted into … the ambient air'* »: *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1460.
62 *Id.* p. 1475-1477.
63 « *we hold that EPA has the statutory authority to regulate the emission of such gases from new motor vehicles* »: *Id.* p. 1462.
64 Codifiée 42 U.S.C. § 7521(a)
65 « *the use of the word 'judgment' is not a roving license to ignore the statutory text* »: *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1462.

prendre position scientifiquement ? Peut-elle refuser, remettant son avis à plus tard, et si oui pour quels motifs ? La Cour ne répond pas directement à ces questions, mais son analyse de la motivation du refus aboutit à renvoyer le dossier à l'agence, et donc à lui forcer la main, scientifiquement[66].

La Cour estime d'abord que la réponse apportée par l'EPA aux requérants doit, en tout état de cause, se conformer aux dispositions de la loi l'autorisant à agir. À partir de là, elle estime qu'il ressort des termes clairs et précis de la loi que l'agence ne peut refuser d'agir conformément à son mandat, que pour deux raisons. D'une part, si elle établit, par une argumentation scientifique fruit de son « jugement » que les GES ne contribuent pas au réchauffement climatique, c'est-à-dire qu'ils ne portent pas atteinte à la santé ou au bien-être. Alternativement, elle peut, d'autre part, refuser d'agir si elle explique en quoi il lui est impossible ou déraisonnable de dire si ces polluants aériens contribuent au réchauffement climatique. L'EPA n'ayant jamais ouvertement déclaré que les GES ne contribuent pas au réchauffement climatique, une telle affirmation aurait incontestablement décrédibilisé ses experts, c'est dans le cadre de la seconde raison que la Cour exerce son contrôle. Or, en l'espèce, la Cour estime que les justifications avancées par l'EPA s'apparentent à une « plate et interminable liste de course » (*laundry list*) ne répondant pas aux impératifs clairs et précis de son mandat[67]. Plus spécifiquement, ces justifications relèvent moins de l'analyse scientifique des effets du réchauffement de la planète sur la santé, ce qui était le cadre de la loi, que d'arguments opportunistes de nature politique (*policy reasons*). De fait, l'EPA soutenait que quand bien même elle serait autorisée à réglementer, il serait déraisonnable de le faire au motif que les programmes volontaires mis en place par l'Exécutif offrent déjà une réponse efficace aux enjeux du réchauffement climatique. Ou encore que l'édiction de normes limites d'émissions gênerait la capacité du Président à négocier des traités avec certains pays en développement clés. Ou encore que l'incertitude scientifique continuant d'obscurcir de nombreuses causes et conséquences du réchauffement, il serait pour l'heure préférable d'attendre, etc. Rejetant chacun de ces arguments au motif qu'ils ne répondent pas au cadre strict posé par la section 202(a), la Cour conclut que la décision de refus de réglementer est « arbitraire, fantasque, abusive ou plus généralement contraire à la loi »[68].

La décision de la Cour laisse subsister un certain nombre d'interrogations. Comme le note le Juge Scalia dans son opinion dissidente, autant le mandat législatif est clair lorsque l'EPA est d'avis (*makes a judgment*) qu'un polluant arien porte ou ne porte pas atteinte à la santé ou au bien-être, autant rien n'est dit des raisons pour lesquelles l'Administrateur peut *remettre à plus tard* son avis lorsqu'il est saisi d'une requête en réglementation (*petition for rulemaking*). En l'absence d'indications législatives claires, l'agence retrouve, selon lui, la latitude de la jurisprudence *Chevron*, ce qui – pourvu que son interprétation soit raisonnable – devrait conduire le juge à accueillir les arguments de nature politique[69]. L'administration étant soumise au pouvoir exécutif, les enjeux politiques liés à son action doivent dans une certaine mesure pouvoir être pris en compte. Consciente de cet impératif, la Cour prend le soin d'indiquer, à l'issue de son jugement, que « sa décision n'a pas pour effet de

66 J. Freeman et A. Vermeule, « Massachusetts c. EPA », *op. cit.* 54-64.
67 *Massachusetts,* 127 S. Ct., *op. cit.*, p. 1462.
68 *Id.* p. 1463.
69 *Id.* p. 1473.

dire si l'EPA a ou non l'obligation de prendre un avis de mise en danger (*endangerment finding*), ni de lui interdire, une fois cet avis pris, de considérer certains enjeux de nature politique »[70]. Cette ultime précision visant à lui reconnaître une certaine liberté dans la maîtrise de son agenda, elle laisse la porte ouverte, dans le seul cadre de ces avis, à la possibilité pour l'agence de différer l'édiction des normes litigieuses ou d'en adopter de peu ambitieuses…

***

Plus de dix ans se sont écoulés depuis l'affaire *Massachusetts c. EPA* qui figure, encore aujourd'hui, parmi les grands arrêts du droit de l'environnement américain. Sans surprise, l'étroite marge de manœuvre laissée à l'EPA l'a conduite en décembre 2009 à produire un avis de mise en danger, et dans le prolongement, à édicter des normes limites d'émissions de GES pour les véhicules légers (*clean cars standards*) et les véhicules lourds (*clean trucks standards*). Ces normes prévoyant des phases graduelles d'application en fonction d'objectifs progressifs et de bilans d'étape, c'est dans le cadre de cette liberté d'action que le Président D. J. Trump s'emploie actuellement à défaire l'héritage de son prédécesseur. Sur la base d'un rapport d'étape de mars 2017 renversant les conclusions dressées deux mois plus tôt par la même agence, alors sous la tutelle de l'Administration de B. O. Obama, Scott E. Pruitt, Administrateur de l'EPA nommé par D. J. Trump, a annoncé en août 2018 la mise en place du programme d'efficacité du carburant sûr et abordable (*safer affordable fuel efficient vehicles*)[71] gelant les objectifs fixés antérieurement au niveau de l'année 2020. Sans surprise non plus au regard de la jurisprudence *Massachusetts* sur l'intérêt à agir, c'est du côté des États fédérés que les réactions judiciaires sont aujourd'hui les plus vives. Sous la bannière d'États clés, tels que New York ou la Californie, des procureurs d'États fédérés (*state attorney generals*) s'unissent pour remettre en cause la légalité du programme présidentiel[72]. Ils appellent les juges fédéraux à confirmer la jurisprudence *Massachusetts*, mais avec la nomination de deux juges ultraconservateurs à la Cour Suprême, son acquis demeure incertain. C'est alors au cœur des questions laissées en suspens, variablement soulignées par les opinions dissidentes, que se jouera l'acte 2 de la stratégie « *litigate to regulate* » ou plutôt « *… to regulate ambitiously* » !

70 « *We need not and do not reach the question whether […] EPA must make an endangerment finding, or whether policy concerns can inform EPA's actions in the event that it makes such a finding* »: *Id.* p. 1463.
71 83 Fed. Reg. 42,986 (Aug. 24, 2018), p. 42986-43500.
72 *Supra*, note 45.

2
Pétitions Inuit Circumpolar Conférence (2005) et Arctic Athabaskan (2013)
Un échec pour un succès ?

Sandrine Maljean-Dubois[1]

Les changements climatiques ont de larges répercussions sur les systèmes humains et naturels[2]. Les peuples autochtones y sont très vulnérables en raison du lien fort qu'ils entretiennent avec leur terre, dont dépendent étroitement leur culture et leur mode de vie. Cela est particulièrement vrai pour la région Arctique, dans laquelle le réchauffement et la fonte des glaces sont à la fois très importants et très rapides. Il faut ajouter que les peuples autochtones ne sont pas ceux qui ont contribué le plus aux changements climatiques[3].

C'est dans ce contexte que les pétitions *Inuit Circumpolar Conference*[4] et *Arctic Athabaskan*[5] ont été adressées par deux ONG représentant des Inuit à la Commission interaméricaine des droits de l'Homme. Invoquant des violations de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, la première pétition, en 2005, a visé les États-Unis ; la seconde, en 2013, a visé le Canada.

Rappelons ici que la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH), qui siège à Washington et a été créée en 1959, n'est pas une juridiction, mais un organe de l'Organisation des États Américains (OEA). Composée de sept membres indépendants élus à titre personnel, elle participe, avec la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, au système interaméricain de protection des droits de la personne. Elle promeut les droits de l'Homme dans les pays membres de

1 Directrice de recherche au CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

2 GIEC, *Changement climatique 2014 : Rapport de synthèse*, p. 6.

3 A. Tomaselli, « Indigenous Peoples in Europe and Their International Protection vis-à-vis the Threat of Climate Change », *European Yearbook of Minority Issues Online,* 2017, p. 38.

4 Sheila Watt-Cloutier, *et al.,* P-1413-05, United States. Petition to the Inter American Commission on Human Rights seeking relief from violations resulting from global warming caused by acts and omissions of the United States, submitted by Sheila Watt-Cloutier, with the support of the Inuit Circumpolar Conference, on behalf of all Inuit of the Arctic regions of the United States, *et al.* (12 août 2005) http://climatecasechart.com/non-us-case/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-seeking-relief-from-violations-resulting-from-global-warming-caused-by-acts-and-omissions-of-the-united-states/?cn-reloaded=1 consulté le 15 janvier 2020.

5 Petition to the Inter-American Commission on Human Rights seeking relief from violations of the rights of Arctic Athabaskan peoples resulting from rapid arctic warming and melting caused by emissions of black carbon by Canada, by the Arctic Athabaskan Council on behalf of all Arctic Athabaskan peoples of the Arctic regions of Canada and the United States, including Grand Chief Ruth Massie, Lake Laberge, Yukon, Canada; Chief Bill Erasmus, Yellowknife, Northwest Territories, Canada; Chief Michael Stickman, Nulato, Alaska, United States; Chief Gary Harrison, Chickaloon, Alaska, United States) (23 April 2013). http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2013/201304235082petition.pdf consulté le 15 janvier 2020.

l'OEA, notamment à travers un système de pétition individuelle mis en place en 1965 et utilisé ici par les requérants. Dans ce cadre, lorsque la Commission détermine qu'un État est responsable de violations de droits humains d'une personne ou d'un groupe de personnes, elle émet un rapport dans lequel elle peut formuler des recommandations à l'endroit de cet État (suspendre les actes violant les droits humains, réparer les dommages, opérer des changements législatifs…). Elle peut également faciliter un règlement amiable de l'affaire.

La pétition *Inuit Circumpolar Conference* a été portée par Sheila Watt-Cloutier, une Inuk (singulier d'Inuit) dirigeant alors l'organisation non gouvernementale (ONG) Conférence Circumpolaire Inuit, avec le soutien de cette ONG, au nom de 62 autres Inuit ayant subi des violations des droits de l'Homme, et au nom de tous les Inuit des régions arctiques qui ont été affectés par les impacts des changements climatiques. Cette ONG regroupe les Inuit au-delà des frontières nationales qui les séparent, représentant approximativement 150 000 personnes sur trois pays (États-Unis, Canada, Russie) et le Groenland[6]. La pétition, qui ne regroupe que des Inuit du Canada et des États-Unis, (membres de l'OEA), invoque des violations par les États-Unis de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948. En effet, cet État n'ayant pas ratifié la Convention interaméricaine des droits de l'Homme (1969), la Commission ne peut, le concernant, juger recevables que les seules déclarations alléguant de violations de la Déclaration américaine et non de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme.

La pétition *Arctic Athabaskan Council* a été portée par le Conseil Arctique Athabaskan au nom de tous les peuples Athabaskan des régions arctiques du Canada et des États-Unis, incluant quatre grands chefs. Elle ne vise que le Canada. Elle cible particulièrement les émissions de « carbone noir » ou « carbone suie » (*black carbon* en anglais), qui est un polluant atmosphérique issu de la combustion incomplète de combustibles fossiles et de biomasse, prenant la forme de microparticules. Outre leurs effets sur la santé de l'homme et de la biodiversité, ces particules ont un pouvoir réchauffant réel, même si leur durée de vie dans l'atmosphère est beaucoup plus courte que celle du CO_2, allant de quelques jours à quelques semaines tout au plus (contre une centaine d'années). Les pétitionnaires considèrent que l'incapacité du Canada à mettre en œuvre des réductions d'émissions de carbone suie suffisantes pour ralentir le réchauffement et la fonte des glaces viole les droits des Inuit. Le choix d'axer la pétition sur le carbone suie s'explique par le fait que ce dernier produit des effets plus localisés, proches des sources de pollution, que les autres gaz à effet de serre. Il paraît, de ce fait, plus facile d'établir un lien de causalité entre les émissions canadiennes de carbone suie et le réchauffement des territoires Inuit situés à proximité des sources de pollution.

Ainsi, même si le droit international de l'environnement (et notamment la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et le Protocole de Kyoto) est en toile de fond de ces affaires, il s'agit dans les deux cas de pétitions arguant de violations des droits de l'Homme devant un organe international de protection des droits de l'Homme. La première plainte a été rejetée au stade de la recevabilité et jamais examinée au fond ; la seconde affaire est toujours pendante.

6 H. M. Osofsky, « The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples'Rights », *American Indian Law Review*, vol. 31, n° 2, *Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law*, 2006/2007, p. 679.

Ces deux plaintes ont donc en commun d'alléguer de violations des droits de l'Homme subies par des peuples autochtones en Arctique dans le contexte des changements climatiques. La pétition *Conférence Circumpolaire Inuit* a ouvert la voie de ce point de vue. Huit ans plus tard, la pétition *Arctic Athabaskan* la prolonge et pourrait recevoir une issue plus positive au regard de l'évolution du contexte juridique à l'échelle internationale et régionale.

I. L'invocation de violations des droits de l'Homme en lien avec les changements climatiques

Dans les deux affaires, les Inuit allèguent de la violation de différents droits de l'Homme, invitant à une interprétation systémique de la Déclaration américaine des droits de l'Homme.

A. La violation d'un ensemble de droits protégés

Les deux pétitions consacrent d'abondants développements à la description des changements climatiques subis en Arctique et de leurs conséquences pour les populations autochtones qui y vivent. Elles considèrent que les politiques conduites par les États visés violent plusieurs de leurs droits. Si les droits invoqués sont largement similaires, les actes ou omissions incriminés sont différents dans les deux affaires. Visant globalement la politique climatique des États-Unis dans la première affaire, les victimes ciblent au contraire les émissions de carbone suie du Canada dans la seconde affaire.

Dans l'affaire *Conférence Circumpolaire Inuit*, les requérants visent les États-Unis, en tant que premier émetteur mondial de gaz à effet de serre. Soulignant l'insuffisance de leurs actions et politiques en la matière, ils considèrent que ce pays est « de façon générale, le plus grand émetteur mondial de gaz à effet de serre, et par conséquent porte la plus grande responsabilité entre les nations dans les changements climatiques »[7]. Ils ne se sont pas tournés vers les tribunaux nationaux, argumentant que la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas applicable, car il n'existe pas de recours adapté et efficace[8]. En substance, les requérants invoquent des violations des droits aux bienfaits de la culture, au respect du domicile, au déplacement, à la préservation de la santé, de la vie, de l'intégrité physique, de la sécurité et des moyens de subsistance, et au domicile, à la circulation et l'inviolabilité de leur propriété[9]. Pour eux, « un droit des peuples à disposer de leurs propres moyens de subsistance est inhérent et constitue une composante nécessaire des droits à la propriété, santé, vie et culture de la Déclaration américaine dans le contexte des peuples indigènes »[10]. En termes de droits reconnus par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, cela correspond à ses articles XIII (droit aux bienfaits de la culture), XXIII (droit à la « propriété privée pour satisfaire

7 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « The United States is, by any measure, the world's largest emitter of greenhouse gases, and thus bears the greatest responsibility among nations for causing global warming », p. 103.

8 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « Because there are no domestic remedies suitable to address the violations, the requirement that domestic remedies be exhausted does not apply in this case », p. 7. L'épuisement des recours internes n'est en effet pas requis dans cette hypothèse.

9 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « their rights to the benefits of culture, to property, to the preservation of health, life, physical integrity, security, and a means of subsistence, and to residence, movement, and inviolability of the home », p. 5.

10 Texte de la pétition précité, notre traduction, « A people's right to their own means of subsistence is inherent in and a necessary component of the American Declaration's rights to property, health, life, and culture in the context of indigenous peoples », p. 92.

aux nécessités essentielles d'une vie décente, qui contribue à maintenir sa dignité et celle de son foyer », XI (droit à la préservation de la santé et au bien-être), I (« droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ») et V « droit à la protection de la […] vie privée et familiale »).

Dans l'affaire *Arctic Athabaskan*, les pétitionnaires mettent en avant l'incapacité du Canada à mettre en œuvre des réductions d'émissions de carbone suie suffisantes pour ralentir le réchauffement et la fonte des gales[11]. Selon la pétition, le Canada émet 98 000 tonnes de carbone suie chaque année (émissions diesel, agriculture). Comme, pour l'essentiel, ces émissions ont lieu en ou près de l'Arctique, elles contribuent à renforcer le réchauffement que subit la région. Dès lors, les actes et omissions[12] du Canada en la matière violent les droits des Inuit. Sont invoquées des violations des droits à la culture, de propriété, à des moyens de subsistance et à la santé en lien avec les articles XIII (droit aux bienfaits de la culture), XXIII (droit à la « propriété privée pour satisfaire aux nécessités essentielles d'une vie décente, qui contribue à maintenir sa dignité et celle de son foyer », I (« droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ») V « droit à la protection de la […] vie privée et familiale ») et XI (droit à la préservation de la santé et au bien-être)[13].

B. L'invitation à une interprétation systémique de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme

Dans les deux affaires, les requérants invitent la Commission interaméricaine à une interprétation systémique de la Déclaration américaine des droits de l'Homme, soit à ne pas en faire une lecture « l'isolant cliniquement du droit international public »[14], mais au contraire en l'interprétant « à la lumière » d'autres éléments du système juridique, entendu largement. Cette règle d'interprétation des traités internationaux est posée à l'article 31§ 3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, lequel invite à prendre en compte « toute règle pertinente de droit international *applicable entre les parties* » (nous soulignons).

De ce point de vue, dans l'affaire *Conférence Circumpolaire Inuit*, les requérants considèrent que la Déclaration doit être interprétée en tenant compte de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme adoptée ultérieurement. Ils rappellent que « la Commission a reconnu que la Convention américaine des droits de l'Homme « peut être considérée comme représentant une expression faisant autorité » des droits contenus dans la Déclaration américaine et est ainsi valablement considérée dans l'interprétation des dispositions de la Déclaration »[15]. Ils considèrent que l'interprétation de la Déclaration doit également être réalisée en tenant compte des autres systèmes internationaux

11 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « Canada's failure to implement available black carbon emissions reduction measures that could slow the warming and melting », p. 1.
12 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « acts and omissions », p. 7.
13 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « the right to culture, property, means of subsistence and health », p. 3.
14 Organisation mondiale du commerce, Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.
15 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « The Commission has acknowledged that the American Convention on Human Rights 'may be considered to represent an authoritative expression' of the rights contained in the American Declaration, and is therefore properly considered in interpreting the Declaration's provisions. The jurisprudence of the Commission and the Court in interpreting the Convention's provisions is thus also relevant in interpreting the Declaration », p. 96.

de protection des droits de l'Homme. Ils rappellent à ce titre que la Commission a, de manière identique, reconnu que les « dispositions de […] la Déclaration américaine devraient être interprétées et appliquées à la lumière des développements dans le champ du droit international des droits de l'Homme »[16]. Pour eux, les autres instruments pertinents dans l'affaire comprennent, outre la Convention américaine, les pactes onusiens sur les droits civils et politiques, et sur les droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que les autres conventions régionales, la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux (1989)[17]. Enfin, ils considèrent aussi comme pertinents les normes et principes du droit international de l'environnement, rappelant que la Commission et la Cour interaméricaines n'hésitent pas à s'appuyer, lorsque c'est pertinent, sur les autres obligations internationales des États pour interpréter la Déclaration et la Convention[18]. Or, selon eux, les États-Unis violent leurs obligations internationales de protection de l'environnement, et particulièrement la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, dont ils citent l'article 4.2 b)[19]. En d'autres termes, ils se plaignent de la violation de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques devant la Commission interaméricaine en l'absence d'un mécanisme international de contrôle équivalent dans le cadre de la Convention de 1992. C'est ainsi à une interprétation systémique qu'ils invitent, mais également à une interprétation évolutive, car tous ces textes et instruments sont postérieurs à l'adoption de la Déclaration. Il est vrai qu'interprétation systémique et interprétation évolutive sont liées, car la prise en compte de « toute règle pertinente en vigueur entre les parties » peut exiger, à propos de l'interprétation d'accords anciens que l'on « reconstitue l'ordonnancement juridique prévalant entre les sujets concernés »[20].

Cet appel à une « approche systémique novatrice » était très intéressant, mais a constitué probablement aussi le talon d'Achille de la pétition de 2005[21]. La pétition *Arctic Athabaskan Council* a déroulé un argumentaire très similaire, mais dans un contexte juridique ayant entre temps évolué favorablement. Depuis lors, la Cour a notamment affirmé sa compétence pour interpréter les violations de la Déclaration américaine en s'appuyant sur les développements internationaux. Pour elle, la Déclaration devrait être appliquée « en tenant dûment compte des autres règles pertinentes du droit international applicables aux États membres contre lesquels des plaintes pour violations des droits de l'Homme sont régulièrement portées »[22]. Comme l'a noté Christel Cournil, ces références extra-systémiques, qui consistent à rechercher l'existence d'une « tendance internationale, régionale

16 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « The Commission similarly has recognized that 'the provisions of … the American Declaration, should be interpreted and applied in context of developments in the field of international human rights law' », p. 96.
17 *Ibid.*, p. 96-97.
18 Pour la Cour, « a treaty can concern the protection of human rights, regardless of what the principal purpose of the treaty might be ». De son côté, la Commission a affirmé dans le même sens que « it would be inconsistent with general principles of law for the Commission to construe and exercise its Charter-based mandate without taking into account other international obligations of member states which may be relevant », *ibid.*, p. 97.
19 *Ibidem.*
20 P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public,* Précis Dalloz, Paris, 14e édition, 2018, p. 357.
21 V. Guevremont, G. de Lassus Saint-Geniès, « Le droit international de l'environnement à la rescousse des cultures menacées : quel horizon pour l'approche inter-systémique de la pétition des Inuits déposée à la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme », *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy,* 6, n° 1, 2010, p. 19.
22 Notre traduction pour « with due regard to other relevant rules of international law applicable to member states against which complaints of human rights violations are properly lodged ». *Case of Grand Chief Michael Mitchell c. Canada*, Case 12.435, Inter-American Court of Human Rights, Report No. 61/08, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 70 rev. 2, § 64 (Jul. 25, 2008), cité par la pétition *Arctic Athabaskan Council,* précitée, p. 49.

ou universelle », sont discutées par la doctrine[23]. Dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine, le recours aux sources extérieures à la Convention est fréquent. Il prend sa source dans l'article 29 de celle-ci qui précise à son paragraphe b) qu'« Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme […] restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou *dans une convention à laquelle cet État est partie* »[24]. Ce décloisonnement normatif contribue à faire de la Convention un « instrument vivant »[25]. Le travail d'inventaire de John Knox, Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'Homme et l'environnement, a précisément consisté à mettre en perspectives les convergences jurisprudentielles à l'échelle locale, nationale, régionale et universelle[26]. Il a largement favorisé une hybridation entre les droits des peuples autochtones et les droits fondamentaux à l'environnement.

II. Les demandes des pétitionnaires et la suite donnée

Les demandes des pétitionnaires étaient variées. En dépit d'une décision de non-recevabilité, la pétition *Conférence Circumpolaire Inuit* a eu un impact important. L'évolution du contexte prépare peut-être une issue plus positive pour la pétition *Arctic Athabaskan Council.*

A. Les demandes des pétitionnaires

Dans l'affaire *Conférence Circumpolaire Inuit*, les demandes des requérants étaient nombreuses et variées, puisque la Commission était sollicitée pour :

- organiser une visite sur site pour se rendre compte des dommages subis par les Inuit ;
- tenir une audition publique pour enquêter sur les réclamations faites dans la pétition ;
- préparer un rapport établissant les faits et le droit applicable, déclarant que les États-Unis sont « responsables internationalement de violations des droits protégés par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et dans d'autres instruments du droit international »[27] ;
- recommander que les États-Unis adoptent des « mesures contraignantes »[28] pour limiter leurs émissions de gaz à effet de serre et « coopérer aux efforts de la communauté internationale »[29] notamment à dans le cadre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, prennent en compte les impacts des émissions américaines sur la région Arctique

23 Ch. Cournil, « 'Verdissement' des systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme : circulation et standardisation des normes », *Journal européen des droits de l'Homme, European Journal of human rights*, Larcier, 2016 (1), p. 20, citant N. Hervieu, « Les références aux énoncés extra-systémiques dans le discours du juge, instrument de pédagogie au service des droits de l'Homme ? », in *Pédagogie et droits de l'Homme*, V. Champeil-Desplats (dir.), Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014, p. 195-208.

24 Nous soulignons.

25 L. Burgorgue-Larsen, « Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme », Revue trimestrielle des droits de l'Homme, vol. 97, 2014, p. 46 et s. citée par C. Cournil, *ibid.*, p. 21.

26 Ch. Cournil, « 'Verdissement' des systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme : circulation et standardisation des normes », *op. cit.*, p. 28.

27 Texte de la pétition précité, notre traduction pour « Prepare a report setting forth all the facts and applicable law, declaring that the United States of America is internationally responsible for violations of rights affirmed in the American Declaration of the Rights and Duties of Man and in other instruments of international law », p. 118.

28 *Ibid.*, notre traduction pour « Mandatory measures ».

29 *Ibidem.*

et les populations Inuit affectées en évaluant avant de les approuver toutes les grandes actions gouvernementales,

- recommander sur les États-Unis établissent et mettent en œuvre, en coordination avec les requérants, un plan pour protéger la culture et les ressources Inuit, limitent tout dommage à ces ressources causé par les émissions américaines, établissent et mettent en œuvre, en coordination avec les requérants, un plan pour fournir l'assistance nécessaire aux Inuit pour s'adapter aux impacts des changements climatiques qui ne peuvent être évités, fournissent tout autre remède que la Commission pourrait considérer comme « approprié et juste »[30].

Indiscutablement, à la lumière des demandes, la pétition poursuit un double but, à la fois politique et juridique. Sur le plan juridique, les demandes visent donc à la fois la constatation de la violation de la Déclaration par les États-Unis et la recommandation de prendre des mesures permettant la prévention de nouveaux dommages. La Commission ne peut en effet que recommander de telles mesures, et non les exiger, s'agissant de contrôler la mise en œuvre de la Déclaration de 1948. En revanche, les pétitionnaires ne demandent pas, tout au moins explicitement, la réparation des dommages causés, même s'ils laissent cette porte ouverte en demandant que la Commission fournisse tout autre remède qu'elle considèrerait comme « approprié et juste »[31].

Au-delà, sur le plan politique, il s'agit d'attirer l'attention sur la situation de vulnérabilité des Inuit et de renforcer la pression internationale sur les États-Unis qui ont en 2001 décidé de ne pas ratifier le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, et qui voient leurs émissions de gaz à effet de serre continuer à augmenter à un rythme plus important que la plupart des autres pays industrialisés. Cela explique les demandes visant à une visite sur place, et également à la tenue d'une audition. Cela permet aussi de comprendre l'accent mis sur les violations du droit international du climat.

Les demandes des pétitionnaires dans l'affaire *Arctic Athabaskan Council* sont très proches et poursuivent les mêmes objectifs à la fois politiques et juridiques. En effet, ils demandent à la Commission de :

- réaliser une visite sur place pour enquêter sur les dommages subis par les peuples Arctic Athabaskan en raison du réchauffement de la fonte de l'Arctique ;
- organiser une audition aux fins de l'enquête ;
- préparer un rapport établissant les faits et le droit applicable, constatant que l'incapacité du Canada à mettre en œuvre des mesures adéquates pour réduire substantiellement ses émissions de carbone noir a violé les droits affirmés dans la Déclaration américaine et recommander que le Canada prenne des mesures pour protéger les droits des peuples Arctic Athabaskan en adoptant des mesures obligatoires pour limiter les émissions de carbone noir des principaux secteurs émetteurs ; prenne en compte les impacts climatiques du carbone noir sur l'Arctique

30 *Ibid.*, notre traduction pour « appropriate and just ».
31 *Ibidem.*

et les peuples Arctic Athabaskan affectés en évaluant au préalable les principales actions gouvernementales ; établisse et mette en œuvre, en coordination avec les pétitionnaires et les peuples Arctic Athabaskan affectés un plan pour protéger la culture et les ressources Arctic Athabaskan des effets accélérés du réchauffement et la fonte en Arctique. Enfin, comme dans la première affaire, les requérants demandent à la Commission de décider de tout autre remède qu'elle jugerait approprié et juste[32].

B. La décision Conférence Circumpolaire Inuit et les perspectives ouvertes

Dans l'affaire *Conférence Circumpolaire Inuit*, la Commission rejette la plainte le 16 novembre 2006 comme n'étant pas suffisamment étayée. Pour elle, la pétition n'a pas permis de déterminer dans quelle mesure les faits allégués constitueraient une violation des droits protégés par la Déclaration interaméricaine[33]. En conséquence, la pétition ne sera pas examinée au fond. Le caractère laconique, voire « énigmatique »[34], de cette décision a suscité beaucoup d'interrogations. Des décisions aussi courtes sont généralement réservées aux requêtes manifestement infondées. En l'espèce, l'absence d'explications est étonnante au regard des attentes importantes qu'avait fait naître la pétition, très largement médiatisée bien au-delà des États-Unis.

Pour certains, la Commission aurait craint qu'une décision positive, constatant que les États-Unis violaient la Déclaration, ne soit pas mise en œuvre et en particulier que les États-Unis n'adoptent pas les mesures recommandées comme lors d'affaires précédentes concernant des peuples autochtones, et que cela vienne encore davantage la fragiliser[35]. Les questions posées par les commissaires lors de l'audience ont montré que les difficultés d'imputation du dommage aux États-Unis ont également été centrales dans la décision prise[36]. La dimension extraterritoriale de la pétition – les victimes étant situées partiellement hors des États-Unis – a pu également constituer un blocage.

Suite à cette décision, par un courrier du 15 janvier 2007, Sheila Watt-Cloutier, mais aussi Martin Wagner de Earthjustice et Daniel Magraw du Center for International Environmental Law ont demandé à la Commission américaine d'organiser une audition publique, se déclarant désireux d'assister la Commission dans sa découverte et sa meilleure compréhension de la relation entre changements climatiques et droits de l'Homme[37]. La Commission a répondu favorablement par une lettre du 1er février 2007, leur accordant 1 heure le 1er mars 2007. En dépit de discours vibrants, l'appelant à se positionner comme « la conscience institutionnelle de l'Amérique » pour aider et

32 Texte de la pétition précité, p. 87.

33 « Specifically, the information provided does not enable us to determine wether the alleged facts would tend to characterize a violation of rights protected by the American Declaration », Decision of 16 November 2006, Inter-American Commission on Human Rights, 11/16/2006-AA-3276727 < https://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf >.

34 Ch. Campbell-Duruflé, S. Anopama Atapattu, « Recent Legal Developments. The Inter-American Court's Environment and Human Rights Advisory Opinion: Implications for International Climate Law », *Climate law*, 2018, vol.8, p. 322.

35 H. M. Osofsky, « The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples'Rights », *American Indian Law Review*, vol. 31, n° 2, 2006/2007, p. 690.

36 Ch. Campbell-Duruflé, S. Anopama Atapattu, « Recent Legal Developments. The Inter-American Court's Environment and Human Rights Advisory Opinion: Implications for International Climate Law », *op. cit.*, p. 325.

37 Cette pratique est prévue dans le règlement intérieur de la Commission (voir notamment son chapitre VI *Hearings before the Commission).*

obliger les pays à respecter leurs obligations en matière de droits de l'Homme pour protéger les communautés Inuit des ravages du réchauffement climatique[38], la Commission américaine n'a pas reconsidéré sa réponse négative. Elle n'a pas non plus établi de communiqué de presse à l'issue de l'audition. Toutefois, en 2011, elle a publié une déclaration précisant qu'elle avait reçu des informations alarmantes sur les déjà très sérieux impacts des changements climatiques anthropogéniques sur la jouissance des droits de l'Homme, qui semble constituer une suite directe de la pétition et de l'audition[39]. La Commission a également produit un communiqué de presse à la veille de la COP 21 en 2015 notant qu'une approche basée sur les droits de l'Homme permet de s'assurer que les réponses au changement climatique sont cohérentes effectives et prennent en compte les préoccupations de ceux qui sont les plus affectés[40].

Cette première pétition Inuit a eu des conséquences bien au-delà, suscitant de larges débats internationaux au croisement des droits des peuples autochtones, du droit à l'environnement et des changements climatiques. On peut citer ainsi la résolution du Conseil des droits de l'Homme de 2008 sur droits de l'Homme et changement climatique[41], suivie du Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'Homme[42] ainsi que de nombreuses autres résolutions[43].

Après l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones[44], la Cour interaméricaine a reconnu la relation spéciale entre les peuples indigènes et leurs territoires[45]. Par la suite, il a été fait mention des droits de l'Homme et des droits des peuples autochtones en lien avec les changements climatiques dans le préambule de l'Accord de Paris[46]. Dans son rapport de 2016, le rapport spécial John Knox a affirmé que « les États ont l'obligation de protéger des atteintes aux droits de l'Homme résultant des changements climatiques, conséquence de l'obligation de protéger à laquelle ils sont tenus pour les préjudices liés à l'environnement de manière générale »[47]. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a, dans son avis consultatif de 2017, considéré que le

38 Notre traduction pour « In sum, we ask the Commission to be the institutional conscience of the Americas: to assist, prod, and compel countries to meet their obligations under human rights law to protect our communities from the ravages of global warming », Testimony of Donald M. Goldberg (Center for International Environmental Law), March 1, 2007. Il est possible d'écouter l'audience en suivant ce lien : http://www.cidh.oas.org/Audiencias/127/Global%20warming%20and%20human%20rights.mp3.

39 IACHR, IACHR Concludes its 141st Regular Session, 28 April 2011, <https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2011/028.asp>.

40 IACHR, IACHR expresses concern regarding effects of climate change on human rights, 2 December 2015, <https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2015/140.asp>.

41 Conseil des droits de l'Homme, Résolution 7/23, *Droits de l'homme et changements climatiques*, 28 mars 2008.

42 Rapport du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'Homme, A/HRC/10/61 15 janvier 2009, 35 p.

43 Résolution 10/4 (2009) ; Résolution 18/22 (2011) ; Résolution 26/27 (2014); Résolution 29/15 (2015) ; Résolution 32/33 (2016). Voir aussi sur l'environnement et les droits de l'Homme les résolutions 16/11 (2011), 19/10 (2012), 25/21 (2014) and 28/11 (2015).

44 Assemblée générale de l'ONU, Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007. Voir notamment ses articles 24 à 26.

45 Commission interaméricaine des droits de l'Homme, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources, and Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, OEA/Ser.L./V/IJ, doc. 56/09, 30 December 2009, § 55-57 <http://cidh.org/countryrep/Indigenous-Lands09/Chap.V-VI.htm#_ftn4>. Voir aussi Xákmok Kásek Indigenous Community c. Paraguay, Application to the Court, Inter-American Commission on Human Rights, Case No.12.420, § 73, 76 (July 3, 2009) ; Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-American Court on Human Rights (ser. C) No. 214, 175 (Aug. 24, 2010).

46 Accord de Paris, 12 décembre 2015, préambule <https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf>. Les Parties s'y déclarent « *Conscientes* que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que, lorsqu'elles prennent des mesures face à ces changements, les Parties devraient respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'Homme, le droit à la santé, les droits des peuples autochtones, des communautés locales […] ».

47 *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'Homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, John Knox, Conseil des droits de l'Homme, A/HRC/31/52, 1er février 2016, § 37. Voir aussi *Rapport du*

droit à un environnement sain était un droit autonome, et, en outre, que tous les droits de l'Homme pouvaient être affectés par les dommages à l'environnement[48]. Elle s'est référée à plusieurs reprises aux changements climatiques comme un enjeu majeur pour la protection des droits de l'Homme[49]. Elle a précisé encore qu'elle devait prendre en compte les normes du droit international de l'environnement dans son interprétation de la Convention interaméricaine et cité à treize reprises la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques[50]. Enfin, elle a adopté une approche très ouverte au sujet de l'extraterritorialité, considérant que les États parties à la Convention américaine ont l'obligation de prévenir les dommages environnementaux transfrontières qui pourraient affecter les droits de l'Homme de personnes situées hors de leur territoire[51].

De son côté, à l'échelle universelle le Comité des droits de l'Homme a souligné, en octobre 2018, que « La dégradation de l'environnement, les changements climatiques et le développement non durable font partie des menaces les plus urgentes et les plus graves pour la capacité des générations présentes et futures de jouir du droit à la vie »[52]. En septembre 2019, dans l'affaire *Portillo Caceres contre le Paraguay*, ce même Comité a défini pour la première fois les obligations positives des États s'agissant de protéger les individus contre les dégradations de l'environnement en vertu des articles 6 (droit à la vie) et 17 (protection de la famille) du Pacte onusien de 1966 relatif aux droits civils et politiques. En l'espèce, il a considéré que le Paraguay avait violé les droits des auteurs de la communication, la pollution en question ayant eu un impact direct et grave sur leur vie privée et familiale[53]. Le Comité des droits de l'Homme a rendu en janvier 2020 une décision dans laquelle il a franchi une nouvelle étape. Il y détaille les droits de l'Homme spécifiques qui pourraient être mis à mal par les conséquences du changement climatique, comme par exemple le droit à la vie, dans le contexte des déplacements de personnes[54]. Il y affirme très clairement que le droit à la vie ne peut être interprété de manière restrictive, que sa protection requiert que les États parties adoptent des mesures positives et que les changements climatiques constituent aujourd'hui l'une des menaces les plus graves et plus urgentes pour les droits de l'Homme[55]. Le Comité aura maintenant à préciser les obligations des États s'agissant des peuples autochtones et du changement climatique, car il doit rendre une autre décision très attendue – pour 2021 – suite à la communication du peuple autochtone australien vivant sur les îles du Détroit de Torrès, déposée contre l'Australie en mai 2019. Originaires d'un chapelet d'îles situé au nord de l'Australie qui abritent des populations autochtones mélanésiennes dont le

Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'Homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, John Knox, Conseil des droits de l'Homme, A/HRC/37/59, 24 janvier 2018.

48 Corte interamericana de derechos humanos, Opinion consultativa OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la Republica de Colombia, *Medio Ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relacion con el medio ambiente en el marco de la protecion y garantia de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretacion y alcance de los articulos 4.1 y 5.1, en relacion con los articulos 1.1 y 2 de la convencion americana sobre derechos humanos*, § 63-64.

49 *Ibid.*, § 47.

50 *Ibid.*, § 44.

51 *Ibid.*, § 101.

52 Observation générale n° 36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, concernant le droit à la vie, 2018, § 65 < https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_FR.pdf>.

53 Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2751/2016*, CCPR/C/126/D/2751/2016, 20 September 2019, en particulier § 7.3, 7.4, 7.5 et 7.8.

54 Human Rights Committee, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016*, Communication submitted by Ioane Teitiota, CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 January 2020 < http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200107_CCPRC127D27282016-_opinion.pdf>.

55 *Ibid.*, § 9.4.

mode de vie et la culture sont intrinsèquement liés à la mer, et qui sont menacées de disparition à cause des changements climatiques, huit insulaires arguent de violations de différentes dispositions du Pacte international sur les droits civils et politiques (articles 2, 14, 26 et 27) du fait de la politique insuffisamment ambitieuse de l'Australie dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre et de l'insuffisance des mesures d'adaptation[56]. Pas plus que celles de la Commission interaméricaine, les décisions du Comité onusien ne sont pas contraignantes. Mais, comme dans les affaires Inuit, ou dans les demandes de tribus indiennes adressées directement aux rapporteurs spéciaux onusiens sur les droits de l'Homme[57], les pétitionnaires cherchent à renforcer la pression internationale sur un État qui assume une politique climatique très peu ambitieuse.

***

S'agissant d'invoquer des violations des droits de l'Homme en lien avec les changements climatiques à l'échelle régionale, la pétition *Conférence Circumpolaire Inuit* a constitué une première. En dépit d'une issue négative, elle a été largement commentée et médiatisée et a au moins réussi à attirer l'attention sur les ravages que causent les changements climatiques aux peuples autochtones de l'Arctique. Elle a également initié un large débat aussi bien à l'échelle régionale qu'à l'échelle plus globale. La clarification des obligations des États en la matière par diverses résolutions d'organisations internationales et divers rapports internationaux, ainsi que certaines avancées jurisprudentielles inclinent à penser que la pétition *Arctic Athabaskan Council* pourrait connaître une issue plus positive. Témoignant d'un système international de protection des droits de l'Homme dynamique et en plein développement[58], le contexte juridique a en effet été profondément renouvelé en moins d'une quinzaine d'années sous l'effet d'un double processus de climatisation du régime international des droits de l'Homme et d'humanisation du droit international du climat[59].

56 Requête 3585/2019.

57 Voir *Rights of Indigenous People in Addressing Climate-Forced Displacement*, January 15, 2020, <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200116_NA_complaint-1.pdf>.

58 Ch. Cournil, « "Verdissement" des systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme : circulation et standardisation des normes », *op. cit.*, p. 12.

59 Ch. Cournil, C. Perruso, « Réflexions sur "l'humanisation" des changements climatiques et la "climatisation" des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 11 juin 2018, consulté le 18 janvier 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/3930 ; DOI : 10.4000/revdh.3930.

3
Urgenda c. Pays-Bas (2015)[1]

Anne-Sophie Tabau[2]
Christel Cournil[3]

La décision rendue par la Cour du District de la Haye, le 24 juin 2015, dans l'affaire *Urgenda contre Pays-Bas*[4], a été qualifiée d'historique au regard de sa contribution à la justice climatique. Bien qu'elle soit limitée dans son champ d'application *ratione personae* aux Pays-Bas, *ratione materiae* à la politique d'atténuation des émissions de gaz à effet de serre (GES) de ce pays et *ratione temporis* à l'horizon 2020, sa portée est allée bien au-delà, grâce à un effet d'entraînement auprès d'autres juridictions.

La justice climatique soulève des enjeux sociaux et éthiques équivoques. Les théoriciens s'affrontent, en effet, sur la direction que doit prendre la justice climatique[5], sur les personnes qui en sont principalement redevables[6], et sur ses principaux destinataires[7]. Des concepts et principes aux contours incertains (pollueur-payeur, responsabilités communes, mais différenciées, équité, etc.) se trouvent également au cœur de ces enjeux de justice climatique[8]. En droit, la justice climatique renvoie au concept de responsabilité, dont la mise en œuvre vise à garantir le respect du droit, en attachant des conséquences juridiques à son manquement. Néanmoins, cette responsabilité juridique est également protéiforme. Différents acteurs peuvent être considérés comme responsables des changements climatiques (États, individuellement ou collectivement, entreprises, individus,

1 Ce chapitre est une version actualisée de l'article d'A.-S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *RJE*, 4/2015, p. 674-695.

2 Professeure de droit public à l'Université de La Réunion – membre de l'UMR Espace-Dev 228 et associée au Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC – UMR 7318).

3 Professeure de droit public (HDR) à Sciences Po Toulouse, membre du LASSP et associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».

4 http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196&keyword=urgenda (version du jugement traduit en anglais, à laquelle se réfère ce commentaire).

5 R. Cox préconise par exemple une « révolution de l'énergie », le plus rapidement et efficacement possible, afin d'éviter que l'état dramatique d'ores et déjà établi de l'environnement de la planète aboutisse à la chute de nos sociétés occidentales. Il considère, à cet égard, que la justice a un rôle particulier à jouer. Voir R. Cox, *Revolution justified*, Planet Prosperity Foundation, 2012, 328 p. (http://www.revolutionjustified.org/).

6 Les « Principes d'Oslo sur les obligations relatives aux changements climatiques globaux », élaborés et adoptés par un groupe d'éminents juristes, désignent ainsi les États et les entreprises, en mettant l'accent sur le rôle particulier des droits de l'Homme et du principe de précaution (http://www.osloprinciples.org/principles/).

7 Sur les différentes positions des débats d'éthique : P.-Y. Néron, « Penser la justice climatique », *Éthique publique* [En ligne], vol. 14, n° 1, 2012, mis en ligne le 17 février 2013 (http://ethiquepublique.revues.org/937).

8 Voir, à cet égard, l'article 3§ 1 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

institutions internationales, etc.)[9]. De même, ces responsabilités peuvent varier selon la nature des obligations violées et des conséquences qui s'y attachent (responsabilité internationale, interne, contractuelle, quasi délictuelle, administrative, civile, pénale) et poursuivre différents objectifs (responsabilité pour avoir contribué au problème, pour y remédier, pour le prévenir, pour favoriser une justice distributive, actuelle comme future, etc.). Enfin, cette responsabilité peut être établie ou non par voie contentieuse, laquelle, lorsqu'elle est activée en matière climatique, ne vise pas nécessairement à mettre en jeu la responsabilité du défendeur.

Sur le plan interne, la justice climatique a ainsi donné lieu à la naissance d'actions contentieuses variées à travers le monde[10]. Avant et depuis cette espèce, des recours ont été portés devant les juges nationaux[11], avec des issues variables, pour stopper les actions gouvernementales contribuant aux changements climatiques, forcer les pouvoirs publics à prendre des mesures d'atténuation, ou obtenir la réparation des dommages subis en raison d'évènements climatiques. Toutefois, l'institution juridictionnelle n'avait pas toujours été sollicitée en faveur de la justice climatique, au regard de l'objectif des accords internationaux en matière climatique. Des procès ont, en effet également, été intentés par l'industrie émettrice de GES pour contrer la réglementation portant sur les réductions des émissions, comme ce fut le cas en France[12] avant qu'un recours en responsabilité ne soit porté contre l'État devant le juge administratif avec « l'Affaire du siècle »[13].

La décision de la Cour du District de La Haye du 24 juin 2015, dans l'affaire *Urgenda contre Pays-Bas*, s'inscrit dans la continuité de ces tentatives de justice climatique par l'intervention du juge. Le requérant, dont le nom a pour origine la contraction d'« agenda et urgent », se présente comme une plateforme de citoyens qui a élaboré des propositions de mesures de lutte contre les changements climatiques[14]. En dépensant plus de 200 000 € et avec l'aide d'avocats chevronnés[15], cette ONG et 886 citoyens néerlandais ont engagé cette action en justice visant à mettre en jeu la responsabilité de l'État en raison de l'ambition trop faible de sa politique climatique.

Urgenda a d'abord envoyé, le 12 novembre 2012, une lettre, dans laquelle elle demandait que la politique climatique des Pays-Bas poursuive un objectif de réduction des émissions de GES de 40 % par rapport à 1990 d'ici 2020. Dans sa réponse du mois suivant, la Secrétaire d'État à l'infrastructure et à l'environnement est allée dans le sens des prétentions d'Urgenda, en indiquant que son gouvernement travaillait à rester dans la limite d'une élévation de la température moyenne du globe de 2°C, posée par les experts climatiques. Elle a, toutefois, précisé que la politique climatique des Pays-Bas s'inscrivait dans un cadre international et européen et que, dès lors, l'État ne pouvait pas prendre

9 S. Caney, « Cosmopolitan Justice, Responsibility, and Global Climate Change », *Leiden Journal of International Law*, 2005, 18, p. 747-775.
10 V. les bases de données des contentieux du Sabin Center Law : http://climatecasechart.com/ et du Grantham Institute : http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/climate-change-laws-of-the-world/
11 C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, 2018.
12 CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110. Voir, également, la Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, dans laquelle le Conseil Constitutionnel a censuré la contribution carbone prévue dans la loi de finance de 2010 pour non-respect du principe d'égalité.
13 C. Cournil, A. Le Dylio, P. Mougeolle, « L'affaire du siècle : entre continuité et innovations juridiques », *AJDA*, n° 32, 30 septembre 2019, p. 1864-1869.
14 Elle a, par exemple, récemment édité un rapport présentant des projets d'actions concrètes pour une transition rapide vers une société durable dotée d'une économie circulaire : http://www.urgenda.nl/documents/CirculairFryslanReport_Urgenda_Metabolic_12_6_2015.pdf.
15 R. H. J. Cox et J. M. Van Den Berg Van Höcker.

seul la décision d'élever le niveau d'ambition de son objectif d'atténuation pour 2020. Elle s'est, néanmoins, engagée à proposer aux États partenaires des initiatives, favorisant un cadre politique stable et largement soutenu, conduisant à des mesures suffisantes pour maintenir la perspective à long terme de réduction de 80 à 95 % des émissions de GES d'ici 2050. Cet horizon lui paraissant trop éloigné, compte tenu de la nécessité de prendre, dès aujourd'hui, des mesures renforcées d'atténuation des émissions de GES, Urgenda a décidé de saisir la justice néerlandaise de cette question. La mise au point de ses 144 pages d'argumentaire a conduit à ce que la Chambre commerciale de la Cour du District de La Haye ne soit saisie qu'un an plus tard, le 20 novembre 2013, de la question de savoir si l'État avait agi illégalement en ne poursuivant pas une politique climatique de court terme plus ambitieuse. L'État considérait, pour sa part, qu'il ne pouvait être contraint en ce sens, notamment au regard de son pouvoir discrétionnaire.

Bien que non des moindres, il ne s'est agi là que d'un des obstacles que le juge néerlandais a dû surmonter pour décider que la politique climatique des Pays-Bas était effectivement illégale, entraînant dès lors l'obligation, pour ce dernier, d'élever l'ambition minimale de son objectif de réduction des émissions de GES à 25 % en 2020 par rapport à 1990. Cette injonction, bien que favorable au renforcement de l'action des Pays-Bas pour lutter contre les changements climatiques, peut paraître dérisoire au regard de la part des émissions de GES de cet État sur le plan mondial[16]. Pour autant, la décision de la Cour du District de La Haye a marqué un tournant en faveur d'une justice climatique. Largement commenté[17] par la doctrine, ce premier jugement a été confirmé depuis en appel[18] en de 2018 et rendu définitif avec l'arrêt de la Cour suprême néerlandaise du 20 décembre 2019[19]. Ce contentieux devenu emblématique[20] a clairement inspiré d'autres citoyens et ONG à mener des actions similaires en Europe ou ailleurs.

Afin de déterminer dans quelle mesure tel est le cas, il convient de mettre l'accent sur deux mouvements parallèles auxquels contribue cette décision. Tout d'abord, elle a participé à un mouvement de subjectivisation de la justice climatique, ce qui a depuis[21] incité d'autres personnes

16 En 2010, la part néerlandaise dans les émissions mondiales était de 0,42 %; celles de la Chine de 21,97 %, des États-Unis de 13,19 %, de l'Union européenne (27 pays) de 9,5 %, du Brésil de 5,7 %, de l'Inde de 5,44 % et de la Russie de 5,11 %. Les émissions par habitant aux Pays-Bas en 2010 étaient de 12,78 tonnes de CO_2-éq. et en 2012, 11,72 tonnes de CO_2-éq. En Chine en 2012 de 9,04 tonnes de CO_2-eq., aux États-Unis 19,98 tonnes de CO_2-eq., au Brésil 15,05 tonnes de CO_2-eq., en Inde 2,43 tonnes de CO_2-éq. et en Russie 19,58 tonnes de CO_2-éq.

17 A.-S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *RJE*, 4/2015, p. 674-695. ; C. Perruso et E. Canal-Forgues, « La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifié ? », *Énergie-Environnement-Infrastructure*, LexisNexis, août 2015 ; J. Lin, « The First Successful Climate Negligence Case : A Comment on *Urgenda Foundation c. the State of the Netherlands* », *Climate Law*, vol. 5, 2015, p. 65-81 ; J. K. De Graaf and J. H. Jans, « The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change », *J. Environmental Law*, 27 (3), 2015, p. 517-527 ; J. Van Zeben, « Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide ? », *Transnational Environmental Law*, vol. 4, 2015, p. 339-357 ; R. Cox, « A Climate Change Litigation Precedent: *Urgenda Foundation c. the State of the Netherlands* », *Journal International and Comparative Law*, vol. 21, 2016, p. 5-30 ; M. Torre-Schaub, « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de la Haye du 24 juin 2015 », *RIDC*, n° 3, 2016, p. 672-693 ; J. Lambrecht et C. Ituarte-Lima, « Legal Innovation in National Courts for Planetary Challenges : *Urgenda c. State of the Netherlands* », *Environmental Law Review*, vol. 18, 2016, p. 57-64.

18 Court of Appeal The Hague, 9 octobre 2018, Case number: 200.178.245 / 01. B. Mayer, "The State of the Netherlands c. Urgenda Foundation: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018)". *Transnational Environmental Law*, 8(1), 2019, p. 167-192., Y. Kerbrat, « Note sur Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018 Pays Bas c. Fondation Urgenda », *RGDIP*, 2018, p. 1086-1089.

19 *Urgenda c. Pays-Bas*, Cour suprême des Pays-Bas, décision du 20 décembre 2019, C/09/456689/ HA ZA 19/00135.

20 E. Petrinko, « De la décision d'Urgenda aux perspectives d'un nouveau contentieux climatique », C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, 2018, p. 113-127.

21 C. Cournil, « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », in *Quels (droit(s) face aux changements climatiques ?*, *RJE*, n° spécial, 2017, p. 231-247.

privées à contester la politique climatique individuelle de l'État, en dépit du caractère global des changements climatiques (**I**). D'autre part, elle a amorcé une objectivisation de la responsabilité de l'État en matière climatique, ce qui a facilité l'engagement d'autres juridictions nationales, européennes et internationales dans cette voie (**II**).

I. La subjectivisation des acteurs de la justice climatique

En admettant qu'une personne privée soit fondée à demander des comptes devant le juge national pour contester une politique climatique étatique, la Cour du District de La Haye contribue, à la subjectivisation des intérêts défendus au titre de la justice climatique (**A**). Cette décision permet également de subjectiviser l'auteur des dommages liés aux changements climatiques, en singularisant l'État comme personne redevable, à titre individuel, de la justice climatique (**B**).

A. L'accès des personnes privées à la justice en matière climatique

S'appuyant sur ses statuts, l'ONG Urgenda a su démontrer un intérêt à agir suffisant pour accéder au juge (**1**), et ce, même si la qualité de victime d'une violation des droits de l'Homme lui a été refusée (**2**).

1. Un intérêt à agir fondé sur les statuts particuliers de l'ONG Urgenda

Au Pays-Bas, comme dans d'autres ordres juridiques internes[22], une personne physique ou morale a la possibilité d'intenter une action en justice si elle démontre un intérêt suffisant dans sa requête[23]. Une fondation ou une association peut ainsi invoquer la protection de l'intérêt collectif qu'elle poursuit ou de la somme des intérêts individuels des personnes qu'elle représente[24], en vertu de ses statuts. Le droit néerlandais indique, toutefois, qu'une telle action n'est recevable que si la fondation a engagé au préalable des efforts suffisants pour établir un dialogue avec le défendeur afin que ses exigences soient satisfaites[25], ce qui n'a pas posé de difficultés en l'espèce.

L'article 2 du règlement intérieur de la fondation va s'avérer déterminant, dans la mesure où il évoque la société plus durable à laquelle aspire Urgenda. Plus précisément, il indique qu'elle vise à atteindre un développement durable et à prévenir les conséquences des changements climatiques sur les sociétés humaines, particulièrement aux Pays-Bas, mais pas seulement[26].

22 En revanche, l'accès des personnes privées à la CIJ n'est pas possible et demeure restrictif devant la CJUE dans le cadre d'un recours en annulation, en carence ou en responsabilité extra contractuelle. S'agissant de l'accès des personnes morales à la Cour européenne des droits de l'Homme voir développements *infra*.

23 Article 3:303 du Code civil néerlandais : « Without sufficient interest no one has a right of action ».

24 Article 3:305a du Code civil néerlandais. Pour une approche comparable en France, L. Boré, « Action collective et protection de l'environnement », in *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2010, p. 47.

25 § 4.4.

26 § 4.7.

Cet intérêt collectif dépasse donc les frontières nationales, ce qui a son importance au regard des conséquences à la fois globale et locale des changements climatiques. Cette double dimension « glocale » est entérinée par la Cour qui estime que, sur la base de ses statuts, Urgenda protège un intérêt qui, par sa nature, dépasse les frontières nationales[27]. Urgenda peut ainsi fonder ses allégations sur le fait que les émissions néerlandaises ont aussi des conséquences pour les personnes en dehors des frontières néerlandaises. Aussi, il semble qu'un caractère transnational de l'intérêt à agir soit implicitement reconnu et qu'un contentieux porté par une ONG qui ne représenterait que les intérêts des citoyens non néerlandais serait envisageable, dans la lignée de la célèbre affaire *Shell Dutch*[28].

L'intérêt collectif défendu par Urgenda présente aussi une dimension multi temporelle[29]. L'État néerlandais ne conteste pas qu'Urgenda défend, au regard de ses statuts, le droit des générations « actuelles » de citoyens néerlandais. En revanche, la défense de l'intérêt des générations futures était plus délicate à reconnaître, mais l'hypothèse était envisageable[30] compte tenu de l'admission, par d'autres instances, de l'intérêt à agir de personnes mineures[31]. Urgenda justifie son action au nom de l'intérêt intergénérationnel puisque les actions ou omissions actuelles de l'État en matière de réduction de GES impacteront significativement les générations futures. En acceptant cette dimension intergénérationnelle de l'intérêt à agir, la Cour entérine l'argumentation scientifique qui, désormais, montre clairement qu'il sera plus difficile d'agir plus tard pour atténuer les changements climatiques ainsi que le caractère irréversible des conséquences des émissions de GES passées et actuelles.

La Cour du District de La Haye a donc reconnu que l'intérêt collectif visé par les statuts d'Urgenda lui conférait un intérêt à agir. En revanche, elle ne lui reconnaît pas la qualité de victime d'une violation des droits de l'Homme.

2. Un intérêt à agir non fondé sur la qualité de victime d'une violation des droits de l'Homme

La montée en puissance des droits de l'Homme comme l'une des réponses aux dégradations croissantes de l'environnement est bien démontrée[32], notamment grâce à l'accès aux juges des individus ou des ONG. Toutefois, l'apport des droits de l'Homme rencontre des limites, en raison des logiques antagonistes entre droits individuels et intérêts collectifs[33]. Ainsi, l'article 34 de la Convention

27 § 4.7.

28 Voir notamment les décisions de la District Court of the Hague du 30 janvier 2013 et les suites de cette affaire : https://milieudefensie.nl/english/shell/courtcase/documents.

29 § 4.8 : il est rappelé que le terme de « société durable » a une dimension intergénérationnelle au sens de la « durabilité » exprimée dans le célèbre Rapport Bundtland.

30 C. Van Dijk, « Civil Liability for Global Warming in the Netherlands », in M. Faure, M. Peeters (eds.), *op. cit.*, p. 211 et s.

31 Cf. la décision de la Cour suprême des Philippines, 30 juillet 1993, ILM, vol. 33, 1994, p. 185 sur le recours de 35 mineurs présenté, à leur demande, par leurs parents contre le gouvernement, afin qu'il cesse de délivrer des autorisations de coupe d'arbres. Notons également, la décision de la Superior Court of Washington for King County du 23 juin 2015, qui a reçu favorablement la pétition portée par 8 jeunes, demandant aux services de l'État d'adopter des mesures de réductions des émissions GES sur la base des données scientifiques.

32 S. Humphreys, *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, 2009. O. Quirico and M. Boumghar, *Climate Change and Human Rights: an International Law Perspective*, eds., Routledge, à paraître 2015.

33 F. Francioni, « La dimension environnementale des droits de l'Homme entre individualisme et intérêt collectif », in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville and J. E. Viñuales (éd.), *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden, 2014, p. 950-965.

européenne des droits de l'Homme indique que la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) peut être saisie par toute personne physique, toute ONG ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime, directement ou indirectement[34], d'une violation de la Convention par un État partie[35]. La détermination de la qualité de victime est donc déterminante pour pouvoir avoir accès au juge de Strasbourg. C'est ce qu'a tenté d'établir Urgenda, pour elle-même, mais aussi pour les 886 citoyens associés à son action.

Dans son argumentaire, l'ONG souligne que les changements climatiques portent atteinte aux conditions de vie et donc à la santé des Hommes ce qui est, selon elle, contraire aux articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit à la vie privée et familiale) de la Convention. De son côté, l'État néerlandais réfute l'application de ces deux articles en raison de l'« absence de menace réelle » des changements climatiques[36], en somme l'absence d'un préjudice climatique.

Rappelons à ce dernier égard que la CEDH accepte de recevoir les requêtes des victimes d'une violation ayant d'abord touché une autre personne (parents, veuve), mais aussi des victimes potentielles[37]. Ces dernières peuvent être destinées à subir une violation de leurs droits. Dans ce cas, le requérant doit produire des preuves plausibles et décisives de la survenance d'une violation dont il subirait personnellement les effets. Dans le contentieux environnemental, bien que la CEDH ait eu l'occasion de se prononcer sur le statut de victime potentielle[38], les changements climatiques soulèvent de sérieux défis à l'établissement du lien de causalité entre le dommage et le préjudice subis[39].

La Cour du District de La Haye évite d'avoir à se prononcer sur la question, en n'examinant pas l'intérêt à agir des 886 citoyens au regard de leur qualité de victime d'une violation des droits de l'Homme, estimant qu'elle ne dispose pas de suffisamment de détails sur ces demandeurs pris individuellement[40]. Concernant Urgenda, en tant que telle, le juge néerlandais souligne que, contrairement à une personne physique, l'intégrité physique d'une personne morale ne peut pas être violée et que la vie privée d'une personne morale ne peut être modifiée[41]. Dès lors, Urgenda ne peut démontrer que la violation alléguée des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme lui cause un préjudice et qu'elle a un intérêt légitime et personnel à y mettre fin[42]. En se fondant sur une décision de la CEDH[43], le juge néerlandais ne retient pas non plus la possibilité pour Urgenda d'endosser l'éventuelle qualité de victime des 886 citoyens associés à son action.

34 CEDH, 13 septembre 2006, *Defalque c. Belgique*, req. n° 37330/02, § 46 et CEDH, 27 mars 2008, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c Grèce*, req. n° : 26698/05, § 38.
35 CEDH, 11 juillet 2006, *SARL du Parc d'Activités de Blotzheim c. France*, req. n° 72377/01, § 20.
36 § 3.3.
37 CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c/ RFA*, req. n° 5029/71, CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, req. n° 14038/88.
38 Dans l'affaire *CEDH*, 5 juin 2007, *Lemke c. Turquie*, req. n° 17381/02, la Cour a interprété largement le statut de « victime » : la requérante habitait à 50 km d'un lieu d'exploitation d'une installation dangereuse.
39 A. Gouritin, « La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques ? », in C. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), *Les changements climatiques et les défis du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 255-256.
40 § 4.109.
41 CEDH, 12 mai 2015, *Identoba et al. c. Géorgie*, req. n° 73235/12, § 40 à 43.
42 § 4.45.
43 CEDH, 29 septembre 2009, *Van Melle c. Pays Bas*, req. n° 19221/08.

Dans ce premier jugement, en refusant de fonder l'intérêt à agir d'Urgenda sur la violation alléguée des droits de l'Homme, la Cour du District de La Haye ne fait donc pas preuve d'une très grande audace[44] contrairement au jugement d'appel de 2018 qui revient sur cette interprétation[45]. En espèce, il est tout de même parvenu à dépasser le stade de la recevabilité de l'affaire pour se prononcer au fond et, de manière inédite, singulariser l'État comme personne redevable de la justice climatique.

B. La singularisation de l'État comme personne redevable de la justice climatique

En considérant qu'il existe un lien de causalité suffisant entre les émissions de GES des Pays-Bas, les changements climatiques globaux et leurs effets, actuels comme futurs, sur le climat néerlandais[46], la Cour du District de La Haye est parvenue à dépasser l'obstacle majeur de l'établissement d'une responsabilité individuelle de l'État face à un problème global (**1**). Bien que la question soit moins controversée, elle a également surmonté la difficulté de l'attribution des émissions de GES à l'État (**2**).

1. L'établissement du lien de causalité entre les émissions de l'État et les changements climatiques

Dans le cadre d'une action en responsabilité dans le domaine des changements climatiques, l'établissement du lien de causalité entre le comportement du défendeur et le dommage du requérant est sans doute l'obstacle le plus important. Même en souscrivant à l'analyse du GIEC selon laquelle les émissions anthropiques de GES provoquent les changements climatiques, la nature globale des causes et des effets du problème rend difficile l'établissement de ce lien de causalité. Il est, en effet, impossible de considérer qu'une source d'émission de GES en particulier cause un dommage en particulier.

C'est, en substance, ce qu'indique l'État néerlandais pour contester l'intérêt d'Urgenda à agir dans le cadre d'une action en responsabilité, dans la mesure où, même si la Cour faisait droit à sa demande, cela ne préviendrait pas le dommage qu'elle encourt en raison des changements climatiques[47].

Dans d'autres affaires, cet argument a empêché l'analyse au fond des requêtes. Tel a été le cas, par exemple, dans l'affaire *Comer vs. Murphy Oil*[48], dans laquelle la Cour du District Sud du Mississippi avait considéré : « *there exists a sharp difference of opinion in the scientific community concerning the cause of global warming, and I foresee daunting evidentiary problems* […] *to prove* […] *the degree to which* […] *the action of any individual* […] *company* […] *contribute* […] *to global warming*

44 Pour une analyse dédiée à l'affaire : F. Haumont, « Urgenda et la Convention européenne des droits de l'Homme », *EEI*, n° 5, mai 2019, dossier 14, art. 16.
45 V. le commentaire de D. Misonne dans cet ouvrage.
46 § 4.90.
47 § 4.78.
48 *Comer et al. vs. Nationawide Mutual Insurance Co. et al.*, Case No 1 :05-CV-436 LTD-RHW, 2006 WL 1066645 (S.D. Miss. 2006).

[…] »[49]. Toutefois, dans cette affaire, la Cour d'Appel a considéré que la contribution du défendeur au dommage était suffisante pour établir le lien de causalité requis, du moins, pour fonder l'intérêt à agir du requérant[50].

C'est également sur ce terrain de la contribution au dommage que va se placer la Cour du District de La Haye en soulignant que « *the Dutch greenhouse emissions have contributed to climate change and by their nature will also continue to contribute to climate change* »[51] et que « *emission reduction therefore concerns both a joint and individual responsibility of the signatories to the UN climate change Convention* »[52]. Elle ne va toutefois pas jusqu'à consacrer une responsabilité conjointe et multiple[53].

De même, elle va se garder de pousser le raisonnement jusqu'au bout en cherchant à identifier dans quelle mesure exactement les émissions de GES des Pays-Bas participent aux changements climatiques, ce qui aurait pu être le cas si elle avait cherché à établir une responsabilité strictement proportionnelle. Pour éviter d'avoir à le faire elle va mobiliser les engagements internationaux des Pays-Bas et le principe d'équité, pour considérer que « *in a view of a fair distribution the Netherlands, like other Annex I countries, has taken the lead in taking mitigation measures and has therefore committed to a more than proportionate contribution to reduction* »[54].

2. L'attribution à l'État des émissions provenant de son territoire

La question du lien de causalité entre l'action ou l'omission de l'État et les changements climatiques soulève également celle de l'attribution à l'État des émissions de GES de son territoire. L'État néerlandais a ainsi avancé l'argument selon lequel il ne pouvait être considéré comme « *one of the causers of an imminent climate change, as it does not emit greenhouse gases* »[55].

Toutefois, la Cour du District de la Haye n'a pas eu de grandes difficultés à écarter cet argument. Bien sûr, les GES émis sur le territoire des Pays-Bas ne proviennent pas, en tant que tels, de l'État. Ils résultent du comportement des citoyens néerlandais qui conduisent des voitures, chauffent leur habitation, consomment des biens importés et des entreprises qui produisent certains biens, etc. Néanmoins, ces émissions peuvent être attribuées à l'État dans la mesure où celui-ci dispose des moyens d'infléchir ces émissions privées de GES. En effet, dans la mesure où il peut contrôler le niveau des émissions de GES à travers l'adoption de règlementation ou des procédures d'autorisation, ces émissions de GES privées peuvent être attribuées à l'État pour mettre en jeu sa responsabilité[56].

49 *Ibid.*, p. 4.

50 *Comer et al vs. Murphy Oil USA inc. et al.*, 2009 WL 3321493 (C.A.5 (Miss.)), p. 6. En ce sens, voir également *Massachussets vs. EPA*, Case No 05-1120, 127 S.Ct. 1438 (2007). La preuve du lien de causalité est plus facilement établie au stade de l'examen de la recevabilité et s'agissant d'un contrôle de légalité que dans le cadre de l'examen au fond d'une demande indemnitaire.

51 § 4.90. Pour une déclinaison du raisonnement à l'échelle de l'Union européenne et des entreprises qui y sont situées, aboutissant au rejet de l'argument relatif aux « fuites de carbone », voir § 4.81.

52 § 4.79.

53 Pour un argumentaire favorable à une telle solution, voir M. Faure et A. Nolkaemper, « International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change », *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 26, 2007, p. 165-170.

54 § 4.79.

55 § 4.66.

56 *Ibid.* : « […] *it is an established fact that the State has the power to control the collective Dutch emission level (and that it indeed controls it)* ». Voir également § 4.87 : « *After all, the State has the power to issue rules or other measures, including community information, to promote the transition to a sustainable society and to reduce greenhouse gas emission in the Netherlands* ».

Le principe de l'attribution à l'État des agissements des personnes privées situées sous sa juridiction et sur son territoire est bien établi en droit international[57], y compris en droit international de l'environnement. Ainsi, il résulte de l'affaire de la *Fonderie du Trail*[58], que les États n'ont pas le droit d'autoriser l'utilisation de leur territoire d'une manière qui soit dommageable à un autre territoire, ainsi qu'aux biens et aux personnes qui s'y trouvent. C'est parce que l'État a le pouvoir d'autoriser ou d'interdire certaines activités sur son territoire, que les activités qui y sont conduites, même par des acteurs privés, peuvent lui être attribuées dans le cadre d'une action visant à établir sa responsabilité. Cette idée renvoie également à la notion de droit civil de responsabilité du fait d'autrui, qui suppose d'assumer la réparation des dommages des personnes dont on répond.

Pour asseoir encore davantage sa position, la Cour du District de La Haye se réfère également aux engagements internationaux des Pays-Bas et, en toile de fond, au principe *pacta sunt servanda* : « *when it became a signatory to the UN Climate Change Convention and the Kyoto Protocol, the State expressly accepted its responsibility for the national emission level and in this context accepted the obligation to reduce this emission level as much as needed to prevent dangerous climate change* »[59].

Enfin, la Cour aborde la question de la temporalité des émissions de GES, non pas pour les émissions passées, mais pour les émissions futures en considérant que « *the excess greenhouse gas emission in the Netherlands that will occur between the present time and 2020 without further measures, can be attributed to the State* »[60].

L'élément subjectif du fait générateur de la responsabilité est donc établi par la Cour, qui désigne l'État comme personne devant répondre à la demande d'Urgenda. Toutefois, cet élément subjectif ne suffit pas pour entraîner la responsabilité de l'État. Il ne prend tout son sens qu'en étant associé à l'élément objectif du fait générateur de la responsabilité.

II. L'objectivisation d'une responsabilité de l'État en matière climatique

Il existe différentes acceptions du caractère objectif de la responsabilité[61]. Pour le présent commentaire cette expression désigne l'hypothèse d'une responsabilité fondée sur la commission d'un fait illicite, conçu objectivement, comme un manquement au droit, allégeant la tâche de la victime dans la charge qui lui incombe sur l'apport des preuves. Si la faute n'est pas étrangère au droit néerlandais de la responsabilité civile, ce n'est pas sur ce terrain que le juge choisit de se situer, mais plutôt sur celui d'un fait générateur du dommage imputable à l'État en raison des obligations dont il est redevable, en vertu de la loi ou de principes généralement acceptés[62]. Pour procéder de la

57 *Ile de Palmas (États-Unis/Pays-Bas)*, sentence du 4 avril 1928.
58 *Trail smelter case (United States vs. Canada)*, sentences du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941.
59 § 4.66.
60 § 4.87.
61 Pour une analyse des variations dans l'interprétation de cette expression, voir G. Hafner, I. Buffrad, « Les travaux de la Commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », in Colloque SFDI d'Aix-en-Provence, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, Paris, p. 146-148.
62 Article 6:612, alinéa 3 du Code civil néerlandais : « *A tortious act can be attributed to the tortfeasor [the person committing the tortious act] if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles (common opinion)* ».

sorte, le juge doit tout d'abord établir que la politique climatique des Pays-Bas est encadrée par une obligation légale de l'État (**A**). Cela lui permet, non seulement, d'écarter l'argument selon lequel la fixation de la trajectoire de réduction des émissions de GES des Pays-Bas relève d'un choix de nature purement politique, mais aussi de considérer qu'en ne mettant pas tout en œuvre pour se conformer à cette obligation, l'État a commis une négligence entraînant la mise en jeu de sa responsabilité[63] (**B**).

A. Le fondement de l'illégalité de la politique climatique de l'État

Pour mettre en jeu la responsabilité civile de l'État[64], Urgenda devait établir que celui-ci avait agi (ou omis d'agir) illégalement, en violant soit un droit dont Urgenda peut se prévaloir, soit une loi, soit encore ce qui, en vertu du principe de « *duty of care* »[65], peut être considéré comme un comportement social adéquat[66]. Si le juge a écarté les deux premières hypothèses (**1**), il a retenu, en revanche, la troisième (**2**).

1. L'impossible fondement sur le droit international, les droits de l'Homme et la Constitution

Urgenda tente, tout d'abord, de fonder l'illégalité de l'omission de l'État sur la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme, ce que la Cour ne retient pas, car elle considère qu'Urgenda ne peut pas, en tant que personne morale, se prévaloir du droit à la vie (article 2), ni du droit à la vie privée et familiale (article 8)[67]. Les jugements d'appel et de cassation vont sur ce point apporter une interprétation toute autre[68].

La Cour ne retient pas non plus le fondement tiré de l'article 21 de la Constitution[69], en raison du caractère trop général et imprécis de cette disposition, qui laisse un pouvoir discrétionnaire étendu à l'État[70]. Notons que l'invocation de fondements constitutionnels a depuis été particulièrement repris dans les autres contentieux climatiques contre l'État[71] et parfois avec succès comme dans l'affaire *Leghari*[72].

63 Le droit néerlandais interdit que les actions en responsabilité civile portées par des personnes morales visent l'indemnisation de leur préjudice (Article 3:305a3 du Code civil néerlandais). Une telle action tend donc simplement à un jugement déclaratoire éventuellement assorti d'une injonction, comparable à celui qui résulterait de la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'État ou à du contrôle de validité devant le juge administratif français et la CJUE.

64 Article 6:612, alinéa 1 du Code civil néerlandais : « *A person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof* ».

65 Qui peut être traduite en français par « devoir de diligence » ou encore « devoir de vigilance ».

66 Article 6:612, alinéa 2 du Code civil néerlandais : « *As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour* ».

67 Voir développements *supra* et § 4.45.

68 V. Commentaire de D. Misonne dans cet ouvrage.

69 « *It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment* ».

70 § 4.36. Cette position conduit à considérer l'impact que pourrait avoir l'inscription des objectifs fixés par la communauté scientifique internationale en matière climatique dans la Constitution française. V. Dossier spécial C. Cournil (dir.), « La Constitution face aux changements climatiques », *Revue Énergie, Environnement Infrastructure, LexisNexis*, décembre, n° 12, 2018, p. 9-50.

71 C. Cournil, « La place croissante des argumentaires constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in *Droit constitutionnel de l'environnement, regards croisés*, M.-A. Cohendet (dir.), éd. Mare et Martin, Paris, 2020, à paraître.

72 V. le commentaire de T. Keïta dans cet ouvrage.

La Cour écarte enfin les fondements tirés du droit international. Elle indique, à cet égard, que les dispositions de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements Climatiques (CCNUCC), du Protocole de Kyoto et le principe d'utilisation non dommageable du territoire ne sont pas dotés d'effet direct, si bien qu'une personne privée ne peut pas s'en prévaloir devant le juge interne[73]. Même si la Cour du District de La Haye s'était livrée, comme on aurait pu s'y attendre, à un examen plus approfondi de l'invocabilité de ces dispositions, elle ne serait peut-être pas arrivée à une autre conclusion, tant cette appréciation laisse une marge d'interprétation importante au juge.

Sans doute consciente de l'influence que pourrait produire sa décision auprès d'autres juridictions, elle préfère donner plein effet à ces normes internationales, en s'y référant, non pas directement, mais, de manière plus stratégique, comme un élément de contexte à prendre en compte pour interpréter et appliquer le droit interne[74]. Elle justifie, en substance, cette position au regard des principes selon lesquels les accords internationaux régulièrement conclus doivent être exécutés par les parties de bonne foi[75] et d'interprétation conforme[76], sans pour autant s'y référer expressément[77]. La Cour du District de La Haye précise, par la suite, que le raisonnement vaut également pour le droit de l'Union européenne (UE)[78] et pour la Convention européenne des droits de l'Homme[79]. Ce faisant, le juge néerlandais admet l'« invocabilité indirecte »[80] des normes internationales et européennes, ce qui lui permet plus facilement de fonder l'illégalité du comportement de l'État sur la violation de son devoir de diligence[81].

2. *Le fondement sur le devoir de diligence à l'aune des fondements écartés*

Pour déterminer si, comme le prétend Urgenda, un devoir de diligence pèse sur l'État en matière climatique, le juge utilise une série de critères[82] inspirés de la jurisprudence sur la responsabilité civile en cas de mise en danger d'autrui[83], des apports de la doctrine[84], ainsi que des objectifs et principes de la CCNUCC et du Traité sur le fonctionnement de l'UE en matière environnementale[85].

73 § 4.42.
74 § 4.43.
75 « This does not affect the fact that a state can be supposed to want to meet its international-law obligations. » (*Ibid.*)
76 « […] *international-law standard—a statutory provision or an unwritten legal standard—may not be explained or applied in a manner which would mean that the state in question has violated an international-law obligation, unless no other interpretation or application is possible.* » (*Ibid.*)
77 Pour une position comparable devant les juridictions françaises, voir les conclusions du Rapporteur public, M. Guyomar, du 30 octobre 2009, dans l'affaire *Perreux*, p. 9, qui parle à cet égard de l'invocabilité « d'interprétation conforme ».
78 § 4.44.
79 § 4.46.
80 La Cour utilise à cet égard l'expression de « reflex effect » (§ 4.43).
81 § 4.52.
82 § 4.63: « (i) the nature and extent of the damage ensuing from climate change; (ii) the knowledge and foreseeability of this damage; (iii) the chance that hazardous climate change will occur; (iv) the nature of the acts (or omissions) of the State; (v) the onerousness of taking precautionary measures; (vi) the discretion of the State to execute its public duties – with due regard for the public-law principles, all this in light of: - the latest scientific knowledge; - the available (technical) option to take security measures, and- the cost-benefit ratio of the security measures to be taken ».
83 L'affaire *Kelderluik* rendu par la Cour Suprême, du 5 Novembre 1965, ECLI: NL: HR: 1965: AB7079, NJ 1966, 136.
84 Références citées dans l'affaire : note 25 : « E. Bauw, Green Series, Unlawful Act (*Onrechtmatige daad*), scheme from Book 6 of the Dutch Civil Code, note 12, W. Braams, A. Van Rijn and M. Scheltema, Climate and Law, Deventer: Kluwer 2010, p. 5 and Chr. H. Van Dijk, Private-law liability for global warming, NJB 2007, p. 2333. »
85 La Cour fait ainsi tour à tour référence à l'équité (§ 4.56 et 4.57), au développement durable (§ 4.56 et 4.59), au niveau élevé de protection de l'environnement et à la prévention des dommages environnementaux (§ 4.60 et 4.61), au principe de précaution (§ 4.56, 4.58, 4.60 et 4.61) à la prise en compte des données scientifiques et techniques disponibles, aux avantages et charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action et au développement économique et social (§ 4.62).

Les critères relatifs au dommage encouru[86] et au rapport coût/efficacité des mesures nécessaires à sa prévention[87] sont plus particulièrement intéressants, dans la mesure où ils incitent le juge à mobiliser le principe de précaution. L'interprétation que la Cour donne de ce principe s'avère déterminante pour, d'une part, affirmer l'obligation de l'État de protéger ses citoyens des conséquences des changements climatiques, encadrant ainsi son pouvoir discrétionnaire au titre de l'article 21 de la Constitution[88], et d'autre part, donner de la substance à l'obligation de diligence de l'État en matière climatique.

Les trois premiers critères mobilisés par le juge néerlandais, pour déterminer si un devoir de diligence pèse sur l'État en matière climatique, sont relatifs au dommage encouru. La difficulté, en matière de changements climatiques, tient au fait que les dommages concrets résultant des changements climatiques sont incertains[89]. Le juge contourne cette difficulté en analysant le dommage, non pas comme l'élément entraînant la responsabilité des Pays-Bas, mais comme un indice permettant d'apprécier l'existence d'un devoir de diligence de l'État en matière climatique, dont la méconnaissance fonderait, en tant que telle, la responsabilité de l'État pour négligence. Ce raisonnement permet de conférer à la responsabilité une visée préventive[90]. Dans ce contexte, la prise en considération du dommage incertain est plus facilement concevable. Elle revient à se demander si compte tenu de l'importance, de la connaissance et de la probabilité de réalisation du dommage encouru, il peut raisonnablement être considéré que l'État a un devoir de diligence pour prévenir sa réalisation, ce qui est le cas en l'espèce, notamment compte-tenu des rapports du GIEC. Le principe de précaution est, dès lors, mobilisé pour préciser les contours de l'obligation de diligence de l'État visant à prévenir la réalisation d'un dommage, dont l'éventualité est démontrée bien que les formes concrètes qu'il prendra demeurent incertaines[91].

86 Critères (i), (ii) et (iii).

87 Critères (v) et (vi).

88 § 4.74.

89 Si le juge administratif français admet que la responsabilité de l'État puisse être engagée en raison d'une loi méconnaissant une convention internationale (CE, Ass., 8 février 2007, *M. Gardedieu*, n° 279522), ou d'une carence fautive de l'État pour défaut de prévention (CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c. consorts B*, req. n° 241150), il exige que le préjudice qui en résulte pour le requérant soit certain et le risque avéré. En revanche, dans le cadre d'un recours en plein contentieux objectif, le juge administratif n'aura pas besoin de considérer le dommage pour formuler une injonction. Si un dommage incertain ne peut fonder l'état de nécessité comme cause d'exonération de la responsabilité internationale (voir, CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Gabcikovo-Nagymaros*, Rec. 1997, § 54), un acte internationalement illicite suffit pour entraîner la responsabilité internationale de l'État, le dommage potentiel n'étant alors apprécié qu'au stade de la recevabilité. De même, si la responsabilité extra contractuelle de l'UE ne peut être mise en cause que pour réparer un préjudice réel, celui-ci n'entre pas en considération dans le cadre d'un contrôle de validité.

90 Sur les réticences du juge français à conférer une telle visée préventive à la responsabilité civile sur le fondement du principe de précaution, voir M. Boutonnet, « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français : un bilan en demi-teinte », *McGill International Journal of Sustainable Development Law & Policy,* vol. 10, n° 1, 2014, p. 105-136. Sur la difficulté d'étendre la responsabilité administrative pour faute en raison d'un défaut de précaution, voir M. Deguergue, « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », *RIDC*, n° 2, 2006, p. 629-634.

91 En ce sens, voir TIDM, avis consultatif du 11 février 2011, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, aff. n° 17 : « l'obligation de diligence […] exige des États […] de prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages […] », y compris dans les « situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels » (§ 131). Voir également, CEDH, arrêt du 27 janvier 2009, *Tatar c. Roumanie* : « le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique » (§ 109).

Les deux derniers critères tiennent, en substance, à l'appréciation du coût des mesures à entreprendre, en tant que telles, mais aussi au regard de leurs avantages pour prévenir la réalisation du dommage, à l'efficacité de ces mesures et à la possibilité technique de les mettre en place[92]. Ils mobilisent un autre aspect du principe de précaution relatif à la recherche d'un juste équilibre, ou d'une juste proportion, entre l'objectif de prévention d'un dommage incertain et les moyens déployés à cette fin[93]. Pour conclure que ces critères plaident également en faveur d'un devoir de diligence de l'État en matière climatique, la Cour va de nouveau se fonder sur les rapports du GIEC et du Programme des Nations Unies pour l'Environnement afin de considérer que des mesures d'atténuation doivent être entreprises dès à présent et en priorité par rapport aux mesures d'adaptation, pour des raisons de rapport coût/efficacité[94]. Elle va également considérer que l'État n'a pas démontré que le niveau d'ambition de sa politique climatique était justifié par des considérations économiques[95] ou encore que son élévation représenterait une charge impossible à honorer[96]. Le principe d'équité impose, enfin, selon la Cour, de considérer une distribution raisonnable des coûts de l'action entre les générations présentes et futures[97].

La Cour conclut qu'une obligation de diligence pèse donc effectivement sur l'État en matière climatique. Le raisonnement emprunté par la Cour du District de La Haye à cet égard, pourrait facilement être suivi par une autre juridiction, dans la mesure où le devoir de diligence de l'État est un principe qui irrigue plusieurs branches du droit[98]. Or, pour lui donner de la substance dans le contexte des changements climatiques, elle mobilise le principe de précaution, qui fait lui aussi désormais partie de « nombre d'ordres juridiques »[99]. Elle parvient, enfin, à lui faire produire des effets concrets, en mobilisant un cadre normatif international et européen, pertinent au-delà des Pays-Bas. L'obligation de *due diligence* ou de « *duty of care* » ou encore le devoir de vigilance[100] ont depuis été mobilisés dans d'autres contentieux climatiques.

B. La qualification de la négligence de l'État

Après avoir déterminé qu'une obligation de diligence pesait bien sur l'État en matière climatique, à laquelle le juge a réussi à donner de la substance grâce au principe de précaution, la Cour peut rejeter l'objection tenant au caractère politique des choix opérés par l'État pour son objectif de

92 § 4.67 à 4.82.
93 Voir notamment, M. Haritz, « Liability with and liability from the precautionary principle in climate change cases », in M. Faure and M. Peeters (eds.), *op. cit.*, p. 27-29.
94 § 4.70 et 4.71.
95 § 4.77 et 4.82.
96 § 4.77.
97 § 4.76.
98 Pour la consécration de ce principe en tant que coutume internationale, voir notamment CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Usine des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay),* § 131. Toutefois, pour l'heure, cette obligation de diligence n'a « pas conduit à un développement significatif de la pratique » internationale (Y. Kerbrat, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement, rapport général sur le thème de la deuxième demi-journée », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, *op. cit.*, p. 134). S'il n'y a pas de notion équivalente en droit administratif français, le juge pourrait dégager un principe général du droit « d'ordre public écologique » promu par la doctrine (N. Belaidi, « Identité et perspectives d'un ordre public écologique », *Droit et Culture*, n° 68, 2014, p. 15-49).
99 Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « Les juridictions internationales et le principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », in D. Alland *et al.* (éd.), *Unité et diversité du droit international*, *op. cit.*, p. 930.
100 S. Mabile et F. de Cambiaire « L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises en matière de changement climatique », *EEI*, n° 5, mai 2019, dossier 21.

réduction d'émission de GES (**1**). Elle fixe, dès lors, dans le dernier volet de son raisonnement, ce qui, en matière de climat, constitue un standard de diligence, avant de conclure que la politique d'atténuation des émissions de GES des Pays-Bas ne s'y conforme pas et constitue dès lors une négligence dont l'État doit être tenu pour responsable (**2**).

1. *Le rejet de l'objection tenant au principe de séparation des pouvoirs*

Pour étayer son argumentaire face à l'action d'Urgenda visant à contester l'objectif de réduction des émissions de GES des Pays-Bas, l'État évoque l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. La nature politique des choix étatiques en matière climatique ne relèverait pas, selon lui, de l'appréciation du juge.

La Cour examine avec beaucoup d'attention cet argument particulièrement sensible[101], en rappelant d'abord que ce principe fondant l'organisation des pouvoirs publics, découlant de la théorie *trias politica* de Montesquieu, a conduit à l'émergence de l'État de droit. La Cour souligne ensuite que le droit néerlandais ne possède pas une séparation stricte (« *full* ») des pouvoirs entre la fonction exécutive et la fonction judiciaire et, enfin, que si chaque pouvoir a sa propre mission, il a aussi des responsabilités. La fonction judiciaire ayant pour mission de régler les différends et d'encadrer les actions des organes politiques de l'État, ces actions doivent être examinées par un tribunal indépendant[102], ce qui est le principe même du contrôle de légalité.

Bien consciente de ce qu'elle entre dans des considérations politiques par l'analyse des objectifs de réduction de l'État, la Cour souligne la prudence dont elle doit faire preuve[103] étant donné que sa décision pourrait avoir des conséquences directes ou indirectes pour les tiers. Malgré son absence de légitimité démocratique, la Cour ajoute que, dans le cadre de sa fonction judiciaire, elle a pour tâche de rendre la justice sur les demandes de protection des citoyens contre les actions des autorités gouvernementales, mission découlant des lois[104].

La Cour estime alors que la demande d'Urgenda entre parfaitement dans ses missions judiciaires et que la politique climatique des Pays-Bas nécessite un contrôle du juge[105]. À cet égard, la Cour considère qu'elle n'a pas à prendre en compte les répercussions politiques de sa décision dans le cadre des négociations internationales en vue de la 21e Conférence des Parties (COP 21), au titre

101 Aux États-Unis, dans certaines affaires, le juge a utilisé un faisceau d'indices pour considérer à l'inverse que l'appréciation de la politique climatique fédérale était de nature politique, si bien qu'il ne pouvait pas en connaître, en vertu du principe de séparation des pouvoirs (Voir *California c. General Motors Corp.*, No. C06-05755, 2007 WL 2726871 (N.D. Cal. Sept. 17, 2007), point 2 et *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 863 (N.D. Cal. 2009). Pour un revirement, voir *Connecticut et al. c. American Electric Power Company Inc. et al.*, 2009 WL 2996729 (C.A.2 (N.Y.)).

102 § 4.95. À comparer avec la position de la CIJ selon laquelle « quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d'États au regard des obligations que le droit international leur impose » (CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ *Rec.* 1996, § 13).

103 § 4.95 « Great restraint or even abstinence is required when it concerns policy related considerations of ranging interests which impact the structure or organisation of society » et § 4.96.

104 § 4.97.

105 § 4.98.

desquelles l'État prétendait conserver une marge de manœuvre[106]. Pour autant, elle affirme que sa décision sera obligatoire pour les Pays-Bas, y compris dans ce contexte[107].

La décision du juge ne conduit pas ici à ordonner ou interdire de prendre « telles » mesures ciblées ou adopter une politique précise, l'État conserve sa liberté[108] sur la façon dont il souhaite se conformer au standard de diligence fixé par la Cour.

2. *La fixation d'un standard de diligence en matière climatique*

Le juge néerlandais ne s'est pas contenté de déterminer qu'une obligation de diligence pesait sur l'État en matière climatique. Il a également fixé avec précision le standard requis en la matière. Il s'est ainsi prononcé sur l'intensité de cette obligation de diligence, en indiquant que l'État a un « sérieux » devoir de diligence[109], et qu'il doit faire preuve d'une diligence de « haut niveau », se traduisant par l'adoption d'un cadre d'action adéquat et efficace pour réduire les émissions de GES des Pays-Bas[110]. Le juge révèle enfin que le devoir de diligence de l'État en matière climatique implique que des actions de réduction des émissions de GES soient entreprises aussi vite et autant que possible[111].

Il va plus loin encore, en tirant les conséquences chiffrées et datées de ces énoncés généraux. À cet égard, le juge suit le raisonnement suivant : pour éviter que des changements climatiques dangereux ne se réalisent, il faut maintenir la concentration de GES dans l'atmosphère en dessous de 450 parties par million, car c'est le scénario qui, selon les prévisions du GIEC, permet avec le plus de certitudes de ne pas augmenter la température moyenne du globe de plus de 2℃, au-delà desquels des dommages irréparables se réaliseront. Or, l'objectif actuel de 17 % de réduction des émissions de GES des Pays-Bas en 2020 par rapport à 1990 est en-dessous de la trajectoire nécessaire pour se conformer à ce scénario, qui a été fixée, lors des Accords de Cancún, à une fourchette située entre -25 % et -40 % en 2020 par rapport à 1990, en ce qui concerne les pays développés. Dès lors, le juge conclut qu'une politique de réduction des émissions de GES des Pays-Bas ne poursuivant pas au minimum une trajectoire de -25 % en 2020 par rapport à 1990 est contraire au devoir de diligence de l'État en matière climatique.

Ce faisant, il écarte deux arguments avancés en défense par l'État. Tout d'abord, il rejette l'argument selon lequel, en fixant leur objectif actuel de réduction d'émission de GES les Pays-Bas auraient agi conformément au droit de l'UE, en soulignant que les objectifs assignés à chaque État membre ne constituent qu'un minimum. En effet, bien qu'il puisse être difficile pour les Pays-Bas

106 § 4.98. Notons, sur ce point, qu'à l'inverse, la CJUE refuse de prendre en considération les dispositions du GATT et de l'OMC pour apprécier la légalité d'un règlement communautaire (CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*, aff. C-280/93, rec. p. I-4973, point 109), dans la mesure où les caractéristiques de ces accords laissent une place constante à la négociation, et où « cela reviendrait à priver les organes […] de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent […] les partenaires commerciaux de la Communauté » (CJCE, arrêt du 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, Rec. p. I-8385, point 46).

107 § 4.100.

108 § 4.401.

109 § 4.65.

110 § 4.66.

111 § 4.73.

d'agir sur les objectifs des secteurs couverts par le système d'échange de quotas, harmonisé à l'échelle de l'UE, l'État avait plus de marge de manœuvre concernant les autres secteurs[112]. Ensuite, la Cour écarte l'argument selon lequel l'objectif de l'UE et des Pays-Bas, à l'horizon 2030 correspond au scénario préconisé par le GIEC, en considérant que le report des réductions d'émissions de GES était trop risqué, car moins étayé par des conclusions scientifiques, reconnues politiquement[113].

Si Urgenda, en tant que personne morale, n'était pas en mesure de prétendre à la réparation de son préjudice devant le juge civil néerlandais, elle obtient bien plus que cela. Pour la première fois au monde, cette action en responsabilité aboutit à ce qu'un État soit juridiquement contraint d'adopter une trajectoire chiffrée et délimitée dans le temps de réduction de ses émissions de GES sur la base de considérations scientifiques objectives et partant du point de vue selon lequel il faut prévenir la réalisation de changements climatiques dangereux pour l'Homme.

***

La requête soutenue par Urgenda apporte, dans la lignée d'autres décisions néerlandaises[114], sa contribution à la justice environnementale, cette fois-ci dans son volet climatique, avec un impact bien plus décisif sur le fond et qui dépasse largement la portée nationale de la majorité des affaires ayant abouti en 2015 et depuis sa confirmation en 2019 en cassation.

Le caractère inédit de cette décision a ouvert des perspectives intéressantes quant à ses répercussions dans la politique nationale (fermeture de centrales émettrices de GES, nouvelle loi sur la neutralité carbone), mais aussi au regard du « dialogue des juges » qu'elle a amorcé[115] et de l'émergence d'un mouvement transnational de justice climatique[116] postérieurement à 2015.

L'objectivisation de la responsabilité à laquelle a participé la décision de la Cour du District de La Haye, induit une amélioration du régime de preuve à la charge de la victime en plaçant le juge sur le terrain du contrôle de légalité. Cela participe à faciliter d'autres actions en responsabilité, pour prévenir la réalisation des dommages résultant des changements climatiques, devant le juge interne, les juges européens, mais aussi devant le juge international pour mettre en jeu la responsabilité internationale de l'État. L'affaire *Urgenda* a généré un « effet boule de neige » au plan contentieux en Europe[117]. Parallèlement, l'aboutissement de la subjectivisation des acteurs de la justice climatique supposerait de franchir une étape supplémentaire en mettant en jeu, non pas seulement la responsabilité individuelle de l'État, mais également celle des entreprises fortement émettrices de GES. Ce chemin est également en voie d'être dessiné avec des récents recours et affaires pendantes[118].

112 § 4.80.
113 § 4.85.
114 Cf. l'affaire *Shell* dont la requête en responsabilité a été portée par l'ONG néerlandaise Milieudefensie (les Amis de la Terre Néerlandais) et des agriculteurs nigérians. D'autres ONG néerlandaises ont porté des actions plus localisées de responsabilité des autorités locales, par exemple pour faire appliquer des mesures en vue de l'amélioration de la qualité de l'air dans la province d'Utrecht.
115 Ce jugement a été cité par d'autres juges.
116 Le jugement a été repris dans les arguments de certains autres contentieux climatiques en cours (cf. Affaire du siècle en France) et il est indéniable que les ONG s'entraident pour maximiser leurs chances de réussite dans les procès climatiques pendants.
117 V. certaines affaires dans cet ouvrage : *People climate case*, *Les Ainées pour la protection du climat* en Suisse, *l'Affaire du siècle* en France, etc.
118 V. dans cet ouvrage l'affaire *Total*, *Shell*, etc.

4
Affaire *Klimaatzaak* (2015)

Delphine Misonne[1]

Cela faisait bien longtemps en Belgique que, ça et là, au sein de la société civile, un sentiment d'irritation provoqué par l'attentisme des pouvoirs publics à l'égard de l'enjeu climatique allait grandissant. Quand, aux Pays-Bas, une Fondation nommée Urgenda décida d'agir en justice pour faire avancer la cause climatique, l'initiative fit immédiatement des émules chez le voisin du Sud. Regroupés au sein d'un association sans but lucratif qu'ils nommèrent « klimaatzaak », ce qui signifie tout simplement « affaire climat », des citoyens belges assignèrent l'État fédéral, la Région wallonne, la Région flamande et la Région de Bruxelles-capitale devant le tribunal de première instance de Bruxelles, le 27 avril 2015, pour « rappeler à la Belgique sa responsabilité dans la lutte contre le changement climatique »[2].

Fin mars 2020, le tribunal ne s'est toujours pas prononcé sur les mérites de l'affaire, ni même sur l'intérêt qu'ont les requérants (l'association klimaatzaak, soutenue aujourd'hui par 60 301 « codemandeurs et partisans ») à agir.

L'affaire a achoppé, dès son introduction, sur une question d'emploi des langues en matière judiciaire. La citation fut introduite à Bruxelles en français, devant le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, mais la Région flamande demandait un changement de langue vers le néerlandais, ainsi qu'une scission de l'affaire en deux parties. En vertu d'un arrêt de la Cour de Cassation du 28 mars 1985, si une partie défenderesse a son siège dans une région unilingue et toutes les autres parties défenderesses ont leur siège à Bruxelles qui est plurilingue, il faut assigner dans la langue de la région unilingue (Région wallonne), en l'espèce le français. La Cour de Cassation a confirmé, le 20 avril 2018, cette position, déjà rappelée par le tribunal de première instance, mais aussi, en appel, dès 2016, par le tribunal d'arrondissement. La procédure entamée à l'encontre de l'État fédéral et des trois régions devait donc bien être poursuivie en français[3].

1 Chercheur qualifiée au FNRS, Professeure à l'Université Saint-Louis Bruxelles.
2 https://affaire-climat.be (consulté le 1er avril 2020).
3 Cassation (Belgique), 20 avril 2018. L'arrêt confirme la décision du tribunal d'arrondissement, du 8 février 2016 (francophone et néerlandophone, assemblée réunie).

En mars 2020, l'on peut toutefois pointer les caractéristiques que l'affaire *Klimaatzaak* partage avec d'autres affaires menées de par le monde, qui confortent son appartenance à une même vague d'activisme judiciaire, novatrice, voire audacieuse à certains égards[4] (I).

L'action intentée permet également, par sa seule existence et par le coup d'éclat qu'elle induit, de mettre en relief les attentes et les impatiences du citoyen à l'égard d'un État de structure complexe qui, en effet, présente quelque difficulté à assurer, d'une manière pleinement concertée, une véritable ambition sur le front de la lutte contre les changements climatiques et de l'adaptation à celui-ci (II).

Enfin, si cette affaire est une première en Belgique, elle ne sera sans doute pas la dernière. Ses éléments porteurs méritent d'être mis en exergue, mais aussi en perspective, car, avec le temps qui passe, elle souffre déjà d'un décalage au regard, d'une part, des avancées majeures du droit international et du droit européen, mais aussi, sans doute, du contentieux qui lui servit au départ de modèle – car, pendant tout ce temps de léthargie de l'appareil judiciaire belge en matière civile, l'affaire *Urgenda* a déjà abouti à un jugement de Cassation sur l'ensemble des éléments de fond (III).

I. Dans le sillage de l'affaire *Urgenda*

Par citation signifiée le 1er juin 2015, l'A.S.B.L. Klimaatzaak et, au départ, 8429 personnes physiques[5] ont assigné l'État belge, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la Région flamande devant le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, par une action en responsabilité basée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil.

L'association décrit son action comme « *un outil, un activateur de changement sociétal et politique durable. Nous n'utilisons pas ce recours légal contre un ministre ou un gouvernement, mais par amour pour la société et le climat. Non pas contre, mais pour. Ensemble, si possible* ». La citation opte cependant pour tout un autre ton puisqu'il y est demandé au juge, d'une part, comme dans l'affaire *Urgenda*, d'ordonner aux parties citées (soit l'État fédéral et les trois régions) de diminuer le volume global des émissions belges annuelles de gaz à effet de serre en manière telle que le volume global de ces émissions doit avoir diminué en 2020 de 40 %, ou à tout le moins de 25 %, par rapport au niveau de l'année 1990, mais aussi, d'autre part et à la différence d'Urgenda[6], une astreinte de 100 000 euros par mois de retard. L'association y ajoutait encore d'autres exigences, parmi lesquelles la finalisation du partage de la charge de réduction des émissions (le *burden sharing*, une question sensible en Belgique), également sous peine d'astreinte, ainsi que l'adoption d'un programme commun de réduction des émissions, « coordonné et commenté », toujours sous peine d'astreinte.

4 Par comparaison à un contentieux plus classique, et souvent plus discret, en matière environnementale. Sur les convergences, v. C. Cournil, « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », in Quels (droit(s) face aux changements climatiques ? *Revue juridique de l'Environnement*, n° spécial, 2017, p. 231-247.

5 Dont le nombre n'a cessé de croître ensuite, pour dépasser les 35 000 (mai 2018).

6 https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/Translation-Summons-in-case-Urgenda-v-Dutch-State-v.25.06.10.pdf (consulté le 21 avril 2020)

Pour les requérantes, la politique des parties citées ne se fixe pas pour objectif la réduction de 25 %-40 % des émissions de gaz à effet de serre, nécessaire pour éviter un réchauffement de plus de 2 degrés Celsius, et « agissent par conséquent de manière illicite et violent le droit »[7]. Alors que les objectifs qui s'imposent sur la scène internationale en vertu des données scientifiques et politiques sont bien connus desdites autorités, vu qu'elles ont même contribué à les définir, elles ne réduiraient pourtant pas, à la hauteur de ce qui est nécessaire, leurs émissions de gaz à effet de serre[8].

À l'instar de l'affaire *Urgenda*, c'est bien l'atteinte aux droits subjectifs des requérants qui constitue le cœur de l'argumentation, en raison du dommage occasionné par le risque qu'un changement climatique dangereux se matérialise. Pour les requérantes, « seules l'obligation juridique de précaution, l'obligation d'éviter la mise en danger d'autrui et les droits de l'homme, peuvent encore offrir une protection contre le changement climatique dangereux »[9]. Elles asseyent leur requête sur une palette de moyens juridiques évoqués chacun de manière autonome : la responsabilité civile au sens de l'article 1382 du Code civil, les droits de l'homme au sens de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), mais aussi de la Constitution belge, les principes de prévention et de précaution.

Tout comme dans l'affaire *Urgenda*, la démonstration accorde une place importante à l'état de la science. La citation s'appuie sur les travaux scientifiques du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), dont le statut serait « particulier »[10]- évoquant l'existence d'un consensus politique internationale sur ce qui pourrait constituer une norme de comportement attendue, donnant du contenu à une obligation de prévention[11] – et sur le contenu de deux études réalisées en Belgique, qui démontreraient de manière convaincante qu'une réduction poussée des émissions est requise parce que la Belgique est très loin d'atteindre sa part pour limiter le changement climatique à 2℃'.

Des éléments se surajoutent cependant, qui distinguent l'affaire belge de l'affaire néerlandaise, comme l'invocation de l'ancien article 714 du Code civil belge, selon lequel « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », à l'appui duquel les requérants posent la question de leur droit d'usage à un « climat stable, à la jouissance d'une biodiversité riche, à une bonne qualité de l'air et de l'atmosphère »[12]. S'inspirant de la doctrine[13], ils invoquent leur droit à l'usage des ressources environnementales non appropriées, lorsque le droit d'usage d'autres sujets de droit est limité et quand le pouvoir de régénération des ressources environnementales est affecté. La perte d'un environnement stable est aussi le moyen saisi par le mouvement pour la transition socio-écologique Aardewerk[14], le 3 mai 2019,

7 Citation, § 43.
8 Extraits de la citation.
9 § 15 de la citation.
10 § 19 de la citation.
11 § 86 et 87 de la citation.
12 § 117 de la citation. Par une loi du 4 février 2020 (M.B. 17 mars 2020), le livre 3 du Code Civil portant sur « Les biens » a été profondément remanié. L'article 714 disparaît pour laisser place à un article 3.43 al.1. Celui-ci dispose que « Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité. Elles n'appartiennent à personne et sont utilisées dans l'intérêt général, y compris celui des générations futures. Leur usage est commun à tous et est réglé par des lois particulières ».
13 A. Carette, Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanddelen, Antwerpen, Intersentia, 1997, 553.
14 Un mouvement basé en région flamande, qui se revendique de l'écologie radicale.

sur requête en intervention volontaire, d'inviter les « droits de la nature » dans la procédure[15]. Quatre-vingt-deux arbres, tous protégés au titre de monument et disposant donc chacun d'une adresse, se sont soudain en effet joints à l'affaire[16].

A. L'effet d'entrainement

C'est en raison de certaines de ces caractéristiques, outre le fait qu'il y soit traité de climat, que cette affaire belge s'inscrit dans un courant plus vaste, mais aussi qu'elle sort, à notre estime, des sentiers battus (1). Si elle en sort, c'est toutefois pour en rejoindre d'autres, alors que le contexte belge est très spécifique (2)[17].

1. La revalorisation du potentiel offert par le droit commun et les droits fondamentaux

L'Accord de Paris sur le changement climatique, sur lequel la communauté internationale[18] s'accorda le 12 décembre 2015, n'existait pas encore à l'époque où les associations Urgenda et Klimaatzaak préparaient leurs citations. La situation internationale était incertaine, entre l'échec de la Conférence de Copenhague en 2009 et l'hypothétique adoption d'un nouvel instrument qui pourrait réamorcer les conditions de la cohésion internationale autour de la question du changement climatique. La volonté des États de l'Annexe I[19] d'assurer leur rôle de modèle, non seulement à l'occasion des négociations internationales mais aussi au plan interne, dépendait d'un arsenal d'actes législatifs et de politiques portant sur le climat qui restaient encore fort calqués sur les mesures visant à mettre en œuvre du Protocole de Kyoto. Mais, après 2012[20], sur quels ressorts juridiques pouvaient donc s'appuyer les associations ou les personnes physiques pour exiger, de la part de leurs États respectifs, un surcroît d'ambition ?

L'une des pistes retenues fut celle d'un retour vers les fondamentaux du droit commun, comme les dispositions du Code civil ou de la *Common law*, une autre fut celle de la protection des droits fondamentaux au sens de la CEDH. Est ainsi posée la question de la responsabilité civile de l'État, en raison du dommage que pourraient subir les requérants si le « risque d'un changement climatique dangereux se matérialise »[21], à la lumière du devoir qui incombe à l'État, de manière générique, d'adopter un comportement diligent et raisonnable digne d'un *bonus pater familias*[22]. Est tout

15 C. Stone, "Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects", *California Law Review*, 1972, N°45, p. 450-501.
16 https://affaireclimat.cdn.prismic.io/affaireclimat/16711798-6f03-434e-a205-04408d4129be_201905_vrijwillige+tussenkomst_bomen.pdf (consulté le 1er avril 2020).
17 Le présent article actualise D. Misonne, « Renforcer l'ambition climatique de l'État global dans un régime fédéral ? Klimaatzaak : la Belgique a aussi son affaire climat », in C. Cournil (dir.), *Les procès climatiques. Entre le national et l'international,* Paris, Pedone, 2018.
18 Soit les Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques, qui en négocièrent le contenu.
19 Annexe I à la Convention-cadre sur les changements climatiques, à qui il incombe d'être à l'avant-garde de cette lutte, une accentuation des responsabilités qui se traduit par des chiffres et délais dans le Protocole de Kyoto.
20 Les obligations du Protocole de Kyoto étaient fixées à l'échéance 2008-2012. L'amendement de Doha qui fixe, pour les quelques États qui y ont adhéré, de nouveaux chiffres pour 2010, n'est pas encore entré en vigueur.
21 Citation dans l'affaire *Klimaatzaak*, § 2, en ce qui concerne les personnes physiques : risque de dommage matériel (comme un dommage résultant de tempêtes ou d'inondations) mais aussi risque d'atteinte à leur santé et à leur bien-être (propagation de nouvelles maladies tropicales, vagues de chaleur, stress psychique et émotionnel).
22 Article 1382 du Code civil belge, tout comme, dans Urgenda, fut invoqué le respect de l'art. 162 du Livre 6 du Code civil néerlandais.

autant posée la question de la responsabilité de l'État à l'égard de certaines choses dont la garde lui incombe. Que ce soit en vertu de la doctrine anglo-saxonne du *public trust*, testée à l'égard du climat, de l'atmosphère ou du milieu marin[23], ou encore, sur le continent, en raison de leur statut de *choses communes*[24] ou parce qu'elles appartiendraient au domaine public. Soit une batterie de moyens juridiques susceptible de fonctionner en pleine autonomie de règles de droit positif qui porteraient, elles, très explicitement, sur le climat.

Certes, ce ne sont jamais là les seuls moyens évoqués dans les affaires en cause[25], mais c'est bien par la tangente de la norme générale de prudence et du *duty of, care*[26] que l'engouement pour ces actions judiciaires s'est accéléré, quand la décision favorable prononcée par le Tribunal civil de La Haye, le 24 juin 2015[27], dans l'affaire *Urgenda*, y apporta du crédit. Car ce qui emporta la conviction du juge en première instance dans l'affaire *Urgenda*, c'est bien le constat d'une action non prudente, non diligente, le défaut d'agir en bon père de famille, de la part de l'État et à l'égard de l'association Urgenda, au départ du droit civil. En appel et en cassation, la motivation des juges se réorientera toutefois plutôt vers le champ de la violation des droits de l'homme. Or, précisément, dans l'affaire *Klimaatzaak*, tant de manière autonome que comme éléments d'interprétation de la Constitution belge, les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme occupent également une place centrale dans la démonstration de la responsabilité de l'État. Ce sont les obligations positives qui s'imposent à l'État à l'égard du droit à la vie (article 2 de la CEDH), du droit au respect du domicile (article 8 de la CEDH) et du droit à la protection juridictionnelle effective (article 13 de la CEDH) qui sont mobilisées à l'appui de la démonstration des risques sérieux auxquels les requérants sont confrontés en raison du changement climatique. Des arguments qui se sont révélés absolument décisifs dans jugement du Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) en décembre 2019[28].

2. *Le star-system et de nouveaux profils d'acteurs*

La seconde caractéristique de cette vague d'affaires concerne le type de requérants. Ces actions sont portées par un « *star system* » et poussées sur le devant de la scène médiatique par de véritables stratégies de communication. Chacune de ces affaires a par exemple son site web,[29] mais aussi des ambassadeurs.

L'association Klimaatzaak n'est pas une association connue de longue date sur la scène environnementale belge. Il s'agit d'une association créée spécialement, qui rassemble des « BV », des « *bekende vlamingen* » (des « flamands connus », selon le jargon usité en région flamande), qu'il

23 À propos de la doctrine du *public trust*, l'une des références incontournables est J. L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law : Effective Judicial Intervention », *Michigan Law Review*, vol. 68 : 3, 1970, p. 471-566.
24 L'article 714 du Code civil porte sur les *res communis* en Belgique.
25 Dans Klimaatzaak, les requérants estiment que le changement climatique viole leurs droits subjectifs, tels qu'ils émaneraient de la Constitution (art. 23), de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 2, 8, 13) et du Code civil (art. 1382, 714).
26 En articulation avec l'urgence climatique, selon l'état de la science et selon le *soft law* international, plutôt qu'en articulation aux droits de l'homme.
27 Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396.
28 V. dans cet ouvrage la contribution de D. Misonne, « Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, Pays-Bas c. Urgenda. L'arrêt Colibri ».
29 https://affaire-climat.be;http://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case et https://www.ourchildrenstrust.org/us/federal-lawsuit, (consulté le 1er avril 2020) etc.

s'agisse de personnalités de la radio et de la télévision, de la scène artistique ou du monde des affaires. L'association Urgenda est plus ancienne[30] et a des assises qui s'enracinent dans les milieux universitaires, puisqu'elle s'est constituée au départ de l'initiative de deux experts liés à l'Université Erasmus de Rotterdam[31] qui, tout en développant une vision à long terme, ont aussi fait le pari de la médiatisation en mobilisant un nombre considérable de personnes autour de la question de la transition énergétique aux Pays-Bas. Quant à l'affaire *Juliana c. US* introduite en 2015 dans l'État d'Oregon aux États-Unis, par l'association « Our Children's Tust »[32], ce sont 21 enfants et adolescents qui y agissent contre l'État en tant que requérants, à grand renfort de caméras, tout en étant accompagnés, là aussi, par une professeure d'Université et par toute une équipe, qui se tient cependant à l'arrière-plan. Ces actions sont donc portées par des configurations nouvelles d'acteurs, non directement liées aux associations qui étaient jusque-là connues en tant que gardiennes attitrées de la cause environnementale, avec pignon sur rue et éventuels agréments et subsides y liés.

Ces nouvelles configurations d'acteurs se caractérisent encore par un souci de brasser les foules et d'asseoir de manière maximale l'assise sociétale de l'action engagée, sur un mode inclusif. L'action en justice est plus que l'action en justice. Elle devient un processus collectif, un lieu de *commoning,* voire une occasion festive. Déçus par les promesses non tenues des États, de toute façon paralysés par des conflits d'intérêts[33], ces collectifs expriment une véritable confiance en la personne du juge qui, à leur estime, pourra entendre leur cause. « L'État n'a pas d'imagination »[34], mais le juge, lui, n'aura d'autre choix que de se prononcer.

Ainsi, l'association Klimaatzaak, dans un pays comme la Belgique où – c'est important de le signaler – l'action collective en matière environnementale n'existe pourtant pas (même si elle existe, depuis peu, pour les demandes en réparation relevant d'actes de consommation[35]), est accompagnée dans son action en justice par 58 586 co-demandeurs[36], un chiffre qui n'a cessé de croître depuis les 8429 personnes physiques impliquées dès le stade de la citation, en 2015. Urgenda en avait rassemblé 884. En outre, l'affaire est maintenant également soutenue par des « partisans » qui apportent un soutien moral, totalisant désormais un soutien toutes catégories confondues de plus de 60 000 personnes. Il relève de l'évidence que les modes d'action à l'américaine ont ici joué un rôle

30 L'association fête en 2018 ses dix ans d'existence.
31 Professeurs Jan Rotmans et Marjan Minnesma.
32 https://www.ourchildrenstrust.org (consulté le 1er avril 2020).
33 R.J. Cox, *Revolutie met recht*, 2011, Prosperity Fondation.
34 Selon les termes de Christian Huglo lors du séminaire sur le contentieux climatique qui se tint à Paris, EHESS, le 8 juin 2017.
35 L'action collective n'existe en Belgique, depuis peu, qu'à l'égard de demande en réparation relevant d'actes de consommation ; loi du 28 mars 2014 modifiant le livre XVII du Code de Droit Économique. Seules certaines associations agrées (dont Klimaatzaak ne fait pas partie) peuvent représenter les groupes de consommateurs. La cause, à introduire devant le tribunal de commerce, doit être une violation potentielle, par une entreprise, d'une obligation contractuelle, d'un des règlements européens visées à l'article XVII.37 de ladite loi ou d'une des lois mentionnées au même article (transport d'énergie, assurances, agences de voyage, protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, etc.). V. http://www.justice-en-ligne.be/article634.html (consulté le 1er avril 2020) ; E. Balate, *L'action en réparation collective – Analyse du titre XVII (titre 2) du code de droit économique,* Kluwer, 2015, 270 p. C'est dans ce cadre qu'une action collective a été introduite, par l'association Test-Achats, contre le groupe Volkswagen, suite au dieselgate, pour la défense des consommateurs qui roulent avec une voiture trafiquée achetée à dater du 1er septembre 2014 et l'obtention d'une compensation, pour cause de tromperie contraire à la loi sur les pratiques du marché. L'association représente gratuitement tous les propriétaires concernés, qui bénéficieront de l'effet du jugement. Le 18 décembre 2017, le tribunal de première instance de Bruxelles a décidé que l'action collective était recevable. L'action collective ambitionne l'allocation d'une compensation à tous les consommateurs ; elle ne traite pas de protection de l'environnement en tant que telle.
36 La liste a été arrêtée le 27 mai 2019 avec le dépôt au greffe des procurations reçues.

de modèle. Dans ces affaires climat d'un nouveau genre, les procédures d'adhésion sont simplifiées à l'extrême. En quelques clics d'ordinateur, du fond de son canapé, chacun peut devenir co-demandeur, endéans un certain délai, et devenir membre du club, citoyen actif, accentuant de la sorte la légitimité sociale de l'action en justice et mettant en exergue les attentes citoyennes.

Ces actions climat affichent enfin une attitude totalement décomplexée par rapport à la question de la récolte de fonds. Tout comme, en quelques clics, chacun peut devenir co-demandeur, chacun peut aussi devenir donateur. Dans l'affaire *klimaatzaak*, les dons sont récoltés sur un mode ludique (« 5 euros par mois, je paie un café » ; « 35 euros par mois, tournée générale » ; « un bon demi pour la soif, j'offre 5 euros par mois »). Mais l'image véhiculée est aussi que la justice est chère, puisque les sommes annoncées comme nécessaires pour couvrir un tel procès dépassent les 500 000 euros[37]. Au regard de tels chiffres, dans un pays comme la Belgique où, rappelons-le, l'action collective en matière environnementale n'existe pas[38], il ne faudrait pas que ces très nombreux co-demandeurs, éventuellement déboutés pour insuffisance de données personnelles permettant d'apprécier au cas par cas leur propre intérêt à agir, en viennent, un cran plus loin, à perdre confiance en la justice. sur la question de l'intérêt des individus à agir en justice pour défendre le climat – un climat dont la qualité conditionne, nécessairement, leurs conditions de vie.

3. L'injonction de faire mieux

La troisième caractéristique a trait au type de requête, puisque ce sont des injonctions, de la part du juge et à l'encontre du ou des gouvernements, qui sont sollicitées, et non pas une demande d'allocation de dommages et intérêts, alors qu'il s'agit d'actions menées dans un cadre de droit civil. Certes, une injonction peut être considérée comme une réparation en nature. Le droit civil permet au juge d'ordonner une obligation de ne pas causer de préjudice, à des fins de prévention d'une atteinte illicite à un droit subjectif[39]. Mais, indépendamment de la technicité propre au droit de la responsabilité civile, se pose dans ces affaires la question du rapport que le juge entretient avec le décideur politique, dans un État de droit respectueux du principe fondamental de la séparation des pouvoirs, quand il exige de la part du décideur politique un surcroît d'ambition ou un meilleur effort de coordination.

Dans une matière comme le changement climatique et la réduction des gaz à effet de serre (GES), lorsque le juge, comme dans l'affaire *Urgenda* en première instance, ordonna au Gouvernement de renforcer la lutte contre les émissions de GES en précisant qu'il convient de réduire d'autant – en en fixant le taux – ces émissions, cela provoqua une certaine commotion[40]. Non pas seulement en raison de l'ordre qui était ainsi donné, mais en raison de l'ancrage de cette injonction.

---

37 En date du 3 avril 2018, le site web de l'affaire climat indique que « dans les mois à venir, l'objectif est de rassembler environ 250 000 euros qui, ajoutés aux 347 000 euros déjà récoltés, permettraient de couvrir les frais de justice et de coordination de l'action quelle que soit l'issue du procès ». Pour des données actualisées et l'affectation des fonds, v. https://affaire-climat.be/fr/financials (consulté le 1er avril 2020).

38 Sauf, comme indiqué ci-avant, via la protection des consommateurs.

39 Cass. 4 mars 2003 (Belgique).

40 K. De Graaf et J. Jans, « The Urgenda decision: Netherlands liable for role in causing dangerous global climate change », *Journal of Environmental Law* 2015, p. 517-527; J. Van Zeben, « Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda

Nous ne sommes en effet pas dans la même situation que celle de l'affaire « Client Earth », du 29 avril 2015, où la Cour Suprême du Royaume-Uni ordonnait déjà au Gouvernement britannique de changer d'attitude et d'être plus ambitieux dans la lutte contre certaines émissions dans l'air ambiant, en imposant très concrètement l'adoption de nouveaux plans de lutte contre ces polluants, avant le 31 décembre 2015. Ce qui était vérifié au Royaume-Uni, c'était la marge d'appréciation du décideur national par rapport à l'interprétation d'une directive européenne portant sur la qualité de l'air ambiant. Ceci à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui, sur question préjudicielle dans cette même affaire[41], indiqua qu'il appartenait bien à la juridiction nationale compétente, éventuellement saisie, de prendre, à l'égard de l'autorité nationale, toute mesure nécessaire, « telle une injonction », afin que cette autorité agisse de manière conforme[42].

L'affaire *Urgenda* et l'affaire *Klimaatzaak* présentent ceci d'original qu'elles ne se situent pas dans le cadre d'un tel dialogue entre le juge de la Cour de Justice de l'Union européenne et le juge national, ni dans le cadre du contrôle de légalité d'une mesure nationale au regard du droit de l'Union européenne (à l'époque de la citation, introduite le 27 avril 2015), ni même dans le cadre du contrôle de la légalité d'une législation spécifique ou d'un acte administratif précisément identifié à l'égard d'une norme hiérarchiquement supérieure.

Ce qui est contesté, dans la citation de Klimaatzaak, c'est « la politique actuelle et l'insuffisance des réductions actuelles [qui] continuent à conduire la société, dans laquelle vivent les requérants, vers un changement climatique très dangereux »[43]. Tant la science que la gravité des bouleversements annoncés inviteraient à revisiter l'obligation de diligence dont doit faire montre l'État, et la marge d'appréciation qui lui revient, dans son rapport à ses administrés. Les requérants demandent une accentuation des efforts de réduction des GES[44], en proposant des chiffres : « [faire] diminuer le volume global des émissions belges annuelles de gaz à effet de serre en manière telle que le volume global de ces émissions doit avoir diminué en 2020 de 40 %, ou à tout le moins de 25 %, par rapport au niveau de l'année 1990; à titre subsidiaire : ordonner aux parties citées de (faire) diminuer le volume global des émissions belges annuelles de gaz à effet de serre en manière telle que le volume global de

Turn the Tide? », *Transnational Environmental Law*, 2015, p. 339-357; A.S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Cour du district de La Haye, 24 Juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *RJE*, 2015, p. 672-693 ; J. Lin, « The First Successful Climate Negligence Case: A Comment on *Urgenda Foundation c. the State of the Netherlands* », *Climate Law*, vol. 5, 2015, p. 65-81 ; S.Fikkers, « Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generalties », *Nederlands juistenblad*, n° 33, 2015, p. 2289-2293; L. Bergkamp et J.C. Hanekamp, « Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies? », *European Energy and Environmental Law Review*, 2015, p. 102-114; A. Soete et H. Schoukens, « Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid? », *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2016, p. 186-203 ; M. Torre-Schaub, « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de la Haye du 24 juin 2015 », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 3, 2016, p. 672-693 ; M. Torre-Schaub, « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la cour du district de La Haye du 24 juin 2015) », *Revue québécoise de droit international*, vol. 29, 2016, p. 161-183.

41 CJUE, C-404/13, *Client Earth*, 19 novembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2382, § 58.

42 « […] lorsqu'un État membre n'a pas respecté les exigences résultant de l'article 13, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2008/50, tout en ne demandant pas le report du délai dans les conditions prévues à l'article 22 de cette directive, il appartient à la juridiction nationale compétente, éventuellement saisie, de prendre, à l'égard de l'autorité nationale, toute mesure nécessaire, telle une injonction, afin que cette autorité établisse le plan exigé par ladite directive dans les conditions que celle-ci prévoit ». Cette jurisprudence, et l'invitation qu'elle contient, impacta par la suite le contentieux national en matière de qualité de l'air ambiant, en ce compris en France et en Allemagne. Elle n'a cessé de monter en puissance depuis. Voy. D. Misonne, « The Emergence of a Right to Clean Air. Transforming European Union Law through Litigation and Citizen Science », *RECIEL*, à paraître, 2020.

43 Point 84 de l'arrêt.

44 Sans qu'une distinction soit opérée quant à l'origine de ces émissions. Dans le paquet énergie-climat européen, adopté postérieurement, une distinction est opérée, selon le jargon, entre le secteur ETS (soumis au marché des émissions) et le non-ETS.

ces émissions doit avoir diminué en 2030 de 55 %, ou à tout le moins de 40 %, par rapport au niveau de l'année 1990; Ordonner aux parties citées de (faire) diminuer le volume global des émissions belges annuelles de gaz à effet de serre en manière telle que le volume global de ces émissions doit avoir diminué en 2050 de 87,5 %, ou à tout le moins de 80 %, par rapport au niveau de l'année 1990 »[45].

L'autorité publique, quand elle décide d'adopter des mesures ayant pour objectif la protection de l'environnement et de la santé, est très souvent amenée à faire des choix. Il lui revient de décider du niveau auquel elle souhaite protéger les intérêts qu'elle considère comme légitimes. Cette liberté de choix est-elle susceptible de contrôle juridictionnel ? Aux Pays-Bas, la Cour suprême a rappelé que puisque la protection des droits humains est une composante essentielle de l'État de droit, la vérification du respect des limites inhérentes à la protection des droits fondamentaux est bien l'une des tâches caractéristiques du juge, même en matière de climat. Quant à la possibilité pour un juge d'imposer des chiffres précis de réduction des gaz à effet de serre à un gouvernement, voire à un législateur, la Cour suprême des Pays-Bas puisa dans l'existence d'une communauté de vue – le fait qu'il existe un large consensus international sur la nécessité des chiffres proposés – pour considérer qu'il s'agissait bien là d'éléments visant à garantir le respect de la CEDH.

B. Un cadre institutionnel distinct

C'est suite à une rencontre enthousiaste avec l'un des avocats de l'affaire *Urgenda*[46] que l'association Klimaatzaak lui confia, ainsi qu'à des confrères belges, la mission de rédiger la citation[47]. Pas de *bis repetita* qui tienne cependant puisque poser la question de la responsabilité de l'État, en Belgique, nécessite de prendre en compte les spécificités de son propre droit, en ce compris sa structure institutionnelle. Car la Belgique, à la différence des Pays-Bas, est un État fortement décentralisé.

Un État qui, par vagues successives, a redistribué ses compétences sur le mode de l'exclusivité, entre entités considérées comme égales et autonomes. Cette redistribution des compétences s'est faite au profit, d'une part, des régions (« flamande », « wallonne » et « de Bruxelles-Capitale »), pour les matières dites territoriales (environnement, énergie renouvelable, agriculture, transport, etc.), et, d'autre part, des communautés[48], pour les matières dites personnalisables (santé) et culturelles (enseignement, culture)[49].

45 Extrait de la citation Klimaatzaak. Les chiffres émanent d'un rapport sur les « Scénarios pour une Belgique bas-carbone à l'horizon 2050 », 2013, Service fédéral Changements climatiques du SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, en étroite collaboration avec Climact et VITO.

46 R. Cox, « The Liability of European States for Climate Change », *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, 2014, p. 125; R. Cox, « A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation c. the State of the Netherlands », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 34, 2016, p. 143-163.

47 Ainsi que le rapporte le site web, dans sa version néerlandaise. La citation est disponible en ligne : https://affaire-climat.be/fr/the-case (consulté le 1er avril 2020).

48 Dont le découpage territorial ne correspond pas à celui des Régions.

49 Le siège de cette répartition, avec les principes et les exceptions, se trouve dans la « loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 », modifiée lors de chaque réforme de l'État.

Le fédéralisme à la belge présente l'originalité de conférer à chacune des entités fédérées des compétences qui sont gouvernées par un principe d'autonomie. Ainsi, les régions sont les égales de l'État fédéral. Elles ne sont pas ses exécutantes. Elles légifèrent et mènent des politiques chacune à leur niveau. Le système est celui d'un fédéralisme de dissociation et de juxtaposition, sur le mode du chacun chez soi[50].

Même s'il est habituel que « la Belgique » soit visée en tant qu'entité unique dans les actions portées devant la Cour de Justice de l'Union européenne, qui ne connaît que les États, et que c'est bien ainsi qu'elle est perçue dans tous les cénacles internationaux, il est plus inhabituel qu'une action en responsabilité civile contre l'État soit intentée, au plan interne, en assignant concomitamment l'État fédéral et les trois Régions, sans préciser ce qui est exactement reproché à chacune des parties citées, au vu les compétences précises de chacune. Il est même très exceptionnel, dans un tel cadre, de requérir une condamnation des parties citées « *in solidum*, ou l'une à défaut de l'autre », au paiement d'une astreinte de 100 000 euros par mois de retard à défaut de se conformer aux condamnations visées[51].

Bien sûr, lors des exercices successifs de régionalisation, la compétence à l'égard du « climat » n'a, aussi étonnant que cela puisse paraître, jamais été explicitement distribuée, alors que l'une des caractéristiques fondamentales de la répartition des compétences est que les Régions disposent de compétences attribuées[52]. Mais, au gré des différentes composantes d'une politique portant sur le climat, par nature transversale, elle le fut en réalité tranche par tranche, au fil du temps. Le contrôle des émissions industrielles, la performance énergétique des bâtiments, les politiques agricoles, les énergies renouvelables ou encore les transports sont ainsi, par principe, dévolus aux Régions. L'établissement d'exigences contraignantes concernant la mise sur le marché des produits, la gestion des grandes infrastructures de stockage de l'énergie, l'énergie nucléaire ou encore la Mer du Nord (et ce que l'on y installe) restent, entre autres, du ressort de l'État fédéral. Certains aspects trouvèrent plus difficilement un port d'attache, à défaut de mention expresse. Comme la vision globale à long terme, en ce compris sur l'adaptation, ou les dispositifs très nouveaux que furent, au départ, les registres permettant de garder trace des échanges de quotas liés au marché des émissions et de la circulation des unités de réduction certifiées issues du mécanisme pour un développement propre. Quant à la question de savoir qui négocie sur la scène internationale, ce pouvoir appartient tant aux entités fédérées qu'à l'État fédéral, au gré du découpage de leurs compétences exclusives respectives[53].

50 Pour reprendre l'expression proposée par F. Tulkens, le 24 avril 2017 (« Gouvernance Énergie-Climat, Où va la Belgique », conférence organisée à l'Université libre de Bruxelles dans le cadre des cours de D. Misonne et E. Hannon). Voy. aussi L. Lavrysen, « Le fédéralisme belge et la politique de l'environnement : concertation, coopération et… chacun pour soi dans un contexte européen », *Rev. dr. ULB*, 2009, p. 119-167. Un chacun pour soi dans le respect d'un principe de loyauté fédérale, lu en combinaison avec les principes du raisonnable et de la proportionnalité, selon lequel chaque législateur est tenu, dans l'exercice de sa propre compétence, de veiller à ce que, par son intervention, l'exercice des compétences des autres législateurs ne soit pas rendu impossible ou exagérément difficile.

51 Klimaatzaak, extrait de la citation.

52 Voy. L. Lavrysen, *op. cit.*, 32.

53 B. Heymans, « Climat », *Dictionnaire de la sixième réforme de l'État*, M.Uyttendaele et M. Verdussen (éd.), Larcier, 2015, p. 167-193.

Certains aménagements furent toutefois adoptés récemment. Ainsi, en va-t-il de l'adoption, lors de la 6e réforme de l'État, d'un mécanisme temporaire de substitution[54], au profit du fédéral, en cas de non-respect, par une entité fédérée, d'une obligation internationale portant sur le changement climatique ou d'une obligation européenne portant sur la réduction des gaz à effet de serre. Il était déjà établi, auparavant, que l'État fédéral puisse se porter garant, en cas de condamnation de la Belgique en raison du manquement d'une entité fédérée, de l'exécution de la décision juridictionnelle, à certaines conditions cependant[55]. Le nouveau mécanisme innove, car il peut être activé sans qu'une condamnation juridictionnelle préalable n'ait été prononcée contre l'État[56]. Mais, malgré cet assouplissement, la lourdeur procédurale du mécanisme reste telle qu'il est déjà considéré comme impraticable par certains auteurs[57]. Il y a encore la création d'un mécanisme d'incitation à la « responsabilisation climat » dans le domaine du bâtiment dont, à l'inverse, c'est la trop grande mollesse qui suscite la critique[58].

À l'époque de la citation, chaque Région disposait de son propre plan climat et d'une législation spécifique, dont les bases avaient été posées sous l'impulsion de la Convention-cadre et surtout des exigences découlant du Protocole de Kyoto. Les Régions progressaient chacune à leur manière, selon des rythmes différents. Mais quelle était la vision commune ?

54 Loi spéciale de réformes institutionnelles, précitée, Art.16, § 4 : « Quand, du fait du non-respect d'une obligation internationale ou supranationale par une Communauté ou une Région, soit l'instance instituée par ou en vertu de la Convention-Cadre des Nations unies sur les changements climatiques ou par ou en vertu de l'un de ses protocoles, a constaté que l'État ne respecte pas les obligations internationales qui en résultent, soit une région ou une communauté n'a pas réagi à l'avis motivé visé à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne vis-à-vis de l'État suite au non-respect d'une obligation de droit européen visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre en application de la Convention-Cadre des Nations unies sur les changements climatiques ou de l'un de ses protocoles, même lorsque ces obligations européennes sont plus strictes que les obligations internationales, l'État peut se substituer à la communauté ou à la région concernée pour l'adoption des mesures qui sont nécessaires pour mettre fin au non-respect des obligations internationales prévues par la Convention-cadre précitée ou l'un de ses protocoles, ou pour l'exécution du dispositif de l'avis motivé, à condition que :
1° la communauté ou la région concernée ait été mise en demeure trois mois auparavant par un arrêté royal motivé et délibéré en Conseil des Ministres. En cas d'urgence, cet arrêté royal peut abréger ce délai de trois mois ;
2° la communauté ou la région concernée ait été associée par l'État à l'ensemble de la procédure prévue devant l'instance instituée par ou en vertu de la Convention-Cadre précitée ou l'un de ses protocoles ou à l'ensemble de la procédure à l'égard de la Commission européenne ;
3° le cas échéant, l'accord de coopération prévu à l'article 92bis, § 4ter, ait été respecté par l'État ;
4° la décision de l'instance instituée par ou en vertu de la Convention-Cadre précitée ou par ou en vertu de l'un de ses protocoles ou l'avis motivé de la Commission européenne ait fait l'objet d'une discussion au sein du Comité de concertation visé à l'article 31 de la loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles.
Les mesures prises par l'État en exécution de l'alinéa 1er cessent de produire leurs effets :
1° à partir du moment où la communauté ou la région concernée s'est conformée à la décision de l'instance instituée par ou en vertu de la Convention-Cadre précitée ou par ou en vertu de l'un de ses protocoles ou au dispositif de l'avis motivé de la Commission européenne ;
2° dans le cas d'une annulation de la décision définitive de l'instance visée au 1°.
L'État peut récupérer, auprès de la communauté ou de la région concernée, les frais du non- respect par celle-ci d'une obligation internationale ou supranationale. Cette récupération peut prendre la forme d'une retenue sur les moyens financiers à transférer en vertu de la loi à la communauté ou à la région concernée ».

55 B. Heymans, *op. cit.*, p. 169. Art.13, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

56 *Ibid.*

57 S. Van Drooghenbroeck, « De la révolution copernicienne et des nouvelles forces motrices », P. Popelier *et al.* (ed.), *België, quo vadis? Waarheen na de zesde staatshervorming*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 257 et 258; P. Popelier et W. Vandenbruwaene, « Leefmilieu, klimaat en energie », J. Velaers *et al.* (ed.), *De zesde staatshervorming : instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 573 à 576. M.El Berhoumi et C.Nennen, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme belge », *Aménagement-Environnement*, numéro-spécial climat, 2018, p. 61-76.

58 M. El Berhoumi et C. Nennen, *op. cit.*

II. Les difficultés de la gouvernance belge en matière de climat

Il y a comme un problème au Royaume de Belgique, en ce qui concerne la gouvernance en matière de climat.

Le modèle de la répartition des compétences – ce fédéralisme de dissociation –, est en porte-à-faux avec l'intégration que requiert, de plus en plus, le droit supranational[59]. Il y a une grande lourdeur à la prise de décision par l'éclatement des compétences et une absence de volonté politique de coopérer sur des sujets, comme le climat, qui sont particulièrement sensibles, quand il s'agit de discuter des efforts de réduction des émissions, mais aussi du partage des budgets provenant des mécanismes de flexibilité, comme le produit de la vente aux enchères des quotas d'émission. Les processus de coopération menant à l'adoption de plans « nationaux », couvrant tout le territoire et l'ensemble des matières pertinentes, sont laborieux. Il fallut sept ans pour adopter, en 2017, l'accord de coopération sur le partage des objectifs belges « climat et énergie pour 2013-2020»[60] . Des dissensus ont plusieurs fois placé la Belgique dans le camp des pays qui ne soutenaient pas le surcroît d'ambition défendu par l'Union européenne. On affirma d'ailleurs, sur le ton de la boutade, qu'il n'y a plus de politique belge en matière de climat, mais plutôt une juxtaposition de micro-politiques, compilées à défaut d'être intégrées, ce qui ne favorise ni les synergies ni la vision commune[61].

Or, la vision commune est devenue nécessaire non seulement pour rencontrer le temps de l'enjeu climatique, qui ne tolère plus le dilettantisme, mais aussi pour satisfaire aux obligations qui se multiplient sur la scène internationale. L'Accord de Paris, d'une part, l'étoffement du droit de l'Union européenne, d'autre part. À chacun de ces niveaux se dessine une intensification des procédures de planification intégrées qui, *in fine*, reposeront sur les épaules des États. Or, c'est précisément quand il est question de planification à l'échelle nationale que la Belgique rencontre des difficultés.

Certes, dans le système belge, divers mécanismes de concertation, d'avis et de coopération sont prévus. Certains accords de coopération sont obligatoires, en vertu de la loi, mais ce n'est, pour le moment, pas le cas du climat. D'autres sont imposés par le juge, car la Cour constitutionnelle, qui contrôle la répartition des compétences, estime depuis peu qu'il existe des compétences à ce point imbriquées qu'il est devenu impossible, pour une entité, d'agir seule. Ce fut le cas dans des affaires portant sur le marché des émissions de GES, domaine qui a donné lieu à la conclusion de

59 F. Tulkens et E. Hannon, conférence du 24 avril 2017, précitée ; M. El Berhoumi et C. Nennen, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *Aménagement – environnement : urbanisme et droit foncier*, vol. 1, 2018 , p. 61-76 ; F. Vanrykel, « La politique belge en matière de climat, entre autonomie et coopération. Quelle place pour une vision commune à l'échelle nationale ? », *RBDC*, vol. 3, 2017, p. 223-246 ; C.-H. Born « Quelques réflexions sur le système de répartition des compétences en matière d'environnement et d'urbanisme en droit belge », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial 2013 : La clarification des compétences des collectivités territoriales en matière d'environnement, p. 205-229.

60 Accord de coopération du 20 janvier 2017 entre l'État fédéral, la Région flamande, le Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relative au partage des objectifs « climat et énergie » de la Belgique pour la période 2013-2020, *Moniteur belge*, 6 février 2017.

61 Ce n'est pas parce qu'un plan national existe qu'il y a une politique nationale. Il faut plutôt faire le constat de l'existence de trois politiques régionales et d'une politique fédérale, en ce qui concerne le partage de la charge ; S. Happaerts, S. Schunz, H. Bruyninckx, « Federalism and Intergovernmental Relations : The Multi-Level Politics of Climate Change Policy in Belgium », *Journal of Contemporary European Studies*, 2012, vol. 20, n° 4, p. 441-458; S. Happaerts, « Sustainable development and subnational governments: Going beyond symbolic politics ? », *Environmental Development*, 2012, n° 4, p. 2-17; S. Happaerts, « Climate governance in federal Belgium: modest subnational policies in a complex multi-level setting », *Journal of Integrative Environmental Sciences*, 2015, vol.12, n° 4, p. 285-301.

trois accords de coopération.[62] Enfin, des accords destinés à exercer en commun des compétences propres peuvent être conclu sur une base volontaire. C'est ainsi qu'un accord de coopération a été conclu le 14 novembre 2002 entre l'État fédéral et les trois Régions[63] pour garantir l'adoption et l'exécution d'un Plan National Climat, assurer le rapportage international et mettre en place une Commission Nationale Climat, rassemblant des membres de chacun des Gouvernements.

L'expérience montre cependant que cette Commission ne fonctionne pas de manière optimale et le problème était déjà notoire à l'époque de la citation[64]. Il lui était reproché de ne pas produire les documents dont la rédaction lui incombe[65], de produire des plans qui ne sont pas de vrais plans[66], de procéder de manière opaque et d'être tout simplement incapable de prendre des décisions (comme lorsqu'il s'agit de répartir la charge de réduction des émissions entre les différentes entités). La faille majeure de cette Commission est son irresponsabilité sur le plan politique, comme le confirme un rapport d'information du Sénat[67]; elle n'a pas de comptes à rendre aux Parlements. Il n'y a pas de porte de sortie en cas de solution de blocage, vu l'absence de hiérarchie entre les entités représentées, soit les Régions et l'État fédéral. Le sort de la Belgique, en ce qui concerne la gouvernance commune des aspects climat, au plan interne, est donc dépendant d'une structure administrative défaillante. Il a été promis, dès 2011[68], de réformer le fonctionnement de la Commission Nationale Climat[69], sans suite structurelle à ce jour. Une concertation interparlementaire sur la gouvernance des aspects climat a toutefois émergé en 2017.

---

62 Accords de coopération du 19 février 2007 entre l'Autorité fédérale, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale, relatif à la mise en œuvre de certaines dispositions du Protocole de Kyoto ; Accord de coopération du 2 septembre 2013 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la Directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ; Accord de coopération du 20 janvier 2017 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale, relatif à l'organisation et à la gestion administrative du registre national belge de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, au règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil, et à certains aspects de la mise aux enchères conformément au règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission. Arrêts de la Cour constitutionnelle, 33/2011 du 2 mars 2011 ; 76/2012 du 14 juin 2012 ; 67/2014 du 24 avril 2014.

63 Accord de coopération du 14 novembre 2002 entre l'État Fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale, relatif à l'établissement, à l'exécution et au suivi d'un Plan national Climat, ainsi que l'établissement de rapports, dans le cadre de la Convention-cadre des Nations unies sur les Changements climatiques et du Protocole de Kyoto.

64 Conseil de l'environnement et Conseil socio-économique en Région flamande (Minaraad/SERV) (2009), Cour des comptes (2009), Conseil fédéral du développement durable (2013, *Avis sur la gouvernance en matière de politique climatique nationale et la réforme de la Commission nationale Climat)*; Service fédéral en charge du changement climatique (2013) (*Analyse du rôle et du fonctionnement de la Commission nationale climat),* Conseil d'État et Sénat (2017, *Rapport d'information sur le processus décisionnel intrabelge en matière de répartition de l'effort climatique au regard des objectifs climatiques*) se rejoignent dans un concert de critiques sur la conception et le fonctionnement de cette Commission. V. F. Vanrykel, « La politique belge en matière de climat, entre autonomie et coopération. Quelle place pour une vision commune à l'échelle nationale », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2017, p. 223-240, qui dresse la liste des termes fort peu élogieux qui firent régulièrement la « une » des journaux depuis 2015 : « pourrissement du débat », « failed state », etc.

65 Comme un deuxième plan national climat, pour la simple raison que les différentes entités avaient déjà de toute façon adopté, séparément, leur propre plan.

66 Ce qu'affirmèrent, dès 2009, les instances d'avis en Région flamande : http://www.serv.be/sites/default/files/documenten/pdfpublicaties/1468.pdf (consulté le 1er avril 2020).

67 Rapport d'information sur le processus décisionnel intrabelge en matière de répartition de l'effort climatique au regard des objectifs climatiques, *Doc. parl.*, S., 2015-16, n° 6-253. Disponible en ligne : https://www.senate.be/www/?MIval=/dossier&LEG=6&NR=253&LANG=fr (consulté le 1er avril 2020).

68 Un accord institutionnel du 11 octobre 2011 prévoit une optimalisation du fonctionnement de la Commission nationale Climat et un renforcement de son rôle, l'instauration d'un mécanisme de responsabilisation climatique et même d'un droit de substitution au profit de l'autorité fédérale, pour le cas où une Région ou une Communauté ne respecterait pas les obligations internationales découlant de la Convention-Cadre des Nations unies sur les changements climatiques ou d'un de ses protocoles. Le mécanisme de responsabilisation a été créé, mais il n'y a pas eu de changement concernant la Commission nationale climat.

69 « Il faut une volonté politique pour faire marcher cette Commission. Tous le disent. Et rien ne bouge » ; « La CNC ne fonctionne que comme une salle d'enregistrement et non comme un lieu de rencontre où on chercherait ensemble à faire le mieux et le plus vite possible », pour citer Magda Aelvoet, la présidente du Conseil fédéral du développement durable, lors de la conférence du 24 avril 2017, précitée.

Après tant d'atermoiements, dans un contexte où la population était dans la rue pour demander à la Belgique de prendre véritablement au sérieux l'enjeu climatique, lors d'une marche rassemblant plus de 65 000 personnes le 2 décembre 2018 avant la COP24 de Katowice, un groupe d'académiques, dont l'auteure de ces lignes était l'une des initiatrices, rédigea spontanément, dans la foulée d'un cycle de séminaires[70], une proposition académique de loi spéciale portant coordination de la politique de l'autorité fédérale, des communautés et des régions à l'égard du changement climatique et fixant ses objectifs globaux à long terme. La proposition fut rendue publique lors d'une conférence de presse et mise simultanément en accès libre[71]. À l'inspiration de la loi britannique sur le climat et d'autres lois climat européennes, cette proposition académique visait à provoquer la réflexion sur la nécessité de passer par la voie législative pour engager la Belgique dans le sens du respect de l'Accord de Paris et des obligations européennes, tout en amélioration le cadre de la gouvernance commune de l'enjeu climatique, à commencer par le rendre plus transparent. Cette proposition devait se lire en parallèle du Règlement 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 sur la gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat, lui-même directement applicable, mais dont elle visait à faciliter la mise en œuvre.

Pressé par les élections toutes proches, à une période où le gouvernement fédéral était devenu minoritaire, mais aussi où les jeunes de tous âges se rassemblaient chaque jeudi en grand nombre dans les rues pour faire la « grève du climat », le monde politique s'en saisit immédiatement. La proposition fut discutée en commission spéciale à la Chambre des représentants, à grand renfort d'auditions, et au Sénat[72]. Ces discussions au Parlement, sous le regard du public et des médias – des modalités qui n'auraient jamais été obtenues par la rédaction d'un simple accord de coopération – furent riches en enseignements. Au-delà des divergences de vues entre partis (sur la nécessité d'une vision commune à long terme qui serait exprimée de manière chiffrée, sur l'opportunité de constituer un conseil d'experts indépendants, sur la manière de rencontrer l'exigence européenne de prévoir un dialogue multi-niveaux, sur la redevabilité de comptes en matière de climat devant les Parlements du pays, sur les moyens de parvenir aux objectifs, etc.), il ressortit en tout cas un constat de l'ensemble des débats, celui de la nécessité de combler des failles. La discussion s'orienta, dans la lignée d'un avis rendu par le Conseil d'État en formation d'assemblée générale, sur l'éventualité

70 Afin de nourrir le débat public, l'Université Saint-Louis – Bruxelles, avec le soutien du SPF Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement (Service Changements climatiques) et sous la supervision d'un comité scientifique composé des représentants de différentes universités belges, organisa en 2018 un cycle de 4 séminaires académiques sur la gouvernance climatique. Dans ce contexte, des experts académiques venant de différentes disciplines en présence des représentants de la société civile et des représentants des administrations compétentes se sont penchés sur des questions spécifiques telles que le rôle de la Constitution, la répartition des compétences en Belgique fédérale, la responsabilité (civile) de l'État, les exigences fixées par le nouveau cadre européen sur la gouvernance climatique et énergétique, la participation publique et ses conséquences sur le processus décisionnel, et enfin les tendances de la législation climatique et le rôle des parlements. Les quatre rapports de ces séminaires et les conclusions générales sont disponibles en ligne : https://www.climat.be/fr-be/politiques/politique-belge/politique-nationale/gouvernance-climatique (consulté le 1er avril 2020).

71 D. Misonne (Usl-B), L. Lavrysen (Ugent), M. El Berhoumi (Usl-B), C.-H. Born (Ucl), C. M. Billiet (Ugent), J. Theunis (Uhasselt), D. Van Eeckhoutte (Usl-B), H. Schoukens (Ugent), S. Seys (Usl-B), L. Triaille (Usl-B), C. Nennen (Usl-B), « Proposition de loi spéciale portant coordination de la politique de l'autorité fédérale, des communautés et des régions à l'égard du changement climatique et fixant ses objectifs globaux à long terme », 1er février 2019, disponible sur Https://F.Hypotheses.Org/Wp-Content/Blogs.Dir/3804/Files/2019/02/Proposition-De-Loi-Spéciale-Fr-1.Pdf (consulté le 1er avril 2020).

72 V. les travaux parlementaires : Document parlementaire 54K3517, Document parlementaire 54K3520, Document parlementaire 54K3642, tous disponibles par voie électronique (https://www.lachambre.be). Audition en Commission de la Chambre le 12 février, https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/3804/files/2019/02/ic1032.pdf (consulté le 1er avril 2020).

d'une modification de la Constitution pour ouvrir le champ des possibles sur le plan législatif[73]. La réforme de l'article 7bis de la Constitution[74] fut mise au vote, mais n'aboutit pas[75]. Dans une période pré-électorale annonciatrice du marasme qui allait suivre – le gouvernement fédéral n'est toujours pas formé en mars 2020 par manque de vision commune et ne fonctionne désormais qu'en vertu d'une solution d'urgence rendue nécessaire par la crise du coronavirus – la majorité spéciale ne fut pas trouvée.

Depuis, les législations dans chaque région ont été améliorées ou sont sur le point de l'être. La Commission nationale climat a perfectionné sa communication[76]. Sous la pression du droit européen et du Règlement précité, un plan national intégré a été rédigé, soumis à enquête publique et déposé auprès de la Commission européenne dans le respect des échéances fixées par le Règlement 2018/1999 précité[77]. Il compile « quatre visions de l'avenir énergétique du pays »[78] et détaille la manière dont chacune des entités, le fédéral et les trois régions, compte atteindre les objectifs fixés par l'Union européenne à l'horizon 2030, dont celui de réduire les émissions de gaz à effet de serre (hors marché des émissions) de 35 % par rapport à 2005. Les auteurs de ce plan étaient les membres de la Commission nationale climat et du groupe de concertation qui renforce la coopération entre les gouvernements fédéraux et régionaux dans le domaine de l'énergie, nommé CONCERE. Soit des membres de cabinets ministériels et d'administrations. Sa rédaction ne résulte pas d'un exercice de co-création plus inclusif, plus participatif, comme l'organisation de tables rondes avec les secteurs, même si chacun eut l'occasion de s'exprimer via l'enquête publique.

III. Klimaatzaak

Il n'aura pas fallu attendre que le juge se prononce pour que les lignes bougent, puisque, sous la pression du temps qui passe, de l'avancée du cadre international (l'Accord de Paris) et de nouvelles exigences européennes, la Belgique a déjà engrangé quelques-uns des résultats souhaités par Klimaatzaak, en 2014, comme l'adoption d'un plan intégré. Par contre, sur le plan de la réduction des émissions, en 2018, les émissions totales de gaz à effet de serre (hors le secteur de l'utilisation des terres et des forêts) en Belgique se sont élevées à 118,5 Mt éq. CO_2[2], ce qui ne constituait qu'une baisse de 19,1 % par rapport à 1990. L'association Klimaatzaak, dans ses conclusions principales déposées le 28 juin 2019, demanda au tribunal de constater « que les parties défenderesses n'ont pas, au plus tard en 2020, réduit le volume global des émissions annuelles de gaz à effet de serre à partir du territoire belge de 40 %, ou à tout le moins de 25 %, par rapport au niveau de l'année 1990 ». Vu que nous sommes déjà en 2020 et puisque, en Belgique, il est possible de faire évoluer les prétentions au cours d'une procédure judiciaire, à condition qu'elles soient basées sur les mêmes faits, l'association modifia le contenu de l'injonction

73 DOC 54 3517/004.
74 « Dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les communautés et les régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations ».
75 Document parlementaire 54K3642.
76 https://www.cnc-nkc.be (consulté le 1er avril 2020).
77 https://www.plannationalenergieclimat.be/admin/storage/nekp/pnec-version-finale.pdf (consulté le 1er avril 2020).
78 F. Rohart, « La Belgique adopte un plan climat *a minima*, "dans le respect de chaque entité" », L'Echo, 18 décembre 2019.

sollicitée de la part du tribunal. Désormais, Klimaatzaak demande qu'il soit ordonné aux parties citées de « prendre les mesures nécessaires pour amener la Belgique à diminuer ou faire diminuer le volume global des émissions annuelles de gaz à effet de serre à partir du territoire belge de manière à atteindre, en 2025, une réduction de 48 %, ou à tout le moins de 42 %, par rapport au niveau de l'année 1990 ; en 2030, une réduction de 65 %, ou à tout le moins de 55 %, par rapport au niveau de l'année 1990 ; en 2050, une émission nette nulle »[79]. Ceci sous peine d'astreinte.

Le citoyen, qui aura à subir le changement climatique, doit-il être tributaire de ces difficultés de coordination intra-belge pour dégager une ambition globale qui corresponde au risque annoncé et même au danger déjà subi ? Faudra-t-il passer par le juge pour sortir un État fédéral comme la Belgique de ses difficultés de gouvernance ? Qui ne sont en réalité pas propres au seul domaine du climat, ni propres à ce seul type de fédéralisme, car nulle part il ne semble aisé en réalité de répondre à l'enjeu de la décarbonation de l'économie et à la génération spontanée de promesses ambitieuses comme le requiert l'Accord de Paris[80].

L'attitude des commentateurs est prudente[81], les observations nuancées. L'activisme judiciaire ne doit pas mener à de mauvais précédents, chaque action introduite étant bien entendu susceptible d'ouvrir des voies ou, au contraire, d'en fermer. L'affaire introduite pose de multiples questions, que ce soit sur le plan de l'accès à la justice, en ce compris pour les quatre-vingt-deux arbres classés, que sur le potentiel offert par les ressorts du droit de la responsabilité dans son sens le plus large, à l'égard du climat et de citoyens qui attendent une protection de la part de l'État.

Les requérants présentent leur action comme un encouragement ou une opportunité[82], malgré les astreintes demandées, mais ce n'est pas de cette manière et sur le ton de l'humour conciliant que l'action intentée est reçue par toutes les autorités. Il semble y avoir une certaine irritation à ce que toutes soient en quelque sorte « mises dans le même sac », par une seule citation en justice, *in solidum*, là où chacune a des compétences propres, susceptibles d'être exercées de manière autonome même si, sur certains points, il a été convenu de coopérer. La citation introduite par Klimaatzaak vise, *in fine*, la dimension collective, l'État « global »[83] et est en cela intéressante, car elle révèle la difficulté de tester une telle approche, dans un contentieux purement interne, en matière civile. On y perçoit aussi la difficulté, caractéristique des actions climat de la période pré-Paris, de construire un contentieux prenant appui sur les assises de *soft law* international, dont le poids de l'état la science, qui décuple les attentes, mais aussi – comme confirmé avec succès dans l'affaire *Urgenda* –, la responsabilité.

---

79 https://affaireclimat.cdn.prismic.io/affaireclimat/95dd60da-492e-40a5-8cec-aa9f4734add9_20191216+Conclusions+de+synthèse++%281%29.PDF (consulté le 30 mars 2020).

80 S.Happaerts, *op.cit* ; R. Steurer et C.Clar, « The ambiguity of federalism in climate policy-making: how the political system in Austria hinders mitigation and facilitates adaptation », *Journal of Environmental Policy and Planning,* vol.20, 2018, n° 2, p. 252-265; H.Weidner & L.Mez, « German Climate Change Policy: A Success Story With Some Flaws », *The Journal of Environment Development,* 2008, vol.17, p. 356-378.

81 A. Soete et H. Schoukens, « De klimaatzaak: een moeilijke evenwichtsoefening in rechterlijk activisme? », *Tijdschrift voor Omgevingsrecht en Omgevingsbeleid,* 2015, p. 154; A. Soete et H. Schoukens, « Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid?" *NJW,* 2016, p. 186-203 ; A. Soete, « De scheiding der machten als struikelblok voor de klimaatzaak? », *Human rights as basis for reevaluating and reconstructing the law,* A. Hoc. *et al.* (ed.), Larcier, 2016 ; L. Lavrysen, « National report : Belgium », conférence sur le thème Climate change and adjudication, Oxford, 2017, sous l'égide du European Union Forum of Judges for the Environment, disponible en ligne sur https://www.eufje.org/images/docConf/ox2017/belgium.pdf (consulté le 1er avril 2020).

82 Point 120 de la citation.

83 Selon l'expression de F. Delpérée, ou encore l'État fédératif qui rassemble l'État fédéral et les entités fédérées.

La séparation des pouvoirs[84] sera évidemment un aspect déterminant dans l'affaire en cause, dans une requête qui ne cible pas les incomplétudes et les incohérences de législations particulières (loi spéciale de réformes institutionnelles, nécessité et contenu des accords de coopération, etc.), mais un manque d'ambition et une absence de volonté politique pour s'accorder sur des objectifs chiffrés de réduction de gaz à effet de serre qui corresponde, vraiment, aux nécessités.

Un autre aspect déterminant sera l'appréciation de la norme générale de prudence dont est redevable l'État à l'égard de ses administrés, du moins ceux dont l'intérêt à agir aura été reconnu, ce qui devrait être le cas de l'association Klimaatzaak[85]. Quelles sont les mesures que prendrait toute personne normalement prévoyante et prudente qui se trouve dans les mêmes circonstances ? Dans le jugement de première instance de l'affaire *Urgenda* de laquelle elle s'inspire, la violation des droits subjectifs consacrés par la CEDH a uniquement pesé en tant que « contexte » sur l'appréciation de l'attitude diligente et raisonnable que doit adopter un État en matière de responsabilité extra-contractuelle[86]. Mais il en fut tout autrement en appel et en cassation où, à l'inverse, de manière autonome, c'est bien la jurisprudence de la CEDH qui fit basculer le procès, à l'appui du constat de l'existence d'une « communauté de vue » sur la teneur de l'effort de réduction des gaz à effet de serre à réaliser.

Mais qui sera l'État ? Comment le juge démêlera la part de responsabilité de chacune des entités concernées, fédérale et fédérées, au regard des éléments reprochés ? Condamnera-t-il l'une d'entre elles à une astreinte, à charge de récupération auprès des autres ? L'affaire sera en tout cas une nouvelle occasion de tester les limites du fédéralisme belge[87]. Face aux atermoiements des autorités, et le constat de leur difficulté à déployer encore une vision commune, des citoyens ont décidé de demander des comptes à l'État, au regard de ce qu'ils considèrent non seulement comme une urgence, mais aussi comme une créance. En ce compris du point de vue de l'agir ensemble. Une saine attitude en démocratie. Reste à voir si le tribunal de première instance, au vu des éléments qui lui auront été soumis, mais aussi de l'inspiration qu'il trouvera dans l'arrêt de la Cour suprême des Pays-Bas, admettra que l'État belge, dans sa globalité, fuit ses responsabilités à l'égard de l'enjeu climatique.

84 K. De Graaf et J. Jans, *op. cit.*, 517-527.

85 Cass. 11 juin 2013 (Belgique).

86 A. Gouritin, « La jurisprudence de la CEDH sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques ? » dans C. Cournil et C. Colard-Fabregoule (éd.), *Changements climatiques et défis du droit,* Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 251-276.

87 §. 127 de la citation : « S'il devait être jugé qu'il n'est pas possible en droit belge d'ordonner aux parties citées de diminuer les émissions belges, il doit être constaté que les parties requérantes ne disposent pas d'un recours effectif pour contrer la violation de leurs droits sur la base des articles 2 et 8 de la CEDH. Ceci constitue en soi une violation de l'article 13 de la CEDH, qui a aussi un effet direct dans l'ordre juridique belge ».

5
Leghari c. Federation of Pakistan (2015)

Théophile Keïta[1]

Les contentieux climatiques, en posant la question de la responsabilité climatique, permettent de développer, en droit, l'impératif philosophique d'Hans Jonas selon lequel : « agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre »[2]. Depuis au moins les années 1970, les causes et les effets du changement climatique sont connus et débattus[3]. Malgré cela, l'action en faveur de la sauvegarde d'un climat permettant une vie soutenable pour l'être humain et la biodiversité peine encore à se développer. En réaction, on assiste à l'émergence d'une prise de conscience écologique, par les citoyens et citoyennes du monde entier. Elle se matérialise par les mobilisations mondiales de la jeunesse marquantes de l'année 2019[4]. Ce contexte de mobilisation citoyenne se double, depuis la signature de l'Accord de Paris, d'un nouveau rôle du juge dans la lutte contre le changement climatique. Partout dans le monde, des juridictions ont eu à statuer sur des contentieux climatiques, c'est-à-dire des contentieux portant sur la responsabilité pour les causes et les effets du changement climatique[5]. Ces litiges commandent de résoudre une série de problématiques faisant des tribunaux des « laboratoires » des défis juridiques posés par les changements climatiques[6]. L'affaire *Leghari*, présentée devant la Haute cour de Lahore au Pakistan, en est un des tout premiers exemples de réussite.

Le Pakistan est particulièrement vulnérable aux effets du changement climatique. La température moyenne annuelle y a augmenté de 0,57℃ entre 1901 et 2000[7]. Le pays figure au 7e rang des pays les plus affectés par le changement climatique entre 1996 et 2015[8]. Dans le futur, il souffrira de la fonte des glaces, affectant le débit des rivières. En conséquence le Pakistan devra faire face à une

1 Élève-avocat en droit international, École de formation du barreau de Paris.

2 Formulé également négativement : « Ne compromets pas les conditions pour la survie indéfinie de l'humanité sur terre », H. Jonas, *Le principe responsabilité*, éditions Champs, 1990, p. 40.

3 N. Rich, « Losing Earth: The Decade We Almost Stopped Climate Change », (https://www.nytimes.com/interactive/2018/08/01/magazine/climate-change-losing-earth.html), (Consulté le 16 mars 2020).

4 J. Rochfeld, *Justice pour le Climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, Paris, 2019, p. 7-9.

5 C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, Pedone, Paris, 2018, p. 19-20.

6 *Ibid.*, p. 24-26.

7 A. U. Zaman Chaudhry, « Climate Change Profile of Pakistan », *Asian Development Bank*, 2017, p. 11 (https://www.adb.org/sites/default/files/publication/357876/climate-change-profile-pakistan.pdf) (Consulté le 29 mars 2020).

8 S. Kreft, D. Eckstein, I. Melchior, « Global Climate Risk Index 2017 », *GermanWatch*, p. 6, (https://germanwatch.org/en/12978) (consulté le 26 mai 2020).

augmentation de la demande en eau pour irriguer les cultures, en énergie pour lutter contre la hausse des températures ainsi qu'à une multiplication des inondations et des sécheresses[9].

C'est face à cette menace que le ministre du Changement climatique a annoncé la création de deux dispositifs : une Politique nationale sur le changement climatique (la « Politique »), et un Cadre de transposition de la politique nationale sur le changement climatique (2014-2030) (le « Cadre de transposition »)[10]. La Politique identifie dix objectifs que l'on peut qualifier d'objectifs économiques[11], institutionnels[12], sociaux[13], ou même de sécurité[14]. Elle s'assure que les décisions visent les secteurs les plus vulnérables de l'économie[15]. Le Cadre de transposition s'envisage comme un « document vivant »[16] . Il développe 734 mesures qui doivent être prises par différentes parties prenantes, dont 232 sont prioritaires[17]. Il établit un calendrier selon lequel les actions doivent être mises en œuvre dans un délai différent selon leur urgence : deux ans pour les actions prioritaires, cinq ans pour les actions de court terme, dix ans pour les actions de moyen terme et vingt ans pour les actions de long terme. C'est le manque de mise en œuvre de ces deux derniers textes qui est reproché par le requérant devant la Haute cour de Lahore.

Un agriculteur pakistanais, M. Ashgar Leghari a assigné le gouvernement fédéral du Pakistan ainsi que le gouvernement de la République du Penjab, au motif que ceux-ci ont échoué à mettre en œuvre les politiques d'adaptation au changement climatique[18]. Il estime que l'inaction des défendeurs porte atteinte à des droits constitutionnels[19] : selon lui, le changement climatique représente une menace sérieuse pour la sécurité hydrique, alimentaire et énergétique du Pakistan, constituant une atteinte au droit à la vie protégé par l'article 9 de la Constitution[20]. Il rappelle que les preuves établissant la réalité du changement climatique et son origine anthropique sont surabondantes, et que personne ne peut nier l'impact dévastateur des événements climatiques extrêmes[21]. Le nombre des défendeurs témoigne de l'importance du recours, qui porte sur les risques que fait peser le changement climatique sur le mode de vie des citoyens pakistanais. La Haute cour identifie parmi

9 A. U. Zaman Chaudhry, « Climate Change Profile of Pakistan », *Asian Development Bank*, 2017 p. ix (https://www.adb.org/sites/default/files/publication/357876/climate-change-profile-pakistan.pdf) (Consulté le 16 mars 2020).

10 Haute cour de Lahore, ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, No W.P. No. 25501/2015, § 2.

11 « 1. To pursue sustained economic growth by appropriately adressing the challenges of climate change; […] To facilitate effective use of the opportunities, particularly financial, available both nationally and internationally; 8. To foster the development of appropriate economic incentives to encourage public and private sector investment in adaptation measures », Gouvernement du Pakistan, ministère du changement climatique, « National Climate Change Policy », 2012, p. 1.

12 « 2. To integrate climate change policy with other inter-related national policies; […] 6. To strengthen inter-ministerial decision making and coordination mechanisms on climate change; […] 9. To enhance the awareness, skill and institutional capacity of relevant stakeholders », *ibid.*, p. 1.

13 « 3. To focus on pro-poor gender sensitive adaptation while also promoting mitigation to the extent possible in a cost-effective manner », *ibid.*, p. 1.

14 « 4. To ensure water security, food security and energy security of the country in the face of the challenges posed by climate change; 5. To minimize the risks arising from the expected increase in frequency and intensity of extreme weather events such as floods, droughts and tropical storms », *ibid.*

15 Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 8.

16 Gouvernement du Pakistan, Division du changement climatique, « Framework for Implementation of Climate Change Policy (2014-2030) », 2013, p. 1. La Haute cour de Lahore le relève également dans sa décision du 25 janvier 2018 (Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 8).

17 Haute cour de Lahore, ordonnance relative au changement climatique du 4 septembre 2015, No W.P. No. 25501/2015, § 2.

18 *Ibid.*, § 2.

19 *Ibid.*, p. 2.

20 *Ibid.*, § 1.

21 *Ibid.*

l'ensemble des parties, les plus importantes pour le différend en cause. Au niveau fédéral, ce sont : le ministre de l'Eau et de l'Énergie, la Commission fédérale des crues, le département météorologique, la division des affaires économiques. Les parties prenantes déterminantes au niveau provincial sont la division de la planification et du développement, les départements de l'irrigation, de l'agriculture et de la foresterie[22].

Dans le système juridictionnel du Pakistan, les « Hautes cours » (*High Courts*) sont chargées de la garantie des droits fondamentaux[23]. Si la volonté des juges pakistanais d'œuvrer en faveur de la protection de l'environnement date des années 1990[24], la Haute cour de Lahore dispose d'une « Chambre Verte » (*Green Bench*) depuis 2012[25]. La création de ces chambres fait suite à la Conférence de l'Asie du Sud sur la justice environnementale[26], organisée par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), réunissant la Cour Suprême du Pakistan et d'autres parties prenantes[27]. Cette conférence a rassemblé différents présidents des plus hautes cours d'Afghanistan, du Bangladesh, du Bhoutan, d'Inde et des Maldives lors, et s'est achevée sur la Déclaration de Bhurban[28] qui crée entre autres les chambres vertes au sein des tribunaux.

La Haute cour rend trois décisions dans l'affaire *Leghari*. En premier lieu, elle rend une « ordonnance relative au changement climatique » le 4 septembre 2015[29], par laquelle elle identifie la menace que constitue le changement climatique, et souligne la nécessité d'envisager une nouvelle forme de justice : la justice climatique. Celle-ci est intrinsèquement liée au respect des droits fondamentaux. Par ailleurs, elle estime que le retard de l'État fédéral comme de l'État du Punjab dans la mise en œuvre des différentes politiques en matière d'adaptation constitue une violation des droits fondamentaux des citoyens. Afin de remédier à cette situation, elle ordonne notamment la nomination d'une personne responsable du changement climatique au sein de chaque ministère, et la création d'une Commission sur le changement climatique pour surveiller le progrès du gouvernement du Punjab. En deuxième lieu, le 14 septembre 2015, elle prend une décision par laquelle elle désigne les membres de la Commission sur le changement climatique, laquelle est chargée de surveiller la mise en œuvre effective du Cadre par le gouvernement du Punjab[30]. En troisième lieu, le 25 janvier 2018[31], la Haute cour accueille les résultats des travaux de la Commission créée en 2015 : constatant que la majorité des mesures mentionnées dans le Cadre ont été mises en œuvre, la Haute

22 *Ibid.*, § 4.

23 F. Hussain, « The Judicial Sytem of Pakistan », *Federal* Judicial Academy, 2015, p. 12 (https://www.supremecourt.gov.pk/downloads_judgements/all_downloads/Judicial_System_of_Pakistan/thejudicialsystemofPakistan.pdf) (Consulté le 29 mars 2020), ainsi qu'au titre de l'article 199(2) de la Constitution de la Fédération du Pakistan de 1973.

24 I. Ahsan, S. Amin Khawaja, « Development of Environmental Laws and Jurisprudence in Pakistan », *Asian Development Bank*, p. 14-15 (https://www.adb.org/sites/default/files/publication/31140/environmental-law-jurisprudence-pakistan.pdf) (Consulté le 19 mars 2020).

25 C. Huglo, *Le contentieux climatique, : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 1e ed., 2018, p. 179.

26 IUCN, « Bhurban Declaration 2012 adopted at the South Asia Conference on Environnemental Justice », (https://www.iucn.org/content/bhurban-declaration-2012-adopted-south-asia-conference-environmental-justice) (Consulté le 29 mars 2020).

27 La Banque asiatique du développement et le Programme des Nations unies pour l'environnement.

28 South Asia Conference on Environmental Justice, « Bhruban Declaration 2012. A Common Vision on Environment for the South Asian Judiciairies », 25 mars 2012, (https://www.iucn.org/downloads/pk_bhurban_declaration_2012__20120410_.pdf) (Consulté le 29 mars 2020).

29 « Climate Change Order », Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, (http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/) (Consulté le 29 mars 2020).

30 Haute cour de Lahore, ordonnance, 14 septembre 2015, n° W.P. No. 25501/2015, § 6.

31 Haute cour de Lahore, jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015.

cour décide de supprimer la Commission. Cependant, elle crée un Comité permanent chargé des mêmes travaux, sur le long terme et auprès de l'État fédéral.

La décision de la Haute cour de Lahore est caractéristique d'une forme de contentieux climatique, mettant les droits de l'homme au service de la lutte contre le changement climatique (I). Ce raisonnement juridique permet aux juges de devenir acteurs de la lutte contre le changement climatique en condamnant l'inaction des États (II).

I. Le changement climatique comme menace des droits fondamentaux

Le contentieux *Leghari* démontre le rôle des droits fondamentaux dans les contentieux climatiques, tant sur le plan procédural que substantiel. En effet, les questions procédurales sont déterminantes pour assurer l'effectivité des droits substantiels relatifs au changement climatique[32]. L'utilisation d'une procédure constitutionnelle permet non seulement la tenue d'un dialogue environnemental devant le juge (A), mais également au juge de développer des concepts nouveaux par une approche des enjeux climatiques tournée autour des droits de l'homme (B).

A. La procédure de contentieux d'intérêt public au service du dialogue environnemental

Le requérant a introduit une procédure à l'encontre du gouvernement fédéral ainsi que de l'État du Punjab via la procédure de *Public Interest Litigation* (ci-après, « contentieux d'intérêt public »)[33]. Le contentieux d'intérêt public désigne une forme de procédure utilisée comme moteur de changement social, en particulier pour faire avancer la cause des minorités ou des catégories désavantagées[34]. Il naît aux États-Unis d'une volonté de représenter en justice des intérêts qui ont été historiquement exclus des prétoires[35] : il a ainsi été utilisé en matière de ségrégation raciale[36]. Ce type de contentieux constitue un écart de procédure par rapport à la philosophie traditionnelle du procès dans les pays anglo-saxons, car elle impose de prendre en compte des intérêts et des réparations collectifs, là où la procédure anglo-saxonne est par nature transactionnelle et individuelle[37].

Au Pakistan, la procédure de contentieux d'intérêt public est organisée par la Constitution de la République Islamique du Pakistan de 1973 aux articles 184(3) et 199. Elle permet à certaines cours de ne pas suivre strictement les règles de procédures instituées par la loi[38]. Ces deux articles, lus ensemble, donnent aux juridictions judiciaires supérieures le pouvoir de faire respecter les droits

32 E. Colombo, « Enforcing International Climate Change Law in Domestic Court: A New Trend of Cases for boosting Principle 10 of the Rio Declaration », *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 35:1, 2017, p. 115.
33 Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, p. 1.
34 O. Van Heel, « Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation », *Maastricht University Journal of Sustainability Studies*, 2017, p. 57-58.
35 M. A. Munir, « Public Interest Litigation in Supreme Court of Pakistan », SSRN, 2007, p. 14 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1984583), (Consulté le 16 mars 2020).
36 Par exemple, lorsque la Cour suprême déclare, dans *Brown c. Board of Education*, l'inconstitutionnalité de la ségrégation raciale dans les écoles, O. Van Heel, *op. cit.*, p. 59.
37 F. Hussain, « Public Interest Litigation », *Working Paper Series #5*, Sustainable Development Policy Institute, 1993, p. 6.
38 M. A. Munir, *op. cit.*

fondamentaux et de s'assurer de la conformité avec l'État de droit et de la garantie de l'accès au juge[39]. Cette procédure permet un certain activisme judiciaire des juges au Pakistan, qui se saisissent d'office afin de protéger les droits fondamentaux face aux violations de l'État ou ses représentants[40].

L'utilisation du contentieux d'intérêt public permet d'éviter les problématiques attachées à l'intérêt à agir dans les contentieux climatiques[41]. L'intérêt à agir, en droit, suppose un intérêt né et actuel, direct et personnel, et certain. Le caractère né et actuel est qualifié par la démonstration de la réalité du préjudice, ainsi que par l'existence d'un degré suffisant de certitude du dommage[42]. Au Pakistan, les nécessités de protection des populations vulnérables ont amené la jurisprudence à ouvrir les conditions de l'intérêt à agir dans les contentieux d'intérêt public. Ce fut le cas avec l'affaire *Benazir Bhutto*, présentée comme la jurisprudence initiatrice de cette forme de contentieux[43]. En l'espèce, Mme Benazir Bhutto contestait la conformité à la Constitution d'amendements à la loi relative aux partis politiques au regard de la liberté d'association[44]. Dans cette affaire, la Cour Suprême estime que l'ancienne notion d'intérêt à agir est défavorable à la protection des droits fondamentaux en ce qu'elle protège de manière sélective les personnes influentes et permet de maintenir le *statu quo* en faveur de certains intérêts[45]. La Cour précise en effet que l'article 184(3) de la Constitution ne se limite pas expressément à la protection des droits individuels[46] : elle vient donc ouvrir l'intérêt à agir au-delà de la seule personne qui souffre d'un préjudice du fait de la violation de ses droits fondamentaux[47].

Cette expérience des juridictions pakistanaises dans le contentieux d'intérêt public est un bon exemple de la particularité des contentieux climatiques dans les pays dits « du Sud ». Le chemin pris par les requérants dans les contentieux climatiques de ces pays se fait dans l'héritage d'une tradition d'activisme judiciaire en faveur de la reconnaissance de droits socio-économiques auprès des tribunaux[48]. En effet, au Pakistan, le contentieux d'intérêt public est d'abord utilisé pour protéger les droits des populations les plus vulnérables[49]. Ici, l'enjeu de l'affaire *Leghari* réside dans la protection de populations vulnérables face aux effets adverses du changement climatique. En l'espèce, le requérant est un agriculteur qui fait valoir que son mode de vie est particulièrement menacé par les événements climatiques qui frappent le Pakistan comme les sécheresses et inondations extrêmes[50].

39 « Sans préjudice des dispositions de l'article 199, la Cour suprême, si elle estime qu'il est question d'une question d'importance publique relative à l'application de l'un des droits fondamentaux conférés par le Chapitre 1 de la Partie II, a le pouvoir de rendre une ordonnance de la nature mentionnée dans ledit article », [« *Without prejudice to the provisions of Article 199, the Supreme Court shall, if it considers that a question of public importance with reference to the enforcement of any of the Fundamental Rights conferred by Chapter 1 of Part II is involved, have the power to make an order of the nature mentioned in said Article* »], Constitution de la République Islamique du Pakistan, 1973, Article 184(3).
40 M. A. Munir, *op. cit.*
41 O. Van Heel, *op. cit.*, § 84.
42 E. Petrinko, *Juge national et changement climatique : de la justiciabilité à la justice climatique*, mémoire, Université Laval, Paris I et Paris II, p. 11 ; C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 1e ed., 2018, § 86.
43 M. A. Munir, *op. cit.*
44 *Ibid.*
45 Dans l'affaire *Benazir Bhutto c. Fédération du Pakistan*, 1988, cité par F. Hussain, « Public Interest Litigation », *Working Paper Series #5*, Sustainable Development Policy Institute, 1993, p. 7.
46 *Ibid.*
47 F. Hussain, *op. cit.*, n. 36, , p. 7.
48 C. Rodriguez-Garavito, « Human Rights: The Global South's Route to Climate Litigation », *American Journal of International Law*, vol. 114, 2020, p. 40-41.
49 M. A. Munir, *op. cit.*
50 Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 3.

C'est pourquoi la Haute cour de Lahore insiste sur la nécessité de protéger les droits fondamentaux de ces populations, en particulier les plus précaires dans l'accès au droit :

> « Le changement climatique est un moment crucial de notre temps et a amené des altérations dramatiques du système climatique de notre planète. Pour le Pakistan, ces variations climatiques ont d'abord se sont d'abord exprimées dans des inondations et sécheresses sévères, qui ont levé des inquiétudes sérieuses sur la sécurité alimentaire et hydrique. Sur le plan légal et constitutionnel, c'est un appel à la protection des droits fondamentaux des citoyens du Pakistan, en particulier les catégories les plus faibles et vulnérables de la société qui ne sont pas en mesure de saisir cette juridiction »[51].

La motivation de la Haute cour démontre l'importance des droits procéduraux dans les contentieux climatiques. Classiquement, les droits procéduraux environnementaux recouvrent le droit à l'information, la participation du public dans la prise de décision, et l'accès à la justice[52]. Le Principe 10 de la Déclaration de Rio de 1992[53], comme la Convention d'Aarhus[54] ou encore le récent accord d'Escazú[55] affirment ces droits procéduraux environnementaux[56] qui sont aujourd'hui bien acquis.

Parmi l'ensemble de ces droits, l'accès au juge, qui est le droit protégé par la procédure de contentieux d'intérêt public, permet une nouvelle modalité de dialogue environnemental : c'est-à-dire « un véritable moyen pour chacun d'obtenir un débat contradictoire entre acteurs sur les risques environnementaux rencontrés au sein des territoires »[57]. En permettant au requérant de faire valoir sa demande liée à l'inaction en matière d'adaptation devant un juge, le gouvernement est forcé de faire valoir ses arguments et une ligne de défense, pièces à l'appui. Ainsi, la possibilité d'avoir un débat sur les risques et mesures liés au changement climatique et à l'environnement explique la nature des acteurs impliqués dans les contentieux climatiques. Si certaines affaires, comme l'affaire *Leghari*, impliquent des individus isolés, la plupart des procès climatiques sont portés par des collectifs et organisations non-gouvernementales (ONG)[58]. On trouve également des recours émanant de personnes

51 « Climate Change is a defining challenge of our time and has led to dramatic alterations in our planet's climate system. For Pakistan, these climatic variations have primarily resulted in heavy floods and droughts, raising serious concerns regarding water and food security. On a legal and constitutional plane this is a clarion call for the protection of fundamental rights of the citizens of Pakistan, in particular, the vulnerable and weak segments of the society who are unable to approach this Court », Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, § 6.

52 E. Colombo, *op. cit.*, p. 116.

53 « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. […] Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré », Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.* 14 juin 1992.

54 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25 juin 1998, *United Nations Treaty Series*, vol. 2161, p. 447.

55 Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes, 4 mars 2018 (https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43648/1/S1800561_fr.pdf) (consulté le 2 mars 2020).

56 E. Colombo, « Enforcing International Climate Change Law in Domestic Court: A New Trend of Cases for boosting Principle 10 of the Rio Declaration », *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 35:1, 2017, p. 116.

57 J. Vieira, « L'émergence de l'activisme climatique et l'accès au juge », *RFDA*, vol. 4, 2019, p. 636.

58 M. Torre-Schaub, « Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?* Mare & Martin, Paris, 2018, p. 121-124.

publiques[59]. Le contentieux climatique permet une nouvelle forme de dialogue : le débat sur les actions à prendre face au changement climatique sort de la branche législative ou exécutive pour se dérouler devant le juge[60]. Le dialogue environnemental devant les cours nationales inspire également à l'étranger. S'il ne faut pas conclure hâtivement à une organisation transnationale structurée de différentes organisations impliquées dans des contentieux climatiques[61], celles-ci s'inspirent les unes des autres par un effet « boule de neige ». Cette reconnaissance de nouveaux droits aboutit dans l'affaire *Leghari*, tout en adoptant une approche par les droits de l'homme des enjeux climatiques[62].

B. L'approche par les droits de l'Homme comme fondement de la justice climatique

Le juge adopte une approche « climatique » fondée sur les droits de l'homme en soulignant la menace que fait peser le changement climatique sur une multitude de droits fondamentaux. Cette approche est d'ores et déjà étudiée en doctrine, et depuis l'affaire *Leghari*, développée dans d'autres contentieux climatiques[63]. En particulier, l'utilisation de ce raisonnement permet de faire émerger une conception jurisprudentielle de la justice climatique. Le juge pakistanais retient une multitude de droits fondamentaux et de principes, caractéristiques de l'approche fondée sur les droits de l'homme des enjeux climatiques : d'une part, des droits fondamentaux protégés par la Constitution, d'autre part, des principes constitutionnels comme la doctrine du *public trust*.

D'abord, la Haute cour reconnaît l'importance de la protection des droits fondamentaux des citoyens face à la menace que représente le changement climatique[64]. Ainsi, avant d'établir la responsabilité de l'État, la juridiction convoque les droits fondamentaux comme le droit à la vie, incluant le droit à un environnement sain et propre, et le droit au respect de la dignité humaine[65], en précisant que « l'environnement et sa protection ont pris une place centrale dans le schéma de nos droits constitutionnels »[66]. En effet, au Pakistan, les droits à un environnement sain, et au respect de la dignité humaine sont protégés par la Constitution aux articles 9 et 14 respectivement[67].

59 *Ibid.*, p. 123. Par exemple : les affaires françaises *Total* ou *Grande-Synthe* (V. commentaires dans cet ouvrage).

60 « De fait, l'accès au juge permet au requérant de débattre avec son adversaire en défendant un point de vue. La démocratie représentative ne permet pas toujours le respect de l'opinion populaire, elle est donc moins contraignante pour les gouvernants bien que la sanction de ces derniers par le pouvoir des urnes puisse parfois être efficace. L'office du juge présente donc parfois un moyen de pallier l'insuffisance des pouvoirs législatif et réglementaire. Or, concernant les contentieux climatiques introduits devant le juge administratif, l'idée est bien de pallier les carences normatives de la France dans la lutte contre le réchauffement climatique », J. Vieira, « L'émergence de l'activisme climatique et l'accès au juge », *RFDA*, 2019, vol. 4, p. 636.

61 M. Torre-Schaub, « Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 123.

62 C. Cournil, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », *op. cit.*, p. 90-91.

63 C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État. Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 195-196.

64 Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, § 6.

65 *Ibid.*, § 7.

66 « L'environnement et sa protection ont pris une place centrale dans le schéma de nos droits constitutionnels », [« *Environment and its protection has taken a center stage in the scheme of our constitutional rights* »], Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, § 7.

67 « Nul ne sera privé de la vie ou de la liberté en dehors des cas prévus par la loi », article 9 de la Constitution de la République islamique du Pakistan ; « la dignité humaine et, sous réserve de la loi, le domicile, sont inviolables », article 14 de la Constitution de la République islamique du Pakistan.

Ensuite, la Haute cour retient d'autres principes : la démocratie, l'égalité, et la justice sociale, économique et politique dans le cadre des principes internationaux de développement durable, de précaution, de solidarité inter et intra-générationnelle, et la doctrine du *public trust*[68]. Cette dernière est d'autant plus intéressante qu'elle a depuis été soulevée dans d'autres contentieux climatiques.

Le *trust* désigne une institution juridique similaire à une fiducie : une personne, le constituant du *trust*, place la propriété d'un bien sous le contrôle d'un fiduciaire, le *trustee*, qui a l'obligation d'administrer le bien dans l'intérêt du bénéficiaire[69]. La doctrine du *public trust* provient de la notion de *res communes* du droit romain selon laquelle certains biens, comme l'air, l'eau, la mer, le rivage et les eaux sous-jacentes sont des biens communs à toute personne[70]. Les juges américains l'ont ensuite adoptée pour limiter les droits des États fédérés sur les rivages[71]. Dans les années 1970, Joseph L. Sax applique cette doctrine aux ressources naturelles dans un article intitulé : « *The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law : Effective Judicial Intervention* »[72]. Cette nouvelle lecture environnementale du *public trust* consiste à considérer que l'État est responsable de la conservation de l'environnement pour le bénéfice du public, en particulier les générations futures[73]. Aujourd'hui, la doctrine du *public trust* est utilisée dans les contentieux climatiques[74]. Elle ferait peser trois obligations sur l'État : l'obligation de protéger l'environnement des destructions, celle de préserver sa capacité à fournir des services écologiques, et celle de demander réparation en cas de dommages causés par un tiers[75]. C'est l'argumentation soutenue dans l'affaire *Juliana* aux États-Unis[76]. Dans l'affaire *Leghari*, la doctrine du *public trust* fait partie des droits reconnus dans le champ d'application du droit à la vie reconnu à l'article 9 de la Constitution de 1973. C'est pourquoi cette doctrine est mobilisée avec les droits fondamentaux[77].

68 Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, § 7.

69 E. Cornu-Thenard, « Éléments sur l'apport de la doctrine américaine du *public trust* à la représentation de l'environnement devant le juge », *VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 22, septembre 2015, § 3.

70 Z. L. Berliner, « What About Uncle Sam? Carving a New Place for the Public Trust Doctrine in Federal Climate Litigation », *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, vol. 21, Issue 4, 2018, p. 341 (https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1226&context=jlasc) (Consulté le 29 mars 2020).

71 *Ibid.*

72 Joseph L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention », *Michigan Law Review*, Volume 68, Issue 3, 1970 (https://repository.law.umich.edu/mlr/vol68/iss3/3/) (Consulté le 29 mars 2020).

73 E. Daly, « La doctrine environnementaliste aux États-Unis d'Amérique – Les suites de la "*public trust doctrine*" développée par le Professeur Joseph L. Sax », *Revue juridique de l'environnement*, 2016/HS16, n° spécial, p. 188-189. Voir également : « l'approche anthropocentrique de l'environnement convient parfaitement à la notion de public trust, en ce que le trust doit précisément être consacré à l'usage de ses bénéficiaires qu'ils soient présents ou futurs », C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 1e ed., 2018, p. 201.

74 Par exemple dans l'affaire *Juliana* (V. le commentaire dans cet l'ouvrage E. Gebre).

75 E. Gebre, « L'affaire Juliana *et al.* C. États-Unis *et al.* Cordonnée par l'association *Our Children's Trust* : enjeux et perspectives », C. Cournil, L. Varison (dir.), *op. cit.*, p. 137.

76 Dans cette affaire, vingt-et-un citoyens ont attaqué le gouvernement fédéral pour un manque de protection face au changement climatique. Les demandeurs soutiennent une violation du principe du *public trust* ainsi que de leur droit à la vie et à la propriété. Voir, P. Mougeolle, « Le grand bond en avant du procès de la justice climatique, "Juliana" contre l'administration Trump », Note sous United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. USA*, No. 17-71692 D.C. No. 6 :15-cv-01517- TC-AA Opinion, March 7, 2018, Actualité Droits-Libertés, Revue des droits de l'homme, mars, 2018, (https://journals.openedition.org/revdh/3791) (Consulté le 29 mars 2020).

77 « Une autre affaire qui a renforcé l'inclusion du PTD dans la jurisprudence pakistanaise a été l'affaire *Muhammad Tariq Abbasi*. Le juge Sarmad Osmany a invoqué l'article 9 de la Constitution pour affirmer que "la doctrine du *public trust* est reconnue depuis longtemps dans le monde entier, comme enjoignant à l'État de préserver et de protéger l'intérêt public sur les plages, les rives des lacs, etc." Cette affaire était importante car la *public trust doctrine* a été étendue pour inclure le droit d'accès aux lieux publics. Cette affaire a donné un recours supplémentaire aux citoyens afin d'assurer un accès sans entrave aux lieux publics, en plus du recours prévu par la Constitution », [« *Another case which further strengthened the inclusion of the PTD into Pakistani jurisprudence was the case of Muhammad Tariq Abbasi. Justice Sarmad Osmany invoked Article 9 of the Constitution to hold that 'the doctrine of public trust has long been recognised all over the world, which enjoins the State to preserve and protect the public interest in beaches, Lakeshores etc'. This case was important because the PTD was expanded to include the right to access to public places. This case gave an additional remedy to citizens for unhindered access to public places in addition to the one provided*

Le raisonnement mené par le juge est caractéristique d'une « interprétation « climatique » des droits de l'homme »[78] venant de plus en plus souvent au soutien de l'argumentation des requérants dans les contentieux climatiques. Cette approche est également soutenue devant certains différents organes internationaux. Le 16 septembre 2019, cinq organes des Nations-Unies publient une déclaration commune « droits de l'homme et changement climatique »[79] insistant sur le rôle des juridictions nationales pour protéger les droits fondamentaux face aux risques du changement climatique[80]. Quatre demandes caractéristiques dans les récents contentieux climatiques fondés les droits fondamentaux sont distinguées par Christel Cournil[81] : la reconnaissance d'une obligation de l'État de protéger les individus face aux conséquences néfastes du changement climatique ; la reconnaissance d'un droit fondamental de vivre dans un système climatique soutenable ; la reconnaissance d'une obligation générale de prudence (*duty of care*) ; l'obligation d'une évaluation climatique des actions pouvant nuire à la stabilité du climat. L'affaire *Leghari* répond principalement à la première demande, selon laquelle le requérant cherche à faire peser sur l'État une obligation de protéger les individus face aux conséquences délétères du changement climatique.

La Haute cour de Lahore précise de façon prétorienne les contours de la justice climatique grâce aux droits fondamentaux. Dans sa première décision, elle estime en effet que :

> « La jurisprudence environnementale existante doit être façonnée pour répondre aux besoins de quelque chose de plus urgent et de plus puissant, c'est-à-dire les changements climatiques. De la justice environnementale, qui était largement localisée et limitée à nos propres écosystèmes et à la biodiversité, nous devons passer à la justice en matière de changements climatiques[82]. »

by the Constitution »], M. W. Munir, Putting Public Trust Doctrine to Work: A Study of Judicial Intervention in Environmental Justice", *Lums Law Journal*, vol. 4, 2018, (https://sahsol.lums.edu.pk/law-journal/putting-public-trust-doctrine- work-study-judicial-intervention-environmental-justice) (Consulté le 29 mars 2020).

78 C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État. Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 195-196.

79 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité de la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Comité des droits de l'enfant, Comité des droits des personnes avec des handicaps, « Joint Statement on Human Rights and Climate Change », 16 septembre 2019, (https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E) (consulté le 28 décembre 2019).

80 « Il faut se féliciter que les institutions judiciaires nationales et les institutions des droits de l'homme s'engagent de plus en plus à veiller à ce que les États respectent les obligations qui leur incombentn en vertu des instruments des droits de l'homme existants, pour lutter contre le changement climatique » [« It is to be welcomed that national judiciary and human rights institutions are increasingly engaged in ensuring that States comply with their duties under existing human rights instruments to combat climate change »], Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité de la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Comité des droits de l'enfant, Comité des droits des personnes avec des handicaps, « Joint Statement on Human Rights and Climate Change », 16 septembre 2019, (https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E) (consulté le 28 décembre 2019).

81 C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État. Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 197.

82 « La jurisprudence actuelle en matière d'environnement doit être adaptée aux besoins d'un problème plus urgent et plus grave, à savoir le changement climatique. De la justice environnementale, qui était largement localisée et limitée à nos propres écosystèmes et à la biodiversité, nous devons passer à la justice sur le changement climatique », [« The existing environmental jurisprudence has to be fashioned to meet the needs of something more urgent and overpowering i.e., Climate Change. From Environmental Justice, which was largely localized and limited to our own ecosystems and biodiversity, we need to move to Climate Change Justice »], Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, § 7.

En 2018, elle complète cette définition : la justice climatique lie le développement des droits humains, la protection des populations les plus vulnérables au partage des charges liées au changement climatique[83]. Ainsi, selon elle, la justice climatique va au-delà de la justice environnementale en ce qu'elle nécessite d'aborder de nouvelles dimensions : la sécurité hydrique et alimentaire, les déplacements humains, la santé, l'urbanisme, même les ressources humaines[84]. Dans la même décision, la Haute cour va jusqu'à développer un concept juridique secondaire : la justice hydrique[85]. Elle définit celle-ci comme l'accès des individus à une eau propre, pour des besoins de survie ou récréatifs[86]. Ces deux définitions ont pour fondement les droits fondamentaux : le droit à la vie et le droit au respect de la dignité humaine. D'une part, s'agissant de la justice climatique, la Haute cour estime que les droits fondamentaux et les principes constitutionnels d'ores et déjà évoqués constituent la boîte à outils judiciaire nécessaire pour guider l'action du gouvernement en réponse au changement climatique[87]. D'autre part, s'agissant de la justice hydrique, le juge fait également le lien avec le respect du droit à la dignité et du droit à la vie[88].

Ce détour par les droits fondamentaux permet au juge de remplir son rôle de créateur de droit. À cet égard, Marta Torre-Schaub relève que les contentieux climatiques poussent le juge à passer de transcripteur à déterminateur[89]. Ce nouveau mode de création de droit, à l'occasion des contentieux climatiques, répondrait à l'urgence climatique. Comme il est nécessaire de prendre en compte de nouvelles temporalités liées aux impératifs écologiques, les modes d'adoption du droit évoluent pour assurer des réponses juridiques aux enjeux climatiques[90].

Le dialogue environnemental, ouvert grâce aux procédures constitutionnelles, permet donc au juge de prendre en compte d'une part la menace pesant sur les droits fondamentaux, d'autre part l'impératif de protection des populations vulnérables, pour apprécier l'inaction de l'État en matière d'adaptation. Ainsi, la protection des droits fondamentaux commande de juger l'inaction de l'État dans la mise en œuvre de ses propres politiques, et de prendre un rôle actif en matière de lutte contre les effets délétères du changement climatique.

83 Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 21.
84 *Ibid.*, § 22.
85 *Ibid.*, § 23.
86 *Ibid.*
87 « Le droit à la vie, à la dignité humaine, le droit de propriété et le droit à l'information en vertu des articles 9, 14, 23 et 19A de la Constitution, lu ensemble avec les valeurs constitutionnelles de justice politique, économique et sociale, fournissent la boîte à outils judiciaire nécessaire pour discuter et contrôler la réponse du gouvernement au changement climatique », [« Right to life, right to human dignity, right to property and right to information under articles 9, 14, 23 and 19A of the Constitution read with the constitutional values of political, economic and social justice provide the necessary judicial toolkit to address and monitor the Government's response to climate change »], Haute cour de Lahore, Ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, W.P. No. 25501/2015, § 7.
88 « Le droit à la vie et le droit à la dignité humaine en vertu des articles 9 et 14 de la Constitution protègent et concrétisent les droits de l'homme en général, et le droit à l'eau et à la salubrité en particulier », [« Right to life and Right to human dignity under articles 9 and 14 of the Constitution protect and realise human rights in general, and the human right to water and sanitation in particular »], Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 23.
89 M. Torre-Schaub, « Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 118.
90 A. Michelot, « Propos conclusifs », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 362.

II. Le juge acteur de la lutte contre le changement climatique par la condamnation de l'inaction des États

La responsabilité de l'État pour violation des droits fondamentaux des citoyens est tirée de son inaction à mettre en œuvre les politiques d'adaptation en matière de changement climatique (A). Le rôle de la preuve scientifique est déterminant dans cette étape. La Haute cour de Lahore décide alors de créer une Commission chargée de surveiller la mise en œuvre des politiques, et d'instituer la présence de « personnes référentes » en charge des questions climatiques au sein de chaque ministère. Autrement dit, le juge sanctionne l'État en faisant évoluer, par l'injonction, la gouvernance des questions climatiques (B).

A. La responsabilité de l'État pour inaction dans les mesures d'adaptation

Établir la responsabilité de l'État dans la violation des droits fondamentaux suppose d'abord d'apporter la preuve scientifique des effets du changement climatique sur le territoire national (1) avant d'établir la carence de l'État (2).

1. Le rôle déterminant de la preuve scientifique

Dans les contentieux climatiques, la preuve des effets du changement climatique constitue un « enjeu central et universel »[91]. Statuer sur un contentieux lié au changement climatique suppose d'apporter la preuve de la réalité du changement climatique, et de son lien de causalité avec le dommage invoqué. Après avoir reconnu la réalité du changement climatique, le juge doit surmonter les incertitudes et lacunes de la science climatique pour établir le lien de causalité. Dans ce contexte, la décision de la Haute cour nous renseigne sur l'importance de la preuve scientifique dans le contentieux climatique.

La réalité du changement climatique n'est pas discutée dans l'affaire *Leghari*. Le requérant argue que les preuves scientifiques relatives au changement climatique permettent non seulement d'établir sa matérialité, mais également son origine anthropique[92]. La Haute cour constate la réalité du changement climatique et souligne son importance pour le respect des droits fondamentaux[93].

91 C. Huglo, *op. cit.*, p. 193.

92 « Il fait valoir que la grande majorité des scientifiques, des experts et des organisations scientifiques professionnelles liées aux sciences de la terre conviennent qu'il y a suffisamment de preuves que les changements climatiques sont réels. Il soutient que personne ne peut nier l'impact dévastateur de l'augmentation de la fréquence et de l'intensité des extrêmes climatiques. De plus, la plupart des experts conviennent que la cause principale est l'activité humaine, qui comprend une interaction complexe avec l'environnement naturel associée à des changements sociaux et économiques qui augmentent les GES dans l'atmosphère, ce qui fait augmenter la température mondiale et, par conséquent, provoque des changements climatiques » [« He submits that overwhelming majority of scientists, experts, and professional scientific organizations related to earth sciences agree that there is sufficient evidence that climate change is for real. He submits that no one can deny the devastating impact of increase in frequency and intensity of climate extremes. Further, most of the experts agree that the major cause is human activities, which include a complex interaction with the natural environment coupled with social and economic changes that are increasing the greenhouse gases (GHG) in the atmosphere, which are increasing global temperature and in turn causing climate change », Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, p. 1.

93 « Le changement climatique est un défi déterminant de notre époque et a entraîné des modifications spectaculaires du système climatique de notre planète. […] Sur le plan juridique et constitutionnel, c'est un appel clair à la protection des droits fondamentaux des citoyens du Pakistan » [« Climate Change is a defining challenge of our time and has led to dramatic alterations in our planet's climate system. […] On a legal and constitutional plane this is clarion call for the protection of fundamental rights of the citizens of Pakistan »], Haute cour de Lahore, ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, No W.P. No. 25501/2015, § 6. Voir également, Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 11.

Cependant, il demeure nécessaire de faire reconnaître les effets délétères, au plan national, de changements constatés à l'échelle globale.

Jacqueline Peel résume les différentes difficultés liées au lien de causalité dans les contentieux climatiques en trois points. Premièrement, la question de « la goutte d'eau dans l'océan », selon laquelle il est impossible d'isoler la responsabilité d'une autorité ou d'une entreprise ou d'un individu pour le changement climatique global[94]. Deuxièmement, la question de la « mort par mille coups » : l'obstacle majeur des contentieux climatiques est que ces derniers se concentrent sur une seule entité, quand le changement climatique est un phénomène impliquant plusieurs niveaux de gouvernance[95]. Troisièmement, c'est le problème de la preuve : les requérants dans les contentieux climatiques doivent faire face aux lacunes et incertitudes de la science climatique[96]. Dans l'affaire *Leghari*, le lien de causalité doit se faire entre l'inaction dans l'adoption de mesures d'adaptation, et les atteintes portées aux droits fondamentaux. Cela suppose de surmonter la lacune scientifique, notamment le rapport entre le phénomène global que représente le changement climatique et les effets locaux[97]. La Haute cour de Lahore se contente d'admettre les effets du changement climatique au Pakistan, en mentionnant les inondations, sécheresses et leurs conséquences en matière de sécurité hydrique et alimentaire[98]. Elle vient également souligner que les politiques prises par l'État, dont l'exécution est insuffisante, prennent en compte la grande vulnérabilité du Pakistan aux effets du changement climatique[99]. Cette décision nous renseigne alors sur la place cruciale qu'occupent les rapports scientifiques dans le contentieux climatique. En effet, le juge identifie la science comme élément essentiel de sa définition de la justice climatique : « la justice climatique s'appuie sur la science, répond à la science et reconnaît la nécessité d'une gestion équitable des ressources mondiales »[100].

94 J. Peel, « Issues in climate change litigation », *Carbon & Climate Law Review*, vol. 5, n° 1, Climate change governance: policy and litigation in a multi-level system, 2011, p. 16-17.

95 *Ibid.*, p. 17-18.

96 *Ibid.*, p. 18-19.

97 « Le fait de considérer le changement climatique comme un problème "mondial" a favorisé le développement d'institutions scientifiques et juridiques qui s'attaquent au problème au niveau international, en accordant moins d'attention, jusqu'à récemment, à la manière dont le changement climatique pourrait se manifester au niveau local. […] Les impacts locaux spécifiques sont beaucoup plus difficiles à prévoir sur la base des données actuelles » [« The casting of climate change as a "global" problem has fostered the development of scientific and legal institutions addressing the problem at the international level with less attention paid, until recently, as to how climate change might manifest at the local level. […] Much more difficult to predict on the basis of current data are specific local impacts »], *ibid.*, p. 19.

98 « Le système climatique est un système très complexe composé de l'atmosphère, de l'hydrosphère, de la cryosphère, de la surface terrestre et de la biosphère, et des interactions entre elles. Il fait valoir que pour le Pakistan, le changement climatique n'est plus une menace lointaine. Nous en ressentons déjà les effets dans tout le pays et dans la région. Le pays a connu des inondations dévastatrices au cours des trois dernières années. Ces changements ont des conséquences de grande portée et des coûts économiques réels », [« The climate system is a highly complex system consisting of the atmosphere, the hydrosphere, the cryosphere, the land surface and the biosphere, and the interactions between them. He submits that for Pakistan, climate change is no longer a distant threat. We are already feeling and experiencing its impacts across the country and the region. The country experienced devastating floods during the last three years. These changes come with far reaching consequences and real economic costs »], Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 2 ; « Pour le Pakistan, ces variations climatiques ont principalement entraîné de fortes inondations et des sécheresses, suscitant de graves préoccupations concernant l'eau et la sécurité alimentaire » [« For Pakistan, these climatic variations have primarily resulted in heavy floods and droughts, raising serious concerns regarding water and food security »], Haute cour de Lahore, ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, No W.P. No. 25501/2015, § 6. Voir également, Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 11.

99 « Compte tenu de la grande vulnérabilité du Pakistan aux effets néfastes des changements climatiques, en particulier aux événements extrêmes, l'effort d'adaptation est le point central de la Politique et du Cadre » [« In view of Pakistan's high vulnerability to adverse impacts of climate change, in particular extreme events, adaptation effort is the focus of the Policy and the Framework »], *ibid.*, § 7.

100 « Climate justice is informed by science, responds to science and acknowledges the need for equitable stewardship of the world's resources », *ibid.*, § 21.

2. *La responsabilité de l'État : l'inaction dans la mise en œuvre des mesures d'adaptation*

La responsabilité de l'État dans l'affaire *Leghari* se différencie d'autres contentieux climatiques dans la mesure où il est lié à l'adaptation, et non à l'atténuation[101]. En effet, la Cour reconnaît l'adaptation est le défi principal du Pakistan[102]. Ces défis sont l'objet de la Politique que du Cadre de transposition, dont le non-respect est reproché. En particulier, c'est l'absence de mise en œuvre des mesures relatives à la sécurité hydrique, alimentaire et énergétique[103] qui menacent la soutenabilité du mode de vie du demandeur[104].

Dès sa décision de 2015, la Cour note que les différents représentants du gouvernement n'ont pas prouvé que les mesures prioritaires listées dans le Cadre de transposition étaient sérieusement engagées[105]. De plus, le ministre du Changement climatique reconnaît la carence de l'État en la matière :

> « [Le ministre du Changement climatique] a fait valoir que le Ministère fédéral des changements climatiques a été créé en 2015 et que sa première réunion a eu lieu en avril 2015. Depuis lors, divers rappels ont été adressés à plusieurs départements et autorités publiques en mai et juin 2015 pour rendre compte des progrès accomplis concernant les points prioritaires mentionnés dans le Cadre. »

La réponse des divers ministères n'a pas été convaincante et le juge estime « qu'une plus grande sensibilisation est nécessaire »[106]. En effet, les actions prioritaires identifiées en 2014 devaient être mises en œuvre avant 2016. Au moment où le juge statue, à la fin de l'année 2015, le Ministère du changement climatique reconnaît qu'il est toujours nécessaire de sensibiliser les différents ministères et autorités aux risques du changement climatique.

---

101 V. par exemple, l'*Affaire du Siècle* (V. le commentaire dans l'ouvrage) ou l'affaire *Urgenda* (V. le commentaire dans l'ouvrage), l'affaire *Maria Khan c. Pakistan* (Haute cour de Lahore, Pétition, *Maria Khan et a. c. Fédération du Pakistan* (http://climatecasechart.com/non-us-case/maria-khan-et-al-v-federation-of-pakistan-et-al/) (Consulté le 29 mars 2020).

102 « À l'échelle mondiale, les remèdes sont l'adaptation ou l'atténuation. Dans le cas du Pakistan, l'adaptation est en grande partie la voie à suivre. L'adaptation est une réponse au réchauffement de la planète et aux changements climatiques, qui vise à réduire la vulnérabilité des systèmes sociaux et biologiques à des changements relativement soudains et à compenser ainsi les effets du réchauffement de la planète. L'adaptation est particulièrement importante dans les pays en développement, car on prévoit que ces pays seront les plus touchés par les effets du réchauffement de la planète. L'adaptation est la capacité et le potentiel d'adaptation des humains (appelée capacité d'adaptation) et est inégalement répartie entre les différentes régions et populations, et les pays en développement ont généralement une capacité d'adaptation moindre » [« On the global platform the remedies are adaptation or mitigation. In case of Pakistan, adaptation is largely the way forward. Adaptation is a response to global warming and climate change, that seeks to reduce the vulnerability of social and biological systems to relatively sudden change and thus offset the effects of global warming. Adaptation is especially important in developing countries since these countries are predicted to bear the brunt of the effects of global warming. Adaptation is the capacity and potential for humans to adapt (called adaptive capacity) and is unevenly distributed across different regions and populations, and developing countries generally have less capacity to adapt »], Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 21.

103 *Ibid.*, § 10.

104 Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 3.

105 « *The representatives of the Irrigation Department, Agriculture Department, Forestry Department, Ministry of Water and Power, Federal Flood Commission, NDMA, PDMA and Ministry of Foreign Affairs made brief submissions but could not satisfactorily show that adaptation measures as listed in the Framework were seriously afoot* », [« Les représentants du Département de l'irrigation, du Département de l'agriculture, du Département des forêts, du Ministère de l'eau et de l'énergie, de la Commission fédérale des inondations, de la NDMA, de la PDMA et du Ministère des affaires étrangères ont présenté de brèves communications mais n'ont pas pu démontrer de manière satisfaisante que les mesures d'adaptation énumérées dans le cadre étaient sérieusement envisagées. »], Haute cour de Lahore, ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, No W.P. No. 25501/2015, § 5.

106 « [Joint Secretary, Ministry of Climate change] submitted that Federal Ministry for Climate Change was established in the year 2015 and its first meeting took place in April, 2015 and since then various reminders have been issued to various departments and authorities in May and June, 2015 to report the progress regarding the priority items mentioned in the Framework. On Court query, he very frankly submitted that by and large the response of the various departments has not been very positive and feels that more awareness and sensitization is required », *ibid.*, § 3 (nous soulignons).

L'établissement de la responsabilité est en même temps la question centrale des contentieux climatiques, et la plus épineuse. La Haute cour reconnaît qu'il est difficile d'identifier l'ensemble des responsables du changement climatique, et que cela ne relève pas de la seule juridiction nationale[107]. Cependant, le juge caractérise la violation des droits fondamentaux par la « léthargie » de l'État dans l'exécution des politiques prises par l'État du Punjab et l'État fédéral[108]. Il enjoint la création d'une Commission afin de surveiller que les parties défenderesses exécutent les politiques prises en matière d'adaptation au changement climatique. La question de la responsabilité est l'apport novateur des contentieux climatiques : celui-ci porte « sur les responsabilités pour les causes et effets des changements climatiques »[109]. Déterminer la part de responsabilité chaque acteur dans le changement climatique n'est cependant pas chose aisée et il faut admettre que la notion est actuellement encore en pleine construction[110]. Les voies prises par les différentes actions dans le monde sont différentes : par exemple, en France, « *l'Affaire du siècle* » utilise le terrain de la carence fautive[111]. Dans l'affaire *Leghari* de La Haute cour de Lahore retient la responsabilité de l'État par la voie de la violation des droits fondamentaux, qui caractérise les contentieux climatiques dans les pays dits « du Sud »[112].

B. La création d'institutions pour assurer le suivi des politiques environnementales par le juge : une sanction touchant à la gouvernance des enjeux environnementaux

La Haute cour, dans son ordonnance du 4 septembre 2015, enjoint aux défenderesses de nommer une personne référente sur le changement climatique au sein de chacune d'elles et présenter une liste de l'ensemble des actions prioritaires du Cadre de transposition à mettre en œuvre avant le 31 décembre 2015. Elle ordonne également la création d'une Commission sur le changement climatique destinée à surveiller la mise en œuvre du Cadre de transposition[113]. Cette création institutionnelle, classique au Pakistan, fait partie des nouvelles formes de gouvernance nécessaires face au changement climatique. Elle pose la question du respect de la séparation des pouvoirs.

107 « Dans ce contexte de changement climatique, l'identité du pollueur n'est pas clairement vérifiable et, dans l'ensemble, ne relève pas de la juridiction nationale. Qui doit être pénalisé et qui doit être restreint ? », [« *In this context of climate change, the identity of the polluter is not clearly ascertainable and by and large falls outside the national jurisdiction. Who is to be penalized and who is to be restrained?* »], Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 21.

108 « Dans le cas présent, le retard et la léthargie de l'État dans la mise en œuvre du Cadre porte atteinte aux droits fondamentaux des citoyens qui doivent être sauvegardés », [« *In the present case, the delay and lethargy of the State in implementing the Framework offends the fundamental rights of the citizens which need to be safeguarded* »], Haute cour de Lahore, ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, No W.P. No. 25501/2015, § 8.

109 C. Cournil, L. Varison (dir.), *op. cit.*, p. 19-20.

110 A. Van Lang, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », *RFDA*, vol. 4, 2019, p. 652.

111 V. le commentaire dans cet ouvrage.

112 C. Rodríguez-Garavito, *op. cit.*, p. 40-42.

113 Haute cour de Lahore, ordonnance relative au changement climatique, 4 septembre 2015, No W.P. No. 25501/2015, § 8.

1. *La création institutionnelle : l'action de l'État sous le contrôle du juge*

Le rôle de la « personne référente sur le changement climatique » au sein de chaque institution est double. D'une part, ces personnes doivent s'assurer, avec le Ministère du changement climatique, que le Cadre de transposition est exécuté au sein de chaque autorité. D'autre part, elles constituent des référentes auprès de la juridiction pour l'assister dans le suivi de l'affaire[114].

Afin de surveiller la mise en œuvre des différentes politiques, la Haute cour décide de créer deux institutions : en 2015, une Commission temporaire est chargée de surveiller la mise en œuvre du niveau de l'État du Punjab, puis en 2015, un Comité permanent doit effectuer le même travail au niveau de l'État fédéral. La Commission sur le changement climatique, est composée de représentants des autorités publiques, d'organisations non-gouvernementales (ONG) et d'experts techniques[115]. On y trouve des représentants de l'État, mais également des avocats, et des représentants d'ONG comme WWF[116]. L'efficacité de cette Commission a été approuvée dans la décision rendue en 2018[117] par la Haute cour. En effet, la Commission avait soumis un rapport en démontrant que, sous sa surveillance, 66,11 % des actions préconisées par le Cadre de transposition avaient effectivement été réalisés[118]. De plus, la fédération du Pakistan a passé le *Pakistan Climate Change Act 2017* établissant l'Autorité du changement climatique pakistanaise. Le président de la Commission a estimé donc que cette dernière n'a plus de raison d'être[119]. La Haute cour décide de dissoudre la Commission relative sur le changement climatique[120].

Cependant, la Haute cour relève qu'il reste à fournir un effort de mise en œuvre des différentes politiques de lutte contre le changement climatique : l'exécution du reste des actions listées dans le Cadre de transposition, l'adoption d'une Politique nationale sur l'eau et l'exécution de la loi de 2017[121]. C'est pourquoi la juridiction décide de créer un Comité permanent sur le changement climatique qui doit fonctionner comme un lien entre la Haute cour et le pouvoir exécutif, pour

114 « *That above Ministries, Departments and Authorities shall nominate a CLIMATE CHANGE FOCAL PERSON within their institution to closely work with the Ministry of Climate Change to ensure the implementation of the Framework and also assist the Court in the instant petition* », [« Que les ministères, départements et autorités susmentionnés désignent au sein de leur institution une *personne focale changement climatique* qui travaillera en étroite collaboration avec le ministère du changement climatique pour assurer la mise en œuvre du Cadre et assistera également la Cour dans le cadre de la présente requête »], *ibid.*

115 « Afin d'aider la Cour à suivre l'évolution du cadre dans le délai fixé par la Cour (s'achevant le 31 décembre 2015), il est impératif de constituer une Commission sur le changement climatique (CCC). La CCC comprendra (a) des représentants des principaux ministères/ départements administratifs (b) des ONG (c) des experts techniques, etc. Les noms et le mandat proposés seront consignés au procès-verbal à la prochaine date d'audience », [« *In order to assist this Court to monitor the progress of the Framework according to the deadline directed by the Court (i.e., 31st December, 2015) it is imperative to constitute a Climate Change Commission (CCC). CCC shall comprise (a) representatives of the key ministries/ departments (b) NGOs (c) Technical Experts etc. Let the proposed names and terms of reference be placed on the record on the next date of hearing* »], *ibid.*, § 8, iii.

116 *Ibid.*, § 11.

117 « Dans ce cas, la Commission a joué un rôle moteur pour sensibiliser les gouvernements et les autres parties prenantes à la gravité et à l'importance du changement climatique », [« *In this case the Commission has been the driving force in sensitizing the Governments and other stakeholders regarding gravity and importance of climate change* »], Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 19.

118 *Ibid.*, § 19.

119 « Le président estime que la Commission a atteint ses objectifs et qu'il appartient aux gouvernements respectifs de faire avancer les questions qui leur sont laissées », [« *The Chairman submits that the Commission has achieved its goals and now the matters should be left to the respective Governments to take forward* »], *ibid.*

120 « La Commission du changement climatique, après avoir rendu un remarquable service public et *pro bono*, est dissoute par la présente », [« *The Climate Change Commission after rendering a remarkable public and* pro bono *service, is hereby dissolved* »], *ibid.*, § 24.

121 *Ibid.*

surveiller l'exécution de la Politique et du Cadre de transposition[122]. Le juge nomme, dans le même temps, les membres du Comité permanent[123].

2. *La création institutionnelle comme nouvelle forme de gouvernance des enjeux environnementaux*

La question de savoir si le juge doit prendre le relai face à l'inaction de l'État ou des réglementations se pose de plus en plus[124], comme dans les contentieux climatiques nord-américains. Aux *É*tats-Unis, la doctrine de la Cour suprême de la question politique, qui exige que le pouvoir judiciaire n'interfère pas dans les questions juridiques qui relèvent des branches élues du gouvernement[125], a freiné la justiciabilité de contentieux climatiques. C'est, entre autres, sur ce fondement qu'a été rejetée la pétition Inuit dans l'affaire *Kivalina*[126]. En Europe, la problématique a également été soulevée dans l'affaire *Urgenda*, où le juge de première instance établit d'abord que la séparation des pouvoirs n'impose pas une séparation complète des pouvoirs constitutionnels[127]. Il estime ensuite que la nature du contentieux touche à l'État de droit et au contrôle de l'action de l'État par le pouvoir judiciaire, ce qui n'est pas de nature à le freiner dans sa tâche[128].

Pourtant, la création d'outils de surveillance de l'action gouvernementale par le juge ne va pas à l'encontre de la séparation des pouvoirs au Pakistan. En effet, l'indépendance judiciaire y est marquée par l'histoire politique et constitutionnelle du pays. Le concept de la séparation des pouvoirs était inscrit dès l'indépendance en 1947, puis dans les trois Constitutions qui suivirent (1956, 1962 et 1973)[129]. Cependant, le pouvoir exécutif a très tôt voulu contrôler le pouvoir judiciaire[130]. Certains vont jusqu'à estimer que c'est un concept qui n'a jamais fonctionné au Pakistan[131] : le pouvoir judiciaire est venu justifier des coups d'État au nom de la « doctrine de la nécessité », diminuant le poids des institutions démocratiques[132]. Selon cette doctrine : ce qui n'est pas légal par ailleurs

122 « Afin de faciliter le travail du gouvernement fédéral, du ministère du changement climatique, du gouvernement provincial, du département de la planification et du développement, ainsi que du CCI, la Cour constitue par la présente un Comité permanent sur le changement climatique, qui agira comme lien entre la Cour et l'exécutif et qui apportera son aide aux gouvernements et agences mentionnés ci-dessus afin de garantir que la Politique et le Cadre continuent d'être mis en œuvre. Les gouvernements fédéral et provinciaux et la CCI s'engagent à prendre en compte les suggestions et propositions faites par le Comité permanent », [« *In order to facilitate the working of the Federal Government, Ministry of Climate Change, Provincial Government, Planning & Development Department, as well as, CCI, the Court hereby constitutes a Standing Committee on Climate Change, which will act as a link between the Court and the Executive and will render assistance to the above mentioned Governments and Agencies in order to ensure that the Policy and the Framework continue to be implemented. The Federal and Provincial Governments and the CCI shall engage, entertain and consider the suggestions and proposals made by the Standing Committee* »], *ibid.*, § 25.

123 *Ibid.*, § 26.

124 M. Torre-Schaub, « Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 120.

125 M. Torre-Schaub, « Les procès climatiques à l'étranger », *RFDA*, 2019, p. 660.

126 V. Commentaire dans cet ouvrage.

127 Tribunal de District de La Haye, *Urgenda c. Pays-Bas*, 25 juin 2015, C/09/456689, § 4.94-4.95 (http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/) (Consulté le 29 mars 2020).

128 *Ibid.*, § 4.98.

129 M. Ikramullah Khan, A. Muhammad, « An Evaluation of Separation of Power: A Case Study of Pakistan (2007-2013) », *South Asian Studies*, vol. 31, No. 1, January – June 2016, p. 262 (http://pu.edu.pk/images/journal/csas/PDF/17%20Ikram%20ulla_v31_no1_jan-jun2016.pdf) (Consulté le 29 mars 2020).

130 *Ibid.*, p. 263.

131 T. Sultana, « Montesquieu's Doctrine of Separation of Power: A Case Study of Pakistan », *Journal of European Studies*, p. 69 (http://pgil.pk/wp-content/uploads/2014/05/An-Article-on-Separation-of-Powers.pdf) (Consulté le 29 mars 2020).

132 *Ibid.*

le devient par nécessité[133]. Cependant, après une bataille juridique entre le chef de l'État et le *Chief Justice* entre 2007 et 2009, le pouvoir judiciaire a pu reprendre de son indépendance en provoquant notamment la destitution d'un Premier ministre par une décision du 26 avril 2012[134].

Aussi, dans l'affaire *Leghari* la création des personnes référentes sur le changement climatique et d'organes de surveillance de l'action gouvernementale heurte-t-elle alors la séparation des pouvoirs ? Pas nécessairement, dans la mesure où cette procédure est justifiée. En effet, la Haute cour de Lahore opère dans un cadre procédural prévu par la Constitution (*V. supr*a) qui lui permet de prendre des mesures nécessaires pour assurer la protection des droits fondamentaux des citoyens. En particulier, l'article 199 de la Constitution de 1973 lui permet, sur demande d'une personne dont les droits fondamentaux sont lésés, d'ordonner toute directive permettant la sauvegarde de ces droits[135]. Cette mesure n'est pas non plus inadéquate dans la mesure où l'utilisation des Commissions est fréquente dans les procédures environnementales au Pakistan. Une telle pratique permet à la fois d'enquêter sur des affaires complexes et de présenter des recommandations[136]. À titre d'exemple, dans l'affaire *Shehla Zia* (1994), citée par le juge dans l'affaire *Leghari*[137], la Cour suprême a utilisé une Commission judiciaire pour résoudre un problème environnemental complexe[138]. Le différend concernait la contestation, par des habitants, de la construction d'une station de réseau haute tension en raison des risques pour leur santé que représentent les radiations électromagnétiques[139]. La Cour suprême a décidé la création d'une commission afin d'étudier les problématiques techniques. Cette décision a créé un nouveau paradigme dans lequel les juridictions supérieures pakistanaises étaient plus réceptives à la création de commissions dans les affaires environnementales[140]. L'affaire *Leghari* s'inscrit dans la lignée d'une longue jurisprudence environnementale que rappelle la Haute cour[141].

Une telle décision judiciaire permet également d'élaborer une nouvelle gouvernance devenue nécessaire avec le changement climatique. Le changement climatique a été correctement qualifié par Hari Osofsky de « problématique de régulation multiscalaire »[142] : ses conséquences, qui peuvent être tant locales qu'internationales[143], appellent à une action simultanément locale, nationale, régionale

133 *Ibid.*
134 M. Ikramullah Khan, A. Muhammad, *op. cit.*
135 « Sous réserve des autres dispositions de la Constitution, une Haute cour peut, si elle estime qu'aucun autre recours adéquat n'est prévu par la loi, à la demande de toute personne lésée, rendre une ordonnance donnant à toute personne ou autorité, y compris tout gouvernement exerçant un pouvoir ou une fonction dans un territoire relevant de la compétence de cette Cour ou en relation avec ce territoire, les instructions appropriées pour faire respecter l'un des droits fondamentaux conférés par le chapitre 1 de la Partie II », [« *Subject to the Constitution, a High Court may, if it is satisfied that no other adequate remedy is provided by law, on the application of any aggrieved person, make an order giving such directions to any person or authority, including any Government exercising any power or performing any function in, or in relation to, any territory within the jurisdiction of that Court as may be appropriate for the enforcement of any of the Fundamental Rights conferred by Chapter 1 of Part II* »], Constitution de la République Islamique du Pakistan, article 199(1)(c).
136 P. Hassan, « Judicial Commissions and Climate Justice in Pakistan », *Asia Pacific Judicial Colloquium on Lcimate Change*, 26-27 February 2018, Lahore, Pakistan, p. 2, (https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/2018/parvez_hassan_judicial_commissions_and_climate_justice_in_pakistan.pdf) (Consulté le 29 mars 2020).
137 La Haute cour de Lahore le relève également dans sa décision du 25 janvier 2018 (Haute cour de Lahore, Jugement, 25 janvier 2018, No W.P. No. 25501/2015, § 3.
138 P. Hassan, *op. cit.*
139 *Ibid.*
140 *Ibid.*
141 *Ibid.*, p. 1.
142 H. M. Osofsky, « Is Climate Change 'International'? Litigation's Diagonal Regulatory Role », *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, n° 3, 2009, cite par J. Peel, « Issues in climate change litigation », *Carbon & Climate Law Review*, vol. 5, N°1, climate change governance: policy and litigation in a multi-level system, 2011, p. 16.
143 *Ibid.*, p. 16-17.

et internationale. Il faut se garder de valoriser uniquement l'action internationale au détriment des autres niveaux d'intervention[144]. Les contentieux climatiques permettent de débattre du niveau approprié auquel doit se situer l'action contre le changement climatique. Dans l'affaire *Leghari*, la gouvernance s'élabore à différents niveaux : au niveau de l'État du Punjab, par la Commission sur le changement climatique créée pour suivre la transposition des actions du Cadre. Au niveau de l'État fédéral, c'est par l'institution d'un Comité permanent, dont la tâche est la même à celle de la Commission.

Une des réactions à cette problématique de « régulation multiscalaire » pourrait résider dans la diversification des méthodes de création de la norme. Comme le présente Marta Torre-Schaub, deux nouvelles dynamiques de création normatives viennent répondre à l'évolution des logiques de la gouvernance internationale du climat[145]. Sur le plan des sources matérielles du droit, les États ne sont plus les seuls à être à l'origine de la norme : au sein des conférences climatiques, les ONG, *think tanks*, et acteurs privés participent à l'élaboration des textes[146]. Les tribunaux en font également partie : lorsque la Haute cour définit la justice climatique, ou estime qu'une carence de l'État en matière de politiques d'adaptation peut constituer une violation des droits fondamentaux, elle crée un précédent qui change l'environnement normatif du Pakistan, jusqu'à inspirer d'autres recours dans le monde. Sur le plan institutionnel, la gouvernance internationale du climat développe une nouvelle façon d'envisager la responsabilité. Par exemple, l'Accord de Paris envisage tant une responsabilité « rétrospective », qu'une responsabilité pour le futur en parallèle des foyers plus classiques de responsabilité[147].

