



21 Changement climatique et responsabilité

Quelles normativités ?

Sous la direction de
Marta Torre-Schaub, Luca d'Ambrosio, Blanche Lormeteau

Selon la science du climat et les 195 États signataires de la Convention des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, chaque émission de gaz à effet de serre d'origine anthropique contribue au changement climatique. Les experts du GIEC estimaient déjà à l'époque qu'une élévation au-dessus de 2°C de la température moyenne de la Terre devait être considérée comme un changement climatique dangereux pour les systèmes humains et naturels.

L'Accord de Paris de 2015, signé par 196 États, vise à empêcher une hausse des températures au-delà des 2°C par rapport à l'ère préindustrielle, et si possible 1,5°C afin de limiter les dégâts. Pourtant et comme une première version du prochain rapport du GIEC le laisse entendre, il est désormais peu probable que les objectifs de l'Accord puissent être atteints. Au rythme actuel des émissions, la barre des 1,5°C sera très probablement dépassée dès 2040. Selon les scientifiques, cette hausse des tempéra-

tures globales engendrera des conséquences catastrophiques sur tous les habitants de la planète, ainsi que sur la biodiversité, notamment marine. Pour inverser cette trajectoire, il faudrait dès lors réduire drastiquement les émissions de gaz à effet de serre. Faute d'actions suffisantes de la part de la communauté internationale, des États et des industries fossiles, il convient de se demander la part des différents acteurs dans ces carences.

Nous partons du postulat suivant : le droit joue un rôle essentiel dans l'interface avec la science du climat, la gouvernance mondiale du climat et le décideur politique (international, national). Dans cette perspective, il convient de se demander quels mécanismes juridiques peuvent être mobilisés pour éviter le pire.

Ainsi, poser la question de l'action ou de l'inaction en termes de responsabilité ou d'irresponsabilité climatique semble non seulement pertinent mais tout à fait nécessaire.

Pour autant, appréhender le changement climatique et ses effets dommageables sous l'angle de la responsabilité n'est guère nouveau. La notion de « responsabilités communes mais différenciées » apparaît déjà sur le plan international dès 1980 dans plusieurs conventions et traités puis dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de Rio de Janeiro de 1992. Toutefois, si la responsabilité climatique est bien présente sur le plan international, on s'accorde à considérer que la lutte contre le changement climatique, en termes de responsabilité, constitue plutôt un échec au niveau de la communauté internationale. L'Accord de Paris aurait pu relancer et renforcer la notion de responsabilité mais celle-ci semble plus diffuse et diluée que jamais.

Ce dossier montre que la « responsabilité climatique » existe bel et bien mais qu'il s'agit d'une notion en pleine construction, voire, redéfinition. La responsabilité climatique se construit pour nous en dehors d'un droit spécifique du climat. Elle s'enracine autant dans le droit international des droits de l'homme que dans les différents droits constitutionnels nationaux ainsi que dans les droits civil, administratif et pénal des différents systèmes juridiques. Elle cible tant les États que les acteurs privés. Elle peut être réclamée par la société civile ou par d'autres institutions ou organisations nées d'un même sentiment de solidarité et de révolte contre l'inaction. Nous parlons ici des villes qui se regroupent pour faire des actions en justice, des collectifs scientifiques et des universitaires qui se posent désormais, par les actions en responsabilité, comme des acteurs fondamentaux pour lutter contre le changement climatique.

Quelques décisions rendues dans les derniers mois permettent de faire le constat de l'envergure d'un tel mouvement.

En février 2018, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a émis un avis historique qui assimile la protection de l'environnement aux droits de l'homme, forçant ainsi les pays d'Amérique latine, et au-delà, à lutter plus énergiquement contre le changement climatique.

En mars 2018 une Cour fédérale aux États-Unis a rendu une opinion favorable aux requérants dans l'affaire *Juliana et al. c. USA* relative à la violation des droits fondamentaux à la vie et à la propriété de vingt et un citoyens mineurs par le changement climatique : les juges fédéraux ont rejeté l'appel interjeté par le Gouvernement et ont ainsi ouvert la voie à un procès sur le fond.

Entre avril et mai 2018, plusieurs collectivités territoriales des États du Colorado et de Washington ont rejoint le mouvement des actions en justice introduites par d'autres comtés (Santa Cruz et San Mateo en Californie) et villes américaines (Oakland, San Francisco et New York) afin d'obliger les entreprises extractives à se charger des coûts des mesures d'adaptation nécessaires à protéger leurs territoires et populations des effets du changement climatique. Le mouvement des acteurs non étatiques contre les entreprises du fossile ne semble pas être destiné

à s'arrêter sur les deux côtes des États-Unis : en février 2018, le Conseil de la Ville de Paris a également manifesté la volonté « d'étudier la faisabilité d'assigner en justice les pétroliers pour leur responsabilité dans le changement climatique ».

En avril, la Cour Suprême de la Colombie a rendu une décision remarquable dans laquelle la responsabilité de l'État est reconnue au titre de « son devoir de protection de la forêt amazonienne et de son rôle essentiel dans l'équilibre climatique pour les générations présentes et futures ».

Face à de telles évolutions, les actions Urgenda aux Pays Bas et Leghari au Pakistan, ou encore celle visant à assigner le géant allemand de l'électricité RWE par un paysan péruvien, toutes datant de 2015, constituent les prémices d'un mouvement désormais planétaire qui, réclame des responsabilités face aux dégâts et aux risques engendrés par le changement climatique.

La mobilisation de la responsabilité juridique dans le domaine du climat implique dès lors une adaptation et une évolution de cette catégorie juridique ainsi que de ses conditions. Face à des risques de dommages catastrophiques, la responsabilité juridique se tourne nécessairement vers l'avenir, mettant l'accent sur sa fonction de prévention et d'anticipation. Dès lors que classiquement elle vise plutôt les actions passées, ses conditions – notamment la causalité – seront exposées à des déplacements, voire à des transformations, dans le but de mieux appréhender la complexité des changements climatiques. Face à un tel phénomène, des nouvelles notions participent au renouvellement de droit de la responsabilité et à son adaptation au changement climatique : pensons tout particulièrement à des concepts tels que les « nouvelles vulnérabilités », la « société durable », le « droit à un climat stable », les « engagements climatiques volontaires », le « devoir de diligence », ou encore la « carence fautive » ou « duty of care ».

Ce dossier montre également que l'émergence d'une responsabilité climatique suppose l'affirmation de nouveaux « droits » pour les citoyens mais également de nouveaux « devoirs » pour les acteurs impliqués : une plus grande « responsabilisation climatique ». Prenons ainsi la Constitution espagnole qui, dans son article 45, inscrit la responsabilité environnementale des personnes publiques en les soumettant à des obligations « de protéger et [d']améliorer la qualité de la vie et à veiller à l'utilisation rationnelle des ressources naturelles, défendre et restaurer l'environnement en ayant recours à l'indispensable solidarité collective », ou l'article 73 de la Constitution suisse qui dispose que « la confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain ». Pensons enfin à l'Accord de Paris qui préconise que les « entités non parties » développent leurs actions en faveur du climat en encourageant l'affiche de ces actions sur le portail des acteurs non-étatiques. Et c'est

bien ce qu'il ressort à la lecture de derniers contentieux climatiques lorsqu'il est réclamé un « droit à un climat stable » et une « obligation de vigilance climatique accrue ».

Issu d'une journée d'étude franco-américaine organisée le 14 mars 2018 à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne sous la direction de Marta Torre-Schaub, Luca d'Ambrosio et Blanche Lormeteau avec le soutien de l'Institut de sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, le Programme Alliance, l'université Columbia de New York et la Mission droit et Justice, ce dossier a pour ambition d'offrir des premiers éléments d'analyse d'ordre théorique et pratique sur la mobilisation de la responsabilité juridique dans le domaine du changement climatique. Il s'appuie sur les travaux menés par des juristes européens et américains dans le cadre de deux programmes de recherche pilotés par Marta Torre-Schaub, *Legal Aspects of Climate Change Studies : Pathways to Green Innovation* (université Paris 1/Sabin Center for Climate Change Law de l'université de Columbia) et *Les Dynamiques du contentieux climatique, usages et mobilisations du droit pour la cause climatique* (université Paris 1/ Mission de recherche « Droit et Justice »).

Les différentes contributions ici recueillies montrent l'importance de poser la question climatique en termes de responsabilité juridique. Mais la responsabilité, telle qu'elle existe aujourd'hui, si elle est bien un outil essen-

tiel au service de la lutte et de l'adaptation au changement climatique, se voit « interrogée », voire « bousculée », tel un curseur, par les modifications que le changement climatique oblige d'opérer dans le droit. Ce dossier revisite ainsi la responsabilité juridique, à la fois en tant que mécanisme du droit mais également en tant qu'institution elle-même, dans l'objectif d'observer ses mutations et les nouvelles normativités qu'elle fait émerger dans le droit actuel.

Ce dossier se divise en plusieurs parties. Une première partie intitulée **Responsabilité et changement climatique, une normativité à construire ?** recueille les contributions de Michael Gerrard, Maryse Deguerge et François Guy Trébulle. La deuxième partie porte sur **Les apports du contentieux climatique à la construction d'une Responsabilité** et présente les contributions de Marta Torre-Schaub, Blanche Lormeteau, Luca d'Ambrosio, Sophie Lavallée et Emnet Gebre. La troisième partie sous l'intitulé **La construction du lien de causalité dans la responsabilité climatique** accueille les contributions de Mireille Bacache, François Lafforgue, Christian Huglo et Michael Burger.

Paris, le 27 juin 2018

Marta Torre-Schaub, Luca d'Ambrosio,
Blanche Lormeteau

- Michael B. GERRARD**, article traduit de l'anglais par **Charleyne BIONDI**, L'évolution des actions en justice climatique aux États-Unis, de George W. Bush à Donald Trump : article 22
- Maryse DEGUERGUE**, Pollution de l'air et responsabilité de l'État : article 23
- François Guy TRÉBULLE**, Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? : article 24
- Marta TORRE-SCHAUB**, La construction d'une responsabilité climatique au prétoire : vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique ? : article 25
- Blanche LORMETEAU**, Conceptualisation de l'aléa climatique au prisme de la force majeure : une relecture du contentieux *Xynthia* : article 26
- Luca D'AMBROSIO**, La « responsabilité climatique » des entreprises : une première analyse à partir du contentieux américain et européen : article 27
- Sophie LAVALLÉE**, Le contentieux climatique au Canada, à l'ère de l'Accord de Paris : article 28
- Emnet GEBRE**, La justiciabilité des affaires climatiques sous le prisme des droits de l'homme : un aperçu des obligations internationales de l'État : article 29
- Mireille BACACHE**, Changement climatique, responsabilité civile et incertitude : article 30
- François LAFFORGUE**, L'établissement du lien de causalité en matière de santé-environnement devant le juge français et son potentiel pour le contentieux climatique : article 31
- Christian HUGLO**, L'utilité du recours au rapport Heede dans le contentieux climatique : article 32
- Michael BURGER**, Expertise scientifique et lien de causalité dans le cadre du contentieux climatique : le point de vue de la doctrine américaine : article 33