***

L'affaire *Leghari* fait partie des quelques contentieux victorieux dirigés contre les États. Elle permet également de réaffirmer l'utilité des droits fondamentaux dans la lutte contre le changement climatique sur un plan procédural tout d'abord en permettant un dialogue sur des enjeux environnementaux. Sur un plan substantiel ensuite en amenant une nouvelle forme de responsabilité par le respect des droits constitutionnels. Cette affaire, particulière en ce qu'elle concerne l'adaptation au changement climatique, n'épuise pas l'ensemble des formes de responsabilités qui peuvent peser sur un même État. Le caractère total du changement climatique en fait une menace pour une multitude de droits fondamentaux. Ainsi, le 14 février 2019, plusieurs femmes pakistanaises ont également introduit une action à l'encontre de la Fédération du Pakistan, au motif que l'inaction de l'État dans la lutte contre le changement climatique portait atteinte à leurs droits fondamentaux, mais également aux droits des générations futures[148]. La demande porte particulièrement sur l'inaction dans le développement des énergies renouvelables, et les mesures d'atténuation du changement

144 *Ibid.*
145 M. Torre-Schaub, « Vers un nouveau paradigme socio-environnemental dans la gouvernance du climat ? », M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *op. cit.*, p. 35-52.
146 *Ibid.*, p. 47-49.
147 *Ibid.*, p. 50-51.
148 http://climatecasechart.com/non-us-case/maria-khan-et-al-v-federation-of-pakistan-et-al/ (Consulté le 29 mars 2020).

climatique[149]. Le recours est dirigé contre différents défendeurs : tant des personnes publiques que privées[150]. Il se fonde également sur une approche par les droits de l'homme des enjeux climatiques, avec cela de différent que le recours est porté par des femmes, qui soulignent la différence des effets du changement climatique due aux inégalités de genre[151].

149 Haute cour de Lahore, Pétition, *Maria Khan et a. c. Fédération du Pakistan*, § 3 (http://climatecasechart.com/non-us-case/maria-khan-et-al-v-federation-of-pakistan-et-al/) (Consulté le 29 mars 2020).
150 *Ibid.*, § 5-10.
151 *Ibid.*, § 25 et s.

6
Ridhima Pandey c. Union Indienne et autres (2017)

Marellia Auger[1]

Le litige dont il est question oppose Ridhima Pandey, une enfant de 9 ans[2] appartenant à la communauté indigène indienne, au Ministère de l'environnement, des forêts et du changement climatique (défendeur n° 1 dans l'arrêt) et au Conseil central de lutte contre la pollution (défendeur n° 2 dans l'arrêt, rarement évoqué) indiens. La requérante est accompagnée, dans sa démarche, par ses avocats : Ritwick Dutta, Rahul Choudhary, Meera Gopal.

L'Inde est un pays d'environ 3,3 milliards de kilomètres carrés et 1,3 milliard d'habitants. Derrière les États-Unis, la Chine, le Japon, l'Allemagne, le Royaume-Uni, et la France, l'Inde est au 7° rang du classement des pays par PIB de la banque mondiale. Elle se situe néanmoins parmi les pays à l'indice de développement humain le plus faible, au 168e rang mondial. Ce pays se caractérise par des inégalités sociales, démographiques, économiques, mais aussi écologiques. Couvert à 20 % par des forêts, à 60 % par des terres agricoles[3] et regroupant également 4 % des ressources mondiales d'eau douce[4], le territoire indien bénéficie de grandes richesses naturelles. Il est néanmoins l'un de ceux sur terre qui sont les plus touchés par les aléas naturels. En effet, selon les zones et périodes, le climat peut être tropical, marqué par la mousson, ou à l'inverse aride. De plus, les activités économiques et l'urbanisation se développent, entraînant des modifications ou des perturbations sur les milieux naturels. La croissance des activités industrielles a conduit à une augmentation des émissions de gaz à effet de serre (GES) en Inde. Elles ont été multipliées par 6,5 environ entre 1960 et 2014[5]. Après la Chine et les États-Unis, l'Inde est désormais le troisième plus gros émetteur de CO_2 de la planète[6]. Elle est aussi l'un des pays les plus vulnérables aux impacts du changement climatique. Ces derniers sont mis en avant et détaillés par la requérante. Il y a les impacts sur les milieux physiques (destruction et changements des mangroves, augmentation du niveau de la mer, impacts sur les Sundarbans, fonte des glaces, changement dans les modèles de précipitation, événements pluvieux et climatiques

1 Doctorante contractuelle au Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.
2 Au moment de l'introduction de la requête. Elle a aujourd'hui 11 ans.
3 P. Cadène et B. Dumortier, *L'Inde : une géographie*, Horizon, Paris, Armand Colin CNED, 2015, p. 104.
4 *Ibid.*, p. 74.
5 Données issues de la banque mondiale.
6 Données issues du *Global Carbon Atlas* [en ligne] http://www.globalcarbonatlas.org/fr/CO2-emissions (consulté le 20 décembre 2019).

extrêmes, réduction de l'approvisionnement en eau potable, impacts sur l'agriculture, acidification des océans, destruction des récifs coralliens et extinction des espèces), et ceux sur les milieux humains (augmentation du nombre de déplacés climatiques, impacts sur l'économie, impacts sur la santé humaine, etc.)[7].

Pour protéger l'environnement, l'Inde a mis au point, à partir des années 1980/1990, un cadre législatif. Celui-ci repose sur un système juridique hérité de la période coloniale. En effet, après avoir accédé à l'indépendance en 1947, le pays se dote d'une Constitution en 1950. Celle-ci, à sa première section, établit la structure fédérale du pays. Elle précise que « l'Inde doit être une Union d'États ». « Dans chaque État, et quelques territoires, il y a une assemblée législative, élue au suffrage universel direct »[8]. Influencée par le modèle anglais, l'Inde a adopté un régime parlementaire dans lequel « le pouvoir exécutif […] est entre les mains du cabinet, responsable devant la Chambre basse »[9]. Concernant l'organisation judiciaire, il existe des tribunaux supérieurs (cours supérieures et Cour suprême) et des tribunaux subordonnés qui sont hiérarchisés selon trois degrés de juridiction et divisés selon le type d'affaires : civile ou pénale[10]. Le *National Green Tribunal* fait partie d'une autre catégorie : les tribunaux spécialisés. Il a été établi en 2010 par le « *National Green Tribunal Act* » (ou loi instituant le *National Green Tribunal* dans la suite de cette analyse) pour « traiter les différends environnementaux »[11]. Il vérifie notamment l'application du droit de l'environnement.

L'environnement occupe une place importante en droit indien. La Constitution, tout d'abord, indique à son article 48A que « l'État s'efforce de protéger et d'améliorer l'environnement et de sauvegarder les forêts et la vie sauvage du pays »[12]. À son article 51A, elle précise également qu'« il est du devoir de tout citoyen indien de […] g) protéger et améliorer l'environnement naturel, y compris les forêts, les lacs, les rivières et la vie sauvage, et [d']avoir de la compassion pour les êtres vivants »[13]. Par ailleurs, selon la jurisprudence du *National Green Tribunal*[14] et de la Cour suprême[15], l'article 21 de la Constitution relatif à la protection de la vie et de la liberté personnelle, reconnaît aux individus un droit à un environnement sain. Le droit de l'environnement indien repose également sur un ensemble de lois protégeant l'environnement dans son ensemble ou certains de ses éléments. La requérante appuie notamment son argumentation sur la loi sur la conservation de la forêt de 1980, la loi sur l'air de 1981, la loi sur la protection de l'environnement de 1986, la loi sur la diversité biologique de 2002 et les politiques prises en application de ces textes.

7 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §F.
8 D. Annoussamy et Y. David, *Manuel de droit indien*, Collection Droits étrangers, n° 13, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 16.
9 *Ibid.*, p. 37.
10 *Ibid.*, p. 87.
11 Site internet du tribunal : https://ngtonline.nic.in/newsite/about-us (consulté le 20 décembre 2019).
12 Traduit de l'anglais : « 48A. The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country ».
13 Traduit de l'anglais : « 51A. It shall be the duty of every citizen of India […] (g) to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures ».
14 National Green Tribunal, *Court on its own Motion vs. State of Himachal Pradesh & Ors*, 2014 (traité ci-après).
15 Supreme Court, *Subhash Kumar c. State of Bihar*, 1991; *M.C. Mehta c. Union of India*, 2004, entre autres.

Concernant plus particulièrement le changement climatique, l'Inde a ratifié l'Accord de Paris le 2 octobre 2016, en prononçant la déclaration suivante : « Le Gouvernement indien déclare comprendre que, conformément à sa législation nationale, tout en gardant à l'esprit son programme de développement, en particulier celui de l'élimination de la pauvreté et de la satisfaction des besoins fondamentaux de tous ses citoyens, et compte tenu de son engagement à suivre la voie du progrès, et dans l'hypothèse où les ressources énergétiques, technologiques et financières mondiales sont moins sollicitées, et d'une évaluation équitable et ambitieuse des engagements mondiaux dans la lutte contre le changement climatique, il ratifierait l'Accord de Paris »[16]. Le régime international du climat est basé sur le principe des responsabilités communes, mais différenciées. En vertu de ce principe, l'Inde n'avait jusqu'alors pas d'obligation chiffrée de réduction d'émissions de GES. Cependant, dans le cadre de l'Accord de Paris, un accord à vocation universelle, reposant sur les engagements de tous les États via leurs contributions déterminées au niveau national (INDC), l'Inde s'est engagée, entre autres, à : « - Réduire l'intensité des émissions de son PIB de 33 à 35 % d'ici 2030 par rapport au niveau de 2005. – Atteindre environ 40 % de la puissance électrique cumulée installée à partir de ressources énergétiques non fossiles d'ici 2030 avec l'aide du transfert de technologie et d'un financement international à faible coût, notamment du Fonds vert pour le climat. – Créer un puits de carbone supplémentaire de 2,5 à 3 milliards de tonnes d'équivalent CO_2 grâce à une forêt et un couvert forestier supplémentaires d'ici 2030. – Mieux s'adapter au changement climatique en renforçant les investissements dans les programmes de développement dans les secteurs vulnérables au changement climatique […] »[17]. Dans sa contribution, l'Inde précise le cadre général de la politique en matière d'environnement et de changement climatique du pays. Celui-ci est « défini par la Politique nationale de l'environnement (PNE) 2006, qui promeut le développement durable tout en respectant les contraintes écologiques et les impératifs de la justice sociale »[18]. L'Inde indique également que son Plan d'action national pour le changement climatique « est mis en œuvre par l'intermédiaire de huit missions nationales »[19]. Adopté en 2008, il se concentre sur les domaines suivants : l'énergie solaire, l'amélioration de l'efficacité énergétique, l'habitat durable, l'eau, la durabilité de l'écosystème himalayen, l'Inde verte, l'agriculture durable et les connaissances stratégiques pour le changement climatique[20]. L'Inde y présente enfin les autres politiques et stratégies mises au point dans différents secteurs pour lutter contre le changement climatique : loi sur la conservation de l'énergie, politique nationale des agriculteurs, politique nationale de l'électricité, politique énergétique intégrée, instruments fiscaux, etc.[21].

16 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, § 12: « The Government of India declares its understanding that, as per its national laws; keeping in view its development agenda, particularly the eradication of poverty and provision of basic needs for all its citizens, coupled with its commitment to following the low carbon path to progress, and on the assumption of unencumbered availability of cleaner sources of energy and technologies and financial resources from around the world; and based on a fair and ambitious assessment of global commitment to combating climate change, it is ratifying the Paris Agreement ».

17 India's intended nationally determined contribution [en ligne] https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx, (consulté le 20 décembre 2019).
« To reduce the emissions intensity of its GDP by 33 to 35 percent by 2030 from 2005 level. To achieve about 40 percent cumulative electric power installed capacity from non-fossil fuel based energy resources by 2030 with the help of transfer of technology and low cost international finance including from Green Climate Fund (GCF). To create an additional carbon sink of 2.5 to 3 billion tonnes of CO_2 equivalent through additional forest and tree cover by 2030. To better adapt to climate change by enhancing investments in development programmes in sectors vulnerable to climate change, particularly agriculture, water resources, Himalayan region, coastal regions, health and disaster management ».

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 Voir site du ministère de l'environnement, de la forêt et du changement climatique indien : http://moef.gov.in/environment/climate-change/, (consulté le 20 décembre 2019).

21 India's intended nationally determined contribution, *op. cit.*

La requérante conteste devant le *National Green Tribunal* l'insuffisance de la mise en œuvre de ses engagements pour parer aux effets délétères du changement climatique. Le juge a ainsi été amené répondre à la question suivante : l'État indien et le Conseil central de lutte contre la pollution peuvent-ils être tenus responsables des carences constatées dans la mise en œuvre du cadre législatif relatif à l'environnement et à la lutte contre le changement climatique ? Par un arrêt rendu le 15 janvier 2019, le Tribunal rejette de façon lapidaire, la demande, sans même se prononcer sur sa compétence ni sur la recevabilité de la requête (I). Il laisse, d'ailleurs, certains arguments de la demanderesse, sans réponse (II).

I. Un recours en insuffisance climatique engagée par une mineure, avec demande d'injonction, rejeté par le *National Green Tribunal*

La jeune requérante ne conteste pas le contenu même du cadre juridique indien relatif à la protection de l'environnement. Elle déplore plutôt les insuffisances liées à sa mise en œuvre par l'État et demande au Tribunal de constater ces lacunes (A). Dans une décision particulièrement courte et peu argumentée, le *National Green Tribunal* rejette la demande (B).

A. Faire constater le défaut d'effectivité du cadre législatif

Malgré l'élaboration de ce cadre juridique et politique permettant de mettre en œuvre les objectifs fixés dans l'INDC, selon la requérante, « [aucune des initiatives du gouvernement pour lutter contre les changements climatiques] ne s'est traduite par des mesures efficaces. En fait, les actions du défendeur n° 1 ont été incompatibles avec les objectifs déclarés de telles initiatives »[22]. La demanderesse saisit alors, en mars 2017, en première instance, le *National Green Tribunal* en vertu des sections 18, 14 et 15 de la loi de 2010 instituant le *National Green Tribunal*, lues conjointement. La section 14 établit la compétence du Tribunal pour : « toutes les affaires civiles dans lesquelles une question importante relative à l'environnement (y compris l'application de tout droit légal relatif à l'environnement) est en cause et qui découle de l'application des textes législatifs mentionnés à l'annexe I »[23].

Par « question relative à l'environnement », la loi de 2010 précise à la section 2 m) que cela comprend les cas où : « (i) il y a violation directe d'une obligation légale spécifique en matière d'environnement par une personne par laquelle, (A) l'ensemble de la collectivité, à l'exception d'une personne ou d'un groupe de personnes, est touché ou risque d'être touché par les conséquences

22 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, § 19: « even though the [government] has announced several initiatives to tackle climate change, none of them have been translated into effective measures. In fact, the actions of the Respondent No. 1 have been inconsistent with the stated objectives of such initiatives ».

23 National Green Tribunal Act, 2010: « 14. Tribunal to settle disputes. (1) The Tribunal shall have the jurisdiction over all civil cases where a substantial question relating to environment (including enforcement of any legal right relating to environment), is involved and such question arises out of the implementation of the enactments specified in Schedule I ».

environnementales ; ou (B) la gravité des dommages causés à l'environnement ou aux biens est importante ; ou (C) les dommages pour la santé publique sont largement mesurables »[24].

Pour fonder la compétence du Tribunal, la requérante invoque la non-application de plusieurs lois (mentionnées ci-dessus et figurant à l'annexe I de la loi sur le *National Green Tribunal*). Elle demande au Tribunal d'ordonner aux défendeurs de « prendre des mesures efficaces, basées sur la science, afin de réduire et de minimiser les impacts négatifs du changement climatique dans le pays »[25]. Concernant la qualité pour agir de la requérante, la section 18 de la loi de 2010 précédemment mentionnée indique qu'« une demande […] peut être présentée au Tribunal par : a) la personne qui a subi le préjudice ; ou b) le propriétaire du bien sur lequel le dommage a été causé ; […] ou e) toute personne lésée, y compris tout organe ou organisation représentatif […] »[26]. En l'espèce, la jeune demanderesse est représentée légalement par son père, Dinesh Pandey. Elle estime faire partie d'une communauté particulièrement vulnérable aux effets du changement climatique : les enfants et générations futures. La requête de Ridhima Pandey s'inscrit dans un contexte marqué par la croissance du contentieux climatique porté par les enfants contre l'État, au nom des générations futures. De l'affaire *Juliana c. United States* de 2015 toujours en cours, en passant par la requête de Rabab Ali contre le gouvernement pakistanais et la province de Sindh en 2016, puis, plus récemment, par les cas *Reynolds c. Florida*, *Aji P. c. State of Washington*, *Demanda Generaciones Futuras c. Minambiente (Colombie)*, *Sacchi et al. c. Argentina et al.*, les demandes formulées par les jeunes générations devant les tribunaux, à l'encontre de leurs gouvernements, se multiplient.

Selon la requérante, l'État n'a pas pris les mesures nécessaires pour la mise en œuvre des lois relatives à la protection de l'environnement et des engagements pris par l'Inde dans le cadre de l'Accord de Paris. La demanderesse s'appuie notamment sur le 34° rapport du Contrôleur et vérificateur général des comptes de l'Inde qui « signale que le Gouvernement central [n'a] pas atteint ses objectifs d'utilisation accrue des énergies renouvelables dans le cadre du *National Action Plan for Climate Change* (NAPCC) »[27]. Elle dénonce aussi le détournement de terres forestières à des fins non forestières produisant ainsi une perte de puits de carbone[28] ; mais aussi la non-application des limites fixées par la loi sur la protection de l'environnement de 1986 pour les émissions de dioxyde de soufre, d'oxydes d'azote et de mercure[29]. Elle allègue également que les comités d'experts chargés de l'évaluation de l'impact de certains projets sur l'environnement n'ont pas pris en compte le cadre

24 National Green Tribunal Act, 2010: « 2. […] (m) "substantial question relating to environment" shall include an instance where,— (i) there is a direct violation of a specific statutory environmental obligation by a person by which,—(A) the community at large other than an individual or group of individuals is affected or likely to be affected by the environmental consequences; or (B) the gravity of damage to the environment or property is substantial; or (C) the damage to public health is broadly measurable ».

25 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §III, p. 2*:* « That the present Application is being filed under Section 14 of the National Green Tribunal Act, 2010 seeking intervention of this Hon'ble Tribunal to direct the Respondents to take effective, science-based action to reduce and minimize the adverse impacts of climate change in the country ».

26 National Green Tribunal Act, 2010: « 18. Application or appeal to Tribunal. (2) Without prejudice to the provisions contained in section 16, an application […] may be made to the Tribunal by— (a) the person, who has sustained the injury; or (b) the owner of the property to which the damage has been caused; (e) any person aggrieved, including any representative body or organization ».

27 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, § 20*:* « it was reported that the Central Government had failed to meet its targets for scaling up use of renewable energy sources under the NAPCC ».

28 *Ibid.*, § 25 à 27.

29 *Ibid.*, § 30 à 35.

nouveau de l'Accord de Paris pour évaluer les projets[30] et que de nombreuses industries et activités ne sont toujours pas visées par la loi sur l'évaluation d'impact environnemental de 2006[31]. Certains projets de construction ont même été retirés du champ d'application de cette loi[32]. Enfin, la requérante dénonce le fait qu'« aucune évaluation d'impact n'est jamais effectuée en ce qui concerne l'impact sur la biodiversité »[33] alors même que cela est prévu par la loi sur la diversité biologique de 2002.

B. Le refus de la demande d'injonction pour renforcer l'effectivité du cadre législatif

Ridhima Pandey demande alors au Tribunal d'enjoindre l'État indien de prendre les mesures nécessaires pour mettre en œuvre le cadre législatif existant et ses engagements climatiques. Plus précisément, elle prie le Tribunal d'ordonner au défendeur n° 1 de « donner des directives en vertu des dispositions de la loi de 1986 sur la protection de l'environnement à tous les organismes d'évaluation, […] pour évaluer les questions liées au climat lors de l'examen des projets en vue de l'attribution d'une autorisation environnementale »[34] ; elle demande également aux juges d'ordonner au défendeur n° 1 « d'entreprendre une évaluation réaliste, holistique, et détaillée de chaque cas de détournement de la forêt, en tenant compte de l'impact sur le climat et en ne se limitant pas aux facteurs locaux »[35] ; d'ordonner au défendeur n° 1 de veiller également, « lorsqu'il envisage le détournement de terres forestières au profit d'un État, à ce que le boisement compensatoire soit effectué pour les défrichements antérieurs, compte tenu des obligations et des objectifs découlant de l'Accord de Paris et de la contribution nationale présentée par l'Inde »[36] ; la requérante prie aussi le Tribunal de « demander au défendeur n° 1 de préparer une comptabilisation et un inventaire de chacune des sources importantes d'émissions de GES en Inde »[37] ; d'ordonner au défendeur n° 1 de « préparer des objectifs quantifiables ou un «bilan carbone» pour la quantité totale d'émissions de CO_2 pouvant être libérées jusqu'en 2050, en veillant à ce que l'Inde fasse sa part en tant que membre responsable de la communauté mondiale pour stabiliser le climat mondial et réduire le CO_2 atmosphérique à moins de 350 ppm en 2100, limitant la hausse moyenne à long terme de la température mondiale à 1 ℃ maximum »[38] ; de demander aux défendeurs de « veiller à ce que, lors de l'évaluation des

30 *Ibid.*, § 36 à 41.
31 *Ibid.*, § 42.
32 *Ibid.*, § 43.
33 *Ibid.*, § 47, 48.
34 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §i, p. 49: « Direct the Respondent No. 1 to issue directions under the provisions of the Environment Protection Act, 1986 to all appraisal bodies including the Expert Appraisal Committee ("EAC"), State Expert Appraisal Committee ("SEAC"), State Environmental Impact Assessment Authority ("SEIAA"), District Expert Appraisal Committee ("DEAC") and District Environment Impact Assessment Authority ("DEIAA") to assess the climate related issues while appraising projects for grant of Environmental Clearance ».
35 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §ii, p. 49: « Direct Respondent No. 1 including the Forest Advisory Committee and the Regional Empowered Committee to undertake a realistic, holistic and detailed assessment of every single case of forest diversion, including the impact on climate and not just limiting to local factors ».
36 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §iii, p. 49: « Direct Respondent No. 1 including the Forest Advisory Committee and the Regional Empowered Committee that while considering diversion of forest land for any State, to first ensure compliance of compensatory afforestation to be done for past clearances in light of the obligations and targets under the Paris Agreement and the INDC submitted by India ».
37 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §iv, p. 50: « Direct the Respondent No. 1 to prepare an accounting and inventory of each and every substantial source of GHG emissions in India ».
38 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §v, p. 50: « Direct the Respondent No. 1 to prepare quantifiable targets or a "Carbon budget" for the total amount of CO_2 emissions that can be released until 2050 ensuring that India

projets soumis à autorisation environnementale et forestière, l'on s'assure que ces projets respectent les normes d'émission prévues dans le budget carbone de l'Inde »[39] ; de demander au défendeur n° 1 de « créer un plan national de rétablissement du climat »[40] ; de « constituer un comité chargé de surveiller et de présenter au Tribunal des rapports trimestriels de conformité sur les directives adoptées dans la présente requête »[41] ; et enfin, de prendre « toute autre ordonnance que le Tribunal juge appropriée dans les faits et les circonstances de l'affaire »[42].

Ridhima Pandey n'est pas la première à formuler une demande d'injonction devant un tribunal. Dans l'affaire *Urgenda c. The State of the Netherlands,* qui a donné lieu à un premier jugement en 2015, la Fondation Urgenda demandait à la Cour de district de La Haye, entre autres, « d'ordonner à l'État de réduire ou de faire réduire le volume commun des émissions annuelles de gaz à effet de serre aux Pays-Bas de 40 % d'ici fin 2020, ou d'au moins 25 %, par rapport à 1990 »[43]. Dans le cas *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan, etc.*, portée devant la Haute Cour de Lahore en 2015, le requérant « contestait l'inaction, le retard et le manque de sérieux du gouvernement fédéral et du gouvernement du Pendjab à relever les défis et à faire face aux vulnérabilités associées aux changements climatiques. Il était soumis qu'en dépit de la Politique nationale sur les changements climatiques de 2012 et du Cadre de mise en œuvre de la politique sur les changements climatiques (2014-2030) [«Cadre»], il n'y avait pas de progrès sur le terrain »[44].

En l'espèce, le *National Green Tribunal* a répondu de manière particulièrement courte (3 paragraphes) à la série de demandes faites par Ridhima Pandey. Le Tribunal rappelle simplement les obligations qui incombent aux autorités : « les autorités agissant en vertu de la loi de 1986 sur la protection de l'environnement [Environment (Protection) Act, 1986] doivent s'acquitter de leur obligation d'évaluation d'impact conformément au régime légal, qui n'est pas contesté. La question du changement climatique est certainement une question couverte dans le processus d'évaluation d'impact »[45].

---

does its share as a responsible member of the global community to achieve global climate stabilisation and reduce atmospheric CO_2 to below 350 ppm by 2100, limiting the long-term average global temperature increase to no more than 1 ℃ ».

39 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §vi, p. 50: « Direct the Respondents that while assessing the projects for Environmental and Forest Clearance, it must be ensured that such projects are tiered to achieving the emission standards in India's carbon budget ».

40 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §vii, p. 50: « Direct the Respondent No. 1 to create a time bound national climate recovery plan within the existing legal framework that includes interim CO_2 reduction targets and mitigation actions tiered to achieving India's carbon budget, with priority actions aimed at reducing GHG emissions by transitioning away from the development and use of fossil fuels; protecting forests, peatlands, grasslands, soil, mangroves, and other natural resources that store carbon; and engaging in massive reforestation and other methods of natural carbon sequestration such as improved agricultural and forestry practices ».

41 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §viii, p. 50: « Constitute a Committee to monitor and present quarterly compliance reports to this Hon'ble Tribunal of the directions passed in the instant application ».

42 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §ix, p. 51: « Pass any other order as the Hon'ble Tribunal may deem fit and proper in facts and circumstances of the case ».

43 The Hague District Court, Urgenda Foundation c. The State of the Netherlands (Ministry of infrastructure and the environment), Case number: C/09/456689 / HA ZA 13-1396, 2015, § 3.1: « (7) principally: to reduce or have reduced the joint volume of annual greenhouse gas emissions in the Netherlands that it will have been reduced by 40 % by the end of 2020, in any case by at least 25 %, compared to 1990 ».

44 Lahore High Court, *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan, etc.*, 2015, case W.P. No. 25501/2015, § 1: « The petitioner, who is an agriculturist and a citizen of Pakistan, has approached this court through this public interest litigation (PIL) to challenge the inaction, delay and lack of seriousness on the part of the Federal Government and the Government of the Punjab to address the challenges and to meet the vulnerabilities associated with Climate Change. It is submitted that inspite of the National Climate Change Policy, 2012 and the Framework for Implementation of Climate Change Policy (2014-2030) ["Framework"], there is no progress on the ground ».

45 National Green Tribunal, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.,* 15 janvier 2019, Hearing: « 2. We are of the view that the authorities acting under the Environment (Protection) Act, 1986, have to perform their obligation of impact assessment as per statutory scheme which is not under challenge. The issue of climate change is certainly a matter covered in the process of impact assessment ».

Sans vérifier que l'État a effectivement pris les mesures nécessaires pour mettre en œuvre le cadre législatif relatif à la protection de l'environnement en Inde, le Tribunal conclut qu'« il n'y a aucune raison de présumer que l'Accord de Paris et les autres protocoles internationaux ne sont pas reflétés dans les politiques du Gouvernement indien ou ne sont pas pris en compte dans l'octroi des autorisations environnementales ». Il ne juge pas nécessaire « de donner des directives en vertu des articles 14 et 15 de la Loi de 2010 sur le *National Green Tribunal* »[46].

Une telle décision est assez surprenante au regard de la jurisprudence antérieure du Tribunal et de celle de la Cour suprême indienne plutôt favorable à l'environnement[47]. En effet, dans un arrêt du 6 février 2014, *Court on its own Motion c. State of Himachal Pradesh & Ors,* le *National Green Tribunal*, de sa propre initiative (sans requête préalable), avait enjoint l'État de prendre les mesures nécessaires pour limiter l'impact de l'activité humaine sur l'environnement au niveau du col Rohtang, et plus généralement à Manali, dans le nord-ouest de l'Himalaya, une zone d'une grande richesse écologique. Pour justifier ses directives, le Tribunal s'appuyait sur la Constitution indienne qui reconnaissait, selon lui, aux citoyens du pays, un droit fondamental à un environnement sain, propre et décent[48]. Le *National Green Tribunal*, en l'espèce, reste silencieux sur une grande partie des arguments avancés par la requérante.

II. Le rejet inattendu de la demande : les silences laissés par le *National Green Tribunal*

L'affaire portée devant le Tribunal par Ridhima Pandey aurait pu être l'occasion de confirmer le jugement de 2014 et d'envoyer un signal fort aux juges qui doivent se prononcer sur des cas similaires en matière climatique à travers le monde. Ce ne fut pas le cas. On peut d'ailleurs noter l'extrême prudence du juge indien dans sa décision de 2019. Il refuse de se prononcer sur les arguments invoqués par la requérante à l'appui de sa demande : les devoirs constitutionnels de l'État (A), la doctrine du *public trust* et le principe d'équité intergénérationnelle (B).

A. Le silence du juge sur les devoirs constitutionnels de l'État

La requérante met d'abord en avant son appartenance à un groupe de personnes particulièrement vulnérables aux effets du changement climatique : les enfants. Elle insiste notamment sur un paradoxe : les jeunes générations n'ont pas les moyens d'agir face au changement climatique, pourtant elles en sont les premières victimes. La demanderesse précise que « les générations actuelles et futures d'enfants subiront de manière disproportionnée les méfaits du changement climatique en raison de la nature progressive des impacts du changement climatique et de la phase unique de

46 National Green Tribunal, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.,* 15 janvier 2019, Hearing: « 3. In this view of the matter, we do not consider it necessary to issue any direction under section 14 and 15 of the National Green Tribunal, Act, 2010. There is no reason to presume that Paris Agreement and other international protocols are not reflected in the policies of the Government of India or are not taken into consideration in granting environment clearances. In view of the above, the application stands disposed of ».

47 K. Sivaramakrishnan, « Environment, Law, and Democracy in India », *The Journal of Asian Studies*, 2011, vol. 70, n° 4, p. 917.

48 National Green Tribunal, *Court on its own Motion vs. State of Himachal Pradesh & Ors*, 2014, Application No. 237 (THC)/2013 (CWPIL No.15 of 2010) [en ligne] https://indiankanoon.org/doc/82959019/, (consulté le 20 décembre 2019).

l'enfance ». Elle indique également que ces impacts se réaliseront sur « tous les aspects de la vie d'un enfant », qu'il s'agisse de « conséquences sociales, émotionnelles, ou psychologiques »[49].

Parce que ces générations « ne font pas partie du processus décisionnel »[50], il est du devoir de l'État de les protéger. La requérante met alors en avant le droit des enfants à un environnement sain[51] et l'obligation constitutionnelle de l'État de protéger l'environnement.

Concernant le premier point, elle soutient que « le droit à la vie, en vertu de l'article 21 [de la Constitution] inclurait nécessairement le droit à un environnement sain »[52]. C'est d'ailleurs ce que le *National Green Tribunal* a retenu dans le jugement de 2014 : *Court on its own Motion vs. State of Himachal Pradesh & Ors*[53], dans lequel il reprend le raisonnement de la Cour suprême : « La Cour suprême a interprété le droit à la vie et à la liberté individuelle comme incluant le droit à un environnement sain. […] Ce principe a d'abord été expliqué par la Cour suprême dans *Rural Litigation and Entitlement Kendra, Dehradun c. State of Uttar Pradesh (AIR 1988 SC 2187).* Même à l'étape de l'ordonnance provisoire, la Cour suprême a énoncé le droit fondamental à un environnement sain. Dans *Virender Gaur c. État d'Haryana [1995 (2) CSC 577].* […]15. Les tribunaux ont toujours été d'avis que le droit à la vie inclut le droit à un environnement décent. Le droit à un environnement propre est un droit fondamental garanti. Les tribunaux pourraient même imposer des dommages-intérêts exemplaires au pollueur. Un environnement approprié et sain permet aux personnes de jouir d'une qualité de vie qui est l'essence même du droit garanti par l'article 21. Le droit d'avoir un environnement agréable pour l'existence humaine est le droit à la vie »[54].

Concernant l'obligation constitutionnelle de l'État de protéger l'environnement, la requérante allègue que « le défendeur n° 1 est tenu, en vertu [de l'article 48A] de la Constitution, de prendre des mesures efficaces et scientifiques pour s'assurer que les impacts du changement climatique sont atténués et prévenus »[55]. Il est en effet reconnu par le tribunal dans l'arrêt précédemment évoqué, que « l'État a le devoir […] d'établir [une] politique visant à maintenir l'équilibre écologique […] »[56].

---

49 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.,* §C, D, E*:* « Further it is to be noted that current and future generations of children will disproportionately experience the harms of climate change, due to the progressive nature of climate change impacts and the unique life phase of childhood. Furthermore, given the nature of the climate threat, children and their caregivers have no meaningful way of protecting themselves from the dangerous situation in which States have placed them. […]D. Because the harms of climate change start at the emissions level and impact all aspects of a child's life. […]E. Because children will suffer profoundly from social, emotional, and cognitive impacts of climate change ».

50 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.,* §C*:* « It is submitted that the Applicant is part of a class that amongst all Indians, is most vulnerable to changes in climate in India and yet are not part of the decision making process ».

51 *Ibidem.*

52 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §K: « Because the right to life under Article 21 would necessarily include right to a healthy environment ».

53 National Green Tribunal, *Court on its own Motion vs. State of Himachal Pradesh & Ors*, 2014, Application No. 237 (THC)/2013 (CWPIL No.15 of 2010 [en ligne] https://indiankanoon.org/doc/82959019/ (consulté le 20 décembre 2019).

54 *Ibid.*, § 13 et 15: « the Supreme Court interpreted the right to life and personal liberty to include the right to a wholesome environment. […] This principle was initially explained by the Supreme Court in Rural Litigation and Entitlement Kendra, Dehradun c. State of Uttar Pradesh (AIR 1988 SC 2187). Even at the stage of interim order, the Supreme Court articulated the fundamental right to a healthful environment. In Virender Gaur c. State of Haryana [1995 (2) SCC 577] […] 15. The Courts have consistently taken the view that right to life includes the right to a decent environment. The right to a clean environment is a guaranteed fundamental right. The Courts could even impose exemplary damages against the polluter. Proper and healthy environment enables people to enjoy a quality of life which is the essence of the right guaranteed under Article 21. The right to have congenial environment for human existence is the right to life ».

55 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.*, §J: « Because the Respondent No. 1 is bound under the Constitution to take effective and science based measures to ensure that climate change impacts are mitigated and prevented ».

56 National Green Tribunal, *Court on its own Motion vs. State of Himachal Pradesh & Ors*, 2014, Application No. 237 (THC)/2013 (CWPIL No.15 of 2010), § 15: « The State has a duty in that behalf and to shed its extravagant unbridled sovereign power and to forge in its policy to maintain ecological balance and hygienic environment ».

L'argumentaire relatif aux devoirs constitutionnels de l'État est souvent mis en avant dans les procès climatiques[57]. C'est le cas dans l'affaire *Rabab Ali c. Federation of Pakistan & Another,* de 2016, dans laquelle une fillette de 7 ans attaque la Fédération du Pakistan et la province de Sindh devant la Cour suprême pakistanaise. Les arguments invoqués sont similaires à ceux développés en 2017 par Ridhima Pandey. Dans l'affaire pakistanaise, la jeune requérante invoque, à l'appui de sa demande, les devoirs constitutionnels de l'État et la doctrine du *public trust*. Elle soutient ainsi que : « Le droit constitutionnel à la vie inclut le droit à un environnement sain et propre. Les droits fondamentaux à la vie, à la liberté, à la propriété, à la dignité humaine, à l'information et à l'égalité de protection de la loi, garantis par la Constitution, lus avec les principes constitutionnels de démocratie, d'égalité et de justice sociale, économique et politique énoncés dans le préambule de la Constitution, incluent dans leur portée et engagement la doctrine du *public trust* et les principes environnementaux internationaux du développement durable, le principe de précaution, les évaluations des incidences environnementales et l'équité inter- et intragénérationnelle »[58].

Tout comme Ridhima Pandey, la requérante pakistanaise lie les devoirs constitutionnels de l'État à la doctrine du *public trust* et au principe d'équité intergénérationnelle. Elle reprend presque mot pour mot le raisonnement suivi par la Haute Cour de Lahore, dans l'affaire *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan* de 2015[59]. Malgré ces précédents, le *National Green Tribunal* reste muet sur ce point.

B. Le silence du juge sur la doctrine du *public trust* et le principe d'équité intergénérationnelle

Suivant un argumentaire similaire à celui de Rabab Ali, Ridhima Pandey fait découler du droit à un environnement sain reconnu par la Constitution, la doctrine du *public trust* et le principe d'équité intergénérationnelle. Elle déclare qu'en : « vertu de la doctrine du *public trust*, et du principe d'équité intergénérationnelle, l'État a le devoir de veiller à ce que l'environnement et l'écologie soient protégés des effets négatifs du changement climatique »[60].

Selon la juge Ann Aiken de la Cour de district de l'Oregon, dans l'affaire *Juliana c. United States* initiée en 2015 et similaire à l'affaire qui nous occupe, le *public trust* « renvoie à la compréhension

57 UNEP, *The status of climate change litigation, A global review,* 2017, p. 32 à 34.

58 Supreme Court of Pakistan, *Rabab Ali c. Federation of Pakistan & Another,* 2016 [en ligne] https://www.ourchildrenstrust.org/pakistan, (consulté le 20 décembre 2019), §ii, p. 30: « That, the Constitutional Right to Life includes the right to a healthy and clean Environment. The Fundamental Rights to Life, Liberty, Property, Human Dignity, Information and Equal Protection of the Law, guaranteed by the Constitution, read with the Constitutional principles of democracy, equality, and social, economic and political justice found in the Preamble of the Constitution, include within their ambit and commitment the Doctrine of *Public trust* and international Environmental principles of sustainable development, precautionary principle, Environmental impact assessment and inter and intra-generational equity ».

59 Lahore High Court, *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan, etc.*, 2015, case W.P. No. 25501/2015: « 7. Fundamental rights, like the right to life (article 9) which includes the right to a healthy and clean environment and right to human dignity (article 14) read with constitutional principles of democracy, equality, social, economic and political justice include within their ambit and commitment, the international environmental principles of sustainable development, precautionary principle, environmental impact assessment, inter and intra-generational equity and *public trust* doctrine. 8. In the present case, the delay and lethargy of the State in implementing the Framework offends the fundamental rights of the citizens which need to be safeguarded ».

60 National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey vs. Union of India & Ors.,* §L*:* « under the *Public trust* Doctrine as well as the Intergenerational Equity Principle, the State has the duty to ensure that the environment and ecology is protected from adverse impacts of climate change ».

fondamentale qu'aucun gouvernement ne peut légitimement renoncer à ses pouvoirs souverains intrinsèques »[61], ceux-ci lui ayant été confiés par le peuple. Appliquée aux ressources naturelles, la doctrine du *public trust* considère que l'État ne doit pas « priver une future [génération] des ressources naturelles nécessaires pour assurer le bien-être et la survie de ses citoyens »[62]. En d'autres termes, l'État doit protéger les ressources naturelles, dont l'atmosphère fait partie[63], des dommages ou destructions[64]. La doctrine du *public trust* est l'un des arguments les plus souvent avancés dans les procès climatiques[65].

Cette doctrine est associée au principe d'équité intergénérationnelle qui vise à satisfaire équitablement les besoins des générations présentes et futures[66]. La Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques à son article 3§ 1 reconnaît d'ailleurs qu'« il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes, mais différenciées et de leurs capacités respectives ».

Le système juridique indien inclut la doctrine du *public trust* dans sa jurisprudence[67]. Dans l'affaire *M. C. Mehta c. Kamal Nath,* de 1996 la Cour suprême indienne déclare : « La doctrine du *public trust* repose principalement sur le principe que certaines ressources comme l'air, la mer, les eaux et les forêts revêtent une telle importance pour l'ensemble de la population qu'il serait tout à fait injustifié de faire de celles-ci un sujet de propriété privée. Ces ressources étant un don de la nature, elles devraient être mises gratuitement à la disposition de toute personne, quel que soit son statut dans la vie. La doctrine enjoint au gouvernement de protéger les ressources pour la jouissance du grand public plutôt que de permettre leur utilisation à des fins privées ou commerciales. […] L'État est le dépositaire de toutes les ressources naturelles qui sont par nature destinées à l'usage et à la jouissance publics. Le grand public est le bénéficiaire du littoral, des eaux courantes, des airs, des forêts et des terres écologiquement fragiles. En tant que fiduciaire, l'État a l'obligation légale de protéger les ressources naturelles. Ces ressources destinées à l'usage public ne peuvent pas être converties en propriété privée »[68].

---

61 United States District Court for the District of Oregon, *Kelsey Cascadia Rose Juliana et al. c. United States of America et al.*, 2016, Case No. 6:15-cv-01517-TC, Opinion and order of the Judge Ann Aiken: « In its broadest sense, the term "*public trust*" refers to the fundamental understanding that no government can legitimately abdicate its core sovereign powers ».

62 United States District Court for the District of Oregon, *Kelsey Cascadia Rose Juliana et al. c. United States of America et al.*, 2016, Case No. 6:15-cv-01517-TC, Opinion and order of the Judge Ann Aiken: « With respect to these core resources, the sovereign's *public trust* obligations prevent it from "depriving a future legislature of the natural resources necessary to provide for the well-being and survival of its citizens" ».

63 M. C. Wood, D. Galpern, « Atmospheric recovery litigation: making the fossil fuel industry pay to restore a viable climate system », *Environmental Law*, 2015, vol.45(2), p. 300: « Several judges have recognized air and atmosphere as *public trust* assets ».

64 United States District Court for the District of Oregon, *Kelsey Cascadia Rose Juliana et al. c. United States of America et al.*, 2016, Case No. 6:15-cv-01517-TC, Opinion and order of the Judge Ann Aiken: « The natural resources trust operates according to basic trust principles, which impose upon the trustee a fiduciary duty to "protect the trust property against damage or destruction" ».

65 UNEP, *The status of climate change litigation, A global review,* 2017, p. 14 et 23.

66 Principe 3 de la Déclaration de Rio 1992.

67 Supreme Court of India, *M.C. Mehta vs Kamal Nath & Ors,* 13 December 1996: « Our legal system—based on English Common Law—includes the *public trust* doctrine as part of its jurisprudence ».

68 Supreme Court of India, *M.C. Mehta vs Kamal Nath & Ors,* 13 December 1996: « The *Public trust* Doctrine primarily rests on the principle that certain resources like air sea, waters and the forests have such a great importance to the people as a whole that it would be wholly*** onjustilled to make them a subject of private ownership. The said resources being a gift of nature, they should be made freely available to everyone irrespective of the status in life. The doctrine enjoins upon the Government to protect the resources for the enjoyment of the general public rather than to permit their use for private ownership or commercial purposes. According to Professor Sax the *Public trust* Doctrine imposes the following restrictions on governmental authority. […]

Bien que la doctrine du *public trust* ait été reconnue dans plusieurs arrêts de la Cour suprême indienne mentionnés par la requérante, Ridhima Pandey, (*M. C. Mehta c. Kamal Nath (1997), Fomento Resorts & Hotels Ltd. c. Minguel Martins, (2009) 3 SCC 571, Natural Resource Allocation In re, Special Reference No. 1 of 2012, (2012) 10 SCC 1, Centre for Public Interest Litigation c. Union of India, (2012) 3 SCC 1*), en l'espèce, le *National Green Tribunal* n'y fait pas référence. Il reconnaît simplement que les autorités ont des obligations en matière environnementale, notamment une obligation d'évaluation d'impact qui tiendrait compte de la question du changement climatique.

***

Finalement, l'arrêt rendu par le *National Green Tribunal* en 2017 surprend par sa brièveté et par le silence du juge sur les arguments clés avancés par la requérante. Il est d'autant plus étonnant que le contexte dans lequel il s'inscrit semblait favorable à la requérante, Ridhima Pandey. Celle-ci a d'ailleurs fait appel de la décision, renvoyant l'affaire devant la Cour suprême indienne.

L'Inde, par sa culture, est un pays particulièrement proche de la nature. Dans son INDC, dans le cadre de l'Accord de Paris, le gouvernement indien déclare : « L'Inde a une longue histoire et une longue tradition de coexistence harmonieuse entre l'homme et la nature. Les êtres humains ont considéré la faune et la flore comme faisant partie de leur famille. Cela fait partie de notre patrimoine et se manifeste dans notre mode de vie et nos pratiques traditionnelles. Nous représentons une culture qui appelle notre planète Mère Terre »[69].

Dans sa jurisprudence, la Cour suprême indienne se montre plutôt favorable à la protection de l'environnement. Par ailleurs, le contentieux climatique initié par les jeunes générations, ne cesse d'augmenter. Dans un tel contexte, on pourrait penser qu'en appel, la Cour infirme le jugement de première instance. Néanmoins, comme le souligne Shibani Ghosh, chercheure au Centre de recherche politique de New Delhi et avocate enregistrée à la Cour suprême de l'Inde, malgré le développement du contentieux climatique en Inde, « il ne faut pas être trop optimiste […]. [En effet, bien qu'ayant une] réputation «pro-environnementale» et «activiste», les tribunaux indiens font souvent preuve de déférence envers l'exécutif pour les décisions concernant la politique économique et les infrastructures. En outre, les tribunaux indiens sont connus pour être particulièrement surchargés de dossiers. Et les résultats judiciaires en Inde – en termes de contenu et d'application – sont largement imprévisibles, car ils dépendent de divers facteurs juridiques et non juridiques »[70].

The State is the trustee of all natural resources which are by nature meant for public use and enjoyment. Public at large is the beneficiary of the sea- shore, running waters, airs, forests and ecologically fragile lands. The State as a trustee is under a legal duty to protect the natural resources. These resources meant for public use cannot be converted into private ownership ».

69 India's intended nationally determined contribution, *op. cit.*: « India has a long history and tradition of harmonious coexistence between man and nature. Human beings here have regarded fauna and flora as part of their family. This is part of our heritage and manifest in our lifestyle and traditional practices. We represent a culture that calls our planet Mother Earth ».

70 S. Ghosh, « Symposium on Jacqueline Peel & Jolene Lin, Transnational climate litigation: the contribution of the global south", Litigating climate claims in India », *AJIL UNBOUND*, 2020, Vol.114, p. 45: « one should not be overly optimistic […] [Indeed, although having a] "pro-environment" and "activist" reputation, Indian courts are often deferential to the executive on decisions on economic policy and infrastructure. In addition, Indian courts are notorious for their overflowing dockets. And judicial outcomes in India—in terms of content and enforcement—are largely unpredictable, as they are predicated on various legal and non-legal factors ».

7
Thomson c. Minister for climate change issues (2017)

Antoine Le Dylio[1]

En Nouvelle-Zélande, les conséquences du dérèglement climatique sont d'ores et déjà visibles. L'une de ses manifestations les plus spectaculaires est assurément la fonte des glaciers, dont le volume a diminué d'un tiers ces quarante dernières années[2]. Par ailleurs cet État insulaire est particulièrement exposé à la montée des eaux : les îles Tokelau[3], qui s'élèvent de trois à cinq mètres au-dessus de la mer, sont ainsi l'un des territoires les plus vulnérables[4]. Le dérèglement du climat pourrait également avoir raison de la faune et flore du pays, dont l'exceptionnelle richesse s'explique par l'insularité et une occupation humaine plus récente qu'ailleurs.

Consciente de la nécessité de fonder sa politique sur des éléments scientifiques, la Nouvelle-Zélande a élaboré un programme d'acquisition de connaissances sur le changement climatique à partir de 1988, l'année de création du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). Ainsi, dès 1989, la *Royal Society of New Zealand* publiait un premier rapport sur le sujet.

À cette même période, la Nouvelle-Zélande est devenue partie à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC)[5]. Adopté au cours du Sommet de la Terre de Rio de Janeiro en 1992, il s'agit du premier accord international destiné à convenir d'une réponse collective face au changement climatique.

En 1997, à l'issue de la troisième réunion de la Convention des Parties (COP), elle a également signé le Protocole de Kyoto[6], dont le premier objectif est la réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) par la mise en œuvre d'un système de marché de permis d'émission. À l'instar de la Russie et du Japon, la Nouvelle-Zélande n'avait au départ pas souhaité s'engager dans la deuxième période du protocole (2013-2020) proposée lors de la dix-huitième COP à Doha, avant de se raviser en décembre 2015[7].

1 Avocat au barreau de Paris, Ingénieur en environnement.
2 M. Zemp, M. Huss, E. Thibert, *et al.* « Global glacier mass changes and their contributions to sea-level rise from 1961 to 201 », *Nature,* 2019, 568, p. 382-386.
3 Archipel de trois atolls polynésiens de l'océan Pacifique, sous souveraineté néo-zélandaise.
4 Cette affirmation pourrait néanmoins être nuancée à l'avenir : des études géologiques récentes sur les îles de faible altitude du Pacifique, comme celles de Tuvalu, Tokelau et Kiribati, révèlent en effet que le sommet de ces îles s'élève à mesure que le niveau de la mer et la forte action des vagues entraînent vers elles sable et gravier : M. E. Tuck, P. S. Kench, M. R. Ford, « Gerd Masselink; Physical modelling of the response of reef islands to sea-level rise », *Geology,* 2019 47 (9), p. 803–806.
5 Cette convention signée par 197 États est entrée en vigueur le 21 mars 1994.
6 Ce protocole signé par 184 États est entré en vigueur le 16 février 2005.
7 Décision commentée, § 29 ; RNZ, « NZ won't commit to second stage of Kyoto Protocol », 10 novembre 2012.

Enfin, la Nouvelle-Zélande est partie à l'Accord de Paris de 2015 qui réaffirme l'objectif de contenir le réchauffement climatique en deçà de 2 ℃ par rapport aux niveaux préindustriels et de poursuivre les efforts pour limiter ce réchauffement à 1,5 ℃. L'Accord de Paris repose entre autres sur un mécanisme de Contributions nationales : l'article 4 prévoit que « Chaque Partie établit, communique et actualise les contributions déterminées au niveau national successives qu'elle prévoit de réaliser. Les Parties prennent des mesures internes pour l'atténuation en vue de réaliser les objectifs desdites contributions ». « La contribution déterminée au niveau national […] de chaque Partie […] correspondra à son niveau d'ambition le plus élevé possible ». Elles doivent être mises à jour tous les cinq ans[8].

La Contribution néo-zélandaise, communiquée en octobre 2016, s'appliquera à compter de 2021 et fixe un objectif de réduction des émissions de GES à l'horizon 2030.

En parallèle de ce cadre international, la Nouvelle-Zélande s'est dotée dès 2002 d'une loi dédiée à la lutte contre le changement climatique[9]. L'objectif de ce *Climate Change Response Act*[10] est triple : il s'agit d'abord de permettre à la Nouvelle-Zélande de remplir les obligations fixées par la CCNUCC et le Protocole de Kyoto, ensuite de mettre en œuvre un système national d'échange de quotas de GES, et enfin d'instaurer des taxes sur les émissions de GES des véhicules motorisés et des autres biens[11].

En matière de gestion de l'environnement, la principale législation néo-zélandaise est le *Resource Management Act* de 1991, qui a instauré un tribunal spécialisé pour juger les affaires environnementales (*Environment Court*)[12].

C'est devant cette juridiction que s'est tenu en 2002 l'un des premiers procès néo-zélandais en matière climatique, l'affaire *Environmental Defence Society c. Auckland Regional Council and Contact Energy Ltd*[13]. Une association contestait l'autorisation de construire et d'exploiter à Auckland une centrale à cycle combiné au gaz de 400 mégawatts. Elle demandait que cette autorisation s'accompagne d'une compensation des émissions de GES au moyen d'un programme de séquestration forestière. Malgré le rejet de la demande, le tribunal a admis à cette occasion que « l'effet de serre est susceptible de se traduire par des changements importants dans l'environnement mondial, y compris en Nouvelle-Zélande »[14], et que « les émissions de la centrale allaient entraîner, de façon cumulative, un effet négatif d'une certaine importance »[15].

8 Paragraphes 2, 3 et 9 de l'article 4 de l'Accord de Paris.
9 En France, il faudra attendre 2005 pour que le Parlement adopte une loi qui se bornait à fixer des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre : loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.
10 http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0040/latest/DLM158584.html.
11 Section 3 – Purpose.
12 http://www.legislation.govt.nz/act/public/1991/0069/211.0/DLM230265.html.
13 Environment Court of New Zealand, 6 September 2002, *Environmental Defence Society c. Auckland Regional Council and Contact Energy Ltd.*, [2002] 11 NZRMA 492 [http://climatecasechart.com/non-us-case/environmental-defence-society-v-auckland-regional-council-and-contact-energy-ltd/].
14 *Idem*, § 65 : « the green house effect is likely to result in significant changes to the global environment, including New Zealand and the Auckland region ».
15 *Id.*, § 88 : « the prognosis is sufficiently serious for us to find that the proposed emissions from Otahuhu C will result, in a cumulative way, in an adverse effect of some consequence ».

Désormais, le Sabin Center de l'Université de Columbia recense dix-sept affaires climatiques en Nouvelle-Zélande[16] (permis pour l'extraction du charbon, projet de centrale électrique au charbon, questions migratoires, etc.).

L'une d'entre elles, et c'est l'affaire commentée, vient interroger pour la première fois la justiciabilité et la « légalité » des décisions gouvernementales qui fixent les objectifs de réduction des émissions de GES. Aussi ne se déroule-t-elle pas devant le tribunal spécialisé en matière d'environnement, mais devant la Haute cour de Nouvelle-Zélande (*High Court*).

En novembre 2015, Sarah Thomson, étudiante en droit, a ainsi introduit une action en justice pour contester la réponse du gouvernement face au dérèglement du climat[17], et notamment son manque d'ambition au sujet de la réduction des émissions de GES. À cette date, la Nouvelle-Zélande avait fixé des objectifs à trois horizons temporels : 2020, 2030 et 2050.

L'objectif à l'horizon 2050 était fixé depuis 2011 par le Gouvernement qui s'était engagé, sur le fondement du *Climate Change Response Act*, à réduire les émissions de GES à hauteur de 50 % par rapport à 1990.

En octobre 2016, il a ensuite communiqué sa Contribution nationale qui prévoit de réduire les émissions à hauteur de 30 % par rapport à 2005 d'ici 2030, en application de l'Accord de Paris.

L'objectif à l'horizon 2020, fixé en application de la deuxième période du Protocole de Kyoto, n'était pas contesté.

La requérante sollicitait alors une *judicial review* de deux décisions gouvernementales relatives à ces objectifs climatiques. Afin de mieux comprendre la nature du recours entrepris, nous revenons brièvement sur le système juridique néo-zélandais.

Hérité du système britannique, le système juridique de la Nouvelle-Zélande s'appuie sur les lois passées par le Parlement (*statutes*) et la jurisprudence (*common law*). Tout comme le Royaume-Uni et l'État d'Israël, cet État ne dispose pas d'écrit constitutionnel unique. Sa Constitution se compose des lois adoptées par le Parlement, des règles coutumières et des décisions judiciaires. L'ensemble de ces *statutes* n'ont pas de valeur « suprême », elles peuvent être modifiées par le Parlement à la majorité simple.

C'est à l'aune de ce corpus que le juge opère le contrôle des décisions déférées dans le cadre de la *judicial review*. Cette action, qui porte sur « l'exercice légitime des pouvoirs légaux ou publics », prévoit un « contrôle constitutionnel du pouvoir public exercé par le pouvoir exécutif du gouvernement, mais elle a des limites qui reflètent la séparation du pouvoir entre les tribunaux et l'exécutif »[18]. Par la suite, nous utiliserons le terme de « légalité » pour faire référence au contrôle opéré par le juge dans le cadre d'une *judicial review*[19].

16 http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/new-zealand/.
17 La *complaint* est disponible à cette adresse : http://climatecasechart.com/non-us-case/thomson-v-minister-for-climate-change-issues/.
18 Décision commentée, § 5.
19 Pour une liste illustrative des fondements pouvant être invoqués dans le cadre d'une *judicial review*, voir : G. Palmer, « Can judges make a difference? The scope for judicial decisions on climate change in New Zealand domestic law », *Victoria University of Wellington Law Review*, 2018, 49.

À l'issue de cette procédure, qui se déroule donc devant la *High Court*, le juge peut se borner à une déclaration d'illégalité, invalider une décision, voire prononcer des injonctions à l'égard du Gouvernement.

Dans l'affaire commentée, deux décisions de la *Minister for Climate Change Issues* (« la ministre ») étaient ainsi soumises au contrôle de la *High Court* : celle fixant l'objectif de réduction des émissions de GES pour 2050, et celle établissant la Contribution de la Nouvelle-Zélande pour 2030.

Premièrement, la requérante soutenait que la ministre était tenue de réviser l'objectif de réduction des émissions de GES à l'horizon 2050. Selon Sarah Thomson, cet objectif fixé en mars 2011 aurait dû être reconsidéré au regard des conclusions du cinquième rapport d'évaluation du GIEC publié en 2014, qui représentait l'état le plus avancé des connaissances scientifiques en matière climatique.

Ensuite, la requérante affirmait que la Contribution nationale de la Nouvelle-Zélande[20], qui fixe notamment des objectifs de réduction des émissions à l'horizon 2030, aurait dû prendre en compte des facteurs comme les effets néfastes du changement climatique sur les territoires les plus vulnérables, par exemple les îles Tokelau.

Enfin, elle prétendait que cette Contribution, élaborée sur un objectif de 2 ℃, était irrationnelle et déraisonnable (*irrational or unreasonable*), car elle aurait dû être établie sur un objectif de 1,5 ℃ ; elle lui reprochait de reprendre mimétiquement des objectifs similaires à ceux d'autres États développés (« *based on optics* »), et de s'appuyer sur des technologies qui n'existent pas encore (« *"star trek" solution* »[21]), mais aussi d'être construite en grande partie sur des marchés de permis d'émission carbone, ce qui ne permet pas la réduction des émissions à l'échelon mondial.

La doctrine a relevé que les *judicial review* sont habituellement jugées dans de brefs délais[22], tandis que pour l'affaire commentée, deux années se sont écoulées entre la date de dépôt de la demande et le prononcé de la décision. La juge Mallon a rendu une décision pédagogique qui rappelle clairement le cadre national et international en matière climatique ; elle s'est par ailleurs appuyée sur de nombreuses déclarations sous serment (*affidavit*) d'experts reconnus, et a pris soin d'analyser les décisions étrangères pour fonder son opinion.

Les audiences se sont déroulées sur trois jours en juin 2017 et la décision a été rendue le 2 novembre 2017. Entre temps, l'élection d'une nouvelle majorité – une coalition de Parti travailliste et de *New Zealand First* avec le soutien des Verts – s'engageant à la neutralité carbone pour 2050 a en partie joué sur le contenu de la décision. Conformément à son annonce, en novembre 2019 le nouveau gouvernement a en effet inscrit cet objectif dans le *Climate Change*

20 La *complaint* introduite en novembre 2015 a par la suite été complétée : la Contribution nationale est également celle présentée aux négociations en juillet 2015 comme l'objectif prévu de la Nouvelle-Zélande en matière de contribution nationale (INDC) dans le cadre de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques.

21 Décision commentée, § 67 et suivants.

22 G. Palmer, « Can judges make a difference? The scope for judicial decisions on climate change in New Zealand domestic law », *Victoria University of Wellington Law Review*, 2018, 49.

Response Act[23], ainsi amendé par un *Climate Change Response (Zero Carbon) Amendment.* Selon les pouvoirs publics, cette réforme leur fournit un cadre qui permet d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques claires et stables en matière de lutte contre les changements climatiques, afin de contribuer à l'effort mondial dans le cadre de l'Accord de Paris[24].

La Cour a rejeté l'ensemble des demandes de la requérante, mais a apporté, au fil de la décision, des précisions qui pourront se révéler utiles lors de contentieux ultérieurs.

Interprétant la législation nationale au regard des objectifs poursuivis par la CCNUCC et l'Accord de Paris, la Cour a jugé que les objectifs de réduction des émissions de GES pris en application d'instruments nationaux, et notamment celui de 2050, doivent être réévalués en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques, quand bien même les textes ne le prévoiraient pas expressément (**I**).

Elle a ensuite affirmé que la Contribution nationale de la Nouvelle-Zélande, qui fixe notamment l'objectif de réduction des émissions de GES à l'horizon 2030, relève de la compétence de la Cour dans le cadre d'une *judicial review*. Le contrôle du contenu de la Contribution nationale et des hypothèses retenues pour son élaboration demeure toutefois restreint (**II**).

I. Les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre doivent être réévalués en fonction de connaissances scientifiques actualisées

Sarah Thomson prétendait qu'à la suite de la publication du cinquième rapport d'évaluation du GIEC en 2014 (**AR5**), la ministre aurait dû réviser l'objectif de réduction des émissions de GES à l'horizon 2050 pris sur le fondement du *Climate Change Response Act* (**CCRA**).

La juge Mallon a souligné d'emblée que l'annonce par le nouveau Gouvernement, postérieurement à l'audience, d'un objectif plus ambitieux de neutralité carbone pour 2050, impliquait que cette *cause of action* n'était plus pertinente. Elle a toutefois estimé que la question méritait d'être tranchée puisqu'elle est susceptible de se poser de nouveau à l'avenir.

La Cour juge alors que la publication d'un nouveau rapport du GIEC impose au ministre de réexaminer l'objectif pris en application de l'article 224 du *Climate Change Response Act*, et le cas échéant de le réviser (**A**). La circonstance qu'une Contribution nationale satisfait l'objectif mondial de réduction des émissions de GES pourrait toutefois ne pas suffire à en déduire qu'elle est appropriée pour la Nouvelle-Zélande (**B**).

23 Section 5Q – Target for 2050 ; cet acte a fait l'objet de nombreuses critiques puisque le méthane « biologique » produit par le bétail, qui représente une part importante des émissions de GES de la Nouvelle-Zélande, est exclu de l'objectif de neutralité carbone pour 2050 : pour celui-ci, l'objectif visé est une réduction de 24 à 47 % des émissions par rapport à l'année 2017.

24 https://www.parliament.nz/en/pb/bills-and-laws/bills-proposed-laws/document/BILL_87861/climate-change-response-zero-carbon-amendment-bill.

A. La publication d'un nouveau rapport d'évaluation du GIEC impose un réexamen des objectifs adoptés en application du Climate Change Response Act

En 2011, lors de l'adoption de l'objectif pour 2050, l'état le plus avancé des connaissances scientifiques était matérialisé par l'AR4 de 2007.

Cet objectif a été pris sur le fondement de l'article 224 du CCRA, qui prévoit pour le ministre l'obligation de fixer un objectif et de le publier[25]. Quant à l'article 225, il se borne à permettre au Gouverneur général d'édicter, par décret pris sur recommandation du ministre, des réglementations fixant un objectif de réduction de GES[26].

L'article 225 impose également au ministre de réviser l'objectif établi lorsqu'un nouveau rapport d'évaluation du GIEC est publié.

Sarah Thomson proposait deux argumentations distinctes, fondées sur l'interprétation du *Climate Change Response Act*, pour démontrer que la publication de l'AR5 en 2014 exigeait la révision de l'objectif 2050.

La première thèse était que l'article 225(3)(a) exige expressément une révision de l'objectif pris en vertu de l'article 224 pour la réduction des émissions de GES. Sarah Thomson soutenait en effet que l'article 224 devait être interprété conformément au but visé par le CCRA, et selon la troisième section ce but est de satisfaire les obligations internationales fixées par la CCNUCC et le Protocole de Kyoto. En particulier, la Convention engage la Nouvelle-Zélande à tenir compte, dans la mesure du possible, des considérations liées au changement climatique dans la politique qu'elle mène[27], et son préambule exige que cette politique se fonde sur les meilleures données scientifiques disponibles. L'Accord de Paris reconnaît également cette nécessité[28].

La juge a rejeté cet argument, en se référant à la volonté du législateur. Selon elle, la détermination d'objectif selon les articles 224 et 225 suit des procédures distinctes, qui ont été voulues comme telles. Deux arguments plaident en faveur d'une telle interprétation. D'une part, c'est une même réforme de 2009 qui a modifié l'article 224 et créé l'article 225 ; on peut en conclure que le Parlement a volontairement circonscrit à l'article 225 l'obligation de réviser l'objectif. D'autre part, la note explicative attachée au projet de loi de 2009 précise que les objectifs fixés par l'article 225, donc contenus dans une réglementation, ont un statut supérieur. Cette disposition permet ainsi de prendre en considération avec plus de flexibilité les futurs rapports du GIEC. La seconde thèse développée par la requérante avançait que la ministre était tenue d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour réviser l'objectif[29].

25 « (1) The Minister must set a target ».
26 « (1) The Governor General may, by Order in Council made on the recommendation of the Minister, make regulations setting a target ».
27 Article 4(1)(f).
28 Cf. Préambule.
29 Décision commentée, § 85 : « *She submits that when a decision maker has exercised a statutory power intended to have long term effect on a certain factual basis, and that factual basis is later materially qualified or superseded, a refusal to review and remake the decision is unlawful.* ».

La juge a répondu qu'un pouvoir discrétionnaire tenu de la loi doit être exercé en cohérence avec son objectif et, le cas échéant, avec les obligations internationales du pays[30]. Elle en a déduit que l'article 224 doit être interprété conformément aux engagements souscrits. Elle a alors examiné alors si ces accords internationaux impliquent de revoir les objectifs en fonction des connaissances scientifiques fiables.

Elle a constaté au préalable que les rapports d'évaluation du GIEC présentent le consensus scientifique le plus abouti sur le changement climatique. Puis au regard des objectifs fixés par la CCNUCC et l'Accord de Paris, et au vu de la menace que le changement climatique fait peser sur l'humanité et l'environnement, elle a conclu que la publication d'un nouveau rapport du GIEC doit entraîner une réévaluation des objectifs par la ministre (et, au besoin, l'adoption d'un nouvel objectif).

B. La circonstance qu'une Contribution nationale satisfait l'objectif mondial de réduction des émissions de GES ne permet pas d'en déduire qu'elle est appropriée pour la Nouvelle-Zélande

La juge a d'abord relevé qu'à l'occasion de la publication de l'AR5, la ministre s'était demandé quel serait l'objectif approprié pour 2030 afin d'élaborer la Contribution nationale, mais qu'elle ne s'était aucunement interrogée sur l'opportunité de réviser l'objectif de 2050 en fonction des nouveaux éléments scientifiques.

Alors que les mémoires soumis par la requérante n'abordaient pas directement cette question, la juge Mallon a examiné si l'AR5 présentait par rapport à l'AR4 des changements susceptibles d'affecter l'objectif pour 2050.

Elle s'est appuyée sur l'*affidavit* du Pr. Renwick, selon lequel l'AR4 recommandait que le réchauffement climatique ne dépasse pas 2 à 2,4 ℃ supplémentaires, ce qui impliquait 50 à 85 % de réduction des émissions par rapport à 1990 d'ici 2050. Quant à l'AR5, il préconise 35 à 55 % de réduction des émissions sur la même période pour contenir le réchauffement en deçà de 2 ℃. L'expert concluait donc à la compatibilité de l'objectif gouvernemental de 50 % de réduction pour 2050 avec l'AR5.

La juge a relevé cependant que ce dernier rapport pourrait présenter d'autres éléments (au-delà des objectifs chiffrés de réduction des émissions de GES à l'échelon international) susceptibles d'amener la ministre à envisager un objectif plus ambitieux, sans préciser lesquels.

Elle a conclu qu'il eût été opportun de solliciter d'autres contributions d'experts pour trancher. Mais, dans la mesure où le nouveau Gouvernement s'est engagé à adopter un objectif de neutralité carbone[31], elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'approfondir cette question.

30 Décision commentée, § 88.
31 Inscrit dans la loi depuis le *Climate Change Response (Zero Carbon) Amendment* de novembre 2019.

II. Une justiciabilité des Contributions nationales limitée par le contrôle restreint du juge

Si la *High Court* considère que les Contributions nationales relèvent de la compétence des tribunaux (**A**), le contrôle de leur contenu et des hypothèses ayant présidé à leur élaboration demeure restreint (**B**).

A. Sur la justiciabilité des objectifs fixés par la Contribution nationale

Sarah Thomson soutenait que la Contribution nationale fixant l'objectif de 2030 avait été établie en fonction d'hypothèses erronées. Elle demandait que cette contribution soit déclarée « illégale » et annulée, et qu'il soit enjoint au Gouvernement d'en adopter une nouvelle.

La ministre avançait pour sa part que la Cour n'était pas compétente pour juger cette décision, au motif que la contribution est fondée sur une obligation internationale qui n'a pas été intégrée en droit néo-zélandais : elle serait donc de nature politique et non juridique, d'autant qu'elle implique des enjeux socio-économiques et financiers qui ne seraient pas du ressort judiciaire.

La juge a estimé au contraire que la Cour était légitime pour examiner l'objectif établi par la Contribution nationale, dès lors que le pouvoir public ainsi exercé par l'exécutif avait des conséquences directes et significatives sur la population. Elle a relevé au passage que les Contributions nationales ne seraient pas contraignantes en droit international[32], ce qui est sujet à discussion[33].

La juge a alors analysé en détail d'autres décisions portant sur la justiciabilité de l'action ou de l'inaction du Gouvernement en matière de lutte contre le changement climatique : l'affaire *Massachusetts v Environmental Protection Agency*[34], au sujet de la régulation des émissions de GES émis par les nouveaux moteurs de véhicules ; l'affaire *Juliana v United States*[35], portée par vingt-et-un jeunes qui demandaient l'adoption d'une trajectoire carbone afin de ne pas dépasser 350 ppm de dioxyde de carbone dans l'atmosphère en 2100 ; l'affaire *Friends of the Earth v Canada*[36] relative à une action en *judicial review* d'un plan de lutte contre le changement climatique ; l'affaire néerlandaise *Urgenda* qui critiquait l'insuffisance des mesures de réduction des émissions de dioxyde de carbone ; et enfin, en matière de lutte contre la pollution atmosphérique cette fois, l'affaire britannique *Client Earth v Secretary of State*[37] portant sur la révision de plans de protection de l'atmosphère.

32 Décision commentée, § 38.

33 Si l'atteinte par l'État de ses objectifs ne semble pas contraignante en droit international, en revanche selon l'article 4(3) de l'Accord de Paris, « La contribution déterminée au niveau national suivante de chaque Partie représentera une progression par rapport à la contribution déterminée au niveau national antérieure et correspondra à son niveau d'ambition le plus élevé possible ».

34 Supreme Court of the United States, 2 avril 2007, *Massachusetts v Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497.

35 Oregon District Court, 8 April 2016, *Juliana v United States*, No 6 :15-CV-1517-TC upheld on review in Oregon District Court, 10 November 2016, *Juliana v United States*, 217 F Supp 3d 1224.

36 Friends of the Earth v Canada [2009] 3 FCR 201.

37 *R (on the application of ClientEarth) v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2015] UKSC 28 ClientEarth (second SC decision) decision)].

Dans toutes ces affaires, les tribunaux ont considéré que les habitants qui relèvent de leur juridiction sont nécessairement affectés par l'insuffisance des politiques mises en place[38]. Devant l'importance de la question du changement climatique, ils ont alors jugé qu'ils étaient légitimes pour examiner les décisions gouvernementales en la matière, malgré les critiques qui leur étaient opposées :

> « *The courts have not considered the entire subject matter is a "no go" area, whether because the state had entered into international obligations, or because the problem is a global one and one country's efforts alone cannot prevent harm to that country's people and their environment, or because the Government's response involves the weighing of social, economic and political factors or because of the complexity of the science*[39]. »

Cette question soulève un parallèle évident avec la théorie française des actes de gouvernement. Ces actes non susceptibles de recours devant une juridiction nationale sont notamment ceux liés à la conduite des relations extérieures de la France (conditions de signature d'un accord international[40], décision de ne pas publier un traité[41], etc.). À supposer qu'une Contribution nationale entre dans cette catégorie – ce qui est loin d'être évident – il faudrait encore qu'elle n'ait pas été traduite au moyen d'instruments régionaux ou nationaux (directives, règlements, lois, textes réglementaires), sans quoi son contenu ne saurait échapper au contrôle du juge[42].

S'inscrivant dans le droit fil de ces décisions récentes en matière climatique, la juge Mallon a conclu que l'importance du changement climatique pour chacun d'entre nous justifie que l'action du gouvernement soit soumise à un examen judiciaire, outre l'obligation de rendre compte devant le Parlement et lors des élections générales[43].

B. Un contrôle restreint du contenu de la Contribution nationale

La juge a souligné les limites constitutionnelles attachées à la *judicial review* : s'il peut revenir au pouvoir judiciaire de vérifier qu'une action appropriée est adoptée, les moyens pour la mettre en œuvre sont des choix politiques qui appartiennent à l'exécutif[44].

38 Décision commentée, § 133 : « The courts have recognised the significance of the issue for the planet and its inhabitants and that those within the court's jurisdiction are necessarily amongst all who are affected by inadequate efforts to respond to climate change » : « Les tribunaux ont reconnu l'importance de la situation pour la planète et ses habitants et le fait que les personnes relevant de leur juridiction font nécessairement partie de tous ceux qui sont touchés par les efforts insuffisants déployés pour répondre au changement climatique ».

39 Décision commentée, § 133 : « Les tribunaux n'ont pas considéré que l'ensemble du sujet était un domaine «interdit», soit parce que l'État avait contracté des obligations internationales, soit parce que le problème est mondial et que les efforts d'un pays ne peuvent à eux seuls empêcher de nuire à la population de ce pays et à son environnement, soit parce que la réponse du gouvernement implique l'évaluation de facteurs sociaux, économiques et politiques, soit en raison de la complexité de la science ».

40 CE, Ass., 4 novembre 1970, *de Malglaive*, n° 77759.

41 CE, Ass., 23 novembre 1984, *Association « Les Verts »*, n°s 54359 et 54360.

42 Sous les réserves d'accès au prétoire en matière de justice environnementale.

43 Décision commentée, § 133 : « The importance of the matter for all and each of us warrants some scrutiny of the public power in addition to accountability through Parliament and the General Elections. If a ground of review requires the Court to weigh public policies ».

44 Décision commentée, § 133 : « Remedies are fashioned to ensure appropriate action is taken while leaving the policy choices about the content of that action to the appropriate state body ». À cet égard, le contrôle du juge dans le cadre de la *jucial review* s'apparente à celui du Conseil constitutionnel, qui se révèle par l'usage de la formule « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de […] ». Pour un exemple récent, voir : Cons. const., 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, n° 2019-823 QPC.

C'est d'après cette « limite » qu'ont été examinées les critiques envers la Contribution nationale pour 2030. En raison de la marge de manœuvre reconnue à l'exécutif, l'ensemble des arguments invoqués par la requérante ont été écartés[45].

Sarah Thomson avançait d'abord que la modélisation économique retenue pour établir la cible de 2030 s'appuyait sur un scénario *business as usual*, et n'intégrait pas suffisamment d'actions d'adaptation au changement climatique. La ministre soutenait que cela n'était pas nécessaire étant donnée la faible contribution du pays aux émissions mondiales[46]. La juge a concédé ne pas être convaincue par l'argument, mais elle a relevé que l'Accord de Paris ne stipule pas de critères spécifiques sur la manière dont un pays doit fixer ses objectifs. Elle en a déduit que la méthode employée par la ministre ne méconnaît pas les limites de son pouvoir en la matière.

La requérante affirmait ensuite que la ministre doit tenir compte de la situation de Tokelau, et des pays en développement en général, lorsqu'elle élabore la Contribution nationale. La juge Mallon a convenu que l'impact sur les Tokelauiens est en effet une considération pertinente, dont le Gouvernement doit faire cas étant donné le lien de ce territoire avec l'État néo-zélandais[47]. Toutefois, à la lumière des dispositions de l'Accord de Paris, la juge Mallon a estimé que la vulnérabilité particulière de ces territoires ne semblait pas nécessiter que la Nouvelle-Zélande se donne un objectif plus contraignant de 1,5 ℃ ; la Contribution nationale n'aurait pas été différente si la situation des Tokelauiens avait été prise en compte.

La requérante faisait également valoir que selon la communauté scientifique, le cumul des diverses Contributions nationales ne permet pas d'atteindre un niveau de réduction des émissions de GES suffisant pour éviter des conséquences délétères sur le système climatique. Madame Thomson soutenait donc que la Nouvelle-Zélande aurait dû adopter une nouvelle Contribution nationale plus ambitieuse. La juge Mallon a simplement répondu que l'Accord de Paris n'impose pas aux États d'adopter un nouvel objectif si les Contributions combinées se révèlent insuffisantes pour maintenir le réchauffement en dessous de 2 ℃. Enfin, dans une troisième *cause of action*, Mme Thomson arguait que la Contribution nationale était irrationnelle ou déraisonnable. Selon elle, aucune preuve tangible ne permettait d'établir qu'elle pourrait renforcer la réponse mondiale à la menace du changement climatique ; d'autant que le consensus scientifique international admet que les Contributions échouent à atteindre l'ampleur des réductions nécessaires, et ne sont pas à la hauteur de l'urgence pour éviter toute perturbation néfaste. L'argument le plus intéressant est sûrement celui selon lequel la trajectoire carbone nationale repose sur l'échange de droits d'émission de carbone, ce qui fait échec à l'objectif de réduction des émissions de GES en valeur absolue. Ce mécanisme étant permis par l'Accord de Paris, la Cour a rejeté l'argument, tout en mentionnant que les prix de la tonne de carbone pourraient, grâce à ces mécanismes, augmenter significativement d'ici à 2030 y compris sur les marchés nationaux.

45 Y compris la quatrième *cause of action* tendant à ce qu'il soit enjoint à la ministre de prendre une nouvelle Contribution nationale.
46 Décision commentée, § 136.
47 Territoire sous souveraineté néo-zélandaise.

En définitive, il ressort de cette décision que si la Contribution nationale peut être déférée devant les tribunaux dans le cadre d'une *judicial review*, le juge se borne à s'assurer du respect du cadre international (lequel n'est pas contraignant en ce qui concerne le contenu des contributions) et à vérifier que la Contribution n'est entachée d'aucune erreur « manifeste ».

On admet aisément que le juge opère un contrôle restreint quant aux moyens mis en œuvre par l'exécutif pour atteindre les objectifs de réduction des émissions de GES. En revanche, il est profondément regrettable que les hypothèses retenues pour établir ces objectifs ne fassent pas l'objet d'un contrôle plus étendu.

8
Jeunes c. Colombie (2018)

Camila Perruso[1]

Une décision climatique historique rendue le 5 avril 2018 a vu le jour en Amérique latine[2]. La Cour suprême de Justice de Colombie a enjoint les entités gouvernementales à agir pour lutter efficacement contre les changements climatiques. Il y est reconnu que la déforestation de l'Amazonie colombienne contribue au réchauffement climatique qui aura des conséquences néfastes sur les droits fondamentaux des requérants et des générations futures. Il s'agit d'une première dans cet espace régional. S'il est possible d'y identifier d'autres affaires en lien avec la cause climatique, un cas entièrement consacré à cette problématique jugé par une haute juridiction n'avait pas encore été connu des prétoires latino-américains. Une étude récente montre que parmi les dix affaires climatiques identifiées dans cette région, sept traitent des changements climatiques de façon périphérique[3]. Autrement dit, l'enjeu climatique dans ces cas est subsidiaire à d'autres arguments, il fait partie de l'ensemble des questions soulevées dans l'affaire, sans pour autant constituer l'élément central de la requête. En effet, les auteurs de cette étude indiquent quelques hypothèses qui justifieraient la primauté des affaires climatiques périphériques dans le « Sud global » : un accès limité à la justice, une absence de cadres législatifs sur le climat, et/ou une mise en œuvre défaillante des cadres existants[4]. Cette étude montre également qu'en Amérique latine existe un terrain fertile concernant l'approche fondée sur les droits humains relative aux changements climatiques[5]. Et c'est dans ce contexte que s'inscrit cette décision colombienne.

Vingt-cinq jeunes, avec le soutien de l'ONG *Dejusticia* et des interventions d'*amicus curiae* de plusieurs universités, chercheurs, militants, associations ainsi que d'un Procureur[6], ont déposé le 29 janvier 2018 une action de tutelle contre diverses entités gouvernementales devant le *Tribunal*

1 Post-doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, (UMR 8103, CNRS Paris 1 Panthéon Sorbonne).

2 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, 5 avril 2018, STC 4360-2018, n° 11001-22-03-000-2018-00319-01. La décision est disponible sur : http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/ (consulté le 2 novembre 2019).

3 J. Peel, J. Lin, « Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South », *American Journal of International Law*, 2019, vol. 113, n° 4, p. 703-704.

4 *Ibid.*, p. 692-695.

5 *Ibid.*, p. 707-708.

6 Des interventions d'*amicus curiae* ont été présentées par le Foro Nacional Ambiental, l'environnementaliste Julio Carrizosa, six associations autochtones de l'Amazonie colombienne, le Procureur délégué pour les questions environnementales, les Universités Nationale, de Los Andes, Rosario, la Javeriana, Externado et le professeur de l'Université de Columbia James Hansen.

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, compétent pour connaître de leur requête. Cette organisation de la société civile, fondée en 2005, se présente comme un centre de recherche-action qui regroupe des chercheurs et activistes en vue de promouvoir des changements sociétaux afin de renforcer l'État de droit et la protection institutionnelle des droits humains et de favoriser l'*empowerment* des groupes et personnes vulnérables. Ses actions se réalisent par le biais d'études et de propositions de politiques publiques, du développement d'un contentieux stratégique d'intérêt public et de l'élaboration de programmes éducationnels et de formation.

Face au refus du tribunal de première instance de reconnaître la légitimité de l'action portée par les requérants[7], ceux-ci ont fait appel à la Cour suprême de Justice qui a reçu leur demande et leur a accordé la protection juridique demandée. Les jeunes ayant à l'occasion de la requête entre sept et vingt-six ans et vivant dans des communes exposées aux risques des changements climatiques[8], ont démontré leur vulnérabilité au regard des évaluations météorologiques réalisées en 2017 par l'Institut d'hydrologie, de météorologie et d'études environnementales (IDEAM). En effet, en s'appuyant sur les estimations de cet organe du gouvernement, ils ont soutenu que pendant leur âge adulte et leur vieillissement, la température en Colombie augmentera de 1,6℃ entre 2041 et 2070 et de 2,14℃ à partir de 2071[9], ce qui les exposera à des conséquences majeures des changements climatiques. L'analyse de l'IDEAM montre que le secteur forestier est responsable de 36 % des émissions de GES de la Colombie et que dans ce secteur, 98 % des émissions sont dues à la déforestation[10]. Celle-ci était concentrée à 39 % dans la forêt amazonienne en 2016 et les estimations pour 2017 témoignaient d'un taux de 43,6 % de déforestation pour cette même forêt[11]. En rappelant aussi les conséquences néfastes sur la biodiversité, les requérants ont tracé un panorama de l'impact de la déforestation sur la diminution des ressources hydriques dans les régions les plus peuplées du pays, pouvant entraîner des précipitations pluviales à l'origine d'inondations, de glissement de terrain et d'avalanches[12].

C'est ainsi que dans leur requête, les jeunes démontrent que le réchauffement climatique qu'ils subiront a son origine essentiellement dans la déforestation de l'Amazonie colombienne qui est un important puits de carbone dans le pays[13]. Ils considèrent que le droit de jouir d'un environnement sain consacré dans l'article 79 de la Constitution Politique de la Colombie de 1991[14] est violé eu égard aux constats scientifiques qui montrent le manque de protection de l'intégrité de la biodiversité amazonienne. Les requérants soutiennent que de la menace de leur droit à un environnement

7 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, 12 février 2018, n° 110012203-000-2018-00319-00.

8 Ils habitent les dix-sept villes colombiennes les plus exposées aux changements climatiques selon l'IDEAM : Arauca, Cali, Palmira, Buenaventura, Cartagena de Indias, Cubarral, Florencia, Floridablanca, Manizales, Envigado, Itagüí, Neiva, Quibdó, San Andrés y Providencia, Bogotá, La Calera et Leticia.

9 IDEAM, PNUD, MADS, DNP, Cancillería, *Resumen ejecutivo. Tercera comunicación nacional de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*, Bogotá D.C., 2017. V. Requête, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, point 1, p. 11, disponible sur : https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/TutelaCambioClimático.pdf (consulté le 30 janvier 2020).

10 Requête, préc., point 1, p. 21.

11 *Ibid.*, point 1, p. 9-12.

12 *Ibid.*, point 1, p. 18.

13 L'Amazonie colombienne a une extension de 476.000 kilomètres carrés ; elle a perdu 144.147 hectares de forêt en 2017, le double de l'année précédente. IDEAM, PNUD, MADS, DNP, Cancillería, *Resumen ejecutivo.*, préc.

14 Adoptée le 4 juillet 1991, elle a remplacé celle de 1886.

sain résulte une atteinte potentielle à leurs droits fondamentaux à la vie (article 1er et 11), à la santé (article 49), à l'alimentation (articles 1er et 65) et à l'eau (articles 1er, 79, 93, 94 et 366)[15]. Ils considèrent que leurs droits doivent être interprétés à la lumière de différents principes : de précaution, de solidarité d'équité intergénérationnelle, de participation et de l'intérêt supérieur de l'enfant[16].

Dès lors, afin de protéger leurs droits constitutionnels, ils ont demandé au juge d'ordonner au gouvernement de présenter dans un délai de six mois un plan d'action de réduction des taux de déforestation de la partie colombienne de la forêt amazonienne à l'horizon de l'an 2020. En outre, ils ont sollicité qu'un Accord intergénérationnel sur les mesures de diminution de la déforestation ainsi que les stratégies d'atténuation et d'adaptation concernant les villes les plus vulnérables du pays soient établis entre eux et la Présidence de la République[17].

Cette affaire colombienne est une occasion supplémentaire d'analyser les interactions entre les conséquences néfastes des changements climatiques et les droits fondamentaux des requérants[18]. Dans son arrêt de 2018, la Cour suprême a retenu le lien de causalité entre les changements climatiques et la violation des droits fondamentaux des jeunes. Elle s'est fondée sur les engagements nationaux et internationaux de la Colombie, dont la mise en œuvre n'était pas à la hauteur des constats de l'IDEAM concernant les effets de la déforestation de l'Amazonie. Sa décision d'enjoindre à des différentes entités gouvernementales de prendre des mesures pour lutter contre les changements climatiques mérite d'être attentivement étudiée notamment au regard des outils juridiques mobilisés par les requérants (**I**). Il en résulte que même si cette décision est novatrice en termes de tutelle de droits et d'intérêts supérieurs, dans la mesure où elle reconnaît la sauvegarde des droits des générations futures et accorde une personnalité juridique à l'Amazonie colombienne en vue de contrer la déforestation, elle demeure confrontée à des difficultés de taille pour sa mise en œuvre (**II**).

I. Le contexte juridique favorable pour faire face à la problématique climatique

À l'instar d'autres contentieux climatiques[19], la requête portée par les jeunes contre la Colombie se fonde sur différents arguments juridiques. Ceux-ci relèvent tant du droit international que des lois, règlements et programmes nationaux (**B**). Sont néanmoins au cœur de la requête les droits fondamentaux constitutionnels qui ont permis aux requérants d'utiliser l'action de tutelle (*acción de tutela*) comme moyen de lutte contre les changements climatiques (**A**).

15 Requête, préc., point 2, p. 35.
16 *Ibid.*, point 5, p. 100-112.
17 *Ibid.*, point 7, p. 154-155.
18 Pour une analyse de la mobilisation des droits fondamentaux dans le contentieux climatique, v. C. Cournil, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in *Les procès climatiques : du national à l'international*, C. Cournil et L. Varison (dir.), Paris, Pedone, 2018, p. 85-109.
19 C. Cournil et L. Varison, *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, *op. cit.*.

A. La mobilisation pertinente de l'action de tutelle

L'action de tutelle, mécanisme prévu dans l'article 86 de la Constitution colombienne, permet de protéger des droits constitutionnels fondamentaux des individus lorsqu'ils considèrent que l'action ou l'omission d'une autorité publique ou privée y portent atteinte. Expression des garanties prévues dans le contexte du nouveau constitutionnalisme latino-américain, cette procédure prioritaire oblige le juge à rendre sa décision dans un délai de dix jours, ce qui en fait un outil important pour la sauvegarde de tels droits (**1**). Malgré le refus du Tribunal de première instance de reconnaître la légitimité de l'action de tutelle en l'occurrence, la Cour suprême a su casser la décision et ainsi reconnaître l'urgence climatique (**2**).

1. Un outil constitutionnel garant des droits fondamentaux

Avant d'étudier les conditions qui ont permis aux jeunes de mobiliser la procédure de l'action de tutelle dans le cas d'espèce, il convient d'insérer cet instrument procédural dans le contexte constitutionnel colombien. Adoptée en 1991, la Constitution colombienne est considérée comme étant le point de départ de ce qu'on appelle le nouveau constitutionnalisme latino-américain[20]. Celui-ci se caractérise, d'un côté, par le renforcement du caractère démocratique de l'adoption du texte constitutionnel à travers le respect d'une procédure constituante fondée sur la volonté populaire, et l'existence de mécanismes pour la garantir. D'un autre côté, le texte constitutionnel lui-même se doit d'être cohérent avec ces postulats démocratiques et par conséquent établir des mécanismes de participation politique directe des citoyens, assurer les droits fondamentaux ainsi que prévoir des procédures de contrôle de constitutionnalité qui peuvent être exercées par tous les individus. Dès lors, en instaurant le paradigme de l'État de droit constitutionnel et démocratique, l'actuelle Constitution colombienne n'est plus uniquement un pacte politique, mais une norme juridique qui détermine les conditions de validité formelle et matérielle de tout l'ordonnancement juridique.

Les caractéristiques du nouveau constitutionalisme seraient « la rigidité constitutionnelle, la garantie juridictionnelle de la Constitution, sa force obligatoire, la « surinterprétation » de la Constitution, l'application directe des normes constitutionnelles, l'interprétation des lois de conformité à la Constitution, et l'influence de la Constitution sur les rapports politiques »[21]. Si l'approche théorique de cette forme de Constitution fondée sur les garanties a été développée en Europe, c'est en Amérique latine qu'elle a pris tout son sens avec l'adoption des nouvelles Constitutions[22]. Dès lors, la notion de Constitution, comme étant la restriction du pouvoir constitué, est élargie pour y

20 R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal », *Revista General de Derecho Público Comparado*, n° 9, 2011, p. 1-24 ; pour une analyse de la théorie du néo-constitutionnalisme, v. M. Barberis, « Le néo-constitutionnalisme existe-t-il ? », *Revus*, n° 25, 2015.

21 R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », in C. M. Herrera, *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Kimé, 2015, p. 30-31. En Colombie, une Cour constitutionnelle a été créée par la Constitution de 1991. Pour une étude de son rôle : J. C. Henao Pérez, « La Cour constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, 2012, disponible sur : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-constitutionnelle-colombienne-son-systeme-de-controle-de-constitutionnalite-et-les (consulté le 20 mars 2020).

22 D. Lascarro-Castellar, J. Mejía Turizo, « Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas », *Revista de la Facultad de Derecho* (Montevideo), n° 46, 2019.

intégrer l'expression du pouvoir constituant dans la configuration de l'État et partant de la société elle-même. Les liens entre légitimité démocratique et normativité se veulent alors plus étroits.

En ce qui concerne les caractéristiques matérielles des Constitutions qui relèvent de ce nouveau constitutionnalisme latino-américain, elles sont d'abord tournées vers l'établissement d'instruments visant les rapports entre la souveraineté populaire et le gouvernement, ce qui est désigné par la Constitution colombienne de « formes de participation démocratique » (chapitre 1, titre IV). Mais l'aspect incontestablement le plus important consiste dans l'éventail considérable de droits consacrés dans ces Constitutions. Dans cette perspective, la Constitution de Colombie est considérée comme étant un texte constitutionnel fort qui reconnaît des droits fondamentaux individuels, des droits collectifs, les minorités ethniques et culturelles, ainsi qu'une protection accrue des groupes vulnérables. Les recours d'*amparo*[23] prévus dans ce texte fondamental permettent de développer l'interprétation de ces droits à la lumière des défis actuels, en renforçant ainsi leur sauvegarde.

C'est donc dans ce contexte que l'action de tutelle est sans doute l'outil majeur consacré par la Constitution colombienne pour garantir les droits fondamentaux[24]. Selon la disposition constitutionnelle, il s'agit d'une action subsidiaire, résiduelle et autonome, qui vise à contrôler les actions ou inactions des autorités publiques et éventuellement des personnes privées, si celles-ci sont en charge d'un service public. En vue de la protection de ses droits fondamentaux, toute personne peut faire recours à cette procédure lorsqu'il est urgent d'éviter qu'un dommage irrémédiable ne survienne ou lorsqu'il n'existe pas un autre moyen de sauvegarder de tels droits[25]. La procédure est sommaire, dispensant les requérants de formalismes majeurs, et le juge doit se prononcer sur le recours dix jours à la suite du dépôt du recours[26]. Elle est régie par le décret n° 2591 du 19 novembre 1991, qui prévoit dans l'article 37 la compétence locale des juges pour connaître de l'action de tutelle. Sur cette base, les jeunes ont pu présenter leur recours devant le *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* le 29 janvier 2018. Même si celui-ci n'a pas considéré que l'action de tutelle était l'instrument adapté pour la plainte formulée par les requérants, la Cour suprême l'a admise dans cette affaire climatique.

2. Les conditions de procédure remplies selon la Cour suprême colombienne

Le tribunal de première instance n'a pas contesté la légitimité de la demande des requérants. Celle-ci est démontrée, car la dégradation environnementale peut porter atteinte à leurs droits fondamentaux. En effet, l'action de tutelle peut intervenir, de manière exceptionnelle, lorsque des droits constitutionnels qui ne bénéficient pas d'un caractère fondamental, comme c'est le cas du droit à jouir

23 Il s'agit du recours en protection, largement présent dans de nombreux États ibéro-américains. Pour une étude, v. C. Ruiz Miguel, « Concept, genèse et évolution de l'*amparo* : le modèle espagnol », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux,* n° 15, 2017, disponible sur : http://journals.openedition.org/crdf/567, consulté le 25 octobre 2019.

24 L. Carrera Silva, « L'acción de tutela en Colombia », *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, n° 27, 2011, p. 72-94, p. 76.

25 C. Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, D.C., Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 11-12.

26 Selon l'article 241 de la Constitution colombienne, c'est la Cour constitutionnelle qui effectue un contrôle concret de constitutionnalité dans le cadre de la procédure de l'action de tutelle. Ce contrôle a généralement un effet *inter partes*, mais peut avoir une portée générale en fonction de la question juridique analysée. V. U. González Manrique et *al.*, « Innovación jurisprudencial del derecho procesal constitucional colombiano: efectos de sentencias inter pares e inter comunis », *Revista Principia Iuris,* nº 21, 2014, p. 169-193. En l'espèce, la décision de la Cour suprême n'a pas été révisée par la Cour constitutionnelle.

d'un environnement sain, ont une relation de connectivité et une dépendance directe avec d'autres droits de caractère fondamental. Autrement dit, si le droit en question n'est pas fondamental au sens requis par l'action de tutelle, celle-ci peut être mobilisée si la violation de ce droit entraîne une atteinte aux droits fondamentaux, comme l'a interprété la Cour suprême[27].

Même acceptant cette connectivité, le prétoire de première instance a considéré que ce n'était pas l'action de tutelle le remède approprié pour répondre à la demande. Il n'y voyait pas clairement l'individualisation de la menace qui pèse sur les droits fondamentaux des requérants, critère pourtant indispensable. Selon cette juridiction, c'est l'action populaire[28] qui aurait dû être utilisée dans ce cas. En effet, l'article 4 de la loi 472 de 1998 qui réglemente tel instrument prévoit que l'action populaire sert à protéger les droits et intérêts diffus et, notamment, le droit à un environnement sain[29], car celui-ci est un droit collectif et non un droit fondamental individuel. Dès lors, en se fondant sur l'impératif de subsidiarité dont revêt l'action de tutelle, le juge de première instance n'a pas décidé que cette dernière était l'outil idoine pour la requête formulée.

En effet, la subsidiarité constitue un élément essentiel de l'action de tutelle. Celle-ci n'a pas vocation à remplacer des moyens procéduraux existants, mais elle vise à en assurer l'épuisement. Ainsi, si le juge identifie un autre mécanisme pertinent pour la protection du droit fondamental, il est tenu de déclarer l'action infondée. Toutefois, il y a une exception à une telle exigence, soutenue par les requérants et accueillie par la Cour suprême qui concerne l'efficacité de la protection du droit menacé, lorsqu'un dommage à celui-ci est irréparable. C'est alors dans ce contexte que les requérants utilisent l'action de tutelle. Dès lors, la Cour suprême a considéré que dans le cas d'espèce l'action de tutelle se justifiait, car elle présentait une question revêtant d'un caractère d'urgence, intervenant pour éviter qu'un dommage irrémédiable ne se produise. La Cour a compris que même si l'action populaire dispose aussi d'une nature préventive, lorsqu'il y a connectivité avec des droits fondamentaux, la première procédure peut primer.

Ainsi, dans leur action de tutelle et par la suite dans leur demande d'appel de la décision du Tribunal supérieur de Bogota, les requérants ont démontré que la requête remplissait les conditions de subsidiarité et de célérité requises par cette procédure. En acceptant que ce mécanisme soit idoine pour la protection des droits des requérants, la Cour suprême va au-delà d'une mise en œuvre éminemment positiviste du remède constitutionnel. De surcroît, cette juridiction fait aussi preuve d'audace et opère une interprétation progressiste des fondements juridiques de la requête afin de prendre en compte la complexité de la problématique environnementale susceptible d'affecter les droits fondamentaux des vingt-cinq jeunes.

27 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 10-12.

28 Également un mécanisme procédural constitutionnel, consacré dans l'article 88 de la Constitution de 1991, l'action populaire était déjà connue du système juridique colombien qui la reconnaissait dans le Code civil de 1887. Pourtant, sa portée sera effectivement renforcée avec la reconnaissance de droits collectifs et d'intérêts diffus dans le nouveau texte constitutionnel. Elle permet à toute personne, publique ou privée, d'agir en vue de protéger ces biens collectifs pour faire cesser un dommage ou une menace ainsi que pour restituer les choses à leur état antérieur. V. J. Ovalle Favela, « Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos », *Boletin mexicano de derecho comparado*, vol. 36, n° 107, 2003, disponible sur http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000200006&lng=es&nrm=iso (consulté le 9 avril 2020).

29 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., préc., p. 17-19.

B. Le raisonnement fondé sur l'internationalisation du droit

Afin d'analyser en l'espèce si l'atteinte au droit collectif de jouir d'un environnement sain résulte en une violation des droits fondamentaux des requérants, la Cour suprême se fonde sur différents instruments : nationaux (**1**) et internationaux, de *hard law* et de *soft law*[30] (**2**). En ce faisant, elle illustre le phénomène d'internationalisation du droit qui est si visible dans le contexte des contentieux climatiques[31]. Ce phénomène consiste en « une dynamique, un ensemble de mouvements stimulés par le jeu d'interactions entre les droits internationaux (au pluriel puisqu'ils sont fragmentés) et les droits internes »[32].

1. La protection colombienne de l'environnement

La Constitution de 1991, considérée comme étant une « constitution écologique »[33], fait de l'environnement l'un des piliers de l'État. Il y est appréhendé essentiellement sous trois angles : d'abord, sa protection est une obligation de l'État et des individus. Cela se traduit par exemple par l'obligation de l'État de protéger les « richesses naturelles de la nation » (article 8) ; de qualifier les aires environnementales de biens « inaliénables et imprescriptibles » et de les préserver en raison de leur importance écologique (article 63) ; le devoir des individus de sauvegarder les ressources naturelles du pays (article 95). Ensuite, il s'agit d'un droit collectif, comme prévoit l'article 79. Enfin, l'environnement est un contrepoids aux activités économiques, la fonction écologique de la propriété privée en étant une illustration majeure (article 58), à côté de l'obligation de l'État de réglementer la gestion des ressources naturelles en vue de promouvoir le développement durable (article 80)[34]. Ces dispositions constitutionnelles, complétées par des lois environnementales, permettent au juge d'avoir un large répertoire d'assises juridiques pour la sauvegarde de l'environnement. En effet, c'est surtout la jurisprudence qui a fait évoluer la protection environnementale en Colombie, grâce aux procédures constitutionnelles précédemment mentionnées[35] et, dans l'espèce, le juge la mobilise pour statuer sur la requête.

Plus particulièrement, il existe une pluralité de lois et réglementations sur l'Amazonie colombienne, où se trouve une riche diversité biologique. Par exemple, la loi 99 de 1993 qui crée le Ministère de l'environnement et du développement durable, établit dans l'article 5 que l'une de ses fonctions est celle de déterminer les politiques environnementales pour l'Amazonie colombienne en accord avec l'intérêt national de préserver les écosystèmes. Cette même loi crée des « Corporations autonomes régionales » qui exercent le rôle d'autorité administrative environnementale au sein des

30 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 22-33.

31 M. Delmas-Marty, « Justice climatique et mondialisation », Préface, in C. Cournil et L. Varison, *Les procès climatiques : entre le national et l'international, op. cit.*, p. 12.

32 M. Delmas-Marty, A. Supiot, « L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? (Dialogue) », *Esprit*, 2012.

33 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 27. V. aussi O. D. Amaya Navas, *La Constitución ecológica de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3e éd., 2016 ; V. Bernaud et F. Calderón-Valencia, « Un exemple de constitutionnalisme vert : la Colombie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, n° 122(2), p. 321-343.

34 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 28-30.

35 J. C. Henao, « Protection de l'environnement, droits de la nature et réchauffement climatique en droit colombien », *AJDA*, n° 32, 2019, p. 1870-1872.

départements. Également, la loi 1551 de 2012 prévoit la compétence des communes dans la gestion environnementale. Il leur incombe, selon cette même loi, de « formuler et adopter des plans de gestion territoriale, règlementer de manière spécifique l'utilisation des sols dans les aires urbaines et d'expansion rurale ». Or, dans les dix-huit communes de l'Amazonie colombienne, seulement une disposait d'un plan de gestion territoriale mis à jour à l'heure de la requête. Toutes les autres n'avaient pas réalisé la planification et le suivi de la déforestation amazonienne dans leurs zones de compétence[36]. Plus spécifiquement, la loi 1753 de 2015 relative au Plan national de développement pour la période 2014-2018 prévoyait que le gouvernement devrait réduire le taux de déforestation annuelle afin de n'atteindre que 90 000 hectares de déforestation en 2018, objectif qui n'a pas été respecté étant donné les chiffres de l'IDEAM d'une augmentation à 144 147 hectares de déforestation en 2018[37].

Dès lors, la Cour suprême rappelle dans sa décision que ces différentes autorités sont tenues de répondre efficacement à la problématique de la déforestation amazonienne. Elle souligne leur obligation d'adopter des mesures correctrices face à l'expansion démesurée de l'exploitation agricole et minière illicite qui détruisent la forêt ; de réhabiliter les zones dévastées laissées par les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) et paramilitaires aujourd'hui occupées par des exploitations illégales ; d'empêcher et de réduite les incendies ; de régulariser les titres de propriété et les permis d'exploitation minière qui concernent l'Amazonie colombienne ainsi que l'exploitation agroindustrielle dans la région ; de promouvoir la préservation de cet écosystème étant donné son importance pour réguler le climat mondial ; d'établir des études scientifiques pour mesurer les émissions de GES en raison des incendies, de la déforestation et de la conséquente perte de biomasse de la forêt ; et, enfin, de faire effectivement face aux changements climatiques dus à la destruction de la part colombienne de forêt amazonienne[38].

Ces injonctions se fondent aussi sur des principes environnementaux qui relèvent du droit international, mais qui ont été incorporés de façon plus ou moins directe dans l'ordre juridique national. En effet, c'est la loi 99 de 1993 qui, dans son article 1er établit que « le processus de développement économique et social du pays sera orienté selon les principes universels et du développement durable ». Cette disposition ouvre la possibilité au juge d'interpréter les principes internationaux et de les intégrer directement dans l'ordre juridique colombien.

2. La réception d'instruments internationaux climatiques

La décision rendue par la Cour suprême est fortement fondée sur les engagements internationaux de la Colombie. Elle invoque le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles de 1976, le Protocole additionnel I

36 Requête, préc., point 5, p. 121-122.
37 IDEAM, PNUD, MADS, DNP, Cancillería, *Segundo Informe Bienal de Actualización de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC)*, Bogota, 2018.
38 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 38-39.

aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux de 1949, la Déclaration de Stockholm de 1972, la Déclaration de Rio de 1992. Le juge les place sur un même plan, indépendamment de la portée du texte mobilisé, car selon lui ils forment « l'ordre public écologique mondial qui sert à orienter les législations nationales, à statuer sur les plaintes citoyennes face à la destruction de notre habitat, et à protéger les droits subjectifs des personnes, des générations présentes et futures »[39]. C'est là un phénomène a priori courant dans la pratique jurisprudentielle relative à l'environnement, étant donné que les traités internationaux font partie dans l'ordre juridique colombien du bloc de constitutionnalité. Une décision de la Cour constitutionnelle de 2003 l'a ainsi indiqué : « Ce sont les normes et principes qui, sans apparaître formellement dans la Constitution, sont utilisés comme paramètres du contrôle de constitutionnalité des lois, dans la mesure où ils ont été intégrés normativement à la Constitution, par différentes voies et en vertu d'un mandat constitutionnel (article 93). Il s'agit de véritables principes de valeur constitutionnelle »[40]. Il est en revanche plus surprenant dans l'affaire climatique que le juge interne soit à même de s'exprimer sur l'obligation internationale de l'État qui relève de ses contributions prévues déterminées au niveau national (ICDN), établies à l'occasion de la COP 21 de 2015.

Selon les plaignants, la Colombie viole ses obligations dérivées notamment de deux instruments internationaux relatifs aux changements climatiques que sont la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques de 1992 et l'Accord de Paris de 2015[41]. L'Accord de Paris est entré dans l'ordre juridique colombien par la loi 1844 de 14 juillet 2017, en y rajoutant un élément de complexité. Si le traité a pour objectif de lier les Parties, en l'occurrence les obligations climatiques assumées par l'État peuvent être contestées sur le plan national. Sans se fonder sur cette hypothèse, les plaignants ont spécifiquement demandé une intervention judiciaire pour tenir le gouvernement responsable du respect de son engagement de réduire la déforestation énoncé dans l'ICDN de la Colombie[42]. En effet, dans le document préparatoire de la COP 21, la Colombie s'est engagée internationalement à réduire ses émissions de GES en 20 % à l'horizon de l'année 2030 et pourrait même arriver à 30 % en cas de soutien international. En outre, les requérants soulèvent le fait que l'État colombien s'était aussi engagé dans une *Joint statement* avec l'Allemagne, la Norvège et le Royaume-Uni à une déforestation zéro de l'Amazonie colombienne en 2020[43].

39 *Ibid.*, p. 22, traduction libre.

40 Cour constitutionnelle, C-067/03 du 4 février 2003. V. J. C. Henao, « Protection de l'environnement, droits de la nature et réchauffement climatique en droit colombien », préc., p. 1872.

41 L'Accord de Paris est entré dans l'ordre juridique colombien par le biais de la loi 1844 de 14 juillet 2017.

42 Disponible sur https://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/documentos_tecnicos_soporte/Contribución_Nacionalmente_Determinada_de_Colombia.pdf (consulté le 9 avril 2020).

43 Disponible sur http://www.minambiente.gov.co/images/sala-de-prensa/Documentos/2013/noviembre/131119_joint_statement__colombia_germany_norway_uk.pdf (consulté le 9 avril 2020) ; cette Déclaration conjointe a été renouvelée à l'occasion de la COP 21 en élargissant la portée dans une Joint *Declaration of Intent (JDI) between the Governments of the Republic of Colombia, the Kingdom of Norway, the Federal Republic of Germany and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on the Cooperation on reducing greenhouse gas emissions from deforestation and forest degradation (REDD+) and on promoting sustainable development in Colombia*, disponible sur https://www.norway.no/globalassets/2-world/colombia/joint-declaration-of-intent-jdi.pdf (consulté le 9 avril 2020).

Sans manifester aucune préoccupation concernant la place des obligations internationales climatiques en droit interne, la Cour suprême se les approprie en indiquant qu'elles font partie de « l'ordre public écologique mondiale »[44] et les applique au niveau national pour donner raison aux requérants. Certes, on pourrait tirer de cette herméneutique dynamique du juge qu'en réalité il a interprété les dispositions constitutionnelles qui lui a permis de statuer sur une action de tutelle à la lumière des instruments internationaux. Cependant, dans son raisonnement, il constate, non seulement la violation des droits constitutionnels, mais aussi le manquement de l'État aux obligations internationales[45] ! Dès lors, même si la Cour ne retient pas explicitement que le comportement de la Colombie engage sa responsabilité internationale, son raisonnement revient à constater qu'un fait internationalement illicite a été commis[46].

En définitive, la Cour suprême reconnaît que le régime climatique international oblige l'État à prendre toutes les mesures pour la réduction des GES. Sur la base de ce raisonnement, le droit constitutionnel national et le droit international ne sont plus des ordres différents et mutuellement exclusifs : combinés, ils permettent au juge de consolider de nouveaux intérêts, sous l'angle des droits fondamentaux et de la protection environnementale, pour lutter contre les changements climatiques.

II. La portée juridique novatrice de la décision climatique confrontée à l'effectivité

Dans cette décision novatrice s'agissant des biens juridiques protégés, la Cour suprême a fait preuve d'audace en reconnaissant les droits des générations futures et la personnalité juridique de l'Amazonie colombienne (**A**). Pourtant, la protection maximale de ces intérêts supérieurs dans le raisonnement du juge, comme étant des moyens efficaces pour faire face aux changements climatiques, est confrontée à un fort décalage dans la mise en œuvre des garanties à ces nouvelles entités juridiques (**B**).

A. Le raisonnement tourné vers la sauvegarde d'intérêts collectifs

La Cour suprême accorde une place prépondérante dans son raisonnement aux enjeux climatiques et plus largement à la crise écologique et aux nouveaux principes et ontologies devant guider l'action de l'État et de ses organes[47]. À partir d'un discours qui pourrait s'insérer dans le « néo-constitutionnalisme andin »[48], la juridiction colombienne se fonde sur le principe de solidarité pour protéger des intérêts supérieurs et collectifs. Le principe de solidarité dans le cas d'espèce

44 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 22.

45 *Ibid.*, p. 31.

46 N. Castro, « De las generaciones futuras a la Amazonía : el litigio climático como mecanismo de invocación de la responsabilidad internacional en favor de entidades colectivas. Análisis del primer litigio climático fallado en Colombia », in M. Correa y A. Palacios, *El Estado Constitucional en la Periferia,* Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 173-207, p. 181-184.

47 V. pour une étude plus théorique des nouvelles valeurs constitutionnelles développées dans le cadre de cette décision : F. Laffaille, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 43, n° 3, 2018, p. 549-563.

48 Celui-ci aurait des « caractéristiques post-modernes, à la fois décolonisateur, distributeur et égalisateur, contenant en soi toutes les possibilités des luttes émancipatrices et dont le centre serait la protection des êtres les plus exposés aux abus du pouvoir, l'homme et la nature » selon Carlos Miguel Herrera, « La question du constitutionalisme latino-américain aujourd'hui », in C. Miguel Herrera, *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, *op. cit.*, p. 12.

se traduit par l'obligation de l'État d'arrêter les causes des émissions de GES engendrées par la déforestation amazonienne et d'adopter des mesures d'atténuation afin de protéger le bien-être environnemental. Ce dernier se doit aux requérants et aux générations futures, aux personnes qui habitent le territoire amazonien, mais aussi à celles qui bénéficient des vertus de cette forêt, en somme à tous les êtres de la planète y compris aux êtres vivants non-humains[49]. Il se concrétise en l'occurrence par le biais, d'une part, des droits des générations futures qui entrent dans le raisonnement du juge à partir d'une lecture jusnaturaliste des droits fondamentaux (**1**) et, d'une autre part, par la reconnaissance de la personnalité juridique de l'entité naturelle elle-même sur le fondement d'une approche écocentrique de l'État constitutionnel colombien, mais avec l'objectif de lui accorder plus de protection juridique en vue de faire face au réchauffement de la planète (**2**).

1. Les droits des générations futures préservés

Dans sa décision, la Cour suprême rappelle que l'État constitutionnel colombien est engendré à partir du respect de l'autre et que les atteintes à l'environnement impliquent indéniablement une menace aux droits fondamentaux des individus[50]. Selon un raisonnement qui invoque l'altérité entre les personnes et partant une notion de droit-devoir, le juge considère que chaque personne est le titulaire de la protection de ces droits, mais que « l'autre » en est également titulaire. Alors cela lui permet d'y inclure les générations futures et d'autant plus que la Cour va dans le sens de ce qu'arguent les requérants dans leur requête : ils s'assimilent aux générations futures qui subiront les effets du réchauffement climatique étant donné l'augmentation de température estimée par l'IDEAM[51]. Dès lors, la Cour suprême fonde les droits environnementaux des générations futures sur le principe d'équité intergénérationnelle et sur la notion de la valeur intrinsèque de la nature[52].

C'est ainsi que les générations futures, selon la Cour, ont le droit de bénéficier des biens naturels au même titre que les présentes. Il en résulte que la préservation environnementale doit être au cœur de cet objectif de garantir la vie humaine. La protection de cette dernière est comprise non à partir d'une approche anthropocentrique, mais écocentrique. Autrement dit, le juge comprend la vie humaine comme partie de tout l'écosystème et la légitimité de la protection et de l'être humain dans ses générations présente et future et de la nature, se situe dans leur interdépendance.

La décision reflète un raisonnement décloisonné du juge pour assurer également aux générations futures un climat de même qualité. En appelant à la responsabilité à leur égard, le juge assume que les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux et à la protection environnementale doivent évoluer pour prendre en compte le futur de l'espèce humaine à travers l'élargissement de leurs contours. Ce raisonnement juridique reflète une Cour suprême progressiste et sa volonté d'œuvrer pour le développement du système juridique colombien[53].

---

49 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 37.
50 *Ibid.*, p. 17.
51 *Ibid.*, p. 37.
52 *Ibid.*, p. 18-19.
53 P. A. Acosta Alvarado, D. Rivas-Ramirez, « A Milestone in Environmental and Future Generations' Rights Protection: Recent Legal Developments before the Colombian Supreme Court », *Journal of Environmental Law*, 2018, p. 519-526.

2. *La personnalité juridique de l'Amazonie colombienne reconnue*

À partir de son raisonnement holiste, le juge considère également la nécessité de reconnaître l'Amazonie colombienne comme un véritable sujet de droits en accord avec la perspective écocentrique adoptée dans la décision. La Cour suprême rappelle que les politiques visant à protéger l'Amazonie colombienne sont défaillantes eu égard à l'augmentation de la déforestation. Elle constate que les trois Corporations autonomes régionales qui ont juridiction sur le territoire amazonien n'ont pas entrepris les efforts nécessaires pour évaluer, contrôler et surveiller les ressources naturelles de la région et leur rôle de police administrative environnementale est minoré. En outre, ce tribunal retient que la déforestation a lieu dans le cadre de certains Parcs naturels, ce qui montre clairement le disfonctionnement de ce mécanisme de protection environnementale. Les communes n'accomplissent pas non plus leur rôle de gardiennes déterminé par la loi supra mentionnée de 2012.

C'est ainsi que face à cette réalité désastreuse pour la lutte contre les changements climatiques, et en rappelant la décision de la Cour constitutionnelle T-622 de 2016 relative à la personnalité juridique de la rivière Atrato[54], la Cour suprême déclare l'Amazonie colombienne sujet de droits en vue de renforcer la protection de cet « écosystème vital pour l'avenir global »[55]. En ce faisant, elle va bien au-delà de la protection juridique demandée par les requérants. Certes, ceux-ci ont sollicité à la Cour de prendre en compte l'approche écocentrique dans son interprétation de leurs droits fondamentaux, mentionnent par ailleurs la décision précédente de la Cour constitutionnelle concernant la rivière Atrato[56]. Cette décision montre que le juge entend donner effet aux droits des requérants (compris comme interdépendants dans leur dynamique avec la nature) aussi en accordant des droits à l'Amazonie colombienne. Autrement dit, le juge formule une hypothèse qui considère que si l'entité naturelle a une personnalité juridique, elle sera davantage protégée et cela fera bénéficier par conséquent les droits fondamentaux des requérants, affectés par les changements climatiques. Encore faudra-t-il que les politiques de mise en œuvre des droits de l'Amazonie suivent les injonctions de la Cour.

B. L'effectivité mitigée de la décision de tutelle

La décision de la Cour suprême est riche d'enseignements à travers son positionnement aligné avec les nouveaux paradigmes écologistes constitutionnels latino-américains. L'approche fondée sur les droits de l'homme s'agissant des changements climatiques proposée par la juridiction colombienne s'aligne à une volonté d'écologiser le langage même des droits humains et de les enrichir avec les enjeux environnementaux. L'*ethos* auquel elle apporte sa contribution est incontestablement progressiste dans cette quête de nouveaux repères juridiques pouvant contrer les changements climatiques.

54 V. une analyse de cette décision sous l'angle du nouveau constitutionnalisme latino-américain : F. Laffaille, « Constitution écocentrique et État social de droit À propos du constitutionnalisme andin », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 118, n° 2, 2019, p. 333-355. Plus globalement, pour une analyse de l'usage du droit constitutionnel pour l'attribution de droits à la nature, v. M. Altwegg-Boussac, « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La Revue des droits de l'homme*, n° 17, 2020, disponible sur : http://journals.openedition.org/revdh/8321 (consulté le 30 mars 2020).

55 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 45.

56 Requête, préc., point 5, p. 100-101.

Néanmoins, la gouvernance de l'Amazonie colombienne que la Cour détermine dans sa décision (**1**) est défiée dans sa mise en œuvre (**2**).

1. Les injonctions tournées vers la gouvernance environnementale

Une fois la personnalité juridique octroyée à l'Amazonie colombienne, la Cour suprême a établi une série d'injonctions visant à en protéger les droits, mais notamment à lutter contre les changements climatiques. Par exemple, elle détermine l'établissement, par la Présidence de la République, le Ministère de l'environnement et du développement durable, le Ministère de l'agriculture et du développement rural de le formuler, avec le concours des requérants, des communautés affectées, des groupes scientifiques et de la population en général et dans un délai de quatre mois, d'un plan de court, moyen et long terme pour contrecarrer le taux de déforestation de l'Amazonie en fonction des recommandations d'atténuation de l'IDEAM.

L'expression la plus emblématique des différentes injonctions consiste en la formulation d'un « Pacte intergénérationnel pour la vie de l'Amazonie colombienne » (PIVAC). Elle détermine à la Présidence de la République, au Ministère de l'environnement et du développement durable, au Ministère de l'agriculture et du développement rural de le formuler, avec le concours des requérants, de communautés affectées, des groupes scientifiques et de la population en général, et de l'établir dans les cinq mois suivant la décision. Cet outil vise à agencer la manière de protéger les intérêts collectifs menacés par les changements climatiques et aggravés par la déforestation amazonienne. Le plan doit contenir des stratégies d'exécution nationale, régionale et locale, de type préventif, obligatoire, correctif et pédagogique en vue de l'adaptation aux changements climatiques[57].

Bien que les déterminations de la Cour suprême démontrent sa capacité à innover pour la protection de l'environnement en vue de la protection des droits fondamentaux, il se peut qu'il y ait des conflits entre les règles constitutionnelles, pouvant entraîner des difficultés de mise en œuvre de la décision. Il en témoigne les incohérences entre le commandement du juge et l'autonomie territoriale des communes[58]. En effet, celles-ci sont tenues par la décision de mettre à jour et de manière conforme aux objectifs de réduction de déforestation leurs plans de gestion territoriale[59]. Ainsi, les autorités locales sont censées reformuler leurs politiques locales en y intégrant la question transversale de la déforestation. Or, sans mettre en cause le mérite de la détermination judiciaire, c'est la Constitution elle-même qui accorde l'autonomie territoriale aux municipalités en leur donnant un pouvoir discrétionnaire.

57 *Ibid.*, p. 49.

58 L'article 1er de la Constitution Politique de la Colombie sur la forme de l'État prévoit l'autonomie de ses entités territoriales : « *Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general* ».

59 Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, préc., p. 46-47.

2. *Les défis de la mise en œuvre de la décision*

La question de savoir si les entités gouvernementales seront à la hauteur de la réponse nécessaire aux enjeux des changements climatiques dans l'État demeure d'actualité. Sur le site internet du ministère de l'Environnement et du développement durable colombien, se trouvent des informations concernant les actions entreprises pour l'adoption du PIVAC. Il y est indiqué la coopération entretenue avec l'ONG qui a appuyé les requérants dans l'action de tutelle[60]. C'est cette dernière qui a fait une première ébauche du pacte et une feuille de route de concertation avec différents participants[61]. Néanmoins, dans le suivi de la décision réalisé par le Tribunal supérieur de Bogotá[62], il a constaté que les entités gouvernementales n'avaient pas mis en œuvre les déterminations de la Cour suprême dans leur intégralité[63]. Dans cette décision de suivi, le tribunal de première instance précise qu'il identifie de multiples difficultés pour mettre en œuvre l'arrêt de la Cour suprême, telles que le manque de ressources économiques, l'insuffisance de ressources logistiques et humaines, le manque de coordination entre les organes impliqués, l'accaparement de terres par des particuliers ainsi que les menaces que les individus subissent dans leur œuvre de protéger l'Amazonie colombienne. Face à ces défis, le tribunal a convoqué les acteurs impliqués dans la mise en œuvre de la décision, au nombre de quatre-vingt-quatorze, pour des audiences de suivi de la décision au courant des mois d'octobre et novembre 2019.

Si l'ONG *Dejusticia* dénonce l'insuffisance des efforts menés par les entités gouvernementales, elle salue la mobilisation de la société civile qui a participé massivement aux audiences conduites par le tribunal de première instance[64]. Certes, l'apport de plusieurs acteurs a enrichi les débats lors des audiences, mais a aussi fait ressortir l'inégalité entre eux dans ce processus de construction du PIVAC. À titre d'illustration, les peuples autochtones fortement présents dans le territoire amazonien, dénoncent que le Pacte devrait non seulement avoir une portée intergénérationnelle, mais aussi culturelle. Autrement, ces communautés qui vivent dans cette zone et sont en charge de la gestion de 47 % de ce territoire, resteront sans voix dans ce processus. En plus d'avoir éventuellement leurs droits violés, ils arguent que les stratégies de conservation seront vouées à l'échec si leur contribution n'est pas dûment prise en compte[65].

***

60 V. http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/3878-un-plan-de-accion-y-un-pacto-intergeneracional-para-la-conservacion-de-la-selva-amazonica (consulté le 9 avril 2020).

61 Une consultation en ligne est également prévue à cette fin à l'initiative du ministère de l'agriculture : https://www.minagricultura.gov.co/sitepages/pivac.aspx (consulté le 9 avril 2020).

62 Le juge de première instance qui a d'abord connu l'action de tutelle est compétent pour en accompagner la mise en œuvre de la décision selon le décret 2591/91.

63 Tribunal supérieur de Bogota, préc., décision de suivi, 22 août 2019.

64 V. les nouvelles et commentaires du suivi de la mise en œuvre de la décision sur son site internet : https://www.dejusticia.org/tutela-cambio-climatico-colombia/ (consulté le 9 avril 2020).

65 V. https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/indigenas-dicen-que-la-sentencia-que-otorga-derechos-la-amazonia-los-deja-por-fuera-articulo-893955 (consulté le 9 avril 2020).

En dépit d'une mise en œuvre complexe de la décision, celle-ci crée un précédent important concernant l'utilisation et la portée de l'action de tutelle en Colombie. En se fondant sur l'Accord de Paris et sur l'engagement international colombien de réduction des émissions de GES, le juge rend concrète la lutte contre les changements climatiques par le biais des droits constitutionnels. Il y a un potentiel de prolifération de ce type de contentieux climatique en Amérique latine étant donné les mécanismes fondés sur les droits de l'homme prévus dans les Constitutions de ses États[66]. Il y a également un potentiel de coopération Sud-Sud pour avancer le contentieux climatique dans cette région – par exemple, l'ONG *Dejusticia* indique dans sa mission son objectif de coopérer avec les entités de la société civile du Sud pour développer le contentieux stratégique. On voit déjà l'influence de l'action de tutelle colombienne dans un État voisin : des jeunes péruviens cherchent le même type de protection dans leur pays. Face aux risques des changements climatiques, ils ont formulé un recours d'*amparo* pour protéger leurs droits fondamentaux par le biais de la lutte contre de la déforestation de l'Amazonie péruvienne[67]. À mesure que ce type de raisonnement se développera dans d'autres tribunaux nationaux de la région, il sera possible d'approfondir la réflexion juridique sur l'internationalisation du droit et sur le nouveau constitutionnalisme latino-américain, non seulement au regard des droits fondamentaux individuels et collectifs, mais aussi de la manière dont les changements climatiques ont vocation à les bouleverser et à les transformer.

66 J. Peel, J. Lin, « Transnational Climate Litigation : The Contribution of the Global South », *American Journal of International Law*, préc., p. 707-708.

67 Requête, *Saúl Amaru Álvarez Cantoral et al. c. c. Présidence de la République et al.*, 10 décembre 2019, disponible sur http://climatecasechart.com/non-us-case/alvarez-et-al-v-peru/?cn-reloaded=1 (consulté le 9 avril 2020).

9
Les aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse (2018)

Raphaël Mahaim[1]

La Suisse est le pays du tri sélectif des déchets, des paysages bucoliques et de la production d'électricité par la force hydraulique. Ces clichés présentent la Suisse sous un jour favorable, comme un État se trouvant à l'avant-garde des politiques publiques en faveur de l'environnement. La réalité est moins réjouissante. La Suisse figure en bonne place dans le triste palmarès des États émettant le plus de dioxyde de carbone (CO_2) par habitant. En raison des effets de son économie globalisée de services (finance, trading de matières premières, etc.), la Suisse a même été classée au premier rang des États entravant la bonne réalisation des objectifs du développement durable dans le monde, dans un rapport bien documenté de la fondation allemande Bertelsmann publié en 2019[2].

Désireuses de porter la cause climatique devant les tribunaux, des centaines de femmes âgées (« Aînées pour la protection du climat » en français, « *KlimaSeniorinnen* » en allemand) se sont organisées pour faire valoir leurs droits. Le droit suisse de procédure exige des personnes saisissant la justice qu'elles le fassent pour défendre leurs propres droits et non pour l'intérêt général. C'est ce qui a motivé ces aînées à saisir la justice en leur nom et pour défendre leurs droits ; il s'agit d'un point de vue médical de la catégorie de la population la plus impactée par le réchauffement climatique. Cette question procédurale est du reste l'enjeu principal du procès jusqu'à ce jour, l'autorité administrative puis les instances judiciaires internes ayant refusé d'entrer en matière sur le fond des griefs, précisément pour cause d'irrecevabilité (défaut de qualité pour recourir).

---

1 Avocat, chargé de cours à l'Université de Lausanne, Député au Parlement du Canton de Vaud (Suisse).

Mes †Ursula Brunner, Martin Looser et Cordelia Bähr (Zurich) sont les avocats principaux des Aînées pour la protection du climat, la procédure étant conduite en langue allemande. Ils sont secondés dans la partie francophone de la Suisse par l'auteur soussigné et Me Luc Recordon (Lausanne). Que la mémoire de Me Ursula Brunner soit ici honorée, elle qui a été une pionnière du droit de l'environnement en Suisse et qui a si intelligemment et courageusement pris la défense des Aînées pour la protection du climat dès le début de leur action.

2 Bertelsmann Stiftung & Sustainable Development Solutions Network (édit.), Sustainable Development Report 2019, Transformations to archieve the Sustainable Development Goals, 1re éd., 2019, 478 p.

On s'attachera tout d'abord à analyser en quoi la politique climatique de la Suisse n'est pas conforme à ses engagements internationaux[3] et quelle est la voie judiciaire idoine pour faire constater cela (**I**). Il sera ensuite question du contenu de la requête des Aînées pour la protection du climat (**II**). Enfin, une large place sera accordée au résumé et à l'analyse du jugement du Tribunal administratif fédéral, première instance judiciaire compétente pour les causes fédérales et qui a conclu à l'irrecevabilité de la requête (**III**). On conclura par quelques perspectives alors que les Aînées ont reçu le verdict négatif du Tribunal fédéral, plus haute instance judiciaire du pays.

I. Le contexte législatif suisse relatif au changement climatique

Pour mieux cerner les enjeux de la cause portée par les Aînées pour la protection du climat, un aperçu de la législation climatique suisse est nécessaire (**A**). On évoquera également une particularité suisse, soit l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (**B**).

A. Le respect de la législation suisse en matière de politique climatique

Le cadre légal existant est d'ores et déjà en porte-à-faux avec les objectifs de réduction des gaz à effet de serre (GES) (**1**). La réforme législative en cours n'est pas non plus satisfaisante (**2**).

1. Les bases légales et leur conformité au droit supérieur

La politique climatique suisse est principalement fondée sur la loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO_2[4]. L'article 1er de celle-ci vise à « réduire les émissions de GES, en particulier les émissions de CO_2 dues à l'utilisation énergétique des agents fossiles (combustibles et carburants) ; l'objectif est de contribuer à ce que la hausse de la température mondiale soit inférieure à 2 ℃ ». L'objectif de réduction est énoncé dans le texte légal[5] selon ces termes : « d'ici à 2020, les émissions de GES réalisées en Suisse doivent être globalement réduites de 20 % par rapport à 1990 ». Aux termes de l'article 3 de la loi, c'est au Conseil fédéral que revient la fixation des réductions de GES à 40 % au plus, conformément aux conventions internationales. De cette réduction supplémentaire, 75 % au plus peuvent être réalisées par des mesures prises à l'étranger[6]. Par cette délégation de compétence, le Parlement entendait ainsi faciliter la mise en conformité du cadre légal suisse selon l'évolution des conventions internationales[7]. À ce jour, le Conseil fédéral (Gouvernement) n'a pas fait usage de cette compétence et n'a pas élevé l'objectif de réduction au-delà de 20 %. Cet objectif légal n'est pas suffisant pour satisfaire aux exigences tant constitutionnelles qu'internationales. Comme

3 La démonstration est initialement l'oeuvre de Mes †Ursula Brunner et Cordelia Bähr. Au sujet de la non-conformité au droit constitutionnel de l'objectif légal, C. Bähr et U. Brunner, « Ist das Schweizer Klimaziel verfassungskonform? », PJA 2016, p. 1219-1228 ; au sujet de la non-conformité au droit international, C. Bähr et U. Brunner, « XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law, Fukuoka (Japan), 22-28 July Climate Change and the Individual – Report on Switzerland » ainsi que C. Bähr, U. Brunner, K. Casper et S. Lustig, « KlimaSeniorinnen: lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation », *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 9 n° 2, septembre 2018, p. 194–221.

4 RS 641.71; ci-après LCO_2.

5 Article 3 al. 1.

6 Article 3 al. 2.

7 Voir par exemple les déclarations au Parlement de R. Nordmann (BO CN 2010 no 600).

le reflète l'article 1er de la LCO_2, la Suisse a reconnu avec l'adoption de cette loi en 2011 que la hausse de la température mondiale ne devait pas être supérieure à 2 °C. Cette reconnaissance faisait suite au consensus obtenu dans le cadre onusien en 2009, date à laquelle la Conférence des parties[8] a précisé l'objectif de l'article 2 de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC)[9].

Pour atteindre cet objectif, les pays de l'annexe I, dont la Suisse, doivent procéder à une réduction de leurs émissions de GES de 25 % à 40 % d'ici à 2020 par rapport au niveau de 1990. Ces objectifs chiffrés énoncés par le GIEC ont été explicitement reconnus par le Gouvernement suisse qui les a exposés dans son message au Parlement relatif à la LCO_2[10]. L'objectif de réduction de 20 % ancré dans la loi est ainsi en contradiction avec la nécessaire réduction de 25 % au minimum des émissions de GES par rapport au niveau de 1990. Le Gouvernement l'avait déjà reconnu à l'époque de l'élaboration de la LCO_2 : « […] la trajectoire de réduction proposée, qui vise une réduction de 20 % d'ici à 2020, ne suffit pas pour atteindre cet objectif sur le long terme »[11].

La Suisse est de tradition moniste en ce qui concerne le rapport entre droit interne et droit international. Le droit international se voit reconnaître une validité immédiate sur le plan interne ; ainsi que l'exprime le Conseil fédéral, « il est directement applicable s'il est suffisamment précis pour fonder une décision dans un cas concret. Par principe, il prime le droit suisse ; on évite les conflits de norme dans la mesure du possible en interprétant la législation nationale conformément au droit international »[12]. Un tempérament existe à ce principe : lorsque l'Assemblée fédérale déroge délibérément à des règles de droit international, le Tribunal fédéral se considère comme lié par la décision du Parlement en vertu de la séparation des pouvoirs[13]. Ce tempérament ne vaut toutefois pas pour les droits fondamentaux consacrés au niveau international, notamment par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui est directement invocable par un particulier devant le juge national[14]. Dès lors que divers droits fondamentaux sont en cause, les Aînées pour la protection du climat considèrent que le Parlement ne saurait délibérément violer les engagements internationaux de la Suisse. C'est tout l'enjeu de la cause portée devant la justice suisse.

8 Conference of the Parties to the UNFCCC, The Cancun Agreements : Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention, FCCC/CP/2010/7/Add.1, Decision 1/CP.16, 2010b, ch. 4.

9 « Stabiliser […] les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique », la hausse de la température mondiale doit en tous les cas être inférieure à 2 °C par rapport à l'ère préindustrielle, l'objectif à long terme étant de tendre vers une hausse limitée à 1.5 °C ».

10 Voir Conseil fédéral, Message relatif à la politique climatique suisse après 2012 (Révision de la loi sur le CO_2 et initiative populaire fédérale « pour un climat sain ») du 26 août 2009, FF 2009 6737 (cité Message LCO_2). Le message désigne le rapport explicatif adressé au Parlement par le Gouvernement à l'appui d'un nouveau projet de loi.

11 Conseil fédéral, Message LCO_2, FF 2009 6757.

12 Conseil fédéral, La relation entre droit international et droit interne, Rapport du 5 mars 2010, FF 2010 2067. Pour des exemples dans la jurisprudence, *v.* par exemple Tribunal fédéral, 2 mars 1983, ATF 109 Ib 173 consid. 7b ; Tribunal fédéral, 23 octobre 1985, ATF 111 V 201 consid. 2b.

13 C'est le sens de la jurisprudence connue en Suisse sous le nom de jurisprudence Schubert ; voir Tribunal fédéral, 22 mars 1972, ATF 99 Ib 39 consid. 4.

14 Cette question fait beaucoup couler d'encre en lien avec les instruments suisses de démocratie directe, en particulier l'initiative populaire. Dans le passé récent, plusieurs initiatives populaires sont entrées en collision avec les droits fondamentaux consacrés notamment par la CEDH. Voir à ce sujet par exemple G. Lammers, *La démocratie directe et le droit international – Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure*, Berne, Staempfli, 2015.

2. *La réforme législative en cours*

L'Accord de Paris de décembre 2015 a encore précisé le sens de l'objectif énoncé à l'article 2 de la CCNUCC visant à « stabiliser […] les concentrations de GES dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique »[15]. Conformément à son article 2 § 1 a), il s'agit désormais de contenir « l'élévation de la température moyenne de la planète *nettement* en dessous de 2 ℃ par rapport aux niveaux préindustriels » et de poursuivre « l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 ℃ par rapport aux niveaux préindustriels ». Le Parlement helvétique a adopté l'Accord de Paris en juin 2017[16]. Après le dépôt de l'instrument de ratification en octobre 2017, son entrée en vigueur pour la Suisse a eu lieu le 5 novembre 2017. Dès lors que l'objectif légal de réduction des émissions de GES ne couvre que la période allant jusqu'à 2020 et compte tenu de l'entrée en vigueur de l'Accord de Paris, une révision de la loi sur le CO_2 est devenue incontournable. La loi elle-même fait du reste obligation au Gouvernement de soumettre en temps voulu à l'Assemblée fédérale des propositions pour les objectifs postérieurs à 2020[17]. C'est ainsi que le Conseil fédéral a soumis au Parlement un projet de révision de la LCO_2 en décembre 2017[18]. Ce premier projet, dont le Parlement a commencé l'analyse au début de l'année 2018, s'est d'emblée singularisé en raison de plusieurs insuffisances au regard des objectifs tels qu'énoncés en particulier dans le cadre de l'Accord de Paris.

En premier lieu, le projet de nouvel article 1er LCO_2 dispose que la Suisse doit contribuer à ce que « la hausse de la température mondiale soit *inférieure* à 2 ℃ »[19]. Cette formulation est clairement moins ambitieuse que ne l'est l'article 2 § 1 a) de l'Accord de Paris : il n'est plus question de maintenir l'élévation de la température mondiale *nettement* en-dessous de 2 ℃ et l'objectif de la maintenir à 1.5 ℃ n'est même pas mentionné.

Deuxièmement, l'objectif chiffré de réduction des émissions de GES pour la période allant de 2021 à 2030 est fixé à 50 % (nouvelle teneur selon le projet d'article 3 LCO_2). Selon le Conseil fédéral, « en approuvant l'Accord de Paris, l'Assemblée fédérale a […] accepté l'objectif de réduction de 50 % pour 2030 et un objectif de réduction moyen de 35 % pour les années 2021 à 2030 par rapport à 1990 »[20]. Cet objectif pour 2030 est fixé en tenant compte de l'objectif à long terme retenu par le Conseil fédéral, qui a annoncé en 2015 déjà un objectif de réduction des émissions de GES global indicatif de 70 à 85 % d'ici à 2050[21]. Ces objectifs de réduction ne sont pas conformes aux constats scientifiques du GIEC qui commandent pour les pays de l'annexe I une réduction de 80 à 95 % des émissions de GES par rapport au niveau de 1990[22]. Les objectifs souhaités par le Gouvernement sont

15 Conference of the Parties to the UNFCCC, Adoption of the Paris Agreement, Decision 1/CP.21, FCCC/CP/2015/10/Add.1, décembre 2015.
16 RO 2017 5733.
17 Art. 3 al. 5 LCO_2.
18 Conseil fédéral, Message relatif à la révision totale de la loi sur le CO_2 pour la période postérieure à 2020 du 1er décembre 2017, FF 2018 229 (cité Conseil fédéral, Message révision LCO_2 post-2020).
19 FF 2018 373.
20 Conseil fédéral, Message révision LCO_2 post-2020, FF 2018 254.
21 Conseil fédéral, Message révision LCO_2 post-2020, FF 2018 255.
22 S. Gupta et D. A. Tirpak, « Policies, Instruments and Co-operative Arrangements », in *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change – Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, S. Gupta *et al.*, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, Cambridge University Press, 2007, p. 776.

également considérés comme insuffisants par exemple par le consortium scientifique indépendant *Climate Action Tracker*[23].

Enfin, le projet de révision de la loi sur le CO_2 accorde une place résolument trop importante aux réductions effectuées à l'étranger, par le biais d'achats de certificats CO_2[24]. Le projet de réforme législative admet que 40 % de l'objectif de réduction des émissions de GES à horizon 2030 soient réalisés à l'étranger (voir projet de nouvel article 3 alinéa 2 LOC_2)[25].

Le processus législatif a connu quelques importants soubresauts. En décembre 2018, le Conseil national (la chambre basse du Parlement, composée d'un nombre d'élus par canton proportionnel à sa population) a refusé l'entrée en matière[26] sur le projet de loi. C'est une alliance contre-nature entre la droite conservatrice et les écologistes qui a conduit à ce résultat, les premiers refusant tout renforcement de l'arsenal législatif contre les GES et les seconds jugeant les mesures prises trop timides. Dans la foulée, c'est la chambre haute du Parlement (Conseil des États, composé de deux élus par canton) qui s'est saisie du dossier, dans un contexte de forte montée des préoccupations climatiques (grèves des jeunes, fortes mobilisations dans la rue, etc.) et pendant une année d'élections fédérales. Divers partis traditionnellement plutôt réfractaires ont fait des déclarations remarquées en faveur de la politique climatique. Le Conseil fédéral a de son côté annoncé vouloir viser la neutralité carbone en 2050[27]. Malgré ces signaux prometteurs, la version sortie des délibérations du Conseil des États à la fin de l'année 2019, quoique plus ambitieuse sur divers aspects, n'a pas corrigé les points relevés ci-dessus. Le processus de révision poursuit son cours et devrait aboutir au Parlement dans le courant de l'année 2020, un référendum étant toujours possible[28].

B. La particularité suisse : absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales

En droit suisse, le cercle des actes normatifs fédéraux pouvant être déclarés non conformes à la Constitution par un juge est restreint. En vertu de l'article 190 de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral et les autres autorités judiciaires sont tenus d'appliquer les lois fédérales. Cette particularité helvétique découle de ce que la Suisse confère traditionnellement une grande portée aux actes normatifs adoptés selon les processus démocratiques ou parlementaires en vigueur, au besoin en limitant les pouvoirs de contrôle du juge. Au plan fédéral, seule la conformité au droit supérieur des ordonnances du Gouvernement peut être contrôlée par le juge, et ceci uniquement à titre préjudiciel dans le cadre d'une décision d'application. Le contrôle du juge est alors de nature indirecte et concrète.

23 V. http://climateactiontracker.org/countries/switzerland/ (consulté le 18 février 2020).
24 Les certificats de réduction des émissions sont des attestations négociables, reconnues sur le plan international, portant sur des réductions d'émissions réalisées à l'étranger (art. 2 al. 4 LCO_2).
25 FF 2018 374.
26 C'est lors du vote dit « d'entrée en matière » qu'une Chambre décide s'il y a lieu ou non de légiférer sur le sujet considéré. Un vote négatif n'est pas définitif, le second Conseil étant ensuite amené à s'exprimer également.
27 Conseil fédéral, « Le Conseil fédéral vise la neutralité climatique en Suisse d'ici à 2050 », communiqué de presse du Conseil fédéral du 28 août 2019, voir https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-76206.html (consulté le 18 février 2020).
28 Selon l'art. 141 de la Constitution fédérale (RS 101 ; ci-après Cst. fédérale), 50 000 citoyens peuvent demander qu'un acte législatif adopté par le Parlement soit soumis au vote populaire.

L'article 190 de la Constitution fédérale prévoit donc une obligation d'appliquer (*Anwendungsgebot*) une loi fédérale même si elle viole la Constitution ; il n'interdit cependant pas à l'autorité judiciaire d'examiner (*Prüfungsverbot*) et de mentionner, le cas échéant, l'existence d'un vice[29]. Ainsi, même pour les lois fédérales, il serait en théorie possible qu'un juge examine une disposition légale à l'aune du cadre constitutionnel et parvienne à la conclusion qu'elle n'est pas conforme à celui-ci. Une telle conclusion resterait sans conséquence quant à l'issue judiciaire du litige, mais pourrait avoir une certaine portée symbolique ou politique pour le législateur.

II. Le contenu de la requête[30]

Les conditions strictes liées à la recevabilité des requêtes et recours en droit public ont constitué un premier champ d'analyse incontournable pour les Aînées pour la protection du climat (**A**). En raison de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, il était également indispensable de déterminer avec précision quels actes de l'État feraient l'objet de leur requête et de la saisine de la justice (**B**). Un exposé des griefs matériels permet de mieux comprendre le lien entre justice climatique et droits fondamentaux (**C**).

A. La qualité pour recourir et la recevabilité de la requête

Tout plaideur sait que la saisine de la justice se heurte bien souvent à un premier écueil au stade de l'examen de la recevabilité procédurale. De nombreuses causes portées devant la justice sont déclarées irrecevables et ne font même pas l'objet d'un examen de fond. En Suisse, les conditions de recevabilité d'une requête ou d'un recours en droit public sont analysées en premier lieu à l'aune des critères posés par la loi fédérale sur le Tribunal fédéral[31] et la jurisprudence qui lui est relative. En première instance, tant au niveau national que cantonal, il est envisageable d'avoir des conditions de recevabilité moins restrictives que ladite loi, qui règle l'accès à la dernière instance, mais en aucun cas elles ne peuvent être plus sévères. Pour contester un acte devant le juge selon la loi sur le Tribunal fédéral, il faut pouvoir justifier d'un intérêt propre, actuel et direct à son annulation. Cette exigence trouve son expression à l'article 89 alinéa 1 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF) sous la forme de deux conditions cumulatives : le recourant doit être particulièrement atteint par l'acte attaqué (lettre b) et avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (lettre c). Ces deux conditions sont si étroitement liées qu'il est parfois difficile de déterminer dans quelle mesure elles ont chacune une portée propre[32]. Cette double condition vise à exclure l'action populaire[33] ; le recours « à but idéal », « dans l'intérêt général », « dans l'intérêt de la loi » ou le « recours citoyen » – différentes expressions désignant la même chose – n'est pas ouvert dans le

29 P. Mahon, in *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, P. Mahon et J.-C. Aubert, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2003, n° 8 *ad* art. 190 et la jurisprudence citée.

30 La requête complète, rédigée par Mes Ursula Brunner et Cordelia Bähr, est disponible en allemand et en anglais sur le site internet des Aînées pour la protection du climat (*KlimaSeniorinnen*) ; un résumé en français y figure également, de même que différents autres documents utiles. Voir https://ainees-climat.ch/documents/ (consulté le 18 février 2020).

31 RS 173.110 ; ci-après LTF.

32 V. dans la jurisprudence par exemple Tribunal fédéral, 20 juin 2007, ATF 133 II 249 consid. 1.3.1.

33 T. Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, Genève, Schulthess, 2011, p. 446 s.

cadre de l'application de l'article 89 al. 1 LTF[34]. Cette conception s'inscrit dans la tradition classique héritée de l'État libéral : le juge a pour fonction première de protéger les individus contre l'arbitraire étatique. Le droit de procédure sert la protection des intérêts des particuliers ; les individus saisissent la justice pour requérir l'examen de la conformité au droit des actes de l'administration qui les touchent directement[35].

Pour pallier les lacunes de ce modèle, le législateur a introduit divers droits de recours spéciaux, dont notamment un droit de recours en faveur des associations à but non lucratif. Même si sa portée n'est pas négligeable, en droit de l'urbanisme notamment, cet instrument se heurte à des limites qui excluent son utilisation pour les législations portant sur la limitation des GES. Les domaines d'application de ce droit de recours sont en effet limitativement énumérés dans la loi[36] et la législation sur le CO_2 en est exclue. En outre, seuls les projets d'infrastructures d'une certaine ampleur ou remplissant certaines conditions sont attaquables par cette voie.

Outre ce droit de recours spécial, seule possibilité de faire valoir en justice des intérêts publics indépendants d'une atteinte directe à un particulier, il existe une autre forme de droit de recours à la disposition des associations qui résulte d'une création jurisprudentielle. C'est le cas où une association agit pour défendre les intérêts de ses membres. On parle d'un recours « corporatif égoïste », ouvert à une association pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel[37]. Le fondement du recours est ainsi analogue à celui du recours ordinaire ouvert pour les particuliers : il faut une atteinte directe et personnelle, la défense d'un intérêt public ne suffisant pas.

La saisine de la justice n'est donc pas admise en Suisse pour qui veut uniquement faire valoir un intérêt public ou la « bonne application du droit supérieur », hormis dans des cas très spécifiques et limitativement énumérés dans la loi. Seuls des justiciables particulièrement atteints, de façon directe et personnelle, par le réchauffement climatique, peuvent imaginer porter la cause climatique devant la justice, cela pour y faire valoir leurs droits propres.

Il est désormais établi et documenté que les personnes âgées sont plus sujettes que le reste de la population à souffrir des conséquences du réchauffement climatique à court terme. C'est en particulier dû à leur fragilité face aux épisodes caniculaires. Elles sont soumises à des risques accrus de maladies cardio-vasculaires, de problèmes de pression sanguine, de troubles respiratoires, voire de décès prématuré causé par des pics de chaleur. Les statistiques suisses font état des mêmes

34 Tribunal fédéral, 7 septembre 2005, ATF 131 II 649 consid. 3.1 ; Tribunal fédéral, 24 juin 1998, ATF 124 II 293, consid. 3b.

35 V. sur ce sujet R. Mahaim, « La défense des intérêts publics devant le juge : une chimère » in *Peters Dreiblatt – Föderalismus Grundrechte Verwaltung – Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag*, M. Gredig, R. Mahaim, T. Meier, R. Melchior, A. Stöckli (dir.), p. 379 et s.

36 Ce droit de recours est ouvert par l'article 89 alinéa 2 LTF ; en droit de l'environnement, les bases légales topiques sont les articles 55 et suivants de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01 ; ci-après LPE) et les articles 12 et suivants de la loi sur la protection de la nature et du paysage (RS 451 ; ci-après LPN).

37 Tribunal fédéral, 25 octobre 2004, ATF 130 II 514 consid. 2.3.3 ; Tribunal fédéral, 27 novembre 2003, ATF 130 I 26 consid. 1.2. ; V. pour un arrêt plus récent Tribunal fédéral, 15 janvier 2010, 1C_229/2009 consid. 1.2.1.

enseignements que les recherches conduites par exemple par le GIEC[38] : la mortalité augmente de façon très nette lors de vagues de chaleur et ce sont avant tout les personnes de plus de 75 ans qui en sont victimes. Les femmes sont largement surreprésentées dans ces statistiques, ce qui en fait un sous-groupe encore plus vulnérable[39].

Il n'est par ailleurs pas contestable que les vagues de chaleur sont une conséquence du réchauffement climatique[40] et que leur nombre et leur intensité ne vont aller qu'en augmentant si la hausse de la température mondiale n'est pas contenue nettement en-dessous de 2 ℃. Aussi ne fait-il que peu de doute que l'impact du réchauffement climatique sur la santé des femmes âgées est direct et actuel. Nul besoin d'invoquer les droits des générations futures pour constater les atteintes aux droits de ces personnes particulièrement vulnérables.

Pour faire valoir leurs droits de victimes du réchauffement climatique, des centaines de femmes âgées se sont ainsi regroupées en une association. Cette association des « Aînées pour la protection du climat » comptait 539 membres au jour du dépôt de la requête devant l'administration (novembre 2016), dont une majorité de femmes qui ont 75 ans ou plus en 2020[41]. L'association est requérante principale, agissant pour défendre les intérêts directs et actuels de ses membres, en application de la jurisprudence relative au recours corporatif égoïste exposée plus haut.

Aux côtés de l'association elle-même, quatre aînées sont également requérantes à titre personnel. Il s'agit de quatre femmes, âgées de 74 à 85 ans lors du dépôt de la requête, souffrant de sévères problèmes de santé causés ou aggravés par les vagues de chaleur (asthme, maladie pulmonaire, défaillance cardio-vasculaire et port d'un stimulateur cardiaque de type *pacemaker*). L'une des requérantes a subi une perte de connaissance durant un pic de chaleur en été 2015. Leur état de santé a été longuement documenté, certificats médicaux à l'appui, dans la requête[42].

B. Les actes attaqués

Pour éviter que le juge saisi de leur requête ne se contente d'invoquer l'article 190 de la Constitution qui le contraint à appliquer une loi fédérale même anticonstitutionnelle, les Aînées pour la protection du climat n'ont pas directement invoqué la non-conformité de la loi fédérale au cadre constitutionnel ; elles ont visé tous les actes matériels des autorités fédérales en charge de la politique climatique.

38 K.R. Smith, A. Woodward, D. Campbell-Lendrum, D.D. Chadee, Y. Honda, Q. Liu, J.M. Olwoch, B. Revich, R. Sauerborn, Human health: impacts, adaptation, and co-benefits, in *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* Field, C.B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B. Girma, E.S. Kissel, A.N. Levy, S. MacCracken, P.R. Mastrandrea, and L.L. White (édit.), Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, Cambridge University Press, 2014, p. 709-754, p. 721.

39 Voir par exemple O. T. Dombois, C. Braun-Fahrländer, *Gesundheitliche Auswirkungen der Klimaänderung mit Relevanz für die Schweiz, Literaturstudie im Auftrag der Bundesämter für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) und für Gesundheit* (BAG), novembre 2004, p. 33. De nombreuses études et statistiques sont exposées dans la requête des Aînées pour la protection du climat (ch. 4.4.2 p. 48), voir https://ainees-climat.ch/documents/ (consulté le 30 avril 2018).

40 Organe consultatif sur les changements climatiques, *Les changements climatiques et la Suisse en 2050 – Impacts attendus sur l'environnement, la société et l'économie*, Berne, 2007, p. 70.

41 330 membres sur le total sont nés en 1945 ou auparavant ; un article des statuts de l'association règle l'adhésion de nouveaux membres et garantit que cette spécificité de l'association soit préservée, V. https://ainees-climat.ch/documents/ (consulté le 18 février 2020).

42 Du point de vue procédural, ce point est essentiel pour démontrer que les requérantes sont particulièrement atteintes, dans leurs intérêts propres, par les agissements illicites de la Confédération, et qu'elles peuvent donc saisir la justice aux conditions de l'article 89 LTF.

La protection judiciaire contre les actes matériels de l'administration est récente en droit suisse[43]. On définit un acte matériel, par opposition à l'acte juridique, comme un acte dont le but n'est pas de produire des effets juridiques, mais de modifier un état de fait. Cette notion doit être entendue dans un sens large et comprend tous les agissements de l'administration (renseignements donnés aux administrés, campagne d'affichage, instructions données aux subordonnés, simples actions de fait des employés de l'État, préparation des actes législatifs, etc.)[44]. En vertu de l'article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative[45], un justiciable ayant un intérêt digne de protection[46] peut exiger de l'autorité administrative qu'elle prononce une décision relative à un acte matériel touchant à des droits ou obligations : il peut requérir que l'autorité s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque, élimine les conséquences d'actes illicites ou encore constate l'illicéité de tels actes. L'autorité saisie d'une telle requête est tenue de rendre une décision, laquelle ouvre ensuite la voie d'un recours judiciaire.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion, dans un arrêt portant sur une centrale nucléaire (à *Mühleberg* dans le canton de Berne), de s'exprimer de façon circonstanciée sur le sens et la portée de l'article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative[47]. Était litigieux un acte de surveillance de l'inspectorat suisse des centrales nucléaires, dont certains riverains de la centrale en question disaient qu'il était trop complaisant à l'égard des exploitants de la centrale. Les riverains se sont vu reconnaître le droit de requérir une décision en application de cette disposition légale, dès lors qu'ils se prévalaient de normes visant à prévenir les dérangements consécutifs à l'utilisation de l'énergie nucléaire qui servent (aussi) à les protéger eux-mêmes. Le Tribunal fédéral a aussi rappelé dans son arrêt que l'article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative contribue à une protection efficace des droits fondamentaux.

Se fondant sur cette disposition légale, les Aînées pour la protection du climat ont ainsi requis des autorités administratives fédérales concernées qu'elles cessent tous leurs agissements qui menacent les objectifs de réduction des émissions de GES, respectivement qu'elles remédient à leurs omissions d'agir. Il s'agissait de la première étape, indispensable, avant de saisir la voie judiciaire. Leur requête a été adressée à toutes les autorités concernées, soit le Conseil fédéral, le Département en charge de la politique climatique et deux offices fédéraux (environnement et énergie).

Les Aînées pour la protection du climat, sous la plume de leurs avocats, y listent tous les agissements de l'administration qui doivent cesser et toutes les omissions qui doivent être corrigées. Les conclusions de la requête sont formulées de façon générale quant aux nécessaires améliorations des actions à entreprendre par l'administration ; elles portent également sur des domaines bien

43 La base légale a été introduite dans le cadre d'une profonde réforme des lois fédérales de procédure, entrée en vigueur au premier janvier 2007, rendue nécessaire par l'évolution de la jurisprudence de la CEDH. Cette disposition ne figurait pas dans le projet initial du Gouvernement et a été ajoutée par le Parlement, V. Conseil fédéral, Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4000).

44 Voir I. Häner, « Art. 25a » in *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, B. Waldmann et P. Weissenberger (éd.), Zurich, Schulthess, 2016, p. 521-540, p. 524.

45 RS 172.021 ; ci-après PA.

46 Il s'agit de l'exigence exposée plus haut dans la discussion sur l'article 89 LTF.

47 Tribunal fédéral, 11 avril 2014, ATF 140 II 315 consid. 4.

spécifiques où les efforts de la Confédération doivent être améliorés en vue d'une réduction supplémentaire des émissions de GES (transport, isolation des bâtiments, importations, etc.). Les actes préparatoires de la législation sur le CO_2 pour la période au-delà de 2020 sont aussi visés : il est exigé que la Confédération cesse d'affirmer, notamment vis-à-vis du Parlement, que le projet législatif répond aux exigences internationales.

En sus de l'article 25a PA, les Aînées pour la protection du climat se fondent procéduralement sur les articles 6 et 13 de la CEDH[48]. Dès lors que leurs droits fondamentaux garantis par la CEDH, sont violés, une voie de recours nationale devant une instance indépendante doit à tout le moins être aménagée en vue de leur assurer un recours effectif (article 13 de la CEDH)[49]. Le Tribunal fédéral a reconnu que la garantie de l'article 13 de la CEDH pouvait aussi valoir pour les actes du Conseil fédéral[50]. Dans le cas de la requête des Aînées pour la protection du climat, le Gouvernement étant lui-même mis en cause par la requête, il ne reste plus que le Tribunal fédéral pour fonctionner comme autorité de recours indépendante. En ce qui concerne l'article 6 de la CEDH, le caractère civil des droits des requérantes doit être admis. Même des actes de puissance publique sont considérés par la Cour européenne comme ayant un caractère civil lorsqu'ils touchent à l'intégrité corporelle (article 8 CEDH)[51] et donc *a fortiori* à la vie (article 2 CEDH). L'intensité de la violation de leurs droits est suffisante : contrairement au risque d'accident nucléaire, situation jugée par exemple par la Cour européenne dans les affaires *Athanassoglou c. Suisse*[52] ou *Balmer-Schafroth c. Suisse*[53], les impacts sur la santé et la vie des requérantes ne correspondent pas à un événement futur incertain, mais à une réalité actuelle.

C. Les principaux griefs matériels invoqués[54]

Une fois que la qualité pour recourir est reconnue à un justiciable, il lui est loisible d'invoquer tous les griefs imaginables tirés du droit fédéral ou de la CEDH, conformément à l'article 95 LTF[55]. En droit interne, les Aînées pour la protection du climat font principalement valoir une violation des articles 73 (principe de durabilité[56]) et 74 (principe de précaution[57] et de prévention des atteintes) de la

48 La Suisse a approuvé (RO 1974 2148) puis ratifié la CEDH en 1974, qui est entrée en vigueur la même année.

49 Voir par exemple CEDH, 6 septembre 1978, n° 5029/71, *Klass c. Allemagne*, § 64.

50 Tribunal fédéral, 21 février 2003, ATF 129 II 193 consid. 3.

51 Voir sur ce sujet par exemple A. Kley, « Gerichtliche Kontrolle von Atombewilligungen – Anmerkungen zum EGMR-Urteil im Fall Balmer-Schafroth gegen die Schweiz », EuGRZ du 14 Mai 1999, p. 183 ss, p. 194 ; v. aussi J. Velu / R. Ergec, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990, p. 390.

52 CEDH, 6 avril 2000, n° 27644/95, *Athanassoglou c. Suisse*, § 43 et s.

53 CEDH, 26 août 1997, n° 22110/93, *Balmer-Schafroth c. Suisse*, § 32.

54 L'exposé complet des griefs, avec de nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales, figure dans le texte de la requête (p. 58 ss), https://ainees-climat.ch/documents/ (consulté le 18 février 2020).

55 Après l'avoir appliquée, le Tribunal fédéral rejette dorénavant la théorie dite du « tri des griefs », consistant à ne retenir, pour un recourant, que les griefs qui le concernent personnellement à l'exclusion des autres arguments juridiques. Un recourant peut exiger l'examen d'un acte litigieux à la lumière de toutes les normes juridiques susceptibles d'avoir une incidence sur sa situation de fait ou de droit. Est décisif le fait que l'admission du recours pourrait lui procurer un avantage pratique, *v.* par exemple Tribunal fédéral, 25 janvier 2011, ATF 137 II 30 consid. 2.2.3.

56 Le principe de durabilité commande à la Confédération d'oeuvrer pour l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain. Voir à propos de sa définition, sa portée et ses incidences sur le droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire R. Mahaim, *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire – Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir*, Zurich, Schulthess, 2014.

57 « Le principe de précaution […], selon la définition la plus couramment utilisée et la plus largement admise, postule qu'en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard

Constitution, de même qu'une violation de leur droit à la vie (article 10 de la Constitution fédérale). Les principes constitutionnels des articles 73 et 74 de la Constitution fédérale, situés dans le chapitre de la Constitution dédié à l'environnement et l'aménagement du territoire, n'ont pas toujours été reconnus comme justiciables ou directement applicables. Ils le sont désormais grâce à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, qui l'a admis de façon univoque en ce qui concerne le principe de prévention[58], de façon encore quelque peu timorée pour le principe de précaution[59] et de durabilité[60].

Le droit à la vie, qui contraint l'État à un devoir de protection[61], ne s'applique pas uniquement en cas d'homicide, mais également en cas de mise en danger concrète de la vie[62]. Les femmes âgées, en raison des risques de décès liés à l'augmentation des températures, voient leur droit à la vie bafoué ; l'État ne se conforme pas à son devoir de protection. Les Aînées pour la protection du climat font par ailleurs valoir une violation des articles 2 et 8 de la CEDH. Le droit à la vie de l'article 2 de la CEDH fonde une obligation positive de l'État envers les individus[63]. Pour mesurer le degré de protection attendu de la part d'un État, la Cour se fonde très souvent sur les standards internationaux[64]. La jurisprudence portant sur des événements environnementaux[65] extrêmes peut et doit être transposée à la problématique climatique, qui n'est pas encore été traitée par la Cour européenne. Quant au droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la CEDH, il fonde également une obligation positive pour l'État de protéger les individus des atteintes à l'environnement qui ont des répercussions sur leur santé, leur intégrité corporelle, leur vie privée ou familiale[66].

III. La procédure judiciaire

Comme il fallait s'y attendre, l'administration fédérale n'a pas fait bon accueil à la requête des Aînées pour la protection du climat. En date du 25 avril 2017, le Département en charge de la politique climatique a rendu une décision d'irrecevabilité de la requête. Il y est reconnu qu'une partie des conditions de recevabilité sont remplies. L'existence d'actes matériels donnant droit à une décision au sens de l'article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) est admise. Le Département considère cependant que les Aînées pour la protection du climat ne sont pas touchées

---

l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement », Tribunal fédéral, 11 avril 2006, ATF 132 II 305 consid. 4.3. Il se distingue du principe de prévention qui commande de réduire autant que possible et en temps voulu les atteintes à l'environnement. Ces deux principes trouvent leur ancrage à l'article 74 Cst. et constituent deux facettes d'un même objectif. Voir à ce sujet ; F. Jungo, *Le principe de précaution en droit de l'environnement*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2012.

58 Voir déjà Tribunal fédéral, 1er novembre 1990, ATF 116 Ib 265.

59 Tribunal fédéral, 11 avril 2006, ATF 132 II 305 consid. 4.3.

60 Voir en particulier Tribunal fédéral, 23 février 2004, 1A.115/2003 consid. 3.2.

61 Il est admis de longue date que les droits fondamentaux puissent déployer des effets horizontaux et contraindre l'État à un devoir de protection ; v. par exemple Tribunal fédéral, 11 avril 2014, ATF 140 II 315 consid. 4.8 et les références citées.

62 A. Tschentscher, « Art. 10 BV », in *Bundesverfassung*, B. Waldmann (édit.), Bâle, Helbing, 2015, nº 9.

63 V. sur cette notion N. Pétermann, *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne, Schulthess, 2014, p. 48. Dans le domaine environnemental, « *The Court's task is, therefore, to determine whether, given the circumstances of the case, the State did all that could have been required of it to prevent the applicant's life from being avoidably put at risk* », CEDH, 9 juin 1998, n° 23413/94, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, § 36.

64 Voir par exemple CEDH, 1er juillet 2008, n° 71146/01, *Borysiewicz c. Pologne*, § 53.

65 Pour les tremblements de terre, voir par exemple CEDH, 17 novembre 2015, n° 14350/05, *M. Özel c. Turquie*, § 173 : « […] la portée de l'obligation de prévention consiste […] essentiellement à adopter des mesures renforçant la capacité de l'État à faire face à ce type de phénomènes naturels violents et inattendus que peuvent être les tremblements de terre ».

66 Voir par exemple CEDH, 9 décembre 1994, n° 16798/90, *López Ostra c. Espagne*, § 51 ; CEDH, 22 mai 2003, n° 41666/98, *Kyrtatos c. Grèce* ; CEDH, 24 juillet 2014, n° 60908/11, *Brincat et autres c. Malte*. À propos du droit à un environnement sain dans la jurisprudence de la CEDH, voir F. Magistro, *Le droit à un environnement sain revisité – Étude de droit suisse, international et comparé*, Zurich, Schulthess, 2017.

individuellement dans leurs droits et qu'elles n'ont donc pas d'intérêt digne de protection à saisir la justice : la qualité de victime n'est pas reconnue, car l'enjeu est la protection de la collectivité toute entière et non uniquement de personnes individuelles. Les Aînées pour la protection du climat ont porté la cause devant le Tribunal administratif fédéral, autorité judiciaire de première instance qui précède le Tribunal fédéral pour les affaires litigieuses devant les autorités fédérales.

Le Tribunal administratif fédéral a rendu son arrêt en date du 27 novembre 2018[67], adoptant le raisonnement de l'administration fédérale en tous points. Le Tribunal retient tout d'abord que les actes de l'administration en matière de lutte contre le réchauffement climatique, y compris son éventuelle passivité fautive, peuvent constituer des actes matériels ouvrant une voie de recours au sens de l'art. 25a PA[68]. Il soutient cependant que les femmes de plus de 75 ans ne sont pas le seul groupe de population touché par les conséquences du changement climatique, celles-ci affectant au même titre les êtres humains, les animaux et les plantes ; les requérantes ne sont donc pas individuellement touchées par les éventuelles carences fautives de l'administration, en tous les cas pas plus que d'autres personnes subissant les conséquences du changement climatique. Par conséquent, il n'existe pas de rapport particulier au litige justifiant un intérêt propre à recourir au sens de l'article 89 de la LTF[69]. Le Tribunal administratif fédéral a également écarté tous les griefs fondés sur la CEDH, relevant notamment qu'il n'existait pas de litige à caractère civil au sens de l'article 6 de la CEDH et excluant toute entorse au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la CEDH[70].

Les Aînées pour la protection du climat, déterminées à faire entendre leur voix et valoir leurs droits, ont saisi le Tribunal fédéral[71].

***

L'argumentation des tribunaux suisses est spécieuse. La condition de l'atteinte particulière posée par le droit suisse de procédure ne saurait être appliquée de façon aussi schématique à la problématique du réchauffement climatique. Le réchauffement climatique a cela de particulier qu'il concerne, par nature, tout le monde, ce qui rend impossible une distinction stricte entre intérêts inviduels et intérêts collectifs[72]. Par ailleurs, l'argumentation du Tribunal fédéral dénote d'une mécompréhension du phénomène du réchauffement climatique. En prétendant que le scénario de réchauffement

67 Tribunal administratif fédéral, 27 novembre 2018, A-2992/2017.
68 Tribunal administratif fédéral, 27 novembre 2018, A-2992/2017, consid. 6.2.
69 Tribunal administratif fédéral, 27 novembre 2018, A-2992/2017, consid. 7.4.2 et 7.4.3.
70 Tribunal administratif fédéral, 27 novembre 2018, A-2992/2017, consid. 8.
71 Le recours (en allemand) est disponible sur le site des Aînées pour la protection du climat, https://ainees-climat.ch/documents/ (consulté le 18 février 2020). L'arrêt du Tribunal fédéral, tombé le 5 mai 2020 (Tribunal fédéral, 5 mai 2020, 1C_37/2019), confirme l'arrêt de première instance, avec des arguments similaires mais pas entièrement identiques. Le Tribunal fédéral a jugé que les recourantes ne sont pas touchées avec l'intensité requise dans leurs droits (fondamentaux) pour s'y opposer par le biais de l'article 25a PA. Selon l'Accord de Paris sur le climat, le réchauffement climatique devrait être limité à un niveau « bien inférieur à 2 degrés ». Pour la Haute Cour, même sans que des mesures supplémentaires ne soient prises, cette valeur ne serait atteinte qu'à moyen ou long terme. Selon les connaissances scientifiques, le réchauffement climatique peut au moins être ralenti par des mesures appropriées, si bien que les aînées ne sont actuellement pas atteintes dans leurs droits avec une intensité suffisante.
72 Voir dans le même sens M. Rehmann, « Entscheidbesprechung : Verein KlimaSeniorinnen Schweiz *et al.* gegen Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, Verfügung über Realakte im Zusammenhang mit dem Klimaschutz », PJA 2019, p. 655 et s.

prohibé par l'Accord de Paris ne se réalisera qu'à moyen ou long terme, les juges fédéraux passent entièrement sous silence que la trajectoire de réchauffement est déjà actuellement en porte-à-faux avec l'objectif de « nettement en-dessous de 2 degrés ». Leur raisonnement revient à dire aux recourantes: « Saisissez la justice dans quelques années ». Mais il sera alors trop tard. Vouloir appliquer le critère de l'atteinte particulière – qui relève d'une conception inviduelle des droits à protéger – revient en réalité à exclure toute possibilité de recours dans ce domaine, ce qui est également critiquable sous l'angle de l'article 13 de la CEDH. L'arrêt Urgenda de la Cour suprême hollandaise intervenu en décembre 2019[73] apporte de l'eau au moulin des Aînées. La Haute Cour néerlandaise retient une violation par l'État des articles 2 et 8 de la CEDH (droit à un environnement sain) en conjonction avec l'article 13 de la CEDH qui impose de prévoir une voie de recours effective pour faire valoir de telles violations[74]. Il s'agit exactement du raisonnement inverse à celui tenu par les tribunaux suisses dans l'affaire des Aînées. Ces dernières envisagent maintenant de déposer une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme à Strasbourg, dont elles attendent une analyse plus fine que celle conduite par les tribunaux suisses.

73 Cour suprême hollandaise, *Foundation Urgenda vs the State of Netherlands*, 20 décembre 2019, 19/00135.
74 Cour suprême hollandaise, *Foundation Urgenda vs the State of Netherlands*, 20 décembre 2019, 19/00135, consid. 5.2.1-5.5.3.

10
Commune de Grande-Synthe et Damien Carême c. l'État français (2019)

Christian Huglo[1]

La Commune de Grande-Synthe et son Maire, Monsieur Damien Carême jusqu'à ce qu'il soit élu Député européen aux dernières élections européennes ont toujours œuvré pour la défense de l'environnement et anticipé sur la lutte conte le changement climatique. Face à l'ampleur des risques naturels induits par les phénomènes de changement climatique et dans la limite de ses compétences, la ville de Grande-Synthe a conduit une politique locale très volontariste en matière climatique depuis plus de dix ans.

Ainsi la ville de Grande-Synthe a-t-elle signé la Convention des Maires[2] suite à une initiative lancée en 2008 par la Commission européenne dans le cadre de l'adoption du Paquet Énergie-Climat de l'Union européenne à l'horizon 2020, et adopté dès 2009 un Plan d'Actions pour l'Énergie Durable. La ville s'est ainsi engagée d'ici 2020 à réduire de 20 % ses émissions de gaz à effet de serre, à atteindre 20 % d'économie d'énergie, et 20 % d'énergies renouvelables dans la consommation totale d'énergie de la commune.

La politique climatique menée par la ville a ainsi permis d'atteindre des résultats concrets, aujourd'hui elle : « a d'ores et déjà réduit de 40 % ses émissions de gaz à effet de serre au niveau du parc automobile et de 34 % au niveau de l'éclairage public municipal. Par ailleurs, la part des énergies renouvelables au niveau de la consommation d'énergie de la commune atteint d'ores et déjà près de 75 %. Les réductions de consommation d'énergie sont systématiquement recherchées au travers d'actions ciblées en matière de rénovation thermique du patrimoine communal, ou encore *via* les objectifs de performance énergétique assignés aux nouveaux équipements publics ».

Élue première capitale française de la biodiversité en 2010, la politique dite de « l'arbre en ville » menée par la commune de Grande-Synthe depuis la fin du siècle dernier a permis aujourd'hui à 95 % de ses habitants d'être situé à moins de 300 mètres d'un espace vert ou d'un espace naturel. Véritable puits de carbone en plein milieu urbain, la création d'une réserve naturelle régionale sur le territoire

1 Avocat à la Cour, Docteur en droit.
2 Plus de détails : https://www.conventiondesmaires.eu/fr/.

de la commune de Grande-Synthe de 173 hectares constitue l'un des symboles de la lutte contre le réchauffement climatique menée au niveau local, ainsi qu'un des principaux leviers de sa politique d'adaptation aux effets du changement climatique, et en particulier « aux aléas de chaleur […] et de précipitations extrêmes ».

En matière d'adaptation, la multiplication de mesures locales telles que « les parkings absorbants, les toitures végétalisées [des] équipements publics, les canaux et autres wateringues mis en place à l'échelle de la ville » assurent une fonction de régulation et de gestion des eaux pluviales, participant également à la politique d'adaptation climatique mise en œuvre localement par la commune de Grande-Synthe.

La commune et son maire agissant en son nom personnel en saisissant le juge administratif n'ont pas fait autre chose que de poursuivre ces objectifs, cette fois, sur un plan contentieux.

Les contentieux initiés devant la juridiction administrative par la Commune de Grande-Synthe et par Damien Carême en tant qu'habitant de ladite commune ne sont pas les seuls contentieux entrepris en France devant le juge administratif. Le fait que ce dernier agisse en son nom personnel a été une décision fondamentale de la procédure puisqu'en principe, si le contentieux devait se poursuivre au-delà du Conseil d'État, une Commune n'est pas recevable à saisir la Cour européenne des droits de l'homme[3], mais un particulier, au contraire, certainement dès lors qu'il peut démontrer un intérêt direct dès lors que l'intéressé est effectivement un habitant de la Commune menacé par les risques de mêmes types que ceux qui ont été évoqués plus haut.

Nous avons déjà été amenés à nous expliquer sur le contenu de la procédure[4]. Dans cet article, nous avons effectivement évoqué la difficulté de nous exprimer sur une procédure en cours sans porter atteinte au secret de la procédure et au moins à la discrétion qui s'imposent lorsqu'une juridiction administrative est saisie. Nous évoquerons ici toutefois les grandes lignes de la démarche contentieuse de la Commune et de son maire.

Le contentieux de Notre Affaire à Tous devant le tribunal administratif (TA) de Paris est orienté vers un contentieux de la réparation pour carence de l'État. L'originalité du recours de la Commune et de son maire Damien Carême tient d'abord à l'ouverture des angles d'attaques retenus : il convient de les présenter sommairement sur le volet procédural (**I**). On rappellera ensuite l'intérêt qui s'y attache et on insistera sur les moyens soulevés (**II**).

3 CEDH, 12 juin 2007, *Collectif Stop Melox et Mox c. France*, n° 75218/01.

4 C. Huglo et T. Begel, « Le recours de la commune de Grande-Synthe et de son maire contre l'insuffisance des actions mises en œuvre par l'État pour lutter contre le changement climatique », Énergie Environnement Infrastructure n° 5 de mai 2019 ; C. Huglo, « Procès climatiques en France, la grande attente – Les procédures engagées par la Commune de Grande-Synthe et de son Maire », *AJDA*, 2019, p. 1861.

I. Une triple procédure lancée par le maire de Grande-Synthe et sa commune particulièrement exposée aux effets néfastes du changement climatique

Le contentieux initié vise deux aspects fondamentaux du contentieux climatique à savoir la lutte contre le réchauffement climatique proprement dit appelant à une politique de diminution des gaz à effet de serre et une procédure d'adaptation c'est celle dirigée contre le plan énergie-climat de 2018. Mais toutes ces actions sont vaines si la commune et son maire ne sont pas regardés par la jurisprudence recevable à agir devant la juridiction administrative (**A**).

A. La vulnérabilité de la commune de Grande-Synthe face au réchauffement climatique : si l'évidence *a priori* n'est pas affirmée l'intérêt pour agir ne peut être contesté

L'intérêt pour agir de la commune de Grande-Synthe est fondé en droit et en fait. En droit, une commune est recevable à agir en justice si son territoire est menacé[5] telle en est le cas en l'espèce.

Le territoire de Grande-Synthe se caractérise par des particularités locales, l'exposant fortement aux effets du changement climatique. Il s'agit d'une commune littorale. Le territoire de la commune est en partie situé sous le niveau de la mer et extrêmement plat. L'évacuation de l'eau douce se fait par le réseau des Wateringues : les réseaux d'eau douce nervurent ainsi le territoire. Les sols de Grande-Synthe sont argileux, et donc particulièrement sensibles aux phénomènes de retrait-gonflement des argiles. D'après l'Agence d'urbanisme et de développement de la région Flandre-Dunkerque et l'Institution Interdépartementale des Wateringues, la submersion marine doit être considérée comme la première vulnérabilité climatique de la région. La carte réalisée à partir de la méthodologie définie dans cette étude révèle que le littoral des Hauts de France est particulièrement vulnérable face aux risques d'inondation et de submersion.

Sans ouvrage de défense contre la mer, la zone annuellement inondable du territoire de Grande-Synthe s'étendrait en 2040 dans les terres sur 12 kilomètres à partir de la côte. Le rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050, par les sénateurs Ronan Dantec et Jean-Yves Roux, précise d'ailleurs que les ouvrages de défense contre la mer doivent être construits en prenant en compte la fourchette haute des prévisions d'augmentation du niveau de la mer : « Il est en effet désormais peu probable qu'il soit possible de limiter à 2° le réchauffement global. […] Par exemple, si l'on construit aujourd'hui une digue ou une route littorale, il est prudent de postuler une hausse du niveau de la mer proche de la fourchette haute des prévisions pour la fin du siècle – faute de quoi on risque de devoir démolir et reconstruire les ouvrages dans vingt ou trente ans »[6].

5 Conseil d'État, 20 janvier 1950, *Commune de Tignes*, Rec. 46.

6 R. Dantec et J.-Y. Roux, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective (1) sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050*, 16 mai 2019, p. 32 et p. 33.

Pour établir effectivement l'utilité d'une véritable anticipation de la situation de la commune de Grande-Synthe, il faut souligner que face au réchauffement climatique et au fait que le niveau des mers doit augmenter en toute logique d'ici la fin du siècle de plusieurs dizaines de centimètres (compte tenu du système très complexe des polders qui couvrent son territoire), une expertise devait être envisagée. On rappelle que la procédure de référé est prévue en matière administrative par l'article R. 532-1 du Code de justice administrative selon lequel : « Le juge des référés peut, sur simple requête, et même en l'absence de décision préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction ». Le référé est assez habituel en matière environnementale par exemple pour déterminer la nature d'une pollution et ses conséquences. Ainsi, est utile la mesure portant sur la détermination par un collège d'Experts de la nature de l'origine et de l'étendue de la pollution qui a affecté le littoral à la suite du naufrage d'un pétrolier et sur l'indication de la nature et de l'importance des dommages matériels ou autres en résultant pour le demandeur[7] ou pour l'évaluation de l'impact acoustique d'une rame de TGV[8] ou encore pour évaluer les travaux de remise en état[9]. Elle peut être ordonnée également pour permettre une mesure d'instruction destinée à compléter un dossier initial insuffisant[10].

En raison de la publication d'un ouvrage de référence[11] sur la ville et le climat qui explicite parfaitement les responsabilités auxquelles sont exposés les villes face au réchauffement climatique, l'état des connaissances sur ce sujet n'a pas rendu nécessaire la poursuite de la procédure de demande d'expertise puisque les documents relatifs rendus publics à ce sujet sont suffisamment probants.

Ainsi, une requête en référé *avait*-elle été déposée en même temps que les procédures au fond devant le Conseil d'État devant le TA de Lille en vue de la nomination d'un expert qui aurait une mission très étendue permettant d'anticiper éventuellement les risques en question, en tout cas de les énumérer et mettre le territoire de la commune à l'abri de l'évolution de la situation climatique. Le rapport de l'expert aurait eu à « évaluer les risques de dommages liés au changement climatique pesant sur son territoire ainsi que les ouvrages, travaux et mesures qui pourraient être mis en œuvre aux fins d'en prévenir ou d'en atténuer la manifestation » et justifier l'intérêt pour agir de la commune dans ses procédures au fond. La procédure a été retirée provisoirement compte tenu des développements importants du contentieux en cours devant le Conseil d'État visant les piliers principaux de la lutte contre le réchauffement climatique.

7 CAA Nantes 2 avril 2001, *Registre Italien Navale, Registro italieno Navale*, rec. n° 00NT01700.
8 CAA Nancy 30 avril 1992, *SARL Grill Hôtel*, Rec. p. 1215.
9 CAA Marseille 21 mars 2003, *SA G. Vila et Ciel*, Req. n° 03MA00581.
10 CAA Lyon, 1er mars 2001, Req. N° 00LY01848.
11 Observatoire National sur les Effets du Réchauffement Climatique, *Villes et adaptation au changement climatique*, Rapport au Premier ministre et au Parlement, La Documentation Française, octobre 2011, 158 p.

B. Les deux recours en annulation devant le Conseil d'État : faire constater l'inaction de l'État en matière d'adaptation et d'atténuation

Selon l'Accord de Paris, l'adaptation est l'un des piliers de la lutte contre le changement climatique. La loi n° 2009-967 (99) dite « loi Grenelle I » prévoit dans son article 42 qu'un « [p]lan national d'adaptation pour les différents secteurs d'activité devra être préparé pour 2011 ». Par conséquent, la France devait engager un effort sans précédent pour limiter l'ampleur du changement climatique, par la baisse des émissions de gaz à effet de serre, en vertu du mécanisme de l'atténuation, afin de contribuer à l'objectif européen de baisse de 20 % des émissions à l'horizon 2020 (objectif européen a été depuis rehaussé). Les objectifs de ce plan devaient être révisés tous les cinq ans. L'Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique est l'organisme en charge du suivi du PNACC. À ce jour, la France a adopté deux plans nationaux d'adaptation au changement climatique (PNACC) : le PNACC n° 1[12] pour la période 2011-2015 et le PNACC n° 2[13] pour la période 2018-2022 qu'il convient de traiter dans les développements qui suivent.

Le deuxième Plan national d'adaptation au changement climatique (PNACC) 2018-2022 a été lancé, le 20 décembre 2018, par le ministère de la Transition écologique et solidaire. Il constitue l'un des « deux piliers » de l'action climatique de la France. La France est l'un des pays les plus avancés en matière de planification de l'adaptation au changement climatique. Ce plan est complémentaire du PCAET et il comporte la nouvelle Programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE)[14] et la nouvelle Stratégie nationale bas-carbone (SNBC)[15]. L'objectif du PNACC pour la période 2018-2022 est de mettre en œuvre les actions nécessaires pour adapter d'ici 2050 les territoires français (métropole et outre-mer) aux changements climatiques et d'en améliorer la résilience face aux conditions climatiques attendues. Ce plan s'appuie sur les recommandations issues de l'évaluation du PNACC 1, lancé en 2011 et couvrant la période 2011-2015. Ce plan a été contesté devant le Conseil d'État par la commune de Grande-Synthe.

Le premier recours contentieux en annulation vise justement ce nouveau plan national d'adaptation au changement climatique qui fait l'objet d'une requête spécifique devant le Conseil d'État. En l'espèce, on rappellera ici qu'un premier plan national, datant de 2015, avait été élaboré ; il est reproché au deuxième plan de 2018, d'être sans aucune portée en ce qu'il ne contient aucune mesure chiffrée, ni ne prévoit aucun moyen juridique ou financier de nature à permettre une réelle adaptation aux changements climatiques à venir. En outre, il est soutenu que, compte tenu de l'importance des préconisations formulées par le Conseil général de l'environnement et du développement durable, celles-ci n'ont aucunement été prises en considération. L'instruction de ce dossier est en cours devant la Haute Assemblée.

12 Plus de détails sur le Plan national d'adaptation au changement climatique : https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/ONERC_PNACC_1_complet.pdf.
13 Plus de détails sur le deuxième Plan national d'adaptation au changement climatique : https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2018.12.20_PNACC2.pdf.
14 Plus de détails sur la stratégie nationale bas-carboen (SNBC) : https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2020-03-25_MTES_SNBC2.pdf.
15 V. pour plus de détails : https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/strategie-nationale-bas-carbone-snbc.

Le deuxième recours qui est l'action principalement entreprise a été déposé devant le Conseil d'État. Il vise une décision implicite de rejet d'un recours gracieux tendant à obtenir que d'abord que l'État prenne toute mesure utile permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national de manière non seulement à respecter strictement les obligations déjà consenties, mais aussi à réduire encore par rapport à ces obligations les émissions. Ensuite qu'il prenne toutes dispositions législatives et réglementaires pour assurer une véritable priorité climatique et pour interdire toute mesure susceptible d'augmenter les émissions de gaz à effet de serre. Ce recours tend enfin à la mise en œuvre des mesures immédiates d'adaptation au changement climatique de la France compte tenu de l'absence de documents en vigueur à l'heure actuelle.

En somme, conformément à ce qui a été jugé dans l'affaire *Les Amis de la Terre*[16], il s'agit d'obtenir du juge administratif des injonctions pour assurer l'exécution effective de la décision d'annulation. Une bonne partie de l'argumentation des requérants sur le refus, ou en tout cas sur le retard de l'État à agir, repose sur les données de fait constatées au moment où le recours a été introduit et désormais listées dans le rapport annuel de juin 2019 du Haut Conseil pour le climat intitulé « Agir en cohérence avec les ambitions »[17]. Si ce rapport est postérieur au dépôt du recours, il établit des faits existants au moment de son introduction. Peu importe par ailleurs que la loi relative à l'énergie et au climat[18] ait été publiée dès lors que la légalité d'une décision ici de refus s'apprécie à la date où le recours a été introduit.

II. L'argumentaire déployé dans les recours

Les grands axes de l'argumentation portent sur le non-respect des droits de l'homme (**A**), du droit international, du droit européen et du droit français (**B**).

A. Faire constater une atteinte aux droits de l'homme à l'image de l'affaire néerlandaise Urgenda

Le recours s'appuie sur l'argumentation qui a été soutenue tout au long de la procédure Urgenda qui s'est déroulée aux Pays-Bas et qui a abouti à une première précision en 2015[19] et surtout d'une décision du 20 décembre 2019 de la Cour Suprême de cet État[20]. Disons tout simplement que le raisonnement suivi par la Cour Suprême des Pays-Bas et relatif à l'application de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est parfaitement transposable à ce qui peut être soutenu en France devant un juge administratif. La Cour Suprême des Pays-Bas répond aux différents arguments selon lesquels un État ne peut se permettre de se décharger de sa responsabilité sur la

16 Conseil d'État, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n° 394254.

17 https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/hcc_rapport_annuel_2019.pdf.

18 Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

19 A.-S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda c/ Pays-Bas) », *RJE,* 2015, p. 672.

20 Cour suprême des Pays-Bas, *Urgenda c. Pays-Bas* du 20 décembre 2019, C/09/456689/ HA ZA 19/00135.C. https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006&showbutton=true&keyword=urgenda (consulté en ligne le 4 février 2020). C. Lepage, *Premier commentaire de la décision Urgenda, Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 2, février 2020, comm. 6.

question climatique. Pour le juge néerlandais, les articles 2 et 8 de la CEDH exigent de la part des États des obligations positives qui se traduisent par les données de l'accord de Paris établi sur la base des travaux du GIEC qui fixent l'urgence de réduire d'au moins 25 à 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2020 dans les pays de l'annexe 1, c'est-à-dire à la fois aux Pays-Bas et bien entendu en France.

Selon l'appréciation du juge hollandais, les articles 2 et 8 de la Convention s'appliquent à la question climatique pour la bonne et simple raison que la Cour européenne des droits de l'homme protège le droit à la vie qui rend obligatoire la prise de mesures appropriées s'il existe un risque réel et immédiat de dommages. Le terme d'immédiat, pour la Cour, doit être analysé comme signifiant seulement qu'il doit y avoir un danger qui menace directement les personnes impliquées. S'agissant de la protection prévue par l'article 8 et du droit à une vie familiale normale, la Cour estime que la jurisprudence de l'article 2 s'articule parfaitement avec celle de l'article 8, les deux articles jouant non seulement pour des personnes spécifiques, mais aussi pour la société ou une population dans son ensemble. L'obligation de l'État comprend ainsi l'obligation de procéder à des mesures préventives conformes au principe de précaution. La Cour estime que son contrôle doit s'étendre aux mesures à prendre par un État qui ont pour caractéristiques d'être raisonnables et appropriées même si le résultat souhaité ne peut être garanti. La Cour répond également à l'argument, comme le souligne Corinne Lepage, selon lequel du fait de leur appartenance à l'Union européenne (UE), les États membres ne pourraient pas être individuellement tenus d'une quelconque obligation. La Cour rappelle de manière claire et précise que chaque pays est responsable pour sa part et peut donc être appelé à « rendre compte », c'est-à-dire à assumer sa part de responsabilité y compris sur le plan contentieux. Le juge néerlandais précise ici deux éléments : le premier est qu'en droit international un État ne peut pas nuire à un autre État de quelque façon que ce soit, de façon directe ou indirecte, et le second sous-argument est tiré de cette idée que lorsque plusieurs États causent un dommage, le principe de la responsabilité *in solidum* implique la participation pleine et entière de l'État co-responsable. La Cour Suprême des Pays-Bas rappelle enfin que si le rôle du juge n'est pas, certes, de s'immiscer dans une prise de décision politique, il lui appartient néanmoins de rendre une décision montrant que l'organisme d'État concerné a agi illégalement en n'adoptant pas de législation appropriée spécifique dès lors que les règles et les principes du droit international l'imposent.

B. Le non-respect des engagements internationaux et européens et l'insuffisance du droit national

Le deuxième grand axe sur lequel s'appuie le recours est lié à l'interprétation qu'il convient de faire de l'Accord de Paris et à l'application du droit européen.

D'abord, il est assez évident que l'Accord de Paris doit être vu, dès lors qu'il a été signé et ratifié par la Commission européenne au nom de l'Union, comme un texte de droit européen ce qui a plusieurs conséquences, en termes de détermination de l'effet direct de l'Accord de Paris. Son contenu, à savoir une obligation de résultat, n'est certes pas encore arrivé à son terme, mais comporte des stipulations précises et particulières inscrites à l'article 3 de cet Accord selon lequel :

« À un type de contribution déterminé au niveau national à la riposte mondiale au changement climatique, il incombe à toutes les parties d'engager et de communiquer des efforts ambitieux en vue de réaliser l'objet du présent accord tel qu'énoncé à l'article 2. »

De toute façon et de toute évidence, l'État français est lié totalement aux obligations du droit européen en la matière qui ne feront que se renforcer tant en ce qui concerne le niveau d'émission des gaz à effet de serre que des objectifs en matière d'énergie renouvelable et d'efficacité énergétique résultant de directives et règlements européens.

Le droit national est également invoqué et concerne la méconnaissance des dispositions de l'article 1er de la Charte de l'environnement et le respect des dispositions de l'article 6 de la même Charte pleinement invocable en l'espèce. Le recours vise également l'interprétation de l'article L.220-1 du Code de l'environnement qui ne se borne pas qu'à fixer des objectifs généraux à l'action de l'État.

***

Tels sont les éléments essentiels qui se trouvent à la base de la procédure actuellement pendante devant le Conseil d'État et dirigée contre des décisions de refus pour l'État de modifier sa politique dans le domaine climatique. Comme nous l'avons écrit, la difficulté vient essentiellement de l'article L.229-1 du Code de l'environnement selon lequel la lutte contre le changement climatique ne constitue que l'un des objectifs de l'État. Aujourd'hui, l'objectif est prioritaire parce qu'il conditionne tous les autres et il est inutile de chercher à réformer la Constitution si auparavant on ne s'est pas penché sur le caractère insuffisant, voire indigent des textes du Code de l'environnement puisqu'il justifie l'absence d'une vraie politique climatique spécifique.

Le développement et les péripéties futurs du contentieux et notamment le fait qu'en défense, la question de l'applicabilité de la France de l'Accord de Paris (alors qu'il a été ratifié par l'Europe et qui se trouve d'ailleurs incorporé au droit européen) peut soulever une série d'interrogations qu'il conviendra de suivre. À cela s'ajoute aussi que chaque jour les documents publiés viennent confirmer l'ampleur de la catastrophe et le sentiment d'urgence et l'inaction corrélative des pouvoirs publics.

Le fait est que la question climatique n'est plus celle qui était perçue il y a 20 ou 30 ans, elle est aujourd'hui celle de l'urgence. La réponse à cette forme d'urgence se situe effectivement dans des procédures en intervention des villes et des associations. Ainsi, en réaction et pour soutenir ce contentieux, début 2020 des collectivités publiques et d'associations ont décidé de soutenir la procédure de la Commune de Grande-Synthe et de son maire. En ce qui concerne les grandes villes, il s'agit de la ville de Paris et de la ville de Grenoble qui s'appuient sur des atteintes spécifiques à leurs milieux qui sont parfaitement décrites dans un ouvrage intitulé « les villes et le réchauffement climatique »[21]. La plupart des grandes associations qui constituent l'Affaire du siècle à savoir l'association de Notre

21 *Supra.*, note 9.

Affaire à Tous, OXFAM, la fondation Nicolas Hulot et Greenpeace sont intervenues au soutien de la procédure de Grande-Synthe afin de donner une nouvelle ampleur au recours. On rappellera que l'intervention dans une procédure en demande ou en défense est soumise à plusieurs conditions. En effet, est recevable à former une intervention, dans les conditions prévues par l'article R. 632-1 du Code de justice administrative, le tiers à l'instance qui justifie d'un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige[22]. L'intervention étant accessoire, le tiers-intervenant doit s'associer aux conclusions dont les parties originaires ont déjà saisi la juridiction[23].

L'accent est donc mis à travers ce contentieux sur la question cruciale de l'inertie de l'État et de l'inadaptation du droit de l'environnement positif malgré l'intervention de la nouvelle loi du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat dont on ne peut pas dire qu'elle soit véritablement dynamique. La vérité est que la France reste toujours régie en son principe par le flou des définitions de la protection du climat dans la Charte de l'environnement, l'insuffisance du caractère impératif de la situation se vérifie dans les limites de l'affirmation du climat comme priorité nationale telle que prévue à l'article L.229-1 du Code de l'environnement et dont la juridiction administrative refuse de prendre en considération cette disposition et d'y voir autre chose qu'un projet ou plus exactement un programme[24].

L'important arrêt rendu par le Conseil constitutionnel du 31 janvier 2020[25] laisse peut-être arguer un retournement de situation, car sans anticipation la Haute juridiction constitutionnelle n'a pas hésité (à l'inverse de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques de 1992) à faire prévaloir l'impératif environnemental sur le principe de la liberté d'entreprendre. Sans doute, la question climatique devrait-elle alors effectivement remise au goût du jour et on peut l'espérer avec toute son ampleur lorsque les 100 membres de la Convention citoyenne pour le climat[26] rendra sa copie en avril 2020 et surtout non pas sur la consistance de son rapport, mais sa mise en œuvre. Ceci montre, en dehors des manifestations du grand public qui restent effectivement de plus en plus fréquentes et développées combien, il faut également compter sur le droit pour faire avancer les choses. Mais ici, reste une interrogation former plus seulement dans l'évolution du droit positif, mais à résoudre et chaque jour qui passe le prouve et l'atteste dans la question cruciale qui est surtout de répondre à l'urgence climatique.

22 CE Sect., 25 juillet 2013, *OFPRA c/ Edosa Felix*, req. N°350.661 ; pour des illustrations v. CE, 10 février 2014, *Soc. Cabinet Henri Abecassis*, req n° 367.262 ; CE, 30 mars 2015, *Assoc. Pour la protection des animaux sauvages*, req. N°375.144 ; CE, 23 novembre 2015, *Min. des finances et des comptes publics c. SAS Sarah résidence de tourisme*, req. N°377.390.

23 CE, 5 février 1988, *Min. de l'intérieur et de la décentralisation c. Surette*, Rec. P. 960 ; CE, 26 mars 1996, *SARL Pub espace*, Rec. T. p. 1096 ; CE, 19 janvier 2000, *Fédération syndicat Sud PTT*, req. N°179.183, Rec. T. p. 1163.

24 CAA Nancy, 21 juin 2007, *Commune de Heidwiller*, n° 06NC00102.

25 Conseil constitutionnel, 31 janvier 2020, DC n° 2019-823 QPC.

26 Plus de détails sur les propositions de la Convention citoyenne pour le climat : https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/.

11
« Les People's Climate Case »[1] c. Union européenne (2019)

Estelle Brosset[2]
Ève Truilhé[3]

L'Union a joué et joue un rôle[4] important dans la promotion de la lutte contre les changements climatiques[5]. Elle a ainsi largement participé[6] aux négociations internationales et notamment à celles ayant abouti à l'Accord de Paris qu'elle a conclu en propre le 5 octobre 2016[7]. D'ailleurs en grande partie pour exercer un leadership dans les négociations internationales, l'Union s'est concomitamment fixée des objectifs ambitieux de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) et, pour les atteindre, a adopté plusieurs textes depuis la désormais célèbre directive[8] du 13 octobre 2003 relative au système d'échange de quotas d'émission de l'UE (EU-ETS[9]) jusqu'au dernier « paquet législatif » composé de la directive 2018/410 du 14 mars 2018, modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût-efficacité des réductions d'émissions et de favoriser les investissements à faible intensité de carbone[10] ; du règlement 2018/841 du 30 mai 2018, relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de GES résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie[11] et du règlement 2018/842 du 30 mai 2018, relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de GES par les États membres de 2021 à 2030[12]. Malgré cet arsenal législatif, les deux recours commentés ici ont pour fondement l'insuffisance supposée de l'action européenne en faveur de la lutte contre le changement climatique.

1 Une seule requête, la première a été médiatisée sous ce nom, mais eu égard aux similitudes de la seconde, également portée par des personnes physiques et morales à propos de la politique climatique de l'Union, une telle désignation, pratique, peut être retenue pour les deux affaires.
2 Professeure, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.
3 Directrice de recherches CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.
4 Certes, les Traités n'attribuent pas à l'Union une compétence autonome dans le domaine climatique ; mais son action peut être fondée sur les compétences existantes, notamment la compétence en matière de protection de l'environnement. Le traité de Lisbonne a intégré, codifiant ce qui était depuis longtemps admis, la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs prioritaires de la politique environnementale de l'Union européenne.
5 Pour une vue synthétique des actes de l'Union en la matière : E. Brosset et S. Maljean-Dubois, The Paris Agreement, EU Climate Law and the Energy Union in M. Peeters and M. Eliantonio (editors), *Research handbook on EU Environmental Law*, Edward Elgard Publishing, 2020.
6 Il faut dire que, selon le traité, l'Union doit poursuivre la promotion, « sur le plan international » (Article 191-1 TFUE), de la lutte contre le changement climatique. La conclusion d'accords est évoquée, toutefois uniquement lorsqu'ils ont pour objet de déterminer les modalités de coopération entre l'Union et les tierces parties concernées.
7 Décision (UE) 2016/1841 du Conseil du 5 octobre 2016 relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'Accord de Paris, *JOUE L 282, 19.10.2016, p. 1-3.*
8 Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *JOUE* L 275, 25.10.2003, p. 32–46.
9 Pour « The EU Emissions Trading System » (EU ETS).
10 *JOUE* 2018, L 76, p. 3.
11 *JOUE* 2018, L 156, p. 1.
12 *JOUE* 2018, L 156, p. 26.

Le 23 mai 2018, plusieurs particuliers appartenant à des familles de divers pays de l'Union européenne (Allemagne, France, Italie, Portugal, Roumanie) et du reste du monde (Kenya, Fidji) ainsi qu'une association de droit suédois représentant de jeunes autochtones Samis[13] déposaient une requête devant le Tribunal de l'Union européenne. Soutenus par plusieurs associations européennes (dont CAN Europe et Notre affaire à tous), ces requérants opéraient tous dans les secteurs de l'agriculture ou du tourisme et étaient tous affectés, dans leurs activités[14], mais également parfois, dans leur santé[15], par les conséquences du changement climatique (élévation du niveau de la mer ; tempête ; vagues de chaleur, sécheresse et manque d'eau ; absence de neige et de glace ; feux de forêts ; cyclones). Leur requête visait à faire reconnaître que les objectifs de l'Union de réduction des émissions d'au moins 40 % d'ici à 2030 par rapport au niveau de 1990[16] sont insuffisants non seulement pour respecter l'Accord de Paris, mais aussi garantir leurs droits fondamentaux à la vie, à la santé et à la propriété. Précisément, la requête consistait en un recours en annulation à l'encontre de trois actes de l'Union en matière climatique[17] et un recours en responsabilité de l'Union pour les dommages causés par les changements climatiques à leur santé, leurs biens et leurs revenus. Le Tribunal a rendu le 8 mai 2019[18] une ordonnance qui conclut à l'irrecevabilité[19] sans examiner au fond les arguments avancés. Les requérants ont introduit le 23 juillet 2019 un pourvoi devant la Cour[20] dans laquelle ils demandent l'annulation de l'ordonnance, la déclaration de la recevabilité du recours et le renvoi de l'affaire au Tribunal pour qu'il statue au fond.

Une autre requête a été déposée le 4 mars 2019 par Peter Sabo (lui-même agissant au nom de l'ONG « WOLF Forest Protection Mouvement ») et six autres requérants établis en Estonie, Irlande, France, Roumanie, Slovaquie ainsi qu'aux États-Unis. Les requérants demandent l'annulation de plusieurs dispositions de la directive 2018/2001 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (dite directive RED II)[21] qui permettent de comptabiliser l'énergie issue de la

13 L'occupation traditionnelle et l'élevage de rennes qui est leur activité principale est affectée du fait de la fonte des neiges.

14 « À titre d'exemple, on peut citer parmi les requérants des parents habitant les petites îles au large des côtes allemandes de la mer du Nord dont les opportunités de santé, de propriété et d'occupation (comme le tourisme) sont affectées par l'élévation du niveau de la mer ; des enfants et leurs parents vivant dans les Carpates roumaines dont les moyens de subsistance et l'occupation traditionnelle (comme l'agriculture et l'élevage) sont menacés par des températures plus élevées et le manque d'eau ; un lavandiculteur français qui a perdu 44 % de ses récoltes en Provence en 6 ans à cause des impacts du changement climatique ; une famille portugaise dont l'occupation (dans la plantation et la gestion des forêts) est affectée par la hausse des températures, la multiplication et l'intensification des feux de forêts » : https://notreaffaireatous.org/le-recours-climat-citoyen/ (consulté le 20 février 2020).

15 Le Tribunal cite les rapports de la Banque mondiale et de l'Unicef (Fonds des Nations unies pour l'enfance) qui évoquent des dommages à la santé humaine, en particulier aux enfants (pt 24).

16 Communication de la Commission, Programme de lutte contre le changement climatique planétaire après 2020, COM/2015/081 final.

17 Directive 2018/410 du 14 mars 2018, modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût-efficacité des réductions d'émissions et de favoriser les investissements à faible intensité de carbone (*JOUE* 2018, L 76, p. 3) ; Règlement 2018/841 du 30 mai 2018, relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie (*JO* 2018, L 156, p. 1) ; Règlement 2018/842 du 30 mai 2018, relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030 (*JOUE* 2018, L 156, p. 26).

18 Ordonnance du Tribunal de l'Union du 8 mai 2019, *Armando Carvalho / Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-330/18, *EU:T:2019:324*.

19 Le Conseil de l'Union européenne ainsi que le Parlement ont soulevé une exception d'irrecevabilité. En vertu du règlement de procédure, si la partie défenderesse le demande, le Tribunal peut statuer sur l'irrecevabilité ou l'incompétence sans engager le débat au fond ce que le Tribunal fait.

20 Pourvoi, *Armando Carvalho / Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-565/19 P.

21 Directive 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018, *JOUE* 2018, L 328, p. 82. Cette directive vient réviser plusieurs directives antérieures, principalement, la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (*JOUE* L 140 du 5.6.2009, p. 16) afin, conformément à l'article 194-1 du TFUE, de promouvoir les énergies renouvelables et de réduire les émissions de gaz à effet de serre. L'objectif général de l'Union pour la part de l'énergie produite à partir d'énergies renouvelables, pour l'heure de 20 % jusqu'en 2020, a été porté à 32 % d'ici à 2030.

biomasse forestière parmi les sources d'énergies renouvelables. Utilisée depuis très longtemps comme source d'énergie au plan domestique comme industriel (pour faire tourner notamment les verreries et les forges), la biomasse forestière[22] a connu depuis quelques années une utilisation croissante[23] en vue de la production d'électricité[24] dans de nombreux pays de l'Union. L'avantage des bio-énergies notamment provenant du bois ou des résidus d'industries forestières est d'être renouvelables et disponibles[25]. Que leur promotion constitue un élément important du paquet de mesures adoptées par l'Union afin de réduire les émissions de GES et se conformer aux engagements pris par l'Union au titre de l'Accord de Paris n'est dès lors guère surprenant. Toutefois, pour les requérants, l'inclusion va à l'encontre d'un tel objectif puisqu'elle est susceptible d'entrainer une exacerbation des émissions de GES, du fait, tout à la fois, de l'augmentation de leur production (car la combustion de bois émettrait davantage que l'utilisation de fuel ou de charbon) et de la diminution de leur absorption (car les forêts sont des puits de carbone). Le Tribunal vient tout juste de rendre sa décision[26].

Les deux requêtes sont similaires dans leurs apports potentiels. Elles mettent en lumière ce que l'on savait déjà, c'est-à-dire combien la recevabilité des recours individuels en matière environnementale constitue, devant le prétoire de Luxembourg, un obstacle (**I**). Du fait de cet obstacle d'ordre procédural, il est plus que probable que ces affaires soient tranchées sans que ne soit appréciée, au fond, la légalité de la politique climatique de l'Union au regard de ses engagements internationaux, mais aussi des droits fondamentaux des requérants et qu'elles nous laissent donc avec ce que nous ignorons toujours (**II**).

I. Ce que l'on savait déjà : l'obstacle de la recevabilité des recours individuels au juge de l'Union en matière climatique

Les associations en soutien ont largement médiatisé, pour des raisons bien compréhensibles, le recours « People's Climate Case » – au point que la presse titrait au mois d'août 2018 sur la recevabilité de la requête[27] (qui en fait avait uniquement fait l'objet d'un enregistrement par le greffe du Tribunal). Et pourtant, à l'inverse c'est bien à son irrecevabilité que le Tribunal a, par la voie d'une ordonnance en date du 8 mai 2019, conclu. S'agissant de la seconde affaire sur laquelle le Tribunal vient tout juste de s'exprimer, la conclusion est identique. Que l'irrecevabilité constitue l'un des principaux obstacles à un tel recours était tout à fait prévisible (**A**). Pourtant les arguments favorables à la recevabilité ne sont pas négligeables et l'obstacle pourrait ne pas être totalement, en imaginant un raisonnement différent (**B**).

22 La biomasse d'origine forestière comprend : le bois d'œuvre, le bois de trituration destiné à l'industrie du papier et des panneaux, et le bois énergie. Mais il faut également intégrer les déchets, sous-produits et coproduits provenant de l'industrie du sciage ainsi que les produits en bois en fin de vie.

23 À l'heure actuelle, l'énergie issue de la biomasse (bioénergie) représente près de 60 % de la consommation d'énergie renouvelable dans l'Union et 70 % de cette bioénergie provient du bois ou des résidus d'industries forestières. On entend par « bioénergie » l'énergie produite à partir de la biomasse. La biomasse est la fraction biodégradable des produits, des déchets et des résidus d'origine biologique provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales, de la sylviculture et des industries connexes, y compris la pêche et l'aquaculture, ainsi que la fraction biodégradable des déchets.

24 Le plus souvent dans des centrales thermiques qui fonctionnaient au charbon et qui ont été converties pour brûler de la biomasse.

25 Communication de la Commission, Une nouvelle stratégie de l'UE pour les forêts et le secteur forestier (COM/2013/0659 final) : « Les forêts et autres surfaces boisées couvrent plus de 40 % du territoire de l'UE et présentent des caractéristiques très diverses d'une région à l'autre. La superficie forestière de l'UE a augmenté de près de 0,4 % par an au cours des dernières décennies grâce au reboisement et à la succession naturelle ».

26 Ordonnance du Tribunal du 6 mai 2020, Peter Sabo et a. c/ Parlement et Conseil, aff. T-141/19, ECLI:EU:T:2020:179.

27 https://www.lemonde.fr/planete/article/2018/08/15/l-europe-accusee-d-incurie-sur-le-climat_5342643_3244.html.

A. Un obstacle prévisible

L'irrecevabilité du recours dans son intégralité, prononcée par le Tribunal dans les deux affaires, rejoint, sans aucun doute, une jurisprudence constante. Dans la première affaire, le recours en annulation visait trois actes de nature législative[28]. Dès lors, il ne pouvait être recevable que si les requérants parvenaient à démontrer, conformément à l'article 263 alinéa 4 TFUE, que de tels actes les concernaient « directement et individuellement »[29]. L'argument principal des requérants était le suivant : les effets du changement climatique ont été (et seront) à la source de la violation de plusieurs droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union, violation différente en fonction du requérant considéré. Par exemple un agriculteur affecté par la sécheresse se trouve dans une situation différente de celle d'un agriculteur dont les terres sont inondées et salinisées par l'eau de mer. Même au sein d'un groupe d'agriculteurs tous touchés par la sécheresse, chacun d'entre eux est susceptible, en fonction de son activité, d'en subir les conséquences différemment. Ainsi, « bien que toute personne puisse en principe jouir chacune d'un même droit (tel que le droit à la vie ou le droit au travail), les effets du changement climatique et, partant, la violation des droits fondamentaux seraient uniques et différents pour chaque individu »[30] ce qui devait permettre de remplir la condition d'individualité.

Le Tribunal réfute sans surprise ce raisonnement. Il rappelle d'abord ce qu'il a déjà eu souvent l'occasion de dire ailleurs : une violation des droits fondamentaux « ne suffit pas à elle seule à déclarer le recours d'un particulier recevable, sous peine de vider les exigences de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE de leur substance »[31]. Une telle position est convaincante tant la solution inverse aboutirait clairement à priver de son sens la condition d'affectation individuelle, tout individu étant en effet susceptible d'être affecté « d'une manière ou d'une autre par le changement climatique »[32]. Le Tribunal poursuit ensuite en considérant que la démonstration d'une affectation différente pour chacun des requérants ne suffit pas à prouver l'affectation individuelle. Depuis l'arrêt *Plaumann*, il est exigé que le requérant démontre qu'il est affecté « en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, l'individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire »[33]. Ainsi, selon le Tribunal, il faut une

28 Ce que les requérants ne contestent pas : pt 41. La distinction entre un acte législatif et un acte réglementaire repose sur le critère de la procédure, législative ou non, ayant mené à son adoption. Les actes visés ont été adoptés par la voie de la procédure législative. Ils sont de nature législative.

29 Il faut également que ces actes le concernent « directement ». Le Conseil et le Parlement avaient développé des arguments sur ce point qui visaient à démontrer l'absence d'affectation directe, d'abord le fait que les requérants n'ont pas démontré les effets des actes attaqués sur leur situation juridique, mais uniquement sur leur situation de fait, ensuite le fait que ces actes attaqués n'« autorisent » personne à émettre des GES, mais fixent des obligations d'ensemble pour l'État qui doit allouer en conséquence des quotas d'émissions. Les requérants avaient de leurs côtés fait valoir qu'ils étaient directement affectés par ces actes dans leur situation juridique étant donné que ces derniers allouaient un volume excessif d'émissions qui, parce qu'il s'agissait d'autorisations d'émettre, portaient atteinte à leurs droits fondamentaux. Toutefois, rappelant le caractère cumulatif de ces conditions de recevabilité, le Tribunal décide d'envisager si la première condition est remplie et, concluant qu'elle ne l'est pas, n'envisage pas la seconde. Il est superflu, si les requérants ne sont pas concernés individuellement par le paquet législatif, de rechercher si ce dernier les concerne directement.

30 Pt 46.

31 Pt 48 qui cite Trib., 2 mars 2010, *Arcelor/Parlement et Conseil*, T16/04, *EU:T:2010:54*, pt 104 : La requérante Arcelor, un producteurs de fonte ou d'acier, n'a pas établi que l'obligation d'autorisation d'émission de GES (qui s'appliquent à tous les opérateurs visés par la directive 2003/87 précitée) portaient atteinte à ses droits fondamentaux et lui causaient un préjudice grave de nature à l'individualiser comme un destinataire par rapport à tout autre opérateur concerné par ces dispositions..

32 Pt 50.

33 CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann / Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 199.

affectation « analogue à un destinataire de l'acte » c'est-à-dite exclusive de toute autre[34] ce qui n'a pas été démontré et fonde l'irrecevabilité du recours. Le Tribunal ajoute, ce qui n'est pas nouveau[35] que la protection conférée par l'article 47 de la Charte (relatif à un droit à une protection juridictionnelle effective) « n'exige pas qu'un justiciable puisse, de manière inconditionnelle, intenter un recours en annulation directement devant la juridiction de l'Union contre un tel acte législatif de l'Union »[36] parce d'autres voies de droit sont ouvertes, plus précisément des voies de droit à l'encontre des actes d'exécution de tels actes[37].

S'agissant de la requête Peter Sabo, le Tribunal a, comme cela était prévisible, également conclu à l'irrecevabilité. En l'espèce, le recours porté était aussi un recours en annulation, ici à nouveau, à l'encontre d'un acte législatif (la directive REDD II) ce qui exigeait que l'affectation individuelle (et directe) des requérants soit démontrée. Comme dans la premiere affaire, les requérants, à l'appui de leur démonstration, mettaient en avant la spécificité des atteintes à plusieurs droits fondamentaux dont ils estimaient être victimes. Le requérant estonien, adepte du paganisme, se déclarait affecté d'une manière spécifique par la destruction des forêts de son pays[38], l'habitant de Gardanne par le bruit de la centrale à bois et les poussières qui s'en émanent tandis qu'un habitant de Caroline du Nord se plaignait de la modification de son cadre de vie du fait de l'activité de production de pellets de bois qui s'exerce à proximité de chez lui. Le sort réservé à de tels arguments dans l'affaire précédente ne laissait pourtant pas beaucoup d'espoir. Selon le Tribunal, au-delà du fait que le texte est un acte de portée générale qui ne s'adresse pas à une catégorie limitée de destinataires, une affectation spécifique pour chacun des requérants ne constitue pas une affectation individuelle. Et effectivement, le Tribunal a conclut à l'irrecevabilité de la requête pour ces deux raisons et calque, quasi intégralement son raisonnement sur celui déjà retenu dans l'affaire *Carvalho*.

Dans la première affaire, il faut rappeler qu'un deuxième type de recours avait été porté par les requérants, un recours en responsabilité contractuelle[39]. Les requérants demandaient, on l'a dit, réparation des préjudices sur leurs biens (réduction de leurs activités et de leurs moyens de subsistance) ou sur leur santé (dommages physiques) qu'ils estimaient avoir déjà subi du fait du changement climatique. Toutefois, au lieu d'une indemnité pécuniaire, ils souhaitaient obtenir réparation sous la forme d'une injonction ordonnant à l'Union d'adopter des mesures imposant d'ici à 2030 une réduction du niveau des émissions de GES comprise entre 50 % et 60 % par rapport à leur niveau de 1990. Or, c'est précisément cette demande qui fonde le constat d'irrecevabilité.

34 Le Tribunal l'avait déjà dit dans un arrêt relatif à la politique climatique de l'Union, arrêt du 2 mars 2010, *Arcelor/Parlement et Conseil*, af. T16/04, *EU:T:2010:54*, point 103 et jurisprudence citée.

35 Voir par exemple pour une formulation catégorique en ce sens : TPICE, 27 juin 2000, *Salamander e. a. / Parlement et Conseil*, T-172/98, *Rec.* p. II-2487, pt 75. Voir aussi, CJCE, 25 juillet 2002, *UPA*, aff. C-50/00 P, *Rec.* p. 3425, pt. 38.

36 Pt 52.

37 Selon que ces actes d'exécution sont pris par la Commission ou les États membres, les requérants auront en effet, selon le Tribunal, de faire valoir l'invalidité de tels actes, soit de manière incidente, en vertu de l'article 277 TFUE, devant le juge de l'Union, soit devant les juridictions nationales en amenant celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes, à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles (article 267 TFUE).

38 Hasso Krull, requérant d'origine estonienne invoque en effet une atteinte à sa liberté de manifester sa religion (consacrée à l'article 10 de la Charte) ainsi que la violation du principe du respect de la diversité religieuse (article 24). Ce requérant se revendique en effet d'une tradition spirituelle qui reconnaît le caractère sacré de certains éléments de la nature dont les forêts. Il estime sa liberté religieuse est affectée par la destruction de certains sites sacrés au nom de la production de pellet de bois à des fins de production d'énergie.

39 Article 340 TFUE.

Le Tribunal rappelle le caractère autonome de cette voie de recours[40] qui ne doit pas permettre d'obtenir un résultat semblable à celui d'une annulation[41]. En l'espèce, selon le Tribunal, il ressort clairement du dossier que les objectifs des deux recours sont quasiment identiques : « l'action en réparation ne vise pas à indemniser un préjudice imputable à un acte illicite ou à une omission, mais à amender le paquet législatif »[42]. Pour cette raison, il n'est pas recevable.

B. Un obstacle pourtant non définitif ?

Si le raisonnement du Tribunal est prévisible, on aurait toutefois pu espérer (et on peut encore espérer ?) qu'il soit différent en totalité ou en partie, et ce, tant à propos du recours en responsabilité qu'en annulation.

En matière de responsabilité, il faut en effet souligner que l'interdiction rappelée par le Tribunal (de poursuivre dans ce recours la même finalité qu'avec le recours l'annulation) n'est pas prévue par le traité, mais, comme souvent à propos de ce recours, est issue de la jurisprudence, plus exactement d'un seul arrêt déjà ancien. Il n'est dès lors pas impossible de se départir de ce qui n'est ni une jurisprudence ni une interdiction du traité. En outre, et c'est précisément ce qu'avancent les requérants, y compris en se conformant à cette interdiction, il est envisageable de raisonner autrement, car la finalité des deux recours ne semble pas complètement identique[43]. Alors que la demande d'annulation a pour objet une annulation *erga omnes*, la demande de réparation vise la protection des intérêts individuels des requérants et ce, même si elle devait comporter « compte tenu des caractéristiques du système climatique » « des avantages qui profiteraient à tous »[44]. De plus, alors que le recours en annulation vise spécifiquement le paquet législatif, le recours en responsabilité est plus large et porte sur le comportement de l'Union en matière de réduction d'émissions de GES depuis 1992.

Différent, le raisonnement aurait également pu l'être à propos du recours en annulation. On se souvient que le Tribunal avait, en son temps, suggéré une évolution de l'interprétation Plaumann[45]. Qu'il s'y « risque » à nouveau n'était donc pas totalement impossible surtout que les critiques demeurent fortes à son propos notamment au regard de l'article 47 de la Charte. D'ailleurs, les requérants ne manquent pas d'en rappeler certaines, notamment une : l'interprétation serait « inappropriée », en ce qu'elle se traduit par des résultats paradoxaux puisque « plus les effets dommageables d'un acte sont généralisés, plus l'accès aux tribunaux est restrictif. En d'autres termes, plus le dommage est grave, plus le nombre de personnes affectées est élevé, et moins la protection juridictionnelle est disponible »[46].

40 L'irrecevabilité d'une demande d'annulation n'entraîne pas automatiquement celle d'une demande d'indemnisation : Arrêt du 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conseil*, 5/71, EU:C:1971:116, point 3.
41 CJCE, du 15 décembre 1966, *Schreckenberg/Commission*, 59/65, *EU:C:1966:60*, p. 797.
42 Pt 68.
43 Ce que serait par exemple l'obtention du paiement d'une somme dont le montant correspondrait exactement.
44 Pt 63.
45 TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission*, aff. T177/01, *Rec.* p. II2365.
46 Pt 32.

Une telle suggestion d'évolution eut été d'autant moins impossible qu'une telle interprétation a été considérée il y a peu comme ne respectant pas la Convention d'Aarhus, spécifiquement son article 9-3[47], par le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention[48]. On doit toutefois admettre que certains éléments ne plaident pas nécessairement en faveur de l'utilisation d'une telle Convention, ce que le Tribunal, dans son ordonnance du 6 mai 2020 ne manque pas de souligner[49].

Sans remettre en cause la jurisprudence constante, on aurait pu également attendre un raisonnement d'une teneur un peu différente. En effet, l'arrêt Plaumann n'exige pas que l'atteinte aux droits d'un requérant soit « exclusive », mais qu'elle soit « distinctive » et ce, du fait de ses qualités particulières ou même d'une situation de fait qui lui est propre et qui le caractérise (le distingue) des autres destinataires. Or, le Tribunal n'opère pas précisément une telle distinction entre ces deux exigences ce qu'il pourrait envisager. En outre, il n'envisage à aucun endroit concrètement la situation de fait de chacun des requérants pour conclure à l'irrecevabilité.

Que le pourvoi contre l'ordonnance formé le 11 juillet 2019 devant la Cour revienne sur ces arguments n'est pas surprenant. Logiquement limité aux questions de droit[50], il s'articule principalement autour du grief de la violation des droits fondamentaux qui, selon les requérants, devrait permettre la recevabilité du recours, dans le cadre ou en dehors du cadre de la jurisprudence Plaumann[51]. Selon eux, d'une part, les impacts des changements climatiques sont, en pratique, distincts selon le requérant considéré et cette différence de situation de fait permet de les individualiser. D'autre part, les requérants rappellent que le juge de l'Union a déjà admis l'affectation individuelle non pas en fait, mais en droit, par exemple lorsque lorsqu'un acte impose à l'auteur de l'acte de tenir compte de la situation particulière de la partie requérante[52] ou encore lorsqu'il porte atteinte à un droit particulier[53] (tels les droits fondamentaux)[54]. Dans le pourvoi, il s'agit de solliciter d'ailleurs cet argument et de proposer le raisonnement suivant : lorsqu'un acte législatif de l'Union provoque une violation « d'un degré sérieux » des droits fondamentaux de certains requérants, voire lorsqu'il « porte atteinte à leur essence »[55], ces requérants sont alors dans une situation particulière de droit qui les individualise et devrait rendre leur recours recevable.

---

47 Selon lequel les Parties à la Convention doivent veiller à ce que « les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ».

48 Conclusions du Comité d'examen, 17 mars 2017, dans l'affaire ACCC/C/2008/32 relative à l'accès à la justice au niveau de l'Union, paragraphe 123.

49 L'article 2-2 de la Convention exclut de son champ d'application les autorités publiques qui agissent dans l'exercice de pouvoirs législatifs.

50 Le pourvoi a été publié en anglais sur le site dédié au recours en version résumée et en version intégrale : https://peoplesclimatecase.caneurope.org/documents/ (Consulté le 20 février 2020).

51 Le premier moyen est en effet de considérer que, dans le cadre de la jurisprudence Plaumann, il est possible de démontrer l'affectation individuelle des requérants eu égard aux conséquences distinctes sur leur situation de fait des émissions de gaz à effet de serre et à l'atteinte à leurs droits fondamentaux « personnels ». Toutefois, de façon alternative, le second moyen serait d'adapter la jurisprudence Plaumann dans le cas d'espèce, parce qu'il n'y a pas d'autre voies de droit disponible et parce que l'acte porte atteinte de façon sérieuse aux droits fondamentaux.

52 CJCE, 17 janvier 1985, *Piraiki-Patraiki / Commission*, aff. 11/82, *Rec.*_p._00207, pt 19 ; CJCE, 26 juin 1990, *Sofrimport / Commission*, aff. C-152/88, *Rec.*_p._I-2477, point 11, TPICE, 17 juin 1998, *UEAPME / Conseil,* aff. T-135/96, *Rec.*_p._II-2335, point 90.

53 Arrêt du 18 mai 1994, *Codorniu / Conseil*, aff. C-309/89, *Rec.*_p._I-1853, points 19-22 : la recevabilité du recours contre le règlement attaqué découlait du caractère individualisant de la dénomination en cause sur le fondement de laquelle la partie requérante était depuis très longtemps l'unique titulaire d'un droit de marque.

54 Tribunal, 2 mars 2010*, Arcelor / Parlement et Conseil,* aff. T-16/04, *Rec.* p. II-211, pts 102-103, 105. En tout état de cause, la requérante n'a pas établi que les dispositions litigieuses, en particulier l'obligation d'autorisation d'émission et d'autres obligations de la directive 2003/87 portaient atteinte à ses droits fondamentaux et lui causaient un préjudice grave de nature à l'individualiser comme un destinataire par rapport à tout autre opérateur concerné par ces dispositions.

55 Pt 28 du pourvoi.

Ce premier argument est complété[56], par un second qui répond à un argument souvent utilisé par le juge[57], celui du caractère compensatoire des autres voies de droit. Selon les requérants, « dans les circonstances de l'espèce », les limites d'une telle compensation – déjà relevées au plan général[58] – sont encore plus importantes en l'espèce. D'abord, un recours devant les juridictions nationales concernerait nécessairement des mesures particulières de réduction des émissions de GES prises par un État membre[59] et non tout le paquet législatif. Ensuite, pour réduire les émissions totales de l'Union à un niveau conforme, chaque requérant serait obligé d'introduire une procédure devant les juridictions de tous les États membres[60] ce qui, du fait de la diversité des procédures nationales, serait au plan pratique déraisonnable[61].

Le pourvoi n'est pas tranché et un deuxième sera peut-être formé ce qui laisse la possibilité au juge de prendre en considération ces arguments… et peut-être aux requérants de passer le stade de la recevabilité. Si tel était le cas le juge de l'Union aurait à examiner au fond les requêtes. Dans l'attente, nous ignorons toujours quelle pourrait être l'issue de l'appréciation au fond de la politique climatique de l'Union.

II. Ce que l'on ignore toujours : quelle appréciation de la politique climatique de l'Union par son juge ?

Dans les deux requêtes, certains des arguments avancés au fond par les requérants pourraient convaincre (**A**). Toutefois ils prennent placent dans un contexte de grande complexité –juridique comme scientifique – qui ne permet pas d'anticiper avec certitude l'issue d'un contrôle au fond, si celui-ci était mené (**B**).

A. Les arguments convaincants des requérants

Les arguments sont proches dans les deux requêtes. Dans la première requête (qui demeure ouverte du fait du pourvoi), les requérants avancent, en vue de démontrer l'insuffisance de l'objectif de l'Union en matière de réduction des émissions de GES, pas moins de dix moyens que l'on peut regrouper en deux catégories. Premièrement, ils arguent que l'objectif fixé viole l'obligation de prévenir les dommages causés par le changement climatique, obligation issue de l'Accord de Paris[62],

56 On peut également souligner l'invocation des traditions constitutionnelles des États (art 6-3 TFUE et préambule de la Charte) à l'appui du pourvoi. Aucun État n'exige une condition aussi serrée (être exclusivement concerné) au plan administratif comme constitutionnel (spécialité de l'intérêt pour le juge administratif, violation des droits fondamentaux en plus pour le recours de pleine juridiction par exemple). Le respect des traditions constitutionnelles impliquerait donc une autre interprétation.

57 E. Truilhé, E. Brosset, L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne, in *RDLF*, 2018, chron., n° 07.

58 *Ibidem.*

59 De plus, cela est dit d'ailleurs dans le pourvoi (pt 56) la validité ou l'invalidité de ces actes de l'Union n'affecte pas forcément celle des mesures nationales.

60 Dans le pourvoi, les requérants ajoutent que dans deux pays seulement (Allemagne et Espagne), une requête constitutionnelle peut exiger une injonction de faire la loi pas uniquement d'exiger l'annulation d'une loi (pt 63).