22 L'évolution des actions en justice climatique aux États-Unis, de George W. Bush à Donald Trump



Michael B. GERRARD,

*Andrew Sabin professor of professional Practice,
directeur du Sabin Center for Climate Change Law,
président du faculty of Columbia University's Earth Institute,
consultant Senior du Cabinet Arnold & Porter*

article traduit de l'anglais par
Charleyne BIONDI

Les États-Unis ont plus de procès sur le climat que tous les autres pays du monde réunis. La nature du litige a tendance à varier selon le parti qui détient la Maison Blanche. Pendant les administrations démocrates (Barack Obama), les poursuites ont tendance à être intentées par des sociétés industrielles et des États à tendance républicaine, alléguant que le Gouvernement fédéral en fait trop pour lutter contre le changement climatique. Pendant les administrations républicaines (George W. Bush, Donald J. Trump), la plupart des poursuites sont intentées par des groupes environnementaux et des États démocrates, alléguant que le Gouvernement fédéral en fait trop peu. À l'heure actuelle, ces demandeurs intentent de nombreuses poursuites contestant les efforts déployés par l'administration Trump pour abroger les règlements existants et pour aider à la production de combustibles fossiles. En outre, plusieurs procès ont été intentés par les villes et les comtés contre les grandes compagnies pétrolières et gazières cherchant une compensation monétaire pour les dommages causés par la combustion des combustibles fossiles qu'ils produisent. Des cas sont en suspens affirmant que l'ancienne doctrine de la confiance publique fait implicitement partie de la Constitution des États-Unis et exige que le Gouvernement fédéral prenne davantage de mesures contre le changement climatique. De nombreuses poursuites prétendent que les impacts des projets proposés auraient dû être analysés dans les déclarations d'impact environnemental préparées en vertu de la loi nationale sur la politique environnementale de 1970. De nombreuses poursuites contestent la construction ou l'exploitation d'installations qui extraient des combustibles fossiles (mines de charbon et pétrole, puits de gaz), les transportent (comme les pipelines) et les brûlent (comme les centrales électriques). Les autorités gouvernementales enquêtent également sur plusieurs grandes sociétés concernant l'exactitude de leurs divulgations aux actionnaires et aux régulateurs gouvernementaux.

1 - Les actions en justice climatique se multiplient depuis le début des années 2000, mais leur objet change selon l'occupant de la Maison Blanche. Sous George W. Bush, la plupart des poursuites sont engagées par des associations environnementales et des États à majorité démocrate lesquels, frustrés par l'inertie du Gouvernement fédéral, cherchent à imposer de nouvelles réglementations environnementales ou à bloquer le développement de projets liés aux énergies fossiles. Sous Obama, ce sont principalement des groupes industriels et des États à majorité républicaine qui cherchent à empêcher la mise en place de nouvelles réglementations environnementales. Et aujourd'hui, sous Donald Trump, les actions en justice climatique sont en grande partie menées par des associations environnementales et des États à majorité démocrate pour défendre les réglementations adoptées par le Président Obama, et pour contourner l'hostilité du Gouvernement fédéral envers la lutte contre le changement climatique.

2 - Plus de 100 procès concernant l'impact du réchauffement climatique ou la réduction des gaz à effet de serre ont été intentés aux États-Unis en 2017 ; 82 d'entre eux visaient explicitement la déréglementation fédérale en matière environnementale. Ces actions en justice sont toutes recensées sur le site web du Centre Sabin pour la loi sur le changement climatique, à l'université de Columbia : www.climatecasechart.com.

3 - **Contexte.** – George H. W. Bush est élu Président en 1989 (succédant à Ronald Reagan auprès duquel il occupait le poste

de Vice-Président) ; puis échoue à se faire réélire face à Bill Clinton, en 1992. Républicain, Bush-père signe cependant la convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique, qui est à l'époque largement ratifiée par le Sénat américain. Il signe aussi des amendements au *Clean Air Act* qui renforcent la réglementation sur la pollution de l'air (bien que le texte n'aborde pas directement la question du réchauffement climatique).

4 - Le Président démocrate Bill Clinton et son Vice-Président Al Gore gouvernent ensuite de 1993 à 2001. En 1997, Al Gore dirige la délégation américaine à la conférence de Kyoto et soutient officiellement le protocole de Kyoto ; mais le Sénat vote la résolution Byrd-Hagel à 95 contre 0, qui interdit aux États-Unis de signer tout accord international sur le climat qui n'imposerait pas les mêmes contraintes de réduction des émissions de gaz à effet de serre aux pays en développement (notamment la Chine et l'Inde), au prétexte que cela nuirait sérieusement à l'économie américaine. Du fait de cette résolution, Bill Clinton n'a jamais soumis le protocole de Kyoto à la ratification du Sénat, et les États-Unis sont ainsi le seul grand État à n'avoir jamais ratifié le protocole de Kyoto. Le Conseil Général de l'agence américaine pour la protection de l'environnement (EPA) a présenté un avis selon lequel le *Clean Air Act* autoriserait l'EPA à réglementer les émissions de gaz à effet de serre, mais l'EPA n'a finalement jamais exercé ce pouvoir.

5 - Le Président George W. Bush et son Vice-Président Dick Cheney (en fonction de 2001 à 2009) inversent rapidement la tendance. Le Président Bush-fils, républicain, rejette le protocole de Kyoto, tandis que le nouveau Conseil Général de l'EPA infléchit les positions de son prédécesseur. Le directeur de l'EPA est nommé par le Président et confirmé par le Sénat. Par conséquent, la politique de l'EPA reflète souvent l'orientation du Président, bien qu'en théorie cet alignement soit limité par les lois environnementales adoptées par le Congrès. De nombreuses poursuites judiciaires sont alors engagées pour forcer l'EPA et d'autres agences gouvernementales à lutter contre le changement climatique : c'est la première vague d'actions en justice climatique aux États-Unis. En 2007, la Cour suprême rend une décision emblématique dans l'affaire *Massachusetts c. EPA*¹, confirmant que le *Clean Air Act* autorise l'EPA à réglementer les émissions de gaz à effet de serre. L'administration de Bush/Cheney n'a cependant rien fait pour que l'EPA puisse exercer cette autorité.

6 - L'administration démocrate de Barack Obama et Joe Biden représente un autre tournant majeur dans la politique environnementale américaine. Obama demande au Congrès d'adopter une loi pour lutter contre le dérèglement climatique. C'est ainsi qu'en juin 2009, la chambre des représentants vote de justesse un projet de loi exhaustif sur le plafonnement et l'échange de droits d'émissions ; mais cette proposition de loi, connue sous le nom de Waxman Markey, n'obtient pas au Sénat les 60 voix nécessaires pour être ratifiée. À la suite de cet échec, Obama ordonne à l'EPA d'utiliser l'autorité statutaire qui lui est reconnue pour réglementer les émissions de gaz à effet de serre. L'EPA le prend au mot et publie une étude officielle concluant que les gaz à effet de serre représentent un danger pour la santé publique et le bien-être – condition préalable pour pouvoir agir en vertu du *Clean Air Act*². L'EPA prend ensuite une série de règlements limitant les émissions de gaz à effet de serre provenant de sources fixes (telles que les usines et les centrales électriques)³ et de sources mobiles (comme les véhicules motorisés)⁴. Presque toutes ces mesures sont contestées devant les tribunaux : c'est la deuxième vague d'actions en justice climatique aux États-Unis. La plupart de ces réglementations ont malgré tout survécu, même si parties d'entre elles ont été invalidées parce qu'excédant l'autorité statutaire de l'EPA⁵.

7 - La politique américaine en matière de climat change à nouveau de cap en 2017 avec l'arrivée au pouvoir de Donald Trump et de son Vice-Président Mike Pence. L'administration républicaine actuelle nie qu'un dérèglement climatique est en train de se produire, que celui-ci est essentiellement provoqué par les émissions de gaz à effet de serre et que l'activité humaine (notamment la combustion d'énergies fossiles) en est la cause principale. Le Gouvernement de Donald Trump travaille donc activement à démanteler toute la structure réglementaire pour la protection de l'environnement qui a été mise en place pendant (et même avant) la présidence d'Obama ; c'est ce qui a déclenché la troisième vague d'actions en justice climatique, toujours en cours aujourd'hui. La suite de cet article s'attachera à décrire cette troisième vague et ses différents composants.

8 - **Contester la réglementation environnementale de l'ère Obama.** – Le *Clean Power Plan*, la mesure phare de l'administration Obama, visait essentiellement la réduction de l'utilisation du charbon dans la production d'électricité ; mais la Cour

suprême a ajourné sa mise en application, en attendant les verdicts de procès en cours⁶. La cour fédérale d'appel pour le Circuit du District de Columbia a entendu l'argument « en banc » en septembre 2016 ; mais Donald Trump a fait de l'abrogation de cette règle une de ses promesses de campagne, l'EPA a entamé des démarches pour que celle-ci se réalise⁷, et en attendant, la cour fédérale d'appel pour le Circuit du District de Columbia (le DC Circuit) maintient l'affaire en suspens.

9 - Des groupes industriels ont déposé plainte pour contester les normes d'efficacité énergétique, de réfrigération, d'émissions automobiles et d'énergies renouvelables. Un exemple remarquable est celui de *Mexichem Fluor c. EPA*, où l'entreprise a attaqué la réglementation sur les hydrofluorocarbures (un groupe de produits chimiques qui sont de puissants gaz à effet de serre). En août 2017, le DC Circuit donne raison à Mexichem Fluor en établissant que la réglementation en question ne relevait pas de la compétence de l'EPA⁸. Puis en janvier 2018, le tribunal rejette les demandes de réexamen du dossier et de nouvelle audition qui sont sollicitées par plusieurs fabricants de produits chimiques de substitution aux hydrofluorocarbures et par des associations environnementales⁹.

10 - Dans la lutte contre le changement climatique, les deux camps ont lancé des poursuites en vertu de la loi sur la liberté de l'information, toujours dans l'espoir d'avoir accès à des documents détenus par des entités publiques¹⁰.

11 - Des associations environnementales ont intenté plusieurs actions en justice pour obtenir que des mesures soient prises face aux nombreuses pétitions déposées auprès de l'administration Obama mais laissées sans réponse¹¹.

12 - **Contester la dérèglementation de l'ère Trump.** – L'administration Trump cherche ouvertement à révoquer toutes les réglementations environnementales de l'ère Obama. Pour l'en empêcher, l'opposition a recours aux tribunaux dès qu'il est possible de contre-attaquer l'une des tentatives de dérèglementation. La plainte s'articule en général autour des questions suivantes :

- la procédure a-t-elle été correctement suivie, notamment en ce qui concerne la participation du public ?
- une raison suffisante a-t-elle été avancée pour justifier ce changement de politique ?
- ce changement de politique est-il bien compatible avec la législation sous-jacente ?