61 Le pourvoi (pt 60) évoque : "Unreasonable imposition of filing actions in all Member States".

62 Les premiers résultats après l'Accord de Paris attestent de ce que l'Union n'est pas sur une trajectoire de limitation de l'augmentation des températures à 2℃ voire 1,5 ℃ comme prévu par l'Accord (Communication de la Commission, 28 novembre 2018, Une planète propre pour tous Une vision européenne stratégique à long terme pour une économie prospère, moderne, compétitive et neutre pour le climat, COM/2018/773 final).

de l'article 191 TFUE[63] et de l'interdiction coutumière des États de causer des dommages sur le territoire d'un autre État. Deuxièmement, un tel objectif porterait atteinte à plusieurs droits fondamentaux protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : le droit à la vie (article 2), le droit à l'intégrité physique (article 3), les droits des enfants (article 24), le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée (article 15), la liberté d'entreprise (article 16), le droit de propriété (article 17) et le droit à l'égalité de traitement (articles 20 et 21). On retrouve dans la seconde requête, dans les grandes lignes, ces deux catégories de moyens. Par l'inclusion de la biomasse forestière, la directive 2018/2001 méconnaîtrait, selon les requérants, l'article 191 TFUE, car elle ne préserverait pas la qualité de l'environnement, ne protègerait pas la santé humaine et n'utiliserait pas les ressources naturelles de manière prudente ou rationnelle. Par ailleurs, cette directive porterait atteinte à de nombreux droits des requérants (reconnus aux articles 7, 10, 14, 17, 22, 24, 35 et 37 de la Charte des droits fondamentaux)

Ces arguments au fond ne sont pas dépourvus de fondements notamment au plan scientifique. Certes les indicateurs semblent globalement positifs puisque l'Union européenne a enregistré, par rapport à 1990, une baisse de ses émissions de l'ordre de 22 % et donc a déjà dépassé son objectif de réduction de 20 % pour 2020 par rapport à 1990[64]. La mise en œuvre du paquet législatif devrait permettre de réduire ses émissions d'au moins 40 % (peut-être 45 %) d'ici à 2030 et sans doute autour de 60 % d'ici à 2050. En dépit de ce bilan, de telles baisses ne sont pas suffisantes pour que l'Union respecte les objectifs de température fixés dans l'Accord de Paris comme la Commission le reconnaît d'ailleurs elle-même[65]. Les premiers résultats après l'Accord de Paris attestent de ce que l'Union n'est pas sur une trajectoire de limitation de l'augmentation des températures à 2℃ voire 1,5 ℃.

Ils ne sont également pas dénués de fondement au plan juridique. D'abord, selon le TFUE, les accords internationaux conclus par l'Union, ce qui est le cas de l'Accord de Paris, lient les institutions de l'Union (et leurs États membres[66]) ce qui, en principe, pourrait permettre l'annulation d'un acte de l'Union non conforme à l'Accord de Paris. Le conditionnel s'impose toutefois ici, car en pratique, une telle conclusion est loin d'être assurée, parce qu'elle exige, au préalable, de démontrer le caractère directement invocable de/des disposition(s) d'un tel accord ce qui est bien loin d'être aisé[67]. Ensuite,

63 Article 191-1 TFUE : « 1. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, la protection de la santé des personnes, l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique ».

64 Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil : L'UE et l'accord de Paris sur le climat : bilan des progrès réalisés à la COP de Katowice, COM/2018/716 final.

65 Communication de la Commission, 28 novembre 2018, Une planète propre pour tous Une vision européenne stratégique à long terme pour une économie prospère, moderne, compétitive et neutre pour le climat, COM/2018/773 final.

66 Voir l'article 216, paragraphe 2, TFUE. Par conséquent les accords prévalent sur les actes que les institutions édictent : CJUE, 28 novembre 2018, *Conseil e.a./Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, C401/12 P à C403/12 P, *EU:C:2015:4*, point 52 et jurisprudence citée, ainsi que *Conseil et Commission/Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe*, C404/12 P et C405/12 P, *EU:C:2015:5*, point 44 et jurisprudence citée.

67 Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que l'examen de l'incompatibilité alléguée d'un acte de l'Union avec les dispositions d'un accord international auquel l'Union est partie n'a lieu qu'à la condition, d'une part, que la nature et l'économie de cet accord ne s'y opposent pas et, d'autre part, que ces dispositions apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises. Or, selon la Cour, cela n'était pas le cas du Protocole de Kyoto : « Force est ainsi de relever que, même si le protocole de Kyoto prévoit des engagements chiffrés en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre au regard de la période d'engagement correspondant aux années 2008 à 2012, les parties à ce protocole peuvent s'acquitter de leurs obligations selon les modalités et la célérité dont elles conviennent » ; « […] Ainsi, ladite disposition, quant à son contenu, ne saurait en tout état de cause être considérée comme revêtant un caractère inconditionnel et

le traité exige, dans son article 191-1 TFUE, que l'Union préserve, protège et améliore la qualité de l'environnement, protège la santé humaine et utilise les ressources naturelles de manière prudente ou rationnelle ce qui, ne peut être le cas souligne clairement le GIEC[68] si la limite de 1,5℃ est dépassée. Enfin, cette insuffisance des objectifs de l'Union (par les dommages liés au changement climatique créés ou qu'ils créeront) a porté (et pourrait effectivement porter) atteinte à plusieurs droits fondamentaux[69] protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Certes, l'exercice de tels droit est susceptible d'être limité notamment par des objectifs d'intérêt général de l'Union. Toutefois, selon les requérants, aucune justification ne permettrait de fonder de telles limitations et notamment l'étendue des capacités techniques et financières de l'Union, car des éléments de preuve attestent que l'Union avait les capacités de prendre des mesures de réduction des GES à des niveaux inférieurs à celui fixé.

B. L'appréciation à venir (?) du juge : une appréciation encore incertaine

Quoique convaincants, ces arguments n'augurent toutefois pas, loin de là, une issue positive des requêtes déposées si, ce qui serait déjà un tour de force, leur recevabilité, en pourvoi, était admise. La démonstration au fond devrait en effet soulever des difficultés non négligeables. Cela devrait être le cas dans le cadre du recours en responsabilité, car la discussion sur le lien de causalité entre le comportement du législateur de l'Union et les préjudices subis par les requérants s'annonce compliquée. Selon le Parlement qui s'est déjà exprimé sur cette question, elle devrait l'être du fait de la complexité à distinguer les préjudices résultant du changement climatique d'autres liés à d'autres phénomènes naturels ou d'autres activités humaines sans lien avec le changement climatique. Elle devrait également l'être, selon lui, du fait du caractère mondial du changement climatique : en effet, l'Union, même en réduisant à zéro l'ensemble de ses émissions, n'est pas en mesure de le maîtriser à elle seule.

S'agissant du recours en annulation, des difficultés pourraient se présenter. L'Accord de Paris est en effet articulé autour des contributions nationales que chaque Partie établit, communique et actualise[70]. Y compris dans le cas où l'invocabilité de l'accord serait admise, ce dernier ne prévoit donc que des « obligations de comportement »[71] dont il est toujours plus délicat de démontrer la violation. La violation de l'obligation de protection à un niveau élevé de l'environnement consacré à l'article 191 TFUE n'est pas simple non plus à prouver. Parce l'environnement est un domaine

suffisamment précis de manière à engendrer pour le justiciable le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité de la directive 2008/101 » : CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres,* Affaire C-366/10, *ECLI:EU:C:2011:864.*

68 GIEC, 2018 : Résumé à l'intention des décideurs, Réchauffement planétaire de 1,5 ℃, Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 ℃ par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté [Publié sous la direction de V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H. O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J. B. R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M. I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor et T. Waterfield]. Organisation météorologique mondiale, Genève, Suisse, 32 p.

69 Ces droits incluent le droit à la vie et à l'intégrité physique, le droit d'exercer une activité professionnelle, le droit de propriété, les droits des enfants et le droit à l'égalité de traitement.

70 Article 4§ 2, Accord de Paris.

71 S. Maljean-Dubois, L. Rajamani, « L'Accord de Paris sur les changements climatiques du 12 décembre 2015 », *AFDI*, 2015, vol. 61, p. 615-648.

« scientifiquement et politiquement complexe et sensible »[72], le juge considère de manière constante qu'il ne peut « substituer son appréciation des éléments factuels scientifiques et techniques à celle des institutions à qui seules le Traité a confié cette tâche »[73] et que donc son contrôle doit se limiter à celui de l'erreur manifeste d'appréciation[74]. Les mesures de l'Union ne sont donc susceptibles d'être annulées que lorsque les institutions ont commis des erreurs manifestes au regard de l'objectif poursuivi[75] ce qui logiquement a été très rarement le cas[76]. Le fait que, selon la Cour, l'exigence soit seulement celle d'un niveau de protection élevé, mais pas « nécessairement techniquement le plus élevé possible »[77] a sans doute participé à cette situation[78]. En effet, une telle interprétation rend possible la mise en balance entre « deux préoccupations en concurrence : un niveau adéquatement élevé de protection pour les humains, les animaux et l'environnement et la possibilité d'accroître la productivité »[79] d'un secteur et, associée au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, ne permet pas souvent d'obtenir l'annulation d'un acte de l'Union. l faut noter toutefois que le 12 décembre 2019, le Conseil européen , prenant note de la communication de la Commission européenne sur le pacte vert pour l'Europe, a fait sien l'objectif consistant à parvenir d'ici 2050 à une Union neutre pour le climat. Or un tel objectif pourrait favoriser la démonstration d'un niveau insuffisamment élevé de protection de l'environnement.

Enfin, le constat de la violation de plusieurs (nombreux !) droits fondamentaux[80] est également délicat à obtenir. D'abord, « l'appréhension du dommage est diamétralement opposée entre l'architecture des régimes climat et des droits de l'homme […] Le droit des droits de l'homme requiert l'identification d'un dommage, des victimes présumées et du responsable pour connaître d'un litige.

72 TPICE, 17 février 1998, *Pharos SA c/ Commission,* aff. T-105/96, *Rec.* 1998, p. II-285, pt. 69.

73 Pour des exemples dans le domaine environnemental et sanitaire : CJCE, 18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Vallés/Commission*, C326/05 P, *Rec.* p. I6557, points 75 à 77 et CJCE, 15 octobre 2009, *Enviro Tech*, aff. C425/08, Rec. I-10035, point 47. Afton Chemical, C343/09, EU:C:2010:419, pt. 46.

74 En ce domaine, son examen porte uniquement sur le respect des règles de forme et de procédure, l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans l'appréciation de ces faits ou l'absence de détournement de pouvoir.

75 Voir, notamment, arrêts du 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C343/09, *EU:C:2010:419*, point 38 ; du 22 décembre 2010, *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, C77/09, *EU:C:2010:803,* points 55 et 56 ; du 21 décembre 2016, *Associazione Italia Nostra Onlus*, C444/15, *EU:C:2016:978*, point 46, et du 9 juin 2016, *Pesce e.a.,* C78/16 et C79/16, *EU:C:2016:428,* point 49.

76 Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 10 novembre 2016 dans l'affaire C488/15 Commission européenne c. Bulgarie : « L'importance considérable de la qualité de l'air pour la protection de la vie et de la santé ne laisse certes que très peu de place pour la prise en compte d'autres intérêts. Elle exige donc également un contrôle strict de l'appréciation effectuée. Il existe cependant des intérêts incontestablement prépondérants, qui peuvent s'opposer à certaines mesures appropriées ».

77 CJCE, arrêt du 14 juillet 1998, *Safety*, aff. C-284/95, *Rec.* p. 4301, pt 49. Cela résulte déjà du libellé de la disposition (niveau de protection uniquement « élevé »), mais également du fait que l'article 193 TFUE permet aux États membres de maintenir ou d'établir des mesures de protection encore plus vigoureuses.

78 Pour une analyse détaillée de la nature et de la portée de l'exigence d'un niveau élevé de protection de l'environnement, on lira : D. Misonne, *Droit européen de l'environnement et de la santé, L'ambition d'un niveau élevé de protection,* LGDJ, Anthémis, 2011, 450 p.

79 Conclusions de l'avocate général Mme Eleanor Sharpston présentées le 12 mars 2019, Affaire C616/17, Procureur de la République c/ M. Blaise.

80 Le recours aux droits fondamentaux pourrait également suivre une autre direction : non pas celle de l'atteinte aux droits, mais de la protection des droits (C. Cournil, La relation « droits de l'homme et changements climatiques » au sein de la Communauté internationale et en Europe, in C. Cournil A.-S. Tabau (coord.), *Politiques climatiques de l'Union européenne et droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 27). Il n'est pas impossible de considérer le droit à la vie et le droit au respect de la vie privée et familiale comme susceptibles d'intégrer le droit de ne pas souffrir des désavantages causés par les changements climatiques voire du droit de jouir d'un climat stable. Souvenons-nous que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de conclure à une violation de l'article 8, du fait du manquement de l'État à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire face à des risques « potentiels » « même en l'absence de la preuve d'un grave danger pour la santé des intéressés » (Cour EDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno et autres c. Italie*, aff. n° 30765/08, § 108) (F. Sudre, « La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution, *RFDA*, 2017, p. 1039). En ce sens, ajoutons aussi que, dans l'affaire « Urgenda », la Cour d'appel de la Haye a explicitement reconnu que les articles 2 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales induisaient une « obligation de vigilance » – ou « duty of care » –de l'État en matière climatique (Court of Appeal The Hague, 9 octobre 2018, n° 200.178.245/0140).

Le régime climatique se focalise sur la prévention du dommage qui, même si sur la base des responsabilités communes, mais différenciées, serait, le cas échéant, collectif, ayant des victimes multiples, voire l'humanité toute entière »[81]. Ensuite, les droits fondamentaux sont, dans leur grande majorité (c'est le cas de ceux mobilisés), susceptibles de faire l'objet de limitations, pour autant que « ces limitations sont prévues par la loi, qu'elles respectent le contenu essentiel desdits droits et libertés et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles soient nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »[82]. Or, la lutte contre le changement climatique fait partie sans aucun doute de la catégorie des objectifs d'intérêt général. Il pourrait toutefois, c'est ce que tentent de faire valoir les requérants, être discuté de la question de savoir si les mesures sont véritablement aptes à réaliser l'objectif visé et proportionné à celui-ci. Si l'objectif est celui que l'Union s'est fixé à elle-même, ne devrait pas susciter de difficultés excessives sauf lorsque celui-ci évolue (et qu'est évoquée la neutralité climatique). En revanche, si l'objectif est celui plus générique de lutte contre les changements climatiques, cela est moins clair. Les mesures pourraient en effet être considérées comme non proportionnées non parce qu'elles iraient au-delà[83] de ce qui est nécessaire, mais parce qu'elles iraient en-deçà. Le principe de proportionnalité rejoindrait alors l'exigence d'une protection à un niveau élevé de l'environnement. Et pour cause, même si le niveau de protection ne doit pas être le plus élevé possible techniquement, il « ne saurait, en tout état de cause, être élevé si l'on peut atteindre, sans difficulté aucune, un niveau encore plus élevé […] au moins là où cela peut être fait, à des coûts raisonnables et quand aucun intérêt légitime ne s'y oppose »[84].

Le caractère indéterminé de l'issue au fond est accentué par la complexité de fait du domaine en cause en plus des difficultés sur le terrain du droit déjà évoquées. La seconde affaire, celle mettant en cause la directive sur les énergies renouvelables pourrait l'illustrer, à condition que l'ordonnance d'irrecevabilité du Tribunal fasse l'objet d'un pourvoi et que ce pourvoi fasse l'objet d'un examen au fond (ce qui fait beaucoup de si….). La complexité réside ici dans le fait que la biomasse forestière (dont la directive a décidé de l'inclusion dans son champ d'application) est certes une source d'énergie renouvelable, mais est dans le même temps, une énergie renouvelable dont la production et l'utilisation ne sont pas nécessairement favorables à la réduction des émissions. D'abord, comme le soulignent les requérants, plusieurs études scientifiques ont démontré que la combustion de bois pour la production d'énergie émet plus de CO_2 que le charbon et le gaz naturel[85]. Ensuite, même si de nouveaux arbres sont replantés après l'abattage, le temps (long) qu'exige leur repousse affecte leur rôle dans la réduction des émissions et le piégeage du carbone. S'y ajoutent enfin les conséquences

81 C. Cournil et C. Perruso, « Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'homme. Émergence et pertinence », La Revue des droits de l'homme [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 11 juin 2018, consulté le 20 avril 2019. URL : http://journals.openedition.org/revdh/3930.

82 Article 52-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

83 Arrêt C488/15 *Commission c Bulgarie (PM10) ECLI:EU:C:2017:267*, point 106; ainsi que conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Commission/Bulgarie (C488/15, EU:C:2016:862, point 96); et dans l'affaire *Craeynest e.a.* (C723/17, *EU:C:2019:168*, point 55).

84 Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 8 septembre 2016, Affaire C444/15**,** *Associazione Italia Nostra Onlus contre Comune di Venezia e.a,* pts 32-33.

85 T.D. Searchinger, T. Beringer, B. Holtsmark *et al.* Europe's renewable energy directive poised to harm global forests. *Nat Commun* 9, 3741 (2018) : selon eux, le bois émet généralement 1,5 fois plus que le CO_2 issu du charbon et 3 fois plus que le CO_2 issu du gaz naturel à cause de la liaison carbone-bois, de sa teneur en eau, et de la température de combustion basse.

d'un tel abattage sur la biodiversité dans l'Union, mais également en dehors de l'Union[86] ainsi que les diverses menaces que l'exploitation de centrales à biomasse sont susceptibles de faire peser sur la santé publique[87]. Or, les requérants estiment que le texte ignore ces données scientifiques disponibles ce qui impliquera nécessairement que le juge s'en saisisse avec toutes les difficultés qu'un tel arbitrage scientifique comportent. Les difficultés d'arbitrage seront d'ailleurs accentuées par l'inclusion, dans la directive, de l'obligation pour les États de respecter[88] plusieurs « critères de durabilité » pour produire et utiliser la biomasse forestière. Par exemple, les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse forestière ne peuvent provenir de forêts primaires et autres forêts très riches en biodiversité. La légalité des opérations de récolte, la régénération effective des forêts dans les zones de récolte, la limitation des incidences négatives sur la qualité des sols et la biodiversité, le maintien de la capacité de production de la forêt à long terme doivent aussi être assurés. S'y ajoutent les critères sur l'utilisation des terres, le changement d'affectation des terres et la foresterie (UTCATF) applicables en vue de conserver et renforcer les stocks et les puits de carbone et éviter que les émissions du secteur ne dépassent les absorptions[89].

***

Au regard de ce qui vient d'être dit, le lecteur éprouvera sans doute la même frustration que les auteurs. Les deux People Climate Case portés à ce jour devant le juge de l'Union européenne, soulèvent des enjeux juridiques considérables pour les requérants individuellement et pour la politique climatique de l'Union dans son ensemble. Ils risquent pourtant fort de demeurer irrésolus du fait d'une application excessivement stricte des critères de recevabilité des actions portées par des individus contre des actes de portée générale, confirmant ainsi le rôle essentiel des règles processuelles pour assurer l'effectivité du droit substantiel de l'environnement.

86 Selon un rapport de Greenpeace Canada, « les coupes à blanc, encore majoritairement utilisées et fortement agglomérées, détruisent jusqu'à 145 000 hectares de forêt boréale par bloc de coupe, ce qui équivaut à plus de 150 000 terrains de football », Alerte boréale, publié en décembre 2012 par Greenpeace Canada. www.greenpeace.ca.

87 Les menaces pour la santé publique sont principalement liées aux émissions de particules fines, de dioxines, de poussières de bois (cancérigène selon le Centre international de recherche sur le cancer de l'OMS). Les poussières de bois sont d'ailleurs également diffusées dans l'environnement par les unités de déchiquetage du bois ou et lorsqu'on stocke des plaquettes ou des pellets à l'air libre ou lorsqu'on les transporte dans des camions insuffisamment bâchés. Mais, d'autres sont également avancées telles que les nuisances sonores provoquées par de telles centrales.

88 Plus exactement, le respect de ces critères permet de comptabiliser l'énergie issue de la biomasse forestière aux fins de contribuer à la cible collective pour l'année 2030, de mesurer le respect des obligations relatives aux énergies renouvelables et de bénéficier de soutien financier.

89 Règlement (UE) 2018/841 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie dans le cadre d'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030, et modifiant le règlement (UE) no 525/2013 et la décision (UE) nº 529/2013, *JOUE* L 156, 19.6.2018, p. 1-25. Le règlement impose à chaque État membre de veiller, grâce à des mesures spécifiques dans le secteur, à ce que les émissions de CO_2 comptabilisées provenant de l'utilisation des terres soient entièrement compensées par des absorptions équivalentes de CO_2 présent dans l'atmosphère. C'est ce qu'on appelle la « règle du bilan neutre ou positif ».

12
Pays-Bas c. Urgenda (2019)

Delphine Misonne[1]

Bénéficier d'un arrêt de cassation dans le cadre d'un contentieux climatique est particulièrement puissant. Les arrêts de cassation sont des arrêts essentiels. Ils fixent les interprétations. Ils garantissent l'unité de la jurisprudence. La Cour de cassation est à la fois la gardienne du droit – celle dont l'interprétation fait autorité – mais aussi la caisse de résonance de l'évolution de nos sociétés. C'est souvent d'elle que surgit, quand elle estime que le temps est mûr, la confirmation des plus grandes avancées sur le plan juridique.

Or l'affaire *Urgenda*, qui défraie la chronique juridique mondiale depuis que le Tribunal de la Haye ordonna à l'État néerlandais, le 24 juin 2015, de réduire ses émissions de gaz à effet de serre (GES), d'au moins 25 % pour fin 2020 au regard des chiffres de 1990, et ceci à la requête d'un groupement de citoyens, a poursuivi son cheminement judiciaire. Vers la cour d'appel d'abord, où le jugement fut confirmé. Vers le Hoge Raad der Nederlanden (HR) ensuite, sur pourvoi en cassation précisément. C'est sur l'arrêt délivré le 20 décembre 2019[2] par cette cour suprême que se concentre la présente contribution.

I. L'ascension vers la Cour suprême

A. Le génie d'Urgenda

Urgenda est une Fondation de droit néerlandais créée en 2007, par Marjan Minnesma et le professeur Jan Rotmans de l'Institut Drift à l'Université Erasmus de Rotterdam. Tous deux souhaitaient mettre en pratique leurs analyses théoriques sur la transformation de la société, vers plus de durabilité. Ils étaient préoccupés par l'immobilisme de l'État en matière climatique. Le nom de leur Fondation ne fut pas choisi au hasard : il combine les mots urgent et agenda. C'est de la lecture d'un ouvrage, *Revolutie met recht*[3], écrit par l'avocat Roger Cox, que jaillit leur projet de recourir à la sagesse du juge pour questionner le rôle de l'État, à leur propre égard, en matière de climat. L'auteur

1 Chercheur qualifiée au FNRS, Professeure à l'Université Saint-Louis Bruxelles.
2 Références de l'arrêt ECLI:NL:HR:2019:2006 : https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/ (consulté le 13 mars 2020).
3 R.J. Cox, *Revolutie met recht*, 2011, Prosperity Fondation.

y vantait le potentiel du standard de *bonus pater familias* – l'obligation de se comporter de manière normalement prudente et diligente – pour interroger la défaillance des pouvoirs publics, lorsque ni gouvernements ni législateurs ne sont en mesure d'agir à la hauteur du défi, tout simplement parce qu'ils sont englués dans de multiples conflits d'intérêts.

L'originalité juridique de la démarche tenait au contexte particulier de l'époque où l'action fut introduite. Le cadre dans lequel l'État devait opérer ses choix en matière de politique climatique restait *en apparence* encore peu contraint par les ordres juridiques supra-étatiques, sa marge d'appréciation étant *a priori* d'autant plus grande. Sur le plan international, d'abord. La communauté universelle ne parvenait pas à écrire la suite du Protocole de Kyoto pour la période post-2012. La communauté internationale allait-elle rester soudée autour de l'enjeu climatique ? Au niveau de l'Union européenne, ensuite. Les déclarations politiques se succédaient, mais le cadre législatif, à part sur aspects sectoriels, laissait la bride pendre sur le cou des États, quand il s'agissait de décider de leur propre niveau d'ambition[4]. Au plan national, enfin, la manière d'approcher l'enjeu climatique restait une question politique laissée à l'appréciation du gouvernement. De manière générale, la tendance consistait à approcher l'enjeu climatique comme une *affaire d'États*, comme un enjeu de relations diplomatiques. Des États à l'encontre desquels, en cas de défaillance, de très improbables recours devraient remonter vers les plus hautes cours internationales.

Le génie d'Urgenda fut de changer le point de vue. La Fondation força l'État à se retourner pour voir derrière-lui les gens qu'il représente, qui s'inquiètent et qui s'impatientent. Peu importe, finalement, le marasme de ce droit supranational et le caractère peu prescriptif du droit de l'Union européenne. L'État a déjà des comptes à rendre à ses propres générations présentes et futures en matière de climat. Tout simplement en vertu du droit commun, non spécialisé, le droit de la responsabilité civile. Le socle de son action, qui emporta la conviction du juge civil en première instance, elle le trouva dans un article du Code civil néerlandais[5] consacrant, à l'appui de la jurisprudence qui en dérive[6], un « zorgplicht », un principe non écrit de protection et de diligence[7], un *duty of, care* qu'il incombe à l'État de respecter, lorsqu'il s'agit de prévenir un danger prévisible. Si l'on peut être tenu pour responsable en laissant par manque de prévoyance une porte ouverte sur un escalier dans lequel tombera nécessairement le premier passant, pourquoi l'État ne serait-il pas tenu responsable de sa négligence à l'égard de la production de GES ? La surabondance de ceux-ci mettra immanquablement en danger la vie et le bien-être de ses habitants, menacés par la montée du niveau de la mer. Cet article 6.162 § 2 – consacré aux quasi-délits en matière extra-contractuelle, selon lequel « cause un dommage la personne qui viole un droit subjectif, enfreint une obligation légale ou ne se comporte pas de la manière attendue en société selon des standards non écrits » – conjugué, mais seulement à partir du jugement d'appel, à l'atteinte aux droits fondamentaux à la vie, à la protection de la vie privée et du domicile et à une protection juridictionnelle effective, constitua le cœur névralgique du contentieux.

4 Ceci à l'inverse d'autres domaines, pourtant proches, où l'Union était plus prescriptive, comme en matière de qualité de l'air. Ceci est lié aux restrictions que contient le Traité de Lisbonne, dans les domaines ayant une forte incidence sur les choix des États en matière de mix énergétique.

5 Art. 6.162 § 2, consacré aux quasi-délits (onrechmatige daad) en matière extra-contractuelle. En vertu de cet article, cause un dommage la personne qui viole un droit subjectif, enfreint une obligation légale ou ne se comporte pas de la manière attendue en société selon des standards non écrits.

6 Un arrêt concernant une chute dans un escalier : HR 5 novembre 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966, 136.

7 J.M. Van den berg et R.H. Cox, « Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering?", AV&S 2014/2, p. 5-11.

Certes, Urgenda ne fut pas véritablement la toute première à mobiliser, à l'époque, de tels moyens fondés sur le droit commun, non spécialisé, qui n'est pas spécialement créé pour traiter de l'enjeu du climat. Un détour par la jurisprudence américaine[8] démontre en effet que de premiers jalons y furent posés, au départ d'éléments de *tort law* notamment. Mais Urgenda est la première à avoir obtenu une décision de justice asseyant en première instance la pertinence de cette argumentation – un standard de comportement – pour ordonner à un gouvernement une réduction chiffrée de ses GES, à des fins de protection de ses propres résidents[9].

La décision du tribunal fit immédiatement le tour du monde. Autant le préciser d'emblée : elle étonna la communauté des juristes, partagés entre crispation et admiration[10]. Mais elle fut aussi source d'émulation et d'enthousiasme dans de nombreux pays. Les actions en justice augmentèrent considérablement suite au jugement de juin 2015 tout en se diversifiant. Urgenda créa un effet d'entrainement, comme l'expliquent Anne-Sophie Tabau et Christel Cournil dans le présent ouvrage.

B. Le contexte

La décision prise dans le cadre du pourvoi en Cassation était d'autant plus attendue. Allait-elle confirmer la solidité de l'argument ou faire retomber le soufflé ?

8 L'arrêt *Massachussets c. EPA* de 2007 et d'anciennes affaires évoquent la doctrine dite du public trust.

9 K.J. de Graaf et J.H. Jans, « The Urgenda Decision : Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change », *Journal of Environmental Law*, 2015, 27, 517-527, p. 527.

10 La littérature est très abondante. Voy. notamment K.J. de Graaf et J.H. Jans, *op. cit.,* décrivant la décision comme « nothing short of ground-breaking ». Mais aussi : J. Van Zeben, « Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide ? », *Transnational Environmental Law*, vol. 4, 2015, p. 339-357 ; A.-S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *RJE*, 4/2015, p. 674-695. ; C. Backes, noot onder Rechtbank Den Haag, 24 juin 2015, AB (ned) 2015/36, p. 212-216 ; R. Schutgens, « Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter », NJB 2015/1675 (afl. 33), p. 2272; R.A.J. van Gestel en M.A. Loth, « Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0? », *NJB* 2015/1849 (afl. 37), p. 2599–2604 ; N.J. Schrijver, « De reflexwerking van het internationale recht in de klimaatzaak van Urgenda », *Milieu en Recht* 2016/41, p. 270-272; M.A. Loth, « Climate Change Liability After All: A Dutch Landmark Case », *Tilburg Law Review* 2016, p. 25 ; R. Cox, « A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation c. the State of the Netherlands », *Journal International and Comparative Law*, vol. 21, 2016, p. 5-30 ; M. Torre-Schaub, « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de la Haye du 24 juin 2015 », *RIDC*, n° 3, 2016, p. 672-693 ; M. Torre-Schaub, « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la cour du district de La Haye du 24 juin 2015) », *Revue québécoise de droit international,* vol. 29, 2016, p. 161-183 ; S. Fikkers, « Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generalties », *Nederlands juistenblad,* n° 33, 2015, p. 2289-2293; L. Bergkamp et J.C. Hanekamp, « Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies? », *European Energy and Environmental Law Review*, 2015, p. 102-114; A. Soete et H. Schoukens, « Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid? », *Nieuw Juridisch Weekblad,* 2016, p. 186-203 ; H. Schoukens et A. Soete, « Climate change litigation against states after Urgenda : the times they are a-changing? », *Aménagement-Environnement*, 2018/4, p. 148-182; C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, 2018, p. 113-127 ; B. Mayer, « The State of the Netherlands c. Urgenda Foundation: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018) », *Transnational Environmental Law*, 8(1), 2019, p. 167-192., Y. Kerbrat, « Note sur Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018 Pays-Bas c. Fondation Urgenda », *RGDIP*, 2018, p. 1086-1089 ; L.F.M. Besselink, « De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing. Urgenda voor het Hof Den Haag », NJB 2018/2154 (afl. 41), p. 3079 ; T. R. Bleeker, « Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM », NTBR 2018/39 (afl. 9/10), p. 292 ; D.G.J. Sanderink, JB 2019/10, onder 3 en 12; P. Gillaerts en W.T. Nuninga, « Privaatrecht en preventie: Urgenda in hoger beroep », AV&S 2019/9 (afl. 2), p. 44 en 46 ; J. M. Emaus, « Subsidiariteit, preventie en voorzorg. Een verklaring van het arrest in de Klimaatzaak aan de hand van drie fundamentele beginselen in het recht onder het EVRM », AV&S 2019/11 (afl. 2), p. 56-64 ; T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, « Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Lindenbaum/Cohen via Kelderluik en Öneryildiz naar Urgenda? , *RMTh* 2019 (afl. 1), p. 54 ; L. Burgers en T. Staal, « Climate action as positive human rights obligation: The appeals judgment in Urgenda v The Netherlands », in R.A. Wessel, W. Werner en B. Boutin (red.), *Netherlands Yearbook of International Law* 2018, The Hague: Asser Press 2019; E.R. de Jong, « Urgenda en de beoordeling van macroargumenten », MvV 2019 (afl. 4), p. 133-141; D.G.J. Sanderink, « Positieve verplichtingen als redders van het klimaat », Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 2019 (afl. 1), p. 64-69; J. Spier, « There is no future without addressing climate change », *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2019 (vol. 37, no. 2), p. 181-204 (m.n. p. 198). Vgl. ook J.W.A. Fleuren, « Urgenda en niet(?) – rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht », NJB 2019/475 (afl. 9), p. 604-605.

Au moment où la Cour de cassation se prononce, beaucoup de lignes ont bougé par rapport au contexte de juin 2015 lors du jugement de première instance. D'abord, la communauté internationale est formellement sortie de l'impasse, avec l'adoption de l'Accord de Paris, repositionnant les termes de la coopération internationale et confiant de nouvelles tâches aux Parties. Elles doivent annoncer la manière dont elles contribueront aux objectifs communs. De leurs promesses spontanées, décidées au niveau national, supposées conformes à la plus haute ambition possible dans la mesure de la capacité de chacune des Parties, dépend le succès de la réalisation de ces objectifs[11]. L'Union européenne, par ailleurs, a aussi musclé son dispositif législatif et requiert désormais un effort de planification conséquent de la part des États. Il est enfin et surtout notoire que la société civile a considérablement haussé le ton. L'Accord de Paris n'est pas un aboutissement mais un nouvel engagement, dont la mise en œuvre s'annonce difficile et une partie de l'opinion publique l'a compris. Des marches pour le climat et des actions de protestation se sont multipliées dans le monde entier. Les jeunes se mobilisent et interpellent l'ensemble de la société sur l'enjeu climatique, avec une lucidité jamais rencontrée jusqu'alors.

Aux Pays-Bas, l'enjeu du climat et l'action en justice portée par Urgenda ne font pas que des émules. Certes, il y eut un *effet Urgenda* incontestable, déjà avant la décision sur le pourvoi en cassation. La société se mit en marche, en commençant par créer des lieux de discussion. Ainsi fut organisé, sous la direction des pouvoirs publics, un grand exercice consultatif traduit par un cycle de tables rondes[12] incluant les composantes majeures de l'économie qui aboutit le 28 juin 2019 à la conclusion d'un vaste « accord sur le climat »[13]. Un consensus politique s'était par ailleurs dégagé sur la nécessité, parallèle, de se doter d'une loi climat, qui fixerait un cap. Une loi climat fut en effet adoptée, le 2 juillet 2019[14], soit entre le jugement de première instance et la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Urgenda*, mais son contenu est minimal et peu prescriptif. Concrètement cependant, les émissions de gaz à effet de serre baissent peu. La question climatique rencontre l'opposition d'une frange de la classe politique qui se déclare ouvertement climatosceptique. Le déploiement des énergies renouvelables se heurte dans certaines régions à une franche hostilité. Tout autant symptomatiques de l'interface qui se joue entre questions environnementales et le modèle économique dominant, les mesures de réduction de l'azote proposées en application du droit de l'Union européenne sont confrontées depuis peu à une opposition radicale, avec occupation des voies publiques, tant dans le secteur agricole que dans le secteur de la construction. En décembre 2019, au moment où la Cour de cassation rend son arrêt, les tracteurs venaient à peine de quitter les rues.

11 Art. 4, § 2 & 3. Voy. notamment D.Misonne, « L'ambition de l'Accord de Paris sur le changement climatique. Ou comment, par convention, réguler la température de l'atmosphère terrestre ? », *Aménagement-Environnement*, 2018/4, p. 8-26.

12 Sous la direction de Ed Nijpels, incluant le secteur de l'électricité, du bâtiment, de l'agriculture, de l'industrie et de la mobilité. https://www.klimaatakkoord.nl/organisatie/hoe-het-klimaatakkoord-tot-stand-kwam/klimaatberaad (Consulté le 15 avril 2020).

13 https://www.klimaatakkoord.nl (Consulté le 15 avril 2020).

14 Loi du 2 juillet 2019, établissant un cadre pour le développement d'une politique visant à réduire de manière irréversible et progressive les émissions de gaz à effet de serre des Pays-Bas afin de limiter le réchauffement de la planète et le changement climatique (Klimaatwet). Cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2020. https://wetten.overheid.nl/BWBR0042394/2020-01-01) (Consulté le 15 avril 2020).

C. L'arrêt de la Cour d'appel

Le pourvoi en cassation porte sur l'arrêt de la Cour d'appel, prononcé le 9 octobre 2018. Celui-ci confirmait la décision du tribunal de première instance tout en consolidant son argumentation, déplaçant le centre de gravité de la décision.

Alors que le tribunal avait retenu la violation d'un standard de comportement dont le contenu était non écrit, mais interprété à la lumière de facteurs mis en articulation subtile – l'état des avancées scientifiques, d'abord ; le statut des Pays-Bas en tant que « pays de l'annexe I » de la Convention-cadre de 1992 sur le changement climatique et donc supposé servir de modèle et se positionner à l'avant-garde de la lutte contre ce changement ensuite ; les avancées du « *soft law* » international enfin –, la Cour d'appel place l'atteinte aux droits de l'homme, tels que garantis de manière autonome par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), au cœur du contentieux.

D'abord, la Cour revint sur la question de l'intérêt à agir. L'action initiale avait été introduite devant le tribunal de première instance par la Fondation Urgenda, agissant en son nom propre en tant que plateforme dite citoyenne regroupant divers acteurs sociétaux, mais aussi au nom de 886 personnes physiques qui l'avaient mandatée à cette fin. Il existe un droit d'action collective aux Pays-Bas. Les intérêts collectifs d'un groupe de personnes peuvent être représentés par une même personne morale, si la cause concernée est conforme à ses statuts[15]. Urgenda représentait donc un double collectif : elle-même comme Fondation et le groupe de citoyens. Le juge de première instance ne reconnut pas l'intérêt à agir de cette seconde branche du collectif[16]. Mais la Cour d'appel réintégra l'action collective dans la procédure[17], dont le sens, rappela-t-elle, consiste parfois *in fine* à représenter les intérêts d'un groupe indéfini de personnes[18], soit les générations actuelles de résidents néerlandais et donc la société dans son ensemble.

Ensuite, et l'argumentation est liée, la Cour d'appel jugea que le tribunal commit une erreur de droit en refusant à Urgenda la possibilité de se prévaloir d'une violation des droits de l'homme, considérant qu'elle ne pouvait elle-même être considérée comme une victime directe ou indirecte au sens de l'article 34 de la CEDH. Arguant d'une confusion entre une exigence procédurale applicable devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et un moyen recevable en vertu du droit néerlandais, quant à la possibilité d'introduire ou non une action collective, elle replaça l'atteinte aux droits fondamentaux au centre du contentieux.

Le jugement de la Cour d'appel articule l'état de l'art scientifique avec la CEDH, pour démontrer la pertinence de la mobilisation d'un discours sur les droits de l'homme afin de tester les ressorts du rôle de l'État en matière de climat, à l'égard de sa population. Il est désormais établi que l'État doit prévenir et intervenir pour protéger la vie des personnes (article 2 de la CEDH) et garantir la

15 Art. 3:305a BW.
16 § 4.109 du jugement du 24 juin 2015.
17 § 35 et 36 de l'arrêt de la Cour d'appel.
18 § 38.

jouissance de leur domicile (article 8 de la CEDH) dans les cas de danger imminent. Or, l'analyse des faits et circonstances démontre qu'il existe une réelle menace d'un changement climatique dangereux, emportant un risque sérieux, pour les générations présentes, de perte de vie ou d'atteinte à leur bien-être, en vertu du changement climatique, décida la Cour. Il en résultait pour l'État une obligation de protéger ses citoyens contre ce risque, qui justifiait l'injonction formulée par le juge.

D. Le poids de la science

Les Pays-Bas ne contestent aucunement la réalité du changement climatique. L'État accepte la nécessité de réduire les GES. Le contentieux porte plutôt sur le rôle du juge, sur les ressorts de la responsabilité de l'État et sur l'existence d'éventuelles limites à sa marge d'appréciation politique.

Dans ce contentieux, l'argument scientifique n'en reste pas moins fondateur. D'une part, la notion de danger – enracinée dans les rapports du GIEC, les documents des Nations unies, mais aussi la manière dont en 2015 les travaux scientifiques influencèrent la rédaction de l'Accord de Paris – constitue l'une des assises essentielles de l'argumentation juridique ancrée dans la protection des droits de l'homme. D'autre part, l'existence d'un consensus scientifique sur les chiffres de réduction proposés y joue également un rôle déterminant.

L'affaire *Urgenda* montre comment les travaux d'institutions spécialement dédiées, en l'espèce le GIEC, pèsent sur le contentieux en matière climatique. Bien qu'un pourvoi en cassation ne porte que sur des questions de droit, la Cour suprême estima néanmoins nécessaire de dresser un état des données scientifiques disponibles (évoquant même la notion de « tipping point », §. 7.2.10) puisque la protection des droits de l'homme au sens de la CEDH s'inspire de la compréhension des faits scientifiques[19].

Une telle incidence de la science sur le droit est palpable jusque dans la symbolique des dates, le jugement d'appel ayant été prononcé le lendemain de la publication du rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1.5℃[20].

II. Le climat devant la Cour suprême

A. Un pourvoi en cassation

La Cour Suprême (le *Hoge Raad der Nederlanden)* est la plus haute cour des Pays-Bas en matière civile, pénale et fiscale, chargée notamment de traiter des pourvois en cassation. Elle ne traite dans ce type de pourvoi que de questions de droit. Sa tâche consiste à vérifier la manière dont la juridiction dite de fond, la Cour d'appel, a interprété le droit applicable, sans toutefois

19 N. de Sadeleer, « Pour le Hoge Raad des Pays-Bas, une politique trop frileuse de réduction des émissions de gaz à effet de serre viole la Convention européenne des droits de l'homme », Justice en ligne, 13 février 2020, https://www.justice-en-ligne.be/.
20 https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_fr.pdf.

exercer de contrôle de constitutionnalité des lois[21]. Le rôle de la Cour est de casser ou de confirmer l'arrêt incriminé, pas de le réécrire.

Le HR inclut un ministère public indépendant, dont la tâche consiste à formuler une opinion sur les éléments soumis à cassation. Le 13 septembre 2019, le procureur général et l'avocat général, dans des conclusions déroulant minutieusement tout l'historique de l'affaire, conseillèrent la confirmation du jugement prononcé en appel,[22].

B. Une décision définitive

L'arrêt rendu le 20 décembre 2019 par la Cour suprême est, en l'espèce, définitif.

Aussi étonnant que cela puisse paraître, puisque le jugement se fonde sur une interprétation extensive des obligations de l'État à l'égard de droits fondamentaux consacrés par la CEDH, il ne pourra faire l'objet d'un recours devant le juge de Strasbourg[23]. Les recours y sont en effet prévus au profit des requérants alléguant d'une violation de leurs droits fondamentaux, qui auraient été déboutés. Or, Urgenda a obtenu gain de cause ; son recours est devenu sans objet. Pour l'État, un recours n'est envisageable que lorsque le manquement reproché est imputé à un autre État[24], mais ce n'est pas le cas en l'espèce. L'hypothèse de l'État mécontent de l'interprétation défendue par sa propre cour de cassation n'est pas prévue, pas même pour demander la confirmation d'une interprétation. Les avis consultatifs qui pourraient être sollicités en vertu de la Convention selon des modalités exceptionnelles ne peuvent être requis à propos du contenu des articles 2 et 8 de la Convention, car les droits et libertés définis au titre I de la Convention sont exclus de cette procédure[25].

Quant à la question préjudicielle, il eut été possible pour le HR d'en poser une, en vertu d'un nouveau Protocole n° 16 à la CEDH, entré récemment en vigueur et qui ouvre précisément la faculté – mais pas l'obligation – pour une cour suprême d'obtenir un avis consultatif sur des questions de principe traitant de l'interprétation et de l'application des droits et libertés. La Cour n'a pas estimé nécessaire de solliciter un tel avis[26]. Quoiqu'il n'existe encore aucun jugement de la Cour de Strasbourg traitant de climat ou du comportement de l'État à l'égard d'un problème dont les causes et les incidences sont globales, et non locales uniquement, le HR estima que la jurisprudence existante

21 Aux Pays-Bas, le contrôle de constitutionnalité est limité. L'article 120 de la Constitution prive le juge de la possibilité de contrôler la constitutionnalité des lois et des traités, une situation vivement critiquée, mais à ce jour restée inchangée, malgré plusieurs projets de révision de la Constitution (en 2002, en 2018) et les recommandations récentes d'une commission spécialement chargée de proposer des améliorations du système parlementaire invitant, en 2018, à créer une cour constitutionnelle aux Pays-Bas. Par contre, les articles 93 et 94 de la Constitution consacrent la nécessité de respecter le droit international, en particulier lorsqu'il a trait aux droits des citoyens. Dès lors, les cours et tribunaux tendent à évoquer de manière autonome la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en cas de contentieux portant sur les droits fondamentaux, plutôt que leur propre Constitution. C'est probablement l'une des raisons pour laquelle, dans l'affaire en cause et quoiqu'il n'y s'agit pas d'un contrôle de légalité d'une loi spécifique, la disposition de la Constitution néerlandaise qui consacre que « les pouvoirs publics veillent à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à l'amélioration du cadre de vie » ne joue pas de rôle explicite, ni les articles correspondants au droit à la vie et à la protection du domicile également inscrits bien sûr dans cette même Constitution.

22 Les conclusions sont disponibles en langue anglaise sur le site https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2019:1026.

23 CEDH, art.34.

24 CEDH, art.33.

25 CEDH, art.47.

26 Voy. 5.6.4.

était déjà « suffisamment claire ». D'autant plus que le temps manquait, de l'avis de l'ensemble de parties, vu que l'injonction dont il est question doit être mise en œuvre avant la fin 2020 (§ 5.6.4).

Ce n'est donc qu'à l'occasion d'un tout autre contentieux, soit à l'occasion d'une question préjudicielle ou si, à l'inverse, la violation des droits fondamentaux des particuliers n'est pas été admise par le juge national dans un contexte similaire de danger climatique, qu'un positionnement à ce plus haut niveau pourrait être obtenu[27], qui influencera ensuite les interprétations.

C. Un jugement *urbi et orbi*

L'arrêt de la Cour suprême ne vaut *stricto sensu* qu'à l'égard des juridictions néerlandaises. Pourtant, la Cour s'est adressée à une audience plus vaste, mondiale, consciente semble-t-il des regards portés sur elle, jusqu'au Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme. L'arrêt fut prononcé en néerlandais, mais aussi partiellement en anglais. Le prononcé était diffusé en direct. La Cour a immédiatement publié un communiqué de presse en anglais. Elle a produit des explications filmées[28], avec sous-titres en anglais, disponibles pour les réseaux sociaux. Le texte même de l'arrêt, écrit en langue néerlandaise et traduit en anglais, est fluide, peu jargonnant, facilement compréhensible pour le non-juriste. On ne peut que s'émerveiller devant l'exercice de transparence et de communication réalisé par la Cour suprême néerlandaise.

D. La teneur du pourvoi

La question essentielle soumise à pourvoi en cassation était de savoir si l'État est tenu de réduire les émissions de GES produits sur son territoire d'au moins 25 % pour 2020, par rapport aux chiffres de 1990 et si le juge peut-il lui en donner l'ordre, en vertu de l'argumentation juridique entérinée par la Cour d'appel.

Les moyens de cassation formulés par l'État néerlandais sur 46 pages[29] dénonçaient la manière dont la Cour d'appel s'était saisie des droits fondamentaux au sens de la CEDH pour en extraire l'assise d'une obligation de l'État à l'égard de ses administrés en matière de climat. Le fondement légal de l'objectif de réduction des émissions de GES fixé à 25 % était aussi contesté. Était enfin posée la question de savoir si l'injonction de réduire les émissions était assimilable à une injonction de légiférer et si le juge d'appel n'avait pas procédé à des pesées d'intérêts de nature politique.

27 Des interactions entre les cours auront lieu entretemps, par ailleurs. La Cour européenne des droits de l'homme organise par exemple lors de chaque rentrée annuelle un séminaire consacré au « dialogue des juges ».
28 https://www.youtube.com/watch?v=hCFcyNcYklQ&feature=emb_logo (Consulté le 22 février 2020).
29 Le site web de la Fondation Urgenda répertorie de nombreuses pièces de la procédure, dont le pourvoi : https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/20190108-procesinleiding-Staat-Urgenda-PRDF-2436693.pdf.

III. Que l'État « fasse sa part »

A. Les droits fondamentaux

L'apport majeur de la jurisprudence Urgenda résulte de la problématisation du climat au regard de l'enjeu des droits fondamentaux, dans un dialogue entre l'État et ses administrés, à la lumière de la CEDH et, en première instance, à l'appui du Code civil néerlandais. L'application des droits fondamentaux à cette problématique était suggérée depuis plusieurs années par la doctrine[30] et même dans les sphères des Nations unies[31], mais elle restait controversée[32].

Or, invoquer les droits fondamentaux est lourd d'implications, car, d'une part, il s'agit d'un domaine dans lequel le contrôle opéré par le juge est magnifié et dans lequel la marge d'appréciation du décideur politique, à l'inverse, se restreint. Protéger les droits fondamentaux des citoyens, en ce compris à l'encontre de leur propre gouvernement, est bien l'une des missions essentielles du juge dans un régime démocratique, caractéristique de l'État de droit[33], insiste la Cour suprême. Il y a en effet des liens plus forts que d'autres[34]. L'ingérence grave dans les droits fondamentaux limite le pouvoir d'appréciation du décideur et justifie de la part du juge un contrôle plus strict, comme l'indique également la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne[35].

La Cour rappelle que la CEDH oblige les États, qui sont Parties à ce traité, comme les Pays-Bas, à garantir à leurs résidents la jouissance des droits et libertés reconnus par cette Convention. L'article 2 protège le droit à la vie, l'article 8 le droit à la protection de la vie privée et familiale. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg impose à l'État une obligation de prendre les mesures qui s'imposent, lorsque le risque pour la vie et le bien-être des personnes est avéré et immédiat, et connu par l'État. Le HR ne s'étend pas sur le fait que cette jurisprudence est en réalité assez frileuse sur les questions environnementales, car, procédant « par ricochet »[36], elle ne s'intéresse qu'aux atteintes les plus graves, celles susceptibles d'impacter des droits tels que le droit à la vie. Par ailleurs, en matière environnementale, la Cour de Strasbourg est plus prompte à sanctionner des atteintes aux exigences de nature procédurale, comme l'absence ou l'incomplétude d'une étude préalable, que des manquements matériels questionnant le niveau de protection des droits fondamentaux effectivement garanti.

30 A. Gouritin, « La Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques ? », in C. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), *Les changements climatiques et les défis du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 255-256 ; C. Cournil & C. Colard-Fabregoule, *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Bruylant, 2012, 646 p.

31 J. Knox, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Climate Change Report, United Nations Human Rights Council, A/HRC/31/52, 10 février 2016.

32 Selon les termes de N.de Sadeleer, *op. cit.*, Voy. par exemple la décision du Tribunal de première instance de l'Union européenne dans l'affaire *Carvallho*, T-330/18, ECLI:EU:T:2019:324, qui portait cependant sur l'intérêt à agir.

33 § 8.3.3.

34 O. Pedersen, "The Ties that Bind: The Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law", *European Public Law* 2010 (vol. 16, no. 4), p. 571-595.

35 Voy., par analogie, l'opinion de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Craeynest*, CJUE, C. 723/17, ECLI:EU:C:2019:168, § 47 & 53, évoquant l'arrêt Digital Rights Ireland e.a. (C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, point 48).

36 V. D. Misonne, *Droit européen de l'environnement et de la santé, L'ambition d'un niveau élevé de protection*, Anthémis, 2011, p. 337-373.

Même si cette jurisprudence, selon le procureur général auprès de la Cour suprême, doit être considérée comme un socle minimal, car la CEDH elle-même ne s'oppose pas à une protection additionnelle qui serait déployée au niveau national[37], il était essentiel pour le HR de démontrer que c'est bien la gravité de la situation occasionnée par le changement climatique qui impose de vérifier la manière dont l'État se conduit à l'égard de ses résidents à l'égard du changement climatique.

Selon le HR, il existe un risque d'atteinte grave à la vie et au bien-être des résidents des Pays-Bas (§ 5.6.2.). Cela concerne notamment la possibilité d'une forte élévation du niveau de la mer, qui pourrait rendre les Pays-Bas partiellement inhabitables. Contrairement à ce qu'affirme l'État, le fait que ce risque ne se manifestera que dans quelques décennies et qu'il ne concerne pas un groupe de personnes spécifiques, mais de larges pans de la population ne signifie pas que les articles 2 et 8 de la CEDH n'offrent pas de protection contre cette menace. Mobilisant la jurisprudence de Strasbourg qui reconnaît les principes de prévention et de précaution, par référence à l'affaire *Tatar*[38] (§ 5.3.2), et autorise le constat de la violation de droits consacrés même lorsque le danger est incertain, lorsque ce danger n'est pas encore matérialisé (la montée des eaux) ou lorsqu'il concerne des atteintes à la population dans son ensemble, le HR en infère que l'existence d'une possibilité suffisamment réelle de concrétiser ce risque exige donc que des mesures appropriées soient prises.

D'ailleurs, l'article 13 de la CEDH qui prévoit le droit à un recours effectif devant une autorité nationale en cas de violation des droits et libertés énoncés dans la CEDH, impose d'opérer une distinction entre les solutions « de papier » et les solutions qui sortent effectivement des effets. La Cour suprême en déduit une obligation de prévenir la survenance des violations les plus graves (§.5.5.2)[39].

B. La communauté de vue dans les sociétés modernes

Quant à la traduction matérielle du devoir de diligence qui incombe à l'État en vertu de la jurisprudence de Strasbourg et rappelant le type d'obligation – de moyen plutôt que de résultat – découlant des articles 2 et 8 de la CEDH (§.5.3.4), la Cour suprême mobilise le principe d'effectivité caractéristique du droit international des traités et la jurisprudence dite de la communauté de vue ou « common-ground » (§ 5.4.2, par référence à l'arrêt *Nada c. Suisse*[40]). Elle s'en inspire pour affirmer que la CEDH, qui n'est finalement elle aussi rien d'autre qu'un traité, doit être interprétée dans son contexte, et non isolément. Ceci implique de la concilier avec les principes généraux du droit international ainsi qu'avec le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés (même non ratifiés ou non obligatoires, et ceci est décisif dans l'affaire en cause) et de la pratique des États contractants pouvant attester, sur un aspect précis, de l'existence d'une *communauté de vue* dans les sociétés modernes (arrêt *Demir & Baykara c.Turquie*[41]).

37 ECLI:NL:PHR:2019:1026, § 2.34 & 2.40. Selon l'article 53 de la CEDH, aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.

38 CEDH 27 janvier 2009, n° 67021/01 (Tătar/Roumanie).

39 Sur la possibilité de combiner l'action collective aux Pays-Bas et ces différentes prétentions de violation d'articles de la CEDH, voy. le §. 5.9.2 où il fait référence à la Convention d'Aarhus.

40 CEDH 12 septembre 2012, n° 10593/08 (Nada/Suisse).

41 CEDH 12 novembre 2008, n° 34503/97 (Demir et Baykara/Turquie).

Pour la Cour suprême, l'interprétation et l'application de la CEDH doivent donc tenir compte de ce qui fait consensus, tant sur les connaissances scientifiques (d'où l'accent accordé à l'état de la science dans cet arrêt) que sur les normes généralement acceptées (§.5.4.3), qu'elle va extraire de la gouvernance internationale du climat, comme l'arrêt *Tatar* s'était lui-même appuyé sur la déclaration de Rio, l'archétype du *soft law* international.

C. L'individualisation de la responsabilité

L'une des difficultés majeures dans le cadre de ce contentieux portait sur l'individualisation de la responsabilité de l'État, en vertu des droits de l'homme certes, mais aussi dans le cadre d'un enjeu global caractérisé aussi par la nécessité d'une réponse globale, à l'échelle de la planète entière. À cet égard, la Cour suprême innove en affirmant qu'il incombe au pouvoir public néerlandais de faire « sa part ».

Ceci, d'abord, en raison du principe de responsabilité commune, mais différencié caractéristique de l'asymétrie de la gouvernance du climat depuis ses origines, où le projet environnemental a toujours été entremêlé aux revendications d'un droit au développement portées par les pays du Sud, ainsi que de l'affirmation concomitante du rôle d'avant-garde que les États dit « de l'annexe I »[42] à la Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique se sont engagés à assumer.

Mais aussi, de manière véritablement créatrice, par référence au « Principe 21 », dit « no-harm principle », ce principe de la déclaration de Stockholm sur l'environnement (1972) consacré au rang des principes généraux de droit international, en vertu duquel les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur propre politique d'environnement et de développement, et ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale. Dans les deux précédents jugements dans la même affaire, le moyen avait été écarté au motif qu'il ne concernait que la responsabilité inter-étatique. Lors du pourvoi en cassation, le principe nourrit bien au contraire la démonstration de la possibilité d'une « responsabilité partielle » (en néerlandais dans le texte « *deelverantwoordelijkheid* ») de l'État néerlandais, à l'égard d'Urgenda, mais aussi de l'ensemble des personnes se trouvant aux Pays-Bas, pour cause de contribution au changement climatique. « Cette approche justifie une responsabilité partielle : chaque pays est responsable de sa part et peut donc être tenu pour responsable », dit la Cour (§ 5.7.5)[43].

Articulant ledit principe 21 aux lignes directrices de la Commission de droit International des Nations unies portant sur la responsabilité des États pour actes internationaux illégaux, la Cour démonte l'argument selon lequel une participation minime à des faits de portée globale constituerait

42 Voy. notamment S. Lavallée, « Le principe des responsabilités communes, mais différenciées à Rio, Kyoto et Copenhague. Essai sur la responsabilité de protéger le climat », *Études internationales*, vol.41, 2010, p. 51-78 ; S. Lavallée, S. Maljean-Dubois, « L'Accord de Paris : fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur ? », *Revue juridique de l'environnement*, vol.41, 2016/1, p. 19-36.
43 Traduction libre.

une cause d'exonération. Puisqu'il est bien établi que lorsque des États polluent une rivière commune, chacun est susceptible d'être tenu pour partie responsable de sa contribution à la pollution globale, pourquoi en serait-il autrement à l'égard du climat ? Les États ont des obligations correspondantes au rôle qui leur est assigné en vertu du droit international et toute réduction de GES est importante (citant à cet égard l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, Massachussets c. EPA[44]), indépendamment de la question de savoir ce que font les autres États, assène la Cour.

C'est donc en combinant l'appréciation de la réalité du danger climatique à l'individualisation de la responsabilité de l'État dans le cadre de la gouvernance du climat que la Cour suprême estime être en mesure de préciser le contenu matériel des obligations positives incombant aux Pays-Bas en vertu des articles 2 et 8 de la CEDH (§ 5.8).

La définition de cette « part » qui incombe à chacun est même affaire d'équité. Mobilisant de manière implicite le principe de responsabilité commune mais différenciée et même les revendications de justice climatique – portées de manière pressante par le monde associatif à l'échelle mondiale depuis de nombreuses années : « What do we want ? Climate justice ! » –, selon lesquels il incombe aux pays développés d'assumer leurs responsabilités historique et financière à l'égard de l'enjeu climatique, la Cour suprême estime devoir être en mesure d'identifier « une limite inférieure dans les mesures qui doivent être prises au niveau mondial contre un changement climatique dangereux », qu'il incomberait à l'État de respecter, sous le contrôle du juge (§ 6.3).

D. Chiffrer la part équitable

La Cour affirme que la marge d'appréciation politique n'est pas totale. Dans son rôle de juge, il lui revient d'apprécier, mais avec réserve, si un seuil minimum de réduction des GES peut être identifié, qui devrait au moins être atteint, dans la continuité de son appréciation du lien entre climat et droits fondamentaux. Elle explore pour ce faire le soutènement de l'objectif de réduction de -25 % à -40 % de gaz à effet de serre, exposant sa lente, mais ferme construction à l'appui des travaux du GIEC, de l'évolution de la négociation internationale, de la politique européenne ou encore des travaux du PNUE.

L'État estimait que les nombreuses références aux rapports du GIEC, dont en particulier le rapport 4, étaient inadéquates, car elles donnaient l'impression que la Cour d'appel en inférait des obligations contraignantes[45]. Mais ce n'est pas la contrainte qui imposait au juge de tenir compte de cette assise scientifique.

Le HR démontre l'existence d'un *large consensus international* (§ 7.2.11) portant sur la nécessité urgente d'une réduction d'ici 2020 d'au moins 25-40 % des émissions de GES par rapport à 1990 par les pays de l'Annexe I, afin d'atteindre au moins l'objectif maximal réalisable de deux degrés. Et en conclut que ce degré élevé de consensus peut être considéré comme une « communauté de vue » au

44 Cour suprême des États-Unis, *Massachusetts c. EPA*, 127 S. Ct. 1438 ; 549 U.S. 497 (2007)., V. Commentaire dans cet ouvrage de P. Abadie.
45 Conclusions du bureau du procureur général, § 4.96 et sv.

sens de la jurisprudence de la CEDH, qui doit être prise en compte dans l'interprétation et l'application de la CEDH », comme l'*impose* d'ailleurs le principe de précaution (§. 7.2.5, § 7.2.10).

À défaut pour l'État de la convaincre du contraire – au motif que la mesure est impossible ou disproportionnée –, le HR estime que le niveau plancher de la fourchette (25 %) doit être imposé pour garantir le respect de la CEDH (§ 7.5.3).

C'est de cette manière que le HR écarta les très fortes réticences d'une partie conséquente de la doctrine, sur cet aspect en particulier, pour décider de la possibilité, pour un juge, d'assigner le respect d'un chiffre précis de réduction des GES, dans le respect du système étatique néerlandais.

E. La séparation des pouvoirs

Dans la joute doctrinale qui caractérise l'affaire *Urgenda* depuis ses débuts[46], l'aspect le plus controversé concernait la séparation des pouvoirs[47], soit la possibilité, pour le juge, de donner un ordre à l'État dans les circonstances de l'espèce, et un ordre chiffré de surcroît. Le jugement de première instance surprit et la doctrine le reçut d'abord comme une curiosité. Comment et en vertu de quoi un juge pouvait-il ordonner à un gouvernement de réduire ses GES, en lui imposant un chiffre précis de réduction de ses émissions ?

Certes, les injonctions du juge se multiplient en droit de l'environnement. L'un des leviers déjà connu résulte des avancées du droit de l'Union européenne de la qualité de l'air ambiant[48]. Mais le cadre applicable à la réduction des GES n'est du tout pas le même, car, dans l'affaire *Urgenda*, en première instance, l'injonction fut prononcée à une époque caractérisée par un certain vide juridique, où tant le droit de l'Union européenne que le droit international peinaient à poser des limites à l'action des États au-delà de 2012, qui soient à la mesure de l'enjeu climatique.

Outre le travail opéré sur la dimension chiffrée, exposé ci-avant, la Cour suprême rappelle la large marge d'appréciation dont bénéficient le gouvernement et le législateur quand il s'agit de décider de l'opportunité d'adopter une loi et précise que l'ordre de réduire les GES d'au moins 25 % n'indique aucunement la manière dont il convient de procéder pour ce faire, ni n'impose une obligation de légiférer ; la liberté de choix du gouvernement et du législateur reste entière.

Cependant, puisque la protection des droits humains est une composante essentielle de l'État de droit, la vérification du respect des limites inhérentes à la protection des droits fondamentaux n'en reste pas moins bien l'une des tâches caractéristiques du juge.

46 Voy. *supra* n. 10.
47 Voy. Aussi J. Peel & H. Osofsky, *Climate Change Litigation*, CUP, 2015, p. 270.
48 D. Misonne, « The Emergence of a Right to Clean Air. Transforming European Union Law through Litigation and Citizen Science », *RECIEL*, à paraître, 2020.

Invoquant le caractère d'exception de l'affaire en cause, la Cour conclut que vu la menace d'un changement climatique dangereux, des mesures sont nécessaires et *urgentes*. L'État est tenu de faire « sa part » et cette obligation découle des articles 2 et 8 de la CEDH, en vertu desquels l'État est tenu de protéger le droit à la vie et à la vie privée et familiale de ses résidents. Le fait que les pays de l'Annexe I, dont les Pays-Bas, devront réduire leurs émissions d'au moins 25 % d'ici 2020 découle de ce qui fait désormais consensus dans la science du climat et dans la communauté internationale. La Cour suprême déclare que la politique que l'État a menée et entend mener depuis 2011, consistant à nier l'urgence des mesures à prendre, n'est manifestement pas conforme à cette communauté de vue, ou du moins l'État n'a pas été en mesure de démontrer le contraire. La Cour d'appel pouvait donc conclure que l'État est tenu de réaliser la réduction susmentionnée d'au moins 25 % en 2020. La Cour suprême rejette le pourvoi et confirme l'arrêt de la Cour d'appel.

***

L'arrêt de la Cour suprême des Pays-Bas fera date dans l'histoire des droits fondamentaux. Même s'il ne concerne en principe que les Pays-Bas, il propose une interprétation de la CEDH potentiellement démultipliable, puisque les avancées proposées concernent la protection de droits fondamentaux universels, soit le droit à la vie, le droit à la protection du domicile et le droit à la protection juridictionnelle effective, à l'aune de la lutte contre le changement climatique.

La Cour suprême y confirme une jurisprudence résolument novatrice, qui change radicalement le point de vue sur la tâche des décideurs politiques à l'égard du climat. Le climat n'est plus seulement une préoccupation dont il convient de traiter entre États, mais aussi une atteinte aux droits humains fondamentaux de l'Homme, des humains à l'égard desquels des comptes doivent être rendus.

L'arrêt de la Cour suprême apporte son lot d'éléments neufs au regard de l'argumentation de la Cour d'appel, susceptibles eux aussi de jouer un rôle de précédent et d'alimenter les controverses doctrinales. D'une part, l'affirmation d'une *communauté de vue*, forgée notamment sur le consensus scientifique, susceptible de peser sur la marge de manœuvre du politique en matière de climat. Ensuite le rôle attribué au « principe 21 » de la déclaration de Stockholm pour procéder à l'individualisation de la responsabilité de l'État néerlandais[49]. Enfin et surtout cette insistance sur la nécessité pour l'État de *faire sa part*, en tant que moteur de sa responsabilité à l'égard de ses administrés. Faut-il rappeler ici la légende amérindienne contée par Pierre Rabhi ? « Un jour, dit la légende, il y eut un immense incendie de forêt. Tous les animaux terrifiés, atterrés, observaient impuissants le désastre. Seul le petit colibri s'activait, allant chercher quelques gouttes avec son bec pour les jeter sur le feu. Après un moment, le tatou, agacé par cette agitation dérisoire, lui dit : Colibri ! Tu n'es pas fou ? Ce n'est pas avec ces gouttes d'eau que tu vas éteindre le feu ! Et le colibri lui répondit : je le sais, mais je fais ma part[50].» Il y a comme un écho à cette légende désormais bien connue dans la manière dont la Cour suprême a formulé sa réponse. L'arrêt *Urgenda* est un arrêt *Colibri*.

49 Un principe qui retrouve de la puissance : B. Mayer, "The relevance of the no-harm principle to climate change law and politics", *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, septembre 2016, n° 19(1), p. 79-104.

50 Extrait de https://www.colibris-lemouvement.org/mouvement/legende-colibri. P. Rhabi, *La part du colibri*, Poche, 2006.

Certes, tout n'est pas généralisable et l'arrêt ne s'adresse qu'aux Pays-Bas, dans le contexte d'un litige qui surgit, rappelons-le, avant même l'adoption de l'Accord de Paris, dans un vide juridique à l'époque qui força l'imagination des requérants. Mais ce qui n'était que de l'imagination fantaisiste pour certains est désormais confirmé au plus haut niveau de l'ordre judiciaire. Le juge, en donnant une injonction au gouvernement, n'exerce que son rôle de contrôle de la bonne application de la CEDH, explique la Cour suprême des Pays-Bas. Un rôle caractéristique d'une saine démocratie. Au juge aussi, il incombe de faire « sa part ».

13
Notre affaire à tous et autres c. l'État français (2019)

Christel Cournil[1]
Antoine Le Dylio[2]
Paul Mougeolle[3]

Après un essor remarquable aux États-Unis et en Australie, les « procès climatiques »[4] ont récemment gagné l'Europe et la France[5]. « L'affaire du siècle »[6] s'inscrit dans le cadre de ce mouvement transnational porté par une société civile de plus en plus mobilisée sur les enjeux climatiques. Ces contentieux sont aujourd'hui répertoriés dans de vastes bases de données comme celle du centre de recherche *Sabin Center for Climate Change Law*[7], à l'origine d'un rapport[8] qui en offre l'un des premiers recensements à travers le monde. En 2019, on comptait ainsi plus de 1 200 actions dans plus d'une trentaine de pays. Malgré ces nombreux procès, la plupart des requérants ont rencontré d'importants d'obstacles pour mener à bout leurs actions. Rares sont ceux ayant obtenu gain de cause, en raison notamment de la reconnaissance difficile de l'intérêt à agir, de l'établissement du lien de causalité, de la non-justiciabilité de la question climatique, et enfin de la cruciale répartition de la « part » de responsabilité des nombreux émetteurs de gaz à effet de serre. Pourtant en 2015, l'espoir naît chez les défenseurs de la justice climatique avec la désormais célèbre « affaire *Urgenda* »[9] aux Pays-Bas, dans laquelle l'État s'est vu enjoindre de réviser l'ambition de sa trajectoire de réduction de GES[10]. Confirmée par la Cour d'appel de La Haye en octobre 2018 puis en cassation en 2019, cette action en a inspiré d'autres en Europe[11]. L'association française *Notre affaire à Tous* – l'une des initiatrices de « L'affaire du siècle » – s'est ainsi créée « en réaction » quelques semaines seulement après la décision néerlandaise de 2015, en vue de déposer le premier « recours climat » français.

---

* Les auteurs entendent préciser qu'ils ont participé au travail de rédaction de la demande préalable, de la requête sommaire et du mémoire complémentaire pour l'association Notre Affaire à tous. Ce chapitre est une version actualisée d'un article paru : C. Cournil, A. Le Dylio, P. Mougeolle, « L'affaire du siècle : entre continuité et innovations juridiques », *AJDA*, n° 32, 30 septembre 2019, p. 1864-1869.

1 Professeure de droit public, Sciences Po Toulouse, membre du LASSP, associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».

2 Avocat au barreau de Paris, ingénieur en environnement.

3 Doctorant en droit comparé à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ).

4 C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, Bruxelles, collection Droits et développement durable, juin 2018, 395 p. ; C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques : du national à l'international*, Ed. Pedone, 2018, 299 p.

5 V. les deux numéros spéciaux sortie en 2019 sur le sujet dans les revues : *AJDA*, « Les procès climatiques en France : la grande attente », n° 32, 2019, p. 1849 et s. et *RFDA*, « Le contentieux climatique devant le juge administratif », n° 5, 2019, p. 629 et s.

6 https://laffairedusiecle.net/ (consulté le 9 janvier 2020).

7 www.climatecasechart.com (consulté le 9 janvier 2020).

8 Rapport PNUE and Sabin Center for Climate Change Law, *The status of climate change litigation a global review*, 2017, 40 p.

9 Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, *Urgenda c. Government of the Netherlands* (appel en cours).

10 Pour 2020, les émissions néerlandaises devront être inférieures d'au moins 25 % (et non 17 %) au niveau qu'elles avaient atteint en 1990.

11 Cour d'appel de La Haye, *Urgenda c. Pays-Bas*, 9 octobre 2018, n° 200.178.245/01 ; Cour de cassation néerlandaise, ECLI:NL:HR:2019:2006, Hoge Raad, 19/00135, 12/20/2019.

Le rapport spécial[12] d'octobre 2018 du Groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), particulièrement alarmant quant au sort de la planète, conclut à la nécessité d'adopter en urgence des mesures pour tenter de limiter le réchauffement en deçà de 1,5 °C. Il constitue un réel tournant dans la prise de conscience des défis climatiques que doivent relever à la fois les États et les acteurs privés. Il est également un élément de preuve scientifique essentiel pour les procès climatiques, d'autant que ses recommandations vont plus loin que l'Accord de Paris et le consensus scientifique antérieur, qui en 2015 appelait les États à contenir le réchauffement sous les 2 °C[13]. Deux mois après la publication de ce rapport était lancée la pétition « L'affaire du siècle » qui rassemble aujourd'hui plus de 2 millions de signataires. Parallèlement, la demande préalable indemnitaire[14] était envoyée par quatre associations[15] à une douzaine de ministres, dans un contexte politique particulièrement tendu autour des revendications sociales des gilets jaunes. Les enjeux climatiques sont depuis devenus, en quelques mois seulement, incontournables dans l'espace politique français. La percée du parti écologiste aux élections européennes, le « verdissement » de la Déclaration de politique générale du Premier ministre en juin 2019, la mise en place du Haut conseil pour le climat et le lancement des travaux de la Convention citoyenne pour le climat[16] en octobre 2019 illustrent bien que les questions climatiques et environnementales s'imposent désormais à l'agenda de l'Acte 2 du quinquennat. Sur le plan juridique, la récente loi relative à l'énergie et au climat[17] témoigne d'une adoption accélérée des cadres légaux et réglementaires promis par le gouvernement français, puisqu'elle inscrit notamment dans le Code de l'énergie l'urgence climatique et la révision quinquennale de la programmation pluriannuelle de l'énergie.

C'est dans ce contexte politico-juridique que le tribunal administratif devra se prononcer dans les prochains mois sur le recours de plein contentieux déposé en mars 2019. Toutefois, il est vraisemblable que le Conseil d'État s'exprimera avant lui dans le cadre d'une autre affaire climat : « l'affaire *Grande-Synthe* »[18]. Après un recours gracieux resté sans réponse, la commune de Grande-Synthe et son ancien maire, Damien Carême, ont déposé un recours pour excès de pouvoir contre l'insuffisance des actions mises en œuvre par l'État pour lutter contre les changements climatiques puis un recours pour excès de pouvoir contre le second Plan national d'adaptation aux changements climatiques (PNACC 2). Ces deux affaires devraient ainsi « nourrir » l'office du juge administratif en matière climatique, désormais bien « convoqué »[19], à l'instar de l'office du juge judiciaire en ce qui concerne

12 « Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5°C, 8 octobre 2018. Disponible sur : https://www.ipcc.ch/sr15/ (en anglais), (consulté le 9 janvier 2020).

13 H. Waisman, « Quelle base scientifique pour la justice climatique ? », *Énergie-Env.-Infrastr.* 2019, dossier 5, p. 6-19.

14 Sur l'analyse de cette demande indemnitaire préalable déposée en décembre 2018 : v. notre article : C. Cournil, « "L'affaire du siècle" devant le juge administratif. Les ambitions du futur premier recours "climat" français », *AJDA*, 4 mars 2019, p. 437-442.

15 Notre affaire à tous, Fondation pour la Nature et l'Homme, Greenpeace et Oxfam.

16 La Convention Citoyenne pour le Climat est présentée comme une « expérience démocratique inédite en France, a pour vocation de donner la parole aux citoyens et citoyennes pour accélérer la lutte contre le changement climatique. Elle a pour mandat de définir une série de mesures permettant d'atteindre une baisse d'au moins 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 (par rapport à 1990) dans un esprit de justice sociale » : https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/ (consulté le 9 janvier 2020).

17 Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

18 (Affaire commentée dans cet ouvrage). V. aussi C. Huglo et T. Bégel, « Le recours de la commune de Grande-Synthe et de son maire contre l'insuffisance des actions mises en œuvre par l'État pour lutter contre le changement climatique », *Énergie-Env.-Infrastr.*, n° 5, mai 2019, p. 36-37.

19 Cf. aussi les autres affaires : L. Monnier, « Quel rôle pour la justice administrative dans la lutte contre les projets « climaticides », *Énergie-Env.-Infrastr.*, n° 5 mai 2019, p. 32-35.

le Plan de vigilance de la multinationale Total qui est assignée[20] par une dizaine de collectivités territoriales et cinq associations[21]. Selon ces associations, ni ce plan ni la stratégie « climat » qui y est associée ne comporteraient de mesures suffisantes pour prévenir le dommage environnemental (art. 1252 du Code civil) et les atteintes graves aux droits de l'Homme et à l'environnement liés au dérèglement climatique (loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance)[22].

L'objectif de « l'affaire du siècle » est de faire reconnaître la carence fautive de l'État en matière climatique et d'obtenir que le juge administratif lui enjoigne notamment de prendre toutes mesures utiles pour réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) à un niveau compatible avec le maintien du réchauffement planétaire en deçà d'1,5 ℃. Pour ce faire, les associations devront toutefois établir le bien-fondé de leur demande de réparation à hauteur d'un euro symbolique pour le préjudice moral et écologique lié à la contribution de la France au réchauffement climatique et à ses conséquences. Le gouvernement a répondu à la demande préalable de décembre 2018 par un courrier largement médiatisé adressé le 15 février 2019 aux associations[23], qui ont été d'ailleurs reçues dans la foulée à Matignon. Non satisfaites par cette réponse, les quatre associations ont alors déposé le 14 mars 2019 leur requête sommaire[24] de plein contentieux puis en mai le mémoire complémentaire[25] d'une centaine de pages. C'est ce dernier qui sera présenté et analysé ici.

Ce recours, qui s'inscrit dans la continuité des décisions récentes en matière de santé-environnement, s'attèle à rendre plus effectif le droit en matière climatique. Trois apports novateurs seront ici discutés : l'obligation générale de lutte contre le changement climatique (**I**), le principe général du droit portant sur le droit de vivre dans un système climatique soutenable (**II**) et le fondement de la reconnaissance du préjudice écologique, la demande d'injonction tenant à prendre toutes mesures utiles pour contenir le réchauffement climatique en deçà d'1,5 ℃ (**III**).

I. Retenir la violation d'une obligation générale de lutte contre le changement climatique

Afin d'établir la carence fautive de l'État, le recours s'appuie sur l'existence d'une obligation générale de lutte contre le changement climatique. Bien qu'une telle obligation n'ait jamais été reconnue ni même soulevée devant le juge, les associations s'attachent à démontrer qu'elle se déduit de l'édifice normatif existant en matière environnementale et de sauvegarde des droits de l'Homme (**A**). La portée extraterritoriale de cette obligation aurait néanmoins mérité d'être précisée (**B**).

20 Pour plus de détails sur la procédure, voir : https://notreaffaireatous.org/multinationales/ (dernière consultation le 17.02.2020). V. Tribunal judiciaire, 28 janvier 2020, *Notre Affaire à Tous et autres c. Total* (assignation). (v. Commentaire dans cet ouvrage de P. Mougeolle).

21 Notre Affaire à Tous, Les Eco Maires, Sherpa, ZEA et France Nature Environnement (FNE).

22 V. l'assignation : https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/01/Assignation-NAAT-et-autres-vs-TOTAL-VDEF.pdf (dernière consultation le 17.02.2020).

23 Réponse du gouvernement : « L'action en faveur du climat de l'État français », février 2019, 10 p. (consulté le 9 janvier 2020).

24 Le « brief juridique » du 14 mars 2019 (en ligne : https://laffairedusiecle.net/wp-content/uploads/2019/03/ADS-Brief-juridique-140319.pdf) (consulté le 9 janvier 2020).

25 Le mémoire complémentaire du 20 mai 2019 (en ligne : https://laffairedusiecle.net/wp-content/uploads/2019/05/Argumentaire-du-M%C3%A9moire-compl%C3%A9mentaire.pdf) (consulté le 9 janvier 2020).

A. La construction de l'obligation générale de lutte contre le changement climatique

Selon les rédacteurs du recours, l'obligation générale[26] de lutte contre le changement climatique se déduit de la Charte de l'environnement, de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et d'un principe général du droit (PGD) dont l'existence est soutenue pour la première fois devant le juge (voir *infra*). Elle s'ancre dans le constat selon lequel les conséquences du changement climatique affectent directement les droits fondamentaux, parmi lesquels le droit de vivre dans un environnement sain (art. 1er de la Charte), le droit à la vie (art. 2 de la CEDH), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la CEDH) ainsi que le droit de vivre dans un système climatique soutenable (PGD voir *infra*). Cette lecture est confortée tant par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a reconnu, dans la décision *Michel Z.*[27], une « obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement » à laquelle chacun est tenu, que par celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, similaire à bien des égards[28], en ce qu'elle impose aux États des obligations positives pour assurer le respect des droits protégés par la Convention. Les associations plaident ainsi pour que ces textes soient interprétés comme imposant à l'État une obligation générale de lutte contre le changement climatique, afin d'éviter la violation des droits fondamentaux en mettant en place des mesures de prévention adéquates.

Faire reconnaître une obligation générale de lutte contre le changement climatique permettrait d'apprécier la conformité de l'action de l'État au regard de l'évolution des connaissances scientifiques, tant d'un point de vue substantiel que temporel. Les associations affirment à ce titre que les manquements à cette obligation générale se traduisent, d'une part, par une action tardive de l'État et, d'autre part, par une insuffisance au regard des risques encourus, aussi bien du point de vue du manque d'ambition des « obligations spécifiques » de lutte contre le changement climatique (c'est-à-dire les obligations climatiques sectorielles en vigueur en matière de réduction des émissions de GES, d'efficacité énergétique, de transition énergétique et d'adaptation) que de leur mise en œuvre.

Rappelons que cette démarche n'est pas inconnue du juge administratif qui a déjà eu l'occasion, sur le fondement de l'obligation générale de prévention dans le cadre du contentieux relatif à l'amiante, de distinguer plusieurs périodes de responsabilité de l'État en confrontant les mesures en vigueur pour la protection des travailleurs au regard des connaissances scientifiques sur les dangers d'une exposition à l'amiante[29].

La tardiveté de l'action de l'État résulterait de l'absence totale de mesures en matière de lutte contre le changement climatique avant 2005 (adoption de la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique (POPE)[30]), alors même que le caractère anthropique du changement

26 M. Moliner-Dubost, « Les obligations de l'État dans la lutte contre le changement climatique », *RFDA*, 2019, p. 629 et s.
27 Cons. const., 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre*, déc. n° 2011-116 QPC, cons. 5. V. aussi CE, 14 septembre 2011, M. R., n° 348394, Lebon.
28 H. Tran, *Les obligations de vigilance des États Parties à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
29 CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c. Consorts Botella*, n° 241152, Lebon p. 125.
30 Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de POPE, dont l'ancien art. 2 prévoyait une diminution des GES de 3 % en moyenne par an, abrogé par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique.

climatique était déjà suffisamment établi et connu des décideurs publics depuis de nombreuses années, comme l'atteste notamment la création du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) en 1988 et de nombreuses publications scientifiques antérieures.

Le cadre législatif et réglementaire en vigueur est en outre manifestement insuffisant puisque sa mise en œuvre ne permet nullement de contenir le réchauffement sous le seuil d'1,5 °C, pourtant nécessaire pour prévenir les conséquences du changement climatique, délétères pour l'environnement, la santé et la vie humaine, et pour certaines irréversibles au-delà de ce seuil (voir en ce sens le rapport spécial du GIEC d'octobre 2018).

Le non-respect des obligations spécifiques en matière de réduction des émissions de GES, d'efficacité énergétique, de transition énergétique et d'adaptation ne fait que confirmer le constat de l'inadéquation de l'action de la France aux enjeux climatiques[31]. La méconnaissance de ces objectifs et l'insuffisance des mesures en matière de lutte contre le changement climatique a été clairement établie par le Haut Conseil pour le climat (HCC) à l'occasion de son premier rapport publié en juin 2019[32].

En définitive, les manquements de l'État à son obligation générale de lutte contre le changement climatique et à ses obligations spécifiques seraient constitutifs d'une carence fautive de nature à engager sa responsabilité, à l'instar des contentieux relatifs à l'amiante[33], aux algues vertes[34] et à la pollution atmosphérique[35].

B. L'absence de définition de la portée extraterritoriale de l'obligation générale

Le périmètre de cette obligation générale n'a toutefois pas été précisé, notamment en ce qui concerne son déploiement extraterritorial. Or selon le HCC, les émissions indirectes, à savoir « les émissions nettes importées représentent 60 % des émissions nationales en 2015 (271 $MtCO_2e$) et s'ajoutent à elles pour former l'empreinte carbone (731 $MtCO_2e$) »[36] de la France et malgré leur importance, l'État n'a pas adopté une stratégie pour réduire leur volume. Il lui est pourtant loisible d'édicter des mesures permettant de contrôler ou, à tout le moins, d'influencer le volume de ces émissions indirectes. Une telle position est partagée par les organes onusiens relatifs à la protection des droits de l'Homme, qui mettent à la charge des États des obligations extraterritoriales de lutte contre le réchauffement climatique[37]. Le manque d'action de l'État à l'égard de ses émissions internationales aurait donc pu être plaidé.

31 Mémoire complémentaire, p. 59-76.
32 HCC, Rapport annuel Neutralité carbone, juin 2019 (en ligne), 66 p.
33 CE, 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Botella*, req. n° 241151, Rec. p. 125 ; CE, 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Thomas*, req. n° 241152, Rec. p. 127 ; CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Bourdignon*, req. n° 241150 ; CE, 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Xueref*, req. n° 241153.
34 CAA de Nantes, 1er déc. 2009, *Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*, n° 07NT03775.
35 TA Montreuil, 25 juin 2019, *Mme Farida T.*, n° 1802202 ; TA Paris, 4 juil. 2019, *Mme N, Mme B., M. G.* nos 1709333, 1810251, 1814405. A. Le Dylio, « la carence fautive de l'État reconnue par des jugements en demi-teinte », *La Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, août 2019 (en ligne).
36 HCC, *op. cit.*, p. 30.
37 V. par ex. Comité de l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/NOR/CO/9, 17 nov. 2017, § 14-15.

En outre, la France n'impose pas – du moins, explicitement – aux entreprises établies sur son territoire, notamment aux sociétés-mères de grands groupes multinationaux, de concevoir un modèle économique compatible avec l'Accord de Paris, alors que l'empreinte carbone de ces dernières dépasse largement celle de l'État Français. Si *Notre Affaire à Tous* et d'autres considèrent dans l'affaire *Total*[38] que la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères impose d'ores et déjà une telle obligation, cette interprétation reste à être confirmée par le juge civil. Par ailleurs, l'absence d'une obligation explicite de l'État de contrôler les émissions des entreprises aurait pu également être reprochée à l'État dans *l'Affaire du siècle*[39].

Dans une décision récente rendue par la Cour d›appel d›Oslo, le juge norvégien a reconnu la nécessité de prendre en compte les émissions extraterritoriales résultant de l›exportation de pétrole et de gaz et de sa combustion dans des pays étrangers avant d›accorder finalement des licences de recherche et de production de pétrole et de gaz. Cette question de la prise en compte des obligations climatiques extraterritoriales pourrait ainsi faire l›objet de nombreux procès futurs[40].

La portée extraterritoriale de l'obligation générale de lutte gagnera donc à être développée ultérieurement, compte tenu de l'importance des émissions extraterritoriales et de la liberté reconnue au législateur en matière de régulation des entreprises.

II. Consacrer un principe général du droit « climatique »

Les associations invitent le juge à reconnaître un nouveau principe général du droit (PGD) portant sur le droit de vivre dans un système climatique soutenable (**A**), à dimension intergénérationnelle (**B**). Leur démonstration s'inspire du contentieux comparé et de l'approche climatique défendue dans le cadre onusien, laquelle repose sur les droits de l'Homme (**C**).

A. L'intérêt de faire découvrir un nouveau PGD en matière environnementale

La demande de reconnaissance d'un PGD en matière environnementale peut surprendre tant l'édifice législatif et réglementaire à l'échelon international, européen et national a été enrichi, ces dernières années, sur le plan de la lutte climatique. Le Code de l'environnement est déjà largement doté en « principes », ce qui explique sans doute que le juge administratif n'a, pour l'heure, jamais eu besoin de découvrir quelconque PGD en matière environnementale.

Si dans un premier temps, les PGD ne semblaient avoir d'autres fonctions que de combler des lacunes textuelles sur le plan procédural, d'autres ont ensuite été dégagés pour garantir des droits substantiels de la première et seconde génération de droits et libertés, laissant « vierge » le champ

38 V. https://notreaffaireatous.org/nous-sommes-les-territoires-qui-se-defendent/ (consulté le 9 janvier 2020).
39 V. l'Obs. générale n° 24 du 10 août 2017 du Comité des droits économiques sociaux et culturels, établissant une obligation pour les États de mettre en place des lois similaires à celle relative au devoir de vigilance.
40 V. dans cet ouvrage le commentaire de la décision norvégienne par A. Le Dylio.

de l'environnement. En suggérant ainsi au juge administratif de dégager un PGD propre à la matière climatique, la demande des associations est ambitieuse à double titre : la démonstration de l'existence de ce PGD vise à consolider celle d'une obligation générale de lutte contre le changement climatique, mais surtout cette reconnaissance aurait des effets conséquents sur la possibilité de contester des actes qui porteraient obstacle à la lutte contre le changement climatique. En effet, si l'édifice normatif en matière climatique abonde de principes d'origine constitutionnelle ou conventionnelle, leur effet direct fait, pour l'heure, défaut, et les prive de leur effectivité. Un tel PGD pourrait alors être invoqué devant le juge administratif à l'encontre d'actes réglementaires ou individuels, dans le cadre de recours contre les « projets climaticides » , les documents d'urbanisme ou ceux liés à la planification climatique[41].

B. Un PGD à dimension intergénérationnelle, ancré dans une multitude de textes juridiques à la finalité convergente

La découverte d'un PGD résulte des « exigences de la conscience juridique du temps et [de] celles de l'État de droit », lorsqu'il est en « accord avec l'état général et l'esprit de la législation »[42]. Cette conscience juridique du moment est incontestablement révélée par les textes internationaux, européens et nationaux auxquels l'État a pleinement souscrit. Ces textes fondateurs et dont l'importance symbolique est indéniable, malgré une normativité faible ou sujette à discussion, donnent corps à la reconnaissance d'un tel PGD. C'est ainsi que, selon les rédacteurs du recours, le PGD portant sur le droit à vivre dans un système climatique soutenable se déduit à la fois « de la reconnaissance textuelle de l'interdépendance de la lutte contre le changement climatique et du développement durable des sociétés humaines et d'autre part de la relation explicitement établie entre l'existence d'un climat soutenable et la jouissance des droits de l'Homme ».

Cette convergence des droits et principes, aux valeurs normatives hétérogènes, « sédimentent » les contours d'une obligation de l'État en matière de lutte contre le changement climatique. L'ensemble de ces textes convergent en effet vers l'objectif unique de renforcer « la riposte mondiale » à la menace causée par le changement climatique, en limitant le réchauffement climatique pour garantir un système climatique soutenable, c'est-à-dire propice au développement des sociétés humaines.

En définitive, la reconnaissance de ce PGD permettrait de consacrer un nouveau droit liant la préservation de l'environnement et le développement des sociétés humaines. Il reviendrait alors à l'État de le garantir tant pour les générations présentes que futures. Cette dimension intergénérationnelle, qui est au cœur de la formulation du PGD, est sans aucun doute l'une des innovations les plus intéressantes soumises à l'appréciation du juge. Notons que cette démarche originale a également été engagée à propos d'un principe à valeur constitutionnelle identique dans des observations

41 V. par exemple, le récent recours de 14 associations demandant l'annulation du document d'urbanisme définissant l'aménagement du territoire de Roissy Pays de France, https://notreaffaireatous.org/cp-face-a-la-betonisation-du-triangle-de-gonesse-et-lextension-de-laeroport-de-roissy-15-associations-deposent-un-recours-en-contentieux-contre-le-schema-de-coherence-territoriale/ (consulté le 18 mai 2020).

42 R. Chapus, *Droit administratif général*, coll. Domat, Montchrestin, 15e éd., 2001, p. 95.

extérieures[43] sur le projet de loi relatif à l'énergie et au climat, transmises au Conseil constitutionnel par l'association *Notre affaire à tous.*

C. Un PGD construit sur les expériences contentieuses étrangères

L'invitation adressée au juge administratif français de découvrir un PGD en matière climatique peut être mise en perspective avec les contentieux climatiques étrangers tant sur le fond qu'au regard du procédé auquel a eu recours le juge néerlandais dans l'affaire *Urgenda*. En effet, dans le jugement rendu en première instance, il consacre une obligation inédite de vigilance en matière climatique en s'appuyant sur un faisceau d'indices qui ressortent de textes et de jurisprudences existants. Le recours à la méthode du faisceau d'indices n'est pas étranger au juge administratif pour découvrir un PGD, et une telle similitude avait d'ailleurs été soulignée à l'époque[44]. Dans *l'Affaire du siècle*, les rédacteurs ont opté pour un PGD reconnaissant un droit subjectif (le droit de vivre dans un système climatique soutenable) qui fait écho à d'autres contentieux étrangers et aux récents écrits doctrinaux américains[45]. Ainsi, dans l'affaire *Juliana c. the United States of America*[46], l'un des principaux apports des jeunes requérants a été (en vain pour l'instant[47]) de soulever un « right to a stable climate system » tiré du Ve amendement de la constitution américaine, sorte de prolongation du plus connu « *right to a clean and healthy environment* »[48] reconnu par les organes internationaux de protection des droits humains et consacré par certaines constitutions. Par le truchement de la demande de reconnaissance d'un tel PGD, *l'Affaire du siècle* participe à l'amorce, sur le plan national, d'une judiciarisation de l'approche climatique fondée sur les droits de l'Homme engagée depuis quelque temps par le système onusien des droits de l'Homme et encouragée par certains académiques[49]. Le juge est donc invité à s'inscrire dans ce mouvement bien connu sur le plan international[50] et à accueillir l'idée qui consiste à lier les enjeux climatiques aux droits fondamentaux ; laquelle innerve de plus en plus les contentieux climatiques nationaux[51] (V. l'action gagnée par les jeunes en Colombie[52], ou la récente action collective[53] portée par l'association *Environnement Jeunesse* devant la Cour supérieure du Québec en 2018 et le jugement de rejet rendu par le juge Morrison de la Cour supérieure du Québec du 11 juillet 2019.

43 Notre Affaire à Tous, Cabinet Vigo et Seattle Avocats, « Le projet de loi relatif à l'énergie et au climat devant le Conseil constitutionnel (n° 2019-791DC) », *La Revue des droits de l'Homme*, octobre 2019.

44 V. la note 89 in A.-S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Cour du district de La Haye, 24 Juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *Revue juridique de l'environnement*, n° 4, 2015.

45 M. C. Wood, and C. W. Woodward IV., "Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last", *Wash. J. Envtl. L. & Pol'y* n° 6, 2016, p. 634-683.

46 V. le commentaire de *l'affaire Juliana c. USA*, P. Mougeolle, « Le grand bond en avant du procès de la justice climatique, « Juliana » contre l´administration Trump », *La Revue des droits de l'Homme*, 2018.

47 V. commentaire dans cet ouvrage d'E. Gebre et le lien de l'affaire : http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/ (consulté le 24 février 2020).

48 S. Varvastian, *The Human Right to a Clean and Healthy Environment in Climate Change Litigation*, MPIL, Research Paper N° 2019-09, 18 p. ; J. H. Knox et R. Pejan *The Human Right to a Healthy Environment*, edited by Cambridge University Press, 2018, 290 pp,

49 K. Davies, and al., *policy change*, 2017.

50 S. Duyck, S. Jodoin and A. Johl (dir.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance,* Routledge, 2018, 430 p.

51 C. Cournil, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques : du national à l'international*, Pedone, 2018, p. 85-109.

52 Corte Suprema de Justicia, *25 jeunes c. Colombie*, déc. 4 avr. 2018.

53 Recours ENvironnement JEUnesse c. Procureur General du Canada, 26 nov. 2018 et le jugement de rejet rendu par le juge Gary D.D. Morrison de la Cour supérieure du Québec, 11 juil. 2019, v. le commentaire de G. de Lassus Saint Géniès dans cet ouvrage.

III. Faire reconnaître et cesser le préjudice écologique

Les associations sollicitent la condamnation de l'État à réparer le préjudice écologique (**A**), caractérisé par un surplus illégal d'émissions de GES constitutif d'une atteinte aux fonctions de régulation du climat de l'atmosphère (**B**), ainsi que le prononcé d'une injonction tendant à mettre en œuvre toutes mesures utiles tant en matière de réduction des émissions de GES qu'en matière d'adaptation au changement climatique (**C**).

A. Le préjudice écologique devant le juge administratif

Malgré les invitations de la doctrine, le juge administratif se refuse à admettre l'indemnisation du préjudice écologique, par nature objectif, en se fondant sur l'absence de caractère individuel de l'atteinte[54]. Il s'autorise néanmoins à le requalifier en préjudice moral lorsqu'il était invoqué par des associations[55], et s'est même récemment fondé sur le risque de survenance d'un tel préjudice pour caractériser l'urgence dans le cadre d'un référé-suspension[56].

Dans ses conclusions sur la décision *Association pour la protection des animaux sauvages* de 2015, le rapporteur public Xavier de Lesquen invitait le juge à attendre « que le législateur éclaire cette question […] pour préciser les conditions de réparation des préjudices objectifs causés à l'environnement »[57]. C'est désormais chose faite depuis l'adoption en 2016 de la loi pour la reconquête de la biodiversité, qui consacre le préjudice écologique dans le Code civil. Le fait que son régime d'indemnisation soit inscrit dans ce Code n'est assurément pas un obstacle à ce que le juge administratif s'en saisisse, puisqu'il est constant qu'il peut appliquer directement des dispositions issues du Code civil[58] ou s'inspirer de principes issus du Code civil pour édicter des règles opposables à l'action administrative. De tels emprunts sont particulièrement significatifs en matière de responsabilité extracontractuelle[59], et c'est ainsi que, s'inspirant des constructions prétoriennes du juge judiciaire, le Conseil d'État s'est résolu à étendre la catégorie des préjudices indemnisables devant le juge administratif (douleur morale[60], préjudices dits par ricochet[61] et préjudice d'anxiété[62]).

Par ailleurs, l'indemnisation du préjudice écologique ne saurait être exclue pour la seule raison qu'il résulte du comportement d'une personne publique. Les obligations de la Charte de l'environnement – en ce comprises les obligations de prévention (art. 3) et de réparation (art. 4) des atteintes à l'environnement – s'imposent à toute personne, et notamment aux pouvoirs publics et autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs. Quant à l'article 1246 du Code civil, il énonce bien que « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de la réparer »,

54 CE, 12 juil. 1969, *Ville Saint-Quentin*, Lebon p. 383 ; O. Fuchs, *Responsabilité administrative extracontractuelle et atteintes environnementales*, Thèse, Univ. de Nantes, 2007, p. 317.
55 CAA Nantes, 25 mars 2008, n° 07NT01586.
56 CE, 31 mars 2017, *Société Commercialisation décharge et travaux publics*, n° 403297.
57 CE, 30 mars 2015, *ASPAS*, n° 375144, rec. Lebon, concl. X. de Lesquen.
58 Voir : B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 135 et s.
59 CE, Sect., 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, n° 252169 suivant l'arrêt Cass., Ass. plén., 29 mars 1991, *Blieck*, n° 89-15.231, Bull. A. P. n° 1.
60 CE, Ass., 24 nov. 1961, *Consorts Letisserand*, n° 48841, suivant l'arrêt Cass. Civ., 13 fév. 1923.
61 CE, Ass., 3 mars 1978, *Veuve Müesser*, n° 94827, suivant l'arrêt Cass. Ch. mixte, 27 février 1970, n° 68-10.276.
62 CE, 9 nov. 2016, *Mme B.*, n° 393108, suivant l'arrêt Cass., Soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241.

sans restriction quant à la qualité publique ou privée de la personne responsable. À défaut, « s'il en était autrement, une personne publique […] pourrait [se contenter] d'invoquer son statut pour se voir exonérer de toute obligation »[63]. En définitive, la lecture combinée des dispositions constitutionnelles et législatives justifie pleinement que, lorsqu'un préjudice écologique trouve son origine directe dans le comportement d'une personne publique, le juge administratif saisi d'une demande en ce sens condamne la personne publique à le réparer.

B. Un préjudice écologique caractérisé par le surplus d'émissions de GES, constitutif d'une atteinte non négligeable aux éléments et aux fonctions de l'atmosphère

La caractérisation du préjudice écologique dans cette affaire s'avère particulièrement délicate puisqu'il doit, de manière classique, résulter d'un dommage causé directement par la carence fautive de l'État. L'article 1247 du Code civil adopte une définition du préjudice écologique plus succincte que celle retenue par le juge judiciaire[64] avant sa consécration législative, à savoir « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'Homme de l'environnement. ». La nomenclature établie par le professeur Laurent Neyret précise, concernant les atteintes aux fonctions de l'air ou de l'atmosphère, qu'elles « s'entendent du rôle qu'ils jouent au sein des écosystèmes tel que […] participer à la régulation du climat »[65].

Le préjudice écologique alors retenu par les associations correspond au surplus d'émissions de GES imputable aux fautes de l'État selon deux composantes. Il s'agit en premier lieu d'une portion du volume de GES émis par la France durant la période comprise entre sa connaissance précise des conséquences délétères du changement climatique[66] et l'adoption des premières mesures contraignantes (ratification du Protocole de Kyoto) pour réduire ces émissions ; autrement dit le volume de GES résultant de son action tardive. En second lieu, il s'agit du volume de GES émis en violation des budgets carbone pour la période 2015-2018 que l'État s'est engagé à respecter conformément au décret sur la Stratégie Nationale Bas-Carbone (SNBC)[67]. L'ensemble de ces émissions est enfin constitutif d'un préjudice futur certain dès lors que les GES émis à un instant « t » continuent de participer au changement climatique durant de nombreuses années, et que les prévisions indiquent que ces émissions vont, compte tenu de l'absence de mesures effectives, continuer de croître.

Le caractère *non négligeable* de ces surplus d'émissions résulte du simple constat que l'État n'atteint pas ses objectifs de réduction d'émissions de GES alors même qu'ils sont manifestement insuffisants au regard des conséquences du changement climatique. Ils ne permettent en effet pas de contenir l'élévation de la température moyenne sous le seuil d'1,5 ℃, dont les conséquences dommageables sont pourtant établies de manière certaine par le GIEC. À titre d'illustration, la *Nationally*

63 C. Huglo, « L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif », *AJDA*, 2013, p. 667. V. aussi M. Lucas, « Préjudice écologique et responsabilité : pour l'introduction légale du préjudice écologique en droit de la responsabilité administrative », *Env.*, nº 4, avril 2014, étude 6.

64 CA Paris, Pôle 4, ch. 11, 30 mars 2010, *Clemente et a. c/ Conseil général de la Vendée et a.*, nº 08/02278 ; Cass. crim., 25 sept. 2012, nº 10.82.938, Bull nº 198.

65 L. Neyret, G. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux,* LGDJ, 2012, p. 14.

66 Laquelle peut être fixée au en 1988 lors de la création du GIEC.

67 Décret nº 2015-1491 du 18 novembre 2015 relatif aux budgets carbone nationaux et à la SNBC.

Determined Contribution souscrite dans le cadre de l'Accord de Paris par l'Union européenne, au sein de laquelle sont fixés les objectifs français, conduirait à un réchauffement planétaire évalué à 3,2 ℃[68]. En outre, les émissions françaises ont participé de manière certaine au franchissement du seuil de 410 parties par million d'équivalent CO_2 dans l'atmosphère, alors que pour nombre de climatologues, un retour à 350 ppm est nécessaire pour empêcher toute perturbation du système anthropique. En conséquence, tout volume de GES émis en violation de ces objectifs insuffisants est dès lors constitutif d'une atteinte non négligeable à l'atmosphère et à ses fonctions de régulation du climat, caractérisant un préjudice écologique.

C. Une injonction visant à faire cesser le préjudice écologique

Les associations se sont tournées vers une demande d'injonction afin de contraindre l'État à contribuer à une prévention de son aggravation. Le pouvoir d'injonction du juge administratif saisi d'un recours indemnitaire est admis depuis 2015 par le Conseil d'État[69]. Il suppose d'une part que le comportement fautif de la personne publique responsable perdure à la date à laquelle le juge se prononce, et d'autre part que le préjudice dont il est demandé réparation perdure également à une cette même date. Constatant que ces deux conditions sont vérifiées, les associations sollicitent notamment du juge qu'il enjoigne à l'État de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour réduire les émissions de GES à un niveau compatible avec l'objectif de contenir l'élévation de la température sous le seuil de 1,5 ℃, à due proportion par rapport aux émissions mondiales ; de prendre les mesures nécessaires permettant d'atteindre les objectifs de la France de nature réglementaire, législative ou issus du droit de l'Union européenne ; de prendre les mesures nécessaires à l'adaptation du territoire national aux effets du changement climatique. La demande d'injonction accompagne la demande principale de réparation à hauteur d'un euro du préjudice écologique. Cette demande indemnitaire, formulée en vue d'assurer l'admissibilité de la demande d'injonction, est ainsi ancrée dans une démarche préventive, et constitue donc un artifice procédural plutôt qu'une évaluation « symbolique » d'un préjudice incommensurable.

***

Le droit comparé nous enseigne que l'innovation juridique est incontournable en matière de contentieux climatique. C'est dans le droit fil des décisions positives des cours colombienne, néerlandaises, et pakistanaise, qui en sont le parfait exemple, que s'inscrit *l'Affaire du siècle*. Ce recours s'attache à proposer une démonstration fondée sur un équilibre entre des techniques connues du juge administratif (carence fautive, vigilance, injonction) et des demandes novatrices (obligation générale de lutte contre le changement climatique, PGD climatique, préjudice écologique). Cela étant, au-delà des apports juridiques espérés, l'avancée véritablement attendue de la part du recours réside dans le prononcé d'une injonction qui contraindrait l'État à mener une lutte bel et bien effective contre le changement climatique.

68 Si une telle ambition était suivie par les autres États : Y. Robiou du Pont, M. Meinshausen, « Warming assessment of the bottom-up Paris Agreement emissions pledges », *Nature Communications*, 9, 2018, 10 p.

69 CE, 27 juil. 2015, *Baey*, n° 367484, Lebon p. 285 ; plus récemment voir : CE, 18 mars 2019, *SCI des Cèdres*, n° 411462.

14
ENvironnement JEUnesse c. Procureur général du Canada (2019)

Géraud de Lassus St-Geniès[1]

Créé en 1979, ENvironnement JEUnesse (ENJEU) est un organisme sans but lucratif québécois qui œuvre pour l'éducation de la jeunesse aux enjeux environnementaux. Regroupant 577 membres, et principalement animé par des jeunes, sa mission consiste à « conscientiser les jeunes du Québec aux enjeux environnementaux, les outiller à travers ses projets éducatifs et les inciter à agir dans leur milieu »[2]. ENJEU se présente comme un organisme qui prône « l'implication citoyenne » et qui « donne la parole aux jeunes engagé·e·s afin qu'il.elle.s fassent connaître leurs préoccupations, leurs positions et leurs solutions concernant les enjeux environnementaux actuels »[3]. Bien que les changements climatiques ne soient pas l'unique sujet auquel ENJEU s'intéresse, cet organisme mène depuis les années 1990 de nombreux projets en lien avec la question du climat, incluant l'envoi de délégations de jeunes québécois aux Conférences des Nations unies sur les changements climatiques.

Le 26 novembre 2018, ENJEU dépose à la Cour supérieure du Québec (le tribunal de droit commun de première instance dans cette province) une demande en autorisation d'exercer une action collective contre le Procureur général du Canada (qui agit dans cette cause à titre de représentant du gouvernement du Canada) au nom de tous les résidents du Québec âgés de 35 ans et moins en date du dépôt de la demande[4]. Sur le fond, ENJEU allègue qu'en s'abstenant d'adopter des mesures adéquates pour limiter le réchauffement planétaire à 1,5 ℃, le Canada ne respecte pas à l'égard des résidents du Québec âgés de 35 ans et moins plusieurs droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[5] (qui fait partie intégrante de la Constitution canadienne) et la *Charte des droits et libertés de la personne*[6] (une loi québécoise à valeur quasi constitutionnelle)[7]. Les droits en question sont le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, le droit à l'égalité ainsi que le droit à un environ-

1 Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec).
2 ENvironnement JEUnesse, *Rapport annuel 2018-2019*, 2019, p. 4.
3 *Ibid.*
4 L'article 571 du Code de procédure civile québécois définit l'action collective comme le « moyen de procédure qui permet à une personne d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe dont elle fait partie et de le représenter ». Il s'agit donc d'un véhicule procédural qui permet le « traitement collectif de réclamations individuelles » et qui est réservé aux « préjudices individuels subis collectivement par un groupe de personnes ». P.-C. Lafond, « Définition de l'action collective, parties et tribunal compétent », Jurisclasseur Québec Droit civil – Procédure civile II (2e édition), fascicule 20, LexisNexis Montréal, 2018, feuillets mobiles, para. 3.
5 *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11 (ci-après, la « Charte canadienne »).
6 L.R.Q c. C-12 (ci-après, la « Charte québécoise »).
7 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 2885, para. 2.

nement sain et respectueux de la biodiversité. ENJEU, qui estime que les atteintes à ces droits sont intentionnelles, soutient également que l'omission du Canada d'adopter les mesures requises pour limiter le réchauffement planétaire à 1,5 ℃ constitue une faute en droit civil québécois[8].

À travers ce recours, ENJEU cherche à obtenir un jugement déclarant que le comportement du Canada en matière de lutte contre les changements climatiques viole les droits fondamentaux des jeunes québécois et constitue une faute intentionnelle. ENJEU souhaite également que la Cour ordonne au Canada de faire cesser les atteintes aux droits fondamentaux des membres du groupe visés par l'action collective. De plus, l'organisme sollicite de la Cour une condamnation du Canada à payer des dommages-intérêts punitifs d'un montant de 100$ par membre du groupe[9]. Jugeant toutefois que la distribution de ces dommages serait impraticable ou trop onéreuse, ENJEU demande à la Cour, au lieu d'exiger un paiement effectif de cette somme, d'ordonner au Canada « la mise en place de mesures réparatrices pour contribuer à freiner le réchauffement climatique, ainsi que toute autre réparation que le Tribunal estime qu'il serait approprié d'imposer au Canada pour assurer le respect des droits fondamentaux »[10] des jeunes québécois.

Au Québec, une action collective ne peut être exercée qu'avec l'autorisation préalable de la Cour supérieure[11]. Cette procédure d'autorisation constitue un « mécanisme de filtrage »[12] par le biais duquel la Cour cherche notamment à vérifier s'il y a apparence sérieuse de droit et à établir la composition exacte du groupe. Le premier défi pour le recours intenté par ENJEU consistait donc à obtenir une réponse favorable à sa demande d'autorisation d'exercer une action collective. Rendue le 11 juillet 2019, la décision *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* est ainsi le jugement de la Cour supérieure sur la demande d'autorisation présentée par ENJEU.

Dans ce jugement, la Cour supérieure refuse d'accorder à ENJEU l'autorisation d'exercer son action collective. Ce refus est motivé par le choix de la composition du groupe visé par le recours. Selon la Cour suprême du Canada, pour qu'une action collective puisse être autorisée, le groupe doit pouvoir être clairement défini. Il s'agit d'un élément essentiel pour démontrer que l'action collective est bien le véhicule procédural approprié. Ainsi, la définition d'un groupe « devrait énoncer des critères objectifs permettant d'identifier les membres »[13] de ce groupe. De plus, ces critères « devraient avoir un rapport rationnel avec les revendications communes à tous les membres »[14] du groupe. Or, de l'avis de la Cour supérieure, cette condition n'est pas remplie dans la demande présentée par ENJEU. Selon le tribunal, la décision « de plafonner l'âge des membres à 35 ans, d'exclure des millions d'autres québécois et québécoises à cause de leur âge et d'inclure presque tous les mineurs

8 *Ibid.*, para. 14.

9 L'article 49 de la Charte québécoise prévoit qu' « [e]n cas d'atteinte illicite et intentionnelle » aux droits protégés par la Charte, le tribunal peut condamner l'auteur de l'atteinte à « des dommages-intérêts punitifs ». Selon la Cour suprême du Canada, l'objectif de cette forme de dommages-intérêts n'est pas de compenser le demandeur, mais plutôt de « punir le défendeur », lorsque sa « mauvaise conduite […] est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de la dignité de la cour ». *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, para. 196.

10 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 3.

11 Code de procédure civile, articles 33, alinéa 2 et 574, alinéa 1.

12 *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs,* [2013] 3 RCS 600, par. 65.

13 *Western Canada Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 RCS 534 para. 38.

14 *Ibid.*

québécois représente un choix purement subjectif et arbitraire »[15]. À la suite de ce rejet, ENJEU a indiqué qu'il porterait ce jugement en appel.

Compte tenu de l'issue de ce recours, *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* ne correspond sans doute pas à ce que l'on s'imagine spontanément être une « grande » affaire de la justice climatique. On est en effet ici assez loin d'une victoire à la *Urgenda.* Mais grande affaire ne signifie pas forcément grande victoire, et ce qui mérite à *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* de figurer dans cet ouvrage tient davantage à ce que cette affaire représente une étape marquante dans l'évolution du contentieux climatique canadien. En plus d'être la première affaire climatique dans cet État à être menée par la jeunesse, il s'agit de la première fois qu'une juridiction canadienne se voit saisie d'une demande visant à faire reconnaître que l'insuffisance de l'action climatique d'un ordre de gouvernement[16] constitue une atteinte aux droits de la personne (**I**). En outre, par la reconnaissance de la justiciabilité de la demande de la requérante, la décision *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* peut s'analyser comme une avancée majeure dans le contentieux climatique canadien (**II**). Enfin, cette affaire apporte des précisions importantes sur les voies procédurales qui devraient être privilégiées pour mener à bien des recours climatiques contre les autorités (**III**).

I. Déclarer que l'inaction climatique du Canada viole les droits de la personne : une demande inédite

Au Canada, la politique climatique menée par le gouvernement fédéral a toujours fait l'objet de vives critiques. Que les gouvernements aient cherché à se présenter comme un bon élève de la cause climatique, ou qu'ils aient au contraire eu tendance à se montrer moins préoccupés par ce problème, l'histoire de la politique climatique fédérale se résume à ce simple constat : *Promises made, promises broken*[17]. Aucune des cibles de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) que le gouvernement s'est données n'a jamais pu être atteinte. Il en sera certainement de même avec la cible actuelle (une réduction de 30 % des émissions de GES d'ici 2030 par rapport au niveau de 2005) qui figure dans la communication déterminée au niveau national du Canada. L'inventaire de 2019 révélait que les émissions de GES du Canada avaient légèrement augmenté entre 2016 et 2017, pour s'élever à 716 Mt d'éq. CO_2[18]. Or, pour atteindre sa cible, le Canada devra ramener ses émissions à 513 Mt

15 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 135.

16 En tant qu'État fédéral, le Canada est composé de deux ordres de gouvernement – l'un fédéral, l'autre provincial – qui sont autonomes et indépendants l'un vis-à-vis de l'autre. Chaque ordre de gouvernement dispose de compétences législatives qui lui sont propres et qui lui permettent d'intervenir de façon exclusive dans certaines matières. Ces matières sont énumérées dans la *Loi constitutionnelle de 1867* qui précise les domaines d'intervention respectifs du fédéral et des provinces. L'environnement ne figure pas parmi la liste des matières dévolues en exclusivité au fédéral ou au provincial. Aussi, la Cour suprême du Canada a considéré qu'il s'agissait d'une matière relevant d'une compétence partagée (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3). Chaque ordre de gouvernement peut donc intervenir dans le domaine de la protection de l'environnement (et donc des changements climatiques), à condition toutefois d'agir sur le fondement des compétences que la *Loi constitutionnelle de 1867* lui reconnaît déjà.

17 D. Macdonald et H.A. Smith, « Promises made, promises broken. Questioning Canada's commitments to climate change », *International Journal*, Winter 1999-2000, p. 107-124. Également : S. Maciunas et G. De Lassus St-Geniès, « The evolution of Canada's international and domestic climate policy: from divergence to consistency? », in O. Fitzgerald, V. Hughes et M. Jewett (dir.), *Reflections on Canada's past, present and future in international law*, CIGI Press, McGill-Queen's University Press, Waterloo, 2018, p. 309-326.

18 Environnement et Changement Climatique Canada, *Rapport d'inventaire national 1990-2017 : sources et puits de gaz à effets de serre au Canada – partie 1*, Gouvernement du Canada, 2019, p. 4.

d'éq. CO_2. Même si de nouvelles mesures législatives et réglementaires (qui ont notamment conduit à l'instauration d'un système pancanadien de tarification du carbone) sont récemment entrées en vigueur, une baisse d'environ 28 % des émissions en à peine dix ans reste peu probable, surtout dans un État producteur et exportateur d'hydrocarbures, dont les réserves prouvées de pétrole sont les troisièmes plus importantes au monde[19].

Sans doute à cause de l'influence que les intérêts du secteur des hydrocarbures ont pu avoir sur la conduite de la politique climatique fédérale (mais aussi des convictions idéologiques de certains responsables politiques), l'idée de recourir aux tribunaux pour faire contrôler la légalité des décisions prises par le gouvernement fédéral en lien avec le climat s'est imposée assez rapidement au Canada. Ainsi, dès 2008, l'association les Ami(e) de la Terre saisit – sans succès toutefois – la Cour fédérale afin de forcer le gouvernement à respecter la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* et à déposer à la Chambre des communes un plan crédible pour atteindre la cible canadienne inscrite dans le Protocole de Kyoto[20]. Quelques mois auparavant, le groupe environnemental Pembina Institute avait déjà présenté une demande de contrôle judiciaire visant à faire reconnaître que le rapport d'une commission recommandant l'autorisation d'un projet d'exploitation de sables bitumineux ne se conformait pas à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. L'argument du requérant, qui fut accepté par la Cour, était que la commission n'avait pas suffisamment justifié sa conclusion selon laquelle les mesures d'atténuation qu'elle proposait auraient permis de réduire « les effets négatifs possibles d'émission de gaz à effet de serre du projet à un niveau négligeable »[21]. En 2012, une nouvelle demande de contrôle judiciaire fut déposée par le professeur de droit Daniel Turp afin de faire annuler la décision du gouvernement fédéral de se retirer du Protocole de Kyoto, au motif que ce retrait contrevenait aux principes de la primauté du droit, de la séparation des pouvoirs et de la démocratie. Parce qu'au Canada la « conduite des affaires étrangères et des relations internationales, dont le pouvoir de conclure ou de se retirer d'un traité, relève en exclusivité de la branche exécutive du gouvernement »[22], cette demande fut toutefois rejetée. Même si les moyens de droit invoqués dans ces affaires furent à chaque fois différents, cette première vague de contentieux climatique avait néanmoins pour caractéristique de reposer sur l'invocation d'arguments issus du droit administratif.

Par le biais de la question du partage des compétences entre les provinces et le fédéral, le droit constitutionnel fit par la suite son entrée dans le contentieux climatique canadien. Bien que la protection de l'environnement soit un sujet de compétence partagée entre les provinces et le fédéral, la réglementation des émissions de GES touche de très près à plusieurs compétences des provinces (notamment leur compétence sur les ressources naturelles non renouvelables et les matières d'une nature purement locale ou privée). Dans ce contexte, plusieurs affaires mettant en cause la validité de règles fédérales destinées à lutter contre les changements climatiques pour

19 J.-M. Arbour, « L'impossible défi canadien : lutter efficacement contre les changements climatiques, exporter davantage de pétrole, respecter les compétences constitutionnelles des provinces », *Revue juridique de l'environnement*, 2017, numéro spécial, 2017, p. 77.

20 *Ami(e)s de la Terre c. Canada (gouverneur en conseil)*, 2008 CF 1183.

21 *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, para. 80. La Cour accueillit cette demande mais ordonna simplement à la même commission de justifier davantage sa conclusion. Le projet d'exploitation de sables bitumineux fut donc tout de même autorisé.

22 *Turp c. Canada (Justice)*, 2012 CF 893, para. 18.

non-respect des compétences provinciales furent portées à la connaissance des tribunaux. En 2014, l'entreprise Syncrude contesta la validité constitutionnelle d'une disposition du *Règlement sur les carburants renouvelables* qui exigeait une teneur minimale en carburant renouvelable dans les stocks de carburants distribués au Canada. Syncrude alléguait que l'objet de cette disposition était, non pas de réduire les émissions de GES, mais plutôt de réglementer une ressource non renouvelable[23]. En 2019, deux provinces (la Saskatchewan et l'Ontario) saisirent leur Cour d'appel afin de savoir si le parlement fédéral avait bien la compétence constitutionnelle pour adopter la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* qui instaurait un système pancanadien de tarification du carbone[24]. La validité des mesures fédérales fut toutefois confirmée dans chacune de ces affaires[25].

Au regard de ce bref survol de l'histoire du contentieux climatique canadien, on voit donc que si l'affaire *Environnement Jeunesse* c. *Procureur général du Canada* marque un tournant, c'est d'abord parce qu'elle est la première affaire mettant en cause une violation des droits de la personne. Dans sa demande, ENJEU alléguait la violation de plusieurs droits garantis par la Charte canadienne et la Charte québécoise. D'abord, l'association invoquait que l'insuffisance de l'action du Canada constituait, pour les jeunes québécois, une violation du droit à la vie, à l'intégrité et à la sécurité qui est garanti par l'article 7 de la Charte canadienne et l'article 1er de la Charte québécoise. Pour étayer sa prétention, ENJEU se fondait notamment sur des rapports de Santé Canada[26] documentant les risques importants que les changements climatiques représentent pour la santé des canadiens[27]. Le recours faisait également valoir une atteinte au droit à l'égalité, qui est protégé par l'article 15 de la Charte canadienne et l'article 10 de la Charte québécoise. Le raisonnement consistait ici à dire qu'en omettant d'adopter des cibles de réduction appropriées, le Canada « fait porter aux plus jeunes générations de la société québécoise […] un fardeau beaucoup plus élevé qu'aux générations qui les précèdent »[28] et qu'en raison « des menaces que font peser les changements climatiques sur la santé et la sécurité des populations, il est certain que les droits à la vie, à l'intégrité et à la sécurité des membres du groupe seront atteints de façon nettement disproportionnée par rapport aux droits des personnes plus âgées qu'eux »[29]. Enfin, ENJEU alléguait encore une violation de l'article 46.1 de la Charte québécoise qui garantit à toute personne le « droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité ».

23 *Syncrude Canada Ltd c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 776. Jugement confirmé en appel, *Syncrude Canada Ltd c. Canada (Procureur général)*, 2016 CFA 160.

24 *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019, SKCA 40. Également : *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 ONCA 544.

25 Cependant, dans un jugement plus récent, la Cour d'appel de l'Alberta a pour sa part considéré que le système de tarification du carbone mis en place par le gouvernement fédéral était *ultra vires* des pouvoirs du parlement fédéral et qu'il était donc inconstitutionnel. *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74.

26 Santé Canada, *Adaptation aux périodes de chaleur accablante : Lignes directrices pour évaluer la vulnérabilité en matière de santé, Gouvernement du Canada*, 2011. La demande d'ENJEU référait également à la page du site internet du gouvernement canadien « Les changements climatiques et la santé : Effets sur la santé ».

27 *ENvironnement JEUnesse c. Procureur général du Canada*, Demande pour autorisation d'exercer une action collective et pour être désignée représentante, 26 novembre 2018, para. 2.82 et para. 2.20.

28 *Ibid.*, para. 2.92.

29 *Ibid.*, para. 2.93.

Depuis 2015, la mobilisation des droits de la personne dans le contentieux climatique, tant au niveau national qu'international, devient de plus en plus fréquente, et les tribunaux se montrent de plus en plus réceptifs à ce type de recours. C'est d'ailleurs en ce sens que la doctrine a parlé d'un « rights turn in climate change litigation »[30]. Si la demande d'ENJEU est bien la première tentative canadienne de « climatisation »[31] des droits de la personne, elle s'inscrit donc dans le cadre de ce mouvement global (et souvent concerté) visant à construire à nouvel argumentaire (ou trame narrative, comme diraient les anglo-saxons) autour de la question climatique. Dans la mesure où les États sont tenus de respecter les droits de la personne, faire reconnaître par les tribunaux que l'inaction climatique est une atteinte à ces droits ne laisse guère plus de marge de manœuvre aux gouvernements pour ne pas agir. Sans compter que cette stratégie judiciaire présente aussi des avantages sur le plan de la communication et de la mobilisation citoyenne. Invoquer les droits de la personne est tout de même plus porteur dans la société que de brandir des arguments issus du droit administratif.

Si le recours intenté par ENJEU renforce donc ce mouvement mondial de « climatisation » des droits de la personne, il faut aussi dire qu'il en est le produit. La stratégie d'ENJEU semble en effet directement avoir été inspirée par les recours similaires menés dans d'autres juridictions. Auparavant, ce phénomène de mimétisme demeurait inconnu dans le contentieux climatique canadien dont la dynamique semblait peu influencée par les procès climatiques étrangers. À cet égard aussi, donc, l'affaire *Environnement Jeunesse* c. *Procureur général du Canada* pourrait marquer un tournant vers une plus grande internationalisation des sources d'inspiration des procès climatiques canadiens. Toujours est-il que cette affaire semble déjà elle-même être devenue une source d'inspiration au Canada. En octobre 2019, un groupe d'adolescents de la Colombie-Britannique a introduit une demande auprès de la Cour fédérale visant à faire reconnaître que le Canada contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte canadienne en raison de son inaction contre les changements climatiques[32]. Le mois suivant, ce sont de jeunes ontariens qui ont saisi la Cour supérieure de leur province afin de faire déclarer que la nouvelle cible de réduction des émissions de GES adoptée par le gouvernement de l'Ontario constitue une violation des articles 7 et 15 de la Charte canadienne, mais aussi que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti par l'article 7 inclut « the right to a stable climate system, capable of providing youth and future generations with a sustainable future »[33]. Enfin, en février 2020, deux chefs de la nation Wet'suwet'en (Colombie-Britannique) ont intenté une action devant la Cour fédérale visant notamment à faire reconnaître que, par l'adoption de lois permettant la réalisation de projets fortement émetteurs de GES, le Canada contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte canadienne[34]. Comme le démontrent ces recours, le processus de mobilisation des droits de la personne dans le contentieux climatique canadien est donc bien amorcé.

30 J. Peel et H.M. Osofsky, « A right turn in climate change litigation ? », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 1, 2018, p. 37-67.
31 C. Cournil et C. Perruso, « Réflexions sur "l'humanisation" des changements climatiques et la "climatisation" des droits de l'homme. Émergence et pertinence », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 14, 2018, 37 p.
32 *La Rose et al. c. Her Majesty the Queen in right of Canada and the Attorney General of Canada*, Statement of claim to the defendants, 25 octobre 2019.
33 *Mathur et al. c. Her Majesty the Queen in right of Ontario*, Notice of application, 20 novembre 2019, p. 7.
34 *Lho'imggin et al. c. Her Majesty the Queen in the right of Canada*, Statement of claim, 10 février 2020, p. 24-26.

II. Déclarer que l'inaction climatique du Canada porte atteinte aux droits fondamentaux : une demande justiciable

Au stade d'un jugement sur une demande d'autorisation d'exercer une action collective, il n'appartient pas au juge de statuer sur le fond de la requête. Son rôle consiste uniquement à vérifier que le requérant présente bien une « cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable »[35] et que la demande n'est pas frivole, manifestement mal fondée, insoutenable ou sans apparence sérieuse de droit[36]. Par conséquent, la Cour supérieure ne pouvait se prononcer à cette étape de la procédure sur le bien-fondé des demandes présentées par ENJEU. Cependant, même dans le cadre de cet office limité, la conclusion à laquelle parvient le juge dans cette affaire représente tout de même une avancée importante pour le contentieux climatique canadien. La Cour supérieure reconnaît en effet que les questions soulevées par la requête introduite par ENJEU sont justiciables[37]. Or, si cette conclusion est remarquable, c'est que de nombreux arguments auraient pu amener la Cour à la conclusion inverse.

Le premier de ces arguments, présenté en défense par le Procureur général du Canada, est en quelque sorte l'argument classique dans ce type de contentieux. Il consiste à dire que le principe de la séparation des pouvoirs ne permet aux tribunaux ni de contrôler les choix politiques qui sont faits par les gouvernements en matière de lutte contre les changements climatiques, ni d'exiger de l'exécutif ou du législatif l'adoption de mesures climatiques spécifiques[38]. Sur la base de cet argument, l'intimé soutenait donc que la Cour ne devait pas autoriser la demande d'ENJEU dans la mesure où celle-ci portait sur « des questions non justiciables qui sont à l'abri du contrôle judiciaire »[39]. Cette question de la justiciabilité des recours climatiques s'était déjà posée en 2008 dans l'affaire *Les Ami(e)s de la Terre c. Canada*. La Cour fédérale avait alors estimé que « [l]'un des principes directeurs de la justiciabilité est celui selon lequel chacune des branches du gouvernement doit être attentive à la séparation des fonctions au sein de la matrice constitutionnelle du Canada, afin d'éviter toute intrusion mal à propos dans les pouvoirs réservés aux autres branches »[40]. Ce faisant, toujours selon la Cour fédérale, « [e]n général, une cour de justice s'abstiendra de revoir les actes ou décisions du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif lorsque l'objet du différend ne se prête pas à l'intervention des tribunaux »[41]. Dans cette affaire, la Cour avait donc conclu qu'elle n'était pas compétente pour déterminer si un plan de lutte contre les changements climatiques adopté par le gouvernement fédéral permettait effectivement d'assurer le respect des engagements du Canada aux termes du Protocole de Kyoto, même si une loi prévoyait l'obligation pour le gouvernement d'adopter un plan qui mène à un tel résultat.

35 *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, par. 65.
36 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 26.
37 *Ibid.*, para. 87.
38 Voir notamment les affaires *Massachusetts c. EPA*, 549 US 497 (2007), *Urgenda Foundation c. State of the Netherlands* [2015] HAZA C/09/00456689 et *Thompson c. Minister for Climate Change Issues* [2017] NZHC 733.
39 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 46.
40 *Ami(e)s de la Terre c. Canada (gouverneur en conseil)*, para. 25.
41 *Ibid.*

Au Canada, où contrairement aux États-Unis la doctrine des questions politiques ne s'applique pas, deux thèses ont émergé dans la jurisprudence de la Cour suprême au sujet de la justiciabilité des questions présentant une dimension politique. La première consiste à dire qu'un tribunal ne devrait pas refuser de se prononcer sur une affaire pour la simple raison qu'elle comporte des enjeux politiques qui pourraient être traités de façon plus efficace par les autres branches du pouvoir[42]. À l'inverse, un autre courant jurisprudentiel estime que les affaires qui sont purement politiques ou qui ne présentent pas un aspect suffisamment juridique devraient être tranchées par les responsables politiques et non par les tribunaux[43]. Dans l'affaire *Environnement Jeunesse* c. *Procureur général du Canada*, c'est du côté de la première thèse que se range la Cour. Certes, elle commence par reconnaître que les prétentions d'ENJEU quant au caractère approprié de la cible de réduction des émissions de GES du Canada semblent « viser l'exercice du pouvoir exécutif, tandis que l'ordonnance recherchée que cesse toute violation des droits fondamentaux […] semble être lié [sic] au processus législatif »[44], et que « [d]e manière générale, les tribunaux n'interviennent pas dans l'exercice du pouvoir exécutif »[45]. Cependant, elle rappelle ensuite que « lorsqu'il s'agit d'une prétendue violation des droits garantis par la Charte canadienne, un tribunal ne devrait pas décliner sa compétence sur la base de la doctrine de justiciabilité »[46], étant donné que « tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution »[47]. La Cour rappelle également que les « tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique »[48] et qu'ils « ne peuvent esquiver l'exercice du contrôle judiciaire simplement parce que la question est complexe ou controversée ou encore du fait "qu'elle mette en cause des valeurs sociales" »[49]. Enfin, la Cour précise que dans la mesure où il « n'est pas démontré, à ce stade, que la seule et unique façon de mettre fin à la violation des droits protégés serait par l'exercice du pouvoir de légiférer »[50], la reconnaissance de la justiciabilité de la requête ne contrevient pas « aux principes de séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire »[51].

Un deuxième argument qui aurait pu amener la Cour a considéré la demande d'ENJEU comme indéfendable est lié au fait que cette demande visait à sanctionner une inaction du gouvernement. Par le passé, la Cour suprême du Canada a déjà exprimé une certaine réticence à l'égard de la possibilité que les droits garantis par la Charte canadienne, et notamment le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, puisse donner naissance à des obligations positives à la charge de l'État[52]. Cela dit, à propos d'autres droits, la Cour suprême a aussi reconnu que l'inaction d'un gouvernement pouvait être à

42 H.S. Wilkins, « The justiciability of climate change: a comparison of US and Canadian approaches », *Dalhousie Law Journal*, vol. 34, n° 2, 2011, p. 544. Traduction libre de la citation originale : « a court should not decline to hear a case just because its political dimensions could be more effectively addressed by another branch of government ».

43 *Ibid.* Traduction libre de la citation originale : « matters that are 'purely political' or do not raise a 'sufficient legal component' should not be decided by the courts, but instead should be left for politicians to address ».

44 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 55.

45 *Ibid.*, para. 56.

46 *Ibid.*

47 *Canada (Premier Ministre) c. Khadr*, [2010] 1 RCS 44, para. 36 et 37, cité dans *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 59.

48 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 69.

49 *Ibid.*, para. 70.

50 *Ibid.*, para. 80.

51 *Ibid.*, para. 18.

52 *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RC. 429, para. 81.

l'origine d'une violation de la Charte[53]. La Cour supérieure se trouvait donc à devoir faire un choix entre ces deux conceptions des droits de la personne. Or, là aussi, c'est l'approche la plus favorable au recours intenté par ENJEU qui va être privilégiée par la Cour. Certes, admet-elle, « ce n'est pas le rôle des tribunaux de commenter la sagesse de l'exercice du pouvoir exécutif et de substituer son opinion à celle de ce dernier »[54]. Mais elle ajoute que, selon la Cour suprême, « la protection constitutionnelle et le pouvoir des tribunaux d'intervenir à ces fins s'appliquent non seulement à la suite d'une action positive du gouvernement, mais aussi dans le cas d'une inaction de sa part »[55].

Enfin, le dernier argument qui aurait pu justifier que la requête d'ENJEU soit jugée non justiciable concernait l'inapplicabilité de la Charte québécoise au gouvernement canadien. Dans sa demande, ENJEU soutenait que le gouvernement canadien avait porté atteinte à l'article 46.1 de la Charte québécoise qui consacre un droit à un environnement sain et respectueux de la biodiversité. Or, la Charte québécoise est une loi qui a été adoptée par le gouvernement du Québec et qui ne « vise que les matières qui sont de la compétence législative »[56] de cette province. La Charte québécoise peut certes s'appliquer de façon incidente à des domaines qui relèvent de la compétence du fédéral. Mais (comme toute loi provinciale), elle ne peut s'appliquer dès lors qu'elle représente un empiètement grave et important sur une compétence dévolue au fédéral dont l'effet serait d'entraver un élément essentiel et vital du champ de cette compétence[57]. Dans la mesure où la demande d'ENJEU portait sur la détermination de la politique climatique fédérale, la question de l'applicabilité de la Charte québécoise au gouvernement canadien se trouvait donc posée.

Si la Cour supérieure reconnaît que la Charte québécoise « comme telle » ne vise pas le Canada, elle rappelle toutefois que le Canada a, par le biais de sa *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, accepté d'une certaine manière de s'assimiler dans la province de Québec à une personne en matière de responsabilité civile extracontractuelle[58]. En vertu de cette loi, c'est en effet le régime québécois de responsabilité civile extracontractuelle qui s'applique pour ce qui est des dommages causés par la faute des préposés du gouvernement canadien dans la province de Québec. Or, parce que la Charte québécoise permet aux personnes victimes d'atteintes à leurs droits inscrits dans cet instrument d'obtenir des dommages-intérêts punitifs de la part des auteurs de ces atteintes, la Cour suprême a considéré que cette loi représentait un complément au régime québécois de responsabilité civile extracontractuelle, et qu'il était donc possible d'exercer ce recours en dommages-intérêts punitifs prévu par la Charte québécoise contre le gouvernement canadien[59]. Ce faisant, après avoir rappelé que l'assujettissement du Canada aux règles québécoises en matière de responsabilité civile extracontractuelle englobe ce recours en dommages-intérêts punitifs prévu par la Charte québécoise, la Cour supérieure en vient à la conclusion que la Charte québécoise pourrait s'appliquer en l'espèce et que la violation des droits protégés par cet instrument est, en apparence du moins, justiciable[60].

53 *Doucet-Bourdreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 RCS 3, para. 43.
54 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 63.
55 *Ibid.*, para. 66.
56 Charte québécoise, article 55.
57 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, para. 32.
58 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 75.
59 *Hinse c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 621, para. 160 à 163.
60 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 77 et 78.

On rappellera toutefois qu'il ne s'agissait dans cette affaire que d'un examen de « filtrage » de la demande. Dans un procès sur le fond, il est loin d'être acquis qu'ENJEU aurait eu gain de cause, car ses prétentions se seraient heurtées à d'autres obstacles. On peut penser, par exemple, au problème de l'établissement du lien de causalité entre l'insuffisance de l'action climatique du gouvernement et l'atteinte aux droits protégés par les Chartes, ou encore à la possibilité d'utiliser l'article 7 de la Charte canadienne pour sanctionner une inaction du gouvernement[61]. Prouver que l'atteinte aux droits protégés par la Charte québécoise est intentionnelle – cette condition est nécessaire pour que la victime puisse obtenir des dommages-intérêts punitifs[62] – aurait également été complexe. Par ailleurs, on voit difficilement comment un tribunal aurait pu conclure à une violation de l'article 46.1 de la Charte québécoise, puisque ce droit est protégé seulement « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi » et qu'il demeure possible pour un gouvernement d'y déroger par le biais de dispositions législatives[63]. Cela dit, même si aucun tribunal ne s'est encore prononcé sur toutes ces questions, l'affaire *Environnement Jeunesse* c. *Procureur général du Canada* représente néanmoins un premier pas qui rend l'examen de ces questions sur le fond de plus en plus probable. Car, et c'est sans doute là le principal apport de cette affaire, en écartant l'argument selon lequel les recours climatiques contre l'État fondés sur les droits de la personne ne seraient pas justiciables, la Cour a ouvert une brèche qui devrait faciliter à l'avenir les débats sur les arguments de fond devant les juridictions canadiennes. À condition, bien sûr, que les bons véhicules procéduraux soient utilisés.

III. Déclarer que l'inaction climatique du Canada porte atteinte aux droits fondamentaux : une question de procédure

Pour mener son recours contre le gouvernement canadien, ENJEU a choisi le véhicule procédural de l'action collective. Ce choix peut s'expliquer par des raisons stratégiques évidentes. En effet, ce recours permet, « grâce à la force du regroupement », d'assurer un plus « juste équilibre entre les personnes aux prises avec les conséquences de la violation alléguée et un contrevenant qui souvent jouit de ressources plus importantes »[64]. Présenter cette affaire climatique comme un recours de la jeunesse québécoise contre le gouvernement canadien permettait ainsi d'éviter que l'intimé ne puisse minimiser la portée de cette action. Dans le cadre d'un recours qui, somme toute, a bien une visée politique, la communication « autour » du procès est probablement aussi importante que le procès en lui-même. Mais le choix d'utiliser le véhicule de l'action collective s'expliquait également par la position récemment adoptée par les tribunaux québécois à l'égard de l'utilisation de ce type de recours en matière environnemental.

61 N. Chalifour et J. Earle, « Feeling the heat: climate litigation under the Canadian Charter's right to life, liberty and security of the person », *Vermont Law Review*, vol. 42, n° 4, 2011, p. 730 et s.

62 Charte québécoise, article 49.

63 L'article 46.1 figure dans la section des droits économiques et sociaux de la Charte québécoise. Or, ces droits économiques et sociaux n'ont pas la même valeur juridique que les autres droits fondamentaux qui sont les seuls à ne pouvoir faire l'objet de dérogation par voie législative sous réserve de l'ar6cle 52 de la Charte..

64 *Carrier c. Québec (Procureur général)*, 2011 QCCA 1231, para 80.

À la suite du *Dieselgate* (le scandale impliquant des voitures Volkswagen équipées d'un dispositif permettant de fausser les résultats des tests d'émissions polluantes), l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) avait déposé, en 2015, une demande en autorisation d'exercer une action collective au nom de l'ensemble des personnes physiques résidant ou ayant résidé au Québec au cours de la période durant laquelle les voitures Volkswagen équipées du fameux dispositif étaient en circulation (2009 à 2015). L'AQLPA demandait l'obtention de dommages compensatoires, mais aussi de dommages-intérêts punitifs sur le fondement de la Charte québécoise. Si la demande en dommages compensatoires fut rejetée (selon la Cour « personne au Québec ne semble souffrir d'un dommage personnel découlant de ce scandale, à l'exception, bien sûr, des clients »[65]), la Cour accepta en revanche d'autoriser l'action collective pour la demande en dommages-intérêts punitifs. Pour ce type de dommages, la preuve d'un préjudice n'est en effet pas nécessaire, car cette indemnisation vise non pas à « compenser », mais à « sanctionner » un comportement malveillant (qui en l'espèce contrevenait clairement aux règles québécoises sur la pollution atmosphérique). Certes, la Cour admit ouvrir « la porte à une prise en charge, par les citoyens, du rôle qui incombe avant tout à l'État »[66]. Mais selon elle, dans un cas comme celui-ci, il s'agissait justement « d'une attaque intentionnelle, et non accidentelle, aux droits des citoyens eux-mêmes »[67]. Avec cette décision[68], l'action collective apparue alors comme un moyen pour les citoyens d'agir à titre de gardien de l'environnement, ce qui militait en faveur de l'utilisation de cette forme de recours dans le cadre dans la démarche menée par ENJEU.

Cependant, dans la décision *Environnement Jeunesse* c. *Procureur général du Canada*, la Cour supérieure adopte une position bien différente en ce qui concerne la pertinence d'utiliser l'action collective. Elle considère en effet « qu'en l'espèce, le véhicule procédural de l'action collective est inutile »[69]. Ce faisant, elle souscrit à l'argument du Procureur général du Canada selon lequel « une simple demande par une seule personne aurait les mêmes effets pour tous les résidents québécois, sinon canadiens »[70]. Pour la Cour, l'effet « *ergo* [sic] *omnes* d'un jugement concernant le débat juridique soulevé par [ENJEU] ne fait aucun doute, même si la procédure introductive d'instance est intentée par une seule personne, et ce, sans la nécessité de procéder par une action collective »[71]. Naturellement, il faudra attendre de voir si la Cour d'appel partage cette opinion. Si tel est le cas, le véhicule procédural de l'action collective deviendra alors extrêmement difficile à mobiliser dans le cadre de recours climatiques contre l'État. En revanche, si le jugement de la Cour supérieure est renversé en appel, ce véhicule procédural demeurera une voie à considérer pour les prochaines affaires climatiques. Dans cette éventualité, c'est alors sur le choix de la composition du groupe

65 *Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique c. Volkswagen Group Canada Inc.*, 2018 QCCS 174, para. 45.
66 *Ibid.*, para. 66.
67 *Ibid.*
68 La décision rendue par la Cour supérieure a été confirmée par la Cour d'appel du Québec (*Volkswagen Group Canada Inc. c. Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique*, 2018 QCCA 1034), ainsi que la Cour suprême du Canada (*Volkswagen Group Canada Inc. c. Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique*, 2019 CSC 53). Dans cette affaire, l'association ENJEU est intervenue devant la Cour suprême du Canada.
69 *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, para. 144.
70 *Ibid.*, para. 141.
71 *Ibid.*, para. 143.

que l'attention devra se porter à l'avenir. Car, rappelons-le, c'est bien sur cet aspect que la demande d'ENJEU fut rejetée. Et force est d'admettre que le raisonnement de la Cour à cet égard se comprenait aisément, puisqu'aucun critère objectif ne justifiait de fixer la limite du groupe à 35 ans et moins. S'il y a donc une leçon à retenir de l'affaire *Environnement Jeunesse* c. *Procureur général du Canada,* c'est peut-être bien que les procès climatiques ne peuvent se gagner sur le fond qu'avec un bon usage des outils procéduraux.

***

Première affaire climatique menée par la jeunesse ; première affaire climatique mettant en cause une violation des droits de la personne pour insuffisance de l'action du gouvernement ; première affaire climatique fondée sur l'action collective ; première affaire climatique dans laquelle l'argument de la séparation des pouvoirs est écarté…À bien des égards, *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* restera comme une affaire emblématique du contentieux climatique canadien. Certes, la demande présentée par la requérante fut rejetée. Mais comme le démontrent les nouveaux recours climatiques intentés en Colombie-Britannique et en Ontario, cette affaire a initié un mouvement au Canada visant à mobiliser les droits de la personne afin d'exiger une meilleure politique climatique du gouvernement fédéral. La construction d'une justice climatique est un processus graduel. *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* n'en était, dans cet État, que le premier pas.

15
Familles d'agriculteurs bio et Greenpeace c. Allemagne (2019)

Paul Mougeolle[1]

Le tribunal administratif (TA) de Berlin a rendu le 31 octobre 2019 un jugement[2] intéressant dans le domaine des contentieux climatiques. Malgré le rejet du recours pour défaut d'intérêt à agir, le tribunal a reconnu en filigrane la nécessité d'agir contre le changement climatique afin de protéger les droits fondamentaux, conformément à la jurisprudence *Urgenda*. Ainsi, même si le résultat n'est pas positif en apparence pour la protection du climat, des enseignements peuvent en être tirés sur le plan juridique, en particulier pour le recours dirigé contre la France dénommé « l'affaire du siècle » qui fait face à des défis similaires[3].

Dans cette affaire, trois familles d'agriculteurs « bio » ont demandé au tribunal administratif de Berlin au côté de l'association Greenpeace Allemagne – les requérants, représentés par le cabinet d'avocats Günther dont l'avocate Roda Verheyen en fait partie – l'exécution forcée de l'objectif climatique de 2020. Cet objectif est issu de trois précédentes décisions interministérielles (*Kabinettsbeschluss*) datant de 2007, 2010 et de 2014[4]. Le but est de faire réduire les gaz à effet de serre (GES) de l'Allemagne de 40 % en 2020 par rapport à 1990. Or, fin 2018, le gouvernement annonça qu'il n'allait pas être capable de tenir cet objectif. Les requérants ont interprété son irréalisation comme constituant un excès de pouvoir et introduit le 29 octobre 2018 un recours administratif afin de demander sa mise en œuvre forcée. Les juges ont cependant considéré que la décision interministérielle ne constitue pas un acte administratif pouvant être rendu opposable au gouvernement par des tiers[5].

---

1 Doctorant en droit comparé à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ), Chercheur Encommuns, chargé du contentieux contre Total SA à Notre affaire à tous.

2 Jugement (*Urteil*) de la 10e chambre du tribunal administratif de Berlin du 31 octobre 2019 (VG 10 K 412.18). V. ci-dessous le lien internet vers le communiqué de presse et le jugement du tribunal administratif de Berlin : https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2019/pressemitteilung.860292.php.

3 Recours administratif de plein contentieux de *Notre affaire à tous et autres. c. France* dans « l'affaire du siècle », en attente de jugement par le tribunal administratif de Paris.

4 *Aktionsprogramm Klimaschutz 2020*, *Kabinettsbeschluss* du 3 décembre 2014. Celui-ci s'appuyait aussi sur deux décisions interministérielles précédentes de 2010 et 2007 : Il s'agit des décisions de « Meseberg » de 2007, ci-après la référence exacte : „Eckpunkte für ein integriertes Energie – und Klimaprogramm", des 23./24.7.2007 et du « Energiekonzept » de 2010 qui s'appuyait même sur le contrat de coalition du nouveau gouvernement, ci-après la référence exacte : („*Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung*", 28 septembre 2010).

5 P. 15 à 19 du jugement commenté.

Les requérants ont alors invoqué à titre subsidiaire que l'irréalisation de l'objectif va à l'encontre de l'obligation positive de protéger les droits fondamentaux issus de la Constitution allemande et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH)[6]. Le tribunal a toutefois constaté que les émissions allemandes ont été réduites de 32 % en 2018 par rapport à 1990[7], ce qui est conforme aux recommandations du GIEC pour limiter le réchauffement à 2℃ et plus ambitieux en comparaison avec d'autres pays tels que les Pays-Bas ou la France. Il est de plus prévu que l'objectif de -40 % soit atteint en 2023, c'est-à-dire avec trois ans de retards selon le projet de loi du 9 octobre 2019[8]. Partant, le tribunal n'a pas pu en déduire un comportement manifestement inadapté au regard des obligations positives et a conséquemment rejeté l'action des requérants en raison de leur manque d'intérêt à agir et du bien-fondé de leur prétention[9].

Avançant en terrain inconnu en matière d'évaluation de l'obligation positive de protection climatique et reconnaissant l'importance des questions soulevées par ce contentieux, le tribunal a laissé la possibilité aux demandeurs de former un appel[10]. Les requérants n'ont pas saisi cette opportunité et ont décidé d'attaquer plutôt la carence normative (*gestzgeberisches Unterlassen*) de la nouvelle loi climatique allemande adoptée en 2019, qui fixe un objectif de réduction de GES de 55 % pour 2030 par rapport à 1990 directement devant la Cour constitutionnelle[11]. Les arguments ainsi que les moyens de droit sont presque identiques à ceux développés à titre subsidiaire par les requérants devant le tribunal administratif (c'est-à-dire ceux relatifs à l'obligation positive de protection des droits fondamentaux), sauf qu'ils se rapportent à l'objectif de 2030 inclus dans une norme législative[12].

En attendant la décision de la Cour constitutionnelle allemande à cet égard, cet article s'efforcera de démontrer en quoi la décision du tribunal administratif de Berlin est une contribution importante à l'établissement d'une justice climatique devant les tribunaux nationaux. En effet, bien que le recours ait été jugé irrecevable dans ce cas d'espèce[13], le tribunal a posé des jalons intéressants en matière de recevabilité des recours climatiques (**I**) et de responsabilité des États (**II**).

I. Sur la recevabilité des prétentions des requérants

Après avoir justifié sa compétence ainsi que la justiciabilité des demandes des requérants (**A**), le tribunal a fait état des conditions particulières de recevabilité de ce recours climat, tout en laissant ouvert un nombre important de questions à cet égard (**B**).

6 P. 7 du jugement commenté ; V. aussi p. 4 du mémoire en réponse des requérants du 10 septembre 2019.
7 P. 4 du jugement commenté.
8 P. 17 du jugement commenté, ce projet de loi a été adopté par une décision interministérielle (*Kabinettsbeschluss*).
9 P. 29 du jugement commenté : « En tout état de cause, même si les plaignants étaient admis à intenter une action contre une éventuelle violation des droits fondamentaux par l'État, l'action ne serait pas fondée ».
10 *Ibid.*, p. 32 du jugement commenté.
11 Il s'agit de la nouvelle loi de protection du climat *Bundesklimaschutzgesetz* (BGBl. I (2019) S. 2513 ff). V. Requête déposée devant la Cour constitutionnelle fédérale du 12 février 2020 : https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/Klimaklage%202020%20-%20Verfassungsbeschwerde_online.pdf.
12 Le résumé du recours constitutionnel est disponible sur le site internet du cabinet d'avocats Günther : https://rae-guenther.de/klimaschutz/ (dernière consultation le 27/03/2020).
13 Il convient de remarquer qu'il ne s'agit pas d'une ordonnance (*Beschluss*), mais d'un jugement rendu à la suite d'une audience (*Urteil*).

A. Sur la nature administrative et la justiciabilité du recours

Une des défenses principales des conseils du gouvernement consistait à affirmer que l'action intentée par les requérants n'est pas justiciable en raison de sa nature politique[14] : au regard du principe de la séparation des pouvoirs, un tribunal ne pourrait répondre à de telles demandes. Cela étant, comme dans toutes les autres actions climatiques européennes[15], cette défense récurrente si ce n'est désormais classique en matière de litiges climatiques n'a pas prospéré devant le tribunal berlinois. Est-ce dû au fait qu'un tel moyen ne soit pas prévu explicitement dans l'ordre juridique administratif allemand[16]? Le tribunal considère en tout cas qu'une exclusion de tout contrôle du comportement du gouvernement serait justement contraire au principe de la séparation des pouvoirs, de l'État de droit et du droit à un recours effectif[17]. L'action en justice ne serait pas non plus incompatible avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande relative au domaine réservé de l'exécutif (*Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung*[18]), visant à protéger la liberté et la marge d'appréciation du gouvernement allemand au cours de certains processus tels que l'élaboration de la loi contre certaines demandes de transparence pouvant provenir de parlementaires[19].

S'agissant de la compétence du tribunal administratif, les conseils du gouvernement ont considéré que ce litige comporte des questions de portée constitutionnelle et qu'ainsi la voie administrative n'est pas ouverte[20]. Le tribunal administratif de Berlin n'est pas de cet avis. Il considère que le recours est admissible au titre de l'art. 40 al. 1 du Code de procédure administrative allemand (ci-après VwGO) puisqu'il s'agit d'un contentieux de droit public entre des citoyens et l'État. Que des questions d'application de droit constitutionnel et de droits fondamentaux surviennent n'y change rien, cela est tout à fait normal de traiter de telles questions dans un contentieux administratif[21].

Les conseils du gouvernement ont également avancé que l'action des demandeurs a pour objet une carence normative[22]. Or, seule la Cour constitutionnelle détient la possibilité en Allemagne de remédier à une telle carence[23]. Il est vrai que la demande des requérants vise la mise en œuvre forcée de l'objectif climat de 2020 qui est clairement dépourvu de tout caractère législatif. De plus, pour atteindre la réduction de 40 % des GES avant la fin de l'année 2020 par rapport à 1990, une

14 Le mémoire en réponse des requérants souligne que le manque de justiciabilité est l'argument principal des défendeurs (v. p. 2 de l'écriture des requérants du 10 septembre 2019). Lors de l'audience du 31 octobre 2019, il s'agissait quasiment de la seule ligne de défense évoquée par les conseils du gouvernement.

15 En l'état des connaissances, aucune affaire climat n'a été rejetée en Europe pour ce motif. Cependant, aux États-Unis d'Amérique, la doctrine de la question politique issue du principe de la séparation des pouvoirs a été la cause d'irrecevabilité des affaires suivantes, qui se trouvent en appel : Affaire *Juliana c. USA* ; actions en justice de certaines collectivités territoriales américaines telles que Oakland et New York contre plusieurs firmes multinationales pétrolières : United States District Court For the Northern District of California 1, Case 3:17-cv-06011-WHA Document 283 Filed 06/25/18, p. 15-16. United States District Court, Southern Distric of New York, *City of New York c. BP et al.*, No. 18 Civ. 182 (JFK), 19 juillet 2018.

16 Les conseils du gouvernement considèrent qu'il serait tout de même possible de l'opposer aux requérants, malgré le vide juridique laissé par le Code de justice administrative allemand (pp. 10-11).

17 Issu notamment de l'art. 19 de la loi fondamentale allemande (ci-après GG)) ; p. 14 et 15 du jugement commenté.

18 Cour constitutionnelle allemande (BVerfG), Beschluss vom 30. Juni 2015 – 2 BvR 1282/11 –, BVerfGE 139, 321-378, juris Rn. 126 ; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2017 – 2 BvE 1/15 –, BVerfGE 146, 1-70, juris Rn. 92.

19 P. 14 du jugement commenté.

20 P. 11 du jugement commenté.

21 P. 13 du jugement commenté.

22 V. aussi Voland T., „Zur Reichweite von Menschenrechten im Klimaschutz, Wäre die „Urgenda-Entscheidung" auch im deutschen Recht zu erwarten?" NVwZ 2019, 116.

23 BVerwG, Urteil vom 15. Januar 1987 – BVerwG 3 C 19.85 –, BVerwGE 75, 330, 334, juris Rn. 33; VOLAND T., NVwZ 2019, 114 m.w.N.

intervention législative semble irrémédiable pour réaliser avec certitude l'objectif climat de 2020 dans le temps imparti. Seule la fermeture de certaines centrales électriques fonctionnant au charbon aurait pu permettre d'atteindre encore l'objectif avant 2020[24], selon une certaine étude réalisée pour les requérants[25]. Comme le tribunal le constate à juste titre, une telle fermeture implique nécessairement une intervention législative. Les actions non législatives mises en avant par les requérants (programme de soutien des énergies renouvelables, adoption de certains décrets, concertation avec l'industrie en vue de se désengager volontairement des énergies fossiles) ne semblent pas quant à elles en mesure de garantir l'atteinte de l'objectif dans les temps. En tout état de cause, l'incapacité pour le tribunal administratif d'ordonner l'élaboration d'une norme législative ne l'obligerait pas selon lui à se dessaisir dans ce cas d'espèce. Toutefois, si les requérants avaient obtenu gain de cause, la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle aurait pu significativement diminuer l'effectivité de leur action.

Enfin, le tribunal a considéré que les demandes relatives à la tenue de l'objectif climat pour 2020 sont suffisamment précises et intelligibles[26], sauf en ce qui concerne la seconde formée à titre subsidiaire[27]. Celle-ci n'associe aucun horizon temporel précis à l'objectif de réduction de 40 % de GES, mais simplement le libellé « le plus rapidement possible ». Le tribunal considère qu'il ne disposerait pas d'un contenu suffisamment précis permettant d'engager une éventuelle procédure d'exécution forcée sans encombre s'il donnait raison au fond aux demandeurs. L'État défendeur pourrait effectivement continuer à objecter le caractère adapté des demandes, tant en termes de choix des mesures que du rythme de leur adoption[28].

Quoi qu'il en soit, la compétence du tribunal administratif est acceptée et le recours est considéré comme justiciable, justifiant l'examen de l'intérêt à agir des requérants.

B. Sur les conditions de l'intérêt à agir dans le cadre de ce recours administratif allemand : un débat laissé ouvert

L'intérêt à agir des requérants n'a pas été reconnu, ni pour l'ONG Greenpeace (**1**) ni pour les requérants individuels (**2**).

1. *Malgré le manque d'intérêt à agir de Greenpeace, des obstacles surmontables pour les associations en Allemagne ?*

Le tribunal a rejeté l'intérêt à agir de l'ONG Greenpeace à l'égard de l'ensemble des demandes formées à titre principal[29]. Constatant que Greenpeace n'a pas obtenu d'agrément au titre de l'article 3 de la loi *Umweltrechtsbehelfsgesetz*, le tribunal a conclu que l'association n'a pas qualité pour agir.

24 P. 15 du jugement commenté.
25 Expertise (Gutachten) du Fraunhofer Instituts réalisée pour Greenpeace, *Wie Deutschland sein Klimaziel noch erreichen kann Teilergebnisse eines 1,5 °C-Szenarios*, août 2018.
26 P. 15 du jugement commenté.
27 P. 13 et 31-32 du jugement commenté.
28 Cour administrative fédérale allemande (plus haute juridiction administrative ; ci-après BVerwG), Urteil vom 5. September 2013 – 7 C 21/12 –, BVerwGE 147, 312-329, juris Rn. 54 m.w.N.
29 P. 28 du jugement commenté.

Les conseils des requérants ont toutefois avancé que l'association a le droit d'ester en justice dans l'optique de représenter des intérêts individuels subjectifs de manière procuratoire, comme en France avec le préjudice moral des membres[30] ou aux Pays-Bas avec la « *class-action* » formée par la fondation Urgenda[31]. Un tel droit aurait pu être reconnu selon le tribunal si réciproquement l'intérêt à agir avait été reconnu aux requérants individuels. En cette absence, Greenpeace ne peut s'appuyer sur ce dispositif juridique, créé par la plus haute juridiction administrative allemande afin de faire face au manque d'implémentation de l'article 9 alinéa 3 de la Convention d'Aarhus[32]. Dans tous les cas, il n'est pas possible de s'appuyer directement sur cette disposition de la convention d'Aarhus, puisqu'elle n'est pas considérée d'effet direct[33].

Greenpeace pourrait en revanche en tant qu'association de protection de l'environnement contrôler l'application du droit objectif en s'appuyant sur la décision « *protect* » de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)[34]. Pour ce faire, la norme de droit public contestée doit provenir du droit communautaire, directement ou indirectement, et avoir un contenu objectif suffisamment précis, contraignant et inconditionnel[35]. Or, cela n'est pas le cas en ce qui concerne la décision interministérielle, qui ne découle pas d'une transposition d'une obligation européenne. En revanche, la décision n° 406/2009/CE « *Effort Sharing* »[36] constitue une telle disposition que l'Allemagne n'aurait manifestement pas remplie. En effet, alors qu'il lui a été assignée de réduire de 14 % ses GES en 2020 par rapport à 2005 dans le domaine des activités non couvertes par le marché européen du carbone (ETS), l'Allemagne n'aurait réussi à ne faire diminuer que de 3 % ses émissions en 2017 et ne serait pas en capacité d'assurer la réduction requise d'elle-même selon ses propres déclarations[37]. D'après les avocats des demandeurs, cette décision est dotée de force contraignante et requiert de réduire les GES de manière linéaire conformément à l'article 3 alinéa 2 de la décision. Le tribunal a toutefois conclu que les requérants, et en particulier Greenpeace, ne peuvent pas contester l'éventuelle non-réalisation de cette décision puisqu'elle offre aux États membres des marges de manœuvre au sein de ses articles 3 et 5. Les États membres sont notamment autorisés à acheter des certificats de réduction de GES à leurs pairs ou pourraient également s'appuyer sur des réductions passées excédentaires, conformément aux alinéas 3 à 5 de l'art. 3[38]. Il demeure d'ailleurs possible que le gouvernement allemand puisse profiter de tels mécanismes de compensation, même si les avocats du gouvernement étaient incapables de répondre à la question du président du tribunal à cet égard[39]. Il ne serait donc possible de constater qu'en fin 2021 si les objectifs n'ont réellement pas été atteints à la suite de la prise en compte de l'ensemble des différentes marges de manœuvre. Auquel cas, l'État

30 Si la protection de ces intérêts individuels figure dans les statuts de l'association.
31 L'association peut ainsi défendre les intérêts de ses membres via une « class-action » au sens de l'article 3 :305 du Code civil néerlandais et demander une protection adéquate du droit à la vie et à la vie privée.
32 BVerwG, Urteil vom 5. September 2013 – 7 C 21/12 –, juris Rn. 31, 34 f., 48.
33 P. 28 du jugement commenté.
34 CJUE, arrêt du 20 décembre 2017, C-664/15.
35 TA de Berlin, Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 18. April 2018 – 11 K 216.17 –, *Gigaliner*, juris Rn. 26-27.
36 Décision n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020.
37 Bundesumweltministeriums, Klimaschutz in Zahlen, von 2018 (S. 23).
38 P. 29 du jugement commenté.
39 P. 30 du jugement commenté.

membre devra prévoir une « action corrective » conformément aux articles 7 et 13 de la décision, en présentant à la Commission – éventuellement assistée du comité des changements climatiques – un plan d'action correctif permettant de « donner la priorité aux politiques et mesures nationales » en suspendant tout transfert de quota d'émissions. Cette décision ne poserait pas non plus une obligation de comportement selon le tribunal sur laquelle les requérants pourraient s'appuyer avec succès à cause des degrés de latitude[40]. En tout état de cause, le tribunal considère que cette décision est claire et qu'il n'y a pas lieu de poser une demande préjudicielle à la CJUE.

2. *Une évaluation* prima facie *incomplète du bien-fondé des prétentions des requérants individuels*

Selon la jurisprudence constante[41], les exigences de l'article 42 alinéa 2 du Code de procédure administrative (VwGO)[42] s'appliquent dans le cadre d'une action visant une demande d'injonction de faire ou de ne pas faire (*Leistungsklage*). Au terme de cet article, il est nécessaire que les requérants démontrent qu'un acte ou une omission de l'administration ait porté atteinte à leurs droits personnels. Bien qu'il vise explicitement la recevabilité de l'action (*Zulässigkeit*), cet article pose des conditions se rapportant clairement au fond (*Begründetheit*), puisqu'il est nécessaire de démontrer qu'une lésion des droits personnels ait été causée par l'administration.

C'est pourquoi les requérants ont fait valoir des atteintes à leurs droits fondamentaux subjectifs, issus de la loi fondamentale allemande (*Grundgesetz,* dit aussi Constitution) ainsi que de la CEDH. S'agissant du droit à la vie (article 2 GG), les demandeurs individuels avancent une *mise en danger*. Des atteintes à leur santé seraient à prévoir en particulier en raison notamment de l'augmentation de la fréquence des périodes de canicules. En s'appuyant sur deux décisions de la Cour constitutionnelle[43], le tribunal reconnaît que de tels risques peuvent être considérés dans des circonstances particulières de manière équivalente à des violations de l'article 2 GG et requérir la prévention de la part de l'État[44] .

Le tribunal est resté toutefois ouvertement indécis à l'égard de l'intérêt à agir personnel des requérants individuels. Il considère que les demandeurs n'ont pas démontré un intérêt réellement distinct du reste de la population, étant précisé qu'il s'agit d'un critère de l'intérêt à agir[45]. Le tribunal a pris par ailleurs note de l'ordonnance de rejet rendue par le Tribunal de l'UE dans l'affaire du *Peoples' Climate Case*, dans laquelle il a été concédé que le changement climatique affecte(ra) vraisemblablement l'ensemble des personnes d'une manière ou d'une autre, mais que cela ne justifierait pas pour autant l'octroi d'un intérêt à agir direct et individuel[46] permettant de contester une mesure

40 P. 31 du jugement commenté.
41 P. 16 du jugement commenté, v. aussi BVerwG, Urteil vom 5. September 2013 – 7 C 21/12 –, BVerwGE 147, 312-329, juris Rn. 18.
42 Code de procédure administrative allemand.
43 BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 1979 – 2 BvR 1060/78 –, BVerfGE 51, 324-351, juris Rn. 72 ; BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 1981 – 1 BvR 612/72 –, BVerfGE 56, 54-87, juris Rn. 60.
44 P. 21 du jugement commenté.
45 BVerwG, Urteil vom 28. November 2007 – 6 C 42/06 –, BVerwGE 130, 39-52, juris Rn. 11.
46 Ce critère découlant de l'article 263 al. 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et la jurisprudence correspondante *Plaumann* de la CJUE (25/62, EU:C:1963:17).

d'application générale telle que l'objectif climat de l'UE de 2030[47]. Une autre décision d'irrecevabilité de la Cour constitutionnelle allemande dans une affaire relative au stationnement d'armes nucléaires américaines sur le sol allemand a été d'ailleurs relevée, dans laquelle, la requérante n'aurait pas su démontrer en quoi sa situation diffère du reste des riverains exposés à la même situation[48]. Dans le cas d'espèce climatique, le tribunal considère que les familles requérantes ne sont aucunement exposées à des risques plus importants que le reste de la population : l'augmentation des périodes de sécheresse et de la fréquence des canicules ne concerne pas seulement les requérants. Poussés à leur paroxysme, ces critères de la recevabilité semblent constituer des obstacles rédhibitoires en matière climatique et renvoient à certains égards aux mêmes types de difficulté que la séparation des pouvoirs : étant donné que tout le monde est concerné par le changement climatique, il s'agit par conséquent d'une demande politique dont la résolution nécessite l'intervention du législateur, seul légitime à trancher une telle question au regard du principe de la démocratie. Les juges précisent néanmoins que la circonstance qu'un nombre élevé de personnes soit affecté par certains risques n'exclut pas la possibilité de pouvoir faire preuve d'un intérêt particulier, spécifique et direct à agir[49]. À ce titre, le tribunal ajoute que dans le cas d'espèce, « les propriétaires des trois exploitations agricoles biologiques sont touchés de manière particulière par le changement climatique »[50] sans trancher la question de leur intérêt à agir au regard de la violation du droit fondamental à la propriété. Les conseils des requérants ont souligné lors de l'audience qu'il serait absurde de ne pas reconnaître l'intérêt à agir si d'autres personnes sont également touchées par le même problème[51]. Le président du tribunal a concédé lors du prononcé du jugement qu'il s'agit d'une question difficile et a laissé la possibilité de faire appel, suggérant ainsi qu'elle devrait être tranchée par une instance plus élevée.

Si le tribunal n'a pas apprécié amplement la question de la causalité, un paragraphe intéressant a été tout de même développé à cet égard[52]. Relevant que seulement 2 % des émissions mondiales proviennent du territoire allemand, le tribunal rappelle, à l'image de la Cour de cassation néerlandaise[53], que le principe de responsabilité commune, mais différenciée applicable en droit international du climat (citant l'article 2 alinéa 2 de l'Accord de Paris) ne permet pas à un État contractant de s'exonérer de sa propre responsabilité en se référant aux émissions de GES dans d'autres États. Cette règle s'applique-t-elle devant le juge national ? Le tribunal relève toutefois que « la protection juridique individuelle contre les effets du changement climatique n'est concevable que si les exigences

47 TUE, Ordonnance du Tribunal (deuxième chambre), 8 mai 2019, *Armando Carvalho e.a. contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, T-330/18, § 49 et suiv.

48 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15. März 2018 – 2 BvR 1371/13 –, juris Rn. 47.

49 V. p. 21 du jugement du tribunal administratif de Berlin, *op. cité*.

50 P. 22 du jugement commenté ; l'article 14 de la loi fondamentale allemande protège le droit à la propriété.

51 Il est étonnant que le tribunal n'ait pas abordé spécifiquement l'intérêt à agir des requérants individuels de la petite île de Pellworm en mer du Nord, qui font manifestement face à des dangers véritablement spécifiques et distincts du reste de la population au regard de l'élévation du niveau de la mer et de l'augmentation de l'occurrence et de l'intensité d'événements météorologiques extrêmes. Est-ce dû au fait que l'atteinte liée à ces dangers ne s'est pas encore matérialisée (cf. le tribunal a peut-être considéré que les dangers n'ont pas encore affecté les rendements et donc le droit fondamental à la propriété ainsi que la liberté d'entreprendre) ? Rappelons que le tribunal administratif n'a considéré les *risques* d'atteintes qu'au regard du droit à la vie issu de l'art. 2 de la loi fondamentale allemande.

52 P. 21-22 du jugement commenté.

53 V. p. 4 de l'arrêt de la Cour de cassation néerlandaise : "*a country cannot escape its own share of the responsibility to take measures by arguing that compared to the rest of the world, its own emissions are relatively limited in scope and that a reduction of its own emissions would have very little impact on a global scale.*"

relatives à la causalité entre les manquements climatiques nationaux et les effets sur les positions juridiques protégées des personnes concernées ne sont pas étendues »[54]. Cette assertion, énigmatique, semblerait signifier que la protection climatique « individuelle » (ou plutôt celle introduite par des individus devant des tribunaux nationaux) pourrait se restreindre exclusivement à des demandes préventives de réduction de GES ou d'adaptation au changement climatique, étant donné les règles correspondantes à la causalité, qui nécessitent que le fait générateur soit la cause directe du dommage (dans l'affaire *Urgenda,* le juge néerlandais a considéré que la causalité n'est pas pertinente dans le cadre d'une demande d'injonction préventive de lutte contre le changement climatique[55]). Il est effectivement difficile si ce n'est impossible d'entrevoir une responsabilité climatique *indemnitaire* en raison notamment du fait qu'aucun acteur puisse être tenu responsable à lui seul du dérèglement climatique au regard de la multiplicité quasiment infinie d'émetteurs de GES. Le tribunal administratif de Berlin rejette même le procédé consistant à attribuer les émissions provenant du territoire allemand exclusivement à l'État (v. *infra*) ce qui empêcherait *a priori* d'établir une responsabilité pécuniaire proportionnée à la contribution de l'Allemagne au réchauffement climatique. afin de garantir,

Enfin, le tribunal énonce que d'après l'article 42 alinéa 2 VwGO, les requérants doivent démontrer la violation de l'obligation de protection de manière « concluante » (*schlüssig*)[56] et suffisamment justifiée, ce qui constituerait selon ses propres termes un obstacle difficile à surpasser. Et jusqu'ici, les requérants ne l'auraient pas surmonté selon le tribunal[57].

II. Malgré l'absence de faute manifeste détectée dans ce cas d'espèce, un jugement en ligne avec la jurisprudence *Urgenda*

Paradoxalement, en rejetant le recours pour défaut d'intérêt à agir, le tribunal a développé une longue motivation empiétant largement sur la résolution du litige au fond. Cela a permis au tribunal d'affirmer que même si l'intérêt à agir devait être reconnu, les prétentions des requérants ne pourraient prospérer au fond (*unbegründet*)[58]. Pour ce faire, le tribunal a non seulement démontré l'impossibilité pour les demandeurs de se prévaloir de la décision interministérielle (**A**), mais aussi l'absence de violation des droits fondamentaux, et ce tant en matière d'obligation de respecter les droits de l'homme que de l'obligation positive de les protéger (**B**).

54 Traduction libre du passage suivant de la p. 23 : „*Ein Individualrechtsschutz in Bezug auf den Klimaschutz ist nur denkbar, wenn die Anforderungen an die Kausalität zwischen den unterlassenen nationalen Maßnahmen des Klimaschutzes und der Auswirkungen auf die geschützten Rechtspositionen der Betroffenen nicht überspannt werden.*"

55 V. § 64 de l'arrêt de la Cour d'appel dans Urgenda, , 9 octobre 2018, n° 200.178.245/01 : « *these proceedings concern a claim for imposing an order and not a claim for damages, so that causality only plays a limited role. In order to give an order it suffices (in brief) that there is a real risk of the danger for which measures have to be taken* ».

56 Voir à ce titre l'arrêt de la plus haute juridiction administrative allemande auquel le tribunal fait référence : BVerwG, Urteil vom 5. April 2016 – 1 C 3/15 –, BVerwGE 154, 328-351, juris Rn. 23).

57 V. *infra*, II.

58 *Ibid.*, jugement commenté, p. 29.

A. Sur l'impossibilité d'attaquer directement le manquement à la décision interministérielle

Le jugement du tribunal administratif de Berlin démontre en quoi il est difficile de rendre opposable le manquement à un plan ou une déclaration d'intention comme il en existe tant en matière climatique. L'objectif de 2020 – formulé pour la première fois dans une décision interministérielle (*Kabinettsbeschluss*) de 2007[59], réitéré en 2010[60] et confirmé en 2014[61] – était pourtant libellé clairement, précisément et inconditionnellement. Celui de 2014 énonçait :

> « Notre prochain objectif dans la protection du climat est de réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 40 % d'ici 2020 par rapport aux niveaux de 1990. Nous voulons créer la base pour atteindre les objectifs suivants pour les années 2030, 2040 et 2050 ainsi que pour réaliser l'objectif climatique européen. Avec ce programme d'action 2020 pour la protection du climat, le gouvernement allemand prend des mesures supplémentaires pour atteindre l'objectif de 2020[62]. »

Cependant, malgré les différentes théories exposées par les requérants (soulignons qu'il s'agissait de l'argument soulevé à titre principal mis en avant par les requérants dans une trentaine de pages[63]), ils n'ont pas réussi à convaincre le tribunal de le rendre exécutable. En effet, le tribunal a commencé par définir l'acte litigieux : il s'agit d'une décision interministérielle qui lie bien les membres du gouvernement, mais seulement entre eux et constituerait simplement du droit interne (*Binnenrecht*)[64]. Un tel acte ne pourrait dès lors être opposé au gouvernement par un tiers en raison de l'absence d'origine législative, selon le tribunal[65].

De plus, bien que la décision interministérielle ait justifié de nombreux actes législatifs et règlementaires (comme par exemple la fermeture de centrale électrique au charbon), le tribunal ne considère pas que la théorie de l'engagement volontaire contraignant de l'administration (*Selbstbindung der Verwaltung*) puisse s'appliquer. Celle-ci suppose l'exercice d'une pratique administrative régulière assortie de mesures antérieures sur lesquelles les requérants peuvent se fonder directement afin de rendre l'acte opposable[66]. Que l'objectif soit qualifié de « plan » ou de « directive » par la décision interministérielle n'est aucunement susceptible de lui conférer un effet contraignant afin que des tiers puissent l'invoquer[67].

59 Il s'agit des décisions de « Meseberg » de 23./24.7.2007, ci-après la référence exacte : „*Eckpunkte für ein integriertes Energie – und Klimaprogramm*".

60 Il s'agit du « Concept énergie » qui s'appuyait même sur le contrat de coalition du nouveau gouvernement, ci-après la référence exacte : („*Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung*, 28. September 2010).

61 Aktionsprogramm Klimaschutz 2020, Kabinettsbeschluss vom 3. Dezember 2014.

62 Traduction libre de la décision interministérielle de 2014.

63 P. 42-58 du recours.

64 P. 17 du jugement commenté, le tribunal parle de „*Binnenrecht*".

65 Au contraire, la terminologie employée par le plan climat 2020 adoptée dans le cadre de cette décision du cabinet, faisant état d'une utilisation de la première personne du pluriel, constitue un indice supplémentaire selon le tribunal pour qualifier l'acte de déclarations politique. Un texte mettant à la charge de l'administration certaines obligations est généralement construit bien différemment.

66 P. 18 du jugement commenté.

67 P. 17 du jugement commenté ; la terminologie (*Handlungslenkende Richtlinie*) est utilisée ; v. l'arrêt de la Cour administrative fédérale : BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – 7 C 19/17 –, juris Rn. 30 ; v. aussi Voland, NVwZ 2019, 114, 116 – évoquant une directive politique.

L'invocation de la théorie de la « réserve parlementaire ou législative » (*Wesentlichkeitstheorie bzw. Parlamentsvorbehalt*), c'est-à-dire la nécessité pour le parlement de régler lui-même l'articulation des droits fondamentaux, ne permet pas non plus aux requérants de faire basculer la décision interministérielle dans le droit dur à leur profit. Le fait que des mesures prises par le gouvernement dans l'optique de réaliser l'objectif climatique de 2020 implique des atteintes à des droits fondamentaux, tels que le droit de propriété pour les producteurs d'électricité à base de charbon, ne constituerait pas un argument valable en l'appui de cette théorie selon le tribunal. Après tout, la baisse des émissions de GES fait déjà partie des objectifs à valeur constitutionnelle au titre de l'article 20 a) de la loi fondamentale allemande, avance le tribunal[68].

Une opposabilité de l'acte ne peut pas non plus être déduite à l'aide de la théorie de la protection de la confiance en l'administration (*Vertrauensschutz*) dans la mesure où les requérants n'auraient pas procédé à des investissements en prenant appui sur l'acte administratif. En somme, cette décision du cabinet n'est qu'une déclaration d'intention politique, ne conférant aux tiers aucun droit de le rendre opposable au gouvernement[69].

B. Sur l'absence de violation manifeste des droits fondamentaux dans ce cas d'espèce

Selon le tribunal administratif de Berlin en Allemagne, les requérants n'ont ni su faire valoir une violation de l'obligation de respect des droits fondamentaux des requérants (**1**), ni une carence de l'obligation positive de protection (**2**).

1. Sur l'absence de pertinence de l'obligation de l'État de respecter les droits fondamentaux des requérants

Le tribunal considère que les demandeurs n'ont pas pu établir que l'État allemand a porté atteinte à leurs droits fondamentaux à travers l'obligation de les respecter (*Abwehrrechte*)[70]. La jurisprudence constitutionnelle reconnaît la possibilité de faire valoir une violation du droit à la vie[71] et à la propriété[72] à l'encontre d'atteintes indirectes et factuelles portées par l'État[73]. Cela nécessite toutefois d'attribuer un acte ou certains comportements à l'État. Dans le cas d'espèce, les GES ne seraient pas imputables à l'État, même s'ils proviennent de son territoire. Pour arriver à ce résultat, le tribunal a procédé par analogie en s'appuyant sur une décision de la Cour constitutionnelle de 1998 relative aux dommages forestiers par la pollution de l'air. Dans cette affaire, la Cour a exonéré l'État, au motif que l'adoption de mesures de prévention en matière de qualité de l'air ne permet pas d'en

68 P. 18-19 du jugement commenté ; l'art. 20 GG énonce le principe de la protection des écosystèmes pour les générations futures ; v. aussi décision de la Cour constitutionnelle allemande, 13.03.2007 – 1 BvF 1/05 –, BVerfGE 118, 79-111, juris Rn. 110.

69 Les requérants devraient s'appuyer sur la base du principe de l'égalité de traitement issu de l'art. 3 de la Constitution allemande, p. 18-19 du jugement commenté.

70 P. 19 du jugement commenté.

71 Articles 2 al. 2 de la loi fondamentale allemande (*Grundgesetz).*

72 Articles 14. al. 1 de la loi fondamentale allemande (*Grundgesetz).*

73 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15. März 2018 – 2 BvR 1371/13 –, juris Rn. 29 m.w.N.

déduire pour autant sa co-responsabilité[74]. Les requérants ne pourraient d'ailleurs se prévaloir d'une décision antérieure de la Cour constitutionnelle qui établit une co-responsabilité de l'État en matière d'énergie nucléaire[75], en raison de la spécificité des dangers et de l'ancienneté de la décision (20 ans de plus que celle relative à la pollution de l'air précitée)[76]. Une telle conclusion semble d'ailleurs exclure toute responsabilité pécuniaire de l'État en cas de demande de réparation de certains dommages liés au changement climatique comme évoqué *supra*[77].

2. *La reconnaissance de la nécessité d'établir une protection climatique minimale*

Dans le cadre d'une action visant la mise en œuvre de l'obligation positive de protéger, un préjudice ne fait pas nécessairement partie des conditions de validité du recours en Allemagne, en particulier si une mise en danger du droit à la vie est exposée. Une mise en conformité ou une cessation de l'illicite peut dès lors être demandée afin de servir la protection des droits à titre préventif. C'est ainsi que les requérants ont agi à titre subsidiaire dans l'optique de faire valoir leur demande de réduction de GES de 40 % en 2020 par rapport à 1990. Il s'agit du versant objectif de la requête renvoyant à l'esprit de la requête formée par *Urgenda* ainsi qu'à la catégorie du recours pour excès de pouvoir en France, qui vise exclusivement le rétablissement de la légalité. Cela étant posé, rappelons qu'il est nécessaire que les demandeurs fassent état d'un intérêt à agir spécifique et distinct du reste de la population, y compris dans ce cadre.

S'agissant de l'article 20 a) de la loi fondamentale allemande, le tribunal s'interroge sur la façon dont il est invocable par les requérants[78]. À titre de rappel, cet article « protège les ressources naturelles et les animaux de manière responsable pour les générations futures ». La protection du climat relève de son champ d'application selon la Cour constitutionnelle[79]. L'État doit dès lors développer un système efficace de protection afin de remplir cette obligation. À ce titre, le tribunal renvoie à un récent article de doctrine qui a lié le concept juridique du « standard minimum de protection » requis constitutionnellement, à savoir le « *Untermassverbot* »[80] à l'article 20 a) de la loi fondamentale allemande. Selon l'auteur de cet article, les « limites planétaires », notamment climatiques ne doivent surtout pas être franchies, autrement les générations actuelles et à venir sont sérieusement

74 BVerfG, Kammerbeschluss vom 26. Mai 1998 – 1 BvR 180/88 –, juris Rn. 17.

75 BVerfG, Beschluss vom 20. Dezember 1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30-96, juris Rn. 54.

76 Le tribunal cite d'autres affaires afin de rejeter l'argumentation des requérants sur la question de savoir si l'État a violé son obligation de respecter les droits fondamentaux : ainsi, dans la récente décision de rejet de la Cour constitutionnelle relative au stationnement des armes nucléaires américaines sur le sol allemand citée *supra,* la Cour n'a ni reconnu une atteinte aux droits fondamentaux ni une violation de l'obligation positive de protection (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15. März 2018 – 2 BvR 1371/13 –, juris Rn. 29, 31 f). Enfin, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel administrative de (*Oberverwaltungsgericht*) relatif à l'utilisation de la base aérienne *Ramstein* par l'armée américaine dans l'optique de déployer des attaques armées par des drones au Yémen, tandis que la Cour d'appel s'appuie sur l'obligation de protection issue de l'article 2 du GG (droit à la vie), la violation des droits fondamentaux a été rejetée. Selon le tribunal administratif de Berlin, l'extrapolation de la solution de cet arrêt au cas d'espèce ne permet pas non plus de soutenir l'argumentation de la violation alléguée par les plaignants de leurs droits fondamentaux (P. 20 du jugement commenté).

77 En France, des demandes indemnitaires en matière de pollution de l'air n'ont pas abouti malgré la reconnaissance de la faute de l'État, en raison notamment de la responsabilité collective en la matière ; v. TA de Montreuil, 25 juin 2019, *Mme Farida T.*, n° 1802202 ; TA de Paris, 4 juillet 2019, *Mme N.*, n° 1709333 ; TA de Paris, 4 juillet 2019, *Mme B.*, n° 1810251 ; TA de Paris, 4 juillet 2019, *M. G.*, n° 1814405.

78 P. 22 du jugement commenté.

79 BVerfG, Beschluss vom 13. März 2007 – 1 BvF 1/05 –, BVerfGE 118, 79-111, Rn. 110.

80 Le concept d'*Untermassverbot* pourrait aussi se traduire par l'interdiction de protéger les droits fondamentaux de manière insuffisante et a été développé dans une jurisprudence antérieure relative à l'avortement (BVerfGE 88, 203, 27 octobre 1998).

mises en danger. Cela contraint le gouvernement à mettre tous les moyens en œuvre afin d'éviter un réchauffement dangereux du système climatique[81]. Le tribunal abonde en citant la déclaration conjointe des Comités onusiens des droits de l'homme, selon laquelle les États sont tenus de mettre toutes les mesures climatiques à leur disposition en œuvre nécessaires à la protection adéquate des droits humains[82].

Cependant, le tribunal rappelle que l'exécutif et le parlement disposent d'une large marge d'appréciation dans la détermination des modalités de protection des droits humains et d'articulation des intérêts publics et privés contradictoires. Le tribunal ajoute qu'en principe il ne peut exercer qu'un contrôle limité et restreint envers cette marge de manœuvre. Dès lors, il ne peut être qu'exclusivement attendu des pouvoirs publics que la mise en œuvre de l'obligation positive ne soit manifestement pas inadéquate ou insuffisante[83]. Cela étant, à côté du standard de l'erreur manifeste d'appréciation, la Cour constitutionnelle allemande applique aussi le « *Untermassverbot* », comme déjà évoqué ci-dessus. Le tribunal énonce que ce second standard permettrait de vérifier si le législateur a diligemment (*sorgfältig*) pris en compte les faits et les a évalués de manière défendable (*vertretbar*)[84]. Cela permet d'assurer que la protection soit adaptée et effective. Comme il a été relevé au cours de l'audience par l'avocate des requérants, la Cour constitutionnelle ne précise pas toutefois dans quelle situation l'un ou l'autre standard a vocation à s'appliquer. Même si la notion de la protection minimale semblerait quelque peu plus exigeant, il ne s'agit que d'une hypothèse, si bien qu'elle demeure encore largement spéculative. Quoi qu'il en soit, tant que la Constitution ne détermine pas une obligation positive concrète de protection qui contraint exceptionnellement l'État de suivre un comportement précis, il appartient au législateur de déterminer les modalités normatives de mise en œuvre du concept de protection[85].

En tout état de cause, le tribunal considère que les requérants n'auraient pas réussi à démontrer la violation de l'obligation de protection au regard d'aucun des deux standards : les mesures adoptées jusqu'ici ne sont pas aux yeux du tribunal manifestement inadaptées ou insuffisantes, et aucun élément ne justifierait que l'objectif de réduction de GES de 40 % en 2020 constitue le standard minimum garanti par la Constitution[86].

81 Callies C., „Abstand halten: Rechtspflichten der Klimaschutzpolitik aus planetaren Grenzen", *ZuR* 2019, 385, 386 ; les limites planétaires renvoient à un concept développé scientifiquement par une équipe internationale de 26 chercheurs, menés par Johan Rockström du Stockholm Resilience Centre et Will Steffen de l'Université nationale australienne. Ce groupe a identifié en 2009 neuf processus et systèmes régulant la stabilité et la résilience du système terrestre – les interactions de la terre, de l'océan, de l'atmosphère et de la vie qui, ensemble, fournissent les conditions d'existence dont dépendent nos sociétés. Des valeurs seuils – les limites planétaires – ont été définies pour chacun de ces processus ou systèmes, des limites qui ne doivent pas être dépassées si l'humanité veut pouvoir se développer dans un écosystème sûr, c'est-à-dire évitant les modifications brutales et difficilement prévisibles de l'environnement planétaire.

82 V. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité de la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Comité des droits de l'enfant, Comité des droits des personnes avec des handicaps, 16 septembre 2019 (disponible seulement en anglais à l'adresse suivante) : https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E (consulté le 2 janvier 2020).

83 BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 1987 – 2 BvR 624/83 –, BVerfGE 77, 170-240, juris Rn. 101.

84 P. 23 du jugement commenté ; renvoyant aussi BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, BVerfGE 88, 203-366, Schwangerschaftsabbruch II, juris Rn. 166.

85 P. 22 du jugement commenté ; v. aussi BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 –, BVerfGE 121, 317-388, juris Rn. 120).

86 P. 23-24 du jugement commenté.

Pour arriver à une telle conclusion, le tribunal a développé une longue motivation proche de celle retenue par le juge néerlandais dans l'affaire *Urgenda*. Le tribunal a effectivement pris en compte la science climatique ainsi que le cadre normatif international, à l'image des juges de La Haye, afin d'évaluer la faute du gouvernement. À ce titre, le tribunal a pris note du principe d'équité, de responsabilités communes, mais différenciées ainsi que celui des capabilités respectives établit dans les conventions internationales, selon lesquels les pays développés et industrialisés doivent prendre des initiatives plus ambitieuses que ceux en développement[87]. D'après l'article 4 alinéa 3 de l'Accord de Paris, les États-parties doivent aussi régulièrement réhausser leurs contributions nationales déterminées afin de correspondre aux meilleures ambitions possible (*best efforts*). Le tribunal constate que ce cadre normatif n'a pas permis de faire avancer la communauté internationale convenablement sur ses objectifs. Avec le protocole de Kyoto de 1997, les États industrialisés se sont simplement obligés à réduire leurs GES de 5 % entre 2008 et 2012 par rapport à 1990 (phase I) ; ces objectifs ont certes été remplis, mais la seconde phase qui prévoyait une réduction supplémentaire pour 38 pays industrialisés de 18 % entre 2012 et 2020 n'est pas entrée en vigueur, constate le tribunal. L'Union européenne (UE) s'est toutefois fixée comme objectif de réduire de 20 % ses GES et le remplira également. Le tribunal note aussi le résultat de l'affaire *Urgenda*, dans laquelle l'État néerlandais a été enjoint de réduire d'au moins 25 % les GES en 2020 par rapport à 1990, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation néerlandaise fin 2019[88]. Dans le cadre de l'Accord de Paris, l'UE s'est obligée à réduire de 40 % les émissions en 2030 par rapport à 1990. En 2007, lorsque le gouvernement allemand a décidé pour la première fois de s'engager à réduire de 40 % les émissions en 2020 par rapport à 1990, le GIEC aurait recommandé, selon le tribunal, de réduire de 10 à 40 % les émissions en 2020 dans le cadre de son quatrième rapport AR4/2007[89], ce qui a été repris par le plan d'action adopté à Bali la même année (*Bali Road Map*). Soulignons cependant que cette fourchette de réduction « recommandée par le GIEC » ne concernait pas le scénario le plus ambitieux du GIEC de l'époque (450 ppm), qui prévoit une réduction a minima de 25 % en 2020 par rapport à 1990 afin de pouvoir limiter le réchauffement global à 2℃. Ce scénario a justifié l'injonction dans le jugement *Urgenda*. Le tribunal note, à juste titre, que l'objectif interministériel du gouvernement allemand de réduire de 40 % les émissions en 2020 est le plus ambitieux au regard des données du GIEC ainsi qu'en comparaison avec les autres États et conclut que les arguments des requérants, selon lesquels l'objectif de -40 % en 2020 est le seuil minimum garanti par la Constitution, ne sont pas justifiés. Également, si le gouvernement réalise son objectif avec trois ans de retard, le tribunal n'y voit pas d'infraction au niveau minimal de protection devant être garanti constitutionnellement. Le tribunal rappelle par ailleurs que le gouvernement n'est pas resté entièrement inactif et qu'il a mis en œuvre certaines de ses mesures issues de son programme climat 2020. Il a enfin adopté en 2019 une loi visant à réduire de 55 % les émissions en 2030 par

87 V. l'art. 3 al. 1de la CCNUCC de 1992, art. 10 al. 1 du protocole de Kyoto et art. 2 al. 2 de l'accord de Paris.

88 Hoge Raad, ECLI: NL:HR:2019:2006.

89 Technical Summary of the contribution of Working Group III to AR4/2007 (p. 39), in which the following is stated (p. 90): "Under most equity interpretations, developed countries as a group would need to reduce their emissions significantly by 2020 (10–40 % below 1990 levels) and to still lower levels by 2050 (40–95 % below 1990 levels) for low to medium stabilization levels (450–550ppm CO2-eq) (see also Chapter 3)."

rapport à 1990[90], que les requérants individuels attaquent désormais devant la Cour constitutionnelle comme invoqué en introduction[91].

De plus, bien que les requérants appuient leurs prétentions sur de nouveaux résultats scientifiques, en particulier sur les résultats principaux issus du rapport spécial SR15 du GIEC de 2018, qui démontrent de graves risques sociaux et environnementaux ainsi que des points de non-retour absolument dangereux au-delà de 1,5℃. Ce rapport expose par conséquent la nécessité d'adopter des réductions de GES encore plus drastiques afin de limiter le réchauffement à un tel seuil et justifierait ainsi *a minima* une réduction de 40 % pour des raisons d'équité selon certains climatologues[92]. Le tribunal constate qu'aucun État industrialisé ne dispose d'un objectif aussi élevé pour 2020 et qu'au regard de la marge d'appréciation, d'évaluation et de décision dont dispose le gouvernement, l'objectif de -40 % pour 2020 ne pourrait être assigné par une juridiction à l'exécutif selon le tribunal de Berlin[93].

La mobilisation du système normatif de la CEDH ne permettrait pas aux requérants d'obtenir un résultat plus favorable. En effet, la CEDH et la jurisprudence de la Cour permettent de nourrir l'interprétation ainsi que la portée des droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande et offrent *in fine* une protection similaire[94]. Ainsi, les États disposent d'une « marge d'appréciation étendue » selon la jurisprudence constante de la Cour en matière de protection du droit à la vie de l'article 2 de la CEDH[95], signifiant qu'aucune charge disproportionnée impossible à remplir ne peut être imposée aux pouvoirs publics. Les juridictions néerlandaises ont à ce titre longuement justifiées la faisabilité et la « raisonnabilité » de l'objectif de -25 % de réduction des GES en 2020 par rapport à 1990. Le tribunal de Berlin constate que cette valeur est en dessous de celle qui sera atteinte en 2020 par l'Allemagne (-32 % ont été atteints en 2018). Le tribunal administratif en conclut qu'il se doit de respecter son devoir de réserve envers le gouvernement et ne pourrait le contraindre à relever ses engagements de réduction de gaz à effet serre[96].

***

En raison de l'importance de ce contentieux pour la sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que des questions juridiques de principe liées à l'intérêt à agir des requérants individuels et des associations au regard du contrôle de la bonne application du droit européen, le tribunal a décidé de laisser l'opportunité de faire appel. Le sentiment laissé par la lecture de ce jugement et des débats

90 P. 24-25 du jugement commenté.

91 L'objet de cette requête constitutionnelle du 06.02.2020 est la carence normative (*gestzgeberisches Unterlassen*) de la nouvelle loi climat (Bundesklimaschutzgesetz (BGBl. I (2019) S. 2513 ff).

92 Le tribunal cite <paris-equity-check.org> et indique que la méthode et les résultats auraient fait l'objet d'une vérification par un comité de lecture anonyme ; la métrique utilisée dans ce site s'appuierait dans ce site sur les différents éléments d'équité tirés du cinquième rapport AR5 du GIEC de 2014, mais serait plus sophistiquée, car elle ne se contenterait pas de faire exclusivement la distinction entre les pays industrialisés de l'annexe 1 et les autres de l'annexe 2. Pour plus d'informations, voir : https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/11/5/054005 (consulté le 23 mars 2020).

93 P. 25-26 du jugement commenté.

94 BVerfG, Beschluss vom 26. März 1987 – 2 BvR 589/79 –, BVerfGE 74, 358-380, juris Rn. 35; stRspr.

95 Le tribunal administratif cite le jugement de la CEDH, *Kolyadenko et autres c. Russie,* 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, 28 février 2012.

96 P. 26-27 du jugement commenté.

de l'audience donnent l'impression que le tribunal de première instance se soit retiré de manière quelque peu précipitée afin que des instances plus élevées se prononcent, plus à même de trancher les questions de principe délicates et significatives d'un tel litige. Comme évoqué en introduction, cette affaire précise ne sera pas poursuivie. Les mêmes requérants individuels ont effectivement décidé de former un nouveau recours constitutionnel (Greenpeace n'en fait d'ailleurs plus partie formellement, même si l'organisation continue à soutenir officiellement avec l'association Germanwatch les requérants[97]) à l'encontre de la carence normative de la nouvelle loi climat de 2019. Cette affaire pourra permettre de régler ces questions, si (et seulement si) le recours est déclaré recevable, bien entendu[98].

97 Aucune explication publique n'a été trouvée par rapport à l'absence formelle de l'ONG dans le recours constitutionnel. L'association BUND (section allemande des Amis de la Terre) a toutefois introduit aux côtés de nombre d'autres requérants individuels une requête constitutionnelle climatique similaire en 2018, qui est encore en attente de jugement, voir : https://klimaklage.com/wp-content/uploads/2019/04/Klageschrift.-Stand-Nov.-2018-2.pdf (dernière consultation le 27 mars 2020).

98 L'objet de cette requête constitutionnelle du 6 février 2020 est la carence normative (*gestzgeberisches Unterlassen*) de la nouvelle loi climat (Bundesklimaschutzgesetz (BGBl. I (2019) S. 2513 ff).

16
Juliana *et al.* c. États-Unis *et al.* (2016-2020)[1]

Emnet Gebre[2]

« En exerçant mon « jugement raisonné », je n'ai aucun doute que le droit à un système climatique capable de soutenir la vie humaine est essentiel à une société libre et ordonnée »[3] : c'était en ces termes que la juge Ann Aiken avait jeté les premiers jalons d'une possible reconnaissance du droit à un climat stable découlant du 9e amendement de la Constitution américaine. À l'instar des actions menées par des associations en faveur d'une justice climatique aussi bien intragénérationnelle qu'intergénérationnelle[4], cette affaire a été coordonnée par l'association *Our Children's Trust* qui est devenue aujourd'hui l'un des porte-étendards du combat judiciaire mené dans la lutte contre les changements climatiques pour le droit des générations présentes et futures. Le 12 août 2015, un groupe de jeunes âgés de 8 à 19 ans, une association d'activistes environnementale nommée Earth Guardian et le Dr. James Hansen en tant que tuteur des générations futures ont porté une action civile devant le Tribunal fédéral de District de l'Oregon contre le gouvernement fédéral, le Président Barack Obama et de nombreuses agences et autorités gouvernementales[5].

Les plaignants allèguent que les défendeurs ont porté atteinte à leurs droits fondamentaux garantis par la Constitution américaine ainsi que ceux des générations futures à cause de leur inaction à réguler les émissions de gaz à effet de serre (GES) pour plus de 50 ans, et ce en connaissance de cause des risques que comporte le dioxyde de carbone (CO_2) produit par la combustion des énergies fossiles[6]. Au mépris des risques, le gouvernement aurait même encouragé l'exploitation des combustibles fossiles. À cause du manquement du gouvernement fédéral à réguler la pollution atmosphérique et à atténuer les changements climatiques, les plaignants ont avancé trois séries

1 Version actualisée d'un article précédemment publié in *Les procès climatiques : entre le national et l'international* sous la direction de Christel Cournil et Leandro Varison, éd. Pedone, Paris, 2018.

2 Consultante internationale et Docteure en droit.

3 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC, 2016 WL 6661146 (D. Or. Nov. 10, 2016), § 82, en ligne : https://biotech.law.lsu.edu/cases/environment/Juliana.htm (consulté le 12 mars 2020).

4 Les affaires *Urgenda* aux Pays-Bas, *Leghari* au Pakistan ou encore l'affaire coordonnée par l'ONG Dejusticia devant la Cour suprême colombienne peuvent être rappelées à titre d'exemple. Dans cette dernière affaire intentée par un groupe de 25 enfants, la Cour suprême colombienne a ordonné le gouvernement de mettre fin aux activités de déforestation et a enjoint les collectivités à élaborer un plan d'action de protection de la forêt. (V. Commentaires dans cet ouvrage).

5 First amended Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC (D. Or. Sept. 10, 2015), ECF No. 7, § 98-99, en ligne : https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/57a35ac5ebbd1ac03847eece/1470323398409/YouthAmendedComplaintAgainstUS.pdf (consulté le 12 mars 2020).

6 *Idem*, § 133.

de violations des droits fondamentaux garantis par la Constitution américaine. Ils allèguent une violation du 5e amendement (*Due Process Clause*), c'est-à-dire une violation du droit à la vie, à la liberté et à la propriété[7]. Une violation du droit à une protection égale devant la loi sans discrimination garanti par le 5e amendement a également été invoquée[8]. Par ailleurs, c'est en se fondant sur la violation du 9e amendement, une clause contenant les droits qui ne sont pas expressément énumérés dans le texte de la Constitution que les plaignants avancent la violation du droit à un climat stable[9]. Enfin, il en résulterait également une violation de l'obligation de préserver en fiducie les ressources naturelles pour le peuple et pour les générations futures sur le fondement de la *Doctrine* du *Public Trust* (principe de la fiducie publique)[10].

En conséquence, les plaignants demandent, d'une part, une mesure de redressement déclaratoire reconnaissant que leurs droits garantis par la Constitution et les obligations fiduciaires des défendeurs ont été violés, et d'autre part, une mesure de redressement par voie d'injonction interdisant à ces derniers de continuer à violer ces droits et leur demandant de préparer un plan de réduction des émissions de CO_2[11]. Les défendeurs, quant à eux, se sont attelés à invoquer l'irrecevabilité de l'action pour défaut de compétence matérielle et du bien-fondé de la demande[12].

Le 8 avril 2016, le juge Thomas Coffin du Tribunal de District de première instance de l'Oregon a reconnu sa compétence en déclarant que les demandes fondées sur la violation des droits constitutionnellement garantis et de la fiducie publique étaient recevables[13]. Par la suite, l'affaire a été renvoyée par le juge Thomas Coffin au Tribunal fédéral du District qui avait le pouvoir d'accepter, de rejeter ou de modifier tout ou en partie les conclusions et les recommandations du juge Thomas Coffin[14]. Le 10 novembre 2016, la juge Ann Aiken a rejeté la demande de non-lieu en confirmant les conclusions et recommandations du juge Thomas Coffin[15]. Cette décision a été longuement contestée par le gouvernement fédéral et les agences fédérales pour défaut de compétence du Tribunal et de l'intérêt à agir des plaignants.

Le 9 février 2017, après l'élection présidentielle, Donald Trump et les membres de son administration se sont substitués à Barack Obama. Les défendeurs ont introduit, le 7 mars 2017, un appel incident (*interlocutory appeal*) contre la décision de la juge Ann Aiken. Cette dernière ayant rejeté la demande d'appel du gouvernement[16], celui-ci décide alors d'introduire un appel exceptionnel (*writ of*

7 *Id.*, § 84-85.
8 *Id.*, § 290-292.
9 *Id.*, § 303-304.
10 *Id.*, § 307-310. Le 16 avril 2018, une action similaire intentée par un groupe de jeunes a été introduite en Floride contre l'État de Floride et d'autres agences publiques notamment sur le fondement de la *Doctrine du Public Trust.*
11 First amended Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC (D. Or. Sept. 10, 2015), ECF No. 7, p. 94.
12 Federal defendants' memorandum of points and authorities in support of their motion to dismiss, Civil nº 6:15-cv-01517-TC, 17 novembre 2015.
13 United States District Court for the District of Oregon, Order and Findings & Recommendation, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC, 8 avril 2016, en ligne : https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/576195342fe1316f09d2eb8d/1466012983313/16.04.08.OrderDenyingMTD.pdf (consulté le 12 mars 2020).
14 *Magistrate act*, 28 U.S. Code § 636 (b) (1).
15 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6:15-cv-01517-TC, 10 novembre 2016.
16 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.*, Case No. 6:15-cv-01517-TC Federal Defendants' Motion to Certify Order for Interlocutory Appeal, 7 mars 2017.

mandamus) devant la Cour d'appel du 9e circuit pour demander une révision exceptionnelle de la décision du 10 novembre 2016 au motif de la violation de la séparation des pouvoirs. Par une décision du 7 mars 2018, la Cour d'appel du 9e circuit a rejeté la demande de l'administration fédérale[17]. La date du procès devant la juge Ann Aiken avait été fixée au 29 octobre 2018[18].

Le 17 juillet 2018, le gouvernement a présenté une requête visant à suspendre les procédures auprès de la Cour suprême. Celle-ci l'a rejetée au motif que la demande était prématurée. La Cour suprême en a tout de même profité pour donner son avis sur les réclamations des plaignants qu'elle trouve « frappantes » tout en émettant un doute quant à la justiciabilité du litige[19]. En juillet 2018, le gouvernement a présenté deux requêtes pour jugement sommaire. En attendant la décision du Tribunal de District, le gouvernement a saisi la Cour d'appel du 9e circuit pour un deuxième appel exceptionnel (*Writ of mandamus*) qui a été encore une fois rejeté. Le 15 octobre 2018, la juge Ann Aiken rejette la demande, mais elle accepte de retirer de l'affaire le président américain en tant que défendeur et a rejeté une partie de la demande des plaignants fondée sur le principe d'égalité devant la loi. Tout cela n'a toutefois pas empêché la Cour de District de confirmer l'intérêt à agir des plaignants ainsi que la justiciabilité du litige au stade d'un jugement sommaire. Elle refuse également de fonder la plainte sur la loi des procédures administratives (*Administrative Procedure Act*)[20]. Le gouvernement a alors saisi la Cour suprême une deuxième fois pour demander l'arrêt de la procédure sur le fondement d'une violation du *Administrative Procedure Act* et de la séparation des pouvoirs. Le 2 novembre 2018, la Cour suprême rejette la demande tout en estimant que la Cour d'appel du 9e circuit peut répondre à la demande du gouvernement malgré les deux rejets qu'elle a déjà prononcés[21]. Le 8 novembre 2018, conformément à la décision de la Cour suprême, la Cour d'appel du 9e circuit a suspendu l'affaire jusqu'à ce qu'elle rende sa décision sur la demande du gouvernement pour un appel exceptionnel (*writ of mandamus*)[22]. Le 21 novembre 2018, le Tribunal de District a accepté de donner suite à la demande d'appel interlocutoire du gouvernement en mettant l'affaire en sursis[23]. Ce qui a permis au gouvernement de saisir la Cour d'appel du 9e circuit pour contester la recevabilité de l'affaire. Le 26 décembre 2018, si cette dernière a refusé d'accorder l'appel exceptionnel (*writ of mandamus*), elle autorise le gouvernement à introduire un appel incident[24].

17 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 17-71692 D.C. No. 6:15-cv-01517-TC-AA Opinion, In Re United States of America c. United States District Court for the District of Oregon, Eugene, 7 mars 2018.

18 Our Children's Trust, *Juliana c. United States*, Climate Trial Set For October 29, 2018, en ligne : https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/5acfb356562fa7b5ec6156da/1523561303604/2018.04.12+Trial+Date+Set+in+Juliana+v.+US+-+Press+Release.pdf , (consulté le 26 mars 2020).

19 United States, et *al.* c. USDC OR, Order in pending case, 30 juillet 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180730_docket-18A65_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

20 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.,* No. 6:15-cv-01517-AA OPINION AND ORDER, 15 octobre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181015_docket-615-cv-1517_opinion-and-order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

21 Re United States, *et al.*, Order in pending case, 2 novembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181102_docket-18A-410_order.pdf (consulté le 15 mars 2018).

22 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 18-73014 D.C. No. 6:15-cv-01517-AA District of Oregon, Eugene ORDER, 11 novembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181108_docket-18-73014_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

23 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.,* No. 6:15-cv-01517-AA ORDER, 21 novembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181121_docket-615-cv-1517_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

24 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 18-73014 D.C. No. 6:15-cv-01517-AA District of Oregon, Eugene ORDER, 12 décembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181226_docket-18-73014_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

Après plusieurs mois de procédure, le 17 janvier 2020, la Cour d'appel du 9e circuit, composée de trois panels de juges, a rendu son jugement par lequel elle renverse la décision du Tribunal de District[25]. Le 3 février 2020, les plaignants ont déposé une requête pour une audience En Banc devant la Cour d'appel du 9e circuit[26].

Dans sa décision du 10 novembre 2016, la juge Ann Aiken avait précisé que l'affaire ne constituait pas « une action en justice ordinaire »[27]. En effet, ce fut la première fois qu'un groupe de jeunes attaquait le gouvernement fédéral en justice. Il faut reconnaître que l'identité des plaignants a été décisive, ce choix ayant eu des incidences sur la justiciabilité du litige et plus particulièrement sur l'intérêt à agir. Pour les plaignants, la jeunesse et les futures générations constituent une catégorie vulnérable qui serait particulièrement affectée par les dommages *climatiques* résultant de l'action ou de l'inaction des défendeurs. Compte tenu de leur faible poids politique les empêchant de contester les actions gouvernementales, ils ont besoin d'une « protection extraordinaire »[28]. Le choix de poursuivre le gouvernement fédéral plutôt que des entreprises ou des entités infra-étatiques n'est également pas anodin, car celui-là est responsable d'un large éventail de mesures d'ordre économique et environnemental impactant le climat.

Il s'en déduit une série de trois questions posées en première instance consistant à savoir si « les défendeurs sont responsables pour certains des dommages causés par les changements climatiques, si les plaignants peuvent contester la politique climatique des défendeurs devant la justice et si la Cour peut ordonner aux défendeurs de changer leur politique sans contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs »[29]. La réponse à ces questions a nécessité l'examen préalable de la recevabilité de l'affaire ainsi que des violations potentielles sur le fondement desquelles la plainte a pu être acceptée.

En effet, en première instance, cette affaire avait constitué une lueur d'espoir dans la lutte contre le changement climatique en ce que de nombreux obstacles mettant en échec la recevabilité des actions climatiques portées jusque-là devant les cours américaines avaient été battus en brèche. Toutefois, de nombreux éléments présageaient déjà que la guerre était loin d'être gagnée. Face à un pouvoir exécutif qui s'est acharné à multiplier les requêtes pour empêcher l'affaire de continuer[30] et une cour suprême qui a donné le ton depuis le début[31], on ne peut pas dire que la décision de la Cour d'appel du 9e circuit du 17 janvier 2020 rejetant la demande des plaignants est une surprise[32]. Le renversement de la décision du juge Aiken par la Cour d'appel fédéral laisse ainsi planer une grande

25 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA OPINION, 17 janvier 2020, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2020/20200117_docket-18-36082_opinion.pdf (consulté le 22 mars 2020). Voir toutes les étapes de la procédure en ligne : http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/ (consulté le 22 mars 2020).

26 Petition for rehearing en banc of plaintiffs-appellees, 3 février 2020, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2020/20200302_docket-18-36082_petition-for-rehearing.pdf (consulté le 15 mars 2020).

27 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), précité, § 6.

28 First amended Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, précité, § 294.

29 *Id.*, § 7.

30 Le gouvernement a fait plusieurs requêtes pour demander l'arrêt de la poursuite à deux reprises devant la Cour suprême.

31 Même si elle avait rejeté la demande d'arrêt de la procédure requise par les défendeurs, la Cour suprême avait émis des réserves sur le procès notamment sur l'étendue et la justiciabilité des demandes faites par les plaignants.

32 Dans le même sens, Michael B. Gerrard, le directeur du Sabin Center for Cimate Change Law avait affirmé que la décision « était une déception, mais pas une surprise ».

incertitude pour les futures actions climatiques d'autant plus que les juges demeurent divisés sur la question[33]. Si l'on doit admettre que l'affaire *Juliana* a constitué une grande avancée dans la reconnaissance des préjudices liés aux changements climatiques (**I**), elle révèle les difficultés du pouvoir judiciaire à se faire confiance et à reconnaître sa capacité à statuer dans les litiges climatiques (**II**).

I. Une avancée certaine dans la reconnaissance des préjudices liés aux changements climatiques

La Cour d'appel n'a eu aucune difficulté à reconnaître la menace que font porter les changements climatiques sur l'exercice des droits fondamentaux. À l'instar du Tribunal de District, elle a rejeté l'exception d'incompétence portant spécifiquement sur l'absence d'un préjudice concret et particulier qui serait imputable à l'action du gouvernement (**A**). Le Tribunal avait également déclaré recevables les préjudices invoqués par les plaignants qui ont soulevé la violation de leurs droits constitutionnels et du principe de la fiducie publique. La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur ce point, mais pour autant cela ne signifie pas qu'elle le rejette (**B**).

A. Le rejet de l'exception d'incompétence

1. La reconnaissance de l'existence d'un préjudice concret et particulier

Il faut rappeler que seul le préjudice de fait qui est concret, particulier, actuel et imminent, pouvant être imputé aux actions des défendeurs et pouvant probablement être réparé, peut justifier d'un intérêt à agir. Très souvent, les actions fondées sur des préjudices à l'environnement ont été déclarées irrecevables compte tenu de leur caractère général. Cette exigence n'est pas propre aux cours américaines, elle a, depuis longtemps, été appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme qui rejette des demandes fondées sur un préjudice général et non personnalisé[34]. Toutefois, le seul fait que le dommage affecte plusieurs personnes et soit partagé par plusieurs d'entre elles ne rend pas l'affaire non justiciable, car il suffit que le plaignant montre que le préjudice l'affecte de manière concrète et personnelle[35].

Dans l'affaire *Juliana*, les plaignants évoquent une série de préjudices : des problèmes liés à l'accès à l'eau potable et à l'alimentation menaçant leur sécurité alimentaire ainsi que des problèmes liés aux inondations et aux feux mettant en danger leur sécurité personnelle, etc. Pour la Cour, les plaignants ont su montrer que leur préjudice est concret, individualisé et imminent. De même, ils arguent que les hausses de températures détruisant les cultures ont gravement affecté leurs sources de revenus et leurs moyens de subsistance. Ils évoquent également les menaces pour leur santé et la destruction d'habitation affectant leur droit au logement. Leur liberté de circulation était également

33 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, voir l'opinion dissidente du juge Staton, p. 32 et s.

34 V. par exemple, Cour EDH, *Athanassoglou et autres c. Suisse*, Recueil des arrêts et décisions 2000-IV, 6 avril 2000, § 52.

35 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 16.

impactée du fait que certains plaignants étaient bloqués dans leur logement, faute de place disponible dans les refuges. Pour la juge Ann Aiken, l'imminence du préjudice ne fait pas de doute dans la mesure où le dommage s'est déjà concrétisé et continuera de se produire.

La Cour d'appel a confirmé l'analyse de la Cour de District en rappelant que le préjudice invoqué par certains plaignants remplissait les conditions requises. La séparation familiale subie par une plaignante à cause d'une pénurie d'eau et les évacuations multiples endurées par un habitant des zones côtières à cause des inondations à répétition ont été citées à titre d'exemple. Loin de constituer de simples projections, la Cour a reconnu que les préjudices invoqués sont d'autant plus concrets et imminents qu'ils se sont déjà matérialisés. L'argument longtemps avancé par les défendeurs portant sur le caractère généralisé du préjudice a été rejeté par la Cour qui s'est appuyée sur la jurisprudence *Massachusetts c. EPA* pour rappeler que « le fait qu'un préjudice soit largement partagé ne fait pas nécessairement de lui un grief généralisé »[36].

2. *La reconnaissance du lien de causalité*

La reconnaissance d'un intérêt à agir a également nécessité l'examen de l'imputabilité. La Cour a reconnu les difficultés qu'il y a à prouver la causalité en matière d'émissions de GES, c'est-à-dire à établir un lien entre les émissions de GES d'un État et les effets localisés subis par une région donnée. La Cour a décidé de retenir une appréciation plutôt souple du lien de causalité au stade de la recevabilité. Cette approche a déjà été retenue en 2009 dans l'affaire *Connecticut c. American Electric Power Company*[37].

L'avancée opérée dans la première affaire *Juliana* résidait également dans la volonté de la Cour de tenir compte des dernières évolutions scientifiques dans l'appréciation du lien de causalité. En effet, alors que les défendeurs invoquent l'affaire *Bellon* dans laquelle le Tribunal avait déclaré l'affaire irrecevable au motif que le lien de causalité entre les émissions des cinq raffineries de pétrole et les dommages invoqués par les plaignants ne peut être démontré[38], la juge Ann Aiken refuse de retenir le même raisonnement compte tenu des évolutions de la science climatique enregistrées depuis que cette décision a été rendue cinq ans auparavant. Il faut également noter que la causalité a été appréciée par la Cour à l'aune des parts que les émissions américaines représentent dans le total des émissions globales[39] et de la large compétence de régulation dont ces derniers disposent en matière climatique[40]. En effet, alors qu'elles possèdent un pouvoir de décision important et un pouvoir d'influer positivement sur la politique climatique interne, les autorités gouvernementales visées par la plainte ont, à l'inverse, promu l'utilisation des fossiles combustibles[41].

36 *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 517 (2007).
37 *Connecticut c. American Electric Power Company*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009) (V. commentaire de P. Abadie dans cet ouvrage).
38 *Washington Environmental Council c. Bellon*, 732 F. 3d 1131 (9th Cir. 2013).
39 Dans l'affaire *Bellon*, la Cour d'appel du 9e circuit avait affirmé que l'impact des émissions des défendeurs (cinq raffineries de pétrole) sur les émissions globales ne peut être discerné de manière scientifique.
40 Les défendeurs tels que l'Agence de protection environnementale et le Département des transports bénéficient de larges pouvoirs sur les secteurs qui produisent 64 % des émissions américaines (celles-ci représentant 14 % des émissions mondiales).
41 Entre 1751 et 2014, en 263 ans, les États-Unis ont produit 25 % des émissions globales mondiales ; en 2012, ils sont le 2e État le plus pollueur ; la combustion des fossiles combustibles est responsable de 94 % des émissions américaines.

La Cour d'appel a également considéré que le deuxième critère pour la reconnaissance d'un intérêt à agir a été rempli dans le cadre d'une requête pour jugement sommaire. L'existence d'une chaîne de causalité n'est pas de nature à faire obstacle à l'établissement d'un lien de causalité à partir du moment où le lien n'est pas hypothétique ou ténu. Les juges ont clairement reconnu que les préjudices invoqués par les défendeurs découlent des émissions de carbone produites par les combustibles fossiles. Or, les États-Unis sont responsables de 25 % des émissions globales entre 1850 et 2012 et de 15 % actuellement. Pour la Cour, la responsabilité du gouvernement fédéral est établie dans la mesure où une part significative de l'exploitation des énergies fossiles est attribuable à celui-ci qui l'a autorisée en accordant notamment des subventions ou des baux d'exploitation[42]. La stratégie des plaignants consistant à viser plusieurs agences fédérales responsables d'un large éventail de décisions et de politiques fédérales allant « des subventions aux permis de forage pendant plus de 50 ans » a aussi convaincu la Cour d'appel. Celle-ci a, pour cette raison, refusé le parallèle établi par les défendeurs avec la jurisprudence *Bellon* au motif que dans le cas de l'espèce, la question de savoir si les politiques fédérales visées par les plaignants ont constitué « un facteur substantiel » dans la survenance du préjudice est un « réel différent factuel »[43].

La causalité semblait établie dès le début de la décision où le juge Hurwitz s'est montré plutôt catégorique lorsqu'il reconnaît que le gouvernement fédéral a, par son action, encouragé l'utilisation des énergies fossiles en connaissance de cause de son impact catastrophique sur les changements climatiques. Il y a là une reconnaissance sans ambigüe du rôle que les autorités américaines ont joué dans la survenance ou l'aggravation du phénomène. Le juge Hurwitz va encore plus loin en reconnaissant l'urgence de la situation lorsqu'il affirme que « l'incapacité à modifier la politique existante est susceptible d'accélérer une apocalypse environnementale »[44]. Pour le Tribunal de District, cette inaction est susceptible d'être à l'origine d'une violation des droits garantis par la Constitution.

B. Le non-rejet du fondement constitutionnel des préjudices invoqués

1. L'invocation potentiellement recevable d'une violation des droits fondamentaux

Si la Cour d'appel a préféré ne pas examiner la question, elle ne nie pas explicitement pour autant l'absence de violation des droits constitutionnellement garantis. En vertu d'une économie de moyens, les juges de la Cour d'appel n'ont pas débattu l'existence ou non d'un droit à un système climatique capable de soutenir la vie humaine. Mais ils se sont plutôt penchés sur la question de savoir si la demande des plaignants devait être fondée sur la loi relative aux procédures administratives (*Administrative Procedure Act (APA)*). En effet, la Cour a rejeté la demande du gouvernement qui exigeait que la requête des plaignants soit présentée sur le fondement de *l'APA*. Elle explique

42 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 20.
43 *Ibidem.*
44 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 11.

que les demandes fondées sur la Constitution mettant en cause l'action d'un organisme gouvernemental pouvaient être formulées indépendamment de *l'APA*[45] d'autant plus celle-ci ne peut servir de fondement qu'aux demandes contestant les décisions relevant de l'exercice discrétionnaire d'une administration. La Cour rappelle que les plaignants ne défendent pas que les administrations mises en cause aient dépassé leur domaine de compétence légale. La stratégie des défendeurs de déplacer le débat sur le terrain de *l'APA* plutôt que sur le terrain constitutionnel n'a pas marché. La Cour a admis qu'en l'absence d'une décision prise par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire causant la violation, imposer que le fondement de *l'APA* empêche les plaignants de contester la violation des droits constitutionnels.

En 2016, la juge Ann Aiken avait jugé recevable l'argument des plaignants qui alléguaient que le comportement du gouvernement avait porté atteinte aux droits fondamentaux non seulement garantis explicitement par la Constitution, mais également ceux qui seraient implicitement protégés par celle-ci. Les plaignants invoquent une violation de leurs droits fondamentaux (*substantive due process rights*) qui résulterait d'une inaction de la part des défendeurs qui ont autorisé en connaissance de cause la hausse du niveau de CO_2 dans l'atmosphère à un niveau entraînant une dérégulation du climat. Ils se fondent sur le 5e amendement (*Due Process Clause*) pour invoquer, d'une part, la violation du droit à la vie, à la liberté et à la propriété, et d'autre part, la violation du droit à une protection égale devant la loi. Mais l'innovation réside surtout dans l'invocation par les plaignants du droit à un système climatique stable sur le fondement du 9e amendement qui permet de protéger les droits qui ne sont pas expressément énumérés par la Constitution américaine.

La question de l'étendue du pouvoir judiciaire dans l'identification d'un nouveau droit fondamental a été posée par cette affaire. Même si le droit invoqué est nouveau, la technique d'identification, quant à elle, n'est pas nouvelle dans la mesure où la Cour suprême s'est déjà adonnée à cet exercice dans le passé. Toutefois, en 250 ans de jurisprudence, elle n'en a identifié qu'un nombre très limité, à l'instar du droit au mariage pour tous[46], du droit d'accès à la contraception, du droit à l'avortement, du droit à la liberté sexuelle et du droit de contrôler l'éducation de ses enfants[47]. Il est généralement admis que la Constitution américaine peut faire l'objet d'une interprétation évolutive en fonction des nouvelles préoccupations et des nouveaux défis auxquels doit faire face la société. Ce n'est pas sans rappeler la technique de la protection par ricochet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a permis de protéger des droits en l'absence de disposition expresse le permettant. En effet, la Cour de Strasbourg s'efforce d'« interpréter [la Convention] à la lumière des conditions de vie actuelles »[48] en se saisissant des nouveaux enjeux auxquels les rédacteurs n'avaient pas pensé au moment de l'élaboration de la Convention. Dans cette logique,

45 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 16-18.

46 Le juge Ann Aiken a fait un parallèle entre le droit au mariage pour tous et le droit à un climat stable en citant l'affaire *Obergefell c. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015). Elle affirme que « [*t*]*out comme le mariage est le fondement de la famille, un système climatique stable est littéralement le fondement de la société, sans lequel il n'y aurait ni civilisation ni progrès* ». United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 82.

47 M. Hammersley, « The Right to a Healthy and Stable Climate », *Arizona Journal of Environmental Policy*, vol. 7, 2017, p. 118.

48 Cour EDH, *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V, § 101.

rappelons que le droit à un environnement sain a été reconnu dans sa jurisprudence sur le fondement notamment du droit à une vie privée et familiale consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[49]. La Cour de l'Oregon, quant à elle, a rejeté l'argument des défendeurs qui contestaient la nature fondamentale d'un tel droit et a reconnu le droit à un système climatique stable capable de soutenir la vie humaine, en affirmant le caractère indispensable de ce droit à une société libre et ordonnée. En effet, pour la juge Ann Aiken, un système climatique stable constitue le fondement d'une société sans lequel il ne peut y avoir ni civilisation ni progrès[50]. Elle affirme que ce droit est tellement essentiel qu'il n'a pas besoin d'être inscrit expressément dans la Constitution, il est inhérent aux autres droits existants.

En principe, la Constitution américaine ne met à la charge du pouvoir exécutif que des obligations négatives, c'est-à-dire une obligation de s'abstenir de violer les droits des individus. Néanmoins, des obligations positives incombant au gouvernement peuvent être reconnues dans deux cas exceptionnels : celui de l'exception de la « relation spéciale » (*special relationship*) et celui de la « création du danger » (*danger creation*). Pour la Cour, la deuxième hypothèse s'applique en l'espèce : il est possible de mettre des obligations positives à la charge du gouvernement lorsque la conduite de celui-ci « met la personne en danger dans une indifférence délibérée pour sa sécurité »[51]. En plus de la piste d'une violation des droits fondamentaux, la violation des obligations fiduciaires en vertu de la *Doctrine* du *Public Trust* avait été également jugée recevable par la Cour de District.

2. *L'invocation potentiellement recevable du principe de la fiducie publique*

La *Doctrine* du *Public Trust* ou le principe de la fiducie publique est un principe théorisé par le professeur Joseph Sax dans un article publié en 1970 dans le *Michigan Law Review*[52]. Deux affaires sont citées comme étant à l'origine de l'application du principe par les juges : l'affaire *Ilinois Central*[53] et l'affaire *Geer c. Connecticut*[54]. La *Doctrine* du *Public Trust*[55] repose sur le principe selon lequel en vertu de la théorie du contrat social qui existe entre les citoyens et leurs gouvernants, ces derniers détiennent en fiducie les ressources naturelles pour le compte et le bénéfice des générations actuelles et futures des citoyens en ce que ces ressources constituent la propriété commune des citoyens. C'est un attribut de la souveraineté que le gouvernement ne peut éroder. L'objectif est de protéger les ressources qui sont vitales pour la souveraineté, la survie et le bien-être de l'homme afin de promouvoir la longévité et la durabilité d'une société qui doit perdurer d'une génération à l'autre. Il faut assurer la continuité du bon fonctionnement de l'État en évitant de priver les futurs législateurs des ressources naturelles nécessaires au bien-être et à la survie de leurs citoyens.

49 Voir notamment Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994 ; *Fadeïeva c. Russie*, 9 juin 2005.
50 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 82.
51 *Idem*, § 86.
52 J. L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention », *Michigan Law Review*, vol. 68, 1969, p. 471-565. Voir également M. O'Loughlin, « Understanding the Public Trust Doctrine through Due Process », *Boston College Law Review*, vol. 58, 2017, p. 1321.
53 *Illinois Central Railroad c. Illinois*, 146 U.S. 387, 455 (1892).
54 *Geer c. Connecticut*, 161 U.S. 519, 523-25 (1896).
55 F. Schneider, « La fiducie publique, cousine d'Amérique de la domanialité publique », *RFDA*, septembre-octobre 2014, p. 907-917.

C'est dans cette perspective que trois séries d'obligations sont imposées à la charge des *trustees*. En vertu de la *Doctrine* du *Public Trust*, ces derniers ont non seulement l'obligation de protéger le bien contre les destructions, mais également l'obligation de préserver sa capacité à fournir des services écologiques pour les générations futures, notamment contre des dommages irréversibles. Enfin, ils ont l'obligation de recouvrer des dommages et intérêts en cas de destruction d'un bien par un tiers afin de le restaurer pour la population et les générations à venir. Cette dernière obligation peut s'appliquer notamment à l'égard des entreprises transnationales contre lesquelles les pouvoirs publics doivent intenter des actions en réparation en cas de destructions imputables à ces dernières.