13 - Dans de nombreuses affaires, ce sont les délais ou les reports de la date de mise en conformité des réglementations environnementales passées sous l'administration Obama qui sont mis en question ; ou alors le retrait, le retard ou le fait que ces réglementations n'aient pas été publiées alors qu'elles étaient déjà en cours au moment où le Président Trump a imposé un gel des nouvelles réglementations environnementales¹².

14 - La plupart de ces affaires n'ont pas été tranchées ; mais il y a quelques exceptions : par exemple, dans le cas de l'affaire

6. *West Virginia v. EPA*, 136 S.Ct. 1000 (2016).

7. 82 Fed.Reg. 48035 (Oct. 16, 2017).

8. 866 F.3d 451 (D.C. Cir. 2017).

9. *Index No. 15-1328* (D.C. Cir. Jan. 26, 2018).

10. E.g., *Competitive Enterprise Institute v. U.S. Department of State*, Civ. No. 1 :18-cv-00276 (D.D.C., Feb. 7, 2018) ; *Judicial Watch, Inc. v. U.S. Department of Commerce*, Civ. No. 15-cv-2008 (D.D.C., Aug. 21, 2017) ; *Ecological Rights Foundation v. EPA*, Civ. No. 3 :18-cv-00394 (N.D.CA, Jan. 18, 2018) ; *Sierra Club v. U.S. Dept. of Interior*, Civ. No. 4 :18-cv-00797 (N.D. CA, Feb. 6, 2018).

11. *Humane Society of the United States v. Pruitt*, Civ. 1 :17-cv-01719-CRC (Aug. 23, 2017) ; *Center for Biological Diversity v. EPA*, Civ. 3 :17-cv-00720 (N.D. CA, Feb. 13, 2017).

12. E.g., *California v. EPA* (D.C. Cir., May 1, 2018) ; *Natural Resources Defense Council v. Pruitt*, Civ. No. 17-1157 (D.C. Cir., June 15, 2017).

1. 549 U.S. 497 (2007).

2. 74 Fed.Reg. 66496 (Dec. 15, 2009).

3. 80 Fed.Reg. 64,662 (Oct. 23, 2015) ; 80 Fed.Reg. 64,510 (Oct. 23, 2015).

4. 40 C.F.R. § 86.1818-12(h).

5. *Coalition for Responsible Regulation v. EPA*, 684 F.3d 102 (D.C. Cir. 2012), *aff'd in part, rev'd in part*, *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 134 S.Ct. 2427 (2014).

Clean Air Council c. Pruitt concernant une réglementation de l'EPA sur les fuites de méthane provenant des activités pétrolières et gazières, le DC Circuit a conclu que l'administration Trump ne pourrait pas retarder la date d'entrée en vigueur du règlement sans passer par la loi de procédure administrative¹³. Une autre décision (qui ne concernait pas explicitement le réchauffement climatique mais impliquait un programme-clé visant la réduction de la consommation d'énergie) a conclu que le ministère de l'Énergie retardait de façon inappropriée l'application des normes d'efficacité énergétique pour certains appareils ménagers et équipements industriels¹⁴.

15 - La plupart de ces affaires sont de nature purement procédurale. Dans le meilleur des cas, elles permettent de ralentir les efforts de dérégulation de l'administration Trump en matière environnementale, mais ne peuvent pas complètement y mettre un terme – à moins, bien sûr, que le Congrès ne redevienne démocrate après les élections de novembre 2018, auquel cas la dérégulation pourrait être ralentie encore davantage.

16 - **Défier l'industrie des énergies fossiles.** – De nombreuses actions en justice sont engagées contre des projets liés aux énergies fossiles, comme l'installation de nouveaux gazoducs ou d'infrastructures accueillant du gaz naturel liquéfié. La revendication la plus fréquente soutient que ces projets ne prennent pas suffisamment en compte le dérèglement climatique, en violation de la loi nationale sur l'environnement (NEPA).

17 - Un jugement particulièrement important dans cette catégorie est celui de *Sierra Club c. La Commission Fédérale de la Régulation de l'Énergie (FERC)* qui, pour examiner le cas d'un gazoduc traversant l'Alabama, la Géorgie et la Floride, a considéré que la FERC devrait aussi tenir compte des gaz à effet de serre produits une fois que le gaz transporté serait utilisé comme combustible, c'est-à-dire à la sortie du gazoduc¹⁵. Plusieurs autres affaires en instance soulèvent cette question des émissions en aval, ainsi que la question de savoir quel type d'analyse cumulative est requise pour mesurer l'impact environnemental d'un projet¹⁶.

18 - La location d'espaces terrestres et maritimes pour l'extraction de gaz et de pétrole fait également l'objet de plaintes¹⁷, notamment dans le cas de terrains classés Monument national¹⁸.

19 - Par ailleurs, plusieurs développeurs de projets ont poursuivi en justice les États qui leur ont refusé des permis pour la construction de gazoducs ou de terminaux d'exportation de charbon¹⁹.

20 - **Un échec d'adaptation face au changement climatique.** – Les actions en justice climatique se multiplient, et pourraient bien apporter de nouvelles solutions là où nous avons justement échoué à nous adapter au changement climatique. À titre d'exemple, la remarquable affaire *Conservation Law Foundation c. Exxon*, établit qu'un terminal pétrolier près du port de Boston n'a pas pris suffisamment de mesures pour se protéger contre les fuites de pétrole qui pourraient être causées par les tempêtes. La

plainte a survécu à une motion de rejet et est aujourd'hui en cours de plaidoirie²⁰. Les mêmes plaignants ont intenté une action similaire contre Shell Oil à Rhode Island²¹.