À l'inverse des droits fondamentaux reconnus par la Constitution américaine qui, en principe, n'impose pas des obligations positives, la *Doctrine* du *Public Trust* permet de mettre à la charge des pouvoirs publics non seulement une obligation de protéger les biens publics, mais aussi de les restaurer en cas de dommages. L'invocation du principe de la fiducie publique présente de nombreux avantages compte tenu notamment de sa dimension intergénérationnelle et de sa valeur constitutionnelle. De même, il faut souligner que c'est un principe vivant qui, loin d'être statique, s'adapte pour répondre aux conditions de son époque, aux besoins et aux intérêts de la société. L'application du principe de la fiducie publique a été contestée par les défendeurs qui ont argué que l'atmosphère n'est pas un bien commun en fiducie et que seuls les États fédérés et non l'État fédéral peuvent constituer des débiteurs des obligations fiduciaires. Ils ajoutent également que le principe n'a pas lieu de s'appliquer en l'espèce du fait de l'adoption de lois fédérales spécifiques réglementant la lutte contre les changements climatiques. Enfin, l'absence d'un droit de recours conféré aux plaignants dans le cadre du principe de la fiducie publique a également été invoquée par les défendeurs.

S'agissant des biens communs protégés en fiducie, il faut rappeler que ces derniers sont définis comme une ressource vitale qui est « d'intérêt public pour le peuple d'un État »[56]. Force est de reconnaître qu'à l'origine seules les eaux navigables étaient concernées, mais une interprétation évolutive opérée par les juges a permis d'étendre la catégorie des biens protégés en fiducie pour prendre en considération les usages de leur époque, et ce en phase avec les données scientifiques et les préoccupations actuelles[57]. Dans cette logique, ont été reconnus par la jurisprudence comme étant *res* protégés en fiducie, la biodiversité, la vie sauvage, les eaux non navigables, l'air, etc. En première instance, la Cour de District avait préféré faire une économie de raisonnement en décidant de ne pas se pencher sur la question de savoir si l'atmosphère est un bien protégé en fiducie, car les plaignants ont évoqué des dommages liés aux effets de l'acidification des océans et de la hausse des températures des océans. Or, la mer territoriale demeure évidemment un bien protégé en fiducie comme l'avait confirmé la Cour suprême à maintes reprises[58]. Ainsi, il a été reconnu que nous sommes bien en présence d'une atteinte à un *res* environnemental placé sous le régime de la fiducie publique.

56 Voir Jurisprudence *Illinois Central*, 146 U.S. 387, 455 (1892).

57 *In re Water Use Permit Applications*, 9 P. 3d 409 (Haw. 2000): « *The "purposes" or "uses" of the public trust have evolved with changing public values and needs* ». Voir aussi *Matthews c. Bay Head Improvement Ass'n*, 471 A.2d 355, 365 (N.J. 1984): « [*W*]*e perceive the public trust doctrine not to be "fixed or static", but one to "be molded and extended to meet changing conditions and needs of the public it was created to benefit". Avon by the sea, 61 N.J. 296 (1972)* ».

58 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order, *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 106 en citant *Phillips Petroleum Co. c. Mississippi*, 484 U.S. 469 (1988).

Néanmoins, rappel doit être fait que l'atmosphère a été effectivement reconnue comme étant un bien environnemental dans une autre affaire *Foster c. Washington Department of Ecology* dans laquelle le juge a reconnu l'atmosphère comme un bien commun protégé en fiducie en expliquant que toute la survie et le bien-être de l'humanité reposent sur l'atmosphère puisque tout le système climatique en dépend[59]. Le juge a reconnu la violation par les pouvoirs publics locaux de leurs obligations fiduciaires et a enjoint le ministère de l'Écologie de l'État de Washington de promulguer une loi visant à la réduction des émissions. Ce qui a d'ailleurs inspiré l'expression d'« *atmospheric trust* » (fiducie atmosphérique)[60] révélatrice de la volonté d'adapter les outils juridiques existants aux défis posés par la lutte contre les changements climatiques.

Le deuxième argument des défendeurs consistant à affirmer que le principe de la fiducie publique n'impose des obligations qu'aux États fédérés a été également rejeté par la juge Aiken qui a estimé que tout comme les États fédérés, l'État fédéral peut être débiteur des obligations fiduciaires, du moins s'agissant de la mer territoriale. De même, puisque c'est un attribut de la souveraineté, pour la Cour, il n'existe aucune raison de juger que ce principe ne s'applique pas à l'État fédéral.

Le troisième argument soulevé par les défendeurs conteste le fondement juridique sur lequel la demande a été présentée. Rappel doit être fait que dans de nombreuses affaires[61], le stade de la recevabilité n'a pas pu être franchi sous prétexte que des textes législatifs traitant spécifiquement du climat, à l'instar de la *Clean Air Act*, régissent déjà la problématique. Cela a surtout été le cas pour les plaintes fondées sur la *Doctrine* de la nuisance publique, c'est-à-dire celle fondée sur la *common law* fédérale. Dans ces affaires, les juges affirmaient qu'en vertu de la *lex specialis*, les lois plus spécifiques en matière de changements climatiques remplaceraient toute demande fondée sur la *common law* fédérale. En rejetant cet argument, la Cour de l'Oregon a jugé que toute demande concernant la fiducie publique ne peut être assimilée à une demande invoquant la nuisance publique. En effet, du fait qu'il concerne un attribut inhérent à la souveraineté (en imposant une obligation de protéger la chose en fiducie), l'application de la *Doctrine* du *Public Trust* ne peut être écartée et substituée par une législation même spécifique régissant la lutte contre les changements climatiques.

La Cour a également rejeté le dernier argument relatif à l'absence d'un droit de recours conféré aux plaignants dans le cadre du principe de la fiducie publique. Les demandes relatives au respect du principe de la fiducie publique relèvent des droits fondamentaux substantiels. En effet, même si la Constitution ne crée pas ce droit – car il existe depuis l'origine de l'humanité – le droit de recours des plaignants pour faire respecter les obligations fiduciaires des autorités gouvernementales découle bien de la Constitution. Pour la Cour, la garantie d'un droit de recours en matière de fiducie publique relèverait plus précisément du 5e amendement de la Constitution américaine qui consacre le droit à un procès équitable en affirmant que « nul ne sera […] privé de sa vie, de sa

59 *Foster c. Washington Department of Ecology*, No. 90386–7, 19 novembre 2015.

60 M. C. Wood et C. W. Woodward, « Atmospheric Trust Litigation and the Constitutional Right to a Healthy Climate System: Judicial Recognition at Last », *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 6: 2, 2016, p. 674 et s.

61 *AEP Co. c. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011); *Native of Kivalina c. ExxonMobil Corp*, 696 F. 3d 849 (9th Cir. 2012); voir sur cette dernière affaire : K. Peloffy, « Kivalina c. Exxonmobil: A Comparative Case Comment », *McGill International Journal of Susbstainable Development Law & Policy*, vol. 9: 1, 2013, p. 124-128.

liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière »[62]. La Cour réaffirme l'existence d'un droit de recours implicite découlant du 5e amendement de la Constitution reconnu déjà par la Cour suprême dans les années 1980. À la suite d'une évolution jurisprudentielle[63], la Cour suprême est arrivée à la conclusion qu'un droit de recours peut être déduit implicitement de la Constitution, en l'absence même d'une disposition expresse conférant un tel droit.

Il faut reconnaître que la force de la stratégie des plaignants résidait avant tout dans l'invocation de principes constitutionnels pour fonder leur action. En effet, ils avaient réussi à inscrire leur demande dans un contexte plus large ; ce que les lois en matière de lutte contre les changements climatiques ne permettaient pas de faire. Au-delà de leur autorité juridique, ces arguments constitutionnels offrent une grande flexibilité, cette bataille judiciaire étant surtout menée sur le terrain de « l'implicite », sachant que celui-ci laisse une plus grande place à l'adaptation et à l'évolution du droit. Cette stratégie aurait pu porter ses fruits devant la Cour d'appel du 9e circuit, mais celle-ci n'a pas jugé utile de se prononcer dessus. Un autre point d'achoppement dans la reconnaissance d'un intérêt à agir a eu raison de la justiciabilité du litige.

II. Une résistance certaine à la reconnaissance de la capacité du pouvoir judiciaire à statuer sur des litiges climatiques

La question du caractère réparable du préjudice avait été examinée par le juge Thomas Coffin et la juge Ann Aiken qui ont, tous les deux, considéré que le caractère réparable du préjudice était suffisamment établi pour justifier l'intérêt à agir aux fins de l'examen de la recevabilité de l'affaire[64]. Mais c'est sans compter sur la Cour d'appel du 9e circuit qui a renversé le jugement rendu en première instance et a déclaré l'affaire irrecevable pour absence du caractère réparable du préjudice (**A**). Si le Tribunal fédéral de l'Oregon avait valablement contourné cette barrière, il n'est point surprenant aujourd'hui de voir l'affaire échouer aux portes du prétoire, car le spectre de la question politique rôde toujours (**B**).

A. Le rejet du caractère réparable du préjudice

1. Une réparation permettant de réparer le préjudice allégué

Le test du caractère réparable du préjudice passe par la preuve que chacune des formes de réparation requise par les plaignants est de nature à réparer le préjudice allégué et que la réparation est à la portée du pouvoir judiciaire.

62 5e amendement de la Constitution américaine : « *No person shall be [….] deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation* ».

63 *Davis c. Passman*, 442 U.S 228 (1979); *Carlson c. Green*, 446 U.S. 14 (1980).

64 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order, *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 64 et 70. Voir également United States District Court for the District of Oregon, Order and Findings & Recommendation, *Juliana et al. c. United States et al.*, précité : « *For now, it is sufficient that EPA's action/inaction with respect to the regulation of greenhouse gases allegedly results in the numerous instances of emissions that purportedly cause or will cause the plaintiffs harm* ».

Afin de déterminer si le préjudice est réparable, il convient pour les juges de vérifier que la réparation requise par les plaignants peut permettre de réduire ou de ralentir le dommage invoqué. Il reviendrait à s'interroger si une réduction des émissions pouvait réduire la concentration de GES dans l'atmosphère et réduire les impacts des changements climatiques, sachant que les défendeurs contrôlent plus d'un quart des émissions mondiales. L'étendue de la réparation a toute son importance dans la mesure où elle détermine le caractère ou non justiciable du litige.

Pour la Cour d'appel, la mesure de redressement déclaratoire exigée par les demandeurs ne satisfait pas les conditions du test sachant qu'admettre la violation par le gouvernement des droits des plaignants ne pourrait leur donner qu'une simple satisfaction psychologique qui n'est pas de nature à réparer le préjudice ou inverser la courbe du réchauffement climatique. Là est la limite du droit interne par rapport au droit international qui reconnaît la satisfaction comme une forme de réparation à part entière. En effet, celui-ci accorde le droit d'obtenir satisfaction, indépendamment de l'existence d'un préjudice matériel. La satisfaction a un caractère sanctionnateur : il s'agit d'une sorte de sanction morale[65].

La mesure de redressement par voie d'injonction quant à elle a intéressé la Cour plus longuement. Pour celle-ci, la réparation consistant à enjoindre le gouvernement à cesser « de permettre, d'autoriser et de subventionner » l'utilisation des combustibles fossiles et à préparer un plan d'action soumis au contrôle judiciaire pour baisser les émissions ne saurait suffire pour stopper l'augmentation du CO_2 dans l'atmosphère encore moins pour baisser ces émissions. Elle se montre sceptique quant à l'efficacité du plan d'action pour réparer la violation alléguée du droit à un climat stable capable de soutenir la vie humaine.

Il n'est pas à exclure que la position de la Cour suprême ait influencé la décision de la Cour d'appel dans la mesure où la première avait déjà exprimé son scepticisme face à l'étendue de la demande des plaignants qu'elle qualifia de « frappante »[66]. L'argument des défendeurs a été de relever qu'une injonction à l'encontre d'une seule entité, même celle jouant un rôle majeur, n'offre aucune garantie pour résorber les impacts négatifs des changements climatiques. La logique qui sous-tend la position de la Cour d'appel est que dans l'hypothèse d'une hausse des émissions dans d'autres parties de la planète, le préjudice subi par les plaignants ne peut être atténué même avec une réduction des émissions nationales. Autrement dit, cela permet de poser la question de savoir si les défendeurs ont la capacité d'inverser le point de non-retour sans la coopération internationale et une baisse des émissions globales dans un laps de temps déterminé[67].

Le juge Ann Aiken avait fait, en première instance, une appréciation souple du caractère réparable du préjudice, en admettant qu'il existe une probabilité que les mesures de redressement déclaratoires et par voie d'injonction demandées par les plaignants puissent « *ralentir* ou *réduire* le dommage »[68].

65 C. Dominicié, « Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, en ligne : https://books.openedition.org/iheid/1351?lang=fr; § 241 et 286, consulté le 21 mars 2020.
66 United States, et *al.* c. USDC OR, Order in pending case, 30 juillet 2018, précité.
67 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 23.
68 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 66.

Elle cite ainsi la jurisprudence *Massachusetts c. EPA*[69] dans laquelle la Cour suprême avait reconnu qu'une certitude n'était pas exigée dans l'examen du caractère réparable du préjudice. Le parallèle avec cette jurisprudence n'a toutefois pas été retenu par la Cour d'appel qui estime que dans l'affaire *Massachusetts c. EPA* était en cause un droit procédural et non un droit substantiel comme dans l'affaire *Juliana*. En somme, si le droit de la responsabilité vise à effacer un préjudice découlant de faits situés dans le passé, pour la Cour, l'injonction exigée par les plaignants ne pourrait atteindre cette finalité d'autant plus qu'elle demeure hors de sa portée.

2. Une réparation à la portée du pouvoir judiciaire

Pour la Cour, la réparation du préjudice allégué par les plaignants requiert une transformation fondamentale du système énergétique du pays, mais également du monde industrialisé. Inverser les tendances climatiques requiert un changement de modèle économique de la planète tout entière et non seulement celui des États-Unis.

Les actions menées contre l'État dans les litiges climatiques avaient jusque-là pour la plupart un dessein à dimension planétaire. Elles sont davantage motivées par la nécessité de sauver la planète en inversant les tendances climatiques et de garantir un avenir aux jeunes générations que de réparer simplement le préjudice individuel de chacun au titre d'une action en dommages et intérêts. Cette stratégie qui se veut salvatrice a bien marché aux Pays-Bas avec l'affaire *Urgenda* dans laquelle les plaignants avaient invoqué l'équité inter et intra générationnelle. À l'inverse, dans le cas d'espèce, c'est bien l'étendue de la demande qui pose problème, car n'étant pas considérée à la portée du pouvoir judiciaire.

Aujourd'hui, la leçon que l'on peut tirer de cette affaire est que la formulation de la demande de réparation – un aspect peu ou prou négligé dans le passé – a également toute son importance. Une demande de réparation plus terre à terre, plus individualiste, plus ancrée dans le présent, moins centrée dans le futur, certes beaucoup moins ambitieuse et systémique, serait peut-être une stratégie à exploiter la prochaine fois. Cela consisterait par exemple à faire une demande en dommages et intérêts pour réparer des préjudices bien spécifiques tels que des frais de santé, un manque à gagner, une relocalisation forcée, etc. Ce type de demande pourrait également être beaucoup plus résilient face à la *Doctrine* de la question politique qui continue encore aujourd'hui à hanter les litiges climatiques.

B. Le spectre de la *Doctrine* de la question politique

Conformément à la jurisprudence fondatrice *Marbury c. Madison* de 1803[70], une question de nature politique ne peut pas être traitée par le pouvoir judiciaire sans aller à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs. L'application de la *Doctrine* de la question politique nécessite la mise en balance de deux principes fondamentaux, le juge étant amené à veiller à la séparation des pouvoirs tout en s'assurant que la justice soit rendue pour éviter le déni de justice.

69 *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 505 (2007).
70 *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803).

1. *La première et la troisième hypothèse de la jurisprudence Baker*

En première instance, le Tribunal avait été amené à appliquer les critères établis par la Cour suprême dans la jurisprudence *Baker*[71] pour déterminer si l'affaire présentait une question politique non justiciable.

Conformément à la jurisprudence *Baker*, le pouvoir judiciaire n'est pas compétent pour examiner une question dont la résolution serait expressément attribuée par la Constitution américaine au pouvoir exécutif. En l'espèce, il n'existe pas de disposition constitutionnelle faisant clairement référence à la répartition des compétences dans le domaine de la politique environnementale ou de la lutte contre les changements climatiques. En effet, la Cour concède que la politique climatique est de nature transversale, susceptible de concerner de nombreux domaines pour lesquels les pouvoirs politiques possèdent une compétence. Du commerce extérieur aux affaires étrangères en passant par la défense nationale, la politique climatique fait appel à plusieurs secteurs. Mais cela ne suffit pas en soi à empêcher la Cour de connaître d'une affaire portant sur la politique climatique du gouvernement fédéral, car celle-ci ne relève pas, à la différence par exemple de la politique étrangère, du ressort exclusif du pouvoir exécutif. La troisième hypothèse dans laquelle la Cour ne pourrait pas statuer serait celle où une décision judiciaire pourrait aller à l'encontre des réformes entreprises par le pouvoir exécutif et législatif. Cet argument, qui est souvent invoqué dans les matières relevant des affaires étrangères, n'a pas été retenu par la Cour au motif qu'une décision qui imposerait au gouvernement de réduire ces émissions de GES n'est pas incompatible avec les engagements internationaux des États-Unis. En effet, il existe une possibilité pour la Cour de donner raison aux plaignants sans nécessairement aller à l'encontre des conventions négociées par le pouvoir exécutif.

2. *La deuxième hypothèse de la jurisprudence Baker*

Le deuxième critère permettant au juge américain de détecter la nature politique d'une question posée demeure la question de savoir si la résolution d'un litige nécessite une prise de décision dépassant la compétence du pouvoir judiciaire. Dans le passé, les cours américaines ont rejeté de nombreuses actions climatiques sur ce motif. Dans l'affaire *American Electric Power c. Connecticut*[72], la Cour suprême s'est déclarée incompétente au motif que la réglementation des émissions de GES a été attribuée à l'Agence de protection environnementale (*Environmental Protection Agency*) par la *Clean Air Act* (*CAA*), une loi fédérale portant sur la lutte contre la pollution de l'air. Ainsi, la Cour suprême a jugé que cette question ne peut être résolue parallèlement dans le cadre d'un contentieux. Cela a également été le cas dans l'affaire *Ned Comer c. Murphy Oil* dans laquelle des résidents du golfe du Mississippi ont allégué la responsabilité d'entreprises du secteur de l'énergie et des combustibles fossiles dans la survenance des dommages matériels causés par l'ouragan Katrina. Le Tribunal

71 *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186, 198 (1962).

72 *AEP Co. c. Connecticut,* 564 U.S. 410 (2011). Voir également C. O'Connell Miller, « Climate Change Litigation in the Wake of AEP c. Connecticut and AES c. Steadfast: Out to Pasture, but Not out of Steam », *Golden Gate University of Environmental Law Journal*, vol. 5, 2012, p. 343-361.

de première instance avait rejeté leur demande au motif que la question posée à la Cour n'était pas justiciable[73]. Ce que la Cour suprême avait confirmé[74]. Le Tribunal fédéral de District de l'Oregon avait jugé que les critères dégagés par la jurisprudence *Baker* ne s'appliquaient pas en l'espèce.

La Cour d'appel quant à elle ne se donne pas la peine d'examiner toutes les hypothèses dégagées par la jurisprudence *Baker* pour déterminer si la demande des plaignants relève ou pas de sa compétence. Mais elle avance que la réparation du préjudice allégué exigerait davantage l'intervention du pouvoir législatif que celle du pouvoir judiciaire. Les juges auraient pu enjoindre le pouvoir exécutif d'adopter un plan d'action pour remédier à la situation tout en lui laissant le soin de déterminer les modalités d'exécution de manière discrétionnaire. Or, pour la Cour, cela impliquerait pour le pouvoir judiciaire de juger non seulement du caractère suffisant des actions prises par l'exécutif, mais également de surveiller leur conformité sur une très longue période[75]. Le pouvoir judiciaire ne veut pas, d'une part, s'immiscer dans un processus interminable, et d'autre part, exiger le développement d'un plan d'action dont il ne peut assurer la bonne exécution.

Si la Cour est consciente de l'inaction de l'exécutif et du législatif face à la situation, celle-ci ne justifie pas que le pouvoir judiciaire se saisisse d'un litige non justiciable. Autrement dit, le rôle du pouvoir judiciaire n'est pas de remplir le vide laissé par l'inaction des deux autres branches du gouvernement. Quelle que soit la légitimité de la requête, le pouvoir judiciaire ne peut dépasser les limites de ses prérogatives pour remplacer celles attribuées aux deux autres branches du gouvernement.

***

Malgré la dose d'espoir insufflée par la juge Ann Aiken quant à la justiciabilité des actions pour la lutte contre les changements climatiques, la recevabilité de l'affaire en appel a achoppé sur la preuve du caractère réparable du préjudice révélant ainsi l'existence éventuelle d'un plafond de verre que les affaires climatiques américaines peinent à briser. Lors d'un précédent article portant sur la décision du Tribunal de District de l'Oregon, nous avancions l'hypothèse selon laquelle la recette pour une justice climatique serait peut-être trouvée : des plaignants singulièrement « vulnérables », des défendeurs juridiquement « tangibles », des fondements juridiques novateurs et solides capables de contourner le piège de la question politique et celui du *displacement*. Mais à l'aune de la décision de la Cour d'appel, nous sommes aujourd'hui beaucoup moins confiants. La bataille n'étant pas menée sur un terrain purement juridique, mais politique, cette affaire questionne la capacité ou/et la volonté des juges à statuer sur des questions controversées.

73 *Comer c. Murphy Oil USA*, US District Court for the Southern District of Mississippi, 2007; *Comer c. Murphy Oil*, n° 12-60291, Courts of Appeals, fifth circuit, 2009. *Ned Comer c. Murphy Oil*, Courts of Appeals, fifth circuit, n° 12-60291, 14 May 2013.

74 *Comer c. Murphy Oil USA*, CV 05-0436US (Supreme Court Order, 2011) .*Ned Comer c. Murphy Oil*, Courts of Appeals, fifth circuit, n° 12-60291, 14 May 2013.

75 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA OPINION, précité, p. 26.

Dans la lutte pour la préservation du système climatique et la reconnaissance d'un droit à un système climatique stable et durable capable de maintenir la vie humaine, on avait prévu un réveil des juges qui allait être opéré en trois actes.

Une double prise de conscience. Confortés par l'avancée des connaissances scientifiques, les juges semblent avoir pris conscience de l'urgence de la situation, de la gravité et de l'imminence du danger que représentent les changements climatiques. Ce réveil des juges[76] a été également opéré à la suite d'une prise de conscience de l'inaction ou de l'insuffisance des actions et des réformes entreprises par les autres branches du gouvernement. Face à cette inquiétude grandissante et à la pression de l'opinion publique, une prise de conscience du pouvoir judiciaire quant à l'absence de volonté des autres branches d'agir pleinement pour garantir la stabilité climatique a été opérée. Encore faut-il que les juges acceptent d'en tirer les conséquences. C'est tout de même un aveu de faiblesse que de dire que « toutes les plaintes bien fondées ne peuvent être réparées par un tribunal »[77].

Une prise de confiance. Pourtant, dans sa décision, la juge Ann Aiken affirme que le pouvoir judiciaire doit agir comme un « *co-equal branch of government* », branches égales du gouvernement. Les juges auraient pu agir comme un véritable contre-pouvoir aux deux autres branches qui ne servent pas suffisamment l'intérêt des générations actuelles et futures. Cette conception ne semble pas être partagée par les deux juges de la Cour d'appel du 9e circuit qui refusent de statuer sur le litige qu'ils estiment non justiciable. On avait espéré que les juges prennent confiance en leur capacité à résoudre un litige controversé mettant en cause des données factuelles et scientifiques complexes. Aujourd'hui, nous sommes en présence de deux conceptions divergentes du pouvoir judiciaire : l'une plus progressiste marquée par un activisme judiciaire qui ne s'impose pas de limites et l'autre plus traditionaliste qui repose sur une interprétation restrictive du rôle des juges.

Une prise de contrôle. Dans le contexte actuel, cette prise de contrôle se fera bien attendre. À l'aune d'une cour suprême très conservatrice, il semblerait que des paramètres de politique judiciaire modulent davantage le sort des affaires climatiques que des éléments substantiels d'ordre juridique. Pour résumer très simplement, les juges de la Cour d'appel du 9e circuit ont affirmé qu'ils *compatissaient avec les jeunes, mais qu'ils ne pouvaient rien faire pour eux.*

76 A. T. Goodwin, "A Wake-up Call for Judges", *Wisconsin Law Review*, 2015, Issue 4, p. 785.
77 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 21.

17
Affaires *Greta Thunberg*, *Teitiota* et *Torrès* (2019-2020)

Christel Cournil[1]

Ce chapitre se propose de mener une analyse comparée de trois affaires présentées devant des organes onusiens de surveillance des traités des droits de l'Homme. Une seule des affaires (*Teitiota c. Nouvelle-Zélande*[2]) a donné lieu pour le moment à des Constatations rendues publiques en janvier 2020 par le Comité des droits de l'Homme (CDH). Ce dernier doit encore se prononcer dans l'affaire *Îles du détroit de Torrès c. Australie*[3], tout comme le Comité sur les droits des enfants (CDE) qui devra répondre à la Communication de l'activiste *Greta Thunberg et consorts*[4].

Si ces trois premières espèces portent sur des demandes sensiblement différentes en raison de la singularité de leurs allégations respectives ; leur soumission récente n'est pas le fruit du hasard. Elles s'inscrivent[5] dans un processus de montée en puissance des contentieux climatiques de « seconde génération »[6] traitant des droits humains[7]. Elles illustrent alors chacune à leur façon la progressive réception d'enjeux juridiques complexes relatifs à des atteintes aux droits de l'Homme liées au dérèglement climatique dans un contexte d'urgence climatique désormais acceptée par certains États. En effet, l'obligation de non-refoulement et le respect du droit à la vie d'un « déplacé climatique » expulsé vers son île d'origine (Affaire *Teitiota*), le respect du droit à la vie et du droit à la santé de la « jeune génération » (Affaire *Greta Thunberg*) ainsi que la protection d'insulaires particulièrement

1 Professeure de droit public, Sciences Po Toulouse, membre du LASSP, associée à l'IDPS (Université Sorbonne Paris Nord), membre de la Structure Fédérative « Les Communs ».

2 Communication du CDH (24 octobre 2019), distr. générale 7 janvier 2020, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, CCPR/C/127/D/2728/2016, consultable : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F127%2FD%2F2728%2F2016&Lang=en (consulté le 27 janvier 2020). L. Imbert, « Premiers éclaircissements sur la protection internationale des "migrants climatiques" », *La Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, mai 2020 (en ligne) http://journals.openedition.org/revdh/9262 (consulté le 10 mai 2020).

3 Communication du CDH, présentée en mai 2019 req. n° 3624/2019. Son contenu n'a pas été rendu public ; V. notamment le site internet dédié à l'affaire : http://ourislandsourhome.com.au/ (consulté le 27 janvier 2020).

4 Communication déposée devant le Comité des droits de l'enfant le 23 septembre 2019, *Chiara Sacchi et al. c. Argentine, Brésil, France Allemagne*, Turquie, en ligne : https://earthjustice.org/sites/default/files/files/2019.09.23%20CRC%20communication%20Sacchi%20et%20al%20v.%20Argentina%20et%20al_0.pdf (consulté le 27 janvier 2020).

5 Il est ici considéré que même si les plaintes individuelles relèvent de mécanismes de résolution de différends « quasi-juridictionnels », elles intègrent la catégorie résiduelle des contentieux climatiques.

6 J. Peel et H. A. Osofsky, « A rights turn in climate change litigation? », *Transnational environmental law*, 2018, vol. 7, nº 1, p. 37-67 ; J. Peel, H. M. Osofsky, A. Foerster, « Next Generation' of Climate Change Litigation?: An Australian Perspective » (October 10, 2018), Oñati Socio-Legal Series, https://ssrn.com/abstract=3264173 (consulté le 27 janvier 2020). O. De Schutter, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire Urgenda », *RTDH*, juillet, 123/ 2020, p. 567-608.

7 C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, (M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner), éd. Mare et Martin, Paris, 2018, p. 185-215.

exposés par leur mode de vie aux effets délétères du changement climatique (Affaire *Torrès*) sont autant de problématiques juridiques auxquelles doivent désormais répondre les Comités onusiens.

La question des atteintes à la jouissance des droits de l'Homme en raison des conséquences du changement climatique n'est pas nouvelle : elle a fait l'objet d'un travail poussé depuis plus d'une dizaine d'années de la part du Conseil des droits de l'Homme[8], du Haut-Commissariat aux droits de l'Homme[9], des rapporteurs spéciaux onusiens sur le droit à l'environnement sain (notamment l'actuel David R. Boyd[10]), ou de la doctrine[11] qui a produit de précieuses connaissances (V. *Declaration on Human Rights and Climate Change*[12]). Les organisations internationales[13] et organisations non gouvernementales (ONG) se sont également saisies de cette question en la plaçant au cœur de leurs actions et de leurs plaidoyers. Ces affaires apportent indiscutablement une valeur ajoutée à cet édifice et à l'ensemble des procès climatiques déjà jugés en élargissant encore davantage la thématique, et en donnant enfin l'occasion à des Comités onusiens de répondre. Ce « contentieux » supranational des droits de l'Homme rejoint alors celui déjà amorcé par le système interaméricain qui a été saisi deux fois en matière climatique[14].

Si les Comités onusiens ne sont pas considérés comme des juridictions internationales, mais qualifiés par la doctrine de « quasi juridiction », il n'en demeure pas moins qu'ils produisent des interprétations sophistiquées, complémentaires et rarement concurrentes aux autres juridictions traitant des droits de l'Homme. Leurs constatations, leurs recommandations tout comme d'ailleurs leurs observations générales participent à la production du droit (*Law Making Process*). Reste à voir s'ils s'inscriront dans une lecture volontariste des questions climatiques[15]. Dans cette perspective et même s'il est encore tôt pour tirer des conclusions définitives, il sera ici présenté les premiers enseignements découlant de ces trois affaires. Seront essentiellement exposés le contexte juridique lié aux Comités onusiens et les aspects principaux des communications *Greta*, et *Torrès* ainsi que les enseignements à tirer de la récente Constatation *Teitiota*.

8 V. notamment les Résolutions 16/11 (2011), 19/10 (2012), 25/21 (2014) et 28 / 11 (2015).

9 HCDH, A/HRC/10/61, *Rapport sur la relation entre les changements climatiques et droits de l'Homme en exposant ses premiers résultats*, 15 janvier 2009, HCDH, *Applying a Human Rights-Based Approach to Climate Change Negotiations, Policies, and Measures*, Guidance Note, HR/PUB/06/8, 2010 ; HCDH, A/HRC/19/34, Étude analytique sur les liens entre les droits de l'Homme et l'environnement, 16 décembre 2011 ; HCDH, A/HRC/35/13, *Rapport sur la relation entre les changements climatiques et les droits de l'enfant*, mai 2017. V. enfin sa récente Étude analytique sur une action climatique tenant compte des questions de genre et axée sur l'exercice plein et effectif des droits des femmes, A/HRC/41/26, 1er mai 2019, 23 p.

10 V. les trois rapports rendus à l'autonome 2019 intitulés : 1) A Safe Climate: Human Rights and Climate Change, 2) UNGA Safe Climate Report 2019, 3) Climate change and Good Practices, à retrouver en ligne : http://srenvironment.org/report/a-safe-climate-human-rights-and-climate-change (consulté le 27 janvier 2020).

11 S. Duyck, S. Jodoin and A. Johl (dir.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance,* Routledge, 2018, 430 p. V. Numéro special de la revue Climate law : *Implementing the Paris Agreement: Lessons from the Global Human Rights Regime*, A. Savaresi et J. Scott (dir.), vol. 9, no 3, 2019, p. 159-262.

12 *Declaration on Human Rights and Climate Change* portée par Anna Grear, Professeure de droit et de théorie à la *Cardiff Law School U.K.* et directrice du réseau de juristes *Global Network for the Study of Human Rights and the Environment* (GNHRE).

13 C. Cournil, « Le volontarisme des organisations internationales dans la justification du lien "Droits de l'Homme et changements environnementaux globaux" », in *Les changements environnementaux globaux et les droits de l'Homme*, C. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), éd. Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 306-330.

14 V. dans cet ouvrage les deux pétitions Inuits, le commentaire de S. Maljean Dubois.

15 Ils semblent engagés dans cette voie avec la Déclaration commune sur les « droits de l'Homme et le changement climatique » prise en septembre 2019 par 5 comités. V. *supra.*

D'abord, la plus récente des Communications soumises en septembre 2019 est celle de la jeune activiste du climat Greta Thunberg et de quinze autres jeunes de douze pays différents[16]. Ces derniers ont déposé une Communication devant le CDE au moment de la tenue du sommet de New York sur l'action climatique. Au-delà du « coup médiatique » que cette action a eu dans la diplomatie climatique, l'ambition de cette « plainte »[17] vise essentiellement à dénoncer le manque d'ambitions de plusieurs États face à la crise climatique. Pas un, mais cinq pays issus de continents différents (Allemagne, Argentine, Brésil, France et Turquie) sont visés par cette Communication, ce qui constitue une première[18] devant un organe onusien.

Ensuite, un peu plus tôt la même année, c'est devant le CDH que des habitants des Îles australiennes du détroit de Torrès particulièrement touchés par les effets des changements climatiques ont souhaité que le gouvernement fédéral australien réponde de violations des droits[19] de l'Homme. Si les contentieux climatiques se sont bien développés devant le juge australien[20], cette Communication offre des aspects inédits à trancher.

Enfin, dans la troisième affaire (Teitiota), un ressortissant de Kiribati (République insulaire[21] dans le Pacifique central) a déposé une Communication auprès du CDH en affirmant que la Nouvelle-Zélande avait violé son droit à la vie en procédant à son éloignement après lui avoir refusé l'asile alors que le changement climatique rend son île inhabitable. Même si le Comité a jugé recevable la demande, sur le fond il a conclu que la Nouvelle-Zélande n'avait pas violé le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) le renvoyant dans son île d'origine.

Par leurs spécificités et les arguments soulevés, ces trois affaires constituent des cas topiques et prometteurs qui vont nourrir la catégorie émergente des « procès climatiques »[22]. La sensibilité croissante du système onusien aux enjeux environnementaux et climatiques est réelle depuis une vingtaine d'années[23], on pouvait donc s'attendre à ce que ce type de recours soit déposé devant les Comités onusiens (**I**). Ces trois espèces démontrent clairement les liens entre les changements climatiques et les droits de l'Homme participant ainsi à une nouvelle forme de quasi-juridictionnalisation de la justice climatique (**II**).

16 Argentine, Brésil, France, Allemagne, Inde, Ile Marshall, Nigéria, République des Palaos, Afrique du Sud, Suède, Tunisie, États-Unis.

17 Par commodité, on parlera indifféremment de Communication ou de plainte (même si ce dernier terme n'est pas vraiment approprié devant un organe quasi juridictionnel).

18 Notons toutefois que le recours *People's Climate Case* émanant de onze familles, porté devant le tribunal de l'Union européenne s'inscrivait déjà en mai 2018 dans une telle démarche judiciaire « collective » en Europe (https://peoplesclimatecase.caneurope.org/).

19 Sont alléguées des violations des articles 2 (1), 2 (2), 2 (3), 6, 17, 24 (1) et 27 du Pacte.

20 V. dans cet ouvrage la contribution d'A.-S. Tabau.

21 Cet État comprend 33 atolls et îles.

22 C. Cournil et L. Varison, *Les procès climatiques : du national à l'international*, Pedone, 2018, 299 p. ; C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, 396 p.

23 V. les productions des différents organes : Commission des droits de l'Homme : Rés. 1990/41, Droits de l'Homme et environnement, 6 mars 1990, Rés. 2005/60, *Les droits de l'Homme et l'environnement en tant qu'éléments du développement durable*, 20 avril 2005 ; Conseil des droits de l'Homme (HRC) : A/HRC/16/11 sur les droits de l'Homme et l'environnement, 24 mars 2011, A/HRC/7/23 *sur les droits de l'Homme et l'environnement*, 28 mars 2008, A/HRC/10/4 sur *les droits de l'Homme et les changements climatiques*, 25 mars 2009, A/HRC/18/22 sur *la question des droits de l'Homme et des changements climatiques*, 30 septembre 2011A/HRC/19/10, Les droits de l'Homme et l'environnement, 19 avril 2012A/HRC/34/49, *Rapport sur les droits de l'Homme et la biodiversité*, 19 janvier 2017.

I. L'arrivée prévisible et prometteuse des demandes climatiques devant les Comités onusiens

Les Communications présentées devant ces Comités onusiens arrivent dans un contexte de prise de conscience des enjeux environnementaux pour la sauvegarde des droits humains (**A**). Les organes de l'ONU ont en effet manifesté les signes d'une réelle réceptivité des enjeux environnementaux et climatiques dans leur doctrine (**B**).

A. Un contexte favorable : la prise de conscience des enjeux environnementaux du système onusien de protection des droits de l'Homme

1. Le tournant « climatique » du système onusien de protection des droits de l'Homme

Il n'est plus à démontrer le phénomène de « *greenning* » du droit international[24] puis le verdissement progressif des systèmes régionaux[25] et onusiens[26] de protection des droits de l'Homme. Les atteintes à l'environnement questionnent tant les droits procéduraux que les droits matériels notamment à travers le développement du « droit à l'environnement sain » en droit européen[27] et international[28].

Avec l'avancée des connaissances scientifiques du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), les effets délétères des changements climatiques sur les sociétés se sont précisés depuis les rapports[29] du *Working Group II* de 2014. Le Chapitre 12 sur la « Sécurité humaine » abordait, entre autres choses, les particularités des communautés locales, des communautés « résilientes », des savoirs traditionnels, des migrations et des déplacements de population. D'une part, il est désormais admis que les impacts des changements climatiques auront des répercussions concrètes sur les conditions de vie des personnes et donc leurs droits. Chacune des trois affaires commentées ici illustre les conditions de vie rendues difficiles par le changement climatique pour des insulaires, pour un ressortissant forcé de quitter son île et pour des jeunes dont la santé et plus largement le futur sont hypothéqués par les perspectives très pessimistes des scénarios de réchauffement que dessine le GIEC. D'autre part, on sait que les mesures de riposte (*response measures*)

24 Ph. Sands, *Greening International Law*, The New Press, 1994.
25 C. Cournil, « "Verdissement" des systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme : circulation et standardisation des normes », *Journal européen des droits de l'Homme*, 2016, n° 1, p. 3-31.
26 HRC, Résolution, *Droits de l'Homme et environnement*, 22mars 2012, n° 19/10, ONUA/HRC/RES/19/10 ; HRC, Résolution, *Droits de l'Homme et environnement*, 26 mars 2015, n° 28/11, ONUA/HRC/RES/28/11 ; HRC, Résolution, *Droits de l'Homme et environnement*, 12avr.2001, n° 16/11, ONUA/HRC/RES/16/11. Sur les organes de suivi des traités : F. Francioni, « International Human Rights In An Environmental Horizon », *European Journal of International Law*, 2010, vol. 21, no 1, p. 41-55. J. DHommeaux, « Le droit onusien face à la protection des droits de l'environnement », in L. Robert et S. Doumbé-Billé (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 169-194.
27 P. Baumann, *Le droit à un environnement sain en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse de droit public, Université de Nantes, 2018, (dact.) 660 p.
28 C. Perruso, *Le droit à un environnement sain en droit international*, thèse de doctorat, Université Paris 1 et Université San Paolo, (dact.), 2019, 458 p.
29 GIEC, Working Group II, *Contribution to the Fifth Assessment Report*, 5AR, WG2, Volume 1, Chapter 12, mars 2014.

d'atténuation[30] et d'adaptation[31] aux effets du changement climatique ont et auront des conséquences néfastes sur les droits des personnes. Ainsi, des mesures de réduction des émissions de GES ou autres « politiques vertes » menées en Europe ou dans des pays industriels peuvent générer des effets pervers au sein des pays en voie de développement avec par exemple la délocalisation de certaines activités qui peuvent impacter les droits de populations locales. Ces aspects-là sont encore peu abordés dans les procès climatiques et ne concernent aucune des trois affaires. Toutefois, il est fort probable que les Comités onusiens soient saisis, en ce sens, dans les prochaines années.

Concomitamment à ce constat scientifique, le lien entre « droit de l'Homme et le changement climatique » s'est progressivement établi au sein des différentes institutions onusiennes en charge de la protection des droits humains à travers la « human rights-based approach to climate change negotiations, policies and measures »[32]. Développée par le Conseil des droits de l'Homme, cette approche renforce l'idée d'une « humanisation des changements climatiques »[33]. Cette « doctrine » a très vite été réceptionnée par les rapporteurs spéciaux[34]. Les « procédures spéciales »[35] ont ainsi contribué à fournir un éventail d'informations au Conseil en vue de son action pour la protection des droits de l'Homme dans le cadre des changements climatiques. On s'en tiendra à rappeler ici les récents travaux du rapporteur spécial David R. Boyd qui s'inscrivent dans ceux particulièrement riches de son prédécesseur John Knox[36]. Son rapport[37] de juillet 2019 dresse les obligations des États et des entreprises afin de garantir un climat vivable pour l'humanité. Certains de ces travaux ont ainsi été mobilisés à plusieurs reprises[38] pour étoffer l'argumentaire de la Communication *Greta Thunberg et consorts*.

Ce travail de doctrine institutionnelle, qui a consisté à mettre en relation deux champs épistémologiques jusqu'ici éloignés, a favorisé un contexte propice à la réception de la thématique climatique par les Comités onusiens. Par capillarité, il a ainsi participé à alimenter les différentes prises de position récentes de ces Comités de plus en plus sensibles aux atteintes aux droits de l'Homme dans

30 Les mesures d'atténuation permettent de limiter les changements climatiques par exemple en réduisant les émissions de gaz à effet de serre.

31 Les mesures d'adaptation ont pour objet de réduire la vulnérabilité des systèmes naturels et socio-économiques et de faire face aux changements climatiques en anticipant ces phénomènes.

32 Pour plus d'informations sur l'approche HR-based approach et les liens « droits de l'Homme et changement climatique » : https://www.ohchr.org/EN/Issues/HRAndClimateChange/Pages/HRClimateChangeIndex.aspx (Consulté le 27 janvier 2020).

33 C. Perruso, « Perspectives d'humanisation des changements climatiques : Réflexions autour de l'Accord de Paris », *Revue Droits fondamentaux*, 2016, disponible en ligne : http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/article/2016/perspectives-humanisation-changements-climatiques-reflexions-autour-accord-paris (Consulté le 27 janvier 2020).

34 Une lettre ouverte de la part des titulaires de mandat au titre de Procédures Spéciales du Conseil des droits de l'Homme adressée aux États parties à la CCNUCC à l'occasion de la réunion du Groupe de travail ad hoc sur l'application effective de la Déclaration et du Programme d'action de Durban à Bonn (20-25 octobre 2014), *A new climate change agreement must include human rights protections for all* (27 octobre 2014), http://srenvironment.org/wp-content/uploads/2014/10/Letter-to-UNFCCC-FINAL.pdf (Consulté le 27 janvier 2020).

35 « Procédures spéciales » est le nom générique des mécanismes, créés par la Commission des droits de l'Homme et repris par le Conseil des droits de l'Homme, pour s'occuper de la situation particulière d'un pays ou de questions thématiques dans toutes les régions du monde. Les Procédures spéciales sont représentées soit par une personne – un rapporteur, un représentant spécial ou un expert indépendant – soit par un groupe de travail. Le Conseil des droits de l'Homme désigne des experts indépendants et éminents pour travailler volontairement sur un pays ou sur des mandats thématiques.

36 *Mapping Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Focus report on human rights and climate change, prepared for the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment* (June 2014). Disponible sur Internet : http://ieenvironment.org/2014/08/08/report-on-climate-change-and-human-rights/ et pour un résumé des actions : http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/InfoNoteClimateChange.pdf (consulté le 27 janvier 2020).

37 Doc A/74/161, 15 juillet 2019, 30 p.

38 P. 20 note 42, p. 52 note 158 et p. 53 note 163 de la Communication.

le contexte de changement climatique. Cela n'a pas échappé aux avocats et aux ONG militant pour la justice climatique qui ont bien compris que ces Comités d'experts devenaient un nouveau lieu d'action, un laboratoire pertinent et inédit pour faire progresser les « lignes » des procès climatiques.

Pourtant, ces Comités onusiens n'ont pas traité jusqu'ici un nombre important d'affaires environnementales (V. *infra*) à la différence de la Cour européenne ou la Commission et Cour interaméricaine des droits de l'Homme[39]. Le pari de saisir les comités onusiens était donc risqué, mais en même temps devait être tenté, car les Comités onusiens semblent amorcer une ligne progressiste en étant de plus en plus réceptifs aux enjeux climatiques.

2. *Des Comités onusiens nouvellement réceptifs*

Les Comités onusiens[40] ont suivi la tendance initiée par les autres organes onusiens en commençant progressivement à systématiser les impacts du changement climatique sur les droits de l'Homme dans leurs différents champs de compétences politiques, quasi-juridiques et diplomatiques, d'expertises et d'actions (observations finales et générales[41], procédures de rapport, discussions thématiques, recommandations, *Joint Statement*, etc.). La compilation des références aux questions climatiques dans les travaux des Comités onusiens réalisée par le *Think tank* CIEL[42] est à cet égard riche d'enseignements[43]. On citera ici les principales thématiques[44] abordées par ces derniers : les impacts disproportionnés sur les groupes en situation de vulnérabilité, les droits des personnes déplacées par le changement climatique, la participation au processus décisionnel de groupes particulièrement touchés, le droit à l'éducation climatique, la réduction des émissions de GES, la préservation des puits de carbone, la réduction des émissions résultant de l'extraction de combustibles fossiles, etc. Par exemple, en juin 2017, lors de l'examen du rapport périodique de l'Australie, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) a estimé qu'un État qui n'adopte pas de mesures adéquates pour lutter efficacement contre le changement climatique violait le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Le Comité a alors recommandé à l'Australie de prendre des mesures immédiates visant à lutter contre l'augmentation des émissions nationales de GES et à renforcer la production d'énergies renouvelables. Un an plus tard, ce même Comité a systématisé les obligations des États[45] en matière de changement climatique au regard des droits du PIDESC. De son côté, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a adopté en février 2018 une Recommandation générale n° 37 sur « les dimensions de la

39 C. Cournil, « "Verdissement" des systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme : circulation et standardisation des normes », *Journal européen des droits de l'Homme*, 2016, n° 1, p. 3-31.

40 On fait référence ici au Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité sur les droits des enfants, Comité des droits de l'Homme, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et au Comité des droits des personnes handicapées.

41 Art. 40, § 4 du PIDCP.

42 CIEL, *States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change*, Synthesis, Note on the Concluding Observations and Recommendations on Climate Change Adopted by UN Human Rights Treaty Bodies (2018) : https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/01/HRTBs-synthesis-report.pdf ; CIEL, *States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change*, 2019 Update (mars 2019) : https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2019/03/HRTB-Feb.-2019-update-2019-03-25.pdf (consulté le 27 janvier 2020).

43 Notamment sur les observations finales rendues par les Comités.

44 *Ibid.*, CIEL, Doc 2018, p. 8 et s.

45 CDESC, *Les changements climatiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 31 octobre 2018. E/C.12/2018/1.

réduction des risques de catastrophe liés au genre, dans le contexte du changement climatique »[46]. À plusieurs reprises, le Comité sur les droits des enfants a également eu l'occasion de souligner les enjeux environnementaux, et ce dès sa première Observation générale de 2001[47] sous l'angle de l'éducation environnementale. Son Observation n° 4 consacrée à la santé et au développement de l'enfant[48] insistait en 2003 sur un « environnement sain et favorable » pour les enfants. Tandis que son Observation générale n° 11 rappelait -à propos des enfants autochtones- que « les États devraient étudier de près la signification culturelle des terres traditionnelles et la qualité de l'environnement naturel tout en garantissant le plus largement possible le droit des enfants à la vie, à la survie et au développement »[49]. Toutefois, c'est bien son Observation générale sur le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible[50] qui a permis de clarifier son positionnement sur la santé des enfants dans un contexte de changement climatique[51]. Dans la Communication *Greta Thunberg et consorts*, c'est l'Observation générale de 2013 concernant l'impact des entreprises sur les droits des enfants qui sert de référence aux pétitionnaires pour appuyer l'obligation de prévention des États pour limiter le préjudice immédiat et à venir de l'enfant victime de pollution de l'environnement[52].

À quelques jours de la tenue du sommet onusien sur « l'action pour le climat » de septembre 2019, cinq Comités onusiens publiaient une Déclaration commune sur les « droits de l'Homme et le changement climatique »[53] alertant ainsi la Communauté internationale et en rappelant les obligations des États sur le sujet. Ils estimaient que les États parties ont des obligations, y compris des obligations extraterritoriales, de respecter, protéger et réaliser tous les droits de l'Homme. Cet engagement sur les questions climatiques atteste d'une position sans ambiguïté sur la capacité des Comités à examiner les enjeux climatiques notamment lors de plaintes individuelles. D'ailleurs, dans la Communication Greta, les avocats invoquent ce *Joint Statement* pour fonder le devoir de prévenir les atteintes prévisibles aux droits humains induites par le changement climatique[54]. Ils font également référence à la Déclaration du CDESC ou encore à l'étude de 2017 du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme portant sur le changement climatique et les droits des enfants[55].

46 Doc. General Recommendation, No. 37, CEDAW/C/GC/37, 7 février 2018, 22 p.
47 Observation générale n° 1 du 17 avril 2001, CRC/GC/2001/1.
48 Observation générale, n° 4 du 1er juillet 2003, CRC/GC/2003/4.
49 Observation générale, n° 11, du 12 février 2009, CRC/C/GC/11.
50 Observation générale, n° 15, du 17 avril 2013, CRC/C/GC/15.
51 § 50. Il attire « l'attention sur l'importance de l'environnement, en dehors de toute considération liée à la pollution, pour la santé de l'enfant. Les interventions environnementales devraient, entre autres, concerner les changements climatiques, qui représentent l'une des plus grandes menaces pour la santé de l'enfant et exacerbent les inégalités en matière de santé. Les États devraient donc placer les préoccupations relatives à la santé des enfants au centre de leurs stratégies d'adaptation aux changements climatiques et de gestion des risques ».
52 Observation générale, n° 16, du 17 avril 2013, CRC/C/GC/16, § 31. « Ils devraient aussi prendre en considération la nature évolutive du développement et des capacités de l'enfant et la réparation devrait être accordée en temps voulu pour limiter le préjudice immédiat et à venir pour l'enfant concern par exemple, s'il est établi que des enfants sont victimes d'une pollution de l'environnement, des mesures devraient immédiatement être prises par toutes les parties compétentes pour qu'il ne soit pas porté davantage préjudice à la santé et au développement des enfants et pour réparer les préjudices déjà subis ».
53 V. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité de la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Comité des droits de l'enfant, Comité des droits des personnes avec des handicaps, *Joint Statement on Human Rights and Climate Change*, 16 septembre 2019 : https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E (Consulté le 17 février 2020).
54 P. 48 de la Communication § 177.
55 HCHR, *Analytical Study on the relationship between climate change and the full and effective enjoyment of the rights of the child*, 30 A/HRC/35/13 (2017).

L'un des textes les plus intéressants réalisés par ces Comités est sans doute celui mené par le CDH dans le cadre de son Observation générale n° 36 sur le droit à la vie[56] rendue le 30 octobre 2018. Celle-ci énonce que « l'obligation qu'ont les États parties de respecter et de garantir le droit à la vie vaut face à toute menace pouvant aboutir à la perte de la vie »[57], avant de préciser que « la mise en œuvre de l'obligation de respecter et de garantir le droit à la vie, et en particulier de vivre dans la dignité, dépend notamment des mesures prises par les États parties pour préserver l'environnement et le protéger contre les dommages, la pollution et le changement climatique causés par les acteurs publics et privés ». Il invite alors les États à « veiller à l'utilisation durable des ressources naturelles, élaborer et appliquer des normes environnementales de fond, effectuer des évaluations des impacts sur l'environnement et consulter les États concernés sur les activités susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement »[58]. Cette Observation générale est d'ailleurs au cœur du raisonnement du CDH dans l'affaire *Teitiota* (V. *infra*).

Dans ce contexte et pour la première fois en matière climatique, dans les trois espèces commentées, deux Comités onusiens font désormais face à des plaintes individuelles qui les conduisent (enfin) à interpréter *in concreto* les grands textes onusiens (le PIDCP et la CIDE) à la lumière de l'urgence climatique. En définitive, ces espèces donnent l'occasion aux experts des Comités de confirmer leur « doctrine » de « l'approche climatique fondée sur les droits de l'Homme »[59] au plan « contentieux » et ainsi « mettre en pratique » leurs prises de position.

B. Des Comités onusiens face aux allégations environnementales et climatiques

1. *Une « jurisprudence » limitée, mais progressivement sensible aux allégations environnementales devant le CDH*

Le CDH est compétent pour surveiller la mise en œuvre du PIDCP et le Protocole n° 1[60] du Pacte lui a octroyé en 1976 la compétence pour examiner des Communications individuelles[61]. Gardien de l'interprétation de ce texte universel, si son autorité interprétative est incontestable et reconnue par la Cour internationale de justice[62], en revanche la portée et la valeur[63] de ses Constatations (rendues à la suite d'une « plainte ou communication individuelle » au titre du premier protocole facultatif

56 Observation générale n° 36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, concernant le droit à la vie, 2018, § 65 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_FR.pdf (consulté le 17 février 2020).

57 Comité des droits de l'Homme, General Comment n° 36 (2018) *on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, 30 octobre 2018, CCPR/C/GC/36, § 7.

58 Idem, § 62.

59 C. Cournil et C. Perruso, « Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], 14, 2018, http://journals.openedition.org/revdh/3930 (consulté le 24 février 2020).

60 Protocole additionnel n° 1 au PIDCP, adopté le 16 décembre 1966, AGNU, Rés. 2200 A (XXI) et entré en vigueur le 23 mars 1976.

61 Sudre F. (dir.), *La protection des droits de l'Homme par le Comité des droits de l'Homme des Nations unies. Les communications individuelles*, Montpellier : Institut de droit européen des droits de l'Homme, 1995, p. 3-14.

62 CIJ, arrêt *Ahmadou Sadio Diallo,* 2010.

63 O. Delas, M. Thouvenot, V. Bergeron-Boutin, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'Homme ». *Revue Québécoise de droit international*, volume 30-2, 2017, p. 1-50.

du PIDCP) font l'objet d'appréciations diverses[64]. Le CDH propose une riche motivation, une qualification juridique des actes ou omissions des États en cause[65]. La procédure y est confidentielle, contradictoire et écrite ; ce formalisme participe ainsi à donner une autorité certaine à cet organe de surveillance des traités. Et bien que dépourvues de force exécutoire, les constatations produisent des effets juridiques et politiques y compris en droit interne.

Aucune mention aux droits de l'Homme relatifs à l'environnement n'a été reconnue implicitement dans les deux pactes onusiens, comme dans le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) adoptée en 1950. C'est donc grâce à une interprétation dynamique « par ricochet » qu'au fil des allégations environnementales présentées dans les plaintes individuelles que le CDH a pu traiter des questions environnementales[66]. Si aucune analyse exhaustive des allégations environnementales portées devant les Comités[67] ne semble avoir été réalisée dans une démarche d'ensemble, on peut toutefois préciser que devant le CDH essentiellement des plaintes individuelles ont surtout été présentées, sur la base de la « clause » de la protection des minorités[68] de l'article 27 du PIDCP.

Quelques Communications ont permis au CDH de préciser l'interprétation du PIDCP sur des sujets divers prenant en compte des considérations environnementales singulières[69]. On peut citer ici l'exemple de l'atteinte à la vie traditionnelle des minorités[70], la sanction de la privation de moyen de survie des Indiens de la bande du lac Lubicon[71] en raison de l'octroi de concessions à des sociétés privées en quête de prospection de pétrole et de gaz, l'appréciation du droit à la vie de plaignants et le stationnement sur le sol néerlandais de missiles de croisière pourvus d'ogives nucléaires[72]. Des plaintes individuelles ont été présentées sur la prétention des citoyens à disposer d'un environnement exempt de cultures génétiquement modifiées[73], de déchets nucléaires[74], à propos de l'impact de la reprise d'essais nucléaires en France[75] ou encore du développement d'un projet de développement touristique en Polynésie et de son impact sur les terres tribales traditionnelles, y compris les terres sacrées[76].

---

64 V. pour une illustration récente française (Babyloup), T. Onillon, « La valeur des constatations du Comité des droits de l'Homme de l'ONU », *AJDA*, 2019, 1040.

65 N. Bouziri, *La protection des droits civils et politiques par l'ONU : l'œuvre du comité des droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000 ; J. Dhommeaux, « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 740.

66 C. Dommen, « Bordes et Temeharo c/ France – Une tentative pour faire protéger l'environnement par le Comité des droits de l'Homme », *RJE*, n° 2, 1997. p. 157-168.

67 Le CDESC a par une interprétation du droit à la santé de l'article 12 du PIDESC lié les déterminants socio-économiques et environnementaux à l'environnement sain. (CDESC, Observation générale n° 14, 11 août 2000, Doc. ONU/C.12/2000/4, § 4).

68 CDH, *Sara c. Finland*, Communication No. 431/1990,50th Sess., U.N. Doc. CCPR/C/50/D/431/1990 decided Mar. 24, 1994, http://www.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec431.htm; *Jouni E. Lansman c. Finland*, Communication No. 671/1995, U.N. CCPR Human Rights Committee, 58th Sess., U.N. Doc. CCPRIC/58ID/671/1995 (1996) http://www.unhchr.ch/htmlmenu2/8/oppro/vws671.htm (consulté le 27 janvier 2020).

69 Communication *Noel Narvii Tauira c. France*, Application n° 28204/95.

70 CDH, *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, Communication n° 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994). http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/511-1992.html (consulté le 27 janvier 2020). Ici a été apprécié par le CDH l'impact de l'extraction de ressources sur le droit du demandeur de poursuivre l'élevage de rennes. Les mesures finlandaises étaient suffisantes pour minimiser l'impact.

71 CDH, *Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada*, Communication n° 167/1984, décision du 26 mars 1990, rapport annuel du CDH (A/45/40), vol. II.

72 Communication n° 429/1990, *E.W. et consorts c. Pays-Bas*, décision du 8 avril 1993.

73 Communication *André Brun c. France,* n° 1453/2006, UN Doc. CCPR/C/88/D/1453 (2006). L'auteur estime en vain qu'il y a violation de l'article 6 et fait valoir que la promotion d'un environnement sain contribue à la protection du droit à la vie (§ 3.1), en ligne : http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/1453-2006.html (Consulté le 27 janvier 2020).

74 CDH, *E.H.P. c. Canada,* Communication n° 67/1980, CCPR/C/OP/2.

75 CDH, *Bordes et al. c. France*, Communication, n° 645/1995, 22 juillet 1996. C. Dommen, « Bordes et Temeharo c/France – Une tentative pour faire protéger l'environnement par le Comité des droits de l'Homme », *RJE,* n° 2, 1997, p. 157-168.

76 CDH, *Francis Hopu and Tepoaitu Bessert c. France*, Communication n° 549/1993, UN Doc. CCPR/C/60D/549/1993/Rev/1, 29 Dec. 1997.

Cet édifice « jurisprudentiel » a été récemment substantiellement enrichi par la Constatation *Portillo Caceres c. le Paraguay*[77] de 2019. Le CDH y a consacré des obligations positives pour les États de protéger les individus des dégradations environnementales en vertu d'une lecture combinée des articles 6 (droit à la vie) et 17 (protection de la famille) du Pacte de 1966. C'est la première fois qu'un Comité onusien conclut aussi clairement à l'incapacité d'un État à protéger des victimes d'atteintes environnementales. En l'espèce, le Paraguay avait violé les droits du Pacte, car la pollution a eu un impact direct et grave sur la vie privée et familiale d'individus. Cette décision importante crée indiscutablement un « précédent » et constitue une étape importante dans le progressif verdissement du CDH. La Communication *Greta Thunberg et consorts* y fait évidemment référence[78] en soulignant – que dans cette espèce – le CDH n'a pas manqué de reconnaître la violation par le gouvernement du droit à la vie des victimes en ne les protégeant pas des effets environnementaux toxiques des pulvérisations agrochimiques à grande échelle et en rappelant le fait que le Paraguay n'avait pas exercé de contrôles adéquats sur les activités polluantes, ce qui, selon le CDH, constituait une menace prévisible pour la vie des victimes.

Certes, les plaintes individuelles devant les Comités onusiens ont été moins nombreuses que celles portées devant les systèmes européen et interaméricain de protection des droits de l'Homme, mais la prise de conscience des enjeux environnementaux des organes onusiens est en bonne voie. Une des explications possibles de cette sous-utilisation[79] du CDH s'explique sans doute d'abord par le fait que cette procédure a été longtemps probablement peu connue des activistes environnementaux et ensuite qu'il demeure difficile d'établir la qualité de « victime » lors d'une atteinte directe à l'environnement devant le CDH comme les autres comités empêchant dès lors l'examen des prétentions des auteurs de la procédure au fond. La proximité d'organes régionaux de protection des droits de l'Homme – comme la Cour européenne – a aussi sans doute limité le recours au Comité. Par ailleurs, la question de la réparation est essentielle, or les « victimes environnementales » ne peuvent pas se prévaloir facilement de la décision des Comités pour obtenir la réparation du dommage.

Les saisines du CDH et du CDE pour faire constater des atteintes aux droits de l'Homme en raison d'impacts du changement climatique apparaissent particulièrement pertinentes pour « tester » une nouvelle « arme du droit »[80] en matière de justice climatique.

2. *Des demandes stratégiques et médiatiques de « vulnérables climatiques » devant le CDH et le CDE : la construction des figures de « victimes climatiques »*

Ces trois Communications ont pour point commun de construire progressivement devant les Comités onusiens la qualité de « victime climatique » sur la base de démonstrations solidement

77 CDH, *Portillo Caceres c. le Paraguay*, *Communication 2751/2016*, CCPR/C/126/D/2751/2016, 20 septembre 2019, en particulier § 7.3, 7.4, 7.5 et 7.8.

78 § 263 de la Communication (p. 80).

79 Sur le caractère peu connu et peu étudié de la jurisprudence : L. Hennebel, M. Nowak, *La jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations unies : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles : Bruylant Nemesis, 2007.

80 On reprend ici l'expression de L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009.

argumentées et stratégiquement « incarnées » au regard de leur vulnérabilité[81]. La « charge combative »[82] du recours aux droits de l'Homme pour incarner ces vulnérables – victimes (jeunes, insulaires et déplacé climatique) est particulièrement évidente dans les trois affaires.

Les Comités onusiens sont donc amenés à répondre sur des cas topiques de violations des droits fondamentaux en raison du contexte de changement climatique. Dans la Communication Greta, ce sont des enfants affectés par les effets délétères des changements climatiques qui témoignent de la singularité de leurs situations. Ces enfants ont été fortement médiatisés au moyen d'une conférence de presse qui accentue le caractère compassionnel de cette plainte déposée devant le CDE. Dans l'affaire *Torrès*, la « mise en scène » médiatique passe par la création d'un site internet portant une pétition[83] pour soutenir la Communication déposée devant le CDH par des insulaires dont les conditions d'existence sont mises en péril par le changement climatique. En revanche à la différence de la Communication Greta, les pétitionnaires australiens n'ont pas souhaité rendre publique leur Communication, vraisemblablement pour des raisons stratégiques (respect de la confidentialité de la plainte). Les seuls éléments disponibles de l'espèce et commentés ici sont issus du communiqué de presse. Il s'agit de huit insulaires[84] de quatre îles différentes du détroit de Torrès qui ont demandé au CDH qu'il puisse constater entre autres choses que le droit international des droits de l'Homme détermine à l'Australie d'augmenter son objectif de réduction des émissions de GES d'au moins 65 % par rapport au niveau de 2005 d'ici 2030, d'atteindre un objectif de zéro net d'ici 2050 et d'éliminer progressivement le charbon de sa politique nationale. Les pétitionnaires estiment que les Îles du détroit de Torrès dont ils sont originaires constituent une part essentielle de la culture australienne pourtant menacée par les conséquences des changements climatiques et qu'il incombe alors au gouvernement de la protéger. Cette affaire vise aussi à médiatiser le sort des habitants du détroit de Torrès riche d'une exceptionnelle biodiversité. Cette grande barrière de corail abrite des espèces rares de faunes et de flores particulièrement impactées par les changements climatiques. Le Comité rendra sa constatation dans les prochains mois et nul doute que la procrastination de l'actuel gouvernement australien en matière climatique et la gestion catastrophique des canicules et des incendies gigantesques plaideront en faveur de la demande des pétitionnaires. Cette Communication individuelle constitue le premier « litige » sur le changement climatique intenté contre le gouvernement fédéral australien, fondé sur les droits de l'Homme et la première action intentée dans le monde par des habitants « d'îles basses »[85] contre un État. Cette plainte a déjà entrainé une réaction politique puisqu'elle a conduit le gouvernement australien à annoncer, en février 2020, l'attribution de 25 millions de dollars en dépenses d'adaptation pour le détroit de Torrès. Cette somme devrait permettre de construire des digues, réparer et entretenir les jetées. La Communication Teitiota offre

81 On renvoie ici à la thèse de M. Blondel, *La personne vulnérable en droit international*, thèse de droit, Université de Bordeaux, 2015.

82 Selon M. Altwegg-Boussac « Les droits de l'Homme contiennent une charge « combattive » destinée à les adapter aux besoins des époques », in « Les droits de la nature, des droits sans l'Homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La Revue des droits de l'Homme*, 17, 2020. Elle renvoie aux écrits de D. Lochak.

83 http://ourislandsourhome.com.au/ (Consulté le 17 février 2020).

84 Yessie Mosby et Nazareth Warria of Masig (Yorke Island); Keith Pabai et Stanley Marama de Boigu; Nazareth Fauid de Poruma (Coconut Island); Ted Billy, Daniel Billy et Kabay Tamu de Warraber (Île Sue).

85 Il s'agit ici d'iles dont les terres sont à peines plus élevées que le niveau de la mer et donc particulièrement vulnérables au changement climatique.

pour la première fois à un organe international quasi-juridictionnel d'examiner le sort d'un déplacé climatique dont l'absence de protection juridique internationale a été démontrée par la doctrine[86].

Pour construire leur « qualité de victime » au sens juridique, tant les Communications Torrès et Greta ont pour point commun d'avoir recours à l'expertise d'ONG de juristes très professionnalisées disposant d'un plaidoyer transnational pour préparer leur plainte devant les Comités onusiens. La Communication *Greta Thunberg et consorts* est signée par une ONG nommée *Earthjustice*[87] composée de juristes[88] et par un cabinet d'avocats international (Hausfeld LLP). La Communication mentionne également l'aide du consultant expert et universitaire le professeur John Cerone de la *Fletcher School of Law & Diplomacy* (Université Tufts). Dans l'affaire *Torrès*, c'est l'ONG *ClientEarth* basée à Londres et ayant développé une expertise juridique poussée sur l'accès à la justice environnementale, sur les procès de la pollution de l'air et désormais en matière de procès climatiques[89]. Cette plainte est également appuyée par *Torres Strait's leading land* et le Conseil de la mer qui représentent les propriétaires traditionnels des régions (Gur A Baradharaw Kod). Les ONG n'ont pas de droit d'agir[90] devant le CDH. Quant au pétitionnaire Teitiota, il n'a semble-t-il, été défendu par aucune ONG en dehors de son avocat Michael J. Kidd qui est à l'origine d'un contentieux national[91] climatique mené en Nouvelle-Zélande[92].

Pour parvenir à faire reconnaître la qualité de *victime* à partir d'éléments tangibles, les Communications sont pourvues de longues démonstrations factuelles d'expertises scientifiques sur les effets délétères des changements climatiques sur les sociétés et les écosystèmes. Dans la Communication Greta, la partie factuelle est conséquente puisqu'une trentaine de pages est consacrée à la littérature scientifique[93] tant dans le texte de la Communication qu'au sein de ses annexes. Les rapports du GIEC notamment celui d'octobre 2018, les travaux de la NASA, de l'organisation mondiale de la métrologie, de l'Organisation mondiale de la santé[94], du programme des Nations unies pour l'environnement sont référencés pour illustrer scientifiquement les conséquences du changement climatique sur les enfants. La Communication *Greta Thunberg et consorts* présente également quatre annexes comprenant les descriptions détaillées des auteurs de la pétition, une étude d'un scientifique[95], un rapport de 2019 sur les impacts climatiques[96] et un rapport réalisé par *Earthjustice* sur les impacts dans les pays visés par la plainte.

86 E. Berhanu Gebre, *La protection internationale des personnes déplacées en raison des changements climatiques*, LGDJ, 2020, à paraître. C. cournil et B. Mayer, *Les migrations environnementales : enjeux et gouvernance*, Presses de Sciences Po, 2014.

87 *Earthjustice* est une association à but non lucratif américaine fondée en 1971. Elle portait le nom officiel jusqu'en 1997 de *Sierra Club Legal Defense Fund*. Elle a surtout pour vocation à traiter des questions juridiques dans des affaires environnementales et de santé publique : https://earthjustice.org (Consulté le 17 février 2020).

88 Ramin Pejan et Martin Wagner d'*Earthjustice*.

89 *Client Earth c. Polska Grupa Energetyczna* (2019) et *Client Earth v Enea* (2018).

90 Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale est le seul des neuf comités qui accepte – sous condition – des Communications provenant d'ONG, jusqu'ici, v. Communication n° 28/2003, Danemark, CERD/C/63/D/28/2003, 28 août 2003.

91 Un autre contentieux médiatisé mené en Nouvelle Zélande a été menée par une étudiante en droit S. Thompson, v. le commentaire dans cet ouvrage d'A. Le Dylio.

92 Supreme Court of New Zealand, *Ioane Teitiota c. The chief executive of the Ministry of business, innovation and employment*, 20 juillet 2015.

93 P. 13 à 46.

94 V. le rapport cité p. 78 : OMS, *The 1.5 Health Report: Synthesis on Health & Climate Science in the IPCC SR 1.5*, https://www.who.int/globalchange/181008_the_1_5_healthreport.pdf ; GIEC, *Special Report: Global Warming of 1.5 °C*, 2018, https://www.ipcc.ch/sr15/.

95 J. Rogelj, *Climate physics consequences of further delay in achieving CO2 emissions reductions and intergenerational fairness*, Grantham Institute Science Brief, septembre 2019.

96 Climate Analytics, *Scientific Report on Impacts and Drivers of Climate Change* (Sep. 10, 2019).

Enfin, ces trois types de « victimes climatiques » soutiennent toutes la violation de trois principaux droits fondamentaux : le droit à la vie, le droit à la santé et le droit au respect de la culture. Les atteintes à ces droits sont tantôt présentées comme passées (Teitiota, Torrès) ou/ et futures, mais certaines (Greta). Et la principale difficulté pour ces victimes reste l'établissement du lien de causalité entre les effets délétères du changement climatique, l'inaction de l'État à les protéger et le préjudice subi.

II. Les enseignements à tirer sur les demandes de reconnaissance des atteintes aux droits de l'Homme liées au changement climatique devant les Comités onusiens

La constatation du CDH rendue sur l'affaire *Teitiota* offre une première illustration de la réception des allégations climatiques devant un organe international en charge du respect des droits de l'Homme (**A**). Cette interprétation pionnière du CDH se précisera à n'en pas douter dans l'affaire *Greta* si la Communication est déclarée recevable devant le Comité sur les droits des enfants (**B**).

A. La reconnaissance des allégations climatiques par le Comité des droits de l'Homme

1. *Une menace qui justifie l'admissibilité de la Communication et la reconnaissance d'une obligation de non-refoulement en matière climatique*

Ioane Teitiota, l'auteur de la Communication présentée au CDH est originaire des îles Kiribati du Pacifique sud (île de Tarawa-sud). Après avoir migré en Nouvelle-Zélande en 2017 avec son épouse, il a déposé une demande d'asile. Le statut de réfugié au sens de la Convention de Genève de 1951 lui a été refusé en 2013 et une mesure d'éloignement a été mise à exécution en 2015. Il s'est alors engagé dans un long processus judiciaire pour contester ce refus d'accueil et surtout ce renvoi. L'*Immigration and Protection Tribunal*[97], la Haute Cour[98] et la Cour d'appel[99] l'ont débouté de sa demande d'asile au motif qu'il ne risquait pas d'être persécuté en cas de renvoi à Kiribati. Rien n'indiquait qu'il risquait de subir de graves préjudices physiques futurs dus à des conflits fonciers ou à l'accès au logement et à la propriété. Il pouvait toujours trouver un terrain pour subvenir aux besoins de sa famille et de lui-même. Le Tribunal estimait[100] qu'il n'y avait pas de motifs substantiels de croire que lui ou l'un des membres de sa famille serait en danger d'une violation de l'article 6 du PIDCP. Débouté en dernier lieu par la Cour suprême néo-zélandaise[101], il s'est tourné en 2015 vers l'organe international onusien en alléguant notamment la violation du droit à la vie de l'article 6.

97 New Zealand Immigration and Protection Tribunal, 25 juin 2013, AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413.
98 High Court of New Zealand, 26 novembre 2013, *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2013] NZHC 3125.
99 Court of Appeal of New Zealand, 8 mai 2014, *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2014] NZCA 173.
100 Pour plus de détail sur le raisonnement du juge, V. L. Imbert, *op. cit.*, p. 7-10.
101 New Zealand Supreme Court of New Zealand, 20 juillet 2015, *Ioane Teitiota c. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment.*

Cette demande inédite constitue la première plainte individuelle déposée devant un Comité onusien en matière climatique.

Devant le Comité onusien, le pétitionnaire insiste de nouveau sur ses conditions de vie dans son île d'origine. Surpeuplée, connaissant des pénuries d'espace habitable générant des conflits sur l'accès et l'usage des terres et des ressources naturelles, son île subit une raréfaction et des difficultés d'approvisionnement en eau douce en raison de la montée du niveau de la mer. Elle connaît donc d'importantes dégradations environnementales qui compromettent progressivement l'exercice d'une l'agriculture de subsistance sur les terres arables de plus en plus réduites et qui érodent les zones habitables. Le pétitionnaire souligne que d'autres îles proches sont déjà devenues inhabitables. En contestant le renvoi dans son île par les autorités néo-zélandaises, il souhaitait faire reconnaître par le CDH l'atteinte grave à ses conditions d'existence en raison des conséquences délétères du changement climatique.

En examinant avec précision l'argumentaire du pétitionnaire, d'une part le Comité a accepté la recevabilité de la Communication et d'autre part il s'est prononcé sur l'obligation de non-refoulement en cas de menace liée au changement climatique. Ces deux éléments en font une Constatation importante pour le contentieux climatique même si sur le fond, le Comité n'a pas donné raison au pétitionnaire.

Ainsi, le Comité a d'abord estimé que les allégations du pétitionnaire concernant la situation générale sur l'île Tarawa n'étaient pas un préjudice futur hypothétique, mais bien une situation réelle causée à la fois par le manque d'eau potable, les faibles possibilités d'emploi et surtout la menace de violence grave causée par des conflits fonciers. En déclarant la Communication recevable, le Comité souligne que « la dégradation environnementale, le changement climatique et le développement non durable constituent certaines des menaces les plus pressantes et les plus graves pour la capacité des générations présentes et futures à jouir du droit à la vie »[102]. En affirmant pour la première fois cette possibilité de menaces réelles en lien avec le changement climatique, il fait référence à son Observation générale n° 36 sur le droit à la vie[103] (V. *supra*).

Pour appuyer sa démonstration, il évoque ensuite son récent acquis jurisprudentiel[104] en le reliant à celui des autres juridictions régionales (interaméricaine et européenne)[105] de protection des droits de l'Homme. Ce raisonnement illustre le désir du Comité de s'inscrire dans le mouvement de globalisation du verdissement des droits de l'Homme. Il atteste ici avec détermination sa compétence dans ce nouveau type de « contentieux ».

Puis, le Comité rappelle l'obligation qui pèse sur les États de ne pas extrader ou d'éloigner lorsqu'il existe des raisons solides de croire qu'un risque réel de préjudice irréparable comme celui

102 § 9.4 de la Constatation.Teitiota, *op. cit.*
103 (CCPR/C/GC/36), par. 62.
104 CDH, *Portillo Caceres c. le Paraguay*, Communication n° 2751/2016, CCPR/C/126/D/2751/2016, 20 septembre 2019, § 7.4.
105 CIADH, Avis consultatif OC-23/17 du 15 novembre 2017 sur l'environnement et les droits de l'Homme ; Jugement *Kawas Fernandez c. Honduras*, jugement du 3 avril 2009, série C, n° 196 ; CEDH du 24 janvier 2019 *Cordella and Others c. Italie*, jugement Nos. 54414/13 et 54264/15.

de l'atteinte au droit à la vie de l'article 6 du Pacte[106]. Il estime que la portée de cette obligation est plus large que le principe de non-refoulement consacré par le droit international des réfugiés, notamment car elle inclut tout type d'étrangers[107]. Le Comité réaffirme que tous les faits et circonstances pertinents doivent être pris en considération lors de l'examen de la situation du pétitionnaire, y compris la situation des droits de l'Homme dans le pays d'origine de l'auteur. Cet examen des faits et des éléments de preuve revient à l'État partie ; ce dernier devant déterminer qu'un risque existe. Sur l'appréciation des faits et circonstances, le Comité reconnaît alors la situation spécifique de la menace liée au changement climatique en estimant que « sans des efforts nationaux et internationaux solides, les effets du changement climatique dans les États bénéficiaires peuvent exposer les individus à une violation de leurs droits en vertu des articles 6 ou 7 du Pacte, déclenchant ainsi les obligations de *non-refoulement* des États »[108]. Il souligne enfin que le risque qu'un pays entier soit submergé sous l'eau constitue un risque extrême, les conditions de vie dans un tel pays peuvent devenir incompatibles avec le droit à la vie dans la dignité et même avant que ce risque ne se réalise[109].

Cette constatation est un premier pas qui laisse augurer de possibles futures Communications émanant de déplacés climatiques éloignés vers leur pays d'origine. Reste que le champ de l'obligation de non-refoulement n'est pas illimité et les obstacles sont nombreux dans les pays d'accueil pour déposer les demandes de respect de cette obligation[110].

En définitive, si le pétitionnaire est débouté en l'espèce, le raisonnement du Comité offre un positionnement intéressant sur la menace générale liée au changement climatique, et ce en plus de constituer la première affaire internationale traitant du sort d'un déplacé climatique. En reconnaissant l'argumentaire de Teitiota selon lequel l'élévation du niveau de la mer est susceptible de rendre Kiribati inhabitable, le Comité n'est toutefois pas allé jusqu'à accepter l'existence d'une violation personnelle du droit à la vie.

2. *La difficile preuve de la violation du droit à la vie en matière climatique*

Si le Comité reconnaît la possibilité qu'une menace liée au changement climatique est susceptible de porter atteinte aux droits de l'Homme, il a toutefois conclu qu'au regard de la situation à l'époque et des données nouvelles sur les effets du changement climatique particulièrement sur l'élévation du niveau de la mer, l'article 6 du Pacte n'a pas été violé par l'État néo-zélandais en procédant à l'éloignement de Teitiota vers Kiribati en 2015. Même si le Comité accepte l'affirmation du pétitionnaire selon laquelle l'élévation du niveau de la mer est susceptible de rendre Kiribati inhabitable, il rejoint l'appréciation des autorités néo-zélandaises selon laquelle les mesures prises par les autorités de Kiribati suffisaient à protéger le droit à la vie du pétitionnaire au titre de l'article 6 du Pacte[111].

106 § 9.3, traduction libre.
107 § 9.3, traduction libre.
108 § 9.11, traduction libre.
109 *Ibid.*
110 V. L. Imbert, *op. cit.*, p. 14.
111 § 9.12.

Le Comité a rappelé que le risque de privation arbitraire de la vie devait être personnel et non enraciné dans les conditions générales de l'État d'accueil, sauf dans les cas les plus extrêmes et qu'il faut un seuil de gravité élevé pour produire des éléments substantiels établissant l'existence d'un risque réel de préjudice irréparable. Il a ensuite confirmé le positionnement de la Nouvelle-Zélande selon lequel Teitiota n'avait pas apporté la preuve de sa menace. En effet, la preuve fournie par l'auteur n'établissait pas qu'il existait un risque imminent ou probable de privation arbitraire de vie à son retour à Kiribati.

Tout en reconnaissant les difficultés d'appauvrissement et d'accessibilité en eau douce, le Comité onusien considère que le pétitionnaire n'apporte pas d'informations suffisantes caractérisant une menace personnelle et prévisible d'un risque pour sa santé qui porterait atteinte à son droit de jouir d'une vie digne[112]. De la même façon, sur les possibilités de vivre dans son île, le Comité juge que les cultures de subsistance demeuraient disponibles à Kiribati. Les informations qui lui ont été mises à disposition n'indiquaient pas qu'il y avait un risque réel et raisonnablement prévisible qu'il soit exposé à une situation de privation de nourriture et de précarité extrême qui pourrait menacer son droit à la vie ou à sa dignité. Enfin, sur les conditions d'inhabilité de l'île et ses conséquences futures, le Comité souligne qu'étant donné le délai de 10 à 15 ans en vue des effets délétères des changements climatiques graves, le gouvernement de Kiribati disposait encore de suffisamment de temps pour agir et assurer une protection à ces ressortissants. Le Comité rejette la demande estimant finalement que le délai probable d'élévation du niveau de la mer sur son île ne plaçait pas le pétitionnaire dans une situation de danger immédiat. Ce laps de temps laissaient aux autorités de Kiribati, la possibilité de prendre des mesures pour protéger le territoire et surtout d'organiser le cas échéant la relocalisation de sa population[113]. En définitive, le Comité considère que l'auteur n'a pas démontré que l'évaluation des autorités néo-zélandaises était manifestement arbitraire ou erronée ou constituait un déni de justice[114].

Force est de souligner que la réponse du CDH fait supporter au pétitionnaire une charge de la preuve considérable. C'est d'ailleurs ce qu'ont souligné les deux experts dans leurs opinions dissidentes[115] qui rappellent notamment que l'État partie fait supporter à la « victime » une charge de preuve « déraisonnable » pour établir le risque réel et le danger d'une privation arbitraire de vie, dans le cadre de l'article 6 du Pacte.

B. Les demandes inédites restantes à trancher devant le CDE

1. L'atteinte à un quadruple fondement : les droits à la vie, à la santé, à la culture et l'intérêt supérieur de l'enfant

L'argumentation de la Communication *Greta Thunberg et consorts* a été structurée autour de l'atteinte à quatre articles de la Convention internationale sur les droits des enfants (CIDE).

112 § 9.8.
113 § 9.12.
114 § 9.9.
115 Opinion individuelle du membre du Comité Vasilka Sancin (dissident) et opinion individuelle du membre du Comité Duncan Laki Muhumuza (dissident).

D'abord, les requérants estiment que les conséquences mortelles et prévisibles du changement climatique violent leur droit à la vie reconnu à l'article 6 de la CIDE. Équivalent à l'article 6 du PIDCP, cet article dispose que les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie[116] et assurent dans la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant[117]. Les pétitionnaires considèrent que ce droit doit bénéficier d'une protection absolue et à ce titre être garanti par les Comités onusiens. Dans leur argumentation, tant la constatation *Portillo Cáceres c. Paraguay*[118] précitée que les jugements rendus en matière de droit à la vie dans des espèces « environnementales » par les autres systèmes de protection des droits de l'Homme (*Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*) sont mentionnés en complément, attestant d'une réelle volonté d'encourager le Comité à s'inscrire dans cette construction « jurisprudentielle » environnementale opérée par d'autres juges supranationaux en charge du respect des droits de l'Homme.

Ensuite, les effets du changement climatique porteraient, selon les pétitionnaires, une atteinte grave au droit à la santé des enfants consacré à l'article 24 de la CIDE. Cet article obligerait les États à assurer la mise en œuvre effective d'un droit de l'enfant à jouir du meilleur état de santé possible. Pèse alors sur les États une obligation de prévention qui consiste à prendre toutes les mesures appropriées pour diminuer la mortalité des nourrissons et des enfants et lutter contre les maladies et la malnutrition, notamment en les protégeant contre les dangers et risques de pollution de l'environnement[119]. Les pétitionnaires insistent sur une définition élargie de la santé que doit ici retenir le Comité en s'alignant finalement sur celle consacrée par l'Organisation mondiale de la santé. Autrement dit, la santé de l'enfant doit être vue comme un état de bien-être physique, mental et social complet et non pas simplement comme l'absence de maladie ou d'infirmité. En adoptant cette approche globale de la santé, les pétitionnaires énumèrent tant les pathologies que les altérations mentales dont ils souffrent en raison des effets délétères du changement climatique. La plainte est à cet égard très illustrative sur les pathologies développées par les jeunes en contexte de changement climatique. Ainsi, on apprend que la pétitionnaire Alexandria Villaseñor a été conduite à l'hôpital en raison d'une grave crise d'asthme déclenchée par de fortes fumées générées par des incendies en Californie. La forte canicule ayant eu lieu à Lagos a conduit à une hospitalisation prolongée de la pétitionnaire Debby Adegbile souffrant depuis de crises d'asthme chroniques. Les changements climatiques accélérant la propagation et l'intensification des maladies transmissibles par des insectes et parasites, aux Îles Marshall, les pétitionnaires Ranton Anjain et David Ackley ont contracté respectivement la dengue et le chikungunya. Plus intéressants encore, les pétitionnaires évoquent des impacts plus insidieux sur leur santé mentale. Pour ce faire, ils font référence à de récentes études de *l'American Psychological Association* qui documentent[120] l'« éco anxiété »

116 § 1 de l'article 6.
117 § 2 de l'article 6.
118 § 263.
119 Article 24 § 2 C) « lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre des soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel ».
120 La Communication cite notamment la documentation suivante : Susie E. L. Burke *et al.*, « The Psychological Effects of Climate Change on Children », *Current Psychiatry Reports* (2019) ; American Psychological Association, *Mental Health and our Changing Climate: Impacts, Implications, and Guidance*, (2017).

et la « solastalgie »[121]. Les traumatismes mentaux sont particulièrement développés dans la plainte. C'est semble-t-il une première que cette dimension psychiatrique soit autant mise en valeur dans ce type de « contentieux ». En effet, la crise climatique provoquerait une peur chronique, de la colère, des sentiments d'impuissance et de trahison. Certains des pétitionnaires affirment avoir souffert et continueront de souffrir de traumatismes émotionnels liés au climat. Par exemple, la Suédoise Greta Thunberg a été si perturbée par la crise climatique qu'elle est tombée dans la dépression et a cessé de manger. La pétitionnaire française Iris Duquesne affirme penser au changement climatique tous les jours. Elle décrit dans la plainte qu'elle se sent souvent impuissante et craint de ce que l'avenir lui réserve[122]. Les incendies de forêt en Californie ont provoqué de l'anxiété à Alexandrie Villaseñor, un traumatisme mental et une privation de sommeil. En Argentine, Chiara Sacchi ne peut pas imaginer un avenir avec le changement climatique et se sent désespérée.

Puis, à propos des enfants autochtones, la plainte insiste sur la privation du droit d'avoir une vie culturelle reconnu par l'article 30. Cette partie de la plainte évoque le cas d'une double « vulnérabilité » : la minorité ethnique (autochtones) et juridico-sociale (mineurs). Elle renvoie ici à la question de la prise en compte de l'intersectionnalité dans le contexte de changement climatique. La pétition signale que le Comité a reconnu dans son Observation générale de 2009 que ce droit à la culture peut être relié à la question de l'utilisation du territoire traditionnel et à l'utilisation de ses ressources. Les États parties doivent examiner attentivement l'importance culturelle des terres traditionnelles et la qualité de l'environnement naturel tout en garantissant le droit des enfants. La Communication reproduit également les constatations rendues par le CDH qui a reconnu des violations sous l'angle de l'article 27 du PIDCP[123] et la très riche jurisprudence interaméricaine[124] sur le sujet. Pour incarner cet aspect de la plainte, la Communication insiste sur la culture marshallaise millénaire et intimement liée à l'océan et à l'insularité. L'océan fournit de la nourriture et relie les deux pétitionnaires à leurs familles. La Communication insiste sur le fait que le changement climatique met à mal d'anciennes traditions culturelles et de subsistance, pratiquées par les deux pétitionnaires : Ellen-Anne issue du peuple Sami en Suède et Carl Smith du peuple Yupiaq en Alaska. En définitive, en n'agissant pas assez pour lutter contre le changement climatique, les États visés par la Communication n'ont pas pris les mesures de prévention et de précaution nécessaires pour garantir le droit des pétitionnaires autochtones à leur culture, violant ainsi l'article 30 de la CIDE en menaçant leur condition d'existence. Il semble que la Communication Torrès a développé un argumentaire assez proche à l'encontre de l'Australie.

Enfin, de façon plus générale, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3 de la CIDE que les pétitionnaires invoquent pour rappeler que les États visés n'ont pas pris en compte suffisamment cet intérêt dans leurs actions en faveur du climat.

121 Il s'agit d'une forme de souffrance psychique ou existentielle causée par exemple par les changements environnementaux actuels et attendus, en particulier concernant le réchauffement climatique et la perte de biodiversité.
122 § 284.
123 CDH, *Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band c. Canada*, Communication n°. 167/1984.
124 CIADH, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, Merits, Reparations and Costs, (ser. C) n° 79.

2. *La recevabilité de la plainte, la demande de reconnaissance de violation collective, la dimension intergénérationnelle de la menace climatique*

Si cette Communication est riche en raison des nombreuses allégations, elle soulève des interrogations de taille qui devront être tranchées par le Comité.

La première difficulté que devra surmonter le CDE est d'abord celle de sa compétence à répondre à une telle plainte. L'ambition de la Communication est de faire reconnaître par le CDE une violation « pluri-étatique » en matière climatique. Chose inédite, c'est bien un collectif d'États qui est visé par cette plainte elle-même pluri individuelle[125] et dont les ressortissants sont originaires de plusieurs États. Les seize pétitionnaires soutiennent que les cinq pays ont violé leurs droits en vertu de la CIDE en omettant de prendre des mesures étatiques appropriées pour réduire les émissions de GES pour faire face aux effets délétères du changement climatique. Cette démarche est inédite et interroge. Si l'article 5 du Protocole établissant la procédure de présentation des Communications mentionne la possibilité de présenter une Communication « par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou de groupe de particuliers relevant d'un État partie qui affirment être victimes d'une violation par cet État », rien n'est précisé sur les groupes de particuliers émanant de plusieurs États. Deux jeunes nord-américains, deux Suédoises et deux jeunes des îles Marshall sont associés à cette plainte, mais leurs pays d'origine ne sont en revanche pas visés par la plainte, car non-signataires du Protocole facultatif reconnaissant la compétence du Comité. En effet, sur la quarantaine de pays qui ont signé le protocole facultatif, la Communication a choisi de s'adresser aux plus « grands pollueurs climatiques » ou aux pollueurs « historiques »[126] à savoir l'Argentine, le Brésil, la France, l'Allemagne et la Turquie. C'est aussi pour cela que l'on retrouve des témoignages de la jeune française, argentine et allemande dans la plainte pour garantir *a minima* la compétence du CDE et la recevabilité de la Communication. En insistant sur le caractère global du changement climatique, la Communication souligne que les pétitionnaires relèvent de la juridiction de chaque État visé étant donné qu'ils sont tous victimes des conséquences prévisibles de leurs contributions[127] (actes ou omissions) au changement climatique et à leurs effets nationaux et extraterritoriaux[128]. Il reste très difficile de trouver le lien entre la compétence des États visés et les pétitionnaires qui ne sont pas des ressortissants de ces États visés par la plainte. En insistant sur les obligations extraterritoriales[129] des États en matière climatique, c'est ici que réside l'une des originalités de la demande de cette communication. Mais la possibilité

125 Les 16 enfants demandent une réponse commune pour de cette plainte conjointe : § 50 : « Pursuant to Rule 17(2) of the Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Right of the Child on a communications procedure (the "OPIC"), the petitioners respectfully request that the Committee consider this Communication jointly, since they arise from a common core of facts: the respondents' contributions to the life-threatening impacts of climate change ».

126 V. l'argumentation § 30 : « The cumulative sum of the respondents' historical emissions show that they are major emitters, responsible for a significant share of today's concentration of GHG in the atmosphere. Each of the respondents ranks in the top 50 historical emitters since 1850, based on fossil fuel emissions: Germany ranks 5th, France 8th, Brazil 22nd, Argentina 29th, and Turkey 31st. When land-use, such as deforestation, is factored in, Brazil surpasses France in its historical share ».

127 Section VIII. « The petitioners are within each respondent's jurisdiction as victims of the foreseeable consequences of respondents' domestic and cross-border contributions to climate change ».

128 Les pétitionnaires rappellent que le Comité a précisé dans son Observation générale 16 que la Convention ne limite pas la juridiction d'un État au territoire.

129 § 243 – 253. La communication cite d'ailleurs l'apport de l'Advisory Opinion on the Environment and Human Rights, OC- 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 23 (Nov. 15, 2017).

d'application extraterritoriale de la CIDE – sans identifier précisément comment les États visés ont porté atteintes aux droits de non-ressortissants de ces États – semble impossible.

Les pétitionnaires soutiennent ensuite qu'aucun recours utile ne pouvait être épuisé au niveau national. La première condition de recevabilité de la plainte par le Comité est l'épuisement des voies de recours précisées à l'article 7 du Protocole facultatif. L'argumentation sur ce point procédural est particulièrement intéressante. La Communication souligne en effet qu'en plus des défis auxquels les enfants sont confrontés lorsqu'ils tentent de faire valoir leurs droits en général, les pétitionnaires se heurtent, dans cette « espèce climatique », à des obstacles pratiques exceptionnels et uniques[130] pour épuiser les recours internes dans les cinq juridictions des pays visés. S'ils devaient se lancer dans des recours nationaux, cela allongerait déraisonnablement la procédure et serait extrêmement couteux[131]. Et même si des affaires climatiques sont en cours aux Pays-Bas, en France, en Allemagne, en Belgique, en Inde et dans d'autres pays, elles se concentrent uniquement sur les politiques climatiques dans chaque pays et non sur les effets extraterritoriaux de ces politiques ni sur les manques de coopération entre ces pays. De surcroît, les pétitionnaires estiment que l'épuisement des recours dans plusieurs juridictions en même temps ne permettrait pas de répondre à leur demande de réparations multi-juridictionnelles.

Puis, la Communication portée par une « génération future » insiste sur le caractère intergénérationnel d'une menace climatique et sa prise en compte au regard de l'atteinte à la jouissance des droits de l'Homme. Si cette demande est inédite devant les Comités onusiens, dans les procès nationaux climatiques, la dimension intergénérationnelle du préjudice a déjà été soulevée par des requérants. Elle a même été retenue dans la décision *Urgenda* de décembre 2019[132]. Des enfants et jeunes ont soulevé, mais en vain[133], pour l'instant, la menace intergénérationnelle attentatoire aux droits de l'Homme dans l'affaire *Juliana*[134]. L'action de *Tutela* gagnée par un groupe d'une vingtaine de jeunes en Colombie[135], ou encore la récente action collective portée par l'association *Environnement Jeunesse* devant la Cour supérieure du Québec en 2018[136] ont ouvert la voie des recours climatiques initiés par des jeunes menacés en tant que « génération future ». Encore récemment, des jeunes au Pérou ont intenté un recours devant la Cour supérieure de Lima[137].

130 V. section X. Admissibility.

131 La Communication donne l'exemple des pétitionnaires des îles Marshall : afin de protéger leurs droits sur la même échelle que celle présentée dans cette pétition, ils devraient engager des poursuites dans les cinq États visés avec des équipes juridiques dans chacune de ces juridictions. Le coût de cinq équipes et de la poursuite de cinq affaires simultanées par le biais d'un procès et d'un appel serait clairement prohibitif. V. § 313.

132 Cour suprême des Pays-Bas, *Urgenda c. Pays-Bas*, décision du 20 décembre 2019, C/09/456689/ HA ZA 19/00135. (V. commentaire dans cet ouvrage de D. Misonne).

133 Il peut être souligné toutefois que la violation des droits est reconnue par le dernier jugement de la CA du 9e circuit malgré le principe de la séparation des pouvoirs (V. Commentaire d'E. Gebre dans cet ouvrage).

134 V. le commentaire de *l'affaire Juliana c. USA* : P. Mougeolle, « Le grand bond en avant du procès de la justice climatique, « Juliana » contre l´administration Trump », *La Revue des droits de l'Homme*, 2018. (V. commentaire dans cet ouvrage d'E. Gebre).

135 Corte Suprema de Justicia, *25 jeunes c. Colombie*, déc. 4 avr. 2018.

136 Recours *ENvironnement JEUnesse c. Procureur General du Canada*, 26 nov. 2018 et le jugement de rejet rendu par le juge Gary D.D. Morrison de la Cour supérieure du Québec, 11 juil. 2019. (V. commentaire dans cet ouvrage de G. de Lassus St-Geniès). V. aussi le dernier recours au Canada : *La Rose c. Her Majesty the Queen.*

137 Cour Supérieure de Lima, Álvarez et al c. Peru,16 décembre 2019.

Enfin comme dans la plupart des récents contentieux climatiques fondés sur une démarche de reconnaissance déclaratoire d'inaction de l'État accompagnée d'une injonction de faire, les pétitionnaires ne souhaitent pas d'indemnisation. Selon eux aucune somme d'argent ne pourrait compenser le préjudice que les enfants subissent aujourd'hui et subiront à cause du changement climatique à l'avenir. Les pétitionnaires demandent alors au CDE d'adopter des recommandations portant des mesures conservatoires, déclaratoires et correctives. Ils souhaitent que le Comité constate que le changement climatique crée une crise climatique provoquée par les États visés qui ont procrastiné à agir au mépris des nombreuses preuves scientifiques existantes et ce depuis des années. Ils exigent que soit également constaté que les États visés par la plainte modifient de manière accélérée leurs lois et politiques face à l'urgence climatique, qu'ils initient une coopération internationale pour mettre en œuvre des mesures climatiques contraignantes et qu'ils garantissent le droit des enfants de participer au processus décisionnel dans la lutte climatique tant pour les mesures d'atténuation que d'adaptation. En définitive que l'intérêt supérieur des enfants soit placé au cœur de l'action climatique des États.

***

Les Communications Teitiota, Greta, Torrès, reflètent toutes des attentes sociétales fortes en vue d'une action étatique urgente en matière climatique. Ici les pétitionnaires souhaitent faire reconnaître qu'ils sont touchés singulièrement par le changement climatique. Pour faire constater l'inaction ou l'atteinte à un droit fondamental, ils s'appuient sur les droits des Pactes onusiens réinterprétés pour l'occasion à l'appui d'allégations environnementales. La Constatation Teitiota crée une nouvelle branche au « contentieux climatique » certainement en devenir devant le CDH, d'autres individus menacés vont tenter cette nouvelle voie d'action à fort potentiel médiatique. Ce contentieux des Comités onusiens sera observé avec attention par les avocats et conseils des nombreux citoyens, des ONG et des entreprises tous engagés aujourd'hui dans des contentieux climatiques nationaux avec des argumentaires « droits humains ».

D'ici le rendu des constatations sur les affaires Torrès et Greta, il y a fort à parier que d'autres jugements (nationaux pour l'essentiel) « circuleront » en apportant des éléments complémentaires et pertinents sur les droits de l'Homme. On pense ici à l'Avis que rendra prochainement la Commission consultative des droits de l'Homme[138] des Philippines (également une quasi-juridiction) saisie au plan national par Greenpeace Asie du Sud-Est en mettant en cause à la fois des Carbon Majors et l'État.

Indéniablement, les actions climatiques fondées sur les argumentaires de droits humains sont vouées à se développer y compris sur des formes judiciaires et politiques originales. Il s'agit d'un moyen juridique à fort potentiel à disposition des individus afin de faire valoir une lutte plus effective contre le changement climatique. En janvier 2020, ce sont cinq tribus[139] indiennes des

138 V. Commentaire dans cet ouvrage de M. Denis.

139 Cinq tribus situées en Louisiane et en Alaska. Leurs allégations portent sur l'atteinte aux principes directeurs sur les personnes déplacées internes, aux principes de Pinheiro et au droit à l'autodétermination de tous les peuples, à la Charte des Nations unies, au PIDSC, au PIDCP, la Déclaration et le Programme d'action de Vienne et à l'article 3 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Cf. résumé de l'affaire : http://climatecasechart.com/non-us-case/rights-of-indigenous-people-in-addressing-climate-forced-displacement/ (consulté le 14 avril 2020).

États-Unis qui ont alerté plusieurs rapporteurs spéciaux des Nations-Unies de la violation des droits humains par le gouvernement américain. Ils affirment qu'ils sont contraints de se déplacer de leurs terres ancestrales ; le gouvernement américain n'ayant pas réussi à les protéger et ce malgré la connaissance depuis des décennies de la menace du changement climatique pour ces communautés côtières.

Les trois affaires ont le mérite de poser frontalement des questions cruciales sur les enjeux climatiques auxquelles les juridictions ou quasi-juridictions nationales et supranationales devront répondre dans le futur proche. À savoir : les conditions de la recevabilité des recours émanant des « futures générations », l'appréciation de la qualité de « victime climatique », du lien de causalité en matière climatique, de la charge de la preuve et de la pertinence des demandes de réparations multi-juridictionnelles et la décisive question de l'extraterritorialité en matière climatique.

Titre 2

Les actions préventives contre des décisions exacerbant le changement climatique

De nouveaux procès à visée préventive se sont également multipliés depuis ces trois dernières années. Certains – encore rares – sont des demandes d'examen de constitutionnalité de loi. C'est le cas de l'affaire colombienne « Páramos » (18) dans laquelle des dispositions d'une loi portent création et exploitation des Aires de Réserve Stratégiques Minières d'importance stratégique pour l'économie du pays, mais dont les objectifs ont été censurés au nom de leur contradiction avec la soutenabilité climatique.

La plupart des autres affaires ont trait à des demandes d'annulation de projets nécessitant l'autorisation des pouvoirs publics. Particulièrement émetteurs de gaz à effets de serre, ces projets considérés comme « climaticides » par les plaignants ont fait l'objet d'une appréciation de juges nationaux qui ont tranché, selon les cas, en faveur ou non de leur annulation ou de l'élaboration d'une meilleure évaluation environnementale des impacts.

On retrace dans ce Titre les cas de décisions publique portant sur une centrale thermique à charbon dans l'Affaire *Earthlife* (19), d'une opération d'urbanisation de terres agricoles au nord de Paris dans l'affaire du Triangle de Gonesse (23), de l'extension des aéroports de Vienne et de Londres (24), des permis de production pétrolière ou gazière dans la mer de Barents en Norvège (21), de l'extension d'un oléoduc dans l'affaire *Indigenous Environmental Network* (22) ou encore de la vente d'actifs liés à l'exploitation du charbon en Allemagne (20).

18
Affaire « Paramos » (2016)

Cour constitutionnelle de Colombie *Décision C-035 de 2016*

Franck Laffaille[1]

La *sentencia*[2] C-035 de 2016 est une décision emblématique de l'activisme prétorien du juge constitutionnel colombien. Celui-ci n'hésite pas à censurer l'inaction carentielle des pouvoirs publics en matière de protection environnementale. Cette logique de la censure négative s'avère indéniablement un efficace instrument pour protéger les droits de la nature et les droits des citoyens. Il y a plus. Cette espèce permet d'appréhender la question climatique.

Saisie sur le fondement de l'action publique d'inconstitutionnalité[3], la Cour se prononce sur la régularité de deux normes législatives : la loi n° 1450 de 2011 (en son article 108) approuvant le Plan National de Développement 2010-2014, la loi n° 1753 de 2015 (en ses articles 20, 49, 40, 51, 52, 173) approuvant le Plan National de Développement 2014-2018. La demande d'inconstitutionnalité vise les dispositions portant création et exploitation des Aires de Réserve Stratégiques Minières (ARSM), aires dédiées aux projets miniers énergétiques d'importance stratégique pour l'économie du pays. Selon les requérants, la création des ARSM et la « priorité absolue » conférée à leur développement emportent violation de différents droits et principes constitutionnellement protégés. Les ARSEM porteraient gravement atteinte au droit à un environnement sain, tout comme elles méconnaîtraient le droit au développement durable. Les activités minières au sein des ARSEM auraient un impact négatif tant sur les ressources naturelles que sur les populations, en particulier les populations paysannes subissant une situation d'extrême vulnérabilité. Au-delà des personnes visées, le juge objectivise le contentieux aux fins de rendre justice climatique.

La Cour constitutionnelle accueille les prétentions des requérants en se fondant sur la Constitution *verde* de 1991 que le juge lit à travers le prisme de l'écocentrisme. Pour accorder une protection renforcée aux ressources naturelles du pays, le juge accepte le principe d'une limitation substantielle de la liberté économique ; il protège de manière accrue le droit à la terre, droit fondamental s'il en est au sein de la société colombienne.

---

1 Professeur de droit public, Faculté de droit de Villetaneuse (IDPS), Université de Paris XIII (Sorbonne-Paris-Nord).

2 Décision commentée : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm. À défaut de précision, toutes les citations renvoient à la décision de la Cour.

3 V. article 241 de la Constitution colombienne.

Cette décision de la Cour constitutionnelle rejoint la large catégorie des contentieux climatiques en ce qu'elle traite de la question des *paramos*, véritables puits de carbone dont le service écologique rendu au système climatique est essentiel. Par *paramos*, on entend les « écosystèmes d'une singulière richesse culturelle et biotique, avec un nombre élevé d'espèces (flore et faune) endémiques d'immense valeur qui constituent un facteur indispensable pour l'équilibre écosystémique, la gestion de la biodiversité et le patrimoine naturel du pays ». Or, bien que de telles zones doivent faire « l'objet de protection spéciale »[4], aucune réglementation spécifique n'a été adoptée pour assurer cette protection. Une telle inaction est de nature à porter atteinte au droit à l'eau, à la santé, à la vie et plus globalement à la stabilité du système climatique.

La Cour fait le procès de l'État administratif auquel est reprochée une absence de « pondération » entre les intérêts en présence : le devoir de protection des zones spéciales est vidé de sa substance en raison de mesures inadéquates ou encore de portée insignifiante. Il appert que l'économie et l'économisme doivent passer sous les fourches caudines des droits fondamentaux, de la nature et des citoyens. L'analyse de cette décision de la Cour constitutionnelle de Colombie peut faire l'objet d'un traitement classiquement dual : sur le fondement de la Constitution écocentrique, le juge octroie protection renforcée aux ressources naturelles (**I**) et une protection spécifique aux *paramos* (**II**) permettant ainsi de préserver le service écologique rendu au système climatique.

I. Constitution écocentrique et protection juridictionnelle renforcée des ressources naturelles

En vertu de la Constitution écocentrique, la Cour limite la liberté économique, condition de la protection renforcée des ressources naturelles (**A**). Elle protège le droit de propriété, condition de la protection renforcée du droit à la terre (**B**).

A. La limitation de la liberté économique, condition de la protection renforcée des ressources naturelles

Cette décision révèle combien la Cour constitutionnelle fait montre d'un notable activisme prétorien en matière environnementale, opérant une lecture ductile des dispositions de la *Constitucionverde* de 1991. Elle promeut un changement de paradigme civilisationnel, appelle à un autre modèle de développement économique et social, opère une relecture de la relation Nature/Être humain. L'anthropocentrisme cartésien – l'appropriation de la nature-objet par l'homme, mesure de toute chose – est récusé. Le biocentrisme utilitariste – la protection de la nature-objet pour assurer la vie/survie de la présente génération et des générations futures – est dépassé. L'écocentrisme – l'octroi de la qualité de sujet de droit(s) à la nature – devient le nouvel étalon à l'aune duquel jauger la relation Nature/Être humain. Le juge constitutionnel reconfigure la place de l'être humain – non plus *dominus* de la nature, mais simple être vivant – au sein de la chaîne

4 V. la loi n° 99 de 1993, art. 1-4.

environnementale. La Cour n'hésite d'ailleurs pas à distinguer et opposer le constitutionnalisme andin (écocentrique) *versus* le constitutionnalisme occidental (anthropocentrique).

Autre schéma civilisationnel, autre conception de l'État : à ce dernier revient la tâche d'octroyer une protection renforcée aux « aires d'importance écologique spéciale ». Cela implique de protéger la diversité, de sauvegarder les richesses naturelles de la Nation, de promouvoir l'éducation écologique, de planifier la gestion des ressources naturelles pour garantir le développement durable, de prévenir et contrôler la détérioration de l'environnement, d'imposer des sanctions légales et d'exiger réparation en cas de dommages environnementaux, de coopérer avec les autres nations pour protéger les écosystèmes situés sur des zones frontières.

Selon la Constitution *verde* telles qu'interprétée par le juge, le droit à un environnement sain constitue un « intérêt supérieur » ; la volonté du Constituant de 1991 a été de « rendre toujours compatible le développement économique avec le droit à un environnement sain et à l'équilibre écologique ». Encore faut-il que l'État gère les ressources naturelles à l'aune de la primauté des notions « d'intérêt général » et du « bien-être collectif ». S'ensuit – si nécessaire – une limitation de la liberté économique en présence de « tensions » entre différents intérêts constitutionnels protégés ; le commandent la « fonction sociale » et la « fonction écologique » qui sont autant de principes guidant l'action de l'État.

En vertu de l'article 333 de la Constitution, la liberté économique et la libre entreprise sont certes des piliers du système économique colombien. Cependant, on ne saurait accepter une lecture absolutiste de ces libertés : elles connaissent des limites dans la mesure où elles « doivent assumer une fonction sociale qui implique des obligations ». Est soulignée la spécificité de l'État colombien, « incompatible tant avec le modèle du libéralisme économique classique qui prohibe l'interventionnisme étatique qu'avec l'économie planifiée centralisée ». Ni Hayek ni Pachunakis. Le schéma économique retenu est celui de « l'économie sociale de marché », subtile articulation entre des droits et libertés en tension, régulés par la notion d'intérêt général.

La limitation de la liberté économique signifie protection accrue des ressources naturelles *non* renouvelables qui – au regard de leur spécificité – mérite un statut particulier. L'État doit assumer les responsabilités qui sont siennes au sein de la Constitution écocentrique, notamment dans un domaine sensible : celui de l'extraction des ressources. L'instrument par lequel l'État procède à l'extraction de ces ressources est le contrat de concession. Après avoir défini classiquement ce type de contrat, la Cour rappelle qu'il n'emporte pas transfert de propriété ; bien plus, échoit à l'État-propriétaire un devoir de « stricte vigilance », un pouvoir de contrôle sur les activités concédées. Cela est *a fortiori* vrai lorsqu'il s'agit – comme ici – de « protéger un bien juridique d'importance constitutionnelle majeure ». Or, si l'activité d'extraction de ressources naturelles est protégée par la Constitution, la liberté d'action des concessionnaires est moindre que pour d'autres activités économiques. Car « la protection de l'environnement prévaut sur les droits économiques des concessionnaires ».

Cette prévalence – qui découle de la lecture combinée des articles 1er, 58, 80 et 95 de la Constitution – s'impose pour que l'État puisse, si nécessaire, appliquer (notamment) le principe de précaution. L'objectif est d'éviter que ne subissent des dommages irréversibles les ressources naturelles – renouvelables et non renouvelables – et la santé humaine. On notera l'axiologie des valeurs retenue par le juge, indispensable pour que s'opère le changement de paradigme écocentrique : il existe une hiérarchie entre nature et économie qui se traduit par la primauté/prévalence des droits de l'environnement sur les droits économiques. La notion de justice climatique prend tout son sens ; l'objectivisation du contentieux – au profit de la nature – conduit à une relativisation de certains droits économiques de l'homme. Admirable.

B. La protection du droit de propriété, condition de la protection renforcée du droit à la terre

L'État a pour fonction de protéger les ressources naturelles (renouvelables ou non), de telle manière que leur exploitation dans le temps ne se traduise pas par des dommages irréversibles, tant pour la planète que l'humain. C'est à l'aune de ces impératifs que doit se juger la portée du droit de propriété : ce dernier – qui possède une « fonction sociale » – doit contribuer à la réalisation des objectifs environnementaux de l'État (et non pas représenter un frein à toute protection de la nature sur l'autel d'une logique lockienne de ce droit). En Colombie, le droit à la terre signifie (notamment) garantir un droit fondamental à la restitution des terres aux victimes du conflit armé[5].

Mentionnant les « Principes Pinheiro et Deng »[6], a Cour constate qu'il s'agit de simples recommandations internationales sans caractère contraignant ; il ne s'agit pas de traités internationaux ratifiés par la Colombie. Cependant (*sin embargo*), en raison de la « texture ouverte des traités relatifs aux droits de l'homme », de tels instruments doivent être utilisés pour donner effet utile aux dispositions du bloc de constitutionnalité. Fille de Hart (*open texture*), la Cour décide d'interpréter le bloc de constitutionnalité de manière ductile, « *en sentido lato* » (et non pas « *en sentido estricto* ») pour octroyer aux « Principes Pinheiro et Deng » la qualité de paramètres interprétatifs. Ils viennent s'agréger aux principes constitutionnels internes (obligation pour l'État de garantir les droits des citoyens ; principe de dignité de la personne).

Sur de tels fondements, toute exception au devoir de restitution des terres doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Une loi qui rend impossible toute restitution de terres – ici au nom d'intérêts stratégiques miniers – viole le droit évoqué en amont, ainsi que le droit à l'égalité des victimes (du conflit armé). Il existe un « droit fondamental à la réparation […] intégrale », au point que la protection du droit de propriété des personnes victimes acquiert un « caractère renforcé ». Or, la norme déférée affecte directement un groupe de citoyens, les victimes du conflit armé : elle restreint leur accès à la justice alors même qu'ils connaissent une « situation manifeste de faiblesse »

5 La Colombie a connu pendant des années une violence extrême, entre guérillas marxistes et mouvements paramilitaires.
6 Principes relatifs à la restitution des logements et des biens des réfugiés et personnes déplacées.

à la suite des déplacements forcés. Y-a-t-il violation du principe d'égalité ? Pour décider si la loi[7] passe ou non le « test strict d'égalité », la Cour retient plusieurs critères. La finalité poursuivie par la loi est-elle importante ? Oui, elle met en œuvre la politique des pouvoirs publics dans le cadre du plan national de développement (2014-2018). La loi est-elle adéquate pour atteindre les objectifs visés ? Oui, elle prévoit une exception à l'obligation de restitution, évitant des expropriations plus coûteuses. Le mécanisme prévu par la loi était-il l'unique moyen d'arriver à de telles fins ? Non. Une mesure n'est pas nécessaire – donc inconstitutionnelle – quand il est possible de la remplacer par une autre mesure moins restrictive des droits fondamentaux. Il est fait application de la *théorie du moindre sacrifice* ; priver les victimes du conflit armé de la possibilité de retrouver leurs biens « n'est pas l'unique alternative ». Il y a une « véritable restriction du droit à restitution », alors même que ce droit est objet d'une « protection renforcée ».

Dans le cadre du balancement des intérêts en présence, la Cour pose cette axiologie de valeurs : les projets d'intérêt stratégique national – de nature « purement économique » – ne peuvent prévaloir sur la protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables (qui bénéficient d'une « protection constitutionnelle spéciale »). L'économie et l'économisme doivent passer – là encore – sous les fourches caudines des droits fondamentaux. Autre question, complémentaire de celle de la restitution : l'expropriation. Sur le fondement de la loi déférée[8], les projets possédant un « impact important sur le développement économique et social du pays » peuvent être qualifiées « d'intérêt stratégique et national ». Des processus d'expropriation peuvent advenir. Il appartient au législateur de déterminer avec précision les motifs d'utilité et d'intérêt publics justifiant toute expropriation ; à cette seule condition, les droits des propriétaires expulsés sont garantis. Dans le cas contraire, ceux-ci ne posséderaient pas une base juridique suffisante pour contester les procédures d'expropriation ; cela emporterait violation du droit de propriété[9]. N'est pas acceptable une indétermination dans l'exposé des motifs d'utilité et d'intérêt publics ; cela conférerait à l'administration un pouvoir discrétionnaire par trop important.

Quid du critère retenu dans le cas présent, à savoir un « impact important sur le développement économique et social du pays » ? La Cour opère une fondamentale critique de la sémantique législative : le législateur n'a pas établi un paramètre efficient pur déterminer ce que signifient un « impact important » et le « développement social ». Sont dénoncés « l'indétermination » et le « manque de clarté » de ces notions. Il est impossible aux citoyens de défendre leur droit de propriété en raison des « conditions d'ambiguïté légale » instituées par le législateur. Ce dernier autorise les autorités nationales compétentes à engager des procédures d'expropriation sur un fondement « indéterminé et indéterminable ». Une telle indétermination ne porte pas seulement atteinte aux droits fondamentaux des citoyens ; elle viole le principe constitutionnel d'efficacité de la gestion administrative. Cette indétermination ne peut que multiplier « la quantité de conflits », notamment juridictionnels, et constituer un obstacle à la réalisation même des projets.

7 V. art. 50 de la loi n° 1753 de 2015.
8 V. art. 49 de la loi 1753 de 2015.
9 V. art. 58 de la Constitution.

II. Constitution écocentrique et protection juridictionnelle spécifique des *paramos,* acteurs de la stabilité du système climatique

Les *paramos* sont reconnus comme une zone d'importance écologique spéciale qui mérite une protection juridictionnelle spécifique en raison du service environnemental rendu garant de la stabilité du système climatique (**A**). L'importance de ce service écologique rendu se mesure à l'aune de la défense du droit fondamental à la vie (**B**).

A. Une protection renforcée des paramos, zones d'importance écologique spéciale, au nom du « service climatique » rendu aux écosystèmes

Par *paramos*, la Cour entend les « écosystèmes d'une singulière richesse culturelle et biotique, avec un nombre élevé d'espèces (flore et faune) endémiques d'immense valeur qui constituent un facteur indispensable pour l'équilibre écosystémique, la gestion de la biodiversité et le patrimoine naturel du pays ». On peut encore définir le *paramo* comme un écosystème de haute montagne, entre la limite supérieure de la forêt andine et la limite inférieure des glaciers. Peu importe – constate le juge – que des divergences scientifiques surviennent quant à la définition exacte de la notion de *paramo* ; il établit ce qui lui semble le « critère le plus efficient […] pour la protection de certains biens juridiques constitutionnellement protégés ». Le *paramo* possède une grande vertu : il est un système de capture du carbone et joue un rôle important pour atténuer les effets du changement climatique.

Le *paramo* bénéficie d'une protection renforcée pour ce qu'il *est* (ressource naturelle) et ce qu'il *fait* (régulation de la présence de dioxyde de carbone). La Cour part du constat – avéré – que « les écosystèmes ne peuvent s'appréhender de manière fragmentée ». Le *paramo* fait l'objet d'un regard systémique, lu à l'aune de ses relations avec l'ensemble des écosystèmes présents (végétation et eau au premier chef).

Cette lecture holiste emporte des obligations spécifiques pour l'État ; s'impose à ce dernier une cohérence normative globale. Lorsqu'il adopte des mesures de protection des écosystèmes, « il doit prendre en compte la relation d'interdépendance » évoquée en amont. Cela est *a fortiori* indispensable eu égard à la vulnérabilité, la fragilité et la capacité de récupération de l'écosystème du *paramo.* En raison de basses températures et d'une baisse de concentration d'oxygène, le *paramo* – porteur d'un « métabolisme lent » – est un écosystème particulièrement vulnérable. Les atteintes par lui subies sont souvent irréversibles. Quid de l'action du législateur ? « Déficit normatif » : tel est le constat opéré par la Cour. Le *paramo* ne fait pas l'objet de la protection spéciale à laquelle il a droit. Textes en vigueur insuffisants, pratiques administratives incertaines, absence d'un organe de gestion spécifique et efficient : « il est certain qu'il existe un déficit normatif et de régulation pour s'acquitter du devoir constitutionnel de protéger les zones d'importance écologique spéciale, dans le cas présent les écosystèmes du *paramo* ». La Cour fait le procès de l'État, celui-là même qui pose des normes (carentielles) et les applique mal (voire ne les applique pas). L'État administratif détermine des zones d'exploitation sans critères scientifiques précis, et sans contrôle fiable. Il s'ensuit qu'il « n'existe aucune garantie que les écosystèmes des *paramos* soient protégés de manière effective ».

Les droits des citoyens s'en trouvent lésés en ce qu'ils ne peuvent guère contester – ni par voie administrative, ni par voie contentieuse – les décisions adoptées. En octroyant une telle marge de manœuvre à l'administration dans la délimitation du *paramo*, la loi méconnaît « le système de valeur de notre Constitution ». Les dispositions législatives contestées n'édictent pas de normes obligatoires pour les différents organes de l'État en charge de gérer les *paramos*. Loin de protéger les droits fondamentaux des individus et les écosystèmes, les normes déférées « augmentent la marge de discrétionnalité des autorités », avec le risque évident d'une atteinte accrue à l'environnement. La protection légale en vigueur s'avère « simplement formelle » ; elle n'est pas acceptable constitutionnellement.

Les *paramos* étant des zones d'une « importance écologique spéciale », ils font l'objet d'une « protection constitutionnelle directe » par voie du contrôle de constitutionnalité. Le propos peut sembler d'évidence et pourtant il mérite d'être souligné : le contrôle de constitutionnalité des lois est regardé comme le vecteur juridique et juridictionnel privilégié pour protéger les droits de la nature et des citoyens. Cela vaut *a fortiori* rappelées les carences normatives du législateur et les carences fonctionnelles des services administratifs de l'État. Le contrôle de la Cour en la matière tend à se manifester par des censures négatives : à raison de ce que l'État ne fait pas, ou fait insuffisamment. L'inertie de l'État et son mal agir conduisent à ce que les *paramos* se trouvent dans une « *situacion de total desproteccion juridica* ». Le « sacrifice » exigé par l'État est disproportionné : il n'est pas acceptable de porter une telle atteinte à l'intégrité des *paramos* (et à la violation subséquente des droits fondamentaux des personnes concernées) au nom des bénéfices dégagés par l'extraction des ressources non renouvelables.

Sont déclarés inconstitutionnels – pour défaut de protection juridique des écosystèmes fragiles que sont les *paramos* –l'article 49, l'article 50, l'article 51 et l'article 173 de la loi n° 1753 de 2015. La Cour ne se contente pas d'opérer cette déclaration d'inconstitutionnalité ; elle craint que ladite déclaration reste lettre morte. On retrouve ici la méfiance envers les autres organes de l'État, en particulier les services de l'administration. Le juge redoute que le ministère de l'Environnement refuse de délimiter les zones à protéger ou les détermine arbitrairement, sans tenir compte des exigences scientifiques d'autorités indépendantes. Si tel était le cas, serait méconnu « le devoir constitutionnel de protection des écosystèmes des *paramos* ». Pour éviter cela, la Cour décide d'établir « un mécanisme » : les services du Ministère devront s'appuyer sur des « critères raisonnables et proportionnés explicitement déterminés » s'ils s'écartent des schémas établis par les autorités scientifiques indépendantes compétentes. Telle est la condition pour éviter le règne d'un pouvoir discrétionnaire administratif prenant potentiellement le visage de l'arbitraire.

Nuançant son propos, la Cour fait œuvre de tempérance ; elle cherche à peser les intérêts en présence, sans préjugés ; aussi tient-elle à affirmer que toutes les activités minières n'emportent pas détérioration de l'environnement. Aussitôt concédé, le propos est nuancé par un rappel qui ressort de « l'évidence empirique » : les écosystèmes du *paramo* sont extrêmement vulnérables et possèdent de faibles possibilités de reconstitution. C'est ici que la notion même de justice climatique s'avère

fondamentale, en ce qu'elle peut contribuer à sauvegarder des écosystèmes susceptibles d'être altérés définitivement. Cette extrême vulnérabilité commande une « protection spéciale » qui n'existe pas, actuellement, dans l'ordre juridique colombien. Il appartient aux organes compétents d'édicter des garanties suffisantes pour protéger l'environnement, à savoir des normes prescriptives obligeant les destinataires (particuliers ou entités de diverse nature).

B. La protection des paramos, condition du respect du droit à la vie et le droit à l'eau

La relation « droits de la nature/droits des citoyens » est de nature dialectique : la méconnaissance des droits de la nature emporte méconnaissance des droits des citoyens. Tel est le cas s'agissant de la relation « *paramos*/droits humains ». Bien que les zones visées doivent faire « l'objet de protection spéciale »[10], aucune réglementation spécifique n'a été adoptée pour assurer cette protection exigée par le législateur. La détermination juridique du *paramo* échoit au Ministère de l'environnement ; une telle compétence n'a pas manqué de susciter « des problèmes pour l'établissement de mesures de protection » en raison de l'entier pouvoir discrétionnaire de l'administration. Au point que l'hypothèse d'une « délimitation inadéquate » du *paramo* est soulevée, avec le risque que ne se trouve violé le droit à la vie.

Le juge insiste particulièrement sur le « droit fondamental à l'eau ». En vertu d'une jurisprudence réitérée, l'eau est regardée comme une ressource vitale tant pour la préservation des droits fondamentaux de l'humain que pour la préservation de l'environnement. L'eau – patrimoine de la nation et bien d'usage public[11] – est un élément indispensable pour que soit respecté le droit à la vie. La préservation et la gestion de l'eau sont indissociables du droit à un environnement sain[12]. L'accès à l'eau potable étant un droit fondamental, une restriction substantielle à son accès représente une lésion grave du droit à une vie digne[13]. Les obligations pesant sur l'État ne sont pas de peu : garantir la disponibilité et la qualité de l'eau, ainsi que son accès à l'ensemble de la population[14] ; édicter des normes législatives pour que soient effectifs le droit à l'eau et le droit à un environnement sain[15]; « exercer un contrôle très exigeant sur les activités économiques qui se développent sur des sites qui sont des sources originelles d'eau »[16]. La qualité de l'eau provenant du *paramo* est souvent de meilleure qualité que dans d'autres zones, ce qui emporte de notables incidences sur « la qualité de vie des habitants » ; cela signifie encore réduction des coûts dans le traitement de l'eau, permettant un accès à l'eau au profit de différents « niveaux socioéconomiques ». Le *paramo* est un vecteur fondamental du droit à l'eau, du droit à la santé, du droit à la vie pour l'ensemble de la population, en particulier les citoyens plus pauvres.

10 V. loi n° 99 de 1993, art. 1-4.
11 V. CC, C-220 de 2011.
12 V. CC, T-379 de 1995.
13 V. CC, T-614 de 2010.
14 V. CC, T-740 de 2011.
15 V. CC, T-220 de 2011.
16 V. CC, T-523 de 1994.

Cette volonté de protéger les éléments les plus vulnérables de la société découle de la nature même de l'État colombien, État social de droit. De ce constat découle la logique obligation – pour l'État- de garantir la protection, la conservation, la récupération des ressources hydriques ; cette obligation doit profiter tant aux générations présentes que futures (« *generaciones venideras* »). L'importance du *paramo*- et la nécessité impérieuse d'une protection spécifique – se mesure aussi à l'aune du critère temporel, de la transmission équitable (au sens de H. Jonas) qui relie la génération présente aux générations à venir. Le processus naturel du *paramo* en sa dimension hydrique – disponibilité, continuité, régularité – ne doit pas être compromis.

La Cour constitutionnelle ne mentionne pas la notion de « *buenvivir* » dans sa décision ; cependant, il apparaît impossible de l'éluder. Le « *buenvivir* » – qui n'a rien de commun avec le « mieux vivre » occidental – signifie vie en harmonie et équilibre avec les éléments composant la nature-sujet. La relation « individus/*paramos* » semble précisément incarner cet équilibre, double : le respect des *paramos* par l'État en tant que zones écologiques d'importance fondamentale, le respect des droits fondamentaux des individus (notamment le droit à la vie entendu *lato sensu*). Le « *buenvivir* » est la transposition – dans le monde contemporain – des valeurs ancestrales indigènes centrées sur la fusion spirituelle avec la *pacha mama*. Cette première lecture du « *buenvivir* » – originelle – peut être complétée par une seconde lecture : est promue une lecture constitutionnelle écocentrique synonyme de changement de paradigme civilisationnel, rompant avec le schéma économique occidental. Cette seconde lecture peut être à son tour complétée par une troisième lecture, étatiste/interventionniste : l'État-gardien intervient pour protéger les droits de la nature et les droits des citoyens. La décision de 2016 de la Cour constitutionnelle met bien en exergue – par la reconnaissance de la spécificité des *paramos* et la nécessité d'une protection spéciale – les trois éléments constituant la trame du « *buenvivir* ». Ecocentrisme et « *buenvivir* » se conjuguent pour protéger les droits de la nature (ici, les *paramos* en tant que zones spéciales) et les droits fondamentaux des citoyens (ici, le droit à la vie, en ses diverses déclinaisons).

***

En sa volonté de protéger les droits de la nature et les droits des citoyens, le juge constitutionnel colombien encadre et censure l'action de l'État. Terminons par deux remarques ayant trait à l'État, à la fois en sa lecture verticale (relations État/collectivités infra-étatiques) et en sa lecture horizontale (relations entre les pouvoirs constitutionnels).

S'agissant du premier point, la Cour constitutionnelle admoneste l'État en ce qu'il porte atteinte à l'autonomie des collectivités territoriales. L'État est compétent pour gérer les (ses) ressources nationales ; mais une « interprétation en termes absolus » ne saurait prévaloir, au point de méconnaître l'autonomie des entités territoriales et la distribution verticale constitutionnelle des compétences. L'État doit coordonner son action avec les entités territoriales, *a fortiori* en matière minière en raison des « répercussions considérables d'ordre environnemental ». Ce que récuse la Cour est la prétention à l'unilatéralisme étatique, jurant avec les principes d'autonomie et de subsidiarité.

Or, la norme déférée (l'article 20 de la loi n° 1753 de 2015) ne contient aucun « mécanisme qui permette la coordination entre les entités compétentes pour sélectionner les aires de réserve spéciale minières et les autorités municipales ». De ce constat, devrait découler une déclaration d'inconstitutionnalité ; non point. Car la Cour préfère « harmoniser les normes constitutionnelles en tension » (organisation unitaire de l'État *versus* autonomie des entités territoriales), au nom du « principe de la conservation du droit ». Il s'agit là du classique principe « d'interprétation conforme de la loi, sous réserve de… » ; le juge renonce à censurer la loi si son interprétation garantit « un niveau de participation raisonnable des communes et districts dans le processus de décision ». Redoutant qu'une telle formule générique ne soit carentielle, la Cour ajoute que les entités territoriales doivent exercer une « influence notable dans la prise de décision », surtout s'agissant des questions centrales de la vie municipale : protection de la santé des populations, de leur développement économique, social et culturel. La recherche d'une interprétation conforme de la loi – au nom de la stabilité normative, pour protéger l'ordonnancement juridique – est théoriquement louable. Elle fait cependant le lit de la permissivité quand vient le temps de l'application effective de dispositions sauvées des eaux par la grâce de cette doctrine conservatrice.

Quant au second point – la relation horizontale entre pouvoirs constitutionnels – la Cour admoneste le pouvoir législatif, réputé insuffisamment capable de protéger les droits de la nature et des citoyens. La Cour – a-t-on dit – aime réfléchir sur sa place au sein de l'État ; pour asseoir les fondements de sa décision, elle le fait encore au regard des autres organes constitutionnels. La phrase mérite citation entière : « au sein d'un système démocratique, il revient au juge constitutionnel de servir de contrepoids à la propension des autres branches du pouvoir au court terme, spécialement celles élues démocratiquement ». Difficile de mieux souligner que *l'État social de droit* colombien (la Constitution *verde* garantie par le juge constitutionnel) protège les droits de la nature et les droits humains de manière plus effective que le *système démocratique* centré sur la volonté populaire… « *Corto plazo* » (démocratie élective) versus « *largo plazo* » (État social de droit constitutionnel). Le système démocratique – qui fait émerger par le truchement du vote populaire les figures du Parlement et du chef de l'État- peut s'avérer impropre à protéger la nature et l'humain en leurs droits fondamentaux. Le juge s'investit d'une haute mission : gérer à long terme (« *largo plazo* ») le problème constitutionnel qu'est « la tension entre les biens juridiquement protégés ». En reliant (nécessaire) contrôle de constitutionnalité et (mauvaise) gestion des ressources naturelles par les organes élus de l'État, la Cour cerne le plus troublant des débats juridico-politiques : État de droit constitutionnel *versus* démocratie élective. Et sans doute est-ce la leçon à retenir de cet exercice de théorie constitutionnelle, de théorie des droits fondamentaux et de droit de l'environnement : la protection de la nature peut davantage être garantie par un juge constitutionnel – opérant lecture ductile de la norme fondamentale – que par les organes démocratiquement choisis par le suffrage populaire. La démocratie élective serait-elle – par sa propension au « *corto plazo* » – un danger pour la Nature ?

L'impérieuse nécessité de stabiliser le système climatique emporte des obligations spécifiques pour l'État ; le juge constitutionnel en assure le respect en objectivisant les enjeux écologiques, sociaux et juridiques qui lui sont soumis.

19
Earthlife Africa Johannesburg c. ministère des Affaires environnementales et autres (2017)

Daniel Owona[1]

Tout comme dans plusieurs États du monde, le phénomène de « judiciarisation du changement climatique »[2] se développe progressivement dans les États africains. La base de données du *Sabin Center for Climate Change Law*[3] recense actuellement sept affaires de justice climatique[4] dans quatre pays anglo-saxons en l'occurrence, le Nigéria[5], l'Ouganda[6], l'Afrique du Sud[7] et le Kenya[8]. Aucun pays francophone sur le continent n'a encore enregistré de contentieux climatiques à ce jour[9].

1 Doctorant en droit international à l'Université Catholique d'Afrique Centrale (UCAC), Juriste à Field Legality Advisory Group (FLAG). L'auteur entend préciser que les opinions émises dans le présent commentaire n'engagent en aucune manière Field Legality Advisory Group (FLAG).

2 C. Cournil et L. Varison, *Les procès climatiques. Entre le national et l'international*, Éditions A. Pedone, Paris, 2018, p. 19.

3 Ce centre de recherche tient à jour une base de données des affaires de justice climatique dans le monde, http://climatecasechart.com/. Outre cette base de données l'on peut aussi consulter celle du *Grantham Research Institute for Climate Change and the Environment* http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/climate-change-laws-of-the-world/ (consulté le 16 avril 2020).

4 Dans le cadre de la présente recherche, les expressions « contentieux climatiques », « affaires climatiques » ou encore « affaires de justice climatique » seront utilisées indifféremment. Elles renvoient à « tout litige administratif ou judiciaire, fédéré, fédéral, tribal ou local dans lequel les moyens des parties ou les décisions du tribunal soulèvent directement et expressément une question de fait ou de droit concernant les causes et effets, la substance ou la politique du changement climatique ». Cf. Traduction libre de la définition anglaise de D. Markell et J-B Ruhl faite par C. Cournil, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », C. Cournil et L. Varison, *op. cit*, p. 85.

5 Federal High Court of Nigeria, 14 novembre 2005, Suit NO : FHC/B/CS/53/05, *Jonah Gbemre c. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd et autres*, http://climatecasechart.com/non-us-case/gbemre-v-shell-petroleum-development-company-of-nigeria-ltd-et-al/ (consulté le 11/04/2020).

6 High Court of Uganda Holden, Suit NO. 283, 2012, *Mbabazi et autres c. Attorney General et National environmental management authority*, http://climatecasechart.com/non-us-case/mbabazi-et-al-v-attorney-general-et-al/ (consulté le 11 avril 2020).

7 High Court of South Africa, 8 mars 2017, Case number 65662/16, *Earthlife Africa Johannesburg c. Minister of environmental affairs et autres*, http://climatecasechart.com/non-us-case/4463/ (consulté le 11 avril 2020) ; High Court of South Africa, Petition 05/09/2017, Case n° 61561/17, *Trustees for the Time being of Groundwork c. Minister of environmental affairs, ACWA Power Khanyisa thermal power station RF (Pty) Ltd et autres*, http://climatecasechart.com/non-us-case/groundwork-v-minister-environmental-affairs-others/ (consulté le 11/04/2020); High Court of South Africa, Petition 09/05/2017, Case n° 54087/17, *Trustees for the Time being of Groundwork c. Minister of environmental affairs, KiPower (Pty) Ltd, et autres*, http://climatecasechart.com/non-us-case/trustees-time-groundwork-trust-v-minister-environmental-affairs-others/ (consulté le 11 avril 2020); High Court of South Africa, 17 février 2020, Case No: 16779/17, *Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign, et al. c. MEC for Local Government, Environmental Affairs et Development Planning: Western Cape, et al.*, http://climatecasechart.com/non-us-case/philippi-horticultural-area-food-farming-campaign-et-al-v-mec-for-local-government-environmental-affairs-and-development-planning-western-cape-et-al/ (consulté le 12 avril 2020).

8 National Environmental Tribunal, 26 juin 2019, Tribunal appeal NO. NET 196 of 2016, *Save Lamu et al. C. National Environmental Management Authority and Amu Power Co. Ltd*, http://climatecasechart.com/non-us-case/save-lamu-et-al-v-national-environmental-management-authority-and-amu-power-co-ltd/ (consulté le 12 avril 2020).

9 Ni la base de données du *Sabin Center for Climate Change http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/* (consulté le 12 avril 2020), ni celle du *Grantham Institute https://climate-laws.org/cclow/litigation_cases?geography%5B%5D=33&geography%5B%5D=165&region%5B%5D=Middle%20East%20%26%20North%20Africa&region%5B%5D=Sub-Saharan%20Africa* (consulté le 12/04/2020) ne contiennent des affaires jugées dans un pays africain francophone.

Le développement de ces contentieux sur le continent africain a tout d'abord été marqué par le bilan mitigé de la première affaire de justice climatique qui a été recensée au Nigéria en 2005. Opposant Jonah Gbemre (requérant pour lui-même et pour la communauté Iwherekan) aux entreprises Shell Petroleum et Nigerian National Petroleum devant la *Federal High court of Nigeria*, cette affaire portait sur la reconnaissance d'un droit à un environnement propre et sain, sans poison ni pollution[10] qui serait inévitablement inclus dans les droits à la vie et à la dignité humaine consacrés, entre autres, par la Constitution de la République fédérale du Nigéria de 1999[11]. Selon le requérant, la pratique de torchage de gaz[12] effectuée par les défendeurs constituait une violation de ce droit. Bien que le juge ait reconnu le droit à un environnement propre et sain, sans poison ni pollution, cette décision n'a pas pu être appliquée[13]. Cet échec a sans doute empêché cette reconnaissance jurisprudentielle inédite de faire écho tant au niveau national qu'à l'échelle régionale[14].

Par la suite, une deuxième affaire a été répertoriée en Ouganda en 2012. En l'espèce, *Nsi Mbabazi, Jonathan Aruho, Matayo Natumanya et Kind David Tandeka* sont des mineurs ougandais qui, avec l'organisation non gouvernementale ougandaise Greenwatch, ont saisi la *High Court of Uganda Holden* pour faire reconnaître les lacunes du gouvernement dans l'application de mesures adéquates de lutte contre les changements climatiques[15]. Ils lui reprochent entre autres, de n'avoir pas effectué d'inventaires de ses émissions de gaz à effet de serre (GES) depuis 1994, ni implémenté des mesures d'adaptation majeures proposées par les scientifiques et décideurs politiques[16]. Ainsi, ils relèvent une carence fautive du gouvernement ougandais qui porte préjudice au peuple au regard de la multiplication des catastrophes naturelles liées au changement climatique[17]. Ils demandent alors à la juridiction d'ordonner à l'autorité nationale de gestion de l'environnement et au procureur général (défendeurs) de prendre des mesures qui atténueront les impacts du changement climatique[18]. Intéressante de par le recours à la doctrine du *public trust*, cette affaire n'a toutefois pas été jugée à ce jour. La *High Court of Uganda Holden* avait ordonné aux parties d'entamer une procédure de médiation pendant

10 « Right to clean poison-free, pollution-free and healthy environment ». V. D. Owona, « Droits de l'Homme et justice climatique en Afrique », in *African Human Rights Yearbook*, vol. 3, 2019, Pretoria University Law Press, p. 165-168.

11 Federal High Court of Nigeria, *op. cit*, p. 2.

12 Cette pratique consiste à brûler le gaz issu d'une production pétrolière. Lors de son extraction, le pétrole est généralement ramené à la surface avec des gaz associés comme le méthane dont il est séparé pour obtenir une meilleure qualité. Ces gaz associés sont souvent torchés puisque leur traitement équivaut sensiblement aux sommes investies pour l'extraction du pétrole. Cette pratique est très néfaste pour l'environnement puisqu'elle conduit au changement climatique à travers l'émission de tonnes de dioxyde de carbone et d'autres polluants. Cf. A. R. Ejiogu, « Gas flaring in Nigeria: Costs and policy », *Energy & Environment*, vol. 24, n° 6, 2013, p. 984 ; Initiative to Reduce Global Gas Flaring : Zero Routine Flaring by 2030", https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjPzc6d-a7oAhVK5eAKHfGBA7sQFjADegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fpubdocs.worldbank.org%2Fen%2F984231518029901708%2FZRF-Initiative.pdf&usg=AOvVaw2V3YhUCZMcKM_u6ZIiFO1o (consulté le 22/03/2020) ; ECOFIN Hebdo, *Comment en 15 ans le Nigéria est devenu un modèle dans la lutte contre le torchage de gaz*, [En ligne], https://www.agenceecofin.com/la-une-de-lhebdo/1608-68417-comment-en-15-ans-le-nigeria-est-devenu-un-modele-dans-la-lutte-contre-le-torchage-de-gaz (consulté le 28 mars 2020).

13 V. en ce sens D. Owona, *op. cit*, p. 175-176 ; E. Ukala, « Gas flaring in Nigeria's Niger Delta : Failed Promises and Reviving Community Voices », *Washington and Lee Journal of Energy, Climate, and the environment*, vol. 2, Issue 1, 2011, p. 97-126 ; K. G. Kingston, « Shell Oil Company in Nigeria : Impediment or Catalyst of Socio-Economic Development ? », *African Journal of Social Sciences*, vol. 1, n° 1, 2011, p. 14-34.

14 Depuis lors, aucune affaire de justice climatique n'a été recensée au Nigéria. Par ailleurs, sous réserve d'évolutions futures, cette affaire aurait sans doute pu inspirer des contentieux africains des droits de l'homme en matière climatique. Sur la question du contentieux africain des droits de l'homme, v. D. Owona, *op. cit.*

15 Les changements climatiques se définissent comme des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables. V. Article 1er (2), Convention Cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), 9 mai 1992.

16 High Court of Uganda Holden, *op. cit*, p. 2.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*, p. 3.

90 jours, mais elle n'a pris aucune action supplémentaire depuis octobre 2017[19]. Dans le cadre de cette action en justice, l'organisation Greenwatch a reçu l'aide des juristes de l'organisation non gouvernementale *Our Children's Trust*, qui porte le contentieux climatique sur la doctrine du *public trust* aux États-Unis[20].

Il a fallu attendre le 8 mars 2017 pour voir sur le continent l'une des décisions les plus retentissantes en matière climatique en l'occurrence, celle de la *North Gauteng High Court* d'Afrique du Sud[21] dans l'affaire *Earthlife Africa Johannesburg contre Ministère des affaires environnementales et autres*[22].

L'Afrique du Sud est le treizième plus grand émetteur de GES dans le monde[23] du fait de la place significative de l'industrie minière dans son économie et de son système énergétique reposant fortement sur le charbon[24]. Les centrales thermiques à charbon représentent la plus grande source de GES en Afrique du Sud[25]. C'est d'ailleurs l'une des principales causes de la vulnérabilité de cet État au changement climatique[26]. En plus de cette dépendance énergétique, il fait face à la variabilité du climat ainsi qu'à l'augmentation de la fréquence et de l'intensité des phénomènes météorologiques extrêmes[27]. Bien plus, l'Afrique du Sud est confronté à un stress hydrique causé par des cycles de sécheresse et de pluies excessives soudaines[28].

Dans ce contexte, différents documents de la politique énergétique sud-africaine prévoient de résoudre la question du changement climatique. Tel est par exemple le cas du *White paper*[29] qui propose que la lutte contre le changement climatique soit effectuée à travers des interventions qui construisent et maintiennent la résilience sociale, économique et environnementale du pays tout en contribuant équitablement à l'effort mondial de stabilisation des concentrations de GES dans l'atmosphère[30]. Pour concrétiser cette vision, le département des affaires environnementales (DAE) du ministère en charge de l'environnement fait des avancées significatives dans le développement et l'implémentation d'une stratégie nationale d'adaptation au changement climatique, d'un système de réduction des émissions de GES ou encore dans l'adoption d'un cadre national d'atténuation

19 Climate Change Litigation Databases, *Mbabazi and Others c. The Attorney General and National Environmental Management Authority*, http://climatecasechart.com/non-us-case/mbabazi-et-al-v-attorney-general-et-al/ (consulté le 12 avril 2020).
20 C. Cournil, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », *op. cit*, p. 101.
21 Le système judiciaire sud-africain est composé de diverses juridictions notamment la Cour constitutionnelle, la *Supreme Court of Appeal*, la High Court d'Afrique du Sud, les *Magistrates' Courts* et les juridictions spécialisées (*Labour Courts, Land Claims Court, Water Tribunal*). La *High Court of South Africa* est constituée de divisions établies dans plusieurs provinces par un acte du Parlement. Elle est une juridiction de première instance, mais elle peut tout de même connaître des appels interjetés contre des décisions d'une *Magistrates' Court*. V. Section 169 (2), Constitution de la République d'Afrique du Sud, 8 mai 1996 ; The *South African Judiciary*, *High Court*, [En ligne], https://www.judiciary.org.za/index.php/about-us/100-high-court (consulté le 12 avril 2020).
22 High Court of South Africa, *op. cit.*
23 Global Carbon Atlas, *CO_2 emissions,* [En ligne], http://www.globalcarbonatlas.org/fr/CO2-emissions (consulté le 12/04/2020).
24 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 11.
25 *Ibid.*
26 *Ibid.*
27 *Ibid.*
28 *Ibid.*
29 National Climate change response White paper, 2012, https://www.environment.gov.za/sites/default/files/legislations/national_climatechange_response_whitepaper.pdf (consulté le 19/04/2020). Ce document pose la vision de l'Afrique du Sud concernant la réponse effective aux changements climatiques sur le long terme. Il propose également une transition vers une économie et une société plus résilientes à ces changements tout en émettant moins de carbone.
30 « It proposes that climate change be addressed through interventions that build and sustain its social, economic and environmental resilience and making a fair contribution to the global effort to stabilise GHG concentrations in the atmosphere. » V. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 12.

des GES[31]. Il est également envisagé la définition d'une taxe carbone à l'échelle des entreprises en activité dans les secteurs qui émettent fortement les GES[32].

Toutefois, l'*Integrated Resource Plan for Electricity 2010-2030*[33] établit pour sa part que la continuité de l'approvisionnement en énergie de l'Afrique du Sud est conditionnée, entre autres, par la production de 6,3 gigawatt d'énergie thermique à charbon. Cela implique la poursuite de projets de centrales thermiques qui seront construits par des producteurs indépendants[34].

L'entreprise Thabametsi a soumis une offre au Département de l'énergie pour être sélectionnée comme producteur indépendant en charge de la réalisation du projet Thabametsi de construction d'une centrale thermique à charbon d'une capacité de 1200 megawatts[35] à Lephalale dans la province de Limpopo[36]. Suite à sa sélection, l'entreprise devait souscrire à certaines obligations à l'instar de l'obtention d'une autorisation environnementale elle-même conditionnée par la réalisation d'une étude d'impact environnemental (EIE). Ladite autorisation est délivrée par le Directeur en chef en charge des autorisations environnementales dans le DAE. Pour ce faire, Thabametsi a désigné l'entreprise Savannah Environmental (Pty) Limited (ci-après Savannah) spécialisée sur cette question pour la réalisation de l'étude[37]. Savannah a alors proposé un document de cadrage de l'EIE qui a été validé par le Directeur en chef sans imposer la prise en compte d'une évaluation climatique[38]. Celle-ci fait référence à une étude des impacts climatiques du projet.

Le 25 février 2015, le Directeur en chef a attribué une autorisation environnementale au projet de construction de la centrale Thabametsi sur la base du rapport d'étude d'impact produit par Savannah[39]. Le 17 mars 2015, le DAE a amendé l'autorisation environnementale délivrée en exigeant le respect de diverses conditions dont aucune ne faisait spécifiquement ou explicitement référence à une évaluation climatique[40]. Il s'agissait entre autres de l'obtention d'une licence d'émission atmosphérique conformément à l'article 26 de loi sur la gestion de la qualité de l'air[41] *National Environmental Management Air Quality Act*[42]. Dans l'autorisation environnementale, le DAE conclut que : (a) l'identification et l'étude des impacts du projet sont détaillées dans le rapport d'étude d'impact environnemental ; et qu'un examen suffisant des questions essentielles identifiées ainsi que des impacts a été effectué ; b) la procédure suivie pour l'étude des impacts est suffisante pour le processus de prise de décision ; c) les mesures d'atténuation proposées permettent effectivement de réduire les impacts identifiés ;

31 « The DEA has confirmed, in its affidavit, that it has taken steps to give effect to the policy objectives identified in the White Paper, including the development and implementation of a National Climate Change Response Adaptation Strategy ; the development and implementation of a GHG emission reduction system ; and the adoption of a national GHG mitigation framework ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 12.
32 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 12.
33 Ce document de politique présente les ambitions de l'Afrique du Sud en matière de production d'énergie électrique sur la période 2010-2030. *Ibid.*
34 *Ibid.*, p. 13.
35 *Ibid.*, p. 15.
36 *Ibid.*, p. 1.
37 *Ibid.*, p. 16.
38 *Ibid.*
39 *Ibid.*
40 *Ibid.*
41 Traduction libre du National Environmental Management Air quality Act. Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 17.
42 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 17.

d) la participation publique au processus a été suffisante et les obligations minimums requises par le règlement sur les EIE de 2010 satisfaites[43].

Organisation à but non lucratif créée pour mobiliser la société civile sur les questions environnementales[44], *Earthlife Africa Johannesburg* (requérant) n'a eu connaissance du projet Thabametsi qu'en mai 2014 lors de la publication de la mouture du rapport d'EIE réalisée[45]. C'est la raison pour laquelle elle n'a pas pu présenter ses commentaires sur le document de cadrage de l'EIE, mais seulement sur la mouture du rapport[46]. Elle demandait le rejet de cette dernière ou à tout le moins son renvoi à Savannah pour amendement, car elle la trouvait superficiel avec des détails insuffisants[47]. Elle soulignait notamment l'absence d'information sur l'allocation en eau pour le projet[48]. À ce stade, la contestation de la mouture du rapport par Earthlife relevait plusieurs problématiques en lien avec l'étude des impacts du projet sur la faune, la flore, l'eau de surface, les zones humides ou encore la qualité de l'air, mais ne traitait pas du changement climatique[49].

Le rapport final soumis par Savannah n'a abordé les changements climatiques qu'une seule fois et dans un seul paragraphe. Il relevait que « l'ampleur des impacts indirects associés aux scénarios opérationnels sont reliés à la contribution relative à l'acidification et au réchauffement planétaire. Bien que la quantification de cette contribution du projet Thabametsi Power Station soit difficile, elle est considérée comme relativement petite au plan national et global. L'importance de ces impacts indirects est donc anticipée comme étant faible pour tous les scénarios opérationnels »[50]. C'est à la suite de ce rapport que la contestation d'Earthlife a essentiellement porté sur le manque d'évaluation climatique. Elle relevait que Savannah n'aurait pas dû se focaliser uniquement sur des questions spécifiques relatives à la qualité de l'air, mais aussi considérer plus largement les impacts du changement climatique[51].

Considérant que le Directeur en chef avait commis une erreur matérielle dans la délivrance de l'autorisation environnementale du projet Thabametsi sans évaluation de ses impacts climatiques, Earthlife a saisi la ministre des Affaires environnementales le 11 mai 2015 d'un recours gracieux conformément à la section 43 (1) du *National Environmental Management Act*[52] (NEMA)[53]. Elle lui demandait d'écarter la décision du Directeur en chef attribuant cette autorisation. Par ailleurs, elle considérait qu'il n'avait pas tenu compte des obligations internationales et nationales relatives à l'atténuation et la nécessité de prendre des mesures positives contre les changements climatiques[54].

43 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 17.
44 *Ibid.*, p. 2.
45 *Ibid.*, p. 18.
46 *Ibid.*
47 *Ibid.*
48 *Ibid.*
49 *Ibid.*
50 « The magnitude of indirect impacts associated with the operational scenarios relates to the relative contribution to acidification and global warming. While quantification of the relative contribution of the Thabametsi Power Station is difficult, the contribution is considered to be relatively small in the national and global context. The significance of the indirect impacts is therefore anticipated to be low for all operational scenarios. » Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 18.
51 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 19.
52 Cette loi a pour objectif de réglementer la gouvernance de l'environnement en établissant des principes que doivent respecter les autorités compétentes sur des questions qui affectent l'environnement. V. NEMA, Act n° 107, 1998.
53 *Ibid.*, p. 22.
54 *Ibid.*

Le 7 mars 2016, la ministre, Edna Molewa, a transmis sa décision sur le recours gracieux introduit[55]. Elle convient avec Earthlife que les impacts des changements climatiques du projet Thabametsi n'ont pas été entièrement évalués et/ou considérés préalablement à la délivrance de l'autorisation environnementale[56]. Toutefois, elle maintient l'autorisation en y insérant une condition obligeant l'entreprise Thabametsi à réaliser une évaluation climatique avant le début du projet[57].

N'ayant pas eu gain de cause devant l'administration, Earthlife a alors saisi la *North Gauteng High Court* afin qu'elle écarte les décisions de la ministre et du directeur en chef[58]. Elle sollicitait un nouvel examen de l'autorisation environnementale par le Directeur en chef ainsi qu'une injonction de la *North Gauteng High Court* à ce dernier de tenir compte du rapport d'évaluation climatique ainsi que des commentaires y relatifs formulés par les parties intéressées et affectées[59]. Les défendeurs pour leur part, soutenaient le maintien des deux décisions querellées. Le juge devait alors déterminer si l'évaluation climatique d'un projet est une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale. Il y répond par l'affirmative. Partant du constat de l'irrégularité de la décision du Directeur en chef (**I**), le juge relève l'incohérence de la décision de la ministre (**II**).7

I. L'irrégularité de la décision du Directeur en chef

Le juge considère que la décision du Directeur en chef est entachée d'irrégularité. Il souligne que le principe de l'évaluation climatique constitue une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale (**A**) avant de conclure à sa non-prise en compte lors de l'autorisation du projet Thabametsi par le Directeur en chef (**B**).

A. L'évaluation climatique : une condition préalable à la délivrance de l'autorisation environnementale du projet Thabametsi

Pour démontrer que l'évaluation climatique est une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale, le raisonnement du juge repose tout d'abord sur une interprétation littérale de la section 24O (1) du NEMA mettant en exergue son caractère obligatoire (**1**). Par la suite, il interprète cette disposition à la lumière de la Constitution sud-africaine (**2**). Enfin, il convoque également des instruments internationaux pertinents en matière climatique (**3**).

1. L'interprétation du juge sur le caractère obligatoire de l'évaluation climatique

La détermination du caractère obligatoire de la réalisation d'une évaluation climatique dans le cas d'espèce repose sur l'interprétation de la section 24O (1) du NEMA. Il dispose entre autres que l'autorité chargée de sa délivrance doit prendre en considération tous les facteurs pertinents qui

55 *Ibid.*, p. 25.
56 *Ibid.*, p. 27.
57 *Ibid.*
58 *Ibid.*, p. 45.
59 *Ibid.*

pourraient par exemple inclure toute pollution, impact environnemental ou dégradation de l'environnement que causerait le projet s'il était approuvé ou rejeté[60].

Pour donner son interprétation, le juge a tout d'abord recours à l'exégèse[61]. En effet, il a recherché la signification de cette disposition par l'entremise de son analyse littérale.

Concernant l'analyse littérale, le juge fait savoir qu'une lecture simple de cette section confirme que le changement climatique est en effet un facteur pertinent à considérer[62]. Il relève que l'injonction de considérer toute pollution, impacts environnementaux ou dégradations environnementales prennent logiquement en compte les changements climatiques[63] puisque, comme le reconnaissent toutes les parties au procès, les émissions de GES d'une centrale thermique à charbon entrainent des changements dans l'environnement avec des effets négatifs qui peuvent s'étendre sur la durée[64]. Il ajoute également que les conditions énumérées à la section 24O (1) du NEMA sont obligatoires[65]. De ce fait, en omettant l'évaluation climatique du projet Thabametsi, le Directeur en chef n'a pas considéré tous les facteurs pertinents qui ressortent de la lettre de la section 24O(1) du NEMA. Or, pour prendre en compte un facteur pertinent comme les changements climatiques dans l'examen d'une demande d'autorisation environnementale, il faut nécessairement avoir connaissance des impacts du projet envisagé par le biais d'une évaluation climatique qui proposera par ailleurs des mesures pour les éviter, les réduire ou y remédier[66].

Cette interprétation est d'une importance capitale pour contester la réalisation de « projets climaticides ». Dès lors que l'évaluation climatique est obligatoire, ses résultats peuvent par exemple conduire au rejet de la demande d'autorisation environnementale d'un projet lorsque ses impacts attendus sont très grands. Cela permet de protéger l'environnement et surtout de participer à la réduction d'émission de GES. Cette décision pourrait également inspirer des requérants dans d'autres pays africains engagés dans des « projets climaticides ». Au Cameroun par exemple, Samuel Nguiffo, Secrétaire général du Centre pour l'Environnement et le Développement (CED)[67], relève la nécessité d'imposer une analyse de l'impact sur le changement climatique dans toutes les EIE des grands projets[68]. C'est dire le potentiel de cette interprétation du juge au-delà des frontières de l'Afrique du Sud. L'interprétation de la section 24O (1) du NEMA par le juge est également fondée sur l'article 24 de la Constitution sud-africaine.

60 « […] (b) take into account all relevant factors, which may include- (i) any pollution, environmental impacts or environmental degradation likely to be caused if the application is approved or refused ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 6.

61 L'exégèse renvoie à une méthode d'interprétation des textes juridiques consistant à rechercher leur signification et leur portée par la seule analyse de ces textes eux-mêmes, à l'aide, au besoin des travaux préparatoires. Cf. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2012, p. 280.

62 « A plain reading of section 240 (1) of NEMA confirms that climate change impacts are indeed relevant factors that must be considered ». Cf. High Court, *op. cit*, p. 31.

63 « The injunction to consider any pollution, environmental impacts or environmental degradation logically expects consideration of climate change ». Cf. High Court, *op. cit*, p. 31.

64 « All the parties accepted in argument that the emission of GHGs from a coal-fired power station is pollution that brings about a change in the environment with adverse effects and will have such an effect in the future. » Cf. High Court, *op. cit*, p. 31.

65 *Ibid.*

66 « […] and this naturally, in my judgment, entails an assessment of the project's climate change impact and measures to avoid, reduce or remedy them ». V. High Court, *op. cit*, p. 31.

67 Le Centre pour l'environnement et le développement (CED) est une organisation de la société civile œuvrant pour la protection de l'environnement en Afrique centrale.

68 S. Nguiffo, « Droit des ressources naturelles et efficacité climatique en Afrique », O. C. Ruppel et E. D. Kam Yogo, *Droit et politique de l'environnement au Cameroun. Afin de faire de l'Afrique l'arbre de vie*, Presses de l'UCAC, Yaoundé, juin 2018, p. 545.

2. *L'interprétation du NEMA à la lumière de la section 24 de la Constitution : l'évaluation climatique, un outil de protection intergénérationnelle des individus*

Outre l'exégèse, le juge a également eu recours à la méthode d'interprétation systémique[69]. En effet, il a analysé la cohérence de son interprétation avec les textes juridiques nationaux notamment la Constitution sud-africaine de 1996.

Dans l'affaire *Cool Ideas 1186 CC c. Hubbard et autres*[70], la Cour constitutionnelle relevait déjà que toute loi devait être interprétée de manière à rechercher son intention, laquelle doit être conforme à la Constitution[71]. Cette interprétation doit alors tenir compte de la lettre et du contexte de la loi[72]. Le juge de la *North Gauteng High Court* se fonde sur cette jurisprudence pour interpréter le NEMA. Soulignant tout d'abord que la section 2 du NEMA pose des principes directeurs qui promeuvent le développement durable et l'atténuation des effets néfastes sur l'environnement, il relève que la section 39 (2) de la Constitution sud-africaine oblige les juridictions à promouvoir l'esprit et l'objet du *Bill of Rights* dans le processus d'interprétation[73]. Cette obligation est activée pour l'interprétation des droits consacrés dans le *Bill of Rights* y compris le droit fondamental à l'environnement consacré à la section 24 de la Constitution[74]. Cette dernière dispose que « toute personne a droit à un environnement qui ne soit pas nocif pour sa santé et son bien-être »[75]. Par ailleurs, toute personne a « le droit d'avoir un environnement protégé, pour le bénéfice des générations présentes et futures à travers des lois et mesures appropriées permettant de prévenir la pollution ou la dégradation écologique, promouvoir la conservation et garantir un développement écologique durable ainsi que l'utilisation des ressources naturelles tout en promouvant un développement économique et social légitime »[76]. Cette disposition matérialise bien la recherche de conciliation des velléités de développement économique et social avec l'impératif de protection de l'environnement.

Sur la base de cet article, notamment son alinéa 24 (b) (iii), le juge sud-africain relève que le changement climatique pose un risque substantiel pour le développement durable de l'Afrique du Sud en ce qu'il conduit à l'élévation des températures, à la raréfaction de l'eau ou encore à l'augmentation de la fréquence des catastrophes naturelles[77]. Il affirme que le développement durable est en

69 La méthode d'interprétation systémique ou systématique est fondée sur le contexte immédiat des dispositions à interpréter ou sur leur insertion dans l'ensemble d'une institution, voire dans l'ensemble du système juridique auquel elles appartiennent. V. J.-L. Bergel, *op. cit*, p. 285.

70 Cour constitutionnelle, 5 juin 2014, 99/13, *Cool Ideas 1186 CC c. Hubbard et autres.*

71 « NEMA, like all legislation, must be interpreted purposively and in a manner consistent with the Constitution […] ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 32.

72 « […] paying due regard to the text and context of the legislation. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 32.

73 « As a matter of general principle, the courts when interpreting legislation are duty bound by section 39 (2) of the Constitution to promote the purport, spirit and objects of the Bill of Rights in the process of interpreting the provision in question ». V. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 32.

74 « The approach mandated by section 39(2) is activated when the provision being interpreted implicates or affects rights in the Bill of Rights, including the fundamental justiciable environmental right in section 24 of the Constitution ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 33.

75 « Everyone has the right- (a) to an environment that is harmful to their health or well-being; ». Section 24, Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996.

76 « (b) to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that- (i) prevent pollution and ecological degradation; (ii) promote conservation; and (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development ». Section 24, Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996.

77 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 33.

même temps lié au principe de justice intergénérationnel qui nécessite que l'État prenne des mesures raisonnables pour protéger l'environnement et une prise en compte adéquate des changements climatiques[78]. De ce fait, les besoins à court terme doivent être évalués et considérés par rapport à leurs conséquences sur le long terme[79]. Par cette analyse le juge met en exergue l'utilité de l'évaluation climatique pour mieux planifier un développement durable puisqu'elle permettra de relever les impacts du projet tant sur le court terme que sur le long terme. Ainsi, la lecture de la section 24 de la Constitution sud-africaine permet au juge de présenter l'évaluation climatique comme un outil de protection des générations présentes et futures contre les effets néfastes du changement climatique.

Cette conclusion est similaire à celle effectuée par le tribunal administratif autrichien dans l'affaire *Vienna-Schwechat Airport Expansion*[80] relative au projet de construction d'une troisième piste à l'aéroport international de Vienne[81]. Invoquant notamment la loi constitutionnelle fédérale sur la durabilité, le bien-être des animaux, la protection de l'environnement global, le juge recherche l'intérêt public de ce projet à travers une analyse des intérêts économiques et leur mise en balance avec l'évaluation environnementale et climatique[82]. Étant donné que le projet contribuera à une augmentation des émissions de GES, il estime alors que l'intérêt public doit, entre autres, prioriser la protection contre les conséquences négatives des changements climatiques[83]. Bien que cette décision ait par la suite été remise en cause par la Cour constitutionnelle autrichienne[84], il n'en demeure pas moins que le juge de la *North Gauteng High Court* n'est pas le seul[85] à utiliser la constitution comme un fondement supplémentaire pour la protection des justiciables contre les effets de projets climaticides.

3. *L'apport du droit international : le principe de précaution en appui*

Hormis la Constitution sud-africaine, le juge relève également que l'interprétation du NEMA doit être constamment réalisée avec le droit international[86]. En effet, la section 233 de la Constitution dispose que les cours doivent privilégier toute interprétation cohérente avec le droit international plutôt qu'une interprétation alternative qui ne le serait pas[87]. Dans le cas d'espèce, le juge se réfère à la Convention-cadre des Nations unies sur les Changements Climatiques (CCNUCC) de 1992. Il note que son article 3 (3) institue un principe de précaution pour les États parties consistant à prendre

78 *Ibid.*
79 « […] needs must be evaluated and weighed against long-term consequences ». High Court of South Africa, *op. cit*, p. 33.
80 Austria Bundesverwaltungsgericht (Administrative Court), case W109 2000179-1/291E, décision du 2 février 2017. (V. commentaire dans cet ouvrage de Paul Mougeolle).
81 C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État. Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in M. Torre-Schaub *et al.*, *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, Mare et Martin, Paris, 2018, p. 205.
82 *Ibid.*
83 *Ibid.*
84 Cour constitutionnelle, n° E 875/2017, 29 juin 2017.
85 Il est également loisible de citer d'autres contentieux similaires notamment Court of appeal, 27 février 2020, Case No: C1/2019/1154, *R (Friends of the Earth) v Secretary of State for Transport and others*, https://www.judiciary.uk/judgments/r-friends-of-the-earth-v-secretary-of-state-for-transport-and-others/ (consulté le 19/04/2020) et en Australie l'affaire *Gloucester* et de l'affaire jugée au Royaume-Uni sur l'agrandissement de l'aéroport Heathrow, V. commentaire dans cet ouvrage de Paul Mougeolle.
86 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 33.
87 *Ibid.*

des mesures pour anticiper, prévenir ou minimiser les causes du changement climatique[88]. En outre, il souligne que l'article 4(1) (f) de cette Convention impose aux États parties de prendre en compte les changements climatiques dans leurs politiques environnementales et d'employer des méthodes appropriées pour minimiser les effets néfastes sur la santé publique et sur l'environnement qui en découleront[89].

Sur cette base, le juge contredit l'argument des défendeurs selon lequel il n'existe aucun cadre juridique national ou international qui prescrive expressément la réalisation d'une évaluation climatique avant la délivrance d'une autorisation environnementale[90]. Il fait savoir que l'absence de dispositions établissant expressément le caractère obligatoire de l'évaluation climatique n'implique pas qu'il n'y a aucune obligation légale de considérer le changement climatique comme un facteur pertinent à prendre en compte[91].

Par ailleurs, à l'argument des défendeurs selon lequel le projet de centrale est conforme à la Contribution nationale déterminée au niveau national (CND) du pays prescrite dans l'Accord de Paris[92], il note que la véritable question est plutôt celle de la détermination du caractère obligatoire de l'évaluation climatique avant la délivrance de l'autorisation environnementale[93]. Cette dernière est d'ailleurs nécessaire et importante pour s'assurer que le projet de Thabametsi respecte la trajectoire des émissions exposée dans la CND de l'Afrique du Sud[94].

Le principe de précaution permet donc au juge de dégager l'existence d'une obligation internationale de l'Afrique du Sud de mettre en œuvre des mesures telles que les évaluations climatiques pour prévenir et réduire les effets des changements climatiques.

Ainsi, la méthode d'interprétation systémique revêt une grande importance dans le raisonnement du juge, car elle permet d'apporter des fondements juridiques supplémentaires à son interprétation de l'article 24O (1) du NEMA. Grâce à cette méthode, il a eu recours à des principes extérieurs au NEMA relevant tant de l'échelle nationale que du niveau international. L'article est alors interprété dans son contexte et de façon à s'assurer de la cohérence de l'analyse avec le système juridique auquel il appartient. Cela conduit le juge à constater la non-prise en compte des impacts climatiques par le Directeur en chef.

88 « Article 3(3) of the UN Framework Convention enacts a precautionary principle requiring all states parties to take precautionary measures to anticipate, prevent or minimise causes of climate change ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 34.

89 « Article 4(1)(f) of the UN Framework Convention imposes an obligation on all states parties to take climate change considerations into account in their relevant environmental policies and actions, and to employ appropriate methods to minimise adverse effects on public health and on the environment. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 34.

90 « As explained earlier, the DEA argued that there is no provision in our domestic legislation, regulations or policies that expressly stipulates that a climate change impact assessment must be conducted before the grant of an environmental authorisation and no such express provision exists as part of South Africa's obligations under international law to reduce GHG emissions, which are broadly framed and do not prescribe particular measures ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 34.

91 « The absence of express provision in the statute requiring a climate change impact assessment does not entail that there is no legal duty to consider climate change as a relevant consideration ».

92 L'Accord de Paris n'avait pas encore été internalisé pendant le déroulement de l'espèce. Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 15.

93 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 36.

94 « A climate change impact assessment is necessary and relevant to ensuring that the proposed coal-fired power station fits South Africa's peak, plateau and decline trajectory as outlined in the NDC ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 36.

B. La non-prise en compte des impacts climatiques du projet Thabametsi

Pour établir la non-prise en compte des impacts climatiques du projet par le Directeur en chef, le juge constate qu'ils ont été faiblement considérés dans le rapport d'EIE produit par Savannah (**1**). Par ailleurs, il confirme la possibilité d'examiner ladite décision (**2**).

1. *Le constat de la faible considération des impacts climatiques dans le rapport d'EIE*

À la suite de la décision de la ministre des Affaires environnementales maintenant l'autorisation environnementale, Savannah a réalisé une évaluation climatique qui permet de constater que le Directeur en chef ne disposait pas de toutes les informations pertinentes sur les impacts climatiques du projet avant de délivrer l'autorisation environnementale[95]. En effet, le premier rapport d'EIE considérait que les impacts climatiques du projet seraient relativement faibles pourtant ce nouveau rapport estimait que la centrale thermique génèrerait environ 8,2 millions de tonnes de dioxyde de carbone par an soit 246 millions de tonnes pendant toute sa durée de fonctionnement[96]. Le rapport d'évaluation climatique établissait lui que les émissions attendues pourraient constituer 1,9 % à 3,9 % du total produit par l'Afrique du Sud, ce qui représenterait l'un des pourcentages les plus importants après 2025[97]. En outre, ce rapport révèle que le projet contribuera à la raréfaction de l'eau dans le district de Lephalale et que cet impact ne peut pas être entièrement atténué[98].

Sur cette base, le juge constate que le Directeur en chef ne disposait que d'une faible information sur les impacts climatiques du projet qui ne tenaient que sur un paragraphe dans le premier rapport, ce qui était insuffisant[99]. À ce propos, les défendeurs arguaient que les considérations sur les changements climatiques avaient été pris en compte conformément à la réglementation en matière d'électricité (*Integrated Resource Plan for electricity* (IRP) 2010-2030 et le *Department of energy's binding determination* (Determination))[100]. Le juge convoque alors une décision de la Cour constitutionnelle pour rejeter cet argument. Il s'agit de celle relative à l'affaire *Fuel Retailers Association of Southern Africa v Director-General : Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province*[101]. Dans cette affaire, l'autorité compétente pour la délivrance des autorisations environnementales avait soulevé un argument similaire à celui des défendeurs dans l'affaire *Thabametsi* concernant la construction d'une station de pétrole. Elle affirmait qu'il n'était pas nécessaire de considérer les impacts socio-économiques du projet exigés par le NEMA étant donné que cela avait déjà été entièrement analysé par l'autorité locale lorsqu'elle délivrait l'approba-

95 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 19.
96 « […] the power station will generate over 8.2 million tonnes of carbon dioxide per year and over 246 million tonnes of carbon dioxide over its lifetime ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 20.
97 « The expected emissions could constitute 1,9 % to 3,9 % of South Africa's total GHGs – the larger percentage hopefully reflecting a higher ratio of a declining emissions rate after 2025 when other coal fired power stations are decommissioned». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 20.
98 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 20.
99 High Court of South Africa, *op. cit*, p. 37.
100 *Ibid.*, p. 38.
101 *Ibid.*

tion relative au zonage de la station par le biais d'une ordonnance[102]. La Cour a alors mentionné que l'autorité compétente a mal interprété la nature de ses obligations dans le cadre du NEMA, car elle était censée considérer l'impact économique de la station[103]. Le juge de la *North Gauteng High Court* considère alors que les défendeurs ont mal interprété la nature de leurs obligations prescrites par la section 24O(1) du NEMA[104] et qu'il y a nécessité de considérer les impacts climatiques du projet en dehors des actions déjà menées dans le cadre du régime de l'électricité.

Cette analyse du juge pourrait servir d'argument dans des affaires où les autorités tenteraient de couvrir leur manque de considération de mesures pertinentes pour la protection de l'environnement.

2. La confirmation de la possibilité d'examen de la décision du Directeur en chef

Les défendeurs allèguent que la plainte d'Earthlife ne porte pas sur le fait que les impacts climatiques n'ont pas été pris en compte par le Directeur en chef, mais plutôt sur leur insuffisante considération[105]. Ils relèvent alors que cela ne constitue pas un motif d'examen de la décision du Directeur en chef car relevant du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente[106]. Ils invoquent l'affaire *MEC for Environmental Affairs and Development Planning v Clairison's* au soutien de leur assertion. En l'espèce, la *Supreme Court of Appeal* relève que la considération à accorder à certains facteurs ou l'évaluation du niveau avec lequel un facteur particulier a affecté la détermination d'une question consiste pour le fonctionnaire à décider et agir avec bonne foi obligeant ainsi une juridiction à ne pas interférer[107].

Cependant, le juge note tout d'abord que l'affaire ne porte pas sur le fait que la considération des facteurs était raisonnable ou pas[108]. Il s'agit plutôt de l'incapacité du Directeur en chef à effectuer cet examen parce qu'il ne disposait pas d'informations pertinentes sur les facteurs climatiques qui lui auraient permis de les mettre en balance avec les autres facteurs identifiés[109]. Sur cette base, le Directeur en chef n'a pas entièrement respecté la section 24O(1) du NEMA[110]. Cela constitue donc un motif d'examen de la décision du Directeur en chef conformément à la section 6(2)(e)(iii) du *Promotion of Administrative Justice Act*[111].

102 *Ibid.*
103 « They misconstrued the nature of their obligations under NEMA and as a consequence failed to apply their minds to the economic impact of the proposed filing station, a matter which they were required to consider ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 38.
104 *Ibid.*, p. 39.
105 « The DEA argued that Earthlife's complaint is not that the climate change impacts of the project were not considered but rather that insufficient weight was placed on these impacts ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 39.
106 *Ibid.*
107 « […] the weight to be attached to particular factors, or how far a particular factor affects the eventual determination of the issue, is a matter for the functionary to decide, and as he acts in good faith (and reasonably and rationally) a court of law cannot interfere ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 39.
108 *Ibid.*
109 *Ibid*, p. 40.
110 *Ibid.*
111 *Ibid.*

Par cette analyse, le juge relève la légalité de l'examen de la décision du Directeur en chef. Des décisions d'autorisations environnementales délivrées pour d'autres projets peuvent donc être contestées dès lors qu'une négligence dans la considération de facteurs pertinents a été constatée. De même, cela pourrait contribuer au renforcement de la prise en compte des impacts climatiques dans l'examen des demandes d'autorisation environnementales pour de futurs projets.

Ainsi, l'irrégularité de la décision du Directeur en chef est manifeste. En effet, ce dernier n'a pas tenu compte des impacts climatiques du projet Thabametsi, car une évaluation climatique appropriée n'a pas été menée. Pourtant, à la lecture de la section 24O(1) du NEMA, de la Constitution sud-africaine et des instruments internationaux ratifiés par l'État, l'évaluation climatique est une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale. Au-delà de ce constat, le juge relève également l'incohérence de la décision de la ministre des Affaires environnementales.

II. L'incohérence de la décision de la ministre des Affaires environnementales

La décision de la ministre est incohérente au regard de son incompétence en matière d'annulation de l'autorisation environnementale qu'elle a confirmé (**A**). Fort de cela, le juge propose donc le réexamen de l'autorisation environnementale comme solution au cas d'espèce (**B**).

A. L'incompétence de la ministre en matière d'annulation d'une autorisation environnementale confirmée

La décision confirmant l'autorisation environnementale pose la question de savoir ce que la ministre peut légalement faire dans le cas où l'évaluation climatique recommande l'arrêt du projet de construction de la centrale Thabametsi. Selon Earthlife, la ministre n'a pas une compétence automatique de retrait d'une autorisation environnementale après le recours gracieux[112]. En effet, le NEMA ne contiendrait pas de dispositions expresses habilitant la ministre à révoquer une autorisation environnementale précédemment confirmée[113]. Les défendeurs reconnaissent également que le retrait ne pourrait pas être retiré, mais qu'un résultat similaire pourrait être obtenu en utilisant les pouvoirs d'amendement dont ils disposent conformément au NEMA et au *Environmental Impact Assessment Regulations*[114].

Analysant la doctrine du *functus officio*, le juge fait savoir que la décision de maintenir l'autorisation environnementale malgré l'absence d'une évaluation des impacts climatiques du projet est une décision finale qui octroie des droits à Thabametsi[115]. Bien que le NEMA contienne plusieurs dispositions permettant l'amendement et la suspension d'une autorisation environnementale, il reste qu'aucune ne peut fonder son annulation si le rapport d'évaluation climatique démontre que la

112 *Ibid.*, p. 43.
113 *Ibid.*
114 *Ibid.*
115 *Ibid.*, p. 44.

centrale causera des dommages irréversibles[116]. Ainsi, la ministre n'a aucun pouvoir de retrait de l'autorisation environnementale. Elle a commis une erreur matérielle de droit en maintenant l'autorisation dans l'optique d'une potentielle révocation sur la base des résultats de l'évaluation climatique. Cette conclusion du juge confirme le constat de l'incohérence de la décision de la ministre. Bien qu'elle reconnaisse la non-prise en compte des impacts climatiques par le Directeur en chef, elle a tout de même confirmé sa décision. Pourtant elle aurait pu renvoyer l'affaire à ce dernier pour une considération effective du changement climatique[117]. Cette analyse du juge a le mérite de clarifier la compétence du ministre en la matière.

B. Le réexamen de l'opportunité de délivrance de l'autorisation environnementale

Earthlife demandait l'annulation des décisions du Directeur en chef et de la ministre des Affaires environnementales afin que la demande d'autorisation environnementale soit de nouveau examinée par le Directeur en chef[118]. L'organisation ajoute que ce dernier devra, dans ce cas, être obligé de considérer le rapport d'évaluation climatique ainsi que les commentaires qui seront effectués sur ce dernier[119]. Cependant, cela équivaut à lancer un nouveau processus de demande d'autorisation environnementale[120]. En application du *Promotion and Administrative Justice Act* (PAJA), le juge a décidé d'écarter uniquement la décision de la ministre afin qu'elle réexamine l'autorisation environnementale. Il affirme que, conformément aux principes d'indemnisation et de proportionnalité, une juridiction ne doit pas déclarer l'ensemble de l'action administrative invalide, mais uniquement la partie inacceptable[121]. Fort de cela, le juge relève que, malgré l'irrégularité de la décision du Directeur en chef, celle de la ministre est la plus viciée[122]. En effet, elle aurait pu renvoyer l'affaire au Directeur en chef ou ajourné l'appel en demandant à Thabametsi d'obtenir un rapport d'évaluation climatique et sur la base des résultats réexaminer la demande d'autorisation environnementale conformément à la section 43 du NEMA[123]. C'est la raison pour laquelle, le juge a considéré que la solution la plus appropriée n'était pas d'écarter l'autorisation environnementale, mais plutôt celle de la ministre remettant ainsi le processus au stade du recours gracieux pour réexamen sur la base des résultats du rapport d'évaluation climatique[124].

116 *Ibid.*, p. 45.
117 *Ibid.*, p. 42.
118 *Ibid.*, p. 45.
119 *Ibid.*
120 *Ibid.*
121 « In accordance with the principles of severance and proportionality a court, where appropriate, should not declare the whole of the administrative action in issue invalid, but only the objectionable part ». Cf. High Court of South Africa, *op.cit*, p. 47.
122 « Although the decision of the Chief Director was irregular, the essential and most consequential defect was the Minister's treatment of Earthlife's fourth ground of appeal during the appeal process. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 47.
123 « Either she could have referred the matter back to the Chief Director, to whom she had delegated the function in the first place, or more appropriately, she could have adjourned the *de novo* appeal, directed Thabametsi to obtain a climate change impact report, and on the basis of the new evidence reconsidered the application for environmental authorisation afresh- something she would have been entitled to do in terms of section 43 of NEMA ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 47.
124 « Consequently, the more proportional remedy is not to set aside the authorisation, but rather to set aside the Minister's ruling on the fourth ground of appeal and to remit the matter of climate change impacts to her for reconsideration on the basis of the new evidence in the climate change report. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 47.

Bien qu'aucune des parties n'ait plaidé pour cette solution, elle apparaît plus juste et équitable. Le juge se fonde sur la section 8 du PAJA qui oblige les juridictions à faire ce qui est juste et équitable[125]. Par ailleurs, il justifie cette décision par le fait que le rapport d'évaluation climatique a déjà été rédigé et accessible pour les commentaires publics[126]. Le recours aura alors pour objectif de déterminer si l'autorisation environnementale doit être délivrée à la lumière des impacts climatiques potentiels du projet[127].

***

L'affaire *Earthlife Africa Johannesburg contre Ministère des affaires environnementales et autres* est l'un des premiers contentieux de ce type visant à exiger une évaluation climatique de projet potentiellement attentatoire à la soutenabilité du système climatique. Elle pose l'évaluation climatique comme une « obligation de faire » dans l'avenir des études d'impact environnemental en Afrique du sud[128]. Depuis d'autres affaires ont vu le jour sur cette question en Afrique. Il s'agit notamment des affaires relatives aux projets de centrales thermiques à charbon Ki power[129] et Acwa power[130]. Toutefois, malgré les résultats alarmants du rapport final d'évaluation climatique produit après la décision de la *North Gauteng High Court*, la ministre Edna Molewa a décidé de maintenir l'autorisation environnementale du projet Thabametsi[131]. Selon elle, bien que les impacts économiques et sociaux de ce projet sont relativement élevés, sa réalisation ne constitue pas nécessairement une erreur fatale au regard de son apport dans la satisfaction des besoins en énergie de l'Afrique du Sud[132]. La décision de la ministre des Affaires environnementales tend ainsi à relativiser l'impact du jugement de la *North Gauteng High Court* mais ouvre de nouveau la voie à un possible contentieux climatique[133]. La contestation des autorisations environnementales délivrées à la suite d'EIE ayant ou non pris en compte les impacts climatiques d'un projet présente donc une opportunité avérée de développement du contentieux climatique en Afrique du Sud, voire sur le continent africain qu'Earthlife pourrait de nouveau saisir.

125 *Ibid.*
126 *Ibid.*
127 « The reconstituted appeal process can proceed with requisite speed to the advantage of all parties and will be restricted to consideration of whether environmental authorisation should be granted in light of the potential climate change impacts. » Cf. High Court of South Africa, *op. cit*, p. 47-48.
128 Torre-Schaub M., *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport final de recherche, décembre 2019, p. 90.
129 High Court of South Africa, Petition 04/08/2017, *op. cit.*
130 High Court of South Africa, Petition 05/09/2017, *op. cit.*
131 EE Publishers, *Thabametsi coal plant given go ahead despite staggering climate* impacts, [En ligne], https://www.ee.co.za/article/thabametsi-coal-plant-given-go-ahead-despite-staggering-climate-impacts.html (consulté le 19/04/2020).
132 *Ibid.*
133 *Ibid.*

20
Push Sweden, Fältbiologerna et autres c. Gouvernement suèdois (2018)

Pau de Vílchez Moragues[1]

Après la décision rendue par la Cour de District de La Haye dans l'affaire *Urgenda* en 2015, de nombreux recours ont été intentés devant la justice nationale partout à travers le monde, mettant en cause la politique climatique de leurs gouvernements respectifs. En Suède, un recours[2] a été présenté en 2016 à la suite de la décision du gouvernement de vendre des centrales électriques au charbon situées en Allemagne ainsi que les mines leur fournissant la matière première. En effet, le 2 juillet 2016, le gouvernement a autorisé la vente par la société d'État Vattenfall de ses centrales électriques au charbon et mines de lignite situées en Allemagne à la société privée tchèque Energetický A Prumyslový Holding (EPH) et à ses partenaires financiers Investments PPF.

Depuis plusieurs années se sont succédées de nombreuses déclarations et décisions du gouvernement et du parlement suédois portant sur la nécessité de se désinvestir des énergies fossiles afin d'accélérer la transition énergétique de la Suède. On citera ci par exemple, la Déclaration de politique gouvernementale de 2014, dans laquelle il est clairement indiqué que le pays « doit cesser d'investir dans ce qui détruit notre planète »[3]. Toujours en 2014, les autorités suédoises ont décidé d'annuler l'expansion des activités charbonnières autorisées par le précédent gouvernement. Un an plus tard, l'initiative *Fossil Free Sweden*[4], initiative conjointe du gouvernement, des municipalités, des régions, de l'industrie et d'organisations de toute la Suède, a été lancée. Peu après, en 2016, le Conseil suédois des objectifs environnementaux[5] a publié son rapport final sur la politique climatique du gouvernement, appelant la Suède à devenir un chef de file des efforts mondiaux de lutte contre le changement climatique[6].

---

1 Professeur de droit international public et sous-directeur du Laboratoire Interdisciplinaire sur le Changement Climatique de l'Université des Îles Baléares (LINCC UIB).

2 Requête (traduction anglaise par les requérants): http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2016/20160915_3649_summons.pdf (consulté le 20 janvier 2020).

3 *PUSH Sweden, Fältbiologerna et al. c. le Gouvernement de la Suède*, requête du 15 septembre 2016, § 26.

4 Suède libre de combustibles fossiles. *Ibidem*, § 32. Plus d'informations sur l'initiative sur leur site officiel : http://fossilfritt-sverige.se/in-english/ (consulté le 22 janvier 2020).

5 Nommé par le gouvernement suédois, le Conseil des objectifs environnementaux coordonne, avec le soutien d'autres organismes de l'État, des régions ainsi que des ONG, les efforts pour atteindre les objectifs, examine les progrès accomplis à leur égard et fait rapport au gouvernement. Son secrétariat est basé à l'Agence de protection de l'environnement. Plus d'information sur son rôle ainsi que sur l'analyse de la politique environnementale suédoise est disponible sur ce lien ainsi que sur le site de l'Agence suédoise de protection de l'environnement (consulté le 22 janvier 2020).

6 *Ibidem*, § 33.

Sur le plan législatif et réglementaire, plusieurs lois et « ownership directives »[7] doivent être ici présentées. En 1997, le gouvernement a approuvé les objectifs environnementaux suédois qui fixent ce que l'on appelle « l'objectif générationnel », adopté par le Parlement suédois en 1999, et qui devrait être atteint en 2020[8]. Ensuite en 2009, les « ownership directives » de Vattenfall ont été modifiées, substituant à l'hostilité de l'entreprise envers les énergies renouvelables une plus grande sensibilité au problème du réchauffement climatique et à l'extension de sa responsabilité au-delà des frontières suédoises[9]. Enfin, en 2010, les statuts de Vattenfall ont été modifiés pour en faire une entreprise leader de la « production d'énergie durable »[10].

Outre les motifs juridiques et politiques susmentionnés, des considérations économiques et financières ont également joué un rôle important étant donné que la rentabilité future de la production d'énergie à partir du charbon est devenue de plus en plus incertaine[11]. À cela il faut ajouter que, en ce qui concerne les activités de Vattenfall en Allemagne, les émissions de gaz à effet de serre (GES) liées aux quatre centrales à charbon et leurs quatre mines associées étaient de 60 millions de tonnes, ce qui représente 5 millions de tonnes de plus que l'ensemble des émissions annuelles de l'ensemble de la Suède[12]. Dès lors, la vente de ces actifs permettait à la Suède d'être fidèle à ses engagements en matière de désinvestissement des énergies fossiles, de se libérer d'actifs au rendement futur incertain et de cesser de produire dans le pays voisin plus de GES que dans son propre territoire.

Pourtant, le 15 septembre 2016, deux organisations non gouvernementales (ONG) environnementales (*PUSH Sweden*, *Fältbiologerna*)[13] et 176 citoyens suédois ont dénoncé cette vente devant la Cour de District de Stockholm[14]. D'après les requérants, malgré les arguments mis en avant par l'État, l'opération de vente pouvait avoir comme conséquence une augmentation très importante des émissions de GES du fait du caractère suspect de l'acquéreur et du potentiel d'exploitation des mines incluses dans l'opération.

7 Ces « directives de propriété » sont les normes qui guident le fonctionnement et la prise de décisions des entreprises publiques suédoises.

8 *Ibidem*, § 28-30.

9 *Ibidem*, § 44. « Vattenfall is today an international company with more than half of production and revenue from markets outside Sweden. The Nordic electricity market is so integrated that it is difficult to define exactly what is meant by "Swedish" energy. The Government considers that the Swedish state should be a responsible owner of the group Vattenfall, and the company will conduct exemplary operations based on current conditions regardless of the market in which the company operates. Thus all geographical boundaries should be deleted from the Articles of Association. » (« Vattenfall est aujourd'hui une entreprise internationale avec plus de la moitié de la production et des revenus des marchés en dehors de la Suède. Le marché nordique de l'électricité est tellement intégré qu'il est difficile de définir exactement ce que l'on entend par énergie « suédoise ». Le gouvernement considère que l'État suédois devrait être un propriétaire responsable du groupe Vattenfall, et l'entreprise mènera des opérations exemplaires sur la base des conditions actuelles quel que soit le marché sur lequel l'entreprise opère. Ainsi, toutes les limites géographiques devraient être supprimées des statuts »).

10 Le choix du mot « durable » au lieu de « renouvelable » n'est pas surement un hasard, puisque Vattenfall continue d'exploiter des centrales nucléaires en Europe. Plus d'information est disponible dans leur site internet : https://corporate.vattenfall.com/about-energy/non-renewable-energy-sources/nuclear-power/nuclear-power-at-vattenfall/ (consulté le 20 janvier 2020).

11 Voir, par exemple, le récent rapport du *think tank* britannique Carbon Tracker, *Apocoalypse Now*, disponible en ligne : https://www.carbontracker.org/reports/apocoalypse-now/ (consulté le 20 janvier 2020).

12 *Supra* n. 3, § 53.

13 Push Sweden est un réseau de plus de 20 ONG et plus de 600 jeunes qui travaillent pour construire une société durable en Suède. Avec plus de 2 000 membres, Fältbiologerna (Nature et Jeunesse) est la plus grande et ancienne ONG environnementale de jeunesse de la Suède.

14 Décision de la Cour de District de Stockholm (Stockolms Tingsrätt) dom 2017-06-30 i mål nr T 11594-16 m.fl, du 30 juin 2017 et Décision de la Cour d'appel (Svea Hovrätt) dom 20178-01-23 i mål nr T 7261-17, du 23 janvier 2018 ; pendant le procès et pendant quelque temps après les décisions rendues en première instance et en appel, toute la documentation était disponible sur le site internet http://www.magnoliamålet.se. Aujourd'hui, malheureusement, le site n'est plus actif. Il existe encore un profil de l'affaire sur le réseau social Facebook.

L'acquéreur EPH est une société holding d'origine tchèque qui travaille principalement dans le secteur de l'énergie en Europe. Non seulement la politique environnementale et relative au développement durable de cette société était inexistante, mais leurs rapports annuels allaient jusqu'à critiquer les standards environnementaux, accusés de potentiellement réduire les profits de la société. De plus, la propriété de la société était basée dans des paradis fiscaux et elle aurait été condamnée par la Commission européenne pour obstruction dans une enquête de corruption. De surcroit, cette société prônerait le développement du charbon comme source d'énergie en Europe pour les prochaines années[15].

Par ailleurs, la vente ne concernait pas uniquement les quatre centrales et les quatre mines qui étaient opérationnelles à ce moment, mais également cinq mines encore non actives et dont Vattenfall avait renoncé à l'exploitation. Si EPH décidait de les exploiter, les émissions qui en découleraient, d'après les requérants, seraient de l'ordre 1 200 millions de tonnes de CO_2, c'est-à-dire, vingt-deux fois la quantité annuelle d'émissions de GES de toute la Suède[16]. Ainsi, la conséquence de la vente à une société qui prônait ouvertement une « renaissance » du charbon en Europe combinée au potentiel des mines encore non exploitées encore pouvait se révéler être une augmentation nette des émissions de GES, contraire à l'objectif affiché par l'exécutif suédois d'être à la pointe dans la lutte contre le réchauffement climatique.

Face à ce risque, les requérants ont saisi le tribunal de District de Stockholm de trois griefs principaux : premièrement, déclarer que l'État, en autorisant ou en n'empêchant pas la transaction, n'avait pas respecté son devoir de diligence envers les citoyens suédois, deuxièmement, déclarer la vente illégale et, troisièmement, mettre à disposition toute la documentation relative à la vente[17]. En 2017, la Cour a rejeté la requête sans entrer dans le fond de l'affaire, considérant que les dommages à subir par les requérants étaient trop hypothétiques. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel un an plus tard, et les requérants ont décidé de ne pas faire appel à la Cour Suprême, compte tenu de leurs maigres moyens financiers.

Ce chapitre présentera les contours du recours (**I**) portés par les deux ONG environnementales et des centaines de plaignants individuels, afin d'identifier les similitudes, mais aussi les différences entre ses fondements juridiques et ceux des autres affaires climatiques récentes. L'ambition étant ici de révéler la palette de couleurs communes du tableau des procès climatiques, mais aussi les traits différenciés qui la parsèment et dérivent aussi bien des particularités juridiques de chaque pays que des stratégies, fructueuses ou non, propres à chaque requérant (**II**).

I. Les contours de la stratégie juridique du recours

À l'instar des procès climatiques récents, les bases juridiques du recours sont riches et fondées sur des arguments variés et complémentaires. Aux fondements relatifs à la réputation de l'acquéreur ou aux exigences de transparence (**A**), s'ajoutent des fondements communs à la plupart des procès climatiques, dont les droits de l'homme, les traités internationaux sur le changement climatique ou les principes du droit de l'environnement (**B**).

15 *Supra* n. 3, § 68-74.
16 *Ibidem*, § 52.
17 *Ibidem*, § 125.

A. Une riche argumentation juridique

Comme dans bon nombre d'actions en justice contre le changement climatique mentionnées dans cet ouvrage, les plaignants de cette affaire élaborent une argumentation complexe composée d'un large éventail de fondements juridiques, qui vont des exigences administratives et procédurales à des obligations constitutionnelles et internationales plus substantielles[18].

Premièrement, les requérants soutiennent que lors de la vente d'une société de l'État, il est nécessaire d'évaluer l'acheteur et de prendre en compte dans cette évaluation la perspective de la durabilité, ce qui semble faire défaut en l'espèce. Les demandeurs prétendent que le niveau requis de « durabilité » devrait être, au moins, le même que celui exigé des entreprises publiques. Aucune base juridique contraignante n'est fournie à propos de cette argumentation. Ils se réfèrent en effet au Pacte mondial des Nations unies de 2000 et aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Deux initiatives de *soft law* qui n'ont aucun effet juridiquement contraignant[19]. Nonobstant le caractère volontaire de ces initiatives internationales, il ressort des informations fournies par les plaignants que le bilan d'EPH en matière de durabilité environnementale, voire le respect de la loi, est loin d'être exemplaire, puisqu'elle « […] a été condamnée par la Commission européenne pour obstruction à une enquête de corruption ; manque de tout type de comptes environnementaux et de durabilité ; recherche une utilisation accrue du charbon en Europe ; est détenue par trois oligarques par le biais d'une « brass-plate company »[20] dans un paradis fiscal et a l'intention de financer l'opération géante par le biais d'une société complètement opaque dans un paradis fiscal »[21].

Deuxièmement, les requérants estiment qu'il n'est pas certain que le gouvernement ait procédé à une évaluation des implications environnementales, climatiques et de durabilité de l'opération et ajoutent que Greenpeace a en vain demandé l'accès à ces informations avant le début du procès ; les autorités ayant rejeté leur demande. Ce point est peu développé par les requérants et aurait mérité de l'être davantage. Ce manque d'élaboration dans le recours laisse en suspens la question essentielle de savoir si les plaignants se réfèrent à une étude d'impact sur l'environnement (EIE) ordinaire ou à une autre sorte d'évaluation. Or ces obligations procédurales environnementales découlant aussi de la dimension procédurale des droits de l'homme sont devenues un élément crucial des litiges environnementaux, en particulier depuis les Conventions d'Espoo et Aarhus[22].

18 Pour une étude un peu plus approfondie du contexte dans lequel s'inscrit cette affaire, ainsi que les similitudes et différences avec l'affaire présentée en Norvège presqu'au même moment, voir, entre autres, P. de Vilchez Moragues, « Extraterritoriality and judicial review of state's policies on global warming: Some reflections following the 2016 Scandinavian climate lawsuits », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2017, n° 34, p. 1-27, disponible sur https://ssrn.com/abstract=3102153 (Consulté le 22 janvier 2020).

19 *Ibidem*, § 65-67. Le Pacte Mondial des Nations unies est une initiative lancée en 2000 par l'ONU, qui vise à impliquer les entreprises dans la promotion de pratiques durables dans le monde. L'initiative participe actuellement à la promotion des objectifs de développement durable de 2015 et dispose d'un site internet dédié (consulté le 20 janvier 2020). Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sont également un instrument non contraignant adressant des recommandations aux entreprises multinationales et peuvent être téléchargés sur le site internet de l'OCDE (consulté le 20 janvier 2020).

20 Une société qui n'existe que par la plaque en fer qui est accrochée au mur de l'immeuble.

21 *Ibidem*, § 74.

22 Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 25 février 1991, 1989 UNTS 310 (Espoo Convention). Pour une analyse de l'évolution de la notion, voir N. Craik, « Principle 17: Environmental Impact Assessment », in J.E. Viñuales (ed), *The Rio Declaration on Environment and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 451-470. A. Boyle, « Developments in the International Law of Environmental Impact Assessments and their Relation to the Espoo Convention », *Review of European Community & International Environmental Law*, 20(3), 2011, p. 227-231. Au niveau de l'UE, la norme de référence est la Directive 2011/92/EU du 13 décembre 2011, modifiée

Troisièmement, la vente semble contraire à plusieurs normes concernant Vattenfall, en particulier ses statuts et les directives de propriété et de politique de l'État susmentionnées. Les requérants insistent pour que ces normes soient lues conformément aux objectifs climatiques suédois et aux traités internationaux que la Suède a signés[23]. Il semble également y avoir un différend sur la question de savoir si les « ownership directives » établissent une priorité aux considérations commerciales sur les considérations environnementales, un argument avancé par le gouvernement suédois, qui fait valoir que pour mettre fin à l'accord, de nouvelles « ownership directives » seraient nécessaires et un vote majoritaire au Parlement requis. D'autre part, les plaignants citent plusieurs experts juridiques, dont un professeur en droit civil et un en droit constitutionnel, qui affirment que, selon les « ownership directives », les considérations commerciales ne devraient pas avoir la priorité et que, même si c'était le cas, le gouvernement pourrait facilement changer ces directives[24].

Quatrièmement, les plaignants mettent en doute la cohérence de l'opération par rapport aux objectifs de l'Union européenne (UE) en matière de réduction des émissions de GES, en raison d'une augmentation prévue de ces émissions en Allemagne. Selon les requérants, contribuer à une telle augmentation irait à l'encontre des décisions du Parlement suédois, telles que « l'objectif générationnel », approuvé en 1999, qui établit la résolution des problèmes environnementaux de la Suède sur le temps d'une génération, et qui appelle à une transition sans causer des atteintes environnementales en dehors de la Suède. De surcroit, une telle augmentation serait aussi contraire à la notion de durabilité, qui demande une réduction globale des GES. Toutefois, alors que les plaignants mentionnent des objectifs de réduction des émissions de GES de l'UE, ils ne font aucune référence détaillée au droit de l'UE sur le sujet, contrairement à d'autres litiges climatiques tels qu'*Urgenda*, aux Pays-Bas[25].

Cinquièmement, la vente avait été dénoncée devant la Commission européenne par une société germano-mongole sous l'accusation qu'elle comportait la concession de subventions publiques illégales à l'EPH de la part des autorités suédoises[26].

---

par la Directive 2014/52/EU du 16 avril 2014, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25 juin 1998, Aarhus (Danemark). E. V. Morgera, « An Update on the Aarhus Convention and its Continued Global Relevance », 14 (2) *Review of European, Comparative & International Environmental Law,* 2005, p. 138-147 [10.1111/j.1467-9388.2005.00434.x]. Sur l'évolution de la Convention d'Aarhus dans le cadre européen, voir M. Pallemaerts, *The Aarhus Convention at Ten: Interactions and Tensions Between Conventional International Law and EU Environmental Law*, Europa Law Publishing, 2011. Pour un analyse de l'impact de la Convention d'Aarhus sur le régime international du changement climatique : S. Duyck, « Promoting the Principles of the Aarhus Convention in International Forums: The Case of the UN Climate Change Regime », 22 (4) *Review of European, Comparative & International Environmental Law,* (2015), p. 123-138. Dans tous les cas, les plaignants auraient pu se référer à l'article 4.1 (f) de la CCNUCC, qui pourrait fournir une base intéressante pour la nécessité de mener une évaluation d'impact sur les politiques liées au climat : « (Toutes les parties) Tiennent compte, dans la mesure du possible, des considérations liées aux changements climatiques dans leurs politiques et actions sociales, économiques et écologiques et utilisent des méthodes appropriées, par exemple des études d'impact, formulées et définies sur le plan national, pour réduire au minimum les effets – préjudiciables à l'économie, à la santé publique et à la qualité de l'environnement – des projets ou mesures qu'elles entreprennent en vue d'atténuer les changements climatiques ou de s'y adapter ».

23 *Supra n.3*, § 101-102.

24 *Ibidem*, § 80-82.

25 Trois textes législatifs de l'UE sont généralement mentionnés dans des cas similaires : l'article 191 TFUE, la Directive relative au Système communautaire d'échange de quotas d'émission (SEQE) et la Décision relative à la répartition de l'effort. V. les § 2.53 à 2.77 et 4.26 à 4.80 de l'arrêt *Urgenda* de la Cour de District de La Haye. *The Urgenda Foundation c. The Netherlands*, Judgment, 24 June 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196, Rechtbank Den Haag.

26 *Supra* n. 3, § 79.

B. Une argumentation rejoignant celle d'autres procès climatiques en cours

Au-delà de ces fondements, plus étroitement liés aux conditions particulières de l'affaire, force est de constater des arguments juridiques communs à d'autres litiges climatiques qui permettent de déceler la responsabilité des États d'agir de façon responsable vis-à-vis des dangers posés par le réchauffement climatique. Il s'agit des principes du droit international de l'environnement, des traités qui forment le régime international du changement climatique et des droits de l'homme[27].

En ce qui concerne ces derniers, il ne fait aujourd'hui plus aucun doute que les droits de l'homme sont menacés par le changement climatique[28]. En l'espèce, les requérants soutiennent que la vente d'une partie des actifs liés au charbon allemands de Vattenfall à EPH serait contraire au chapitre 1er, article 2 de la Constitution suédoise, qui consacre le droit à un « bon environnement pour les générations présentes et futures »[29], et qu'elle supposerait en plus la violation des droits à la vie et à la vie privée et familiale, reconnus par la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), dans les articles 2 et 8, respectivement, ainsi que le droit à la santé, consacré par l'article 11 de la Charte sociale européenne[30].

Pour ce qui est du régime international sur le changement climatique, les plaignants dressent le tableau des conférences et accords plus importants : de la Convention Cadre des Nations unies sur le Changement Climatique (CCNUCC) à l'Accord de Paris, en passant par le Protocole de Kyoto ou les accords de Bali. Ils affirment sur cette base juridique qu'en signant la CCNUCC et le Protocole de Kyoto, l'État a explicitement accepté un « devoir de diligence » qui rejoint le devoir de diligence de l'État envers ses citoyens qui découlerait de la Constitution, la Convention européenne des droits de l'Homme et les principes généraux du droit (CEDH). D'après les requérants, la portée de ce devoir de diligence est déterminée par la combinaison de différents éléments, tels que les traités internationaux dont la Suède est part, les objectifs environnementaux définis au niveau national, la législation relative à l'environnement, ou les déclarations du gouvernement, entre autres[31]. Ainsi, conformément à la CCNUCC, pour s'acquitter de cette obligation, chaque État doit, dans toute la mesure du possible, conformément à sa propre situation, mettre en œuvre les meilleures mesures possibles pour réduire les émissions de GES[32].

27 *Ibidem*, § 24. Il est intéressant de constater ici l'influence des Principes d'Oslo sur les Obligations relatives au changement climatique, proposition doctrinale rendue publique en 2015 et qui fonde ces obligations sur l'interaction de différentes sources juridiques, dont celles citées ci-dessus. Expert Group on Global Climate Obligations, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, Eleven International Publishing, The Hague, 2015, p. 52. Une version est disponible sur le site internet dédié aux *Principes* : https://globaljustice.yale.edu/oslo-principles-global-climate-change-obligations (consulté sur internet le 20 janvier 2020).

28 Voir, par exemple, les travaux des deux derniers rapporteurs de Nations unies sur les Droits de l'Homme et l'Environnement, John Knox et David R. Boyd : *Report of the Special Rapporteur on the issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Climate Change Report*, UN Doc. A/HRC/31/52, 1 February 2016, et *Report of the Special Rapporteur on the issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Climate Change Report*, UN Doc. A/74/161, 15 July 2019. Le Haut-Commissariat des Nations unies sur les Droits de l'Homme avait déjà émis un rapport sur le sujet en 2009 : *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights*, UN Doc. A/HRC/10/61, 15 janvier 2009.

29 *Supra* n. 3, § 88.

30 *Ibidem*, § 89.

31 *Ibidem*, § 92 et 95.

32 *Ibidem*, § 98.

Il est important aussi de rappeler que ce régime est inscrit dans le cadre plus large de la protection internationale de l'environnement, dont les conférences de Stockholm et Rio sont deux moments politiques forts[33] desquels a découlé du *soft law*. Enfin, ces références sont complétées par des références aux principes de précaution et de prévention, même si ces arguments auraient pu être davantage développés, spécialement en ce qui concerne le principe de précaution[34].

De l'ensemble de ces motifs ainsi que du droit de la responsabilité civile qui n'est mentionnée qu'en passant[35], dériverait une obligation de diligence de l'État concernant le changement climatique. Celle-ci l'obligerait à prendre les mesures nécessaires pour réduire les émissions de GES, au-delà des frontières suédoises, pour éviter un « risque majeur, immédiat et prévisible ». Ne pas le faire équivaudrait à une négligence et, l'augmentation des émissions de GES étant un résultat très probable de la vente, l'État devrait être reconnu coupable d'avoir manqué à son obligation de diligence et la vente devrait être déclarée illégale.

II. Les spécificités de l'espèce à sa portée juridique limitée

En plus des fondements susmentionnés, qui se retrouvent dans bon nombre des procès climatiques récents ou en cours, l'on trouve dans cette affaire certaines caractéristiques intéressantes qui permettent de la distinguer des autres. Il s'agit, notamment, du choix d'une approche basée sur un projet concret (**A**) et non pas sur l'ensemble de la politique climatique de l'État, de la dimension extraterritoriale de la requête (**B**), ainsi que de la demande spécifique de dommages (**C**).

A. La limitation de la requête à un projet concret

De nombreuses actions en justice intentées jusqu'à présent par des citoyens contre leurs gouvernements remettent en cause leur politique climatique dans son ensemble, car elle est jugée insuffisante, voire contradictoire, à la vue des actions nécessaires pour atteindre un niveau d'émissions de GES relativement sûr. Ainsi, les plaignants dans les affaires *Juliana, Urgenda* ou encore *Ashgar Leghari* utilisent le litige comme un outil stratégique pour influencer les politiques climatiques, demandant généralement une action plus ambitieuse de leur gouvernement. Et souvent, même lorsqu'ils se réfèrent à des projets spécifiques, comme dans l'affaire *Rabab Ali*, où le demandeur met en question un grand projet d'extraction de charbon parrainé par la Chine, ou l'affaire *Juliana*, où les demandeurs s'opposent à l'exportation de gaz naturel liquéfié, l'objectif de ces initiatives est d'obtenir la mise en œuvre de politiques responsables vis-à-vis la crise climatique. Ici l'affaire *Magnolia* se limite à un type de litige lié à des projets spécifiques. Il s'agit d'un exemple de ce que Mérédith Wilensky

33 *Ibidem*, § 10-25.

34 Pour le principe de prévention, voir l'analyse développée ci-dessous. Quant au principe de précaution, il est mentionné lorsque les requérants citent les Principes d'Oslo (§ 24) de même que lorsqu'ils citent le Pacte Mondiale de l'ONU sur les entreprises responsables (§ 66). Il est aussi intéressant de voir comment les requérants suggèrent aussi une des possibles conséquences de l'application du principe de précaution, notamment le renversement de la charge de la preuve, lorsqu'ils soulignent le manque de transparence vis-à-vis l'opération de vente. « When assessing the likelihood of a link between the sale and increased climate damage, it should be taken into consideration that the Government has classified all relevant material; as long as this documentation remains classified, *the risk of harm should be presumed* ». *Ibidem*, § 105.

35 *Ibidem*, § 96.

appelle un « litige tactique »[36] et que nous appellerons ici des litiges basés sur des projets concrets, par opposition aux litiges fondés sur les politiques climatiques dans leur ensemble.

Compte tenu de la complexité de la base juridique de ces affaires, le choix d'une approche tactique au lieu d'une approche plus stratégique, qui viserait l'ensemble des politiques climatiques de leurs États respectifs, est tout du moins surprenant, surtout si l'on considère les succès récents dans les affaires *Urgenda* ou *Leghari*, et encore davantage lorsque l'on considère la pertinence des critiques que l'on peut trouver dans la requête de l'affaire *Magnolia* à l'égard non seulement de la vente des actifs liés au charbon en Allemagne de l'entreprise publique suédoise, mais également vis-à-vis des politiques climatiques et environnementales du pays. Ainsi, les plaignants soulignent que : « le rapport annuel de l'Agence suédoise de protection de l'environnement a noté en 2016 que 14 des 16 « objectifs de qualité de l'environnement », y compris l'objectif de réduction de l'impact sur le climat, ne seront pas atteints d'ici 2020 avec les instruments et mesures existants[37].

Force est de souligner que même dans leurs références scientifiques, les requérants citent des études qui appellent à des niveaux et des délais de réduction des GES plus ambitieux que ceux proposés par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). Ainsi, ils citent le scientifique Kevin Anderson, du Centre Tyndall de l'Université de Manchester, qu'affirmait en 2016 que « même avec une lecture plus optimiste du budget carbone de la Suède 2016-2100 (la valeur 336MtCO_2), d'ici 2025, les émissions de CO_2 uniquement énergétiques devront avoir été réduites de plus de 70 % pour atteindre une réduction de près de 95 % d'ici 2035. Sur la base d'un budget plus prudent (mais toujours bien supérieur à ce qui correspond aux objectifs de température de l'Accord de Paris), ces taux de réduction augmentent de manière significative à plus de 90 % et 99 % d'ici 2025 et 2035, respectivement »[38].

Il est donc singulier de constater que même si les plaignants suédois se réfèrent au jugement néerlandais comme prouvant qu'un tribunal pourrait statuer sur une plainte « sur la base de l'échec du gouvernement à prendre des mesures suffisantes pour lutter contre le changement climatique et exhorter le gouvernement à prendre des mesures supplémentaires »[39], ils ont plutôt choisi de se concentrer uniquement sur l'illégalité de la vente.

Si les politiques globales de l'État en matière de climat sont clairement insuffisantes, s'il semble également y avoir un soutien scientifique pour des mesures de réduction des GES plus exigeantes, et s'il existe de surcroit des précédents réussis de litiges mettant en cause l'ensemble des politiques climatiques de l'État, pourquoi alors réduire la portée de la demande à une décision particulière du Gouvernement ? Il est fort probable que les plaignants aient considéré qu'ils avaient plus de chances

36 M. Wilensky, « Climate Change in the Courts: As Assessment of Non-US Litigation », *Duke Environmental Law & Policy Forum*, nº 26, 2015, p. 144-145.
37 *Supra* n. 3, § 34.
38 Une telle approche ne semble pas non plus entièrement conforme aux principes d'Oslo, cités par les plaignants. Les auteurs des Principes ont clairement indiqué que, en application du principe de précaution, s'il existait des études crédibles par un nombre substantiel de scientifiques qui montraient la nécessité de réductions de GES plus strictes afin d'atteindre une augmentation de température « sûre » (2º C, selon les auteurs des *Principes*), le niveau de réduction des GES devrait être basé sur les scénarios de réduction les plus exigeants.
39 *Ibidem*, § 114.

d'obtenir un avis favorable de la Cour si leur requête concernait une action ou une omission spécifique de l'État qui aurait un impact négatif clair sur le système climatique, que s'ils avaient contesté l'absence d'une politique générale suffisamment ambitieuse de l'État en matière de changement climatique.

Néanmoins, une question se pose inévitablement : l'absence d'une remise en question de la politique climatique de l'État dans son ensemble signifie-t-elle une approbation de cette politique ? Même si les plaignants répondraient surement par la négative, l'incohérence potentielle d'une telle approche apparaît à plusieurs reprises dans la requête. Par exemple, lorsque les plaignants soutiennent qu'afin de « s'acquitter de son devoir de diligence, l'État devrait veiller à ce que les opérations soient sous propriété suédoise pour permettre le démantèlement responsable des opérations de lignite, ou bien garantir que l'acquéreur soit responsable et accepte d'être lié par les conditions restrictives qui s'appliquent aux opérations sous propriété suédoise »[40].

Cela signifie-t-il qu'il serait conforme au devoir de diligence de l'État en matière de changement climatique de continuer à brûler du charbon au même rythme qu'auparavant ? L'adoption d'une approche limitée et plus étroite pourrait laisser entendre que le problème réside uniquement dans l'augmentation de l'extraction et de la combustion du charbon, n'attribuant ainsi aucune importance, en termes de changement climatique, aux niveaux actuels d'utilisation et d'exploitation du charbon. Ce serait, bien entendu, une conclusion incongrue.

Sans compter qu'un tel choix tactique, malgré certains succès récents – comme la décision dans l'affaire *Thabametsi* en Afrique du Sud[41] ou l'affaire *Gloucester* en Australie – n'est cependant pas une garantie de succès. Ainsi, en juillet 2017, le tribunal de district de Stockholm a refusé de juger l'affaire sans en examiner le fond, car selon elle : « on peut conclure que l'action des plaignants ne signifie pas qu'ils aient été exposés, sans pouvoir se protéger, à une menace réelle, ou qu'il y ait eu des effets néfastes au niveau matériel, quels qu'ils soient »[42].

Bien que cette décision judiciaire relève une compréhension limitée de la complexité du changement climatique et de ses effets délétères, notamment pour les droits de l'homme, elle soulève également la question de savoir si contester une décision spécifique avec des effets limités – bien que pertinents – sur la contribution de l'État au réchauffement climatique aurait pu rendre plus difficile l'identification du lien de causalité entre l'action contestée et la prétendue atteinte aux droits des plaignants.

40 *Ibidem*, § 106.
41 V. le commentaire de D. Owona dans cet ouvrage.
42 Stockholms Tingsrätt, Mål nr T 11594-16 m.fl., 30 juin 2017, p. 5-6. En 2018, la Cour d'appel a confirmé cette décision.

B. La question de l'extraterritorialité

Le deuxième élément qui permet de différencier le procès climatique suédois de la plupart des litiges climatiques est celui de la portée extraterritoriale de son approche (qui apparaît également dans le cas norvégien *Greenpeace Nordic et Nature and Youth c. Ministry of Petroleum and Energy*). Dans la plupart des cas, à la base de la requête contre le gouvernement d'un État, sont mises en relief les activités qui ont lieu sur le territoire de cet État, et qui assurément produiront des conséquences nuisibles sur ce même territoire. Or, ce qui est le plus particulier dans les deux cas scandinaves, c'est qu'ils ont tous les deux une dimension extraterritoriale très pertinente qui apparaît à plusieurs niveaux : par rapport à l'endroit où l'activité qui déclenche la requête judiciaire aura lieu, à l'endroit où les émissions vont se produire et à l'endroit où aura réellement lieu le préjudice.

Le premier niveau d'extraterritorialité concerne le lieu où se déroulent les activités autorisées par l'État, avec la particularité que le lieu en question est situé à l'intérieur des frontières d'un autre État, c'est-à-dire hors de la juridiction de la Suède. Ainsi, en l'espèce, l'objet de la controverse est la vente de plusieurs mines et centrales à charbon situées dans un pays étranger (Allemagne) à une société, qui plus est, provenant d'un État tiers (République tchèque). Selon les plaignants, cette perspective extraterritoriale a été clairement adoptée par les autorités suédoises avec la modification des directives de propriété de Vattenfall en 2009. Ainsi, ils estiment que « le gouvernement considère que l'État suédois devrait être un propriétaire responsable du groupe Vattenfall, et l'entreprise mènera des opérations exemplaires sur la base des conditions actuelles, quel que soit le marché sur lequel l'entreprise opère. Ainsi, toutes les limites géographiques devraient être supprimées des statuts »[43].

Un deuxième niveau d'extraterritorialité, applicable aux deux affaires scandinaves, concerne l'endroit où se produisent les émissions de GES. Dans l'affaire *Magnolia*, ces émissions découlent du lieu d'extraction et de la combustion de lignite pour produire de l'énergie électrique en Allemagne. Pourtant, même si les émissions devaient avoir lieu en dehors des frontières de la Suède, les plaignants estiment qu'elles devraient servir à invalider la décision de l'État. Pour justifier cette position, les requérants font appel au rapport final du Conseil des objectifs environnementaux sur le cadre de la politique climatique de la Suède de 2016, qui insiste à plusieurs reprises sur le fait que les décisions nationales adoptées concernant le changement climatique ne devraient pas entraîner une augmentation des émissions de GES à l'étranger. Ainsi, selon le rapport : « La Suède devrait être un pays leader dans les efforts mondiaux visant à mettre en œuvre les objectifs ambitieux de l'Accord de Paris et à assumer la responsabilité des émissions historiques du pays. La Suède mènera également une politique climatique nationale ambitieuse et durable et sera un modèle pour d'autres pays, tout en maintenant sa compétitivité et en utilisant des moyens qui n'entraînent pas une augmentation des émissions de gaz à effet de serre à l'étranger »[44]. Cependant, malgré les arguments avancés

43 *Supra* n. 3, § 44.

44 *Rapport final du Conseil des objectifs environnementaux sur le cadre de la politique climatique et les politiques globales de lutte contre la pollution de l'air au gouvernement* (SOU 2016 : 47). *Ibid.*, § 33. Cette idée est réitérée à nouveau au § 37, « En même temps, il est entendu que les mesures en Suède seront mises en œuvre de manière à ne pas entraîner d'augmentation des émissions dans d'autres pays ».

par les requérants, la question du rôle de l'État où les émissions ont effectivement lieu demeure. Si les émissions de GES en Allemagne devaient augmenter du fait de l'ouverture de nouvelles mines de charbon, ne devrait-il pas être de la responsabilité de l'Allemagne d'évaluer si ces actions sont conformes à ses politiques climatiques ? La même question se pose en ce qui concerne l'UE. Enfin, le troisième et dernier niveau d'extraterritorialité dans l'affaire *Magnolia* concerne l'endroit où le dommage a effectivement lieu. Le réchauffement climatique est un phénomène de nature mondiale. Peu importe où les émissions de GES se produisent, car c'est l'effet combiné des émissions totales au niveau mondial qui entraîne l'augmentation de la température moyenne de la planète. En ce sens, l'origine extraterritoriale (en Allemagne) des émissions ne prévient aucunement les conséquences internes (en Suède) de ces émissions en termes de changement climatique. Il y a, donc, un préjudice domestique. Mais pas seulement. Le réchauffement climatique causera inévitablement des dommages à d'autres États, et les plaignants soutiennent que les dommages extraterritoriaux potentiels sont également un élément d'invalidité des décisions de leur gouvernement. Cela découlerait, entre autres, d'une interprétation des principes de prévention et d'utilisation non dommageable du territoire, principes fondateurs du droit international de l'environnement, proclamés dans la Déclaration de Stockholm, « qui, entre autres, a confirmé le droit souverain des États de formuler leurs propres objectifs environnementaux, mais aussi leur responsabilité commune de veiller à ce que les activités nationales n'affectent pas négativement l'environnement des autres États »[45]. En outre, poursuivent les requérants, le fait que l'augmentation d'émissions ait lieu en dehors du territoire suédois ne devrait pas être un obstacle à la révision de la décision prise par le gouvernement, puisque les accords internationaux sur le climat, tels que Protocole de Kyoto ou l'Accord de Paris, appellent également à réduire au minimum les effets néfastes sur les autres pays des décisions concernant le changement climatique. Ainsi, selon les requérants, « le fait que les émissions de GES des opérations de production de lignite de Vattenfall soient émises dans un autre pays est sans importance, car elles auront également un impact sur le territoire suédois et les ressortissants suédois, et parce qu'en vertu du Protocole de Kyoto et de l'Accord de Paris, l'État a la responsabilité de veiller à ce que les politiques visant à réduire nos propres niveaux d'émissions n'augmentent pas les émissions dans d'autres pays »[46]. Finalement, rappellent les plaignants, ces principes sont aussi repris dans des textes légaux suédois, comme le Projet de Loi 1997/98 : 145 sur les Objectifs environnementaux de la Suède, présentés par le gouvernement en 1998 et approuvé par le Parlement en 1999. Ce texte, qui définit l'Objectif générationnel, affirme que : « l'objectif général de la politique environnementale est que la prochaine génération soit une société dans laquelle les principaux problèmes environnementaux ont été résolus, sans causer de problèmes environnementaux et sanitaires accrus en dehors des frontières de la Suède »[47].

45 *Supra* n. 3, § 12.

46 *Ibidem*, § 107. Quoique la référence à ces deux traités ne soit pas précisée davantage, il s'agit très probablement d'une référence à l'article 2.3 du Protocole de Kyoto : « Les Parties visées à l'annexe I s'efforcent d'appliquer les politiques et les mesures prévues dans le présent article de manière à réduire au minimum les effets négatifs, notamment les effets néfastes des changements climatiques, les répercussions sur le commerce international et les conséquences sociales, environnementales et économiques pour les autres Parties […] ».

47 *Ibidem*, § 28.

Au vu de l'originalité de l'approche et des fondements apportés par les requérants, il aurait été certainement très intéressant de connaître l'avis de la Cour sur le sujet, d'autant plus que la Cour d'appel dans l'affaire *Urgenda* n'avait pas considéré nécessaire d'aborder cette question[48]. Pourtant, autant en première instance qu'en appel, les juges suédois ont rejeté la demande sans statuer sur le fonds et ont laissé cette argumentation sans réponse.

C. Une demande de dommages et intérêts contreproductive

Le dernier trait distinctif de l'affaire *Magnolia* concerne un des éléments qui a assurément nui davantage à la requête. En effet, le conseil juridique des requérants a considéré que l'introduction d'une demande de dommages-intérêts pour un montant symbolique d'une couronne suédoise pouvait faciliter l'examen au fond de la question par la Cour. Hélas, cette demande par sa faible valeur monétaire a peut-être eu l'effet contraire à celui souhaité, car il a amené la Cour à adopter un critère d'admissibilité de la requête beaucoup plus stricte.

En droit suédois lors d'une demande de dommages-intérêts, il est indispensable de prouver l'existence d'un dommage réel. Ici, il est intéressant de rappeler que la Cour d'appel dans l'affaire *Urgenda* a souligné dans sa décision de 2018 que c'est précisément en raison du fait que les plaignants ne demandent pas de dommages-intérêts que l'existence « d'un risque réel d'un danger à propos duquel il faut prendre des mesures » a été retenu comme suffisant pour justifier la condamnation de l'État même en l'absence d'un dommage concret[49]. Dans l'affaire *Magnolia*, la Cour de District de Stockholm a rejeté la demande le 30 juin 2017 sur la base que la responsabilité pour dommage ne peut s'avérer que s'il existe un dommage réel découlant des actions ou omissions de la partie défenderesse[50].

Le 23 janvier 2018, la Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour de District, tout en rappelant que « la demande des requérants de dommages-intérêt est fondée sur une évaluation hypothétique du risque d'un éventuel dommage sur l'environnement et sur la santé et non sur un dommage économique actuel. L'existence d'un dommage réel est un principe fondamental de la responsabilité en droit suédois »[51].

48 La Cour d'appel de La Haye avait en effet refusé de statuer sur la question avec le raisonnement suivant : « It is not disputed between the parties that the claim of Urgenda, insofar as acting on behalf of the current generation of Dutch nationals against the emission of greenhouse gases on Dutch territory, is admissible. However, the State argued, as understood by the Court, that Urgenda cannot act on behalf of future generations of Dutch nationals nor of current and future generations of foreigners. The State does not have an interest in this ground of appeal, because Urgenda's claim is already admissible insofar as Urgenda acts on behalf of the interests of the current generation of Dutch nationals and individuals subject to the State's jurisdiction within the meaning of Article 1 ECHR, respectively. […] Therefore, the Court does not have to consider the questions raised by the State in this ground of appeal ». (Il n'est pas disputé entre les Parties que la demande d'Urgenda, dans la mesure où elle agit au nom de la génération actuelle de ressortissants néerlandais contre les émissions de gaz à effet de serre sur le territoire néerlandais, est recevable. Cependant, l'État a fait valoir, d'après ce que la Cour avait compris, qu'Urgenda ne pouvait agir au nom des générations futures de ressortissants néerlandais ni des générations actuelles et futures d'étrangers. Toutefois, l'État n'a pas d'intérêt dans ce fondement juridique car la demande d'Urgenda est déjà recevable dans la mesure où Urgenda agit au nom des intérêts de la génération actuelle de ressortissants néerlandais et de personnes soumises à la juridiction de l'État au sens de l'article 1er de la CEDH, respectivement. […] Par conséquent, la Cour n'a pas à examiner les questions soulevées par l'État dans ce moyen d'appel.) *The State of the Netherlands c. Urgenda*, Jugement de la Cour d'appel de La Haie du 9 octobre 2018, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, § 37.

49 *Ibidem*, § 64-65.

50 *Supra* n. 14, p. 4.

51 *Supra* n. 14, p. 2.

Un argument similaire a été utilisé par les deux cours pour rejeter aussi les arguments fondés sur la violation des droits de l'homme[52]. Ainsi, autant la Cour de District de Stockholm que la Cour d'appel ont décidé que le bien-fondé de la demande était insuffisant pour justifier qu'elles aient à statuer sur le fond. Les plaignants ont finalement décidé de ne pas faire un pourvoi devant la Cour Suprême étant donné leurs maigres ressources financières[53].

***

L'affaire *Magnolia* s'insère clairement dans la nouvelle vague de procès climatiques initiés depuis l'affaire *Urgenda* de 2015, avec lesquels elle partage de nombreux points communs, dont une base juridique riche et diverse, qui fait appel autant à des préceptes constitutionnels qu'à des traités internationaux ainsi qu'à des principes de droit de l'environnement.