21 - Des revendications similaires sont aussi formulées dans le cadre de plaintes concernant la Loi Nationale pour l'Environnement (NEPA) à propos de la non-prise en compte de l'impact climatique des projets de développement d'infrastructures²².

22 - **Dommages et intérêts contre l'industrie des énergies fossiles.** – De nombreuses poursuites judiciaires ont été intentées à la fin années 2000 et au début des années 2010 pour réclamer aux compagnies pétrolières, en vertu de la loi fédérale sur les nuisances, le versement de dommages et intérêts pour le préjudice causé par le changement climatique. Cependant, toutes ces plaintes ont été rejetées au motif que la loi fédérale sur les nuisances était supplantée par le *Clean Air Act*²³.

23 - Mais la question reste ouverte de savoir si les lois de droit commun des États (qui ont aussi des lois sur les nuisances) sont elles aussi invalidées ou si elles demeurent applicables. Depuis juillet 2017, il y a eu une série de nouvelles affaires relevant du droit commun des États sur les nuisances et d'autres doctrines – huit d'entre elles portées par des comtés et des villes de Californie²⁴, une par la ville de New York²⁵, une par Boulder dans le Colorado²⁶, et une par le comté de King dans l'État de Washington où se trouve la ville de Seattle²⁷.

24 - Certains de ces procès demandent des dommages et intérêts généraux ; d'autres réclament une compensation pour la construction de digues et d'autres protections contre l'élévation du niveau de la mer. Tous en sont pour l'instant au stade préliminaire. Les premières questions que les tribunaux doivent trancher sont de savoir si le droit commun des États sur les nuisances s'applique aux émissions de gaz à effet de serre, et si ces jugements doivent être rendus par un tribunal d'État ou par un tribunal fédéral.

25 - **Exxon ou l'industrie des contentieux.** – En 2015, à la suite de révélations parues dans plusieurs journaux, le procureur général de New York, Eric Schneiderman, annonce qu'il enquête sur Exxon Mobil en vertu de la loi Martin, la loi sur les valeurs mobilières de New York (Blue Sky laws). Cette même loi avait été utilisée par le procureur général Eliot Spitzer contre plusieurs entreprises de Wall Street, puis par le procureur général Andrew Cuomo contre les services publics d'électricité et Peabody Energy, une grande compagnie charbonnière (tous les deux sont par la suite devenus gouverneur de New York). Le procureur général du Massachusetts, Maura Healey, lance une investigation similaire : les deux États assignent donc Exxon à comparaître avec leurs comptables, Pricewaterhouse Coopers (PwC). La cour d'appel de New York rejette la demande de PwC de protéger les

13. 862 F.3d 1 (D.C. Cir. 2017).

14. *Natural Resources Defense Council v. Perry*, Civ. 3 : 17-cv-03404-VC (N.D. CA Feb. 15, 2018), stay granted, No. 18-15380 (9th Cir., Apr. 11, 2018).

15. No. 16-1329 (D.C. Cir. 2017).

16. *Catskill Mountainkeeper v. Federal Energy Regulatory Commission*, Civ. No. 16-345 (D.C. Cir., February 5, 2016) ; *Atchafalaya Basinkeeper v. U.S. Army Corps of Engineers*, Civ. No. 3 : 18-cv-00023-SDD-EWD (Jan. 11, 2018).

17. E.g., *Wilderness Workshop v. U.S. Bureau of Land Management*, Civ. No. 1 : 18-cv-00987 (D.Colo. April 26, 2018) ; *Wildearth Guardians v. U.S. Bureau of Land Management*, Civ. No. 4 : 18-cv-00073-BMM (D. Mont. May 15, 2018).

18. *Wilderness Society v. Trump*, Civ. No. 1 : 17-cv-02587 (D.D.C., Dec. 4, 2017).

19. *Constitution Pipeline Co. v. N.Y. State Dep't of Environmental Conservation*, 868 F.3d 87 (2d Cir. 2017) ; *Lighthouse Resoures v. Inslee*, No. 3 : 18-cv-05005-RJB (W.D. WA 2018).

20. Civ. No. 1 : 16-cv-11950-MLW (D. MA Sept. 13, 2017).

21. *Conservation Law Foundation v. Shell Oil Products US*, Civ. No. 1 : 17-cv-00396 (D. R.I., Aug. 28, 2017).

22. *Aqualliance v. U.S. Bureau of Reclamation*, Civ. No. 1 : 15-CV-754 (E.D. CA Feb. 15, 2018) ; *Idaho Rivers United v. U.S. Army Corps of Engineers*, No. C14-1800JLR (W.D. WA, Feb. 9, 2016) ; *Kunaknana v. U.S. Army Corps of Engineers*, No. 3 : 13-cv-00044 (July 22, 2014).

23. *American Electric Power v. Connecticut*, 549 U.S. 497 (2007) ; *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 696 F.3d 849 (9th Cir. 2012), cert. denied, 133 S.Ct. 2390 (2013) ; *Comer v. Murphy Oil*, 585 F.3d 855 (5th Cir. 2009) ; *California v. General Motors Corp.*, No. C06-05755 (N.D. CA Sept. 17, 2007).

24. E.g., *County of San Mateo v. Chevron Corp.*, No. 17CIV03222 (July 17, 2017) ; *People of State of California ex rel. Herrera*, CGC-17-561370 (Super. Ct. S.F. Co., Sept. 19, 2017).

25. *City of New York v. BP P.L.C.*, No. 18 cv 182 (SDNY Jan. 9, 2018).