Cependant, cette affaire est aussi marquée par une approche plus originale dans certains aspects, notamment le choix de mettre en cause une décision sur un projet particulier malgré l'évidence d'une politique climatique insuffisante dans son ensemble et également la dimension extraterritoriale autant dans l'origine des émissions que dans leurs conséquences, et enfin la demande de dommages-intérêts pour des préjudices qui ne se sont pas encore réalisés.

Pourtant, malgré des fondements juridiques pertinents, la demande a été classée sans suite par le tribunal de première instance, puis en appel, et en conséquence ses aspects plus novateurs sont restés, pour le moment, sans réponse.

52 La Cour de District insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas d'atteintes effectives sur les droits de l'homme des plaignants, mais uniquement des hypothèses et rappelle la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour souligner la nécessité d'un dommage réel. Et même si la Cour reconnaît qu'un risque réel peut être suffisant en ce qui concerne la nécessité de protection du droit à la vie reconnu dans l'article 2 de la CEDH, la Cour ne semble accorder aux faits dénoncés par les plaignants un poids suffisant comme pour considérer qu'il y a une atteinte, bien que potentielle, à ce droit. *Supra* n. 14, p. 5.

53 Ce qui soulève une des difficultés fondamentales lors de la protection de l'environnement : l'accès aux cours de justice. Voir, par exemple, J. Bétaille (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière environnementale*, Colloque annuel de la SFDE 5-6 novembre 2015, IFR Actes de colloques n° 26, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse Capitole 1, 2015. Disponible en ligne sur le site http://publications.ut-capitole.fr/22808/1/Be%CC%81taille_22808.pdf (consulté le 20 janvier 2020). Pour une étude de la problématique dans le contexte de l'UE, voir E. Brosset et E. Truilhé-Marengo, « L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne », *RDLF*, 2018 chron. n° 07, accessible en ligne sur http://www.revuedlf.com/droit-ue/lacces-au-juge-dans-le-domaine-de-lenvironnement-le-hiatus-du-droit-de-lunion-europeenne/ (consulté le 20 janvier 2020).

21
Greenpeace Nordic Ass'n et Nature and Youth c. Ministry of Petroleum and Energy (2018-2020)

Antoine Le Dylio[1]

En Norvège, les conséquences du dérèglement climatique pourraient se manifester bien plus tôt qu'ailleurs. Le Bjerknessenteret[2], un centre de recherche sur le climat dont certains membres ont participé aux rapports d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), a récemment publié un rapport révélant que la température moyenne en Norvège avait augmenté de 4,0 ℃ entre 1971 et 2017 et de 7,3 ℃ durant l'hiver, alors que sur la même période l'augmentation de la température mondiale est « seulement » de 0,87 ℃. Les effets du dérèglement climatique sont particulièrement perceptibles dans les zones les plus septentrionales du pays. Par exemple, une température inhabituellement élevée a entraîné fin 2016 un début de fonte du permafrost et causé l'inondation de la galerie d'accès de la Réserve mondiale de semences du Svalbard, un archipel de la Norvège situé dans l'océan Arctique. Cette banque a justement pour mission de conserver à -18 ℃ toutes les semences d'arbres et de cultures vivrières de la planète, afin de préserver la diversité génétique notamment en cas de catastrophe naturelle.

Pourtant la Norvège bénéficie généralement de l'image de « démocratie verte » des pays nordiques ; le royaume est par exemple le champion de la voiture électrique… qui doit notamment son essor à des exonérations fiscales, indirectement financées par les énergies fossiles. Il faut en effet rappeler que la Norvège, avec ses forages offshores, est le plus gros producteur d'hydrocarbures en Europe occidentale. Résultat, elle peine à réduire ses émissions de gaz à effet de serre (GES) qui en 2018, selon des statistiques officielles, dépassaient encore de 1,1 % leur niveau de 1990, malgré un fléchissement récent. À l'origine, la majeure partie de la production norvégienne provient de la mer du Nord et de la mer de Norvège, au sud de l'Arctique. Mais depuis 1989, l'activité s'est aussi développée dans la mer de Barents, au nord de la Norvège et de la Russie occidentale. Alors que la Norvège est membre du groupe international des « Amis de la réforme des subventions aux énergies fossiles »[3] créé en 2010, elle poursuit avec l'ouverture de la région sud-est de la mer des Barents en 2013.

1 Avocat au barreau de Paris, Ingénieur en environnement.

2 Norvegian Centre for Climate, *Climate in Svalbard 2100 – a knowledge base for climate adaptation*, (2019) : https://www.miljodirektoratet.no/publikasjoner/2019/februar-2019/climate-in-svalbard-2100--a-knowledge-base-for-climate-adaptation/ (consulté le 18 avril 2020).

3 Groupe informel de pays n'appartenant pas au G20 qui travaille à l'établissement d'un consensus politique sur l'importance de la réforme des subventions aux combustibles fossiles. Les membres actuels du groupe sont le Costa Rica, le Danemark, l'Éthiopie, la Finlande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suède, la Suisse et l'Uruguay : http://fffsr.org/about/ (consulté le 18 avril 2020).

La loi sur le pétrole du 29 novembre 1996 a mis en place un système pour encadrer les opérations pétrolières : avant l'exploitation commerciale d'un gisement, trois étapes préalables sont nécessaires. La première étape est la décision par le Parlement norvégien, le Storting, d'ouvrir de nouvelles zones d'activité pétrolière. Le Storting se prononce sur le fondement d'une étude d'impact qui évalue les conséquences des activités pétrolières sur le commerce, l'industrie et l'environnement. Les risques éventuels de pollution ainsi que les effets économiques et sociaux sont également pris en compte. La deuxième étape intervient à l'issue d'une procédure d'appel d'offres, pour attribuer des permis de production au sein de ces zones. Ces permis octroient à leur titulaire le droit exclusif de rechercher et de produire, dans la zone géographique couverte, du pétrole dont il devient propriétaire. Le titulaire du permis devient propriétaire du pétrole produit. La troisième étape n'advient que si des gisements exploitables commercialement sont découverts, puisque le droit de production octroyé par le permis est limité[4]. Pour poursuivre l'exploitation des gisements, le titulaire du permis devra alors faire approuver un plan de développement et d'exploitation (PDE), fondé sur une nouvelle étude d'impact.

Dans la présente affaire, c'est le 23e cycle d'octroi de permis, inauguré en août 2013, qui est contesté. Par un décret royal du 10 juin 2016, le gouvernement norvégien a délivré dix permis de production pétrolière et gazière à treize entreprises dans les régions sud et sud-est de la mer des Barents.

Afin de contrer l'exploitation pétrolière de la mer des Barents, deux associations ont contesté cette décision, assistées par des universitaires[5]. L'association *Natur og ungdom* (« Nature et jeunesse »), fondée en 1967, est la plus grande organisation environnementale norvégienne pour les jeunes ; l'association *Greenpeace Nordic*, organisation environnementale régionale dont le siège est en Suède, est implantée en Norvège depuis 1988.

Durant la procédure en première instance, la Cour de district avait reçu trois contributions écrites (*amicus curiae)*, qui ont également été soumises à la Cour d'appel : de l'*Environmental Law Alliance Worldwide* (ELAW), de l'*Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic* et du *Center for International Environmental Law* (CIEL)[6].

L'argument principal développé devant le Tribunal puis la Cour repose sur la méconnaissance par le gouvernement de l'article 112 de la Constitution norvégienne portant sur le droit à l'environnement. Selon les associations, l'exploitation de ces gisements de combustibles fossiles encore inexploités est incompatible avec l'Accord de Paris qui prévoit la réduction des émissions de GES afin de limiter le réchauffement sous le seuil de 2 ℃, voire 1,5 ℃, par rapport aux niveaux préindustriels.

4 De sorte que le terme « permis d'exploration » semblerait plus approprié, mais nous comprenons que le terme « permis de production » a été retenu par la législation norvégienne puisque seuls les titulaires de ces permis sont éligibles par la suite à l'approbation d'un PDE qui autorise la production de pétrole ou de gaz dans le cadre d'une exploitation commerciale.

5 C. Cournil, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in C. Cournil et L. Varison, *Les procès climatiques : du national à l'international*, Pedone, p. 85-109, 2018.

6 L'article 158 du *Dispute Act* (texte fixant les principales règles de procédure devant les juridictions norvégiennes) offre la possibilité aux organisations et aux associations, dans le cadre de leur objet statutaire, de présenter des observations écrites visant à éclairer les questions d'intérêt public qui sont en jeu dans une affaire. Ces contributions écrites sont disponibles en ligne : http://www.klimasøksmål.no/en/2019/10/31/legal-documents-in-english/ (consulté le 18 avril 2020).

Elles expliquent également que l'exploitation des plates-formes et des pétroliers dans la zone couverte, qui est contiguë à la banquise, entraînerait des émissions de carbone suie[7] dans l'Arctique, et des risques sans précédent de dommages et de déversements d'hydrocarbures.

S'inspirant de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de La Haye dans l'affaire *Urgenda*[8], les associations mobilisent également la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et invoquent, pour la première fois en appel, la méconnaissance de l'article 2 sur le droit à la vie et de l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale[9]. La réponse de la Cour norvégienne s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence européenne en matière environnementale[10] : selon elle, la décision n'entraîne pas de risque « réel et immédiat » de pertes humaines pour les habitants de la Norvège dans leur ensemble, ni n'entretient de « lien direct et immédiat » avec les atteintes alléguées à la protection de la vie privée et familiale. Il est intéressant de relever que la Cour insiste sur le fait qu'elle analyse ces conséquences vis-à-vis de l'ensemble de la population nationale, mais que son appréciation pourrait être différente si le procès était individualisé, prenant l'exemple d'habitants de zones spécifiques particulièrement exposées[11]. En tout état de cause, elle ajoute que la décision *Urgenda* n'est pas transposable au cas d'espèce, car cette dernière portait sur des objectifs nationaux d'émissions, et non sur des émissions potentielles de GES circonscrites à un seul secteur d'activité.

Les associations contestaient enfin la régularité de la procédure qui serait viciée en raison de l'insuffisance de l'étude d'impact (évaluation des bénéfices socio-économiques, des dommages environnementaux locaux et de l'impact climatique). En outre, conscientes que la critique climatique gagne à s'accompagner d'arguments financiers, elles soulevaient que dans la mesure où l'État est actionnaire d'une des entreprises lauréates, il devra engager des frais qu'il ne pourra récupérer que si le pétrole et le gaz sont commercialisés et si leur prix de marché est suffisamment élevé.

7 Le carbone suie (la littérature scientifique utilise également les termes *black carbon* (BC) ou *elementary carbon* (EC)) est la composante carbonée élémentaire de nature particulaire des particules de suie, qui sont un sous-produit de combustions incomplètes provenant notamment de combustibles d'origine fossile. Le carbone suie est un polluant atmosphérique qui accroît le risque d'accident cardio-vasculaire (N. AH Janssen *et al.*, *Health effects of black carbon*, OMS, 2012, 86 p.) et il contribue au réchauffement climatique en accroissant le forçage radiatif : voir https://www.citepa.org/fr/2013_02_a7/ (consulté le 19 avril 2019).

8 Cour d'appel de La Haye, *Urgenda c. Pays-Bas*, 9 octobre 2018, n° 200.178.245/01 ; depuis confirmé par Cour Suprême des Pays-Bas, *Urgenda c. Pays-Bas*, 20 décembre 2019, n° 19/00135.

9 Les associations se fondaient également à titre subsidiaire sur le droit à la vie et le droit au respect de la vie privée et familiale au sens des articles 93 et 102 de la Constitution norvégienne. La Cour écarte le moyen, au motif qu'il ne ressort pas de ces dispositions nationales qu'elles auraient une portée plus « vaste » que celles de la CEDH, d'autant que la Constitution norvégienne dispose, elle, d'un article dédié au droit à l'environnement.

10 En ce qui concerne le droit à la vie, la Cour norvégienne s'appuie sur l'affaire *Öneryıldız c. Turquie* (CEDH, Grande chambre, 30 novembre 2004, n° 48939/99) relative à une explosion accidentelle de méthane dans une décharge d'ordures située à proximité d'un bidonville, qui avait causé la mort de plusieurs personnes. Il nous semble toutefois que la Cour norvégienne adopte ici une lecture restrictive voire erronée de la jurisprudence européenne : elle affirme en effet que la CEDH ne condamnerait que si le risque de décès est « réel et immédiat » alors qu'il ressort de la décision *Öneryıldız c. Turquie* que l'existence d'une menace « réelle et immédiate » emporte la nécessité pour l'État de satisfaire l'obligation positive de protéger le droit à la vie. Outre ce qui nous semble être une confusion entre condition nécessaire et condition suffisante, on remarquera que la Cour ne s'appuie sur aucune autre décision de la CEDH mettant en jeu l'article 2 en matière d'environnement industriel, alors que le critère d'une menace « réelle et immédiate » n'est pas systématiquement exigé ou est, en tout cas, exprimé en d'autres termes. En ce qui concerne le droit à la vie privée et familiale, la Cour norvégienne s'appuie sur les affaires *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (CEDH, Grande chambre, 8 juillet 2003, n° 36022/97) et *Fadaïeva c. Russie* (CEDH, 9 juin 2005, n° 55723/00).

11 Arrêt commenté, p. 35 de la traduction anglaise disponible sur le site du *Sabin Center* (V. note 1).

Le 4 janvier 2018, le tribunal de district d'Oslo (*Oslo Tingrett*) a statué en faveur du gouvernement norvégien[12]. Il a néanmoins déduit de l'article 112 de la Constitution norvégienne un droit opposable à un environnement sain, et que ce droit inclut la protection du climat. Mais il a considéré que les émissions de GES à l'étranger résultant de la combustion du pétrole et du gaz exportés de Norvège ne peuvent être prises en compte pour caractériser une violation de l'article 112 dont le champ d'application se restreint au territoire norvégien.

Le 5 février 2018, les associations ont porté leur recours directement devant la Cour Suprême de Norvège (*Norges Høyesterett*), faculté ouverte aux affaires qui présentent des enjeux particulièrement importants. La demande n'ayant pas abouti, l'affaire a été jugée une nouvelle fois devant la cour d'appel de Borgarting (*Borgarting lagmannsrett*).

Elle reconnaît un droit à l'environnement en adoptant une argumentation plus audacieuse que le Tribunal (**I**), mais estime toutefois que l'octroi des permis était valide, au prix d'une argumentation parfois contestable (**II**).

I. La reconnaissance d'un droit à l'environnement, incluant la protection du climat

En 1992, la Norvège introduit dans sa Constitution un droit à l'environnement, sous l'influence du rapport *Bruntland*. L'article 112 dans sa rédaction actuelle, issue d'une révision constitutionnelle de 2014, prévoit que : « Toute personne a droit à un environnement favorable à la santé et à un environnement naturel dont la productivité et la diversité sont maintenues. Les ressources naturelles doivent être gérées sur la base de considérations approfondies axées sur le long terme, qui permettront de préserver ce droit pour les générations futures également. (al. 1) / Afin de sauvegarder leur droit conformément au paragraphe précédent, les citoyens ont droit à l'information sur l'état de l'environnement naturel et sur les effets de tout empiètement sur la nature qui est planifié ou réalisé. (al. 2) / Les autorités de l'État prennent des mesures pour la mise en œuvre de ces principes. (al. 3) »[13].

Dans l'affaire commentée, la Cour consacre un droit à l'environnement (**A**), qui inclut la protection du climat. Elle en retient une interprétation audacieuse pour ce qui concerne l'évaluation des émissions de GES (**B**).

A. La reconnaissance d'un droit substantiel à l'environnement

À l'instar du tribunal d'Oslo, la Cour reconnaît un droit substantiel à l'environnement directement opposable aux actes de l'administration (**1**). Une avancée majeure immédiatement tempérée par la gravité du dommage environnemental exigée et un contrôle restreint de l'action gouvernementale (**2**).

12 Oslo Tingrett (2018), *Föreningen Greenpeace Norden & Nature of Ungdom vs Staten ved Oljeog energidepartementet*, 16-166674TVI-OTIR/06, 4 janvier 2018.

13 Cette révision constitutionnelle a notamment déplacé l'ancien article 110 b, devenu l'article 112, dans le chapitre relatif aux droits de l'homme, et modifié la rédaction du troisième alinéa.

1. *Un droit substantiel à l'environnement*

À la suite de la révision constitutionnelle de 2014, un séminaire est consacré à la portée juridique du droit à l'environnement désormais inséré au « Chapitre E – Droits de l'Homme » de la Constitution norvégienne. Plusieurs structures de la société civile se regroupent alors au sein de l'association « § 112 »[14] afin de promouvoir un droit qui soit opposable aux décisions de l'administration, ce qui aboutira au dépôt, en octobre 2016, du recours de l'affaire commentée. Les associations, qui luttent contre les « projets climaticides », souhaitent voir consacrée l'obligation de réaliser une évaluation climatique pour les grands projets[15].

La Cour devait d'abord déterminer si le droit à l'environnement introduit dans la Constitution instaure un droit substantiel ou un simple droit formel. Dans la première hypothèse, les tribunaux doivent veiller à son respect, conformément à l'article 89 de la Constitution norvégienne qui prévoit que « les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de contrôler si les lois et autres décisions prises par les autorités de l'État sont contraires à la Constitution ». Dans la seconde hypothèse, le juge devrait se borner à contrôler l'existence de mesures prises pour la mise en œuvre de ce droit à l'environnement, comme le suggérerait le troisième alinéa de l'article 112 selon le Gouvernement.

Aucune décision n'ayant tranché clairement cette question, la Cour va s'appuyer sur les termes de l'article, et sur sa place au sein du chapitre relatif aux droits de l'homme. Elle va surtout se référer aux nombreux travaux préparatoires et aux débats du Storting, lors de la création de l'article en 1992 et de sa révision en 2014. Si la Cour s'est autant rapportée aux débats parlementaires, c'est pour apporter des garanties quant à la séparation des pouvoirs, dont l'équilibre est fragile dans le cadre d'une *judicial review*[16]. Le juge souhaite donc montrer qu'en établissant un droit à l'environnement doté d'un effet direct, il ne s'arroge pas de lui-même ce pouvoir, mais traduit la volonté des parlementaires, représentants de la volonté du peuple.

La Cour en déduit que l'environnement est une condition fondamentale, au sens premier, pour la vie des êtres humains ; on peut donc comparer le droit à l'environnement prévu par l'article 112 aux autres droits fondamentaux que les tribunaux sont chargés de garantir. Les tribunaux sont chargés de préserver l'État de droit, et pour protéger les valeurs établies par la Constitution, ils doivent donc pouvoir fixer des limites, même aux décisions de la majorité politique.

14 https://forfatternesklimaaksjon.no/ (consulté le 20 avril 2020)

15 C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges » *in* M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost, *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, Mare et Martin, p. 212, 2018.

16 Cette procédure permet à un justiciable (individus, associations, etc.) de demander au juge de contrôler la « légalité », entendue au sens large, d'une décision des pouvoirs publics (c'est-à-dire vis-à-vis des normes internes, en ce comprise la Constitution, mais aussi des conventions internationales). Contrairement au recours en excès de pouvoir devant le juge administratif français, l'illégalité de la décision déférée n'aboutit pas automatiquement à son annulation. En effet, si le juge considère que la décision est illégale, il peut notamment l'annuler (*quashing order*), prononcer une injonction ou encore octroyer une réparation. Mais il peut également se borner à prononcer un jugement déclaratoire.

2. *La sanction du droit à l'environnement conditionnée à la gravité du dommage environnemental résiduel*

Néanmoins, à l'instar des autres droits protégés par la Constitution, tous les dommages ne sont pas susceptibles d'être couverts par l'article 112, malgré sa formulation généralisante. La Cour considère que le critère-clef doit être la gravité du dommage environnemental, appréciée au regard de la santé humaine, de la diversité de l'environnement naturel et de sa capacité de production. Ce risque de dommage doit être suffisant, mais la Cour n'exige pas que le dommage soit nécessairement déjà survenu.

Par ailleurs, la Cour ajoute que dès lors qu'il s'agit d'un droit substantiel, il ne suffit pas que les autorités adoptent des mesures pour sa mise en œuvre. Ces mesures ne font pas écran, elles devront nécessairement faire l'objet d'une évaluation par le juge afin d'établir le dommage environnemental « résiduel » qui subsistera après leur application. Toutefois cette évaluation devra être globale, du fait de la complexité des problèmes environnementaux et des mesures nécessaires pour y répondre.

Malgré cela, la Cour insiste sur la marge accordée à l'action du gouvernement : le contrôle du juge doit tenir compte des considérations sociétales qui sous-tendent l'empiètement sur l'environnement et les coûts sociétaux des mesures prises en réponse. Selon elle, cette exigence ressort de considérations démocratiques liées à la séparation des pouvoirs mises en lumière lors des débats parlementaires et par les travaux préparatoires relatifs à l'article 112.

Enfin, et pour la même raison, la Cour précise qu'elle envisage un degré de contrôle moins étendu sur des décisions de l'exécutif ou du Parlement que dans le cas d'autorités administratives subordonnées.

B. La traduction du droit à l'environnement en matière climatique

La Cour d'appel admet naturellement que la protection du climat participe du droit à l'environnement, en se référant à la lettre de l'article 112 et aux travaux préparatoires. Elle précise alors les modalités de sa mise en œuvre en ce qui concerne les émissions de GES, responsables du dérèglement climatique. Contrairement au Tribunal, elle considère que les émissions de GES résultant des activités gazières et pétrolières ne peuvent être évaluées isolément (**1**) puis que les émissions provenant de leur combustion après exportation doivent également être prises en compte (**2**).

1. *Une évaluation conjointe des émissions de GES résultant de la décision avec les autres émissions sectorielles*

Il convient tout d'abord d'établir si les émissions résultant de la décision contestée, à savoir celles émises lors de la production et de la combustion du pétrole et du gaz, doivent être évaluées séparément ou bien conjointement avec les émissions des autres secteurs qui, ensemble, contribuent au changement climatique. Cette évaluation cumulative existe déjà en droit norvégien concernant

le contrôle de la pollution des rivières ou la protection de la diversité naturelle. Selon la Cour, cette exigence d'une évaluation cumulative en matière environnementale ressort de la formulation même de l'article 112, qui fait expressément référence à la diversité de l'environnement naturel et à sa capacité de production, et qui dispose que les ressources naturelles doivent être gérées sur la base de considérations globales, à long terme, afin de préserver ce droit pour les générations futures.

Surtout, si les émissions de chaque décision contestée étaient évaluées isolément, l'article 112 perdrait tout son intérêt compte tenu du seuil exigé pour la mise en œuvre du droit à l'environnement. Aussi, dans un souci d'efficacité, il faut évidemment partir des émissions que la décision contestée risque d'entraîner ; mais il faut alors prendre en compte l'effet total qui en résultera sur le climat, c'est-à-dire en prenant en compte les autres émissions. À un échelon plus local, un parallèle peut être dressé avec l'évaluation environnementale des projets qui exige, en droit de l'Union européenne, une étude du cumul des incidences, notamment climatiques, avec les autres projets existants ou approuvés[17]. Mais nous n'avons connaissance d'aucune évaluation environnementale qui y aurait procédé, contrairement à l'étude des impacts cumulés en ce qui concerne le bruit, l'atteinte au paysage ou encore à la biodiversité qui est classique pour les projets d'infrastructures ou ou de production d'énergies renouvelables.

Dans l'hypothèse où les émissions nationales de GES sont telles que leur volume total doit être réduit – ce qui est évidemment le cas – la Cour souligne que le pouvoir politique pourra se ménager une marge de manœuvre pour les émissions contestées s'il parvient à réduire d'autres émissions en fonction d'une stratégie globale, en mettant en place des mesures sur le fondement de l'alinéa 3. Une fois encore, et à l'instar d'autres juridictions européennes[18], la Cour part du principe que le Storting et le gouvernement disposent d'une marge d'appréciation considérable en ce qui concerne la priorisation des réductions d'émissions de GES et que les tribunaux doivent faire preuve de retenue lors de leur examen.

2. La prise en compte des émissions extraterritoriales de GES lors de la combustion

La Cour adopte une position audacieuse en estimant qu'il faut prendre en compte des émissions provenant de la combustion du pétrole et du gaz après leur exportation, et pas seulement celles liées à leur production. Elle constate d'une part qu'il existe une relation claire entre la production et la combustion, puisque c'est le but même du pétrole que d'être utilisé comme source d'énergie, et d'autre part que les émissions liées à la combustion sont de loin les plus importantes (environ vingt fois plus importantes que les émissions liées à la production). Cette solution est à rapprocher de celles récemment adoptées en France par le Conseil constitutionnel. Dans la décision sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre[19], il a jugé

17 Article 4 et Annexe III de la directive n° 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ; transposés aux articles R. 122-5, II, 5°, e) et L. 122-1, III, du code de l'environnement.

18 V. le commentaire de l'affaire *Agriculteurs Bio & Greenpeace c. Allemagne* de P. Mougeolle.

19 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

conforme à la Constitution les dispositions qui permettent que la responsabilité d'une société soit engagée à raison de dommages survenus à l'étranger[20]. Puis dans la décision *Union des industries de la protection des plantes*, il a précisé que le législateur est libre de tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger, afin d'assurer la conciliation des objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de protection de la santé avec l'exercice de la liberté d'entreprendre[21].

En revanche, la Cour est plus timide sur le territoire à prendre en considération pour l'analyse des effets du changement climatique, et tranche en faveur du seul territoire norvégien. Elle se réfère d'abord à « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États » issue du droit international, selon laquelle un État est tenu de prévenir les dommages notamment environnementaux causés dans les pays voisins, et éventuellement de les indemniser[22]. Ce principe a été introduit en droit norvégien de l'environnement, par exemple avec la loi sur le contrôle de la pollution transfrontière. La Cour retient deux interprétations doctrinales de ce principe. D'abord, ce principe vise à désigner les responsables d'actions dommageables. *A contrario*, selon elle, l'article 112 de la Constitution norvégienne a pour seul objet d'octroyer un droit aux individus. Ensuite, ce principe peut s'analyser comme l'expression d'un principe de solidarité. Mais la Cour estime que contrairement au principe de solidarité intergénérationnelle qui est expressément visé dans l'article 112, cette acception d'une solidarité « territoriale » n'a pas été exprimée dans le libellé de l'article 112, et les travaux préparatoires n'y ont jamais fait clairement référence.

La Cour en déduit qu'il faudra uniquement prendre en compte les effets du dérèglement climatique en Norvège. Cette solution nous semble quelque peu bancale, puisqu'elle circonscrit le contrôle du juge à l'étude des effets du dérèglement climatique sur le territoire norvégien tout en acceptant de prendre en compte, d'un point de vue alors purement comptable, les émissions extraterritoriales résultant de la combustion des hydrocarbures.

Peut-être est-ce pour cela que la Cour tempère sa solution en indiquant, dans une formule plutôt obscure compte tenu des développements précédents, que « Étant donné que le seuil [de gravité] prévu à l'article 112 est dans une certaine mesure relatif, il pourrait néanmoins […] constituer un élément pertinent si les activités basées en Norvège contribuent également aux dommages environnementaux à l'extérieur de la Norvège. »[23]. Une ouverture qui ne manquera sûrement pas d'être mobilisée par les associations dans l'hypothèse d'une découverte de gisements exploitables commercialement.

20 Cons. const., 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, déc. n° 2017-750 DC.

21 Cons. const., 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, déc. n° 2019-823 QPC. V. Champeil-Desplats, « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, févr. 2020 (en ligne).

22 CPA, Sentence arbitrale, 16 avril 1938 et 11 mars 1941, *Affaire de la Fonderie de Trail* ; C.I.J., Avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil 1996, p. 226.

23 Nous précisons cependant que nous nous sommes appuyés sur la traduction anglaise non officielle de l'arrêt.

En dernier lieu, la Cour se prononce sur l'articulation entre le droit constitutionnel à l'environnement et les accords internationaux, comme l'Accord de Paris. Elle souligne que l'article 112 de la Constitution norvégienne doit être interprété indépendamment de ces accords, mais elle admet qu'ils seront toutefois essentiels pour résoudre les problèmes environnementaux mondiaux. En conséquence, ils pourront contribuer, en tant qu'élément interprétatif de l'évaluation globale de l'impact sur l'environnement, à clarifier ce qu'est une limite de tolérance acceptable et ce que sont les mesures appropriées au sens de l'article 112.

II. Le maintien des permis au prix d'une argumentation rocambolesque

Ayant précisé la teneur du droit à l'environnement et les modalités de sa mise en œuvre en ce qui concerne les émissions de GES, la Cour les confronte à la décision d'octroi des permis pétroliers et gaziers.

Elle rappelle d'abord les conséquences qu'aura le dérèglement climatique en Norvège : incendies de forêts, submersions marines, atteintes à la faune et la flore marine, etc. Elle souligne que l'ampleur de ce dérèglement est incertaine, qu'elle pourrait dépasser ce que prévoient aujourd'hui les scénarios les plus robustes.

Elle constate ensuite que les objectifs de réduction des émissions qui ont été communiqués dans le cadre de l'Accord de Paris, alignés sur ceux de l'Union européenne, ne sont manifestement pas assez ambitieux pour limiter le réchauffement sous le seuil fixé par cet accord afin d'éviter des conséquences délétères[24]. Elle souligne également que les émissions de GES norvégiennes sont restées relativement stables ces dernières années et représentent environ dix tonnes par habitant par an, soit nettement plus que la moyenne mondiale, autour de cinq tonnes, mais aussi que la moyenne de l'Union européenne. Cette différence s'expliquerait par la production massive de pétrole et de gaz.

Elle juge néanmoins que l'octroi des permis pétroliers et gaziers ne méconnaît pas le droit à l'environnement prévu par l'article 112 de la Constitution, aussi bien au regard des émissions de GES sur le territoire norvégien (**A**) qu'au regard des émissions extraterritoriales liées à la combustion (**B**).

A. Des émissions de GES issues du secteur pétrolier à l'échelon national sous le seuil de gravité

La Cour analyse d'abord les conséquences de la décision d'octroi des permis pour les émissions de GES liées à la production en Norvège. Elle évalue successivement toutes les hypothèses de la procédure conduisant à une exploitation commerciale, et évacue à chaque fois toute éventuelle violation de l'article 112. Elle écarte d'emblée les émissions liées aux activités d'exploration, considérées comme marginales, et se concentre sur les activités de production.

24 Norwegian Climate Risk Commission's report, NOU 2018: 17, "Klimarisiko og norsk økonomi" ("Climate risk and the Norwegian economy"), p. 46.

En premier lieu, elle relève qu'aucun gisement commercialement exploitable n'a pour l'heure été découvert, et qu'il est très incertain que les zones explorées renferment des quantités de pétrole ou de gaz suffisantes pour que la production soit rentable. Elle en déduit qu'à la date à laquelle elle statue, l'octroi des permis implique uniquement des émissions potentielles, qui ne surviendraient que dix ou quinze ans plus tard, soit en 2030 ou 2035 lorsque les émissions mondiales de GES devront avoir été réduites de moitié afin de respecter l'Accord de Paris avec une probabilité raisonnable[25].

En deuxième lieu, elle affirme de nouveau qu'en cas de découverte de gisements commercialement exploitables, les entreprises devront solliciter l'approbation d'un plan de développement et d'exploitation (PDE), car leur permis n'accorde qu'un droit de production limité. Or à cette occasion une étude d'impact devra être réalisée pour évaluer notamment les émissions atmosphériques liées à la production. Le ministre du pétrole et de l'énergie pourra alors approuver le plan, le cas échéant sous conditions, ou bien le refuser. Toutefois les associations soulignent que, dans la pratique, ces plans ont toujours été approuvés. Le juge saisit alors l'occasion de rappeler aux autorités qu'elles ne doivent pas approuver un PDE proposé sur le fondement d'une évaluation environnementale insuffisante. Une invitation, implicitement prescriptive, à la réalisation d'évaluations climatiques robustes.

En revanche, alors que le juge renâclait quelques paragraphes auparavant à prendre en compte les émissions de GES liées à la production pétrolière et gazière au motif qu'elles ne seraient que potentielles, il n'hésite pas ici à avancer qu'en tout état de cause, le contexte aura évolué dans quelques années, de sorte que les entreprises lauréates pourraient renoncer à toute exploitation commerciale (ou dans une mesure moindre que celle initialement prévue). Mais l'évolution du prix des échanges de quotas d'émission, du niveau de la taxe carbone et toute autre exigence venant à être imposée en fonction de « considérations climatiques » ne sont que de pures conjectures.

En troisième lieu, la Cour considère que même dans l'hypothèse où les gisements seraient effectivement exploités, les émissions produites seraient marginales par rapport à l'ensemble des émissions norvégiennes. En effet l'étude d'impact estime que le projet produirait 286 000 à 568 000 tonnes de CO_2 pour l'année de production la plus importante, contre environ 15 millions de tonnes par an pour le plateau continental norvégien, et 50 à 60 millions de tonnes pour l'ensemble de la Norvège. La Cour souligne ensuite, et c'est une évidence, que par rapport au volume mondial des émissions, la proportion serait encore plus faible.

En quatrième lieu, la Cour met ces émissions en balance avec les mesures adoptées par la Norvège dans la lutte contre le changement climatique, en vertu du troisième alinéa de l'article 112. Elle considère que le système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (SEQE), auquel la Norvège participe, constitue une mesure pertinente, car l'augmentation des émissions n'affectera pas la quantité totale de quotas qui devront être restitués à l'Union européenne, tous secteurs compris. Les émissions ne dépasseront donc pas, en valeur absolue, le plafond imposé par ce système. Mais c'est partir un peu vite du principe que le SEQE est performant, alors que ses dysfonctionnements

25 Cette réduction de GES correspond à une trajectoire 1,5 °C. La probabilité de limiter le réchauffement en deçà de 1,5 °C est de 50 % selon le GIEC pour cette trajectoire (v. GIEC, *Rapport spécial 1,5 °C*, Résumé pour les décideurs, 2018, p. 26).

et son inefficacité sont régulièrement dénoncés[26]. Le juge relève ensuite l'existence d'autres mesures visant à réduire les émissions du plateau continental norvégien (introduction d'une taxe carbone, restrictions diverses, comme l'interdiction de brûler le gaz excédentaire en torchère, et travaux d'électrification en cours) sans véritablement questionner leur efficacité.

En cinquième lieu, la Cour rappelle qu'elle a admis que les émissions induites par l'octroi des permis devaient être évaluées conjointement aux émissions des autres secteurs. Or la Norvège émet d'ores et déjà trop de GES et elle ne tient pas ses propres objectifs de réduction, qui sont d'ailleurs trop faibles, note la Cour en reprenant l'argumentation des associations. Pourtant une réduction drastique des émissions est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris, estime-t-elle ; le total des contributions nationales déclarées est encore trop faible pour y parvenir, et il faut donc que ces contributions progressent. Le principe des responsabilités communes, mais différenciées prévu par l'Accord de Paris renforce la responsabilité de la Norvège en tant que pays développé : cette exigence va directement à l'encontre de la recherche de nouveaux gisements de pétrole et de gaz. Toutefois, le juge fait remarquer que cet argument se fonde sur l'hypothèse selon laquelle les émissions sectorielles seraient figées et ne pourraient pas aller à la baisse. Le juge conteste cette optique au motif qu'une évaluation technique et politique est en cours pour déterminer dans quels secteurs des réductions pourront être effectuées, et comment elles pourront être réalisées (y compris par des mécanismes de marché). Il semble en outre considérer que l'utilisation des ressources fossiles n'est pas incompatible avec la réduction progressive des émissions, afin d'atteindre l'objectif de 1,5 ℃. Compte tenu de ces éléments, le juge estime que les associations font valoir une hiérarchie des émissions selon les secteurs. Or l'article 112 ne donne pas aux tribunaux le pouvoir de censurer l'ordre de priorité des émissions nationales, car ce classement implique des considérations socio-économiques et politiques qui constituent la limite même de ses pouvoirs de contrôle. Sur ce plan, l'affaire *Urgenda* invoquée par les associations n'est pas transposable au cas d'espèce puisque dans cette affaire, la Cour néerlandaise avait affirmé que ce n'était pas au juge, mais à l'État de déterminer les moyens de parvenir aux objectifs qu'il s'était fixés.

La Cour conclut que les éventuelles émissions futures liées aux permis de production accordés en 2016 ne revêtent pas une importance suffisante par rapport aux émissions nationales, en particulier lorsque les mesures d'atténuation sont prises en compte, pour en déduire une violation de l'article 112.

B. Les conséquences de la décision pour les émissions de GES issues de la combustion à l'étranger

Les émissions totales, combustion comprise, qui résulteraient de l'exploitation des permis octroyés dans la région sud-est de la mer des Barents oscilleraient entre 100 et 370 millions de tonnes de dioxyde de carbone. Relevant que les émissions annuelles liées à la combustion du pétrole et du gaz norvégiens s'élèvent au maximum à 500 millions de tonnes, la Cour considère que les émissions de la décision querellée sont mineures pour la filière norvégienne, et plus encore à l'échelon mondial.

26 Voir par exemple : Chr. de Perthuis, R. Trotignon, « Pourquoi et comment redresser le système européen des quotas de CO_2 », *Les Cahiers de la Chaire Économie du Climat*, 2017.

Elle ajoute que ces émissions doivent être mises en balance avec les mesures qu'Oslo a adoptées pour lutter contre le dérèglement climatique. Elle prétend que la Norvège joue sur la scène internationale un rôle moteur pour l'adoption d'accords contraignants de réduction des émissions. Elle relève qu'elle porte aussi une initiative mondiale sur le climat et les forêts. Selon la Cour, ce rôle peut constituer une mesure au sens de l'article 112, alinéa 3. Elle ajoute que le royaume soutient les pays en voie de développement pour les aider à s'adapter au dérèglement climatique. Cependant le coût de toutes ces mesures pourrait peser moins sur l'économie nationale que le ferait l'arrêt ou la réduction des activités pétrolières. La cour met donc en balance, non sans cynisme, les revenus pétroliers norvégiens et le coût de son soutien aux pays en voie de développement face au changement climatique auquel la Norvège contribue bien davantage que chacun d'eux[27].

La Cour poursuit, afin de répondre aux associations qui avançaient que les gisements déjà découverts devraient être exploités en priorité. S'appuyant sur les ressources en charbon, pétrole et gaz disponibles, elle estime que l'arrêt de l'extraction du gaz pourrait aboutir à son remplacement par le charbon ; cette rupture des exportations aurait alors des effets négatifs en termes d'émission de CO_2. Elle avance une autre hypothèse selon laquelle le gaz norvégien pourrait être remplacé par celui de fournisseurs d'autres pays, et que cette mesure pourrait n'avoir aucun effet. Elle en déduit qu'il n'y a pas de meilleure solution que de poursuivre l'exploitation, à moins de remplacer le gaz par des sources d'énergies alternatives.

Elle ajoute que le Storting a débattu à plusieurs reprises de propositions visant à abandonner totalement ou partiellement les activités pétrolières norvégiennes, en raison de leur impact sur les émissions de GES à l'échelon mondial. Mais toutes les propositions ont été rejetées à une large majorité, en partie à cause de l'importance des activités pétrolières pour l'économie norvégienne, mais aussi au motif que, dans une hypothétique société à faibles émissions, il sera toujours possible d'utiliser du pétrole et du gaz.

Elle opère une synthèse de son raisonnement : tout en concédant que les émissions à l'échelon mondial ont des conséquences dramatiques, elle rappelle que le critère déterminant pour statuer selon l'article 112 de la Constitution est uniquement celui des dommages environnementaux en Norvège. Ces dommages sur le territoire national pourraient être assez graves, mais ils paraissent plus limités et d'une autre nature que les dommages mondiaux. De nombreuses mesures ont été mises en place pour en limiter les effets sur le sol norvégien[28], et si l'on tient compte de ces mesures, l'arrêt ou la réduction des activités pétrolières norvégiennes pourraient s'avérer moins efficaces sur le plan écologique.

La Cour conclut, sur la base de ce qu'elle considère être une évaluation globale de la situation, au non-dépassement du seuil requis pour la violation de l'article 112.

***

27 Arrêt commenté, p. 29 de la traduction anglaise disponible sur le site du Sabin Center : « Compared with such measures, shutting down or reducing Norwegian petroleum activities may prove less cost-effective. »

28 Il semble que la Cour fait référence aux mesures d'atténuation (introduction d'une taxe carbone, restrictions diverses, comme l'interdiction de brûler le gaz excédentaire en torchère, et travaux d'électrification en cours) puisqu'elle ne détaille pas les mesures d'adaptation mises en œuvre.

Hasard du calendrier, quelques jours seulement après la lecture de l'arrêt commenté, le Gouvernement norvégien a revu à la hausse ses objectifs en matière de réduction des émissions de GES : il vise désormais une réduction d'au moins 50 %, voire 55 %, à l'horizon 2030[29]. Un engagement qui semble d'autant moins compatible avec le maintien des permis pétroliers et gaziers.

Le 20 avril 2020, la présidente de la Cour Suprême a annoncé que l'affaire sera entendue en séance plénière devant la plus haute juridiction norvégienne[30]. Cette formation, qui réunit les dix-neuf juges, est réservée aux cas extraordinaires, notamment lorsque l'affaire soulève des conflits entre la décision attaquée et la Constitution ou les conventions internationales auxquelles la Norvège est partie[31].

Le même jour, la *Surfrider Foundation Europe,* accompagnée de vingt-et-un organismes européens, a appelé à l'interdiction des forages pétroliers et gaziers dans les eaux européennes, avec pour horizon l'interdiction totale des opérations d'ici 2035. Le lancement de cette campagne intervient dix ans après l'explosion de la plateforme pétrolière Deepwater Horizon, à l'origine d'une des plus importantes marées noires de l'histoire et qui avait provoqué la mort de onze personnes[32].

29 Nationally Determined Contribution, Updated 7 February 2020: https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Norway%20First/Norway_updatedNDC_2020%20(Updated%20submission).pdf (consulté le 24 avril 2020).

30 Le Comité de sélection des recours de la Cour suprême a accordé aux associations le droit de porter leur recours devant la plus haute juridiction norvégienne. Ce comité joue un rôle de filtre, à l'instar de la procédure qui existe devant le Conseil d'État français.

31 Conformément à l'article 5 al. 4 et l'article 6 al. 2 du Domstolloven (Act relating to the Courts of Justice).

32 Surfrider Foundation Europe, « Offshore Drilling: what are the dangers? », 20 avril 2020 : https://surfrider.eu/en/learn/news/forages-mer-quels-dangers-121420203875.html (consulté le 21 avril 2020).

22
Indigenous Environmental Network c. US Department of State (2018-2019)

Sandy Cassan-Barnel[1]

La question climatique est, encore aujourd'hui, un sujet qui ne fait pas nécessairement consensus selon l'État dans lequel il est débattu. Alors qu'en Europe on ne débat pas de l'existence du changement climatique et de son origine anthropique, puisque ce phénomène est accueilli comme un fait scientifiquement prouvé, aux États-Unis, la question semble encore relever, pour certains, de la croyance. Par ailleurs, le fait que ce pays soit exportateur d'énergies fossiles, notamment avec le développement croissant de la production de pétrole de schiste[2] et la forte dépendance de sa population à ces combustibles sont un frein notable à l'édiction de mesures strictes qui permettraient de limiter ou d'atténuer l'empreinte carbone du pays.

L'élection de Donald Trump à la Présidence américaine n'a pas permis de dépasser ce problème puisqu'il est allé jusqu'à qualifier la crise climatique de « hoax »[3], de canular. Le pays, sous l'administration Obama, a été signataire des Accords de Paris. Mais, le Président Donald Trump a fait du retrait du pays de ces Accords, un argument de campagne qu'il tend à concrétiser avec la notification récente aux Nations unies de son intention de les quitter[4].

Dans ce contexte, la construction de l'oléoduc par l'entreprise canadienne TransCanada, du secteur énergétique, a suscité de nombreux débats au sein de la population et de la classe politique américaine. Les actions contre cet ouvrage apparaissent comme un symbole fort de la lutte contre les énergies fossiles aux États-Unis.

L'oléoduc a été construit entre le Canada et le sud des États-Unis pour alimenter le pays en pétrole non raffiné. La construction a été exécutée en trois phases successives. Dès les premières phases de construction, un recours a été déposé par une association de protection de l'environnement contre le Département d'État. Il lui était reproché de ne pas avoir terminé l'évaluation environnementale

1 Juriste, Notre Affaire à Tous (NAAT).
2 NPR, 20 novembre 2019, https://www.npr.org/2019/11/20/780879474/as-oil-prices-drop-and-money-dries-up-is-the-u-s-shale-boom-going-bust.
3 Time, 9 juillet 2019, https://time.com/5622374/donald-trump-climate-change-hoax-event/.
4 BBC news, 5 novembre 2019, https://www.bbc.com/news/world-us-canada-50297029.

du projet avant d'autoriser sa construction[5], mais les demandeurs se sont désistés. Aujourd'hui, la construction de la quatrième phase du projet, un projet d'oléoduc d'envergure qui permettrait de relier directement l'Alberta (Canada) à l'État du Nebraska aux États-Unis par une route plus courte et des tuyaux d'une taille plus grande, bien qu'abandonnée par l'administration Obama, est à nouveau l'objet de multiples batailles avec la promesse de campagne de Donald Trump de relancer le projet.

On peut recenser huit recours liés à la construction de cet oléoduc[6]. Ce sont le plus souvent des associations de protection de l'environnement ou de protection des minorités qui contestent la délivrance de permis de construire de l'oléoduc. En plus, on peut citer une décision rendue suite au recours d'une association de propriétaires qui contestait la constitutionnalité du large pouvoir octroyé par l'État du Nebraska à la société TransCanada, dans l'exercice du droit d'expropriation[7], pour la construction de l'oléoduc. D'autres recours ont été déposés cette fois par la société TransCanada contre la lenteur du Gouvernement américain à édicter des autorisations de construction[8] ou contre les manifestants qui entravent leurs travaux[9].

L'affaire qui nous intéresse ici concerne une demande déposée le 23 mars 2017 par deux associations américaines : l'*Indigenous Environmental Network* (IEN) et la *North Coast River Alliance* (NCRA), devant la Cour de District du Montana. L'IEN est une association de natifs américains qui entend protéger sa communauté, ses terres et ses traditions. La NCRA a, quant à elle, pour objectif de protéger les espaces naturels de l'Ouest et du Nord des États-Unis. Le projet porterait atteinte aux activités de la communauté de l'IEN (activités spirituelles et sportives), mais aussi aux terres et aux cours d'eau protégés par la NCRA. Toutes deux contestent la validité du permis de construire d'une portion de l'oléoduc, entre le Nebraska et le Montana. Les défendeurs sont le Département d'État américain, son sous-secrétaire d'État, Thomas A. Shannon Jr. ; le secrétaire d'État américain à l'intérieur, Ryan Keith Zinke ; le Directeur du service de la vie sauvage et des pêcheries, James W. Kurth et le service de la vie sauvage et des pêcheries.

La décision d'accorder ou refuser un permis pour la construction d'un oléoduc traversant la frontière américano-canadienne est conditionnée d'une part, par une décision du Département d'État et d'autre part, par la nature du projet qui doit servir un « intérêt national » pour être validé. Pour être réputé servir « un intérêt national », le projet doit remplir plusieurs critères comme ceux liés à la sécurité énergétique, à la politique étrangère et environnementale, aux impacts socio-économiques et être compatible avec les réglementations fédérales. Le département d'État doit alors adopter une déclaration des potentiels impacts environnementaux et culturels du projet[10]. La première version de

5 Complaint for declaratory and injunctive relief, 11 mai 2010, Center for biological diversity c. US Department of State, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2011/20111005_docket-811-cv-00345_complaint.pdf.

6 http://climatecasechart.com/search/?fwp_search=transcanada (consulté le 20 décembre 2019).

7 District Court of Lancaster county, 19 février 2014, *Thomson c. Heineman*, n° CI 12-2060, https://www.dominalaw.com/documents/LB-1161-Court-Order-Feb-19-2014.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

8 Notice of intent to submit a claim to arbitration under chapter 11 of the North American free trade agreement, 6 janvier 2016, *TransCanada corporation c. The Government of United States*, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2016/20160106_docket-none_notice-of-intent-to-sue.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

9 District Court of Wood county Texas, 25 janvier 2013, *TransCanada keystone pipeline LP c. Beebe*, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2013/20130125_docket-2012-605_judgment.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

10 EIS-0433 : keystone XL Pipeline, https://www.energy.gov/nepa/eis-0433-keystone-xl-pipeline (consulté le 20 décembre 2019).

ce document a été publiée le 1er mars 2013 et sa version définitive le 31 janvier 2014. Ce texte identifie et anticipe les impacts directs et indirects du projet tel qu'il est proposé par l'entreprise TransCanada et présente les différentes alternatives possibles dont l'alternative « no action ». Pour recenser les différents impacts environnementaux, est alors mis en place l'*Environmental Impact Statement* (EIS) qui mesure notamment les émissions de gaz à effet de serre (GES) du projet.

Le 25 juin 2013, le Président Obama a annoncé un « plan d'action climatique »[11] dont l'objectif était de réduire l'émission de GES ainsi que d'encourager l'adaptation au changement climatique. Durant son discours de présentation du plan, il a rappelé que le projet d'oléoduc Keystone XL ne pourrait servir « l'intérêt national » qu'à la condition qu'il n'exacerbe pas l'émission de GES. Déclarant qu'en l'état, la construction de l'oléoduc ne pouvait servir aucun « intérêt national », le 6 novembre 2015 le secrétaire d'État John Kerry refuse l'octroi du permis en application de *l'Executive Order*[12]. Si d'aucuns pensaient en rester là, c'était sans compter l'élection de Donald Trump à la Présidence des États-Unis et sa promesse de campagne de relancer la construction de l'oléoduc puisque le 23 janvier 2017, le Département d'État a accordé un permis présidentiel à la société TransCanada pour la poursuite du projet. C'est la validité de ce permis que contestent les requérants[13].

Le 27 mars 2017, *L'Indigenous Environmental Network* (IEN) et la *North Coast River* Alliance dénoncent, devant la Cour fédérale du District du Montana, la validité du permis de construction octroyé à la TransCanada. En réponse, le Gouvernement fédéral a déposé une requête en irrecevabilité le 9 juin de la même année. Le 22 novembre, la Cour y répond négativement en refusant de recevoir l'argument selon lequel la décision présidentielle d'octroi du permis serait irrévocable. Elle reconnaît également que les préjudices invoqués peuvent être réparés par la voie procédurale au regard du *National Environmental Policy Act*[14] (NEPA).

Le 15 août 2018, la Cour rend un jugement partiel sur la conformité du permis au NEPA. Elle décide que l'étude d'impact présentée par les défendeurs doit être complétée pour y intégrer celle d'un autre tracé approuvé par la Commission du service public du Nebraska[15]. Le 8 novembre 2018, dans un jugement partiel sommaire, la Cour constate l'incompatibilité de l'approbation de la construction de l'oléoduc avec le NEPA et *l'Administrative Procedure Act* (APA). Elle ordonne la production d'un examen environnemental supplémentaire et, dans l'attente du document, demande la suspension des travaux liés à l'oléoduc[16]. Le 7 décembre 2018, la Cour rend une ordonnance de jugement supplémentaire, dans laquelle elle interdit à la société TransCanada de poursuivre les

11 Obama white house : https://obamawhitehouse.archives.gov/president-obama-climate-action-plan (consulté le 20 décembre 2019).
12 N°13337.
13 Complaint for declaratory and injunctive relief, 27 mars 2017, *Indigenous environmental network and north coasts river alliance*, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf (consulté le 20 décembre 2019).
14 Summary of the National Environmental Policy Act (consulté le 20 décembre 2019) https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-national-environmental-policy-act.
15 US District Court for the disctict of Montana, 15 août 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv0009, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180815_docket-417-cv-00029_order-1.pdf (consulté le 20 décembre 2019).
16 US district Court for the district of Montana, 11 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031,http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181108_docket-417-cv-00029_order-1.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

travaux de pré-construction de l'oléoduc jusqu'à ce que le Département d'État présente son examen environnemental supplémentaire, car ils pourraient « fausser l'analyse et la prise de décision future de la Cour concernant le projet »[17]. Le 21 décembre, l'entreprise TransCanada interjette appel des décisions du 8 novembre et du 7 décembre et demande une suspension de leur exécution, notamment, en ce qui concerne la réalisation des travaux de pré-construction.

Le 15 décembre 2018, la Cour rend sa décision sur la demande de suspension[18] en accordant partiellement la poursuite de pré-travaux dans des zones déjà contrôlées, mais refuse de revenir sur la décision de suspendre leur réalisation pour les autres zones. Le 21 février 2019, la société TransCanada saisit le 9e Circuit d'appel contre la décision de suspension des travaux[19]. Le 15 mars, les juges du 9e Circuit rendent une décision confirmant le jugement de la Cour du Montana. Cependant, le 29 mars 2019, le Président Trump adopte un nouveau permis présidentiel, révoquant ainsi le permis de mars 2017, objet du contentieux. Le 8 avril 2019, les défendeurs et la société TransCanada demandent au 9e Circuit de rejeter leur appel en ce qu'il devient caduc par l'édiction d'un nouveau permis présidentiel[20]. Pour la même raison, ils réclament, l'annulation de la décision de la Cour fédérale et son injonction de suspendre les travaux de construction et pré-construction de l'Oléoduc. Finalement, le jugement de la Cour fédérale a été annulé le 6 juin 2019 par le 9e Circuit. La demande formulée auprès de la Cour fédérale concernait la validité du permis de construire octroyé, plus précisément, la validité du *Final Supplemental Environmental Impact Statement* (FSEIS), c'est-à-dire de l'étude d'impact attachée au projet. C'était, donc, principalement au regard de l'impact environnemental et climatique du projet que les requérants demandaient aux juges de se prononcer (**I**) et c'est favorablement que cette demande a été accueillie (**II**).

I. La question de l'impact climatique du projet, au centre de la demande des requérants

Les requérants contestent la validité de l'étude d'impact attachée au permis de construire de l'oléoduc en ce qu'elle ne délivrerait pas d'informations suffisamment fiables sur la nature du projet. Même si les requérants fondent leur demande, de façon large, sur des questions socio-environnementales et procédurales (**A**) leur argumentaire confère une place importante à l'impact environnemental du projet (**B**).

17 US district Court for the district of Montana, 7 décembre 2018, *IEN c.US Department of State*, 417cv00039, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181207_docket-417-cv-00029_order.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

18 US district Court for the district of Montana, 15 février 2019, *IEN c.US Department of State*, 417cv00029, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190215_docket-417-cv-00029_order.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

19 9th Circuit Court of Appeals, 21 février 2019, *IEN c.US Department of State*, n° 18-36068, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190221_docket-18-36068_motion.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

20 9th Circuit Court of Appeals, 8 avril 2019, *IEN c.US Department of State*, n° 18-36068, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190408_docket-18-36068_motion-to-dismiss.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

A. Les demandes socio-environnementales et procédurales

Les requérants contestent la légalité du FSEIS[21] sur plusieurs points en se fondant, notamment, sur le NEPA qui impose l'obligation d'information des autorités publiques et des citoyens avant l'adoption de toute décision en matière environnementale[22]. En effet, pour toute « action fédérale majeure qui affecte de façon significative la qualité de l'environnement humain »[23], le NEPA requiert de la part de toutes les agences fédérales, la préparation, par l'intermédiaire de l'EIS, d'une « déclaration détaillée ». Ce document doit contenir une « complète et équitable discussion » sur les effets directs, indirects et cumulatifs de l'action, ainsi qu'un débat sur la manière d'atténuer les impacts environnementaux négatifs de la mesure[24]. Le FSEIS est la dernière version de l'EIS. Les requérants dénoncent sa légalité en ce qu'ils le trouvent trop restrictif.

Premièrement, pour les requérants, le FSEIS ne fait référence qu'à l'exploitation d'énergies fossiles pour combler les besoins énergétiques du pays et donc qu'à la seule voie de l'oléoduc de la société TransCanada, et ce sans chercher à explorer d'autres pistes[25]. Les demandeurs contestent, non seulement, la validité du FSEIS, mais plus largement l'opportunité de la construction de l'oléoduc en ce qu'il ne ferait pas apparaître d'autres possibilités, pour le pays, de recourir de façon massive aux énergies renouvelables et alternatives à l'utilisation des énergies fossiles.

Deuxièmement, il lui est reproché de ne pas prendre en compte les effets extraterritoriaux du projet[26]. Aucune étude complète analysant les conséquences de l'extraction des sables bitumineux pour les sols canadiens n'apparaît dans le document. Il n'est pas fait, non plus, mention d'une analyse de la libération, par les rejets miniers, d'une importante quantité de dioxyde de soufre dans l'environnement canadien[27], ni des dangers posés par les bassins de résidus[28].

Troisièmement, les demandeurs s'intéressent à l'impact hydrologique de la construction de l'oléoduc sur l'environnement. Les risques des rejets de résidus toxiques sur les aquifères proches du tracé n'auraient pas fait l'objet d'une étude suffisamment précise et le manque d'informations à ce sujet serait fautif[29].

Quatrièmement, l'absence de prise en compte des conséquences du projet sur les minorités locales[30], la carence du document dans l'adoption de mesures d'atténuation[31], les réponses imprécises données au public lors de l'enquête publique[32] et le conflit d'intérêts existant entre la société ayant

21 Complaint for declaratory and injunctive relief, 27 mars 2017, *Indigenous environmental network and north coasts river alliance*, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf (consulté le 20 décembre 2019).
22 40 CFR § 1500.1(b), (c).
23 42 USC § 4332(2)(C).
24 42 USC § 1502.1, 1502.16(a), (b) & (h), 1508.25(c).
25 *Op. cit.* p. 8 § 35 et s.
26 *Ibid.*, p. 9 § 38 et s.
27 *Ibid.*, p. 12 § 44.
28 *Ibid.*, p. 12 § 45.
29 *Ibid.*, p. 12 § 47 et s.
30 *Ibid.*, p. 14 § 53 et s.
31 *Ibid.*, p. 18 § 65 et s.
32 *Ibid.*, p. 18 § 68 et s.

dirigé la rédaction du document et l'entreprise TransCanada s'additionnent à la liste d'arguments qui tendent à démontrer la non-conformité du FSEIS au NEPA. Les requérants contestent, enfin, la validité du document au regard de *l'Endangered Species Act*[33] (ESA), en ce que la *Biologic Opinion* (BiOp) ne réussirait pas à évaluer correctement l'impact du projet sur les espèces animales protégées en ne prenant, par exemple, pas en compte ses effets sur les espèces canadiennes[34]. L'ESA requiert des agences fédérales qu'elles s'assurent de l'innocuité de leurs actions sur l'existence d'espèces menacées ou en voie de disparition. C'est pourquoi il leur appartiendrait de rédiger une *Biologic Opinion* qui énumère l'impact du projet sur ces espèces. Il en va de même pour le *Migratory Bird Treaty Act*[35] (MBTA), et le *Bald Eagle and Golden Eagle Protection Act*[36] en ce que le projet menacerait les oiseaux que ces textes protègent.

À ces arguments socio-environnementaux et procéduraux s'ajoutent ceux portant sur l'impact climatique du projet.

B. Un argumentaire solide autour de l'impact climatique du projet

Les associations demanderesses soulèvent deux catégories d'arguments pour contester la validité du FSEIS au regard de l'impact climatique du projet. La première est relative aux carences de l'étude quant à l'analyse des émissions de GES du projet (**1**), la seconde repose sur l'absence de motivation, dans l'étude d'impact, du changement de politique du gouvernement en matière de lutte contre la crise climatique (**2**).

1. L'analyse des émissions de GES : un projet climaticide ?

Les demandeurs soulèvent les carences et inexactitudes de l'étude d'impact sur plusieurs points.

D'abord les requérants reprochent au document de minimiser l'impact climatique du projet, car il y est affirmé qu'il est « peu susceptible d'avoir un impact significatif sur le taux d'extraction de sables bitumineux ou sur la demande de pétrole brut dans les raffineries américaines »[37]. En effet, est contestée l'inexactitude de l'évaluation des émissions de GES en raison de sa documentation incomplète : le FSEIS mentionne seulement le fait que le projet pourrait émettre jusqu'à 0,24 million de mètres-tonnes d'équivalent dioxyde de carbone ($MMTCO_2e$) pendant la construction de l'oléoduc et de 148 à 170 de $MMTCO_2e$ par année pour l'exploitation, la production, le raffinage, la combustion du sable bitumineux brut et le transport de l'huile[38].

33 16 USC § 1531 et s.
34 *Ibid.*, p. 23 § 85.
35 16 USC sections 701 et s.
36 16 U.S.C. section 668.
37 FSEIS 1.4-10, « *unlikely to significantly impact the rate of extraction in the oil sands, or the continued demand for heavy crude oil at refineries in the U.S.* » https://2012-keystonepipeline-xl.state.gov/documents/organization/221147.pdf.
38 *Op. cit.* http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf p. 15 § 56 et s.

Les requérants contestent ensuite l'affirmation présente dans le FSEIS selon laquelle l'Alberta resterait une région d'exploitation du sable bitumineux, que le projet soit réalisé ou non[39]. Ils dénoncent l'absence de fondement scientifique de l'argument en soutenant le contraire. Selon eux, en augmentant la capacité de transport de pétrole (jusqu'à 830000 barils de pétrole par jour), la quantité de pétrole sur le marché augmente également, ainsi que sa consommation. De même, en augmentant la capacité de transport, c'est aussi le taux d'extraction qui s'accroit.

Puis, les requérants reprochent au document d'ignorer d'autres facteurs qui tendent à augmenter l'impact carbone du projet : la consommation d'énergie de l'extraction est par exemple complètement absente du document. Pourtant, à cette étape du projet, la production de CO_2 peut dépasser les 230 gigatonnes[40].

Enfin, les requérants rappellent que le NEPA exige que l'EIS « explore et évalue objectivement toutes les alternatives possibles afin que les examinateurs puissent évaluer leurs mérites comparatifs »[41]. La jurisprudence, en la matière, affirme l'inapplicabilité d'un EIS qui aurait omis d'examiner une alternative viable[42]. Or, le document ne mentionne pas le fait que la réalisation de l'oléoduc puisse empêcher le développement d'énergies alternatives[43]. Ainsi en permettant un transport à bas coût du pétrole, le projet entraînera surtout la baisse du coût de ce dernier. Le risque, ici, est d'assister à un effet désincitatif du recours aux énergies renouvelables et à une forte demande pour les énergies fossiles, en ce que ces dernières resteront toujours économiquement plus rentables et facilement disponibles. Or, cette analyse n'apparaît pas dans l'étude d'impact.

2. L'argument relatif au changement de politique du Gouvernement

Comme l'avait rappelé le Président Obama dans son discours, un permis présidentiel ne peut être accordé qu'à la condition qu'il serve un « intérêt national[44] ». En effet, depuis le décret du 30 avril 2004[45], lorsque le Secrétaire d'État constate que : « la délivrance d'un permis au demandeur servirait l'intérêt national, il prépare un permis »[46]. Si la délivrance de ce permis est conditionnée à l'existence d'un intérêt national, le décret n'en fournit pas une définition précise. L'une des études d'impact du Gouvernement américain en donne néanmoins quelques exemples[47]. Pour caractériser un projet d'intérêt national, plusieurs facteurs peuvent être pris en compte comme la sécurité énergétique, les impacts environnementaux, culturels et économiques, la politique étrangère et la conformité du projet avec les réglementations fédérales.

---

39 *Op. cit.* http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf p. 15 § 57 et s.

40 *Ibid.* p. 17 § 67.

41 42 USC § 4332(2)(C)iii), (E); 40 CFR § 1502.14.

42 9th Circuit Court of Appeals, 27 mars 2008, *Friends of Yosemite valley c. Kempthorne.*

43 *Op. cit.* http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf p. 9.

44 Obama White House, https://obamawhitehouse.archives.gov/president-obama-climate-action-plan (consulté le 20 décembre 2019).

45 Executive order 13337 section 1 https://www.govinfo.gov/content/pkg/WCPD-2004-05-10/pdf/WCPD-2004-05-10-Pg723.pdf.

46 Executive order 11423, section 1 (d), 16 août 1968 : «If the Secretary of State finds that issuance of a permit to the applicant would serve the national interest, the Secretary shall prepare a permit […] ».

47 U.S. Department of State, Final Environmental Assessment for the Vantage Pipeline Project, mai, 2013, p. ES-1.

Dans le *Record of Decision* (ROD) de 2015[48], le Département d'État avait conclu que l'oléoduc ne servait pas un intérêt national, car sa construction diminuerait le leadership des États-Unis en matière de lutte contre le changement climatique tout en ayant un impact négligeable sur la sécurité énergétique du pays. Au contraire, dans le ROD de 2017, le Département d'État avait conclu différemment en qualifiant d'intérêt national l'oléoduc sans en apporter de justification[49]. Or, en se fondant sur l'APA et la jurisprudence de la Cour Suprême américaine qui avait affirmé que « l'administration doit examiner les données pertinentes et formuler une explication satisfaisante de son action »[50], les requérants rappellent, qu'une « justification plus détaillée est requise lorsqu'une agence change de cap et adopte une nouvelle politique qui repose sur des constatations factuelles qui contredisent celles qui sous-tendent sa politique antérieure »[51]. Le débat repose, ici, sur l'étendue du contrôle que peut opérer le juge, en vertu de la jurisprudence Fox[52], sur des actes découlant du changement de politique d'une agence fédérale[53].

Par ailleurs, les demandeurs réclament l'adoption d'une injonction interdisant aux défendeurs d'effectuer toute action qui aurait pour conséquence de modifier physiquement l'environnement en lien avec le projet[54]. De surcroit, ils demandent le retrait du FSEIS et le retrait de l'approbation du projet, permis présidentiel compris, en ce qu'ils seraient, notamment, contraire au NEPA et aux autres normes susmentionnées et adoptées de façon arbitraire.

À ces nombreuses demandes, la Cour a, principalement, répondu positivement.

II. L'existence de fondements juridiques aux arguments relatifs à l'impact climatique du projet constatée par la Cour

La Cour a accepté de recevoir les arguments liés à l'impact climatique du projet (**A**) et c'est essentiellement au regard du NEPA qu'elle a pu effectuer son contrôle (**B**).

A. La réception, par la Cour, des arguments liés à l'impact climatique du projet

La Cour, a reconnu, d'une part, le manque d'analyse concernant les effets cumulatifs des GES qui porte atteinte au droit à l'information du public et à la prise de décision de l'agence (**1**). D'autre part, elle a sanctionné l'absence de motivation du changement de politique climatique du Gouvernement (**2**).

48 Le ROD est un document public concis qui résume les conclusions de l'EIS et les fondements de la décision.

49 Mémoire complémentaire, 9 février 2019, p. 37 http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180209_docket-417-cv-00029_memorandum-2.pdf.

50 US Supreme Court, 24 juin 1983, *Motor Veh. Mfrs. Ass'n c. State Farm Ins.*, n° 82-354.

51 US Supreme Court, 28 avril 2009, *FCC c. Fox Television Stations, inc.*, n° 07-582.

52 *Ibid.*

53 "National district court hold State's department national interest determination for Keystone XL pipeline violated APA by disregarding prior factual findings", *Harvard law review*, 2019, vol. 132:2368, p. 2373.

54 *Op. cit.* http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf p. 27.

1. *La reconnaissance d'une carence dans l'analyse des effets cumulatifs des GES*

Dans sa décision du 15 février 2019, la Cour confirme le manque d'analyse de l'étude d'impact quant aux effets cumulatifs des émissions de GES des deux oléoducs[55]. Le Code des Régulations Fédérales a défini les effets cumulatifs comme « des impacts sur l'environnement qui résulteraient d'une augmentation des effets de l'action lorsqu'elle est ajoutée à d'autres, passées, présentes ou raisonnablement prévisibles, quelle que soit l'agence, ou la personne, qui entreprend ces actions »[56]. Or, en parallèle de la construction de l'oléoduc Keystone XL, un autre projet d'extension d'oléoduc était en cours : l'Alberta Clipper expansion. Il est alors reproché au FSEIS élaboré pour l'oléoduc Keystone XL de ne pas avoir pris en compte l'extension de l'autre oléoduc dans le calcul des émissions des GES du pays. La Cour a rappelé que le NEPA impose justement que l'EIS comporte une analyse des effets cumulatifs des actions qu'il propose[57]. Elle cite alors la jurisprudence *Kleppe c. Sierra Club* qui précise que « lorsque plusieurs projets qui peuvent avoir des impacts cumulatifs sur l'environnement sont en attente simultanément, le NEPA requiert que les conséquences environnementales des projets doivent être considérées ensemble »[58]. La Cour ajoute que cette omission ne permet pas une prise de décision éclairée et une bonne participation du public sur la base d'informations complètes sur les émissions potentielles de GES[59]. Enfin, alors que dans la décision de novembre 2018, le Département justifiait cette omission comme « une erreur inoffensive »[60] , la Cour rappelle qu'en plus de porter atteinte à la prise de décision et à la participation du public, cette erreur « affecte substantiellement la décision de l'agence »[61].

Sur la question de l'impact climatique du projet, la Cour ne se borne pas à relever la carence dans l'analyse des effets cumulatifs des GES, elle sanctionne également le fait que le gouvernement américain n'ait pas entendu motiver, dans le FSEIS, son changement de politique en matière de lutte contre la crise climatique.

2. *La sanction de l'absence de motivation du changement de politique en matière de lutte contre le changement climatique*

Concernant le changement de politique de l'administration Trump, la Cour confronte les ROD de 2015 et 2017[62]. Elle cite, d'abord, la jurisprudence *Kake*[63]: selon laquelle « même lorsqu'une politique est annulée après une élection, une agence ne peut pas simplement rejeter les constatations

55 US District Court for the district of Montana, 15 février 2019, IEN c. US Department of State, 417cv00029, p. 11-13. (http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190215_docket-417-cv-00029_order.pdf).

56 « Cumulative impact is the impact on the environment which results from the incremental impact of the action when added to other past, present, and reasonably foreseeable future actions regardless of what agency (federal or non-Federal) or person undertakes such other actions ». Art. 40 CFR § 1508.7.

57 *Ibid.* p. 12.

58 « when several projects that may have cumulative environmental impacts are pending concurrently, NEPA requires that the environmental consequences should be considered together », US Supreme Court, 28 juin 1976, *Kleppe c. Sierra Club*, n° 75-552.

59 « This error precluded informed decision-making and public participation based on complete information about potential greenhouse gas emission », *op. cit.*, p. 13.

60 « The Department equates this omission to harmless error », US District Court for the district of Montana, 8 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031, p. 21.

61 « Materially affected the substance of the agency's decision », *Ibid.*, p. 22.

62 Le Record of Decision est un document public concis qui résume les conclusions de l'EIS et les fondements de la décision.

63 United States Court of Appeal, 9th Circuit, 16 décembre 2014, *Organized village of Kake c. Department of Agriculture*, n° 1135717.

factuelles antérieures sans explication motivée»[64]. Ensuite, la Cour rappelle que le ROD 2015 précisait que le leadership des États-Unis en matière de changement climatique fournissait une base suffisante pour refuser le permis[65]. Elle ajoute qu'en adoptant cette position, « le Département d'État a reconnu, en se fondant sur la science, la nécessité de maintenir la température de la planète en dessous des 2 degrés Celsius par rapport à l'ère préindustrielle et la preuve scientifique que l'activité humaine représente la cause principale du changement climatique »[66]. Or, la Cour relève qu'alors que le ROD 2017 reprend mot pour mot celui de 2015, la section « *Climate Change-Related Foreign Policy Considerations* » a tout bonnement disparu. Elle précise que « la volonté du Département de donner plus de poids à la politique énergétique, ne l'excuse pas d'avoir ignoré les décisions factuelles du ROD 2015 »[67], ni d'avoir remplacé les conclusions de 2015 par un simple paragraphe reconnaissant que depuis 2015 il y a eu de « nombreux développements liés à une action mondiale pour lutter contre le changement climatique, y compris les annonces de nombreux pays de leur intention d'en faire autant »[68].

La Cour finit par conclure à l'absence de base factuelle et de motivation de cette explication. Dans son argumentation de 2018, le Département expliquait que son changement de politique concernant l'oléoduc serait sans conséquence sur le changement climatique. La Cour relevait qu'au lieu d'apporter des « explications raisonnables »[69] à son argumentation, il ne faisait qu'écarter les conclusions antérieures relatives au climat pour justifier son changement de cap[70]. La question implicite soulevée par cet argument est de connaître l'étendue du pouvoir des agences fédérales dans l'adoption d'actes post-électoraux : dans quelle mesure peuvent-elles adopter des actes en totale opposition à ceux pris lors de mandats précédents ? Le juge effectue un « contrôle de rationalité », et s'attache à examiner scrupuleusement les justifications avancées. Certains auteurs ne trouvent pas pertinent de refuser l'octroi d'un permis pour des raisons politiques liées à la perception, à l'étranger, de la construction du pipeline[71], c'est oublier trop vite, que l'élément essentiel de la décision est la carence de motivation. Ainsi, « tout comme une agence ne peut contredire ses constatations factuelles sans explication motivée, elle ne peut ignorer ses précédentes constatations ans explication motivée[72] ».

Par ailleurs, la Cour accorde une place essentielle au NEPA dans son raisonnement.

64 « Even when reversing a policy after an election, an agency may not simply discard prior factual findings without a reasoned explanation », *op. cit.*, p. 16.

65 « That the United States's climate change leadership provided a significant basis for denying the permit », US District Court for the district of Montana, 15 février 2019, *IEN c. US Department of State*, 417cv00029, p. 17.

66 « The Department recognized science supporting a need to keep global temperature below two degrees Celsius above pre-industrial levels, and scientific evidence that human activity represents a dominant cause of climate change », *Ibid.* p. 17.

67 « The Department's discretion to give more weight to energy security does not excuse it from ignoring the 2015 ROD's factually-based determinations », *Ibid.* p. 17.

68 « Numerous developments related to global action to address climate change, including announcements of many countries of their plans to do so », *Ibid.*, p. 17.

69 « Reasoned explanation », US District Court for the district of Montana, 8 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031, p. 35.

70 « The Department instead simply discarded prior factual findings related to climate change to support its course reversal », *Ibid.* p. 35.

71 « National district court hold State's department national interest determination for Keystone XL pipeline violated APA by disregarding prior factual findings », *Harvard law review*, 2019, vol. 132:2368, p. 2377: « Rationality review under the APA – aimed at pre-venting arbitrariness by technocratic agencies – should not ossify a prior decision to deny a pipeline permit for political reasons related to foreign perceptions of the pipeline ».

72 « Just as an agency may not contradict its prior factual findings without a reasoned explanation, it may not ignore its previous factual findings without a reasoned explanation », Ross A. Stansberry, « The APA as an environmental law », *Environmental law*, vol. 49:3, p. 831.

B. La place importante du *National Environmental Policy Act* dans les décisions de la Cour

Puisque la Cour s'est essentiellement, fondée sur le NEPA pour rendre ses décisions (**1**), l'administration Trump, tente, aujourd'hui, d'adopter une nouvelle stratégie pour en écarter l'application (**2**).

1. Le caractère déterminant du NEPA dans le contrôle effectué par la Cour

Le NEPA est un outil central, dans le contentieux climatique américain. Pour preuve, à ce jour, pas moins de 230 recours climat se fondent sur ce texte[73].

Dans sa décision de 2018, la Cour conclut que « l'analyse des effets cumulatifs des émissions de GES de l'expansion de l'Ablerta Clipper et du projet Keystone, par le Département d'État est insuffisante et doit être revue pour être compatible avec le NEPA »[74]. De même, dans la décision de 2019, le contrôle opéré se fonde sur la compatibilité du projet avec le NEPA. La Cour va jusqu'à affirmer qu'il en va de « l'intérêt du public »[75].

Le raisonnement de la Cour se fonde sur l'analyse de la compatibilité entre le FSEIS et le NEPA. Si, comme le rappellent James Salzman et Barton H. Thomson Jr, il « peut paraître curieux que la demande inoffensive de rédiger un EIS a abouti à mener à l'existence de plus de recours que toute autre norme environnementale »[76], aujourd'hui, ce document peut constituer et constitue ici, un outil juridique de référence dans le contentieux climatique américain.

C'est dans la décision *Calvert Cliffs'*[77] que les juges américains ont, pour la première fois, accepté d'interpréter le NEPA et expliqué qu'il nécessitait l'adoption d'une étude d'impact environnemental lorsqu'il était applicable[78].

Dès lors, pour les juges, le NEPA s'applique à toute action fédérale à impact environnemental[79]. Il impose aux agences fédérales d'étudier toutes les alternatives possibles d'un projet[80]. Le NEPA s'applique aussi aux actions internationales lorsqu'elles ont un impact aux USA[81]. Certes, le NEPA

73 Sabin Center, US Climate Change litigation, http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/ (consulté le 20 décembre 2019).

74 « The Department's analysis of the following issues fell short of a « hard look » and requires a supplement to the 2014 SEIS in order to comply with its obligations under NEPA: The cumulative effects of greenhouse gas emissions from the Alberta Clipper expansion and Keystone », « The Department equates this omission to harmless error », US District Court for the district of Montana, 8 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031, p. 51.

75 « The public interest rightfully weighs in favor of a complete NEPA review. The preparation of storage yards and construction camps in areas not yet surveyed for cultural resources when the Department issued the 2014 SEIS have the potential to impact adversely the public's interest in an informed NEPA process », US District Court for the district of Montana, 15 février 2019, *IEN c. US Department of State*, 417cv00029, p. 30.

76 « Perhaps surprisingly, there have been thousands of NEPA suits. It might seem strange that NEPA's seemingly innocuous requirement of preparing an EIS has led to more lawsuits than any other environmental statute », J. Salzman and B. H. Thomson, Jr. *Environmental Law and Policy*, Foundation Press, 2014, p. 334.

77 U.S. Court of Appeal for the District of Columbia Circuit, 23 juillet 1971, « *Calvert Cliffs' Coordinating Committee c. United States Atomic Energy Commission* », 449 F.2d 1109.

78 En l'espèce, il s'agissait d'une demande d'autorisation pour la construction d'une centrale nucléaire.

79 *Ibid.*, p. 337.

80 *Ibid.*, p. 343.

81 *Ibid.*, p. 345.

peut voir son application limitée par les lois spéciales qui peuvent l'écarter[82]. Si James Salzman et Barton H. Thomson Jr s'interrogent sur l'effectivité du NEPA en ce que souvent, il servirait à rationaliser des décisions déjà adoptées, force est de constater qu'ici, la décision de la Cour confère une véritable valeur au NEPA dans son rôle d'encadrement des décisions à impact climatique.

Toutefois, le rôle du NEPA dans l'affaire *Keystone* est désormais limité par l'adoption du nouveau permis et les menaces qui pèsent sur son contenu.

2. La stratégie de l'administration Trump pour écarter l'application du NEPA

Par la décision de 2019, la Cour a partiellement refusé la reprise des travaux de pré-construction de l'oléoduc.

Le 6 juin 2019, l'appel formé contre cette décision a été rejeté, car le Président Donald Trump a émis un nouveau permis autorisant la construction de l'oléoduc, rendant caduc le précédent. Un recours a été déposé contre le nouveau permis dans lequel les mêmes requérants contestent la constitutionnalité du nouveau document. Ils ont dû construire un nouvel argumentaire pour faire face à l'inapplicabilité du NEPA au nouveau permis. En effet, pour limiter les possibilités de recours contre ce nouveau document, le Président Trump n'a pas délégué son autorité à l'Agence fédérale en charge de l'environnement, mais l'a lui-même édicté. L'objectif de cette nouvelle stratégie était de soustraire l'acte du champ d'application du NEPA, qui ne peut viser que les agences fédérales et exclure de son contrôle les actes adoptés par le Président américain[83]. Dès lors, le nouveau permis ne peut être soumis aux exigences du NEPA, car le Président américain « n'est pas une agence fédérale »[84].

Et pour faire face à l'impossibilité de pouvoir reprendre les arguments avancés contre le précédent permis, les demandeurs contestent, désormais, la compétence du Président pour l'édiction de l'acte[85]. Le Président Trump ne disposerait pas des pouvoirs nécessaires. Ils se fondent alors sur la *Property Clause* de la Constitution américaine qui prévoit, dans son article 4§ 2 que « le Congrès aura le pouvoir de disposer et d'adopter les règles et régulations nécessaires concernant les territoires et autres biens appartenant aux États-Uni et rien dans la Constitution ne doit être interprété de manière à porter préjudice aux revendications des États-Unis ou d'un État particulier »[86]. La *Property Clause* confère au Congrès le pouvoir d'adopter les décisions relatives aux territoires et propriétés des États-Unis. C'est sur cette question de compétence que devra, prochainement se prononcer la Cour[87]. Enfin, pour compléter sa stratégie visant à rendre le NEPA inapplicable à l'affaire en cours, l'administration Trump a récemment dévoilé un projet de réforme du NEPA. En effet, le but avoué de cette révision,

82 *Ibid.*, p. 346.
83 US Supême Court, 21 avril 1991, *Franklin c. Massachusetts* 505 US.788.
84 Congress website : https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11131 (consulté le 20 décembre 2020).
85 Environmental law at Harvard law school website, 2019), https://eelp.law.harvard.edu/2019/04/energy-eos-in-depth-new-presidential-permit-for-keystone-xl-and-changes-to-presidential-permitting/#_ftnref1 (consulté le 20 décembre).
86 Article 4§ 2 US Constitution « The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State ».
87 Complaint for declaratory and injunctive relief, 5 avril 2019, *IEN c. Trump*.

est de faciliter l'adoption de projets d'infrastructures sans avoir à intégrer de paramètre climatique à la prise de décision[88]. L'adoption de cette réforme aura irrémédiablement des effets climaticides que l'on ne pourra que déplorer.

***

Dans cette succession de décisions, la Cour fédérale retient les arguments liés à l'impact climatique du projet, en refusant à l'administration la possibilité de faire marche arrière sur les décisions adoptées par l'administration Obama sans réelle justification. Ces décisions, révèlent la place centrale du NEPA comme fondement juridique en matière environnementale aux États-Unis. Alors que le NEPA n'est, à l'origine, qu'un document-cadre, il se présente désormais comme un outil juridique particulièrement performant pour les questions environnementales. Même s'il ne trouvera plus à s'appliquer avec le nouveau permis encadrant la construction de l'oléoduc, il est certain qu'il constitue une norme juridique sûre, à laquelle pourront indéniablement avoir recours les protecteurs de l'environnement à l'avenir, à la condition que le projet de réforme de la loi, engagé par l'administration Trump, n'arrive pas à son terme.

88 https://www.cnbc.com/2020/01/09/trump-to-announce-sweeping-changes-to-the-national-environmental-policy-act.html, consulté le 20 janvier 2020.

23
Affaires du Triangle de Gonesse (2019)
Le climat est dans le pré – À propos des affaires du Triangle de Gonesse

Marine Fleury[1]

« Construire plus, mieux et moins cher »[2] afin de « dynamiser les opérations d'aménagement pour produire plus de foncier constructible ». Tels sont les objectifs que le législateur a récemment assignés aux zones d'aménagement concerté (ZAC)[3]. Instrument historique de l'aménagement du territoire[4], la ZAC permet la réalisation de grands projets d'aménagement urbain dont la pertinence – économique, sociale et environnementale – est régulièrement débattue[5]. Récemment, l'affaire du « Triangle de Gonesse » a introduit un nouveau front d'interrogations quant à la légalité des ZAC : celui de leur empreinte carbone.

Le « Triangle de Gonesse » est d'abord le nom d'un espace de 750 hectares de surface agricole situés à quelques dizaines de kilomètres au nord-est de Paris, entre les aéroports du Bourget et de Roissy Charles de Gaulle, sur le territoire de la commune éponyme[6]. Mais, dans le sillage de la métropolisation de Paris[7] et du Grand Roissy[8], le Triangle de Gonesse est devenu le nom d'un projet d'aménagement très contesté porté par le Schéma Directeur Régional d'Île-de-France (SDRIF)[9]. Ce projet consiste en l'urbanisation de 300 hectares de terres agricoles situés au sud de Triangle de Gonesse. Il devrait conduire à l'édification d'un ensemble d'ouvrages[10] et notamment, sur 80 hectares, d'un centre commercial et de loisirs – « EuropaCity » – par Alliages et Territoires, filiale d'Immochan la société foncière immobilière du groupe Auchan[11].

---

1 Maîtresse de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CURAPP, Membre associé de l'Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne (UMR 8103) et du ClimaLex (GDR 2032).

2 Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. *JORF* n° 0272 du 24 novembre 2018, t. n° 1.

3 F. Déhu, « Les apports de la loi Élan pour la réalisation d'opérations d'aménagement en zone d'aménagement concerté (ZAC) », *RDI*, 2019 p. 76.

4 Loi n° 67-1253 d'orientation foncière du 30 décembre 1967, *JORF* 3 janvier 1968, p. 3.

5 T. Paquot, « Désastres urbains. Les villes meurent aussi », Paris, *La découverte*, coll. « Cahiers libres », 2015.

6 J. Lorthiois, B. Loup, « Le foncier agricole : un enjeu conflictuel en Plaine de France », *Pour*, vol. 4, n° 220, 2013 p. 305-313.

7 Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, *JORF* n° 0128 du 5 juin 2010, p. 10339.

8 Grand Paris Aménagement, « Le Grand Roissy– Le Bourget », http://www.grandparisamenagement.fr/operation/le-grand-roissy-le-bourget/, consulté le 20 décembre 2019.

9 Décret n° 2013-1241 du 27 décembre 2013 portant approbation du Schéma Directeur Régional d'Île-de-France, *JORF* n° 0301 du 28 décembre 2013, p. 21646.

10 Il s'agit de 800 000 m² de bureaux, de 200 000 m² d'activités technologiques, de 75 000 m² d'activités hôtelières, 20 000 m² d'équipements d'enseignement et de centres de formation, de15 000 m² d'équipements sportifs et culturels, de 15 000 m² de commerces et de services, 760 000 m² d'activités de loisirs, de culture et de commerce (projet EuropaCity). V. Ville de Gonesse, « Projet d'aménagement du Triangle de Gonesse », http://www.ville-gonesse.fr/content/le-triangle-de-gonesse, consulté le 20 décembre 2019.

11 C. mouzon, « EuropaCity, la folie des grandeurs », *Alternatives Économiques*, vol. 7, n° 359, 2016, p. 48.

Ce projet d'urbanisme commercial, porté par l'Établissement Public d'Aménagement Plaine de France – fusionné depuis avec le Grand Paris Aménagement[12] – s'est juridiquement concrétisé en plusieurs actes juridiques. Il a débuté par la création le 21 septembre 2016 d'une zone d'activité concertée (ZAC) sur le territoire du Triangle de Gonesse avant de se poursuivre par la révision du plan local d'urbanisme (PLU) de la ville de Gonesse le 25 septembre 2017. Il s'est achevé, le 20 décembre 2018, par la publication d'un arrêté d'utilité publique par le préfet du Val d'Oise[13] autorisant l'Établissement Public Foncier d'Île-de-France (EPFIP) à procéder par voie amiable ou par l'expropriation à l'acquisition du foncier nécessaire à l'opération d'urbanisation du Triangle de Gonesse.

L'opération d'aménagement s'avère donc particulièrement gourmande en foncier agricole. Elle semble dès lors contrarier l'objectif de lutte contre l'artificialisation des sols[14]. Plus largement, avec la création d'un méga centre commercial et de loisirs, elle incarnait un modèle de développement économique consumériste dont l'impact climatique semble difficilement compatible avec les objectifs de réduction d'émissions de gaz à effet de serre (GES) assignés à l'État français[15]. S'emparant de ces contradictions, un front associatif[16] – appuyé par quelques personnes physiques – s'est constitué afin de porter devant les juridictions administratives la contestation de l'opération d'urbanisation du Triangle de Gonesse.

Les requérants, représentés par Maître Ambroselli, ont entendu porter un coup d'arrêt à ce projet jugé climaticide sur le terrain de la légalité. C'est d'abord au moyen de deux recours pour excès de pouvoir dirigés contre l'arrêté de création de la ZAC et contre la délibération du conseil municipal de Gonesse révisant le PLU que l'affaire est née. Elle s'est par la suite prolongée dans un référé-suspension intenté contre l'arrêté interpréfectoral autorisant la création et l'exploitation de la desserte du « Triangle de Gonesse » des futures lignes 16 et 17 du métropolitain parisien.

Ces requêtes ont déjà donné lieu à plusieurs décisions. Dans la première, rendue par le tribunal administratif de Cergy Pontoise le 6 mars 2018, la juridiction conclut à l'annulation de l'arrêté préfectoral approuvant la création de la zone d'aménagement concerté[17]. Toutefois, ce jugement a été infirmé en appel, le 11 juillet 2019[18], sur les conclusions contraires du rapporteur public, par la Cour Administrative d'Appel de Versailles.

12 Décret n° 2016-1915 du 29 décembre 2016, portant la dissolution l'établissement public d'aménagement de la Plaine de France et le transfert de ses droits et obligations à Grand Paris Aménagement, *JORF*, n° 0302 du 29 décembre 2016, texte n° 76.

13 Arrêté n° 2018-15000 du 20 décembre 2018 déclarant d'utilité publique au profit de l'EPFIP le projet d'aménagement du triangle de Gonesse à Gonesse.

14 L'ambition de limitation de la consommation d'espèces naturels et agricole est affirmé continuellement par le législateur depuis la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains. V. F. BRAUD, « Annulation de la ZAC du Triangle de Gonesse pour négligence dans la prise en compte de l'enjeu climatique, l'audace mesurée du juge administratif », *Gaz. Pal.*, n° 28, 2018, p. 29.

15 M. MOLINER-DUBOST, « Les obligations de l'État dans la lutte contre le changement climatique », *RFDA*, 2019, p. 629.

16 Les associations ayant porté l'action contentieuse sont nombreuses. Il s'agit du Collectif pour le triangle de Gonesse, de Val d'Oise environnement, de France nature environnement Ile de France, des Amis de la terre Val d'Oise et France, de l'association Des terres, Pas d'hypers ! du collectif Les Amis de la confédération paysanne, du Mouvement national de lutte pour l'environnement 93, d'Environnement 93.

17 TA de Cergy Pontoise, 6 mars 2018, n° 1610910 et 1702621, *Collectif pour le triangle de Gonesse et a.*, http://cergy-pontoise.tribunal-administratif.fr/A-savoir/Communiques/Annulation-de-l-arrete-creant-la-ZAC-dite-du-Triangle-de-Gonesse (consulté le 20 décembre 2019).

18 CAA de Versailles, 11 juillet 2019, n° 18VE01634-18VE01635-18VE02055, *Ministre de la Cohésion des Territoires c/ France nature environnement et le Collectif pour le triangle de Gonesse et a.*, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000039095917&fastReqId=1702941915&fastPos=1 (consulté le 20 décembre 2019) Soulignons qu'un pourvoi en cassation a été déposé au Conseil d'État contre la décision de la CAA de Versailles le 13 décembre 2019.

La deuxième, rendue par le tribunal administratif de Cergy Pontoise, le 12 mars 2019, conclut à l'illégalité de la délibération par laquelle la commune de Gonesse avait approuvé la révision de son PLU[19].

Enfin, dans son jugement du 15 novembre 2019, le tribunal administratif de Montreuil accueille partiellement les conclusions aux fins de suspension de l'arrêté interpréfectoral autorisant les travaux du métropolitain. Il confirme toutefois le doute sérieux qui affecte la légalité du volet « Triangle de Gonesse » de l'arrêté autorisant lesdits travaux et décide, par conséquent, de suspendre « l'exécution de l'arrêté […] en ce qui concerne [notamment] les travaux menés à proximité du périmètre de la ZAC du Triangle de Gonesse, ainsi que ceux relatifs aux ouvrages 3503P et 3505P à Gonesse »[20], le temps pour le maître d'ouvrage de régulariser le dossier d'étude d'impact.

Le succès des actions contentieuses entreprises par le front associatif n'est donc que relatif. L'accès à la justice a constitué une tribune qui a sans doute participé à la médiatisation du projet d'aménagement du Triangle de Gonesse et exercé une influence sur les pouvoirs publics. En effet, à l'issue du Conseil de défense écologique du 7 novembre 2019, le Gouvernement annonça l'abandon du volet le plus décrié du projet. La construction d'Europacity[21] est finalement écartée, le centre commercial n'apparaissant plus, aux yeux du ministre de l'environnement, comme « la bonne réponse aux défis du territoire, et […] n'est pas cohérent avec l'ambition que nous portons en matière de transition écologique »[22]. Toutefois, l'abandon d'Europacity ne signe pas celui du projet de l'aménagement des 220 autres hectares de terres agricoles du Triangle de Gonesse. Les actes administratifs autorisant la création de la ZAC et déclarant l'utilité publique de l'opération n'ont, à ce jour, pas été abrogés[23] et un recours gracieux contre la décision de retrait du projet Europacity a été adressé le 12 janvier 2020 au Premier ministre par les élus de la ville de Gonesse, de la communauté d'agglomération Roissy-Pays-de-France et du Val d'Oise[24].

D'un point de vue juridique, le bilan s'avère également nuancé. D'un côté, l'argument climatique[25] a participé à la constatation de l'illégalité de plusieurs décisions administratives. Il a d'ailleurs trouvé sa place au-delà de la légalité externe de ces décisions. D'un autre, l'argument climatique n'occupe qu'une place marginale dans la motivation des juridictions. Dans ces affaires, les questions climatiques forment partie d'un ensemble d'illégalités qui conduisent les juridictions à relever sinon l'illégalité du moins un doute sérieux sur la légalité de l'action administrative. Surtout, l'appréciation de l'argument demeure frappée d'intenses difficultés d'interprétation qui fragilisent sa portée contentieuse.

19 TA de Cergy Pontoise, 12 mars 2019, n° 1711065, n° 1801772 et 1801788, *France Nature Environnement et autres*, http://cergy-pontoise.tribunal-administratif.fr/A-savoir/Conclusions-des-Rapporteurs-publics/Urbanisme (consulté le 20 décembre 2019).

20 TA de Montreuil, 15 novembre 2019, n° 1902037, *France Nature Environnement Île-de-France et autres*, http://montreuil.tribunal-administratif.fr/content/download/166533/1673258/version/1/file/1902037.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

21 Le Monde, « Emmanuel Macron annonce l'abandon du mégacomplexe EuropaCity au nord de Paris », 8 novembre 2019, https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/11/07/emmanuel-macron-annonce-l-abandon-du-megacomplexe-europacity-au-nord-de-paris_6018357_3234.html, (consulté le 20 décembre 2019).

22 Déclaration d'Élisabeth Borne, Ministre de l'environnement et de la transition écologique et solidaire du 7 novembre 2019, https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/intervention-delisabeth-borne-suite-au-conseil-defense-ecologique (consulté le 20 décembre 2019).

23 À tout le moins, peut-on considérer que l'abandon du projet EuropaCity en bouleverse l'économie générale du projet et devrait obliger le maître d'ouvrage à reprendre les procédures au début.

24 Le Parisien, « Val-d'Oise : un recours pour contester l'annulation d'EuropaCity », 12 janvier 2020, [en ligne], http://www.leparisien.fr/val-d-oise-95/val-d-oise-un-recours-pour-contester-l-annulation-d-europacity-12-01-2020-8234265.php (16 janvier 2020).

25 Par argument climatique, nous désignons un moyen fondé – directement ou indirectement – sur l'augmentation des émissions de GES.

Par conséquent, les affaires du Triangle de Gonesse illustrent à la fois la perméabilité du contrôle de légalité à l'argument climatique (**I**) et son efficacité incertaine devant les juges de la légalité administrative (**II**).

I. La perméabilité du contrôle de légalité à l'argument climatique

Dans les affaires du Triangle de Gonesse, les juridictions administratives ont fait place à l'argument climatique. Il a d'abord pénétré l'examen de la légalité externe *via* le contrôle de légalité de l'étude l'impact (**A**). Mais, de manière plus inattendue, il a également été mobilisé comme un élément d'appréciation de la légalité interne du PLU, à travers l'application de l'article L. 101-2 du code de l'urbanisme (**B**).

A. L'argument climatique et légalité de l'étude d'impact

Le contrôle de l'étude d'impact constitue un terrain propice à l'irruption de l'argument climatique[26]. La raison est *a priori* évidente. Depuis 2016[27], l'étude d'impact doit « présente[r] […] 5 ° une description des incidences notables que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement résultant, entre autres […] f) Des *incidences du projet sur le climat* et de *la vulnérabilité du projet au changement climatique* »[28]. L'irruption de l'argument climatique est donc la conséquence immédiate de la climatisation du droit positif de l'étude d'impact. Toutefois, en l'espèce, l'office du juge de l'excès de pouvoir ne permettait pas d'appliquer ce nouvel état du droit à l'arrêté approuvant la création de la ZAC. Ainsi que le relève le tribunal administratif de Cergy Pontoise, dans sa rédaction applicable au litige, l'étude d'impact ne devait comporter qu'une « analyse de l'état initial de zone et des milieux susceptibles d'être affectés par le projet portant notamment sur […] *les facteurs climatiques* ».

Ce silence n'a pourtant pas constitué un obstacle à la mobilisation de l'argument climatique par la juridiction. S'appuyant sur les avis successifs de l'autorité environnementale, le tribunal relevait que « les analyses de l'étude d'impact s'agissant de l'incidence du projet sur *la qualité de l'air, et notamment sur la question des émissions de CO_2 induites par les déplacements de touristes par déplacement terrestres ou aériens*, eu égard à la proximité de l'aéroport et dans la perspective de la création d'Europacity restent très insuffisantes »[29]. Autrement dit, l'argument tenant aux volumes d'émissions de CO_2 est fondu dans l'appréciation de la qualité de l'air, laquelle faisait effectivement partie des éléments devant être pris en compte par l'étude d'impact[30].

26 J.-C. Rotoullié, « Le contentieux de la légalité », *RFDA*, 2019, p. 644.

27 Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JORF* n° 0181 du 5 août 2016, t. n° 10 et Décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JORF* n° 0189 du 14 août 2016, t. n° 4.

28 Article R.122-5 du code de l'environnement.

29 Cons. 7 du jugement du TA de Cergy Pontoise, 6 mars 2018, n° 1610910 et 1702621, Collectif pour le triangle de Gonesse et a., préc. Note 14.

30 Cf. 2e de l'article R. 122-5 du code de l'environnement : « une analyse de l'état initial de la zone et des milieux susceptibles d'être affectées par le projet portant notamment sur […] le sol, *l'air*, le bruit ».

L'argument climatique n'était donc pas autonome, et pour cause, il ne pouvait pas encore l'être. Sur ce point, le raisonnement du juge ne sera pas remis en cause en appel. En effet, la Cour Administrative d'Appel de Versailles ne relèvera pas d'erreur de droit sur ce point. Au contraire, elle examine à son tour que la « production supplémentaire de gaz à effet de serre attendue lors de la phase de travaux »[31] était mentionnée par l'étude d'impact, validant la liaison établie en première instance entre qualité de l'air et émission de CO_2. Si le lien entre qualité de l'air et gaz à effet de serre est établi d'un point de vue scientifique[32], cette liaison n'est pas, dans son principe, établie par le droit[33]. Elle n'est à ce titre pas retenue par les fiches techniques du ministère de l'environnement[34], ni affirmée dans la directive de l'Union relative à la qualité de l'air[35]. En revanche, parmi les polluants atmosphériques concernés par des obligations européennes de réduction d'émissions[36] figurent certains gaz à effet de serre, notamment l'ozone, l'azote ou le méthane. Mais aucune référence au CO_2 n'est présente. De ce point de vue, l'argumentation des juridictions administratives apparaît donc plutôt audacieuse. Elle illustre une climatisation masquée de l'étude d'impact, un masque que l'ordonnance de 2016 devrait rendre inutile.

Par ailleurs, la climatisation de l'étude d'impact a montré son intérêt dans l'appréciation des effets cumulés des opérations soumises à l'évaluation environnementale, une obligation également introduite par l'ordonnance de 2016.

Dans le jugement du 15 novembre 2019, le tribunal administratif de Montreuil a fait application du nouveau dispositif de l'étude d'impact. En effet, le tribunal administratif de Montreuil avait été saisi d'un moyen tiré de l'insuffisance de l'étude d'impact préalable à l'adoption de l'arrêté interpréfectoral autorisant la création et l'exploitation de la ligne de métro 17 Nord. Les requérants arguaient notamment que les effets cumulés de ces travaux avec ceux relatifs à la ZAC du Triangle de Gonesse n'étaient pas suffisamment étudiés par l'étude d'impact. En effet, aux termes de l'article R. 122-5 du code de l'environnement, cette dernière doit présenter « une description des incidences notables que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement résultant entre autres […] e) du cumul des incidences avec d'autres projets existants ou approuvés, en tenant compte le cas échéant des problèmes environnementaux relatifs à l'utilisation des ressources naturelles et des zones revêtant une importance particulière pour l'environnement susceptible d'être touchées ».

31 Cons. 7 de l'arrêt de CAA de Versailles, 11 juillet 2019, n° 18VE01634-18VE01635-18VE02055, Ministre de la Cohésion des Territoires c/ France nature environnement et le Collectif pour le triangle de Gonesse et a. préc. note 15.

32 V. R.A. Silva et autres, « Future global mortality from changes in air pollution attributable to climate change », *Nature Climate Change*, Vol 7, sept. 2017, disponible sur : https://www.nature.com/articles/nclimate3354 (consulté le 20.12.2019).

33 Si ce n'est à l'article L.220-1 du code de l'environnement qui dispose que « la protection de l'atmosphère intègre la prévention de la pollution de l'air et la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre ».

34 V. not. Ministère de l'environnement, « Guide Méthodologique sur le volet "air santé" des études d'impact routières », 22 février 2019, en ligne https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/guide_méthodologique_air_sante.pdf (consulté le 20 décembre 2019).

35 Directive (EU) n° 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe.

36 Directive (EU) n° 2016/2284 du Parlement Européen et du Conseil du 14/12/16 concernant la réduction des émissions nationales de certains polluants atmosphériques, modifiant la directive 2003/35/CE et abrogeant la directive 2001/81/CE.

En l'espèce, le juge relève que « l'étude d'impact dresse une liste des effets cumulés potentiels, tels notamment […] le caractère majoré des émissions de gaz à effet de serre et des poussières ainsi que de polluants lors de chantiers concomitants ». Cependant, il ajoute que « ces descriptions qualitatives ne sont toutefois accompagnées, sauf en ce qui concerne la superficie d'espaces agricoles consommés, ni d'une analyse quantitative des effets de ce cumul ni de la prévision de mesures associées destinées à atténuer ou réparer les incidences sur l'environnement de la réalisation en partie concomitante de ces projets, sur les mêmes sites » ni ne prend en considération la réalisation éventuelle de la ZAC de Gonesse sur les mesures d'atténuation prévues pour compenser la création et l'exploitation de la station de métro à Gonesse[37].

L'inscription des préoccupations climatiques dans l'étude d'impact oblige donc les porteurs de projet à apprécier globalement de l'impact du projet sur les volumes d'émissions de GES et à prévoir, dès lors, des mesures d'atténuation ou de réduction de cet impact.

Les affaires du Triangle de Gonesse illustrent donc le poids que l'argument climatique est appelé à jouer dans le contentieux de l'étude d'impact. Mais elles révèlent également la possibilité pour le climat de pénétrer l'examen de légalité interne des décisions administratives.

B. Argument climatique et légalité interne du PLU

Le jugement du tribunal administratif de Cergy Pontoise du 12 mars 2019 est particulièrement intéressant[38]. En effet, l'argument climatique pénètre l'appréciation de la légalité interne de la délibération par laquelle la commune de Gonesse avait approuvé la révision de son PLU. Cette délibération avait pour objet de modifier le classement de 248 hectares de terres agricoles du Triangle de Gonesse en terres à urbaniser, un préalable nécessaire à leur urbanisation.

L'inclusion de l'argument climatique dans l'examen de la légalité interne de la délibération s'opère sur le fondement de l'article L. 101-2 du code de l'urbanisme. Pour les requérants, le PLU révisé y était manifestement contraire en ce qu'il n'était pas parvenu à établir l'équilibre que requiert l'objectif de développement durable. L'article L. 101-2 du code de l'urbanisme figure dans les principes généraux du droit de l'urbanisme et s'impose, à ce titre, à l'ensemble des autorités d'urbanisme. L'objectif de développement durable s'y décline sous la forme de la recherche d'un équilibre entre plusieurs objectifs. Parmi eux figurent notamment le renouvellement urbain, l'utilisation économe des espaces naturels, la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts ainsi que la création, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, mais surtout, pour ce qui nous intéresse ici, la réduction des émissions de GES. Ici encore, la climatisation explicite du développement durable pouvait conduire la juridiction à se saisir de l'argument climatique.

37 Cons. 11 du jugement TA de Montreuil, 15 novembre 2019, n° 1902037, France Nature Environnement Île-de-France et autres, préc. Note 17.
38 TA de Cergy Pontoise, 12 mars 2019, n° 1711065, n° 1801772 et 1801788, *France Nature Environnement et autres*, v. *supra* note 16.

L'application de l'article L.101-2 du code de l'urbanisme constituait, selon le rapporteur public, « le point central du dossier ». Pourtant, les analyses du rapporteur portent davantage sur l'intensité du contrôle du juge administratif – contrôle normal ou erreur manifeste d'appréciation – que sur l'application à l'espèce d'un tel contrôle. Il procède à cette qualification en identifiant cinq conséquences dudit projet qui révèlent, selon lui, la « consommation outrancière d'espaces agricoles » manifestement contraire à l'article L. 101-2 du code de l'urbanisme. Rejoignant son rapporteur public sur le fond[39], le tribunal relèvera l'illégalité de la délibération au regard de l'article L. 101-2 du code.

L'analyse de la juridiction s'avère particulièrement minutieuse. Le juge apprécie d'abord *in concreto* l'impact de la modification du PLU sur l'occupation des sols de la commune. Il relève alors qu'elle « bouleverse l'équilibre existant entre le développement urbain et l'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des milieux et paysages naturels ». Dans un second temps, le tribunal contrôle et met en balance les effets bénéfiques poursuivis et les effets avérés du PLU sur les objectifs protégés par l'article L. 101-2. Ainsi, il affirme que « si la commune met en avant les bénéfices économiques qu'elle escompte d'une telle évolution, les prévisions qu'elle invoque […] sont remises en compte par l'analyse du commissaire enquêteur ». Puis, sur le fondement des avis de l'autorité environnementale et de la commission départementale de la préservation des espaces naturels, agricoles et forestiers, il estime que la modification « affecte la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la qualité de l'air, des ressources naturelles, de la biodiversité et des écosystèmes et [qu']*elle est de nature à accroître les émissions de gaz à effet de serre* »[40]. Il en conclut que l'autorité d'urbanisme a commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'application de l'article L.101-2[41].

L'argument climatique constitue donc l'un des éléments que mobilise explicitement la juridiction administrative pour apprécier la légalité interne de la révision du PLU. Ce raisonnement pourra *a fortiori* être appliqué demain à d'autres décisions d'urbanismes, l'article étant généralement opposable à « l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme » et notamment au SDRIF. Toutefois, en l'espèce, l'annulation de la révision du PLU soulève des interrogations au regard l'exigence de compatibilité entre le PLU et SDRIF. Concrètement, le PLU doit respecter les orientations du schéma et ne pas compromettre la réalisation de ses objectifs. Or, le SDRIF prévoit une zone d'urbanisation conditionnelle de 300 hectares maximum au sud du Triangle de Gonesse et la préservation d'au moins 400 hectares de terres agricoles au nord[42]. La commune de Gonesse est donc pour l'heure tenue d'assurer la compatibilité du PLU au SDRIF, ce que la motivation du jugement du TA de Cergy paraît compromettre. Seul l'exercice d'un nouveau recours contre le SDRIF permettrait de lever cette incohérence[43].

39 A. Boris, « Conclusions sous PLU de GONESSE n° 1711065 et autres », audience du 28 janv. 2019, en ligne http://cergy-pontoise.tribunaladministratif.fr/content/download/163314/1651195/version/1/file/1711065_ccls.pdf (le 20 décembre 2019)

40 *Ibid.*, cons. 10.

41 Dans le même sens l'intensité du contrôle, Conseil d'État, 18 décembre 2017, n° 395216, *Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise et Le petit rapporteur mesnilois.*

42 Fascicule 5 du SRDIF adopté le 18 octobre 2013 par délibération du conseil régional d'Île-de-France n° CR 97-13 et approuvé par décret en Conseil d'État n° 2013-1241 du 27 décembre 2013.

43 Ce changement de circonstances de droit pourrait justifier la réouverture d'un recours devant le Conseil d'État contre le SDRIF au titre des jurisprudences *Despujol-Alitalia. A contrario* dans la décision du 23 octobre 2015, *Cne de Maisons-Laffitte et autres*, le Conseil d'État avait refusé d'examiner ce moyen, le principe d'équilibre étant à l'époque inopposable au schéma. CE, 23 octobre 2015, *Cne de Maisons-Laffitte et autres*, n° 375814.

En revanche, la réception de l'argument climatique dans le contrôle de légalité interne est prometteuse. Ce jugement rappelle qu'il suffit que l'argument climatique constitue un des motifs justifiant l'adoption d'une décision administrative pour qu'il engage sa légalité[44]. Ce constat permet d'entrevoir l'enjeu d'une climatisation généralisée du droit. La reconnaissance d'une obligation générale de lutte contre le changement climatique opposable aux personnes publiques dans l'exercice de toutes leurs compétences autoriserait une généralisation de l'argument climatique. D'ailleurs, enfermer les questions climatiques à une simple question de légalité externe serait une gageure. La jurisprudence Danthony[45] déclinée à l'étude d'impact[46] conduit à raisonnablement douter de la sanction juridique d'irrégularités procédurales. Apporter la preuve de l'influence des vices de procédure sur le sens des décisions s'avère sinon impossible du moins rarement possible[47] ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser question au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice[48]. En tout état de cause, si l'argument climatique ne devait être examiné qu'au stade de la procédure, sa portée en serait nécessairement réduite. D'ailleurs, dans le cadre des affaires du Triangle de Gonesse, l'irruption de l'argument climatique a souvent révélé son efficacité relative.

II. L'efficacité relative de l'argument climatique dans le contrôle de légalité

Dans les affaires du Triangle de Gonesse, le contentieux de légalité n'est pas demeuré sourd aux arguments climatiques. Néanmoins, il serait hâtif d'en conclure qu'il y a joué un rôle déterminant. Au contraire, les fonctions qui lui ont été assignées sont limitées. Tout d'abord, la place conférée à l'argument climatique par le tribunal de Cergy dans l'affaire de la ZAC de Gonesse a été balayée en appel[49]. Ce désaccord signe l'interprétation incertaine de l'empreinte climatique des projets soumis à étude d'impact (**A**). De plus, dans ces décisions, l'argument climatique ne tient qu'une fonction auxiliaire dans la justification de la juridiction (**B**).

A. Un argument incertain

Le contentieux du triangle de Gonesse a fait naître une discussion entre juridictions du fond sur le périmètre de l'incidence sur l'environnement devant être mesuré au titre de l'étude d'impact. Cette discussion a pris racine au sujet du périmètre sur lequel il convient d'apprécier le volume d'émissions de CO_2 causé par un projet soumis à étude d'impact.

44 *A contrario,* ce n'était pas le cas pour la délivrance des autorisations forages d'exploration. V. TA de Cergy, 1er février 2019, n° 1900066, *Commune de Sinnamary* et n° 1813215, *Association Greenpeace France et autres* ; TA de Cergy, 23 janvier 2019, n° 1813214 et n° 1813216, *Amis de la Terre France.*

45 Conseil d'État, 23 décembre 2012, n° 3350033, Danthony : « Considérant que s'il appartient à l'autorité administrative de procéder à la publicité de l'ouverture de l'enquête publique dans les conditions fixées par les dispositions précitées, la méconnaissance de ces dispositions n'est de nature à vicier la procédure et donc à entraîner l'illégalité de la décision prise à l'issue de l'enquête publique que si elle a pu avoir pour effet de nuire à l'information de l'ensemble des personnes intéressées par l'opération ou si elle a été de nature à exercer une influence sur les résultats de l'enquête et, par suite, sur la décision de l'autorité administrative ».

46 J. Bétaille, « Insuffisance de l'étude d'impact : Danthony ne change rien, ou presque », *Droit de l'Environnement,* n° 231, février 2015, p. 65.

47 Notons que ce fut le cas pour le jugement relatif à l'arrêté préfectoral approuvant la ZAC, v. *supra* note 15.

48 CJUE, 15 octobre 2015, *Commission Européenne contre République Fédérale d'Allemagne*, C-137/14, not. § 56-58 ; CJUE, 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip e.a,* C72/12, § 47-48.

49 V. *supra* notes 15 et 16.

Dans l'affaire de la ZAC, le tribunal administratif de Cergy retient une lecture extensive des incidences sur la qualité de l'air du projet[50]. Il relève l'insuffisance de l'étude d'impact au regard de l'absence de prise en considération de « la question des émissions de CO_2 induites par les déplacements de touristes par déplacement terrestres ou aériens, eu égard à la proximité de l'aéroport et dans la perspective de la création d'EuropaCity ». La motivation est intéressante à deux égards. Tout d'abord, elle révèle la réception juridique de l'argument climatique en une mesure, celle du volume d'émissions de CO_2. Surtout, elle met en lumière une stratégie audacieuse de mesure de ces émissions. Ici, le juge apprécie l'incidence sur l'environnement du projet au-delà de sa réalisation et de son emprise foncière. Ce débordement – fonctionnel et géographique –exprime, de notre point de vue, une interprétation dynamique des effets indirects du projet. Les émissions de CO_2 liées à l'essor attendu du tourisme dans l'impact environnemental du projet ont été interprétées comme des incidences environnementales indirectes, lesquelles doivent être examinées par l'étude d'impact[51].

En effet, aux termes de l'article R. 121-2 du code de l'environnement, l'étude d'impact doit présenter « une analyse des effets négatifs et positifs, directs et indirects, temporaires et permanents, à court moyen et long terme du projet sur l'environnement ». Or, parce que la ZAC vise notamment la création d'un centre commercial et de loisirs, son exploitation aura pour effet nécessaire d'occasionner en aval de nouveaux déplacements terrestres et aériens émetteurs de CO_2. L'inclusion des effets indirects impliqués par la création de la ZAC paraît conforme à la directive 2011/92 UE[52]. Ses articles 3 et 5§ 3 établissent l'obligation d'évaluer tous effets du projet, qu'ils soient directs ou indirects, pourvu qu'ils soient d'une certaine importance[53]. À ce titre, le quatrième paragraphe de son annexe IV énonce que la « description [de l'évaluation environnementale] devrait porter sur les effets directs et, le cas échéant, sur les effets indirects secondaires, cumulatifs [transfrontaliers] à court, moyen et long termes, permanents et temporaires, positifs et négatifs du projet »[54].

Par conséquent, ni le temps ni l'espace ne constituent des limites à l'évaluation des effets importants sur l'environnement d'un projet. En conséquence, la Cour de justice de l'Union a adopté une interprétation extensive de la notion de projet soumis à étude d'impact. Dans une affaire relative à l'essor de l'aéroport de Liège[55], elle affirme qu'« il serait réducteur et contraire à cette approche de ne prendre en considération, pour l'évaluation des incidences sur l'environnement d'un projet ou de sa modification, que les effets directs des travaux envisagés eux-mêmes, sans tenir compte des incidences sur l'environnement susceptible d'être provoquées par l'utilisation et l'exploitation des ouvrages issus des travaux » et poursuit en rappelant que « l'incidence sur l'environnement que la directive 85/337 a pour objet de permettre d'évaluer est non seulement celle des travaux envisagés, mais aussi, et surtout celle du projet à réaliser ».

50 *Ibid.*

51 Ce raisonnement est à rapprocher de celui qui avait conduit la Cour administrative fédérale autrichienne dans une décision du 2 février 2017 à relever l'illégalité de la décision visant à agrandir l'aéroport de Vienne. Le juge avait estimé que « l'intérêt public lié à la protection contre les effets négatifs du changement climatique, dû en particulier aux émissions de CO_2, est supérieur aux intérêts publics positifs attendus de la réalisation du projet ». V. le texte de la décision en allemand sur http://docs.dpaq.de/11893-291_erkenntnis_2.2.17_ee.pdf.

52 Directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, du 13 décembre 2011.

53 L'article 5 n'a pas été modifié par la Directive (EU), n° 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE.

54 Entre crochets il s'agit d'un ajout issu de la directive 2014/52/UE préc.

55 CJUE, 28 février 2008, *Paul Abraham e.a./Région Wallonne*, C-2/07, spéc. § 43 et 44.

Ce raisonnement se rapproche de celui adopté par le TA de Cergy. Il sera pourtant invalidé par la Cour administrative d'appel. En effet, selon elle, l'impact climatique du projet n'avait à être évalué que sur les émissions se rapportaient aux impacts temporaires du projet, à l'occasion de la phase des travaux[56]. Pour le reste, la Cour estime que l'étude d'impact n'avait « pas à inclure la question des émissions de CO_2 induites par les déplacements de touristes par déplacement terrestres ou aériens après l'achèvement de l'aménagement de la ZAC et en particulier après l'ouverture du projet d'EuropaCity ». Le juge d'appel livre donc une interprétation restrictive du périmètre des effets indirects. Seuls les effets – directement et indirectement – liés à la réalisation de l'opération d'aménagement devraient être pris en considération au stade de l'étude d'impact. *A contrario*, les effets environnementaux induits en amont ou en aval du projet ne constitueraient donc pas des effets indirects.

Ce débat est loin d'être anecdotique. La portée de la climatisation de l'étude d'impact lui est suspendue. Si l'on suit le raisonnement de la Cour Administrative d'Appel, l'incidence climatique d'un projet ne devrait être évaluée qu'au regard des émissions immédiatement produites par le projet. Il s'agirait donc d'exclure les émissions liées à la création ou à l'exploitation du projet, ce qui biaiserait l'évaluation de leur empreinte carbone. Cette question est actuellement pendante devant le tribunal administratif de Marseille. Le 4 juillet 2018, la juridiction a été saisie d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté préfectoral du 16 mai 2018 autorisant Total à poursuivre l'exploitation de la Raffinerie de la Mède[57]. Or, un des moyens d'illégalité soulevé porte à nouveau sur le périmètre des effets indirects de l'étude d'impact. Les associations requérantes estiment qu'en n'évaluant pas les émissions de CO_2 induites par la bioraffinerie sur l'ensemble du circuit de production – depuis l'approvisionnement en amont en huiles végétales par l'achat de palmier à huile en Indonésie et Malaisie jusqu'à leur transformation en aval en biocarburant – l'étude d'impact serait insuffisante. De son côté, le Conseil d'État devra également affronter cette question d'interprétation à l'occasion d'un pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Versailles[58]. L'effet utile de la climatisation de l'étude d'impact est donc tout entier suspendu à ces décisions qui devraient dans les prochains moins fixer le périmètre – territorial et fonctionnel – des effets environnementaux indirects des projets soumis à étude d'impact.

Dans cette attente, l'argument climatique demeure largement indéfini dans le cadre du contentieux de l'étude d'impact. Mais, les contentieux du Triangle de Gonesse ont également permis de mettre en lumière le caractère auxiliaire de l'argument climatique.

B. Un argument auxiliaire

Dans les quatre affaires examinées, l'argument climatique ne suffit pas à emporter la conviction de la juridiction. L'argument climatique participe seulement à la justification de la légalité ou de l'illégalité des décisions. Ainsi, dans l'affaire de la révision du PLU, l'argument climatique mobilisé tant pour apprécier la légalité interne qu'externe de la décision, il fait figure d'argument surabondant, confortant une illégalité déjà acquise pour d'autres raisons.

56 V. *supra* note 16, cons. 7.
57 La juridiction a été saisie le 4 juillet 2018. Nous remercions les requérantes de nous avoir transmis leurs écritures.
58 V. *supra*.

Ce constat vaut tant pour l'examen de la légalité externe que pour celui de la légalité interne. En effet, l'insuffisance de l'étude d'impact environnementale au regard de deux motifs : l'imprécision des modalités de production externe de l'énergie nécessaire pour le projet urbanistique d'une part, l'impact dudit projet sur la qualité de l'air et donc les émissions de CO_2 d'une part, les incidences cumulées du projet immobilier avec celui de la création de la ligne 17 du métro. De même, s'agissant de la légalité interne, l'argument climatique n'arrive qu'en bout de chaîne après que le juge a relevé la consommation vorace d'espaces agricoles, l'incertitude des bienfaits économiques de l'opération et l'atteinte aux milieux naturels et aux paysages. D'ailleurs, l'argument n'avait même pas été envisagé comme un motif d'illégalité par le rapporteur public.

Ce constat pourrait être étendu à l'ensemble des affaires que nous avons examinées. Dans tous les cas, l'argument climatique ne joue pas les premiers rôles. Il se fond dans un examen plus large et participe, au même titre que les autres, à la justification de la décision juridictionnelle. Les affaires du Triangle de Gonesse révèlent également l'importance de la procédure administrative non contentieuse dans la réception de l'argument par la juridiction administrative. En effet, lorsque l'argument climatique a emporté la conviction du tribunal, il avait été mobilisé et donc apprécié par une autre autorité. Il s'agit de l'autorité environnementale dans trois décisions[59], de la commission départementale de la préservation des espaces naturels, agricoles et forestiers dans l'une d'entre elles[60]. Ces avis explicitement cités dans les motifs de la décision rappellent le poids de l'expertise scientifique, même produite par une institution administrative, dans les contentieux climatiques. L'appropriation de l'argument climatique par le juge ne semble possible que lorsqu'il a été éprouvé par un expert crédible aux yeux du tribunal[61].

Ce constat interpelle. Dans de nombreux cas, l'autorité environnementale ne rend aucun avis, faute d'avoir les moyens de le rendre[62]. Lorsque l'évaluation environnementale est confiée aux Missions régionales de l'Autorité Environnementale (MRAe) près d'un tiers des dossiers fait l'objet d'un avis implicite[63]. Or, dans ce cas, le juge ne disposera pas d'une expertise manifestement favorable à la réception de l'argument climatique. Toutefois, cette absence n'est pas dirimante. Elle pourrait être utilement compensée par les pouvoirs d'instruction du juge administratif.

***

59 TA de Cergy Pontoise, 6 mars 2018, n° 1610910 et 1702621, *Collectif pour le triangle de Gonesse et a.*, ; TA de Cergy Pontoise, 12 mars 2019, n° 1711065, n° 1801772 et 1801788, *France Nature Environnement et autres*, TA de Montreuil, 15 novembre 2019, n° 1902037, *France Nature Environnement Île-de-France et autres.*

60 TA de Cergy Pontoise, 12 mars 2019, n° 1711065, n° 1801772 et 1801788, *France Nature Environnement et autres*, (consulté le 20 décembre 2019).

61 Dans le même sens, voir les propos d'un magistrat administratif M. Clément, « La jurisprudence administrative en droit de l'environnement, entre technique et acteurs », *RJE*, 2019, HS19, n°spécial, p. 51.

62 C. Beaufils, C. Malverti, « Évaluation environnementale : l'enfer vert », *AJDA*, 2019, p. 2223.

63 Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable, « L'Ae et les MRAe : une communauté d'Autorités environnementales. Synthèse annuelle » 2018, spéc. p. 17, en ligne http://www.cgedd.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/synthese_annuelle_mrae_2018_cle292bb9.pdf, (consulté le 20 décembre 2019).

Les affaires du Triangle de Gonesse ont mis en exergue la réception par la juridiction administrative de l'argument climatique dans le cadre d'actions contestant un projet d'urbanisation jugé climaticide. Toutefois, la perméabilité du contrôle de légalité à cet argument ne doit pas masquer la permanence d'obstacles à sa réception maximale par les tribunaux. Au contraire même. Ces affaires ont révélé les incertitudes qui frappent le contenu et les fonctions de cet argument. Elles mettent également en lumière le poids de l'interprétation juridictionnelle dans l'acclimatation du droit administratif aux enjeux climatiques.

24
Affaires des extensions des aéroports de Vienne et Londres

Paul Mougeolle[1]

Les récentes actions en justice sur l'extension des aéroports illustrent la profonde contradiction de nos sociétés modernes : d'un côté nous souhaitons accroître la liberté de circulation des personnes et des marchandises, notamment à travers une croissance du secteur aérien, et de l'autre, nous devons lutter contre le dérèglement climatique. En raison de la dépendance du secteur aéronautique aux énergies fossiles, ces deux objectifs sont frontalement opposés. Comment régler ce « conflit d'intérêts » ? Telle est la question avec laquelle les juridictions autrichiennes et britanniques ont été saisies. Si elles n'ont pas entièrement tranché cette contradiction, elles ont tout de même apporté certains éléments de réponse permettant de clarifier le cadre normatif pertinent.

Dans l'affaire autrichienne relative à la construction de la troisième piste de l'aéroport de Vienne, le tribunal de première instance[2] avait délivré en 2017 un des premiers jugements favorables à la lutte contre le changement climatique[3]. Cependant, la victoire des requérants dont faisait partie notamment la ville de Vienne, a été de courte durée, car le jugement a été renversé par la Cour constitutionnelle[4] en raison de son caractère prétendument gravement arbitraire.

S'agissant de la plus récente affaire anglaise relative à l'expansion de l'aéroport londonien d'Heathrow introduite notamment par le maire de Londres et des ONG[5], son développement a suivi pour le moment un chemin plus favorable à la protection du climat. Après un rejet de la requête par le « tribunal divisionnaire » de première instance[6], la Cour d'appel[7] a infirmé le 27 février 2020 le jugement et déclaré illégal l'acte ministériel approuvant le projet d'extension aéroportuaire. Aux termes de cet arrêt, le gouvernement a l'obligation de prendre en compte les impacts et objectifs

1 Doctorant en droit comparé sur la vigilance climatique à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ), chercheur Encommuns, chargé du contentieux contre Total SA à Notre affaire à tous.

2 Tribunal administratif fédéral autrichien, 2 février 2017, n°W109 2000179-1/291 E, http://climatecasechart.com/non-us-case/in-re-vienna-schwachat-airport-expansion/, consulté le 20 avril 2020).

3 Il s'agissait de la seconde affaire européenne après la première décision sur l'affaire *Urgenda* dont l'issue était favorable au climat.

4 Cour constitutionnelle autrichienne, 29 juin 2017, *Vienna Schwechat Airport expansion,* n° E 875/2017-32, E 886/2017-31, https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_E_875-2017_Flughafen_dritte_Piste.pdf consulté le 20 avril 2020).

5 Plan B et Friends of the Earth.

6 Tribunal divisionnaire, 1er mai 2019, Plan B, Greepeace, Friends of the Earth c. Secretary of Transport, [2019] EWHC 1070b, https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2019/1070.html, consulté le 20 avril 2020.

7 Cour d'appel, 27 février 2020, n°C1/2019/1053, [2020] EWCA Civ 214, https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/214.html, consulté le 20 avril 2020.

climatiques de manière exhaustive, en considérant notamment l'Accord de Paris. Cette intervention judiciaire a comme conséquence pratique la suspension voire même l'abandon de la construction de la troisième piste à Heathrow[8], ce qui constitue une nouvelle victoire remarquée de la « justice climatique » en Europe et rejoint la liste des projets jugés « climaticides »[9] par les plaignants ou dont l'évaluation climatique préalable à leur autorisation n'a pas été jugée satisfaisante[10]. Si le gouvernement n'a pas fait appel de cet arrêt, il ne faut pas perdre de vue que la Cour Suprême a été saisie par l'entreprise concernée *Heathrow Airport Ltd*. Un revirement jurisprudentiel voire même politique avec la constitution d'un nouveau gouvernement ne doit donc pas être exclu.

Au-delà de la compatibilité même de l'expansion des structures aéroportuaires avec l'Accord de Paris, question technique et de fond, dont la réponse semble difficilement pouvoir être positive au regard de la continuelle dépendance du secteur aéronautique au pétrole et des perspectives incertaines de décarbonisation[11], la question juridique d'ordre procédural avec laquelle ces affaires sont surtout confrontées est celle de savoir si et dans quelle mesure les enjeux climatiques doivent être pris en compte dans le processus d'autorisation de leur extension[12].

Ayant abouti à des résultats divergents lors de chaque décision judiciaire, les juridictions n'ont guère rendu des décisions harmonisables. Ainsi, il sera vu tour à tour la façon dont les tribunaux autrichiens (**I**) et britanniques (**II**) ont réglé ces questions.

I. Le clair-obscur climatique de l'affaire autrichienne relative à l'expansion aéroportuaire de Vienne

Alors que le Tribunal administratif fédéral autrichien avait annulé le 2 février 2017 l'autorisation de construction de la troisième piste de l'aéroport de Vienne pour des raisons environnementales, en majeure partie liée à des considérations climatiques (**A**), ce jugement a été peu de temps après cassé par la Cour constitutionnelle autrichienne, sans que la plus haute juridiction administrative autrichienne n'ait pu se prononcer (**B**).

8 Le Premier ministre britannique B. Johnson souhaiterait abandonner le projet, v. article de la BBC : https://www.bbc.com/news/business-51658693 (dernière consultation le 19/04/2020).

9 V. notamment dans cet ouvrage, *Mines de fer*, commenté par A.-S. Tabau.

10 V. notamment dans cet ouvrage, *Earthlife Africa Johannesburg contre Ministère des affaires environnementales et autres*, v. le commentaire dans cet ouvrage de D. Owona.

11 Selon le rapport annuel d'Airbus de 2018, l'industrie aéronautique aurait baissé au cours des 50 dernières années de plus de 80 % la consommation de carburant et les émissions de CO_2 par passager/kilomètre. Des progrès sont par ailleurs réalisés par l'entreprise en matière de recherche & développement de moteurs à propulsion électrique et/ou hybride-électrique. L'électrification du secteur est essentielle afin de réduire substantiellement les émissions. Cependant, ces technologies ne sont pas encore déployables et demeurent incertaines (p. 55 -56 dudit document : https://www.airbus.com/investors/financial-results-and-annual-reports.html). Les autres entreprises du secteur aérien telles qu'Air France et Aéroports de Paris comptent elles-mêmes sur les progrès technologies des constructeurs afin de pouvoir continuer à s'étendre, v. P. Mougeolle *et al.*, *Benchmark de la vigilance climatique des multinationales*, Notre affaire à tous, 2020, p. 77-85.

12 Une progressive intégration des enjeux climatiques serait-elle à l'oeuvre pour les projets de grande envergure ? V. notamment dans cet ouvrage, commentaire de M. Fleury sur l'affaire du triangle de Gonesse.

A. L'annulation de l'autorisation de construction de la troisième piste rendue par le Tribunal administratif fédéral en faveur du climat

Les requérants contestataires de l'extension de l'aéroport de Vienne[13] ont obtenu gain de cause en première instance. L'augmentation prévue des GES attendue par l'accroissement du trafic aérien résultant de l'extension de l'aéroport serait selon le Tribunal incompatible avec les objectifs de lutte contre le changement climatique. Or, la protection du climat ferait partie des « *autres intérêts publics* » qui doivent être considérés au titre de l'article 71 de la loi autrichienne sur le trafic aérien (*Luftfahrtgesetz*). Après avoir procédé à une mise en balance conformément à l'article précédent pour vérifier la légalité de la procédure, les juges sont parvenus au bout de 120 pages de jugement à la conclusion selon laquelle les enjeux climatiques sont supérieurs aux intérêts publics en faveur de l'agrandissement de l'aéroport. Ce résultat a mené à l'annulation du projet[14].

L'article 71 *Luftfahrtgesetz* énumére les conditions d'exploitation d'un aéroport qui s'applique également dans le cadre d'un agrandissement. D'après l'alinéa premier de cet article, le projet doit être d'un point de vue technique, sécurisé et adapté (a) ; le demandeur de l'autorisation doit être digne de confiance et avoir les qualités requises pour la gestion d'un aéroport (b) ; le demandeur doit avoir les moyens financiers nécessaires pour garantir l'exécution des obligations qu'induit un tel projet (c) ; et enfin, le projet ne doit pas être contraire à *d'autres intérêts publics* (d). L'alinéa 2 de l'article ajoute que l'exploitation d'un nouvel aéroport ne peut être autorisée qu'en cas de besoin public (tourisme, échanges commerciaux, création d'emplois, etc.). Selon la lecture effectuée par les juges de cet article, l'autorisation est à délivrer seulement si d'autres intérêts publics ne s'y opposent pas. Constatant que cet article ne définit pas précisément l'intérêt général, les trois juges administratifs ont procédé à son interprétation, ayant abouti au résultat selon lequel la protection de l'environnement et du climat en fait partie.

Pour arriver à ce résultat, les juges ont procédé en plusieurs temps. Premièrement, il résulterait de l'appréciation combinée de la Constitution fédérale autrichienne[15] ainsi que de celle du *Land* de la Basse-Autriche[16] et de l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[17] que les enjeux environnementaux doivent désormais être pris en compte avec plus d'importance. Deuxièmement, l'Autriche s'est engagée à réduire ses émissions de GES à l'échelle internationale avec la ratification du Protocole de Kyoto et de l'Accord de Paris. Elle serait donc liée par ces engagements internationaux qui impactent désormais la façon dont elle doit orienter ses choix au

13 28 requérants au total dont la ville de Vienne et 9 autres organisations telles que des associations et des partis politiques, 18 individus ainsi que la ville de Vienne.

14 V. la conclusion du jugement à la p. 126 : „ *Da durch den Klimawandel mit schweren gesundheitlichen Schäden samt einer Zunahme von hitzebedingten Todesfällen sowie mit schweren Beeinträchtigungen der österreichischen Wirtschaft und Landwirtschaft zu rechnen ist, und es durch das Vorhaben zu einem markanten Anstieg an THG-Emissionen kommen wird, muss das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens hinter das öffentliche Interesse am Schutz vor den negativen Folgen des Klimawandels und der Bodeninanspruchnahme zurücktreten.*"

15 *Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit* (BVG Nachhaltigkeit), BGBl. I Nr. 111/2013, qui énonce le principe de développement durable afin de garantir les meilleures conditions de vie aux générations ainsi qu'une protection de l'environnement étendue.

16 *Niederösterreichische Landesverfassung* 1979 (NÖ LV 1979) qui énonce qu'une signification particulière est accordée à la protection du climat, v. p. 124 du jugement.

17 Cet article dispose : « *Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable* ».

plan national. Troisièmement, l'Autriche est obligée de réduire ses GES à l'horizon 2020 de 16 % par rapport à 2005 avec la décision européenne 406/2009/CE « Effort-Sharing » et sa loi de transposition sur la protection du climat[18]. Quatrièmement, les juges administratifs relèvent que le réchauffement climatique engendre d'ores et déjà des préjudices protéiformes d'ordre sociologique, écologique et économique qui s'aggraveront par ailleurs à l'avenir. Pour constater ces risques de dommages, le tribunal s'appuie sur une décision du Conseil ministériel de 2012 sur l'adaptation du territoire autrichien au changement climatique à laquelle des scientifiques ont contribué[19]. Dans ce document, de nombreux impacts sont listés, tels que des conséquences néfastes sur la santé des personnes, des risques accrus de morbidité liés aux épisodes de canicules, des rendements et des revenus en baisse dans divers secteurs économiques, en particulier dans le domaine de l'agriculture et du tourisme. Le tribunal ne restreint pas ces constatations au territoire autrichien et prend en compte les effets délétères globaux du dérèglement climatique, en prenant toujours appui sur le document gouvernemental relatif à l'adaptation. L'ensemble de ces éléments concrétise selon eux la notion d'intérêt général en matière climatique.

Par conséquent, l'augmentation des émissions nationales d'environ 2 %[20] induits par l'extension aéroportuaire serait contraire à la lutte contre le dérèglement climatique et subséquemment à l'intérêt général tel qu'énoncé par l'article 71 de la loi relative au trafic aérien. Le Tribunal rappelle que l'Autriche doit réduire ses émissions de 5 % entre 2015 et 2020 afin de se conformer à sa propre loi de protection du climat[21]. En vue de prouver l'incompatibilité de cette contribution au réchauffement avec les engagements nationaux et internationaux, non seulement les émissions lors de l'atterrissage et du décollage d'une éventuelle troisième piste ont été prises en compte, mais également durant toute la durée du vol (« *cruise-emissions* », donc également celles émises en dehors de l'Autriche).

Le tribunal a ainsi a fait droit aux demandes des 28 personnes publiques et privées ayant introduites ce recours en annulation[22].

B. Un jugement renversé par la Cour constitutionnelle en raison de son caractère prétendument gravement arbitraire

La Cour constitutionnelle considère pour sa part que les exploitants de l'aéroport de Vienne ont été victimes d'une rupture d'égalité devant la loi, car jugement du Tribunal administratif fédéral aurait été arbitraire[23]. Selon les seize juges constitutionnels, le tribunal ne pouvait pas interpréter

18 Klimaschutzgesetz – KSG), BGBl. I Nr. 106/2011 idF BGBl. I Nr. 128/2015 ; v. p. 35-37, p. 91 et 117 du jugement.

19 „*Die österreichische Strategie zur Anpassung an den Klimawandel (Teil 1 – Kontext)*" 2012 disponible selon le jugement à cette adresse : https://www.bmlfuw.gv.at (consulté le 20 avril 2020), p. 77- 90 du jugement s'appuyant sur le document gouvernemental p. 126.

20 Les émissions induites de la troisième piste de l'aéroport s'élèveraient à 1,17 Mt CO2e, ce qui représenterait 1,8 à 2 % des émissions territoriales de l'Autriche ; les émissions autrichiennes en 2014 s'élèvent à 76,3 Mt CO2, soit 3,2 % de moins qu'en 1990, v. BVerwG, W109 2000179-1/291E, p. 52, p. 93.

21 Loi précitée de transposition de la décision européenne « Effort Sharing », v. jugement, p. 117.

22 § 17 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (UVP-G 2000).

23 Pour la Cour constitutionnelle, un jugement est arbitraire, si fondements juridiques sont régulièrement faussement interprétés ou appliqués, si aucune instruction n'est effectuée sur un point déterminant ou si celle-ci n'est pas conforme, en particulier si certaines prétentions ou faits ne sont pas considérés (v. p. 57 § 198 de la décision).

l'article 71 de la loi sur le trafic aérien de la manière dont il l'a fait (**1**). Ce recadrage normatif mène indubitablement à la cassation du jugement du Tribunal (**2**).

1. Un recadrage de l'interprétation de la loi sur le trafic aérien par la Cour constitutionnelle

La décision de la Cour constitutionnelle commence par corriger l'interprétation de l'article 71 alinéa 1er de la loi sur le trafic aérien. Afin d'éviter une décision déséquilibrée et subjective, l'article 71 alinéa 1er ne doit pas être interprété littéralement selon les juges constitutionnels, sinon la prise en compte des *intérêts publics* entraînerait un refus quasi-systématique des demandes d'autorisation. Il s'agit dès lors d'effectuer une balance d'intérêts[24]. Jusqu'ici, le Tribunal et la Cour ne sont pas en désaccords.

Les juges constitutionnels soulignent par ailleurs que l'article 71 alinéa 1er (d) a déjà fait l'objet d'une interprétation par la plus haute juridiction administrative autrichienne (*Verwaltungsgerichtshof*) dans un arrêt de principe de 1970[25]. Dans cet arrêt de principe, la protection de l'environnement et du climat était absente[26].

En revanche, la Cour reconnaît que la protection de l'environnement et du climat a été élevée par le législateur au rang d'objectif constitutionnel depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle environnementale en 1984[27]. Celle-ci constitue donc bien un intérêt public devant être considéré au titre de l'article 71 alinéa 1 (d) la loi sur le trafic aérien. Cependant, la Cour n'admet pas pour autant que le poids de la protection de l'environnement soit supérieur à d'autres objectifs constitutionnels[28], tels que la liberté de circulation des personnes et des marchandises, notamment.

Enfin, selon les juges constitutionnels, le cadre territorial pertinent pour juger la conformité du projet aux prescriptions légales ne peut être que celui de l'Autriche. Seules les émissions nationales doivent être calculées et seuls les effets du dérèglement climatique à l'intérieur du territoire autrichien doivent être pris en compte. Les objectifs climatiques dérivant des conventions internationales n'auraient pas pour effet d'élargir ces considérations à l'étranger. Pour les juges constitutionnels, la prise en compte de ces informations par le Tribunal constitue une erreur de droit portant subséquemment atteinte à la Constitution[29].

---

24 P. 4 du prononcé de la décision de la Cour constitutionnelle (*Verkündungstext*).

25 VwGH, 7913 A/1970.

26 Les seize juges relèvent que la Cour constitutionnelle et la Cour administrative fédérale ont appliqué cette interprétation ultérieurement dans des décisions datant respectivement de 1990 (VfSlg. 12.465/1990) et 2010 (VwGH 30.9.2010, 2010/03/0110 ; p. 3 du *prononcé* de la décision de la Cour constitutionnelle (*Verkündungstext*).

27 La Cour considère qu'avec une telle loi, le législateur constitutionnel a voulu exprimer que la protection de l'environnement fait partie des intérêts publics supérieurs de rang constitutionnel ; la loi constitutionnelle a été depuis remplacée par une nouvelle de 2013.

28 La Cour renvoie ici au § 206 à sa décision antérieure de 2001 (VfSlg. 16.242/2001).

29 La Cour énonce que le Tribunal a « *seine Entscheidung mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler belastet* » (p. 61, § 209).

2. *Une cassation critiquée et critiquable*

Après avoir restructuré le cadre juridique à l'aide d'une interprétation bien plus restrictive de la loi, les juges constitutionnels avancent que plusieurs erreurs de droit ont été commises par le Tribunal.

Premièrement[30], le contexte international et les normes correspondantes auraient dû être laissés à l'écart. Comme déjà énoncé, les émissions extraterritoriales des « *cruise-emissions* » n'avaient pas à être *attribuées* au projet aéroportuaire. Cependant, comme le relève la doctrine[31], le Tribunal n'attribue pas ces émissions au projet en soi, il les prend seulement en compte pour mesurer l'impact climatique *indirect* du projet. Les conventions internationales relatives au climat ne pouvaient pas quant à elles être incluses dans la balance des intérêts selon la Cour, en raison de l'absence de transposition en droit interne du Protocole de Kyoto et de l'Accord de Paris. La Cour reproche à ce titre au Tribunal de ne pas avoir tenu compte des réserves d'exécution émises par l'Autriche lors de leur approbation visant à empêcher l'effet direct de ces traités[32]. Encore une fois, la doctrine critique la décision de la Cour, car il ne s'agissait pas d'appliquer ces traités directement en droit interne mais simplement de constater l'importance de la lutte contre le réchauffement climatique[33]. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la Cour relève que le domaine de l'aviation civile a été exclu de la décision 406/2009/CE « Effort-Sharing »[34]. S'agissant de la directive 2008/101/CE qui a introduit le secteur aérien au système d'échanges de certificats carbone ETS (marché carbone européen), la Cour relève que les exploitants aéroportuaires n'en seraient pas concernés, mais exclusivement les compagnies aériennes. En somme, la Cour considère que le Tribunal a motivé *politiquement* son jugement en prenant en considération des éléments extraterritoriaux ainsi que des textes internationaux et européens inapplicables au cas d'espèce[35]. Le Tribunal n'avait pas à considérer non plus la co-responsabilité internationale de l'Autriche en matière climatique (*Mitverantwortung*), car les conventions respectives n'engagent l'Autriche qu'à l'égard d'États tiers. La Cour affirme dans ce contexte que le non-respect des objectifs législatifs climatiques de 2020 et 2025 ne pouvait pas non plus être pris en compte pour déclarer la troisième piste illégale sans que le législateur intervienne[36]. Cet argument renvoie à la question de la séparation des pouvoirs, qui est toujours intensément

30 Points 3.9 à 3.11 de la décision de la Cour, p. 61 à 64.

31 V. G. Kirchengast *et al.*, Vfgh behebt Untersagung der dritten Piste, *Recht der Umwelt* (*RdU*), 2017, p. 259 (https://ccca.ac.at/fileadmin/00_DokumenteHauptmenue/03_Aktivitaeten/AG_s/RdU-Dez2017_3.Piste_Kirchengast-Madner-SchulevSteindl-Steininger-Hollaus-Karl.pdf, consulté le 25 avril 2020).

32 § 213 (décision de la Cour).

33 G. Kirchengast *et al.*, *op. cit.*, cette position de la doctrine autrichienne rejoint par ailleurs la position de la Cour d'appel de Londres, qui dans l'affaire *Heathrow* considère que l'Accord de Paris doit être pris en compte par le gouvernement avant d'accorder l'autorisation de planification de l'agrandissement de l'Accord de Paris.

34 La loi nationale relative à la protection climatique transposant la décision Effort Sharing a également exclu le secteur aérien de son champ d'application, tout comme le protocole de Kyoto (§ 213 de la décision).

35 Décision, p. 64, § 219 – 220 : „*Das Bundesverwaltungsgericht hat in seine Bewertung der festgestellten CO_2-Emissionen – und damit gleichsam für die Feststellung der damit verbundenen Auswirkungen – wesentlich eine Gesamtbetrachtung der Mitverantwortung der Republik Österreich für den globalen Klimaschutz einfließen lassen. Damit beurteilt das Bundesverwaltungsgericht – in erster Linie in rechtspolitischer Weise – völkerrechtliche, unionsrechtliche und einfachgesetzliche Maßnahmen und zieht aus der Nichterreichung von Klimazielen im Ergebnis (negative) Schlussfolgerungen für die Bewilligungsfähigkeit des vorliegenden Projektes, ohne dass der zuständige (Bundes-)Gesetzgeber diesbezüglich gesetzliche An-ordnungen getroffen hat.*"

36 Décision, p. 64, § 221 : „*Österreich habe sich 'gesetzlich innerstaatlich und international völkerrechtlich' verpflichtet, diese Emissionen zu reduzieren. Dieses Ziel habe Österreich weit verfehlt und werde es auch bis 2025 nicht erreichen*".

débattue dans les contentieux climatiques, y compris par la doctrine après le jugement de première instance[37]. La Cour conclut à ce titre que ces points démontrent le caractère gravement arbitraire de la décision du Tribunal, qui n'avait pas à les considérer dans le cadre de la pondération effectuée[38].

Deuxièmement[39], la Cour reproche au Tribunal d'avoir considéré l'environnement et le climat comme des intérêts publics en soi en s'appuyant sur l'arrêt de principe de 1970 de la plus haute juridiction administrative précité, alors que ces intérêts n'y figurent pas. Le Tribunal de première instance reconnaît pourtant indirectement que les autres intérêts publics de cet arrêt (tels que la protection de la population, la sauvegarde de l'ordre public, la protection de la vie, santé et propriété, etc.) sont remis en cause par le réchauffement climatique. De fait, le Tribunal cite à plusieurs reprises les impacts négatifs du dérèglement climatique sur ces intérêts, en s'appuyant sur le document du conseil ministériel de 2012 sur la stratégie d'adaptation de l'Autriche[40]. Comme le relève encore une fois la doctrine, il est surprenant et regrettable que la Cour constitutionnelle ne motive pas davantage sa décision à cet égard[41]. Une impression de précipitation reste lors de la fin de la lecture de la décision de la Cour, dans la mesure où elle s'est prononcée à peine quelques mois après le Tribunal en court-circuitant le processus de révision habituel de la plus haute juridiction administrative[42]. On peut donc légitimement se demander ce qu'il serait advenu de la décision de la Cour si le Tribunal avait explicitement mis en relation les différentes conséquences préjudiciables du dérèglement climatique aux intérêts énoncés dans l'arrêt de principe de 1970. La Cour y répond indirectement en énonçant qu'un processus de mise en balance conforme à la loi requiert la détermination des critères de pondération exclusivement par une interprétation du droit positif. Dès lors des actes non-normatifs tels que le document du Conseil ministériel de 2012 sur la stratégie d'adaptation de l'Autriche au changement climatique n'auraient pas pu être considérés selon elle. Cela semble particulièrement problématique, dans la mesure où ce document était uniquement invoqué en vue de mettre en évidence les multiples risques de dommages liés réchauffement climatique.

Troisièmement[43], les principes environnementaux issus de la Constitution du *Land* de Basse-Autriche ne pouvaient pas non plus être utilisés dans la mise en balance en raison de leur restriction au domaine de compétence du *Land*, duquel l'autorisation de l'aéroport est exclue. L'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'aurait pas pour effet de changer le résultat définitif, puisque son contenu serait similaire à la Constitution fédérale autrichienne, qui prévoit également un niveau élevé de protection de l'environnement.

---

37 M. Niederhuber, „Dritte Piste: Interessenabwägung doppelt verfehlt", *Umweltrechtsblog*. at, 2017: https://www.umweltrechtsblog.at/blog/blogdetail.html?newsID=%7BABB86FDF-239B-11E7-B8B8-08606E681761%7D (dernière consutation le 27 avril 2020).

38 Décision, p. 64, § 221, la Cour évoque le caractère arbitraire au sens de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle.

39 Point 3.12 de la décision.

40 *Die österreichische Strategie zur Anpassung an den Klimawandel (Teil 1 – Kontext)*" 2012 disponible selon le jugement à cette adresse : https://www.bmlfuw.gv.at (consulté le 20 avril 2020).

41 G. Kirchengast *et al.*, Vfgh behebt Untersagung der dritten Piste, *Recht der Umwelt* (*RdU*), 2017, p. 257-258 ; B. Hollaus, "Austrian Constitutional Court: Considering Climate Change as a Public Interest is Arbitrary – Refusal of Third Runway Permit Annulled", *De Gruyter, ICL Journal* 2017; 11(3): p. 476-477.

42 G. Kirchengast *et al.*, *op. cit.* 2017, p. 257. B. Hollaus, *op. cité*, p. 475.

43 Point 3.13 de la décision, § 226-232.

En fin de compte, la vérification de la légalité de la balance d'intérêt effectuée par l'administration doit se restreindre pour la Cour au champ des textes du droit positif. Ce faisant, les juges constitutionnels omettent de considérer la gravité concrète des conséquences dommageables du réchauffement climatique. Cela semble entièrement assumé. La Cour souhaite manifestement restreindre le mécanisme de revue juridictionnelle uniquement à la bonne prise en compte de l'ensemble des éléments normatifs[44].

Cette affaire illustre l'incertitude inhérente des actions en justice tributaires de normes génériques sujettes à une forte interprétation telles que l'article 71 *Luftfahrtgesetz*. Bien que le Tribunal administratif ait développé une argumentation structurée et détaillée, la Cour constitutionnelle autrichienne a renversé son jugement à l'aide d'arguments découlant exclusivement d'une analyse normative, en laissant de côté la considération des causes et des conséquences réelles du changement climatique[45]. En somme, il ressort de la décision de la Cour constitutionnelle une vision excessivement positiviste largement critiquée par la doctrine qu'elle paraît *in fine* inexacte et déraisonnable pour la protection du climat, des droits fondamentaux et d'autres intérêts publics.

II. L'obligation de prendre en compte le climat dans le cadre de l'expansion de l'aéroport londonien d'Heathrow

Le maire de Londres[46], cinq collectivités territoriales[47] et deux associations[48] ont formé un recours en annulation (*judicial review*) contre l'acte du gouvernement relatif à l'expansion de l'aéroport d'Heathrow. Les requérants contestent principalement[49] le fait que le gouvernement n'ait pas pris suffisamment en compte les enjeux climatiques (l'Accord de Paris a cristallisé les débats) lors de la décision prévoyant l'expansion aéroportuaire. Le processus qui a été attaqué formellement est la « désignation »[50] de l'*Airport's National Policy Statements* (ci-après ANPS)[51]. L'ANPS définit la politique britannique en matière aéroportuaire en énonçant la nécessité d'une nouvelle piste à Heathrow. Il s'agit du « *cadre fondamental* » du processus de planification de son expansion.

44 En soi cette position rejoint celle de la Cour d'appel de Londres dans l'affaire *Heathrow*, voir ci-dessous ; v. aussi M. Niederhuber, *op. cit.* la position de la plus haute juridiction administrative autrichienne serait d'ailleurs similaire à celle de la Cour constitutionnelle autrichienne.

45 Les défendeurs lui reprochant de ne pas avoir convoqué d'audience spécifique à ce sujet et considérant qu'il « se limite à des déclarations émotionnelles sur les conséquences présumées telles que la mortalité et les réfugiés climatiques » alors qu'il s'appuie pourtant précisément sur des sources étatiques qui paraissent difficilement contestables (v. p. 16, § 48 de la décision de la Cour).

46 Le maire de Londres justifie son intérêt à agir en invoquant un devoir d'établir une stratégie environnementale et climatique pour l'agglomération et le Grand Londres (§ 5).

47 London Borough of Hillingdon ainsi que des « borough » (municipalités, collectivités) adjacentes, toutes du grand Londres.

48 Plan B et Friends of the Earth.

49 Les juridictions ont revu effectivement trois questions principales de droit. La première avait trait à la protection de la faune et la flore à travers la directive Habitat, la seconde à l'effet sur l'environnement au regard de la directive 2001/42/CE, la troisième concernait les engagements du R-U en matière climatique. De longs développements ont été produits par les juridictions, à savoir 180 et 80 pages respectivement par le tribunal « divisionnaire » de première instance et la Cour d'appel. Cependant, seulement les moyens ayant trait au climat ont prospéré devant la Cour d'appel.

50 Le terme désignation provient du *Planning Act* de 2008 et est similaire au terme « adopter », « nommer ». Cette loi précise les étapes procédurales qui doivent être entreprises avant qu'un *National Policy Statement* (tel que l'ANPS) puisse être officiellement « désigné » par le secrétaire d'État tels que la consultation et le contrôle parlementaire ainsi que la prise en compte de la durabilité (article 5 (3) et (4)).

51 Le nom complet de l'ANPS est le suivant : *Airports National Policy Statement: new runway capacity and infrastructure at airports in the South East of England.*

Le Tribunal divisionnaire a rejeté l'ensemble des prétentions des requérants, car il a considéré que le gouvernement a suffisamment pris en compte le climat lors de la désignation de l'ANPS ; l'objectif climatique issu de la loi nationale de protection du climat de 2008 aurait constitué selon la première instance un motif d'appréciation suffisant (**A**). Pour la Cour d'appel, le fait que le gouvernement s'est restreint à considérer uniquement la loi nationale pour évaluer la compatibilité du projet avec la protection du climat caractérise au contraire un vice de forme suffisamment important méritant l'annulation de l'ANPS : il aurait été nécessaire de prendre en compte d'autres impacts non inclus dans la loi nationale ainsi que les objectifs climatiques découlant de l'Accord de Paris puisqu'ils sont susceptibles de changer la décision du gouvernement (**B**).

A. Le rejet de la requête en première instance

En première instance, le Tribunal a d'abord considéré que l'Accord de Paris ne devait pas être pris en compte en raison de l'absence de mesure de transposition de celui-ci en droit britannique, malgré sa ratification[52]. Cette position est similaire à la Cour constitutionnelle autrichienne, qui considère que cet accord n'a aucun effet au sein de l'ordre juridique interne tant que sa mise en œuvre n'est pas définie par le Parlement.

Le Tribunal considère ensuite que l'étape ultérieure prévue par le *Planning Act* du *Development Consent Order* (DCO) conférera la possibilité aux requérants de faire valoir l'objectif climatique du *Climate Change Act* de 2008. Cette étape prévoit notamment la nécessité de tenir compte de toute « *policy* » pertinente en la matière, ou encore d'effectuer une évaluation environnementale détaillée. La loi britannique de protection du climat de 2008 pose une obligation de réduction des GES de 80 % par rapport à 1990 en vue de limiter l'élévation de la température moyenne mondiale à 2℃. Comme le relève le Tribunal, il est même probable que celui-ci soit revu à la hausse au titre de la section 2 de ladite loi, qui énonce une telle possibilité lorsque le droit international ou la science ont évolué. En l'occurrence, l'Accord de Paris dispose d'une ambition manifestement[53] plus élevée que celle de la loi domestique : il vise la limitation de la température à *bien en dessous* de 2℃ et à poursuivre les efforts pour rester en-dessous du seuil de 1,5℃[54]. Le tribunal rejette donc l'ensemble des prétentions des requérants, tout en leur laissant la possibilité de faire appel sur quatre moyens précis[55].

52 § 576 du jugement.

53 Le litige fait aussi l'objet d'un différend d'interprétation entre les parties à cet égard : le gouvernement considère que l'objectif de la nationale est suffisant pour se conformer à l'Accord de Paris tandis que les requérants associatifs le contestent (voir partie II. B. 1. pour plus de détails).

54 L'objectif du *Climate Change Act* a bien été révisé en 2019 via l'ordonnance *2050 Target Amendment* de 2019 (SI 2019/1056), qui a rehaussé l'objectif de 2050 en le fixant à 100 % de réduction de GES.

55 Cette synthèse du jugement s'appuie sur le résumé de presse réalisé par le service de communication du tribunal, p. 4. Le résumé du jugement de première instance est disponible publiquement à l'adresse suivante : https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/05/Heathrow-third-runway-litigation-judgment-press-summary.pdf (dernière consultation le 18.04.2020).

B. L'annulation du projet d'extension d'Heathrow par la Cour d'appel en raison de l'absence de considération d'impacts climatiques et de l'Accord de Paris

Constatant que l'objectif poursuivi par le Royaume-Uni au sein du *Climate Change Act* n'est pas aussi ambitieux que l'Accord de Paris (**1**), la Cour d'appel considère que le traité aurait dû être pris en compte par le gouvernement lors de la désignation de l'ANPS (**2**), tout comme d'autres impacts climatiques de l'aviation non abordés par la loi britannique précitée (**3**). L'absence de considération de ces éléments est suffisamment importante pour justifier l'annulation de l'acte selon la Cour d'appel (**4**).

1. Différend concernant l'interprétation de l'adéquation de l'objectif climatique du Climate Change Act de 2008 avec l'Accord de Paris

Le gouvernement considère que l'objectif de 80 % de réduction de GES fixé dans le *Climate Change Act* de 2008 est suffisant. Le comité d'experts britannique sur le changement climatique, dont la fonction, consiste à conseiller publiquement et en toute indépendance le gouvernement à l'image de l'organe français « Haut conseil pour le climat »[56], aurait d'ailleurs déclaré qu'il serait *possible* que cet objectif soit compatible avec l'Accord de Paris, même si la limitation de la température à 2℃ visée est moins ambitieuse[57]. La position du gouvernement a donc été celle de considérer que l'objectif de la loi climat de 2008 est la référence appropriée afin d'évaluer l'impact carbone induit par l'agrandissement de l'aéroport. La Cour y voit deux difficultés. D'une part, le comité d'experts a simplement indiqué en 2016 que l'objectif *pourrait* être compatible avec l'Accord de Paris, mais il ne l'a absolument pas certifié[58]. D'autre part, le gouvernement britannique était dans tous les cas dans l'obligation juridique formelle de prendre en compte l'Accord de Paris.

La Cour signale de plus que le Président du Comité d'experts sur le changement climatique aurait envoyé une lettre au secrétaire d'État chargé des transports dans laquelle il indique sa surprise de constater que ni l'Accord de Paris ni la loi britannique climatique de 2008 n'aient été évoqués lors d'un débat parlementaire sur l'ANPS. De tels objectifs ne laissent selon le Comité d'experts

56 Pour plus d'informations sur le comité, voir : A. Rüdinger, L. Vallejo, « Le Comité pour le changement climatique au Royaume-Uni Quel retour d'expérience et quels enseignements pour la France ? », *Studies N°06/18, IDDRI*, 2018, https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Etude/201807-ST0618-climate%20change%20committee_0.pdf (dernière consultation le 26 avril 2020).

57 V. *supra*, § 196-199 de l'arrêt.

58 § 202-210 de l'arrêt ; la Cour relève que le comité a même indiqué dans son rapport de 2016 que l'objectif de limitation de la température mondiale à 1,5° C pourrait impliquer la nécessité d'atteindre la neutralité carbone en 2040 pour le Royaume-Uni. Cependant, le Comité d'experts avait insisté sur l'insuffisance des réglementations ainsi que sur l'importance de tenir les objectifs de réduction du budget carbone fixés par le Parlement à court-terme, nécessaires en vue de réaliser l'objectif à long terme de 2050, voire même une version plus ambitieuse de ce dernier. Par ailleurs, dans une affaire climatique antérieure, Plan B, l'ONG co-requérante, avait déjà demandé d'amender le *Climate Change Act* de 2008 en se fondant sur l'Accord de Paris. Le gouvernement a considéré que l'article 2 de l'Accord ne fixe pas une obligation en soi, les États seraient selon le point de vue du gouvernement uniquement contraints de fixer tous les cinq ans des contributions nationales déterminées les plus ambitieuses possibles en vue de réaliser l'objectif de l'art. 2, conformément à l'article 4 dudit Accord. Estimant que trop peu de preuves scientifiques démontrent la nécessité d'une telle modification, le tribunal administratif avait donné raison au gouvernement sur ce point. Cette action avait toutefois été engagée avant la publication du rapport spécial 1,5℃ du GIEC de 2018. Pour accéder aux documents de cette affaire, voir le site web de Plan B, résumant l'affaire et compilant les documents juridiques de cette affaire : https://planb.earth/plan-b-v-uk/ consulté le 18 avril 2020).

qu'une marge de manœuvre comptable très restreinte en matière de gestion du budget carbone[59]. Selon l'analyse du Comité, les émissions du secteur aérien britannique en 2050 devraient retourner au niveau de 2005 afin de se conformer à l'objectif national de réduction de 80 % des GES. Cela ne pourrait laisser la place qu'à une augmentation d'environ 60 % du trafic aérien, en fonction des progrès technologiques de décarbonisation et d'utilisation d'agrocarburants[60]. Une croissance plus importante du trafic aérien nécessiterait des réductions encore plus importantes dans d'autres secteurs, ce qui semble déraisonnable au Comité.

Malgré cette intervention du Comité d'experts, le gouvernement aurait répondu aux requérants dans le mémoire en réponse qu'il se serait strictement conformé aux exigences législatives et qu'il serait de toute façon impossible pour lui de prendre en compte un hypothétique objectif plus ambitieux que celui du *Climate Change Act* de 2008[61].

En somme, comme le synthétise le juge Holgate à la suite du *pre-trial review*, le gouvernement considère que les objectifs climatiques nationaux et internationaux sont équivalents. Si l'Accord de Paris devait être réellement plus ambitieux, alors il ne l'a pas pris en compte avant de désigner l'ANPS. La Cour relève subséquemment que l'ANPS aurait pu être refusé, si la convention internationale avait été considérée par le secrétaire d'État chargé des transports[62].

2. *La nécessité de prendre en compte l'Accord de Paris au titre du Planning Act et de la directive SEA relative à l'évaluation environnementale*

Comme tout autre projet d'infrastructure majeure au Royaume-Uni, l'ANPS a été pris sur le fondement du *Planning Act*. La Cour considère que l'Accord de Paris aurait dû être pris en compte au titre de la section 5 (8) du *Planning Act*, qui exige que les « *policies* »[63] relatives à la lutte contre le réchauffement soient considérées[64]. La question était alors de savoir si l'Accord de Paris constituait bien une telle *policy*[65]. Aux yeux de la Cour, il est clair qu'au moment où l'ANPS a été adopté, l'Accord de Paris faisait clairement partie des « *policies* » du gouvernement, en raison de sa ratification solennelle par le Parlement et de l'allégeance de certains ministres à ce nouveau texte.[66] La Cour ajoute qu'au regard des exigences de consultation publique du Parlement du *Planning Act*[67],

59 Le budget carbone renvoie à l'idée qu'une certaine quantité limitée de GES peut encore être émise avant le franchissement d'un seuil de réchauffement planétaire.
60 § 214 de l'arrêt.
61 § 217-218 de l'arrêt.
62 § 220 - § 221 de l'arrêt.
63 Comme le relève la Cour, les termes de « *Governement's policies* » relèvent de l'anglais ordinaire et n'a aucune signification juridique particulière. La Cour ne peut donc en déduire que cette notion se restreint à la législation nationale et n'inclut pas les conventions internationales. Le concept de *Policy* serait nécessairement plus large que la notion de législation.
64 La section 5 (8) de cette législation de 2008 oblige le gouvernement avant la désignation d'une National Policy de faire part de : "*The reasons must (in particular) include an explanation of how the policy set out in the statement takes account of Government policy relating to the mitigation of, and adaptation to, climate change*." (v. § 38 de l'arrêt).
65 § 221-233 de l'arrêt.
66 D'après la Cour, la raison pour laquelle le gouvernement n'avait pas agi de cette façon était liée à des conseils juridiques contraires lui recommandant d'évincer l'Accord de Paris. Les conseillers du gouvernement auraient même considéré que le gouvernement était dans l'obligation d'exclure l'Accord de Paris de ses considérations avant la désignation de l'ANPS, v. § 227 de l'arrêt.
67 Le Planning Act prévoit la consultation et le contrôle parlementaire ainsi que la prise en compte de la durabilité (article 5 (3) et (4)) v. § 223. En outre, la considération de l'objectif international ne serait contradictoire avec l'objectif national de 2008, puisqu'il prévoit une réduction *d'au moins* 80 %.

un débat public et parlementaire aurait dû avoir lieu sur la question de la compatibilité du projet avec l'Accord de Paris en raison de l'importance de ce traité. Bien conscient du système dualiste[68] du Royaume-Uni, il ne s'agirait pas non plus de donner un effet direct à l'Accord de Paris à travers la « petite porte » ; la Cour précise que le *Planning Act* requiert exclusivement sa prise en compte ainsi que l'explicitation publique de celle-ci, ce qui est différent du devoir de s'y conformer.

La Cour abonde qu'elle constate le même type de manquement lors de l'examen de la section 10 (3) du *Planning Act*, qui dispose que « le secrétaire d'État doit tenir compte de l'opportunité d'atténuer les changements climatiques et de s'y adapter »[69]. La directive SEA 2001/42/CE et la réglementation correspondante requièrent quant à elles une évaluation environnementale permettant de délivrer des informations sur « les objectifs de la protection de l'environnement, établis au niveau international, communautaire ou à celui des États membres, qui sont pertinents pour le plan ou le programme et la manière dont ces objectifs et les considérations environnementales ont été pris en considération au cours de leur élaboration »[70]. Et, quand bien même la marge d'appréciation du gouvernement reste étendue à cet égard, la Cour constate encore une fois qu'en l'absence complète de sa considération, le gouvernement a commis une erreur de droit[71].

3. *Au-delà de l'Accord de Paris, la nécessité de prendre en compte d'autres impacts et objectifs climatiques au titre du principe de précaution*

De surcroît, la Cour considère que les impacts sur le réchauffement climatique du secteur de l'aviation non liés au CO_2 devaient également être pris en compte, en raison de leur importance, vraisemblablement équivalente à celle du CO_2. Ces effets tels que les émissions d'oxydes d'azote (NOx) ainsi que les traînées de condensation ne font pas partie du *Climate Change Act* de 2008 qui ne vise que le CO_2 comme gaz à effet de serre[72]. À l'égard des incertitudes scientifiques, la Cour convoque le principe de précaution ainsi que le « *bon sens* » afin de justifier la nécessité de prendre en compte ces effets, malgré l'absence de quantification scientifique précise possible à ce stade.

L'étude des effets sur le climat ne doit pas se restreindre non plus à l'horizon 2050, dans la mesure où la réduction de GES doit se poursuivre au-delà de cette date puisqu'il sera vraisemblablement nécessaire qu'aucun GES ne soit émis postérieurement à l'entrée dans la « neutralité carbone »[73].

68 Système selon lequel un acte de transposition supplémentaire à la ratification est nécessaire afin de donner un effet aux conventions internationales, v. § 192 de l'arrêt.

69 Traduction libre de "*the Secretary of State must (in particular) have regard to the desirability of – (a) mitigating, and adapting to, climate change*". Comme le fait remarquer le conseil de *Friends of the Earth*, l'Accord de Paris est incontestablement pertinent pour l'obligation de la section 10 du *Planning Act* (§ 234-238 de l'arrêt).

70 Selon l'annexe I (e) de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

71 § 234-247.

72 V. § 248-261 de l'arrêt.

73 La neutralité carbone est un terme pour désigner une situation dans laquelle les émissions nettes de GES sont égales à zéro.

4. *La justification de l'intervention du pouvoir judiciaire dans cette affaire hautement controversée politiquement*

Au regard des controverses politiques ayant nourri ce litige, les juridictions anglaises ont souligné à titre liminaire qu'il ne s'agit pas d'une question politique qui leur est posée, mais exclusivement d'une question juridique de nature procédurale[74]. Elles n'ont pas été saisies sur la question de savoir si l'aéroport d'Heathrow doit être étendu et comment, mais uniquement sur celle de savoir si l'acte litigieux de l'ANPS[75] a été produit légalement. En d'autres termes, il ne s'agissait pas cette fois-ci d'examiner la compatibilité du projet avec la lutte contre le changement climatique au fond, comme l'a fait le tribunal administratif de Vienne.

Même si le litige se restreint à des questions procédurales, la Cour d'appel est de l'avis que la prise en compte des enjeux climatiques et de l'Accord de Paris aurait pu avoir une influence déterminante sur la décision du gouvernement. C'est la raison pour laquelle la Cour fait droit aux demandes des requérants et annule le processus de planification de l'expansion de l'aéroport d'Heathrow. La Cour justifie une telle intervention judiciaire en ajoutant que la résolution de ce litige fait partie des intérêts publics exceptionnels étant donné que le climat « est une question d'une grande importance nationale et internationale qui préoccupe grandement le public »[76].

En revanche, la Cour précise qu'elle n'interdit pas la construction de la troisième piste et qu'elle ne pourrait pas le faire de toute façon[77], du moins dans le cadre de cette requête. Cette problématique de l'office du juge est tout à fait récurrente dans les contentieux climatiques. Mais dans ce cas d'espèce, le contentieux ne soulève aucune question de fond. À ce titre, la Cour ajoute qu'elle ne considère pas que l'agrandissement de l'aéroport est nécessairement incompatible avec l'Accord de Paris.

***

Ces deux affaires démontrent que « l'arme du droit » est un moyen intéressant pour lutter contre le changement climatique. Cependant, il en ressort tout autant clairement que le pouvoir judiciaire ne peut agir seul. Il est tout autant nécessaire de pouvoir disposer de pouvoirs exécutifs et législatifs courageux afin de concrétiser pleinement les objectifs de l'Accord de Paris en droit dur. En effet, les juges n'exercent qu'un contrôle limité et tendent à laisser une marge de manœuvre considérable au gouvernement, tant dans l'affaire autrichienne que britannique.

---

74 § 2 et 281 de l'arrêt.

75 Cet acte a été pris au titre du *Planning Act* de 2008, qui oblige le gouvernement lors de projets de construction d'infrastructures importantes telles que celles relatives à des aéroports de se conformer à certaines étapes procédurales telles que la consultation, l'examen du Parlement et la prise en compte du développement durable avant qu'un « *national policy* » puisse être formellement « désigné » par le Secrétaire d'État compétent (v. § 37 de l'arrêt).

76 Traduction libre du § 277 de l'arrêt.

77 § 285 de l'arrêt ; une telle déclaration ne semble pas prendre en compte l'éventualité d'un recours sur le fond où il est démontré scientifiquement qu'une extension aéroportuaire est incompatible avec la neutralité carbone en 2050. C'est aussi ce que le communiqué de presse du Tribunal de première instance semble indiquer : « *It must be emphasised that the court was not concerned with the merits of increasing airport capacity or of satisfying any need by way of a third runway at Heathrow. Those questions involve (i) the collection and analysis of a mass of technical evidence by experts in the relevant fields, and (ii) a high level political assessment of social and economic factors by those who were assigned by Parliament to make such judgments and who were democratically-accountable.* »

En effet, même si dans le processus d'extension d'Heathrow a été finalement annulée, les juges britanniques ne le font finalement qu'en raison d'un vice de forme. La décision sur le fond revient au gouvernement. Selon les médias, cet arrêt aurait été fatal pour le projet puisque le Premier ministre Boris Johnson avait déclaré vouloir abandonner le projet en cas d'annulation du processus par la Cour.

Cela étant, si le processus de planification de l'aéroport d'Heathrow devait être finalement enclenché, il faudrait une argumentation solide pour contester le projet au fond. Un des points ayant cristallisé les débats concerne la question de savoir si l'extension aéroportuaire est compatible avec l'objectif de neutralité carbone découlant de l'Accord de Paris. En s'appuyant sur l'expérience de l'affaire autrichienne, de nombreux éléments sont susceptibles d'influencer la décision finale. Par exemple, la première question décisive est celle de savoir si une prise en compte restrictive ou exhaustive des GES doit être faite : seulement les émissions directes de la construction de l'aéroport doivent être calculées, ou également celles induites, liées à l'augmentation du trafic survenant *a posteriori* de la construction de la troisième piste ? Cette question se complexifie puisqu'il semble aussi nécessaire de comptabiliser les émissions extraterritoriales dites « *cruise emissions* » pour mesure l'impact réel du projet sur le climat. De surcroît, il sera déterminant de savoir comment le juge sera prêt à accepter les projections de réduction de GES du secteur aérien grâce aux *éventuels* progrès technologiques[78] à venir.

Pour conclure, l'agrandissement aéroportuaire semble – pour le moment – absolument incohérent avec la lutte contre le réchauffement climatique. Le principe de précaution devrait pouvoir permettre de suspendre toute extension des structures aéroportuaires tant que les technologies de décarbonisation ne sont pas disponibles. Mais rien n'est moins sûr que les tribunaux et les gouvernements appliquent et conçoivent le principe de la même façon.

78 Comme indiqué *supra*, ces progrès de la décarbonisation du secteur aérien dépendent principalement de la compensation carbone avec des agrocarburants ainsi que de l'électrification des moteurs des aéronefs. Or la technique de la compensation carbone, tant avancée par les acteurs de l'aéronautique est largement remise en cause en raison de son manque d'efficacité, *a fortiori* si elle devait être mise en œuvre massivement à l'échelle planétaire. Enfin, l'électrification des moteurs d'aéronefs est absolument indisponible aujourd'hui et il est hautement incertain qu'elle soit déployable dans une dizaine d'années ou plus.

Partie 2

Les actions dirigées contre les entreprises privées

Des multinationales pétrolières ou de grandes sociétés de production d'énergie ont été visées dès la fin des années 2010, par les actions climatiques. Dans la continuité de la démarche engagée dans la première Partie, les affaires sont présentées en fonction des finalités des demandes des plaignants. Certaines requêtes ont été engagées en vue d'obtenir une réparation des préjudices subis en raison du changement climatique résultant des émissions de gaz à effet de serre des grandes entreprises polluantes (**Titre 1**).

Des individus isolés ou groupés, des villes et des ONG ont également enclenché des demandes plus générales à visée préventive. Il s'agit pour les plaignants de faire changer les pratiques des entreprises en convoquant un juge, un mécanisme de *soft accountability* et même une commission nationale relative aux droits de l'Homme. Ces actions climatiques dirigées contre des sociétés pétrolières, des productrices d'énergie, nationales ou transnationales et même des banques questionnent leur possible responsabilité en matière climatique. Elles sont toutefois jalonnées de nombreux obstacles : délicat intérêt à agir des plaignants, l'établissement de l'action ou de l'omission fautive des entreprises, le difficile partage de responsabilité des multiples émetteurs, et l'établissement du lien de causalité entre le changement climatique et le préjudice subi (**Titre 2**).

Titre 1

Les actions curatives en direction des principales entreprises émettrices de gaz à effet de serre

De nombreuses tentatives contentieuses ont été menées en vain par des ONG ou des villes. C'est le cas par exemple de la désormais célèbre affaire *American Electric Power Company c. Connecticut* de 2011 dans laquelle huit États, la ville de New York et trois fiducies foncières ont poursuivi séparément les mêmes sociétés d'énergie électrique. Ces plaignants cherchaient à réduire les émissions de gaz à effet de serre des défendeurs et à les faire condamner sur la base de la nuisance publique en raison de leurs contributions continues au réchauffement climatique (**25**).

Sans succès, la communauté villageoise Kivalina d'Alaska, menacée de disparaître, a souhaité voir reconnaitre la responsabilité de la société Exxon Mobil ainsi que vingt-deux autres compagnies pétrolières importantes émettrices de gaz à effet de serre car elles auraient contribué d'une manière non négligeable à la fonte des glaces (**26**).

Un fermier péruvien aidé d'une ONG allemande a assigné l'énergéticien RWE devant un juge allemand en l'estimant en partie responsable du préjudice qu'il subit du fait du réchauffement climatique (**27**). Le procès est toujours en instance.

Dernièrement, c'est au tour de grandes villes américaines Oakland (**28**), New York (**29**) et de l'État fédéré de Rhode Island (**30**) d'engager des procès contre l'industrie pétrolière en lui demandant des réparations au regard du préjudice qu'elles ont subi ou qu'elles subiront.

25
American Electric Power Company c. Connecticut (2011)

Pauline Abadie[1]

Quatre ans après *Massachusetts c. EPA*[2], l'arrêt *American Electric Power Company (AEP) c. Connecticut*[3] offre à la Cour Suprême des États-Unis une nouvelle occasion de poursuivre la construction de sa jurisprudence sur le droit du changement climatique. Malgré la disparité des problèmes juridiques soulevés, mais aussi la différence de qualité des parties défenderesses, l'arrêt *AEP c. Connecticut* prend expressément appui et prolonge la solution dégagée par son vénérable prédécesseur. En réalité, le sort d'AEP se trouvait dès l'origine tributaire de l'issue de *Massachusetts*. Tandis qu'AEP interroge le bien-fondé d'un recours en responsabilité délictuelle dirigé contre cinq entreprises exploitantes de centrales à charbon dans un contexte d'inaction de l'État fédéral, l'arrêt *Massachusetts* précisément questionne la légalité de cette inaction. Or, la sanction du refus de réglementer les émissions de CO_2 formulée par la Cour dans l'arrêt *Massachusetts*, et l'obligation corrélative faite à l'agence fédérale de protection de l'environnement (EPA) d'agir, risquait de sonner le glas de l'action en responsabilité. En effet, les plaignants d'*AEP* n'entendaient aucunement obtenir le versement de dommages et intérêts, mais sollicitaient du juge une ordonnance fixant, pour chaque entreprise défenderesse, un plan de réduction des émissions faute d'y être contraintes par la loi. En somme, ce qu'ils demandaient à la Cour d'ordonner à titre individuel, la Cour de *Massachusetts* le prescrirait à l'autorité réglementaire à titre collectif.

Sur le fond, et sans surprise, donc, l'arrêt *AEP c. Connecticut* fut rendu à l'unanimité des huit juges siégeant[4], aucun n'ayant même jugé bon de rédiger une opinion concordante. Sous la plume de la juge Ruth B. Ginsburg, la Cour fit droit à la requête des entreprises, demandeurs au pourvoi, et infirma la décision de la Cour d'appel du 2nd circuit rendue en 2009[5]. Au motif que le Congrès a « déplacé » ou « neutralisé » le pouvoir des juges fédéraux en matière de *common law* en délégant à l'EPA la mission de réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES), la Cour non seulement confirme que la voie réglementaire constitue le moyen privilégié pour lutter contre le réchauffement

1 Maître de conférences en droit privé, Université Paris Saclay, IDEP.
2 127 S. Ct. 1438 ; 167 L. Ed. 2d 248 ; 549 U.S. 497 (2007).
3 131 S. Ct. 2527 ; 180 L. Ed. 2d 435 ; 564 U.S. 410 (2011).
4 La juge Sonia M. Sotomayor, ancienne juge fédérale du 2nd circuit et tout juste nommée à la Cour Suprême par Barak H. Obama, avait dû se déporter en raison de sa participation au collège de juges ayant statué en appel sur l'arrêt déféré.
5 *Connecticut c. Am. Elec. Power Co.*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009).

climatique, mais elle indique en outre, et dans le prolongement, que si contentieux il y a, celui-ci sera essentiellement de nature administrative. Sur fond de séparation des pouvoirs, comme souvent aux États-Unis, la Cour signifie qu'il n'appartient pas au juge de la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire au juge de *common law* auguste créateur de droit, d'empiéter sur le domaine de compétence du Congrès, et par délégation des agences, à moins bien sûr qu'il ne revête sa casquette de juge de l'administration dans le cadre d'un contrôle juridictionnel enserré par la loi.

Si la position de la Cour dans *AEP* fait sens au regard de l'affaire *Massachusetts* inscrite au rôle des tribunaux inférieurs à peu près au même moment[6], fermer la porte, tout au moins en apparence, à la responsabilité délictuelle interroge tant sur les plans politique, qu'éthique et juridique.

Politiquement d'abord, il n'est pas certain que les agences administratives sous l'autorité du pouvoir exécutif soient seules à même de mener efficacement la lutte contre le réchauffement climatique. De fait, l'histoire enseigne que les plus grands obstacles rencontrés pour contrôler la pollution tiennent à la réticence de dirigeants politiques et de leurs administrations à mettre en œuvre des politiques susceptibles de déplaire aux industriels locaux. Dans les lignes tracées par la jurisprudence *Brown c. Board of Education*[7], la déségrégation aux États-Unis doit moins aux femmes et hommes politiques devant faire face à leurs électeurs, qu'elle n'a été l'œuvre des juges… C'est pourquoi, à l'abri dans leurs prétoires, éloignés des pressions politiques, les juges peuvent sans doute plus sereinement formuler des trajectoires de réduction que ne le peuvent des agences sujettes aux changements d'administration à la Maison Blanche et agissant sous mandat d'un Congrès jusqu'ici largement paralysé dans ses velléités de réformes. Certes, *AEP* ne consacre pas l'immunité juridictionnelle des agences. C'est même le contraire que la Cour affirma dans son arrêt *Massachusetts.* Cependant, le contentieux administratif que la Cour préconise présente des inconvénients notamment relatifs à la déférence que le juge accorde aux agences en vertu de la célèbre jurisprudence *Chevron*[8]. Expertes au savoir technique et scientifique reconnu, arbitres tenus d'intégrer des intérêts économiques et sociétaux au moment d'élaborer ses normes, la sphère décisionnelle des agences échappe de fait largement au contrôle du juge.

Sur un plan éthique ensuite, il est à craindre qu'en rejetant l'action en responsabilité délictuelle au motif que le Congrès a expressément investi l'EPA, la Cour ne mette en péril l'une des finalités premières de la lutte contre le changement climatique, à savoir celle de corriger les injustices causées par un phénomène affectant de manière disproportionnée les populations les plus vulnérables. Les tenants de la justice climatique placent au cœur de leurs réflexions et de leurs actions les interdépendances pouvant exister entre race, indigénéité et/ou pauvreté, et changements climatiques. Or, quelle que soit la tradition juridique considérée, le droit de la responsabilité délictuel (*tort law*) s'est toujours construit sur les fonts baptismaux de l'idée de justice, elle-même traversée par ses courants distributif, correctif, punitif ou réparateur, etc. Même si le contentieux administratif permet

6 Les plaidoiries devant la Cour du 2nd circuit se sont déroulées en juin 2006, soit plus d'un an avant que ne fut décidée l'affaire *Massachusetts.*
7 347 U.S. 483 et 349 U.S. 294.
8 *Chevron USA Inc. c. NRDC Inc.,* 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778 (1984), et nos développements en *infra.*

d'obtenir des normes d'émissions plus restrictives, et donc de réduire les impacts du changement climatique, il n'offre aucune possibilité aux victimes de confronter les auteurs de leurs préjudices. Dans le prolongement, il n'est pas certain que la voie réglementaire puisse répondre à certaines préoccupations de justice complexes. Par exemple, comment articuler un système d'autorisations administratives reposant sur des valeurs limites d'émission aussi ambitieuses soient-elles ou sur la mise en place des dernières technologies disponibles, et la nécessité d'accompagner les efforts des victimes pour leur permettre de s'adapter aux effets du changement climatique ? Comment intégrer dans un « plan climat », qu'il soit décliné aux échelles nationale ou locale, l'indemnisation des dommages allant au-delà d'un soutien financier à l'adaptation (par exemple les dommages causés à certaines populations autochtones ayant perdu à jamais la jouissance de leurs terres ancestrales) ? Et qui doit en supporter le coût ? Ces enjeux fondamentaux de justice ne peuvent être adéquatement pris en compte dans un système de normes de performance, de valeurs limites et d'autorisations administratives.

Sur le plan juridique enfin, l'accueil du pourvoi et l'infirmation de l'arrêt d'appel jettent une lumière crue sur les difficultés propres au droit des États-Unis, à la fois État fédéral et pays de *common law*. En effet, dans un pays où le fond du droit est constitué pour l'essentiel par des règles issues de précédents, la structure fédérale du système de gouvernement a-t-elle des conséquences sur la conception de la *common law*? Autrement dit, en sus de la question simple et propre à tous les États fédéraux de l'attribution des compétences entre autorités fédérales et États, se pose celle plus complexe et réservée aux seuls pays de *common law* d'une *common law*, par définition œuvre du juge, dont la construction serait alternativement ou cumulativement soit celle des juridictions des États, soit celle des juridictions fédérales. Sur fond de responsabilité des industriels et de changement climatique, c'est de cette double difficulté technique que traite l'arrêt *AEP c. Connecticut.*

Dans l'espèce rapportée, les plaignants – États fédérés, ville de New York et associations – fondaient leur action en responsabilité sur un *tort* issu de la *common law* anglaise, mais un *tort* d'application controversée dès lors que le juge appelé à statuer est un juge fédéral, et qu'agissant en tant de juridiction de *common law,* il lui est demandé de sécréter une *common law* fédérale parallèle à celle des États, mais surtout concurrente au Congrès. Les entreprises défenderesses entendirent immédiatement obtenir le rejet de la demande sans même qu'une discussion au fond ne soit engagée. Pour ce faire, elles firent valoir plusieurs arguments dont seul le dernier est discuté par la Cour dans l'arrêt commenté. Les deux premiers moyens de défense reposaient, d'une part, sur la doctrine de la question politique[9] brandie avec succès par les constructeurs automobiles dans l'affaire *People of the State of California c. General Motors et. al.*[10], et d'autre part, sur l'absence d'intérêt à agir (*standing*), argument

9 La doctrine de la question politique est une construction jurisprudentielle dont l'essentiel des règles a été posé par l'arrêt *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). La doctrine postule que certains types de sujets relèvent des pouvoirs constitutionnellement élus (législatif ou exécutif), ce qui conduit à l'incompétence des tribunaux fédéraux. La question s'est posée de l'appartenance du contentieux climatique à cette catégorie de sujets. V. généralement, J. R. May, « Climate Change, Constitutional Consignment, and the Political Question Doctrine », *Denv. U. L. Rev.* n° 85, 2008, p. 919, et dans le contexte de *AEP c. Connecticut* : J. R. May, « *AEP c. Connecticut* and the Future of the Political Question Doctrine », *The Yale Law Journal Online*, 2011, p. 127.

10 No. C06-05755 MJJ, (N.D. Cal. Sept. 17th 2007).

qui serait largement discuté et âprement tranché dans l'arrêt *Massachusetts*[11]. Le troisième moyen de défense entendait frontalement faire échec au recours en responsabilité fondé sur la *common law* fédérale. Invoquant la théorie du *displacement*, les entreprises défenderesses arguèrent qu'en adoptant la loi sur la protection de l'air (*Clean Air Act*) le Congrès avait « déplacé » ou « neutralisé » le droit des plaignants de fonder leur action sur la *common law* fédérale.

En répondant à ce troisième argument, la Cour peaufine sa conception de la *common law* fédérale, tout en clarifiant la place de la protection de l'environnement au sein de cette source prétorienne du droit (**I**). Mais surtout, elle apporte un éclairage bienvenu à la théorie du *displacement*, et plus précisément au critère régissant l'examen de la neutralisation, dans un contexte où l'agence n'a encore promulgué aucune règle (**II**). La Cour laisse aussi subsister certaines zones d'ombre, tenant à la fois à l'étendue exacte du pouvoir judiciaire fédéral neutralisé, et à la validité des recours non pas fondés sur la *common law* fédérale, mais sur la *common law* des États. C'est aujourd'hui au cœur de cette brèche ouverte que se déploient les actions en responsabilité dirigées contre les *carbon majors*[12].

I. La *common law* fédérale, une source clair-obscur du droit américain

Il est un principe fermement établi, consacré par la jurisprudence et repris de manière inaugurale par la juge Ginsburg dans la décision *AEP* selon lequel : « Il n'existe pas de *common law* fédérale générale »[13]. La forme proclamatoire ne semblant souffrir aucune exception, le commentateur aurait pu s'en satisfaire. Cette source du droit n'existe tout simplement pas. Mais une lecture plus attentive immédiatement interroge. S'il n'y a pas de *common law* fédérale *générale*, subsiste-t-il alors une *common law* fédérale *spéciale* ? Dans l'affirmative, que recouvre-t-elle et quels liens entretient-elle avec la protection de l'environnement ? (**B**). Y répondre suppose au préalable de rappeler les termes du débat sur la *common law* fédérale (**A**).

A. Le débat sur la *common law* fédérale

Le débat sur la *common law* fédérale nait d'une difficulté soulevée par une disposition de la Constitution américaine relative à la compétence des juridictions fédérales. Selon l'article III section 2 clause 1, le pouvoir judiciaire fédéral s'étend, outre « tous les cas […] ressortissant à la présente Constitution, aux lois des États-Unis [et] aux traités » […], « aux différends […] entre citoyens de différents États ». Dans le premier cas, la compétence des juridictions fédérales est fondée sur le fond du droit (*subject-matter jurisdiction*). Matériellement, dès lors qu'un litige soulève une question de droit fédéral car relative à l'application ou à l'interprétation de la Constitution, d'une loi du Congrès ou d'un traité, les juridictions fédérales sont par principe compétentes[14]. Dans le second

11 V. notre commentaire dans cet ouvrage sous l'arrêt *Massachusetts c. EPA*.
12 V. *infra* nos développements en conclusion de ce commentaire.
13 *Erie Railroad Corporation. c. Tompkins,* 304 U.S. 64, p. 78 ; 58 S.Ct. 817 ; 82 L.Ed. 1188 (1938) cité dans *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.* p. 2535.
14 Ce qui ne veut pas dire que les juridictions des États ne le sont pas. Elles ont au contraire une compétence concurrente et, sauf à être dessaisies à la demande d'un plaideur, pourront toujours trancher des questions de droit fédéral.

cas, la compétence des juridictions fédérales est fondée sur la qualité des parties au litige en tant que personnes (*personal jurisdiction*). Dans cette hypothèse, le litige oppose deux citoyens de différents États, mais ne soulève pas de question de droit fédéral, c'est-à-dire n'est pas relative à des matières que la Constitution a spécifiquement attribuées aux autorités fédérales et particulièrement au Congrès. Mais alors, quel droit les juridictions fédérales doivent-elles appliquer en pareil cas ? Si le litige porte sur une matière échappant à la compétence des autorités fédérales, les juridictions fédérales sont-elles libres de formuler leurs propres règles prétoriennes, autrement dit libres de sécréter leur propre *common law* fédérale ?

Le *Judiciary Act*, célèbre loi promulguée en 1789 et toujours en vigueur, s'est efforcé d'y apporter une réponse, mais une ambiguïté rédactionnelle eut pour effet d'accentuer la confusion. La section 34 de cette loi impose aux juridictions fédérales compétentes saisies d'un litige civil, en dehors des hypothèses où une question de droit fédéral est soulevée, de faire application des « lois » (*laws)* des différents États pour trancher le litige[15]. Autrement dit, une juridiction fédérale compétente en raison de la diversité de citoyenneté des parties (*personal jurisduction based on diversity of citizenship*) doit appliquer les lois qui auraient été appliquées au cas d'espèce par les juridictions d'État, c'est-à-dire celles désignées par la règle de conflit en vigueur au lieu où est établie la juridiction fédérale saisie. La règle ainsi posée n'aurait pas soulevé de difficulté si le mot « *laws* », au pluriel, n'était susceptible de plusieurs interprétations. En effet, s'il est vite apparu incontestable qu'il recouvrait les lois au sens strict (*statutes*), c'est-à-dire le droit *légiféré* des différents États, auquel s'ajoutent les décisions de justice prises en application de ces lois, un doute subsistait sur le droit *déclaré* par les tribunaux étatiques dans des matières non-législatives, c'est-à-dire dans des matières de *common law*. Jusqu'au célèbre revirement de l'arrêt *Erie Railroad*[16], et avec plus ou moins de fluctuations, l'interprétation stricte du mot « *laws* » prévalut. Ainsi, jusqu'en 1938, les juridictions fédérales saisies de questions de droit non fédéral développèrent librement une *common law* fédérale générale toutes les fois où la solution du litige n'était pas régie par une loi (*statute*) étatique[17]. Mais reconnaître aux juridictions fédérales un pouvoir autonome de créer du droit fédéral, de manière concurrente aux États et au Congrès, allait essuyer de nombreuses critiques et soulever des craintes pour l'essentiel légitimes[18]. C'est pourquoi, depuis plus de 80 ans, les « lois » (*laws*) de la section 34 englobent le droit légiféré *et* le droit déclaré des États. C'est pourquoi, donc, depuis plus de 80 ans, il n'existe plus formellement de *common law* fédérale générale[19].

15 « *The laws of the several states, except where the Constitution or treaties of the United States or Acts of Congress otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in civil actions in the courts of the United States, in cases where they apply* », codifiée 28 U.S.C.A. § 1652 (1950).

16 V. *Erie*, 58 S.Ct *op. cit.* Cet arrêt constitue un revirement de la jurisprudence *Swift c. Tyson*, 41 U.S. 1, 10 L. Ed. 865, 1842 U.S. (1842).

17 Sur le plan de contenu, cette *common law* fédérale générale dénommée « *the general law* » a connu peu d'applications et son domaine est demeuré relativement imprécis. René David note que les juridictions fédérales qui ont eu à statuer en vertu de ces règles se sont généralement référées à la *common law* d'Angleterre en vigueur à la date de la Constitution américaine, l'idée étant de se départir au maximum de la *common law* développée par les États depuis l'indépendance : R. David, *Introduction au droit des États-Unis d'Amérique – doctorat 1951-1952*, éd. Cours de droit, Paris, 1951-1952, p. 245-246. Elizabeth Zoller souligne également l'absence de contenu précis et fait référence à l'idée jus naturaliste d'une *common law* fédérale contenue en creux [de la Constitution] : E. Zoller, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour Suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2011/4, n° 33, p. 246.

18 V. A. Tunc, « L'application du droit des États par les juridictions fédérales », *RIDC*, vol. 3, n° 1, 1951, p. 5-35, 21 et. s.

19 Pour une lecture plus nuancée de cette apparente « mise en mort », v. R. David, *Introduction au droit des États-Unis, op. cit.* p. 251-252.

B. La survivance d'une *common law* fédérale spéciale aux contours progressivement définis

Si la juge Ginsburg rappelle le principe selon lequel il n'existe pas de *common law* fédérale générale, elle ajoute immédiatement après que la jurisprudence *Erie* a aussi permis « l'émergence d'un droit judiciaire fédéral décisionnel dans des domaines d'enjeux nationaux »[20]. En effet, *Erie* n'a pas signé l'arrêt de mort de la *common law* fédérale. Elle en a restreint le champ et l'a réorientée dans des domaines spécifiques. Désormais désignée « nouvelle » *common law* fédérale[21], *common law* fédérale, tout court, ou *common law* fédérale spéciale[22], cette source prétorienne du droit s'est néanmoins révélée difficilement saisissable[23].

1. *La* common law *fédérale spéciale sous habilitation législative expresse*

Pour tenter de présenter les choses le plus clairement possible, il faut partir de la qualité de juridiction attachée au tribunal saisi. Dans la majorité des arrêts rendus depuis 1938 où les juges fédéraux ont statué en se fondant sur la *common law* fédérale spéciale, les tribunaux avaient été saisis au motif que le litige soulevait une question de droit fédéral (*subject-matter jurisdiction*)[24]. Dans les cas les plus simples, c'est à l'initiative du Congrès qu'ils développèrent des solutions de *common law* sur la base d'un mandat exprès de puiser des règles complémentaires en vue d'assurer à la loi votée une application saine et effective[25]. Cette forme d'habilitation législative expresse correspond à l'une des deux formes de développement de la *common law* fédérale visées par la juge Ginsburg dans l'arrêt *AEP*. En effet, selon elle, « la "nouvelle" *common law* fédérale porte sur des sujets relevant des attributions du Congrès, mais dès lors qu'il l'a prévue »[26]. Dans le prolongement, la Cour précise que « la protection de l'environnement compte assurément parmi les matières "relevant des attributions du Congrès" », ce qui laisse entrevoir la possibilité pour les juridictions fédérales de « combler "les interstices de la loi", et si nécessaire même "créer du droit fédéral" »[27]. Mais ce pouvoir judiciaire se

20 « *Erie* also sparked "the emergence of a federal decisional law in areas of national concern" », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535.

21 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535, Ginsburg citant H. Friendly dans son article : H. Friendly, « In Praise of Erie and of the New Federal Common Law », *N.Y.U. L. Rev.* n° 39, 1964, p. 383, 405.

22 *Id.*

23 Comme le résume M. A. Field, « *Les exemples* [d'affaires ayant reconnu l'existence d'une common law fédérale spéciale] révèlent une common law fédérale étendue, de variétés multiples, sans principe unificateur cohérent et aux contours largement incertains », dans « Sources of Law : The Scope of Federal Common Law », *Harv. L. Rev.* n° 99, 1986, p. 883, 909.

24 Lorsque les juridictions fédérales sont saisies en vertu de la diversité de citoyenneté des parties, le principe clairement affirmé par *Erie* est bien que seul le droit de l'État considéré régira la solution du litige.

25 V. La loi Labor Management Relations Act de 1947 et l'affaire *Textile Workers Union c. Lincoln Mills*, 353 U.S 448 (1957) ; la loi Employee Retirement Income Security Act et l'affaire *Pilot Life Ins. Co. c. Dedeaux*, 481 U.S. 41, 56 (1987) ou encore la loi Sherman Antitrust Act of 1890 et l'affaire *National Soc'y of Prof. Engineers c. United States*, 435 U.S. 679 (1978). Sont également souvent cités comme exemple de domaines où s'est développée la *common law* fédérale les droits d'auteur, des brevets d'invention et des marques de fabrique qui tous font l'objet de lois fédérales. Les États disposant toujours d'une compétence résiduelle dans les matières mêmes où le Congrès peut légiférer, la *common law* étatique appliquée par les juridictions fédérales subsistera si ces dernières sont saisies en raison de la diversité de citoyenneté des parties (v. par ex. *Pecheur Lozengre Co. c. National Candy Co.*, 315 U.S. 666 ; 62 S.Ct. 853, 86 L. Ed. 1103 (1942)). Cependant, si le domaine a été entièrement couvert ou « occupé » par le droit fédéral en vertu de la théorie de la *federal preemption*, l'autonomie des États ayant disparu, les juridictions fédérales pourront étendre la *common law* fédérale aux questions de droit étatique (type concurrence déloyale) qui présentent une connexité avec le droit fédéral. C'est notamment le cas en matière de droits d'auteur, marques et brevets, v. *Bulova Watch Co. c. Stolzberg*, 69 F. Sup. 543 (D. Mass. 1947).

26 « *The "new" federal common law addresses "subjects within national legislative power where Congress has so directed […] "* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535, Ginsburg citant Friendly, « In praise of Erie », *op. cit.*, p. 408.

27 « *Environmental protection is undoubtedly an area "within national legislative power, " one in which federal courts may fill in "statutory interstices, " and, if necessary, even "fashion federal law."* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535.

déployant dans les domaines d'attribution du Congrès n'est pas sans condition puisque la Cour le restreint aux hypothèses où le Congrès l'aurait spécifiquement envisagé. Hypothèse qu'elle sait ne pas être celle de la décision rapportée.

2. *La common law fédérale spéciale hors habilitation et la nécessité de préserver l'intégrité du système de gouvernement fédéral*

À côté des habilitations législatives expresses, la *common law* fédérale s'est également développée dans des cas où la compétence des juridictions fédérales est fondée sur une question de droit fédéral (*subject-matter jurisdiction*), mais ici sans qu'une loi du Congrès n'ait été votée[28]. La question de droit posée par le litige est bien de nature fédérale, c'est-à-dire qu'elle entre *a priori* dans les attributions du pouvoir fédéral, mais ce dernier n'a jamais établi de règles en la matière. Dans ces hypothèses, et une fois leur compétence vérifiée, les juridictions fédérales peuvent-elles développer leurs propres règles de *common law* pour résoudre le litige au fond ? C'est le cas de figure envisagé par l'arrêt *AEP* puisque, pour rappel, au moment où le recours est introduit, l'arrêt *Massachusetts* n'a pas encore été rendu et l'EPA s'estime incompétente pour réglementer les GES. La question est délicate, car sans mandat du Congrès, ni cadre législatif aucun, l'autonomie des juges fédéraux est à son maximum et que les juges se posent comme concurrents directs du Congrès. C'est pourtant dans ce contexte qu'ont été rendus les principaux arrêts sur le *tort* de nuisance publique basé sur la *common law* fédérale, c'est-à-dire à une époque où le droit moderne de l'environnement, fédéral et légiféré, n'existait pas encore[29]. Il faut dire que les circonstances tenant aux intérêts en jeu et à la qualité des parties, militaient en faveur d'un traitement juridique uniforme. En effet, à notre connaissance, tous les cas où la théorie de la nuisance publique basée sur la *common law* fédérale a été invoquée, et avec un succès inégal, concernent des différends liés à des pollutions de nature transfrontière et des parties ayant, pour l'une au moins, la qualité d'État agissant dans sa capacité corporative, c'est-à-dire agissant en tant que personne publique garante des intérêts de ses habitants[30]. Avec les différends frontaliers et fluviaux, les litiges liés à des pollutions transfrontières exacerbent les conflits entre États et menacent la paix et la tranquillité intérieure de l'Union. Présentant un risque pour l'intégrité du système de gouvernement fédéral, ils ne peuvent désintéresser la Cour et doivent être tranchés selon des règles uniformes[31]. Ces affaires correspondent au second cas de figure envisagé par la juge Ginsburg. Selon elle, à côté des habilitations législatives expresses, les juges fédéraux peuvent être amenés à développer des règles de *common law* fédérale « lorsque la structure fondamentale de la Constitution l'exige »[32].

28 Et donc nécessairement sans mandat exprès du Congrès.

29 Les principales lois environnementales ont été adoptées par le Congrès à la fin des années 1960 et pendant les années 1970.

30 Décisions antérieures à *Erie*: *Missouri c. Illinois,* 180 U.S. 208, 241–243, 21 S.Ct. 331, 45 L.Ed. 497 (1901), *New Jersey c. City of New York,* 283 U.S. 473, 477, 481–483, 51 S.Ct. 519, 75 L.Ed. 1176 (1931) ; *Georgia c. Tennessee Copper Co.,* 240 U.S. 650, 36 S.Ct. 465, 60 L.Ed. 846 (1916). Décisions postérieures à *Erie*: *Texas c. Pankey,* 441 F.2d 236 (10th Cir. 1971), *Illinois c. Milwaukee,* 406 U.S. 91, 93, 92 S.Ct. 1385, 31 L.Ed.2d 712, (1972) (*Milwaukee I*) et *Milwaukee c. Illinois,* 451 U.S. 304, 316–319, 101 S.Ct. 1784, 68 L.Ed.2d 114 (1981).

31 E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », in *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, vol. 294, 2002, p. 130, note 136.

32 « *Where the basic scheme of the Constitution so demands.* »

C. La *common law* fédérale spéciale et la lutte contre le changement climatique

Le Connecticut et autres plaignants de l'affaire *AEP* soutenaient qu'étant donné les graves conséquences attachées au changement climatique et la lourde part contributive des cinq entreprises défenderesses[33], leur litige s'inscrivait dans la ligne jurisprudentielle tracée par les affaires de pollution transfrontière, et qu'en conséquence, ils étaient en droit d'invoquer l'application du *tort* de nuisance publique. L'argument tiré de la menace pour l'intégrité du système de gouvernement et la paix intérieure causée par le changement climatique pouvait, dans un contexte d'inaction de l'État fédéral, présenter une certaine force de conviction. Mais pour la Cour, « Il est de la responsabilité première du Congrès, et non pas des juges fédéraux, d'élaborer une politique nationale dans un domaine présentant un intérêt fédéral particulier »[34]. Faisant le choix d'une politique juridique sanctifiant le rôle du Congrès au détriment des juges, la Cour concentre le débat autour de l'intervention du législateur, fût-elle hypothétique, et des risques d'atteinte à la séparation des pouvoirs qu'engendrerait l'action des juges.

Selon la juge Ginsburg, « Dire qu'un sujet soulève un enjeu de droit fédéral ne signifie pas forcément qu'il appartient aux juridictions de cet ordre de créer le droit applicable. À moins que les demandeurs ne démontrent la nécessité de puiser dans le droit fédéral la règle décisionnelle pour trancher le litige au fond (*federal rule of decision*), la Cour adopte la position prudente que cette règle fédérale décisionnelle est issue du droit étatique, et ce, jusqu'à ce que le Congrès prenne, le cas échéant, une position contraire »[35]. Et la juge de poursuivre : « lorsque le droit étatique n'est pas adapté, comme c'est le cas en l'espèce, la Cour demeure consciente de ce qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir créateur de droit semblable à celui du Congrès »[36]. Par un raisonnement en deux temps, la Cour relègue la *common law* fédérale au rang de source d'exception derrière le droit des États, et le cas échéant, devant se déployer *a minima*… ou ne pas être de tout.

1. Le principe contestable du recours au droit étatique comme règle de fond

La Cour s'appuie d'abord sur la différence entre règle de compétence juridictionnelle et règle de fond pour affirmer que le droit fédéral, au regard duquel le litige présente un enjeu et qui fonde la compétence des juridictions fédérales au sens de l'article III section 2 clause 1 de la Constitution (*subject-matter jurisdiction*), n'est pas synonyme du droit fédéral décisionnel régissant le fond du litige au sens de la section 34 du *Judiciary Act* (*rule of decision*). Sur cette base, elle pose le principe

33 Selon les plaignants, les émissions annuelles cumulées des défendeurs représentent 25 % de celles produites par l'ensemble des acteurs du réseau d'électricité domestique, 10 % des émissions produites par les activités humaines tout secteur confondu à l'échelle nationale, et 2,5 % des émissions d'origine anthropique à l'échelle planétaire.

34 « *[f] or it is primarily the office of Congress, not the federal courts, to prescribe national policy in areas of special federal interest* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.

35 « *Recognition that a subject is meet for federal law governance, however, does not necessarily mean that federal courts should create the controlling law. Absent a demonstrated need for a federal rule of decision, the Court has taken "the prudent course" of "adopt [ing] the readymade body of state law as the federal rule of decision until Congress strikes a different accommodation*" ». *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2536.

36 « *And where, as here, borrowing the law of a particular State would be inappropriate, the Court remains mindful that it does not have creative power akin to that vested in Congress*», *Id.*

selon lequel, sauf utilité démontrée d'une *common law* fédérale, le droit étatique est présumé régir la solution du litige jusqu'à l'intervention du législateur. Si la distinction entre règles de compétence et règles de fond est classique et doit être approuvée, soumettre la *common law* fédérale à l'épreuve de la démonstration de son utilité en tant que règle de fond interroge. En effet, à partir du moment où le litige présente des enjeux de droit fédéral et où le Congrès n'est pas intervenu, pourquoi recourir au droit matériel étatique ? N'est-il pas plus cohérent de laisser les instances fédérales – Congrès, agences administratives et tribunaux fédéraux – en charge des questions d'intérêt national ? En agissant ainsi, la Cour semble étendre la solution de la jurisprudence *Erie* en matière de diversité de citoyenneté aux cas où la compétence des juridictions fédérales est fondée sur une question de droit fédéral. Cette faveur au droit étatique n'est toutefois que relative puisqu'à son tour, celui-ci doit s'effacer devant le Congrès s'il se révèle inadapté pour traiter le problème juridique soulevé.

2. *Une common law fédérale résiduelle et* a minima

La Cour envisage ensuite l'éventualité d'un droit étatique inadéquat dont elle affirme, sans le justifier, que le cas d'espèce relève. En pareille circonstance, la Cour formule une mise en garde. Sans indication complémentaire sur la marche à suivre, elle se contente d'indiquer que le pouvoir du juge de créer des normes n'est pas analogue à celui du législateur. La Cour ne ferme ainsi pas la porte à la *common law* fédérale mais l'assujettit à la condition que le juge agisse avec retenue. Cependant, cette exigence de modération paraît *a priori* incompatible avec le pouvoir créateur du juge de *common law* qu'Elizabeth Zoller décrivait comme la propension à « extrapoler à partir de concepts aussi vagues que "liberté" ou "propriété" des règles forgées au gré des affaires […] pour nourrir les principes généraux d'un droit privé transcendantal »[37]. Deux raisons peuvent néanmoins expliquer cette mise en garde. D'une part, la Cour anticipe sa conclusion que le champ législatif est occupé par le Congrès. De là, soit le pouvoir du juge fédéral rivalise frontalement avec celui du Congrès ce qui le conduit à être « neutralisé » ou « déplacé »[38], soit le pouvoir du juge fédéral ne fait qu'accompagner celui du Congrès pour lui donner un supplément d'efficacité, et dans ce cas il est autorisé à subsister. D'autre part, et dans le prolongement, rappeler au juge qu'il n'est pas un législateur prend tout son sens eu égard au type de réparations demandé par les plaignants dans l'arrêt *AEP*, mais aussi dans ceux cités par la Cour en matière de pollution transfrontière. En effet, dans toutes ces affaires, les victimes requièrent du juge qu'il recoure à son pouvoir de façonner des remèdes en équité (*injunctive relief*), remèdes consistant à enjoindre les parties défenderesses à diminuer ou cesser leurs nuisances. Pour rappel, dans l'affaire *AEP*, les plaignants demandent plus spécifiquement au juge qu'il fixe par ordonnance un plan de réduction des émissions pour chacune des cinq entreprises défenderesses. Or, dès lors qu'il s'agit de prescrire à titre individuel des mesures pour réguler un comportement ou une activité, la ressemblance avec l'activité normative du législateur s'intensifie. Le risque de télescopage augmente encore si l'objet de l'intervention de chacun est le même. D'où l'importance de minutieusement confronter le domaine exact couvert par la loi à l'objet du remède judiciaire recherché. C'est

37 E. Zoller, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour Suprême », *op. cit.*, p. 246.
38 V. nos développements en *infra* sur la théorie du *displacement*.

pourquoi, à l'issue de ce premier temps de la décision, la Cour conclut : « savoir si, en l'absence de loi fédérale, les plaignants peuvent ou non maintenir leur recours basé sur la *common law* fédérale pour obtenir une injonction judiciaire de réduction des émissions de CO_2, demeure une question purement académique »[39]. Car la Cour sait bien que conformément à ce qu'elle a décidé dans l'arrêt *Massachusetts,* une loi fédérale est bien présente en l'espèce. Reste désormais à examiner l'étendue précise de l'intervention du Congrès et de l'EPA en matière de réduction des émissions de CO_2. C'est l'analyse au cœur de la théorie du *displacement.*

II. Le juge fédéral de *common law* enserré dans la théorie du *displacement*

L'application faite par la Cour d'appel du 2nd circuit de la théorie du *displacement* dans son arrêt de 2009 constitue le motif central de la censure de la Cour Suprême. Dire que le pouvoir des juges de statuer conformément à la *common law* fédérale a été « déplacé » ou « neutralisé » (*displaced*) est un moyen de défense qui, s'il est accueilli, met prématurément un terme au litige. Dans le cas contraire, l'action se poursuit au fond, et c'est alors que sont discutés les éléments constitutifs, causes d'exonération et modes de réparation du *tort* allégué. En faisant droit à la demande des entreprises défenderesses, la Cour manque l'opportunité d'éprouver l'efficacité du *tort* de nuisance publique en tant que moyen de lutte contre le changement climatique, mais elle apporte à la théorie du *displacement* des éclaircissements bienvenus. Essentiellement fondée sur les affaires *Milwaukee I* et *II* de 1972 et 1981, la jurisprudence de la Cour sur le *displacement* repose sur des arrêts anciens. Or, si la notion générale de *displacement* est aisée à saisir – elle renvoie à la situation où « une loi fédérale régit une question antérieurement gouvernée par la *common law* fédérale »[40] – tout comme les conséquences qu'emporte l'intervention de ladite loi – « faire disparaitre le besoin de recourir à cet exercice singulier de création de normes par un juge fédéral »[41] – l'objet du contrôle exercé par la Cour et conduisant à la neutralisation est, quant à lui, demeuré incertain. Dans *AEP*, la Cour tranche en faveur d'un contrôle facilitant la neutralisation du pouvoir judiciaire et donc favorisant l'éviction de la *common law* fédérale (**A**). Par ailleurs, en étendant l'examen de la neutralisation, au-delà de l'intervention du Congrès, à celle de l'EPA, elle érige l'agence en premier décideur de la politique nationale de contrôle des émissions de CO_2. Il en découle un affaiblissement du juge fédéral de *common law* créateur de droit, au profit du juge de l'administration aux pouvoirs moins étendus (**B**).

39 « *For it is an academic question whether, in the absence of the Clean Air Act and the EPA actions the Act authorizes, the plaintiffs could state a federal common law claim for curtailment of greenhouse gas emissions because of their contribution to global warming* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.

40 « *A federal statutory law governs a question previously the subject of federal common law* », v. *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S. p. 316, que la Cour distingue de l'analyse relevant de la théorie de la *federal preemption.*

41 « *[…] the need for such an unusual exercise of law-making by federal courts disappears* », *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S. p. 314.

A. La neutralisation du pouvoir judiciaire fondée sur l'objet direct (*speak directly*)

1. *La pluralité de contrôles possibles et leurs incidences sur l'éviction de la common law fédérale*

L'objet du contrôle de la neutralisation (*displacement test*) peut osciller entre plusieurs formulations possibles. Selon la terminologie retenue, la Cour sera conduite à conclure plus ou moins facilement à l'éviction de la *common law* au profit de la règle légiférée. Les arrêts *Milwaukee I* et *II* font état d'une variété de rhétoriques, ce qui modifie à chaque fois l'objet et donc l'intensité du contrôle. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Milwaukee I*, la Cour évoque comme possible objet celui portant sur la demande des plaignants en énonçant que la règle de *common law* fédérale n'est pas neutralisée « si la réparation recherchée n'est pas précisément prévue par le Congrès ou l'EPA »[42]. Mais il se peut aussi que la Cour porte son examen sur l'exhaustivité de la loi ou de la stratégie réglementaire mise en place, sous un angle qualitatif. Dans cette hypothèse, la neutralisation ne saurait se produire à moins que les actions législatives et réglementaires « se suffisent à elles-mêmes », c'est-à-dire « que leur complétude est telle qu'il ne reste aucune place au juge pour qu'il puisse apporter des améliorations »[43]. Dans le même ordre d'idées, si « le problème […] a été pleinement et dûment traité par le programme administratif mis en place »[44], alors il ne reste à la *common law* fédérale aucun « interstice à combler »[45], et la loi pourra valablement l'évincer. Dans une autre version, le contrôle effectué par la Cour peut porter sur le respect de la finalité de la loi, et plus précisément sur le risque que cette finalité ne se trouve entravée par l'action du juge. Sous cet angle, « le juge ne saurait compléter la solution législative au point de vider la loi de son sens »[46]. En dernier lieu, et en s'éloignant de la rhétorique du contrôle proprement dite, il se peut que l'examen de la Cour se porte sur l'exigence d'une intention clairement exprimée par le législateur de neutraliser le pouvoir judiciaire. Dans ce cas, si une telle volonté explicite fait défaut, la *common law* fédérale ne pourra être évincée[47]. De ces diverses formulations, s'évince un contrôle tendant à présumer la *common law* fédérale établie, à moins qu'elle ne gêne ou n'obère l'action législative ou réglementaire, ou à moins que son éviction n'ait été expressément voulue. Mais inversement, d'autres formulations conduisent à une présomption inverse. Ainsi par exemple, la neutralisation du pouvoir judiciaire sera facilitée si, de par sa formulation, l'objet du contrôle consiste à examiner si « le champ est occupé, peu importe la manière dont il l'est »[48]. Contrairement à l'hypothèse envisagée plus haut visant l'exhaustivité de

42 « The remedy sought […] is not within the precise scope of remedies prescribed by Congress », *Milwaukee I, op. cit.*, 406 U.S. p. 103.
43 « The establishment of such a self-consciously comprehensive program strongly suggests that there is no room for courts to attempt to improve on that program with federal common law », *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S. p. 319.
44 « The problem […] has been thoroughly addressed through the administrative scheme established by Congress », *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S., p. 320.
45 « There is no "interstice" here to be filled by federal common law », *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S., p. 323.
46 « [T] he courts are not free to "supplement" Congress'answer so thoroughly that the Act becomes meaningless », *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S., p. 315.
47 « Where the possible extinction of federal common law is at issue, a […] court is obligated to look […] to the evidence of specific congressional intent », *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S., p. 339 (Blackmun, diss.)
48 « The question is whether the field has been occupied, not whether it has been occupied in a particular manner », *Milwaukee II, op. cit.* 451 U.S., p. 324.

la loi et la place restante laissée au juge pour la perfectionner, ici le contrôle de la loi ne comporte aucune dimension qualitative. N'importe quelle mesure, même mal conçue et dont on pourrait assurément anticiper l'échec, suffirait à évincer l'application de la *common law* dès lors qu'elle a trait au même sujet que celui sur lequel porte le litige. Dans une version analogue, la *common law* fédérale est présumée devoir s'effacer « dès que la question est "directement abordée" [speak directly] par le dispositif législatif, et que le problème fait l'objet de "l'intervention" du Congrès »[49].

Au final, il ressort de ces diverses formulations une tension inhérente à la théorie du *displacement*. Cette tension tient aux présomptions conflictuelles qu'elle n'a jamais officiellement tranchées. En effet, d'un côté, l'attachement à la *common law* en tant que *corpus* de règles sécrétées au fil du temps, fruit de l'accumulation progressive de raisonnements juridiques prudents et aux contours méticuleusement délimités par chaque précédent, conduit à envisager la neutralisation dans les seules hypothèses où le Congrès l'aurait explicitement indiquée. De l'autre, l'attachement au respect des institutions et à leurs attributions respectives conduit à favoriser la neutralisation dès que le Congrès ou les agences proposent une solution.

S'il est évident que la lutte contre le changement climatique commande de placer le Congrès, en tant qu'institution démocratiquement élue et politiquement responsable, au centre du contrôle, il est tout autant manifeste que l'immensité et la complexité que pose le défi climatique appellent une action concertée entre les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et non pas à l'abdication de l'un au profit des deux autres…

Ce n'est, toutefois, pas le choix retenu par la Cour dans l'arrêt *AEP* puisque parmi tous les contrôles possibles, elle reprend celui dégagé dans l'arrêt *Milwaukee II*. En effet, la neutralisation opère dès lors que la loi a pour objet direct la question soulevée par le litige (*speak directly*). C'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

2. La réduction des émissions de CO_2 « directement abordée » par la loi sur la protection de l'air et son dispositif réglementaire

Sans ambages, la Cour Suprême confirme puis précise en l'appliquant au cas d'espèce, le critère de contrôle régissant la théorie du *displacement*. « Pour dire si la loi du Congrès évince la règle de *common law* fédérale, il faut simplement se demander si ladite loi "aborde directement la question" enjeu du litige »[50]. Sur cette base, elle entreprend une analyse des principales dispositions de la loi sur l'air, comprenant les dispositifs de mise en œuvre et de contrôle de l'exécution prévus par le texte, suivis des recours juridictionnels disponibles[51]. De manière liminaire, elle rappelle la solution de l'arrêt *Massachusetts* qualifiant les GES de « polluants aériens » au sens de la loi sur l'air. Consciente

49 « [*We are to conclude that federal common law has been preempted as to*] *every question to which the legislative scheme "spoke directly, " and every problem that Congress has "addressed"*», *United Stales c. Oswego Barge Corp.*, 664 F.2d 327, 336 (2d Cir. 1981) § 15. V. également, *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S., p. 315.

50 « *The test for whether congressional legislation excludes the declaration of federal common law is simply whether the statute "speak[s] directly to [the] question" at issue* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.

51 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537-2538.

de ce que ledit arrêt ne portait que sur les sources mobiles d'émissions, elle ajoute « qu'il est pareillement manifeste que la loi sur l'air aborde aussi directement les émissions de CO_2 issues des installations à charbon des entreprises défenderesses »[52]. Ainsi, précise-t-elle que ces émissions relèvent des « sources fixes » (*stationary sources*), catégorie visée à l'article 7411 (b) (1) de la loi et englobant à la fois les sources fixes nouvelles, modifiées et existantes. En procédant par analogie avec les autres polluants aériens déjà réglementés (ozone, dioxyde d'azote, particules, etc.), la Cour propose une description de l'architecture de la loi. Pour les émissions issues de sources existantes, quelle que soit leur nature, la Cour présente le rôle joué par l'agence consistant à établir des recommandations (*guidelines*) sur la base desquelles les États fédérés adoptent des normes limites de performance sur leur territoire respectif. La Cour souligne ensuite la variété de moyens de contrôle instaurés par la loi, et rappelle que c'est à l'EPA qu'il appartient, en dernier lieu, de surveiller et inspecter les installations soumises à la réglementation, et au besoin, de prononcer des sanctions administratives et civiles. Prolongeant cette description, la Cour envisage enfin le risque d'inaction de l'agence. Mais elle l'écarte aussitôt en rappelant que, d'une part, conformément à la jurisprudence *Massachusetts*, le refus d'agir est soumis au contrôle du juge, et d'autre part, qu'un accord transactionnel ayant été conclu entre l'agence et certains des plaignants d'*AEP* dans le cadre d'une requête qu'ils avaient introduite aux fins de réglementation (*petition for rulemaking*), l'EPA a pris l'engagement d'achever l'édiction des normes limites litigieuses au plus tard en mai 2012. La Cour y voyant le même type de réparation que celui demandé par les plaignants dans l'affaire *AEP*, elle conclut : « Il n'y a pas de place pour une voie parallèle »[53].

Au final, il est vrai que « du berceau à la tombe », c'est-à-dire de l'édiction de normes limites à leur mise en œuvre, et du contrôle de l'exécution conforme aux possibilités de sanctions, la loi a pour objet direct les émissions de CO_2. Cependant, à bien y regarder, la loi couvre non pas la *réduction* de ces émissions, question au cœur du litige, mais leur *contrôle*. Autrement dit, elles seront désormais réglementées, mais rien ne garantit que cette réglementation empruntera la trajectoire de baisse présentée par les plaignants comme une nécessité pour répondre à l'enjeu national du changement climatique. Mais la Cour ne se soucie pas de ce détail puisqu'elle conçoit l'examen du *speak directly* comme dépourvu d'analyse qualitative basée sur l'efficacité. Seule compte, en effet, la délégation confiée par le Congrès à l'EPA.

B. La neutralisation fondée sur la seule délégation à l'EPA

1. L'indifférence aux mesures effectivement prises au titre de la loi

Dans son arrêt rendu en septembre 2009, la Cour d'appel justifiait son refus de neutraliser le pouvoir des juridictions fédérales et d'évincer la *common law* par une lecture de l'objet direct (*speak directly*) prenant en compte les mesures d'application effectivement prises au titre de la loi. En effet,

52 « *And we think it equally plain that the Act "speaks directly" to emissions of carbon dioxide from the defendants'plants* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.
53 « *We see no room for a parallel track* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2538.

pour les juges d'appel, dès lors qu'au jour du jugement l'EPA n'avait pas encore agi, il leur était impossible de dire si la réduction des émissions de CO_2 était « directement abordée » par la loi et son dispositif réglementaire[54]. Autrement dit, ils estimaient que jusqu'à ce que l'agence intervienne effectivement, la *common law* fédérale n'était pas neutralisée. Mais la Cour Suprême censura cette lecture. Reprenant la formule de l'arrêt *Milwaukee II*, elle apporta une précision au critère de contrôle fondé sur « l'objet direct » en affirmant que « la question pertinente à se poser dans l'analyse de la neutralisation est celle de savoir si "le champ est occupé, peu importe la manière dont il l'est" »[55]. Or, pour la Cour, ce champ est occupé dès l'instant où le CO_2 est qualifié de polluant aérien, même si en pratique, que ce soit en dessous des seuils qu'établira l'EPA ou jusqu'à ce que l'EPA en établisse, chacun peut continuer à émettre du CO_2. D'ailleurs, « n'en émettons-nous pas en respirant ? »[56]. Alors certes, le champ semble en l'état inoccupé, ce qui n'était pas le cas de l'arrêt *Milwaukee II* puisque le Congrès avait dès l'origine posé un principe d'interdiction des rejets aquatiques, mais la Cour rappelle que celui-ci demeure maître de ses stratégies de mises en œuvre réglementaires, même s'il s'agit de privilégier des régimes plus permissifs. Au final, ce qui opère la neutralisation, ce n'est pas le moment ou le seuil d'intervention effective de l'EPA, et encore moins le caractère adéquat du programme réglementaire au regard de l'enjeu du litige. Ce qui opère la neutralisation du pouvoir judiciaire, c'est – comme l'énonce la Cour – « la délégation faite par le Congrès à l'EPA de décider tant de l'opportunité que de la manière de réglementer les émissions de CO_2 des installations de production d'électricité »[57].

2. *L'agence, premier décideur en raison de son expertise*

Dès lors que la loi aborde directement la question de la réduction des émissions de CO_2 issues de sources fixes existantes (*speak directly*), et qu'il importe peu que l'EPA ait ou non encore agi puisque seule compte la volonté du Congrès de transmettre des attributions à l'agence, la Cour s'emploie à justifier cette délégation. En se fondant sur les dispositions de la loi sur la protection de l'air, mais aussi sur les réglementations déjà adoptées par l'agence dans le contexte des autres polluants aériens, elle déduit un schéma décisionnel au sein duquel l'EPA est le premier décideur, et le juge fédéral le second, pour autant qu'il n'agisse pas en tant que juridiction de *common law.*

La Cour justifie sa lecture de l'ordre décisionnel prescrit par le Congrès par l'expertise que seule possède l'agence et que requiert l'établissement d'un programme de contrôle des polluants aériens[58]. Comme le rappelle la juge Ginsburg en citant les dispositions législatives et réglementaires les plus pertinentes pour son propos, « la loi confie à l'EPA la responsabilité première [...] de réaliser les arbitrages complexes »[59] que nécessite la conciliation entre les besoins nationaux en énergie, les

54 *Connecticut, op. cit.*, 582 F.3d, p. 379-381.
55 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2538.
56 « *After all, we each emit carbon dioxide merely by breathing* », écrit la Cour non sans un brin d'ironie. *Id.*
57 « *The critical point is that Congress delegated to EPA the decision whether and how to regulate carbon-dioxide emissions from power plants; the delegation is what displaces federal common law.* », *Id.*
58 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2539.
59 « *The Clean Air Act entrusts such complex balancing to EPA in the first instance, in combination with state regulators* », *Id.*

avantages environnementaux et les coûts économiques, etc. Plus spécifiquement, l'EPA doit intégrer les coûts dans ses décisions, aussi bien au moment de l'édiction des normes de performance que lorsqu'elle autorise les États à déroger à ces normes si leur respect se révèle trop onéreux. Alors certes, la demande d'injonction des plaignants d'*AEP* invite le juge à établir un niveau de réduction des émissions de CO_2 des entreprises défenderesses qui soit « pratique, faisable et économiquement viable »[60], mais ce dernier est loin de disposer du même degré de connaissances scientifiques, technologiques, politiques ou économiques que l'EPA[61].

3. *Le problème des émissions de CO_2 sous le seul contrôle du juge fédéral « juge de l'administration »*

Si la Cour relève que le Congrès a fait de l'EPA le premier décideur de la stratégie nationale de contrôle des émissions de CO_2, elle n'entend pas que l'agence puisse exercer sa mission en dehors de tout contrôle[62]. C'est pourquoi, elle s'empresse d'indiquer que dans le schéma décisionnel voulu par le Congrès, les juges fédéraux occupent la seconde place[63]. Cependant, en contrepoids du rôle dominant dévolu à l'EPA, elle limite leur intervention au strict contrôle de l'action (et de l'inaction) de l'administration. Or, ce contrôle sera minimum dès lors qu'aux États-Unis, le juge de l'administration doit faire preuve de déférence vis-à-vis des agences[64] et qu'il ne peut que sanctionner l'exercice « arbitraire, fantasque, abusif ou plus généralement contraire à la loi »[65]. Si la Cour érige le juge fédéral en tant que juge administratif au rang de second décideur, elle s'oppose vigoureusement à ce que le juge fédéral en tant que juge de *common law* statuant en équité puisse avoir un quelconque rôle à jouer. Pour étayer ce rejet, elle énonce, les unes après les autres, ses nombreuses défaillances[66]. Manque de ressources techniques, scientifiques et financières pour se saisir d'enjeux complexes, impossibilité de requérir des études scientifiques, de convoquer des groupes d'experts, de recueillir l'avis éclairé du public lors des procédures de concertation et d'enquête publique ou encore les conseils des autorités étatiques sur le territoire desquelles sont implantées les installations litigieuses. Contrairement à l'EPA qui dispose de foule d'informations, le juge de *common law* statuant en équité ne peut établir de normes qu'à partir des seuls éléments de preuve que lui fournissent les parties au litige. A ses connaissances techniques et scientifiques limitées, s'ajoute le problème d'une intervention judiciaire nécessairement ponctuelle, *ad hoc* et dictée par les faits de l'espèce. Mais surtout, la solution judiciaire qui serait arrêtée ne vaudrait qu'*inter partes* puisque la règle du précédent obligatoire (*stare decisis*) ne s'applique pas aux tribunaux de première instance, et qu'en outre, cette solution serait privée des bénéfices de la collégialité puisque lesdits tribunaux siègent à juge unique. Étant donné les dizaines, voire centaines et peut-être même milliers de recours

60 « *Practical, feasible and economically viable* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2540.
61 V. nos développements ci-dessous.
62 « *EPA's judgment* […] *would not escape judicial review* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2539.
63 « *The first decider under the Act is the expert administrative agency, the second, federal judges* », *Id.*
64 Et ce en application de la jurisprudence *Chevron*. V. notre analyse dans cet ouvrage sous l'arrêt *Massachusetts c. EPA*.
65 « A*rbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law* » : section 706 (A) (2) de la loi Administrative Procedure Act, et § 7607 (d) (9) (A) de la loi sur la protection de l'air. Cité dans *Id.*
66 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2539-2540.

similaires qui pourraient être introduits et les risques d'un patchwork de solutions particulières, la Cour conclut que le jugement auquel aspirent les plaignants est incompatible avec le schéma décisionnel voulu par le législateur, ce dont il découle l'infirmation de l'arrêt d'appel et la neutralisation consécutive du *tort* de nuisance publique basé sur la *common law* fédérale.

***

Étant donné la communion de destins entre les affaires *Massachusetts* et *AEP*, la censure de l'arrêt d'appel par la Cour Suprême était largement attendue. En jugeant en 2007 que les GES étaient des « polluants aériens » relevant de la compétence de l'EPA et que son refus d'agir était soumis au contrôle du juge fédéral, la Cour Suprême posait les jalons de son arrêt de 2011, lequel ferait respectivement de l'agence et du juge les premier et second décideurs de la stratégie nationale de contrôle des émissions de CO_2. Or, comme avec les émissions issues des véhicules automobiles, confier l'édiction de normes limites à l'EPA allait fragiliser l'exercice. En effet, suite à la promulgation en août 2015 de l'ambitieux *Clean Power Plan*, sous l'Administration Obama, applicable à toutes les installations de production d'électricité du pays, soit 29 % des émissions totales de CO_2, mais aussi suite à la pluie de contestations judiciaires que ce plan essuya et qui conduisit la Cour Suprême en 2016 à suspendre son exécution, le Président D. Trump – à peine investi – s'attela dès 2017 à détricoter l'œuvre de son prédécesseur. En juin 2019, le *Clean Power Plan*, jamais entré en vigueur, fut officiellement abrogé et remplacé par le nouveau programme de l'EPA dénommé *Affordable Clean Energy rule* dont de nombreux spécialistes déplorent le manque cruel d'ambition[67].

Près de dix ans après l'arrêt *AEP c. Connecticut*, le constat est cinglant. La stratégie de contrôle des émissions de CO_2 issues des sources fixes existantes, et notamment des centrales à charbon, est pour l'essentiel au point mort. Les craintes de laisser aux mains des seules instances politiques un sujet aussi sensible se sont avérées fondées. Mais elles sont d'autant plus grandes qu'en contentieux administratif américain, la plupart des recours juridictionnels contre les actes réglementaires des agences fédérales sont portés en premier ressort devant la seule Cour d'Appel des États-Unis pour le District de Columbia (D.C. Circuit)[68], laquelle a vu sa composition récemment modifiée par deux nominations du Président républicain[69]. Et si ses décisions sont susceptibles d'appel devant la Cour Suprême, encore faut-il qu'elles passent le redoutable filtre du *writ of certiorari*[70] délivré à moins de 3 % des demandes….

67 V. par exemple, J. Wentz, « 6 Important Points About the Affordable Clean Energy Rule », du Sabin Center for Climate Change Law, août 2018, disponible à l'adresse https://blogs.ei.columbia.edu/2018/08/22/affordable-clean-energy-rule/.

68 V. généralement, E. M. Fraser, *et. al.*, « *The Jurisdiction of the D.C. Circuit* », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, n° 1, 2013, p. 131.

69 Gregory G. Katsas en 2017 et Neomi J. Rao en 2019.

70 Le *writ of certiorari* peut se traduire par « ordonnance d'envoi de l'affaire pour examen ». Il s'agit du document qui oblige la cour inférieure (fédérale ou d'État) à envoyer à la Cour Suprême fédérale l'intégralité du dossier pour qu'elle puisse rejuger l'affaire aux fins de rendre le droit plus « certain » (*certiorari*). Délivré au bon vouloir de la Cour en tant que juridiction d'appel, il caractérise son pouvoir discrétionnaire de juger. V. généralement, E. Zoller, « États-Unis. Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour Suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 163-175, 166-167.

Mais en jugeant que la loi sur la protection de l'air et la délégation de pouvoir reconnue à l'EPA neutralisent la *common law* fédérale, la Cour Suprême a-t-elle pour autant complètement fermé la porte à la responsabilité délictuelle ? Certaines affaires actuellement en cours devant des tribunaux fédéraux révèlent que les plaignants continuent d'invoquer la *common law* fédérale en modifiant légèrement leurs arguments et leurs prétentions sur la base à la fois d'une lecture étroite de la solution de l'arrêt *AEP* et d'une exploitation de ses non-dits. Premièrement, dans une affaire opposant plusieurs villes californiennes à cinq des plus grandes sociétés commerciales exploitantes d'hydrocarbures, les collectivités demanderesses ont tenté de déjouer la jurisprudence *AEP* en en restreignant la portée[71]. Elles arguaient que l'éviction du *tort* de nuisance publique par la loi sur la protection de l'air ne pouvait trouver à s'appliquer en l'espèce, et ce pour deux raisons. D'une part, contrairement aux producteurs d'électricité de l'arrêt *AEP* dont les émissions de CO_2 étaient directement abordées par ladite loi, ce qui était reproché aux pétroliers n'était pas leurs émissions, mais leurs activités d'extraction et de commercialisation d'hydrocarbures, lesquelles ne sont pas couvertes par la loi sur la protection de l'air. D'autre part, les émissions de CO_2 produites à l'étranger, mais contribuant aux dommages localement causés aux plaignants, sont issues de la combustion d'hydrocarbures commercialisés par les entreprises défenderesses sur les marchés internationaux, et donc ne sont pas couvertes par le champ de la loi sur la protection de l'air qui ne s'applique que sur le territoire américain. Par ailleurs, et toujours dans cette espèce, les collectivités n'entendaient pas obtenir du juge des mesures individuelles de réduction prises conformément à son pouvoir de rendre la justice en équité, mais demandaient aux entreprises défenderesses qu'elles prennent part aux coûts qu'elles-mêmes doivent engager pour adapter les infrastructures publiques à l'inéluctable montée des eaux. Ces arguments ne furent pas accueillis par le juge de première instance, mais l'affaire suit actuellement son cours devant les juridictions d'appel. Deuxièmement, à côté de la stratégie visant à donner à la jurisprudence *AEP* une portée la plus étroite possible, d'autres plaignants s'attèlent à exploiter les non-dits de l'arrêt. Parmi ces derniers, figure la voie de la responsabilité délictuelle fondée sur le droit étatique et que la Cour Suprême a expressément laissée entrouverte. Sur le fond, qu'il soit issu de la *common law* fédérale ou de la *common law* étatique, le *tort* de nuisance publique est régi par les mêmes règles jurisprudentielles codifiées aux articles 822 et suivants de la deuxième édition du *Restatement of Torts*. Cependant, pour prospérer, les recours fondés en droit étatique sur le *tort* de nuisance publique devront surmonter l'obstacle, non plus de la neutralisation par la loi fédérale (*displacement*), mais de la préemption par la loi fédérale. Enjeu non pas de séparation des pouvoirs, mais de fédéralisme, la théorie de la préemption ne répond pas aux mêmes conditions que celle de la neutralisation[72]. Par ailleurs, les plaignants devront également parvenir à maintenir leurs recours devant les tribunaux étatiques, et donc faire échec aux stratégies de renvois des entreprises défenderesses devant les juridictions fédérales. Mais comment y parvenir dès lors que le changement climatique est un mal national, soulevant des questions de droit fédéral, critère de compétence des juridictions

71 V. *City of Oakland and People of the State of California c. BP p. l. c., et. al.* No. 3 : 17-cv-06011, (N.D. Cal. June 25th, 2018) et *City of New York c. BP P.L.C. et al*, No. 1 : 18-cv-00182, (S.D. N.Y., July 19th 2018). (V. commentaire dans l'ouvrage de L. Canali)

72 « *Legislative displacement of federal common law does not require the "same sort of evidence of a clear and manifest [congressional] purpose" demanded for preemption of state law* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.

fédérales posé à l'article III section 2 clause 1 ? On le voit, le chemin de la justice climatique dans son versant contentieux contre les entreprises est encore long. Il l'est d'autant plus qu'aucune discussion sur le fond du droit de la responsabilité n'a encore été menée. D'ores et déjà, réunir les conditions classiques liées à la faute, au lien de causalité et au préjudice semble incertain. Comme s'interrogeait un auteur américain en 2011, au lieu de se demander ce que le droit de la responsabilité peut apporter à la lutte contre le changement climatique, peut-être faut-il mieux se demander ce que le changement climatique peut apporter au droit de la responsabilité[73] ? Alors qu'à la première question, l'auteur répond « pas grand-chose », à la seconde, le constat fuse « beaucoup » !

73 D. A. Kysar, « What climate chance can do about tort law », *Environmental Law*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 1.

26
Native Village Of Kivalina c. Exxon Mobil Corp. (2012)

Pierre Spielewoy[1]

Le Nord Est de l'Alaska est connu depuis plusieurs années pour être une des zones du monde les plus impactées par le réchauffement climatique. Région proche d'un pôle, elle est sensible plus que les autres à la fonte du permafrost qui provoque érosion des sols et montée des eaux. C'est précisément dans ce contexte que la communauté villageoise autochtone de *Kivalina* a été mise sous les feux des projecteurs à la fin des années 2000. Communauté de nomades Inuits originaire des toundras des Grands Nord, elle s'est sédentarisée suite à la domination territoriale américaine[2]. Cette communauté est désormais obligée de se délocaliser en raison de la disparition de ses terres dû au changement climatique. Les services américains estiment à plusieurs centaines de millions de dollars[3] le coût du déplacement de la communauté. Sans parler du coût culturel ; les pratiques traditionnelles et le lien particulier au territoire qu'a pu développer la communauté risquent également de disparaître. Cette affaire s'inscrit donc dans le contexte d'une réalité climatique particulièrement dramatique et tangible. C'est ce qui constitue une de ses particularités notables.

En février 2008, un groupement représentant le village de *Kivalina* introduisit devant la District Court une requête indemnitaire[4] contre *Exxon Mobil Corporation* et 23 autres sociétés pétrolières. Victime des conséquences du réchauffement climatique, alors même que leur contribution au réchauffement climatique est minimale, les villageois accusent les 24 sociétés d'en être parmi les principales responsables. Au fondement de leur argumentaire, les villageois invoquèrent dans leur requête en premier et deuxième moyen[5] la notion de *Public Nuisance*. Classique en *Common law* (au niveau fédéral et étatique), la *Public Nuissance* est définie par la jurisprudence américaine comme une « *unreasonable interference with a right common to the general public* »[6]. En l'espèce, le réchauf-

1 Doctorant en droit international de l'environnement, Centre Universitaire Rouennais d'Études Juridiques (EA 4703), Université de Rouen et Unité Eco-anthropologie (UMR 7206), Muséum National d'Histoire Naturelle, CNRS, Université Paris Diderot.

2 Christine Shearer le raconte dans un ouvrage à succès, Kivalina : a climate change history, Haymarket Books, 2011.

3 Entre 95 et 400 millions de dollars, évaluation à retrouver dans le rapport : U.S. Army Corps Of Engineers Alaska District, Alaska Baseline Erosion Assessment *A Veta* Report Summary-Kivalina, Alaska 2 (2009).

4 Requête consultable en ligne *via* la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2008/20080226_docket-408-cv-01138-SBA_complaint.pdf (consulté le 1er avril 2020).

5 D'autres moyens sont invoqués, notamment le « *civil conspiracy* », mais ils ne seront pas traités par les Cours en raison de l'irrecevabilité de la requête. Nous nous concentrerons dans ce commentaire sur une analyse et une description de l'argument structuré autour de la *Public Nuisance Doctrine* dans son acception fédérale.

6 Une interférence irraisonnable avec la réalisation d'un droit commun au plus grand nombre (traduction libre).

fement climatique causerait au village un préjudice important sur la réalisation de son droit de propriété puisque le village est obligé d'être déplacé ; les villageois se retrouvant dans l'impossibilité de jouir de leurs biens et de leurs terres. En conséquence, les villageois demandent le paiement de dommages et intérêts liés aux nuisances climatiques générées par les compagnies et ceci pour les dommages actuels et futurs.

En contradiction, les sociétés défenderesses avancèrent trois arguments clés[7]. Elles estimèrent premièrement que le demandeur ne peut démontrer, par aucun moyen, le lien de causalité entre réchauffement climatique et les conséquences subies par lui, car il n'est pas « *fairly traceable* ». Deuxièmement, elles considérèrent qu'en vertu de la « *Political Question doctrine* » la recevabilité du recours n'était pas établie, estimant que l'évaluation de la quantité d'émission de gaz à effet de serre (GES) autorisée ne relève pas de la compétence du juge et que seul le Congrès peut le faire dans le cadre de son rôle de législateur. Enfin, et en conséquence, elles estimèrent que la « *Public Nuisance Doctrine* » ne peut pas être invoquée et à tout le moins, que cette affaire doit tomber dans le champ d'application de la loi sur le *Clean Air Act.* Datant de l'année 1970 et plusieurs fois amendée depuis dont pour la dernière en 1990, cette loi a pour champ d'application le contrôle de la qualité de l'air. Le Congrès en a confié le mandat à l'Agence environnementale américaine (EPA). Outre les deux questions de recevabilité, plus classiques en contentieux climatique, une des questions de l'affaire est donc de savoir si, en effet ou non, le contrôle des émissions de GES et le contrôle de la qualité de l'air sont une seule et même mission.

En octobre 2009, en réponse à ces différents arguments, la *District Court*[8] rejeta la demande des représentants du village considérant en effet que la requête présentait des questions politiques qui n'étaient pas justiciables et qu'en conséquence de cela, elle ne pouvait pas répondre sur le fond. Elle évalua également la question de l'argumentaire scientifique qui fonde la causalité entre la faute supposée des sociétés défenderesses et le préjudice subi par la communauté. La district Court l'estima « *non-fairly traceable* ».

Dans le même temps, et parallèlement à cette procédure, la Cour suprême des États-Unis se prononça dans une autre affaire pendante depuis 2005, l'affaire *Connecticut c. American Electric Power* dite *AEP*[9]. À l'instar de Kivalina, cette affaire opposait plusieurs collectivités publiques à cinq compagnies pétrolières sur le sujet de la régulation des émissions de gaz à effet de serre. Les plaignants fondaient également leur requête sur la théorie de la *Public Nuisance.* Dans cette affaire, la Cour suprême trancha en faveur du *Clean Air Act* et rejeta l'application de la théorie de la *Public Nuisance.* Cet élément est important, car il influe directement sur le résultat de l'appel. Ainsi, après que l'appel fut interjeté par les représentants du village, les sociétés défenderesses ne manquèrent pas de soulever ce nouvel argument de poids devant la Cour d'appel du 9e circuit. Les demandeurs

7 Mémoire en réponse consultable en ligne via la base de données business-humanrights.org, https://turtletalk.files.wordpress.com/2008/12/shell-reply-brief.pdf (consulté le 1er avril 2020).

8 *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corporation and al.*, C 08-1138 SBA (N.D. Miss., 2009) consultable en ligne via la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2009/20090930_docket-408-cv-01138-SBA_order.pdf (consulté le 1er avril 2020).

9 *Connecticut c. American Electric Power Co.*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009) (V. le commentaire dans cet ouvrage de P. Abadie).

avancèrent quant à eux une différence, selon eux suffisamment caractérisée, entre les deux cas qui justifiait un traitement différencié. En effet, contrairement à *Kivalina* où la demande est indemnitaire – par rapport aux conséquences du réchauffement climatique – les juges devaient se prononcer dans *AEP* sur une injonction de réduire les émissions de GES. Or, pour les demandeurs, il y a là une différence suffisante pour ne pas conclure au rejet complet de la *Public Nuisance Doctrine*, et ils demandèrent ainsi clarification sur ce point.

Fin 2011, le panel de juges de la Cour d'appel du 9e circuit[10] confirma unanimement la décision de la District Court, avec une argumentation néanmoins beaucoup moins détaillée. Le Panel concéda tout d'abord que les requêtes vis-à-vis du réchauffement climatique étaient potentiellement recevables en première instance. La Cour considéra que même si l'affaire pouvait potentiellement être viable sur ce fondement, les questions de GES étaient désormais traitées par le *Clean Air Act* ce qui suffisait à rendre irrecevable la requête. Elle a ainsi évité d'entrer dans le détail de l'examen des conditions de recevabilité liées à l'article III[11] de la Constitution. Elle rejeta l'argument des demandeurs qui avait fait la distinction entre injonctions et demandes monétaires, en indiquant que la Cour Suprême s'était déjà prononcée sur cette question dans d'autres affaires, et qu'elle ne faisait pas la différence. Le panel de juges semble donc confirmer l'application d'une nouvelle interprétation de la problématique des émissions de GES qui semble devoir demeurer stable : le *displacement* de la *Public Nuisance Doctrine* par le Clean Air Act. (V. *infra*)

Comme le permet le système procédural américain, le Juge Pro adressa une opinion séparée sur deux points supplémentaires. Il considéra que la position de la Cour Suprême n'était pas aussi tranchée que ce que prétendaient ses collègues concernant l'application du *Clean Air Act*. Il fit ainsi référence à d'autres affaires dont les affaires *Milwaukee II*[12] et *Exxon Shipping*[13] dans lesquelles la Cour Suprême était amenée à se prononcer de manière similaire sur la question de l'éventuel *displacement* de la *Public Doctrine Nuisance* par la législation en vigueur – en l'occurrence le *Clean Water Act* –, et que la Cour suprême n'avait pas tranché dans le même sens démontrant en cela le caractère fluctuant de la jurisprudence de la Cour sur ce point. Concernant l'espèce, il considéra néanmoins que les conditions démontrant la causalité entre réchauffement climatique et émission de GES des compagnies n'étaient pas réunies, ce qui justifiait de ce seul fait l'irrecevabilité du recours.

Une pétition de « *writ of certiriorari* »[14] fut enfin déposée en 2013, en dernier ressort, auprès de la Cour Suprême. Dans cette dernière, la communauté de villageois argumenta en particulier de la

10 *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corporation and al.*, 4 : 08-cv-01138-SBA (9th Cir. 2011) consultable en ligne via la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2012/20120921_docket-09-17490_opinion.pdf (consulté le 1er avril 2020).

11 Article III, section 2, §1 et 2 (extraits) : « §1 The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority […]. §2 In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make ».

12 *City of Milwaukee c. Illinois (« Milwaukee II »)*, 451 U.S. 304, 315 (1981).

13 *Exxon Shipping Co. c. Baker*, 554 U.S. 471 (2008)

14 Consultable en ligne sur la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2013/20130225_docket-12-1072_petition-for-writ-of-certiorari-1.pdf (consulté le 1*er* avril 2020).

nécessité de lever l'incertitude liée à l'accueil de la doctrine de la *Public Nuisance* sur les questions environnementales ; incertitude soulignée par le Juge Pro dans son opinion séparée à l'arrêt de la *Court of Appeal*. La Cour Suprême rejeta la demande sans commentaire particulier.

Cette affaire est emblématique puisque c'est la première aux États-Unis à articuler dans une requête judiciaire la responsabilité de compagnies émettrices de GES avec la fonte du permafrost qui menace une communauté de déplacement. Elle fait par ailleurs partie de la première vague de recours climatique déposé par des personnes privées[15], élément qui a son importance pour la procédure. L'historique de la procédure et le contexte étant posé, sera alors détaillé comment l'affaire apporte plusieurs informations essentielles tant au niveau de l'examen des conditions classiques de la recevabilité en matière environnementale (**I**) que sur les conséquences à plus long terme de l'affirmation du *displacement* de la *Public Nuisance Doctrine* par le *Clean Air Act* pour le contentieux climatique américain (**II**).

I. Sur les conditions classiques de la recevabilité en matière environnementale : une sévérité exceptionnelle des tribunaux dans un contexte d'assouplissement de ces conditions

L'affaire *Kivalina* apporte plusieurs éléments d'information sur la recevabilité d'un recours climatique aux États-Unis. Une notion a particulièrement intéressé les juges : celle de « *non-justiciable political question* » (**A**), mais l'on peut également mentionner la notion de « *fairly traceable* » (**B**). Elles découlent toutes les deux de l'interprétation de l'article III de la Constitution des États-Unis et sont des outils classiques de l'attelage de « *justiciability* » utilisé par les tribunaux dans le contentieux américain[16]. Enfin, nous mentionnerons également les conditions d'accueil par les juges de la notion de « *parens patriae* » que la communauté autochtone de Kivalina a tenté de mobiliser (**C**).

A. Sur la doctrine de la « *non-justiciable political question* » et la question de l'indétermination politique préalable des émissions de GES

Cette doctrine fait partie de l'arsenal des éléments de recevabilité classiquement évalué dans le contentieux environnemental depuis l'affaire *Connecticut c. American Electric Power* de 2005[17]. À l'origine elle naît de l'interprétation de l'article III de la Constitution des États-Unis qui limite le pouvoir judiciaire à l'examen des « *cases and controversies* ». Son utilité est de vérifier si oui ou non, le juge a le droit de s'inscrire dans une logique de création de droit par la jurisprudence, une des particularités du système de *Common Law*. Il en va donc d'une question d'équilibre des pouvoirs, en particulier bien ancré et encadré depuis le célèbre arrêt *Marbury contre Madison*[18] qui à l'exception

15 Geetanjali Ganguly, Joana Setzer and Veerle Heyvaert, « If at First You Don't Succeed : Suing Corporations for Climate Change », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, No. 4 (2018), p. 841-868.

16 Isaak Dore, « Access to justice : an overview of the doctrines of justiciability under the Constitution of the United States », in Virginie Donier, Béatrice Laperou-Scheneider (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, 2013.

17 *Connecticut c. American Power and co, 406 F. Sup. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005).*

18 Pour un aperçu complet de cette question, V. James May, « The Political Question Doctrine », *Principles Of Constitutional Environmental Law*, James May, ed., American Bar Association, 2011, p. 217 ainsi que J. P. Cole, Legislative Attorney, *The Political Question Doctrine : Justiciability and the Separation of Powers*, Congressional Research Service, https://fas.org/sgp/crs/misc/R43834.pdf (Consulté le 23 février 2020).

des cas où des droits individuels seraient mis en danger, limite le rôle de création de droit de la Cour à ce qui n'est pas déjà décidé par les branches législatives et exécutives. Cette doctrine est en pratique assez peu utilisée dans les autres contentieux, mais semble être un élément barrière apprécié par les juridictions dans le cas spécifique du contentieux climatique[19]. En l'espèce, les juges de première instance s'y réfèrent, donnant suite à un argument qui avait été soulevé par les sociétés défenderesses.

À la lumière des critères précisés par la Cour Suprême dans l'affaire *Baker c. Carr* de 1962, la *District Court* tente une analyse précise et factuelle des caractéristiques de la demande. Elle se penche en particulier sur les trois premiers critères : « *[1] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion* »[20]. Les deux premiers critères sont rapidement éliminés par la Cour qui a reconnu que la demande était textuellement fondée (1er critère) et qu'il existait des standards judiciaires suffisamment précis (2e critère) pour fonder la demande sur la base de la *Public Nuisance Doctrine*. Les juges vont s'arrêter plus longuement sur l'examen du troisième critère, dont l'application pose selon eux question en l'espèce. Les juges estiment en effet, que du fait d'une indétermination même des limites d'émission de GES (*a lack of initial policy determination*) imposées notamment aux sociétés pétrolières, il n'était pas possible de conclure à une quelconque responsabilité de ces dernières vis-à-vis du préjudice subi par le village. Selon les juges, reprenant en cela un argument présenté par les sociétés défenderesses et déjà entendu dans d'autres affaires en lien avec la question des émissions de GES, le réchauffement climatique est une question globale ce qui rend de ce seul fait les responsabilités individuelles difficiles à démontrer. Ainsi, une demande sur des éléments non définis par le Congrès ou par l'*EPA* qui était mandatée sur ce point par le Congrès ne pouvait pas être recevable, car la Cour serait dans ce cas obligée de prendre une décision politique, qui devrait être prise normalement par d'autres pouvoirs constitutionnellement institués.

L'utilisation de la *political question doctrine* dans *Kivalina* doit être lue dans le contexte particulier où sa pratique par les juridictions évolue et où son existence même est de plus en plus contestée par la doctrine, en particulier en matière environnementale. Alors que depuis 2005 et l'affaire *Connecticut c. American Electric Power*, il était acquis que le contentieux environnemental ne pouvait perdurer devant les juridictions américaines en raison de l'application du troisième critère de *Baker*, plusieurs affaires battent en brèche cette fatalité[21]. Ainsi, la même année une autre application de la *political question doctrine* a pu être observée dans l'affaire *Comer*[22]. Dans cette affaire, les requérants souhaitaient voir engager la responsabilité de certaines compagnies pétrolières pour leur impact dans le renforcement des ouragans côtiers. Sur la même base argumentaire que dans notre cas

19 James May, « The Political Question Doctrine », *op. cit.*, p. 231.

20 [1] un engagement constitutionnel démontrable par écrit du problème à un département politique coordonné ; ou [2] l'absence de standards gérables et communiqués judiciairement pour le résoudre ; ou [3] l'impossibilité de trancher sans politique spécifique clairement prévue pour une décision/appréciation non judiciaire. (traduction libre)

21 A. Thorpe, « Tort-based climate litigation and the political question doctrine », *Journal of Land Use and Environmenta*l Law. 79. 2008 24.

22 *Comer c. Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855 (5th Cir. 2009), décision qui ne fait néanmoins plus droit depuis *Comer c. Murphy Oil USA*, 607 F.3d 1049 (5th Cir. 2010) pour des raisons propres à la procédure américaine.

d'espèce, ils estimèrent que le réchauffement climatique a entraîné des effets météorologiques tels que les ouragans ont été accentués, avec leurs conséquences dramatiques. Les sociétés défenderesses invoquent alors la *political question doctrine* comme motif d'irrecevabilité du recours. En réponse les juges du 5e circuit, rappelèrent tout d'abord que la *political question doctrine* ne doit être utilisée que comme une exception et qu'il était rare qu'elle s'applique dans le cas de l'examen de la recevabilité d'une demande indemnitaire. Ils concédèrent néanmoins son examen et conclurent que la base textuelle de la demande était pleinement valide, car non contestée par d'autres dispositions législatives ou constitutionnelles[23]. Ainsi, ils rejetèrent ce moyen d'irrecevabilité. C'est le cas également dans l'affaire *AEP*[24] de 2009 où plusieurs États américains, dont le Connecticut portèrent devant le juge 5 compagnies exploitantes de centrales à charbon dans le contexte de l'inaction de l'État fédéral. Là encore, *la public nuisance doctrine*, est utilisée par les plaignants comme argument clef. Le troisième critère de *Baker* fut fatal à la demande au niveau de la District Court mais les juges d'appel du 5e circuit, *a contrario* de ce que les principaux observateurs anticipaient, revinrent sur cet aspect du jugement. Pour les juges du 5e circuit, il n'était pas nécessaire d'avoir une détermination politique initiale dans le cadre de l'application de la *Public Nuisance Doctrine*, et dont l'application est jugée autonome en tant que *Tort Law* en l'absence de toute autre possibilité législative. Même si la Cour suprême ne reprendra pas cet argumentaire, il s'agissait là d'un motif d'espoir certain pour l'avenir du contentieux climatique américain.

Dans ce contexte de fluctuations jurisprudentielles, la *Court of Appeal* ne reprend pas au bond l'examen de la *Political Question* déployée par la *District Court*. Elle s'en affranchit plutôt en considérant, donnant suite en cela à la décision de la Cour suprême dans *AEP* que, s'il n'est pas contesté la viabilité potentielle de la *Public Nuisance Doctrine*, la question des émissions de GES est désormais soumise à l'application du *Clean Air Act* qui devient l'acte législatif de référence en la matière. Il est donc permis de s'interroger à la suite de *Kivalina* sur l'avenir de la *Political Question Doctrine* dans le contexte des affaires climatiques. Les universitaires sont quasiment unanimes sur le fait que son usage fut largement excessif[25], et ont accueilli plutôt chaudement l'assouplissement amené par les affaires *Comer* et *AEP*[26]. *Kivalina* semblait en ce sens amener une forme de régression. Les récents développements jurisprudentiels initiés par la Cour Suprême, qui préfère désormais à la suite de *AEP* parler de *displacement* semblent néanmoins donner un coup d'arrêt à l'application de la doctrine dans ce contentieux[27]. Pour autant, le blocage qui découle de l'application d'un *Clean Air Act* clairement inadapté aux contentieux climatiques indemnitaires[28] ferait presque regretter la situation antérieure.

23 J. Jaffe, « *The Political Question Doctrine : An Update in Response to Climate* », *Change Case Law,* 2011, p. 12 et 13.

24 *Connecticut c. American Electric Power Co.*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009).

25 J. Jaffe, *op. cit.*, démontre que la *political question doctrine* a été mal utilisée depuis Baker. Voir également H. Lininger, Is climate litigation too 'political'?, Yale Climate Connections, https://www.yaleclimateconnections.org/2017/06/is-climate-litigation-too-political/ (consulté le 1er avril 2020).

26 A. Thorpe, *op. cit.* ; J. Jaffe, *op. cit.*

27 Un auteur s'est posé la question après la décision AEP (2011) : James R. May, *AEP c. Connecticut and the Future of the Political Question Doctrine*, 121 Yale L.J. Online 127 (2011), http://yalelawjournal.org/forum/aep-v-connecticut-and-the-future-of-the-political-question-doctrine (consulté le 1er avril 2020). Ses conclusions sont similaires, la Cour Suprême semble avoir enterré la *political question doctrine* en matière environnementale. (V. commentaires des affaires américaines ultérieures dans cet ouvrage)

28 Cela est détaillé plus loin dans ce commentaire.

B. Sur la notion de « *Fairly Traceable* » déterminante de la causalité et la question de l'accueil de l'argumentation scientifique en matière climatique

Deuxième temps de l'examen de la recevabilité, qui découle également de l'interprétation de l'article III de la Constitution, l'examen du « *standing* »[29] est le deuxième étau qui enserre le contentieux environnemental[30]. *Lujan c. Defenders of Wildlife*[31] en 1992 est le dernier arrêt dans lequel la Cour Suprême détaille les étapes de l'examen de l'intérêt à agir. Trois éléments doivent être démontrés pour pouvoir emporter intérêt à agir : « *First, a plaintiff must show an "injury-in-fact". The "injury-in-fact" must be "concrete and particularized" and "actual or imminent", not conjectural or hypothetical. The Court has noted that "particularized" means that the injury must affect the plaintiff in a personal and individual way. Second, the plaintiff must demonstrate a "causal connection between the injury and the conduct complained of". The injury must be "fairly traceable" to the defendant's challenged actions. Third, the plaintiff's injury must be one that is likely to be redressed by a favorable decision in the case* »[32]. Force est de constater ici des éléments assez classiques du contentieux indemnitaire : un fait initial, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. En l'espèce, le débat qui est introduit par les parties se concentre sur la preuve d'un lien de causalité direct entre les agissements des compagnies pétrolières (*injury-in-fact*), les émissions de GES, et le préjudice des villageois (*injury*), en l'espèce la fonte du permafrost et la nécessité de délocalisation. La jurisprudence a construit la notion de « *Fairly Traceable* »[33] afin d'éclairer son examen, et la district Court s'y réfère directement.

La requête initiale a amené plusieurs éléments scientifiques rigoureux démontrant de l'impact direct des émissions de GES sur le réchauffement climatique et ses conséquences sur la fonte des glaces et donc sur le déplacement du village, se fondant alors sur le rapport du GIEC de 2007[34]. Les demandeurs passent de nombreuses pages à détailler ces éléments scientifiques, et à démontrer le consensus scientifique international qui les entoure. Ils reconnaissent néanmoins qu'il est impossible de prouver quel est le préjudice exact qui découle des émissions de GES particulière de chaque compagnie. Ils précisent que selon eux cela n'a pas d'impact au regard de la jurisprudence en vigueur, car il demeure que les compagnies sont contributrices via les émissions de GES du phénomène de

29 Peut se traduire par « intérêt à agir ».

30 Sur ces enjeux, F. Benzoni, Environmental Standing : Who Determines the Value of Other Life ?, 18 *Duke Environmental Law & Policy Forum* 347-370 (Spring 2008) ; V. également H. Hoffman, « Changing Tides : Article III Standing and Climate Change Litigation », *Minnesota Review*, Vol.103, https://minnesotalawreview.org/2019/03/19/changing-tides/ (consulté le 1er avril 2020) ; ou encore Legal Information Institute, « Constitutionnal Standards : injury-in-fact, causation and redressability », in *US Constitution annotated*, Cornell Law School, Available at : https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-3/section-2/clause-1/constitutional-standards-injury-in-fact-causation-and-redressability (consulté le 1er avril 2020).

31 *Lujan c. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555, 562 (1992)*

32 En premier lieu, un requérant doit démontrer un préjudice résultant de faits. Ce préjudice doit être concret et spécifique et avéré ou imminent, et non conjectural ou hypothétique. La Cour a indiqué que « spécifique » signifie que le préjudice doit toucher le requérant de façon personnelle et individuelle. En second lieu, le demandeur doit démontrer d'un lien de cause à effet entre le préjudice et le comportement allégué. Le lien entre le préjudice et les actions contestées du défendeur doit être clairement identifiable. En troisième lieu, le préjudice subi par le requérant, doit être de nature à pouvoir être vraisemblablement réparé par une décision favorable dans l'affaire. (traduction libre)

33 *Lujan, op. cit.* l'évoque, et la notion est ensuite approfondie dans différents arrêts tels que *Salmon Spawning & Recovery Alliance c. Gutierrez, 545 F.3d 1220, 1227 (9th Cir. 2008)* qui précise que la causalité « fairly traceable » ne doit pas découlant d'une partie tierce ou encore *Habecker c. Town of Estes Park, Colo., 518 F.3d 1217, 1225 (10th Cir. 2008)* qui évoque le niveau de précision à rechercher pour qu'elle soit acquise, à savoir un « substantial likelihood », qui peut se traduire par un « niveau de probabilité substantiel ».

34 *Requête op. cit.*, p. 31 à 39.

réchauffement climatique et donc de leur préjudice. Les juges de district vont contester cet argument sur plusieurs plans. Ils estiment tout d'abord qu'un lien causalité « *fairly traceable* » ne peut pas s'établir sur la seule base d'un déversement de GES (*discharge*) contrairement au cas cité par les demandeurs relatif à l'application du Clean Water Act, car pour ce qui est des émissions de GES il n'y a pas de niveau d'émission fixé par la loi qui puisse permettre l'établissement d'une présomption en faveur des demandeurs. Pour eux, et en prenant appui sur la jurisprudence, il est ainsi nécessaire pour faire la preuve d'un lien de causalité « *fairly traceable* » de rechercher le lien entre la source d'émission et le préjudice notamment à travers l'examen de deux dimensions, la source du préjudice (*seed of injury)* et la zone de déversement (*zone of discharge*)[35]. Sur la première dimension, les juges avancent que la libération de GES se fait également naturellement et est surtout un phénomène mondial dont il est impossible de distinguer individuellement les tenants, ce qui disqualifie pour eux la preuve du lien direct recherché. Sur la deuxième dimension, les juges pointent le fait que les demandeurs et les défendeurs soient situés à plusieurs milliers de kilomètres de distance, mettant par cet ultime argument un terme à la possibilité de preuve d'une causalité « *fairly traceable* ».

La *District Court* sera soutenue en cela par le juge Pro dans son opinion séparée de la *Court of Appeal* qui estime que l'absence de *standing* est l'élément le plus saillant pour contester la recevabilité de cette affaire. Pour autant, il n'y a pas de caractère d'inéluctabilité dans l'examen de ce lien de causalité. La Cour suprême en ce qui concerne plus précisément les émissions de GES a déjà pu se prononcer d'une manière un peu différente. C'est le cas notamment de l'affaire *Massachusetts c. EPA*[36] dans laquelle elle paraissait assouplir les règles de l'intérêt à agir. Dans cette affaire, l'État de Massachusetts s'opposait à l'EPA sur la question de savoir si cette dernière disposait bien de la compétence de réguler les émissions de GES. La question du lien entre réchauffement climatique et émissions s'est immiscée rapidement au travers de ces considérations et à la différence de l'affaire *Kivalina*, les juges ont cette fois-ci considéré que les éléments de causalité entre GES et réchauffement climatique étaient tous réunis. Elle fonde sa décision en particulier sur le fait que les Parties, que ce soit l'État de Massachusetts ou l'*EPA*, avaient elles-mêmes prouvé par leurs activités respectives que les liens de causalité existaient. Pour certains analystes, il s'agit toutefois d'un tour de « passe-passe » utilisé par la Cour pour juger l'affaire sur le fond, mais qui n'est pas viable sur le long terme[37].

L'arrêt *Kivalina* le prouve bien, la notion de lien « *fairly traceable* » est particulièrement mal adaptée au changement climatique – phénomène global –, et que les connaissances scientifiques qui le décrivent et l'analysent sont encore en construction. Le raisonnement des juges, à l'instar finalement du raisonnement des plaignants, est largement question d'interprétation, ce qui ne peut pas être satisfaisant en droit. À l'époque du cas, le rapport de force n'était d'ailleurs pas le même sur la question de la détermination anthropique du réchauffement climatique, aujourd'hui unanimement reconnue. L'analyste Francis Menton[38] fait part de cette difficulté dans un article où il démontre que

35 Sur ces deux dimensions, la district court fait référence aux critères établit dans le cas *Friends of the Earth, Inc. c. Gaston Copper Recycling Corp., 204 F.3d 149 (4th Cir. 2000).*

36 *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 523 (2007). (V. le commentaire dans cet ouvrage).

37 L. Meier, « Using Tort Law to Understand the Causation Prong of Standing », *Fordham L. Rev.*, 2011, 80, 1241 (2011), p. 1295.

38 F. J. Menton, « Issues of proof in climate change litigation », New York Journal, Volume 242, n° 124, Tuesday, december 29, 2009.

le fait d'amener des éléments scientifiques forts dans le contentieux climatique a finalement généré l'inverse de ce qui était espéré : la mise en lumière de contradicteurs scientifiques aux conclusions du GIEC. Les requérants ne s'y étaient d'ailleurs pas trompés en identifiant dans leur requête le fait que les compagnies pétrolières accusées aient contribué à une « *conspiracy* » pour éteindre l'impact d'éléments scientifiques mettant en cause les pratiques pétrolières dans le contexte du réchauffement climatique. Les Cours ne se prononceront pas sur ce point. L'avenir du contentieux climatique semble donc s'inscrire dans la capacité des requérants à préciser encore et encore la base scientifique de leur argumentaire, et à la capacité des juges de s'en saisir[39]. Il y a pour l'heure une difficulté conceptuelle majeure à cet endroit[40].

C. Sur la notion du « *parens patriae* » et la prise en compte du caractère autochtone des requérants.

Le village de *Kivalina* est un village « autochtone ». Aux USA, seules quelques communautés de « *Natives* » ont ce statut particulier[41], ce qui est le cas de la communauté de *Kivalina* tel que le reconnaît la *District Court* en introduction de son jugement « *Kivalina is a self-governing, federally-recognized Tribe of Inupiat Eskimos established pursuant to the provisions of the Indian Reorganization Act of 1934, as amended in 1936* »[42]. Dans cette affaire, l'élément même de survie de la culture inuit, la terre sur laquelle ils évoluent, est menacé et par là même l'intérêt de la nation américaine. Le village de Kivalina, sans en faire un élément central de son argumentation juridique, l'évoque au travers de la mobilisation de la notion de « *Parens Patriae* » qu'elle amène dans sa requête. L'idée de cette notion, développée par la jurisprudence, est de signifier un lien particulier duquel l'État est comptable envers certains types de populations ou d'organisations. Le principal intérêt de la doctrine de *parens patriae*[43] est d'affirmer l'existence d'un intérêt public, distinct des intérêts privés[44]. Elle s'applique notamment pour tous les États fédérés, et les organisations publiques, et a notamment été utilisée à plusieurs reprises dans le contentieux climatique comme par exemple pour le cas le plus emblématique, dans l'affaire *Massachusetts c. EPA*[45]. La jurisprudence depuis l'affaire *Snapp*[46], fixe la possibilité de se prévaloir du *parens patriae* dans le cas où des intérêts quasi-souverains ou souverains sur un territoire seraient mis en cause.

En l'espèce, la *District Court* rejette l'argument amené par les demandeurs : « *The district court rejected the plaintiffs' assertion that they were entitled to special parens patriae standing rights pursuant to the Massachusetts decision because " [t] his rationale does not apply to Plaintiffs, which did not*

39 H. Hoffman, *op. cit.*
40 G. Ganguly, J. Setzer and V. Heyvaert, « If at First You Don't Succeed : Suing Corporations for Climate Change », *op. cit.*, p. 849.
41 Pour une présentation complète de la réglementation aux États-Unis voir J. Anaya, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, The situation of indigenous peoples in the United States of America, 2012, disponible à : https://www.iitc.org/wp-content/uploads/2013/07/2012-report-usa-a-hrc-21-47-add1_en-US-Country-Visit-report-September-2012.pdf (consulté le 1er avril 2020).
42 *Kivalina* est une tribu autonome d'Esquimaux Inuits reconnue par le gouvernement fédéral et établie en vertu des dispositions de la Loi sur la réorganisation indienne de 1934, telle que modifiée en 1936. (traduction libre).
43 Pour une présentation complète voir, J. Ratliff, *Parens Patriae : An Overview*, *Tulane L. Rev*, n° 74, 2000, 1847.
44 A. Kanner, « The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General as the Guardian of the State's Natural Resources », Duke Environmental Law and Policy Forum. 16, 2005, p. 112.
45 *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 523 (2007).
46 *Alfred L. Snapp & Son, Inc c. Puerto Rico ex rel. Barez, 458 U.S. 592 (1982).*

surrender its sovereignty as the price for acceding to the Union »[47]. Elle a considéré que l'indépendance du village et de la communauté de *Kivalina* ne permettait pas d'appliquer la *Parens Patriae*. En plus de représenter une vision assez fermée du rôle de l'État et de sa souveraineté, notamment au vu des conséquences massives que peut représenter l'envahissement d'un territoire entier par les eaux[48], cette affirmation va à l'encontre d'une tendance pourtant dégagée au fil des années d'accorder l'application de ce dispositif spécial à des communautés autochtones, tel que le note la doctrine[49]. Par ailleurs, cette décision apparaît particulièrement amère à l'aune de l'affaire *AEP* pour qui, sur des demandes finalement très proches sur le fond, la recevabilité a été accordée. *Kivalina* semble confirmer l'incertitude sur la recevabilité des demandes privées dans les contentieux indemnitaires climatiques. Les analystes[50] notent en effet que les récentes décisions du contentieux climatique dont la recevabilité a été acceptée l'ont été pour des parties publiques et lorsque la demande de parties privées a pu être accueillie, elles étaient associées à des parties publiques comme c'est le cas dans *AEP* où des ONG se sont associées à des États fédérés. Le contentieux américain en matière climatique avance alors à plusieurs vitesses[51].

II. Sur l'applicabilité du *Clean Air Act* en matière climatique et ses conséquences : incertitudes pour l'avenir des contentieux climatiques

Dans la décision des deux Cours, a été démontrée l'impossible réparation à venir des préjudices climatiques aux États-Unis. En effet, l'affirmation de l'applicabilité du *Clean Air Act* au détriment de la *Public nuisance doctrine* a pour conséquence directe un appauvrissement des moyens d'action dans le constat et le suivi de préjudices climatiques (**A**) alors même que le champ d'application du *Clean Air Act* n'est pas parfaitement clair et établi (**B**). D'autres auteurs soulignent enfin la situation particulièrement difficile des victimes climatiques aux États-Unis qui se retrouvent face à un quasi-vide juridique (**C**).

A. Conséquences sur le champ d'application de la *Common Law* en matière environnementale : la mort annoncée de la *Public Nuisance Doctrine* ?

La *Court of Appeal* a jugé de l'irrecevabilité de la requête en mettant en avant le *displacement* de la notion de « *Public Nuisance* » au profit du *Clean Air Act*. Cela intervient dans le contexte de la montée en puissance du rôle dédié à l'EPA. Depuis l'arrêt *Masschussets c. EPA*[52], cette dernière a

47 Le tribunal de district a rejeté l'affirmation des plaignants selon laquelle ils avaient droit à des droits spéciaux de *parens patriae* dans la continuité de la décision Massachusetts parce que cet argumentaire ne s'applique pas aux demandeurs, qui n'ont pas renoncé à leur souveraineté comme contrepartie de l'adhésion à l'Union. (traduction libre).

48 Nous pourrions tout à fait considérer qu'au-delà de l'indépendance effective de *Kivalina*, il existe un intérêt certain pour la souveraineté de la nation américaine tout entière. Cette dynamique semble exister en ce qui concerne la préservation de l'environnement dans le cas de dommages environnementaux internes commis par l'État fédéral, les États fédérés et les souverainetés autochtones, et dont les répercussions sont identifiées à l'échelle de la nation toute entière : « The souvereign self-preservation doctrine in environmental law », 133 *Harvard Law Review* 133, https://harvardlawreview.org/2019/12/the-sovereign-self-preservation-doctrine-in-environmental-law/ (consulté le 30 mars 2020).

49 B. Mank, Article III Standing for Private Plaintiffs Challenging Greenhouse Gas Regulations, San Diego L. Rev., V. 53, n° 287, 2016, p. 900.

50 B. Mank, *Ibid.*

51 B. Mank, *Ibid.*, p. 904.

52 *Op. cit.*

été consacrée comme l'autorité compétente dans la régulation des émissions de gaz à effet de serre. L'arrêt *AEP*[53] rendu en cours de procédure qui intercède en faveur de l'application du *Clean Air Act*, au détriment de la doctrine de la *public nuisance* a clairement influencé la procédure de l'espèce. En aurait-il été de même si *AEP* n'était pas intervenue. Les principaux commentaires de l'affaire au moment de l'introduction de la requête jugeaient pourtant que si la requête était délicate sur le volet de la causalité, elle était bien ancrée sur le volet du fondement[54]. Dans ces conditions il y a lieu de se questionner sur la réalité de la *Common Law* dans le champ des problématiques environnementales[55] ? Alors même que la doctrine de la *Public Nuisance* avait le potentiel pour devenir un « *tort* »[56] dans le cadre des questions environnementales, plusieurs auteurs estiment qu'à la suite de *Kivalina*[57], et encore plus après *AEP*[58], la notion n'a plus d'avenir. En effet, l'applicabilité de la *Common Law* est réduite ici au strict minimum, car radicalement encadrée par l'application du *displacement*, et il paraît douteux que la Cour Suprême revienne sur une telle clarification[59].

Pourtant, malgré ce contexte et tel que le souligne le Juge Pro, qui intervient en surplus du jugement prononcé devant la *Court of Appeal*[60], il y a bien toujours une tension jurisprudentielle sur cette question puisque la Cour Suprême a déjà préféré à l'application d'une loi telle que le *Clean Water Act*, la doctrine de la *public nuisance*, dans deux arrêts successifs. Dans l'affaire *Milwaukee II*[61], où il s'agissait de déterminer si la *Public Nuisance Doctrine* était applicable à un cas de pollution de l'eau dans un champ où intervenait une législation – la *Federal Water Pollution Control Act* –, la Cour Suprême répond que l'existence de cette législation n'entraînait pas de ce seul fait l'impossibilité d'agir au moyen de la *Public Nuisance Doctrine* notamment parce que tel n'était pas l'intention de la loi. En disant cela la Cour Suprême laisse entendre que si l'action fondée sur la *Public Nuisance Doctrine* n'est pas contraire à l'esprit de la loi, alors il n'y a aucune raison de refuser la recevabilité d'une demande sur ce fondement. Près de trente ans plus tard, la Cour Suprême a été amenée à se prononcer sur le conflit entre *Public Nuisance Doctrine* et application du *Clean Water Act* dans le cadre de l'affaire *Exxon Shipping*[62]. Dans cette dernière, la Cour Suprême note que les standards posés par le *Clean Water Act* ne sont pas les mêmes que ceux invoqués dans le cadre de l'application de la *Public Nuisance Doctrine* par les requérants, et que cela ne pouvait pas leur interdire son utilisation notamment compte tenu du fait que cela ne serait pas cohérent avec l'intention globale du congrès dans la rédaction de cette législation. Ainsi, selon cette position de la Cour Suprême, la doctrine de la *Public Nuisance* a vocation à s'appliquer lorsque son application ne rentre pas en conflit avec le *Clean Water Act.*

53 *Op. cit.*

54 N. Johson, « Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corp : Say Goodbye to Federal Public Nuisance Claims for Greenhouse Gas Emissions », *Ecology L.Q.*, 2013, 40, 557 ; Q. M. Sorenson, « Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corp. : The End of Climate Change Tort Litigation », *Trends*, 2013, 44, 1.

55 A. C. Lin and M. Burger, « State Public Nuisance Claims and Climate Change Adaptation », 36 *Pace Envtl. L. Rev.* 49 (2018), https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol36/iss1/2, (consulté le 30 mars 2020).

56 T. W. Merrill, « Is Public Nuisance a Tort ? » ; *J. Tort L.*, 2011, ii 4 (2), https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/823 (consulté le 23 février 2020).

57 Q. M. Sorenson, *op. cit.* ; J. N. Stedman, *op cit.* ; N. Johnson, *op. cit.*

58 J. N. Stedman, « Climate Change and Public Nuisance Law : AEP c. Connecticut and Its Implications for State Common Law Actions », *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, 2012, 36, p. 865, https://scholarship.law.wm.edu/wmelpr/vol36/iss3/8 (consulté le 23 février 2020).

59 (V. le commentaire dans cet ouvrage).

60 *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corporation and al.*, 4 : 08-cv-01138-SBA (9th Cir. 2011), *op. cit.*, p. 11657 à 11676.

61 *Op. cit.*

62 *Op. cit.*

Après les avoir mentionnés, le Juge Pro exclut finalement ces cas particuliers de son analyse du *displacement* de la *Public Nuisance Doctrine* par le *Clean Air Act*. Il note en effet que le *Clean Air Act* est suffisamment précis et clair, et donc que ces cas particuliers ne pourraient pas s'appliquer à l'espèce. Il est néanmoins possible de mettre en cause cette affirmation sur deux plans au moins, que ce soit en vertu de l'application inexistante qu'en fait l'*EPA* tel qu'il l'a été soulevé en doctrine[63] ou du champ d'application incertain du *Clean Air Act*[64]. De récents arrêts sont par ailleurs venus rappeler qu'en l'état actuel de la jurisprudence, les voies de recours sur ce fondement ne sont sans doute pas encore définitivement à abandonner[65].

B. Conséquences de l'affirmation de l'applicabilité du *Clean Air Act* : une applicabilité de principe pour quel champ d'application ?

Le champ d'application du *Clean Air Act* n'est par ailleurs, pas encore définitivement clair. Alors que ce n'était pas le cas dès l'origine, le *Clean Air Act*[66] a fini par voir entrer dans son champ d'application la régulation des niveaux d'émissions de GES. La Cour suprême[67] a en effet constaté que le *Clean Air Act* a pour vocation de réguler les « polluants aériens », et elle considère en conséquence que les GES y sont englobés (*speaks directly*). Même en admettant que ce lien ne soit pas contesté, la question de l'étendue de la compétence demeure encore aujourd'hui telle que le souligne la doctrine américaine[68]. En effet, si le *Clean Air Act* a vocation à couvrir le niveau d'émissions, *quid juris* des conséquences effectives de ces pollutions ? La communauté de villageois relève cet élément dans sa pétition pour le *writ* demeurée sans réponse.

En l'espèce, il n'est, en effet, pas question d'une demande de régulation des émissions de GES, mais d'une demande relative à leurs conséquences territoriales. Les émissions de GES sont mises en avant par les villageois pour expliquer les conséquences territoriales dramatiques pour le village, qui est obligé de se déplacer en raison d'un réchauffement de l'atmosphère et de la fonte des terres de glace qui les protégeait. C'est le sens de l'argumentation des villageois de *Kivalina* qui soulignent l'élément de différenciation propre à l'espèce à savoir le caractère indemnitaire de leur demande, et non une injonction de réguler le niveau d'émissions comme dans la demande *AEP*. Il aurait fallu en l'espèce pour les juges se pencher sur une évaluation précise et minutieuse des préjudices causés par l'absence de toute régulation relative aux émissions de GES. Nous ne sommes donc pas dans la même temporalité que l'affaire *AEP*, où l'examen du cas par les juges se fait détaché de toute considération sur les conséquences de ces émissions. Or le *Clean Air Act* ne semble pas donner d'éléments de guidage sur ce plan. A situation différente, traitement différent ? Cette question demeurera non tranchée.

63 Cela est souligné par J. N. Stedman, *Ibid.*, p. 915. Si l'*EPA* ne fait aucune application de son rôle de régulateur, quelle valeur a alors la CAA pour les victimes de préjudice climatique ?

64 V. *infra* B.

65 V. *City of Oakland and The People of State of California c. B.P. P.L.C and al.*, (V. le commentaire dans cet ouvrage de L. Canali).

66 Pour une vision complète du champ d'application de cette législation : https://www.epa.gov/clean-air-act-overview (consulté le 23 février 2020).

67 Voir Massachussets, *op. cit.*

68 Tel que le soulève N. Johson, *op. cit.*, p. 561.

Il semble en effet clair que le *Clean Air Act*, selon la définition de son champ d'application, ne couvre pas ces dimensions[69]. L'affaire *Kivalina* montre la difficulté de la question climatique de s'émanciper des dynamiques strictement atmosphériques : le climat n'est pas qu'une question de niveau d'émissions de GES ! Le réchauffement climatique est également une des principales causes de la destruction des écosystèmes, et donc – en particulier comme dans le cas de l'espèce – de déplacement des populations. Il faudrait pouvoir décliner la norme à un niveau beaucoup plus opérationnel et proche des réalités territoriales. Or, les outils juridiques actuels ne permettent pas de bien le saisir. À moins que le *Clean Air Act* intègre à terme ces dimensions, ce qui semble difficilement envisageable compte tenu de son objet, il semble nécessaire d'envisager d'autres moyens pour répondre à un contentieux qui se complexifie considérablement au fil des années et des découvertes scientifiques.

C. Conséquences pour la protection des droits des communautés et des individus concernés par le réchauffement climatique

Le juge Pro conclut son argumentation par cette phrase pleine de sens : « *Displacement of the federal common law does not leave those injured by air pollution without a remedy* »[70], estimant que même s'il était avéré que le *Clean Air Act* ne couvrait pas toutes les questions du contentieux climatique, il demeurait d'autres voies de recours. Le juge Pro mentionne à ce titre la « *State Nuisance Law* », la *Public Nuisance Doctrine* à l'échelle cette fois-ci des États fédérés qui ont une *Common law* différenciée. Est-ce à revenir à un *statu quo* pour les victimes du réchauffement climatique ? Et qu'en est-il en conséquence du niveau fédéral alors même que le *Clean Air Act* semble limité dans son champ d'application ? Les États-Unis ne sont pas parties prenantes aux principales Conventions multilatérales de l'environnement, et il est donc extrêmement difficile de trouver d'autres bases textuelles pour le contentieux relatif à l'excès d'émission de GES[71]. Les horizons de recours pour les victimes semblent donc très minces.

Restent alors l'argumentaire propre aux droits de l'homme ainsi que pour *Kivalina* le droit international conventionnel de protection des populations autochtones. L'affaire *Kivalina* soulève cette question de manière indirecte, et les juridictions saisies n'y répondent pas. En effet *quid juris*, sous cet angle, d'un non-financement du déplacement du village ? Il est à souligner le potentiel d'une telle argumentation juridique. En effet, il est avéré aujourd'hui les populations les plus vulnérables au réchauffement climatique sont les populations autochtones[72]. Les services américains sont les premiers à le reconnaître[73]. Une récente saisine des rapporteurs spéciaux pour les populations autochtones reprend l'argument au bond[74], même si cela est pour le moment mobilisé hors de tout

69 *Ibid.*

70 Le *displacement* de la common law fédérale ne laisse pas les personnes victimes par la pollution atmosphérique sans recours (traduction libre).

71 K. Peloffy, *Kivalina c. Exxonmobil : A Comparative Case Comment*, 9 McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y 119 (2013), p. 126 à 128.

72 https://www.voanews.com/usa/native-americans-most-risk-impact-climate-change (consulté le 23 février 2020).

73 https://www.fs.fed.us/pnw/pubs/pnw_gtr944.pdf (consulté le 23 février 2020).

74 United Nation Special Rapporteurs, « Rights of Indigenous People in Addressing Climate-Forced Displacement », 2020 consultable en ligne : http://climatecasechart.com/non-us-case/rights-of-indigenous-people-in-addressing-climate-forced-displacement/ (consulté le 23 février 2020).

contexte contentieux. Relevant que le village de *Kivalina* se prépare à une relocalisation depuis 1952, les rapporteurs spéciaux considèrent dans un premier temps que les États-Unis ont échoué à protéger les droits de l'homme individuels et collectifs des villageois autochtones, et en particulier leur droit à la vie et les droits qui lui sont corrélés (alimentation, santé, entre autres). Ils poursuivent ensuite en mobilisant le droit international conventionnel qui dispose, en vertu notamment de la déclaration des droits des peuples autochtones de 2007 et de la Convention n° 169 de l'organisation mondiale du travail, que les communautés autochtones ont des droits particuliers sur leurs terres ceci notamment pour garantir leur droit à l'autodétermination. En cela, l'État leur doit la protection de leurs terres. L'argument de la protection du patrimoine culturel vient également comme une des justifications de cette protection particulière. En effet, culture et modes de vie étant intrinsèquement liés à un territoire, ne pas prendre en charge les conséquences du réchauffement climatique sur un territoire signifie contribuer à la disparition d'un patrimoine culturel. L'affaire *Kivalina* laisse tous ces dispositifs argumentaires grands ouverts, et sans réponse.

Concernant la question des déplacements climatiques *stricto-sensu*, il n'aurait pas été possible de la considérer de façon autonome. En effet, il n'existe tout simplement pas d'instrument juridique national ou international qui prend en charge la question à ce jour[75]. La *Court of Appeal* conclut son jugement de la manière suivante : « *Our conclusion obviously does not aid Kivalina, which itself is being displaced by the rising sea. But the solution to Kivalina's dire circumstance must rest in the hands of the legislative and executive branches of our government, not the federal Common law* »[76]. La problématique de la relocalisation de la communauté est reconnue comme étant une problématique centrale et urgente, mais il semblerait que le contentieux n'était en l'espèce pas la bonne voie pour le prendre en charge.

75 A. Mesnard, « Déplacements environnementaux et peuples autochtones : repenser la responsabilité des États et de la communauté internationale », Université Jean Moulin – Lyon 3, 2019, non encore publiée

76 Notre conclusion n'aide clairement pas Kivalina, qui est délogé par la montée du niveau de la mer. Mais la solution à la situation précaire de Kivalina doit reposer dans les mains des branches législatives et exécutives de notre gouvernement, non pas la Common Law fédérale. (traduction libre)

27
Lliuya c. RWE (2016)

Fanny Giansetto[1]

L'une des actions en justice contre les entreprises privées les plus emblématiques est très certainement l'affaire *Lliuya contre RWE*[2]. Cette affaire trouve sa source dans les menaces climatiques subies par le Pérou ces dernières années. Plus précisément, le département de Ancash est dominé par la partie la plus haute des Andes, appelée « la Cordillère blanche ». Dans cette région, les tremblements de terre et glissements de terrain arrivent occasionnellement. Surtout, la fonte des glaciers a fait augmenter le niveau des lacs glaciaires. L'un des plus problématiques est le lac Palcacocha au bord duquel se trouve la ville de Huaraz. Ce lac, déjà meurtrier par le passé[3], a vu son niveau augmenter de manière significative ces dernières années[4]. Les risques d'inondation de la ville de Huaraz se sont ainsi accrus de manière significative. Plusieurs mesures préventives ont été prises par l'État péruvien, parmi lesquels la création de canalisations et barrages artificiels, sans que cela n'endigue les risques d'inondation[5].

C'est dans ce contexte qu'un ressortissant péruvien, M. Lliuya – guide de montagne dans la Cordillère blanche – a intenté une action contre l'énergéticien allemand RWE en 2015. Propriétaire d'une maison au-dessus de la ville de Huaraz, M. Lliuya considère qu'il se trouve dans l'obligation d'effectuer certains travaux afin d'éviter de futurs dommages liés aux inondations. Ces dépenses constituent, selon lui, un dommage matériel imputable en partie à l'énergéticien. En effet, RWE est l'un des plus gros émetteurs de gaz à effet de serre dans le monde. Ces émissions auraient contribué, selon le demandeur, en partie à la situation dans laquelle se trouve la ville de Huaraz.

1 Maître de conférences à l'Université Sorbonne Paris Nord, Membre de l'IRDA et de la Structure Fédérative « Les Communs ».

2 *Lliuya c/ RWE*, Cour régionale d'Essen, 15 décembre 2016, AZ. 2 O 285/15, https://germanwatch.org/de/14198 (consulté le 6 avril 2020), V. notamment P. Berts, « Climate Change Litigation : Essen District Court Dismisses Action », 18 décembre 2016, disponible sur le blog : http://www.disputeresolutiongermany.com/2016/12/climate-change-litigation-essen-district-court-dismisses-action-brought-by-peruvian-farmer/ (consulté le 7 avril 2020) ; M. Darby, « Peruvian climate lawsuit against German coal giant dismissed », 15 décembre 2016, disponible sur le site internet : https://www.climatechangenews.com/2016/12/15/peruvian-climate-lawsuit-against-german-coal-giant-dismissed/ (consulté le 7 avril 2020) ; B. Le Cain, « Climat : un paysan péruvien se bat pour une justice climatique mondiale », *Le Figaro,* 1er décembre 2017, disponible sur le site internet : https://www.lefigaro.fr/sciences/2017/12/01/01008-20171201ARTFIG00268-climat-un-paysan-peruvien-se-bat-pour-une-justice-climatique-mondiale.php (consulté le 7 avril 2020).

3 Le lac a entraîné la mort d'environ 4 000 personnes lors d'une inondation de la ville de Huaraz le 13 décembre 1941. V. par exemple B. Francou, C. Vincent, *Les glaciers à l'épreuve du climat*», spéc. p. 257, IRD Edition, 2017. V. également Summary of the submission of the defendant's legal counsel, 28 avril 2016, disponible sur le site internet : https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/21252.pdf (consulté le 7 avril 2020).

4 Le lac a augmenté en surface de 8 fois et en volume de 30 fois en 40 ans. V. Statement of Claim, *Lliuya*, 23 novembre 2015, p. 5, disponible sur le site internet https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf (consulté le 7 avril 2020) qui se réfère à l'étude de D. Rivas, « Term report : Glacial lake out-burst flood (GLDOF). Palcacocha Lake, Peru », University of Texas at Austin, 2012.

5 Summary of the submission of the defendant's legal counsel, 28 avril 2016, *op. cit.*

Il a alors demandé devant les juridictions allemandes, juridictions du lieu du domicile du défendeur, à ce que l'énergéticien soit condamné à contribuer aux coûts des travaux nécessaires pour éviter les risques d'inondation à proportion de sa responsabilité dans le changement climatique. Cette action, soutenue par l'ONG allemande Germanwatch, est la première opposant une potentielle victime des changements climatiques – un ressortissant péruvien – à une entreprise privée dont la maison mère est située en Allemagne. Elle est venue soulever la question cruciale de la mise en œuvre de la responsabilité civile d'un acteur privé pour ses émissions de gaz à effet de serre. Ce fait générateur entraîne des questions juridiques peu communes. En effet, les émissions de gaz à effet de serre sont plurilocalisées dans le temps et dans l'espace. Elles sont multifactorielles en ce qu'elles existent dans toute activité selon des proportions plus ou moins importantes. Les sociétés privées jugées responsables des changements climatiques sont généralement des multinationales possédant des activités dans plusieurs pays. Leurs émissions de gaz à effet de serre sont importantes au regard de la taille de leur activité. Il s'ensuit que les contentieux de ce type sont, par nature, internationaux[6]. Le lieu des émissions des gaz à effet de serre n'est rarement, si ce n'est jamais, situé dans un seul État. Les phénomènes climatiques et les dommages potentiels peuvent se situer loin du lieu d'émission. L'affaire *Lliuya c. RWE* illustre particulièrement cela avec un demandeur et un dommage se situant au Pérou et une société défenderesse dont la maison mère est située en Allemagne et qui est responsable d'émissions un peu partout dans le monde[7].

Le demandeur s'est fondé sur le droit allemand et, plus précisément sur plusieurs articles du Code civil allemand (BGB) protégeant le droit de propriété ainsi que du Code de procédure civil (ZPO). Trois demandes alternatives ont été formulées. La première – la demande principale – cherche à ce que RWE paye une partie des sommes nécessaires pour réduire le niveau du lac et assurer la protection de la propriété de M. Lliuya. Selon les études invoquées par le demandeur[8], les coûts financiers de ces mesures préventives s'élèveraient à 3,5 millions d'euros et RWE devrait prendre en charge 0,47 % de ce montant au regard de sa contribution personnelle au changement climatique, soit 17 000 euros[9]. La seconde demande, formulée à titre subsidiaire, vise à ce que l'entreprise effectue elle-même les travaux de réduction du volume du lac Palcacocha à hauteur de 17 000 euros. Il s'agit précisément d'assurer des travaux de consolidation de la digue et de diminution du volume d'eau. A cet égard, le demandeur requiert soit que l'entreprise effectue les travaux elle-même, soit qu'elle paye sa contribution de 17 000 euros à une association[10]. Enfin, la dernière demande vise le paiement direct au demandeur de la somme de 6 384 euros pour que celui-ci effectue des travaux sur sa propriété[11]. En réponse, RWE a fait valoir l'irrecevabilité de l'action. Selon la société défenderesse, le demandeur ne présente pas d'intérêt à agir et la requête n'est pas suffisamment précise. L'énergéticien a également mis en avant le caractère infondé des demandes au regard de l'absence de lien de causalité entre ses actions et le supposé dommage du demandeur.

6 Sur les questions de droit international privé V. notre article, F. Giansetto, « Le droit international privé à l'épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique », *Journal du droit international,* 2018/2, p. 65 et s.

7 R. Heede, « Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010, Methods and results report », avril 2014.

8 V. *infra.*

9 Statement of Claim, *Lliuya c/ RWE*, 23 novembre 2015, *op. cit.*, p. 19 et 20.

10 Plaintiff : Written submission (after the oral proceedings of November 24th, 2016). Disponible sur le site internet https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/21397.pdf (consulté le 8 avril 2020).

11 *Ibid.*

Ces deux questions sont fondamentales dans toutes actions portant sur la responsabilité civile d'un acteur privé liée aux changements climatiques. Elles ont conduit les juges à rejeter la recevabilité de la plupart des demandes comme non suffisamment définies (**I**). La dernière demande a, en revanche, été jugée recevable. Elle a toutefois été considérée infondée sur la base d'une absence de lien de causalité (**II**). L'affaire est allée un pas plus loin en appel où elle a passé l'étape de la recevabilité pour l'ensemble des demandes[12]. Ce sont désormais les éléments de preuve liés à l'existence d'un lien de causalité qui sont discutés[13]. A ce jour, l'arrêt d'appel n'a pas été rendu de sorte que c'est essentiellement le jugement de première instance qui sera ici commenté.

I. Au stade de la recevabilité : les difficultés quant à la détermination du fait générateur et du dommage

Un premier constat émane du jugement du tribunal : la question de la compétence internationale du juge allemand n'a pas posé de difficulté. Bien que les contentieux relatifs aux changements climatiques puissent poser des questions délicates de droit international privé[14], celles-ci ne semblent pas en l'occurrence avoir été débattues. Cela s'explique peut-être par le fait que le ressortissant péruvien ait décidé d'attraire RWE devant le juge du domicile du défendeur, soit le juge allemand. L'entreprise n'avait donc pas de réel intérêt à contester cette compétence de principe que l'on trouve au sein du Règlement Bruxelles I refondu, applicable en la matière[15].

Avant que le juge ne se prononce au fond, le premier obstacle que doit passer tout requérant cherchant à engager la responsabilité d'un acteur au regard de ses émissions de gaz à effet de serre est la recevabilité. Cette étape, loin d'être évidente, a conduit de nombreuses affaires à être rejetées sur le fondement d'un manque d'intérêt à agir des demandeurs[16]. L'enjeu relevait de l'obligation, selon la procédure civile allemande, de déposer une requête suffisamment précise afin que l'objet du contentieux soit suffisamment délimité[17]. En l'espèce, c'est l'imprécision des demandes qui a posé problème (**A**), alors même que le demandeur avait pris soin d'établir une stratégie intéressante quant à la détermination du dommage à réparer (**B**).

12 *Saul Lliuya*, Cour d'Appel de Hamm, 30 novembre 2017, AG 11-5 U 15/17 2 0 285/15, (traduction non officielle : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2017/20171211_Case-No.-2-O-28515-Essen-Regional-Court_order-1.pdf consulté le 6 avril 2020).

13 V. « Higher Regional Court Hamm : Large emitters can be held legally responsible for climate change impacts ». Disponible sur le site internet : https://germanwatch.org (consulté le 6 avril 2020).

14 La compétence juridictionnelle et la loi applicable sont en effet déterminés en grande partie au regard du lieu du fait générateur et du lieu du dommage. Or, ces lieux sont particulièrement difficiles à identifier en matière climatique au regard de leur caractère plurilocalisé et diffus. V. F. Giansetto, « Le droit international privé à l'épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique », *op. cit.*

15 Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

16 L. Canali, « Les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives » *in* C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, Pedone, 2018, p. 67.

17 V. *Unauthorised translation, provided by Germanwatch e.V.*, District Court Essen, 15 December 2016, File number 2 O 285/15, p. 4, Disponible sur le site internet : https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20823.pdf (consulté le 6 avril 2020).

A. L'imprécision de la demande

Les arguments qui ont conduit au rejet de la recevabilité de la plupart des demandes tiennent à l'imprécision des faits générateurs reprochés. Il s'agit là avant tout d'une question de droit processuel allemand qui impose que la requête spécifie concrètement le trouble reproché. L'objectif est de délimiter l'étendue du pouvoir du juge (§ 308 du Code de procédure civile allemand dit « ZPO ») afin d'identifier le contenu et la portée des conséquences matérielles légales que la décision est amenée à trancher (§ 322 du ZPO). La décision doit pouvoir être exécutée sans qu'il ne soit besoin d'une procédure d'exécution forcée.

Or, selon les juges, les deux premières demandes (financer des mesures préventives de protection de la propriété de M. Lliuya et prendre des mesures visant à réduire le volume du lac Palcacocha) ne répondent pas à ces conditions. Il leur serait demandé d'estimer la contribution du défendeur aux troubles que subit M. Lliuya – sans qu'il n'ait été requis l'intervention d'un expert ou que le demandeur n'ait indiqué précisément l'ampleur du trouble reproché au défendeur dans sa requête. Surtout, les mesures spécifiques devant être prises pour faire cesser le trouble ne seraient pas précisées. Par ailleurs, le tribunal considère que la demande visant le paiement des 17.000 euros à une association ne peut être admise dès lors que l'association proposée n'existe pas[18].

Ces arguments n'ont pas été repris en appel et les juges ont considéré la requête comme recevable. À l'opposé du jugement de première instance, la Cour d'appel a jugé que, conformément à la jurisprudence de droit allemand en matière de trouble à la propriété, pour être admissible, la requête n'a pas à préciser les mesures devant être adoptées pour faire cesser le trouble[19]. Ces questions avant tout processuelles sont spécifiques à l'affaire en question et ne méritent pas que l'on s'y attarde davantage. En revanche, il est intéressant de relever une spécificité dans la demande de M. Lliuya. Celui-ci n'a pas demandé la réparation intégrale d'un dommage actuel, mais la réparation d'un dommage futur, proportionnelle à la contribution de RWE aux émissions de gaz à effet de serre mondiale.

B. La réparation préventive et partielle du dommage

Si l'imprécision du fait générateur a suffi à rendre irrecevables les demandes, M. Lliuya avait pris soin d'élaborer une stratégie particulièrement intéressante quant au dommage. En effet, au lieu de demander, de façon classique, la réparation intégrale du dommage, celui-ci s'est concentré sur sa réparation partielle. Plus précisément, il a demandé une réparation du dommage proportionnelle à la contribution au changement climatique de RWE[20]. Le demandeur s'est, à ce titre, fondé sur le « rapport Heede » *Carbon Majors* ainsi que les données publiées par *Global Carbon Atlas*[21] qui

18 Le demandeur avait demandé à ce que le paiement soit fait à l'association des collectivités locales Waraq.

19 *Saul Lliuya c/ RWE*, Cour d'Appel de Hamm, 1er février 2018, Traduction non officielle disponible sur le site internet : https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/21168.pdf (consulté le 7 avril 2020).

20 Statement of Claim, *Lliuya c/ RWE*, 23 novembre 2015, *op. cit.*, disponible à l'adresse suivante : https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf (consulté le 6 avril 2020).

21 V. la plateforme Global Carbon Atlas qui répertorie les données en matière d'émission de CO2 dans le monde. Disponible sur le site internet : http://www.globalcarbonatlas.org/en/content/welcome-carbon-atlas (consulté le 7 avril 2020).

ont tous les deux calculé l'empreinte carbone de l'énergéticien à hauteur de 0,47 %[22]. Le « rapport Heede » *Carbon Majors* fait partie, dans le cadre des contentieux climatiques, des publications les plus utilisées[23]. En effet, il s'agit du rapport scientifique le plus abouti ayant analysé la contribution de certaines entreprises aux émissions de gaz à effet de serre mondiale. De manière inédite, cette étude a collecté l'ensemble des données en libre accès, mais aussi celles que les entreprises voulaient bien rendre public. Cela a permis de mettre en lumière le rôle du secteur des énergies fossiles, dont RWE fait partie. Selon le rapport, 100 entreprises seraient à l'origine de 52 % des émissions de gaz à effet de serre depuis la révolution industrielle (1751) et 71 % des émissions depuis 1988[24].

Par ailleurs, la demande portait sur la réparation d'un dommage futur[25], à savoir le paiement de mesures visant à protéger la propriété de M. Lliuya des conséquences de la fonte accélérée du glacier Palcacocha. Cette demande était fondée sur l'article 1004 du Code civil allemand (dit « BGB ») relatif à la nuisance privée. Cet article développe une théorie proche de celle du trouble anormal de voisinage du droit français qui permet d'engager la responsabilité d'une personne commettant une nuisance sur la propriété de quelqu'un alors même que ces agissements ne sont pas fautifs[26]. De manière identique ici, le droit allemand ne limite pas la responsabilité de celui qui commet une nuisance à l'exercice d'une activité illicite. Plus précisément, l'article 1004 BGB dispose que « s'il est porté atteinte à la propriété autrement que par éviction ou rétention de la possession, le propriétaire peut exiger de celui qui en est l'auteur l'élimination du trouble et s'il y a lieu de craindre de nouvelles atteintes, le propriétaire peut agir en justice en vue d'obtenir leur cessation »[27]. Autrement dit, cette responsabilité assure l'élimination d'un trouble qui est à l'origine de dommages actuels ou futurs.

En rejetant l'admissibilité de l'affaire, le tribunal n'a pas eu à statuer sur ces deux questions cruciales dans le cadre des contentieux climatiques. En effet, la question de la réparation préventive du dommage permet d'ouvrir la possibilité de réparer des dommages futurs en lien avec les changements climatiques. Il s'agit de faire cesser les activités nuisibles et d'assurer le paiement de mesures visant à endiguer les conséquences des changements climatiques[28]. Et ces conséquences sont amenées à être particulièrement nombreuses et variées. Elles sont susceptibles d'entraîner des dommages très divers. Il peut s'agir aussi bien de dommages aux personnes, aux biens ou à l'environnement lui-même. Ces dommages peuvent être la conséquence de phénomène climatique

22 R. Heede, « Carbon Majors », *op. cit.*

23 V. par exemple, Tribunal judiciaire, 28 janvier 2020, *Notre Affaire à Tous et autres c. Total*; *City of New York c. BP, Chevron, Conoco Phillips, Exxon Mobil, Shell*, Case 1 : 18-cv-00182-JF ; *People of State of California c. BP p.l.c.,* Cal. Super. Ct., CGC-17-561370 ; *Rhode Island c. Chevron Corp. & al.,* 1 : 18-cv-00395, 2019.

24 *Ibid.*

25 V. également L. Canali, « Les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives », *op. cit.* ; M. Hautereau-Boutonnet, L. Canali, « Jalons pour une responsabilité climatique préventive », disponible sur le site internet https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01875905/document (consultation le 8 avril 2020).

26 V. la jurisprudence française en ce sens qui a créé une véritable responsabilité à part entière, indépendante des autres hypothèses de responsabilité. Civ. 3ème 30 juin 2004, n° 03-11.562, Bull. civ. III n° 140 ; Civ. 3ème 14 janvier 2014, n° 12-29.017. V. également M. Hautereau-Boutonnet, L. Canali, « Jalons pour une responsabilité climatique préventive », *op. cit.,* p. 11 ; P. Jourdain, « Comment traité le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances,* n° 3, mars 2010, dossier 11, n° 7.

27 Traduction libre de L. Canali, *ibid.*

28 V. par exemple l'action des villes de Oakland, San Francisco et New York qui ont demandé en justice le paiement des coûts nécessaires à la protection des villes et de leurs habitants contre la montée des eaux des océans, engendrée par le changement climatique. *City of New York c. BP, Chevron, Conoco Phillips, Exxon Mobil, Shell*, Case 1 : 18-cv-00182-JFK ; *People of State of California c. BP p.l.c. (San Francisco),* Cal. Super. Ct., CGC-17-561370 ; *People of the State of California V. BP et al (Oakland),* N. D. Cal., 3 : 17-cv-0611.

immédiat, comme par exemple un cyclone. Ils peuvent également découler de phénomènes futurs nécessitant des mesures préventives d'adaptation ou de protection, comme c'est le cas en l'espèce.

Dans la même lignée, la spécificité des faits générateurs – les émissions de gaz à effet de serre – impose *a priori* que la demande de réparation du dommage soit partielle. Les émissions de gaz à effet de serre sont en effet multifactorielles. Elles émanent d'acteurs extrêmement variés. Elles sont dispersées dans le temps et dans l'espace. Dès lors, il apparaît impossible, ou en tout cas difficile, de faire peser sur un seul acteur, la réparation de l'intégralité d'un dommage relatif aux changements climatiques. Les coûts de réparation semblent insupportables pour une seule et même personne, surtout si les demandeurs se multiplient comme cela est probable[29]. Une possibilité serait certes d'envisager une réparation intégrale du dommage en prenant en compte le principe de contribution à la dette qui permet au défendeur condamné de se retourner contre les autres responsables du dommage[30]. En effet, le droit français fait la distinction entre obligation à la dette et contribution à la dette. Lorsque plusieurs personnes peuvent voir leur responsabilité engagée relativement à un même dommage, un seul d'entre eux peut être condamné à indemniser l'entier préjudice. Les coresponsables sont débiteurs solidaires ce qui permet d'éviter à la victime la recherche de la part contributive de chacun au stade de l'indemnisation. En revanche, si l'un des coobligés solidaires indemnise le préjudice, celui-ci peut se retourner contre les autres coobligés. Il ne saurait supporter seule la charge définitive des dommages et intérêts. Dans ce cas, le juge détermine la part des responsabilités en fonction de la gravité des fautes respectives des coobligés[31].

En matière de changement climatique, ce mécanisme pose toutefois des difficultés. D'une part, la notion de faute n'est pas évidente, émettre des gaz à effet de serre n'étant pas, en soi, fautif. On pourrait certes imaginer un autre critère de répartition comme celui des parts de marché utilisé en *Common law* (*market share liability*) – qui permet de faire supporter le poids de l'indemnisation en fonction de la part qu'à l'auteur sur le marché[32]. Mais en ce qui concerne la France, ce critère n'a été appliqué qu'en cas de causalité alternative et non de causalité partagée. Autrement dit, un seul auteur était responsable du dommage, sans que l'on puisse déterminer lequel. Le fait générateur ne pouvait être imputé à plusieurs personnes en même temps[33]. Ainsi, cette répartition de la responsabilité n'est pas envisageable à l'heure actuelle en France en ce qui concerne les émissions de gaz à effet de serre où, par définition, elles peuvent être rattachées à plusieurs personnes pour un même dommage. Par ailleurs, ce critère suppose d'être sûre de l'existence du marché, de ses

29 Les Nations Unies comptabilisait déjà en 2017, plus de 1 000 contentieux climatiques dans le monde. V. « The status of Climate Change Litigation. A Global Review », *United Nations Environment Programme,* mai 2017, disponible sur le site internet : http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/20767 (consulté le 6 avril 2020).

30 V. sur cette question, M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », Énergie – Environnement – Infrastructures, n° 8-9, août 2018, dossier 30.

31 *Ibid.*

32 Sur l'utilisation de la théorie de la responsabilité pour part de marché, V. aussi L. Neyret, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *D.* 2015, p. 2278.

33 Il s'agissait de la question de la responsabilité du secteur pharmaceutique pour l'utilisation de produits de santé. Ainsi, le lien entre le médicament et la maladie avait été fait, mais il était impossible de déterminer quel laboratoire avait fabriqué le médicament ayant provoqué la maladie en l'espèce. P. Thieffry, « La causalité, enjeu ultime de la responsabilité environnementale et sanitaire ? », *Environnement* 2013, étude 18 ; F. G. Trébulle, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? ", *Énergie – Environnement – Infrastructures* n° 9-9, août 2018, dossier 24.

limites et de la place respective des différents acteurs[34]. Or, cela est particulièrement complexe en matière climatique en raison du caractère diffus des émissions dans le temps et dans l'espace.

D'autre part, avant d'envisager une contribution à la dette, il est nécessaire que l'obligation à la dette soit déterminée et que la responsabilité d'un des auteurs soit engagée. Or, rien n'est moins simple en matière climatique. En effet, cela suppose de démontrer un lien entre le dommage subi par le demandeur et les activités du défendeur. Il s'agit, autrement dit, de s'aventurer dans les affres de la causalité – autre élément ayant conduit à rejeter l'action de M. Lluiya en l'espèce.

II. Au fond : la question du lien de causalité

Bien que la demande de paiement d'une certaine somme visant à protéger la propriété du demandeur des conséquences des changements climatiques ait été jugée recevable, celle-ci a été considérée comme infondée en raison d'une absence de lien de causalité. Dans le cas des contentieux climatiques, le lien de causalité à démontrer est triple (**A**). Cette chaine causale complexe pose des difficultés de preuve, particulièrement lorsqu'il s'agit de la rattacher à un auteur en particulier (**B**).

A. La nécessaire démonstration d'un triple lien de causalité

L'article 1004 du Code civil allemand, sur lequel est fondé la demande de M. Lliuya, nécessite de démontrer que RWE est bien un « perturbateur », au sens du droit allemand, de la propriété du demandeur. Or, le tribunal a considéré que l'existence d'un lien de causalité entre les agissements de RWE et les troubles subis par le ressortissant péruvien n'était pas démontré.

En matière de contentieux climatique, trois causalités sont plus précisément en cause[35]. La première est celle du lien entre les émissions de gaz à effet de serre du défendeur et les changements climatiques. La deuxième concerne celle existante entre les changements climatiques et l'événement en particulier, en l'espèce l'augmentation du lac glaciaire. La troisième est relative au lien entre le phénomène climatique et le dommage en question. Il s'agit ici de démontrer le lien entre l'augmentation du lac glaciaire et les préjudices subis par M. Lliuya.

Ces liens de causalité ne présentent pas les mêmes difficultés de preuve. En effet, le premier lien causal peut, en principe, être admis assez facilement aujourd'hui. Il est relativement bien acquis que les émissions de gaz à effet de serre d'origine anthropique jouent un rôle majeur dans les changements climatiques. En l'espèce, le tribunal ne le remet d'ailleurs pas en cause en affirmant que « *chaque émission de gaz à effet de serre contribue au changement climatique* »[36]. En revanche, pour le reste de la chaine causale, cela dépendra de l'événement climatique et du dommage en question. Si, comme en l'espèce, il peut être admis que le changement climatique entraîne une fonte des glaciers et que cette fonte est susceptible de menacer certaines propriétés, il n'en sera pas toujours ainsi. Le lien

34 F. G. Trébulle, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? », *op. cit.*
35 V. sur ce point, M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *op. cit.*
36 Traduction libre de "*every single emission of greenhouse gases is to contribute to climate change*".

avec le changement climatique peut par exemple être plus difficile à établir en cas d'ouragan ou d'incendie. Ces difficultés, liées à l'incertitude scientifique du lien de causalité peuvent toutefois être contournées par le recours à des présomptions du fait de l'Homme. En effet, la causalité juridique n'équivaut pas à la causalité scientifique. Lorsque la preuve du lien de causalité se révèle difficile à rapporter, la jurisprudence a parfois recours à des présomptions de fait « graves, précises et concordantes ». C'est le cas en France avec le contentieux vaccinal pour lequel il existe souvent un doute scientifique. Ainsi, la Cour de cassation, après avoir considéré que le lien de causalité n'était pas rapporté entre la sclérose en plaque et l'administration du vaccin contre l'Hépatite B[37], a eu recours à des présomptions de fait graves, précises et concordantes pour établir une causalité juridique[38]. Cette jurisprudence a par ailleurs reçu l'aval de la Cour de justice de l'Union européenne qui ne s'oppose pas à ce que le juge ait recours à des présomptions du fait de l'Homme pour rapporter la preuve de la causalité juridique lorsque la causalité scientifique est douteuse[39]. Reste que même en ayant recours à des présomptions graves, précises et concordantes, cela ne dispense pas le demandeur d'apporter la preuve de ces présomptions. Il faudrait alors déterminer les éléments permettant de faire présumer l'existence d'une chaine causale. On pourrait imaginer que pour tout événement climatique extrême, il existe une présomption entre cet événement et le changement climatique. Le dernier lien, celui entre le phénomène climatique et le dommage en question découlerait alors naturellement.

En l'espèce, le tribunal n'a, semble-t-il, qu'entrevu la complexité de la chaine causale. Il n'a pas fragmenté les différents liens de causalité, mais s'est uniquement concentré sur l'imputation du défendeur à cette chaine causale. Il faut dire que c'est ce dernier point qui est particulièrement difficile à établir.

B. La difficile imputation à un auteur déterminé

Dans les contentieux climatiques contre des entreprises privées, la difficulté principale tient à l'existence de multiples auteurs d'émissions de gaz à effet de serre. En effet, pourquoi rendre responsable un émetteur plutôt qu'un autre ? Cette difficulté a déjà conduit à rejeter les demandes de victimes de phénomène climatique. Ainsi, dans l'affaire *Comer contre Murphy* où les victimes de l'ouragan Katrina cherchaient à engager la responsabilité des entreprises pétrolières et de charbon pour les dommages subis, il a finalement été jugé que les demandeurs n'avaient pas démontré le lien entre les émissions des défendeur et l'ouragan en question.

C'est également l'imputation du dommage au défendeur qui est ici rejeté par le tribunal. Celui-ci explique qu'« avec d'innumérables émetteurs de gaz à effet de serre, grands ou petits, dont les émissions se mélangent entre elles, se modifient entre elles, et finalement selon un processus naturel hautement complexe, induit un changement du climat, il est impossible d'identifier qui, dans la chaine

37 Cass. Civ. 1ère 23 septembre 2003, n° 01-13.063.

38 Cass. Civ. 1ère, 22 mai 2008 (5 arrêts), *JCP* 2008, II, 10131, note L. Grynbaum ; I 186, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RCA* 2008, étude 8, note C. Radé ; *RTD civ.* 2008, p. 492, obs. P. Jourdain.

39 CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15 : *JCP* 2017, 777, D. Berlin, 908 G. Viney, 1174, M. Bacache ; *RCA* 2017, focus 19, L. Bloch ; *JCP E* 2017, n° 29, p. 38, L. Grynbaum. V. également M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *op. cit.*

de causalité est responsable d'un dommage en particulier »[40]. Le raisonnement du tribunal se fonde sur la théorie de la causalité adéquate (qualifiée ici de « *conditio sine qua non* »). Selon cette théorie, un fait générateur ne peut engager la responsabilité de son auteur uniquement s'il est démontré que sans lui le dommage ne serait pas arrivé. Cette théorie se distingue de celle de l'équivalence des conditions qui considère que toutes les causes matérielles ayant contribué au dommage sont des causes juridiques de nature à engager la responsabilité de leur auteur. Au contraire, la théorie de la causalité adéquate effectue un tri parmi les causes matérielles du dommage et ne retient comme seule cause juridique que la cause principale, c'est-à-dire celle qui est la plus à même d'entraîner le dommage. En France, le juge civil utilise l'une ou l'autre de ces théories, de manière indistincte[41].

L'utilisation de la théorie de la causalité adéquate par le tribunal a alors rendu la démonstration du lien entre les activités du défendeur et le dommage en question extrêmement difficile. Le demandeur devait démontrer que sans les émissions de gaz à effet de serre de RWE, le dommage subi par M. Lliuya ne se serait pas produit. Cela n'est pas réellement envisageable. Comme l'explique le tribunal, « Même si les émissions de gaz à effet de serre du défendeur sont particulièrement importantes, il n'est pas possible de considérer au regard des millions et milliards d'autres émetteurs que le changement climatique d'origine anthropogénique et l'augmentation du lac glaciaire ne serait pas arrivé sans les émissions du défendeur »[42].

Le raisonnement développé par le tribunal ne va toutefois pas de soi. Si le lien entre les activités du défendeur et le dommage est forcément incertain, cette incertitude pourrait là encore être combattue en ayant recours à une présomption de causalité. A partir du moment où le secteur privé et quelques entreprises sont responsables d'une quantité très importante d'émissions de gaz à effet de serre, et qu'il est acquis que les émissions de gaz à effet de serre produisent des phénomènes climatiques extrêmes, il devient envisageable de faire jouer là encore des présomptions du fait de l'Homme pour faciliter la preuve de la victime. On pourrait par exemple considérer que dès lors qu'une personne émet une certaine quantité d'émission de gaz à effet de serre, elle est présumée contribuer à la survenue d'un phénomène climatique extrême. Dans ce cas, tout dommage lié à un phénomène climatique anormal ou extrême pourrait être imputé à une personne déterminée, au moins pour sa part d'émission. Mais, il faut le reconnaître, cette présomption ne répondrait pas à l'ensemble des difficultés juridiques. En effet, la question de l'imputation fait resurgir la question de la réparation d'un dommage intégral[43]. Si la participation d'une personne à un dommage climatique est nécessairement partielle, seule une réparation partielle du dommage est réellement envisageable. En France, il faudrait donc *a priori* revenir sur l'un des piliers de la responsabilité civile : le principe de réparation intégrale du dommage.

40 Traduction libre de : "*When innumerable major and minor emitters release greenhouse gases, which merge indistinguishably with each other, alter each other, and finally, through highly complex natural processes, induce a change in the climate, it is impossible to identify anything resembling a linear chain of causation from one particular source of emission to one particular damage*".

41 V. par exemple, Civ. 1ère, 10 juillet 2013, n° 12-21.314, *D.* 2013, p. 2306, note C. Mellottée, *D.* 2013, p. 2315, note J.-S. Borghetti, *RTD. Civ.* 2013, p. 852, note P. Jourdain, *RDSS,* 2013, p. 938, note J. Peigné ; Civ. 1ère 29 mai 2013, n° 12-20.903, *D.* 2013, p. 1717, note J.-B. Borghetti, *RTD Civ.* 2013, p. 625, note P. Jourdain, *RTD com.* 2013, p. 797, note B. Bouloc, *D.* 2013, p. 1723, note P. Brun.

42 Traduction libre de "Even the emissions of the defendant, as a major greenhouse gas emitter, are not so significant in the light of the millions and billions of emitters worldwide that anthropogenic climate change and therefore the supposed flood risk of the glacial lake would not occur if the defendant's particular emissions were not to exist".

43 V. *supra.*

Ces difficultés illustrent en tout cas mieux pourquoi dans l'affaire sous commentaire la Cour d'appel a décidé, sur cette question, d'interroger des experts. La Cour est en effet partie du rôle actif de RWE en tant qu'émetteur important de gaz à effet de serre pour s'interroger sur son rôle dans le réchauffement climatique et l'augmentation du lac glaciaire. Elle a alors demandé qu'il soit fait recours à des experts pour pouvoir répondre à la question des différents liens causaux. Plus précisément, les experts doivent répondre à quatre questions[44] : 1) les émissions du défendeur ont-ils entraîné une augmentation des niveaux de concentration des gaz à effet de serre dans l'atmosphère ? 2) Cette concentration de gaz à effet de serre a-t-elle entraîné une augmentation des températures ? 3) Cette augmentation des températures a-t-elle entraîné une accélération des fontes du glacier et ainsi une augmentation du lac glaciaire ? 4) La contribution de RWE dans cette chaine de causalité est-elle mesurable et équivalente à 0,47 % du niveau global des émissions ? La réponse à ces différentes questions est, deux ans plus tard, toujours attendue. Ce temps d'attente s'explique par des raisons procédurales liées notamment au choix des experts[45].

***

L'affaire *Lliuya c. RWE* illustre donc particulièrement bien l'ensemble des problèmes juridiques pouvant se poser dans un contentieux opposant les victimes des changements climatiques à des émetteurs de gaz à effet de serre d'origine privée. Ces difficultés doivent amener à envisager d'autres mécanismes que celui de la responsabilité civile pour indemniser les dommages. On pense ici par exemple à la création d'un fonds d'indemnisation auquel pourraient contribuer les entreprises en fonction de leur taux d'émission de gaz à effet de serre. En attendant de tels mécanismes, la responsabilité civile reste une solution de choix pour permettre la participation du secteur privé à l'indemnisation des dommages climatiques. La décision de la Cour d'appel apportera, sur ce point, une première réponse.

44 V. *op. cit.*
45 V. R. Baldrich, « No agreement on experts – now court will select them », https://germanwatch.org/en/15706 (consulté le 12 avril 2020).

28
Ville d'Oakland et the People of State of California c. BP P.L.C *et al.* (2018)

Laura Canali[1]

Si les citoyens tentent d'engager la responsabilité de l'État pour inaction face aux changements climatiques, les personnes publiques, elles aussi, prennent le chemin du prétoire[2]. Aux États-Unis, les États et les municipalités quelque peu frustrées par la lenteur des réponses apportées par le pouvoir exécutif et législatif au niveau fédéral engagent, à tour de rôle, des poursuites contre le secteur industriel. Dès 2005, plusieurs États et villes américaines ont essayé d'imposer par voie juridictionnelle la réduction des émissions de gaz à effet de serre à l'*American Electric Power*. Selon les requérants, les entreprises contribuaient activement aux changements climatiques en émettant plus de 650 millions de tonnes de dioxyde de carbone par an. Leur activité représentait dès lors une nuisance publique en ce qu'elles engendraient une atteinte excessive causée à l'exercice ou à la jouissance d'un droit appartenant à tous[3]. Malgré l'échec de cette première affaire, les contentieux ont continué à se multiplier à travers les États-Unis[4]. L'un des moyens juridiques soulevés par les requérants est l'engagement de la responsabilité civile (*tort law*) des multinationales pour les dommages causés ou à venir par les changements climatiques. Cette responsabilité, qui peut apparaître comme une idée extrême[5], n'a pour l'heure jamais été reconnue par la jurisprudence. L'action engagée par la ville d'Oakland contre cinq entreprises pétrolières constitue ainsi une nouvelle tentative de reconnaissance prétorienne d'une responsabilité climatique des entreprises multinationales. Selon la requête déposée par la ville, l'élévation du niveau de la mer met en danger de nombreux biens publics et les réparations nécessaires s'élèveraient entre 22 et 38 millions de dollars[6]. Ainsi, l'action engagée ne vise pas à faire cesser la production de combustibles fossiles, mais tente de faire peser

1 Doctorante en droit public membre du CERIC, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

2 G. Ganguly, J. Setzer, V. Heyvaert, « If at first you don't succeed : suing corporations for climate change », *Oxford journal of Legal Studies*, vol. 38, n° 4, 2018, p. 841-868.

3 *American Electric Power Co. c. Connecticut*, 564 U.S 410 (2011).

4 *City of San Mateo c. Chevron Corp., et al.*, No. 17-cv-4929 (N.D. Cal.) ; *City of Imperial Beach c. Chevron Corp., et al.*, No. 17-cv-4934 (N.D. Cal.) ; *City of Marin c. Chevron Corp., et al.*, No. 17-cv-4935 (N.D. Cal.) ; *City of Santa Cruz c. Chevron Corp., et al.*, No. 18-cv-450 (N.D. Cal.) ; *City of Santa Cruz c. Chevron Corp., et al.*, No. 18-cv-458 (N.D. Cal.) ; *City of Richmond c. Chevron Corp., et al.*, No. 18-cv-732 (N.D. Cal.) ; *City of New York c. BP P.L.C., et al.*, No. 18-cv-182 (S.D.N.Y.) ; *King City c. BP P.L.C., et al.*, No. 18-2-11859-0 (Sup. 28Ct. King Cty., Wash.)

5 D. Grosmann, « Warming up to a not so radical idea, Tort-Based Climate Change Litigation », *Columbia Journal of environmental law*, vol. 28 : 1, 2003, p. 3.

6 Complaint at 14, City of Oakland c. BP P.L.C., No. RG17875889 (N.D. Cal. Sep. 19, 2017).

sur cinq entreprises pétrolières les coûts financiers que la ville doit et devra supporter afin de se protéger contre les impacts du changement climatique[7]. En d'autres termes, les demandes visent l'internalisation des externalités négatives produites par les activités des entreprises défenderesses[8]. Les demandeurs soutiennent que les entreprises BP, Chevron, ConocoPhillips, ExxonMobil et Shell, en plus d'être parmi les entreprises les plus émettrices de gaz à effet de serre à travers le monde[9], ont eu connaissance depuis longtemps de l'impact de leurs activités sur le dérèglement climatique et ont cependant mené des campagnes de désinformation sur la réalité des changements climatiques[10].

La ville d'Oakland a d'abord engagé un recours fondé sur la nuisance publique auprès du tribunal de l'État de Californie. Toutefois, les défendeurs ont renvoyé l'affaire au tribunal fédéral en alléguant que le droit de l'État de Californie ne pouvait s'appliquer en l'espèce et que seule la juridiction fédérale était compétente. Deux ordonnances, objet de la présente analyse, ont été rendues, l'une sur la compétence du juge fédéral[11], l'autre relative au droit applicable en l'espèce[12].

L'étude de l'action *City of Oakland and The People of State of California c. BP P.L.C et al*, représente l'opportunité d'analyser certains des obstacles à la fois procéduraux et substantiels qui conduisent les demandes contre les entreprises à être rejetées par les juridictions. En effet, force est de constater qu'avant toute analyse des considérations de fond, le sort du contentieux climatique se joue d'abord au niveau procédural (**I**), ainsi que dans la détermination du droit applicable au litige (**II**). De plus, l'engagement de la responsabilité des entreprises en matière climatique semble compromis eu égard à l'entendue du pouvoir juridictionnel (**III**).

I. Les enjeux procéduraux de l'affaire

Avant l'examen de la recevabilité des demandes, le juge a enjoint aux parties de présenter des experts face à la complexité de ce contentieux afin que ces derniers l'éclairent sur la réalité des changements climatiques (**A**). Ensuite, la bataille contentieuse s'est engagée sur le terrain de la compétence juridictionnelle (**B**).

A. La recherche d'un consensus scientifique

L'ordonnance, objet de l'analyse, a été rendue après que le juge ait demandé aux parties de choisir des experts afin que ces derniers viennent expliquer à la barre le phénomène des changements climatiques. En effet, confrontés à la complexité des contentieux climatiques, il est primordial pour les juges d'avoir connaissance des principales études scientifiques disponibles sur le sujet afin de comprendre, en amont de l'étude de la recevabilité de l'action, les principaux enjeux relatifs aux changements climatiques. Le système procédural américain offre un mécanisme atypique, méconnu

7 Complaint at 14, City of Oakland c. BP P.L.C., No. RG17875889 (N.D. Cal. Sep. 19, 2017).
8 Complaint at 14, City of Oakland c. BP P.L.C., No. RG17875889 (N.D. Cal. Sep. 19, 2017).
9 R. Heede, *Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods and Results Report*, 2013, 107 p.
10 *Complaint, City of Oakland c. BP P.L.C.*, No. RG17875889 (N.D. Cal. Sep. 19, 2017).
11 *The people of the State of California c. BP P.L.C et al*, No. 3 : 2017cv0612, doc. 116 (N.D.Cal.2018).
12 *The people of the State of California c. BP PLC et al*, No. 3 : 2017cv0612, doc. 239 (N.D.Cal.2018).

du droit procédural français : les exposés (*tutorials*). Ce mécanisme, qui ne doit pas être confondu avec l'établissement de la preuve à l'instance par voie d'expertise[13], est une conférence d'avant procès (*pretial conference*)[14]. Il permet à un ou plusieurs experts de venir présenter aux juges les principaux aspects scientifiques d'un phénomène, sans pour autant aborder les questions de fond de l'affaire[15]. Ainsi, le juge californien en amont de l'appréciation de la recevabilité et du bien-fondé des demandes a invité les parties à fournir des éclairages scientifiques sur les changements climatiques avant que les débats juridiques ne débutent[16]. Dans un premier temps, le juge a demandé aux parties et leurs experts de fournir des explications scientifiques sur le phénomène des changements climatiques en retraçant les différentes périodes de refroidissement et de réchauffement de la surface du globe. Dans un second temps, les scientifiques ont présenté les dernières études disponibles sur le phénomène du réchauffement climatique, notamment concernant la fonte des glaciers, l'élévation du niveau de la mer et les risques de submersion des zones côtières[17].

Suite aux clarifications scientifiques apportées par l'exposé du 21 mars 2018[18], le juge prend note dans son ordonnance du 25 juin 2018 du consensus existant, entre les scientifiques ainsi qu'entre les parties à l'instance, sur la réalité des changements climatiques et leurs origines anthropiques[19]. Il poursuit en déclarant que les parties reconnaissent que les combustibles fossiles ont conduit à l'élévation des températures et donc à la montée du niveau des océans. La submersion future d'une partie de la ville d'Oakland n'est donc plus en débat. Pour la juridiction, la donnée scientifique n'est donc plus une source de controverse. Ce n'est donc plus sur les faits, mais sur le droit que l'enjeu du contentieux va se diriger.

B. La détermination de la compétence juridictionnelle

Le système fédéral des États-Unis conduit à une division du système judiciaire en deux ordres, où coexistent des tribunaux fédéraux ainsi que des tribunaux propres à chaque État[20]. Cette dualité implique que des actions puissent être portées soit devant une juridiction d'État soit devant une juridiction fédérale[21]. Ici, afin de déterminer la juridiction compétente, le juge mobilise la doctrine de la préemption (1), pour *in fine* retenir la compétence de la juridiction fédérale (2).

13 Rule 702 à 506 *Federal Rule of Civil procedure.*
14 L'article du *Federal Rule of Civil Procedure* 16 (c) (2) permet au juge l'adoption de procédures spéciales pour la gestion des actions qui peuvent impliquer des questions complexes, aux multiples parties, ou soulevant des problèmes de preuve inhabituels.
15 S. Marcus (dir.), *Manual for complex litigation*, Fourth, US G.P.O, Washington, 2004, p. 515.
16 *People of California c. BP PLC et al*, doc. 117, case 3 : 17 cv – 612 WHA, 27 feb. 2018.
17 *The people of the State of California c. BP P.L.C et al*, No. 3 : 2017cv0612, doc. 117 (N.D.Cal.2018).
18 Les experts choisis librement par les parties ont durant plusieurs heures exposés leurs conclusions scientifiques. Aucun scientifique n'a nié la dimension anthropique des changements climatiques. Étaient présents devant le juge aux côtés des demandeurs, M. Allen, professeur en science des systèmes géologiques de l'Université d'Oxford, le professeur G. Griggs de sciences terrestres et planétaire de l'Université de Californie ainsi que D. Wuebbles professeur en science atmosphérique de l'Université de l'Illinois. Aux côtés des défendeurs étaient présents W. Happer, physicien de l'Université de Princeton, E. Koonin, professeur de science à l'Université de New York ainsi que R. Lundzen professeur de météorologie à l'Institut de technologie du Massachusetts.
19 Order Denying Motions to Remand, *Oakland and People of the State of California c. B.P. p.l.c.*, No. C 17 – 06011 WHA and No. C 17-06012 WHA (N.D. Cal. filed Feb. 27, 2018) p. 6 : « This order fully accepts the vast scientific consensus that the combustion of fossil fuels has materially increased atmospheric carbon dioxide levels, which in turn has increased the median temperature of the planet and accelerated sea level rise ».
20 E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, PUF, Paris, 2001, p. 65.
21 A. Levasseur, *Droit des États-Unis*, Dalloz, Paris, 1994, p. 36.

1. *La doctrine de la préemption*

Lorsque se constitue une situation de compétence concurrente entre l'échelle fédérale et fédérée, il est possible pour les parties, généralement le défendant, de transférer (*remove*) l'affaire du tribunal de l'État vers celui de la fédération[22]. L'article VI alinéa 2 de la Constitution, nommé aussi clause de suprématie *(supremacy clause),* énonce la prévalence du droit fédéral sur les droits fédérés. Cet article dispose que « la Constitution et les lois des États-Unis qui serviront à sa mise en œuvre et tous les traités déjà conclus sous l'autorité des États-Unis constitueront la loi suprême du pays ; ils s'imposeront aux juges de chaque État, en dépit de toute disposition contraire dans la Constitution ou les lois de l'État »[23]. Cette disposition fonde la doctrine de la préemption fédérale (*federal preemption*). Elle est un droit de retrait de l'affaire du rôle du tribunal de l'État pour la porter devant le juge fédéral. Ce moyen juridique d'ordre procédural, issu de la doctrine fédéraliste en ce qu'elle régule les relations entre le pouvoir fédéral et les États fédérés[24], a été mobilisé par les entreprises défenderesses dans la présente affaire[25]. Ces dernières soutenaient que l'action devait être portée à l'appréciation du juge fédéral et non du juge californien. En plus de rallonger la procédure, cette stratégie contentieuse visait à faire appliquer le droit fédéral écrit et comme nous l'envisagerons plus bas à écarter l'application de la nuisance publique. La juridiction a alors apprécié si le droit fédéral préemptait le droit de l'État fédéré et déterminé si la juridiction fédérale du district nord de l'État de Californie était compétente à trancher le litige.

À ce stade, il est important de rappeler que la municipalité d'Oakland a fondé son recours sur la nuisance publique issue du droit californien[26]. L'article 3479 du Code civil californien dispose, en substance, que peut être qualifié de nuisance l'acte qui interfère ou cause des problèmes à la vie, à la santé ou à la propriété[27]. La nuisance est alors considérée comme publique lorsque cette dernière affecte simultanément la collectivité toute entière, un quartier, ou bien un nombre considérable de personnes, et ce malgré que le désagrément ou le dommage survenu soit ressenti de manière différente selon les individus[28]. Plus précisément, les demandeurs se fondaient sur la jurisprudence *County of Santa Clara c. Atlantic Richfield*, qui permet de tenir pour responsable d'une nuisance publique un fabricant qui a promu un produit malgré la connaissance du risque que ce

22 *Federal statute*, 28 U.S.C. § 1441 *et seq.*, *governs removal.*

23 « This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof ; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land ; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding ».

24 W. Bratton, « Preemption doctrine : Shifting perspectives on federalism and the Burger court », *Columbia Law Review*, vol. 75, 1975, p. 623-654.

25 *The People of the State of California c. BP P.L.C et al*, No. 3 : 2017cv0611, doc. 1 (N.D.Cal.2018). Les demandeurs écrivent dans leur mémoire que « removal is authorized under 28 U.S.C. § 1441 (a) and 28 U.S.C. § 1331 because Plaintiff's claim is completely preempted by the Clean Air Act and/or other federal statutes and the United States Constitution, which provide an exclusive federal remedy for plaintiffs seeking stricter regulation of the nationwide and worldwide greenhouse gas emissions put at issue in the Complaint ».

26 *Oakland Complaint*, doc. 119, §93-98.

27 Art. 3479, Code civil californien qui dispose « Anything which is injurious to health, including, but not limited to, the illegal sale of controlled substances, or is indecent or offensive to the senses, or an obstruction to the free use of property, so as to interfere with the comfortable enjoyment of life or property, or unlawfully obstructs the free passage or use, in the customary manner, of any navigable lake, or river, bay, stream, canal, or basin, or any public park, square, street, or highway, is a nuisance ».

28 Art. 3480, Code de civil californien : « A public nuisance is one which affects at the same time an entire community or neighborhood, or any considerable number of persons, although the extent of the annoyance or damage inflicted upon individuals may be unequal ».

dernier faisait courir au public[29]. Selon la ville d'Oakland, les entreprises pétrolières ont eu, dès les années 1980, pleinement conscience de l'impact de leur activité sur les changements climatiques et ont pourtant mené des campagnes d'informations climatosceptiques auprès du grand public[30]. Conscients des échecs rencontrés quelques années auparavant par des personnes publiques devant les tribunaux fédéraux, le recours au juge étatique californien semblait être une nouvelle stratégie pour les requérants dans la construction d'une justice climatique[31].

2. *La compétence d'attribution des tribunaux fédéraux*

Le juge fédéral, dans sa décision du 27 février 2018[32], a retenu qu'une solution juridictionnelle devait être apportée par le juge fédéral et non par celui de l'État de Californie. Cette solution est confirmée par l'ordonnance du 25 juin 2018[33]. Tout d'abord, au regard des jurisprudences *Milwaukee I*[34], *A.E.P*[35] ainsi que *Kivalina*[36], une décision fédérale demeure plus appropriée au regard de la complexité et la nature interétatique des questions juridiques soulevées par les demandeurs. Pour la juridiction, l'ampleur des causes et des effets du changement climatique nécessite une réponse uniforme sur l'ensemble du territoire, que seule la juridiction fédérale peut tenter d'adopter[37]. En outre, l'ordonnance souligne que le caractère international des changements climatiques appelle une réponse de la part de tous les États à travers la planète. Ainsi, le litige entre les parties a pour toile de fond les relations internationales des États-Unis. Dès lors, les demandes doivent être appréciées en application du droit fédéral[38]. Enfin, le juge note dans l'ordonnance que les préjudices allégués par la ville sont la conséquence des inondations des zones côtières de la région d'Oakland, survenues et à venir. Dès lors, en ce que les inondations proviennent des eaux navigables des États-Unis[39], les demandes comportent une dimension par nature interétatique et fédérale[40]. Cependant, la détermination de la juridiction compétente est un enjeu de taille dans le contentieux climatique contre les entreprises. Retenir que les actions en nuisance publique liées aux changements climatiques doivent être portées devant les juridictions fédérales emporte de lourdes conséquences sur l'avenir du contentieux climatique aux États-Unis. En effet, au regard du précédent *A.E.P c. Connecticut* rendu par la Cour suprême en 2011[41], la présence du *Clean Air Act (CAA)* rendrait impossible l'application du droit de la *common law* de

29 *County of Santa Clara c. Atlantic Richfield Co.*, 40 Cal. Rptr. 3d 313, 324-25, 328 (Ct. Ap. 2006).
30 *Oakland Complaint*, doc. 119.
31 A. Lin, M. Burger, « State public nuisance claims and climate change adaptation », *Pace environmental Law Review*, vol. 36, 2018, p. 49-93.
32 *The people of the State of California c. BP P.L.C, et al.* No.C17-0611 WHA, No. C17-0612.
33 *The people of the State of California c. BP PLC et al,* No. 3 : 2017cv0612, doc. 239 (N.D.Cal.2018).
34 *Illinois c. City of Milwaukee*, 406 U.S. 91, 107 n.9 (1972), ("*Milwaukee I*").
35 *American Electric Power Company c. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011).
36 *Native Vill. of Kivalina c. ExxonMobil Corp.*, 696 F.3d 849, 9 855 (9th Cir. 2012).
37 *The people of state of California c. BP PLC*, 27 février 2018, n° C17-06011 WHA, n° C17-06012 WHA p. 5. Le juge écrit alors que « [t] aking the complaints at face value, the scope of the worldwide predicament demands the most comprehensive view available, which in our American court system means our federal courts ans our federal common law ».
38 « Plaintiffs'claims for public nuisance, though pled as state-law claims, depend on a global complex of geophysical cause and effect involving all nations of the planet (and the oceans and atmosphere). It necessarily involves the relationships between the United States and all other nations. It demands to be governed by as universal a rule of apportioning responsibility as is available. This order does not address whether (or not) plaintiffs have stated claims for relief. But plaintiffs'claims, if any, are governed by federal common law. Federal jurisdiction is therefore proper », Ordonnance 27 février, *The people of the State of California c. BP P.L.C et al*, No. 3 : 2017cv0612, doc. 116, N.D.Cal.2018, p. 8.
39 V. en ce sens les articles 33 U.S.C §1344 (a) 2006 ; 33USC §1362 (7) 2006.
40 *Michigan c. U.S. Army Corps of Eng'rs*, 667 F.3d 765, 772 (7th Cir. 2011).
41 *American Electric Power Company c. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011).

la nuisance publique lorsque des actions sont engagées contre les émetteurs de GES[42]. Dès lors, les débats aux contentieux se sont déplacés sur le terrain de la détermination du droit applicable.

II. La détermination du droit fédéral applicable

Suite à la reconnaissance de la compétence du juge fédéral dans l'affaire étudiée, la juridiction du district nord de l'État de Californie a dû déterminer le droit applicable au litige. Malgré l'invocation par les défendeurs de la doctrine du déplacement (**A**), le juge a retenu que le droit fédéral de la nuisance publique s'appliquait au litige (**B**).

A. L'invocation de la doctrine du « *federal displacement* »

Les échanges des parties laissées subsister une controverse entre l'application du droit fédéral de la *common law*, droit créé par les juges, et le droit statutaire, droit promulgué par le pouvoir exécutif ou le Congrès. Ainsi, l'application de la théorie du *displacement* a été soulevée par les défendeurs. Pour rappel, cette doctrine enjoint au juge d'écarter (*displace*) la *common law* fédérale quand une norme issue du pouvoir exécutif et législatif est applicable au litige[43]. Aussi, les juges fédéraux doivent écarter l'application du droit fédéral de *common law* lorsqu'un acte pris par le pouvoir exécutif et législatif vise à remplacer le droit créé par le juge. La jurisprudence a peu à peu précisé les critères d'appréciation de l'exclusion. Le droit de la *common law* est écarté à condition que les autres branches du pouvoir aient exprimé leur intention de faire primer le droit écrit[44] et que le texte adopté tende expressément à résoudre les questions soulevées par le litige[45]. Selon la doctrine, les juridictions pour conclure à l'applicabilité de la *common law* évaluent la complexité des questions soulevées par le litige, déterminent si le droit écrit fournit un cadre suffisant pour résoudre le litige et apprécient la volonté des autres branches du pouvoir à réguler le problème donné[46]. Comme pour la théorie de la préemption, l'affaire étudiée se confronte à la structure même du droit des États-Unis et plus particulièrement aux différentes sources du droit. En effet, le mécanisme du « déplacement » avant d'être un mécanisme procédural permettant la détermination du droit applicable, vise à la cohabitation des droits issus du pouvoir judiciaire, exécutif et législatif[47].

La Cour suprême a déjà eu l'opportunité de se prononcer sur l'exclusion de la *common law* de la nuisance publique fédérale dans un contexte de litige climatique dans son célèbre arrêt *American*

42 Dans cette décision, les juges ont retenu qu'en matière de contentieux fédéral liés aux émissions de gaz à effet de serre la *common law* ne s'applique pas. L'existence d'un texte spécial promulgué par le Congrès écarte l'application de la *common law*. On parle ici de la théorie du *displacement*. V. infra article et commentaire dans me présent ouvrage de la décision.

43 *City of Milwaukee c. Illinois*, 451 U.S. 304, 316 (1981). ("*Milwaukee II*").

44 En ce sens les juge ont pu écrire qu'« [i] In order to abrogate a common-law principle, the statute must 'speak directly' to the question addressed by the common law ». *Mobil Oil corp. c. Higginbotham*, 436 U.S. 618, 625 (1978).

45 V. en ce sens les propos du juge dans la décision *Milwaukee II*, 451 U.S at 312 : « When Congress passes comprehensive legislation addresses a question previously governed by a decision rested on federal common law the need for such an usual exercise of lawmaking by federal courts disappears ». V. aussi la décision *American Electric Power Co. c. Connecticut, 582* F. 3d at 330.

46 Van Fisher, « Climate change and federal common law nuisance : time for displacement », *The federal courts law rewiew*, vol. 3, Issue 3, 2011, p. 479.

47 E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, PUF, Paris, 2001, p. 79.

Electric Power c. Connecticut. Les juges avaient retenu que l'adoption du *Clean Air Act*[48] ainsi que la compétence déléguée par le pouvoir exécutif à l'Agence de protection de l'environnement (*EPA*) ne permettaient plus à la *common law* fédérale de s'appliquer dans les contentieux relatifs aux émissions de gaz à effet de serre. En effet, parce que la Cour suprême dès 2011 dans la décision *Massachusetts c. EPA*[49] a reconnu la compétence de l'agence fédérale de réguler les émissions de gaz à effet de serre, le droit de la *common law* ne pouvait plus être appliqué en vue de trancher le litige. Ainsi, l'exclusion du droit de la *common law* résulte directement de la délégation de pouvoir qu'a donné le Congrès à l'Agence fédérale.

B. L'application du droit fédéral de la nuisance publique

Les requérants après avoir invoqué la nuisance publique californienne, mobilisent un *tort* issu de la *common law* fédérale : la nuisance publique. Le *Restatement (second) of Torts*[50] définit la nuisance publique comme une atteinte excessive causée dans l'exercice ou dans la jouissance d'un droit appartenant à tous[51]. Le texte poursuit en précisant que le caractère excessif de l'atteinte est constitué lorsqu'est portée une atteinte significative à la santé publique, la sécurité, la paix et la tranquillité publique, lorsque le comportement est proscrit par une loi, une ordonnance ou une réglementation et quand la personne savait ou aurait dû savoir l'effet significatif de son comportement sur le droit du public[52]. Toutefois et bien que la mobilisation de la nuisance publique ait rendu possible des avancées notables en matière de protection de l'environnement[53], son application dans le contentieux climatique reste plus qu'incertaine. En effet, comme cela a déjà été souligné dans d'autres actions contre les entreprises, la *common law* fédérale serait écartée (*displace*) au profit du droit statutaire[54]. Cependant, selon la ville d'Oakland, le « déplacement » ne s'applique pas aux faits de la présente espèce et cela pour deux raisons principales. Premièrement, les demandeurs soutiennent que la nuisance publique est ici constituée, non seulement par les émissions produites lors de l'extraction du pétrole comme cela est envisagé dans les deux affaires précitées, mais aussi par les émissions produites par la vente du combustible à travers le monde. Sur ce premier argumentaire, le juge Alsup conclut que ce moyen de fait est inopérant, car les actes pris par le Congrès et le pouvoir exécutif visent les émissions de CO_2, sans faire de distinction entre les émissions directes des entreprises et celles provenant de la vente de pétrole. Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que la jurisprudence *AEP* et *Kivalina* leur est inopposable, car les émissions dommageables sont

48 Le *Clean Air Act* est une loi fédérale relative à la population de l'air. La loi se compose de six sections concernant les différentes sources de pollution atmosphérique. Les gaz à effet de serre entrent dans la définition légale des polluants atmosphériques ».

49 *Massachusetts c. EPA*, 559 U.S, 497, (2007) at 532.

50 *Le Restatement of Tort* n'est pas un code législatif, il est une compilation des principes issus du droit de la common law fédérale, réalisée par l'American Law Institut.

51 *Restatement (second) of Torts*, §821 B (1) : Public nuisance (1) a public nuisance is an unreasonable interference with a right common to the general public ».

52 §821B (2. A) « Whether the conduct involves a significant interference with the public health, the public safety, the public peace, the public comfort or the public convenience ; Whether the conduct is proscribed by a statute, ordinance or administrative regulation, Whether the conduct is of a continuing nature or has produced a permanent and long-lasting effect, and, as the actor knows or has reason to know, has a significant effect upon the public right ».

53 V. Percival, « The Frictions of Federalism : The Rise and Fall of the Federal Common Law of Interstate Nuisance », V. en jurisprudence *Michigan c. U.S. Army Corps of Eng'rs (Asian Carp Case)*, 667 F.3d 765, 780 (7th Cir. 2011).

54 *American Electric Power Company c. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011) ; *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corp.*, 696 F.3d 849, 9 855 (9th Cir. 2012).

rejetées pour la majeure partie en dehors des États-Unis bien qu'elles produisent des effets néfastes sur le territoire national. Le caractère extraterritorial du fait dommageable empêcherait l'application des textes fédéraux, ces derniers encadrant seulement les émissions produites sur le sol américain.

La Cour du district nord de la Californie, après avoir rappelé que le *CAA* avait rendu inapplicable le droit de la *common law* dans les affaires *AEP* et *Kivalina*, a estimé que les demandes formulées par la ville d'Oakland se distinguaient des affaires précédentes. En effet, les émissions des entreprises ne visent pas seulement les émissions produites sur le territoire national des États-Unis, mais celles produites et vendues dans le monde entier. Si une partie du carburant produit est consommée sur le marché des États-Unis et donc réglementée par le *CAA*, le reste des gaz à effet de serre est produit à l'étranger et ces émissions sont donc hors du champ d'application du droit écrit[55]. La portée territorialement limitée des textes fédéraux permet donc la mobilisation de la *common* law fédérale. Si le refus d'écarter la *common law* fédérale de la nuisance publique représente incontestablement une victoire pour les demandeurs, cela ne préjudice en rien du succès de l'action. En effet, le juge californien a refusé de trancher le litige, car les questions litigieuses dépassent l'étendue de son pouvoir juridictionnel.

III. L'étendue du pouvoir juridictionnel

Dans l'affaire commentée, le juge californien rejette les demandes de la ville sur deux fondements principaux. Le premier concerne la portée extraterritoriale d'une éventuelle décision en faveur des demandeurs (**A**), alors que le second renvoie à l'obligation de prudence juridictionnelle dont doit faire preuve le juge (**B**).

A. La prudence vis-à-vis des souverainetés étrangères

La réponse juridictionnelle apportée par un État pourrait au regard du caractère transnational et plurilocalisé du litige climatique emporter des effets sur des territoires d'autres États que celui où la décision est effectivement rendue. En l'espèce, les éléments constitutifs du litige climatique sont localisés en des lieux différents, il est légitime que le juge s'interroge sur la portée extraterritoriale de sa décision (**1**). Face à ce constat et eu égard aux conflits de souveraineté que sa décision pourrait faire naître, le juge se fonde sur la présomption contre l'extraterritorialité du droit américain pour rejeter les demandes (**2**).

1. La portée extraterritoriale de la décision juridictionnelle

Les entreprises visées, bien que de nationalités américaines, produisent et vendent du pétrole partout dans le monde. Dès lors, le caractère transnational de l'activité des cinq défendeurs engage la réflexion sur la portée extraterritoriale d'une future décision juridictionnelle en faveur des

55 *The people of the State of California c. BP P.L.C et al*, No. 3 : 2017cv0612, doc. 116 (N.D.Cal.2018), p. 7.

demandeurs. En effet, selon l'ordonnance, si le juge reconnaissait la responsabilité des entreprises et leur enjoignait de contribuer à l'atténuation du risque climatique, cette décision aurait des répercussions certes aux États-Unis, mais aussi à l'étranger[56]. Si la décision venait à qualifier les activités de production et de vente de pétrole de nuisance publique, cette solution rentrerait en conflit avec le caractère licite de ces activités dans les autres États. *In fine*, la juridiction américaine imposerait aux entreprises situées dans le ressort d'autres souverainetés d'internaliser les externalités négatives de leurs activités alors qu'aucune obligation ne pèse en ce sens dans les États d'accueil[57]. Ainsi, suite à l'orientation du litige sur la vente mondiale de pétrole, le juge doit veiller (*judicial caution*) à ce que sa décision crée seulement des obligations sur son territoire national[58]. Dès lors, face au caractère global des causes et des effets du changement climatique et dans un contexte d'actions engagées contre des entreprises transnationales opérant dans des centaines de pays différents, la question de la portée extraterritoriale de la décision climatique n'est plus un simple cas d'école. Le juge va avoir la tâche de déterminer si le droit national applicable aux litiges climatiques s'arrête à la frontière de son État. En l'espèce, le juge californien a refusé de faire droit aux demandeurs. Ainsi, sous couvert de la prudence juridictionnelle qui s'impose à lui, le juge a neutralisé l'application de la *common law* fédérale sur le fondement de la présomption contre l'extraterritorialité du droit américain car « [*t*] *his relief would effectively allow plaintiffs to govern conduct and control energy policy on foreign soil* […] »[59].

2. *La présomption contre l'extraterritorialité de la common law fédérale*

La présomption contre l'extraterritorialité du droit est un principe qui guide le juge dans l'interprétation des lois concernant la détermination de la portée géographique de ces dernières[60]. Depuis quelques années, la doctrine s'interroge de savoir si cette présomption s'applique seulement aux lois écrites (*statute*) ou aussi à la *common law* fédérale[61]. La décision rendue par le juge Alsup représente une prise de position majeure sur ce point. En effet, après avoir rapidement reconnu l'application de la nuisance publique fédérale au litige, le juge prononce l'irrecevabilité des demandes au regard de la présomption contre l'extraterritorialité du droit américain. Dès lors, il étend le champ d'application de la présomption au-delà du simple droit écrit fédéral. Pour fonder son raisonnement,

56 *City of Oakland and The People of State of California c. BP P.L.C et al*, n°C-17-0611WHA, n°C-17-06012 WHA, 25 june 2018.

57 La juridiction américaine a eu l'occasion de se prononcer sur des questions similaires dans l'affaire *Pakootas c. Teck Cominco Metals*. En l'espèce, la société canadienne Teck Cominco Metal exploitait une fonderie de zinc et de plomb près de la frontière américaine. Elle a durant des années rejeté plusieurs tonnes de scories dans le fleuve Columbia. Face à la pollution, des habitants de l'État de Washington ont engagé des poursuites sur le fondement de la loi *CERCLA* relative aux sites pollués par les déchets dangereux. Se posait dès lors la question de l'extraterritorialité des obligations environnementales imposées par la loi nationale américaine sur le sol canadien. Toutefois, les juges ont ici retenu que le législateur avait eu comme intention d'imposer une responsabilité préventive et réparatrice « à toute personne » qui provoque une pollution sur le territoire américain (§ 9607 (a) (3) *CERCLA*). Ainsi, malgré le fait que la loi impose des obligations à des entités placées sous des souverainetés étrangères, les dispositions issues de la loi *CERCLA* sont applicables en l'espèce (Ninth Circuit in *Pakootas c. Teck Cominco Metals*, Ltd 452 F.3d 1066 (9th Cir. 2006).

58 On pourra ici citer la décision *Morrison c. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869, 2877 (2010). Les juges de la Cour suprême ont ici rappelé que les textes adoptés ne s'appliquent que sur le territoire national des États-Unis, à moins que l'inverse ait été expressément prescrit dans la disposition législative.

59 *The people of the State of California c. BP PLC et al*, No. 3 : 2017cv0612, doc. 239 (N.D.Cal.2018), p. 11.

60 W. Dodge, « Misusing the presumption against extraterritoriality in climate change litigation », Courts and *justice law journal*, vol. 1, Issue 1, 2019, p. 120.

61 J. Meyer, « Extraterritorial common law : does the common law apply abroad ? », *The Georgetown Law Journal*, vol. 102, 2014, p. 101-150.

le juge se réfère à la médiatique affaire *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*[62]. Dans cet arrêt, les juges ont appliqué la présomption contre l'extraterritorialité des dispositions de l'*Alien tort statute* et ont refusé la compétence des juridictions fédérales pour des demandes de réparation suite aux violations des droits de l'Homme produites sans lien suffisamment direct avec les États-Unis[63]. En ce sens, la juridiction écrivait que « la présomption contre l'extraterritorialité sert à prévenir les affrontements involontaires entre nos lois et celles des autres nations, ainsi qu'elle permet au pouvoir judiciaire de ne pas retenir une interprétation de la loi qui aurait des conséquences sur la politique étrangère menée par les autres branches du pouvoir »[64].

Toutefois, soulignons que l'affaire *Kiobel* a aussi précisé que tant que le Congrès n'a pas explicitement accordé une portée extraterritoriale à une loi, celle-ci en est dépourvue[65]. En somme, l'extraterritorialité d'un texte ne se présume pas. Cependant, et bien qu'ayant écarté le *CAA* ainsi que la réglementation issue de l'*EPA*, le juge californien neutralise l'application de la nuisance publique fédérale. Alors que la jurisprudence antérieure a clairement énoncé que les juges devaient rechercher l'intention du législateur d'accorder une portée extraterritoriale à la loi[66], ici aucune analyse en ce sens n'est effectuée. Pour le Professeur W. Dodge, le juge californien n'aurait pas dû mobiliser la théorie de la présomption contre l'extraterritorialité pour juger irrecevables les demandes. Selon l'auteur, cette théorie est inapplicable à la *common law* en ce que cette dernière n'est pas issue du législateur, mais des juges et ne peut donc faire l'objet d'une analyse de l'intention du législateur[67].

De plus, le raisonnement retenu par le juge californien pourrait représenter un tournant majeur dans le contentieux climatique contre les entreprises. Dès lors que la compétence des tribunaux américains en matière de litiges climatiques est limitée aux seuls faits générateurs survenus dans leur ressort, la nature plurilocalisée des faits dommageables ne peut plus être prise en compte par les juridictions et réduit donc la compétence internationale des juridictions américaines. Si cette solution était confirmée par les juges d'appel, elle empêcherait significativement le développement du contentieux transnational climatique sur le sol des États-Unis.

62 *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013).

63 V. pour des analyses doctrinales en langue française de cette décision H. Muir-Watt, « L'alien Tort Statue devant le Cour suprême des États-Unis », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 595-607 ; T. Fleury, « Présomption contre l'extraterritorialité de la compétence juridictionnelle nationale en matière de violation du droit international », *Annuaire français de droit international*, 2013, p. 17-42.

64 *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. at 115–16 (2013) « presumption againt extraterritorialy serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations and helps ensure that the Judiciary does not erroneously adopt an interpretation of U.S. law that carries foreign policy consequences not clearly intended by the political branches ».

65 *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. at 115–16 (2013).

66 *Morrison c. Nat'l Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 255 (2010)

67 W. Dodge, « Misusung the presumption against extraterritoriality in climate change litigation », *Courts and justice law journal*, n° 2, 2019, p. 118-126. L'auteur dans son article renvoie à plusieurs arrêts allant en ce sens : *Armada (Sing.) Pte Ltd. c. Amcol Int'l Corp.*, 244 F. Sup. 3d 750, 758 (N.D. Ill. 2017) : « The presumption is, after all, a canon of statutory construction. The defendants cite no authority to suggest that the principle should apply to claims fashioned through common-law adjudication ».) ; *Russo c. APL Marine Servs., Ltd.*, 135 F. Sup. 3d 1089, 1096 (C.D. Cal. 2015) : « [t] he presumption against extraterritoriality does not apply to common law claims ».

B. La prudence juridictionnelle, l'autolimitation du juge

Les propos du juge fédéral américain mettent en lumière les vastes questions juridiques que suscitent les contentieux climatiques et auxquelles les juges dans les années à venir seront de plus en plus confrontés. Toutefois, le juge ici se refuse de faire droit aux demandes en considérant qu'elles dépassent l'étendue de son pouvoir juridictionnel. Le respect de la séparation des pouvoirs (1) ainsi que la prudence qu'il doit garder lorsque sont en jeu des choix de société lui dictent de ne pas se prononcer (2).

1. *Limitation du pouvoir juridictionnel: le respect de la séparation des pouvoirs*

Tel qu'évoqué en amont, la *common law* fédérale accorde avec la théorie des nuisances publiques la possibilité d'intenter un recours juridictionnel en réparation ou en cessation d'un acte qui porte atteinte à l'exercice ou à la jouissance d'un droit commun à tous. La qualification par le juge d'une situation de nuisance publique peut le conduire à mettre en balance l'utilité sociale de l'activité en cause avec le dommage invoqué par les demandeurs[68]. Les juges en déterminant ce qui constitue une interférence excessive dans le contexte du changement climatique auraient dû mettre en balance les intérêts concurrents de réduction des émissions avec la préservation du secteur économique et industriel[69]. L'ordonnance conclut qu'il ne relève pas du pouvoir juridictionnel d'apprécier les différents intérêts en présence. Premièrement, le juge mobilise l'affaire *California c. General Motor* pour conclure que s'il faisait droit aux demandes de la ville d'Oakland l'industrie pétrolière pourrait être mise en péril[70]. La prise d'une décision aux fortes répercussions économiques n'appartient pas aux juges, mais aux autres branches du pouvoir. Deuxièmement, le juge énonce que le litige soulève des questions relatives aux relations extérieures des États-Unis, domaine qui relève de la compétence exclusive de l'exécutif et non du pouvoir judiciaire[71]. Depuis l'arrêt *Sosa*[72], la Cour suprême a recommandé aux juridictions inférieures la plus grande prudence lorsque le règlement du litige peut porter atteinte au pouvoir exécutif et législatif dans l'exercice de la politique étrangère[73]. Les propos du juge soulignent que les États-Unis sont déjà engagés dans la lutte contre les changements climatiques à l'échelle internationale[74] et bien que la diplomatie climatique soit parfois difficile à mener, elle demeure une prérogative appartement

68 T. Merrill, « Global warming as a public nuisance », *Columbia journal of environmental law*, vol.30, 2005, p. 329.
69 Le juge citant l'affaire *Connecticut c. American Electric Power Co.* 406 F, Supp 2d 265, 272.
70 *California c. General Motors corp.*, C06-05755 N.D. Cal. (2007).
71 Dès 1918, la Cour suprême dans l'arrêt Oe*tjen c. Central Leather Co* applique la théorie des questions politiques et conclut que les questions relatives aux affaires étrangères des États-Unis sont de la compétence exclusive du pouvoir exécutif. *Oetjen c. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918)
72 En l'espèce, un ressortissant mexicain dénommé M. Sosa fut engagé par les agents fédéraux américains pour ramener M. Alvarez-Machain sur le sol des États-Unis pour être jugé pour meurtre. Le suspect par la suite acquitté, entrepris des poursuites contre M. Sosa en alléguant que son enlèvement constituait une violation du droit international de nature à ouvrir une réparation civile devant les juridictions américaines. Il se fondait sur l'*Alien Tort Statute* (ATS). Les juges ont dès lors conclu que l'ATS permettait à des individus étrangers d'engager une action civile devant les juridictions américaines contre des étrangers pour des faits de violation du droit international commis en dehors du territoire national.
73 *Sosa c. Alvarez-Machain,* 542 U.S. (2004) at 727 : « the potential implications for the foreign relations of the United States of recognizing private causes of action for violating international law should make courts particularly wary of impinging on the discretion of the Legislative and Executive Branches in managing foreign affairs ».
74 *The people of the State of California c. BP PLC et al,* No. 3 : 2017cv0612, doc. 239 (N.D.Cal.2018), p. 12.

exclusivement au pouvoir exécutif[75]. Dès lors, comme dans d'autres décisions[76], les demandes sont rejetées sur le fondement de la doctrine des questions politiques. Cette doctrine impose au juge de ne pas empiéter sur les compétences que la Constitution donne aux pouvoirs législatifs et exécutifs en vertu de la séparation des pouvoirs[77]. Comme l'écrit E. Zoller « lorsque le juge se trouve en présence d'une question dite politique, qu'il ne peut pas trancher, ce n'est pas tant parce que la question est politique, que parce que le juge se trouve en présence d'un élément qui lui commande de laisser la réponse à une autre branche du gouvernement et d'en déférer au jugement d'un autre organe »[78]. Cette doctrine, leitmotiv dans la jurisprudence américaine relative aux contentieux climatiques, permet aux juges de renvoyer les questions litigieuses aux pouvoirs exécutif et législatif.

2. *Limite du pouvoir juridictionnel : le délicat jugement d'une société*

La justification du rejet des demandes se place au-delà d'un argumentaire purement juridique. Le juge pour refuser d'exercer son pouvoir juridictionnel prend appui sur des considérations à la fois historiques et économiques. Tout en admettant les dangers présents et futurs que représentent les changements climatiques, il estime qu'il lui est impossible de se prononcer sur de telles problématiques[79]. Bien que le dioxyde de carbone émanant des énergies fossiles cause le réchauffement climatique, le juge déclare qu'il ne peut se résigner à mettre en balance l'utilité de cette industrie et les dommages futurs. Il serait selon la juridiction injuste de condamner les entreprises mises en cause[80]. Dans un considérant qui souligne les questions abyssales soulevées par le contentieux climatique, le juge écrit que « [m] algré les effets négatifs, nous devons aussi prendre en considération les aspects positifs. Notre révolution industrielle et le développement de notre société moderne sont advenus grâce à l'utilisation du pétrole et du charbon. Tout un chacun en a bénéficié. Après avoir profité du fruit de ce progrès historique, serait-il juste à présent d'ignorer nos responsabilités dans l'utilisation des énergies fossiles et de rejeter la faute du réchauffement climatique sur ceux qui nous ont fourni ce que nous réclamions ? Est-il vraiment juste, au regard de ces bénéfices de qualifier la vente de combustibles fossiles comme un trouble excessif ? »[81].

75 Le juge ici se réfère à l'arrêt *Jesner* de la Cour suprême, qui énonce « [t] he political branches, not the Judiciary, have the responsibility and institutional capacity to weigh foreign-policy concerns » ; *Jesner c. Arab Bank PLC*, 584 U.S. Ct. at 1403 (2018).

76 *California c. General Motors corp.*, C06-05755 N.D. Cal. (2007) ; *Native Village of Kivalina c. Exxon Mobil Corp.*, C08-1138, N.D. Cal, (2009) ; *American Electric Power Co. c. Connecticut et al.*, 564 U.S. 410 (2011) ; *Ned Comer c. Murphy Oil, USA*, Inc., 718 F. 3d 460 (5th Cir. 2013) ; City of New York c. BP P.L.C *et al.*,18 cic. 182 (JFK), S.D.N.Y (2018).

77 Sur le recours à la doctrine des questions politiques et le contentieux climatique V. l'article d'A. Thorpe, « Tort-based climate change litigation and the political question doctrine », *Journal of land use*, vol. 24, 2008, p. 79-105.

78 E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême*, Dalloz, Paris, 2010, p. 333.

79 *The people of the State of California c. BP PLC et al,* No. 3 : 2017cv0612, doc. 239 (N.D.Cal.2018), p. 8.

80 *Ibid.* p. 8 : « Without those fuels, virtually all of our monumental progress would have been impossible. All of us have benefitted. Having reaped the benefit of that historic progress, would it really be fair to now ignore our own responsibility in the use of fossil fuels and place the blame for global warming on those who supplied what we demanded ? Is it really fair, in light of those benefits, to say that the sale of fossil fuels was unreasonable ? ».

81 « Our industrial revolution and the development of our modern world has literally been fueled by oil and coal. Without those fuels, virtually all of our monumental progress would have been impossible. All of us have benefitted. Having reaped the benefit of that historic progress, would it really be fair to now ignore our own responsibility in the use of fossil fuels and place the blame for global warming on those who supplied what we demanded ? Is it really fair, in light of those benefits, to say that the sale of fossil fuels was unreasonable ? ».

Ce passage invite à formuler plusieurs observations en guise de conclusion à notre propos. Si les regards se tournent d'abord vers les industriels, la question du rôle joué par les consommateurs, eux aussi pollueurs, se pose également. La multiplié quasi infinie des personnes responsables du phénomène des changements climatiques nécessite de réfléchir collectivement à un partage juste des responsabilités. De plus, le juge souligne le caractère historique des questions liées aux changements climatiques. Selon lui, les énergies fossiles ont été source de progrès pour la société et il ne revient pas aujourd'hui au pouvoir juridictionnel de juger les fondements civilisationnels sur lesquels s'appuie la société contemporaine[82]. Juger de la responsabilité climatique amène le juge « aux confins du juridique »[83] en portant un jugement sur la structure d'une société basée sur une économie capitaliste globalisée. Le juge, sans doute effrayé d'ouvrir une telle boîte de pandore, laisse cette délicate mission aux autres pouvoirs constitutifs de l'État.

***

Si de nombreux procès sont intentés contre les entreprises, la plupart des requérants rencontrent de multiples obstacles pour mener à bien leurs actions. L'affaire étudiée illustre les différents enjeux qui traversent le contentieux climatique contre les entreprises aux États-Unis. En effet, la recherche d'un consensus scientifique face à la complexité des changements climatiques, la détermination de la juridiction compétente et du droit applicable au litige, le respect de la séparation des pouvoirs, ou encore, la portée extraterritoriale des décisions juridictionnelles sont autant d'aspects qui font planer un doute sérieux quant à la reconnaissance jurisprudentielle de la responsabilité climatique du secteur industriel. Si le refus du juge de trancher les litiges climatiques venait à se confirmer, il est alors d'autant plus nécessaire que le pouvoir exécutif et législatif se saisisse de ces questions. De la même manière que pour le contentieux du tabac[84], la multiplication des affaires juridictionnelles si elle se poursuit ne pourra pas laisser les autres branches du pouvoir indifférentes à l'appel lancé par les justiciables[85].

82 V. sur ces interrogations relatives aux rapports entre droit et histoire A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, 288 p.

83 H. Muir-Watt, « La compétence fédérale américaine au sens de l'Alien Tort Statue », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 851.

84 M. Olszynski, S. Mascher, M. Doelle, « From smokes to smokestacks : lessons from tobacco for the future of climate change liability », *Georgetown Environmental Law Review*, 2017, p. 5-46.

85 D. Kysar, « What Climate Change Can Do about Tort Law », Yale Law School, *Public Law Working*, 20 juill. 2010, p. 4-75.

29
Ville de New York c. BP, Chevron, Conocophillips, Exxonmobil, et Royal Dutch Shell (2018)

City of New York c. BP p.l.c., 325 F. 0. 3d 466 (S.D.N.Y. 2018)[1]

Filippo P. Fantozzi[2]

Le bouleversement de l'équilibre climatique, induit par les émissions anthropogéniques de gaz à effet de serre (GES), revêt aujourd'hui l'illustration la plus évidente d'une véritable tragédie des biens communs[3]. Ainsi, en vertu de son accessibilité universelle et en l'absence de tout véritable mécanisme de déterrence, l'atmosphère est rapidement devenue un réservoir illimité pour les externalités négatives d'entreprise. Aussi, sa surexploitation a pu être pratiquée sans aucune conséquence économique tangible pour les acteurs du marché. Par conséquent, les impacts néfastes du changement climatique qui en découlent affectent principalement le bien-être public, sans que ceux qui ont matériellement et systémiquement contribué à cette émergence soient appelés à en réparer les dommages causés. Il en résulte que les finances publiques des collectivités territoriales et les ressources des contribuables se retrouvent lourdement affectées par la nécessité de contenir des dégâts liés aux effets des changements climatiques de plus en plus significatifs au niveau local.

La question d'une allocation des coûts plus équitable s'est donc imposée, notamment à l'égard de ces acteurs privés qui ont encouragé pendant des décennies un marché énergétique particulièrement dangereux pour la stabilité du climat. Les dernières projections scientifiques identifiées au sein du *Heede Report*, publié par le *Climate Accountability Institute*, identifient les véritables forces motrices du réchauffement climatique en attribuant des quotas historiques et individuels de GES aux producteurs et distributeurs d'énergies fossiles : régulièrement mis à jour depuis 2014, ce rapport indique avec précision combien les *carbon majors*, les plus grandes sociétés pétrolières, gazières et charbonnières, ont matériellement contribué au changement climatique[4]. En établissant une allocation spécifique des émissions de GES à chaque multinationale, notamment à partir de la quantité

1 Décision en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180719_docket-118-cv-00182_opinion-and-order-1.pdf (consulté le 6 janvier 2020).

2 LL.M. Graduate in Climate Change and Energy Law, Pace University School of Law, New York.
L'auteur tient à remercier Étienne Lair pour sa relecture attentive et ses utiles commentaires et suggestions.

3 G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science, vol.* 162, 3859, 1968, p. 1243-1248.

4 R. Heede, *Carbon Majors : Accounting for Carbon and Methane Emissions 1854-2010 Methods & Results Report* (commissioned by Climate Justice Programme & Greenpeace International, Climate Mitigation Services, Snowmass, CO, 2014), [En ligne] http://climateaccountability.org/pdf/MRR % 209.1 % 20Apr14R.pdf (consulté le 9 septembre 2019).

de combustibles produits et commercialisés sur le marché, le rapport prouve de manière substantielle comment l'intérêt économique d'un nombre limité d'acteurs est indéniablement au cœur de la situation d'urgence climatique actuelle. En ce sens, les données historiques collectées dans le rapport montrent que cent trois entreprises de combustibles fossiles et des entités cimentières auraient émis 69,8 % des émissions mondiales de dioxyde de carbone et de méthane depuis 1751 (1 221 GtCO2e), avec seulement vingt entreprises responsables de 30 % de ces émissions (526 GtCO2e)[5]. Dans la base de données recueillie dans *The Carbon Majors Database Report*, une autre étude indépendante publiée en 2017 en collaboration avec le *Climate Accountability Institute*, montre que vingt-cinq sociétés et leurs affiliées auraient généré plus de la moitié des émissions industrielles mondiales et que seulement cent producteurs auraient rejeté 71 % des émissions totales de dioxyde de carbone et de méthane entre 1988 et 2015[6].

À cet égard, en l'absence d'une prise de position drastique en termes d'atténuation et d'adaptation, les communautés côtières américaines seront de plus en plus touchées par les bouleversements climatiques et les phénomènes extrêmes qui en découlent. C'est déjà le cas pour l'agglomération urbaine de New York, caractérisée par une vulnérabilité territoriale qui est condamnée à aggraver les impacts que la ville subira dans les prochaines décennies[7]. Étant situées dans une région particulièrement exposée à l'érosion côtière, les dernières études estiment que la ville devrait faire face à une montée du niveau de la mer qui pourrait atteindre jusqu'à trois mètres en l'absence d'une inversion globale et efficace de la tendance actuelle. Cette augmentation est bien supérieure aux projections précédemment modélisées, notamment du fait des phénomènes d'affaissement du sol qui affectent la région et qui sont eux-mêmes liés au recul des glaciers, ainsi qu'au réchauffement des eaux océaniques limitrophes[8]. À côté des risques liés aux inondations et à la submersion irréversible de ses quartiers, la ville devra en outre répondre aux conséquences sanitaires et environnementales liées à la déstabilisation rapide et croissante de la température moyenne annuelle[9].

L'analyse des conséquences du changement climatique ne saurait se limiter aux seules prévisions futures. Par le passé, en octobre 2012, l'ouragan Sandy s'est abattu sur New York avec une force destructrice sans précédent, en provoquant le décès de quarante-quatre personnes, avec un bilan de dix-neuf milliards de dollars en dommages et pertes d'activité économique[10]. La ville s'est dès lors engagée dans la promotion d'une stratégie d'adaptation indexée sur le concept de résilience climatique. Depuis 2013, la mairie de New York a ainsi lancé un projet d'investissement stratégique de plus de vingt milliards de dollars et adopte régulièrement de nouvelles lignes directrices visant à

5 Climate Accountability Institute, « Carbon Majors : Update of Top Twenty Companies 1965-2017 » (Oct. 9, 2019), [En ligne] http://climateaccountability.org/pdf/CAI % 20PressRelease % 20Top20 % 20Oct19.pdf (consulté le 9 septembre 2019).
6 P. Griffin, « The Carbon Majors Database, Cdp Carbon Majors Report (2017) », [En ligne] https://www.cdp.net/en/articles/media/new-report-shows-just-100-companies-are-source-of-over-70-of-emissions (consulté le 9 septembre 2019).
7 New York City Panel on Climate Change, *New York City Panel on Climate Change 2019 Report Executive Summary*, Ann. N.Y. Acad. Sci. 1439 (2019), p. 11, [En ligne] https://www.nyas.org/annals/special-issue-report-vol-1439/, (consulté le 8 septembre 2019).
8 *Ibid.*, p. 16.
9 City of New York, *One New York : The Plan for a Strong and Just City* (20 avril 2015), p. 222 [En ligne] http://www.nyc.gov/html/onenyc/downloads/pdf/publications/OneNYC.pdf (consulté le 9 septembre 2019).
10 *Ibid.*, p. 218.

la prise en compte des risques climatiques dans le processus de planification, construction et renouvellement des infrastructures urbaines[11].

Ces projets devront faire l'objet d'une réalisation rapide et d'une extension progressive sur le long terme, le coût desdites mesures d'adaptation étant nécessairement destiné à augmenter avec l'exacerbation de l'instabilité climatique. C'est pourquoi le 10 janvier 2018, le maire Bill de Blasio a exprimé sa volonté de financer le budget de la protection urbaine par le moyen de la voie contentieuse, avec le dépôt d'un recours à l'encontre de BP, Chevron, ConocoPhillips, ExxonMobil, et Royal Dutch Shell, les cinq multinationales parmi les plus prédominantes en termes de contributions aux émissions globales de GES. La commercialisation des combustibles fossiles est ainsi au cœur du recours lancé par la ville de New York. En affirmant que « [l] es défendeurs sont les cinq plus grands producteurs au monde détenus par des investisseurs de combustibles fossiles, tel que mesuré par la pollution cumulative au carbone et au méthane générée par l'utilisation de leurs combustibles fossiles »[12], la ville introduit son recours en justice en citant le *Heede Report* pour alléguer une causalité matérielle entre les activités des cinq *carbon majors* et les conséquences du changement climatique ressenties au niveau local[13]. New York a ainsi suivi l'exemple d'autres municipalités côtières américaines comme Oakland et San Francisco, en rejoignant un mouvement mondial de judiciarisation du concept de responsabilité climatique à l'encontre du secteur privé[14]. Et il n'est pas surprenant de constater que la stratégie contentieuse new-yorkaise ait été confiée à Hagens Berman LLP, le même cabinet d'avocats qui a initialement représenté les deux villes californiennes[15].

Cette action était une étape attendue pour cette municipalité qui avait déjà fait preuve de résistance à la politique de régression environnementale menée par l'administration Trump. En effet, au lendemain de l'annonce du retrait américain de l'Accord de Paris en 2017, Bill de Blasio avait promptement signé un décret engageant ouvertement la ville la plus peuplée des États-Unis au respect des principes et des objectifs établis par l'Accord[16]. En poursuivant sa croisade contre le changement climatique, la métropole a finalement ciblé les intérêts du secteur industriel pour affirmer que le caractère planétaire des changements climatiques ne saurait déresponsabiliser ceux

11 City of New York, *Mayor Announces New Resiliency Guidelines to Prepare City's Infrastructure and Buildings for Effects of Climate Change* (28 avril 2017), [En ligne] https://www1.nyc.gov/office-of-the-mayor/news/271-17/mayor-new-resiliency-guidelines-prepare-city-s-infrastructure-buildings-for (consulté le 9 septembre 2019).

12 Traduction libre : « Defendants are the five largest, investor-owned producers of fossil fuels in the world, as measured by the cumulative carbon and methane pollution generated from the use of their fossil fuels, according to published, peer-reviewed research », *City of New York c. BP p.l.c.*, 325 F. Sup. 3d 466 (S.D.N.Y. 2018), Amended Complaint, p. 2.

13 K. Savage, New York City Files Climate Lawsuit Against Five Biggest Oil Companies, *Climate Liability News*, 10 janvier 2018 [En ligne], https://www.climateliabilitynews.org/2018/01/10/new-york-city-climate-lawsuit-liability-bill-de-blasio/ (consulté le 11 septembre 2019).

14 En ce sens : L. Canali, « Les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives », in C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, éd. Pedone, Paris, 2018, p. 68.

15 D. Fisher, Oakland, San Francisco Switch Lawyers as Climate Change Lawsuits Face Possible Reckoning, *Forbes,* 28 Novembre, 2018 [En ligne], https://www.forbes.com/sites/legalnewsline/2018/11/28/oakland-san-francisco-switch-lawyers-as-climate-change-lawsuits-face-possible-reckoning/#4ae13b2722eb, (consulté le 11 septembre 2019) ; Hagens Berman a également représenté les villes de San Francisco et d'Oakland, en Californie et King County, Washington, dans le cadre de poursuites climatiques intentées contre BP, Chevron Corp., Exxon Mobil Corp., Royal Dutch Shell PLC et ConocoPhillips, alléguant que les géants du Big Oil doivent répondre des coûts subis par ces communautés face aux conséquences du réchauffement climatique. Le cabinet d'avocats a également représenté Kivalina, un petit village appauvri des Eskimos en Alaska, à l'encontre de nombreuses *carbon majors*, affirmant que leurs contributions au réchauffement climatique ont conduit à l'érosion du sol qui finira par détruire le village. Hagens Berman est en autre engagé dans le contentieux des droits des consommateurs comme dans l'affaire *Dieselgate,* concernant des fraudes volontaires visant la réduction d'émissions polluantes. Hagens Berman, *Environmental Litigation* [En ligne], https://www.hbsslaw.com/service/practices/environmental-litigation (consulté le 11 septembre 2019).

16 City of New York, *1.5 ° C, Aligning New York City with the Paris Climate Agreement*, septembre 2017, p. 5 [En ligne], https://www1.nyc.gov › 1point5-AligningNYCwithParisAgrmtFORWEB (consulté le 11 septembre 2019).

qui ont matériellement contribué à provoquer cette crise. Par conséquent, le but ultime au cœur de ce recours manifeste la volonté de consolider le principe selon lequel une entreprise doit supporter les coûts des externalités négatives et des dommages climatiques intrinsèquement imputables à l'usage ordinaire de ses produits[17].

La stratégie contentieuse menée par la ville porte ainsi sur l'extension des mécanismes ordinaires de la *state common law* et a pour ambition de pallier sa vulnérabilité territoriale en consolidant une « responsabilité climatique » des producteurs attaqués[18] (**I**). Face aux conséquences d'un jugement qui voit dans la dimension politique de l'affaire un obstacle insurmontable à sa recevabilité, l'appel de la décision met ainsi en évidence une impérieuse nécessité : concrétiser la pleine potentialité du droit de la responsabilité civile en termes de justice corrective pour finalement assurer une véritable justice climatique (**II**).

I. Le contentieux climatique comme réponse nécessaire à la vulnérabilité du territoire

Bien que la métropole la plus peuplée des États-Unis ait fait preuve d'exemplarité dans l'adoption de plans et de mesures stratégiques visant la réduction des impacts du changement climatique, les coûts de réalisation de ces projets risquent d'éroder l'effectivité de l'agenda urbain de résilience territoriale. Face aux dommages de nature climatique que la ville a subis et qu'elle continuera de subir dans les prochaines décennies, une action en justice envers les principaux émetteurs de GES trouve ainsi sa pertinence dans l'analyse des stratégies des entreprises qui ont exacerbé la crise climatique actuelle (**A**). Par conséquent, la procédure initiée par New York articule la nécessité d'adapter les mécanismes issus de la tradition juridique de *common law* aux particularités factuelles de ce phénomène global. Une interprétation orientée de différents régimes de responsabilité civile, issue des théories jurisprudentielles de *tort law,* devient à cet égard un outil juridique indispensable. Les avocats de New York visent ainsi l'extension du nombre des acteurs appelés à contribuer à la réparation et à la prévention des conséquences locales des impacts climatiques (**B**).

A. Une action en responsabilité imposée par les coûts de résilience territoriale : l'urgence de corriger les conséquences des choix stratégiques des *carbon majors*

Compte tenu d'une vulnérabilité territoriale intrinsèque, la ville a été contrainte d'adopter des mesures d'adaptation visant la protection de ses habitants et des infrastructures les plus exposées aux impacts climatiques. Le premier effort officiel de planification climatique de la ville a eu lieu en 2007, avec la publication de *PlaNYC : A Greener, Greater New York*. L'analyse et les engagements de cette stratégie sont désormais intégrés dans *One New York: The Plan for a Strong and Just City (One NYC)*, qui explicite notamment des considérations d'équité pour examiner comment rendre

17 *City of New York c. BP p.l.c.*, 325 F. Sup. 3d 466 (S.D.N.Y. 2018), Complaint, 9 janvier 2018, p. 1 [En ligne] http://climatecasechart.com/case/city-new-york-v-bp-plc/ (consulté le 12 septembre 2019).

18 C. Cournil, L. Varison, « Introduction », in C. Cournil, L. Varison (dir.), *op. cit.*, p. 19.

la ville plus résistante et durable dans les décennies à venir. En ce sens, au lendemain de l'ouragan Sandy, la métropole a pris un engagement supplémentaire sans précédent grâce à un programme d'investissement de plus de 20 milliards de dollars, le but étant d'assurer la mise en sécurité de ses cinq arrondissements principaux[19]. Ces plans représentent les premières étapes d'un effort incontournable de résilience climatique, comprenant notamment la construction de digues, l'élévation des rues de la ville, le renouvellement et l'imperméabilisation des infrastructures, la modification des égouts urbains et la gestion des eaux pluviales supplémentaires face aux interférences de l'élévation du niveau de la mer. Par exemple, le projet de protection côtière de l'*East Side*, actuellement budgétisé à 760 millions de dollars, a été conçu pour protéger les quartiers du *Lower East Side* de Manhattan contre les risques d'inondations dus à l'élévation du niveau de la mer par le moyen d'une barrière 4 km. En ce sens, une barrière sera également construite le long de la rive sud-est de *Staten Island*: ce projet protégera certaines des communautés les plus impactées par l'ouragan Sandy en 2012[20]. Par le moyen du programme *Raised Shorelines*, la ville devra également élever des rivages dans toute la ville pour protéger les zones les plus basses, avec un budget de 100 millions de dollars pour financer neuf sites initiaux parmi les quatre-vingt-onze identifiés. Pour protéger le programme de gestion des déchets solides de la ville contre l'élévation du niveau de la mer et les autres phénomènes climatiques extrêmes, New York a également élevé des plates-formes et renforcé deux stations de transfert maritime[21].

Beaucoup de ces projets n'ont pas encore été entièrement financés et en plus de ces efforts déjà identifiés, la ville devra rapidement adopter un large éventail de mesures supplémentaires encore plus coûteuses. En effet, les projets de protection contre les inondations côtières budgétisés après Sandy protègeront en grande partie les zones de la ville qui ont déjà été inondées pendant cet ouragan, mais ne visent pas les autres zones basses de la métropole qui seront vulnérables aux inondations des tempêtes provenant d'autres directions, comme le nord-ouest de *Queens* ou le *Bronx*; la ville devra nécessairement agrandir les installations existantes de stockage des eaux pluviales, tout en prévoyant de nouvelles digues, dunes et autres armements côtiers. Qui plus est, New York dépense déjà des millions de dollars pour des programmes visant la mise en sécurité de ses résidents pendant des urgences météorologiques de plus en plus fréquentes. Si la vulnérabilité de la métropole sera exacerbée dans les prochaines décennies, ces programmes devront augmenter de façon exponentielle dans l'avenir, notamment car ils s'avèrent essentiels pour sauver des vies et minimiser les pertes économiques pendant les phénomènes climatiques les plus extrêmes. Le coût de toutes ces mesures ne fera qu'augmenter avec l'aggravation du réchauffement global, notamment car la plupart de ces mesures nécessitent d'une phase de conception et d'implémentation sur le long terme: les projets de résilience climatique modélisés par New York devront ainsi être construits pour durer plusieurs décennies, souvent jusqu'à cinquante ans ou plus[22]. En

19 City of New York, *Mayor Announces New Resiliency Guidelines to Prepare City's Infrastructure and Buildings for Effects of Climate Change* 28 avril 2017, [En ligne] http://www1.nyc.gov/office-of-themayor/news/271-17/mayor-new-resiliency-guidelines-prepare-city-s-infrastructure-buildings-for (consulté le 12 septembre 2019); *City of New York c. BP*, Amended Complaint, p. 63.

20 City Of New York, *Building A Stronger, More Resilient New York*, 2013, p. 283-287 [En ligne] http://s-media.nyc.gov/agencies/sirr/SIRR_singles_Hi_res.pdf (consulté le 12 septembre 2019)

21 *City of New York c. BP*, Amended Complaint, p. 64.

22 *Ibid.*, p. 64-66.

l'absence de financements publics suffisants, le recours à une stratégie contentieuse se révèle ainsi crucial pour garantir une implémentation effective des programmes d'adaptation territoriale tout en accomplissant une mission de justice climatique en termes de responsabilité : ces interventions ne seraient pas nécessaires en l'absence des agissements des défendeurs ayant exacerbé la crise climatique actuelle.

La juridiction saisie par la municipalité requérante est l'*United States District Court for the Southern District of New York*. Nonobstant que la requête soit indexée sur la *common law* de l'État de New York, la compétence d'une juridiction fédérale pour connaître de cette affaire a pu être invoquée en ce que la ville et les sièges des cinq multinationales se trouvent dans des États fédérés différents et que la valeur du litige est bien supérieure à 75,000 $[23]. Le choix d'un tribunal situé dans le district Sud de New York a été en outre justifié par le fait qu'une partie significative des événements et des omissions au cœur du contentieux ont eu lieu au même endroit dans lequel une partie substantielle des biens endommagés a été localisée[24]. Cet élément se révèle essentiel, car l'objectif principal de la stratégie légale choisie est d'établir une responsabilité juridique à partir de la corrélation factuelle entre les activités menées par les défendeurs et les conséquences locales du changement climatique subies par la ville de New York et ses infrastructures.

De surcroit, la requête révèle au grand jour le rôle joué par les stratégies d'investissement, mais aussi de désinformation, menées par les cinq multinationales en tant que principaux acteurs privés dans le marché de production, distribution et vente de combustibles fossiles[25]. À cet égard, le recours laisse une place prééminente à la science et particulièrement aux travaux de Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). Ces derniers ont rappelé dans leurs successifs rapports que l'augmentation des GES dans l'atmosphère découle à titre principal des émissions liées aux combustibles fossiles, constituant ainsi la contribution la plus significative au changement climatique[26]. Précisément, la ville rappelle que selon le GIEC, « [une] influence humaine a été détectée dans le réchauffement de l'atmosphère et de l'océan, dans les changements du cycle global de l'eau, dans les réductions de neige et de glace, dans l'élévation du niveau moyen de la mer dans le monde et dans les changements dans certains événements climatiques extrêmes »[27].

Dès lors, l'action en justice trouve ici sa raison d'être puisque depuis des décennies, BP, Chevron, ConocoPhillips, ExxonMobil, et Royal Dutch Shell semblaient avoir connaissance des risques climatiques et des conséquences catastrophiques liées à la commercialisation de leurs

23 28 U.S. Code, par. 1332. ; 28 U.S. Code par. 1391 (b).

24 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amended Complaint, p. 14.

25 *Ibid.*, Amended Complaint, p. 41-48.

26 Intergovernmental Panel on Climate Change, « 2013 : Summary for Policymakers », *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, p. 11 [En ligne] https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_FINAL.pdf, (consulté le 12 septembre 2019).

27 Traduction libre : « According to the IPCC, " [h] uman influence has been detected in warming of the atmosphere and the ocean, in changes in the global water cycle, in reductions in snow and ice, in global mean sea level rise, and in changes in some climate extremes » *City of New York c. BP p.l.c,* Amended Complaint, p. 26.

produits. À ce titre, les avocats de la ville rappellent que dès 1977 les scientifiques de Exxon avaient formellement informé la multinationale de la corrélation entre les émissions générées par les combustibles fossiles et les bouleversements des équilibres atmosphériques. Ils avaient ainsi conclu que leur usage n'aurait pas dû être encouragé et qu'un changement radical des stratégies de production énergétique devait rapidement être pris en compte[28]. L'effectivité de cette prise de conscience se trouve confirmée par l'observation que les risques liés au changement climatique ont été progressivement intégrés par les multinationales dans la planification de leurs infrastructures industrielles, notamment avec la protection des oléoducs et la surélévation des plates-formes d'extraction offshore face à l'érosion côtière et à l'augmentation du niveau de la mer[29]. Pourtant, les entreprises ont continué à promouvoir extensivement l'usage de combustibles fossiles par une campagne de désinformation qui a frauduleusement ciblé et amplifié les incertitudes de la science climatique, le but étant de minimiser la gravité du phénomène aux yeux du grand public et de stimuler à leur avantage l'expansion du marché énergétique[30]. À cet égard, au sein du *Global Climate Coalition*, un consortium international de lobbying, les défendeurs ont dépensé des millions de dollars pour discréditer explicitement la science climatique officielle. Par exemple, treize millions de dollars ont été investis dans une campagne publicitaire visant la distribution d'une vidéo à des centaines de journalistes, affirmant que les émissions de dioxyde de carbone auraient augmenté la production agricole et réduit les famines au niveau global[31]. Ce qui est reproché aux multinationales est donc la volonté délibérée d'avoir placé leurs profits et bénéfices au-dessus de l'intérêt général, tout en laissant supporter le secteur public des coûts nécessaires à la réparation et à l'adaptation aux conséquences du changement climatique[32].

La requête clarifie en outre le caractère irréversible sur le long terme de l'impact des émissions futures générées par les défendeurs, notamment en combinaison avec le déclin des écosystèmes et de leur fonction de puits carboniques.

En conclusion, il est constaté que les préjudices présents et futurs subis par New York continueront à persister et à être exacerbés par les activités menées par les défendeurs, encore fermement ancrés dans un modèle d'investissement incompatible avec les priorités de réduction des émissions de GES. La métropole américaine se retrouve ainsi contrainte d'adopter des mesures de résilience climatique de plus en plus onéreuses qui n'auraient pas été nécessaires en l'absence du mépris de la question par les cinq compagnies pétrolières[33].

28 J.F. Black, Products Research Division, Exxon Research and Engineering Co, *Memorandum,* 6 Juin 1978 [En ligne] https://insideclimatenews.org/system/files_force/documents/James % 20Black % 201977 % 20Presentation.pdf ? download=1 (consulté le 12 septembre 2019).
29 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amended Complaint, p. 41-48.
30 *Ibid.*, p. 49 ; A. Lieberman, S. Rust, Big Oil Braced for Global Warming While It Fought Regulations, *L.A. Times*, 31 Décembre 2015, [En ligne] http://graphics.latimes.com/oil-operations/ (consulté le 14 septembre 2019).
31 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amended Complaint, p. 52.
32 *Ibid.*, p. 46.
33 *Ibid.*, p. 68.

B. Des outils juridiques ordinaires au service de l'argumentaire climatique : une interprétation orientée de la *state common law* traditionnelle

En s'alignant sur l'argumentaire de nombreuses affaires de justice climatique entamées aux États-Unis depuis les années 2000 à l'encontre du secteur privé, la métropole américaine a fondé sa stratégie contentieuse sur plusieurs régimes juridiques ordinaires de *tort law*. Ainsi, face à des dommages imputables aux activités des tiers et à la nécessité d'obtenir les coûts de réparation, ce cadre juridique de nature jurisprudentielle offre une légitimité intrinsèque vectrice de justice corrective[34]. En conformité avec la tradition de *common law* de l'État de New York et par le moyen d'un mécanisme procédural (*joinder of causes of action),* cette stratégie choisie pour engager la responsabilité civile des cinq multinationales s'appuie sur trois fondements juridiques différents, mais inhérents aux mêmes faits et donc réunis en une seule requête[35].

Le premier est lié à une interprétation extensive de la notion de nuisance publique (*public nuisance*), qui permet de sanctionner le défendeur qui a causé une interférence substantielle et irraisonnable dans la jouissance collective d'un droit commun à tous[36]. En agissant dans sa qualité d'autorité publique « gardienne de l'environnement »[37], New York affirme que la conduite des défendeurs a violé de nombreux droits dont le public est titulaire, notamment le droit à la santé, à la sécurité et au bien-être d'un nombre considérable de résidents et de visiteurs de la ville, qui continueront à être mis en danger par l'augmentation du niveau de la mer, des températures et par d'autres impacts climatiques[38].

En vertu de sa qualité de propriétaire des biens exposés aux impacts climatiques, le deuxième argument avancé par la ville s'appuie sur le concept de nuisance privé (*private nuisance*), qui cible toute interférence irraisonnable dans l'usage ou la jouissance de la propriété d'autrui, causée par les activités délibérément menées par des tiers[39]. À cet égard, la métropole américaine fait valoir que les biens qu'elle détient, notamment immeubles, ont été et continueront d'être endommagés par les effets délétères du changement climatique imputables pour une large part à la conduite des multinationales[40].

Le troisième et dernier argument juridique évoqué comme fondement potentiel de la responsabilité est celui de la violation de propriété (*trespass*), sanctionnant une intrusion ou invasion de la propriété d'autrui en l'absence de l'accord de son titulaire[41]. Par le moyen d'une interprétation orientée particulièrement ambitieuse et déjà mobilisée dans d'autres affaires climatiques américaines comme

34 D.-A. Grosmann, « Warming up to a not so radical idea : Tort-Based Climate Change Litigation », *Columbia Journal of environmental law*, vol. 28 : 1, 2003, p. 3-5.
35 Pour une définition : C. E. Clark, « Joinder and Splitting of Causes of Action », *Michigan Law Review* vol. 25, 1927, p. 393-435.
36 Z. J. B. Plater, R. H. Abrams, R. L. Graham, L. Heinzerling, D. A. Wirth, N. D. Hall, *Environmental Law and Policy : Nature, Law, and Society*, Wolters Kluwer, New York, 2016, p. 94.
37 Traduction libre : « The action is brought by the State in its role as guardian of the environment […] », *New York c. Schenectady Chemical Co.*, 459 N.Y.S.2d 971 (N.Y. Sup. Ct., Rensselaer Co. 1983).
38 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amended Complaint, p. 68-70. En ce sens, la protection de la santé publique est explicitement consacrée dans la Constitution de l'État de New York à l'article XVII §3 (Social Welfare) : « The protection and promotion of the health of the inhabitants of the state are matters of public concern […] ».
39 Z. J. B. Plater *et al.*, *op. cit.*, p. 78.
40 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amended Complaint, p. 70-72.
41 Z. J. B. Plater *et al.*, *op. cit.*, p. 76-78.

Comer c. Murphy Oil USA, les auteurs du recours ont construit leurs revendications en reprenant la terminologie et les conditions procédurales ordinairement requises par ce mécanisme de *tort law*[42]. Il est à ce titre affirmé que la ville n'a pas « donné son accord » aux défendeurs pour « transgresser » ses propriétés en menant des activités de production, promotion et vente des combustibles fossiles, à l'origine de quantités significatives de GES sur son territoire. Cette conduite caractérise et continuera de constituer, à travers les conséquences particulières du changement climatique sur le territoire new-yorkais, une « invasion » persistante et non autorisée au détriment des biens détenus par New York, en violation des prérogatives de la ville en tant que propriétaire[43].

Nonobstant ces approches différentes, le fil rouge qui lie les trois mécanismes invoqués s'explique en termes de causalité. Les auteurs du recours constatent que les préjudices subis par la métropole sont le « résultat prévisible » de la conduite des compagnies pétrolières, qui avait bien connaissance de leur impact sur la stabilité climatique et par conséquent des dommages générés par leurs activités[44].

L'intérêt de cette action réside finalement dans l'objet du jugement formulé par la ville requérante : il est demandé au juge fédéral de constater la responsabilité des défendeurs et de les condamner au paiement de dommages-intérêts. Le montant de ces dommages-intérêts pouvant être calculé en fonction des coûts soutenus pour financer les nombreuses mesures locales de résilience climatique, déjà réalisées ou planifiées pour l'avenir, notamment afin d'adapter le territoire et défendre les droits des résidents. À titre complémentaire et conformément aux mécanismes de réparation prévus par la discipline de l'*Equity*, New York demande aussi une injonction réparatrice imposant aux multinationales de mettre fin aux comportements à l'origine de la nuisance et de la transgression de propriété[45] ; une injonction qui ne saurait être effective qu'en cas de défaut de paiement des dommages-intérêts[46].

La réaction des multinationales n'a pas tardé à se manifester. Les défendeurs ont rapidement déposé plusieurs mémoires en réponse (*memorandum*) invitant le juge à débouter la requête, notamment en alléguant le caractère largement infondé des prétentions de la métropole[47]. Parmi les nombreuses critiques faites à l'argumentaire défendu par les auteurs du recours, les multinationales soutiennent que dès lors que le changement climatique et les émissions de GES relèvent d'un phénomène global, il serait inadmissible de reconnaître la responsabilité de cinq personnes juridiques pour le résultat d'activités menées par des milliards de tiers[48].

42 En ce sens, *Comer c. Murphy Oil USA*, Inc, 718 F.3d 460 (5th Cir. 2013), Memorandum Opinion and Order Granting Defendants'Motions to Dismiss, p. 3 [En ligne] http://climatecasechart.com/case/comer-v-murphy-oil-usa-inc-2/ (consulté le 15 septembre 2019).

43 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amended Complaint, p. 72-73.

44 *Ibid.*, p. 68-72.

45 Le recours à l'*Equity*, une branche du droit qui s'est développée de façon complémentaire à la *common law*, permet d'obtenir un remède juridique précisément indexé sur les faits du litige. Si un jugement ordinaire en *common law* comporte l'attribution de dommages pécuniaires, dans certaines affaires ce remède ne suffirait pas pour mettre fin à la violation subie par le requérant. L'*Equity* permet ainsi aux autorités juridictionnelles de prononcer des injonctions interdisant un comportement illégal ou imposant une obligation de résultat, notamment le devoir d'accomplir une exécution spécifique. Pour une définition : H.W. Brill, « Equitable Remedies for Common Law Torts », *Arkansas Law Notes*, vol. 1999, 1999, p. 1.

46 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amended Complaint, p. 73-74.

47 D. Drugmand, Battle Lines Drawn for Hearing on New York Climate Lawsuit Vs. Big Oil, *Climate Liability News*, 11 Mai 2018 [En ligne] https://www.climateliabilitynews.org/2018/05/11/new-york-climate-lawsuit-hearing-exxonchevron/ (consulté le 16 septembre 2019)

48 *City of New York c. BP p.l.c.*, Memorandum of Law of Chevron Corporation, Conocophillips, and Exxon Mobil Cor-poration Addressing Common Grounds in Support of Their Motions to Dismiss Plaintiff's Amended Complaint, p. 2.

En outre, les procureurs généraux (*State Attorneys General)* de quinze États majoritairement administrés par le parti républicain, dont plusieurs historiquement favorables au développement de l'industrie fossile (Indiana, Alabama, Arkansas, Colorado, Georgia, Kansas, Louisiana, Nebraska, Oklahoma, South Carolina, Texas, Utah, West Virginia, Wisconsin et Wyoming) ont déposé auprès de la Cour fédérale un rapport *amicus curiae* en soutien des compagnies pétrolières, en affirmant être également titulaires d'un intérêt spécial dans cette affaire[49]. À titre principal, les quinze procureurs généraux critiquent l'extension des outils de *common law* proposée par New York, en ce que la promotion de l'usage des combustibles fossiles deviendrait *de facto* sanctionnable à tout niveau. Ils soulignent de surcroit que les États fédérés eux-mêmes et leurs subdivisions politiques, en tant que propriétaires de centrales électriques, opérateurs de services publics ou dans leur qualité d'usagers, pourraient faire l'objet d'actions similaires si cette interprétation orientée était acceptée par les autorités juridictionnelles fédérales[50]. Toutefois, le noyau dur des critiques repose principalement sur un argumentaire juridique qui entrave la séparation des pouvoirs et donc les prérogatives du pouvoir politique dans la gouvernance du climat.

II. La primauté de la sphère politique en tant que frein aux impératifs de justice corrective

Les spéculations concernant les conséquences géopolitiques de l'affaire et la séparation des pouvoirs étatiques ont été perçues comme des obstacles insurmontables à la recevabilité de la requête. Ainsi, les revendications de justice climatique avancées par la ville ont été rejetées par l'autorité juridictionnelle avant toute analyse au fond (**A**). Par conséquent, la question des inégalités dans l'allocation des coûts inhérents aux dommages climatiques ressort sans solution de ce jugement. Face au risque de voir les communautés les plus impactées par le changement climatique abandonnées à leur propre destin, l'appel déposé par New York devient l'occasion de revendiquer la centralité des mécanismes de *tort law* en tant que moyens d'accomplissement d'une véritable mission de justice corrective (**B**).

49 K. Savage, NYC Climate Case Draws Now-Familiar Opposition from Republican AGs, *Climate Liability News*, 6 juin 2018 [En ligne] https://www.climateliabilitynews.org/2018/06/06/nyc-climate-case-republican-ag/ (consulté le 16 septembre 2019). Le *State Attorney General*, dans la plupart des cas démocratiquement élu, joue un rôle apical au sein du gouvernement des États fédérés des États-Unis, en exerçant de nombreuses fonctions de politique judiciaire similaires à celles généralement attribuées au Ministère de la Justice et au Procureur de la République. A cet égard, le *State Attorney General* fournit des conseils et des avis juridiques au pouvoir exécutif tout en promouvant des enquêtes, des actions en justice et en coordonnant la défense de l'État en cas de contentieux.

50 *City of New York c. BP p.l.c.*, Amicus Brief of Indiana and Fourteen Other States in Support of Dismissal, p. 1.

A. Extraterritorialité, diplomatie et prérogatives politiques : l'apparence d'une souveraineté irréfragable dans la gouvernance des questions climatiques

Les efforts des défendeurs ont été récompensés par un jugement rendu le 18 juillet 2019[51]. En s'alignant sur la décision du 25 juin 2018 qui avait rejeté les prétentions indemnitaires d'Oakland et de San Francisco, le juge John F. Keenan a débouté la ville de New York en s'appuyant sur un argumentaire ouvertement inspiré de celui de la juridiction fédérale californienne[52].

D'abord, la Cour a exclu que la *common law* de l'État de New York puisse être appliquée à un litige ayant des conséquences au niveau intraétatique ou international. Le caractère transfrontalier des émissions de GES, à l'origine des préjudices subis par New York, imposerait à ce titre un standard décisionnel uniforme, identifié avec la *common law* fédérale[53]. Toutefois, le juge estime que la question soulevée par la métropole américaine a déjà été confiée au *Clean Air Act*, une loi visant le contrôle de la pollution de l'air au niveau fédéral. D'ailleurs, l'autorité juridictionnelle estime que les prétentions de dédommagement avancées par New York se verraient également écartées sur le fondement de la *common law* fédérale. En ce sens, le *Clean Air Act,* expression de la volonté souveraine du Congrès, prévoit expressément des instruments visant la réglementation des émissions, objectif que le juge estime être le but ultime des revendications juridiques de la métropole[54].

Parmi les motivations qui fondent le rejet de la demande, la question de la séparation des pouvoirs trouve une place prééminente. D'abord, le juge fédéral a constaté que le recours cible deux multinationales étrangères, BP et Shell, et que la totalité des défendeurs commercialise leurs combustibles fossiles à l'échelle mondiale ; par conséquent, accueillir la requête de la ville comporterait des conséquences significatives en termes de politique étrangère, une prérogative appartenant au pouvoir politique qui ne devrait pas être entravée par la branche judiciaire[55] :

> « De telles revendications impliquent d'innombrables gouvernements étrangers, leurs lois et leurs politiques. Ce type de réclamation fait l'objet d'accords internationaux, y compris – bien que les États-Unis aient exprimé leur intention de s'en retirer – les accords de Paris sur le climat. La Cour reconnaît que la Ville et de nombreuses autres entités gouvernementales autour des États-Unis et dans d'autres pays, seront forcées de lutter contre les effets néfastes du changement climatique dans les prochaines décennies. Cependant, l'immense et compliqué problème du réchauffement climatique nécessite une solution exhaustive qui confronte les avantages globaux de l'utilisation de combustibles fossiles avec la gravité des dommages imminents. Plaider une telle action pour

51 N. Kusnetz, D. Hasemyer, Judge Dismisses New York City Climate Lawsuit Against 5 Oil Giants, *Inside Climate News*, 19 July 2018 [En ligne] https://insideclimatenews.org/news/19072018/judge-dismisses-nyc-climate-change-lawsuit-oil-industry-global-warming-adaptation-costs (consulté le 17 septembre 2019).

52 *City of New York c. BP p.l.c.*, Opinion & Order, p. 11-12.

53 Traduction libre « a uniform standard of decision », *Ivi*, p. 13.

54 *Ibid.*, p. 16-19.

55 *Ibid.*, p. 21. Pour une jurisprudence en matière d'implications de politique étrangère d'un jugement fédéral : *Jesner, et al. c. Arab Bank, PLC*, 138 S. Ct. 1386 (2018).

les préjudices résultant des émissions étrangères de gaz à effet de serre devant un tribunal fédéral pourrait porter gravement atteinte aux décisions de politique étrangère qui rentrent pleinement dans les attributions des branches politiques du Gouvernement des États-Unis[56]. »

En insistant sur les risques d'une influence injustifiable sur les prérogatives gouvernementales de politique nationale et étrangère, le cœur de l'argumentaire mobilisé par le juge Keenan reprend fidèlement les motivations déjà avancées dans l'affaire *City of Oakland c. BP p.l.c.* : à titre principal, la décision met l'accent sur la nécessité d'exercer une certaine « prudence judiciaire » afin de ne pas légitimer une interférence avec la souveraineté nationale d'un autre État[57]. La Cour exprime ici l'idée qu'un jugement favorable à la ville requérante lui permettrait de gouverner la conduite et le contrôle des politiques énergétiques en sol étranger[58] ; en ce sens, le juge explicite ses conclusions en renvoyant à la doctrine de la *presumption against extraterritoriality,* établissant le principe selon lequel, sauf disposition explicite du Congrès, la législation américaine ne saurait être appliquée que sur le territoire des États-Unis[59]. Ensuite, le juge donne voix à l'exigence de ne pas compromettre l'action du pouvoir politique et de la diplomatie américaine dans la poursuite d'un consensus d'engagement global en matière climatique, ce qui serait remis en cause par l'examen des questions climatiques au sein des tribunaux[60].

Cette décision confirme ainsi une réticence diffuse des juridictions fédérales américaines à adresser un sujet qui est stratégiquement identifié comme étant exclusivement politique, nonobstant ses conséquences évidentes sur le plan juridique *stricto sensu*, notamment en termes de violation des droits subjectifs. Si d'une part, les dommages subis par la métropole américaine sont déjà indéniablement tangibles, réels et concrets, la prise de position du juge fédéral semblerait le résultat d'une évaluation et d'une mise en balance abstraite. En ce sens, les motivations donnent exclusivement priorité aux conséquences indirectes et aux effets potentiels qu'un jugement favorable à la ville comporterait au niveau international : ainsi, la volonté de neutraliser le risque d'un éventuel bouleversement géopolitique l'emporte sur la nécessité de rétablir un équilibre juridique entre défendeurs et requérant. Par conséquent, la question de l'imputation d'une responsabilité se trouve *de facto* évincée au nom du postulat selon lequel la dimension politique et la « justiciabilité du changement climatique » ne peuvent nullement coexister[61]. En choisissant d'écarter préliminairement la possibilité d'évaluer le rôle des multinationales dans la survenance des préjudices qui grèvent la ville, la Cour fédérale freine ainsi la légitimité que le pouvoir judiciaire pourrait revendiquer afin de combler

56 Traduction libre : « Such claims implicate countless foreign governments and their laws and policies. This type of claim is the subject of international agreements, including—although the United States has expressed its intent to withdraw—the Paris Climate Accords. The Court recognizes that the City, and many other governmental entities around the United States and in other nations, will be forced to grapple with the harmful impacts of climate change in the coming decades. However, the immense and complicated problem of global warming requires a comprehensive solution that weighs the global benefits of fossil fuel use with the gravity of the impending harms. To litigate such an action for injuries from foreign greenhouse gas emissions in federal court would severely infringe upon the foreign-policy decisions that are squarely within the purview of the political branches of the U.S. Government », *City of New York*, Opinion, p. 22.

57 *Ibid.*, p. 21-22.

58 *City of Oakland c. BP p.l.c,* No. C 17-06011 WHA (N.D. Cal. Jul. 27, 2018), Order Granting Motion to Dismiss Amended Complaints, p. 11.

59 *City of New York c. BP p.l.c.*, Opinion & Order, p. 20 ; pour une définition : *EEOC c. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248 (1991).

60 *Ibid.*, p. 12.

61 Pour une définition : « se pose la question fondamentale de la reconnaissance du climat comme objet de droit invocable devant les juridictions nationales […] autrement dit, de la « justiciabilité » de la lutte contre les changements climatiques », E. Petrinko, *Juge national et changement climatique : de la justiciabilité à la justice climatique,* Éditions Universitaires Européennes, 2017, p. 4.

un vide encore trop significatif en termes de responsabilisation climatique du secteur privé ; une légitimité qui paraît, au contraire, indéniable face à la violation des droits que la structure étatique est elle-même censée garantir[62].

Toutefois, force est de constater que cette déclinaison de la théorie de la séparation des pouvoirs est bien loin de faire l'unanimité au sein des juridictions américaines. En ce sens, la présente décision démontre une antithèse évidente avec une autre interprétation de ladite doctrine, bien plus favorable à la légitimité des recours de justice climatique. En novembre 2016, dans un jugement adressant l'admissibilité préliminaire de l'affaire *Juliana*, une Cour fédérale de l'Oregon avait conclu à la justiciabilité de la question concernant la responsabilité climatique du gouvernement fédéral, en renforçant ainsi l'idée que « si un plaideur prétend qu'un droit individuel a été violé, le procès n'entraîne pas, par définition, de question politique »[63]. Bien qu'une telle orientation ne puisse pas garantir une issue favorable sur le fond, elle a l'avantage d'écarter les obstacles préliminaires liés aux questionnements politiques, tout en établissant une équivalence quasiment directe entre violations des droits des victimes climatiques et recevabilité des actions en responsabilités.

Dans son appel déposé le 8 novembre 2018, la ville de New York a développé son argumentaire dans la même direction, en renforçant et clarifiant les orientations juridiques proposées en première instance. Tout en dénonçant les imprécisions de la décision de rejet, les auteurs du recours cherchent ainsi à neutraliser la lecture politique et diplomatique des questions soumises à la Cour. Dans son appel, la métropole se fonde, d'abord, sur une carence générale de caractère procédural : elle reproche au juge de ne pas avoir suffisamment motivé sa décision, notamment en ce qu'il aurait omis d'expliquer en quoi, précisément, une action en responsabilité d'une ville envers cinq acteurs privés serait en conflit avec le processus décisionnel international et les relations diplomatiques des États-Unis. En ce sens, en s'appuyant sur une interprétation *a fortiori* du précédent *Green Mt. Chrysler Plymouth Dodge Jeep c. Crombie,* les auteurs du recours affirment que la seule existence de négociations internationales en matière climatique ne saurait écarter l'applicabilité de la *common law*[64]. Ensuite, l'appel dénonce une mobilisation inappropriée du principe d'inapplicabilité extraterritoriale : exonérer des multinationales pour le simple fait qu'elles ont leur siège ou leurs activités à l'étranger équivaudrait à leur garantir une immunité au droit américain de la responsabilité civile ; une immunité dépourvue de fondement si l'on considère que des sociétés étrangères sont régulièrement poursuivies aux États-Unis pour les dommages que leurs produits

62 S. J. Heyman, « The First Duty of Government : Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment », *Duke Law Journal* vol. 41, 1991, p. 507.

63 Traduction libre : « If a litigant claims that an individual right has been invaded, the lawsuit by definition does not involve a political question », *Juliana c. United States*, No. 6 : 15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146 (D. Or. Nov. 10, 2016), Order and Findings & Recommendation, p. 13. En date du 17 janvier 2020, cette décision a été infirmée par la *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.* Toutefois, la recevabilité de l'affaire a été confirmée dans la *dissenting opinion* de Judge Jospehine L. Staton, ce qui dénote la nature encore très controversée de la question au sein des juridictions fédérales.

64 *City of New York c. BP p.l.c.*, Brief for Appellant, p. 59. L'existence de discussions internationales a été considérée insuffisante pour préempter le droit de la responsabilité civile. En ce sens, les tribunaux qui ont examiné la question ont jugé que même les réglementations étatiques concernant directement les émissions de gaz à effet de serre ne sauraient etre invalidées par des tentatives de négocier des réductions d'émissions à l'échelle internationale. L'affaire *Green Mt. Chrysler Plymouth Dodge Jeep c. Crombie*, 508 F. Sup. 2d 295, 396–97 (D. Vt. 2007) est en ce sens emblématique ; une Cour fédérale a explicitement reconnu que l'argumentaire lié aux enjeux de politique étrangère ne s'appliquait pas à une nouvelle réglementation, adoptée par l'État fédéré du Vermont, limitant les émissions de gaz à effet de serre des véhicules à moteur.

causent en sol américain[65]. En outre, l'appel souligne que les mécanismes de *nuisance* and *trespass*, fondant les prétentions indemnitaires de la ville, trouvent leur pertinence juridique en vertu du lieu où les dommages se sont manifestés, donc en sol américain, et non pas en fonction du lieu où les actions à l'origine des préjudices se sont déroulées, donc également en dehors des États-Unis[66]. Ce point traduit une interprétation particulièrement ambitieuse qui vise à écarter l'argumentaire de l'extraterritorialité tout en alignant les préjudices climatiques territoriaux sur n'importe quel autre préjudice découlant de l'usage ordinaire d'un produit légalement distribué sur le marché international. Ainsi, « [l] e fait que les dommages résultent des effets combinés des produits des défendeurs utilisés à la fois au niveau national et à l'étranger est simplement la conséquence du fait que les dommages environnementaux locaux sont causés par un comportement affectant l'atmosphère de la planète »[67]. En termes d'imputation de la responsabilité, le caractère global du changement climatique serait alors indifférent dès lors que les conséquences dommageables des actions des multinationales peuvent être concrètement observées au niveau local. Enfin, la ville reproche à la Cour d'avoir « abdiqué » son rôle constitutionnel en écartant la recevabilité du litige pour le seul fait de la nature complexe de l'affaire et de la portée de son remède. La ville rejette clairement la nature politique des questions soumises à la Cour, en affirmant que l'examen du recours au fond ne saurait interférer avec les décisions que les pouvoirs gouvernemental et législatif pourront adopter en matière climatique. Le seul objectif visé concerne l'internalisation du coût des dommages causés par l'usage des produits commercialisés par cinq multinationales et ne saurait aboutir à une réglementation des émissions de GES[68].

B. L'allocation des coûts entre dommages et externalités négatives : une occasion manquée de consacrer l'approche corrective de la *tort law*

En écartant l'applicabilité de la *state common law* aux questions climatiques, la juridiction fédérale a *de facto* nié au droit commun de la responsabilité civile la possibilité d'accomplir pleinement sa mission intrinsèque de justice corrective[69]. Comme identifié par Aristote dans *Éthique à Nicomaque* (ἠθικὰ Νικομάχεια), dès lors qu'il y a une injustice à corriger, il y a une inégalité qui peut être exprimée comme un avantage ou un « gain » (κέρδος), qui a indûment profité à une partie tout en imposant un

65 *City of New York c. BP p.l.c.*, *Ibid.*, p. 63. Les règles nationales et fédérales de procédure civile américaine permettent d'engager la responsabilité d'un producteur étranger, notamment pour défaut du produit commercialisé aux États-Unis. Pour qu'un tribunal fédéral ou étatique exerce sa compétence à l'égard d'un fabricant étranger, les conditions du *due process*, en vertu du quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis, doivent être satisfaites. En ce sens, le fabricant étranger doit avoir certains « contacts minimaux » avec l'État du forum. Précisément, ce qui doit être démontré c'est un acte, direct ou indirect, du fabricant étranger dans lequel il se prévaut délibérément du privilège de faire des affaires dans le forum. Le fabricant étranger peut ainsi n'avoir que des « contacts minimaux » avec l'État du forum dans le cadre d'une analyse de « compétence générale ». Dans l'affaire *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. c. Hall*, 466 U.S. 408, 414 (1984), la Cour Suprême a établi que les contacts du fabricant étranger avec le forum n'ont pas besoin d'être liés au produit prétendument défectueux, mais peuvent être établis par le biais de contacts continus et systématiques avec le forum. à cet égard, le producteur étranger peut être présent sur le forum via sa force de vente ou de distribution, ses efforts de marketing ou d'autres activités continues et systématiques, J. Haltom Doan & D. V. Doan, « Satisfying Due Process in Obtaining Jurisdiction over the Foreign Component Part Manufacturer », *Def. Couns. J.* vol. 76, 2009, p. 145.

66 *Ibid.*, p. 62-63.

67 Traduction libre : « The fact that the harm here arises through the combined effects of Defendants'products when used both domestically and abroad is simply a product of the fact that local environmental harms are caused by conduct affecting the global atmosphere », *Ibid.*

68 *City of New York c. BP p.l.c.*, Brief for Appellant, p. 66.

69 Pour une définition : E. J. Weinrib, *Corrective Justice,* Oxford Legal Philosophy, OUP Oxford, 2012.

désavantage ou « perte » (ζημία) sur l'autre partie[70]. Par conséquent, la mission des tribunaux dans la correction de l'injustice est cruciale, en ce qu'il incombe aux juges de rectifier la situation injuste en réaffectant une perte à ceux qui ont illégitimement gagné, annulant le déséquilibre précédent et rétablissant l'égalité[71]. Aristote affirme ainsi que les tribunaux ont le pouvoir d'atteindre les objectifs rectificatifs de la justice corrective, en garantissant que les contrevenants soient effectivement obligés d'indemniser les pertes tout en restaurant autant que possible les droits à leur statut originaire[72]. Étant donné que la justice corrective peut être considérée comme la structure normative portante du droit privé, les enjeux liés à la concrétisation de cette théorie restent également au centre du débat sur les litiges climatiques[73] : cette constatation pourrait paraître encore plus évidente si l'on considère que l'un des principaux objectifs des régimes de responsabilité est précisément celui de fournir un soulagement aux parties lésées. La consolidation définitive d'une approche orientée à la justice corrective en matière climatique contribuerait ainsi à garantir aux victimes le droit à un recours juridictionnel effectif ; notamment, lorsqu'elles intenteraient des poursuites à l'encontre de ceux qui se sont engagés de manière déraisonnable dans des activités qui ont entraîné des impacts climatiques localisés tels que l'élévation du niveau de la mer, l'augmentation des incendies de forêt et des inondations[74].

En même temps, les objectifs économiques qui fondent la *tort law* résident dans la promotion du bien-être social, précisément par le moyen de mécanismes de dissuasion qui visent la minimisation des coûts de prévention et réparation des dommages injustement subis par les victimes. La portée de cet impératif se montre encore plus évidente si l'on considère qu'un acteur de marché aura tendance à prendre uniquement en considération les coûts directement supportés par l'entreprise, en négligeant ceux qui touchent également les tiers[75]. En vertu de leur répercussion sur l'équilibre climatique, il est incontestable que les activités de production et commercialisation des combustibles fossiles auront un coût de plus en plus significatif pour la société : le recours à la *tort law* forcerait alors ces producteurs à internaliser les coûts des externalités négatives qui grèvent le secteur public, ainsi qu'à prendre en compte des mesures de prévention permettant de contenir les dommages futurs[76].

En analysant d'autres précédents jurisprudentiels, il ressort que les mécanismes de *public nuisance* ont déjà été mobilisés avec succès pour consacrer la responsabilisation des producteurs dont les activités, bien que légalement admises sur le marché, ont causé des dommages au public[77]. L'interprétation défendue par New York en appel permettrait ainsi de condamner les cinq multinationales en ce qu'elles ont délibérément caché leur connaissance des risques causés par l'usage

70 T. C. Brickhouse, « Aristotle on Corrective Justice », *The Journal of Ethics,* vol. 18, 2014, p. 187-188.
71 *Ibid.*, p. 188.
72 *Ibid.*, p. 189.
73 A. R. Sangiuliano, « Book Notes : Corrective Justice, by Ernest J. Weinrib », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 51 (1), 2013, p. 369-371.
74 M. Burkett, « Litigating Climate Change Adaptation : Theory, Practice, and Corrective (Climate) Justice », *Environmental Law Reporter*, vol. 42, 2012, p. 11148.
75 *City of Oakland c. BP p.l.c*, Brief of Legal Scholars as *Amici Curiae* in Support of Plaintiffs-Appellants, p. 11.
76 *Ibid.*, p. 12.
77 En ce sens, *People c. Gold Run Ditch & Mining Co.*, 66 Cal. 138, 151 (1884).

de leurs produits, tout en s'engageant dans une promotion frauduleuse des mêmes combustibles fossiles : ce comportement est concrètement à l'origine d'un préjudice public substantiel et irraisonnable qui suffit à lui-même pour exiger que les auteurs intériorisent ces coûts[78]. En ce sens, une partie de la doctrine confirme la nécessité de reconnaître la responsabilité des compagnies pétrolières en vertu de leur position de *cheapest cost avoider*, notamment en considération de leur qualité de producteurs, grâce à l'expertise et connaissance des risques liés aux combustibles fossiles, à l'accès facilité aux assurances et à la possibilité de répartir les coûts parmi les actionnaires et les consommateurs. Ainsi, en vertu de cette position prééminente sur le marché, les multinationales seraient mieux placées, par rapport aux victimes, pour supporter les coûts de dédommagement générés par l'usage de leurs produits[79].

Les revendications fondées sur les mécanismes de *nuisance* et *trespass* se trouvent en outre strictement ancrées à la protection des prérogatives issues du droit de propriété, dont la prééminence est également consacrée dans la Constitution américaine[80]. Reverser les coûts des impacts climatiques uniquement sur les propriétaires des biens endommagés, et notamment sur les municipalités les plus exposées comme New York, continuera non seulement à garantir une forme de subside indirect aux producteurs des combustibles fossiles et à en encourager la commercialisation ; cela aurait pour effet une distorsion du marché concurrentiel au détriment des sources énergétiques alternatives et renouvelables[81]. Le cercle vicieux qui en résulte permettrait donc aux acteurs qui ont contribué à la survenance du dommage climatique de continuer à tirer profit des externalités environnementales, alors que les coûts des mesures d'adaptation territoriale seront injustement soutenus par les contribuables. Par conséquent, le choix opéré par la Cour fédérale de refuser *a priori* l'opportunité d'évaluer les questions climatiques à la lumière du droit de la responsabilité civile semblerait aller à l'encontre de la mission elle-même de la *tort law*. Toutefois, plusieurs éléments permettent de croire que cette décision n'est qu'une phase de décélération au sein d'un processus inexorable d'évolution climatique de la *common law*. Ainsi, le fait de considérer les défendeurs dans leur qualité juridique de producteurs et non pas simplement dans leur rôle d'émetteurs, la fragmentation de la *state common law* au sein des États fédérés et l'absence d'une intervention spécifique du gouvernement fédéral laissent ouvertes des pistes pour redynamiser la *tort law* dans sa raison d'être de vecteur de justice corrective.

***

78 *City of Oakland c. BP p.l.c*, Brief of Legal Scholars, p. 13.

79 *Ibid.*, p. 14-18 ; en ce sens, E. M. Peñalver, « Acts of God or Toxic Torts ? Applying Tort Principles to the Problem of Climate Change », *Natural Resources Journal*, vol. 38, 1998, p. 573 ; G. Calabresi, A. D. Melamed, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, p. 1089, 1096.

80 *City of New York c. BP p.l.c.*, Brief Amicus Curiae of Niskanen Center in Support of Plaintiff City of New York, p. 1.

81 *Ibid.*, p. 2.

Comme la ville de New York l'affirme dans son appel, le fait qu'une solution législative soit préférable ne saurait priver l'autorité juridictionnelle de ses fonctions : le pouvoir de consacrer une solution rétablissant l'équilibre entre les différents acteurs de la société est une prérogative incontournable de la branche judiciaire. Face aux inégalités montantes et aux impératifs de résilience climatique, les contraintes d'adaptation territoriales ne peuvent plus être reportées indéfiniment et leur financement s'avère urgent. En l'absence d'une intervention spécifique de l'État régulateur et en raison d'un vide juridique qui néglige la protection effective des droits des victimes, l'internalisation des coûts liés aux dommages climatiques par le moyen de la voie contentieuse semblerait donc non seulement légitime, mais inéluctable.

30
État de Rhode Island c. Chevron *et al.* (2019)

Rhode Island c. Chevron Corp., 2019 WL 3282007 (D.R.I. July 22, 2019)[1]

Filippo P. Fantozzi[2]

Selon le dernier rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), le niveau de la mer dans le monde a considérablement augmenté depuis le début de la révolution industrielle, avec une accélération au cours des dernières décennies en raison de la fonte des calottes glaciaires et de l'expansion thermique des océans[3]. Le rapport montre que ce taux est destiné à augmenter dans les prochaines années, s'appuyant notamment sur un scénario à émissions de gaz à effet de serre (GES) élevées prévoyant la fonte complète de la calotte glaciaire du Groenland d'ici 2100[4]. Une augmentation des vents et des précipitations liées aux cyclones tropicaux, combinée à l'élévation relative du niveau de la mer, exacerbera ainsi la dangerosité des événements climatiques extrêmes[5]. En l'état actuel, les conséquences de l'augmentation du niveau de la mer ont déjà lourdement impacté un nombre considérable de communautés côtières américaines. En ce sens, la *U.S. National Oceanic and Atmospheric Administration* estime que les effets néfastes des inondations sont devenus de 300 % à 900 % plus fréquents dans les zones côtières des États-Unis en cinquante ans[6]. Au niveau national, plus de 76 % des inondations causées par l'élévation du niveau de la mer entre 2005 et 2014 ne seraient pas survenues en l'absence du changement climatique induit par les activités humaines. À cet égard, plus de deux tiers des jours d'inondations enregistrés depuis 1950 ne seraient pas survenus en l'absence de l'augmentation des émissions de GES et de leur concentration dans l'atmosphère[7]. Selon les projections modélisées dans *High Tide Tax: the Price to Protect Coastal Communities from*

1 Décision en ligne : http://climatecasechart.com/case/rhode-island-v-chevron-corp/ (consulté le 8 janvier 2020).

2 LL.M. Graduate in Climate Change and Energy Law, Pace University School of Law, New York.
L'auteur tient à remercier Étienne Lair pour sa relecture attentive et ses utiles commentaires et suggestions.

3 IPCC, « 2018 : Summary for Policymakers », *Global Warming of 1.5℃. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5℃ above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty,* p. 4 [En ligne] https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_SPM_version_report_LR.pdf (consulté le 4 février 2020).

4 A. Westervelt, The State of Climate Science : Sea Level Rise's Impacts Are the Hardest to Ignore, *Climate Liability News*, 10 janvier 2018 [En ligne], https://www.climateliabilitynews.org/2017/08/03/the-state-of-climate-science-sea-level-rises-impacts-are-the-hardest-to-ignore/ (consulté le 10 janvier 2020).

5 Intergovernmental Panel on Climate Change, « 2019 : Summary for Policymakers », *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, p. 11 [En ligne] https://report.ipcc.ch/srocc/pdf/SROCC_SPM_Approved.pdf, (consulté le 12 septembre 2019).

6 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, 2019 WL 3282007 (D.R.I. July 22, 2019), Complaint, p. 36 ; National Oceanic and Atmospheric Administration, *Is Sea Level Rising ?* [En ligne], https://oceanservice.noaa.gov/facts/sealevel.html (consulté le 10 janvier 2020).

7 *Ibid.*, p. 36-37 ; Climate Central, *Sea Level Rise Upping Ante On 'Sunny Day' Floods*, 17 octobre 2016, [En ligne], https://www.climatecentral.org/news/climate-change-increases-sunny-day-floods-20784 (consulté le 10 janvier 2020).

Rising Seas, un rapport publié en 2019 par le *Center for Climate Integrity*, les États-Unis devront faire face à plus de 400 milliards de dollars en coûts d'adaptation climatique au cours des vingt prochaines années pour protéger les communautés côtières de l'élévation du niveau de la mer. Plus précisément, le rapport suggère que la construction de plus de 80 000 km de barrières côtières s'avèrera nécessaire dans vingt-deux États ; cent trente comtés (*counties*) devront soutenir des coûts d'adaptation d'au moins 1 milliard de dollars et quatorze États fédérés devront investir 10 milliards de dollars ou plus d'ici 2040. Le rapport précise en outre que ces coûts reflètent le strict minimum en défenses côtières que les administrations locales devront mettre en place pour contenir la montée des eaux océaniques et prévenir des inondations périodiques au cours des vingt prochaines années. Ces dépenses ne représenteraient qu'une partie réduite, à savoir 15 % du coût total d'adaptation climatique que les collectivités territoriales et les gouvernements des États fédérés devront financer dans l'avenir[8]. En s'interrogeant sur la question de savoir si les contribuables devront assumer tous les coûts d'adaptation territoriale ou si les principaux émetteurs de GES seront obligés de payer leur juste part, les auteurs de *High Tide Tax* mettent l'accent sur un dilemme qui amène à une conclusion inéluctable en termes de justice climatique : les entreprises qui ont commercialisé des produits fossiles, tout en sachant (et niant) qu'elles auraient ainsi radicalement modifié l'équilibre climatique planétaire, doivent être tenues à partager les coûts de résilience climatique engagés pour contenir les conséquences de cette perturbation anthropique sans précédent. Au contraire, ne pas tenir les pollueurs à cette logique de responsabilisation conduirait à sciemment condamner des centaines de communautés à la faillite, lentement et inexorablement destinées à être englouties par la mer[9].

Parmi les communautés de la région américaine du *New England* les plus ciblées par les impacts du changement climatique se trouve Rhode Island, également connu sous le nom d'*Ocean State*. Caractérisé par un long engagement en termes de politiques de protection et de préservation de ses ressources naturelles et de l'environnement local, cet État fédéré possède plus de 700 km de rivages, couronnés par des agglomérations côtières historiques et une industrie maritime particulièrement rentable. Confronté aux effets croissants du réchauffement global et aux coûts liés à la protection de ses infrastructures, Rhode Island a finalement choisi de réagir à la crise climatique qui ravage son territoire en déposant un recours à l'encontre de vingt-et-une parmi les plus grandes multinationales de combustibles fossiles. Dans ce recours, l'État se retourne contre les entreprises retenues comme responsables d'avoir sciemment contribué à la déstabilisation des équilibres climatiques et ainsi aux conséquences catastrophiques sur le territoire et ses résidents[10]. Le 2 juillet 2018 représente ainsi une date historique pour le mouvement mondial de « judiciarisation du changement climatique »[11] : suivant la route ouverte par plusieurs municipalités côtières telles que Oakland et New York, l'*Attorney General* Peter F. Kilmartin a dévoilé une stratégie judiciaire sans précédent qui consacre

8 S. Leroy, R. Wiles, P. Chinowsky, J. Helman, *High Tide Tax : the Price to Protect Coastal Communities from Rising Seas*, Center for Climate Integrity, 2019, p. 1.

9 *Ibid.*, p. 3.

10 N. Kusnetz, Rhode Island Sues Oil Companies Over Climate Change, First State in Wave of Lawsuits, *Inside Climate News*, 2 Juillet 2018, [En ligne] https://insideclimatenews.org/news/02072018/rhode-island-climate-change-lawsuit-fossil-fuel-industry-rising-sea-levels-heat-waves-storms (consulté le 12 janvier 2020).

11 « La justice climatique peut s'entendre comme le phénomène de "judiciarisation du changement climatique" », C. Cournil, L. Varison, « Introduction », in C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, éd. Pedone, Paris, 2018, p. 19.

Rhode Island comme le premier État fédéré américain à avoir entamé une procédure contentieuse à l'encontre de *carbon majors* comme Chevron, BP, ExxonMobil, Shell, Motiva Enterprises, Citgo, Marathon, Speedway, Hess, Lukoil et Getty Petroleum[12].

Pour ce qui concerne l'analyse de la causalité de cette action en justice, le procès vise à voir condamner les défendeurs au paiement de dommages-intérêts, les préjudices en cause étant notamment associés à la fois à l'élévation du niveau de la mer et aux changements du cycle hydrologique. Ces phénomènes seraient en effet induits par l'accumulation dans l'atmosphère des émissions de GES générées à travers les produits commercialisés par lesdits groupes énergétiques[13]. À cet égard, le recours rappelle que les défendeurs ont extrait une quantité de combustibles fossiles si prépondérante qu'ils peuvent se voir attribuer plus d'une tonne sur sept de CO_2 et de méthane émis à l'échelle mondiale entre 1965 et 2015 : ainsi, « sur les défendeurs pèse en général une responsabilité prééminente pour le réchauffement global ainsi qu'une responsabilité particulière pour les dommages subis par le requérant »[14]. Par conséquent, une responsabilité directe pour l'émission mondiale de 14.81 Gt de CO_2 entre 1965 et 2015 entraînerait notamment une responsabilité directe pour une partie substantielle de l'élévation passée et future du niveau de la mer. À cet égard, en affirmant que « les familles des contribuables ne devraient pas être tenues de payer pour les conséquences de la méconnaissance délibérée des multinationales du pétrole, gaz et charbon », la Gouverneure de Rhode Island Gina Raimondo a clairement défini l'ambition du recours[15] : partager les coûts de réparation et d'adaptation climatique avec les acteurs qui ont contribué en connaissance de cause à déclencher la crise climatique actuelle. Ainsi la requête exprime finalement la nécessité de revoir une répartition inégale des externalités négatives venant des *carbon majors,* mais qui affectent les autorités publiques, les résidents et les contribuables de Rhode Island[16].

En phase avec une stratégie contentieuse bien établie au sein de la quasi-totalité des litiges climatiques américains, les dommages subis par l'État et les coûts d'adaptation sont examinés à la lumière d'une interprétation orientée des théories de la *common law* et du droit constitutionnel étatique (**I**). Nonobstant les questionnements quant à la dimension fédérale de l'affaire, le présent jugement dont le recours rhode-islandais est à l'origine donne pleine légitimité aux cours étatiques de l'État fédéré pour trancher les litiges adressant la responsabilité climatique des acteurs privés. Par conséquent, cette décision ouvre une brèche vers la consolidation d'une souveraineté majeure des États fédérés, au moyen de leurs branches judiciaires, dans la gouvernance des questions climatiques qui intéressent leur territoire (**II**).

12 Le *State Attorney General*, dans la plupart des cas démocratiquement élu, joue un rôle apical au sein du gouvernement des États fédérés des États-Unis, en exerçant de nombreuses fonctions de politique judiciaire similaires à celles généralement attribuées au Ministère de la Justice et au Procureur de la République. À cet égard, le *State Attorney General* fournit des conseils et des avis juridiques au pouvoir exécutif tout en promouvant des enquêtes, des actions en justice et en coordonnant la défense de l'État en cas de contentieux.

13 Office of the Attorney General, *Rhode Island Attorney General Kilmartin Files Lawsuit Against Fossil Fuel Companies for Costs and Consequences of Climate Change*, 2 juillet 2018, [En ligne] https://www.ri.gov/press/view/33626 (consulté le 12 janvier 2020).

14 Traduction libre : « Defendants bear a dominant responsibility for global warming generally, and for plaintiff's injury in particular », *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 4.

15 Traduction libre : « Working families shouldn't have to pay for the willful ignorance of big oil, big gas, and big coal companies […] », J. Mark, Rhode Island Becomes First State to Sue Big Oil Over Climate Change, *Sierra*, 2 juillet 2018, [En ligne] https://www.sierraclub.org/sierra/rhode-island-becomes-first-state-sue-big-oil-over-climate-change-climate-lawsuits-exxonmobil-chevron-bp (consulté le 10 janvier 2020).

16 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 5. Comme identifié par R. Heede dans son *Carbon Majors : Accounting for Carbon and Methane Emissions 1854-2010 Methods & Results Report*, la notion de *carbon majors* doit inclure les plus grandes sociétés pétrolières, gazières et charbonnières qui ont matériellement contribué au changement climatique par le moyen de la commercialisation de produits à l'origine de quantités significatives de GES. Pourtant, cette définition n'est pas explicitée dans la requête de Rhode Island.

I. Une convergence juridictionnelle entre contraintes de gouvernance publique et objectifs de justice climatique

Comme constaté au sein du *Climate Deregulation Tracker*[17] du *Sabin Center for Climate Change Law*, l'Administration Trump a poursuit depuis 2017 une démarche nationale de déréglementation environnementale sans précédent, susceptible d'exacerber encore plus rapidement les impacts localisés du changement climatique. Contrairement à l'inaction fédérale, les gouvernements locaux des États-Unis ont dû se porter garants d'une prise de conscience indispensable face à la crise climatique actuelle et à la nécessité de se préparer aux impacts économiques, environnementaux et sanitaires qui affecteront directement leurs résidents. Grâce à sa rédaction précise et pédagogique, le recours déposé par Rhode Island fournit une illustration transversale de tous les préjudices climatiques, à la fois passés et futurs, qui sont désormais devenus impossibles à ignorer : l'implémentation des politiques réglementaires et des contraintes budgétaires qui pèsent sur les autorités publiques deviennent ainsi un modèle indispensable à la détermination des stratégies de gouvernance climatique pour les années à venir (**A**). En adhérant pleinement à son statut de « victime climatique », l'État identifie dans la tradition de *common law* de Rhode Island la voie contentieuse la plus efficace pour corriger les conséquences locales des agissements des multinationales. Les défendeurs, appelés à répondre des impacts induits par l'exploitation des combustibles fossiles, sont également mis en cause à la lumière d'argumentaires de nature législative et constitutionnelle, ce qui permet d'adresser la nature économique et écologique des bouleversements climatiques subis par l'*Ocean State* (**B**).

A. Dommages climatiques et finances publiques : une action en responsabilité menée par l'État dans sa qualité de victime du réchauffement global

Dans la dernière moitié du siècle précédent, le niveau de la mer dans le Nord-ouest des États-Unis a augmenté entre trois et quatre fois plus rapidement que la moyenne mondiale ; qui plus est, l'exposition de l'État de Rhode Island aux conséquences du changement climatique se trouve aggravée par une vulnérabilité intrinsèque liée aux phénomènes d'affaissement du sol qui caractérisent la région[18]. La géographie, la topographie et la configuration de l'aménagement du territoire de Rhode Island rendent ainsi cet État fédéré particulièrement vulnérable aux dégâts induits par la montée des eaux océaniques. La prévisibilité des dommages climatiques futurs qui affecteront l'*Ocean State* est ainsi établie en constatant qu'une partie significative des municipalités de Rhode Island se situe dans des zones d'ores et déjà inondables, destinées à être durement affectées par l'exacerbation du changement climatique dans les années à venir[19]. Les impacts associés à l'augmentation de la température et du niveau de la mer incluent notamment une montée des occurrences, de la persistance et la gravité des tempêtes, inondations des infrastructures, contamination saline des nappes phréatiques, dommages

17 Sabin Center for Climate Change Law, *Climate Deregulation Tracker*, [En ligne] https://climate.law.columbia.edu/climate-deregulation-tracker (consulté le 14 janvier 2020).

18 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 37.

19 *Ibid.*, p. 38 ; Special House Commission to Study Economic Risk Due to Flooding and Sea Level Rise, *Final Report*, 12 mai 2016, p. 6, [En ligne] https://www.adaptationclearinghouse.org/resources/rhode-island-special-house-commission-to-study-economic-risk-due-to-flooding-and-sea-level-rise-final-report.html (consulté le 10 janvier 2020).

aux propriétés publiques et privées et de la pollution découlant des dégâts causés aux infrastructures de gestion des eaux urbaines usées[20].

La requête visant principalement une condamnation pour dommages-intérêts, les avocats de l'État ont listé avec précision les différents préjudices que Rhode Island a subis ou subira en vertu des conséquences de la crise climatique actuelle. D'abord, la plupart des infrastructures destinées au transport comme les routes, parkings, ponts et ports, qui appartiennent ou sont aménagés par les autorités publiques, seront grevés par des coûts de manutention de plus en plus élevés : presque 1 000 km d'autoroutes et cent-quarante-huit ponts seront exposés à une surélévation significative du niveau de la mer[21]. Les évènements climatiques extrêmes qui ont affecté Rhode Island, comme des ouragans et inondations, ont également mis en péril la sécurité et stabilité énergétique de l'État. À cause des coupures d'électricité plus fréquentes et des dommages aux infrastructures de transmission électrique, les autorités publiques ont dû supporter les coûts de réparation des lignes et de réhabilitation du service ainsi que les pertes liées au ralentissement des activités économiques[22]. Les impacts climatiques qui affectent négativement l'industrie de la pêche, qui rapporte environ 200 millions de dollars par an, ont causé et continueront de causer des perturbations à l'économie de l'État à la fois sur le court et long terme, impliquant ainsi des pertes de revenus significatives pour Rhode Island. En termes de perte de propriétés et de revenus, l'érosion côtière et la hausse de la température de la mer se traduiront également par une décroissance significative des activités récréatives et touristiques, notamment du fait de la disparition progressive des plages et de leur clôture en prévention des contaminations bactériennes des eaux océaniques[23]. La contamination saline des nappes phréatiques, la réduction d'autonomie en termes d'approvisionnement en eau potable et les coûts de réaménagement des réseaux des eaux urbaines présentent également un défi futur incontournable face à l'impérativité de contenir les conséquences sanitaires et environnementales qui pèseront sur la population de l'*Ocean State*. Les auteurs du recours accordent également une place prééminente aux dommages subis par les ressources naturelles de l'État telles que les habitats ainsi que les espèces végétales et animales qui caractérisent le territoire : une approche qui se montre particulièrement nécessaire non seulement en termes d'opportunités économiques, mais également pour avancer la consolidation d'un préjudice de nature écologique. La notion d'un tel préjudice incorpore ainsi des conséquences néfastes à la préservation de la biodiversité, des équilibres géologiques et des services écosystémiques de la région[24].

À côté des dommages qui concernent directement ses infrastructures et ressources naturelles, l'augmentation du niveau de la mer forcera l'État à augmenter les dépenses publiques liées aux nouvelles politiques et réglementations nécessaires à l'information, la prévention et la mitigation des risques climatiques. Rhode Island devra investir dans des mesures d'adaptation territoriale, notamment en

20 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 36.

21 *Ibid.*, p. 103 ; Rhode Island State Website, *Resilient Rhody Statewide Climate Resilience Action Strategy* 2018 p. 32, [En ligne] http://climatechange.ri.gov/documents/resilientrhody18.pdf (consulté le 10 janvier 2020).

22 *Ibid.*, p. 28-29.

23 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 105-106.

24 *Ibid.*, p. 109-112 ; en ce sens, les auteurs du recours posent l'accent sur la nécessité de prendre en considération la perte de « critical ecosystem functions », induite par la dégradation des zones humides côtières.

surélevant et relocalisant ses routes et infrastructures côtières tout en prévoyant de nouvelles barrières maritimes pour minimiser les dommages aux biens immeubles situés à proximité de la mer. À cet égard, les projections scientifiques que la requête invoque estiment que plus de six mille propriétés côtières d'une valeur d'environ 3.6 milliards de dollars seront mises en péril dans un scénario de surélévation significative du niveau de la mer, réduisant ainsi d'environ 47 millions de dollars les revenus étatiques liés aux impôts sur les biens immeubles. Par conséquent, les pertes qu'accuseront les caisses de l'État pourraient affecter la capacité des autorités publiques à prévenir et atténuer de façon effective les dommages climatiques auxquels les municipalités de Rhode Island seront de plus en plus exposées. Même en combinant l'adoption de mesures de résilience climatique à une trajectoire de réduction des émissions, les pertes en valeur économique des biens immeubles et par conséquent la réduction des recettes budgétaires ne sauraient être évitées à cause de l'augmentation désormais certaine des risques d'inondations et des pertes d'activités économiques conséquentes dans la région[25].

En opposant au phénomène global du changement climatique des dommages spécifiques, localisés et particuliers, cette stratégie démontre l'effort procédural qui vise à concrétiser l'intérêt particulier à agir de Rhode Island. Ainsi, les conditions préfigurant l'émergence d'un État « victime climatique » sembleraient pleinement remplies, légitimant la saisine du juge pour consacrer ce nouveau statut au niveau juridictionnel[26]. Étant donné que l'ensemble des défendeurs maintiennent des contacts minimaux avec Rhode Island, le requérant a opté de saisir la *Providence County Superior Court*, une Cour étatique de première instance. Les avocats de l'*Ocean State* affirment qu'en vertu des règles procédurales en vigueur, ladite Cour est dotée d'une compétence exclusive pour décider de l'affaire, notamment du fait que la valeur du litige est bien supérieure à 10 000 dollars. Le choix d'une Cour spécifiquement située dans Providence County serait en outre légitime en vertu du fait que les droits et biens concernés par le litige sont effectivement situés dans le ressort de cette juridiction ; par ailleurs, certains parmi les défendeurs exercent également leurs activités dans ce lieu[27]. À cet égard, afin d'établir un lien de causalité entre les préjudices subis et les agissements des défendeurs, les avocats de l'État ont finalement identifié dans les modalités d'exploitation de combustibles fossiles la source première des préjudices, fondant la responsabilité climatique des multinationales.

B. La corrélation entre commercialisation des combustibles fossiles et impacts localisés : orientations et nuances juridiques d'une nouvelle responsabilité climatique

Une lecture comparée des requêtes et des décisions du contentieux climatique mondial montre que la création juridique *stricto sensu* d'un nouveau régime de responsabilité s'est révélée secondaire par rapport à la réélaboration de droits, procédures et stratagèmes juridiques déjà existants. Ainsi,

25 *Ibid.*, p. 101 ; En ce sens, Union of Concerned Scientists, *Underwater : Rising Seas, Chronic Floods, and the Implications for US Coastal Real Estate,* 2018 [En ligne] https://www.ucsusa.org/sites/default/files/attach/2018/06/underwater-analysis-full-report.pdf (consulté le 12 janvier 2020).

26 Pour approfondir le concept de nation en tant que victime climatique : E. A. Posner, C. R. Sunstein, « Climate Change Justice », *Georgetown Law Journal*, vol. 96, 2008, p. 1580.

27 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 10.

la nécessité de répondre rapidement aux pressantes exigences d'adaptation et atténuation des bouleversements climatiques a plutôt favorisé une « lecture novatrice des normes et des courants jurisprudentiels » qui ont historiquement caractérisé les systèmes juridiques nationaux[28]. L'héritage jurisprudentiel d'un État peut donc légitimement se manifester comme une nouvelle ressource au service des argumentaires de justice climatique[29]. En ce sens, en conformité avec la tradition contentieuse de *common law*, la question de la responsabilité climatique des multinationales a été soulevée sous le prisme de plusieurs stratégies juridiques différentes (*joinder of causes of action*). À cet égard, Rhode Island a effectivement choisi de fonder ses argumentaires sur huit théories juridiques interprétées à la lumière du contexte climatique en cause[30].

D'abord, suivant les pas des stratégies légales mobilisées dans des litiges climatiques menés par d'autres entités publiques comme les villes de Oakland, San Francisco et New York, l'État fédéré a identifié dans la *Public Nuisance* le mécanisme le plus approprié pour endiguer de façon prioritaire la conduite illicite des multinationales[31]. En ce sens, les auteurs du recours affirment que les nuisances causées par les défendeurs auraient mis en péril et endommagé de façon irraisonnable le public et notamment la jouissance collective des droits à la propriété, santé et sécurité, ainsi que le bien-être général des résidents et des ressources naturelles de l'*Ocean State*. Ce faisant, ils auraient interféré avec la possibilité pour l'État de maintenir les conditions d'une vie harmonieuse entre Nature et Homme, à la fois pour les générations présentes et futures. L'État de Rhode Island se retrouverait ainsi empêché dans l'exercice souverain de ses fonctions de *parens patrie,* c'est-à-dire protéger, conserver et aménager l'environnement étatique, son territoire et sa faune, légalement considérés comme « des ressources publiques précieuses et inestimables »[32].

Ensuite, la requête s'appuie sur la *strict liability for failure to warn,* une théorie qui permettrait d'établir une responsabilité immédiate des multinationales dans leur qualité de producteurs de combustibles fossiles, sans qu'une faute ou intention de nuire soit requise[33]. La particularité de l'orientation avancée par l'État repose sur le concept de défaut d'information : nonobstant une connaissance à la fois individuelle et collective de la corrélation entre combustibles fossiles, émissions de GES et changement climatique, les défendeurs interpellés ont caché ces informations et faussé la perception publique de l'urgence climatique. Du fait de ce manquement à leur devoir d'information et en l'absence de tout avertissement adéquat, un consommateur ordinaire n'aurait pu prévoir ou découvrir la portée des impacts climatiques globaux et locaux induits par l'usage des combustibles fossiles, ni adopter des mesures de protection efficaces contre les risques et conséquences connus et prévisibles, mais cachés par les producteurs[34].

28 Traduction libre : « una lettura innovativa di norme e indirizzi giurisprudenziali », F. P. Fantozzi, *La Responsabilità dello Stato e delle Imprese nel Contenzioso Mondiale del Cambiamento Climatico*, Tesi di Laurea en droit privé comparé, sous la direction de Vittoria Barsotti, Università degli Studi di Firenze, 2019, p. 22.
29 *Ibid.*, p. 23.
30 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 115-140.
31 *Ibid.*, p. 115-120. Pour une définition de *public nuisance* : Z. J. B. Plater, R. H. Abrams, R. L. Graham, L. Heinzerling, D. A. Wirth, N. D. Hall, *Environmental Law and Policy : Nature, Law, and Society*, Wolters Kluwer, New York, 2016, p. 89.
32 Traduction libre : « precious and invaluable public resources », *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 116.
33 Pour une définition de *strict liability* : Z. J. B. Plater *et al.*, cit., p. 89.
34 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 112.

Puis, le troisième fondement potentiel évoqué correspond à la *strict liability for design defect,* permettant d'imputer une responsabilité sans faute du fait du produit défectueux ; dans cette perspective, le recours dénonce la commercialisation d'un produit intrinsèquement dangereux pour la stabilité de l'équilibre climatique, notamment du fait que les combustibles fossiles n'ont pas opéré de la façon sûre à laquelle un consommateur ordinaire s'attendrait[35].