26. *Board of County Commissioner of Boulder County v. Suncor Energy (U.S.A.), Inc.* (Dist. Ct., Boulder Co., CO, Apr. 17, 2018).

27. *King County v. BP P.L.C.*, No. 18-2-11859-0 (Super. Ct. King Co., WA, May 9, 2018).

communications de l'entreprise avec ses avocats en vertu du secret professionnel (le *attorney-client privilege*)²⁸.

26 - Exxon riposte sur plusieurs fronts. L'entreprise poursuit les procureurs généraux Schneiderman et Healey devant la cour fédérale du Texas, arguant que leur enquête était politiquement motivée et donc déplacée. Cette plainte est transférée à la cour de district du sud de New York, qui la rejette²⁹. Exxon conteste également – sans succès – l'enquête de M^{me} Healey devant le tribunal de l'État du Massachusetts³⁰.

27 - Exxon a également entamé une procédure au Texas pour chercher à discréditer les avocats représentant les villes et les comtés de Californie, avant-même l'ouverture du procès pour nuisance publique mentionné ci-dessus³¹. Cela semble relever d'une même stratégie visant à établir que les poursuites contre Exxon sont politiquement motivées. Exxon a aussi reproché aux villes et aux comtés qui se sont déclarés menacés par l'élévation du niveau de la mer de ne pas faire mention de ce risque dans l'émission de leurs obligations municipales.

28 - **La Constitution et la « Doctrine du Trust ».** – *Our Childrens Trust*, une organisation à but non lucratif établie dans l'Oregon, a aidé à organiser plusieurs procès à travers le pays, affirmant que l'ancienne « doctrine du trust » (le principe selon lequel certaines ressources sont mises par la Nation sous la garde de l'État, et non sous sa propriété) s'applique à l'atmosphère et oblige donc les Gouvernements à lutter contre le réchauffement climatique. La plupart de ces plaintes ont été rejetées³², mais

l'une d'entre elles a trouvé des soutiens. Dans l'affaire *Juliana c. États-Unis*, le tribunal de district de l'Oregon a rejeté la demande d'irrecevabilité des accusés et a conclu que la « Doctrine du Trust » pouvait avoir un fondement constitutionnel dans le cadre d'une application régulière du droit substantiel, autorisant ainsi la poursuite de la procédure avec une date de procès fixée au 5 février 2018³³. Lorsque le tribunal de district a refusé la demande d'appel des accusés, ces-derniers ont entamé un recours pour un *mandamus* au neuvième circuit ; mais le neuvième circuit, qui avait initialement mis le procès en attente, a rejeté leur requête. Le tribunal a finalement fixé la date du procès au 29 octobre 2018.

29 - **Conclusion.** – Depuis 1952, le parti qui contrôle la Maison-Blanche change tous les 4 ou 8 ans. Depuis 2001, cette alternance s'est aussi traduite par des revirements brutaux de la politique américaine en matière d'environnement et de climat. Le parti qui n'est plus au pouvoir fait alors un usage intensif des tribunaux dans le but de limiter la capacité du nouveau président à changer de politique. Ces actions en justice sont chronophages, fatigantes et coûteuses, mais suscitent souvent une publicité considérable. Elles permettent de ralentir les revirements politiques mais ne peuvent les empêcher complètement. Ces actions en justice sont aussi un moyen d'exprimer le point de vue de ceux qui ne sont pas au pouvoir, et donnent aux tenants de ce point de vue l'espoir que les tribunaux les aideront là où les électeurs ne l'ont pas fait.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

28. *People of the State of N.Y. v. PricewaterhouseCoopers LLP*, 2017 N.Y. Slip Op. 85534 (Sept. 12, 2017).

29. *Exxon Mobil Corp. v. Schneiderman*, 1 :17-cv-02301-VEC (S.D.N.Y., March 29, 2018).

30. *Exxon Mobil Corp. v. Attorney General*, 479 Mass. 312 (Sup.Jud.Ct. MA 2018).

31. *In re Exxon Mobil Corp.*, No. 096-297222-18 (Dist. Ct. Tarrant Co., TX, Jan. 8, 2018).

32. *Alec L. v. Jackson*, 863 F. Supp. 2d 11 (D.D.C. 2012), *aff'd* 561 Fed. App'x 7 (D.C. Cir. 2014) ; *Sanders-Reed v. Martinez*, No. D-101-CV-2011-01514

(1st Dist. Santa Fe Cty July 14, 2012) ; *Bonser-Lain v. Texas Commission on Environmental Quality*, Cause No. D-1-GN-11-002194 (Dist. Ct., Travis Cty. July 9, 2012).

33. 217 F. Supp.3d 1224 (D. OR 2016).

23 Pollution de l'air et responsabilité de l'État



Maryse DEGUERGUE,
professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
(École de droit de la Sorbonne)

La pollution de l'air est désormais prise au sérieux par le juge administratif qui a enjoint à l'État de prendre des plans et des mesures, tant au niveau national que local, qui soient efficaces pour ramener cette pollution au-dessous des seuils fixés par le droit européen et le droit français. Malgré la carence de l'État, la mise en cause de sa responsabilité est semée d'embûches pour réparer les dommages causés aux personnes comme à l'environnement, malgré les avancées législatives de 2008 et 2016.