De surcroit, en complément à la responsabilité directe pour défaut d'information, les auteurs du recours mobilisent deux théories de *common law* fondées sur le concept de négligence. D'abord, Rhode Island reproche aux multinationales un *negligent design defect*: la commercialisation des énergies fossiles aurait été effectuée en violation d'un devoir de diligence envers les tiers, un *duty of care* qui n'a pas été promptement exercé dans la phase de développement, évaluation, contrôle et distribution des combustibles. En ce sens, les avocats de Rhode Island soutiennent que la violation de ce devoir de diligence a été perpétrée par les défendeurs à travers plusieurs actes et omissions spécifiques. En premier lieu, la mise en commerce de ce produit nonobstant sa « propension inévitable » à altérer la concentration atmosphérique et à induire des conséquences environnementales dommageables. Ensuite, le fait d'avoir ignoré les conclusions en matière climatique constatées par leurs propres chercheurs et par la communauté scientifique internationale. Enfin, une autre forme de négligence est aussi identifiée dans l'absence de tout mécanisme de mitigation et de transition vers des sources énergétiques renouvelables ; les campagnes de désinformation sont également invoquées comme preuve d'un mépris délibéré et irresponsable envers le pouvoir régulateur et les tiers[36]. En s'appuyant sur la théorie de *negligent failure to warn*, l'État requérant soutient que les défendeurs ont méprisé une autre sorte de *duty of care*, estimant qu'un « producteur raisonnable » aurait concrétisé son devoir d'information envers les consommateurs et les tiers en explicitant de manière adéquate les inévitables effets climatiques découlant de l'usage ordinaire des combustibles fossiles[37]. Rhode Island a également mobilisé la notion de *Trespass* en tant que fondement potentiel de la responsabilité civile des compagnies pétrolières : le choix de cette théorie permettrait ainsi de soutenir que les activités des multinationales, en provoquant des phénomènes climatiques comme des inondations, dégâts et précipitations extrêmes, ont endommagé et continueront à menacer les biens qui appartiennent ou se trouvent sous le contrôle de l'État, « envahissant » ainsi les propriétés détenues par l'autorité publique sans qu'elle y ait donné son accord[38].

Parallèlement aux théories de *public nuisance*, les auteurs du recours se réfèrent en outre à l'*impairment of public trust resources* pour rappeler que la Constitution de Rhode Island a également cristallisé les principes du *public trust*. Ceux-ci consacrent le rôle de l'État en tant que protecteur intergénérationnel des ressources naturelles situées sur son territoire. En suivant cette « interprétation évolutive » de la charte fondamentale de Rhode Island, il est possible de considérer que l'article I

35 *Ibid.*, p. 123-128.
36 Traduction libre : « inevitable propensity », *Ibid.*, p. 128-131.
37 *Ibid.*, p. 131-133.
38 *Ibid.*, p. 133-135. Pour une interprétation climatique de la notion de *trespass,* dans le même ouvrage : F. P. Fantozzi, New York contre BP. Chevron, ConocoPhillips, ExxonMobil, et Royal Dutch Shell, I. B) *Des outils juridiques ordinaires au service de l'argumentaire climatique : une interprétation orientée de la state common law traditionnelle.*

§ 16 – 17 de la Constitution explicite le devoir des pouvoirs publics de garantir à tout citoyen la jouissance collective des biens communs et de préserver l'intégrité de ces derniers[39]. Or, les activités des multinationales ont contribué au changement climatique et détérioré le patrimoine naturel de Rhode Island ; la possibilité pour l'autorité publique d'exercer ses prérogatives constitutionnelles se retrouve donc compromise, affaiblissant la possibilité pour le public de bénéficier de l'héritage naturel protégé par l'État[40].

La stratégie contentieuse est *in fine* couronnée par un fondement potentiel indexé sur plusieurs dispositions législatives issues du *State Environmental Rights Act,* qui autorisent l'*Attorney General* de l'État à demander l'intervention de l'autorité juridictionnelle afin d'obtenir des redressements spécifiques à l'encontre des tiers ayant causé toute pollution, atteinte ou destruction environnementale[41]. Face à cette violation alléguée de dispositions constitutionnelles, législatives et de la tradition étatique de *common law*, Rhode Island a demandé au juge de prononcer plusieurs « mesures correctives » à l'encontre des défendeurs (*prayer for relief*). Parmi les plus prioritaires figure la requête de verser des dommages-intérêts, indexés aux éléments de preuve fournis lors du procès qui démontrent la portée des dommages climatiques subis par l'État. Ensuite, la requête ambitionne un jugement fondé sur l'*Equity,* qui ordonnerait plus généralement de neutraliser les nombreuses nuisances causées par les multinationales[42]. Le recours adopte également une coloration rétributive et sanctionnatrice : l'État requérant demande la condamnation à des dommages punitifs « pour un montant raisonnable, approprié et suffisant afin de punir ces défendeurs au nom du bien de la société », ainsi que la restitution des profits obtenus grâce aux comportements illicites perpétrés par les multinationales[43].

II. La consolidation d'une souveraineté judiciaire étatique face à l'inaction des autorités fédérales

Face à l'évidence des impacts climatiques qui grèvent le territoire de l'*Ocean State* et aux preuves alléguant la nature illicite des agissements des défendeurs, les multinationales ont choisi d'indexer leur stratégie de défense sur des argumentaires strictement procéduraux. En ce sens, les critiques formulées portent quasi exclusivement sur le choix du for, considéré comme inadéquat pour trancher des questions de droit particulièrement étendues et controversées, et qui comportent nécessairement des effets substantiels au niveau fédéral. En adoptant une ligne commune fondée sur la nécessité de respecter la répartition des compétences entre la branche judiciaire fédérale et celle des États fédérés, les *carbon majors* ont ainsi soustrait l'affaire à la Cour initialement saisie, en plaidant pour

39 Sur le thème de l'interprétation évolutive du droit constitutionnel : M. Torre-Schaub, « Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent », in M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-Dubost (dir.), *Quel (s) droit (s) pour le changement climatique ?,* Mare & Martin, 2018, p. 131-132.

40 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Complaint, p. 135-138.

41 *Ibid.*, 138-140.

42 Le recours à l'*Equity*, une branche du droit qui s'est développée de façon complémentaire à la *common law*, permet d'obtenir une « mesure corrective » juridique précisément indexée sur les faits du litige. Si un jugement ordinaire en *common law* comporte l'attribution de dommages pécuniaires, dans certaines affaires ce résultat ne suffirait pas pour mettre fin à la violation subie par le requérant. L'*Equity* permet ainsi aux juges de prononcer des injonctions interdisant un comportement illégal ou imposant une obligation de résultat, notamment le devoir d'accomplir une exécution spécifique.

43 Traduction libre : « an award of punitive damages un an amount reasonable, appropriate and sufficient to punish these Defendants for the good of society », *Ibid.*, p. 140-141.

faire reconnaître la compétence des juges fédéraux et non pas celle des Cours étatiques en matière de contentieux climatique (**A**). En rejetant le positionnement des défendeurs, le juge fédéral a finalement reconnu la compétence des autorités juridictionnelles de Rhode Island, renforçant un processus qui vise à augmenter le contrôle judiciaire des États fédérés sur les litiges climatiques. Nonobstant que la question d'une responsabilité du secteur énergétique soit loin d'être tranchée, l'action de Rhode Island exprime déjà la volonté de concilier l'exemplarité de l'action étatique avec les instances de judiciarisation du mouvement de justice climatique (**B**).

A. Une stratégie contentieuse potentiellement efficace : l'établissement de la compétence d'une juridiction étatique pour décider des questions de responsabilité climatique

Le 13 juillet 2018, agissant en accord avec les autres défendeurs, Shell a profité des provisions de l'article 28 § 1446 du U.S. Code pour renvoyer le litige devant un tribunal fédéral, la *United States District Court for the District of Rhode Island*. Cette disposition prévoyant une *procedure for removal of civil actions* permet aux défendeurs, au moyen de circonstances légitimes, de soustraire une affaire à une Cour étatique pour la confier à la juridiction fédérale de première instance du même ressort[44]. En ce sens, Shell a invoqué de multiples motifs de renvoi : parmi les plus significatifs, la multinationale affirme que les prétentions de Rhode Island impliquent « des intérêts fédéraux uniques » (notamment le développement économique, les relations internationales et la sécurité nationale) qui doivent nécessairement être régis par la *common law* fédérale et non pas par la loi des États fédérés[45]. En ce sens, le défendeur a allégué que l'application de la *common law* et plus généralement du droit de Rhode Island serait également inappropriée en ce que les questions soulevées seraient régies par la Constitution des États-Unis, le *Clean Air Act*, l'*Outer Continental Shelf Lands Act* et d'autres dispositions statutaires fédérales. Shell a également soutenu qu'il y avait compétence fédérale en ce que le litige « soulève nécessairement des questions fédérales controversées et substantielles qu'un forum fédéral pourrait trancher sans perturber l'équilibre des responsabilités, approuvé par le Congrès, entre juges fédéraux et étatiques »[46]. Le choix de ce mécanisme semble aussi reprendre une stratégie d'opportunité procédurale qui, dans le passé, a permis aux *carbon majors* de se soustraire avec succès aux actions en justice : au cours des dernières années, la désignation d'un forum fédéral s'est effectivement révélée être fatale pour la réussite initiale d'affaires de contentieux climatique similaires telles celles initiées par les villes de San Francisco, Oakland et New York[47]. En effet, ces municipalités ont été déboutées par des juges fédéraux qui ont reconnu dans l'action législative et exécutive du gouvernement fédéral une préemption incontournable aux demandes de prévention et réparation des impacts climatiques. Demander le transfert de l'affaire à une Cour fédérale augmenterait ainsi les possibilités de persuader l'autorité juridictionnelle de la nature politique du litige, neutralisant le recours avant toute analyse au fond.

44 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Notice of Filing of Notice of Removal of Action to Federal Court, p. 2-3.
45 Traduction libre : « uniquely federal interests », *Ibid.*, p. 5.
46 Traduction libre : « action necessarily raises disputed and substantial federal questions that a federal forum may entertain without disturbing a congressionally approved balance of responsibilities between the federal and state judiciaries », *Ibid.*, p. 5-6.
47 *City of Oakland c. BP p.l.c,* No. C 17-06011 WHA (N.D. Cal. Jul. 27, 2018) ; City of New York c. BP p.l.c., 325 F. 0. 3d 466 (S.D.N.Y. 2018).

La réponse de Rhode Island n'a pas tardé à se manifester, développant une interprétation opposée aux allégations procédurales des défendeurs. Le 17 août 2018, l'*Ocean State* a également formalisé une procédure de renvoi pour soustraire l'affaire au juge fédéral et confirmer la compétence initiale de la Cour étatique. Parmi les motivations avancées par les avocats de l'État, il est notamment affirmé que les prétentions de responsabilité climatique, telles que formulées dans le recours, ne relèvent pas du champ d'application de la *common law* fédérale[48]. De plus, soutenir l'inapplicabilité du droit étatique (*federal preemption defense*) reviendrait à soulever un moyen ordinaire de défense : un argumentaire qui ne suffit pas *per se* à consolider la compétence d'un juge fédéral[49]. Bien avant de se prononcer sur la substance de l'affaire, la première analyse fondamentale confiée à la branche judiciaire est ainsi celle de savoir si la présente question devra être déterminée par le système juridictionnel fédéral ou étatique. Plus précisément, si un tribunal fédéral peut délégitimer une Cour étatique et affirmer sa compétence sur une action en responsabilité intentée par un État fédéré sur le fondement exclusif de ses propres lois et à la lumière de dommages exclusivement subis par l'État et ses résidents[50].

Par une décision en date du 22 juillet 2019, le tribunal fédéral du district de Rhode Island a finalement accueilli la motion de l'*Ocean State* et décidé le renvoi du litige à la Cour étatique, en concluant que les multinationales n'avaient pas réussi à alléguer la nature fédérale de l'affaire[51]. Pour constater que les défendeurs n'ont pas rempli les conditions de la charge de la preuve, le Juge fédéral William E. Smith a fourni des motivations particulièrement détaillées en écartant de façon systématique tous les arguments avancés dans la *Notice of Removal* déposée par Shell.

D'abord, le juge affirme que le recours de l'État, à première vue, ne contient aucune question fédérale en ce qu'il s'appuie exclusivement sur des causes d'action dérivant du corpus juridique de l'État[52]. À cet égard, les défendeurs ont insisté sur le fait que l'État avait habilement déguisé ses prétentions et que si le recours avait été correctement plaidé, il en ressortirait en réalité des questions fédérales sur lesquelles devrait se rattacher la compétence d'une juridiction fédérale (*artful-pleading doctrine*). Le juge constate alors qu'il n'y a rien dans cette doctrine qui sanctionne cette interprétation particulière ; qui plus est, « qu'elle soit déplacée ou non, la *common law* fédérale en matière d'environnement ne fait pas – en l'absence du pouvoir du Congrès – complètement obstacle à la réclamation de l'État pour nuisance publique et ne fournit donc aucune base de retrait » de la compétence d'une juridiction étatique[53]. En ce qui concerne le *Clean Air Act*, la loi fédérale sur la qualité de l'air, la Cour explicite également que les défendeurs n'ont pas démontré en quoi ce régime fédéral constituerait un obstacle aux prétentions de Rhode Island. Le juge renvoie aux dispositions du *Clean Air Act* pour rappeler que, *a fortiori*, « le contrôle de la pollution de l'air "est la responsabilité principale des États et des gouvernements locaux" »[54]. En ce sens, la Cour cite le précédent *Her Majesty*

48 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Plaintiff's Motion to Remand to State Court, p. 9.
49 *Ibid.*, p. 8.
50 *Ibid.*, p. 1.
51 *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Opinion and Order, p. 3.
52 *Ibid.*, p. 4.
53 Traduction libre : « whether displaced or not, environmental federal common law does not—absent congressional say-so—completely preempt the State's public nuisance claim, and therefore provides no basis for removal », *Ibid.*, p. 9.
54 Traduction libre : « [...] that controlling air pollution "is the primary responsibility of States and local governments." »,

the Queen in Right c. City of Detroit pour suggérer que « “le Congrès n’a pas souhaité abolir le contrôle de l’État” en ce qui touche à remédier à la pollution atmosphérique[55] ». Ainsi, « [u] ne loi qui va si loin pour préserver les prérogatives des États ne peut pas être considérée comme l’expression du “pouvoir préemptif extraordinaire” du Congrès pour convertir le droit étatique en revendications de droit fédéral ». Pour la Cour fédérale, les défendeurs n’ont même pas réussi à identifier au sein des *causes of action* avancées par l’État des droits ou immunités essentiels à ces actions, mais fondées sur la Constitution ou les lois fédérales des États-Unis. Par conséquent, « [l] es prétentions de l’État sont fondées sur des lois étatiques. Les droits, les devoirs et les règles jurisprudentielles impliquées dans le recours sont tous fournis par la loi de l’État, sans aucune référence au domaine fédéral »[56].

La Cour reconnaît ensuite qu’en mentionnant des éléments comme les prérogatives de politique étrangère ou la réglementation fédérale des États-Unis, les défendeurs ont soulevé des arguments qu’ils pourront plaider au cours de ce litige, mais qui ne sont pas forcément présents dans les allégations de l’État : à ce stade, cette stratégie revient à soulever prématurément des moyens de défense qui, même si se révèleront finalement décisifs, ne peuvent pas délégitimer la compétence du juge étatique[57].

En outre, la Cour écarte l’argumentaire qui invoque une compétence fédérale en la fondant sur la corrélation entre les activités contestées et la subordination des défendeurs au pouvoir fédéral (*federal-officer removal*) : aucun lien de causalité entre les mesures prises par les défendeurs alors qu’ils « agissaient sous la direction » des agences fédérales et les griefs soulevés par l’État de Rhode Island a été rapporté[58]. En ce sens, « [l] es défendeurs ne peuvent pas démontrer que la promotion et la vente alléguées de combustibles fossiles, encouragées par une campagne de désinformation sophistiquée, étaient justifiées par [leur] devoir fédéral »[59].

Face à un jugement particulièrement favorable aux perspectives de financement forcé des budgets locaux d’adaptation climatique, les défendeurs ont interjeté appel de la décision devant la *United States Court of Appeals for the First Circuit* : les juges d’appel se retrouveront finalement investis du pouvoir de confirmer ou annuler cette première brèche vers l’établissement d’une responsabilité climatique des multinationales.

55 Traduction libre : « “Congress did not wish to abolish state control” over remediating air pollution », *Ibid.*, p. 11 ; L’affaire *Her Majesty the Queen in Right c. City of Detroit,* 874 F.2d 332, 343 (6th Cir. 1989) concerne un litige de nature transfrontalière visant l’autorisation d’un incinérateur de déchets. Ce précédent fédéral trouve sa pertinence au sein des motivations en ce qu’il traite une question similaire à celle présentée par le contentieux de Rhode Island, notamment en déterminant l’extension et l’applicabilité du droit étatique et fédéral en matière de contrôle de la pollution de l’air.

56 Traduction libre : « A statute that goes so far out of its way to preserve state prerogatives cannot be said to be an expression of Congress’s “extraordinary pre-emptive power” to convert state-law into federal-law claims », *Ibid.*, p. 11.

57 *Ibid.*, p. 14.

58 *Ibid.*, p. 15.

59 Traduction libre : « Defendants cannot show the alleged promotion and sale of fossil fuels abetted by a sophisticated misinformation campaign were “justified by [their] federal duty” », *Ibid.*

B. Réparer, protéger, punir : la branche judiciaire comme moyen de reconquête de la souveraineté étatique face au recul de l'action fédérale en matière climatique

Le positionnement de la Cour fédérale du Premier Circuit s'inscrit dans un courant judiciaire qui semble soutenir la reconquête d'une compétence juridictionnelle étatique en matière climatique. D'autres affaires de nature contentieuse adressant les coûts d'adaptation territoriale, similaires à l'action de Rhode Island, ont été entamées entre 2017 et 2018 par les comtés de San Mateo, Marin, la ville de Imperial Beach (Californie) et la ville de Baltimore (Maryland) à l'encontre de la même pluralité de *carbon majors*. Alors que les défendeurs avaient là aussi entamé une *procédure for removal* visant à confier le litige à une Cour fédérale, les juges de *la United States District Court for the Northern District of California* et de la *United States District Court for the District of Maryland* ont aussi conclu à la compétence des juridictions étatiques initialement saisies[60]. Cette orientation renforce l'argumentaire de souveraineté judiciaire étatique plaidée par Rhode Island : « lorsqu'un État souverain a choisi d'intenter un recours devant ses propres tribunaux en vertu de ses propres lois, toute ambiguïté doit être résolue en faveur du respect du choix souverain du for », reconnaissant de cette manière une légitime attribution de compétence[61]. Si d'une part il est certain que le gouvernement fédéral a un rôle crucial à jouer pour lutter contre le changement climatique, il ne devrait pas revendiquer un monopole sur la question : « [i] l est bien établi que les États [fédérés] ont un intérêt légitime dans la lutte contre les effets néfastes du changement climatique sur leurs résidents »[62]. Par conséquent, les actions des autorités fédérales ne sauraient constituer des moyens exclusifs de lutte contre le changement climatique. Si l'action réglementaire des États est un élément important d'atténuation climatique, de façon complémentaire, les recours en justice peuvent également représenter un débouché significatif pour la réalisation des politiques d'adaptation[63]. La bataille pour la consolidation d'une souveraineté juridictionnelle en matière climatique revêt aussi une relevance particulière si l'on constate que les juges des Cours fédérales sont directement nommés par le Président des États-Unis et confirmés par le Sénat ; revendiquer la compétence des cours étatiques exprime donc *de facto* une volonté de contrebalancer l'ingérence du pouvoir fédéral dans les politiques de gouvernance publique des États fédérés.

Bien que Rhode Island ait entamé ce recours en sa qualité de victime du changement climatique, il s'agit avant tout d'un État fédéré des États-Unis. Une action en faveur d'un transfert proportionnel du fardeau de l'adaptation au climat des victimes vers les entreprises d'énergies fossiles peut alors être également assimilée à la nécessité de revitaliser le devoir de l'État de servir l'intérêt de

60 *Cty. of San Mateo c. Chevron Corp.*, 294 F. Sup. 3d 934 (N.D. Cal. 2018) ; *Mayor and City Council of Baltimore c. BP P.L.C., et al.*, No. ELH-18-2357 at 1 (D. Md. June 10, 2019)

61 Traduction libre : « where a sovereign State has elected to bring claims in its own courts under its own laws, any ambiguity should be resolved in favor of respecting the sovereign's choice of forum […] », *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Plaintiff's Motion to Remand to State Court, p. 2.

62 Traduction libre : « "It is well settled that the states have a legitimate interest in combating the adverse effects of climate change on their residents" », *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Brief of Natural Resources Defense Council as Amicus Curiae in Support of Appellee and Affirmance, p. 20.

63 *Ibid.*, p. 21.

ses citoyens. Comme l'a souligné John Locke dans son *Second Treatise of Government*, le gouvernement est établi dans le but de préserver les membres de sa communauté contre les préjudices et la violence : il est donc tenu d'assurer la vie, la liberté et les biens de chaque individu[64]. À cet égard, le nombre croissant d'actions en justice dénonçant la carence et la faute des pouvoirs publics en termes d'inaction climatique fournit une preuve indéniable de l'échec des gouvernements dans l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires. En l'absence d'une réaction rapide des gouvernements nationaux en termes de mitigation et adaptation, les groupes les plus vulnérables de la société se retrouveront inexorablement abandonnés aux impacts d'une crise globale sans précédent : une trahison du pacte social commise par la même structure étatique qui a été pourtant établie dans le but précis d'empêcher l'affaiblissement du bien-être commun au profit d'intérêts individuels et antagonistes. La branche judiciaire est ainsi appelée à affirmer son rôle d'arbitre social pour faire réémerger l'une des prérogatives les plus primordiales de l'État : neutraliser les attentes aux droits des citoyens en assurant leur sécurité[65].

Au-delà de la nature strictement indemnitaire du recours, la médiation de la branche judiciaire permet à Rhode Island de réagir à l'inaction du gouvernement fédéral tout en concrétisant un rappel à l'ordre adressé aux acteurs qui ont matériellement contribué au réchauffement global. Il est en ce sens particulièrement intéressant de constater la présence d'une composante morale dans l'action en justice de Rhode Island. Le recours ne se limite pas à la demande de dommages-intérêts, mais assume une orientation encore plus marquée avec la requête d'une condamnation à des sanctions monétaires punitives (*punitive damages*), une forme de réparation généralement accordée lorsque les actes intentionnels de l'accusé se révèlent être particulièrement malveillants, violents, oppressifs, frauduleux ou délibérément négligents. Par conséquent, l'action intentée par l'*Ocean State* se fait la voix d'une prise de conscience qui ne vise plus seulement à l'établissement d'une justice climatique corrective, mais également à la consécration d'une justice rétributive[66]. Au-delà des effets directs du procès, ce choix procédural permet implicitement de rapprocher les agissements des multinationales à la dimension du crime, plaidant ainsi pour une répression plus exemplaire des impunités qui ont conduit à la crise écologique la plus pressante de notre temps.

***

Les effets imminents du changement climatique se matérialisent de façon variée, impactant de manière significative tous les secteurs de notre société. Il est donc nécessaire que chaque branche du gouvernement puisse avancer un intérêt distinct pour fournir des réponses concrètes et multiples à cette question. Par conséquent, la nature urgente du réchauffement global impose d'utiliser tous les outils disponibles pour y remédier, en demandant une complémentarité transversale entre les actions

64 S. J. Heyman, « The First Duty of Government : Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment », *Duke Law Journal*, vol. 41, 1991, p. 514-516.

65 *Ibid.*, p. 534.

66 Pour une définition orientée de la notion de justice corrective, dans le même ouvrage : F. P. Fantozzi, New York contre BP. Chevron, ConocoPhillips, ExxonMobil, et Royal Dutch Shell, II. B) *L'allocation des coûts entre dommages et externalités négatives : une occasion manquée de consacrer l'approche corrective de la tort law.*

du pouvoir fédéral et les administrations locales. Toutefois, des affaires comme celle entamée par Rhode Island relèvent nécessairement de la compétence du pouvoir judiciaire : les tribunaux étatiques semblent correspondre au lieu de désignation naturelle de résolution des litiges d'adaptation territoriale. En présentant des allégations factuelles, des questions de préjudice et de responsabilité dont les tribunaux connaissent en tant qu'experts, les procès climatiques n'exigent rien d'autre que la victoire des faits et de la science pour rétablir un équilibre entre les auteurs d'agissements illicites et leurs victimes. En vertu de la nature localisée des dommages subis, il revient alors aux juridictions étatiques d'évaluer l'attribution d'une responsabilité pour les préjudices passés et futurs qui grèvent les finances publiques et le bien-être des résidents des États fédérés. À cet égard, les tribunaux sont *a fortiori* investis d'un rôle d'équité important, en ce qu'ils ont été créés pour fournir un forum où même les intérêts économiques les plus puissants doivent se soumettre à la loi, au même niveau de ceux qu'ils ont lésés. Ces considérations conclusives, élaborées par les sénateurs fédéraux Sheldon Whitehouse, Jack Reed et Edward Markey dans leurs *Amicus Curiae* en soutien de Rhode Island, montrent finalement l'ambition idéologique et extra-judiciaire de ce procès climatique :

> « L'histoire révèle une longue bataille entre des puissances influentes qui veulent plier le gouvernement à leur volonté, à n'importe quel prix pour le public, et un public qui a besoin de voir ses propres intérêts protégés, mais qui n'a pas réussi à contenir le pouvoir politique des grands groupes de pression. En tant que branche de gouvernement la moins sensible à la puissance politique, aux tribunaux est alors confié un rôle crucial dans ce contexte[67]. »

67 Traduction libre : « History reveals a long battle between powerful influencers who want to bring government to their heel, at whatever cost to the public, and a public that needs its own interests protected but has not arrayed the political power of the big influencers. As the branch of government least responsive to political might, Courts have an important role in this contest », *Rhode Island c. Chevron Corp.*, Brief of Amici Curiae Senators Sheldon Whitehouse, Jack Reed, And Edward Markey in Support of Appellees and Affirmance, p. 11.

Titre 2

Les actions préventives visant à limiter l'impact climatique

Une des premières actions à visée préventive dirigée contre des *Carbon Majors* et leurs filiales dans leur participation aux effets du changement climatique a été lancée en 2015 par Greenpeace Asie du Sud-Est (31). Si cette action n'est qu'une simple pétition portée devant un organe non-juridictionnel : la Commission des droits de l'Homme aux Philippines, elle a été très médiatisée et a « inspiré » d'autres démarches de ce genre, y compris devant un tribunal.

Par exemple, dans la lignée de l'acquis découlant de l'affaire *Urgenda*, un collectif d'ONG et de citoyens a saisi le même tribunal de district de La Haye afin qu'une entreprise privée puisse se voir conformer à l'Accord de Paris (33). Suivant cette même logique, en France, l'association *Notre affaire à tous*, également requérante dans l'*Affaire du siècle* contre l'État français, a initié en 2020 le premier contentieux climatique contre une entreprise (Total) en réclamant du juge une injonction afin de contraindre l'entreprise à abandonner progressivement ses activités dans les hydrocarbures, en se conformant au « standard scientifique » du GIEC qui prône une limitation du réchauffement à 1,5℃ (34).

Dans ce Titre sera également commentée une espèce singulière qui montre qu'au côté des *Carbon majors*, une banque a été visée par une action de médiation lui reprochant ses investissements dans des énergies carbonées. Ainsi, la Banque ING s'est exprimée devant le Point de Contact National (PCN) des Pays-Bas en 2017 saisi par un collectif d'ONG formé par Greenpeace Pays-Bas, Oxfam Novib, Banktrack et Milieudefensie (32). Si le choix de cet organe et d'une procédure non contraignante peut sembler anecdotique, il a permis de débuter une réflexion sur l'amélioration de la performance climatique de l'établissement bancaire.

31
Greenpeace Asie du sud-est et autres c. Carbon Majors (2015-2020)
Les obligations des droits humains face aux dégâts causés par les *carbon majors* : le travail de la Commission des droits humains des Philippines[1]

Marine Denis[2]

L'année 2019 marque deux avancées majeures pour la judiciarisation des actions relatives au changement climatique opposant la société civile à des États et des entreprises. Le 20 décembre 2019 la Cour Suprême néerlandaise a confirmé la décision en appel ordonnant à l'État néerlandais de réduire ses émissions de gaz à effet de serre (GES) d'au moins 25 % d'ici à la fin de 2020 par rapport au niveau de référence de 1990[3]. Quelques jours plus tôt au beau milieu des négociations internationales sur le climat de la vingt-cinquième conférence des parties (COP25), la Commission des droits humains des Philippines a annoncé qu'elle reconnaissait que les sociétés des *Carbon Majors* avaient joué un rôle évident dans le changement climatique et ses impacts. Ces sociétés pourraient être tenues moralement et légalement responsables des violations des droits humains résultant des impacts du changement climatique[4].

Ces deux cas sont historiques et vont dans le sens de l'interprétation de plusieurs tribunaux ayant reconnu le consensus scientifique relatif au lien de causalité entre les émissions anthropiques de GES, le changement climatique et ses effets délétères[5]. Pour le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), les « GES bien mélangés » présents dans l'atmosphère constituent le principal mécanisme à l'origine du changement climatique[6]. L'existence d'un « mélange de gaz »

1 Pour retrouver l'ensemble des documents de l'affaire : https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/.

2 Doctorante en droit public, Membre de l'IDPS et de la Structure Fédérative « Les Communs », Université Sorbonne Paris Nord.

3 Cour Suprême néerlandaise *Urgenda c. Pays Bas*, 20 décembre 2019, Arrêt de cassation : https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006. Consulté en ligne le 22 décembre 2019. (Voir dans cet ouvrage le commantaire de D. Misonne).

4 « Groundbreaking Inquiry in Philippines Links Carbon Majors to Human Rights Impacts of Climate Change, Calls for Greater Accountability », 9 décembre 2019, Center for International Environmental Law. Consulté en ligne le 22 décembre 2019 : https://www.ciel.org/news/groundbreaking-inquiry-in-philippines-links-carbon-majors-to-human-rights-impacts-of-climate-change-calls-for-greater-accountability/.

5 Programme des Nations Unies pour l'environnement, « L'état du contentieux climatique – revue mondiale », mai 2017, p. 20. Consulté en ligne le 22 décembre 2019 https://fr.boell.org/sites/default/files/the_status_of_climate_change_litigation_-_a_global_review_-_un_environment_-_may_2017_-_fr.pdf.

6 *Ibid.*

rend difficile la reconnaissance d'une responsabilité ; or la loi ne peut sanctionner une personne morale ou/et physique que lorsque celle-ci voit sa responsabilité engagée pour des effets particuliers reconnus avec un lien de causalité démontré. Aussi depuis plusieurs années, la société civile et des organisations non gouvernementales (ONG) se lancent dans des démarches de contentieux climatiques devant des juridictions nationales afin de sanctionner les entreprises privées[7] ayant participé à l'accroissement des émissions de GES qui accélèrent les effets néfastes du changement climatique.

Le 22 septembre 2015[8] une coalition d'ONG[9] en faveur de la protection de l'environnement, des droits humains, du droit des migrants et une association de défense du droit des paysans soumettent la pétition *Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change* auprès de la Commission des droits humains des Philippines, afin que celle-ci enquête sur les conséquences du changement climatique et de l'acidification des océans sur les droits humains et les violations des droits fondamentaux qui pourraient en résulter dans ce pays[10]. Avec cette action, les pétitionnaires souhaitent que soit reconnue la « responsabilité » de 47 entreprises classées[11] parmi les *Carbon Majors* dans la violation de ces mêmes droits, du fait de leur participation à la production d'émissions de GES. Les *Carbon Majors* sont les principales multinationales fossiles qui détiennent, exploitent et distribuent les ressources fossiles incluant le pétrole, le gaz et le ciment. Elles seraient à l'origine de plus de 70 % de la production des émissions de gaz à effet de serre en raison de leur activité industrielle[12]. Parmi ces entreprises étrangères épinglées sous la bannière des *Carbon Majors* figurent des compagnies de charbon, gaz, de ciment ou de pétrole la plupart appartenant à des sociétés-mères établies dans des pays occidentaux (Chevron, Exxon Mobil, British Petroleum – BP, et Royal Dutch Shell). Considérant que ces entreprises participent principalement aux émissions mondiales de GES qui impactent le système climatique, la question de leur responsabilité[13] a été posée devant la Commission des droits humains aux Philippines sous l'angle de la violation des droits fondamentaux. Cette affaire implique également l'obligation de l'État philippin d'assurer la jouissance des droits humains garantis par la Constitution, lesquels pourraient être menacés de violation par l'activité industrielle émettrice des *Carbon Majors* et interroge ainsi l'obligation de réglementation de l'État de ce secteur industriel.

7 Voir le récent cas de l'affaire *Lliuya c. RWE*, AG, Az. 2 O 285/15 dans cet ouvrage le commentaire de F. Giansetto.

8 La pétition a été initialement déposée le 22 septembre 2015. Une motion pour admettre les nouveaux éléments et des modifications a été soumise en avril 2016 et acceptée par la Commission en juillet 2016.

9 Philippines Rural Reconstruction Movement, Philippine Alliance of Human Rights Advocates, Ecowaste Coalition, 350.org East Asia, Alliance of Youth Organizations, Philippine Movement for Climate Justice, etc.

10 Voir pétition "*Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change*", p. 3. Consulté en ligne le 05 février 2020 : http://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/themes/578eca176ad575b709000001/attachments/original/1470446561/Philippine_Climate_Chg___Hum_Rts_petition.pdf (consulté le 22 décembre 2019).

11 Parmi lesquelles Chevron, ExxonMobil, BP, Royal Dutch Shell, Conocophillips, Total.

12 R. Heede, "Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Producers", 1854–2010'*Climatic Change*, (2014) 122 (1), p. 229–41, at 234, 237–8.

13 « This Petition seeks vindication of Filipinos'rights through a comprehensive investigation into the responsibility of the Carbon Majors for violations or threats of violations of human rights resulting from the impacts of climate change », Pétition, p. 7.

Le choix de soumettre cette ambitieuse pétition aux Philippines n'est peut-être pas un hasard. En effet, les Philippines se sont révélées être un pays pionnier en matière de protection de l'environnement depuis 1993 et la célèbre décision *Opposa vs. Factoran* dans laquelle un avocat philippin avait invoqué devant la Cour Suprême des Philippines l'arrêt de la surexploitation des forêts au nom des générations futures. Ce précédent permet depuis de défendre les droits des générations futures contre l'exploitation d'hydrocarbures dans les océans. Toutefois, l'organe auquel revient cette pétition est limité dans son action juridique. La Commission des droits humains dont les prérogatives sont définies par la Constitution philippine de 1987 est un organe simplement délibératif et consultatif et non une juridiction[14]. Sa création est une réponse institutionnelle et politique aux nombreuses violations des droits humains commises sous le régime de la loi martiale de Ferdinand Marcos[15]. À l'issue de la « Révolution de février », insurrection populaire pacifique en 1986, la Présidente Corazon Aquino constitutionnalisa l'année suivante la Commission des droits humains à l'article XIII de la Constitution philippine dans la section 18 consacrée à la justice sociale et aux droits humains[16]. La Commission des droits humains dispose d'un pouvoir d'enquête et de recommandation[17] ainsi qu'une compétence de « veille » du respect de l'application par le gouvernement philippin des traités et des instruments internationaux relatifs aux droits humains auxquels les Philippines sont parties[18]. Elle est en mesure d'enquêter sur les violations des droits humains et c'est sur cette compétence que les auteurs de la pétition s'appuient pour renvoyer l'État philippin à ses obligations constitutionnelles d'assurer la protection et la garantie de jouissance des droits fondamentaux en matière climatique.

Les pétitionnaires s'adressent à la Commission des droits humains pour que celle-ci enclenche un premier dialogue avec des entreprises transnationales dont les filiales sont basées sur le territoire philippin. Au mois de juillet 2016, la Commission a transmis les copies de la communication aux 47 compagnies mentionnées et leur demande de répondre dans un délai de 45 jours[19]. Par la suite, de nombreux juristes, experts et spécialistes de droit international des droits humains abondent dans le sens dans la communication et y contribuent en soumettant plusieurs rapports juridiques – dits aussi *amicus curiae* à la Commission[20]. En décembre 2015, le Président de la Commission déclare la pétition recevable. Courant 2018, la Commission annonce alors la tenue d'enquêtes et d'audiences publiques des principales filiales des *Carbon Majors* impliquées, mais également de personnes[21] s'identifiant comme victimes des effets du changement climatique. En réaction, plusieurs *Carbon Majors*

14 Site Internet de la Commission des droits humains aux Philippines. Consulté en ligne le 22 décembre 2019 http://chr.gov.ph/about-chr/.
15 Site internet de la Commission des droits humains des Philippines. Consulté en ligne le 22 décembre 2019 : http://chr.gov.ph/about-us/.
16 *Ibid.*
17 Constitution philippine, Section 18, paragraphe 3.
18 Constitution philippine, Section 18, paragraphe 7.
19 Site Internet Business Human Rights. Consulté en ligne le 22 décembre 2019 : https://www.business-humanrights.org/en/philippines-world % E2 % 80 % 99s-largest-carbon-producers-ordered-to-respond-to-complaint-alleging-human-rights-abuses-from-climate-change
20 Joint Summary of the Amicus Curiae Briefs, in *National inquiry of the impact of climate change on the human rights of the filippino people*, 19 mars 2018. Consulté en ligne le 22 décembre 2019 : http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/03/Joint-Summary-Amicus-submitted.pdf.
21 Communiqué de presse, Greenpeace section Asie du Sud-Est, décembre 2018 : « The last two of five hearings were conducted in New York and London with international scientific and, legal experts, and Filipino survivors of various extreme weather events from the U.S., the U.K. and the Philippines, such as Haiyan, Mangkhut, Ondoy, and Katrina ». Consulté en ligne le 22 décembre 2019 : https://www.greenpeace.org/philippines/press/1099/landmark-chr-investigation-into-corporate-responsibility-for-climate-change-to-conclude-in-ph-with-collection-of-evidence-now-on-record/.

rappellent au travers de communiqués officiels[22] les compétences juridiques limitées de l'institution et l'absence de lien de causalité prouvé entre les émissions de GES produites par les *Carbon Majors* et les violations de droits humains allégués.

Les auteurs de la pétition ont posé les demandes suivantes à la Commission : « The Honorable Commission should direct respondent Carbon Majors to submit business plans regarding climate change that are consistent with the United Nations Guiding Principles and general principles of legal and moral responsibility[23] ; The Honorable Commission should recommend that policymakers and legislators to develop and adopt clear and implementable objective standards for corporate reporting of human rights in the context of climate change »[24]. Dans quelle mesure la Commission des droits humains des Philippines peut-elle contribuer à faire avancer la reconnaissance d'une responsabilité des entreprises du secteur des énergies fossiles dans le changement climatique ? Et comment peut-elle inciter l'État philippin à réglementer davantage le secteur des énergies fossiles sur la base de l'obligation constitutionnelle de garantir la jouissance des droits humains ?

Cette affaire permet d'abord un nouvel éclairage sur l'utilisation d'éléments scientifiques et de textes de droit international utilisés pour que ces entreprises soient tenues responsables de leur contribution au changement climatique. Ensuite, la pétition et les rapports *amicus curiae* stratégiquement produits par des académiques et ONG apportent des éléments intéressants sur la nécessité « d'humaniser les changements climatiques »[25]. Ainsi, cette affaire illustre alors les limites du cadre juridique du droit international des droits humains encore inadapté à la prise en compte de la « variable climatique » ainsi que la marge de manœuvre juridique très réduite d'une telle Commission non juridictionnelle.

En somme, cette démarche consultative et non contentieuse interroge à la fois le choix de la saisine de la Commission plutôt qu'un juge pour reconnaître l'existence d'une causalité entre les effets du changement climatique et la violation des droits humains (**I**), mais également sur sa capacité à reconnaître au moins politiquement la responsabilité des principales sociétés émettrices de GES dans la violation de droits fondamentaux (**II**).

22 Communiqués de presse officiels, Greenpeace. Consulté en ligne le 22 décembre 2019 http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/non-us-case/in-re-greenpeace-southeast-asia-et-al/.

23 Pétition, p. 158.

24 Memorandum, p. 162. Traduction de l'auteur : « La Commission devrait ordonner aux compagnies pétrolières de soumettre des plans de leurs activités au regard du changement climatique qui soient conformes aux Principes directeurs des Nations Unies et aux principes généraux de responsabilité juridique et morale ; la Commission devrait recommander aux décideurs politiques et aux législateurs d'élaborer et d'adopter des normes objectives claires et applicables aux rapports produits par les entreprises sur les droits humains dans le contexte du changement climatique ».

25 C. Cournil, C. Perruso, « Réflexions sur l'humanisation des changements climatiques et la climatisation des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *Revue des droits de l'Homme*, juin 2018, p. 11.

I. Le choix de la saisine de la Commission des droits humains des Philippines pour trancher une question climatique

La Commission des droits humains des Philippines est un organe indépendant garant de la surveillance des dispositions de la Constitution philippine relative aux droits humains ainsi que du respect des traités internationaux et du système onusien des droits humains par l'État philippin. Les pétitionnaires allèguent qu'il existe un lien de causalité entre les effets du changement climatique et la violation des droits civils et politiques. Ce fondement interroge la lecture « climatique » de la protection des droits humains par la Commission (**A**). Le pouvoir d'enquête de la Commission qui consiste à mener un travail indépendant des organes judiciaires philippins demeure toutefois limité en raison de son statut non juridictionnel (**B**).

A. La Commission des droits humains aux Philippines mise au défi de la lecture climatique des droits humains

1. *Alerter sur la vulnérabilité de la population des Philippines au changement climatique*

La pétition des requérants complétée par des rapports *Amicus Curiae* soumis à la Commission des droits humains effectue un recensement des risques que les effets du changement climatique produisent sur le territoire philippin. Les pétitionnaires pointent notamment l'intensification des catastrophes naturelles (tempêtes, cyclones) et l'augmentation des taux de précipitation[26]. Les pétitionnaires souhaitent ainsi alerter sur la menace que représentent ces phénomènes climatiques sur les droits fondamentaux de la population des Philippines, et ce en s'appuyant sur plusieurs études scientifiques qui annoncent une augmentation des occurrences et une intensification des cyclones tropicaux dans le bassin du Pacifique Nord, une perturbation des cycles de mousson et sécheresse et une hausse des vagues de chaleur dans les îles Verde notamment[27]. Les pétitionnaires recensent systématiquement les impacts de ces événements météorologiques sur la biodiversité, l'environnement et donc la stabilité économique des communautés locales : « *In addition, the loss of biodiversity directly impacts its local communities, as their livelihoods are dependent primarily on tourism, fisheries, and agriculture, all of which are dependent on these threatened natural resources* »[28].

26 *Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change,* p. 29.

27 R. Boquiren, G. Di Carlo, and M.C. Quibilan (Eds). 2010, *Climate Change Vulnerability Assessment of the Verde Island Passage, Philippines*, Technical report. Conservation International, Arlington, Virginia, USA, p. 12. Consulté en ligne le 05 février 2020 : https://www.conservation.org/docs/default-source/publication-pdfs/vulnerability-assessment_-verdeislandpassage_philippines.pdf ? sfvrsn=f68137d9_3.

28 Traduction de l'auteur : « En outre, la perte de la biodiversité cause un impact direct sur les communautés locales, car leurs moyens de subsistance dépendent principalement du tourisme, la pêche et l'agriculture, eux-mêmes dépendants de ces ressources naturelles menacées. » Pétition, p. 27.

2. *Faire reconnaître une atteinte à la jouissance des droits humains résultant des impacts du changement climatique*

En mobilisant un répertoire de moyens juridiques tirés des « droits humains »[29] dans la pétition, les ONG souhaitent faire reconnaître que les effets délétères des changements climatiques ont des conséquences sur la jouissance des droits fondamentaux de la population des Philippines particulièrement vulnérable. Les pétitionnaires inscrivent ainsi leur démarche dans les travaux de la doctrine relative à l'« *human rights-based approach to climate change negotiations, policies and measures* »[30]. Depuis une dizaine d'années, force est de constater une augmentation des dialogues et travaux de recherche[31] sur l'inscription au « régime climat[32] » de dispositions et principes relatifs au système onusien des droits humains[33]. Plusieurs universitaires[34] démontrent un processus grandissant de « climatisation » des droits humains dans les arènes de gouvernance onusienne[35]. Ainsi par exemple, le Haut-Commissariat aux droits humains incite les États à élaborer des politiques d'atténuation et d'adaptation au regard de la protection de l'environnement et des droits humains. Le Conseil des droits de l'Homme reconnaît dès 2008 être préoccupé « par le fait que les changements climatiques font peser une menace immédiate et de grande ampleur sur les populations et les communautés de par le monde et ont des répercussions sur la jouissance effective des droits humains »[36]. En 2014, cet organe a publié une lettre[37] dans laquelle il appelle le Secrétariat de la Convention Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) à reconnaître le changement climatique comme une menace à l'épanouissement et la protection des droits humains prévus par le droit international. Lors de la COP de Paris en 2015, le Haut-Commissariat des Nations-Unies aux Droits de l'Homme, sous l'influence du Rapporteur Spécial John Knox, a rendu un rapport au Secrétariat de la CCNUCC affirmant le besoin de respecter et d'accomplir les obligations du droit international des droits humains dans un contexte de menace des effets du changement climatique. Ce discours

29 Annexe A de la pétition. Liste non-exhaustive des traités de droit international relatifs aux droits humains signés/ ratifiés par les Philippines : « *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Prevention of Discrimination on the Basis of Race, Religion, or Belief; and Protection of Minorities, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Convention on the Rights of the Child, War Crimes and Crimes Against Humanity, Genocide, and Terrorism, Rome Statute of the International Criminal Court etc.* » Consultée en ligne le 05 février 2020 : https://storage.googleapis.com/planet4-philippines-stateless/2019/05/71bb84e6-71bb84e6-annex_a-non-exhaustive_list_of_international_human_rights_treaties_signed_and_or_ratified_by_the_philippines.pdf.

30 Relative à « une lecture des négociations climatiques, des mesures et des politiques publiques relatives au changement climatique fondée sur les droits humains » (traduction de l'auteur).

31 C. Cournil, C. Perruso, « Réflexions sur l'humanisation des changements climatiques et la climatisation des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *Revue des droits de l'Homme*, juin 2018, p. 2.

32 « Le programme CIRCULEX définit le régime international comme « un ensemble de principes, de normes, de règles et de procédures de décision implicites ou explicites, autour desquels les attentes des acteurs convergent dans un domaine spécifique et qui contribue à orienter les comportements dans une certaine direction et correspondant le plus souvent en pratique à des espaces conventionnels déterminés » *in* C. Cournil, « L'intégration de l'approche fondée sur les droits de l'Homme dans le régime climat », in *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris*, (sous la direction de M. Torre-Schaub), ed. IRJS, Presse Université Paris 1, 2017, p. 46.

33 *Op. cit.*

34 S. Duyck, S. Jodoin, A. Johl, *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Routledge International Handbooks, 2018, 430 p. ; A. Savaresi, « Climate Change and Human Rights : Fragmentation, Interplay and Institutional Linkages », p. 53-64 ; J. Auz, « Human Rights Dimensions in Climate Change : Synergies and Caveats », *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador,* 2017, n° 1.

35 *Ibid.*

36 Cf. résolution 7/23, *Droits de l'homme et changements climatiques*, Conseil des droits de l'Homme. Consulté en ligne le 05 février 2020 : http://ap.ohchr.org/documents/F/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_23.pdf.

37 OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, A/HRC/31/52, 1st February 2016, p. 5.

manifeste une volonté d'encourager et faciliter l'élaboration de politiques et de programmes relatifs au climat et à l'environnement intégrant la dimension des droits humains que l'on retrouve à l'alinéa 11[38] du Préambule de l'Accord de Paris en 2015. Cet alinéa, a permis l'adoption de références relatives aux droits humains dans un traité international de l'environnement ainsi que la reconnaissance de nouvelles catégories de personnes vulnérables dans le droit du climat (migrants, enfants, femmes, peuples autochtones)[39].

Rappelons que la plupart des États-parties aux traités sur les droits humains, dont les Philippines[40], sont également parties à la CCNUCC et à l'Accord de Paris[41]. L'État philippin, signataire de l'Accord de Paris en avril 2016, a déjà reconnu la nécessité pour son territoire de prévenir et réduire les effets du changement climatique. Il admet notamment dans un acte exécutif du 20 juillet 2010[42] : « la vulnérabilité de l'archipel des Philippines et de ses communautés locales, tout particulièrement les personnes pauvres, les femmes et les enfants, face aux conséquences potentielles des effets du changement climatique, telles que la montée des eaux, l'aggravation et l'augmentation des périodes de sécheresse, l'augmentation des inondations et des orages, sur les écosystèmes, la biodiversité, la culture et l'économie ». Il précise également que « l'État philippin doit coopérer avec l'ensemble de la communauté internationale à la réduction des risques et des effets du changement climatique »[43].

Les engagements diplomatiques et politiques pris par les Philippines sur la scène internationale et nationale participent selon les pétitionnaires au « bien-fondé » de la démarche d'interpellation de la Commission des droits humains sur sa qualité à agir et à utiliser ses compétences d'enquête.

Par ailleurs, en citant l'affaire *Urgenda* du 24 juin 2015 dans laquelle le tribunal du district de La Haye a ordonné à l'État néerlandais de réduire ses émissions de GES d'au moins 25 % d'ici à 2020 par rapport à 1990, les requérants demandent de surcroit à l'État philippin de limiter et prévenir l'activité polluante des *Carbon Majors*[44].

38 « Les Parties devraient, lorsqu'elles prennent des mesures pour faire face à ces changements, respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'Homme, le droit à la santé, les droits des peuples autochtones, des communautés locales, des migrants, des enfants, des personnes handicapées et des personnes en situation vulnérable, et le droit au développement, ainsi que l'égalité des sexes, l'autonomisation des femmes et l'équité entre les générations ».

39 B. Mayer, « Human Rights in the Paris Agreement », *Climate Law*, 2016, vol. 6, n° 1-2, p. 109-117.

40 C. Cournil, C. Perruso, « Réflexions sur l'humanisation des changements climatiques et la climatisation des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *Revue des droits de l'Homme*, juin 2018, p. 3.

41 *Ibid.*, p. 2.

42 Section 2, Republic act n° 9729 : an act mainstreaming climate change into government policy formulations, establishing the framework strategy and program on climate change, creating for this purpose the climate change commission, and for other purposes.

43 *Ibid.*

44 Pétition *Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change*, p. 3. Disponible sur : http://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/themes/578eca176ad575b709000001/attachments/original/1470446561/Philippine_Climate_Chg___Hum_Rts_petition.pdf ? 1470446561.

B. Exercer un pouvoir d'enquête pour reconnaître des violations des droits humains liées au changement climatique

1. *Le champ de compétence pour enquêter : la bonne conformité*

La section 18 paragraphe 7 de la Constitution philippine dispose que la Commission des droits humains « vérifie la bonne conformité du gouvernement philippin avec les obligations qui découlent de traités internationaux des droits humains »[45]. Afin de justifier cette compétence de « conformité »[46] de la Commission pour enquêter sur les violations des droits humains liés aux effets du changement climatique, les pétitionnaires rappellent alors les obligations juridiques nationales et internationales qui lient l'État philippin à ses citoyens[47]. Ils soulèvent des droits civils et politiques, mais également les droits humains au regard de l'environnement[48].

Dans son article 2 « *Declaration of Principles and State Policies* »[49], la Constitution philippine inscrit que l'État a une obligation de protéger et de promouvoir le droit à la santé ainsi que le droit à une écologie saine et stable en harmonie avec la nature. Bien qu'ils n'appartiennent pas à la liste des droits garantis par le « Bill of Rights »[50] ; incluant l'article 13 de la Constitution philippine consacrée aux droits humains et à la justice sociale, ces droits environnementaux[51] sont toutefois considérés d'importance équivalente aux droits civils et politiques. Cette évolution est consacrée dans la décision *Oposa vs Factoran*[52] de 1993 qui affirme « si le droit à une écologie stable et équilibrée figure dans la Déclaration des principes et des politiques nationales et non dans la Déclaration des droits, il ne s'ensuit pas que ce droit est moins important que les droits civils et politiques énumérés dans cette dernière ».

Aux Philippines, la Constitution prévoit que « l'État protège et fait progresser le droit du peuple à une écologie équilibrée et saine en accord avec le rythme et l'harmonie de la nature »[53]

Ainsi la Cour suprême des Philippines a introduit en 2009 des règles et des mécanismes appelés « Writ of Kalikasan » visant à faciliter la protection des droits à la vie et à un environnement sain, consacrés par la Constitution[54]. En outre, les pétitionnaires justifient le fait que la Commission soit

45 Section 18, « [Commission] …monitor the Philippine Government's compliance with international treaty obligations on human rights] ».
46 Commission on Human Rights, The Omnibus Rules of Procedure of the Commission on Human Rights, i-ii, Apr. 2012.
47 Pétition *Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change,* p. 8. Consulté en ligne le 05 février 2020 : http://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/themes/578eca176ad575b709000001/attachments/original/1470446561/Philippine_Climate_Chg___Hum_Rts_petition.pdf ? 1470446561.
48 Article 2 § 15. et Article 2, § 16 « The State shall protect and promote the right to health of the people and instill health consciousness among them » ; « The State shall protect and advance the right of the people to a balanced and healthful ecology in accord with the rhythm and harmony of nature ». Consulté en ligne le 05 février 2020 : https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/.
49 Traduction de l'auteur : « Déclaration de principes et de politiques menés par l'État ».
50 Pétition p. 7 : « While the adjunct rights to health13 and to a balanced and healthful ecology, 14 known collectively as environmental rights, are not listed under the Bill of Rights, they are included in the subject of this Petition. »
51 Décision *Oposa vs. Factoran*, G.R. No. 101083 July 30, 1993 : « While the right to a balanced and healthful ecology is to be found under the Declaration of Principles and State Policies and not under the Bill of Rights, it does not follow that it is less important than any of the civil and political rights enumerated in the latter ».
52 Sub-Committee on the Rules of Procedure for Environmental Cases, Rationale to the Rules of Procedure for Environmental Cases, 59-60, paragraph 3, Apr. 2010.
53 7 THE 1987 Constitution Of The Republic Of The Philippines, Art. II, § 16.
54 This was the result of an initiative led by Chief Justice Puno of the Philippines Supreme Court to promote public interest litigation in the quest for environmental justice. A copy of these Rules can be found at : Rules of Procedure for Environmental Cases, A.M. No. 09-6-8-SC, 2010 (Phil.). Consulté en ligne le 07 février 2020 : www.lawphil.net/courts/supreme/am/ am_09-6-8-sc_2010.html. For discussion, see Gloria Estenzo

compétente pour recevoir cette pétition, car celle-ci doit « veiller »[55] à ce que le Gouvernement philippin se conforme aux traités et instruments internationaux relatifs aux droits humains auxquels les Philippines sont parties[56] ; parmi lesquels la Déclaration universelle des droits de l'Homme dans laquelle figure le droit à la vie, le droit à la liberté, le droit à la sécurité ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention sur les droits de l'enfant.

2. *La marge de manœuvre étroite de la Commission*

Le pouvoir d'enquête de la Commission est déclenché à son initiative « [...] ou à la demande de toute partie, sur toutes les formes de violations des droits humains et des droits politiques »[57] et celle-ci peut « prévoir des mesures juridiques appropriées afin de garantir la protection des droits humains des personnes vivant aux Philippines ainsi que des ressortissants résidant à l'étranger, et anticiper des mesures préventives et des services d'assistance juridique pour les personnes défavorisées dont les droits humains ont été menacés ou nécessitant une protection »[58]. De plus, la Commission est compétente pour surveiller les moyens de mise en œuvre et d'application des lois, les principes et les normes relatives aux droits humains en relation avec les obligations de l'État de respecter et de protéger les droits humains de tous les citoyens philippins résidant sur le territoire ou à l'étranger. Au-delà de ce travail de « surveillance », la Commission peut adopter formellement des propositions de « recommandation » à destination du Congrès philippin visant à promouvoir les droits humains et à demander à tout service gouvernemental compétent de l'aider à s'acquitter de la bonne tenue de ses fonctions[59].

La Commission des droits humains aux Philippines se saisit pour la première d'un cas « climatique » et annonce son intention de publier au premier trimestre 2020 un premier avis consultatif. Malgré cette « force de proposition » dont elle fait preuve, la Commission des droits humains voit toutefois l'impact de son action limitée par le fait qu'elle n'est pas une juridiction et n'a donc pas le pouvoir de statuer. En 1991, la Cour Suprême des Philippines s'était déjà prononcée sur l'absence de compétence juridictionnelle de la Commission. Dans l'affaire *Cariño vs CHR* (G.R. No. 96681 December 2, 1991), la Commission avait été saisie par des enseignants qui s'étaient vu être remplacés par le ministère de l'Éducation philippin alors qu'ils exerçaient leur droit de grève. Considérant que le droit de grève qui figure parmi les droits civils et politiques protégés par la Constitution avait été ignoré, la Commission avait procédé à l'ouverture d'enquêtes. Rapidement, la Cour Suprême avait rappelé

Ramos, Innovative Procedural Rules on Environmental Cases in the Philippines : Ushering in a Golden Era for Environmental Rights Protection, 1 *IUCN ACAD. ENVTL. L. E.-J.* (2011), at www.iucnael.org/en/e-journal/previous-issues/157-issue-20111.html.

55 Section 17, paragraphe 1. « *Monitor the Philippine Government's compliance with international treaty obligations on human rights* ».

56 Article II, § 2 de la Constitution Philippine, « *The Philippines "adopts the generally accepted principles of international law as part of the law of the land* ».

57 Article 13, Section 18 (1) de la Constitution philippine.

58 « Provide appropriate legal measures for the protection of human rights of all persons within the Philippines, as well as Filipinos residing abroad, and provide for preventive measures and legal aid services to the underprivileged whose human rights have been violated or need protection », Section 18 (2).

59 Section 18, par. 6 : « La Commission des droits humains [...] recommande au Congrès des mesures efficaces pour promouvoir les droits de l'Homme et prévoir l'indemnisation des victimes de violations des droits de l'homme, ou de leurs familles ». Section 19 : « Le Congrès peut prévoir d'autres cas de violation des droits de l'homme qui devraient relever de l'autorité de la Commission, en tenant compte de ses recommandations ».

que la compétence stricte de la Commission résidait dans la collecte de preuves et de témoignages relatifs aux faits reprochés à l'État philippin, mais qu'en aucun cas elle ne pourrait trancher le litige et prononcer une condamnation[60]. Par ailleurs, la Commission n'a pas de compétence reconnue pour émettre une injonction ou une ordonnance restrictive, mais la Cour Suprême philippine estime qu'elle peut établir des « mesures préventives »[61] et assurer un service d'aide judiciaire auprès des personnes victimes de violations de leurs droits fondamentaux[62].

Reste que l'épineuse question du lien de causalité entre les effets du changement climatique et la violation des droits humains devra être tranchée non sans difficulté. Les pétitionnaires saisissent cette occasion surtout pour publiciser la question de la responsabilité des *Carbon Majors* dans la production des émissions de GES, et donc leur responsabilité dans la violation des droits humains qui en découle.

II. Les obligations du secteur privé en matière de droits humains et de changement climatique

De façon complémentaire des contentieux climatiques qui engagent la responsabilité d'acteurs publics (États, gouvernements fédéraux), on recense plusieurs recours déposés contre des entreprises transnationales sur le fondement de la violation de droits fondamentaux[63]. La pétition portée par Greenpeace Asie du Sud-Est a été déclarée recevable par la Commission des droits humains aux Philippines (**A**) et les entreprises en cause ont été appelées à répondre aux arguments portant notamment sur les atteintes aux droits humains (**B**).

A. L'identification des responsabilités des *Carbon Majors* dans la violation des droits fondamentaux liés à leurs activités émettrices

1. L'invocation de rapports scientifiques pour cibler la responsabilité des carbon majors

La Commission a exigé l'ouverture d'une enquête sur la responsabilité des Carbon Majors pour violation des droits humains ou des menaces de violation résultant des impacts du changement climatique. Ces allégations ont été avancées et défendues par les pétitionnaires au moyen de nombreuses sources et rapports scientifiques. Les pétitionnaires mentionnent tout d'abord les chiffres et estimations du GIEC sur les conséquences des effets du changement climatique sur les territoires et rappellent sur les conclusions des rapports produits à l'intention des décideurs ont

60 Décision Cariño vs CHR (204 SCRA 483, 1991). Consulté en ligne le 05 février 2020 : http://casestation.blogspot.com/2012/04/carino-v-chr-204-scra-483-1991.html.

61 Call for inputs for the issues for consideration during a half-day general discussion in preparation for a general comment on article 21 (right to peaceful assembly) of the international covenant on civil and political rights, 18 décembre 2019, p. 6.

62 Blog de l'Université de Droit de Columbia, « Update on the carbon majors : the role of the Philippine Commission on Human Rights ». Consulté en ligne le 05 février 2020 : http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2018/03/08/update-on-the-carbon-majors-petition-the-role-of-the-philippine-commission-on-human-rights/.

63 Décision *Milidefensie c. Shell aux Pays-Bas* (avril 2019) ; *NAAT c. Total*, mise en demeure et assignation prévue en janvier 2020. Ces deux affaires s'appuient sur les droits humains et le non-respect des entreprises des objectifs prévus par l'Accord de Paris.

été adoptés par 195 États membres du GIEC, dont les Philippines[64]. Ils réaffirment que les rapports du groupe d'experts sont un outil scientifique de référence communément adopté pour évaluer les évolutions et impacts du changement climatique et, pour cette raison, ils constituent un moyen de preuve supplémentaire. Afin de préciser la responsabilité des *Carbon Majors* dans l'aggravation des effets du changement climatique, la pétition se construit sur les données du rapport « *Carbon Majors: Accounting for Carbon and Methane Emissions 1854-2010, Methods and Results Report* » publié par le géographe Richard Heede qui liste les 90 entreprises les plus productrices en émissions de GES, les *Carbon Majors* qui ont contribué à générer près des 2/3 des émissions de GES entre 1751 et 2013[65]. Par exemple, 3,5 % de ces émissions historiques sont attribuées à Chevron, 0,8 % à Total etc. (voir tableau du rapport ci-dessous).

Entity	$MtCo_2e$	% of global
1. Saudi Aramco, Saudi Arabia	59,262	4.38%
2. Chevron, USA	43,345	3.20%
3. Gazprom, Russia	43,230	3.19%
4. ExxonMobil, USA	41,904	3.09%
5. National Irania Oil Co.	35,658	2.63%
6. BP, UK	34,015	2.51%
7. Royal Dutch Shell, The Netherland	31,948	2.36%
8. Coal India, India	23,124	1.71%
9. Pemex, Mexico	22,645	1.67%
10. Petroleos de Venezuela (PDVSA)	15,745	1.16%
11. PetroChina / China Natl Petroleum	15,632	1.15%
12. Peabody Energy, USA	15,385	1.14%
13. ConocoPhillips, USA	15,229	1.12%
14. Abu Dhabi, United Arab Emirates	13,840	1.01%
15. Kuwait Petroleum Co., Iraq	13,479	1.00%
16. Iraq National Oil Co., Iraq	12,596	0.93%
17. Total SA, France	12,352	0.91%
18. Sontrach, Algeria	12,302	0.91%
19. BHP Billiton, Australia	9,802	0.72%
20. Petrobras, Brazil	8,676	0.64%
Top Twenty	480,168	35.45%
Global	1,354,388	100.00%

Source: Richard Heede, *Carbon Majors* Report, TopTwenty Rank 1965-2017

Le rapport produit par R. Heede démontre que plus d'un tiers de toutes les émissions mondiales de carbone depuis 1965 peuvent être attribuées aux vingt premières *Carbon Majors.* « Dans la mesure où les émissions opérationnelles représentent environ 12 % du total d'une entreprise et la

64 IPCC, Press Release (08 October 2018), Summary for Policymakers of IPCC Special Report on Global Warming of L5℃ approved by governments. Consulté en ligne le 05 février 2020 : https://www.ipcc.ch/2018/10/08/summary-for-policymakers-of-ipcc-special-report-on-global-warming-of-1-5c-approved-by-governments/.

65 Methods and Results Report, supra note 7, at 29. Rapport accessible à : Methods and Results Report, supra note 7, at 29.

production de carbone 88 % en moyenne, étant donné qu'elles ont une responsabilité qui n'a jamais été contestée de produire et de commercialiser ces produits auprès des consommateurs en sachant que leur utilisation accélérera le changement climatique, ces entreprises assument une responsabilité substantielle pour les dommages climatiques proportionnels à leur production et devraient être tenues pour responsables » déclare R. Heede[66]. Cependant, la méthode de Heede consiste à retracer les émissions directes des entreprises (*scope* 1) plutôt que les émissions indirectes (*scopes* 2 et 3). Or, le poste d'émissions de GES le plus important de ces *Carbon Majors* constitue le *scope* 3, qui concerne les émissions liées à l'utilisation des produits fossiles par le consommateur (comme la combustion de l'essence), représentant environ 85 à 90 % des GES attribués. La question se pose donc de savoir si les *Carbon Majors* sont les seules à être responsables de ces émissions. Pour leur part, les pétitionnaires ont sélectionné plus spécifiquement les entreprises qui ont des exploitations, une présence aux Philippines ou un lien substantiel avec elles.

La démarche des pétitionnaires aux Philippines a inspiré d'autres actions contentieuses menées par des associations ou citoyens s'appuyant sur un argumentaire similaire. À ce titre, le 5 avril 2019, la compagnie pétrolière Shell a été assignée en justice en raison de son inaction et de sa responsabilité dans la participation à l'aggravation des effets du changement climatique[67]. Le principal requérant, *Milieudefensie* (*Friends of the Earth Netherlands*), appuyé par 17.200 personnes qui se sont constituées partie civile, ainsi que six autres organisations agissant pour la cause environnementale, estiment que le modèle économique de Shell menace les objectifs de l'Accord de Paris sur le climat. Ils exigent que Shell contribue à la réalisation de l'objectif de maintien du réchauffement planétaire au-dessous de 1,5 degrés sur le fondement du devoir de diligence d'après l'article 6 : 162 du Code civil néerlandais, ainsi que sur les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), qui garantissent le droit à la vie (article 2) et le droit à la vie privée, vie familiale, domicile et correspondance (article 8).

2. *Réinterpréter la soft law pour demander à la Commission de suggérer au législateur d'établir des obligations de vigilance climatiques à l'égard des entreprises*

Les moyens mobilisés par les pétitionnaires s'articulent autour des principes de droit souple de Responsabilité Sociale des Entreprises relatifs à la responsabilité des entreprises (*corporate and social responsibility*) prévus dans les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits humains » et le principe de précaution qui figure dans les règles de procédure philippines relatives aux affaires environnementales[68].

66 « Insofar as operational emissions comprise roughly 12 percent of a company's total, on average, and their produced carbon about 88 percent, and given that they have undisputed responsibility for producing and marketing those products to global consumers with the knowledge that their use will accelerate climate change, then these companies bear substantial responsibility for climate damages commensurate with their production and should be held accountable for such » R. Heede. Consulté en ligne le 23 décembre 2019 : https://www.climateliabilitynews.org/2019/10/09/global-emissions-carbon-majors-richard-heede/.

67 Voir le commentaire tiré de l'ouvrage de L. Duthoit.

68 Pétition, « *Philippine Rules of Procedure for Environmental Cases* », p. 38.

D'abord, le cœur de l'argumentation réside dans la non-conformité des activités des *Carbon Majors* avec les Principes directeurs qui constituent le texte de droit international souple de référence en matière de la responsabilité des entreprises. Les pétitionnaires renvoient plus spécifiquement au principe directeur 11[69] qui définit la responsabilité de respecter les droits humains en tant que norme de conduite générale pour toutes les entreprises, « qui prévaut en outre sur le respect des lois et des règlements nationaux qui protègent les droits humains ». Le principe directeur 12[70] également mentionné précise que la « responsabilité des entreprises de respecter les droits humains porte sur les droits humains internationalement reconnus – à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Déclaration universelle des droits humains droits humains et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail »[71]. Les Principes directeurs reposent sur les trois fondements du Cadre de référence « protéger, respecter et réparer » et recensent 31 Principes directeurs qui soulignent les mesures que les États doivent prendre pour inciter les entreprises à respecter les droits humains ; pour fournir aux entreprises un schéma directeur pour gérer le risque d'incidence négative ; et enfin pour offrir une série de repères à l'intention des acteurs afin d'évaluer le respect des droits humains par les entreprises[72].

Les Principes Directeurs 11 et 12 permettent de dessiner les contours d'une responsabilité des entreprises qui peut se traduire en pratique par un *devoir de diligence* et de *transparence* qui exigent que les entreprises « identifient, préviennent, atténuent et expliquent comment elles traitent leurs impacts négatifs sur les droits humains »[73]. Dénués de portée juridique, les Principes directeurs des Nations-Unies appartiennent à la *solf law*. Cela ne les a pas empêchés d'être invoqués et parfois retenus devant quelques cours ou tribunaux des droits humains afin que les entreprises respectent et protègent les droits humains, et qu'elles préviennent et atténuent les atteintes directement liées à leurs activités. Par exemple, la Cour interaméricaine des droits humains s'est appuyée sur ces principes dans l'affaire *Kaliña et Lokono Peoples c. Suriname*[74], qui impliquait des activités minières ayant porté atteinte à l'environnement et aux droits fondamentaux des peuples autochtones. Dans l'espèce, la mention des Principes directeurs est pertinente puisqu'un certain nombre de

69 Principe directeur 11 : « Les entreprises devraient respecter les droits de l'Homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'Homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'Homme dans lesquelles elles ont une part ».

70 Principe directeur 12 : « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme porte sur les droits de l'Homme internationalement reconnus – à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'Homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail ».

71 Principes 11 et 12, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, p. 16-17. Consultés en ligne le 05 février 2020 : https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf.

72 *Ibid.* p. 2.

73 Principe 17, *Ibid.*

74 CIADH, 25 novembre 2015 § 224. « La Cour relève que les activités minières ayant eu un impact néfaste sur l'environnement et, par conséquent, sur les droits des peuples autochtones ont été entreprises par des acteurs du secteur privé : initialement par Suralco, puis par l'entreprise BHP Biliton-Suralco. À cet égard, la Cour prend note des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme adoptés par le Conseil des droits de l'Homme des Nations-Unies qui consacrent, pour les entreprises, un certain nombre d'obligations relatives aux droits de l'Homme afin de prévenir, atténuer et responsabiliser ces acteurs. Comme l'affirment ces principes les États doivent protéger leurs ressortissants des violations des droits de l'Homme commises par des tiers, y compris des entreprises privées, pouvant advenir sur leur territoire et devant leurs juridictions. Cela nécessite de prendre des mesures appropriées afin de prévenir, enquêter, punir et réparer ces abus au moyen de politiques publiques, lois, règlements et décisions efficaces ».
Consultée en ligne le 05 février 2020 : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf.

Carbon Majors a affirmé publiquement s'être engagé à respecter ces Principes[75]. Bien que ces principes n'aient pas une valeur juridique contraignante, la responsabilité de l'entreprise n'est pas pour autant facultative en ce qu'elle découle d'une norme globale de comportement attendue qui se reflète souvent dans les lois et les règlements nationaux[76].

Le second outil de droit sur lequel s'appuient les pétitionnaires est le principe de précaution mentionné dans les Principes d'Oslo[77] sur les obligations globales pour le changement climatique adopté en mars 2015[78]. Les Principes d'Oslo ont été élaborés et adoptés par un groupe d'experts du droit international, des droits humains, du droit de l'environnement venant de tribunaux nationaux, internationaux, d'universités et d'organisations sur la base de recherches approfondies et de discussions. Plusieurs avocats et experts qui ont travaillé à la rédaction des Principes d'Oslo considèrent que les « États sont tenus de par le droit international en vigueur d'évaluer l'impact de leurs activités sur l'environnement et de prendre des mesures pour prévenir les effets destructeurs du changement climatique »[79]. Défini par les Principes d'Oslo, le principe de précaution en matière climatique exige que « les émissions de GES soient réduites suffisamment et assez vite pour éviter les menaces liées au changement climatique qui peuvent encore l'être ; et […] que le niveau des réductions nécessaires des émissions de GES pour y parvenir soit basé sur un scénario catastrophe crédible et réaliste accepté par un nombre conséquent d'importants experts du changement climatique »[80].

En vertu du principe de précaution[81], la Cour Suprême philippine relève que « l'application du principe de précaution aux règles de preuve permettra aux tribunaux de s'attaquer aux futurs problèmes environnementaux avant que ne se dégage un consensus irréprochable. En cas de doute les cas doivent être résolus en faveur du droit constitutionnel à une écologie saine et équilibrée »[82]. L'utilisation d'outils prévus dans le droit international et le droit national philippin pour la protection de l'environnement et des droits humains pourrait alors permettre de caractériser la violation par les *Carbon Majors* du principe de précaution et de droits fondamentaux des Philippins.

75 Site Internet de Shell, section « Human Rights ». Consulté en ligne le 23 décembre 2019 : https://www.shell.com/sustainability/transparency/human-rights.html.

76 *Affaire Milieudefensie et al vs.* ING, Juillet 2019. Consulté en ligne le 05 février 2020 : https://www.business-humanrights.org/en/netherlands-national-contact-point-accepts-first-oecd-guidelines-complaint-linked-to-climate-change-against-ing-bank (V. dans cet ouvrage).

77 Legal Experts Release Oslo Principles on Global Climate Change Obligations, Press release, Mar. 30, 2015. Consulté en ligne le 6 février 2020 : https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate…/release.docx. (Consulté en ligne le 05 février 2020) For a detailed discussion of the existing international law underpinning the Oslo Principles, see Oslo Principles. Consulté en ligne le 23 décembre 2019 : http://www.yale.edu/macmillan/globaljustice/Oslo % 20Principles % 20Commentary.pdf (Consulté en ligne le 5 février 2020).

78 Principes d'Oslo sur les obligations globales pour le changement climatique. Accessible en ligne : https://globaljustice.yale.edu/sites/default/files/files/PRINCIPESDOSLO.pdf (Consulté en ligne le 5 février 2020).

79 Traduction de l'auteur : « *The* experts found that states are "bound by existing international law to assess the environmental impact of their activities and to take measures to prevent the destructive effects of climate change ».

80 Oslo Principles on Global Obligations to Reduce Climate Change, Mar. 1 2015. Consulté en ligne le 23 décembre 2019 : http://www.yale.edu/macmillan/globaljustice/Oslo % 20Principles.pdf (Consulté en ligne le 5 février 2020).

81 Supreme Court Decision, dated December 8, 2015, on the consolidated cases ISAAA c. Greenpeace Southeast Asia (Philippines), *et al.*, G.R. No. 209271, Environmental Management Bureau of the Department of Environment and Natural Resources, Bureau of Plant Industry and Fertilizers and Pesticides Authority of the Department of *Agriculture c. Greenpeace Southeast Asia (Philippines) et al.*, G.R. No. 209276 ; *University of the Philippines Los Banos Foundation, Inc. c. Greenpeace Southeast Asia* (Philippines), G.R. No. 209301 ; and *University of the Philippines c. Greenpeace Southeast Asia* (Philippines), G.R. No. 209430, at 100.

82 Traduction de l'auteur « An application of the precautionary principle to the rules on evidence will enable courts to tackle future environmental problems before ironclad scientific consensus emerges. When in doubt, cases must be resolved in favor of the constitutional right to a balanced and healthful ecology ».

Afin d'éclairer son travail la Commission des droits humains a décidé de mener un travail d'enquête et convoque un certain nombre d'acteurs pour témoigner.

B. De la difficulté d'établir les obligations des entreprises en matière climatique

1. *Le refus des obligations extraterritoriales à la poursuite du « business model »*

À l'annonce de la recevabilité de la pétition par la Commission des droits humains aux Philippines, 17 des entreprises citées parmi les *Carbon Majors* ont annoncé soumettre des motions de rejet au motif que la Commission des droits humains ne disposait pas d'une compétence juridique extraterritoriale pour se prononcer sur leur responsabilité dans la violation des droits humains liée à leurs activités polluantes. Certaines sociétés visées soutiennent en effet dans leurs communiqués officiels ne pas être soumises aux procédures émises par la Commission des droits humains, en raison du mandat « territorial et national » de celle-ci[83]. Afin de justifier la compétence extraterritoriale de la Commission, les pétitionnaires font référence à la décision jurisprudentielle américaine *United States c. Aluminum co. of America et al.* de 1945 dans laquelle le juge avait énoncé que « c'est une règle bien établie que tout État peut imposer des obligations, même à des personnes qui ne sont pas dans son allégeance, pour des actes accomplis en dehors de ses frontières qui ont des conséquences à l'intérieur de celles-ci »[84]. Les pétitionnaires affirment que l'État philippin peut exercer son pouvoir judiciaire extraterritorial sur des personnes physiques ou morales en dehors de son territoire, en imposant des obligations pour des actes commis dont les conséquences ont lieu à l'intérieur de son territoire et affectent sa sécurité, ou les droits fondamentaux de ses citoyens. En conséquence, le principe de territorialité laisserait une importante latitude à la Commission des droits humains pour exercer sa compétence d'enquête sur les violations des droits humains ou des menaces de violations commises sur des ressortissants philippins à l'étranger[85].

Plusieurs de ces mêmes entreprises ont également soulevé le fait que le changement climatique ne constitue pas une menace de violation des droits humains au regard du droit international des droits humains. Treize des compagnies pétrolières les plus polluantes ont refusé de communiquer sur le dépôt de la pétition (parmi lesquelles Chevron, ExxonMobil, BP, Marathon et Murray Coal), mais l'entreprise philippine ConocoPhilipps a souhaité rappeler publiquement, par le biais de son porte-parole Marcelo Esquivel, ses différents engagements en matière de lutte contre le changement climatique, essentiellement fondés sur le *reporting* et la recherche[86]. Cette stratégie de communica-

83 V. le communiqué de presse de la société AngloAmerican. Consulté en ligne le 23 décembre 2019 : http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/files/non-us-case-documents/2016/20161004_CHR-NI-2016-0001_reply.pdf.

84 Décision *United States c. Aluminum co. of America et al.* No. 144. Circuit Court of Appeals, Second Circuit. March 12, 1945.

85 Section 18, paragraphe 3 de la Constitution philippine.

86 Communiqué de presse de la société Conocophilips, *Taking Action on Climate Change, As we work to safely find and deliver energy to the world, addressing climate change-related issues is a high priority.* Consulté en ligne le 05 février 2020 : http://www.conocophillips.com/environment/climate-change/climate-change-action-plan/.

tion que développent plusieurs *Carbon Majors* s'appuie à la fois sur un processus de « compensation » (investir dans les énergies renouvelables par exemple) et une stratégie de « coopération de bonne foi » en reconnaissant le rôle important que les entreprises fossiles doivent jouer pour réduire le niveau global des émissions et maintenir les températures mondiales à 1,5° au-dessus des niveaux préindustriels. Ces déclarations sont toutefois à nuancer au regard de la hausse des émissions des activités industrielles et l'accroissement de la combustion des ressources fossiles de 0,6 % en 2019[87].

Cette volonté des *Carbon Majors* de maintenir leur trajectoire industrielle au mépris de celle nécessaire pour respecter l'Accord de Paris malgré les alertes de scientifiques et d'organes onusiens interroge la cohérence de leurs engagements volontaires pris au regard cet Accord[88].

2. *Le rôle de vigie de la Commission*

Les premières auditions des pétitionnaires et des témoins ont débuté les 27 et 28 mars 2018 aux Philippines ainsi qu'à l'étranger[89]. En parallèle, la Commission a développé un processus d'enquête qui lui a permis de recueillir un ensemble de témoignages auprès d'acteurs de la société civile, d'employés des filiales des *Carbon Majors* basés sur le territoire philippin et de certaines autorités gouvernementales locales. Sur le territoire philippin, les auditions se sont déroulées à Cagayan De Oro, Bukidnon et dans la vallée de Cagayan, tandis que des enquêtes et des échanges ont eu lieu à Albay, Quezon et Batangas, des territoires identifiés par les pétitionnaires comme particulièrement vulnérables aux effets du changement climatique[90]. Cette enquête décentralisée sur la base de témoignages recueillis sur plusieurs territoires du pays répondait au souhait de la Commission des droits humains de renforcer la transparence et l'impartialité de son investigation, deux aspects que ses détracteurs ont déjà largement critiqués. De surcroit, elle a également mené des « enquêtes » à l'étranger et particulièrement en Amérique du Nord, où les sièges sociaux des entreprises transnationales évoquées dans la pétition sont installés.

L'avis officiel que la Commission des droits humains rendra public très prochainement pourrait connaître un retentissement médiatique important. Ces rapports pourraient également alimenter des processus de communication militants existants tels que le « *name and shame* »[91] et impacter ainsi

87 Estimation préliminaire tirée du rapport du Global Carbon Project, 2019. Consulté en ligne le 05 février 2020 : https://www.globalcarbonproject.org/carbonbudget/.

88 Scénario Shell « Atteindre les objectifs de l'Accord de Paris », p. 5. Consulté en ligne le 05 février 2020 : https://www.shell.fr/energy-and-innovation/scenario-sky/_jcr_content/par/textimage_d632.stream/1538691162586/fb368a5ecad1a34c854ab12c9a63b57122a4252a/sky-scenario-french.pdf.

89 Communiqué de presse, Greenpeace « Exxon, Shell, Chevron face inquiry hearing for human rights violations in New-York », 27 septembre 2018. Consulté en ligne le 05 février 2020 : https://www.greenpeace.org/international/press-release/18693/exxon-shell-chevron-face-inquiry-hearing-for-human-rights-violations-in-new-york/.

90 Memorandum for the Petitioners, 5 juillet 2019, p. 156 : « The National Inquiry has heard from representatives of the following communities in Luzon, Visayas, and Mindanao through visits, dialogues, and oral testimonies during the public inquiry hearings : (a) Libon, Albay ; (b) Legazpi, Albay ; (c) Tacloban City ; (d) Tanauan, Leyte ; (e) Province of Isabela ; (f) Alabat, Quezon ; (g) Iligan City ; (h) Bukidnon ; (i) Cagayan de Oro City ; (j) Batangas City (Verde Island Passage) ; (k) Bataan ; (1) Benguet, Ifugao Province ; (m) Camarines Norte ; (n) Marikina ; (o) Rizal ; and (p) ; Kamotes Island, Cebu. The Honorable Commission should set up a system to continuously and regularly monitor them, along with other communities in the Philippines which were found to be vulnerable to the impacts of climate change ». Consulté en ligne le 05 février 2020 : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190919_Case-No.-CHR-NI-2016-0001_na-7.pdf.

91 B. Taebi & A. Safari, A. "On Effectiveness and Legitimacy of 'Shaming'as a Strategy for Combatting Climate Change", *Sci Eng Ethics,* 2017, 23, p. 1291.

l'effet réputationnel des *Carbon Majors* impliquées. En tant qu'organe consultatif et non judiciaire, la Commission ne pourra pas en effet juger des pertes et préjudices invoqués par les victimes ni accorder de dommages et intérêts en cas de reconnaissance d'une responsabilité des entreprises transnationales dans la violation des droits humains liés aux effets du changement climatique. Dans le cas où les *Carbon Majors* impliqués dans la pétition continueraient d'ignorer les invitations à être auditionnées par la Commission des droits humains, celle-ci serait contrainte de ne considérer que les documents présentés par les requérants, mais ne pourrait sanctionner les entreprises en question.

Bien que limitée dans son action, la Commission des droits humains est toutefois en mesure, conformément à ce que prévoit la Constitution philippine de faire remonter auprès du parlement philippin « les mesures efficaces pour promouvoir les droits humains et apporter une compensation pour les victimes de violations des droits humains et leurs familles »[92]. Forte du soutien international qu'elle a reçu de la part de nombreuses ONG environnementalistes[93] et de centres de recherche internationaux, la Commission des droits humains entend publier des recommandations spécifiques aux entreprises basées aux Philippines, des recommandations plus générales sur la prise en compte par le droit du changement climatique de la responsabilité des entreprises transnationales polluantes ainsi qu'une proposition de « loi-type » pour lutter contre le changement climatique.

***

Une longue série de résolutions[94] du Conseil des droits humains Nations Unies a souligné le rôle des droits humains dans la lutte contre le changement climatique. Force est de constater la progressive mise à l'agenda de la lutte contre le changement climatique au sein des organes onusiens des droits humains. Loin d'être une action isolée[95], la pétition philippine contre *Carbon Majors* s'inscrit dans la désormais longue liste des litiges liés aux changements climatiques. Si l'efficacité de ces mesures préventives sur le plan juridique se doit d'être interrogée, les mesures prescrites par la Commission à l'égard des entreprises et du gouvernement philippin auront – à n'en pas douter – un fort écho médiatique. En définitive, cette pétition soutenue par un certain nombre d'organisations environnementales et de réseaux de chercheurs basés dans les « Nord » a permis d'initier une action stratégique en matière climatique dans un pays du « Sud »[96] en proposant à un organe non juridictionnel de tirer des conséquences essentiellement politiques sur les plans des droits humains.

92 Constitution philippine, Section 18, paragraphe 6 : « Recommend to the Congress effective measures to promote human rights and to provide for compensation to victims of violations of human rights, or their families ».

93 Philippines Rural Reconstruction Movement, Philippine Alliance of Human Rights Advocates, Ecowaste Coalition, 350.org East Asia, Alliance of Youth Organizations, Philippine Movement for Climate Justice, etc.

94 Résolution A/HRC/RES/7/23, 28 mars 2008 ; résolution A/HRC/RES/10/4, 25 mars 2009 ; résolution A/HRC/RES/18/22, 30 septembre 2011 ; résolution A/HRC/RES/26/27, 23 juin 2014 ; résolution A/HRC/29/15, 30 juin 2015 ; et résolution A/HRC/32/L.34, 28 juin 2016.

95 Grantham Institute, *Global trends in climate change legislation and litigation* : 2018, mai 2018.

96 J. Peel., et Lin, J., « Transnational Climate Litigation : The Contribution of the Global South ». *American Journal of International Law*, 2019, 113 (4), p. 679-726.

32
Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, Banktrack et Milieudefensie c. Ing Bank (2017)

Catherine Colard-Fabregoule[1]

Il est désormais établi[2] 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 dénonçaient[3] 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 1er 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 2017[4], les organisations non gouvernementales concernées lui ont reproché de ne pas publier de rapport public sur ses émissions indirectes[5] 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 2019[6]. 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 climatiques[7] ; *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 devrons 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 developement et le World ressource 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-tcfd.org/publications/tcfd-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 % C3 % 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 chapitres[11] 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 chaine d'approvisionnement (§ 6) en encourageant l'adoption de technologies et de procédures d'exploitation les plus efficientes. 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 (divulgation 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 fonctionnement[13]. 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 identique[14]. 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 directeurs[15]. 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 ministères[16]. Ce PCN a connu jusqu'ici sept affaires relatives aux questions environnementales et c'est la première concernant le climat[17].

Sur le plan procédural[18], 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. Crée 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), 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 2012[19], était relative à la demande d'un groupe d'ONG[20] 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 rapport[21] que même lorsqu'ils sont minoritaires, les investisseurs doivent prévenir et limiter les impacts négatifs de leurs activités sur les droits humains[22]. 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 verts[24], 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-investissments-verts.pdf, consulté le 18 décembre 2019.

ONG dans la plainte du 8 mai 2017[25] 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 surcroit à la banque de demeurer le financier majeur des énergies fossiles[26], 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 ensuite[27]. 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 ONG[28] 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 GES[29]. 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 climat[30]. 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 suite[31]. 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 mesure 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 wtich 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 financés[33] 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]. Quoi qu'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. Reconnaissant 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 2019[35], 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 positifs[36]. 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% C3% 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 reconnue[37]. 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 CO_2 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 scenarii 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 emprunte 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 CO_2 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 1er, 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 concernant[39].

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.

33
Milieudefensie et autres c. Shell (2019)

Louis Duthoit[1]

Le contentieux climatique serait une « révolution judiciaire mondiale »[2]. L'Organisation des Nations Unies (ONU) comptait près de 700 « procès climatiques » en 2017[3]. Aujourd'hui plus de 1 500 actions dites climatiques ont eu lieu ou, auraient cours dans le monde entier[4]. Ce mouvement mondial est la conséquence de la multiplication des preuves scientifiques des causes anthropiques du réchauffement climatique. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), organe intergouvernemental créé en 1988 sous l'égide de l'Organisation Météorologique Mondiale (OMM) et du Programme des Nations-Unies pour l'Environnement (PNUE), a permis de mettre en évidence que l'origine anthropique des émissions de gaz à effet de serre (GES) avait pour conséquence une hausse globale des températures. Celles-ci auraient augmenté de 1℃ par rapport à la période industrielle et pourraient continuer d'augmenter de 0,2℃ toutes les décennies si la concentration de dioxyde de carbone (CO_2) dans l'atmosphère continuait sa hausse[5]. Ce réchauffement global des températures bouleverse de façon profonde voire irréversible le système climatique provoquant hausse du niveau des océans, sécheresse, tempêtes, et mégas feux.

Ces événements climatiques ne sont plus hypothétiques. Ils sont actuels et ne cessent de faire la une des quotidiens du monde entier[6]. Face à ce constat, l'Accord de Paris de 2015 vise à contenir « l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 ℃ par rapport aux niveaux préindustriels (tout) en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5℃ par rapport aux niveaux préindustriels ». Cet accord définit le régime climatique en vigueur. Sur cette base nouvelle le levier juridique apparaît comme un outil important pour interpeller les acteurs étatiques et infraétatiques à définir une stratégie de baisse des émissions de GES conforme à l'objectif de l'Accord de Paris.

1 Juriste, Notre affaire à tous, Chargé de mission, Fédération des usagers de la bicyclette.

2 En référence à l'ouvrage C. Huglo, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale,* Paris, Bruylant, Droit (s) et développement durable, 2018.

3 M. Torre-Shaub, « Les contentieux climatiques, quelle efficacité en France ? – Analyse des leviers et difficulté », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 5, mai 2019, dossier 17.

4 Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School and Arnold & Porter, [En ligne] climatecasechart.com (consulté le 16 janvier 2020).

5 IPCC 2018, Global Warming of 1.5˚C SPM p. 6.

6 Voir à ce titre l'impuissance mondiale face aux mégas-feux qui ont sévi en Amazonie et en Australie au cours de l'année 2018, favorisant le rejet de GES dans l'atmosphère, et diminuant les capacités de captation du CO2 par la biomasse.

Il est possible de constituer une *summa divisio* des contentieux climatiques. La première catégorie rassemble les contentieux à l'encontre des États et mettent en cause l'absence de mesures adéquates et effectives face aux changements climatiques. Ce type de contentieux a débuté en 2007 aux États-Unis à la suite d'un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Massachussets contre EPA*[7]. Cette dynamique s'est poursuivie au Pakistan (Affaire *Leghari*[8] qui a constitué pendant longtemps un modèle de contentieux climatique) et en Europe avec l'affaire *Urgenda*. Pour la première fois à l'échelle mondiale, un État s'est vu reconnaître un objectif de lutte contre le changement climatique insuffisant et enjoindre de revoir ses objectifs de diminution de GES à court terme à la hausse alors même que l'Accord de Paris n'était pas encore signé. Cette décision qualifiée d'historique donna un véritable élan au mouvement de justice climatique et inspira d'autres recours comme celui intenté par un collectif d'ONG et de collectivités territoriales françaises à l'appui d'une pétition de plus de deux millions de signatures face à l'État français.

Dans une seconde catégorie, se retrouve l'ensemble des contentieux à l'encontre des acteurs privés. Elle a commencé dans les années 2000 aux États-Unis en réaction aux coûts d'adaptation et aux dommages liés à la montée du niveau de la mer. Différentes collectivités publiques et grandes villes ont assigné en justice des entreprises considérées comme responsables du changement climatique en raison de l'importance de leurs émissions de GES. Ces actions en responsabilité s'appuient sur l'évolution de l'état de la science climatique. Un rapport[9] dirigé par Richard Heede[10] a permis d'identifier les entreprises multinationales qui contribuent le plus au réchauffement climatique par leur volume important d'émissions de GES. Malgré cela, aucune entreprise multinationale n'a encore vu sa responsabilité reconnue par la jurisprudence[11].

Dans les deux cas de figure, le mode de preuve relatif à la constatation d'un dommage consommé ou futur repose sur l'expertise. Auparavant, la plupart des actions en justice reposaient sur les travaux du GIEC. Toutefois ces rapports, ne permettent pas d'établir un lien de causalité entre les émissions d'un acteur privé prises isolément et la hausse globale des températures. Autrement dit, il était impossible de déterminer la part de responsabilité d'une société multinationale dans le réchauffement climatique. « Le rapport Heede parvient à permettre de commencer à résoudre cette difficulté puisqu'il a comme objectif d'identifier les auteurs principaux de l'accélération du réchauffement climatique »[12].

7 Cour Suprême des États-Unis, avril 2007, Massachusetts c. EPA, aff. 549 U.S 497. (V. Commentaire dans cet ouvrage de P. Abadie).

8 Haute Cour Lahore, 4 septembre 2015, *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan*, aff. W.P. 25501/2015.

9 R. Heede, Carbon Majors : *Accounting for carbon and methane emissions. Methods and Results Report, Snowmass*, Climate Mitigation Services, 2013, p. 27 et s. [En ligne] (dernière consultation le 13 mars 2020) https://climateaccountability.org/pdf/MRR % 209.1 % 20Apr14R.pdf.

10 Richard Heede est le cofondateur et codirecteur du climate accountability institute. Il a mené des travaux de recherche qui visent à déterminer l'empreinte carbone des multinationales depuis 1750 en agrégeant leurs émissions historiques. La méthodologie de calcul repose sur la prise en compte de l'empreinte directe et indirecte de l'entreprise.

11 L. Canali, « les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives » dans C. Cournil et L. Varison (dir), *Les procès climatiques entre le national et l'international,* Paris, Éditions A. Pedone, 2018.

12 C. Huglo, « L'utilité du recours au rapport Heede dans le contentieux climatique », *Énergie - Environnement - Infrastructures n° 8-9,* août 2018, dossier 32.

Ce rapport a plusieurs fois été mis en avant dans des contentieux climatiques comme l'illustrent l'affaire *Lliuya c. RWE* AG déclenchée par un agriculteur péruvien[13], et la pétition à l'initiative de Greenpeace Asie du Sud aux Philippines[14]. Il l'est également dans le contentieux qui oppose *Milieudefensie et autres contre Shell*. Ainsi, depuis 1890 date de création de l'ex Royal Dutch Petroleum Company, Shell[15], la compagnie pétrolière anglo-neerlandaise[16] serait responsable de 1,8 % des émissions historiques de GES[17]. La société émettrait encore aujourd'hui 1 % des émissions globales soit deux fois plus que l'État néerlandais dont l'objectif de baisse de ses émissions de 2020 a été définitivement reconnu comme non conforme à l'Accord de Paris dans une décision rendue en décembre 2019, soit postérieurement à l'assignation de Shell par Milieudefensie. L'entreprise Shell est impliquée dans plusieurs controverses environnementales, fiscales et en matière de droits humains. En 2005, la Cour de justice fédérale nigériane juge que ses activités de torchage sont contraires aux droits constitutionnels à la vie et à la dignité et ordonne son arrêt[18]. Selon Amnesty International, Shell serait impliquée dans la répression de manifestations populaires dans les années 1990[19]. Depuis 2018, elle est également critiquée pour ses pratiques d'optimisation fiscale aux Pays-Bas.[20]

Cette action est portée par la fondation Milieudefensie[21] soutenue par un collectif de six associations[22] de droit néerlandais et 17 379 citoyens. Cette fondation créée en 1971 concomitamment avec la publication du rapport Meadows. Elle est à la base du mouvement pour la défense de l'environnement au Pays-Bas. Elle mène depuis 2013 aux côtés de 4 fermiers nigériens une action en justice contre Shell en raison d'une pollution aux hydrocarbures du delta de Niger[23]. Elle a également mené une campagne de plaidoyer contre l'extraction des gaz de schiste qui a conduit à son interdiction en 2015[24]. Elle fait suite à une interpellation de Shell par *Milieudefensie* le 4 avril 2018 sur l'inadéquation de sa stratégie climat avec l'Accord de Paris. Le 28 mai 2018, Shell indique à Milieudefensie qu'elle ne répondra pas à sa lettre au motif que ses arguments sont injustifiés. Le 5 avril 2019, Milieudefensie assigne Shell devant le tribunal de La Haye, le même juge qui a reconnu en première instance que la stratégie climat de l'État néerlandais était incompatible avec l'objectif de l'Accord de Paris[25]. Selon les demandeurs, Shell méconnaîtrait son devoir de vigilance en refusant d'établir une stratégie de baisse de ses émissions de GES conforme à l'objectif de l'Accord de Paris. Le modèle économique

13 Cour de district d'Essen, 15 décembre 2016, *Lliuya v RWE AG*, 14/0354Z/R/rv. V. Commentaire dans cet ouvrage de F. Giansetto.

14 Greenpeace Southeast Asia and Philippine Rural Reconstruction Movement, Petititon to Commission on Human Rights of the Philippines, « Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change », 22 sept. 2015. V. Commentaire dans cet ouvrage de M. Denis.

15 On utilisera par commodité dans ce chapitre l'appellation de Shell pour Royal Dutch Shell Group.

16 La Royal Dutch Shell Group est issue de la fusion entre la société néerlandaise Royal Dutch Petroleum Company et la société britannique Shell Transport and Trading Company Limited. Selon le classement Forbes Global 2000 de 2019, Shell serait la 9e entreprise la plus importante au monde. Elle avait en 2018 un chiffre d'affaire de 388 milliards de dollars.

17 Heede R., « Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel et cement preducers » 18542010, 2014, p. 234.

18 Cour fédérale nigériane, 14 novembre 2005, Gbemre c. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. and Others FHC/B/CS/53/05.

19 V. [en ligne] (consulté le 10 mars 2020) https://www.amnesty.fr/responsabilite-des-entreprises/actualites/shell-nigeria.

20 V. [en ligne] (consulté le 10 mars 2020) https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/12/02/pour-shell-aux-pays-bas-13-milliards-d-euros-de-benefices-et-zero-impot_5391565_3234.html.

21 Milieudefensie est membre des Amis de la Terre International.

22 On utilisera par commodité dans ce commentaire la mention unique de Milieudefensie pour désigner les requérants de l'affaire.

23 V. [en ligne] (consulté le 11 mars 2020) https://en.milieudefensie.nl/shell-in-nigeria/milieudefensie-lawsuit-against-shell-nigeria.

24 *Milieudefensie et autres*, 5 avril 2019, assignation, §140.

25 Tribunal de district de La Hague, 24 juin 2015, ECLI : NL : RBDHA : 2015 : 71454.

de Shell reposant sur l'extraction et la production de pétrole porterait atteinte aux droits humains et à l'environnement. Leur argumentation s'appuie sur la décision rendue par la Cour d'appel qui reconnut que l'État néerlandais méconnaissait son devoir de vigilance en ayant abaissé son objectif de diminution d'émission de CO2 en 2020[26]. Milieudefensie demande à ce juge d'enjoindre Shell de baisser ses émissions nettes de 45 % d'ici 2030 et de 72 % d'ici 2040 et de 100 %[27] d'ici 2050 par rapport au niveau d'émissions de 2010. Cette action est novatrice et stratégique puisqu'elle vise non pas à rechercher la responsabilité d'une entreprise multinationale, mais à prévenir les risques du changement climatique, contournant ainsi les obstacles consubstantiels aux actions en responsabilité climatique[28].

En envoyant son mémoire en défense le 13 novembre 2019, Shell réfute l'argumentation de Milieudefensie. N'exerçant aucun contrôle sur l'usage de ses produits, Shell considère que le scope 3 (V. *Infra*) de son bilan carbone ne doit pas être pris en compte par le juge. Ses émissions de GES ne seraient donc que peu significatives. Elle estime également prendre les mesures nécessaires pour atteindre l'objectif de l'Accord de Paris. Après cet échange d'écritures, est attendue la décision du tribunal de La Haye.

Ce présent chapitre reviendra sur les différents arguments des deux parties présents dans l'assignation de Milieudefensie et le mémoire en défense de Shell. Le recours de Milieudefensie vise à prévenir les risques d'atteintes graves et irréversibles aux droits humains et à l'environnement. Il repose sur un certain opportunisme juridique en s'appuyant sur la décision historique dans l'affaire *Urgenda* pour rendre opposable à un acteur privé l'Accord de Paris. Un des enjeux de ce recours stratégique est de déterminer si le raisonnement retenu par la Cour d'appel de La Haye sur le devoir de vigilance de l'État néerlandais s'applique à un acteur privé (**I**). Un second point essentiel de ce recours est d'établir si les émissions de scope 3 de Shell doivent être incorporées au bilan carbone de l'entreprise (**II**). Ce contentieux pose enfin la question de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) à un acteur privé (**III**)

I. Sur la violation du *duty of care*

La question de savoir si la société Shell peut être tenue responsable d'avoir violé son *duty of care* doit être analysée au regard d'un certain nombre de critères. La jurisprudence britannique[29] a établi trois principes déclencheurs d'un *duty of care*. Le concept de prévisibilité pose la question de savoir si les dommages subis étaient le fait de conséquences objectivement prévisibles. Cette prévisibilité s'apprécie de manière objective selon le standard de comportement de la « personne raisonnable ». Le principe de proximité concerne l'exigence d'un lien suffisamment étroit entre le défenseur et la victime. Enfin le caractère juste et raisonnable constitue une sorte de grille d'analyse des deux

26 Cour d'appel de La Hague, 9 octobre 2018, ECLI : NL : GHDHA : 2018 : 2591.
27 L'objectif de 100 % de baisse des émissions nettes est aussi appelé neutralité carbone. Il correspond à un état d'équilibre entre les gaz émis par un acteur, et les émissions extraites ou négatives par des mesures de compensations.
28 V. dans Canali L., *ibid.*
29 House of the Lords, 1990, *Caparo Industries Plc v Dickman,* 2 AC 605.

précédents : plus les conséquences étaient prévisibles, plus les personnes étaient proches, plus le caractère juste et raisonnable sera reconnu[30]. Ces trois principes définissent la nature de ce qu'est généralement perçu comme un comportement raisonnable. Cette notion est proche de ce que pouvait être celle de « bon père de famille » en droit français[31]. Cela signifie que la conduite du défendeur est comparée à la conduite normale d'une personne au comportement raisonnable. Lorsque le comportement du défendeur ne correspond pas à cette norme de comportement raisonnable, une faute de négligence peut être établie.

Dans l'arrêt *kelderluik*[32], la jurisprudence néerlandaise a précisé les critères définissant le contenu d'un comportement raisonnable. Il s'agit en quelque sorte d'un ensemble de faisceaux d'indices permettant de caractériser une mise en danger illégale. Ces critères ont été utilisés par la Cour du district La Haye[33] pour caractériser la négligence de l'État néerlandais et la mise en danger illégale des intérêts de la fondation *Urgenda*. Cette décision a été confirmée en appel puis par la Cour Suprême néerlandaise[34]. L'ONG Milieudefensie utilise les critères adaptés au changement climatique établis par la Cour d'appel de la Haye pour caractériser la mise en danger illégale de la société Shell envers ses propres intérêts et ceux des citoyens néerlandais. Les critères sont les suivants :

(i) la nature et l'ampleur des dommages causés par le changement climatique

(ii) la connaissance et la prévisibilité de ce dommage

(iii) la probabilité que des changements climatiques dangereux se manifestent

(iv) la nature du comportement (ou des omissions) de l'État et

(v) l'inconvénient des mesures de précaution à prendre ;

Pour établir les critères (i) et (iii), l'ONG Milieudefensie utilise l'état d'avancement des sciences climatiques. Au-delà des atteintes globales, généralisées, voire irréversibles à l'environnement et aux conséquences sur l'économie mondiale, les demandeurs démontrent que leurs propres intérêts en tant que citoyens néerlandais sont en jeu. À titre d'exemple, ils soulignent qu'à partir d'une élévation du niveau de la mer supérieure de 1 à 2 mètres, les mesures traditionnelles (digues, pompes…) de lutte contre la submersion ne suffiront plus[35]. Les citoyens néerlandais seront par conséquent exposés à des migrations climatiques. Par cet argumentaire, est mis en avant le lien de proximité entre les actions et omissions de la société Shell et les demandeurs.

Concernant le critère (iii), Milieudefensie démontre que Shell connaissait les conséquences du changement climatique sur l'environnement et les individus depuis les années 1980. Dans un rapport interne de 1988, Shell indique que les conséquences du réchauffement climatique seraient d'une telle importance que certaines parties du monde pourraient devenir inhabitables. Ce rapport reconnaît

30 B. Parance, E. Groulx, V. Chatelin, « Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *Journal du droit international* (Clunet) n° 1, janvier 2018, doctr. 2, p. 9-10.
31 R. H. J. Cox, « The Liability of European states for climate change », *Journal of Planning & Environnement Law*, 2014, p. 4.
32 Cour Suprême des Pays-Bas, 5 novembre 1965, the Kelderluik ruling, ECLI : NL : HR : 1965 : AB7079.
33 V. Commentaire dans cet ouvrage.
34 Cour Suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, ECLI : NL : HR : 2019 : 2007.
35 Haasnoot, Deltares 2018, *Mogelijke gevolgen van versnelde zeespiegelstijging voor het Deltaprogramma – een verkenning*, p. 4.

également que face à la gravité de conséquences potentiellement irréversibles, il est urgent de prendre des mesures visant à « stabiliser la situation »[36]. Par ailleurs, Shell disposait d'une connaissance précise de sa contribution au réchauffement climatique. En 2002, elle reconnaît émettre 3,6 % de l'ensemble des émissions de GES causées par la production et la consommation d'hydrocarbures[37]. Dès 1998, Shell reconnaît dans un document intitulé « Climate change, what does Shell think and do about it »[38] l'objectif de limitation des températures à 2°C en mentionnant le scénario 450 ppm. Ce document précise que Shell « doit jouer sa part dans les mesures de précaution nécessaires pour limiter les émissions de GES que ce soit pour ses propres opérations ou en aidant les consommateurs pour faire la même chose »[39]. Selon Milieudefensie, Shell avait dès 2007 correctement identifié le risque que faisaient peser ses activités sur le système climatique et aurait dû mettre en œuvre des mesures visant à contenir le réchauffement climatique à 2°C. Sa politique de gestion de ses émissions de GES serait par conséquent particulièrement négligente. En droit français, ce comportement se rapproche de la faute de négligence prévue par l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal, étant donné que la société n'a pris aucune mesure de diligence raisonnable alors qu'elle en avait les moyens, le pouvoir et les compétences. En effet plutôt que de définir une stratégie de réduction de ses GES, la société a commencé à investir en 2007 dans des pétroles non conventionnels. Et même en 2009, Shell met fin à ses activités d'énergie renouvelable. Enfin, Milieudefensie considère que Shell a retardé les réglementations concernant la transition énergétique par ses activités de lobby. Milieudefensie considère que ces actions sont contraires à une « norme de comportement raisonnable » et nuisent gravement aux intérêts des individus, de l'environnement et des générations futures. Par cette démonstration, la fondation tente d'établir un lien de proximité entre les activités de Shell et les victimes actuelles et futures du réchauffement climatique.

Concernant la nature du comportement de Shell (critère iv), il convient de déterminer quel est le degré de contrôle de la société sur ces émissions et notamment si les émissions de scope 3 de la société doivent être incorporées à son bilan carbone (V. *infra*).

Le dernier critère (v) fait la synthèse des précédents. Il revient à établir s'il est juste et raisonnable d'imposer au défendeur des mesures contraignantes de prévention des risques d'atteintes aux intérêts des victimes présentes et futures. Pour Milieudefensie, ce critère est également rempli puisque « même s'il est particulièrement contraignant pour Shell de suivre une politique climatique adéquate optimale, l'énormité du danger lié au comportement actuel de ses activités opérationnelles et de la vente de ses produits justifient que doit être mise en œuvre et poursuivie cette politique climatique adéquate »[40]. Milieudefensie s'appuie sur la jurisprudence relative à l'amiante qui établit dans les années 1980 et 1990 que les producteurs d'amiante avaient un devoir de protection envers les employés et les consommateurs, même en l'absence de législation, étant donné qu'ils étaient suffisamment informés

36 Shell, 1988 : *The Greenhouse Effect*, p. 25.
37 Shell, 2004 : The Shell Report 2004 – Meeting the energy challenge – our progress in contributing to sustainable development p. 9.
38 Shell, Climate Change, what does Shell think and do about it, 1998, [en ligne] (Consulté le 11 mars 2020) http://www.climatefiles.com/shell/1998-shell-report-think-and-do-about-climate-change/.
39 *Ibid.*, p. 8-9.
40 *Milieudefensie et autres*, 5 avril 2019, assignation, §620.

de ses dangers et qu'ils existaient des alternatives[41]. Il convient de souligner que les contentieux relatifs à l'amiante sont également donnés en exemple dans le recours contre l'État français appelé « Affaire du siècle »[42]. La comparaison entre le cas de l'amiante et le changement climatique semble toutefois contestable face à l'immensité des conséquences sociétales qu'aurait une injonction de baisse stricte des émissions de GES. La défense de Shell met en avant que les mesures à prendre concernant l'amiante étaient bien plus délimitées et faciles à mettre en œuvre.

La défense de Shell s'appuie avant tout sur le moyen selon lequel sa contribution au réchauffement climatique est minime (V. *infra*). Elle soutient également que les mesures demandées par Milieudefensie iraient à l'encontre non seulement de sa compétitivité à l'échelle mondiale, mais aussi de l'ensemble des industries dont la vitalité dépend de produits pétroliers. En procédant ainsi, Shell met en balance la préservation de l'environnement et des droits humains avec des intérêts économiques et sociaux et tente de démontrer en reprenant le dernier critère (v) qu'il serait bien trop couteux pour elle et pour la société dans son ensemble de donner raison aux demandes de Milieudefensie.

Il convient ici de souligner le caractère inédit et précurseur des moyens soulevés en l'espèce. L'argumentation autour du devoir de vigilance permet d'initier une action en prévention des risques climatiques et non en responsabilité. L'intérêt majeur est de contourner les difficultés consubstantielles des actions en responsabilités dans les contentieux climatiques et principalement celle du lien de causalité. Dans une affaire « Lliuya v RWE AG », même si la Cour d'appel d'Essen a reconnu l'intérêt à agir en réparation d'un paysan péruvien face au géant allemand de l'électricité, la reconnaissance de responsabilité suppose l'établissement d'un lien étroit entre les émissions du défenseur et le dommage de la victime. À défaut de présomption, cette démonstration ne semble possible qu'au prix d'une expertise longue et couteuse. Dans le cas qui nous préoccupe, il « suffit » d'établir qu'un acteur privé n'a pas pris les mesures requises au regard d'un standard de comportement raisonnable et compte tenu de sa contribution au réchauffement climatique, contribution dont le périmètre reste à définir.

II. La contribution d'un acteur privé au réchauffement climatique

La question du degré de contribution aux émissions de GES mondiales est déterminante pour identifier la part de responsabilité d'un acteur privé aux conséquences liées au réchauffement climatique. Dans le cadre d'un contentieux relatif au devoir de vigilance, le volume d'émission de GES permet de caractériser le degré de proximité avec les victimes (V. *supra*). Depuis la publication du rapport R Heede, les émissions mondiales de GES sont quantifiées et publiées dans un document unique. Les émissions y sont réparties en trois catégories : scope 1, 2 et 3. L'attribution du scope 1 et 2 à un acteur privé ne fait actuellement pas l'objet de contestation sérieuse. Ils correspondent respectivement aux émissions directes résultant de la combustion d'énergie fossile (gaz, pétrole,

41 Cour suprême des Pays-Bas, 2 octobre 1998, *Ervan Cijsouw/De Schelde* II, ECLI : NL : 1998 : ZC2721 legal ground 3.5.
42 V. Commentaire dans cet ouvrage.

charbon) et aux émissions indirectes aux consommations d'électricité. L'attribution du scope 3 à un acteur privé est plus problématique. Le Scope 3 se définit comme l'ensemble des autres émissions indirectes (différentes du scope 2) de la chaine de valeur du périmètre de reporting d'une entreprise[43]. Il inclut les émissions relatives aux déchets, aux déplacements de collaborateurs, aux immobilisations ou encore à l'usage des produits. Il s'agit généralement du poste le plus important d'émissions de GES. Son attribution est beaucoup plus contestée. À titre d'exemple, dans un autre contentieux où est soulevé le manquement du pétrolier Total SA à son devoir de vigilance climatique[44], la société ne mentionne que ses émissions de scope 1 et 2 dans son plan de vigilance 2018[45]. Autrement dit, elle considère que seules ses émissions de scope 1 et 2 risquent de porter atteinte aux droits humains et à l'environnement[46]. Toutefois, elle estime ne pas devoir être tenue responsable de ses émissions de scope 3[47].

Dans l'affaire *Shell*, Milieudefensie considère que les émissions de scope 3, représentant 85 % des émissions totales de Shell, doivent lui être attribuées en raison du contrôle qu'elle exerce sur celles-ci. La partie demanderesse reprend la décision de la Cour d'appel de La Haye selon laquelle c'est en raison du contrôle de l'État néerlandais sur les émissions collectives de l'ensemble des acteurs publics et privés qu'il doit se conformer à une norme de comportement raisonnable. Ainsi l'argument selon lequel l'État ne peut être considéré comme co-responsable d'un danger imminent étant donné que ses émissions sont dues à des acteurs infraétatiques est inopérant. Par un raisonnement analogue, Milieudefensie estime que Shell exerce un contrôle sur ses émissions indirectes : « si la production de pétrole et de gaz augmente, la contribution de Shell au changement climatique fera de même »[48]. En d'autres termes, Shell dispose d'une capacité d'influence majeure sur la transition énergétique due à l'étendue de ses activités à l'échelle mondiale, en investissant dans le secteur des énergies renouvelables ou en arrêtant ses activités de lobbying.

De façon analogue à l'affaire *Total* en France, Shell réfute tout contrôle des émissions de Scope 3. Seuls les consommateurs et fournisseurs en seraient responsables. La défense met en avant que les hydrocarbures sont une ressource stratégique pour la sécurité nationale et que les activités de Shell répondent à une demande mondiale. Par ailleurs, seule la holding du groupe Shell est assignée devant le tribunal de La Haye. Les émissions de ses filiales ne peuvent être prises en compte dans le contentieux qui l'oppose à Milieudefensie. Selon la défense : « après tout, Shell (*Holding*) ne produit aucun produit énergétique. Par conséquent les émissions contrôlées sont proches de zéro »[49].

43 Greenhouse Gas Protocol, FAQ, [En ligne] https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards_supporting/FAQ.pdf (consulté le 16 février 2020).
44 28 janvier 2020, assignation de Total SA devant le tribunal de Nanterre [en ligne] (dernière consultation le 14 mars 2020] https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/01/Assignation-NAAT-et-autres-vs-TOTAL-VDEF.pdf (consulté le 9 avril 2020).
45 Total SA, Document de référence 2018, 20 mars 2019, [En ligne] https://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/ddr2018-fr.pdf (consulté le 16 février).
46 Interpellation publique de Total SA, 22 octobre 2018.
47 V. Commentaire dans cet ouvrage.
48 Milieudefensie et autres contre Shell, 5 avril 2019, assignation, §612.
49 Shell, 13 novembre 2019, Mémoire en défense, $95.

Face à ces deux conceptions radicalement opposées du périmètre des émissions de GES à prendre en compte, la Cour d'appel d'Oslo propose dans un arrêt du 23 janvier 2020 une solution de compromis. Dans cette affaire où deux associations norvégiennes contestent la validité d'un permis d'exploitation de pétrole dans la mer de Barents, le juge norvégien propose de ne retenir que les émissions inévitables survenant lors de l'usage des produits pétroliers. En effet selon lui, même « une société bas-carbone continuera à émettre certaines émissions. De la même façon que pour les émissions directes, il y aura aussi une place pour les émissions issues de la combustion. Cette opinion suppose que les émissions totales seront réduites de façon à respecter l'Accord de Paris »[50]. Toutefois, il ne prescrit aucun comportement à adopter sur le court terme mettant en avant l'incertitude sur l'efficacité des mesures d'arrêt progressif d'exportation de pétrole et de gaz sans coordination à l'échelle internationale : si le pétrole norvégien n'est pas utilisé, alors la demande peut être satisfaite par un autre acteur. Avec cette interprétation appliquée au procès Milieudefensie contre Shell, le juge néerlandais pourrait reconnaître que Shell ne peut éviter certaines émissions de scope 3 et que celles-ci sont acceptables dès lors que la société respecte l'objectif de l'Accord de Paris qui prévoit de maintenir la hausse des températures mondiales bien en dessous de 2℃ et de prévenir ainsi les risques d'atteintes graves à l'environnement et aux droits humains.

III. Sur la violation des articles 2 et 8 de la CEDH

Cette affaire soulève la question de l'applicabilité des articles 2 et 8 de la CEDH à un acteur privé dans le cadre d'un contentieux climatique. À titre préalable, il convient de rappeler que le lien entre les conséquences du changement climatique et risques d'atteintes aux droits humains a été établi à plusieurs reprises, et, entre autres, par une résolution de l'ONU[51], par une décision de la CJUE[52] et par le rapporteur spécial sur les droits de l'Homme et l'environnement auprès du Conseil des droits de l'Homme, John Knox[53]. La Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a également reconnu à plusieurs reprises que les États devaient prendre des actions positives de prévention si des pollutions environnementales étaient susceptibles de porter atteinte aux articles 2 et 8 de la CEDH[54]. En droit néerlandais, l'ensemble des juges du fond et du droit dans l'affaire *Urgenda*[55] ont reconnu que la contribution insuffisante aux objectifs globaux climatiques d'un État constitue une violation du devoir de vigilance prévue par les articles 2 et 8 de la CEDH. Concernant l'applicabilité de la CEDH à un acteur privé, Milieudefensie soutient que la jurisprudence néerlandaise attribue

50 Traduction libre en français, d'une traduction non authentique en anglais (original en norvégien), v. Cour d'appel Borgarting, 23 janvier 2020, 18-060499ASD-BORG/03.

51 Human Rights Council 25 march 2009, Resolution 10/4. *Human Rights and Climate Change.*

52 The ruling of the court af appeal *PreussenElektra/Schhleswag* AG, C-379/98 of 13 March 2001, ECLIL : EU : C : 2001 : 160. Il y est notamment souligné le lien entre politique climatique, énergies renouvelables et droits humain. V §73 et s. (« l'utilisation de sources d'énergie renouvelables pour la production d'électricité, […] est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où elle contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui figurent parmi les principales causes des changements climatiques que la Communauté européenne et ses États membres se sont engagés à combattre. […] Il y a lieu d'observer que cette politique vise également la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux »).

53 Human Rights Council, 1er février 2016, Report *of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, A/HRC/31/52.

54 CEDH 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turkey*, 2005/210 ; CEDH 27 janvier 2009, *Tatar c. Romania* 67021/01 ; CEDH, 20 Mars 2008, *Budayeva c. Russia.*

55 V. le commentaire dans cet ouvrage de D. Misonne.

un effet horizontal indirect à la CEDH notamment sur la base de principe de droit privé comme le *duty of care* de l'article 6 : 162 du Code civil néerlandais. Cet effet horizontal indirect de la CEDH, non appliqué en droit français, est justifié par le professeur Arthur Hartkamp. Selon lui, au même titre que la protection dont disposent les citoyens à l'égard de la puissance publique, notamment en matière de droits fondamentaux, ces derniers devraient bénéficier de ce même niveau de protection à l'égard des acteurs privés, compte tenu du contrôle légal, social et économique qu'ils exercent sur leur destin[56]. Milieudefensie applique ce raisonnement au cas d'espèce en indiquant qu'en raison des risques graves d'atteintes aux droits humains que font peser les émissions de GES de Shell, cette société dispose d'un pouvoir similaire à celui de l'État sur les générations présentes et futures. De la même façon que la Cour d'appel de La Haye a reconnu que l'État néerlandais était lié par un devoir de vigilance vis-à-vis des droits fondamentaux, Milieudefensie considère que les mêmes obligations doivent être appliquées à Shell. La partie demanderesse soutient enfin, qu'en s'appuyant sur la jurisprudence de la CEDH, ce devoir de vigilance doit être renforcé parce que la victime n'a aucune alternative face au changement climatique[57]. En effet, face à ce phénomène global, une victime du changement climatique ne peut échapper à ces conséquences même en se déplaçant ou en migrant vers une autre région. Pour cette raison, Shell aurait un devoir de vigilance renforcé envers les intérêts des victimes présentes et futures du changement climatique.

La défense de Shell s'articule autour de trois moyens. Premièrement Shell soutient que la CEDH est applicable aux seuls États : « en tant que garantie générale de la liberté des citoyens, les droits fondamentaux créent une barrière à l'oppression du gouvernement »[58]. Deuxièmement, la comparaison de Shell à l'État néerlandais faite par Milieudefensie serait inopérante puisque la transition énergétique dépend plus de l'État que d'un acteur privé. Ainsi l'argument de l'effet horizontal indirect avancé par la partie demanderesse ne tiendrait pas. Shell considère que l'arbitrage entre les droits défendus par la CEDH, et les autres intérêts en jeu dans la transition énergétique sont de la discrétion des États[59]. Il est notamment souligné que l'accès à l'énergie permet de satisfaire de nombreux besoins humains élémentaires. L'Objectif de développement durable n° 7 précise à cet égard « qu'il s'agisse d'emplois, de sécurité, de changement climatique, de production de nourriture ou d'accroissement des revenus, l'accès de tous à l'énergie est essentiel »[60]. Si elle faisait prévaloir les droits défendus par les articles 2 et 8 de la CEDH sur des intérêts économiques, la Cour de La Haye préempterait une prérogative réservée aux États. Enfin, Shell estime que les articles 2 et 8 de la CEDH n'octroient pas la protection environnementale visée par Milieudefensie. Selon la jurisprudence de la CEDH[61], pour qu'une obligation d'un État découle de l'article 8 de la CEDH, il doit exister un « lien direct et immédiat » entre la situation contestée et le domicile ou la vie privée ou familiale de la victime. Concernant l'article 2, il est nécessaire de démontrer qu'il existe un risque d'atteinte

56 Hartkamp A.S., in Asser/Hartkamp 3-I 2015/226 (Europees Recht en Nederlands Vermogensrecht).
57 CEDH, 9 juin 2005, Fadayeva c. Russia, EHRC 2005/80.
58 Shell, 13 novembre 2019, Mémoire en défense, para. 578.
59 CEDH, Guide d'interprétation des articles 2 et 8 de la CESDH mis à jour le 31 août 2019, [En ligne] https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_FRA.pdf et https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf (consulté le 03 mars 2020).
60 Nations unies, Objectifs de développement durable n'7, 2015, [En ligne] https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/energy/ (consulté le 03 mars 2020).
61 CEDH, 2 décembre 2010, *Atanasov c. Bulgaria*, no. 12853/03, para. 66.

« réel et immédiat » à la vie[62], condition non remplie dans le cas d'espèce : « Cette situation (celle de l'arrêt *Öneryildiz c. Turkey*) est donc différente des revendications générales de Milieudefensie, qui concernent la période commençant en 2030 »[63]. En d'autres termes, la défense de Shell considère ici que le risque que font peser les émissions de GES n'est pas immédiat puisque les demandes de Milieudefensie concernent la période 2030.

***

Cette affaire s'inscrit dans une perspective internationale particulièrement positive pour la société civile en matière de contentieux climatiques. De manière inédite, la nécessité de se conformer à l'Accord de Paris pour certains projets en Australie[64] et en Angleterre[65] a été reconnue même lorsqu'elle s'opposait à des intérêts économiques. Par le prisme de devoir de vigilance, Milieudefensie sollicite l'audace du juge néerlandais. En effet, faire droit à leurs demandes serait consubstantiel d'un changement de modèle économique pour la société Shell et enverrait un signal fort en faveur d'une transition énergétique, constituant une véritable révolution tant judiciaire que sociétale.

62 CEDH, 30 novembre 2004, Öneryildiz c. Turkey, NJ 2005/210, para. 101.
63 Shell, 13 novembre 2019, Mémoire en défense, para. 597.
64 Tribunal des affaires foncières et environnementales de l'État de Nouvelle-Galles du Sud, 8 févr. 2019, *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning* (rejet de l'autorisation d'exploitation d'une mine de charbon).
65 Cour d'appel d'Angleterre, 27 février 2020, n°C1/2019/1053 (rejet de l'agrandissement de l'aéroport de London-Heathrow).

34
Notre affaire à tous et autres c. Total[1] (2020)

Paul Mougeolle[2]

Selon Mark Carney, gouverneur de la banque centrale du Royaume-Uni, « les entreprises qui vont éliminer leurs émissions de gaz à effet de serre seront largement récompensées. Mais, celles qui vont échouer à s'adapter vont cesser d'exister »[3]. Comment interpréter l'action en justice climatique engagée par 14 collectivités territoriales[4] et cinq associations[5] le 28 janvier 2020 contre Total S.A. : vise-t-elle à « sauver » ou à « faire couler » l'entreprise ?

L'objet de cette action en cessation de l'illicite est de mettre Total sur la voie d'une baisse significative de la production de pétrole et de gaz en vue de le faire devenir acteur de la lutte contre le changement climatique. L'urgence climatique exigerait de cet acteur une participation active dans la protection du climat.

Les activités du groupe et ses conséquences sont chaque année à l'origine d'environ 1 % des émissions mondiales (458 Mt CO2eq en 2018), soit plus que les émissions territoriales françaises (445 Mt CO2eq en 2018)[6]. Selon les rapports *carbon majors* établis par Richard Heede et l'organisation CDP[7], Total ferait partie des 20 entreprises contribuant le plus au réchauffement climatique dans le monde[8]. Or, les émissions mondiales doivent baisser de 45 % en 2030 par rapport à 2010 et être nulles en 2050, afin d'avoir environ une chance sur deux de limiter le réchauffement à 1,5℃ et donc, d'éviter un réchauffement grave et insoutenable pour la sauvegarde des droits humains selon le Groupe Intergouvernemental d'Experts pour le Climat dans le plan de vigilance (GIEC)[9]. Cela signifie

1 Les documents juridiques relatifs à cette affaire ainsi qu'aux travaux relatifs à la vigilance climatique sont disponibles sur le site de Notre affaire à tous, rubrique « multinationales » : https://notreaffaireatous.org/multinationales/ (dernière consultation le 6 avril 2020).

2 Doctorant en droit comparé sur la vigilance climatique à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ), chercheur Encommuns, chargé du contentieux contre Total SA à Notre affaire à tous.

3 Voir la citation de Mark Carney en langue originale dans l'article suivant : Stanley Reed, Climate Change Takes Center Stage in Davos, *The New York Times*, 2020.

4 Arcueil, Bayonne, Bègles, Bize-Minervois, Champneuville, Correns, Est-Ensemble Grand Paris, Grenoble, La Possession, Mouans-Sartoux, Nanterre, Sevran, et Vitry-le-François et la région Centre Val de Loire.

5 Notre affaire à tous, Sherpa, les Eco Maires, FNE et ZEA.

6 Pour les chiffres : v. Total, document de référence (ci-après DDR) 2018, p. 202 et Haut Conseil pour le Climat, Rapport annuel neutralité carbone 2019, p. 29.

7 Anciennement *Carbon Disclosure Project*, v. https://www.cdp.net/fr (dernière consultation le 27 avril 2020).

8 R. Heede, Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010, Methods and Results Report, Snowmass, Climate Mitigation Services, 2013., p. 21 ; CDP, *The Carbon Majors Dataset*, p. 14.

9 GIEC, Résumé à l'intention des décideurs, Réchauffement planétaire de 1,5 ℃, Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 ℃ par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de

conséquemment que la part du pétrole et du gaz dans le mix énergétique primaire mondial doivent diminuer drastiquement ces trente prochaines années[10]. Les associations et collectivités demandent ainsi à Total – entreprise multinationale implantée dans 130 pays[11] – de prendre en compte ce constat et de prévoir une baisse de la production des hydrocarbures en ligne avec les données internationales du GIEC. Pour faire valoir leurs prétentions, les demandeurs s'appuient en majeure partie[12] sur la récente loi relative au devoir de vigilance de 2017[13], qui oblige les sociétés mères de certaines grandes entreprises multinationales françaises comme Total à identifier et à prévenir les risques d'atteintes graves aux droits humains, à la santé et à la sécurité des personnes, et à l'environnement. Avec cette loi, les dommages ne doivent pas être seulement évités en France, mais également dans des pays tiers si la société mère française contrôle directement ou indirectement des filiales situées à l'étranger et si les risques résultent de leurs activités[14]. Dérivant des instruments internationaux de soft-law relatifs aux entreprises et droits de l'homme et du concept de *human rights due diligence*[15], la « vigilance raisonnable » est la notion centrale du dispositif législatif et les associations Notre affaire à tous et Sherpa, à l'origine de l'action, ont l'intention d'en faire un véritable instrument de lutte contre le changement climatique[16].

Cependant, l'application de la loi telle que l'envisagent les demandeurs est contestée par l'entreprise défenderesse. Il s'agira de savoir dans cet article si la loi relative au devoir de vigilance est bien adaptée aux prétentions des requérants.

Que le climat doive fasse partie du champ d'application de la loi vigilance ne fera vraisemblablement pas partie du litige (**I**). Le différend porte bien plus sur l'apport substantiel du concept de vigilance en matière climatique (**II**). En sus de ces questions relatives au fond, les demandeurs font face à certains obstacles procéduraux que l'entreprise défenderesse ne manquera certainement pas de soulever (**III**).

serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, 2018.

10 Voir les valeurs des scénarios visant à limiter le réchauffement à 1,5°C se dénommant « P1, P2, P3 et P4 » du rapport spécial 1,5°C du GIEC (ci-après SR 15), résumé, 2018, tableau de la p. 16. Ces valeurs varient à moyen terme (horizon 2030), mais se rejoignent globalement pour l'année 2050.

11 Total est fait partie des majors dans les activités pétrolières et gazières, mais a entamé une certaine diversification de ses activités avec le rachat en 2011 de l'entreprise Sun Power en Californie, qui produit des panneaux solaires et génère de l'électricité. Le groupe a un chiffre d'affaire de 209 000 milliards de dollars en 2018 et compte plus de 104 000 collaborateurs (DDR 2018, p. 254).

12 En parallèle, l'action se base également sur l'obligation plus générale de vigilance environnementale qui dérive de la Charte de l'environnement et qui a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision QPC *Michel Z* n° 2011-116 du 8 avril 2011. Ce fondement est exploité de manière combinée avec l'art. 1252 du Code civil qui autorise le juge à prescrire toutes mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser un dommage environnemental depuis l'adoption de la loi reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages de 2016.

13 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

14 La loi vigilance renvoie ici au contrôle au sens du II de l'art. 233-16 du Code de commerce.

15 Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations « Protect, Respect and Remedy Framework, HR/PUB/11/04 ; Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, édition 2011.

16 En ce sens, v. notamment la doctrine : M. Hautereau-Boutonnet, « Pour un droit privé du climat ! », *Recueil Dalloz* 2019 p. 1294.

I. L'intégration du climat au plan de vigilance : un acquis théorique et pratique, également reconnu par Total

Le choix de baser cette action climatique sur la loi relative au devoir de vigilance a pu surprendre initialement certains commentateurs. D'une part, le climat était absent du premier plan de vigilance de Total et d'autre part, les enjeux liés aux gaz à effet de serre n'ont été cités qu'une fois à la marge dans les travaux préparatoires de la loi[17]. Mais la loi a été adoptée pour responsabiliser les sociétés dominantes des multinationales afin de contribuer à une certaine régulation de la mondialisation et pour le collectif de collectivités et d'associations, les gaz à effet de serre (GES) constituent une problématique relevant parfaitement du champ d'application de la loi. En effet, les conséquences du réchauffement climatique engendrent des atteintes graves aux droits sociaux, humains, et environnementaux. La Commission européenne considère quant à elle que les enjeux climatiques doivent être intégrés dans la déclaration de performance extra-financière des entreprises, dont le champ *rationae materiae* est presque identique en substance à la loi vigilance[18]. Dès lors, pour la doctrine « il semble difficilement contestable désormais que le climat se rapporte aux droits humains et à l'environnement or la loi prévoit que le plan doit prévoir « des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves », ce qui implique des actions positives […] et l'absence d'action positive semble bien pouvoir être analysée comme fautive »[19].

À la suite d'une première interpellation par le collectif de collectivités et d'associations en octobre 2018[20], Total a accepté d'intégrer le climat à son second plan de vigilance[21]. Remarquons par ailleurs que selon une récente étude sur le devoir de vigilance en matière climatique, 15 entreprises sur 25 issues de secteurs très émetteurs en GES ont également intégré le climat à leur second plan[22].

Total nuance toutefois cette intégration, estimant que les risques liés au changement climatique sont « d'une nature différente »[23]. Par opposition aux risques d'atteintes graves sur lesquels Total indique avoir un impact « direct et significatif », comme par exemple le risque de marée noire, l'entreprise considère que « le changement climatique est un risque global pour la planète qui est le résultat

17 Le rapport D. Potier a évoqué le 29 novembre 2016 que « Demain, le changement climatique pourra impliquer d'autres risques » (v. http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2016-2017/20170063.asp, (consulté le 27 avril 2020). Autrement, les parlementaires évoquaient régulièrement la marée noire résultant du naufrage de l'Erika affrété par Total ou encore le drame du « Rana Plaza », dans lequel des milliers de travailleurs du textile ont péri dans l'effondrement d'un immeuble au Bangladesh, faute de mesures de sécurité adéquates, v. Exposé des motifs de la proposition de loi n° 2578 du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, p. 4.

18 La directive prend en compte aussi la corruption et l'évasion fiscale. En ce qui concerne les lignes directrices de la Commission Européenne v. : Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'information non financière : supplément relatif aux informations en rapport avec le climat*, (2019/C 209/01), 2019.

19 F.-G. Trebulle, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? », Énergie – Environnement – Infrastructures, n° 8-9 – Août – Septembre 2018, *Lexis Nexis*, p. 26 ; v. aussi M. Hautereau-Boutonnet, « Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance », *Revue des contrats,* 3 septembre 2019, p. 99 ; N. Rias, « Quel rôle pour le devoir de vigilance dans la responsabilité climatique ? », in M. Hautereau-Boutonnet et S. Porchy-Simon (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?,* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 165.

20 https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2018/10/DP2F-INTERPELLATION-TOTAL-3.pdf (dernière consultation le 6 avril 2020).

21 Total, Document de référence (ci-après DDR) 2018, p. 93-110 ; v. aussi le troisième plan de vigilance de Total, qui reprend aussi les enjeux climatiques au sein de son Document d'enregistrement universel, 2019, p. 102-129.

22 Notre affaire à tous, *Benchmark de la vigilance climatique des multinationales*, 2020, p. 5 ; https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/03/Rapport-General-Multinationales-NAAT-2020.02.01-1.pdf (dernière consultation le 7 avril 2020).

23 Voir la réponse du « directeur juridique groupe » de Total à l'interpellation du collectif d'associations et de collectivités territoriales, dans laquelle il accepte d'intégrer le climat au sein du second plan de vigilance de Total S.A : https://www.fr.total.com/news/interpellation-de-13-collectivites-et-4-associations-sur-le-climat-total-repond (dernière consultation le 6 avril 2020).

d'actions humaines diverses dont la production et la consommation d'énergie »[24]. Il est vrai que la nature globale, diffuse et multifactorielle (ou plutôt multi-causale étant donné le nombre presque infini d'émetteurs) du changement climatique pose des questions difficiles quant à son appréhension juridique, si bien que la nécessité d'intégrer le climat aux plans de vigilance est discutée. Pour l'avocat François Muller, « il est difficile de rendre responsable une entreprise en particulier […] Total peut donc considérer que ce n'est pas un risque lié à son activité propre et l'écarter du plan de vigilance »[25]. Cependant, comme l'énonce le Professeur François Guy-Trébulle, « l'idée n'est plus tant de réfléchir à la responsabilité d'un acteur pour le changement qu'à sa responsabilité du fait de sa contribution »[26]. Et, comme énoncé dans l'introduction, Total est chaque année à l'origine d'environ 1 % des GES à l'échelle mondiale. Au regard de l'envergure mondiale de la problématique climatique, cela est loin d'être négligeable. Omettant de mentionner cette information, cette absence de reconnaissance de contribution au changement climatique[27] est reprochée par les demandeurs qui considèrent que Total cherche à diluer sa responsabilité[28].

Quoi qu'il en soit, l'action en justice semble bien reposer sur une base légale adéquate, si bien que selon une professeure spécialiste de droit privé, le défaut de vigilance constituerait en droit positif le fondement le plus adapté à l'engagement de la responsabilité d'une entreprise en matière climatique[29].

Il s'agit désormais de savoir désormais quelles obligations découlent concrètement de la vigilance en matière climatique dans ce cas d'espèce. La vigilance climatique constitue-t-elle un nouveau régime de responsabilité préventive *sui generis* ou est-ce qu'il ne s'agit que d'obligations limitées et peu contraignantes comme l'envisage Total ?

II. Litige relatif à l'apport substantiel de la vigilance en matière climatique

Comme le rappelle le rapporteur de la loi, le député Dominique Potier, le devoir de vigilance a pris « la forme d'un plan de vigilance dont les moyens sont laissés à la liberté de l'entreprise ; l'obligation de moyens est donc assortie d'une certaine marge de manœuvre. »[30] Selon les demandeurs, Total a enfreint sa liberté en n'exerçant pas le degré de vigilance requis afin de prévenir les atteintes graves liées au réchauffement climatique (**A**) et en refusant d'intégrer au plan des mesures permettant de faire baisser pleinement les émissions indirectes dites du « scope 3 »[31], liées à la combustion des

24 Total, DDR 2018, p. 94.
25 Propos de l'avocat François Muller, associé du cabinet Altana, recueillis par un article de presse spécialisé : v. B. Heraud, « Devoir de vigilance : le cas de Total, attaqué sur le changement climatique, fera-t-il jurisprudence ? » *Novethic*, 19 février 2019.
26 F-G Trebulle, Responsabilité et changement climatique, op. Cité., §7.
27 Le troisième plan de vigilance publié en 2020 au sein du document d'enregistrement universel énonce reconnaît toutefois que les activités directes de Total contribuent à hauteur d'environ 0,1 % des GES. L'impact des produits vendus par Total sur le climat (émissions de scope 3) ne sont pas prises en compte, ce qui constitue le second reproche principal des demandeurs.
28 Assignation, p. 27-28.
29 S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des dommages climatiques par le droit commun de la responsabilité civile », in M Hautereau-Boutonnet M. et S. Porchy-Simon (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?* 2019, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 155.
30 P. 49.
31 Voir la définition *infra*.

produits fossiles du groupe (**B**). Au-delà de ces questions juridiques difficiles, il s'agira de savoir si les demandes constituent « des mesures de vigilance raisonnables » pouvant être imposées à Total dans le cadre de la loi (**C**).

A. Identifier le degré de vigilance requis en matière climatique : nécessité de s'aligner avec un scénario 1,5℃ ?

Bien que le plan de vigilance de Total mentionne le climat (dans les sous-sections relatives à la « cartographie des risques d'atteintes graves » et le « dispositif de suivi »), l'entreprise omet d'analyser les risques liés au changement climatique ainsi que de les hiérarchiser. De fait, nulle mention n'est faite des résultats scientifiques du GIEC, alors qu'il s'agit de l'autorité scientifique centrale en la matière[32].

L'absence d'analyse des risques constitue-t-elle un manquement en soi au devoir de vigilance ? L'identification des risques doit permettre de remplir l'objectif ultime de la loi, à savoir la prévention des atteintes graves. En effet, aux termes du I de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves ». Une telle formulation impérative à travers l'usage de la troisième personne du singulier au présent constitue manifestement une obligation, puisqu'il est énoncé juste avant que les sociétés d'une certaine taille doivent « établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». La loi précise que le plan de vigilance doit nécessairement comporter « une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation »[33] dans le but de concevoir « des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves »[34]. L'exercice de l'identification permet donc à l'entreprise de calibrer ses mesures d'atténuation à la gravité du risque. On saisit ici l'importance théorique de cet enjeu, qui semble faire naître une obligation en soi[35]. Le II de l'article précité confirme de plus que le I introduit bien des « obligations » en ajoutant que « la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter »[36]. C'est sur ce fondement précis que les demandeurs agissent en vue de demander une identification correcte des risques climatiques[37].

---

32 Selon le Ministre de la transition écologique et solidaire, la mission du GIEC consiste « *à dégager clairement les éléments qui relèvent d'un consensus de la communauté scientifique et à identifier les limites dans les connaissances ou l'interprétation des résultats.* » Par ailleurs, ses études sont le fruit de la collaboration de milliers d'experts issus d'une quarantaine de pays, s'appuient sur des milliers de références scientifiques et sont évaluées par des institutions publiques du monde entier qui peuvent formuler leurs observations. Les résumés pour les décideurs sont par ailleurs particulièrement intéressants, car ils sont examinés « *ligne par ligne et approuvés par les pays membres du GIEC participants, en consultation avec les scientifiques qui ont rédigé le rapport* », v. https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/comprendre-giec.

33 § 1.

34 § 3.

35 A. Danis-Fatôme, G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Recueil Dalloz 2017, p. 1610.

36 Ajoutons que l'art. 225-102-5.- du code du commerce réitère qu'il s'agit d'obligations et que l'entreprise concernée peut être obligée « *à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter* ».

37 Assignation, p. 26-28.

L'exercice de l'identification des risques en matière climatique semble de plus absolument nécessaire en pratique. En octobre 2018 dans son rapport spécial 1,5℃, le GIEC, a précisé des risques majeurs pour l'humanité et l'environnement en particulier si le seuil de 1,5℃ est dépassé en moyenne par rapport aux niveaux préindustriels[38]. Les demandeurs renvoient en complément à une Déclaration de certains comités onusiens de protection des droits de l'Homme qui affirme que le rapport du GIEC « confirme que le changement climatique présente des risques importants pour la jouissance des droits humains [..., dont] le droit à la vie, le droit à une alimentation adéquate, le droit à un logement convenable, le droit à la santé, le droit à l'eau et les droits culturels. [...] « De tels effets négatifs sur les droits de l'Homme se produisent déjà à 1℃ de réchauffement et chaque augmentation supplémentaire des températures compromettra encore la réalisation des droits. Le rapport du GIEC indique clairement que pour éviter le risque d'impacts systémiques irréversibles et à grande échelle, une action climatique urgente et décisive est nécessaire »[39]. Une telle qualification juridique des faits est claire et semble appeler à la mise en place de mesures de prévention adéquates dans le cadre de la loi vigilance.

Ainsi, les demandeurs avancent que le degré de vigilance requis se déduit des résultats d'un tel rapport scientifique intergouvernemental et contraindrait Total à mettre en place des actions adaptées de réduction des émissions de GES afin de limiter le réchauffement à 1,5℃[40]. Au-delà de l'aggravation généralisée des risques[41], un élément probant spécifique du rapport réside dans le fait qu'un réchauffement supérieur à 2℃ empêcherait probablement la réalisation de nombre d'objectifs de développement durable des Nations unies. En effet, selon le GIEC, l'éradication de la pauvreté et de la faim, l'approvisionnement en eau salubre, la réduction des inégalités ainsi que la protection des écosystèmes risquent fortement de ne pas être atteints. Cela qui constituerait *in fine* des violations massives et systémiques des droits humains et environnementaux. De surcroît, un dépassement du seuil de 1,5℃ risquerait d'entraîner un point de bascule ou de non-retour (*tipping points*), à savoir la fonte continue et irréversible du permafrost de l'Antarctique et du Groenland[42]. Il en résulterait un relâchement important de méthane dans l'atmosphère[43], ce qui serait extrêmement dangereux, car comme l'admet Total, « le méthane est un puissant gaz à effet de serre dont le potentiel de réchauffement global (PRG) est, selon le GIEC 1, 72 fois supérieur à

38 GIEC, *Rapport spécial sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 ℃*, *op. cit.* 2018.

39 Assignation, p. 25 renvoyant une traduction libre des paragraphes 3 et 5 de la déclaration conjointe des comités onusiens de protection des droits humains du 16 septembre 2019 (disponible seulement en anglais à l'adresse suivante) : https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx ? NewsID=24998&LangID=E (consulté le 2 janvier 2020).

40 En vue de justifier la nécessité de poursuivre un tel objectif, les demandeurs s'appuient aussi sur l'Accord de Paris qui vise à contenir le réchauffement à bien en-dessous de 2℃ et à poursuivre les efforts afin de limiter le réchauffement à 1,5℃. Les demandeurs énoncent qu'il s'agit du standard de référence vers lequel chacun doit tendre. Cette argumentation semble en ligne avec l'interprétation du devoir de vigilance du rapport parlementaire n° 2628 établi par le député D. Potier le 11 mars 2015, dans lequel le devoir de vigilance est rapproché à la notion de diligence raisonnable issue de la *soft-law* internationale et qui « consiste en une série de mesures appropriées dans le but de réaliser un objectif défini dans une norme nationale ou internationale, à respecter un niveau minimal de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur » (p. 31).

41 Le GIEC énonce ainsi au sein du résumé du rapport spécial 1,5℃ (ci-après SR 15) : « Les risques futurs liés au climat dépendent du rythme, de l'intensité maximale et de la durée du réchauffement. Globalement, ils sont plus importants si le réchauffement planétaire dépasse 1,5 ℃ avant de revenir ultérieurement à ce niveau d'ici à 2100 que s'il se stabilise progressivement à 1,5 ℃, notamment si le pic de température est élevé (par exemple aux alentours de 2 ℃) (degré de confiance élevé). Certains impacts peuvent être de longue durée ou irréversibles, tels que la perte de certains écosystèmes (degré de confiance élevé). »

42 GIEC, SR 15, Chapitre 3, p. 283.

43 GIEC, SR 15, Chapitre 3, p. 179.

celui du dioxyde de carbone (CO_2) sur 20 ans, et 25 fois supérieur sur 100 ans »[44]. Un tel évènement réduirait considérablement le budget carbone mondial d'une centaine de gigatonnes de CO_2[45] et ferait perdre le contrôle de la lutte contre le réchauffement climatique à l'humanité. On saisit la nécessité absolue de limiter le réchauffement à 1,5℃, que rappellent clairement les demandeurs.

Or, les actions proposées par Total dans le plan de vigilance n'évoquent aucune limitation précise de la température. Le plan de vigilance de Total mentionne exclusivement la notion de « neutralité carbone »[46], sans la considérer comme faisant partie de ses propres objectifs. L'entreprise énonce exclusivement y « contribuer » *via* certaines de ses mesures afin que le monde puisse l'atteindre « dans la deuxième partie du XXIe siècle », et ce tant au sein de son second[47] que de son troisième[48] plan de vigilance. Or, il est impératif que la neutralité carbone soit atteinte à l'échelle mondiale au plus tard en 2050 selon le GIEC pour limiter le réchauffement à 1,5℃, et non à une date ultérieure. En sus de cela, les mesures de Total seraient selon les demandeurs clairement incompatibles avec les objectifs de l'Accord de Paris[49]. Les demandeurs y voient un manquement clair au devoir de vigilance et sollicitent dès lors du juge d'enjoindre à Total de prévoir des actions adaptées permettant de limiter le réchauffement à 1,5℃. Débat relatif à la nécessité de réduire les émissions indirectes du scope 3 résultant de la combustion des produits de Total.

Au-delà du degré de vigilance, un autre point litigieux central concerne la question de savoir si les émissions de GES indirectes dites de scope 3 doivent faire partie du plan de vigilance. La catégorie d'émissions indirectes de scope 3 se réfère aux GES des liés à l'utilisation des biens ou services de l'entreprise (catégorie n° 11), ou encore des émissions liées aux financements des banques (catégorie n° 15). S'agissant de Total, ce périmètre a trait aux GES résultant de la combustion de ses produits pétroliers et gaziers, directement émis par des tiers tels que les consommateurs, les compagnies aériennes etc. Les émissions indirectes de scope 3 se distinguent ainsi des émissions directes liées aux activités (scope 1) et celles liées à la consommation d'énergie des sites opérés (scope 2)[50]. Les émissions de scope 3 constituent environ 90 % des émissions liées à Total[51] et représentent à elles seules environ 1 % des émissions mondiales chaque année. Les demandeurs exigent dès lors des mesures appropriées afin de faire réduire ce poste très important de GES de Total[52].

Cependant, l'entreprise conteste la portée de l'application du devoir de vigilance envers les émissions induites du scope 3. De fait, elle divulgue exclusivement le montant de son empreinte carbone *directe* au sein de son plan de vigilance, c'est-à-dire les émissions du scope 1 et 2 et aurait

44 Total, rapport climat 2018, p. 30.
45 GIEC, SR 15, résumé pour les décideurs, § B.2.2.
46 Total, DDR 2018, p. 106 ; la neutralité carbone est un terme pour désigner une situation dans laquelle les émissions nettes de GES sont égales à zéro.
47 *Ibid.*
48 Total, document d'enregistrement universel, p. 123.
49 V.s les pages 28 à 36 de l'assignation ainsi que le rapport « Total, la stratégie du chaos climatique », publié par Notre affaire à tous, Les Amis de la Terre, 350.org, 2019, p. 9-29.
50 Les émissions de scope 3 se ; cette typologie est issue de lignes directrices internationales : v. *Task Force on Climate-related Financial Disclosure* et *Greenhouse Gas Protocol* TCFD dont les recommandations visent l'harmonisation du reporting climatique.
51 Total, DDR 2018, p. 202.
52 Assignation, p. 35, notamment.

même affirmé à la suite de la délivrance de l'assignation ne pas être « juridiquement responsable » de ces émissions[53].

Rappelons à cet égard que la loi vise les *activités* de l'entreprise. Est-ce que cela exclut les impacts climatiques liés aux *produits* de Total ? À l'aide d'une interprétation téléologique de la loi vigilance, il semblerait que les émissions de scope 3 devraient bien être considérées. L'objet même de la loi étant d'obliger la société mère à mettre en place des actions adaptées afin d'atténuer les atteintes graves aux droits humains et à l'environnement, et ce quand bien même cela ne ressort pas directement de ses activités propres. Cette loi étend – ou, à tout le moins, spécifie – le champ de responsabilité personnel de la société mère à l'égard des entités qu'elle sous contrôle[54] ou avec lesquelles elle entretient une relation commerciale établie[55]. La doctrine évoque une « responsabilité personnelle à la limite de la responsabilité du fait d'autrui »[56]. Dit autrement, cette loi commande la société décisionnaire d'agir dès lors qu'elle a les possibilités de prévenir une atteinte grave qui est connue ou qui devrait être connue via l'obligation d'identification des risques. Bien que les émissions du scope 3 sont émises directement par un tiers, la société mère de Total dispose de la capacité de les faire réduire. De fait, Total a le choix de continuer à vendre des hydrocarbures. Le groupe a même adopté une « ambition » de réduction d'intensité carbone de ses produits[57] de 15 % en 2030[58] par rapport à 2015 et de 40 % pour 2040[59]. Cependant, les demandeurs ne s'en satisfont, car cette *ambition* de réduction n'est pas incluse dans le plan de vigilance. Dépourvue de toute force contraignante[60], elle n'est manifestement qu'une direction politique annoncée par la multinationale. Les demandeurs considèrent à l'instar de la directrice de recherche au CNRS Marta Torre-Schaub que la « distinction sur les émissions provenant des activités propres ou de celles des consommateurs n'est pas valable et elle déresponsabilise les entreprises. C'est d'autant plus incompréhensible et contradictoire que Total fait état de ce risque dans d'autres documents. »[61] Il serait effectivement absurde que la portée du devoir de vigilance en matière climatique s'arrête aux émissions liées directement aux activités

53 B. Heraud, « Climat : des ONG et collectivités locales assignent Total en justice pour le forcer à changer son business model », *Novethic*, 2020 ; Selon les Echos, Total demandera « *au juge de se cantonner aux émissions sur lesquelles Total peut directement agir en améliorant l'efficacité de ses raffineries et de ses usines pétrochimiques, ou encore en réduisant les fuites de méthane de ses pipelines. […] « La loi ne vise pas les clients et nous demanderons au juge de le confirmer* » », v. V. Collen, « Réchauffement climatique : Total assigné en justice par des collectivités locales », *Les Échos*, 2020.

54 Au sens de l'art. 233-16 du code du commerce.

55 Selon l'exposé des motifs, cette loi a été adoptée afin de surmonter l'obstacle du « cloisonnement juridique », empêchant de tenir la société mère responsable « alors même que ce sont parfois les décisions de la société mère ou donneuse d'ordre qui sont à l'origine du dommage » ; v. Proposition de loi n° 2578 du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Exposé des motifs, p. 5.

56 V. A. Danis-Fatôme, G. Viney, Recueil Dalloz 2017, *op. cité* citant B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Gaz. Pal. 18 avr. 2017.

57 Selon le document « intégrer le climat à notre stratégie » de 2018 (p. 22), Total conçoit l'engagement de réduction d'intensité carbone de la façon suivante : « *Total souhaite donc appréhender dans sa globalité la question des émissions des produits énergétiques vendus, et a ainsi décidé de rapporter l'ensemble des émissions associées à ces produits sous la forme d'une intensité carbone. Cet indicateur évalue pour chaque produit énergétique l'ensemble de ses émissions : du puits de pétrole ou de gaz jusqu'à l'usage final comme combustible pour les hydrocarbures ; de la production de panneaux solaires à la vente d'électricité pour l'énergie solaire* ».

58 V. notamment la déclaration de performance extra-financière de Total, p. DDR 2018, p. 202.

59 V. Total, document d'enregistrement universel, p. 232.

60 La notion « ambition » est à différencier avec le terme « objectif » qui ne reflète pas la même valeur d'engagement et ne semble pas constituer dès lors un acte juridique unilatéral. De surcroît, le reproche des demandeurs porte également sur l'insuffisance de cette ambition étant précisé que Total admet qu'elle n'est pas alignée avec l'Accord de Paris, et donc qu'elle ne permet pas de limiter le réchauffement global à 1,5℃ (voir *infra* ainsi que les pages 43 à 45 de l'assignation).

61 Il s'agit de M. Torre-Schaub, citée dans l'article de presse de B. Heraud, Devoir de vigilance : le cas de Total, attaqué sur le changement climatique, fera-t-il jurisprudence ? *Novethic*, 19 février 2019.

des entreprises et ne pas concernent pas l'effet des produits, d'autant plus que l'entreprise intègre dûment les autres impacts liés au « cycle de vie » de ses produits au sein de son plan de vigilance[62].

L'étude du droit comparé nous enseigne que les émissions du scope 3 ne peuvent pas être entièrement inobservées par Total. En effet, dans une affaire étrangère faisant état d'une question de droit similaire à celle du scope 3, la Cour d'appel d'Oslo a déclaré que les émissions résultant de l'exportation du pétrole et du gaz extrait du territoire norvégien (et donc de leur combustion *a posteriori*) ne peuvent pas, certes, être attribuées à l'État norvégien[63] ; en revanche, l'impact climatique de ces émissions doit tout de même être considéré avant l'octroi d'une autorisation d'exploitation d'une nouvelle concession d'hydrocarbures. Cet arrêt démontre que ces émissions doivent être diminuées dans la mesure du possible, et ce malgré l'impossibilité de les attribuer à l'État délivrant l'autorisation d'exploitation. Par analogie, il pourrait être considéré que les émissions de scope 3 de Total ne peuvent pas lui être imputées, mais qu'un devoir de les réduire subsiste si cela s'avère possible au regard de ses propres conditions économiques. Cette opinion est d'ailleurs partagée par les comités onusiens de protection des droits de l'Homme[64] ainsi que le groupe d'experts ayant rédigé les principes relatifs aux obligations climatiques des entreprises[65].

Pour conclure, il est clair que Total n'est pas exclusivement responsable de ses émissions de scope 3, dans la mesure où il s'agit d'une responsabilité collective impliquant différents acteurs. Cependant, Total ne peut agir comme si elles n'existaient pas. D'ailleurs, selon le GIEC, la part du pétrole et le gaz dans le mix énergétique primaire doit fortement diminuer à l'avenir afin de limiter le réchauffement à 1,5℃ : selon la trajectoire la plus ambitieuse du GIEC[66], le pétrole doit passer de 37 % en 2030 par rapport à 2010 et de 87 % en 2050 pour le pétrole et de 25 % en 2030/2010 et de 74 % en 2050 pour le gaz[67]. Les demandeurs considèrent dès lors que Total doit prévoir un abandon progressif des hydrocarbures en s'alignant dans la mesure du possible sur ces données (cf. des demandes à titre principal déclinent ces données aux activités de Total en considérant que l'entreprise doit s'aligner strictement dessus et d'autres, formées à titres subsidiaires, laissent une marge de manœuvre plus importante[68]).

Cependant, est-ce bien raisonnable de vouloir imposer de tels objectifs, qui nécessitent de changer de modèle économique ?

62 Total avance par ex. un sous-titre au sein de son plan se dénommant « minimiser les risques tout au long du cycle de vie des produits pour prévenir les risques de santé et de sécurité des consommateurs » (v. DDR 2018, p. 101).
63 Cour d'appel d'Oslo (Borgarting), 18-060499ASD-BORG/03, 23 janvier 2020, p. 21-23 du jugement en traduction non officielle ; v. les documents juridiques traduits en anglais de l'affaire à l'adresse suivante : http://www.xn--klimasksml-95a8t.no/en/2019/10/31/legal-documents-in-english/ (dernière consultation le 7 février 2020). v. par ailleurs le commentaire de cette affaire dans cet ouvrage d'A. Le Dylio.
64 Five UN-Human Rights Treaty-Bodies issue a Joint Statement on « Human Rights and Climate Change », 16.09.2019, *op. cité* ; CEDAW, Concluding Observations on Norway (2017), § 14-15.
65 Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, Eleven International Publishing, 2018, v. p. 32-34 sur l'attribution des émissions ainsi que les principes 9 et 10 et les commentaires associés aux p. 141-149.
66 Ce scénario laisse le plus de chances possibles de limiter le réchauffement à 1,5℃, car il ne prévoit pas le recours à des technologies de capture et de séquestration du carbone dans l'atmosphère. A ce jour, ces technologies ne sont pas déployables à large échelle en raison de leurs faiblesses technologiques et de leurs coûts. Le GIEC considère que des prévisions de réduction de GES sur leur base introduit un risque grave au regard de la capacité de l'humanité à lutter contre le réchauffement climatique. Pour plus de détails, v. l'assignation aux p. 32-35.
67 Voir les scénarios « P1 » du rapport spécial 1,5℃ du GIEC (ci-après SR 15), résumé, 2018, tableau de la p. 16.
68 Assignation, p. 41-43.

B. Le caractère nécessairement raisonnable des demandes : une limite annihilant les effets de la loi en matière climatique ?

Rappelons que la loi ne pose qu'une obligation de moyens et n'exige que des mesures de vigilance « raisonnables »[69]. Le législateur a introduit cette borne dans la loi afin de s'assurer de son opérabilité pour les entreprises[70] et *in fine* de sa compatibilité avec la liberté d'entreprendre. L'article 1252 du Code civil, sur lequel les demandeurs se fondent afin de prévenir le dommage environnemental, pose également ce critère de raisonnabilité : « indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage. »

Or, le modèle économique de Total est fondé traditionnellement sur l'exploitation des hydrocarbures : Total est une multinationale « pétrolière » et investit encore en 2018 environ à 95 % dans les hydrocarbures[71]. Le collectif de requérants revendique donc explicitement un abandon, certes progressif, de ce qui constitue aujourd'hui encore le fondement de sa prospérité économique. Il s'agit selon eux de la seule action permettant de se conformer au devoir de vigilance. Cela nécessite de réorienter les investissements vers des énergies non carbonées, telles que les énergies renouvelables, du moins si l'entreprise souhaite demeurer dans le secteur de l'énergie. Au regard de la teneur de ces demandes, une partie de la doctrine considère que « le juge pourrait alors se retrancher derrière ce critère du « raisonnable » *pour écarter toute mesure rendant impossible la continuation d'une activité économique viable. Mais alors c'est le climat qui en ressortirait perdant…* »[72].

Pour l'association Notre affaire à tous, à l'initiative de l'action, de telles demandes sont bien raisonnables puisqu'il est[73] « économiquement et techniquement faisable de réduire les GES en entamant une transition énergétique vers des énergies renouvelables. En effet, ces dernières sont devenues aussi compétitives que les énergies fossiles selon l'Agence internationale de l'énergie[74]. » Comme le souligne également l'association, Total considère elle-même que les renouvelables sont devenues « de plus en plus abordables en raison d'une baisse continue des coûts de production (-70 % pour les centrales photovoltaïques depuis 2010, – 25 % pour l'éolien, – 40 % pour les batteries) »[75]. L'entreprise dispose d'ailleurs des installations en la matière[76] ainsi que dans la production de batteries[77]. La demande

69 V. rapport parlementaire n° 2628, *op. cit.*, (p. 31) : « *Sous le contrôle du juge, les « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques » sont laissées à l'appréciation de l'entreprise en fonction des circonstances de droit et de fait dans lesquelles elles auront vocation à être appliquées. Les sociétés conservent dont un certain pouvoir de détermination de la norme qui leur sera appliquée* ».

70 E. Daoud, S. Sfoggia, « Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 16, janvier 2019 : « *L'appréciation de la notion de « raisonnable » sera tout autant essentielle à la définition du devoir de vigilance : les entreprises ne devraient a priori pas pouvoir être appelées à prévenir des risques ne relevant pas de leur activité ou à mettre en place une politique de risque zéro.* […] *Ainsi, les moyens cessent d'être raisonnables s'ils imposent des charges disproportionnées aux entreprises en fonction d'une situation donnée. Il s'agit donc d'une notion relative : le standard du devoir de vigilance pourra de la même manière varier en fonction du niveau de gravité du risque, de sa nature, de la maturité des entreprises et des outils à leur disposition, dans un contexte, il faut le rappeler, d'obligation de moyens* ».

71 Total, DDR 2018, p. 68.

72 M. Hautereau-Boutonnet, Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance, *Revue des contrats*, 3 septembre 2019, p. 99.

73 V. P. Mougeolle, *Total, la stratégie du chaos climatique*, Notre affaire à tous, Les Amis de la Terre, 350.org, 2019 (le rapport est disponible publiquement sur les sites des associations).

74 AIE, World Energy Outlook 2018, p. 23.

75 Total, intégrer le climat à notre stratégie, 2018, p. 35.

76 Total, intégrer le climat à notre stratégie, 2018, p. 35.

77 Voir courrier de réponse du directeur juridique du Groupe à l'interpellation d'octobre 2018 : https://fr.total.com/interpellation-de-13-collectivites-et-4-associations-sur-le-climat-total-repond (dernière consultation le 08.05.2019).

des requérants vise-t-elle donc uniquement à accélérer la transition énergétique déjà entamée par Total ? En tout état de cause, l'association considère que « la loi sur le devoir de vigilance contraint les entreprises en matière climatique à effectuer et/ou accompagner la transition énergétique à un certain rythme défini selon les progrès techniques et les capabilités des entreprises, mais aussi et surtout par la gravité des risques climatiques encourus pour les droits humains et l'environnement »[78].

Les demandeurs relèvent par ailleurs dans l'assignation que l'Union européenne a adopté l'objectif de neutralité carbone en 2050[79]. L'ensemble des émissions doivent donc être ramenés quasiment à zéro à cet horizon. Or, Total vend en Europe 50 à 60 % de ses produits pétroliers[80], ce qui signifie que 50 à 60 % de ses émissions de scope 3 s'y situent présentement. Cela signifie que l'entreprise doit réduire ses ventes d'hydrocarbures progressivement, mais radicalement en Europe afin que l'Europe puisse réaliser son objectif. Certes, l'entreprise pourrait continuer à vendre ses produits ailleurs. Mais, l'objectif de neutralité carbone en 2050 pourrait être adopté par l'ensemble de la communauté internationale dans un futur proche, dans la mesure où sa réalisation est considérée comme étant nécessaire pour respecter l'Accord de Paris avec une probabilité raisonnable[81]. Les engagements se multiplient d'ailleurs à cet égard, et ce tant de la part d'acteurs étatiques que non étatiques (y compris des concurrents de Total comme Repsol[82] et BP[83]). Un tel constat ne pourrait laisser d'autre choix à Total d'intégrer ce constat au sein de sa stratégie entrepreneuriale, autrement, elle fera sérieusement face au risque d'actif échoué (*stranded asset*).

Cependant, le critère de raisonnabilité pourrait revêtir encore un aspect différent, à savoir celui de la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'un obstacle classique dans les contentieux climatique[84] : est-ce le rôle du juge de combler *de facto* des « vides juridiques » en contraignant les États et les entreprises à agir plus fortement contre le changement climatique au regard des risques d'atteintes graves ? Largement débattue dans les contentieux étrangers[85], cette question est controversée et laisse certains auteurs songeurs[86] à l'instar de François-Guy Trébulle qui se demande « si les enjeux liés à l'injonction de produire de manière plus respectueuse de l'environnement […] ne relèvent pas avant tout de la responsabilité politique des États »[87]. Une argumentation sur l'esprit même de la loi, à savoir son objectif de prévention des atteintes graves à l'étranger et de régulation de la mondialisation pourrait être toutefois convoquée par les demandeurs afin de plaider en faveur de l'intervention du juge en la matière.

78 V. P. Mougeolle (dir.), *Benchmark de la vigilance climatique*, Notre affaire à tous, 2020, p. 12.
79 Assignation, p. 39.
80 Total, DDR 2018, p. 8.
81 Une trajectoire 1,5°C laisse 50 % de chances de limiter le réchauffement en dessous de 1,5°C selon le GIEC (RID, p. 26) et 85 % pour contenir en dessous de 2°C (Climate Analytics 2015, Timetables for zero emissions and 2050 emissions reductions : State of the Science for the ADP Agreement).
82 Assignation, p. 40.
83 V. Collen, « Le nouveau patron de BP impose un virage vers le zéro carbone », *Les Échos*, 2020.
84 M. Hautereau-Boutonnet, « Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? », *Recueil Dalloz*, 2020 p. 609.
85 La question de la séparation des pouvoirs (ou doctrine de la question politique) a mené au rejet de certaines actions en justice aux USA (notamment les affaires *Juliana et al. c. USA* et les recours de New York et d'Oakland contre des multinationales pétrolières ; v. les commentaires dans cet ouvrage. Les demandes dans ces actions en justice sont toutefois encore bien plus radicales que celles dans l'affaire *Total*, dans la mesure où elles se détachent des recommandations du GIEC et visent une cessation immédiate des émissions dans l'affaire *Juliana*. Dans les contentieux contre les entreprises pétrolières, des réparations considérables sont demandées, et s'il était fait droit à ces demandes, cela ouvrirait une brèche qui sonnerait le glas de l'industrie pétrolière.
86 M. Hautereau-Boutonnet, *Recueil Dalloz*, 2020, *op. cit.*
87 F-G Trebulle, Responsabilité et changement climatique, *op. cit.*

III. Devoir de vigilance climatique : compétence des juridictions ordinaires et intérêt à agir

Avant tout examen sur le fond, des questions procédurales restent à être clarifiées. Au regard de la réponse de Total à la mise en demeure et de sa stratégie contentieuse poursuivie dans un contentieux parallèle, l'entreprise n'hésitera pas à soulever l'exception d'incompétence du juge civil au profit du Tribunal de commerce (**A**). En tout état de cause, il s'agira aussi de savoir si l'action est recevable, qu'elle soit examinée par les juridictions consulaires ou ordinaires (**B**).

A. La compétence du juge de droit commun dans le cas d'espèce climatique

Statuant en référé, une ordonnance d'incompétence a été rendue par le tribunal judiciaire (anciennement TGI) de Nanterre dans le premier contentieux basée sur la loi relative au devoir de vigilance, opposant Les Amis de la terre et d'autres associations à Total à propos des activités extractives d'une de ses filiales en Ouganda[88]. L'entreprise a plaidé l'incompétence en argumentant que « les demandes qui tendent à poser des injonctions relatives au plan de vigilance se rattachent directement à la gestion de la société, ce plan s'intégrant dans le rapport de gestion et faisant partie également du fonctionnement de l'entreprise ». Le tribunal judiciaire a donc accueilli l'exception d'incompétence et considère donc que le tribunal de commerce est mieux positionné pour juger la légalité des plans de vigilance (les associations ont fait appel)[89]. Dans la réponse à la mise en demeure climatique envoyée par le collectif, Total a énoncé que si un recours devait être intenté, il devrait être formé « devant le tribunal de commerce de Nanterre ».

Même si la compétence du tribunal de commerce en matière de contrôle de conformité du plan de vigilance devait être confirmée par la suite par les juridictions supérieures, le cas d'espèce climatique est bien différent puisque les demandeurs fondent leur action à titre complémentaire sur l'obligation de vigilance environnementale reconnue par le Conseil constitutionnel[90] combinée à l'article 1252 du code civil relatif à la prévention du dommage environnemental. Ainsi, à condition que l'action soit jugée recevable, le juge de droit commun sera vraisemblablement compétent pour trancher ce litige puisqu'il est également fondé sur une disposition du Code civil dénuée de toute

88 Ordonnance de référé rendue le 30 janvier 2020, N°R.G. : 19/02833 – N° Portalis DB3R-W-B7D-VIPX, pour un commentaire épars de cette ordonnance par des experts dont les avocats de Total, v. « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice, *Cahiers de droit de l'entreprise, Lexisnexis* n° 2, mars-avril 2020, p. 9-12.

89 La doctrine s'est très peu positionnée au sujet de la compétence, mais a donné des indications contradictoires : certains considèrent le juge de droit commun comme étant naturellement compétent (S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Entreprises et Affaires LexisNexis*, 13 avril 2017) tandis que d'autres voient le tribunal de commerce acquise en raison de l'intégration de la loi au Code de commerce (A. Danis-Fatôme, G. Viney, Recueil Dalloz 2017, *op. cit.*) V. également aussi l'article suivant, rendu juste avant le prononcé de l'ordonnance du tribunal judiciaire de Nanterre : E. Savouray, "All Eyes on France – French Vigilance Law First Enforcement Cases (2/2) The Challenges Aheadd", *Cambridge Core Blog*, 24.01.2020 : « *Companies would try to have the commercial court [tribunal de commerce] found competent instead of the civil court [in that event the Tribunal de Grande Instance]. Indeed, it could be argued that judges from the commercial court are more specialised in the conduct of business by companies and thus better equipped to understand companies'constraints. This debate on competence is likely to draw attention as the Vigilance Law does not expressively set out which court is competent.* ».

90 V. la décision QPC n° 2011-116 *Michel Z* du 8 avril 2011, manifestement directement invocable devant l'ensemble des juridictions, v. K. Foucher, « La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou », *AJDA*, 2011, p. 1158.

portée commerciale[91]. Le juge de droit commun ne pourra donc se dessaisir de ce litige et/ou le scinder en deux conformément au principe de plénitude de juridiction, lui commandant de trancher l'ensemble du litige, même si certaines questions ne relèvent pas directement de sa compétence.

B. Sur l'intérêt à agir du collectif d'associations et de collectivités

Incontestablement, la loi relative au devoir de vigilance et l'article 1252 du Code civil confèrent la possibilité d'agir en cessation de l'illicite, avant la survenance d'un dommage. L'injonction sollicitée ayant telle une vocation préventive, un préjudice ne doit pas être formellement démontré pour justifier l'intérêt à agir. Il s'agira en revanche de vérifier si le collectif a un intérêt légitime à demander à Total de réduire sa production de pétrole et de gaz.

À cet égard, les collectivités territoriales font valoir qu'elles sont exposées à des risques sociaux et économiques liées aux changements climatiques (coûts d'adaptation). Une réduction des GES résiderait donc parfaitement dans leur intérêt puisque les coûts d'adaptation au changement climatique seraient atténués, tout comme les risques pesant sur leur population. Si le résultat de l'ordonnance du Tribunal de l'Union Européenne dans l'affaire *People's Climate Case* leur était appliquée, selon laquelle il est nécessaire de faire valoir un intérêt spécifique et distinct du reste de la population pour satisfaire le critère de l'intérêt personnel de l'intérêt à agir[92], les collectivités auraient certainement plus de difficultés à satisfaire de telles exigences. De telles exigences ne semblent pas toutefois exister en droit français et, si cela était le cas, certaines collectivités pourraient certainement faire valoir qu'elles sont particulièrement exposées aux effets délétères du réchauffement climatique[93].

S'agissant des associations et de leur intérêt à agir pour défendre les droits humains, la jurisprudence ne règle pas la question de savoir si elles peuvent agir de manière procuratoire afin de défendre les droits de l'Homme pour autrui. Cependant, vu que la protection du climat de protéger les droits personnels de tout un chacun, le juge pourrait considérer qu'il s'agit *in fine* d'intérêts collectifs (santé et la sécurité publique) et accorder subséquemment l'intérêt à agir[94], dans la mesure où il s'agit d'intérêts visés par la loi sur le devoir de vigilance.

Les collectivités et associations avancent par ailleurs qu'elles seraient habilitées à agir en vue de prévenir le (s) préjudice (s) écologique (s) collectif (s) résultant (s) du dérèglement climatique. À ce titre, certains demandeurs, en particulier les collectivités territoriales font partie des personnes dont l'intérêt à agir est présumé en matière environnementale selon l'article 1248 du Code civil[95].

91 V. opinion similaire : M. Hautereau-Boutonnet, Recueil Dalloz 2020, p. 609, *op. cit.*

92 Etant donné que l'ensemble des personnes sera affecté d'une manière ou d'une autre par le réchauffement, v. Tribunal de l'UE, Ordonnance du Tribunal (deuxième chambre), 8 mai 2019, *Armando Carvalho e.a. contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, T-330/18, § 49 et suiv. (V. Commentaire dans cet ouvrage).

93 Assignation, p. 15-17.

94 V. Civ. 1re, 18 sept. 2008, no 06-22.038 : « *Même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social* ».

95 Cet article dispose : « *L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement* ».

De surcroit, les demandeurs s'appuient sur une qualification intéressante du dommage tirée de la *Nomenclature des préjudices environnementaux*, selon laquelle le cumul des émissions de GES constitue une atteinte à l'atmosphère dès lors que ses qualités régulatrices du climat sont altérées[96]. Pouvant déjà être considéré qu'un tel dommage est déjà survenu[97], celui-ci risque surtout de s'aggraver de manière sérieuse et irréversible si les rejets de GES dont ceux de Total ne sont pas endigués[98]. Si cette définition du préjudice écologique-climatique est acceptée par le juge, l'intérêt à agir sera parfaitement constitué et permettra de tenir compte indirectement de la gravité globale du réchauffement. Dit autrement, il ne sera pas nécessaire de se restreindre aux impacts du changement climatique auxquels les demandeurs sont exposés en France.

Enfin, une dernière spécificité soulevée par les demandeurs est leur qualité de partie prenante, ce qui pourrait leur conférer un intérêt à agir légitime dans le cadre d'une action basée sur la loi relative au devoir de vigilance. En effet, le plan de vigilance « a vocation » à être élaboré avec les « parties prenantes de la société »[99]. Or, le collectif d'associations et de collectivités a bien dialogué de manière extrajudiciaire avec la direction du groupe afin de l'insister à corriger les manquements de son plan de vigilance en matière climatique, comme l'atteste l'interpellation ainsi que la réunion préalable à la mise en demeure[100]. Cependant, Total ne leur a aucunement fait part d'une évolution substantielle de leur plan de vigilance en matière climatique. Le collectif considère qu'il n'a donc plus eu d'autre choix que d'assigner Total S.A. devant le tribunal judiciaire de Nanterre[101].

***

La notion de vigilance offre la possibilité aux demandeurs d'exiger du débiteur de l'obligation l'atténuation des risques climatiques, malgré l'absence d'opposabilité directe de l'Accord de Paris aux entreprises. Ce concept est toutefois encore naissant en droit français : aucune jurisprudence n'existe en la matière et la doctrine s'interroge sur sa portée et ses potentialités. La tâche du juge ne sera pas aisée, tant l'action est ambitieuse et atypique en revendiquant explicitement un changement de modèle économique. Son aboutissement contribuerait certainement à la résolution de la crise climatique, tant de par sa portée concrète que symbolique.

96 L. Neyret et G. Martin, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ. Lextenso éditions, avril 2012, p. 14 : « *par atteintes à l'air ou à l'atmosphère et à leurs fonctions, on entend les atteintes portées à la qualité de l'air ou de l'atmosphère de nature à affecter leurs fonctions écologiques. Ces atteintes peuvent notamment prendre la forme d'une modification de la composition de l'air ou de l'atmosphère. Les fonctions écologiques de l'air ou de l'atmosphère s'entendent du rôle qu'ils jouent au sein des écosystèmes, tel que, par exemple : servir de support à la biodiversité, absorber le rayonnement solaire ultraviolet ou participer à la régulation du climat* ».

97 V. la requête de l'affaire du siècle, commentée dans de cet ouvrage qui démontre la survenance d'un tel préjudice.

98 Assignation, p. 22.

99 Art. 225-102-4.- du Code du commerce.

100 Voir le communiqué de presse de Total publié à la suite de la réunion avec les représentants de collectivités et d'associations où l'entreprise laisse entendre qu'il s'agit de ses parties prenantes (« *Total est ouvert au dialogue avec toutes ses parties prenantes* ») : https://www.fr.total.com/news/communique-de-presse-rencontre-entre-total-et-les-representants-des-collectivites-et-des (dernière consultation le 07 avril 2020).

101 Assignation, p. 14.

Partie 3

Les actions dirigées contre les activistes climatiques

Avec deux chapitres seulement, cette troisième partie plus succincte que les deux premières illustre comment l'arme judiciaire peut également être mobilisée pour réagir aux actions de lutte contre le changement climatique. Dans les deux cas que cette partie restitue, un État et une entreprise privée (une banque) ont poursuivi des activistes du climat. Par des actions de désobéissance civile pour la plupart non violentes, ces militants se sont mis dans l'illégalité comme « les décrocheurs » des portraits du Président français exposés dans les mairies (36) ou en mimant une partie de tennis dans les locaux de la deuxième banque de Suisse (Crédit Suisse) (37). Pour la première fois en convoquant le juge pénal dans le contentieux climatique en Europe, le jugement suisse permet un acquittement des activistes. Ceux-ci ayant agi dans un état de nécessité licite commandé par l'urgence climatique.

35
Affaires « des décrocheurs » (2019-2020)
Ministère public contre les décrocheurs de portraits d'Emmanuel Macron[1]

Antoine Le Dylio[2]
Paul Mougeolle[3]

En février 2019, des militants écologistes organisaient simultanément, dans les mairies d'une douzaine de communes françaises, le décrochage du portrait du président de la République pour protester contre l'insuffisance des politiques publiques en matière de la lutte contre le changement climatique. Revendiquant haut et fort leurs actions, les activistes avaient convié la presse et relayé leur intervention sur les réseaux sociaux[4]. Selon l'association Action non-violente COP21 (ANV-COP21), cette opération militante a donné lieu à soixante-quatorze perquisitions et quatre-vingt-treize gardes à vue qui se sont soldées par cinquante-sept poursuites pénales[5]. À la suite de ces décrochages, plusieurs mairies ont effectivement déposé plainte pour vol en réunion ou par ruse.

Bien que les mairies ne se sont pas constituées partie civile, le ministère public a tout de même fait tenir des procès afin de voir les activistes condamnés. Une aubaine pour ces derniers car cela leur a offert une audience élargie pour communiquer sur la crise climatique et la carence de la France en la matière[6]. Devant la catastrophe climatique annoncée, plusieurs avocats ont plaidé la relaxe au nom de « l'état de nécessité ». Cette argumentation était rejetée en bloc par le ministère public qui, dans les affaires commentées, requérait des condamnations assorties d'amendes de cinq cents euros.

1 Ce chapitre est une version actualisée d'un article paru : P. Mougeolle et A. Le Dylio, « Lutter contre le changement climatique par la désobéissance civile, un état de nécessité devant le juge pénal ? », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, octobre 2019, http://journals.openedition.org/revdh/7437, (consulté le 3 mai 2020).
2 Avocat au barreau de Paris, Ingénieur en environnement.
3 Doctorant en droit comparé à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ).
4 V. notamment le site dédié à leur action : https://decrochons-macron.fr/ (consulté le 27 avril 2020).
5 H. Diaz, « "Décrochons Macron" : l'état de nécessité climatique ? », *Dalloz Actualité*, 26 septembre 2019.
6 Ce chapitre commente les jugements suivants : T. corr. de Lyon, 16 septembre 2019, n° 19168000015 [1 juge] ; T. corr. de Bourg-en-Bresse, 12 juin 2019, n° 190109000039 [3 juges] ; T. corr. de Paris, 16 octobre 2019, n° 19066000252 [1 juge] ; Cour d'appel de Lyon, 14 janvier 2020, n° 19/02101 [3 juges].

À notre connaissance, seuls les tribunaux de Lyon et de Strasbourg ont prononcé la relaxe sur ce fondement[7]. Le juge lyonnais a donné raison aux prévenus, qui soutenaient qu'au regard des connaissances scientifiques actuelles, les accords internationaux et les contentieux climatiques récemment engagés demeurent insuffisants, dès lors qu'ils n'ont pas abouti à la mise en place d'actions adaptées pour réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES). En conséquence, ils estiment que des actions non violentes de désobéissance civile sont nécessaires pour inciter le gouvernement français à agir plus efficacement et radicalement. Au terme d'une argumentation singulière qui s'inscrit, en filigrane, dans l'esprit de l'état de nécessité, le juge unique du tribunal correctionnel de Lyon prononce la relaxe.

Un jugement tantôt loué, tantôt critiqué par la doctrine pour sa motivation fondée sur des considérations plus politiques que juridiques[8], mais un jugement qui indéniablement a fait émerger un débat au-delà du monde juridique concernant la légitimité d'une reconnaissance de l'état de nécessité invoqué par les militants de la cause climatique[9].

Le parquet ayant fait appel, la cour d'appel de Lyon a infirmé le jugement en écartant l'état de nécessité, considérant que les prévenus l'invoquaient comme une simple « excuse », un « mobile » érigé « artificiellement ». Ainsi condamnés du délit de vol en réunion à une amende de 250 euros, les militants ont annoncé se pourvoir en cassation[10].

C'est le « bon juge » Magnaud qui en 1898 consacre l'état de nécessité comme une cause exonératoire de responsabilité, à l'occasion d'une affaire concernant une mère de famille qui avait volé du pain « sous l'irrésistible impulsion de la faim »[11]. Une notion prétorienne que la Cour de cassation fera sienne, jusqu'à ce que le législateur l'introduise dans le code pénal à l'occasion de la réforme de 1994. L'article 122-7 prévoit désormais que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». La mise en œuvre de ce fait justificatif suppose ainsi la réunion de deux conditions : il faut non seulement qu'un danger actuel et/ou imminent existe, mais encore que l'action entreprise soit la seule réponse envisageable pour y faire face.

7 Au terme d'une argumentation singulière, le juge a prononcé la relaxe des prévenus. Certains titres de presse se sont alors fait l'écho de la reconnaissance d'un état de nécessité (v. O. P.-V., 17 septembre 2019, « Décrocheurs du portrait de Macron : « l'état de nécessité », une notion au cœur de la relaxe », *L'Express*.) mais cette affirmation doit être nuancée. La motivation du jugement s'inscrit certes dans l'esprit de cette notion – et les critères exigés apparaissent en filigrane – mais le juge n'y fait pas explicitement référence, sauf lorsqu'il expose la défense des prévenus. Un jugement du tribunal correctionnel de Strasbourg aurait également relaxé certains décrocheurs mais les motifs de celui-ci ne seront pas analysés dans ce chapitre.

8 J.-P. Chazal, « Le bon juge face au délit de lèse-majesté », *Recueil Dalloz* 2019, p. 1753 : « Pour ma part, je pense qu'il s'agit d'une décision juste, y compris dans la manière dont elle est motivée » ; P. Spinosi, Édito 1000, La semaine juridique - édition générale – nº 41 – 7 octobre 2019 - *Lexisnexis* sa, p. 1761 : « En avançant la menace climatique pour justifier un acte interdit, le magistrat refuse ouvertement d'appliquer la loi pénale au bénéfice d'une conviction personnelle qu'il estime plus impérieuse. Faut-il alors condamner ce qui apparaît comme un jugement en équité ? Pas nécessairement. […] Notre jurisprudence se construit ainsi. Par des solutions hors-normes avancées par des magistrats inventifs confrontés aux limites de l'application de la loi au regard de leur idéal de justice. » ; D. Roets, « Du vol d'un portrait officiel du président de la République comme moyen de lutter contre le réchauffement climatique : quelle « justification » ? », *Recueil Dalloz* 2019, p. 1973.

9 Un débat similaire a eu lieu en Suisse (v. affaire du Crédit suisse, dans laquelle le tribunal de Police de Lausanne a acquitté quant à lui les activistes qui ont simulé une partie de tennis dans l'enceinte du Crédit Suisse, v. aussi le chapitre de R. Mahaim et autres sur *Les activistes climatiques contre Crédit suisse*).

10 A. Faure, « Lyon : les décrocheurs du portrait de Macron condamnés en appel », *Lyon-Capitale*, 14 janvier 2020.

11 T. corr. de Château-Thierry, 4 mai 1898 ; le juge prononça la relaxe, estimant « regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres […] puisse manquer de pain autrement que par sa faute ».

Les discussions qui entourent l'état de nécessité mettent en exergue les difficultés à résoudre cette crise climatique mondiale. En particulier, puisqu'aucun acteur public ni privé ne peut à lui seul lutter efficacement contre le changement climatique et que les États font montre d'une inertie certaine au regard des préconisations scientifiques, quelle doit être la réponse judiciaire face aux actes illicites de certains militants, comme les décrocheurs, qui essaient d'alerter sur l'urgence climatique mais dont les actions ne sauraient seules enrayer la crise climatique ?

Les affaires commentées témoignent de la diversité des réponses du juge pénal, amené à se prononcer sur la caractérisation du dérèglement climatique en tant que danger actuel ou imminent (**I**) et sur la question de savoir si l'acte de désobéissance civile non violente constituait une réponse adéquate, nécessaire et proportionnée (**II**).

I. L'exigence d'un danger actuel ou imminent : le dérèglement climatique ou la carence étatique ?

La reconnaissance de l'état de nécessité suppose en premier lieu l'identification d'un danger actuel ou imminent qui menace une personne, laquelle accomplit en réponse un acte nécessaire à sa propre sauvegarde, à celle d'autrui ou celle d'un bien. Dans les affaires commentées, les tribunaux admettent sans difficulté que le dérèglement climatique répond à la qualification de danger actuel ou imminent, à tout le moins dans son acception commune (**A.**). En revanche, ni l'inaction gouvernementale ni l'inaction du président de la République alléguées ne sont abordées sous ce prisme. Il nous semble pourtant, à l'aune des propos tenus par les militants, que le décrochage des portraits vise en premier lieu à influencer les politiques publiques nationales de lutte contre le dérèglement climatique, et partant, que le danger qu'ils invoquent au titre de leur défense fondée sur l'état de nécessité résiderait plutôt dans l'insuffisance de l'action politique (**B.**).

A. Le péril du dérèglement climatique, un danger actuel ou imminent

Les juges se rallient au consensus scientifique et social sur le dérèglement climatique sans pour autant le qualifier expressément de danger grave et actuel et/ou imminent au sens de l'article 122-7 du code pénal.

Le tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse estime ainsi que « s'il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la gravité et l'imminence du danger climatique engendré par le réchauffement planétaire, il ne peut que constater, par contre que ce jugement est au centre des débats politiques tant au plan interne qu'international ; qu'il ne s'agit pas d'une simple argutie des défendeurs pour échapper à leur responsabilité pénale, chacun étant en droit de se poser des questions et d'avoir des angoisses sur leur avenir et sur celui de ses enfants »[12]. Quant au juge parisien il constate qu'« il est aujourd'hui communément admis que les dérèglements climatiques et leurs conséquences objectives actuelles et futures affectent gravement l'humanité et présentent un caractère irréver-

12 T. corr. Bourg-en-Bresse, 12 juin 2019, n° 190109000039 [3 juges], p. 9.

sible ; ils constituent un danger grave et incontestable. Ce danger est actuel dans la mesure où les manifestations du dérèglement climatique provoquent déjà des conséquences préjudiciables. De plus, ses effets ne peuvent être réduits que par la prise de décisions immédiates à effet rapide »[13].

Seule la cour d'appel de Lyon élève expressément le dérèglement climatique au rang de danger grave voire imminent puisqu'elle concède un « impact négatif sur l'environnement mondial du réchauffement climatique planétaire, dont la communauté scientifique s'accorde pour reconnaître l'origine anthropique [qui] peut être considéré comme un danger actuel ou en tout cas un péril imminent pour la communauté humaine et les biens de cette dernière, au sens de la disposition précitée »[14].

Les juges s'inscrivent ainsi dans le droit fil du consensus scientifique en la matière. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) a en effet publié en décembre 2018 un rapport spécial[15] relatif aux effets d'un réchauffement climatique de 1,5 ℃, dont les conclusions sont sans appel : les dangers encourus au-delà d'un tel réchauffement planétaire moyen sont non seulement « imminents », puisque cette situation surviendrait entre 2030 et 2050, mais surtout excessivement graves, tant pour les personnes que pour leurs biens. De surcroît, les effets du dérèglement sont déjà sérieusement perceptibles, y compris en France où canicules, sécheresses et incendies se multiplient en période estivale alors que le réchauffement moyen n'est que d'un degré.

Le juge unique du tribunal correctionnel de Lyon paraissait toutefois encore plus sensible que ses semblables lorsqu'il relevait que le dérèglement climatique « affecte gravement l'avenir de l'humanité en provoquant des cataclysmes naturels dont les pays les plus pauvres n'auront pas les moyens de se prémunir et en attisant les conflits violents entre les peuples, mais aussi l'avenir de la faune et de la flore ». Cette motivation s'inscrit pleinement dans la thèse, soutenue par la doctrine[16] et de nombreux recours[17], selon laquelle les États sont tenus à une obligation de lutter contre le changement climatique en raison des atteintes sur l'environnement, mais aussi des atteintes aux droits fondamentaux des personnes, droits desquels se déduirait le droit de vivre dans un système climatique soutenable. Le droit à la vie est même convoqué à demi-mot par le magistrat lorsqu'il affirme que l'État ne respecte pas ses objectifs « pouvant être perçus comme minimaux dans un domaine vital ».

Mais il nous semble que la Cour de cassation a pu adopter une conception plus restreinte du caractère actuel d'un danger, et qu'elle exige une proximité certaine, aussi bien temporelle que spatiale, entre le danger et la personne ou le bien menacé. Elle a en effet jugé que « le danger doit être actuel, c'est-à-dire que les prévenus doivent être au contact même de l'événement menaçant »[18].

13 T. corr. de Paris, 16 octobre 2019, n° 19066000252 [1 juge], p. 15.
14 Cour d'appel de Lyon, 14 janvier 2020, n° 19/02101 [3 juges], p. 8.
15 Cette synthèse du rapport, signée et acceptée par les gouvernements du monde entier, intègre les connaissances scientifiques les plus avancées et les plus sûres en la matière : https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/summary-for-policy-makers/ (consulté le 27 avril 2020).
16 Christel Cournil, Antoine Le Dylio, Paul Mougeolle, « « L'affaire du siècle » : entre continuité et innovations juridiques », *AJDA*, 2019, p. 1864 ; Expert Group on Global Climate Obligations, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, Eleven International Publishing, 2015.
17 V. le recours contre l'État dans « l'affaire du siècle » porté par les organisations non gouvernementales Notre Affaire à Tous, la Fondation pour la Nature et l'Homme, Greenpeace France et Oxfam France : https://laffairedusiecle.net/wp-content/uploads/2019/05/Argumentaire-du-Mémoire-complémentaire.pdf (consulté le 17 avril 2020).
18 Cass., Crim., 7 février 2007, n° 06-80.108.

Cette interprétation de l'article 122-7 par la Cour de cassation ne nous semble pas avoir fait l'objet d'un examen dans les affaires analysées ici, et à la lecture des décisions commentées rien n'indique que les prévenus seraient plus susceptibles d'être affectés physiquement par le changement climatique que le reste de la population. Rappelons que le tribunal de l'Union européenne s'est appuyé sur cet argument pour déclarer irrecevable le recours *People's Climate Case*[19], sur le fondement d'une jurisprudence classique[20], même s'il a par ailleurs admis que chaque individu risque d'être affecté d'une manière ou d'une autre par le réchauffement de l'atmosphère[21]. Il pourrait donc être décisif que les individus parviennent à démontrer que l'évolution du climat porte à leur personne une atteinte qui leur est spécifique.

Un axe de défense consisterait sûrement à soutenir que le caractère actuel ou imminent du danger doit s'évaluer à l'aune de la durée nécessaire pour accomplir un acte de sauvegarde. Force est alors de rappeler que le GIEC estime qu'il faut une action constante pour réduire les gaz à effet de serre d'ici 2050 afin d'atteindre la neutralité carbone à l'échelle globale. Selon le Programme des Nations-Unies pour l'environnement (PNUE), il est nécessaire de réduire mondialement les émissions de GES de plus de 3 % en moyenne chaque année, afin de limiter le réchauffement à 2 ℃ (resp. 7,6 % pour l'objectif de 1,5 ℃[22]). Pour les militants, il s'agit donc d'exercer une pression constante et exceptionnelle afin de s'assurer de l'efficacité des politiques publiques. Les efforts nécessaires sont absolument considérables et appellent des mesures autrement plus radicales que celles envisagées en vue d'endiguer la pandémie du coronavirus[23].

Par ailleurs, il est intéressant de relever que les tribunaux de Lyon et de Bourg-en-Bresse témoignent une certaine compréhension de la crainte des prévenus face au dérèglement climatique lorsqu'ils évoquent respectivement des « citoyens profondément investis dans une cause particulière servant l'intérêt général » ainsi que « l'angoisse sur leur avenir et sur celui de leurs enfants ». Certains pourraient y voir l'amorce d'une reconnaissance de l'état d'éco-anxiété, qui commence à faire l'objet d'études de la part des spécialistes en psychologie[24]. Quoi qu'il en soit, chacun étant susceptible d'être gravement affecté par le changement climatique, tôt ou tard, d'une façon ou d'une autre, il semble justifié de reconnaître que chacun est au contact de cette menace.

---

19 Recours formé par dix plaignants contre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne concernant l'insuffisance des législations en matière climatique.

20 CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. contre Commission de la Communauté économique européenne*, Aff. 25-62.

21 TUE, Ordonnance du Tribunal (deuxième chambre), 8 mai 2019, *Armando Carvalho e.a. contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, T-330/18, cons. 49 et suiv. : « *49. The applicants have not established that the contested provisions of the legislative package infringed their fundamental rights and distinguished them individually from all other natural or legal persons concerned by those provisions just as in the case of the addressee. 50. It is true that every individual is likely to be affected one way or another by climate change, that issue being recognised by the European Union and the Member States who have, as a result, committed to reducing emissions. However, the fact that the effects of climate change may be different for one person than they are for another does not mean that, for that reason, there exists standing to bring an action against a measure of general application. As can be seen from the case-law cited in paragraph 48 above, a different approach would have the result of rendering the requirements of the fourth paragraph of Article 263 TFEU meaningless and of creating locus standi for all without the criterion of individual concern within the meaning of the case-law resulting from the judgment of 15 July 1963, Plaumann v Commission (25/62, EU: C: 1963: 17), being fulfilled* ». V. le commentaire dans cet ouvrage d'E. Brosset et E. Truilhé.

22 UNEP, *Emissions Gap Report*, Executive Summary, 2019.

23 L'UNEP évoque à ce titre des investissements massifs, entre 1,6 et 3,8 trillions de dollars américains en moyenne entre 2020 et 2050.

24 L. P. Galway, T. Beery, K. Jones-Casey & K. Tasala (2019) « Mapping the solastalgia literature : A scoping review study [archive] », *International journal of environmental research and public health*, 16 (15), 2662 ; Coralie Lemke, 15 mars 2019, « L'éco-anxiété ou le trouble mental causé par la peur du changement climatique », *Sciences et Avenir*.

Le caractère global et diffus du changement climatique n'est pas nécessairement un obstacle à sa caractérisation comme un danger actuel ou imminent au sens de l'article 122-7 du code pénal.

B. Agir contre la carence des pouvoirs publics : un acte adapté au regard de la crise climatique mondiale ?

Dans le contexte des présentes affaires, il nous semble qu'admettre l'état de nécessité suppose en toute rigueur que ce soit la carence de l'État en matière climatique qui constitue un danger actuel ou imminent, dans la mesure où c'est au regard de cette carence que sera d'abord analysée l'adéquation des actes des prévenus. Cela suppose que le juge considère non seulement que l'action du président de la République est insuffisante en la matière[25] mais encore qu'une politique climatique nationale exemplaire permettrait au moins d'atténuer le danger redouté.

Le juge du tribunal correctionnel de Lyon s'est attaché à caractériser la carence de l'État en relevant trois manquements corroborés par des données institutionnelles (Eurostat, SNBC, Commissariat général au développement durable)[26]. D'abord le dépassement de la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixée par la Stratégie nationale bas-carbone (SNBC), ensuite les manquements en matière de déploiement des énergies renouvelables, et enfin l'échec de l'amélioration de la performance énergétique.

Les personnes interrogées en qualité de témoin lors de l'audience avaient souligné cette carence : Wolfgang Cramer, scientifique en écologie globale, avait affirmé la nécessité d'un changement rapide de notre modèle de société pour limiter la hausse des températures. Quant à Cécile Duflot, militante écologiste, directrice d'Oxfam et ancienne ministre du logement, elle avait rappelé que des recours ont été engagés pour mettre fin à l'inaction de l'État, à savoir le recours en responsabilité dit « l'affaire du siècle »[27] porté devant le tribunal administratif de Paris, ainsi que le recours en excès de pouvoir engagé par la commune de Grande-Synthe devant le Conseil d'État.

La cour d'appel de Lyon voit les choses d'un œil bien différent et considère qu'aucune carence n'est établie : « De manière en réalité purement subjective, [les prévenus] invoquent une absence ou une insuffisance de volonté politique »[28]. Elle aurait pourtant pu s'appuyer sur le premier rapport du Haut Conseil pour le climat[29], mis en place par la Présidence de la République elle-même quelques jours avant le début de la COP 24, puisque le rapport dresse les insuffisances des politiques publiques françaises en matière de lutte contre le dérèglement climatique. La carence étatique semblait donc *prima facie* objectivement établie par un organisme indépendant.

25 Plus largement l'action du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, l'interpellation du président de la République étant évidemment adressée à l'ensemble des décideurs politiques.
26 Les tribunaux de Paris et Bourg-en-Bresse ne se prononcent pas sur la carence invoquée par les prévenus.
27 Christel Cournil, Antoine Le Dylio, Paul Mougeolle, « "L'affaire du siècle" commentaire dans cet ouvrage.
28 p. 8.
29 HCC, Rapport annuel Neutralité carbone, 2019.

II. Le décrochage de portraits du président de la République, une réponse nécessaire et proportionnée à la carence étatique ?

À supposer que le dérèglement climatique ainsi que la carence de l'État caractérisent un danger grave et imminent au sens de l'article 122-7 du code pénal, il convient désormais de s'interroger sur les caractères nécessaire (**A**) et proportionné (**B**) de la réponse apportée par les militants.

A. Sur le caractère adapté et nécessaire d'une contestation de la carence du président de la République

Les émissions directes du territoire français ne représentent qu'environ 1 % des émissions mondiales de GES[30]. De prime abord, ce constat paraît obérer la reconnaissance du caractère adapté de l'action des militants puisque, même à supposer que la France cesse toute émission de GES, les conséquences du changement climatique pour les citoyens français resteraient probablement tout aussi dramatiques. De ce point de vue, il semble quasiment impossible que l'état de nécessité prospère, *a fortiori* si ses critères sont interprétés strictement.

Le tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse s'est ainsi contenté de rejeter l'argumentation des prévenus, en relevant qu'ils n'établissaient pas que leur action serait appropriée et adéquate « pour sauver l'humanité du désastre écologique »[31]. C'est en ce sens également que la cour d'appel de Lyon a statué, relevant que les décrocheurs « reconnaissent d'ailleurs implicitement cette absence de causalité directe puisqu'ils proclament qu'il s'agissait d'une action symbolique »[32]. Quant au tribunal correctionnel de Paris, il relève que « pour parfaitement louable que soit la cause défendue, il n'est nullement justifié ni même allégué par les prévenus que ces vols aient pu avoir le moindre effet, direct ou indirect, sur le dérèglement climatique »[33].

Le changement climatique est un problème d'ampleur mondiale qui suppose une coopération diplomatique dont le succès échappe à la seule volonté d'un État et de son Président, quelles que soient ses ambitions. À l'image des recours en carence dirigés contre l'État, la revendication ne vise évidemment pas à enrayer l'augmentation des émissions de GES à l'échelle mondiale ; il est plutôt demandé à l'État de contribuer positivement à cette réduction à l'échelle de son territoire en honorant *a minima* les obligations nationales et internationales de la France en la matière. À ce titre, le juge du tribunal correctionnel de Lyon reconnaît que le président de la République peut prendre « des mesures financières et réglementaires adaptées ou à défaut rendre compte de son impuissance »[34].

30 Haut conseil pour le climat, « Agir en cohérence avec les ambitions », 1er rapport annuel, 2019, en ligne [https://www.hautconseilclimat.fr/rapport-2019/] : les émissions de la France s'élèvent à 460 Mt CO2e et son empreinte carbone à 731 Mt CO2e.
31 p. 10.
32 p. 8.
33 p. 16.
34 p. 7.

La responsabilité de la France dépasse enfin la seule question de ses propres émissions. Les militants attendent également une action diplomatique forte et cohérente afin d'inciter des pays fortement émetteurs comme les États-Unis à combattre le réchauffement. Or l'insuffisance des politiques nationales en matière climatique rend la France peu crédible pour mener ces négociations.

En définitive, si l'action des militants aboutissait à une inflexion des politiques publiques vers une société plus neutre en carbone, le caractère adapté pourrait être vérifié au regard du contexte climatique.

B. Le caractère proportionné : le décrochage, seul acte envisageable pour combattre la carence du président de la République ?

Selon la Cour de cassation, pour retenir l'état de nécessité, les juges du fond doivent démontrer que l'infraction commise par le prévenu pouvait seule permettre d'éviter l'événement qu'il redoutait[35]. En l'espèce, la question est donc de savoir si le vol de ces portraits était la seule action que les militants pouvaient entreprendre pour obtenir de la part du président de la République une inflexion des politiques climatiques.

Selon le tribunal correctionnel de Paris, le fait que des actions judiciaires ont été engagées contre l'État démontre que les prévenus reconnaissent « qu'il existe d'autres moyens d'agir en faveur du climat que de commettre l'infraction qui leur est reprochée ». La cour d'appel de Lyon rejoint le juge parisien en estimant que les prévenus n'ont pas établi l'inefficacité des procédures judiciaires engagées contre l'État. Or les activistes contestaient la lenteur de la machine judiciaire au regard de l'urgence climatique. Reste qu'ils ne pouvaient pas justifier avoir épuisé les facultés qui leur sont offertes, notamment la saisine en urgence du juge des référés tendant à l'adoption de mesures en faveur du climat.

Pour justifier le décrochage de portraits, le juge du tribunal correctionnel de Lyon estime quant à lui que l'acte des prévenus « doit être interprété comme le substitut nécessaire d'un dialogue impraticable entre le Président de la République et le peuple ». La motivation du jugement du tribunal correctionnel de Lyon s'est ainsi détachée des critères de l'état de nécessité pour glisser vers une justification fondée sur un « devoir de vigilance critique »[36]. Cette notion fait écho au concept de démocratie environnementale participative, ainsi qu'à l'obligation de vigilance environnementale à laquelle chacun est tenu[37]. Le jugement s'inscrit ainsi dans l'argumentation des prévenus qui avançaient que les moyens légaux dont ils disposent ne suffisent plus[38] et que le contexte actuel d'urgence climatique justifie l'exercice d'une désobéissance civile non violente. Ce devoir de vigilance

35 Crim. 25 juin 1958 : D. 1958. 693, note M.R.M.P. ; JCP 1959. II. 10941, note Larguier ; RSC 1959. 111, obs. Légal.

36 Jugement commenté, p. 7.

37 CC, Décision n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement].* Conformément à l'obligation de vigilance environnementale, serait-ce désormais notre devoir de désobéir civilement pour le moment, voire même de nous révolter si toujours rien n'est entamé malgré l'accumulation des gaz à effet de serre ?

38 Relevons par ailleurs que les actes liés à la conduite des relations extérieures de la France sont des actes de gouvernement : ils ne peuvent donc pas être déférés devant un juge national, ce qui renforce l'argument selon lequel les voies légales empruntées demeurent insuffisantes.

critique paraît séduisant, mais les marches et les grèves en faveur du climat ne suffisent-elles pas à l'exercer pleinement ? Est-il *nécessaire* de les parer de portraits volés du Président de la République ? Ce devoir doit-il légitimer l'invention par les citoyens d'autres modes de participation illégaux, au motif que l'exercice des droits civils et politiques serait insuffisant dans le cadre d'un État démocratique ? Pour la cour d'appel de Lyon, « les prévenus ne démontrent pas, non seulement que ce vol constituerait un moyen adéquat, mais encore que ce vol constituerait le dernier recours, et serait strictement la seule chose à entreprendre pour éviter la réalisation du péril invoqué et se bornent à alléguer qu'ils n'avaient pas eu "d'autre choix" »[39].

Le tribunal correctionnel de Paris ajoute que « les prévenus ne sont pas dépourvus de contacts dans le milieu des médias, de sorte que les infractions commises n'étaient pas le seul moyen de faire progresser la cause climatique et d'interpeller les décideurs », d'autant qu'ils « disposaient de toutes les ressources intellectuelles ainsi que des informations les plus utiles, notamment grâce à leurs relations avec un expert du GIEC, pour intervenir légalement dans le débat public »[40]. En somme, dans une formule extrêmement concise, le juge rappelle que « la loi n'accorde pas l'irresponsabilité pénale à celui qui ne fait que dénoncer le danger »[41]. À l'inverse, dans l'une des affaires dites « des déboulonneurs », un collectif français de lutte contre la publicité qui organise périodiquement des actions non violentes de dégradations légères d'affiches publicitaires, le tribunal correctionnel de Paris avait relaxé les prévenus en reconnaissant l'état de nécessité au motif notamment qu'ils avaient épuisé « toutes les voies de droit qui s'offraient à eux pour imposer un changement des textes [en matière de réglementation publicitaire] »[42].

L'appréciation stricte des critères de l'état de nécessité n'est pas nouvelle, surtout lorsque l'affaire est tranchée par la Haute juridiction : dans les affaires de fauchage d'organismes génétiquement modifiés (OGM), la Cour de cassation avait ainsi confirmé en 2002 l'arrêt de la cour d'appel qui avait écarté l'état de nécessité au motif notamment que « les prévenus disposaient de nombreux moyens d'expression dans une société démocratique autres que la destruction […] de milliers de plants de riz pour faire entendre leur voix auprès des pouvoirs publics »[43]. Pour autant, contrairement à la destruction de champs d'expérimentation d'OGM, le vol commis par les décrocheurs n'a entraîné qu'un faible trouble à l'ordre public : selon le juge lyonnais, la réunion des militants, « même non déclarée préalablement en préfecture », « revêt [ait] un caractère manifestement pacifique de nature à constituer un trouble à l'ordre public très modéré ». Un constat confirmé par le coût négligeable du bien volé et l'absence de constitution de partie civile par la mairie de Lyon.

39 p. 8.
40 p. 16.
41 p. 16.
42 Trib. corr. de Paris, 25 mars 2013, n° 09317034048 : « Attendu que les prévenus ont exposé qu'ils avaient utilisé, depuis la création du « Collectif des déboulonneurs », toutes les voies de droit qui s'offraient à eux pour imposer un changement des textes. C'est ainsi qu'ils ont participé au débat national sur l'environnement en 2006, appelé « Grenelle 1 » et réunissant les associations, les représentants de la nation et les ministres chargés de l'Environnement sous l'autorité du Premier ministre. De même, espérant une réglementation plus contraignante de la publicité, ils ont participé au « Grenelle 2 », qui a abouti, au contraire, à la possibilité pour les afficheurs de faire défiler des panneaux publicitaires comportant de très grands écrans dans les espaces publics, et de poser d'immenses bâches sur les échafaudages, supportant de très grandes publicités, comme on a pu d'ailleurs l'observer pendant deux ans sur le Palais de justice de Paris ».
43 CA, Montpellier, 3e ch., 20 décembre 2001, n° 01/00715 ; confirmé par Cass. Crim., 19 novembre 2002, n° 02-80.788.

En Suisse, le succès de l'action des activistes climatiques conjugué au très faible trouble à l'ordre public a été déterminant dans la motivation du juge qui a reconnu l'état de nécessité[44]. Afin d'inciter le Crédit suisse à cesser ses investissements dans le secteur des énergies fossiles, les activistes avaient simulé une partie de tennis dans le hall de la banque dans l'objectif d'interpeller publiquement Roger Federer, la vedette du tennis et égérie publicitaire de l'établissement. Dans cette affaire, aucun vol n'a été commis, il ne s'agissait que d'une « occupation partielle et temporaire du hall de la banque » entraînant un trouble à l'ordre public quasiment inexistant[45]. La réaction positive du tennisman et le changement manifeste dans la communication de la banque démontrent par ailleurs l'efficacité et le succès de cette démarche[46]. Le juge suisse a dès lors estimé que l'action entreprise par les militants pouvait aboutir au but visé dans la mesure où «il n'existe pas de moyens juridiques à disposition des prévenus pour exiger ce respect ». Cependant, à l'instar des décrocheurs qui pouvaient former à leur tour un recours en carence contre l'État, une action en justice visant la banque aurait certainement pu être intentée. Le juge souligne que les circonstances de l'affaire sont exceptionnelles, tant au regard du peu de moyens déployés que de son succès. Si les décrocheurs avaient obtenu du président de la République l'annonce de politiques climatiques plus ambitieuses, auraient-ils obtenu gain de cause devant les tribunaux ?

En tout état de cause, et de manière pragmatique, des alternatives à la condamnation comme la dispense de peine auraient pu être mises en œuvre[47] puisque le trouble résultant de l'infraction avait cessé[48] et que le dommage causé pouvait être considéré comme réparé en raison du caractère aisément remplaçable des objets volés[49]. La cour d'appel de Lyon, après avoir infirmé le jugement, a opté pour une solution différente. Elle est entrée en voie de condamnation, mais relevant que l'action avait un caractère purement « symbolique »[50] et qu'elle n'avait pas été commise dans un contexte « crapuleux », elle a prononcé une amende moins élevée (250 euros) que celle requise par le ministère public. Afin de « préserver [l'] insertion professionnelle » des prévenus, elle a également décidé de ne pas l'inscrire au bulletin n° 2 de leur casier judiciaire.

***

Les actions menées par les militants ont eu le mérite de renforcer le débat sur le rôle de la France et de son Président dans la lutte contre le changement climatique. Mais considérer que le vol de portraits du président de la République permettrait de résoudre les difficultés de mise en œuvre de cette politique, c'est adopter une approche trop extensive de l'état de nécessité.

44 L'article 17 du code pénal suisse énonce l'état de nécessité d'une façon très similaire : « Quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants ».

45 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, cons. 4.2., p. 54 ; V. aussi le chapitre de R. Mahaim et autres sur « Les activistes climatiques contre Crédit suisse ».

46 V. le chapitre de R. Mahaim et autres, *op. cit.*

47 V. article 132-59 du code pénal.

48 La non-restitution des portraits pourrait néanmoins constituer un obstacle à ce que le juge estime la condition vérifiée.

49 Compte tenu de la faible valeur du bien et de l'absence de constitution de la partie civile ; voir, en ce sens un jugement estimant le dommage est réparé en raison de la modification de leurs demandes par les parties civiles (réduction à 1 franc de dommages et intérêts) : Trib. corr. Paris, 21 mai 1996 : Dr. pénal 1996. 240, obs. Véron.

50 La Cour relève qu'il s'agit d'un bien de « très faible valeur matérielle ».

36
Activistes climatiques c. Crédit suisse et le ministère public (2020)

Raphaël Mahaim[1]
Marie-Pomme Moinat[2]
Irène Wettstein[3]

S'ils avaient imaginé que leur affaire prendrait une telle ampleur médiatique, ils n'auraient probablement pas osé y croire. Un peu plus d'un an après leur action dans les locaux d'une succursale de Crédit Suisse – un tweet de Greta Thunberg et un communiqué de Roger Federer plus tard – les douze activistes du climat ont été acquittés devant le Tribunal pénal de première instance dans le canton de Vaud (Suisse romande, francophone) en janvier 2020. Les infractions retenues par le Parquet n'étaient pas punissables, car commises en raison d'un état de nécessité commandé par l'urgence climatique.

Par une action de désobéissance civile symbolique et bon enfant, les activistes voulaient attirer l'attention du public sur la politique d'investissements de Crédit Suisse, deuxième banque de Suisse en importance, connue pour financer massivement diverses industries du carbone dans le monde, notamment des centrales à charbon ou des groupes pétroliers. Ils se sont ainsi introduits dans le hall public de la banque pour y mimer une partie de tennis et y afficher des pancartes interpellant l'icône nationale Roger Federer. Ce dernier est en effet l'égérie de Crédit Suisse ; sa photo sur les affiches publicitaires de la banque est diffusée dans tout le pays, dans la rue comme sur les écrans, et au-delà des frontières nationales.

Le procès, très médiatisé, a ouvert un vif débat public sur le rôle des institutions bancaires dans le dérèglement climatique. Bien que ce sujet ait évidemment déjà été débattu dans l'arène politique et fait l'objet de diverses recherches académiques, il n'avait certainement jamais suscité autant d'attention. Pour la Suisse, dont l'économie florissante s'est largement construite autour des institutions financières, il faut dire que l'enjeu est de taille. La Confédération met désormais en route un train de réformes pour une finance plus durable, mais les avancées concrètes sont encore embryonnaires ou inexistantes.

---

1 Avocat, Chargé de cours à l'Université de Lausanne et député au Parlement du Canton de Vaud (Suisse).
Les avocats soussignés font partie des 13 plaideurs qui ont assuré la défense des activistes, aux côtés de Mme la Bâtonnière Antonella Cereghetti Zwahlen, M. le Bâtonnier Christian Bettex, Mes Aline Bonard, Charles Munoz, Youri Widmer, David Raedler, Annie Schnitzler, Olivier Boschetti, Laïla Batou et Mireille Loroch.
2 Avocate au barreau du Canton de Vaud (Suisse).
3 Avocate au barreau du Canton de Vaud (Suisse).

Un rappel de l'état de fait et des infractions pénales en cause s'impose en premier lieu (**I**). Le déroulement et les enjeux marquants du procès de première instance méritent quelques développements (**II**). Les réactions que le verdict a suscitées en disent long sur l'état de la prise en compte par le droit de l'intérêt public à la sauvegarde du climat (**III**).

I. Le Contexte

Pour mieux comprendre les enjeux du procès et les questions juridiques qu'il a soulevées, il est nécessaire d'exposer brièvement l'état de fait (**A**). On rappellera également les infractions pénales retenues par le Parquet à l'encontre des activistes (**B**).

A. L'état de fait

En novembre 2018, alors que Greta Thunberg n'avait pas encore acquis sa notoriété et alors que le mouvement de grève scolaire pour le climat n'en était encore qu'à ses débuts, 12 activistes de l'association « Lausanne action climat » ont conçu et réalisé à Lausanne, en Suisse, une action destinée à braquer les projecteurs sur les investissements des institutions bancaires helvétiques. Utilisant l'image de l'icône nationale Roger Federer, égérie publicitaire de Crédit Suisse, ils ont mimé une partie de tennis dans le hall public d'une succursale de la banque – le lieu où les clients se rendent au guichet ou retirent de l'argent en espèces – en la relayant sur les réseaux sociaux[4].

Chose plutôt rare pour une procédure pénale classique, mais caractéristique d'une action de désobéissance civile, les faits de la cause sont incontestés. Le ministère public a mené une instruction simple, consistant principalement en l'audition des prévenus et celle de deux témoins, employés de la banque présents lors des faits. Comme l'autorise le Code suisse de procédure pénale pour les infractions de moindre gravité[5], le ministère public a condamné lui-même les prévenus par une ordonnance pénale. Les 12 activistes ont fait opposition à cette ordonnance, provoquant le renvoi de la cause devant le Tribunal pénal de première instance, nommé dans le canton de Vaud Tribunal de police et composé d'un magistrat unique[6].

Les faits de la cause ont été décrits dans le jugement de première instance de la façon suivante : « À Lausanne, à la rue du Lion d'Or 5-7, dans les locaux de la succursale de Crédit Suisse (Suisse) SA, le 22 novembre 2018, peu après 13 h, un groupe, composé de 20 à 30 personnes environ, dont les prévenus, a pénétré dans le hall d'entrée dans le but de manifester contre le changement climatique et plus spécifiquement contre les investissements faits par le Crédit Suisse dans les énergies fossiles. Le but des manifestants était d'attirer l'attention de l'opinion publique sur ces questions, notamment en dénonçant la participation de Roger Federer à l'image publicitaire de cette banque.

4 La vidéo de l'action demeure visible en ligne : https://www.20min.ch/ro/news/vaud/story/-On-ne-s-excusera-pas--on-prefere-faire-de-la-prison--21996579 (consulté le 21 février 2020).
5 Art. 352 du Code de procédure pénale (RS 312.0 ; ci-après CPP).
6 Art. 7 de la loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse (BLV 312.01 ; ci-après LVCPP) et art. 96c de la loi vaudoise d'organisation judiciaire (BLV 173.01 ; ci-après LOJV).

Cette manifestation a consisté notamment à déployer une banderole sur laquelle figurait le texte suivant : *Crédit Suisse, Roger, tu cautionnes ça ? #SiRogersavait* et, pour l'essentiel, à mimer une partie de tennis, la plupart des participants étant déguisés en sportifs de manière caricaturale. Selon le témoignage d'une employée responsable d'un service de cette succursale bancaire, les manifestants, qui ne se sont pas montrés agressifs, se sont placés notamment sur les marches des escaliers, ainsi que sur la rampe d'accès pour les personnes handicapées. Ils n'empêchaient pas les clients de passer, ces derniers devant toutefois les enjamber pour accéder aux guichets. La manifestation n'avait pas fait l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'instance administrative compétente […]. Malgré l'injonction qui avait été faite à l'ensemble du groupe par le responsable de la succursale de quitter les lieux, les manifestants sont restés dans le hall et ont poursuivi leur activité. Ce dernier, également entendu comme témoin, a indiqué que personne n'avait été agressif et que l'ambiance était restée bon enfant. Il a alors appelé la police, laquelle est intervenue peu de temps après, en envoyant dans un premier temps un agent, puis plusieurs. L'officier de police responsable a sommé, à 13 h 50, une première fois les manifestants d'évacuer les lieux en leur impartissant un délai de 15 minutes. Dans ce laps de temps, dix personnes environ sont sorties d'elles-mêmes, dont () et (). Ces deux prévenues avaient en effet le rôle, convenu à l'avance, de veiller au bon et paisible déroulement de la manifestation, ainsi que de gérer les discussions avec les forces de police intervenantes. C'est en raison de ce rôle que ces deux prévenues se sont conformées aux instructions policières. En revanche, les autres prévenus n'ont pas obtempéré aux ordres, mais se sont au contraire tenus les uns aux autres avec leurs jambes et leurs bras, obligeant finalement la police, vers 14 h 05, à les sortir des locaux de l'établissement un par un en les traînant au sol ou en les portant. Selon le témoin, tout est rentré dans l'ordre vers 14 h 20. »

B. Les infractions pénales en cause

Seule une infraction de droit fédéral a été retenue par le Parquet dans son ordonnance pénale : la violation de domicile. À teneur de l'art. 186 du Code pénal suisse (CPS)[7], « celui qui, d'une manière illicite et contre la volonté de l'ayant droit, aura pénétré dans une maison, dans une habitation, dans un local fermé faisant partie d'une maison, dans un espace, cour ou jardin clos et attenant à une maison, ou dans un chantier, ou y sera demeuré au mépris de l'injonction de sortir à lui adressée par un ayant droit sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

Selon la jurisprudence bien établie[8], il y a également violation de domicile lorsque l'auteur pénètre ou demeure dans un lieu privé, mais ouvert au public contre la volonté de l'ayant droit. Lorsqu'il s'agit d'un lieu ouvert au public dans un but précis et si ce but est clairement reconnaissable pour chacun, celui qui y pénètre en poursuivant d'autres objectifs agit contre la volonté de l'ayant droit. En l'espèce, le ministère public a retenu que le hall d'entrée de la banque avait été occupé contre la volonté de l'ayant droit et que l'infraction de l'art. 186 du CPS était réalisée.

7 RS 311.0 du CPS.
8 V. dans la jurisprudence par exemple Tribunal fédéral, 16 février 1982, ATF 108 IV 33 consid. 5b.

Aux côtés de la violation de domicile, la procureure a retenu deux contraventions au règlement communal de police, lesquelles sont punissables pénalement sur la base de la loi cantonale sur les contraventions[9] : la première pour organisation d'une manifestation non autorisée[10] et la seconde pour refus de se conformer aux injonctions d'un agent de police[11]. À noter que cette dernière infraction n'a pas été prononcée à l'encontre des activistes qui sont sorties du hall de la banque suite aux premières injonctions des forces de l'ordre.

II. Le procès de première instance

La procédure préliminaire et la préparation des débats ont déjà annoncé la couleur d'un procès qui allait sortir de l'ordinaire (**A**). L'audience elle-même, très suivie (**B**), s'est conclue par un verdict d'acquittement qui soulève de nombreuses questions juridiques très intéressantes (**C**).

A. La préparation des débats

Lors de la procédure préliminaire[12], c'est-à-dire pendant toute la durée de l'instruction, les activistes n'étaient pas assistés de défenseurs. Ils ont tous été entendus et ont rappelé le déroulement de l'action et leurs motivations. Une fois les ordonnances pénales rendues, ils ont formé opposition, provoquant un renvoi devant le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne.

C'est alors qu'un groupe de treize avocats romands[13] s'est constitué, à l'initiative de Mes Moinat et Wettstein, pour assurer la défense des prévenus, tous intervenant *pro bono*[14]. Les avocats composant ce groupe provenaient d'horizons divers : certains avaient à leur actif des causes militantes ou politiques, d'autres pas du tout ; certains étaient plutôt connus pour une activité professionnelle marquée par le droit privé, d'autres pour leur pratique régulière du droit pénal, autant de femmes que d'hommes, tous les âges étant représentés. Un ancien Bâtonnier et une ancienne Bâtonnière en faisaient partie, contribuant, à n'en pas douter, à donner une assise et une légitimité à la démarche.

Une fois constitués auprès du Tribunal, les avocats ont formé leurs réquisitions en vue de l'audience de jugement. Ils ont requis la production par Credit Suisse « de tout document, étude ou rapport relatif à l'impact climatique de ses investissements, notamment dans les énergies fossiles » et demandé l'audition de treize témoins. La liste des témoins requis comprenait des climatologues, des experts des questions financières, des spécialistes de la désobéissance civile ou encore des personnalités publiques connues pour leur engagement en faveur du climat. Enfin, ils ont versé à la procédure divers documents et rapports scientifiques concernant les dérèglements climatiques et ses causes anthropiques, dont en particulier le rapport du GIEC sur le réchauffement à 1,5 ℃[15].

9 V. loi vaudoise sur les contraventions (BLV 312.11 ; LContr).
10 Art. 41 du règlement général de police de la commune de Lausanne (500.1 ; ci-après RGP) (disponible en ligne sur www.lausanne.ch, consulté le 16 mars 2020).
11 Art. 29 RGP.
12 L'art. 299 CPP définit la procédure préliminaire comme la procédure d'investigation de la police et l'instruction conduite par le ministère public.
13 Tous les treize avocats sont inscrits au barreau vaudois, hormis Me Batou, inscrite au barreau genevois.
14 E. Borloz, « Des ténors du barreau s'engagent bénévolement en faveur du climat », 24 heures du 18 juillet 2019.
15 GIEC, *Réchauffement planétaire de 1,5 ℃ – Résumé à l'intention des décideurs*, 2019 (disponible sur www.ipcc.ch, consulté le 15 mars 2020).

Une communication large et constante auprès des médias a accompagné toute la démarche. Chaque étape, soit la décision du procès de principe, la présentation du groupe d'avocats et celle de la liste des témoins ont fait l'objet de communiqués et de conférences de presse.

Dans un premier temps, le Tribunal de police a rejeté presque intégralement ces réquisitions. Il a jugé les documents demandés à Credit Suisse « sans intérêt pour le sort de la cause concernant les prévenus ». En ce qui concerne les témoins, le juge a écrit ce qui suit aux défenseurs : « […] je constate qu'il s'agit là de spécialistes des questions climatiques et environnementales – abordées sous différents angles de vue – et/ou du rôle tenu par la place financière suisse en matière d'énergies fossiles. Ces sujets, sur lesquels les prévenus veulent les voir interrogés, sont vastes et théoriques. Il s'agit d'une problématique connue, à laquelle la littérature et les médias se consacrent considérablement, et qui me préoccupe également à titre personnel. Cependant, au vu du réel enjeu de la présente cause d'un point de vue du droit pénal, l'ensemble de ces réquisitions est disproportionné ». C'est ainsi que le juge a uniquement accepté l'audition comme témoin de M. Jacques Dubochet, professeur honoraire de l'Université de Lausanne, prix Nobel de chimie 2017 et personnalité connue en Suisse romande pour son engagement militant en faveur du climat.

La défense a renouvelé ses réquisitions quelques jours plus tard, insistant sur l'importance que des experts des questions climatiques ou financières puissent être entendus en lien avec l'argument de l'état de nécessité qui serait invoqué par les prévenus. Le Tribunal de police a répondu ce qui suit : « Après réflexion, au vu des questions plus générales liées au climat et à l'environnement dont il sera débattu, il me paraît justifié d'entendre un spécialiste en climatologie. La liste commune de témoins que vous m'avez adressée contient trois noms, et mon choix s'est porté sur Mme Sonia Seneviratne ». Mme Seneviratne est professeure de climatologie à l'École polytechnique de Zurich et a participé à la rédaction du rapport précité du GIEC sur le réchauffement à 1,5 °C. Le ministère public a renoncé à participer aux débats, comme le lui permet le Code de procédure pénale suisse (CPP) pour les infractions où une peine privative de liberté de plus d'un an ou une mesure entraînant une privation de liberté ne sont pas requises[16], disposition fréquemment appliquée en pratique pour les causes de moindre importance. Quelques jours avant l'audience, Crédit Suisse, partie plaignante, a requis, par l'intermédiaire de son mandataire, avocat à Zurich, une dispense de comparution au motif que sa présence n'était « pas nécessaire ». Crédit Suisse a exposé ne « pas devoir chiffrer, ni motiver de conclusions civiles » ni n'être astreinte à participer à l'audience comme personne appelée à donner des renseignements. Par son avocat, Crédit Suisse a également, dans ses propositions écrites au sens de l'article 338 al. 3 du CPP, exposé sa politique de finance verte et rappelé sa récente décision de « ne plus financer spécifiquement le développement de nouvelles centrales à charbon », décision communiquée en décembre 2019 au grand public. Le magistrat unique a accordé la dispense et versé les déterminations écrites de Crédit suisse au dossier de la cause.

16 Art. 337 al. 3 CPP.

B. L'audience

Trois jours avaient été réservés par le magistrat en vue de l'audience de jugement, du 7 au 9 janvier 2020. L'audience du Tribunal de police de Lausanne a été délocalisée à Renens, commune de l'Ouest lausannois accueillant un bâtiment de l'ordre judiciaire comportant la plus grande salle d'audience du canton. Le public, largement composé d'activistes du climat et de personnalités sensibles à la cause, était dense. Comme attendu, ni le procureur ni la banque plaignante n'ont assisté aux débats[17]. D'entrée de cause, les défenseurs ont renouvelé leurs réquisitions tendant à l'audition d'autres témoins, réquisitions rejetées séance tenante par le président.

L'audition des témoins a occupé la première journée de débats. La professeure Seneviratne[18], entendue en réalité comme experte au sens de l'art. 182 CPP, a expliqué de façon didactique le processus d'élaboration et de validation des rapports du GIEC et exposé l'état des connaissances scientifiques au sujet du réchauffement climatique. Elle a relevé que sur la base des engagements fermes pris à ce jour par les États, il se dessinait une trajectoire de réchauffement planétaire de l'ordre de 3 ℃, ce qui est très largement en-dessous des objectifs de l'Accord de Paris. Spécialiste des événements extrêmes, elle a fourni à la Cour différents exemples des conséquences du réchauffement planétaire (canicules, précipitations violentes, sécheresses, dégâts irréversibles pour les écosystèmes, etc.); elle a aussi présenté la notion de « point de bascule », qui définit un stade de l'évolution du climat planétaire à partir duquel il est impossible de revenir en arrière, en tout cas à l'échelle des générations humaines présentes (par exemple la fonte de la glace au Groenland et l'augmentation du niveau des mers qu'elle induirait). Elle a montré comment ces points de bascule devenaient beaucoup plus probables avec le scénario de réchauffement à 2 ℃, et encore davantage avec la tendance actuelle d'un réchauffement de 3 ℃. Le Professeur Dubochet[19], en réalité témoin de moralité plus qu'expert, a ensuite fait un vibrant plaidoyer pour cette « jeunesse » qu'il convient de « protéger » et non d'accabler. Engagé dans le mouvement Grands-Parents pour le climat[20], très actif en Suisse, il a montré à quel point le déni actuel en matière de politique climatique constituait un danger urgent, citant tour à tour Aurélien Barrau et Greta Thunberg.

Tant la professeure Seneviratne que le Professeur Dubochet ont admis n'avoir aucune connaissance spécifique en matière financière. La défense a alors une nouvelle fois requis l'audition d'un spécialiste de la finance, réquisition cette fois-ci acceptée par le Tribunal. Le juge a accepté d'entendre M. Jérémy Désir, ingénieur mathématicien, ancien cadre de HSBC spécialiste du trading haute fréquence et connu pour avoir claqué la porte de son employeur en publiant une « lettre ouverte à l'humanité »[21] dénonçant les dérives de la finance. M. Désir[22] a rappelé que les flux financiers étaient

17 E. Felley, « Au procès de Renens, les absents ont forcément tort », Le Matin du 8 janvier 2020 (https://www.lematin.ch/suisse/proces-renens-absents-forcement-tort/story/25948099, consulté le 20 mars 2020).
18 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, p. 7 et s.
19 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, p. 14 et s.
20 Voir https://www.gpclimat.ch/fr/, consulté le 20 mars 2020.
21 Le texte est disponible en ligne, V. par exemple https://mrmondialisation.org/un-cadre-dhsbc-demissionne-publiquement-avec-une-lettre-ouverte-a-lhumanite/, (consulté le 20 mars 2020).
22 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, p. 18 et s.

spécifiquement mentionnés dans l'Accord de Paris ; il a exposé les mécanismes à l'œuvre dans le milieu de la finance, « vectrice de pressions environnementales dévastatrices », de même que les contradictions de la finance dite « verte », impropre à contribuer à atteindre les objectifs de l'Accord de Paris.

Le deuxième jour d'audience a été consacré aux plaidoiries. Exercice plutôt rare dans une profession qui cultive l'indépendance et la défense des droits individuels, une plaidoirie unique, valant pour tous les prévenus, a été construite par les treize défenseurs, qui s'étaient réparti les thèmes à aborder : urgence climatique, désobéissance civile, état de nécessité, proportionnalité de l'action, etc.

C'est ce deuxième jour de débats que les activistes ont choisi pour interpeller à nouveau Roger Federer au moyen d'un nouveau *hashtag #Rogerwakeupnow.* Très rapidement relayé sur les réseaux sociaux, notamment par Jean-Pascal van Ypersele, ancien vice-président du GIEC, climatologue à la renommée mondiale et qui figurait sur la liste des témoins du procès, le *hashtag* est devenu dans la journée la première tendance sur twitter en Suisse. Grâce au retweet de M. Van Ypersele, très suivi sur twitter, l'affaire est parvenue jusqu'à Greta Thunberg qui a elle-même directement interpellé Roger Federer sur le réseau social. D'ordinaire peu disposé à intervenir dans le débat public, Roger Federer s'est fendu le 11 janvier 2020 d'un communiqué[23], relançant ainsi le *buzz* : les médias du monde entier se sont fait l'écho de cette interpellation[24], à l'heure où Roger Federer se préparait à commencer le tournoi de l'Open d'Australie et alors que des dramatiques feux de brousse faisaient rage dans tout l'est de l'Australie.

La lecture du jugement a eu lieu dans la salle d'audience de Renens, comble, le lundi 13 janvier 2020.

C. Le jugement

Le Tribunal de police a considéré que les trois infractions en cause avaient bel et bien été commises, rejetant un grief d'ordre formel invoqué par la défense au sujet de la validité de la plainte déposée par Crédit Suisse[25]. Il a toutefois acquitté entièrement les activistes, jugeant que ceux-ci avaient agi dans un état de nécessité licite.

23 « As the father of four young children and a fervent supporter of universal education, I have a great deal of respect and admiration for the youth climate movement, and I am grateful to young climate activists for pushing us all to examine our behaviours and act on innovative solutions. We owe it to them and ourselves to listen. I appreciate reminders of my responsibility as a private individual, as an athlete and as an entrepreneur, and I'm committed to using this privileged position to dialogue on important issues with my sponsors ».

24 Voir par ex. « Roger Federer responds to climate crisis criticism from Greta Thunberg », The Guardian, 12 janvier 2020 ; C. Perrin, « Roger Federer 'happy to be reminded of responsibilities' after climate change activist Greta Thunberg's criticism », The Sun, 12 janvier 2020 ; Associated Press, « 12 climate activists on trial for stunt at Swiss bank office », The New York Times, 7 janvier 2020 ; « Roger Federer épinglé par Greta Thunberg pour son partenariat avec le Crédit Suisse », LaDepeche.fr, 13 janvier 2020 (https://www.ladepeche.fr/2020/01/13/roger-federer-epingle-par-greta-thunberg-pour-son-partenariat-avec-le-credit-suisse,8658159.php, consulté le 20 mars 2020).

25 La plainte de Credit Suisse a été rédigée et signée par l'avocat de la banque, lequel agissait sur la base d'une procuration signée par deux employés de la banque dont le pouvoir de signature n'était pas inscrit au registre du commerce à l'époque du dépôt de plainte. La défense y a vu un motif d'invalidité de la plainte, invoquant que la ratification ultérieure de la plainte par actes concluants ne suffisait pas à guérir le vice formel. Le Tribunal a quant à lui retenu que l'inscription d'un pouvoir de représentation au registre du commerce n'est pas constitutive, mais seulement déclarative et que toutes les personnes qui sont explicitement ou implicitement chargées de protéger les intérêts de la personne morale en question ou de gérer le bien en question sont autorisées à porter plainte, cf. Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 3.1.3.

L'état de nécessité licite est une figure juridique prévue dans la partie générale du Code pénal suisse. Selon l'article 17 du CPS, « quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants ». Schématiquement, on peut dire que retenir un état de nécessité licite suppose la réunion de quatre conditions.

Il faut tout d'abord que le danger en question soit imminent. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, est imminent an sens de l'article 17 du CPS un danger qui n'est ni passé ni futur, c'est-à-dire un danger actuel, mais aussi concret ; la notion d'imminence n'est toutefois pas identique dans le cas de l'état de nécessité et dans le scénario de la légitime défense : l'atteinte au bien que l'auteur veut protéger est plus proche dans le temps dans le second cas de figure[26]. Dans son jugement, le Tribunal commence par exposer en quoi consiste le danger, en se fondant largement sur la déposition de la Professeur Seneviratne, « dont l'ampleur et la précision ont emporté la conviction du Tribunal »[27] : « le travail du GIEC aboutit à la conclusion d'un réchauffement planétaire d'origine anthropique, trop rapide et dangereux. […] De ce réchauffement avéré découlent des conséquences dangereuses pour l'humanité, telles que notamment la fonte des glaces, la montée des eaux (qui si elle atteint un certain seuil engloutira des villes comme San Francisco, Miami, Rio de Janeiro ou Shanghai ou encore les Pays-Bas), la désertification, l'acidification des océans et l'augmentation des événements extrêmes ».

Quant à l'imminence du danger, le Tribunal se réfère à l'objectif de l'Accord de Paris commandant de contenir le réchauffement climatique « bien en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels » et si possible de viser à « poursuivre les efforts pour limiter la hausse des températures à 1,5 °C ». À nouveau, le Tribunal cite les explications de la professeure Seneviratne : « Afin d'éviter de telles conséquences et de conserver un réchauffement global en dessous de la barre des 1,5 °C, le témoin Seneviratne explique que les changements de société doivent être initiés immédiatement. ll y a deux échéances clés dans les scénarios du GIEC pour atteindre cet objectif : la première est que les émissions de CO2 doivent diminuer de moitié d'ici 2030 et la seconde vise à atteindre un budget neutre d'ici 2050. Elle explique qu'actuellement les pays, dont la Suisse clairement, ne s'acheminent pas vers une telle diminution ». Et le Tribunal de constater l'ampleur des dommages irréversibles dans un scénario de réchauffement à 2 °C et d'affirmer ainsi que l'imminence du danger est « établie ».

La deuxième condition relative à l'application de l'article 17 du CPS porte sur l'existence d'un bien juridique individuel à protéger. Eu égard au texte légal, l'article 17 du CPS ne vise que la protection des biens juridiques individuels et non la protection des intérêts collectifs, respectivement des intérêts de l'État. Une exception est toutefois admise lorsque la protection d'un bien juridique collectif couvre également des biens juridiques personnels[28]. C'est cette exception que le Tribunal

26 Cf. dans la jurisprudence par exemple Tribunal fédéral, 8 décembre 1995, ATF 122 IV 1 consid. 5a. En d'autres termes, « l'application de l'art. 17 CPS suppose de démontrer l'imminence de l'exposition à une atteinte et non l'imminence d'une atteinte », cf. A. Nussbaumer, « L'acquittement des activistes du climat à Lausanne », *lawinside, 21 février 2020* (www.lawinside.ch/875/, consulté le 20 mars 2020).

27 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.2.

28 G. Monnier, in *Commentaire romand – Code pénal I*, R. Roth et L. Moreillon, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009, nº 13 *ad* art. 17.

a appliquée, reconnaissant que les biens juridiques en cause sont la préservation du climat et de l'environnement et, par ce biais, la sauvegarde du droit personnel des activistes à la santé et à la vie[29].

Une troisième condition découle du principe de proportionnalité ancré à l'article 5 al. 2 de la Constitution fédérale[30] et s'attache à comparer les biens juridiques dont la protection est recherchée et les biens juridiques lésés par l'infraction en cause. Selon le Tribunal fédéral, les seconds doivent peser manifestement moins lourd que les intérêts que l'auteur cherche à sauvegarder ; cela vaut également en présence d'une situation que l'auteur prétend devoir dénoncer publiquement[31].

À cet égard, le Tribunal a considéré que la lésion du droit de propriété « a consisté en une occupation partielle et temporaire du hall de la banque ouvert au public et demeuré malgré cela accessible à la clientèle selon le cours ordinaire des affaires de la banque ». Le Tribunal a ainsi jugé que « la pesée des intérêts en présence est indiscutablement en faveur des biens que les prévenus ont cherché à protéger »[32].

La quatrième condition, découlant également du principe de proportionnalité, suppose une impossibilité à détourner le danger autrement, ce qui implique une subsidiarité absolue. En d'autres termes, celui qui dispose de moyens licites pour préserver le bien juridique menacé ne peut pas se prévaloir de l'état de nécessité[33].

C'est en analysant cette condition que le Tribunal de police a produit ses considérants les plus singuliers. Le Tribunal s'est interrogé sur les autres moyens à disposition des activistes pour atteindre le but visé par l'action. En premier lieu, le Tribunal évoque la possibilité d'organiser en toute légalité une manifestation sur la voie publique, après avoir sollicité une autorisation auprès de l'autorité compétente. Pour le Tribunal, une telle manifestation n'aurait pas eu le même écho et n'aurait jamais permis d'atteindre le but visé, soit d'alerter l'opinion publique sur le rôle joué par la place financière suisse dans la problématique du réchauffement climatique. Et le Tribunal de citer la couverture médiatique dont a bénéficié l'affaire de même que le succès du hashtag *#Rogerwakeupnow*[34].

Deuxième hypothèse examinée, la possibilité d'une interpellation formelle de la banque par les activistes. Le Tribunal relève dans son jugement que cette interpellation a eu lieu, de diverses manières et à diverses reprises, et qu'elle est demeurée sans résultat aucun. Le Tribunal enfonce le clou en relevant qu'il « est édifiant d'observer que les premières communications de cette banque en lien avec ses intentions en matière de finance durable paraissent être postérieures non seulement à l'action des prévenus qui nous occupe, mais même aux premières communications des médias concernant cette action et la création du collectif de défense »[35].

29 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.2., p. 54.
30 RS 101 ; ci-après Cst.
31 Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de poser ces principes jurisprudentiels il y a une vingtaine d'années dans une affaire judiciaire emblématique concernant des activistes de Greenpeace ayant organisé des actions de blocage de l'accès à une centrale nucléaire, cf. Tribunal fédéral, 25 septembre 2002, ATF 129 IV 6 consid. 3.3.
32 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.2., p. 54.
33 Tribunal fédéral, 25 septembre 2002, ATF 129 IV 6 consid. 3.3. ; Tribunal fédéral, 20 août 2014, 6B_1056/2013 consid. 5.1.
34 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.2., p. 52.
35 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.2., p. 53.

Troisièmement, les prévenus auraient pu recourir aux moyens politiques, hypothèse qui vient « naturellement à l'esprit de tous ». Le juge de première instance se montre ici inventif, puisqu'il utilise une brèche laissée ouverte par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Contrairement à ce qui prévaut dans d'autres États, en particulier anglo-saxons[36], jamais la Haute Cour helvétique n'a admis à ce jour le recours à des moyens illicites pour un combat de nature politique. Dans son arrêt de principe précité à propos des activistes de Greenpeace, le Tribunal fédéral a toutefois estimé qu'une exception serait envisageable si des biens juridiquement protégés d'une valeur considérable étaient immédiatement menacés et si leur protection ne pouvait pas être assurée à temps par les autorités compétentes[37]. Relevant que cette jurisprudence a été rendue il y a près de 20 ans et qu'elle ne concernait pas l'urgence climatique, le Tribunal de police a fait usage de l'exception en jugeant que le gouvernement suisse n'a pas réagi « plus concrètement que par des déclarations d'intention inoffensives, voire lénifiantes, contredites par la réalité financière, scientifique ou politique ». Et d'ajouter qu' « en termes plus généraux, le temps politique, lent de par sa nature démocratique, n'est plus compatible avec l'urgence climatique avérée »[38].

Quant aux moyens juridiques, quatrième hypothèse envisagée, ils ne constituent pas non plus un moyen adéquat pour atteindre le but visé, selon le Tribunal qui relève que « le cadre légal permettant de lutter contre le réchauffement climatique existe en réalité certes déjà, en tout cas dans les textes fondamentaux (articles 73 et 74 Constitution suisse, articles 2 et 8 CEDH ; Accord de Paris). Toutefois, il n'est pas suffisamment respecté et il n'existe pas de moyens juridiques à disposition des prévenus pour exiger ce respect »[39].

Après ces considérants, le jugement se conclut sur un avertissement presque solennel[40] : « […] le Tribunal de céans a conscience de ce que, à la condition que cette décision devienne définitive, elle pourrait, selon la lecture qu'on en fait, ouvrir des perspectives qui ne seraient pas souhaitables. C'est donc le lieu de préciser que l'état de nécessité licite retenu dans cette cause l'est en raison de la nature même des actes jugés. En effet, la manifestation en cause a été entièrement et continuellement non-violente, tant sur le plan physique que matériel. Son ampleur a été limitée puisqu'elle n'a concerné d'abord que 20 à 30 personnes, puis 13 prévenus dès l'intervention de la police et qu'elle a duré environ 1 heure. Le comportement non agressif des manifestants a permis aux policiers qui sont intervenus de régler rapidement et paisiblement la situation. Ces diverses circonstances n'ont ainsi pas exigé le recours à d'importantes forces de l'ordre dont l'utilité aurait pu être requise ailleurs au même moment. De par sa nature, une manifestation de ce type limite dans une large mesure les risques de débordements, qu'ils proviennent des auteurs mêmes de la manifestation ou de tiers et réduit considérablement les tensions toujours possibles entre manifestants et forces de l'ordre. ll n'en va, selon le cours ordinaire des choses, pas de même de manifestations de plus grande ampleur

36 Voir notamment les références citées par A. Nussbaumer, « L'acquittement des activistes du climat à Lausanne », *lawinside, 21 février 2020* (www.lawinside.ch/875/, consulté le 20 mars 2020).
37 Tribunal fédéral, 25 septembre 2002, ATF 129 IV 6 consid. 3.1.
38 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.2., p. 54.
39 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.2., p. 54.
40 Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL, consid. 4.3.

non autorisées. Toute manifestation d'un autre type, notamment s'il y a recours à la violence et s'il y a des dommages de quelque nature que ce soit, ne saurait voir ses participants recevoir un traitement similaire à celui de la présente cause ».

III. Les suites

Le verdict d'acquittement a fait grand bruit et provoqué de nombreuses réactions de toutes parts (**A**). La procédure se poursuit en appel, le Procureur général du canton de Vaud ayant porté la cause en deuxième instance (**B**).

A. Les réactions

Le verdict a suscité un intérêt médiatique immédiat dans le monde entier[41]. En Suisse, pays du secret bancaire et de la démocratie directe, il a créé une onde de choc remarquée, provoquant de multiples réactions politiques[42] et analyses de juristes pénalistes[43]. D'aucuns ont hurlé à la mort de l'État de droit ou à l'apologie de la désobéissance civile[44], dans un contexte où les actions militantes en faveur du climat se multiplient, notamment celles d'Extinction Rebellion. Il était frappant de constater à quel point chaque praticien du droit, chaque citoyen avait besoin de donner son avis sur ce jugement, soit pour le critiquer, soit pour l'approuver, signe qu'il avait mis en exergue un enjeu central du défi climatique : le rôle de la finance dans les dérèglements climatiques et l'incapacité des États, pour l'heure, à mettre des limites à ces activités nuisibles.

D'autres conséquences concrètes inattendues ont suivi ce jugement de première instance. Le débat public s'est rapidement porté sur la personnalité du juge, de façon assez violente et rare pour le contexte helvétique[45]. Les procès pénaux en cours en lien avec des actions de militants pour le climat ont tous été suspendus dans l'attente d'un verdict de dernière instance sur l'affaire des activistes contre Credit Suisse[46].

41 Voir par exemple la dépêche d'Associated Press, reprise dans les médias anglophones du monde entier : « Court Clears Environment Protesters Over Stunt at Swiss Bank », 13 janvier 2020 (disponible par exemple sur https://www.usnews.com/news/business/articles/2020-01-13/court-clears-environment-protesters-over-stunt-at-swiss-bank, consulté le 20 mars 2020).

42 E. Felley, « Philippe Nantermod, les grandes et les petites causes », Le Matin du 14 janvier 2020 (https://www.lematin.ch/suisse/philippe-nantermod-grandes-petites-causes/story/15925657, consulté le 20 mars 2020).

43 N. Oberholzer, « Im Kalten Krieg hätte ein Richter die Aktivisten wohl verurteilt », Tagesanzeiger, 14 janvier 2020 (https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/im-kalten-krieg-haette-ein-richter-die-aktivisten-wohl-verurteilt/story/13050425, consulté le 20 mars 2020) ; « Un pénaliste critique l'acquittement des activistes », Le Matin du 18 janvier 2020 (https://www.lematin.ch/suisse/penaliste-critique-acquittement-activistes/story/17491163, consulté le 20 mars 2020) ; I. Fellrath/O. Francioli, « L'état de nécessité climatique : un concept peu convaincant », Le Temps du 23 janvier 2020 (https://www.letemps.ch/opinions/letat-necessite-climatique-un-concept-convaincant, consulté le 20 mars 2020).

44 Pour une critique argumentée de ces réactions, voir en particulier A. Nussbaumer, « L'acquittement des activistes du climat à Lausanne », *Lawinside, 21 février 2020* (www.lawinside.ch/875/, consulté le 20 mars 2020). V. à ce sujet aussi M. Petel, « la désobeissance civile climatique : menace pour l'État de droit ou stratégie légitime face à l'urgence ? », *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2020/22, p. 1051 et s.

45 S. Serafini, « Dieser Richter spaltet die Schweiz – das ist der Mann hinter dem Klima-Urteil », Watson, 15 janvier 2020 ; « Philippe Colelough, le juge qui a acquitté les activistes du climat », débat radiophonique de la Radio Télévision Suisse du 14 janvier 2020, https://www.rts.ch/play/radio/forum-video/video/philippe-colelough-le-juge-qui-a-acquitte-les-activistes-du-climat-interview-de-xavier-de-haller-et-vassilis-venizelos ? id=11013450, consulté le 20 mars 2020).

46 E. Borloz, « Les procès climatiques sont suspendus », 24 heures du 17 février 2020.

B. La procédure de deuxième instance

Le Parquet vaudois a formé un appel à l'encontre du jugement de première instance. Faisant usage de son droit de dessaisir en tout temps un procureur d'arrondissement[47], le Procureur général du canton de Vaud a repris l'affaire à son compte en vue des débats d'appel. Dans sa déclaration d'appel, il ne conteste pas que le changement climatique soit qualifié de danger ; il reconnaît en outre qu'« attribuer de manière exclusive ou prépondérante à l'activité humaine la responsabilité de ce changement, avec pour corollaire que cette activité doit être radicalement et rapidement modifiée, n'est pas contestable ». Il relève enfin que « montrer plus particulièrement du doigt la problématique de l'utilisation des énergies fossiles et du business, bancaire en particulier, y relatif, est certainement pertinent ». Le Procureur général s'en prend toutefois à l'argumentation du premier juge relative au respect du principe de subsidiarité. Le recours aux moyens politiques et juridiques aurait dû être privilégié, de l'avis du Procureur général, cela « même si l'on comprend que tout cela va trop lentement de l'avis probablement fondé des spécialistes ».

Redoutant vraisemblablement une nouvelle déferlante médiatique portant atteinte à son image, Crédit Suisse n'a pas formé d'appel. La banque a toutefois mandaté une avocate en Suisse romande pour la suite de la procédure.

La Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal est l'instance compétente pour connaître de l'appel formé par le ministère public. L'audience de deuxième instance, publique, sera à n'en pas douter aussi suivie que celle de première instance. Elle aura lieu dans la deuxième moitié de l'année 2020. Une voie de recours possible devant le Tribunal fédéral, dernière instance nationale, sera ouverte à l'encontre du jugement de deuxième instance. La Cour européenne des droits de l'homme pourra aussi être saisie. L'affaire est donc loin d'être close.

***

Le « jugement de Renens », ainsi que beaucoup de commentateurs l'ont désigné après coup, aura suscité un débat sans précédent. Désobéissance civile, état de nécessité climatique, rôle de la finance, investissements dans les énergies fossiles, *greenwashing*, sensibilisation du public. Autant de thèmes d'une actualité brûlante qui auront fait couler beaucoup d'encre grâce à l'idée très inspirée des activistes de s'en prendre à l'icône sportive nationale pour faire passer leur message.

La violence des réactions révèle à quel point le jugement a fait bouger les lignes traditionnelles : considérer que la défense d'un bien collectif puisse justifier une action illicite, cela dans le pays des banques et de la démocratie directe, c'était résolument un cap historique. Quelle que soit la suite des événements en appel, puis par-devant la Haute Cour, les activistes ont déjà largement gagné leur pari : mettre à l'agenda un thème d'une importance cruciale pour la planète, jusqu'alors largement inconnu de l'écrasante majorité des citoyens-épargnants suisses.

47 Art. 23 al. 4 de la loi vaudoise sur le Ministère public (BLV 173.21 ; ci-après LMPu).

Conclusion

Mathilde Hautereau-Boutonnet[1]

L'ouvrage dirigé par Christel Cournil ne contient pas moins de 36 contributions consistant à commenter, expliquer, critiquer un « procès climatique » portant sur une affaire clôturée ou en cours. Il s'agit d'étudier les différents procès climatiques se déroulant à travers le monde. Chacune à leur manière, ces contributions montrent combien le juge, aux yeux des requérants, est devenu un acteur essentiel de la défense du climat. Pourtant, au regard des résultats obtenus, la question se pose de savoir si le « procès » devant et par le juge s'avère véritablement le lieu permettant de mener le combat. Car pour le gagner, encore faut-il que les règles processuelles et substantielles existant dans les différents ordres lui réservent un accueil favorable. Or cela ne va pas de soi. Comme le montrent les différentes affaires étudiées, d'importants obstacles existent et mettent à mal le succès des procès. La nature globale et complexe des litiges en jeu s'accorde mal avec les exigences d'individualisme et de certitude scientifique sur lesquelles reposent en grande partie les règles du procès. Là est l'apparent paradoxe de l'ouvrage : étudier théoriquement le procès malgré son relatif succès (ou échec ?) dans la pratique…

Pourtant, c'est dans ce paradoxe que résident l'originalité et l'intérêt de l'étude des procès climatiques. Il donne à voir les différentes facettes du droit, sa face abstraite et sa face concrète, sa face théorique et sa face pratique, sa face inerte et sa face vivante. Invitant à porter un regard sur le droit comme science, discipline à étudier, comprendre et systématiser, comme le font traditionnellement les juristes de la famille du *Roman Law*, l'étude invite aussi à se plonger dans le droit comme arme de défense, instrument opérationnel dont naît une solution et permettant de trancher un litige, comme le conçoivent davantage les juristes de la famille de *Common Law*. À dire vrai, le fait que le résultat ne soit pas à la hauteur des espérances des plaideurs donne au contraire de quoi étudier : il s'agit alors de faire dialoguer les deux mondes du droit, celui des théoriciens le systématisant et celui des praticiens le mobilisant, celui de la doctrine qui explique et propose, celui des plaideurs qui revendiquent et argumentent. C'est donc un droit objet à la fois de réflexion et d'action que donne à voir l'ensemble des contributions réunies.

1 Professeur de droit, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

Tentons alors de nous prêter au jeu de la dialectique. À la lecture des contributions, que peut-on espérer d'un procès climatique se déroulant devant un juge au regard du « droit – science » autant que du « droit – solution » ? Et c'est là que nous butons. La réponse est difficile, car elle demande à savoir de quel droit ou plutôt de quel juge (selon donc le droit applicable !) on parle. Comme le montre l'ouvrage, l'étude porte sur l'ensemble des ordres, ordre international, ordre régional et ordre national. Mieux : au vu de l'importance des procès climatiques se déroulant dans les différents ordres internes à travers le monde, elle porte sur des droits « étrangers ». Il faut dire que cette étude s'impose par la force des choses, en raison de l'objet même de la cause à défendre. Le risque climatique est un risque global qui se fie des frontières et des ordres juridiques. Mondialisés, les procès tendant à le combattre rendent des décisions qui ont des conséquences pour l'ensemble de l'humanité et non uniquement les destinataires des ordres en jeu. Ce que décide un juge dans un ordre touche les citoyens dans les autres ordres : accepter ou refuser d'imposer à un État ou à une entreprise de redoubler d'efforts dans la lutte contre le changement climatique produit des conséquences sur le sort du climat à l'échelle mondiale et non uniquement locale. De ce fait pour celui qui veut comprendre quel espoir fonder dans les procès climatiques pour combattre le changement climatique, il est indispensable de voir « grand », « large », « global », dans tous les ordres et devant tous les juges !

Quel défi pour le juriste ! Ou plutôt quelle occasion !

La question est en effet la suivante : au-delà de l'intérêt scientifique que chaque spécialiste (droit international, droit de l'Union européenne, droit interne) peut y trouver, l'étude des procès climatiques sous ce prisme global n'atteste-t-elle pas d'un renouvellement de la manière d'observer, comprendre et analyser le droit ? Ne conduit-elle pas subrepticement à faire du droit autrement en « pensant » tout en « agissant » ? Ne s'agit-il pas en effet concrètement de saisir le droit pour mieux s'en saisir ? De le lire pour mieux le faire vivre ? Et donc de réconcilier automatiquement les deux facettes du droit, celle de l'abstraction et celle de la réalisation, de mettre du militantisme dans l'apparente neutralité, de mettre la doctrine au service de ce qu'elle considère comme juste. L'ensemble des contributions montre en effet combien le regard global porté sur les procès climatiques dans les différents ordres n'est pas anodin : il cache en lui une réflexion propice à instrumentaliser le droit « gagnant », et ainsi que derrière la clarification, compréhension et critique des règles processuelles et substantielles on trouve des indications pour, respectivement, choisir le juge (I) et le convaincre (II).

I. Derrière l'étude des règles processuelles dans les différents ordres : choisir le juge

Alors que pour les juristes français, le droit se pense dans sa séparabilité concernant les ordres du droit autant que les disciplines, les contributions réunies montrent que les procès climatiques demandent à comprendre comment la cause climatique peut être opportunément gagnée dans l'ordre international, régional et interne grâce à leur complémentarité, car chaque juge a un rôle à jouer et chaque ordre peut présenter des atouts susceptibles de remédier aux faiblesses des autres

ordres. L'attestent les règles processuelles concernant l'accès au juge qui, au regard des règles existant dans les différents ordres, invitent les demandeurs à relocaliser les procès aux enjeux pourtant transnationaux. Si l'on peut y voir une occasion de théoriser sur la complémentarité des ordres et la reconfiguration de leurs acteurs et finalités, il s'agit aussi d'en saisir le sens pratique, à savoir offrir des armes aux citoyens pour choisir le juge le plus apte à remplir leur demande. Juge international, européen ou interne ?

Il est vrai que d'emblée ce type de litige mérite d'être traité par le juge de l'ordre international. Le procès devant la Cour internationale de Justice possède un atout essentiel : il s'agit d'une justice interétatique susceptible alors de traiter des litiges mettant en jeu des risques transfrontières, à l'instar du changement climatique. Toutefois, seuls les États ont accès au juge. Il n'y a ici aucune place pour les actions engagées par les citoyens et les acteurs infra ou non étatiques pourtant très actifs dans le contentieux climatique. Cela limite les chances/risques de procès climatiques. Surtout, demeure la principale source de difficultés : la compétence du juge. Dans l'ordre international, le juge n'est compétent que si les parties ont consenti à sa compétence, avant ou une fois le différend survenu. De ce fait, l'on comprend que les citoyens se tournent vers les autres juridictions.

La Cour de Justice de l'Union européenne et les juridictions des droits de l'Homme semblent, il est vrai, plus intéressantes, car elles peuvent être saisies par les États et les citoyens et condamner les États tout en leur imposant des obligations positives concernant les entreprises. Mais là encore, les contributions réunies montrent que ce n'est pas si simple. Surgit ici une difficulté essentielle : la preuve d'un intérêt à agir personnel. Les demandeurs de l'affaire « *People's climate case* » portée devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) en ont fait les frais. Certaines organisations non gouvernementales (ONG) et particuliers ont en juillet 2018 déposé deux recours devant le juge de l'Union destinés à faire reconnaître l'insuffisance des objectifs pris par l'Union dans la lutte contre le réchauffement climatique (à l'horizon de 2030, la baisse des gaz à effet de serre (GES) doit être de 40 % au regard des niveaux de 1990) pour garantir les droits fondamentaux à la vie, la santé, la propriété des populations, et pour atteindre les objectifs fixés par l'Accord de Paris sur le climat. À cette fin, selon les requérants, il convenait d'annuler certains actes pris par les institutions en matière climatique et d'enjoindre à l'Union de prendre des mesures plus importantes en raison de sa responsabilité dans les dommages causés par les changements climatiques à leur santé, leurs biens et leurs revenus. Or, le Tribunal de l'Union a déclaré la requête irrecevable[2]. S'agissant du recours en annulation, les actes n'étant pas des décisions s'adressant aux requérants, ces derniers devaient faire la preuve qu'ils les concernaient directement et individuellement. Bien que les particuliers aient tenté de démontrer que chacun souffrait différemment des effets du changement climatique impliquant la violation de certains droits fondamentaux, la Cour a affirmé qu'il ne faut pas confondre affectation qui diffère d'un requérant à l'autre et affectation individuelle au regard des autres particuliers. Quant au recours en responsabilité, la Cour a estimé que l'injonction demandée, puisqu'elle vise la même illégalité, opérait un détournement de la procédure. L'on sait alors sur quoi agir pour être entendu par le juge : démontrer la spécificité de l'affectation.

2 Trib. UE, Ord. du 8 mai 2019, T-330/18, *Armando Carvalho e.a. c/Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, EU : T : 2019 : 34.

Seront-ils mieux accueillis par la Cour européenne des droits de l'Homme ? Des requérants ayant épuisé les voies de recours dans leur État y réfléchissent. Mais cela ne va pas de soi. L'on sait que la recevabilité des actions engagées devant la Cour européenne des droits de l'Homme impose la preuve de la qualité de victime. Outre que selon l'article 35§3 de la Convention la qualité de victime est exclue lorsque le dommage n'est pas important, la jurisprudence insiste sur le fait qu'il doit exister un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée. Le préjudice doit être personnel. La Cour rejette toute possibilité de défendre des intérêts collectifs sauf à démontrer que la contestation soulevée par l'association requérante présente « un lien suffisant avec un « droit » dont elle peut se dire titulaire en tant que personne morale » (Arrêt du 28 mars 2006, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c/ France*, req. n° 75218/01). Surtout, rappelons que les États doivent mettre en œuvre la Convention sur leur territoire. Ils n'ont, en principe, pas à adopter des mesures permettant le respect des droits de l'Homme à l'égard des citoyens relevant des autres États. Si toute personne privée, quelle que soit sa nationalité, peut agir en justice pour soulever la question du non-respect de la Convention par un État membre, il n'empêche qu'elle ne pourra démontrer sa qualité de victime si l'État n'est débiteur d'aucune obligation à son égard en raison de la limite territoriale de ses obligations. Or, en raison du caractère transfrontière des effets des GES, il serait opportun que certains citoyens subissant les dommages climatiques puissent agir contre l'un des États dont les activités sont celles qui sont les plus émettrices de GES. C'est ici le caractère extraterritorial des obligations étatiques qui pourrait faire défaut. À moins que l'on puisse voir une ouverture et donc possible influence dans l'avis consultatif rendu à la demande de la Colombie en novembre 2017 par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. Celui-ci laisse en effet entendre que, dans certains cas, la violation d'une obligation par un État pourrait être appréciée au regard des conséquences de la pollution d'un État sur les personnes résidant dans un autre État.

Au regard de ces incertitudes et défis à surmonter, l'on comprend que les citoyens se tournent davantage vers les juridictions nationales. Certes, les contributions le montrent : là encore l'accès au juge n'est pas simple. À la preuve de l'intérêt personnel s'ajoute, pour certaines juridictions, le problème de l'incompétence du juge en cas de « question politique » ou, sous le prisme du droit français, de séparation des pouvoirs. Ils invitent les requérants à penser leur stratégie pour les contourner. Toutefois, l'on ne peut nier tout l'intérêt que présentent les juridictions internes, une fois dépassées ces difficultés. D'une part, elles peuvent juger du comportement d'un État et, par conséquent, réorienter leur politique nationale vers le respect des exigences climatiques issues directement ou indirectement du droit international. D'autre part, elles peuvent, par comparaison avec les autres juridictions, juger du comportement des entreprises. Ceci n'est pas négligeable et explique la montée en puissance des procès contre les entreprises. En effet, comme le rappellent ici différentes contributions, selon le rapport dirigé par Richard Heede (scientifique et directeur du *Climate Accountability Institut*) en 2013, 90 entreprises sont à elles seules responsables depuis la fin du 18e siècle de 63 % des émissions globales. Le rapport réalisé avec la collaboration de ce même chercheur au sein de l'association *Climate Disclosure Project* désigne également les 100 entreprises

qui contribuent à 71 % des émissions mondiales depuis 1988. Parmi elles, l'écrasante majorité est les producteurs d'énergies fossiles (en tête le charbon avec l'entreprise nationale chinoise) suivis des producteurs de ciments. L'on comprend qu'il soit intéressant d'agir contre les entreprises pour s'attaquer directement au pollueur et à la source du problème !

L'on peut même aller plus loin en présageant d'un éventuel *forum shopping* en matière de procès climatique, à savoir se diriger vers le juge le plus apte à recevoir leur demande, au regard notamment des difficultés à contourner en matière d'intérêt à agir. L'on sait en effet qu'il existe dans les différents ordres internes des règles de compétence permettant, à certaines conditions, de mettre en jeu la responsabilité des entreprises dans un contexte transnational. Cela a son importance en matière de changement climatique : le dommage et le fait générateur qui en est à l'origine peuvent être très espacés. Alors qu'un certain nombre de producteurs d'énergies fossiles se trouvent, de par la société-mère, domiciliés dans des pays développés (États-Unis, Russie, Royaume-Uni, Pays-Bas, France, Allemagne), les victimes peuvent être domiciliées dans un pays en développement. Or, du côté par exemple des États membres de l'Union européenne, le règlement (CE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, Bruxelles I bis (concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) prévoit que le demandeur peut saisir le tribunal, selon la règle de compétence générale, du lieu du domicile du défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre (article 4.1) et, selon l'option de compétence additionnelle, du lieu du fait dommageable (article 7§2). Les défendeurs domiciliés dans l'Union européenne peuvent donc toujours être attraits devant les juridictions européennes de leurs domiciles. C'est en ce sens que dans l'affaire *RWE* ici étudiée, premier procès climatique transnational intenté par une victime domiciliée au Pérou contre l'entreprise allemande RWE, le juge a reconnu sa compétence sans aucune difficulté. L'on devine ici tout le potentiel dont pourraient se saisir les activistes de la cause climatique à travers le monde : engager des actions devant les juridictions où se trouvent les entreprises les plus émettrices de GES pour faire peser sur leurs épaules les objectifs internationaux en matière de climat et, *in fine*, les rendre débitrices des obligations internationales ! C'est dire que le juge interne pourrait largement remédier aux faiblesses du juge international ! Ou c'est dire aussi que le regard sur les règles processuelles est porteur à la fois d'une réflexion théorique et pratique : faire du juge interne via le droit international privé le nouveau vecteur de régulation internationale à la place du juge international et donc du droit international public.

II. Derrière l'étude des règles substantielles dans les différents ordres : convaincre le juge

Les procès climatiques fournissent aussi l'occasion d'étudier le droit en portant un regard sur l'ensemble des règles substantielles susceptibles de convaincre le juge à travers les ordres concernés par les procès climatiques. Là encore, la formation universitaire française conduit le juriste à ne penser qu'à travers la grille de lecture que lui offre sa discipline et à se priver de penser en regardant du côté des autres disciplines. Il pense « droit de la responsabilité civile » ou « droit de la responsabilité

administrative », mais rarement les deux. Les procès climatiques invitent à tout envisager dans son propre ordre et au-delà. L'exercice n'est pas anodin, car il peut conduire à enrichir le raisonnement juridique et renforcer les armes pour gagner. C'est aussi là l'intérêt des contributions réunies : voir « grand », c'est rendre visible ce qui peut gagner et comment gagner. De ce fait, si les différentes études alimentent la réflexion théorique sur la possible universalisation du droit via le dialogue des juges et la circulation des argumentaires – sous l'influence de la doctrine –, elles offrent aussi des armes aux citoyens pour convaincre le juge. Mais sur le fondement de quelles règles substantielles ? Celles soutenant le contrôle de la légalité ou l'appréciation de la responsabilité ? Les droits de l'Homme ou les devoirs ?

À la lecture des contributions, l'on voit que l'ensemble des ordres connaissent l'existence d'actions dont le but est d'apprécier la compatibilité des actes au regard d'une diversité de normes supérieures. L'intérêt, en cas de constat d'incompatibilité, est de permettre l'annulation de l'acte et, selon certains droits, d'imposer une injonction avec astreinte. Or, pour ce faire, l'on s'aperçoit que l'un des arguments gagnants – et donc à davantage instrumentaliser pour convaincre le juge – réside notamment dans l'invocation, comme règle substantielle, des droits fondamentaux, à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité abstrait ou concret. Quelques exemples peuvent être rappelés.

S'agissant du contrôle abstrait, l'on pense par exemple à la décision rendue le 8 février 2016 par la Cour constitutionnelle de Colombie au sujet d'une loi prévoyant une exception à la prohibition des activités minières dans les zones des *paramos*, écosystème de montagne existant essentiellement dans la Cordillère des Andes. La Cour a accepté de contrôler la constitutionnalité de la loi au regard de l'article 79 de la Constitution reconnaissant le droit à un environnement sain. Pour conclure à la violation de cette disposition, la Cour note l'importance que jouent ces paranos comme système de capture de carbone. Ce type de recours existant dans un grand nombre de pays, il pourrait porter ses fruits, même si les procès étudiés montrent que cela ne va pas de soi puisqu'encore faut-il que le juge considère que le droit fondamental a été méconnu. Quant aux recours constitutionnels de type concret, ils existent dans certains droits étrangers sous le nom notamment de *amparo* (Espagne, Argentine, Bolivie), *tutela* (Colombie) ou *recurso de protección* (Chili), *Verfassugsbeschwerde* (Allemagne). Ils permettent à tout juge de prescrire certaines mesures pour le rétablissement des droits fondamentaux lésant les intérêts du requérant. Là encore, le droit colombien fournit un exemple qui pourrait se déployer. Il s'agit de la décision rendue par la Cour suprême de justice en Colombie le 5 avril 2018 à la suite d'un recours engagé par un groupe d'enfants, d'adolescents et jeunes adultes, sur le fondement de l'action de *tutela*, prévue par l'article 86 de la Constitution depuis 1991. Sur le fond, était en jeu le manque d'action de l'État face à la déforestation de l'Amazonie sur le territoire colombien et l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre. Outre la violation de certains principes environnementaux, les requérants reprochaient à l'État la violation de leur droit, en tant que représentants de générations présentes et futures, à la vie digne, à la santé, à l'eau et à vivre dans un environnement sain, reconnu par la constitution. Si la demande a été rejetée en première instance, elle a au contraire été jugée recevable et bien fondée en seconde instance par la Cour suprême de justice. Cela a conduit

le juge à prescrire différentes injonctions aux autorités. Parmi elles, l'on trouve l'obligation d'édicter dans les 4 mois un plan d'action appréhendant le court, moyen et long terme et visant à lutter contre la déforestation et, dans les 5 mois, un pacte intergénérationnel en faveur du respect de la vie en Amazonie colombienne, prévoyant des mesures de réduction à zéro la déforestation et le rejet des émissions de GES. L'on voit ainsi toute l'opportunité de s'appuyer sur les droits fondamentaux pour obtenir des résultats concrets dans la lutte contre le changement climatique.

Les contributions réunies montrent aussi que ces résultats pourraient aussi être obtenus en instrumentalisant, toujours sur le fond, les règles rattachables, sous le prisme du vocabulaire juridique français, au droit de la responsabilité. L'intérêt est ici, en cas de succès, de pouvoir obtenir une condamnation civile des États et/ou des entreprises résidant dans la réparation et/ou, si les règles nationales le prévoient, la prévention des dommages climatiques par la voie de l'injonction. Là encore, les voies pour convaincre se dessinent avec, de nouveau, l'importance du discours des droits, mais aussi devoirs de l'Homme.

Rappelons le rôle clé ou étendard joué par la fameuse affaire *Urgenda* ayant donné lieu à un arrêt confirmatif de la Cour de suprême des Pays-Bas le 20 décembre 2019. En l'espèce, pour contester l'insuffisance des objectifs de réduction des émissions de GES fixés par cet État, les demandeurs invoquaient la violation de plusieurs normes, dont celle de l'article 21 de la Constitution consacrant l'obligation pour l'État de conserver le pays habitable et de protéger et améliorer l'environnement, mais aussi les articles 2 et 8 de la CEDH ainsi que d'autres normes du droit international, en particulier les obligations souscrites au titre de la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique et du droit de l'Union européenne. Or, l'arrêt de la Cour d'appel de La Haye le 9 octobre 2018 confirmé par la Cour suprême n'a pas hésité à s'appuyer sur ces articles de la Convention européenne des droits de l'Homme pour imposer à l'État néerlandais de réduire ses émissions de GES d'au moins 25 % d'ici à 2020. En première instance, la prévention avait d'ailleurs fait l'objet d'une forte attention du juge qui avait déclaré : « *The only effective remedy against hazardous climate change is to reduce the emission of greenhouse gases. Therefore, the court arrives at the opinion that from the viewpoint of efficient measures available the State has limited options: mitigation is vital for preventing dangerous climate change* ».

Depuis, l'on retrouve ce type de raisonnement dans une multitude de recours, notamment en Belgique, en Suisse et en France. Dans ces trois pays, reprochant l'inaction ou l'insuffisance d'action préjudiciable des autorités publiques et/ou de l'État, les requérants s'appuient sur les articles de la Convention européenne des droits de l'Homme mentionnés et de certaines dispositions constitutionnelles. Alors que pour la Belgique, il s'agit de l'article 7 bis de la Constitution qui évoque les objectifs imposés à l'État, aux communautés et aux régions « d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations », pour la Suisse, il s'agit des articles 73 et 74 de la Constitution qui font référence à la compétence de la Confédération et des cantons respectivement en matière de développement et de protection de l'environnement. Quant à la France, les requérants de l'affaire du siècle s'appuient

sur différentes dispositions de la Charte de l'environnement, en particulier l'article 1er reconnaissance le droit de chacun à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, mais aussi dans l'obligation de vigilance incombant à l'État découlant des articles un et deux et précédemment consacrés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'on peut alors penser que le choix argumentaire n'est pas sans lien avec le fait, scientifiquement, d'adopter un regard global pour comprendre et lire le droit : il est source d'inspiration pour convaincre le juge.

Par ailleurs, ce sont aussi les entreprises qui, sur le fondement de la responsabilité (ou tout au moins de fondements permettant de contrôler et sanctionner leur comportement), pourraient être civilement condamnées. Ici, aucun procès n'a pour l'instant abouti à la sanction d'une entreprise (soit que la demande ait été jugée irrecevable pour absence d'intérêt à agir personnel ou « question politique », soit que le procès soit en cours). Toutefois, à la lecture des contributions réunies, l'on voit les règles substantielles à l'œuvre et comment certains citoyens pourraient s'en inspirer pour renforcer l'argumentation judiciaire. Ce qui frappe ici c'est l'importance des fondements à finalité préventive qui permettent de demander des dommages-intérêts pour rembourser l'adoption de mesures préventives et des mesures de prévention et cessation, via l'injonction d'obligations de faire ou de ne pas faire.

L'ouvrage montre combien les procès climatiques américains sont topiques. Alors que dans l'affaire *County of San Mateo vs. Chevron Corp.* qui a débuté devant la Cour supérieure de l'État de Californie le 17 juillet 2017, la commune de San Mateo demandait la condamnation de certaines grandes entreprises pétrolières sur le fondement de différents torts pour obtenir le remboursement des frais engagés aux fins d'adaptation des infrastructures de la ville à l'élévation du niveau de la mer, dans la décision *AEP v. Connecticut*, rendue le 20 juillet 2011 par la Cour Suprême des États-Unis, sur le fondement de la nuisance publique, huit États, la ville de New York et trois associations demandaient au juge d'enjoindre à quatre entreprises du secteur de l'énergie et à l'Autorité de la *Tennesse Valley* de réduire leurs émissions de GES. C'est aussi la ville de New York qui, sur le fondement du tort de *nuisance*, a introduit une action contre ces mêmes grandes entreprises pétrolières devant le tribunal fédéral du district de New York le 9 janvier 2018 afin d'obtenir, en parallèle de l'obtention de dommages et intérêts pour les dommages actuels et futurs, une injonction du juge afin que cesse la nuisance causée par les émissions des défendeurs.

Cette instrumentalisation de la responsabilité vers la prévention des dommages ne concerne plus uniquement le juge américain. En regardant du côté européen, l'on voit que d'autres fondements potentiellement gagnants devront être regardés de plus près à l'avenir. L'on pense bien sûr à l'affaire *Saul Lluiya c. RWE,* qui a déjà fait l'objet d'une décision rendue par la Cour d'appel de Hamm en novembre 2017. C'est ici sur le fondement de la théorie du trouble de voisinage reconnue en droit allemand (et rattachée au droit des biens plus qu'au droit de la responsabilité) que l'entreprise productrice d'énergie fossile pourrait être condamnée à supporter les dépenses liées aux mesures prises par le demandeur pour protéger sa propriété du risque d'inondation. Par ailleurs, notons le tournant qui pourrait se réaliser avec l'action actuellement engagée par l'ONG *Milieudefensie* contre Shell.

L'action a été introduite le 5 avril 2019 devant la Cour d'appel de La Haye et s'inspire clairement de l'affaire *Urgenda*. C'est sur les fondements, non seulement du *duty of care* prévue à l'article 6. 162 du code civil, mais aussi de la méconnaissance de certains droits de l'Homme, à savoir les droits à la vie (article 2), à la vie privée et au domicile (article 8) reconnus par la Convention européenne des droits de l'Homme que l'association demande au juge de reconnaître la nécessité pour l'entreprise de réduire ses émissions de GES. Cela n'est pas sans rappeler du côté français l'affaire *Total* introduite devant le Tribunal judiciaire de Nanterre le 29 janvier 2020. Les associations demandent ici au juge, via une action en cessation de l'illicite et sur le fondement de la méconnaissance du devoir de vigilance, d'enjoindre à Total de rehausser ses mesures de prévention des dommages climatiques. C'est donc décidément bien l'entreprise qui pourrait devenir l'acteur principal des procès climatiques…

Certes rien ne dit qu'à l'avenir le travail doctrinal comme celui présenté, tendant à décortiquer les procès climatiques pour – volontairement ou incidemment – mieux instrumentaliser les solutions rendues, porte nécessairement (ou suffisamment ?) ses fruits dans la lutte contre le changement climatique. Toutefois, il est possible de parier qu'elle ne sera pas sans conséquence sur la manière de penser le droit dans toute sa complexité, comme science porteuse de systématisation des règles et solutions existantes « pour comprendre » aussi bien que comme instruments d'argumentation juridique « pour agir » et « résoudre ».

Résumés des affaires
(Affaires classées par ordre alphabétique)

Activistes climatiques c. Crédit suisse et le ministère public (R. Mahaim) 603
Affaires des extensions des aéroports de Vienne et de Londres (P. Mougeolle) 603
Affaire du Triangle de Gonesse (M. Fleury) 603
Affaire *Jeunes c. Colombie* (C. Perruso) 604
Affaire *Juliana* et al. *c. États Unis* (E. Gebre) 604
Affaire *Klimaatzaak* (D. Misonne) 604
Affaire *Massachusetts c. EPA* (P. Abadie) 605
Affaire *Paramos* (F. Laffaille) 605
Affaires « *des décrocheurs* » (A. Le Dylio et P. Mougeolle) 605
Affaires *Greta Thunberg, Teitiota et Torrès* (C. Cournil) 606
Affaires *Kivalina* (P. Spielewoy) 606
Agriculteurs Bio & Greenpeace c. Allemagne (P. Mougeolle) 606
American Electric Power Company c. Connecticut (P. Abadie) 607
Commune de Grande-Synthe et Damien Carême c. l'État français (C. Huglo) 607
Earthlife Africa Johannesburg c. ministère des Affaires environnementales et autres (D. Owona) 607
Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada (G. de Lassus St-Geniès) 607
Fondation Urgenda c. Pays-Bas (C. Cournil, A.-S. Tabau) 608
Greenpeace Asie du sud-est et autres c. Carbon Majors (M. Denis) 608
Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, BankTrack et Milieudefensie c. ING Bank (C. Fabregoule) 608
Greenpeace Nordic Ass'n et Nature And Youth c. Ministry of petroleum and energy (A. Le Dylio) 609
Indigenous Environmental Network c. US Department of State (S. Cassan-Barnel) 609
Leghari c. Federation of Pakistan (T. Keïta) 609

Lliuya c. Rwe (F. Giansetto) 609
Les « People's Climate Case » c. Union européenne (E. Brosset et E. Truilhé) 610
Les Aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse (R. Mahaim) 610
Les pétitions Inuit Circumpolar Conference et Arctic Athabaskan (S. Maljean Dubois) 610
Milieudefensie et autres c. Shell (L. Duthoit) 611
Notre Affaire à tous et autres c. l'État français (Cournil C., P. Mougeoulle, A. Le Dylio) 611
Notre affaire à tous et autres c. Total (P. Mougeolle) 611
Pays-Bas c. Urgenda (D. Misonne) 612
PUSH Sweden, Nature and Youth Sweden et autres c. Gouvernement de Suède (P. Vílchez Moragues) 612
Rhode Island c. Chevron *et al.* (F. P. Fantozzi) 613
Ridhima Pandey c. Union indienne et autres (2019) (M. Auger) 613
Thomson c. Minister for Climate Change Issues (A. Le Dylio) 613
Ville de New York c. BP (F. P. Fantozzi) 614
Ville d'Oakland et The People of State of California c. BP P.L.C *et al.* (L. Canali) 614

Activistes climatiques c. Crédit suisse et le ministère public (R. Mahaim)

Avant que le mouvement des grèves pour le climat ne prenne l'ampleur qu'on lui connaît aujourd'hui, douze activistes du climat ont mené à Lausanne en Suisse une action militante dans le hall de la deuxième banque du pays, Credit Suisse, connue pour ses pratiques d'investissement dans les énergies fossiles. Mimant une partie de tennis pacifique et bon enfant, destinée à interpeller Roger Federer, égérie de la banque, ils ont fait l'objet d'une plainte pénale déposée par la banque. Un groupe de treize avocats s'est constitué pour les défendre pro bono, contribuant à la médiatisation de l'affaire. Une action sur les réseaux sociaux durant l'audience de jugement a été relayée par Greta Thunberg et a incité Roger Federer à réagir par voie de communiqué. Le Tribunal pénal de première instance a reconnu que les infractions en cause avaient été réalisées, mais a prononcé un acquittement complet des activistes, ceux-ci ayant agi dans un état de nécessité licite commandé par l'urgence climatique. Pour le Tribunal, leur action constituait un moyen adéquat pour alerter l'opinion publique sur la problématique des investissements bancaires dans les énergies fossiles.

Affaires des extensions des aéroports de Vienne et de Londres (P. Mougeolle)

Le 27 février 2020, la Cour d'appel de Londres a annulé la planification de la construction d'une troisième piste à l'aéroport de Heathrow, faute d'avoir dûment pris en compte les impacts et objectifs climatiques, dont l'Accord de Paris. Si le gouvernement compte abandonner le projet, il faut souligner que cela ne dépend que de sa volonté car la justice anglaise n'est intervenue que pour corriger un vice de forme. Cette affaire renvoie à de multiples égards aux enjeux de l'extension de l'aéroport de Vienne, qui a été en 2017 la seconde affaire en Europe après Urgenda à avoir été couronnée de succès en matière climatique. Cela a été de courte durée, car la Cour constitutionnelle autrichienne est venue casser le jugement de première instance, avec des arguments critiquables.

Affaire du Triangle de Gonesse (M. Fleury)

Avec les affaires du Triangle de Gonesse, le climat est finalement entré dans le pré. L'opération d'urbanisation des 300 hectares de terres agricoles situées au nord de Paris a trébuché sur l'examen en justice de son empreinte climatique. L'étude des décisions rendues par les juridictions administratives illustre la possible perméabilité du contrôle de légalité des actes administratifs aux questions climatiques, mais témoigne également des incertitudes qu'elle génère.

Affaire *Jeunes c. Colombie* (C. Perruso)

En 2018 la Cour suprême colombienne a rendu un arrêt emblématique en déterminant à l'État d'adopter des mesures effectives pour lutter contre les changements climatiques. Cette juridiction a donné raison aux 25 jeunes qui ont démontré dans une action de tutelle que la Colombie manquait à ses obligations internationales de réduire ses émissions de GES par le biais de l'éradication de la déforestation amazonienne, portant par conséquent atteinte à leurs droits fondamentaux ainsi que ceux des générations futures. En dépit des défis relatifs à sa mise en œuvre, la décision qui s'inscrit dans la dynamique d'un nouveau constitutionalisme écocentré, reconnaît la personnalité juridique de l'Amazonie colombienne, engageant les organes étatiques et la société civile dans l'élaboration d'un Pacte intergénérationnel pour la vie de l'Amazonie colombienne.

Affaire *Juliana* et al. *c. États Unis* (E. Gebre)

La Cour de District de l'Oregon avait reconnu, en première instance, l'intérêt à agir des jeunes tout en affirmant que « le droit à un système climatique stable » implicitement garanti par le 9e amendement de la Constitution était menacé à cause de l'inaction du gouvernement à réguler les émissions de gaz à effet de serre. Cette décision a toutefois été renversée en appel pour défaut du caractère réparable du préjudice. Pour la Cour d'appel du 9e circuit, quelle que soit la légitimité de la requête, il ne revient pas au pouvoir judiciaire de remédier aux problèmes liés aux changements climatiques en se substituant aux deux autres branches du gouvernement.

Affaire *Klimaatzaak* (D. Misonne)

À l'inspiration directe de l'affaire *Urgenda*, une action en responsabilité a été intentée en 2015 à l'égard de l'État belge dans sa globalité, par une association nommée Klimaatzaak, accompagnée de milliers de co-réquérants. L'affaire est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil belge. Elle n'a pas encore donné lieu à un jugement (en mars 2020), sauf sur une question de procédure liée à l'emploi des langues. La contribution expose en quoi l'affaire est proche de la vague de contentieux climatique en cours, dont son inspiratrice Urgenda, tout en indiquant en quoi elle s'adresse à une situation bien distincte. La Belgique est un état fédéral et cette particularité institutionnelle pèse lourdement sur la manière dont elle décide de son ambition face à l'enjeu climatique.

Affaire *Massachusetts c. EPA* (P. Abadie)

Initiant le mouvement de judiciarisation de la justice climatique, l'arrêt *Massachusetts c. EPA* donne à la Cour Suprême des États-Unis l'occasion de se prononcer sur des questions de droit inédites.

De la difficulté de caractériser l'intérêt à agir en raison de la nature collective et incertaine des préjudices causés par les changements climatiques, à la position particulière des États fédérés en tant que victimes demanderesses dans un système de gouvernement fédéral, ou encore de l'étendue du contrôle juridictionnel des agences administratives lorsqu'elles refusent d'agir, etc., l'arrêt illustre le rôle majeur qu'entend jouer la Cour dans l'un des plus grands débats de société de ce siècle. Rendu dans un contexte politique particulier, son analyse s'articule autour des thématiques fondamentales de l'accès au juge et du contrôle du juge.

Affaire *Paramos* (F. Laffaille)

La Cour constitutionnelle censure diverses dispositions législatives relatives à l'exploitation des Aires de Réserve Stratégiques Minières. Les activités d'extraction portent atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des personnes concernées. Le juge dénonce les carences normatives de l'État, incapable de protéger de manière efficace les écosystèmes, notamment ceux si spécifiques des *paramos*, essentiels « puits carbone ».

Affaires « *des décrocheurs* » (A. Le Dylio et P. Mougeolle)

Face à la crise climatique, pour protester contre l'inaction climatique et sociale des pouvoirs publics, dans plusieurs mairies de France des activistes ont décroché et volé le portrait du président de la République, Emmanuel Macron. Poursuivis pour ces actes de désobéissance civile non violents, ils commencent à être jugés par les tribunaux. En 2019, le tribunal de grande instance de Lyon a prononcé la relaxe de deux militants prévenus du chef de vol en réunion à la suite d'un décrochage dans la mairie du deuxième arrondissement. Toutefois, d'autres jugements rendus depuis en premier ressort ou en appel ne confirment pas cette décision atypique. En réaction aux débats suscités par ces jugements, il y a lieu de s'interroger sur la possibilité de voir l'état de nécessité prospérer ou non dans le contexte d'urgence environnementale.

Affaires *Greta Thunberg*, *Teitiota* et *Torrès* (C. Cournil)

Ce chapitre est une analyse comparée de trois affaires présentées devant des organes onusiens de surveillance des traités des droits de l'Homme. Une seule des affaires (Teitiota c. Nouvelle-Zélande) a donné lieu à une Constatation rendue en janvier 2020 par le Comité des droits de l'Homme (CDH). Ce dernier doit encore se prononcer dans l'affaire *Îles du détroit de Torrès c. Australie*, tout comme le Comité sur les droits des enfants (CDE) qui devra répondre à la Communication de l'activiste Greta Thunberg. Si ces trois premières espèces portent sur des demandes sensiblement différentes en raison de la singularité de leurs allégations respectives ; leur soumission récente n'est pas le fruit du hasard. Elles s'inscrivent dans un processus de montée en puissance des contentieux climatiques

de « seconde génération » traitant des droits humains. Elles illustrent aussi chacune à leur façon la progressive réception d'enjeux juridiques complexes relatifs aux droits de l'Homme dans un contexte d'urgence climatique. Ainsi, l'obligation de non-refoulement et le respect du droit à la vie d'un « déplacé climatique » expulsé vers son île d'origine (Affaire Teitiota), le respect du droit à la vie et du droit à la santé de la « jeune génération » (Affaire Greta) ainsi que la protection d'insulaires particulièrement exposés par leur mode de vie aux effets délétères du changement climatique (Affaire Torrès) sont autant de demandes auxquelles doivent désormais répondre les Comités onusiens.

Affaires *Kivalina* (P. Spielewoy)

Le petit village de Kivalina est situé sur la côte ouest de l'Alaska. Habité par près de 400 âmes, il est menacé de disparaître du fait des modifications de son environnement géo climatique. L'affaire naît précisément dans ce contexte, à l'initiative de la communauté villageoise, qui souhaite voir établir la responsabilité de la société Exxon Mobil ainsi que 22 autres compagnies pétrolières pour avoir délibérément participé à relâcher quantité de CO2 dans l'atmosphère et ainsi contribué d'une manière non négligeable à la fonte des glaces qui protégeait jusqu'alors le village de l'érosion des terres.

Agriculteurs Bio & Greenpeace c. Allemagne (P. Mougeolle)

Dans l'affaire opposant trois familles d'agriculteurs bio et Greenpeace au gouvernement allemand, les requérants ont demandé l'application d'une décision interministérielle du gouvernement allemand visant à réduire les gaz à effet de serre de 40% en 2020 par rapport à 1990. Le tribunal administratif de Berlin a jugé que cette décision ne saurait être rendue opposable au gouvernement par les requérants. Par ailleurs, les émissions allemandes ayant été réduites de 32 % en 2019 par rapport à 1990 et que l'objectif sera probablement atteint avec trois ans de retard, le tribunal n'a pas pu en déduire un comportement manifestement inadapté au regard des obligations positives de protection des droits fondamentaux. Malgré le rejet du recours, ce jugement demeure intéressant, car l'interprétation de l'obligation positive de protection en matière climatique suit la même ligne que celle de l'importante jurisprudence néerlandaise Urgenda.

American Electric Power Company c. Connecticut (P. Abadie)

Dans le prolongement de l'arrêt *Massachusetts c. EPA*, la Cour Suprême des États-Unis confirme que le Congrès a fait de l'agence de protection de l'environnement (EPA) le premier décideur de la stratégie nationale de réduction des émissions de gaz à effet de serre, et du juge fédéral le second décideur pourvu qu'il agisse en tant que juge de l'administration. Après un rappel de la place marginale de la common law fédérale en tant que source du droit, la Cour affirme que ce pouvoir judiciaire de création du droit a été déplacé ou neutralisé par l'intervention du Congrès

et la délégation subséquente faite à l'agence pour sa mise en œuvre. Bien qu'au jour où la Cour statue, l'EPA n'aie pas encore édicté de normes limite d'émissions, la Cour considère le terrain réglementairement « occupé ». Ce faisant, elle rejette la demande d'injonction de réduction présentée par les États et collectivités à l'encontre des principaux exploitants de centrales électriques du pays, demande fondée sur le tort de nuisance publique. L'arrêt offre l'occasion de revenir sur la notion de common law fédérale, source méconnue du droit américain, et la théorie constitutionnelle du displacement issue du principe de séparation des pouvoirs.

Commune de Grande-Synthe et Damien Carême c. l'État français (C. Huglo)

Le contentieux entrepris devant le Conseil d'État par la commune de Grande-Synthe (menacée par la montée des eaux de la mer) et son ancien maire Damien Carême est exemplaire à plus d'un titre à la fois. D'abord, parce qu'il s'agit d'une action en vue d'une diminution des émissions de gaz à effet de serre et une critique directe du plan énergie-climat pour inefficience et insuffisance des mesures envisagées et ensuite parce que les associations regroupées dans le contentieux de Notre Affaire à Tous et surtout de grandes villes comme Paris et Grenoble sont intervenues au soutien des procédures en cours donnant ainsi une ampleur plus grande à ce premier contentieux d'envergure.

Earthlife Africa Johannesburg c. ministère des Affaires environnementales et autres (D. Owona)

L'affaire *Earthlife Africa Johannesburg contre Ministère des Affaires environnementales et autres* matérialise la difficile conciliation entre les intérêts de développement économique et la protection de l'environnement. Portant sur des décisions octroyant une autorisation environnementale de construction de la centrale thermique à charbon Thabametsi sans préalable évaluation de ses impacts climatiques, cette affaire établit la connaissance de l'impact des changements climatiques comme une obligation préalable et essentielle. Elle met en exergue également l'irrégularité et l'incohérence de ces décisions et pourrait inspirer des actions similaires sur le continent africain.

Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada (G. de Lassus St-Geniès)

L'affaire *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* est la première décision rendue par les juridictions canadiennes dans le cadre d'un recours intenté contre le gouvernement du Canada pour inaction climatique et mettant en cause une atteinte aux droits de la personne. Il s'agit aussi de la première affaire climatique canadienne dans laquelle le véhicule procédural de l'action collective est utilisé. Dans cette affaire, la requérante (une association vouée à l'éduction de la jeunesse aux enjeux environnementaux) allègue que le Canada, en s'abstenant d'adopter des mesures appropriées pour lutter contre les changements climatiques, ne respecte pas à l'égard des jeunes québécois plusieurs droits fondamentaux garantis par la Charte canadienne des droits et libertés (qui fait partie

de la constitution) et la Charte des droits et libertés de la personne (une loi québécoise à valeur quasi constitutionnelle). Malgré le rejet de la demande d'autoriser l'exercice de l'action collective, cette affaire marque un tournant dans l'évolution du contentieux climatique canadien qui ouvre de nouvelles perspectives pour de futurs recours contre l'État.

Fondation Urgenda c. Pays-Bas (C. Cournil, A.-S. Tabau)

L'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre des Pays-Bas n'étant pas conforme au devoir de diligence de l'État en matière climatique, celui-ci doit être rehaussé pour atteindre -25 % en 2020 par rapport à 1990, conformément à l'état des connaissances scientifiques et des décisions adoptées par la Conférence des parties à la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques en 2010. C'est en substance ce qu'indique la Cour du District de La Haye dans l'affaire opposant l'organisation non gouvernementale Urgenda aux Pays-Bas et qui marque un tournant de la justice climatique. Bien que sa portée directe soit limitée à la politique d'atténuation des changements climatiques des Pays-Bas à l'horizon 2020, cette décision participe à la fois à la subjectivisation des acteurs de la justice climatique et à l'objectivisation de la responsabilité qui en découle, ouvrant la voie à un « dialogue des juges ».

Greenpeace Asie du sud-est et autres c. Carbon Majors (M. Denis)

La pétition portée en septembre 2015 devant la Commission des droits de l'Homme aux Philippines par la section Greenpeace Asie du Sud-Est interroge la responsabilité des Carbon Majors et de leurs filiales dans leur participation aux effets du changement climatique. Cette pétition mobilise les droits humains, mais également les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme. Jugée recevable, la Commission philippine mène désormais un travail d'enquête auprès des personnes victimes et des entreprises ; une démarche limitée puisque la Commission n'est pas une juridiction.

Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, BankTrack et Milieudefensie c. ING Bank (C. Fabregoule)

Les activités bancaires et financières comme toutes activités humaines sont de nature à dégrader le climat, que l'on parle de leurs activités directes ou indirectes. C'est concernant particulièrement les activités indirectes, via les financements et les investissements que les établissements bancaires appuient, que des ONG néerlandaises se sont adressées au Point de contact national néerlandais en 2017. Elles souhaitaient obtenir sa médiation avec la banque ING faisant ainsi le choix d'une procédure non contraignante dans un univers de *soft law* mais de nature néanmoins à participer à l'appréciation et à l'amélioration de la performance climatique des établissements bancaires.

Greenpeace Nordic Ass'n et Nature And Youth c. Ministry of petroleum and energy (A. Le Dylio)

Deux associations environnementales ont contesté la constitutionnalité de la décision par laquelle gouvernement norvégien a octroyé en août 2016 dix permis de production pétrolière et gazière dans la mer de Barents. Le tribunal d'Oslo puis la Cour d'appel de Borgarting ont statué en faveur du gouvernement. Ils ont néanmoins consacré un droit substantiel à l'environnement opposable aux actes de l'administration. Ce droit inclut la protection du climat et selon la Cour, il implique que les émissions de GES résultant de la combustion du pétrole et du gaz après leur exportation doivent être prises en compte, même si elle estime que seuls les dommages environnementaux sur le territoire norvégien doivent être pris en compte pour caractériser une violation de ce droit à l'environnement. Les associations ont porté l'affaire devant la Cour Suprême de Norvège.

Indigenous Environmental Network c. US Department of State (S. Cassan-Barnel)

La construction de l'Oléoduc de la TransCanada a suscité de nombreux débats et a donné lieu à de multiples rebondissements juridiques, qui se poursuivent, encore aujourd'hui. Les requérants, deux associations, *Indigenous Environmental Network* et la *North Coast River Alliance*, contestent devant la Cour fédérale la validité de l'étude d'impact attachée au permis de construire de l'Oléoduc en ce qu'elle ne délivrerait pas d'information suffisamment fiables sur la nature du projet. Si la Cour a accepté de recevoir les arguments liés à l'impact climatique du projet, c'est, essentiellement, au regard du NEPA qu'elle a pu effectuer son contrôle.

Leghari c. Federation of Pakistan (T. Keïta)

L'affaire *Leghari* est l'une des premières décisions rendues en matière de justice climatique aboutissant à la reconnaissance de la responsabilité d'un État du fait de son inaction face au changement climatique. Elle permet en particulier de faire le lien entre cette inaction et le respect des droits fondamentaux des individus, ainsi qu'une nouvelle forme des questions climatiques par la création d'institutions destinées à surveiller le progrès de l'État dans la lutte contre le réchauffement.

Lliuya c. Rwe (F. Giansetto)

En Allemagne, un ressortissant péruvien a attaqué l'énergéticien RWE sur le fondement de l'article 1004 du Code civil allemand (BGB) protégeant le droit de propriété. Le demandeur a reproché à RWE d'être responsable d'une partie du préjudice qu'il subit du fait du réchauffement climatique. Plus précisément, sa maison étant menacée par l'augmentation du niveau d'un lac glaciaire au Pérou, il a demandé à ce que l'énergéticien soit condamné à contribuer aux coûts des travaux nécessaires pour éviter les risques d'inondation à proportion de sa responsabilité dans le changement climatique. Cette affaire illustre les difficultés des contentieux opposant des victimes des changements climatiques à des entreprises. Outre la recevabilité de l'affaire, il est nécessaire de démontrer un lien de causalité avec le dommage.

Les « People's Climate Case » c. Union européenne (E. Brosset et E. Truilhé)

Au-delà de l'État, mais en deçà du niveau universel, les procès climatiques se développent aussi à l'échelle de l'Union européenne. Les deux affaires commentées, portées par des personnes privées, en sont l'illustration. La première visait à faire reconnaître l'insuffisance des objectifs de l'Union européenne à l'horizon 2030 en violation de l'Accord de Paris, mais aussi des droits fondamentaux des requérants. Elle s'est soldée par un constat d'irrecevabilité à propos duquel un pourvoi est en cours. La seconde vise à faire annuler les dispositions de la directive « énergies renouvelables » qui comptabilisent l'énergie issue de la biomasse forestière parmi les sources d'énergies renouvelables. Le Tribunal n'a pas encore rendu sa décision.

Les Aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse (R. Mahaim)

Désireuses de porter la cause climatique devant les tribunaux, des centaines de femmes âgées se sont constituées en association à but non lucratif (« Aînées pour la protection du climat » en français, « KlimaSeniorinnen » en allemand) pour faire valoir leurs droits. Elles ont déposé une requête demandant en substance qu'il soit constaté toute une série de carences fautives des autorités fédérales en matière de lutte contre le réchauffement climatique. Le droit suisse de procédure exige des personnes saisissant la justice qu'elles le fassent pour défendre leurs propres droits et non pour l'intérêt général. L'administration fédérale a interprété cette condition procédurale de façon particulièrement sévère et déclaré la requête irrecevable au motif que les requérantes ne sont pas particulièrement et individuellement touchées par le réchauffement climatique, du moins pas davantage que d'autres personnes ou être vivants. La première instance judiciaire, le Tribunal administratif fédéral, saisie d'un recours, a confirmé cette argumentation. La cause a été portée devant le Tribunal fédéral, plus haute instance judiciaire du pays qui a confirmé l'arrêt de première instance, avec des arguments similaires mais pas entièrement identiques.

Les pétitions Inuit Circumpolar Conference et Arctic Athabaskan (S. Maljean Dubois)

Les pétitions Inuit Circumpolar Conference et Arctic Athabaskan Council ont été adressées par deux ONG représentant des Inuit à la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Invoquant des violations de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, la première pétition, en 2005, visant les États-Unis, n'a pas passé le stade de la recevabilité. La seconde, en 2013, a visé le Canada. Encore pendante, elle pourrait recevoir une issue plus positive au regard de l'évolution du contexte international.

Milieudefensie et autres c. Shell (L. Duthoit)

Après la confirmation en appel du jugement du tribunal de district de La Haye qui ordonna de façon inédite à l'échelle planétaire à l'État néerlandais de revoir à la hausse les ambitions de sa politique de baisse des émissions de GES en raison de son manquement à son devoir de vigilance, un collectif d'ONG et de citoyens ont saisi ce même tribunal de district aux fins que soit reconnu qu'un acteur privé doit se conformer à l'objectif de l'Accord de Paris. En se basant sur les acquis de la décision de la Cour d'appel de La Haye du 9 octobre 2018 qui concerne pourtant un État, Milieudefensie (Les Amis de la Terre Pays-Bas) et autres soutiennent que le géant des hydrocarbures Shell manque à son devoir de vigilance à l'égard des générations présentes et futures. Cette demande est particulièrement novatrice puisque les demandeurs affirment que le standard de comportement raisonnable serait issu d'un ensemble de conventions internationales et des articles 2 et 8 de la CEDH qui lient pourtant les États seuls.

Notre Affaire à tous et autres c. l'État français (C. Cournil, P. Mougeoulle, A. Le Dylio)

Quatre associations ont adressé en décembre 2018 une demande préalable indemnitaire à une douzaine de ministres pour signifier la carence fautive de l'État en matière de lutte contre les changements climatiques. Elles ont ensuite déposé en mars 2019 leur recours de plein contentieux devant le tribunal administratif de Paris. L'amorce de ce « contentieux climatique », fortement médiatisé en France, fait écho aux attentes sociétales d'une partie de la jeunesse notamment, qui réclame aux pouvoirs publics une action climatique ambitieuse afin de contenir le réchauffement de la planète en deçà de 1,5 ℃. Ce recours questionne frontalement les actions/inactions de l'État en matière d'atténuation du changement climatique et de politiques d'adaptation. Le mémoire déposé, qui s'appuie sur des raisonnements bien connus du juge administratif (carence fautive, obligation de protection et prévention, injonction de faire), s'attèle surtout à lui proposer des innovations juridiques (reconnaissance d'un principe général du droit inédit et du préjudice écologique).

Notre affaire à tous et autres c. Total (P. Mougeolle)

Le premier contentieux climatique contre une entreprise a été initié en France le 28 janvier 2020 par un collectif de quatorze collectivités territoriales et cinq associations. L'action est dirigée contre Total S.A., société mère française d'une multinationale pétrolière, en raison de son impact climatique considérable et de l'insuffisance de ses mesures de réduction de gaz à effet de serre. Les demandeurs réclament du juge une injonction afin de contraindre l'entreprise à abandonner progressivement ses activités dans les hydrocarbures, en ligne avec les données du GIEC correspondantes à une limitation du réchauffement à 1,5℃. Pour ce faire, le collectif s'appuie notamment sur la loi relative au devoir de vigilance des multinationales ainsi que sur l'article 1252 du Code civil relatif à la prévention des dommages environnementaux.

Pays-Bas c. Urgenda (D. Misonne)

Il y a des limites qui s'imposent au gouvernement et au législateur quand ils décident de l'ambition à poursuivre dans la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre. Ces limites résultent de la nécessité de respecter la Convention européenne des droits de l'Homme. Vu la gravité du changement climatique, le droit à la vie et le droit à la protection du domicile de la population des Pays-Bas sont menacés. Les Pays-Bas sont tenus de faire « leur part » pour prévenir les changements climatiques dangereux, même s'il s'agit d'un problème mondial. Il appartient au juge de vérifier le respect de ces limites et d'ordonner les mesures qui s'imposent pour garantir une protection juridictionnelle effective. Le fait que les pays de l'Annexe I, dont les Pays-Bas, devront réduire leurs émissions d'au moins 25 % d'ici 2020 découle de l'opinion généralement admise dans la science du climat et dans la communauté internationale. Dans ce cas, la Cour d'appel pouvait donc conclure que l'État est en tout état de cause tenu de réaliser la réduction susmentionnée d'au moins 25 % en 2020. Le pourvoi en cassation est rejeté. La décision rendue est définitive.

PUSH Sweden, Nature and Youth Sweden et autres c. Gouvernement de Suède (P. Vílchez Moragues)

En 2016, l'entreprise d'État suédoise Vattenfall a vendu ses actifs liés à l'exploitation du charbon en Allemagne à une société holding d'origine tchèque. La vente, justifiée publiquement par une logique de désinvestissement des énergies fossiles et la volonté affichée par l'État suédois de servir de modèle dans la lutte contre le réchauffement climatique a pourtant soulevé l'opposition de plusieurs organisations de protection de l'environnement suédoises, qui ont dénoncé le manque de transparence de l'opération ainsi que l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre que pourrait dériver de la vente étant donné le profil de l'acquéreur, peu soucieux des questions environnementales. Ces ONG ont alors déposé une requête devant la Cour de District de Stockholm demandant l'annulation de la vente. Les fondements juridiques présentés par les plaignants ont de nombreux points communs avec ceux qui se trouvent à la base de nombreux procès climatiques récents, notamment la protection des droits de l'Homme, les traités internationaux de lutte contre le réchauffement climatique ou les principes de précaution et de prévention. Or, la requête revêt également certaines spécificités vis-à-vis d'autres procès à fort succès, comme l'affaire *Urgenda*, dont, par exemple, le fait de mettre en cause une décision particulière et non point l'ensemble de la politique climatique de l'État, la dimension extraterritoriale de l'affaire ou encore la demande de dommages-intérêts.

Rhode Island c. Chevron *et al.* (F. P. Fantozzi)

Afin de répondre aux pressantes exigences d'adaptation territoriale, en 2018 Rhode Island est devenu le premier État fédéré des États-Unis à avoir entamé un recours en responsabilité à l'encontre de vingt-et-un multinationales de l'industrie du pétrole, gaz et charbon. La production et la commercialisation des combustibles fossiles, ainsi que la promotion de campagnes de désinformation, seraient à l'origine des dommages climatiques qui grèvent les finances publiques et le bien-être des résidents de l'État.

Ridhima Pandey c. Union indienne et autres (2019) (M. Auger)

En mars 2017, Ridhima Pandey, la requérante qui n'est qu'une enfant, saisit le National Green Tribunal indien. L'État n'aurait, selon elle, pas pris les mesures nécessaires pour la mise en œuvre des lois relatives à la protection de l'environnement et des engagements pris par l'Inde dans le cadre de l'Accord de Paris. Dans un contexte marqué par la croissance du contentieux climatique porté par les jeunes générations contre l'État, le National Green Tribunal rejette, dans une décision surprenante de janvier 2019, la demande de la fillette.

Thomson c. Minister for Climate Change Issues (A. Le Dylio)

En novembre 2015, Sarah Thomson, étudiante en droit, a contesté devant la Haute Cour de Nouvelle-Zélande la réponse du gouvernement face au dérèglement climatique, et notamment son manque d'ambition dans l'établissement des objectifs de la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Interprétant la législation nationale au regard des objectifs poursuivis par la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'Accord de Paris, la Cour juge que les objectifs de réduction des émissions de GES pris en application d'instruments nationaux, et notamment l'objectif pour 2050, doivent être réévalués en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques, quand bien même les textes ne le prévoiraient pas expressément. La Cour s'estime ensuite compétente pour examiner l'objectif de réduction des émissions de GES à l'horizon 2030, fixé par la Contribution nationale de la Nouvelle-Zélande en application de l'Accord de Paris. En revanche, elle ne relève aucun motif justifiant son invalidation dès lors que la Ministre n'a commis aucune erreur ressortissant au contrôle du juge.

Ville de New York c. BP (F. P. Fantozzi)

Face à la contrainte des conséquences néfastes du changement climatique et à la nécessité de financer rapidement des mesures stratégiques d'adaptation territoriale, en 2018 la ville de New York a lancé une action en justice à l'encontre de BP, ExxonMobil, Conocophilips et Shell, les multinationales détenues par des investisseurs privés les plus impactantes en termes d'émissions anthropogéniques de gaz à effet de serre. La responsabilité de ces cinq acteurs est ainsi invoquée à titre de leur contribution historique au changement climatique dans leur qualité de producteurs de combustibles fossiles.

Ville d'Oakland et The People of State of California c. BP P.L.C *et al.* (L. Canali)

L'affaire opposant la ville d'Oakland contre plusieurs entreprises de l'industrie pétrolière met en exergue les différents enjeux qui traversent le contentieux climatique contre les entreprises aux États-Unis. En effet, la recherche d'un consensus scientifique face à la complexité des changements climatiques, la détermination de la juridiction compétente et du droit applicable au litige, le respect de la séparation des pouvoirs, ou encore, la portée extraterritoriale des décisions juridictionnelles sont autant d'aspects qui font planer un doute sérieux quant à la reconnaissance jurisprudentielle aux États-Unis d'une responsabilité climatique du secteur industriel.

Index

A

Accès au juge : 48, 50-53, 80, 113-114, 593, 594

Acción de tutela : 29, 34, 153, 155-158, 162, 166, 167

Accord de Paris : 27, 31, 71, 94, 102, 104-105, 109, 126, 131, 133-134, 136, 140, 142-143, 145-147, 150, 161, 167, 172, 187, 189-190, 193-195, 200-202, 210, 221, 224, 228, 233, 253, 259, 326, 338, 340, 342-343, 348, 355-357, 392-393, 396, 398-404, 471, 505, 513, 518, 522, 525-526, 532-534, 536, 537, 539-542, 547, 549, 557, 561, 564, 584-586, 588, 593

Acteurs infra étatiques : 25

Action collective : 31, 96-97, 211, 230, 235-236, 241, 244-246, 300

Action fédérale : 365, 371, 499

Activistes climatiques : 20, 578

Adaptation : 21, 22, 28, 32, 73, 87, 92, 100, 110, 111, 114, 118, 119-122, 126, 150, 155, 165, 184-185, 187-188, 224, 226-227, 231, 233, 274, 285, 291, 301, 318-319, 363, 394, 397, 415, 450, 470-473, 475, 484-485, 488-489, 491, 493, 498-499, 501, 512, 540, 563

Affaire *Aéroport de Vienne et de Londres* : 305, 379, 391

Affaire *American Electric Power* : 88, 268, 277, 411, 413, 432, 434, 436, 455, 459, 460-461, 465-466

Affaire *Commune de Grande-Synthe c. l'État* : 115, 183-187, 190, 224, 574

Affaire *Connecticut c. American Electric Power* : 88, 268, 271, 273, 277, 411, 413, 415, 420, 432, 434-436, 441, 459, 461, 465-466, 598

Affaire *« des décrocheurs »* : 567, 575, 577-578

Affaire *Earthlife Africa Johannesburg c. Ministère des affaires environnementales et autres* : 305, 317, 319, 321-322, 328-331, 392

Affaire *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada* : 230, 235-237, 239-246, 300

Affaire *Greenpeace Asie du sud-est et autres c. Carbon Majors* : 507

Affaire *Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, BankTrack et Milieudefensie c. ING Bank* : 505, 525, 530-531, 533-536

Affaire *Greenpeace Norvège c. Ministère du pétrole et de l'énergie* : 161, 305, 336, 347-350, 354, 355-359

Affaire *Greta Thunberg* : 281, 285, 287, 290, 292, 296

Affaire *Indigenous Environmental Network c. US Department of State* : 362-364, 369-372

Affaire *Jeunes c. Colombie* : 45, 133, 153-157, 159-162, 165, 167, 230, 240, 246, 300, 307-308, 310, 594, 596

Affaire *Juliana et al. c. États Unis* : 45, 96, 116, 133, 138-139, 148, 230, 249, 263-272, 274-276, 278-279, 300, 339, 480, 561

Affaire *Kivalina c. ExxonMobil Corp* : 88, 124, 273, 411, 431-436, 438-443, 459, 461, 466

Affaire *Klimaatzaak c. Belgique* : 92, 94-96, 98-100, 105-107, 209

Affaire *Leghari c. Federation of Pakistan* : 84, 109, 110-117, 119-122, 125-126, 135, 138, 263, 339-340, 540

Affaire *Les Aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse* : 169-171, 174, 176, 177, 178-181

Affaire *Lliuya c. RWE* : 411, 445-449, 451, 454, 508, 541, 545, 595

Affaire *Massachussetts c. EPA* : 457

Affaire *Milieudefensie et autres c. Shell* : 90, 201, 505, 518, 520, 533, 541-549, 598

Affaire *Notre affaire à tous et autres c. l'État* : 76, 223-225, 247, 574, 597

Affaire *Notre affaire à tous et autres c. Total* : 90, 115, 225, 228, 388, 391, 505, 508, 517, 546, 551-564, 599

Affaire *Oakland et The People of State of California c. BP et autres.* : 249, 411, 429, 442, 455-459, 462-463, 465, 471, 478-479, 483-484, 488, 496, 561

Affaire *PUSH Sweden, Nature et autres c. Gouvernement de Suède* : 283, 298, 333-335, 337-338, 340, 342-343, 347-348

Affaire *Rhode Island c. Chevron et autres* : 56, 411, 449, 487-501

Affaire *Ridhima Pandey c. l'Union indienne et autres* : 129-140

Affaires *Activistes climatiques c. Crédit suisse et le Ministère public* : 578, 583

Affaires *Triangle de Gonesse* : 305, 379-386, 388-390, 392

Affaire *Teitiota* : 72, 281-283, 288, 291-296, 301

Affaire *Thomson c. Minister for Climate Change Issues* : 143-146, 148, 150, 362, 371, 372

Affaire *Torrès* : 45, 281-283, 291-293, 298, 301

Affaire *Urgenda c. Pays-Bas* : 45, 48, 75-81, 83-85, 88, 90-99, 106-107, 112, 121, 124, 135, 148, 181, 188, 203, 207, 208-215, 217, 219-220, 223, 230, 237, 241, 247, 249, 251, 254, 257, 259, 263, 276, 300, 333, 337, 339-340, 344-345, 349, 357, 507, 513, 540, 542-543, 547, 597, 599

Affidavit : 144, 147

Allégations environnementales : 288-289, 301

Amiante : 226, 227, 544

Amicus curia : 30, 153, 348, 477, 509, 510

Arctique : 63-66, 68-69, 73, 347, 349

Argument climatique : 381-390

Artificialisation des sols : 380

Atténuation : 22, 75-77, 87-88, 121, 126, 142, 155, 163, 165, 187, 238, 285, 301, 319-321, 324, 357, 365, 384, 463, 470, 493, 499, 512, 528, 531, 553, 555, 564

Autorité environnementale : 382, 385, 389

B

Banques : 27, 129, 505, 525, 532-535, 551, 567, 578-582, 584, 587, 590

Bas carbone : 32

Bien collectif : 590

Bien-être : 91, 558

Bilan carbone : 134, 542, 544

Biomasse : 64, 160, 195, 201, 204

C

Carbon major : 301, 416, 448, 471-472, 489, 495-496, 499, 505, 507-510, 513, 516-517, 519-523, 551

Carence fautive : 122, 225, 227, 232-233, 318

Causalité : 32, 81, 119-120, 253, 268-269, 432-433, 437-438, 447, 450-451, 453-454, 471, 477, 489, 508, 510, 575

Causalité juridique : 452

Causalité scientifique : 452

CEDH : 80, 93, 95, 107, 171, 178, 180-181, 188, 211-221, 226, 248, 260, 289, 338, 349, 518, 542, 547-548, 588, 597

Charbon : 34, 143, 195, 204, 250, 255-256, 291, 305, 319-320, 323, 331, 333-336, 338-343, 358, 413, 425, 436, 452, 466, 489, 532-533, 535, 546, 579, 583, 595

Charte canadienne : 235, 239-240, 242, 244

Charte québécoise : 239, 243-245

CIDE : 288, 296, 298-299

CIEL : 30, 70, 286, 348

Citoyen : 92, 97, 106, 130, 174, 495, 589

Clause : 51, 264, 289, 416, 420, 430, 458, 536

Climate change litigation : 240

Climatisation : 24, 73, 240, 382, 383, 384, 386, 388, 512

Collectivités locales : 25, 36

Comité des droits de l'Homme : 26, 45, 281, 283, 288-291, 293-294, 296, 298, 301

Comité des droits économiques, sociaux et culturels : 286, 287

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : 286

Comité sur les droits de l'enfant : 281, 283, 290, 296, 299, 301

Commission des droits humains des Philippines : 507, 510-511

Commission interaméricaine des droits de l'Homme : 45

Common law : 47, 50, 94, 143, 273, 413, 415-427, 429, 431, 443-444, 450, 460-465, 472, 474-475, 478, 481-482, 484, 489-490, 494, 496-497

Communauté de vue : 99, 107, 216, 218, 220

Communs : 33, 445, 507, 525

Compétence constitutionnelle : 239

Compétence des juges : 496

Compétence juridictionnelle : 420, 456, 457, 499, 515

Compétences fédérales : 25, 32, 47, 50,-51, 56, 100-101, 104-105, 110-112, 121, 135, 170-174, 177-178, 180, 237-238, 241, 243, 246, 263-264, 266, 269, 273-274, 277-278, 283, 291, 363, 392-394, 416-422, 427, 431, 436, 443, 455-461, 463, 479, 484, 495, 497-501, 581, 588, 598

Consensus scientifique : 49, 147, 150, 212, 220, 224, 437, 456, 467, 507, 571, 572

Constatation : 69, 291, 293-295, 297, 381, 482, 540

Constitution : 29, 51, 84, 86, 93, 95, 105, 110, 112-113, 115-116, 125, 130, 136-138, 143, 154, 156-157, 159, 161, 165, 173-174, 176, 179, 190, 235, 242, 248, 252, 258-260, 263-264, 269-273, 277, 307-310, 312-313, 316, 318, 322-325, 329, 338, 348, 350-352, 354-355, 358, 372, 393, 395, 397, 416, 419-420, 433-434, 466, 484, 494, 496, 498, 509, 511, 514-515, 523, 587-588, 596-597

Constitution écocentrique : 308-309, 312

Contentieux climatiques : 17, 19, 84, 87, 109, 112-122, 124, 126, 155, 159, 230, 247, 281, 283, 301, 317, 389, 397, 403, 436, 440, 449, 452, 465, 508, 516, 540, 541, 545, 549, 570

Contribution déterminée au niveau national : 134

Contrôle juridictionnel : 50, 57, 99, 414

Cour suprême américaine : 218, 432

Critère de la raisonnabilité : 260, 560-561

Critères de durabilité : 205

Culture : 21, 63, 65-66, 69-70, 73, 99, 140, 291, 293, 296, 298, 439, 444, 513

D

Danger : 20, 33, 59, 61, 85, 93, 106, 179, 189, 208, 212, 214, 216, 218, 252, 257-258, 267, 271, 279, 293, 296, 316, 344, 455, 476, 528, 543-544, 546, 570-575, 577, 584-587, 590

Danger imminent : 20, 212, 546, 586

Danger prévisible : 208

Déclaration de Stockholm : 29, 161, 343

Demande d'injonction : 132, 134-135, 225, 233, 252, 254, 427

Démocratie : 107, 116, 138, 221, 238, 253, 316, 347, 576, 589, 590

Déplacé climatique : 45, 281, 291, 292, 295

Désinformation : 456, 475, 494, 498

Désobéissance civile : 567, 579, 582, 589

Développement durable : 78, 116, 131, 138, 159, 160, 165-166, 169, 187, 229, 307, 309, 324, 335, 384, 528, 548, 556, 574

Devoir de vigilance : 87, 225, 228, 353, 530, 541-542, 545, 547-548, 552-555, 557, 558, 560-561, 563-564, 576

Devoirs constitutionnels de l'État : 136, 138

Diligence : 85-87, 89, 98, 208, 216, 335, 338-339, 341, 494, 518-519, 527, 532, 534, 544

Dioxyde de carbone : 58, 148, 169, 263, 312, 327, 357, 366, 455, 466, 470, 475, 539, 557

Diplomatie : 283, 465, 478, 480

Doctrine : 24, 31, 33, 51, 53, 55-56, 68, 77, 85, 93, 95, 115-116, 124, 136, 138-140, 144, 215, 219, 231, 240, 242, 257, 282, 284-285, 288, 292, 316, 318, 329, 396, 397-398, 415, 432, 434-436, 439,-442, 457-458, 460, 463, 466, 479, 484, 497, 512, 553, 558, 560, 564, 570, 572, 591, 592

Doctrine de la question politique : 276

Domaine côtier : 54

Dommage : 32, 52, 69, 70, 80-83, 86-87, 93-94, 113, 119, 133, 157-158, 189, 198, 203, 208, 217, 225, 232, 245, 254, 267-268, 275, 290, 343-344, 350, 352, 445-453, 458, 465, 484, 540, 543, 545, 560, 562-564, 578, 594-595

Dommage climatique : 266, 453, 454, 471, 478, 484-485, 490, 492, 495, 518, 594, 597, 599

Dommage intégrale : 453

Dommages et intérêts : 97, 272, 276, 344, 432, 450, 523, 598

Donald Trump : 61, 264, 361-364, 369, 371-373, 428, 490

Droit à la culture : 298

Droit à la protection du domicile : 220

Droit à la vie : 66, 72, 80, 84, 95, 110, 115-116, 118, 137, 179, 189, 196, 201, 215, 220, 226, 235, 239-240, 242, 252, 256-257, 260, 264, 270, 281, 283, 288-289, 290, 293-297, 314, 315, 349, 444, 518, 572

Droit à l'égalité : 201, 235, 239, 310

Droit à l'environnement : 71, 282, 284, 348, 350-353, 355

Droit à un climat stable : 263-264, 275

Droit à un environnement sain : 72, 115, 130, 137, 138, 155, 158, 181, 236, 243, 271, 307, 309, 314, 596

Droit à une vie digne : 314

Droit civil : 21, 83, 95, 97, 236, 337

Droit commun : 94, 208-209, 235, 251, 465, 476, 482, 562

Droit constitutionnel : 48, 138, 162, 238, 249, 316, 337, 355, 489, 520

Droit de la responsabilité civile : 97, 208, 339, 472, 484, 595

Droit de l'environnement : 23, 52, 61, 130, 191, 219, 316, 335, 345

Droit de propriété : 34, 201, 256, 308, 310, 311, 432, 446, 587

Droit des enfants : 137, 287, 298, 301

Droit du changement climatique : 413, 523

Droit international : 21, 30, 31, 64, 66-69, 72-73, 83-85, 92, 109, 148, 155, 160, 162, 171, 188-189, 216-219, 253, 275, 284, 291, 295, 325, 338, 343, 354, 399, 431, 443, 447, 509, 510, 512, 519, 520-521, 594-595

Droit international des droits de l'Homme : 291

Droits collectifs : 157

Droits de la nature : 94, 307, 313-316

Droits de l'Homme : 23, 26, 28, 30, 63-66, 67, 70-73, 78-81, 84-85, 93, 95, 99, 112, 115, 117-118, 127, 153-154, 164, 167, 171, 184, 188-189, 203, 211-212, 214, 217, 219-220, 225-230, 248, 254, 258, 260, 267, 270, 281-291, 293-295, 297, 300-301, 310, 314, 316, 335-336, 338, 341, 345, 349, 351, 407, 443, 464, 505, 507-516, 519-523, 530, 541-542, 545-548, 551, 553, 556, 558-559, 561, 594, 596-597, 599

Droits des générations futures : 126, 155, 162, 163, 176, 509

Droits fondamentaux : 19, 28, 45, 68, 94, 99, 111-120, 122, 125-126, 138, 153, 155, 156-159, 162-165, 167, 171, 174, 177-178, 194-197, 199, 201-203, 208, 211, 213-215, 218-220, 226, 230, 236, 241-242, 244, 247-249, 252, 254, 256, 260, 263, 267, 269-273, 291, 293, 308, 311, 313-316, 351, 393, 397-398, 508-512, 516, 519-521, 548, 572, 593, 596

Due diligence : 87, 552

Duty of care : 87, 95, 117, 208, 494, 542, 548, 599

E

Éco anxiété : 297

Écosystèmes : 117, 159, 232, 292, 308-309, 312-313, 384-385, 475, 556

Éducation : 235, 270, 286, 309

Effets cumulatifs des émissions de GES : 369, 371

Effets cumulés : 383-384

Effets indirects : 387-388

Émissions extraterritoriales : 228, 353-355, 396, 404

Empreinte carbone : 27, 33, 227-228, 361, 379, 388, 449, 531, 557

Empreinte climatique : 32, 386

Énergies alternatives : 358, 367

Énergies renouvelables : 100, 126, 133, 183, 195, 204, 210, 250, 286, 334, 353, 365, 367, 522, 533, 546, 560

Enfant : 129, 137, 287, 297, 515, 581

Entreprise : 21, 120, 188, 201, 239, 309, 320, 322, 334, 340, 342, 361, 363-364, 366, 392, 413, 446-447, 469, 471, 505, 517, 520-521, 528-529, 537, 540-542, 546, 551-555, 557, 558-562, 567, 570, 578, 592, 595, 598

Environmental Impact Statement : 363

État de droit : 18, 88, 97, 99, 113, 124, 156, 219, 229, 249, 316, 351, 589

État de nécessité : 20, 28, 567, 569, 570-571, 574-579, 583, 585-586, 590

État fédéral : 32, 56, 91, 92, 100, 101, 103, 106, 112, 122-123, 126, 272-273, 415

États fédérés : 25, 32, 47, 49-50, 55, 56, 61, 116, 272-273, 425, 440, 443, 458, 474, 478, 484, 488, 496, 499, 501

État social de droit : 315

États-Unis : 18-19, 26, 29-31, 45, 47-49, 52, 56-57, 63-65, 67-70, 96, 112, 116, 129, 194, 223, 242, 269, 276-277, 302, 361-363, 368, 370, 373, 413-414, 416, 428, 434, 440, 443-444, 457-460, 462, 464, 467, 471-472, 475, 479-481, 487, 490, 498-499, 540, 576

Étude d'impact : 320, 348-349, 356, 363, 364, 366-367, 369, 371, 381-384, 386-389

Étude d'impact environnemental (EIE) : 320, 321, 323, 327, 331

Faute intentionnelle : 236

Fédéralisme : 50, 100, 102, 106-107

Fiducie atmosphérique : 273

Fiducie publique : 264, 267, 271-273

Gaz à effet de serre : 17, 19, 21, 28, 33, 47, 49, 54, 56-61, 64-65, 68- 69, 73, 75-77, 79, 81-84, 88-90, 93, 97-99, 101-102, 105, 107, 129, 134-135, 141-148, 150, 154, 160-161, 163, 167, 170-173, 177-178, 183, 185, 187-190, 193, 195, 197-198, 200, 202, 207-210, 214, 218-219, 223, 225-227, 231-233, 237-238, 240, 242, 247-251, 253, 255-260, 263, 268, 275, 277, 285-286, 291, 299, 318-319, 323, 325, 334-335, 337-340, 343, 347-350, 352-353, 355-358, 363, 366, 368-369, 380, 383-385, 393, 399-400, 402, 404, 407, 411, 413, 424, 428, 432-438, 441, 443, 445, 447-448, 450-455, 460-462, 469, 472, 474, 476-477, 479, 482, 487, 489, 493, 507-508, 510, 513, 518, 520, 525, 531-532, 534, 539, 540-542, 544-545, 547-549, 551, 553-554, 556-557, 560, 563-564, 570, 573-575, 593, 595-599

Expertise scientifique : 47-48, 389

Experts : 30, 49, 60, 76, 93, 96, 104, 123, 133, 141, 144, 147, 227, 284, 286, 288, 296, 337, 340, 347, 400-401, 454, 456, 474, 487, 507, 509, 517, 520, 536, 539, 559, 572, 582, 583

Externalités négatives : 456, 463, 469, 471, 482, 483, 489

Extraction de combustibles fossiles : 286

Extraterritorialité : 72, 302, 342-343, 462-464, 481

F

Final supplemental environmental impact statement : 364-369, 371

Finance durable : 587

Fondement juridique : 273, 373

Fonds d'indemnisation : 454

G

Générations futures : 19, 38, 79, 116, 133, 153, 163, 257, 263, 272, 308, 350, 353, 509, 544

Global : 32, 37, 47, 54, 78, 81, 92, 98, 105-106, 120, 149, 153, 164, 172, 185, 217, 240, 259, 299, 321, 325, 454, 463, 472, 474, 475, 480-481, 488-490, 492, 500, 522, 536, 539, 553, 556, 574, 586, 592, 598

Gouvernance : 18, 24, 36, 37, 102-104, 106, 119, 120, 122, 124-126, 165, 217, 218, 478, 489-490, 499, 512

Gouvernance climatique : 18, 24, 36, 490

Greenpeace : 26, 191, 247, 250-251, 261, 301, 336, 342, 348, 505, 516, 525, 541

Greta Thunberg : 45, 281, 283, 285, 287, 290, 292, 296, 298, 579, 580, 584-585

H

Hiérarchie des émissions : 357

Humanité : 24, 38, 53, 147, 204, 273, 285, 556, 557, 571-572, 575, 584, 592

I

ICDN : 161

Impact climatique : 349, 364, 366, 368, 369, 372, 373, 380, 388, 396, 559, 582

Impact climatique du projet : 364, 366, 368, 369, 373, 388

Imputation : 70, 452, 453, 480, 481

Inaction de l'État : 118, 124, 126, 187, 293, 301, 413, 420, 436

Incertitude scientifique : 60, 452

INDC : 131, 132, 140

Inde : 45, 56, 111, 129-131, 133-134, 136, 140, 300, 530

Indemnité pécuniaire : 197

Infractions pénales : 580, 581

Injonction : 55, 77, 97- 98, 105, 119, 197, 212, 214, 219, 221, 231, 233, 259, 264, 275, 301, 322-323, 364, 368, 422, 433, 442, 477, 505, 516, 530, 545, 561, 563, 581, 593, 596-598

Injonction de légiférer : 214

Intérêt à agir : 31-32, 45, 47, 50-56, 61, 78-82, 97, 107, 113, 211, 223, 247-248, 250, 252, 254, 257, 260, 264-269, 274, 407, 415, 437-438, 446-447, 545, 562-564, 593, 595, 598

Intérêt collectif : 78-79

Intérêt national : 159, 362-363, 367-368, 421

Intérêt supérieur de l'enfant : 155, 296, 298

Internationalisation du droit : 31, 159, 167

Inuit : 25, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 73, 124

Investissements : 131, 193, 256, 505, 525, 527, 531, 534, 560, 578, 579, 580, 590

Irrecevabilité : 169, 170, 179, 194, 195, 196, 197, 199, 253, 264, 363, 433, 436, 440, 446, 463

J

Jeunesse : 26, 109, 235, 237, 244, 246, 266, 348, 584

Judicial review : 26, 143, 144, 145, 148, 149, 151, 398

Juge constitutionnel : 307, 308, 315, 316

Juge fédéral : 421, 422, 426, 427, 456, 458, 460, 465, 477, 479, 480, 496, 497

Juge national : 38, 78, 98, 171, 214, 253

Juridiction : 22, 25, 63, 83, 87, 98, 114-115, 122, 123, 130, 142, 149, 153, 158, 162, 164, 184-185, 191, 197, 212, 217, 237, 251, 260, 282, 301, 318, 328, 330, 342, 380, 382, 384-386, 388-390, 392, 395, 397, 415, 417, 418, 426, 446, 456, 457, 458, 460, 463, 464, 466, 467, 474, 478, 482, 492, 496, 497, 509, 515, 555, 577

Justice climatique : 17, 20, 21, 22, 27, 30, 36, 38, 47, 56, 75, 76, 77, 78, 81, 90, 111, 115, 117, 118, 120, 126, 174, 218, 223, 237, 246, 248, 263, 278, 283, 286, 290, 307, 310, 313, 317, 318, 392, 414, 430, 459, 472, 473, 475, 478, 480, 488, 490, 493, 496, 500, 540, 551

Justice corrective : 472, 475, 478, 482, 484

Justice rétributive : 500

Justiciabilité : 48, 51, 124, 143, 148, 223, 237, 241, 242, 248, 249, 265, 266, 274, 278, 480

L

Légalité externe : 381, 382, 386, 389

Légalité interne : 382, 384-386, 388-389

Lien de causalité : 32, 45, 64, 80-82, 119-120, 155, 202, 223, 244, 268-269, 293, 302, 341, 407, 430, 432, 437, 438, 446, 447, 451, 452, 492, 498, 507, 510, 511, 516, 540, 545

Limites planétaires : 257

M

Marge d'appréciation : 98, 208, 212, 215, 218-219, 249, 258, 260, 353, 402

Mesures de riposte : 284

Mitigation : 82, 491, 494, 500, 597

Mondialisation : 21, 553, 561

Multinationales : 336, 407, 446, 455, 471, 474-477, 479-481, 484, 488, 489, 490, 492-495, 497-498, 500, 508, 525, 527, 529, 540, 552-553

N

National green tribunal : 130, 132-133, 135-138, 140

Négligence : 84, 86-88, 208, 329, 339, 494, 543-544

Nepa : 363, 365, 367-373

Neutralité carbone : 90, 144-145, 147, 173, 402, 404, 557, 561

Non-refoulement : 281, 293-295

Notre affaire à Tous : 223

Nuisance privée : 449

Nuisance publique : 273, 411, 419, 429, 455-456, 458-465, 476, 497

O

Obligation à la dette : 450-451

Obligation de protection : 71, 116-117, 202, 212, 254, 258, 272-273, 514

Obligation d'évaluation d'impact : 135, 140

Obligation de vigilance : 226, 562, 576, 598

Obligation positive de l'État. : 179

Obligation positive de protection des droits fondamentaux : 248

Obligations des entreprises en matière climatique : 521

Observations générales : 282

Office du juge : 57, 224, 382, 403

Oléoduc : 305, 361-370, 372-373

ONG : 21, 25-26, 29-30, 38, 63-64, 76-80, 114, 123, 126, 153, 166-167, 194, 250, 282, 286, 292, 301, 334-335, 391, 407, 411, 440, 446, 505, 508, 510, 512, 523, 525-527, 529-533, 535, 537, 540, 543, 593, 598

Organe non juridictionnel : 523

Organes internationaux de protection des droits humains : 230

Organisation des États Américains : 63

Our children's Trust : 29

P

Pacte international relatif aux droits civils et politiques : 283, 288-289, 297, 298

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : 160, 286, 515

Páramos : 305

Parens patriae : 55-56, 434, 439

Participation du public : 114, 369

Personnes déplacées : 286

Personnes vulnérables : 154, 311, 513

Pétition : 24, 26, 35, 63-71, 73, 124, 224, 291-292, 298, 433, 442, 505, 508-511, 516-517, 521, 522, 523, 540-541

Peuples autochtones : 63, 65, 68, 70-73, 166, 431, 434, 439, 444, 513, 519

Plainte : 64, 70, 157, 265, 266, 268, 283, 288, 291-292, 294, 297-301, 328, 340, 525, 527, 532-533, 569, 585

Plan local d'urbanisme : 380-382, 384-385, 388

Points de non-retour (*Tipping Points*) : 260, 275, 556

Pollution atmosphérique : 47-48, 148, 227, 245, 263, 498

Pollution de l'air : 58, 256, 277, 292, 479, 497

Population : 104, 139, 148, 165, 169, 173, 175, 180, 189, 211, 216, 252, 257, 272, 284, 296, 314, 349, 361, 397, 491, 511, 512, 563, 573

Pouvoir d'enquête : 509, 514, 515

Pouvoir discrétionnaire : 49, 57-59, 77, 84, 86, 146-147, 165, 270, 311, 313-314, 328

Pouvoir juridictionnel : 456, 462, 465-467

Préjudice : 28, 34, 51, 53, 55-56, 80, 90, 97, 113, 198, 225, 231-233, 245, 251, 257, 267-269, 274-276, 278, 287, 293-294, 296, 300-301, 318, 342-343, 372, 407, 411, 430, 432, 435, 437, 450, 462, 481, 484, 491, 501, 560, 563, 594

Préjudice climatique : 80

Préjudice d'anxiété : 231, 298

Préjudice écologique : 34, 225, 231-233, 564

Présomption de causalité : 453

Preuve : 27-28, 51, 55, 81, 88-90, 119-120, 140, 150, 158, 162, 202, 224, 245, 253, 274, 278, 295-296, 302, 353, 370-371, 386, 427, 437-438, 447, 451, 453, 457, 462, 471-472, 494-495, 500, 517, 520, 537, 540, 593-594

Principe 21 : 217, 220

Principe de contribution à la dette : 450

Principe de précaution : 86-87, 138, 178, 189, 219, 310, 325, 326, 339, 402, 404, 518, 520, 528

Principe de prévention : 179

Principe d'équité intergénérationnelle : 136, 138-139, 163

Principe de réparation intégrale du dommage : 453

Principe de solidarité intergénérationnelle : 354

Principe non écrit : 208

Principes directeurs : 519

Procès climatiques : 18-20, 25, 30, 33, 36, 38, 114, 138-139, 223-224, 240, 246, 282-283, 285-286, 292, 335, 338-339, 345, 501, 539, 591-593, 595, 598-599

Projets climaticides : 229, 366, 373, 380, 390

Propriété : 34, 51, 53, 65-66, 116, 138-139, 159-160, 194, 253, 256, 264, 270- 271, 293, 309-310, 335, 337, 341-342, 397, 446, 448-449, 451, 458, 476-477, 593

Protection de l'air : 48-49, 52, 57-59, 416, 424, 429

Protection juridictionnelle effective : 95, 197, 208, 220

Protocole de Kyoto : 25, 64, 69, 83, 85, 94, 101, 141-143, 146, 208, 232, 238, 241, 259, 338, 343, 393, 396, 525

Prudence : 88, 95, 107, 117, 136, 462-463, 465, 479

Public nuisance : 31, 440

Public trust : 95, 115-116, 136, 138- 140, 318, 494

Puits de carbone : 131, 133, 154, 183, 195, 205, 286

Q

Question politique : 124, 208, 274, 277-278, 403, 415, 480, 594, 598

R

Rapport Heede : 29, 448, 469, 471, 517, 540, 551, 594

Recevabilité : 31, 50-51, 55, 64, 68, 81, 132, 174, 179, 194, 195, 199-200, 202, 205, 248, 252-253, 265, 266, 268, 273-274, 278, 294, 299-300, 302, 432-434, 436, 438, 440-441, 447-448, 456, 478, 480, 482, 521, 529, 594

Recours contre l'État : 29, 545

Recours en annulation : 26, 187, 194, 197-198, 202, 394, 398

Refus de réglementer : 57, 59, 60, 413

Relation causale : 53

Remède en équité : 55-56

Réparation : 27, 34, 55, 69, 76, 83, 90, 96-97, 116, 184, 197-198, 225, 231, 233, 236, 257, 272, 274-276, 278, 290, 309-310, 407, 422-423, 425, 440, 448-450, 453, 464, 465, 472, 475, 477, 483, 489, 491, 496, 500, 545, 560, 597

Réparation partielle du dommage : 453

Res communes : 116

Résilience climatique : 470, 473, 475, 488, 492

Responsabilité : 19, 21, 23, 33-34, 57, 65, 75-76, 78, 81-86, 90-91, 93-95, 99, 100, 106-107, 109, 115, 119-122, 126, 162-163, 188-189, 194, 198, 202, 212, 217, 218, 220, 223, 226, 231, 243, 248, 253, 257, 269, 276, 277, 334, 338, 342-344, 354, 357, 396, 407, 411, 413- 416, 420, 426, 429, 434-435, 446-447, 449-456, 463, 467, 471-472, 474, 476-477, 480-482, 484, 489-490, 492-494, 496-498, 501, 508, 510, 516, 518-519, 521, 523, 530, 537, 540, 542, 545, 554, 558-559, 561, 571, 574, 576, 590, 593, 595-596, 598

Responsabilité civile : 83-85, 93-94, 100, 243, 446, 447, 453-455, 476, 481-482, 494

Responsabilité de l'État : 19, 21, 76, 78, 86, 95, 99, 115, 119, 121-122, 212, 217-218, 220, 226, 257, 455

Responsabilité délictuelle : 413, 414, 429

Responsabilité des entreprises : 452, 456, 463, 510, 518, 519, 523, 595

Responsabilité internationale : 76, 90, 162, 396

Risques : 48, 50, 54, 57, 58, 59, 93, 94, 106, 132, 178, 185, 189, 198, 212, 215, 216, 231, 294, 296, 313, 314, 324, 335, 339, 344, 349, 352, 353, 367, 419, 421, 423, 425, 458, 463, 478, 480, 519, 544, 548, 553, 555, 556, 558, 561, 564, 573, 592, 598

Rôle du juge : 109, 189, 212, 561

S

Sabin Center for Climate Change Law : 18, 20, 22, 223, 317

Santé : 48-49, 56, 58-60, 64-66, 80, 99, 118, 125, 130, 133, 155, 176, 178-179, 194, 197, 201-202, 205, 225, 227, 239, 252, 267, 276, 281, 284, 287, 292-293, 296-297, 308, 310, 314, 316, 324, 326, 338, 344, 350, 352, 354, 394, 397, 458, 461, 493, 514, 528, 552

Santé-environnement : 225

Santé publique : 133, 205, 326

Science : 49, 93, 98, 106, 119, 120, 133, 149, 212, 217, 220, 259, 268, 370, 399, 474-475, 501, 540, 592, 599

Scope : 546

Secteur bancaire : 525, 534

Sécurité : 65, 66, 110, 114, 118, 120-121, 235, 239-240, 242, 267, 271, 362, 367-368, 472-473, 476, 491, 496, 500, 515, 528, 546, 552

Sécurité énergétique : 362, 367-368

Séparation des pouvoirs : 30, 32, 45, 47, 88, 97, 107, 122, 124, 125, 171, 219, 238, 241-242, 246, 249, 253, 265-266, 276, 351-352, 396, 420, 465-466, 478-480, 561, 594

Société civile : 25, 33-34, 36, 91, 154, 166, 167, 210, 223, 321, 351, 507, 508, 549

Soft law : 29, 106, 159, 211, 217, 336, 339, 527, 530, 531

Solidarité : 116, 155, 162, 354, 597

Solidarité d'équité intergénérationnelle : 155

Souveraineté : 21, 47, 50, 157, 242, 271, 273, 462, 478-479, 489, 495, 499

Standard de comportement : 209, 211, 542, 545

Stratégie « des petits pas » : 54

Sujet de droit : 164, 308

T

Théorie de la causalité adéquate : 453
Théorie de l'équivalence des conditions : 453
Tierce intervention : 30
Tort de nuisance publique : 419-420, 422, 428-429
Tort law : 209, 414, 455, 475-476, 478, 482-484
Transcanada : 361-366
Tribunaux suisses : 180-181

U

Urgence climatique : 18, 24, 28-29, 33-35, 118, 156, 191, 224, 281, 288, 301, 470, 493, 551, 567, 571, 576, 579

V

Valeur intrinsèque de la nature : 163
Victime : 19, 27, 32, 50, 78-80, 83, 90, 180, 211, 244, 287, 290, 292, 296, 302, 446, 450, 453, 490, 492, 499, 542, 545, 548, 594-595
Victime climatique : 290, 302, 490, 492
Vigilance : 225, 230, 233, 309, 391, 518, 542, 546, 548, 551-557, 560, 562, 564, 576
Violation de domicile : 581
Vulnérabilité territoriale : 470, 472
Vulnérables : 26, 63, 109-110, 113-114, 118, 129, 131, 133, 136, 141, 144, 155, 157, 176, 185, 266, 278, 290, 291, 312-313, 315, 414, 443, 473, 490, 500, 512, 522

Z

Zone d'aménagement concerté : 380

Table des affaires citées

I. Jugements, décisions, recours nationaux ... 628
Afrique du Sud ... 628
Allemagne ... 628
Australie ... 628
Autriche ... 629
Belgique ... 629
Canada ... 629
Colombie ... 630
États-Unis ... 630
France ... 633
Inde ... 635
Nouvelle-Zélande ... 635
Norvège ... 635
Ouganda ... 635
Pakistan ... 635
Pays-Bas ... 636
Royaume-Uni ... 636
Suède ... 637
Suisse ... 637

II. Jugements, décisions, constatations, avis régionaux et internationaux, pétitions et communications ... 637
Comités onusiens (Communications et Constatations) ... 637
Cour et Commission interaméricaine des droits de l'Homme (Avis et Pétitions) ... 638
Cour européenne des droits de l'Homme ... 638
Union européenne ... 639
Déclaration des Points de Contact Nationaux ... 640

I. Jugements, décisions, recours nationaux

Afrique du Sud

- Constitutional Court of South Africa, *Fuel Retailers Association of Southern Africa c. Director-General : Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province*, 2007.
- High Court of South Africa, *Earthlife Africa Johannesburg c. Minister of environmental affairs et autres*, 8 mars 2017, Case number 65662/16, http://climatecasechart.com/non-us-case/4463/
- High Court of South Africa, Petition 4 août 2017, Case n°54087/17, *Trustees for the Time being of Groundwork c. Minister of environmental affairs, KiPower (Pty) Ltd, et autres*
- High Court of South Africa, Petition 5 septembre 2017, Case n°61561/17, *Trustees for the Time being of Groundwork c. Minister of environmental affairs, ACWA Power Khanyisa thermal power station RF (Pty) Ltd et autres.*
- High Court of South Africa, *Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign, et al. c. MEC for Local Government, Environmental Affairs et Development Planning: Western Cape, et al,* 17 février 2020, Case No: 16779/17.

Allemagne

- Requête déposée devant la Cour constitutionnelle fédérale du 12 février 2020 : https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/Klimaklage%202020%20-%20Verfassungsbeschwerde_online.pdf .
- Tribunal administratif de Berlin, jugement de la 10ème chambre du 31 octobre 2019, *Agriculteurs Bio & Greenpeace c. Allemagne*, (VG 10 K 412.18), mémoire des requérants : https://www.greenpeace.de/presse/publikationen/klageschrift-klimaklage?_ga=2.104614272.1408258386.1585135673-1612331908.1572015113 .
- Requête de BUND et co. (Amis de la terre allemagne) devant la Cour constitutionnelle fédérale, 2018 : https://klimaklage.com/wp-content/uploads/2019/04/Klageschrift.-Stand-Nov.-2018-2.pdf
- Cour d'Appel de Hambourg, 30 novembre 2017, *Saul Lliuya c. RWE*, AG 11-5 U 15/17 2 0 285/15, https://germanwatch.org/de/14198.
- Cour régionale d'Essen, 15 décembre 2016, *Saul Lliuya c. RWE*, , AZ. 2 O 285/15.

Australie

- Tribunal des affaires foncières et environnementales de l'État de Nouvelle-Galles du Sud, 8 févr. 2019, *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning*, http://climatecasechart.com/non-us-case/gloucester-resources-limited-v-minister-for-planning/ .

Autriche

- Tribunal administratif fédéral autrichien, 2 février 2017, *Vienna-Schwechat Airport Expansion*, n°W109 2000179-1/291E.
- Cour constitutionnelle autrichienne, 29 juin 2017, *Vienna Schwechat Airport expansion*, n° E 875/2017-32, E 886/2017-31, http://climatecasechart.com/non-us-case/in-re-vienna-schwachat-airport-expansion/

Belgique

- Tribunal de première instance de Bruxelles, *VZW Klimaatzaak c. Kingdom of Belgium et al.*, 2015, https://affaire-climat.be/fr/the-case.

Canada

- *Ami(e)s de la Terre c. Canada (gouverneur en conseil)*, 2008 CF 1183.
- *Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique c. Volkswagen Group Canada Inc.*, 2018 QCCS 174.
- *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 RCS 3.
- *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 RCS 44.
- *Carrier c. Québec (Procureur général)*, 2011 QCCA 1231.
- *Doucet-Bourdreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 RCS 3.
- *ENvironnement JEUnesse c. Procureur General du Canada*, 26 nov. 2018
- *ENvironnement JEUnesse c. Procureur General du Canada,* Cour supérieure du Québec, 11 juil. 2019, QCCS 2885.
- *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3.
- *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429.
- *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130.
- *Hinse c. Canada (Procureur général*), [2015] 2 RCS 621.
- *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs,* [2013] 3 RCS 600.
- *La Rose et al. c. Her Majesty the Queen in right of Canada and the Attorney General of Canada*, Statement of claim to the defendants, 25 octobre 2019.
- *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302.
- *Syncrude Canada Ltd c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 776.
- *Syncrude Canada Ltd c. Canada (Procureur général)*, 2016 CFA 160.
- *Turp c. Canada (Justice)*, 2012 CF 893.

- *Volkswagen Group Canada Inc. c. Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique*, 2018 QCCA 1034.
- *Volkswagen Group Canada Inc. c. Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique*, 2019 CSC 53.
- *Western Canada Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 RCS 534.

Colombie

- Cour constitutionnelle de Colombie, Affaire des « Paramos », décision C-035, 2016.
- Cour suprême de Justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al.*, 5 avril 2018, STC 4360-2018, n° 11001-22-03-000-2018-00319-01, (affaire Jeunes c. Colombie)
- Requête, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République de la Colombie et al.*, 29 janvier 2018, (affaire Jeunes c. Colombie).
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République de la Colombie et al.*, 12 février 2018, n° 110012203-000-2018-00319-00.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République de la Colombie et al.*, décision de suivi, 22 août 2019, n° 110012203-000-2018-00319-00.

États-Unis

- *American Electric Power Company c. Connecticut,* 564 U.S. 410 (2011), en ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/410/
- *Alfred L. Snapp & Son, Inc. c. Puerto Rico ex rel. Barez,* 458 U.S. 592, 102 S. Ct. 3260, 73 L. Ed. 2d 995, (1982).
- *American Electric Power Company c. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011).
- *Association of Data Processing Serv. Orgs., Inc. c. Camp*, *397 U.S. 150;* 90 S. Ct. 827, 25 L. Ed. 2d 184, *(1970).*
- *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186, 198 (1962), en ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/
- *Bulova Watch Co. c. Stolzberg*, 69 F. Supp. 543 (D. Mass. 1947).
- *California c. General Motors corp.*, C06-05755 N.D. Cal. (2007).
- *Chevron USA Inc. c. NRDC Inc.,* 467 U.S. 837 ; 104 S. Ct. 2778 ; 81 L.Ed. 2d 694, (1984)*City of Imperial Beach c. Chevron Corp.*, et al., No. 17-cv-4934 (N.D. Cal.2018)
- *City of Marin c. Chevron Corp.*, et al., No. 17-cv-4935 (N.D. Cal.); Cty. of Santa Cruz c. Chevron Corp., et al., No. 18-cv-450 (N.D. Cal.2018).
- *City of Milwaukee c. Illinois*, 451 U.S. 304, 316 (1981).

- *City of New York c. BP P.L.C. et al*, No. 1:18-cv-00182, (S.D. N.Y., July 19th 2018).
- *City of Oakland and People of the State of California c. BP p. l. c., et. al.*, No. 3:17-cv-06011, (N.D. Cal. June 25th, 2018).
- *City of Richmond c. Chevron Corp.,* et al., No. 18-cv-732 (N.D. Cal.2018).
- *City of San Mateo c. Chevron Corp.*, et al., No. 17-cv-4929 (N.D. Cal. 2018).
- *City of Santa Cruz c. Chevron Corp.*, et al., No. 18-cv-458 (N.D. Cal.2018).
- *Comer c. Murphy Oil USA*, CV 05-0436 US (Supreme Court Order, 2011), http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2010/20101026_docket-10-294-_petition.pdf
- *Comer c. Murphy Oil USA,* US District Court for the Southern District of Mississippi, civil action no. 1:05-CV-436-LG-RHW (2007), http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2007/20070830_docket-105-cv-00436_order.pdf
- *Comer c. Murphy Oil*, Court of Appeals, fifth circuit, n°12-60291 (2013), http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2013/20130514_docket-12-60291_opinion.pdf
- *Comer c. Murphy Oil*, n°12-60291, Court of Appeals, fifth circuit (2009), http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2009/20091016_docket-07-60756_opinion.pdf
- *Connecticut c. American Electric Power Company*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009), https://casetext.com/case/connecticut-v-american-electric-power
- *County of Santa Clara c. Atlantic Richfield Co.*, 40 Cal. Rptr. 3d 313, 324-25, 328 (Ct. App. 2006).
- *Erie Railroad Corporation. c. Tompkins,* 304 U.S. 64; 58 S.Ct. 817; 82 L.Ed. 1188, (1938).
- *Exxon Shipping Co. c. Baker*, 554 U.S. 471 (2008).
- *FCC c. Fox Television Stations, inc.*, US Supreme Court, 28 avril 2009, n°07-582.
- *Franklin c.Massachusetts*, US Supême Court, 21 avril 1991, 505 US.788.
- *Friends of Yosemite valley c. Kempthorne*, 9th Circuit Court of Appeals, 27 mars 2008, n°17-17432.
- *Geer c. Connecticut*, 161 U.S. 519, 523-25 (1896), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/161/519/
- *Georgia c. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230; 27 *S. Ct.* 618; 51 L. Ed. 1038, (1907).
- *Heckler c. Chaney,* 470 U.S. 821 ; 105 S. Ct. 1649; 84 L. Ed. 2d 714, (1985).
- *Her Majesty the Queen in Right c. City of Detroit*, 874 F.2d 332, 343 (6th Cir. 1989).
- *IEN c. US Department of State*, US District Court for the disctict of Montana, 15 août 2018, 417cv0009.
- *IEN c. US Department of State*, US district Court for the district of Montana, 11 novembre 2018, 417cv00031.

- *IEN c.US Department of State*, 9th Circuit Court of Appeals, 21 février 2019, n°18-36068.
- *IEN c.US Department of State*, 9th Circuit Court of Appeals, 8 avril 2019, n°18-36068.
- *IEN c.US Department of State*, US district Court for the district of Montana, 15 février 2019, 417cv00029.
- *Illinois Central Railroad c. Illinois,* 146 U.S. 387, 455 (1892), en ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/146/387/
- *Illinois c. City of Milwaukee*, 406 U.S. 91, 107 n.9 (1972), (« Milwaukee I »).
- *Illinois c. Milwaukee,* 406 U.S. 91; 92 S.Ct. 1385; 31 L.Ed.2d 712, (1972) (*Milwaukee I*).
- *Jesner c. Arab Bank PLC*, 584 U.S. Ct. 1403 (2018).
- *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, (9th Cir. 2020), http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2020/20200117_docket-18-36082_opinion.pdf
- *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC, 2016 WL 6661146 (D. Or. Noc. 10, 2016), https://biotech.law.lsu.edu/cases/environment/Juliana.htm
- *Juliana et al. c. The United States of America et al.*, Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, filed on 12 août, 2015.
- *King City. c. BP P.L.C., et al.*, No. 18-2-11859-0 (Sup. 28Ct. King Cty., Wash. 2018).
- *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.,* 569 U.S. at 115–16 (2013).
- *Lujan c. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992).
- *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/
- *Massachusetts contre EPA*, 2 avril 2007, Cour suprême des États-Unis, 549 U.S. 497 (2007). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/497/
- *Mayor and City Council of Baltimore c. BP P.L.C.,* et al., No. ELH-18-2357 at 1 (D. Md. June 10, 2019).
- *Michigan c. U.S. Army Corps of Eng'rs*, 667 F.3d 765, 772 (7th Cir. 2011).
- *Milwaukee c. Illinois,* 451 U.S. 304; 101 S.Ct. 1784; 68 L.Ed.2d 114, (1981) (*Milwaukee II*).
- *Missouri c. Illinois,* 180 U.S. 208 ; 21 S.Ct. 331 ; 45 L.Ed. 497, (1901).
- *Morrison c. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869, 2877 (2010).
- *Motor Veh. Mfrs. Ass'n c. State Farm Ins.,* US Supreme Court, 24 juin 1983, n°82-354.
- *National Soc'y of Prof. Engineers c. United States*, 435 U.S. 679; 98 S.Ct. 1355; 5 L.Ed.2d 637, (1978).
- *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corp.*, 696 F.3d 849, 9 855 (9th Cir. 2012), http://climatecasechart.com/case/native-village-of-kivalina-v-exxonmobil-corp/
- *New Jersey c. City of New York,* 283 U.S. 473; 51 S.Ct. 519; 75 L.Ed. 1176, (1931).

- *Obergefell c. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf
- O*etjen c. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918).
- *Pecheur Lozengre Co. c. National Candy Co.*, 315 U.S. 666 ; 62 S.Ct. 853, 86 L. Ed. 1103 (1942).
- *People of the State of California c. General Motors et. al.*, No. C06-05755 MJJ, (N.D. Cal. Sept. 17th 2007).
- *Pilot Life Ins. Co. c. Dedeaux*, 481 U.S. 41; 107 S. Ct. 1549; 95 L. Ed. 2d 39, (1987).
- *Rhode Island c. Chevron Corp. & al.*, 1:18-cv-00395, 2019, http://climatecasechart.com/case/rhode-island-v-chevron-corp/.
- *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. (2004).
- *Swift c. Tyson*, 41 U.S. 1, 10 L. Ed. 865, 16 Pet. 1, (1842).
- *Texas c. Pankey,* 441 F.2d 236 (10th Cir. 1971).
- *Textile Workers Union c. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448; 77 S. Ct. 912; 1 L. Ed. 2d 972, (1957)
- *Thomson c. Heineman, District Court of Lancaster county*, 19 février 2014, n° CI 12-2060,.
- *TransCanada corporation c. The Government of United States.* Notice of intent to submit a claim to arbitration under chapter 11 of the North American free trade agreement, 6 janvier 2016 *TransCanada keystone pipeline LP c. Beebe*, US District Court of Wood county Texas, 25 janvier 2013, 2012-605.
- *United States c. Aluminum co. of America et al.* Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 144. March 12, 1945.
- *Washington Environmental Council c. Bellon*, 732 F. 3d 1131 (9th Cir. 2013), https://casetext.com/case/wash-envtl-council-v-bellon-2
- *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky c. Clinton*, 132 S. Ct. 1421, 1425 (2012)

France

- CE, 20 janvier 1950, *Commune de Tignes*, Rec. 46.
- CE, Ass., 24 nov. 1961, *Consorts Letisserand*, nº 48841, suivant l'arrêt Cass. Civ., 13 fév. 1923.
- CE, 12 juil. 1969, *Ville Saint-Quentin*, Lebon p. 383
- CE, Ass., 3 mars 1978, *Veuve Müesser*, nº 94827.
- CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c. Consorts Botella*, n° 241152, Lebon p. 125.
- CE, Sect., 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, nº 252169.
- CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110.
- CE, 14 sept. 2011, *M. R.*, n° 348394, Lebon.
- CE, 30 mars 2015, *ASPAS*, nº 375144, rec. Lebon, concl. X. de Lesquen.

- CE, 27 juil. 2015, *Baey*, nº 367484, Lebon p. 285.
- CE, 9 nov. 2016, *Mme B.*, nº 393108.
- CE, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n°394254.
- CE, 31 mars 2017, *Société Commercialisation décharge et travaux publics*, nº 403297.
- CE, 18 mars 2019, *SCI des Cèdres*, nº 411462.
- CAA de Nancy, 21 juin 2007, *Commune de Heidwiller*, n°06NC00102.
- CAA de Nantes, 25 mars 2008, nº 07NT01586.
- CAA de Nantes, 1er déc. 2009, *Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*, n° 07NT03775.
- CAA de Versailles, 11 juillet 2019, n°18VE01634-18VE01635-18VE02055, Ministre de la Cohésion des Territoires c/ France nature environnement et le Collectif pour le triangle de Gonesse *et al.*, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000039095917&fastReqId=1702941915&fastPos=1
- Cons. const., 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre*, déc. n° 2011-116 QPC.
- Cons. const., 31 janv. 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, déc. nº 2019-823 QPC.
- TA de Cergy Pontoise, 6 mars 2018, n°1610910 et 1702621, Collectif pour le triangle de Gonesse et a., http://cergy-pontoise.tribunal-administratif.fr/A-savoir/Communiques/Annulation-de-l-arrete-creant-la-ZAC-dite-du-Triangle-de-Gonesse.
- TA de Cergy Pontoise, 12 mars 2019, n°1711065, n°1801772 et 1801788, France Nature Environnement et autres, http://cergy-pontoise.tribunal-administratif.fr/A-savoir/Conclusions-des-Rapporteurs-publics/Urbanisme
- TA de Montreuil, 25 juin 2019*, Mme Farida T.,* n°1802202.
- TA de Paris, 4 juil. 2019, *Mme N, Mme B., M. G.* nos 1709333, 1810251, 1814405.
- TA de Montreuil, 15 novembre 2019, n°1902037, France Nature Environnement Île-de-France et autres, http://montreuil.tribunal-administratif.fr/content/download/166533/1673258/version/1/file/1902037.pdf
- Cass. Civ. 1re 23 septembre 2003, n° 01-13.063.
- Cass. Civ. 3e 30 juin 2004, n° 03-11.562, Bull. civ. III n° 140.
- Cass. Civ. 1re, 22 mai 2008 (5 arrêts).
- Cass. crim., 25 sept. 2012, nº 10.82.938, Bull nº 198.
- Cass. Civ. 1re 29 mai 2013, n°12-20.903.
- Cass. Civ. 1re, 10 juillet 2013, n°12-21.314.
- Cass. Civ. 3e 14 janvier 2014, n° 12-29.017.
- Cour d'appel de Lyon, 4e chambre, 14 janvier 2020, nº 19/02101 [3 juges].
- Tribunal judiciaire, 28 janvier 2020, *Notre Affaire à Tous et autres c. Total*, (assignation).

- TGI de Paris, 16 octobre 2019, 12e chambre correctionnelle, n° 19066000252 [1 juge].
- TGI de Lyon, 7e chambre correctionnelle, 16 septembre 2019, n° 19168000015 [1 juge] https://de.scribd.com/document/426105766/Jugement-decrocheur-Lyon-16-fevrier-2019.
- TGI de Bourg-en-Bresse, chambre correctionnelle 12 juin 2019, n° 190109000039 [3 juges].

Inde

- National Green Tribunal, *Ridhima Pandey c. Union of India & Ors.,* 15 janvier 2019, Hearing.
- National Green Tribunal, Application No. 187/2017, *Ridhima Pandey c. Union of India & Ors.*
- National Green Tribunal, *Court on its own Motion c. State of Himachal Pradesh & Ors*, 2014, Application No. 237 (THC)/2013 (CWPIL n°15 of 2010) [en ligne] https://indiankanoon.org/doc/82959019/.
- Supreme Court, *M.C. Mehta c. Union of India*, 2004.
- Supreme Court of India, *M.C. Mehta vs Kamal Nath & Ors,* 13 december 1996.
- Supreme Court, *Subhash Kumar c. State of Bihar*, 1991.

Nouvelle-Zélande

- *Thompson c. Minister for Climate Change Issues* [2017] NZHC 733.

Norvège

- Borgarting lagmannsrett, *Föreningen Greenpeace Norden & Nature of Ungdom vs Staten ved Oljeog energidepartementet*, 18-060499ASD-BORG/03, 23 janvier 2020.
- Oslo Tingrett, *Föreningen Greenpeace Norden & Nature of Ungdom vs Staten ved Oljeog energidepartementet*, 16-166674TVI-OTIR/06, 4 janvier 2018.

Ouganda

- High Court of Uganda Holden, *Mbabazi et autres c. Attorney General et National environmental management authority*, 2012, suit n° 283.

Pakistan

- Lahore High Court, Green Bench, *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan*, Order, 4 septembre 2015 W.P. No. 25501/2015. http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/
- Lahore High Court, Judicial Department, 25 janvier 2018, *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan*, W.P. No. 25501/2015.

- Supreme Court, *Rabab Ali c. The federation of Pakistan et al.*, filed on 5 April 2016.

Pays-Bas

- *Ervan Cijsouw/De Schelde*, Cour suprême des Pays Bas, 2 Octobre 1998, II, ECLI:NL:1998:ZC2721.
- *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell plc*, avril 2019.
- *The Kelderluik ruling*, Cour Suprême des Pays Bas, 5 Novembre 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079.
- *Urgenda c. Pays-Bas*, Cour suprême des Pays-Bas, décision du 20 décembre 2019, C/09/456689/ HA ZA 19/00135. (http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/
- *Pays-Bas c. Urgenda*, Cour d'Appel de La Haye, décision du 9 octobre 2018, C/09/456689/ HA ZA 13-1396.
- *Urgenda c. Pays-Bas*, Cour de District de La Haye, décision du 24 juin 2015, C/09/456689 HA ZA 13-1396 Pérou
- Requête, *Saúl Amaru Álvarez Cantoral et al. c. c. Présidence de la République du Pérou et al.*, 10 décembre 2019 Philippines
- *Agriculture c. Greenpeace Southeast Asia (Philippines) et al.*, Supreme Court Decision, Décembre 2015.
- *Cariño c. Commission for Human Rights,* 1991.
- *Greenpeace Southeast Asia and Others, Petition to the Commission on Human Rights of the Philippines Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change,* december 2015, Case No. CHR-NI-2016-0001 : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150512_Case-No.-CHR-NI-2016-0001_petition.pdf et https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/
- *Oposa c. Factoran*, juillet 1993.

Royaume-Uni

- Court of Justice Strand London, 20 juillet 2018, *Plan B c. Secretary of State for Bussiness*, Energy and Industrial Strategy and The Committee for Climate Change, Royal, audition du 4 juillet 2018, EWHC 1892 n° CO/16/2018.
- High Court of Justice, Division Administrative Court, (Tribunal divisionnaire), 1er mai 2019, [2019] EWHC 1070b (https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2019/1070.html).
- Cour d'appel, 27 février 2020, n°C1/2019/1053, [2020] EWCA Civ 214 (https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/214.html).

Suède

- *PUSH Sweden, Fältbiologerna et al. c. le Gouvernement de la Suède*, Requête du 15 septembre 2016.
- *PUSH Sweden, Fältbiologerna et al. c. le Gouvernement de la Suède*, Décision de la Cour de District de Stockholm (Stockolms Tingsrätt) dom 30 juin 2017, i mål nr T 11594-16 m.fl.
- *PUSH Sweden, Fältbiologerna et al. c. le Gouvernement de la Suède*, Décision de la Cour d'Appel (Svea Hovrätt) dom 23 janvier 2018, i mål nr T 7261-17.

Suisse

- Requête de *l'Union of Swiss Senior Women for Climate Protection c. Swiss Federal Council*, 2015.
- Tribunal administratif fédéral, 27 novembre 2018, A-2992/2017.
- Tribunal de police de Lausanne, 20 janvier 2020, PE19.000742/PCL.
- Tribunal fédéral, 11 avril 2006, ATF 132 II 305.
- Tribunal fédéral, 11 avril 2014, ATF 140 II 315.
- Tribunal fédéral, 11 avril 2014, ATF 140 II 315.
- Tribunal fédéral, 23 février 2004, 1A.115/2003.
- Tribunal fédéral, 25 septembre 2002, ATF 129 IV 6.

II. Jugements, décisions, constatations, avis régionaux et internationaux, pétitions et communications

Comités onusiens (Communications et Constatations)

- *Joane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, Constatation du CDH, 7 janvier 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, consultable : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F127%2FD%2F2728%2F2016&Lang=en
- *Chiara Sacchi et al. c. Argentine, Brésil, France Allemagne*, Turquie, Communication, Comité des droits de l'enfant, 23 septembre 2019, https://earthjustice.org/sites/default/files/files/2019.09.23%20CRC%20communication%20Sacchi%20et%20al%20v.%20Argentina%20et%20al_0.pdf
- *Sara c. Finland*, Communication n° 431/1990, 50th Sess., U.N. Doc. CCPR/C/50/D/431/1990 decided Mar. 24, 1994, http://www.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec431.htm
- *Jouni E. Lansman c. Finland*, Communication n° 671/1995, U.N. CCPR Human Rights Committee, 58th Sess., U.N. Doc. CCPRIC/58ID/671/1995 (1996) http://www.unhchr.ch/htmlmenu2/8/oppro/vws671.htm
- *Noel Narvii Tauira c. France*, Communication, Application n° 28204/95, 1995.
- *Ilmari Länsman et consorts c. Finlande*, CDH, Communication n° 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994). http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/511-1992.html

- *Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada*, CDH, Communication n° 167/1984, décision du 26 mars 1990, rapport annuel du CDH (A/45/40), vol. II.
- *E.W. et consorts c. Pays-Bas*, Communication n° 429/1990, Constatation du 8 avril 1993.
- *André Brun c. France,* n°1453/2006, Communication UN Doc. CCPR/C/88/D/1453, 2006, http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/1453-2006.html
- *E.H.P. c. Canada,* CDH, Communication n° 67/1980, CCPR/C/OP/2.
- *Francis Hopu and Tepoaitu Bessert c. France*, CDH, Communication n° 549/1993, UN Doc. CCPR/C/60D/549/1993/Rev/1, 29 Dec. 1997.
- *Portillo Caceres c. Paraguay*, CDH, Communication n° 2751/2016, CCPR/C/126/D/2751/2016, 20 septembre 2019 (Constatation).
- *Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band c. Canada*, CDH, Communication n° 167/1984.
- Îles du Détroit de Torrès, Communication, CDH, mai 2019, n° 3624/2019.
- *Bordes et al. c. France*, Communication, CDH, n° 645/1995, 22 juillet 1996.

Cour et Commission interaméricaine des droits de l'Homme (Avis et Pétitions)

- Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Avis consultatif OC-23/17 du 15 novembre 2017 sur l'environnement et les droits de l'Homme.
- Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada, 2013, (http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2013/20130423_5082_petition.pdf)
- Petition to the Inter American Commission on Human Rights seeking relief from violations resulting from global warming caused by acts and omissions of the United States, submitted by Sheila Watt-Cloutier, with the support of the Inuit Circumpolar Conference, on behalf of all Inuit of the Arctic regions of the United States, et al. ,12 August 2005, (http://climatecasechart.com/non-us-case/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-seeking-relief-from-violations-resulting-from-global-warming-caused-by-acts-and-omissions-of-the-united-states/)

Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, 17 octobre 1986, n° 9532/81 (Rees).
- CEDH, 7 juillet 1989, n° 14038/88 (Soer/Royaume-Uni).
- CEDH, 26 août 1997, n° 22110/93, (Balmer-Schafroth c. Suisse).
- CEDH, 28 mars 2000, n° 22492/93 (Kiliç/Turquie).

- CEDH, 6 avril 2000, n° 27644/95, (Athanassoglou c. Suisse).
- CEDH, du 26 octobre 2000, n° 30210/96 (Kudla/Pologne).
- CEDH, 10 novembre 2004, n° 46117/99 (Taşkin et autres c. Turquie).
- CEDH, 30 novembre 2004, n° 48939/99 (Öneryildiz/Turquie).
- CEDH, 9 juin 2005, n° 55723/00 (Fadeyeva/Russie).
- CEDH, 9 juin 2005, n° 9718/03 (Stoicescu/Roumanie).
- CEDH, 12 juin 2007, n° 75218/01 (Collectif Stop Melox et Mox c. France).
- CEDH, 20 mars 2008, n° 15339/02 (Budayeva et autres c. Russie).
- CEDH, 12 novembre 2008, n° 34503/97 (Demir et Baykara/Turquie).
- CEDH, 27 janvier 2009, n° 67021/01 (Tătar/Roumanie).
- CEDH, du 20 mai 2010, n° 61260/08 (Oluić/Croatie).
- CEDH, 2 décembre 2010, n° 12853/03 (Atanasov c. Bulgaria).
- CEDH, 10 février 2011, n° 30499/03 (Dubetska et autres /Ukraine).
- CEDH, 26 juillet 2011, n° 9718/03 (Stoicescu/Roumanie).
- CEDH, 10 janvier 2012, n° 30765/08 (Di Sarno et autres c. Italie).
- CEDH, 12 janvier 2012, n° 36146/05 (Gorovenky et Bugara/Ukraine).
- CEDH, 28 février 2012, n° 17423/05 (Kolyadenko et autres c. Russie).
- CEDH, 12 septembre 2012, n° 10593/08 (Nada/Suisse).
- CEDH, 17 juillet 2014, n° 47848/08 (Valentin Câmpeanu/Roumanie).
- CEDH, 24 juillet 2014, no 60908/11 (Brincat et autres/Malte).
- CEDH, 15 janvier 2015, n° 62198/11 (Kuppinger/Allemagne).
- CEDH, 27 janvier 2015, n° 36925/10 (Neshkov et autres/Bulgarie).
- CEDH, 13 avril 2017, n° 26562/07 (Tagayeva et autres c. Russie).
- CEDH, 13 juillet 2017, n° 38342/05 (Jugheli et autres /Géorgie).
- CEDH, 24 janvier 2019, n° 54414/13 (Cordella et autres c. Italie).
- CEDH, 31 octobre 2019, n° 21613/16 (Ulemek/Croatie).

Union européenne

- Tribunal UE (deuxième chambre), ordonnance du 8 mai 2019, *Armando Carvalho e.a. contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire T-330/18.
- Pourvoi *Carvalho e.a. / Parlement et Conseil*, Affaire C-565/19 P.
- Recours introduit le 4 mars 2019 – *Sabo e.a./Parlement et Conseil*, Affaire T-141/19.
- CJUE, 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip e.a,* C72/12, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-72/12&language=FR

- CJUE, 15 octobre 2015, *Commission Européenne contre République Fédérale d'Allemagne*, C-137/14, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-137/14
- CJUE, 28 février 2008, *Paul Abraham e.a./Région Wallonne*, C-2/07, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-2/07 CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15.

Déclaration des Points de Contact Nationaux

- PCN néerlandais, affaire ABP/APG - SOMO/Bothends, final statement, 6 janvier 2015, OCDE, http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/nl0023.htm

Références bibliographiques sélectives

I. Sitographie

Base de données des affaires climatiques *Sabin Center for Climate Change Law* : http://climatecasechart.com/

Blog du *Sabin Center for Climate Change Law* : http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/

Climate Justice : http://www.climatelaw.org/cases

Grantham Institute : http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/climate-change-laws-of-the-world/.

Site de presse dédié aux affaires : https://www.climateliabilitynews.org/

Pages dédiées aux affaires climatiques (résumé en Français des affaires) sur le site de *Notre affaire à tous* : https://notreaffaireatous.org/fiches-darrets-des-cas-de-la-newsletter-des-affaires-climatiques/?utm_source=sendinblue&utm_campaign=La_newsletter_des_affaires_climatiques_n6_!&utm_medium=email

II. Ouvrages, articles académiques, rapports et autres documents

Amaya Navas O. D., *La Constitución ecológica de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3e éd., 2016.

Auz J., « Human Rights Dimensions in Climate Change : Synergies and Caveats », *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador,* 2017, n° 1.

Arbour J.-M., « L'impossible défi canadien : lutter efficacement contre les changements climatiques, exporter davantage de pétrole, respecter les compétences constitutionnelles des provinces », *Revue juridique de l'environnement*, 2017, n° spécial, 2017, p. 75-103.

Averill M., « Climate Litigation: Ethical Implications and Societal Impacts », *Denver University Law Review,* 2008, vol. 85 n° 4. p. 899 et s.

Bacache M., « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 8-9, août 2018, dossier 30.

Bähr C, U. Brunner, « Ist das Schweizer Klimaziel verfassungskonform? », PJA 2016, p. 1219-1228.

Bähr C., U. Brunner, K. Casper et S. Lustig, « KlimaSeniorinnen: lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation », *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 9 n° 2, septembre 2018, p. 194–221.

Baldrich R., « No agreement on experts – now court will select them », https://germanwatch.org/en/15706 (consulté le 12 avril 2020).

Barkhuysen T. M.L. van Emmerik, « Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in van Lindenbaum/Cohen via Kelderluik en Öneryildiz naar Urgenda? », *RMTh* 2019 (1), p. 54.

Baumann P., *Le droit à un environnement sain en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse de droit public, Université de Nantes, 2018, (dact.) 660 p.

Bergkamp L.et J.C. Hanekamp, « Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies? », *European Energy and Environmental Law Review*, 2015, p. 102-114.

Berhoumi M. et C. Nennen, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme belge », *Aménagement-Environnement*, numéro-spécial climat, 2018, p. 61-76.

Besselink L.F.M., « De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing. Urgenda voor het Hof Den Haag », *NJB* 2018/2154 (afl. 41), p. 3079.

Bétaille J. (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016, 389 p.

Bleeker T.R., « Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM », *NTBR,* 2018/39 (afl. 9/10), p. 292.

Born C.-H., « Quelques réflexions sur le système de répartition des compétences en matière d'environnement et d'urbanisme en droit belge », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial 2013, La clarification des compétences des collectivités territoriales en matière d'environnement, p. 205-229.

Bouwer K., « Lessons from a Distorted Metaphor: the Holy Grail of Climate Litigation », *Transnational Environmental Law*, 2020, vol. 9 n° 1, p. 1-32.

Boyd D. R. *Report of the Special Rapporteur on the issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Climate Change Report*, UN Doc. A/74/161, 15 July 2019 (Rapporteur).

Boyl D. R., « Developments in the International Law of Environmental Impact Assessments and their Relation to the Espoo Convention », *Review of European Community & International Environmental Law*, 20(3), 2011,

Brill. H.W., « Equitable Remedies for Common Law Torts », *Arkansas Law Notes*, Vol. 1999, 1999, p. 1.

Brosset E. et Truilhé-Marengo E., « L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne », *RDLF*, 2018 chron. n° 07.

Brychcy D. M., « American Electric Power c. Connecticut: Disaster Averted by Displacing the Federal Common Law of Nuisance », *Georgia Law Review*, vol. 46, 2012, p. 459.

Burgers L., « Should Judges Make Climate Change Law? », *Transnational Environmental Law*, 2020, vol. 9, n° 1, p. 55-75.

Burgers L., T. Staal, « Climate action as positive human rights obligation: The appeals judgment in Urgenda v The Netherlands », in: R.A. Wessel, W. Werner, B. Boutin (red.), *Netherlands Yearbook of International Law* 2018, The Hague: Asser Press 2019.

Calabresi G., Melamed A. D., « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, Vol. 85, 1972, p. 1089.

Callies C., „Abstand halten: Rechtspflichten der Klimaschutzpolitik aus planetaren Grenzen« , ZuR 2019, 385, 386.

Campbell-Duruflé C., Anopama Atapattu S., « Recent Legal Developments. The Inter-American Court's Environment and Human Rights Advisory Opinion: Implications for International Climate Law », *Climate law*, 2018, vol. 8, p. 321-337.

Canali L., « Les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives » in C. Cournil, L. Varison (dir.), *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, Pedone, 2018, p. 67.

Caney S., « Cosmopolitan Justice, Responsibility, and Global Climate Change », *Leiden Journal of International Law*, 2005, 18, p. 747-775.

Caravito Rodriguez C., *Por une medio ambiente sano*, Siglo Veintiuno Editores, 2017.

Carette A., *Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 553.

Castro N., « De las generaciones futuras a la Amazonía : el litigio climático como mecanismo de invocación de la responsabilidad internacional en favor de entidades colectivas. Análisis del primer litigio climático fallado en Colombia », in M. Correa y A. Palacios, *El Estado Constitucional en la Periferia,* Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 173-207.

CDESC, *Les changements climatiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 31 octobre 2018. E/C.12/2018/1.

CEDH, *Guide d'interprétation des articles 2 de la CESDH* mis à jour le 31 août 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_FRA.pdf

CEDH, *Guide d'interprétation des articles 8 de la CESDH* mis à jour le 31 août 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf

Chalifour N.et J. Earle, « Feeling the heat: climate litigation under the Canadian Charter's right to life, liberty and security of the person », *Vermont Law Review*, vol. 42, n°4, 2011, p. 689-770.

CIEL, *States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change*, Synthesis, Note on the Concluding Observations and Recommendations on Climate Change Adopted by UN Human Rights Treaty Bodies (2018) : https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/01/HRTBs-synthesis-report.pdf

CIEL, *States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change*, 2019 Update (March 2019) : https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2019/03/HRTB-Feb.-2019-update-2019-03-25.pdf

Clark C. E., « Joinder and Splitting of Causes of Action », *Michigan Law Review* Vol. 25, 1927, p. 393.

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.

Colard-Fabregoule C., « 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.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité de la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Comité des droits de l'enfant, Comité des droits des personnes avec des handicaps, *Joint Statement on Human Rights and Climate Change*, 16 septembre 2019 : https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E (Consulté le 17 février 2020).

Cournil C, « 'Verdissement' des systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme : circulation et standardisation des normes », *Journal européen des droits de l'homme,* Larcier, n° 1, 2016, p. 3-31.

Cournil C. (dir.), « La Constitution face aux changements climatiques », *Énergie, Environnement Infrastructure, LexisNexis*, décembre, n° 12, 2018, p. 9-50.

Cournil C. et B. Mayer, *Les migrations environnementales : enjeux et gouvernance*, Presses de Sciences Po, 2014.

Cournil C. et Perruso C., « Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la climatisation des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *La Revue des droits de l'Homme*, juin 2018, p. 11. http:// journals.openedition.org/revdh/3930

Cournil C., « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in *Les procès climatiques : du national à l'international*, C. Cournil et L. Varison (dir.), Paris, Pedone, 2018, p. 85-109.

Cournil C., « L'affaire du siècle » devant le juge administratif. Les ambitions du futur premier recours « climat » français », *AJDA*, 4 mars 2019, p. 437-442.

Cournil C., « La place croissante des argumentaires constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in *Droit constitutionnel de l'environnement, regards croisés*, M.-A. Cohendet (dir.), éd. Mare et Martin, Paris, 2020, à paraître.

Cournil C., « Le volontarisme des Organisations Internationales dans la justification du lien « Droits de l'Homme et changements environnementaux globaux » », in *Les changements environnementaux globaux et les droits de l'Homme*, C. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), éd. Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 306-330.

Cournil C., « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », in Quels (droit(s) face aux changements climatiques ? *RJE*, n° spécial, 2017, p. 231-247.

Cournil C., « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, (Torre-Schaub M, Cournil C., Lavorel S., Moliner M.), éd. Mare et Martin, Paris, 2018, p. 185-215.

Cournil C., A. Le Dylio, P. Mougeolle, « L'affaire du siècle : entre continuité et innovations juridiques », *Actualité juridique de droit administratif*, n° 32, 30 septembre 2019, p. 1864-1869.

Cournil C., *La fabrique d'un droit climatique pour construire un monde à 1.5*, éd. Pedone, à paraître 2021.

Cournil C., Varison L. (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, Paris, 2018.

Cox R. H. J., « The Liability of European states for climate change », *Journal of Planning & Environnement Law*, 2014.

Cox R., « A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation c. the State of the Netherlands », Journal International and Comparative Law, vol. 21, 2016, p. 5-30.

Cox R., *Revolution justified*, Planet Prosperity Foundation, 2012, 328 p.

Custos D., « La Jurisprudence Administrative de la Cour Suprême Américaine d'octobre 2006 à juin 2007. Veille du Droit Administratif Américain », *Droit Administratif,* n° 1, janv. 2008.

Dahan A., « La climatisation du monde », *Esprit*, n°1, 2018, p. 75-86.

Dantec R.et J.-Y. Roux, *Rapport d'information fat au nom de la délégation sénatoriale à la prospective (1) sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050*, 16 mai 2019, 190 p.

David R.et C. Jauffret-Spinosi, *Les Grands systèmes de droit contemporains*, éd. Dalloz, coll. Précis, 12ème éd., 2016.

Davies B., « Thomson v Minister for Climate Change Issues: The expanding reach of judicial review? », MinterHellisonRuddWatts, 15 novembre 2017 https://minterellison.co.nz/our-view/thomson-v-minister-for-climate-change-issues-the-expanding-reach-of-judicial-review

De Graaf K.J. et J.H. Jans, « The Urgenda Decision : Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change », *Journal of Environmental Law*, 2015, 27, 517-527, p. 527.

de Jong E.R., « Urgenda en de beoordeling van macroargumenten », *MvV* 2019 (4), p. 133-141.

De la Rosa Jaime V., « The Arctic Athabaskan petition: where accelerated arctic warming meets human rights », *California Western International Law Journal*, 2015, Vol. 45, n° 2, p. 213-260.

De Sadeleer N., « Pour le Hoge Raad des Pays-Bas, une politique trop frileuse de réduction des émissions de gaz à effet de serre viole la Convention européenne des droits de l'Homme », *Justice en ligne*, 13 février 2020.

De Schutter O., « Changements climatiques et droits humains : l'affaire Urgenda », *RTDH*, juillet, 123/ 2020, p. 567-608.

De Vilchez Moragues P., « Extraterritoriality and judicial review of state's policies on global warming: Some reflections following the 2016 Scandinavian climate lawsuits », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 34 (2017).

Delas O., M. Thouvenot, V. Bergeron-Boutin, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du comité des droits de l'Homme ». *Revue Québécoise de droit international*, v. 30-2, 2017, p. 1-50.

Delmas-Marty M., « Justice climatique et mondialisation », Préface, in *Les procès climatiques : du national à l'international*, C. Cournil et L. Varison (dir.), Paris, Pedone, 2018.

Dhommeaux J., « Le droit onusien face à la protection des droits de l'environnement », in L. Robert et S. Doumbé-Billé (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 169-194.

Dhommeaux J., « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials et a. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 740.

Dodge W., « Misusing the presumption against extraterritoriality in climate change litigation », *Courts and justice law journal*, vol. 1, Issue 1, 2019, p. 118-126.

Dommen C., « Bordes et Temeharo c/France - Une tentative pour faire protéger l'environnement par le Comité des droits de l'Homme », *RJE*, n°2, 1997. p. 157-168.

Dutch banking association, *Climate impact measurement – Urgency, methodology and a way forward wtich dutch* banks, *https://www.nvb.nl/media/2995/nvb-klimaatimpact-eng.pdf*, octobre 2019.

Duyck S., « Promoting the Principles of the Aarhus Convention in International Forums: The Case of the UN Climate Change Regime », *Review of European, Comparative & International Environmental Law,* 2015, 22 (4).

Duyck S., S. Jodoin and A. Johl (dir.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance,* Routledge, 2018, 430 p.

Ecofin H., *Comment en 15 ans le Nigéria est devenu un modèle dans la lutte contre le torchage de gaz*, [En ligne], https://www.agenceecofin.com/la-une-de-lhebdo/1608-68417-comment-en-15-ans-le-nigeria-est-devenu-un-modele-dans-la-lutte-contre-le-torchage-de-gaz

Ejiogu A. R., « Gas flaring in Nigeria: Costs and policy », *Energy & Environment*, vol. 24, n° 6, 2013, p. 983-998.

Emaus J.M., « Subsidiariteit, preventie en voorzorg. Een verklaring van het arrest in de Klimaatzaak aan de hand van drie fundamentele beginselen in het recht onder het EVRM », *AV&S* 2019/11 (2), p. 56-64.

Expert Group on Global Climate Obligations, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, Eleven International Publishing, The Hague, 2015.

Fantozzi F. P., *La Responsabilità dello Stato e delle Imprese nel Contenzioso Mondiale del Cambiamento Climatico*, Tesi di Laurea en droit privé comparé, sous la direction de Vittoria Barsotti, Università degli Studi di Firenze, 2019.

Faure M.et A. Nolkaemper, « International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change », *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 26, 2007, p. 165-170.

Fellrath I. et Francioli O., « L'état de nécessité climatique : un concept peu convaincant », *Le Temps*, 23 janvier 2020 (https://www.letemps.ch/opinions/letat-necessite-climatique-un-concept-convaincant, consulté le 20 mars 2020).

Ferreira P. G., « Common but differentiated responsibilities' in the National Courts: Lessons from Urgenda v. The Netherlands », *Transnational Environmental Law*, 2016, vol. 5, n° 2, p. 329-351.

Field M. A., « Sources of Law: The Scope of Federal Common Law », *Harv. L. Rev.* n° 99, 1986, p. 883.

Fikkers S., « Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generalties », *Nederlands juistenblad,* n° 33, 2015, p. 2289-2293.

Fleuren J.W.A., « Urgenda en niet(?)- rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht », *NJB* 2019/475 (afl. 9), p. 604-605.

Follonier J., « Acquittement des activistes pour le climat: vers un populisme pénal? », *Bon Pour la tête* du 18 janvier 2020 (https://bonpourlatete.com/analyses/acquittement-des-activistes-pour-le-climat-vers-un-populisme-penal, consulté le 20 mars 2020).

Francioni F., « International Human Rights in an Environmental Horizon », *European Journal of International Law*, 2010, vol. 21, n° 1, p. 41-55.

Fraser E. M. *et. al.*, « The Jurisdiction of the D.C. Circuit », Cornell Journal of Law and Public Policy, vol. 23, n° 1, 2013, p. 131.

Freeman J. et A. Vermeule, « Massachusetts v. EPA : From Politics to Expertise », *Sup. Ct. Rev.* vol. 51, 2007, p. 54-64.

Friendly H., « In Praise of Erie and of the New Federal Common Law », *N.Y.U. L. Rev.* n° 39, 1964, p. 383.

Ganguly G., J. Setzer, V. Heyvaert, « If at first you don't succeed: suing corporations for climate change », *Oxford journal of Legal Studies*, vol. 38, n°4, 2018, p. 841-868.

García Henao L., « Teoria del desarrollo sostenible y legislación ambiental colombiana, une reflexion cultural », *Revista de derecho*, Universitad del Norte, 2003, p. 198,

Gebre E., *La protection internationale des personnes déplacées en raison des changements climatiques*, thèse de droit, éd. LGDJ, 2020, à paraître.

Giansetto F., « Le droit international privé à l'épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique », *Journal du droit international,* 2018/2, p. 65 et s.

GIEC, *Global Warming of 1.5°C SPM*, 2018.

Gillaerts P., W.T. Nuninga, « Privaatrecht en preventie: Urgenda in hoger beroep », AV&S 2019/9 (afl. 2).

Goodwin A. T., « A Wake-up Call for Judges », *Wisconsin Law Review*, 2015, Issue 4, p. 785.

Gouritin A, « La Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques ? », in C. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), *Les changements climatiques et les défis du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 255-256.

Grear A. *et al.* Déclaration on Human Rights and Climate Change, Global Network for the Study of Human Rights and the Environment (GNHRE).

Grosmann D. A., « Warming up to a not so radical idea, Tort-Based Climate Change Litigation », *Columbia Journal of environmental law*, vol. 28 :1, 2003, p. 1-61.

Guarino K. A., « The Power of One : Citizen Suits in the Fight Against Global Warming », *B. C. Environmental Affairs Law Review*, vol. 38 : 1, 2011, p. 125.

Guèvremont V., de Lassus Saint-Geniès G., « Le droit international de l'environnement à la rescousse des cultures menacées : quel horizon pour l'approche inter-systémique de la pétition des Inuit

déposée à la Commission Interamericaine des droits de l'Homme », *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy* 6, n°1, 2010, p. 5-28.

Hammersley M., « The Right to a Healthy and Stable Climate », *Arizona Journal of Environmental Policy*, vol. 7, 2017, p. 118.

Happaerts S., « Climate governance in federal Belgium: modest subnational policies in a complex multi-level setting », *Journal of Integrative Environmental Sciences*, 2015, vol.12, n°4, p. 285-301.

Happaerts S., « Sustainable development and subnational governments: Going beyond symbolic politics ? », *Environmental Development*, 2012, n° 4, pp .2-17.

Happaerts S., S. Schunz, H. Bruyninckx, « Federalism and Intergovernmental Relations : The Multi-Level Politics of Climate Change Policy in Belgium », *Journal of Contemporary European Studies*, 2012, vol. 20, n°4, p. 441-458.

Hardin G., « The Tragedy of the Commons », *Science*, Vol. 162, 3859, décembre 1968.

Haumont, « Urgenda et la Convention européenne des droits de l'Homme », *EEI*, n° 5, mai 2019, dossier 14, art. 16.

Hautereau-Boutonnet M., « Les procès climatiques par la « doctrine du procès climatique » », in, Cournil C., Varison L. (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, Paris, 2018.

Hautereau-Boutonnet M., L. Canali, « Jalons pour une responsabilité climatique préventive », disponible sur le site internet https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01875905/document

Hautereau-Boutonnet M., S. Porchy-Simon, *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?* éd. Dalloz, Thèmes & commentaires, 2019.

HCC, *Rapport annuel Neutralité carbone*, juin 2019 (en ligne), 66 p. https://www.hautconseilclimat.fr/wp-content/uploads/2019/06/hcc_rapport_annuel_2019.pdf

HCDH, A/HRC/10/61, *Rapport sur la relation entre les changements climatiques et droits de l'Homme en exposant ses premiers résultats*, 15 janvier 2009.

HCDH, A/HRC/19/34, Étude analytique sur les liens entre les droits de l'Homme et l'environnement, 16 décembre 2011.

HCDH, A/HRC/35/13, *Rapport sur la relation entre les changements climatiques et les droits de l'enfant*, mai 2017.

HCDH, *Analytical Study on the relationship between climate change and the full and effective enjoyment of the rights of the child*, 30 A/HRC/35/13 (2017).

HCDH, *Applying a Human Rights-Based Approach to Climate Change Negotiations, Policies, and Measures*, Guidance Note, HR/PUB/06/8, 2010.

HCDH, Étude analytique sur une action climatique tenant compte des questions de genre et axée sur l'exercice plein et effectif des droits des femmes, A/HRC/41/26, 1er mai 2019, 23 p.

Heede R., « Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Producers », 1854-2010' *Climatic Change*, (2014) 122(1).

Heede R., *Carbon Major s: Accounting for carbon and methane emissions.* Methods and Results Report, Snowmass, Climate Mitigation Services, 2013.

Heede R., *Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010*, Methods and results report, avril 2014.

Henao J. C., « Protection de l'environnement, droits de la nature et réchauffement climatique en droit colombien », *AJDA*, n° 32, 2019, p. 1870-1872.

Herrera C. M. (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015.

Heyman S. J., « The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment », *Duke Law Journal* Vol. 41, 1991, p. 507.

Hilson C., « Law, courts and populism: climate change litigation and the narrative turn », in Sterett, S. M. et Walker, L. D. (dir.) *Research Handbook on Law and Courts*, Edward Elgar, 2019, (consulté en ligne le 15 mai 2020 : http://centaur.reading.ac.uk/82279/)

Huang J.et M. A. Tigre, « Trends in climate justice litigation: The Dutch Case and global repercussions », *Climate justice: Case studies in global and regional governance challenges*, 2016, p. 571-596.

Huglo C., « Procès climatiques en France, la grande attente – Les procédures engagées par la Commune de Grande Synthe et de son Maire », *AJDA* 2019, p. 1861.

Huglo C., « L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif », *AJDA*, 2013, p. 667.

Huglo C., « L'utilité du recours au rapport Heede dans le contentieux climatique », *Énergie - Environnement - Infrastructures n°8-9,* août 2018, dossier 32.

Huglo C., *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, 396 p.

Huglo C.et T. Bégel, « Le recours de la commune de Grande-Synthe et de son maire contre l'insuffisance des actions mises en œuvre par l'État pour lutter contre le changement climatique », *Énergie - Environnement - Infrastructures.*, n° 5 mai 2019, p. 36-37.

Humphreys S., *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, 2009.

Hunter D. B., *The Implications of Climate Change Litigation for International Environmental Law-Making*, American University, WCL Research Paper No. 2008-14. En ligne http://ssrn.com/abstract=1005345

Johnson N., « Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp: Say Goodbye to Federal. Public Nuisance Claims for Greenhouse Gas Emissions », *Ecology* L.Q. 40557 (2013)

Joint Summary of the Amicus Curiae Briefs, in *National inquiry of the impact of climate change on the human rights of the filippino people*, 19 mars 2018. http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/03/Joint-Summary-Amicus-submitted.pdf

Jordan A., D. Huitema, H. Van Asselt, et J. Forster (eds.), « Introduction », Governing *Climate Change: Polycentricity in Action ?,* Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 3 et s.

Jourdain P., « Comment traité le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances,* n°3, mars 2010, dossier 11, n°7.

Kagan R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2nd ed. 2019.

Kahl W.et M.-P. Weller (eds.), *Climate Change Litigation Liability and Damages from a Comparative Perspective*, à paraître en octobre 2020.

Kerbrat Y., « Note sur Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018 Pays Bas c. Fondation Urgenda », *RGDIP*, 2018, p. 1086-1089

Kingston K. G., « Shell Oil Company in Nigeria : Impediment or Catalyst of Socio-Economic Development ? », *African Journal of Social Sciences*, Vol. 1, n° 1, 2011, p. 14-34.

Knodel M., « Conceptualizing Climate Justice in Kivalina », *37 Seattle U. L. Rev.* 1179 (2014).

Knox J. H. et R. Pejan *The Human Right to a Healthy Environment*, edited by Cambridge University Press, 2018, 290 p.

Knox J., *Report of the Special Rapporteur on the issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Climate Change Report*, UN Doc. A/HRC/31/52, 1 February 2016 (Rapporteur).

Koivurova T., « International Legal Avenues to Address the Plight of Victims of Climate Change: Problems and Prospects », *Journal of Environmental Law and Litigation,* 2007, vol. 22, p. 267-299.

Kronk Warner E. A. et Randall S. Abate, « International and Domestic Law. Dimensions of Climate Justice for Arctic Indigenous Peoples », *Revue générale de droit*, 2013, vol. 43, p. 113-150.

Kysar D., «What climate change can do about tort law », Yale Law School, *Public Law Working*, 20 juill. 2010, p. 4-75.

Laffaille F., « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 43, n° 3, 2018, p. 549-563.

Lambrecht J. et C. Ituarte-Lima, « Legal Innovation in National Courts for Planetary Challenges : *Urgenda v. State of the Netherlands* », *Environmental Law Review*, vol. 18, 2016, p. 57-64.

Lemmet S., Ducret P., Rapport *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.

Leroy S., Wiles R., Chinowsky P., Helman J., *High Tide Tax: the Price to Protect Coastal Communities from Rising Seas,* Center for Climate Integrity, 2019, p. 1.

Les amis de la terre et Oxfam France, *La colossale empreinte carbone des banques, une affaire d'Etat*, novembre 2019, https://www.oxfamfrance.org/wp-content/uploads/2019/11/Rapport-La-colossale-empreinte-carbone-des-banques-fran%C3%A7aises.pdf.

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.

Lin A., M. Burger, « State public nuisance claims and climate change adaptation », *Pace environmental Law Review*, vol. 36, 2018, p. 49-93.

Lin J., « The First Successful Climate Negligence Case : A Comment on *Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands* », *Climate Law*, vol. 5, 2015, p. 65-81.

Loth M.A., « Climate Change Liability After All: A Dutch Landmark Case », *Tilburg Law Review* 2016, p. 25.

Lucas M., « Préjudice écologique et responsabilité : pour l'introduction légale du préjudice écologique en droit de la responsabilité administrative », *Env.*, n° 4, avril 2014, étude 6.

Mabile S. et L. Karila-Cohen, « Typologie du contentieux climatique en France », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 18, janvier 2020, 13.

Mabile S.et F. de Cambiaire « L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises en matière de changement climatique », *EEI*, n° 5, mai 2019, dossier 21.

Macdonald D. et H.A. Smith, « Promises made, promises broken. Questioning Canada's commitments to climate change », *International Journal*, Winter 1999-2000, p. 107-124.

Maciunas S.et G. De Lassus St-Geniès, « The evolution of Canada's international and domestic climate policy: from divergence to consistency? », in O. Fitzgerald, V. Hughes et M. Jewett (dir.), *Reflections on Canada's past, present and future in international law*, CIGI Press, McGill-Queen's University Press, Waterloo, 2018, p. 309-326.

Mahaim R., « Le juge national et la victime climatique : la vulnérabilité des aînées en Suisse », in *Les procès climatiques : du national à l'international*, C. Cournil et L. Varison (dir.), Pedone, 2018, p. 165-177.

Markell D.& J.-B. Ruhl, « An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual? », *Florida Law Review*, vol. 64, n° 1, 2012, p. 27.

Martin-Chenut K., 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.

May J. R., « AEP v. Connecticut and the Future of the Political Question Doctrine », *The Yale Law Journal Onlin*e, 2011, p. 127.

Mayer B., « The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018) », *Transnational Environmental Law*, 8(1), 2019, p. 167-192.

Mayer B., « Human Rights in the Paris Agreement », *Climate Law,* 2016, vol. 6, n°1-2, p. 109-117.

McCormick S.& al, « Strategies in and outcomes of climate change litigation in the United States », *Nature Climate Change*, 2018, vol. 8, p. 829–833.

McCoy C., *Energy EOs In Depth: New Presidential Permit for Keystone XL and Changes to Presidential Permitting - Environmental & Energy Law Program* , Environmental Law at Harvard Law school.

McCoy C., Weatherall G., *Keystone XL pipeline Tracker*, Environmental Law at Harvard Law school.

McCrimmon D., « The Athabaskan Petition to the Inter-American Human Rights Commission: using human rights to respond to climate change », *The Polar Journal*, vol. 6 n° 2, 2016, p. 398-416.

Merrill T., « Global warming as a public nuisance », *Columbia journal of environmental law*, vol.30, 2005, p. 293-333.

Meyer J., « Extraterritorial common law: does the common law apply abroad? », *The Georgetown Law Journal*, vol. 102, 2014, p. 101-150.

Michelot A. (dir.), *La justice climatique*, Bruylant, 2016, 374 p.

Misonne D. et F.Ost, « L'illusion du juste équilibre. Ou la variabilité de la jurisprudence du juge européen portant sur la balance des intérêts entre environnement et enjeux économiques », *Liber amicorum Gilles Martin.*

Misonne D., « The Emergence of a Right to Clean Air. Transforming European Union Law through Litigation and Citizen Science », *RECIEL*, à paraître, 2020.

Moliner-dubost M., « Les obligations de l'État dans la lutte contre le changement climatique », *RFDA*, 2019, p. 629.

Monnier L., « Quel rôle pour la justice administrative dans la lutte contre les projets « climaticides », *Énergie - Environnement - Infrastructures.*, n° 5 mai 2019, p. 32-35.

Morelli Rico S., Garay Salamanca L. J. (dir.), *Mineria en Colombia. Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, Imprenta nacional de Colombia, 2013, https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/01/mineria-en-colombia-contraloria-vol-ii.pdf.

Morgera E., « An Update on the Aarhus Convention and its Continued Global Relevance », 14 (2) *Review of European, Comparative & International Environmental Law,* (2005), p. 138-147.

Morriss A. P., « Litigating to Regulate: Massachusetts v. Environmental Protection Agency », *U. Illinois Law & Economics Research Paper,* N° LE07-028, 2007.

Motte-Baumvol J., « Environnement et développement durable – Les points de contact nationaux de l'OCDE, une alternative au juge en droit de l'environnement ? », document, *Energie-environnement-infrastructures*, n°4, avril 2019, dossier 12.

Mougeolle P., « Le grand bond en avant du procès de la justice climatique, « Juliana » contre l´administration Trump », *La Revue des droits de l'Homme*, 2018.

Néron P.-Y., « Penser la justice climatique », Éthique publique [En ligne], vol. 14, n° 1, 2012, mis en ligne le 17 février 2013 (http://ethiquepublique.revues.org/937).

Neyret L., « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *D.* 2015, p. 2278.

Neyret L., G. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux,* LGDJ, 2012.

Nguiffo S., « Droit des ressources naturelles et efficacité climatique en Afrique », Ruppel O. C. et Kam Yogo E. D., *Droit et politique de l'environnement au Cameroun. Afin de faire de l'Afrique l'arbre de vie*, Presses de l'UCAC, Yaoundé, juin 2018, p. 535-548.

Nussbaumer A., « L'acquittement des activistes du climat à Lausanne », Lawinside, 21 février 2020, www.lawinside.ch/875/

Oberholzer N., « Im Kalten Krieg hätte ein Richter die Aktivisten wohl verurteilt », *Tagesanzeiger*, 14 janvier 2020 (https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/im-kalten-krieg-haette-ein-richter-die-aktivisten-wohl-verurteilt/story/13050425

Ohchr, *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, A/HRC/31/52, 1st February 2016, p. 5.

Olinger S., « Filling the Void in an Otherwise Occupied Field: Using Federal Common Law to Regulate Carbon Dioxide in the Absence of a Preemptive Statute », *Pace Envtl. L. Rev.*, n° 24, 2007, p. 237.

Onerc, *Villes et adaptation au changement climatique*, Rapport au Premier ministre et au Parlement, La Documentation Française, octobre 2011, 158 p.

Onillon T., « La valeur des constatations du Comité des droits de l'Homme de l'ONU », *AJDA*, 2019, 1040.

Oslo Principles on Global Obligations to Reduce Climate Change, Mar. 1 2015, http://www.yale.edu/macmillan/globaljustice/Oslo%20Principles.pdf.

Osofsky H. M., « Complexities of addressing the impacts of climate change on indigenous peoples through international law petitions: a case study of the Inuit petition to the Inter-American Commission on Human Rights », in *Climate Change and Indigenous Peoples: The Search for Legal Remedies,* Edward Elgar Publishing Ltd., 2013, p. 313-338.

Osofsky H. M., « The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples'Rights », *American Indian Law Review*, Vol. 31, n°2, 2006/2007, *Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law*, p. 675-697.

Osofsky H., « The Continuing Importance of Climate Change Litigation », *Climate Law*, 2010, 1, p. 3-29.

Owona D., « Droits de l'Homme et justice climatique en Afrique », in *African Human Rights Yearbook*, Vol. 3, 2019, Pretoria University Law Press, p. 157-194.

Pallemaerts M., *The Aarhus Convention at Ten: Interactions and Tensions Between Conventional International Law and EU Environmental Law*, Europa Law Publishing, 2011.

Palmer G., « Can judges make a difference? The scope for judicial decisions on climate change in New Zealand domestic law », *Victoria University of Wellington Law Review*, 2018, 49.

Parance B., Groulx E., Chatelin V., « Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *Journal du droit international* (Clunet) n° 1, Janvier 2018, doctr. 2.

Peel J. et H. M. Osofsky, « A right turn in climate change litigation ? », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n°1, 2018, p. 37-67.

Peel J. et H. M. Osofsky, A. Foerster, « Next Generation' of Climate Change Litigation?: An Australian Perspective » (October 10, 2018), Oñati Socio-Legal Series, https://ssrn.com/abstract=3264173

Peel J. et H. M.Osofsky, *Climate change litigation: lessons and pathways*, Judicial Officers' Bulletin, decembre 2017, Vol. 29, n° 11.

Peel J. et Lin, J., « Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South ». *American Journal of International Law*, 2019, 113(4), p. 679-726.

Peel J.et H. M. Osofsky, *Climate change litigation*, Cambridge University Press, 2015.

Peñalver E. M., « Acts of God or Toxic Torts? Applying Tort Principles to the Problem of Climate Change », *Natural Resources Journal,* Vol. 38, 1998, p. 563.

Perruso C. et E. Canal-Forgues, « La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifié ? », *Énergie-Environnement- Infrastructure*, LexisNexis, août 2015.

Perruso C., « Perspectives d'humanisation des changements climatiques : Réflexions autour de l'Accord de Paris », *Revue Droits fondamentaux*, 2016, disponible en ligne : http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/article/2016/perspectives-humanisation-changements-climatiques-reflexions-autour-accord-paris

Perruso C., *Le droit à un environnement sain en droit international*, thèse de doctorant, octobre 2019, université Paris 1 et Université San Paolo, (dact.) 458 p.

Petrinko E., « De la décision d'Urgenda aux perspectives d'un nouveau contentieux climatique », C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Pedone, 2018, p. 113-127.

Plater Z. J. B., Abrams R. H., Graham R. L., Heinzerling L., Wirth D. A., Hall N. D., *Environmental Law and Policy: Nature, Law, and Society*, Wolters Kluwer, New York, 2016.

Posner e. A., sunstein c. R., « Climate Change Justice », *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, 2008, p. 1580.

Quirico O. and M. Boumghar, *Climate Change and Human Rights: an International Law Perspective*, eds., Routledge, 2015.

Rajamani L., « The Increasing Currency and Relevance of Rights-Based Perspectives in the International Negotiations on Climate Change », *Journal of Environmental Law,* 2010, vol. 22, p. 391-429.

Rapport « Groundbreaking Inquiry in Philippines Links Carbon Majors to Human Rights Impacts of Climate Change, Calls for Greater Accountability », 9 décembre 2019, Center for International Environmental Law.: https://www.ciel.org/news/groundbreaking-inquiry-in-philippines-links-carbon-majors-to-human-rights-impacts-of-climate-change-calls-for-greater-accountability/

Rapport « Total, la stratégie du chaos climatique » des ONG Notre Affaire à tous, 350.org et les Amis de la Terre : https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2019/05/Resume_TOTAL_A4.pdf

Rapport Carbon Tracker, *Apocoalypse Now*, 2019, 20., disponible en ligne : https://www.carbontracker.org/reports/apocoalypse-now/

Rapport PNUE and Sabin Center for Climate Change Law, *The status of climate change litigation a global review*, 2017, 40 p.

Rehmann M., « Entscheidbesprechung : Verein KlimaSeniorinnen Schweiz *et al.* gegen Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, Verfügung über Realakte im Zusammenhang mit dem Klimaschutz », PJA 2019, p. 653-661.

Rhabi P., *La part du colibri*, Poche, 2006.

Rochfeld J, « Procès climatiques : une voie pour le commun ? », *Revues des Juristes de Sciences Po*, n° 18, janvier 2020, 18.

Rochfeld J., *Justice pour le Climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, Paris, 2019.

Rodgers W. H., Jr. & A. K. Rodgers, « The Revival of Climate Change Science in U.S. Courts », *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 6 :2, 2016, p. 534.

Rothschild R., « State nuisance law and the climate change challenge to federalism », *New York environmental law journal*, vol. 27, n°3, p. 412-454.

Rubiano Galvis S., *Protección de páramos y derechos campesinos. Aportes jurídicos y de política.* Contrato de prestación 14-14-008-251PS entre el Instituto Humboldt – Sebastián Rubiano Galvis, http://repository.humboldt.org.co/bitstream/handle/20.500.11761/9605/14-14-008-251PS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Sanderink D.G.J., « Positieve verplichtingen als redders van het klimaat », *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2019 (1), p. 64-69.

Sands PH., *Greening International Law*, The New Press, 1994.

Saurer J., „Klimaschutz global, europäisch, national – Was ist rechtlich verbindlich« , NVwZ 2017, 1574, 1578.

Saurer J., Purnhagen K., „Klimawandel vor Gericht – Der Rechtsstreit der Nichtregierungsorganisation „Urgenda" gegen die Niederlande und seine Bedeutung für Deutschland" , ZUR 2016, 16.

Savaresi A., « Climate Change and Human Rights : Fragmentation, Interplay and Institutional Linkages », p. 53-64.

Sax J. L., « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law : Effective Judicial Intervention », *Michigan Law Review*, vol. 68 : 3, 1970, p. 471-566.

Scheingold, *The politics of rights. Lawyers, Public policy and political change*, new haven, Yale University Press, 2014, 174 p.

Schneider F., « La fiducie publique, cousine d'Amérique de la domanialité publique », *RFDA*, septembre-octobre 2014, p. 907-917.

Schoukens H. et A. Soete, « Climate change litigation against states after Urgenda : the times they are a-changing? », *Aménagement-Environnement*, 2018/4, p. 148-182.

Schrijver N.J., « De reflexwerking van het internationale recht in de klimaatzaak van Urgenda », Milieu en Recht 2016/41, p. 270-272.

Schutgens R., « Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter », *NJB* 2015/1675 (afl. 33), p. 2272.

Shell, *Climate Change, what does Shell think and do about it*, 1998.

Shell, *Report 2004, Meeting the energy challenge – our progress in contributing to sustainable development.*

Shell, *The Greenhouse Effect*, 1998.

Sivaramakrishnan K., « Environment, Law, and Democracy in India », *The Journal of Asian Studies*, 2011, vol. 70, n° 4, p. 905-928.

Soete A., « De scheiding der machten als struikelblok voor de klimaatzaak? », Human rights as basis for reevaluating and reconstructing the law, A. Hoc. *et al.* (ed.), Larcier, 2016.

Soete A.et H. Schoukens, « De klimaatzaak: een moeilijke evenwichtsoefening in rechterlijk activisme? », *Tijdschrift voor Omgevingsrecht en Omgevingsbeleid,* 2015, p. 154.

Soete et H. Schoukens, « Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid? », *Nieuw Juridisch Weekblad,* 2016, p. 186-203.

Sorenson Quin M., « Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.: The End of Climate Change Tort Litigation », *Trends* 1 44 (2013).

Spier J., « There is no future without addressing climate change », *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2019 (vol. 37, no. 2), p. 181-204.

Steurer R. et C. Clar, « The ambiguity of federalism in climate policy-making: how the political system in Austria hinders mitigation and facilitates adaptation», *Journal of Environmental Policy and Planning,* vol.20, 2018, n°2, p. 252-265.

Stevignon A., *Le temps qu'il fait et le droit des obligations,* Thèse de doctorat en droit privé, soutenue le 13 décembre 2019, Université Panthéon-Assas, École doctorale de droit privé, décembre 2019, 569 p.

Stone C., « Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects », *California Law Review*, 1972, N°45, p. 450-501.

Sugar M., *« Massachusetts* v. *Environmental Protection Agency », Harvard Environmental Law Review, n° 31,* 2007, p. 531.

Tabau A.-S. et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *RJE*, 4/2015, p. 674-695.

Thieffry P., « La causalité, enjeu ultime de la responsabilité environnementale et sanitaire ? », *Environnement* 2013, étude 18.

Thorpe A., « Tort-based climate change litigation and the political question doctrine », *Journal of land use*, vol. 24, 2008, p. 79-105.

Torre-Schaub M. B. Lormeteau, (dir.), « Les recours climatiques en France Influences et convergences de la décision Urgenda et du rapport du GIEC à1,5 ℃ sur l'avenir du contentieux français », *Énergie Env. Infrastr*, 2019, n°5.

Torre-Schaub M., « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la cour du district de La Haye du 24 juin 2015) », *Revue québécoise de droit international,* vol. 29, 2016, p. 161-183.

Torre-Schaub M., « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de la Haye du 24 juin 2015 », *RIDC*, n° 3, 2016, p. 672-693.

Torre-Schaub M., « Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent », in M. Torre-Schaub, c. Cournil, S. Lavorel, M. Moliner-dubost (dir.), *Quel(s) droit(s) pour le changement climatique ?* Mare & Martin, 2018, p. 131-132.

Torre-Schaub M., *Droit et changement climatique : comment répondre à l'urgence climatique ?*, éd. Mare et Martin, 2020, vol. 55, à paraître.

Torre-Schaub M., L. D'Ambrosio, B. Lormeteau (dir.), « Changement climatique et responsabilité. Quelles normativités ? », *Énergie Env. Infrastr*, 2018, n° 8-9.

Torre-Schaub M., *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport de recherche GIP justice, janvier 2020, http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/01/17.05-RF-contentieux-climatiques.pdf

Torre-Shaub M., « Les contentieux climatiques, quelle efficacité en France ? – Analyse des leviers et difficultés », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 5, mai 2019, dossier 17.

Toussaint P., « Loss and damage and climate litigation: The case for greater interlinkage », *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, mai 2020, en ligne : https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12335

Tran H., *Les obligations de vigilance des États Parties à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

Trébulle F. G., « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n°9-9, août 2018, dossier 24.

Truilhé E., M. Hautereau-Boutonnet, *Le procès environnemental : Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement.* [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice, 2019

Tunc A., « L'application du droit des États par les juridictions fédérales », *RIDC*, vol. 3, n° 1, 1951, p. 5-35.

Ukala E., « Gas flaring in Nigeria's Niger Delta : Failed Promises and Reviving Community Voices », *Washington and Lee Journal of Energy, Climate, and the environment*, Volume 2, Issue 1, 2011, p. 97-126 ;

UNEP, *The status of climate change litigation, A global review,* 2017, 40 p.

Van den berg J.M.et R.H.Cox, « Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering? », *AV&S* 2014/2, p. 5-11.

Van Fisher, « Climate change and federal common law nuisance: time for displacement », *The federal courts law rewiew*, vol. 3, Issue 3, 2011, p. 479.

Van Gestel R.A.J. et M.A. Loth, « Urgenda : roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0? », *NJB* 2015/1849 (afl. 37), p. 2599- 2604.

Van Zeben J., « Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide ? », *Transnational Environmental Law*, vol. 4, 2015, p. 339-357.

Vann A. *et alii*, *Proposed Keystone XL pipeline : legal issues*, CRS report for Congress, Congressional research service, 23 janvier 2012.

Vanrykel F., « La politique belge en matière de climat, entre autonomie et coopération. Quelle place pour une vision commune à l'échelle nationale ? », *RBDC*, vol. 3, 2017, p. 223-246.

Varvastian S., *The Human Right to a Clean and Healthy Environment in Climate Change Litigation*, MPIL, Research Paper No. 2019-09, 18 p.

Verheyen R., *Climate Change Damage and International Law*, Martinus Nijhoff Leiden, 2005.

vieira J., « L'émergence de l'activisme climatique et l'accès au juge », *RFDA*, 2019, p. 636.

Voland T., Zur Reichweite von Menschenrechten im Klimaschutz, Wäre die „Urgenda-Entscheidung« auch im deutschen Recht zu erwarten? NVwZ 2019, 114 m.w.N.

Waisman H., « Quelle base scientifique pour la justice climatique ? », *Énergie - Environnement - Infrastructures*. 2019, dossier 5, p. 6-19.

Watts K. A et A. J. Wildermuth, « Massachusetts v. EPA: Breaking New Ground on Issues Other than Global Warming », *Northwestern University Law Review*, vol. 102, 2007, p. 1-17.

Weidner H.& L.Mez, « German Climate Change Policy: A Success Story With Some Flaws », *The Journal of Environment Development,* 2008, ~~vol.~~ 17, p. 356-378.

Weinrib E. J., *Corrective Justice,* Oxford Legal Philosophy, OUP Oxford, 2012.

Wewerinke-Singh M.& S. Mead (dir.), *Fighting climate change : A best practice guide for judges and courts*, IUCN World Commission on Environmental Law Climate Change Specialist Group.

Wilensky M., « Climate Change in the Courts: As Assessment of Non-US Litigation », *Duke Environmental Law & Policy Forum*, n° 26, 2015.

Wilkins H.S., « The justiciability of climate change : a comparison of US and Canadian approaches », *Dalhousie Law Journal*, vol. 34, n°2, 2011, p. 529-552.

Wood J., « Easier Said Than Done: Displacing Public Nuisance When States Sue for Climate Change Damages », *Environmental Law Reporter*, vol. 41, n° 4, 2011, p. 10316.

Wood M. C. & C. W. Woodward, « Atmospheric Trust Litigation and the Constitutional Right to a Healthy Climate System : Judicial Recognition at Last », *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 6 :2, 2016, p. 634-683.

Wood M. C., Galpern D., « Atmospheric recovery litigation: making the fossil fuel industry pay to restore a viable climate system », *Environmental Law*, 2015, vol. 45(2), p. 259-336.

Zdeb S., « From Georgia v. Tennessee Copper to Massachusetts v. EPA, *Parens Patriae Standing* for *State Global-Warming Plaintiffs », Georgetown Law Journal*, vol. 96, 2008, p. 1059.

Zoller E., « Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis », Coll. Droit Fondamental, Paris, PUF, 2000.

Zoller E., « Comment une question politique peut-elle devenir une question judiciaire aux États-Unis ? Le verrou de l'intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois,* Paris, éd. Dalloz, 2008, p. 1139-1156.

Zoller E., « États-Unis. Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 163-175.

Table des matières

Remerciements 7
Sigles et abréviations 13

Introduction 17
Christel Cournil

1. Sélectionner pour mieux cerner 18
2. Accepter les limites de l'exercice 21
3. Dépasser les bases de données 22
4. Ordonner pour mieux comprendre 22
5. Déconstruire tant le recours que le jugement 24
6. Dresser un panorama des acteurs impliqués 25
7. Systématiser les arguments communs ou disparates 27
8. Exposer les fertilisations croisées et les influences 28
9. Identifier les obstacles 31
10. Révéler les mutations d'un contentieux en mouvement 33
11. Exposer les « suites » politiques des procès 34
12. Replacer le procès dans la gouvernance climatique 36
13. Interroger notre modèle de société : construire le « monde d'après » 38

Partie 1
Les actions dirigées contre les États et l'Union européenne

Titre 1. Les actions curatives contre l'insuffisance de la protection de l'État et de l'Union européenne 43

1. Massachusetts c. EPA (2007) 47
Pauline Abadie

I. Contexte et procédure 48
II. Un accès au juge facilité pour les États 50

A. Un assouplissement « dans la continuité » de la jurisprudence sur le caractère concret du litige ... 50
1. *L'amer constitutionnel d'un contrôle juridictionnel préservant la nature contradictoire du système* ... 50
2. *L'intérêt à agir en matière d'exécution des lois et l'attribution législative d'un droit de procédure* ... 52
3. *Les conditions de l'intérêt à agir et la spécificité des dommages liés au réchauffement climatique* ... 53
B. Un assouplissement « dans la rupture » fondé sur la qualité du requérant ... 55
1. *Un traitement différencié plus favorable ?* ... 55
2. *L'identification des intérêts souverains ou quasi-souverains de l'État* ... 56
III. Un contrôle juridictionnel étendu à l'inaction administrative ... 57
A. La soumission du refus de réglementer au contrôle du juge ... 57
B. La compétence de l'EPA pour réglementer les GES ... 58
C. L'illégalité du refus de réglementer dans le cadre d'une compétence déléguée par le législateur ... 59

2. Pétitions Inuit Circumpolar Conférence (2005) et Arctic Athabaskan (2013) ... 63
Sandrine Maljean-Dubois
I. L'invocation de violations des droits de l'Homme en lien avec les changements climatiques ... 65
A. La violation d'un ensemble de droits protégés ... 65
B. L'invitation à une interprétation systémique de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ... 66
II. Les demandes des pétitionnaires et la suite donnée ... 68
A. Les demandes des pétitionnaires ... 68
B. La décision Conférence Circumpolaire Inuit et les perspectives ouvertes ... 70

3. Urgenda c. Pays-Bas (2015) ... 75
Anne-Sophie Tabau Christel Cournil
I. La subjectivisation des acteurs de la justice climatique ... 78
A. L'accès des personnes privées à la justice en matière climatique ... 78

1. Un intérêt à agir fondé sur les statuts particuliers de l'ONG Urgenda ... 78
2. Un intérêt à agir non fondé sur la qualité de victime d'une violation des droits de l'Homme ... 79
B. La singularisation de l'État comme personne redevable de la justice climatique ... 81
1. L'établissement du lien de causalité entre les émissions de l'État et les changements climatiques ... 81
2. L'attribution à l'État des émissions provenant de son territoire ... 82
II. L'objectivisation d'une responsabilité de l'État en matière climatique ... 83
A. Le fondement de l'illégalité de la politique climatique de l'État ... 84
1. L'impossible fondement sur le droit international, les droits de l'Homme et la Constitution ... 84
2. Le fondement sur le devoir de diligence à l'aune des fondements écartés ... 85
B. La qualification de la négligence de l'État ... 87
1. Le rejet de l'objection tenant au principe de séparation des pouvoirs ... 88
2. La fixation d'un standard de diligence en matière climatique ... 89

4. **Affaire *Klimaatzaak* (2015)** ... 91
Delphine Misonne
I. Dans le sillage de l'affaire *Urgenda* ... 92
A. L'effet d'entrainement ... 94
1. La revalorisation du potentiel offert par le droit commun et les droits fondamentaux ... 94
2. Le star-system et de nouveaux profils d'acteurs ... 95
3. L'injonction de faire mieux ... 97
B. Un cadre institutionnel distinct ... 99
II. Les difficultés de la gouvernance belge en matière de climat ... 102
III. Klimaatzaak ... 105

5. **Leghari c. Federation of Pakistan (2015)** ... 109
Théophile Keïta
I. Le changement climatique comme menace des droits fondamentaux ... 112

A. La procédure de contentieux d'intérêt public au service du dialogue environnemental ... 112
B. L'approche par les droits de l'Homme comme fondement de la justice climatique ... 115

II. Le juge acteur de la lutte contre le changement climatique par la condamnation de l'inaction des États ... 119

A. La responsabilité de l'État pour inaction dans les mesures d'adaptation ... 119

1. *Le rôle déterminant de la preuve scientifique* ... 119
2. *La responsabilité de l'État : l'inaction dans la mise en œuvre des mesures d'adaptation* ... 121

B. La création d'institutions pour assurer le suivi des politiques environnementales par le juge : une sanction touchant à la gouvernance des enjeux environnementaux ... 122

1. *La création institutionnelle : l'action de l'État sous le contrôle du juge* ... 123
2. *La création institutionnelle comme nouvelle forme de gouvernance des enjeux environnementaux* ... 124

6. Ridhima Pandey c. Union Indienne et autres (2017) ... 129
Marellia Auger

I. Un recours en insuffisance climatique engagée par une mineure, avec demande d'injonction, rejeté par le *National Green Tribunal* ... 132

A. Faire constater le défaut d'effectivité du cadre législatif ... 132
B. Le refus de la demande d'injonction pour renforcer l'effectivité du cadre législatif ... 134

II. Le rejet inattendu de la demande : les silences laissés par le *National Green Tribunal* ... 136

A. Le silence du juge sur les devoirs constitutionnels de l'État ... 136
B. Le silence du juge sur la doctrine du *public trust* et le principe d'équité intergénérationnelle ... 138

7. Thomson c. Minister for climate change issues (2017) ... 141
Antoine Le Dylio

I. Les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre doivent être réévalués en fonction de connaissances scientifiques actualisées ... 145

A. La publication d'un nouveau rapport d'évaluation du GIEC impose un réexamen des objectifs adoptés en application du Climate Change Response Act ... 146
B. La circonstance qu'une Contribution nationale satisfait l'objectif mondial de réduction des émissions de GES ne permet pas d'en déduire qu'elle est appropriée pour la Nouvelle-Zélande ... 147
II. Une justiciabilité des Contributions nationales limitée par le contrôle restreint du juge ... 148
A. Sur la justiciabilité des objectifs fixés par la Contribution nationale ... 148
B. Un contrôle restreint du contenu de la Contribution nationale ... 149

8. Jeunes c. Colombie (2018) ... 153
Camila Perruso
I. Le contexte juridique favorable pour faire face à la problématique climatique ... 155
A. La mobilisation pertinente de l'action de tutelle ... 156
1. *Un outil constitutionnel garant des droits fondamentaux* ... 156
2. *Les conditions de procédure remplies selon la Cour suprême colombienne* ... 157
B. Le raisonnement fondé sur l'internationalisation du droit ... 159
1. *La protection colombienne de l'environnement* ... 159
2. *La réception d'instruments internationaux climatiques* ... 160
II. La portée juridique novatrice de la décision climatique confrontée à l'effectivité ... 162
A. Le raisonnement tourné vers la sauvegarde d'intérêts collectifs ... 162
1. *Les droits des générations futures préservés* ... 163
2. *La personnalité juridique de l'Amazonie colombienne reconnue* ... 164
B. L'effectivité mitigée de la décision de tutelle ... 164
1. *Les injonctions tournées vers la gouvernance environnementale* ... 165
2. *Les défis de la mise en œuvre de la décision* ... 166

9. Les aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse (2018) ... 169
Raphaël Mahaim
I. Le contexte législatif suisse relatif au changement climatique ... 170

A. Le respect de la législation suisse en matière de politique climatique ... 170
1. *Les bases légales et leur conformité au droit supérieur* ... 170
2. *La réforme législative en cours* ... 172
B. La particularité suisse : absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales ... 173
II. Le contenu de la requête ... 174
A. La qualité pour recourir et la recevabilité de la requête ... 174
B. Les actes attaqués ... 176
C. Les principaux griefs matériels invoqués ... 178
III. La procédure judiciaire ... 179

10. Commune de Grande-Synthe et Damien Carême c. l'État français (2019) ... 183
Christian Huglo
I. Une triple procédure lancée par le maire de Grande-Synthe et sa commune particulièrement exposée aux effets néfastes du changement climatique ... 185
A. La vulnérabilité de la commune de Grande-Synthe face au réchauffement climatique : si l'évidence *a priori* n'est pas affirmée l'intérêt pour agir ne peut être contesté ... 185
B. Les deux recours en annulation devant le Conseil d'État : faire constater l'inaction de l'État en matière d'adaptation et d'atténuation ... 187
II. L'argumentaire déployé dans les recours ... 188
A. Faire constater une atteinte aux droits de l'homme à l'image de l'affaire néerlandaise Urgenda ... 188
B. Le non-respect des engagements internationaux et européens et l'insuffisance du droit national ... 189

11. « Les People's Climate Case » c. Union européenne (2019) ... 193
Estelle Brosset, Ève Truilhé
I. Ce que l'on savait déjà : l'obstacle de la recevabilité des recours individuels au juge de l'Union en matière climatique ... 195
A. Un obstacle prévisible ... 196
B. Un obstacle pourtant non définitif ? ... 198

II. Ce que l'on ignore toujours : quelle appréciation de la politique climatique de l'Union par son juge ? ... 200
A. Les arguments convaincants des requérants ... 200
B. L'appréciation à venir (?) du juge : une appréciation encore incertaine ... 202

12. Pays-Bas c. Urgenda (2019) ... 207
Delphine Misonne
I. L'ascension vers la Cour suprême ... 207
A. Le génie d'Urgenda ... 207
B. Le contexte ... 209
C. L'arrêt de la Cour d'appel ... 211
D. Le poids de la science ... 212
II. Le climat devant la Cour suprême ... 212
A. Un pourvoi en cassation ... 212
B. Une décision définitive ... 213
C. Un jugement *urbi et orbi* ... 214
D. La teneur du pourvoi ... 214
III. Que l'État « fasse sa part » ... 215
A. Les droits fondamentaux ... 215
B. La communauté de vue dans les sociétés modernes ... 216
C. L'individualisation de la responsabilité ... 217
D. Chiffrer la part équitable ... 218
E. La séparation des pouvoirs ... 219

13. Notre affaire à tous et autres c. l'État français (2019) ... 223
Christel Cournil, Antoine Le Dylio, Paul Mougeolle
I. Retenir la violation d'une obligation générale de lutte contre le changement climatique ... 225
A. La construction de l'obligation générale de lutte contre le changement climatique ... 226
B. L'absence de définition de la portée extraterritoriale de l'obligation générale ... 227
II. Consacrer un principe général du droit « climatique » ... 228

A. L'intérêt de faire découvrir un nouveau PGD en matière environnementale ... 228
B. Un PGD à dimension intergénérationnelle, ancré dans une multitude de textes juridiques à la finalité convergente. ... 229
C. Un PGD construit sur les expériences contentieuses étrangères ... 230
III. Faire reconnaître et cesser le préjudice écologique ... 231
A. Le préjudice écologique devant le juge administratif ... 231
B. Un préjudice écologique caractérisé par le surplus d'émissions de GES, constitutif d'une atteinte non négligeable aux éléments et aux fonctions de l'atmosphère ... 232
C. Une injonction visant à faire cesser le préjudice écologique ... 233

14. ENvironnement JEUnesse c. Procureur général du Canada (2019) ... 235
Géraud de Lassus St-Geniès
I. Déclarer que l'inaction climatique du Canada viole les droits de la personne : une demande inédite ... 237
II. Déclarer que l'inaction climatique du Canada porte atteinte aux droits fondamentaux : une demande justiciable ... 241
III. Déclarer que l'inaction climatique du Canada porte atteinte aux droits fondamentaux : une question de procédure ... 244

15. Familles d'agriculteurs bio et Greenpeace c. Allemagne (2019) ... 247
Paul Mougeolle
I. Sur la recevabilité des prétentions des requérants ... 248
A. Sur la nature administrative et la justiciabilité du recours ... 249
B. Sur les conditions de l'intérêt à agir dans le cadre de ce recours administratif allemand : un débat laissé ouvert ... 250
1. *Malgré le manque d'intérêt à agir de Greenpeace, des obstacles surmontables pour les associations en Allemagne ?* ... 250
2. *Une évaluation* prima facie *incomplète du bien-fondé des prétentions des requérants individuels* ... 252
II. Malgré l'absence de faute manifeste détectée dans ce cas d'espèce, un jugement en ligne avec la jurisprudence *Urgenda* ... 254
A. Sur l'impossibilité d'attaquer directement le manquement à la décision interministérielle ... 255

B. Sur l'absence de violation manifeste des droits fondamentaux dans ce cas d'espèce ... 256

1. Sur l'absence de pertinence de l'obligation de l'État de respecter les droits fondamentaux des requérants ... 256

2. La reconnaissance de la nécessité d'établir une protection climatique minimale ... 257

16. Juliana *et al.* c. États-Unis *et al.* (2016-2020) ... 263
Emnet Gebre

I. Une avancée certaine dans la reconnaissance des préjudices liés aux changements climatiques ... 267

A. Le rejet de l'exception d'incompétence ... 267

1. La reconnaissance de l'existence d'un préjudice concret et particulier ... 267

2. La reconnaissance du lien de causalité ... 268

B. Le non-rejet du fondement constitutionnel des préjudices invoqués ... 269

1. L'invocation potentiellement recevable d'une violation des droits fondamentaux ... 269

2. L'invocation potentiellement recevable du principe de la fiducie publique ... 271

II. Une résistance certaine à la reconnaissance de la capacité du pouvoir judiciaire à statuer sur des litiges climatiques ... 274

A. Le rejet du caractère réparable du préjudice ... 274

1. Une réparation permettant de réparer le préjudice allégué ... 274

2. Une réparation à la portée du pouvoir judiciaire ... 276

B. Le spectre de la *Doctrine* de la question politique ... 276

1. La première et la troisième hypothèse de la jurisprudence Baker ... 277

2. La deuxième hypothèse de la jurisprudence Baker ... 277

17. Affaires *Greta Thunberg*, *Teitiota* et *Torrès* (2019-2020) ... 281
Christel Cournil

I. L'arrivée prévisible et prometteuse des demandes climatiques devant les Comités onusiens ... 284

A. Un contexte favorable : la prise de conscience des enjeux environnementaux du système onusien de protection des droits de l'Homme ... 284

1. Le tournant « climatique » du système onusien de protection des droits de l'Homme ... 284
2. Des Comités onusiens nouvellement réceptifs ... 286
B. Des Comités onusiens face aux allégations environnementales et climatiques ... 288
1. Une « jurisprudence » limitée, mais progressivement sensible aux allégations environnementales devant le CDH ... 288
2. Des demandes stratégiques et médiatiques de « vulnérables climatiques » devant le CDH et le CDE : la construction des figures de « victimes climatiques » ... 290
II. Les enseignements à tirer sur les demandes de reconnaissance des atteintes aux droits de l'Homme liées au changement climatique devant les Comités onusiens ... 293
A. La reconnaissance des allégations climatiques par le Comité des droits de l'Homme ... 293
1. Une menace qui justifie l'admissibilité de la Communication et la reconnaissance d'une obligation de non-refoulement en matière climatique ... 293
2. La difficile preuve de la violation du droit à la vie en matière climatique ... 295
B. Les demandes inédites restantes à trancher devant le CDE ... 296
1. L'atteinte à un quadruple fondement : les droits à la vie, à la santé, à la culture et l'intérêt supérieur de l'enfant ... 296
2. La recevabilité de la plainte, la demande de reconnaissance de violation collective, la dimension intergénérationnelle de la menace climatique ... 299

Titre 2. Les actions préventives contre des décisions exacerbant le changement climatique ... 303

18. Affaire « Paramos » (2016) ... 307
Franck Laffaille
I. Constitution écocentrique et protection juridictionnelle renforcée des ressources naturelles ... 308
A. La limitation de la liberté économique, condition de la protection renforcée des ressources naturelles ... 308

B. La protection du droit de propriété, condition de la protection renforcée du droit à la terre ... 310

II. Constitution écocentrique et protection juridictionnelle spécifique des *paramos,* acteurs de la stabilité du système climatique ... 312

A. Une protection renforcée des paramos, zones d'importance écologique spéciale, au nom du « service climatique » rendu aux écosystèmes ... 312

B. La protection des paramos, condition du respect du droit à la vie et le droit à l'eau ... 314

19. Earthlife Africa Johannesburg c. ministère des Affaires environnementales et autres (2017) ... 317
Daniel Owona

I. L'irrégularité de la décision du Directeur en chef ... 322

A. L'évaluation climatique : une condition préalable à la délivrance de l'autorisation environnementale du projet Thabametsi ... 322

1. *L'interprétation du juge sur le caractère obligatoire de l'évaluation climatique* ... 322

2. *L'interprétation du NEMA à la lumière de la section 24 de la Constitution : l'évaluation climatique, un outil de protection intergénérationnelle des individus* ... 324

3. *L'apport du droit international : le principe de précaution en appui* ... 325

B. La non-prise en compte des impacts climatiques du projet Thabametsi ... 327

1. *Le constat de la faible considération des impacts climatiques dans le rapport d'EIE* ... 327

2. *La confirmation de la possibilité d'examen de la décision du Directeur en chef* ... 328

II. L'incohérence de la décision de la ministre des Affaires environnementales ... 329

A. L'incompétence de la Ministre en matière d'annulation d'une autorisation environnementale confirmée ... 329

B. Le réexamen de l'opportunité de délivrance de l'autorisation environnementale ... 330

20. **Push Sweden, Fältbiologerna et autres c. Gouvernement suèdois (2018)** ... 333
Pau de Vílchez Moragues

I. **Les contours de la stratégie juridique du recours** ... 335
A. **Une riche argumentation juridique** ... 336
B. **Une argumentation rejoignant celle d'autres procès climatiques en cours** ... 338

II. **Les spécificités de l'espèce à sa portée juridique limitée** ... 339
A. **La limitation de la requête à un projet concret** ... 339
B. **La question de l'extraterritorialité** ... 342
C. **Une demande de dommages et intérêts contreproductive** ... 344

21. **Greenpeace Nordic Ass'n et Nature and Youth c. Ministry of Petroleum and Energy (2018-2020)** ... 347
Antoine Le Dylio

I. **La reconnaissance d'un droit à l'environnement, incluant la protection du climat** ... 350
A. **La reconnaissance d'un droit substantiel à l'environnement** ... 350
1. *Un droit substantiel à l'environnement* ... 351
2. *La sanction du droit à l'environnement conditionnée à la gravité du dommage environnemental résiduel* ... 352
B. **La traduction du droit à l'environnement en matière climatique** ... 352
1. *Une évaluation conjointe des émissions de GES résultant de la décision avec les autres émissions sectorielles* ... 352
2. *La prise en compte des émissions extraterritoriales de GES lors de la combustion* ... 353

II. **Le maintien des permis au prix d'une argumentation rocambolesque** ... 355
A. **Des émissions de GES issues du secteur pétrolier à l'échelon national sous le seuil de gravité** ... 355
B. **Les conséquences de la décision pour les émissions de GES issues de la combustion à l'étranger** ... 357

22. **Indigenous Environmental Network c. US Department of State (2018-2019)** ... 361
Sandy Cassan-Barnel

I. La question de l'impact climatique du projet, au centre de la demande des requérants ... 364

A. Les demandes socio-environnementales et procédurales ... 365

B. Un argumentaire solide autour de l'impact climatique du projet ... 366

1. L'analyse des émissions de GES : un projet climaticide ? ... 366

2. L'argument relatif au changement de politique du Gouvernement ... 367

II. L'existence de fondements juridiques aux arguments relatifs à l'impact climatique du projet constatée par la Cour ... 368

A. La réception, par la Cour, des arguments liés à l'impact climatique du projet ... 368

1. La reconnaissance d'une carence dans l'analyse des effets cumulatifs des GES ... 369

2. La sanction de l'absence de motivation du changement de politique en matière de lutte contre le changement climatique ... 369

B. La place importante du *National Environmental Policy Act* dans les décisions de la Cour ... 371

1. Le caractère déterminant du NEPA dans le contrôle effectué par la Cour ... 371

2. La stratégie de l'administration Trump pour écarter l'application du NEPA ... 372

23. Affaires du Triangle de Gonesse (2019) ... 375
Marine Fleury

I. La perméabilité du contrôle de légalité à l'argument climatique ... 378

A. L'argument climatique et légalité de l'étude d'impact ... 378

B. Argument climatique et légalité interne du PLU ... 380

II. L'efficacité relative de l'argument climatique dans le contrôle de légalité ... 382

A. Un argument incertain ... 382

B. Un argument auxiliaire ... 384

24. Affaires des extensions des aéroports de Vienne et Londres ... 387
Paul Mougeolle

I. Le clair-obscur climatique de l'affaire autrichienne relative à l'expansion aéroportuaire de Vienne ... 388

A. L'annulation de l'autorisation de construction de la troisième piste rendue par le Tribunal administratif fédéral en faveur du climat . 389
B. Un jugement renversé par la Cour constitutionnelle en raison de son caractère prétendument gravement arbitraire 390
1. *Un recadrage de l'interprétation de la loi sur le trafic aérien par la Cour constitutionnelle* 391
2. *Une cassation critiquée et critiquable* 392
II. L'obligation de prendre en compte le climat dans le cadre de l'expansion de l'aéroport londonien d'Heathrow 394
A. Le rejet de la requête en première instance 395
B. L'annulation du projet d'extension d'Heathrow par la Cour d'appel en raison de l'absence de considération d'impacts climatiques et de l'Accord de Paris 396
1. *Différend concernant l'interprétation de l'adéquation de l'objectif climatique du Climate Change Act de 2008 avec l'Accord de Paris* . . 396
2. *La nécessité de prendre en compte l'Accord de Paris au titre du Planning Act et de la directive SEA relative à l'évaluation environnementale* 397
3. *Au-delà de l'Accord de Paris, la nécessité de prendre en compte d'autres impacts et objectifs climatiques au titre du principe de précaution* 398
4. *La justification de l'intervention du pouvoir judiciaire dans cette affaire hautement controversée politiquement* 399

PARTIE 2
LES ACTIONS DIRIGÉES CONTRE LES ENTREPRISES PRIVÉES

TITRE 1. LES ACTIONS CURATIVES EN DIRECTION DES PRINCIPALES ENTREPRISES ÉMETTRICES DE GAZ À EFFET DE SERRE 405

25. AMERICAN ELECTRIC POWER COMPANY C. CONNECTICUT (2011) 409
Pauline ABADIE
I. La *common law* fédérale, une source clair-obscur du droit américain 412
A. Le débat sur la *common law* fédérale 412
B. La survivance d'une *common law* fédérale spéciale aux contours progressivement définis 414

1. *La* common law *fédérale spéciale sous habilitation législative expresse* ... 414
2. *La common law fédérale spéciale hors habilitation et la nécessité de préserver l'intégrité du système de gouvernement fédéral* ... 415

C. **La *common law* fédérale spéciale et la lutte contre le changement climatique** ... 416
1. *Le principe contestable du recours au droit étatique comme règle de fond* ... 416
2. *Une common law fédérale résiduelle et* a minima ... 417

II. Le juge fédéral de *common law* enserré dans la théorie du *displacement* ... 418

A. **La neutralisation du pouvoir judiciaire fondée sur l'objet direct (*speak directly*)** ... 419
1. *La pluralité de contrôles possibles et leurs incidences sur l'éviction de la common law fédérale* ... 419
2. *La réduction des émissions de CO_2 "directement abordée" par la loi sur la protection de l'air et son dispositif réglementaire* ... 420

B. **La neutralisation fondée sur la seule délégation à l'EPA** ... 421
1. *L'indifférence aux mesures effectivement prises au titre de la loi* ... 421
2. *L'agence, premier décideur en raison de son expertise* ... 422
3. *Le problème des émissions de CO_2 sous le seul contrôle du juge fédéral «juge de l'administration»* ... 423

26. Native Village Of Kivalina c. Exxon Mobil Corp. (2012) ... 427
Pierre Spielewoy

I. Sur les conditions classiques de la recevabilité en matière environnementale : une sévérité exceptionnelle des tribunaux dans un contexte d'assouplissement de ces conditions ... 430

A. **Sur la doctrine de la « *non-justiciable political question* » et la question de l'indétermination politique préalable des émissions de GES** ... 430
B. **Sur la notion de « *Fairly Traceable* » déterminante de la causalité et la question de l'accueil de l'argumentation scientifique en matière climatique** ... 433
C. **Sur la notion du « *parens patriae* » et la prise en compte du caractère autochtone des requérants** ... 435

II. Sur l'applicabilité du *Clean Air Act* en matière climatique et ses conséquences : incertitudes pour l'avenir des contentieux climatiques ... 436
A. Conséquences sur le champ d'application de la *Common Law* en matière environnementale : la mort annoncée de la *Public Nuisance Doctrine* ? ... 436
B. Conséquences de l'affirmation de l'applicabilité du *Clean Air Act* : une applicabilité de principe pour quel champ d'application ? ... 438
C. Conséquences pour la protection des droits des communautés et des individus concernés par le réchauffement climatique ... 439

27. Lliuya c. RWE (2016) ... 441
Fanny Giansetto
I. Au stade de la recevabilité : les difficultés quant à la détermination du fait générateur et du dommage ... 443
A. L'imprécision de la demande ... 444
B. La réparation préventive et partielle du dommage ... 444
II. Au fond : la question du lien de causalité ... 447
A. La nécessaire démonstration d'un triple lien de causalité ... 447
B. La difficile imputation à un auteur déterminé ... 448

28. Ville d'Oakland et the People of State of California c. BP P.L.C *et al.* (2018) ... 451
Laura Canali
I. Les enjeux procéduraux de l'affaire ... 452
A. La recherche d'un consensus scientifique ... 452
B. La détermination de la compétence juridictionnelle ... 453
1. *La doctrine de la préemption* ... 454
2. *La compétence d'attribution des tribunaux fédéraux* ... 455
II. La détermination du droit fédéral applicable ... 456
A. L'invocation de la doctrine du « *federal displacement* » ... 456
B. L'application du droit fédéral de la nuisance publique ... 457
III. L'étendue du pouvoir juridictionnel ... 458
A. La prudence vis-à-vis des souverainetés étrangères ... 458
1. *La portée extraterritoriale de la décision juridictionnelle* ... 458

2. *La présomption contre l'extraterritorialité de la* common law *fédérale* ... 459

B. La prudence juridictionnelle, l'autolimitation du juge ... 461

1. *Limitation du pouvoir juridictionnel : le respect de la séparation des pouvoirs* ... 461
2. *Limite du pouvoir juridictionnel : le délicat jugement d'une société* ... 462

29. Ville de New York c. BP, Chevron, Conocophillips, Exxonmobil, et Royal Dutch Shell (2018) ... 465
Filippo P. Fantozzi

I. Le contentieux climatique comme réponse nécessaire à la vulnérabilité du territoire ... 468

A. Une action en responsabilité imposée par les coûts de résilience territoriale : l'urgence de corriger les conséquences des choix stratégiques des *carbon majors* ... 468

B. Des outils juridiques ordinaires au service de l'argumentaire climatique : une interprétation orientée de la *state common law* traditionnelle ... 472

II. La primauté de la sphère politique en tant que frein aux impératifs de justice corrective ... 474

A. Extraterritorialité, diplomatie et prérogatives politiques : l'apparence d'une souveraineté irréfragable dans la gouvernance des questions climatiques ... 475

B. L'allocation des coûts entre dommages et externalités négatives : une occasion manquée de consacrer l'approche corrective de la *tort law* ... 478

30. État de Rhode Island c. Chevron *et al.* (2019) ... 483
Filippo P. Fantozzi

I. Une convergence juridictionnelle entre contraintes de gouvernance publique et objectifs de justice climatique ... 486

A. Dommages climatiques et finances publiques : une action en responsabilité menée par l'État dans sa qualité de victime du réchauffement global ... 486

B. La corrélation entre commercialisation des combustibles fossiles et impacts localisés : orientations et nuances juridiques d'une nouvelle responsabilité climatique ... 488

II. La consolidation d'une souveraineté judiciaire étatique face à l'inaction des autorités fédérales ... 491

A. Une stratégie contentieuse potentiellement efficace : l'établissement de la compétence d'une juridiction étatique pour décider des questions de responsabilité climatique ... 492

B. Réparer, protéger, punir : la branche judiciaire comme moyen de reconquête de la souveraineté étatique face au recul de l'action fédérale en matière climatique ... 495

TITRE 2. LES ACTIONS PRÉVENTIVES VISANT À LIMITER L'IMPACT CLIMATIQUE ... 499

31. GREENPEACE ASIE DU SUD-EST ET AUTRES C. CARBON MAJORS (2015-2020) ... 503
Marine DENIS

I. Le choix de la saisine de la Commission des droits humains des Philippines pour trancher une question climatique ... 507

A. La Commission des droits humains aux Philippines mise au défi de la lecture climatique des droits humains ... 507

1. Alerter sur la vulnérabilité de la population des Philippines au changement climatique ... 507

2. Faire reconnaître une atteinte à la jouissance des droits humains résultant des impacts du changement climatique ... 508

B. Exercer un pouvoir d'enquête pour reconnaître des violations des droits humains liées au changement climatique ... 510

1. Le champ de compétence pour enquêter : la bonne conformité ... 510

2. La marge de manœuvre étroite de la Commission ... 511

II. Les obligations du secteur privé en matière de droits humains et de changement climatique ... 512

A. L'identification des responsabilités des *Carbon Majors* dans la violation des droits fondamentaux liés à leurs activités émettrices ... 512

1. L'invocation de rapports scientifiques pour cibler la responsabilité des carbon majors ... 512

2. Réinterpréter la soft law pour demander à la Commission de suggérer au législateur d'établir des obligations de vigilance climatiques à l'égard des entreprises ... 514

B. De la difficulté d'établir les obligations des entreprises en matière climatique ... 517
1. *Le refus des obligations extraterritoriales à la poursuite du «business model»* ... 517
2. *Le rôle de vigie de la Commission* ... 518

32. Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, Banktrack et Milieudefensie c. Ing Bank (2017) ... 521
Catherine Colard-Fabregoule

I. Le choix d'une procédure non contraignante devant un organisme de médiation appliquant des règles de *soft law* ... 523
A. Des principes relevant de la *soft law* ... 523
B. Une action devant le Point de contact national néerlandais ... 524

II. Une procédure qui participe à l'appréciation et à l'amélioration de la performance climatique des établissements financiers ... 526
A. Clarification des pratiques, cristallisation du principe de conduite responsable des entreprises au sujet de la performance climatique des banques ... 527
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 ... 530

33. Milieudefensie et autres c. Shell (2019) ... 535
Louis Duthoit

I. Sur la violation du *duty of care* ... 538
II. La contribution d'un acteur privé au réchauffement climatique ... 541
III. Sur la violation des articles 2 et 8 de la CEDH ... 543

34. Notre affaire à tous et autres c. TOTAL (2020) ... 547
Paul Mougeolle

I. L'intégration du climat au plan de vigilance : un acquis théorique et pratique, également reconnu par Total ... 549
II. Litige relatif à l'apport substantiel de la vigilance en matière climatique ... 550
A. Identifier le degré de vigilance requis en matière climatique : nécessité de s'aligner avec un scénario 1,5°C ? ... 551

B. Le caractère nécessairement raisonnable des demandes : une limite annihilant les effets de la loi en matière climatique ? ... 556

III. Devoir de vigilance climatique : compétence des juridictions ordinaires et intérêt à agir ... 558

A. La compétence du juge de droit commun dans le cas d'espèce climatique ... 558

B. Sur l'intérêt à agir du collectif d'associations et de collectivités ... 559

Partie 3

Les actions dirigées contre les activistes climatiques

35. Affaires « des décrocheurs » (2019-2020) ... 564

Antoine Le Dylio, Paul Mougeolle

I. L'exigence d'un danger actuel ou imminent : le dérèglement climatique ou la carence étatique ? ... 567

A. Le péril du dérèglement climatique, un danger actuel ou imminent ... 567

B. Agir contre la carence des pouvoirs publics : un acte adapté au regard de la crise climatique mondiale ? ... 570

II. Le décrochage de portraits du président de la République, une réponse nécessaire et proportionnée à la carence étatique ? ... 571

A. Sur le caractère adapté et nécessaire d'une contestation de la carencedu président de la République ... 571

B. Le caractère proportionné : le décrochage, seul acte envisageable pour combattre la carence du président de la République ? ... 572

36. Activistes climatiques c. Crédit suisse et le ministère public (2020) ... 575

Raphaël Mahaim, Marie-Pomme Moinat, Irène Wettstein

I. Le Contexte ... 576

A. L'état de fait ... 576

B. Les infractions pénales en cause ... 577

II. Le procès de première instance ... 578

A. La préparation des débats ... 578

B. L'audience ... 580

C. Le jugement ... 581

III. Les suites ... 585
A. Les réactions ... 585
B. La procédure de deuxième instance ... 586

Conclusion ... 587
Mathilde Hautereau-Boutonnet
I. Derrière l'étude des règles processuelles dans les différents ordres : choisir le juge ... 588
II. Derrière l'étude des règles substantielles dans les différents ordres : convaincre le juge ... 591

Résumés des affaires ... 597
Index ... 611
Table des affaires citées ... 623
Références bibliographiques sélectives ... 637

Table des matières ... 655

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)
Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :
Cédric Hamel, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :
Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :
© Julia Demarque

3er trimestre 2020

Les grandes affaires climatiques

Cet ouvrage est inédit dans sa démarche. En s'inscrivant dans la tradition juridique des célèbres « Grands arrêts », cette publication collective émanant de plus d'une trentaine d'auteurs a pour ambition de mettre en exergue les principaux contours de la « Justice climatique ». L'ouvrage rassemble un échantillon représentatif d'affaires contentieuses rendues ou encore en instance dans le monde sur des questions climatiques très variées (demande indemnitaire de « victimes climatiques », contestation de projets jugés « climaticides », manque d'ambition climatique des États, non-respect des trajectoires de réduction des gaz à effet de serre, demande de désinvestissements dans les énergies fossiles, poursuites d'activistes, etc.).

Offrant un panorama sur une progressive métamorphose de la responsabilité des États et des entreprises, cet ouvrage permet de mieux cerner les arguments juridiques soulevés devant des « juges » très différents (juridiction nationale, tribunal régional, quasi-juridiction nationale ou internationale, mécanisme non juridictionnel, etc.). Ainsi dévoilées « côté à côte », ces affaires climatiques mettent en perspective autant les obstacles particulièrement importants que rencontrent les requérants que les « fenêtres » parfois semblables qu'ouvrent certains juges dans des systèmes juridiques pourtant très différents. Dès lors, les cruciales questions ayant trait à l'évolution de la responsabilité, à la justiciabilité en matière climatique, à l'intérêt à agir, à l'établissement du lien de causalité et à la délicate répartition de la « part » de responsabilité des nombreux émetteurs de gaz à effets de serre, y seront exposées. Sont également retracés les points communs entre les affaires (réception de l'Accord de Paris, invocation des droits fondamentaux, contrôle des actes réglementaires, injonction réparatrice, etc.).

En définitive, cet ouvrage constitue un outil à la fois pratique et théorique à destination des universitaires, des avocats, des magistrats, des étudiants et des juristes des ONG qui travaillent sur la gouvernance climatique ; celle-ci devant désormais inclure les décisions rendues par les juges.

Christel Cournil est Professeure de droit public à Sciences Po Toulouse. Elle est membre du Laboratoire des Sciences Sociales du Politique (LASSP) et membre associé au IDPS de l'Université Sorbonne Paris Nord.

Influence des droits est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).