1 - La pollution de l'air est à l'origine de la mort prématurée de 48 000 Français chaque année, cause de mortalité en troisième place derrière le tabac et l'alcool. Si les personnes peuvent se prémunir, par un effort de leur volonté, contre ces deux derniers fléaux, elles ne peuvent pas se soustraire aux substances nocives qu'elles respirent chaque jour, sauf à rester cloîtrées chez elles et encore... Ce constat de bon sens, appuyé par un chiffre relayé par tous les médias, conduit à considérer les Français comme des victimes, potentielles ou réelles, d'une pollution de l'air diffuse et insidieuse, à laquelle l'État ne cherche pas à remédier ou, s'il tente de le faire, qui révèle son impuissance à protéger la santé de ses citoyens. Dans les deux cas, il semble que l'on puisse évoquer la carence de l'État à réaliser deux des objectifs de l'ordre public, à savoir la sécurité et la salubrité publiques.

2 - Mettre en cause la responsabilité de l'État pour carence suppose qu'il ait compétence pour agir en matière de lutte contre la pollution de l'air, qui n'est pas étrangère au changement climatique, puisque les émissions de gaz à effet de serre (GES) polluent et réchauffent l'air tout à la fois. Cette compétence existe bien : elle résulte de l'article L. 220-1 du Code de l'environnement qui donne compétence à l'État, mais aussi aux collectivités territoriales et aux établissements publics, pour œuvrer à une politique de l'air, pour veiller à sa qualité, prévenir la pollution de l'air et lutter contre les émissions de GES¹. Même si c'est une compétence partagée avec les personnes privées, la compétence étatique est primordiale et est du reste confortée par le droit européen.

3 - Le même article précise que la politique de l'air est une « action d'intérêt général » qui vise à mettre en œuvre un droit subjectif reconnu à chacun : le « droit à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé ». Par conséquent, les personnes victimes d'une pollution atmosphérique peuvent faire valoir un droit lésé devant les juges administratifs, seuls compétents pour engager la responsabilité de l'État, et cette lésion est susceptible de constituer un préjudice réparable, dès lors qu'il est prouvé et évalué en argent.

1. C. env., art. L. 220-1 : « L'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que les personnes privées concourent, chacun dans le domaine de sa compétence et dans les limites de sa responsabilité, à une politique dont l'objectif est la mise en œuvre du droit reconnu à chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé. Cette action d'intérêt général consiste à prévenir, à surveiller, à réduire ou à supprimer les pollutions atmosphériques, à préserver la qualité de l'air et, à ces fins, à économiser et à utiliser rationnellement l'énergie. 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 ».

4 - Cette compétence dévolue à l'État est même qualifiée de « priorité nationale » par l'article L. 229-1 du Code de l'environnement, lequel considère que la lutte contre l'intensification de l'effet de serre et la prévention des risques liés au réchauffement climatique sont des priorités nationales. Si les mots du droit de l'environnement ont un sens, une priorité nationale implique une impérieuse obligation pour l'État qui le contraint à mettre en place les institutions et les réglementations nécessaires à cette action d'intérêt général, que le législateur n'a quand même pas été jusqu'à qualifier de service public. La question de savoir si l'obligation en cause est une obligation de résultat ou simplement de moyens n'est pas tranchée par les textes, car mesurer l'air qui ne nuit pas à la santé est à proprement parler une gageure, étant donné que la capacité de résistance à la pollution de l'air est différente d'une personne à l'autre. C'est l'une des difficultés auxquelles se heurte le juge pour faire respecter cette obligation.

5 - Du point de vue institutionnel et réglementaire, l'État remplit ses obligations. Une loi du 19 février 2001 a créé un observatoire national sur les effets du réchauffement climatique², rattaché depuis 2008 à la direction générale de l'énergie et du climat du ministère en charge de l'Environnement. Cet observatoire a par exemple institué 28 indicateurs du changement climatique, dont le dernier en date est le « stock nival dans les massifs montagneux français au 1^{er} mai ». Par ailleurs, il n'y a pas moins de quatre instruments de planification intéressant la qualité de l'air : le plan national d'adaptation au changement climatique, élaboré par ledit observatoire, le plan national de réduction des émissions de polluants atmosphériques, les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE), qui ont remplacé les plans régionaux pour la qualité de l'air, et enfin les plans de protection de l'atmosphère élaborés par les préfets, quand les normes de qualité de l'air ne sont pas respectées dans certaines zones ou dans les agglomérations de plus de 250 000 habitants. Il existe donc une police administrative spéciale de lutte contre la pollution de l'air et le changement climatique. Or, depuis longtemps, la carence des autorités de police à prendre une réglementation, à faire respecter une réglementation exis-

2. L. n° 2001-153, 19 févr. 2001, tendant à conférer à la lutte contre l'effet de serre et à la prévention des risques liés au réchauffement climatique la qualité de priorité nationale et portant création d'un Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique en France métropolitaine et dans les départements et territoires d'outre-mer : JO 20 févr. 2001, p. 2783, texte n° 2. Cet observatoire (ONERC) figure aux articles L. 229-2 à 4 du Code de l'environnement.

tante ou à faire cesser une pollution est une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique³.

6 - Est-on fondé, dans ces conditions, à dénoncer la carence de l'État en matière de lutte contre la pollution de l'air ? C'était la question posée au Conseil d'État par l'association Les Amis de la Terre qui a donné lieu à un arrêt remarqué en date du 12 juillet 2017⁴. L'argumentation de la requérante s'appuyait essentiellement sur le non-respect du droit européen par l'État français, précisément des objectifs chiffrés à atteindre et des seuils de pollution de l'air à ne pas dépasser, fixés par la directive 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, transposée en droit français aux articles L. 221-1 et R. 221-1 du Code de l'environnement. Ces articles font peser sur l'État trois obligations distinctes : d'abord, une obligation de surveillance de la qualité de l'air et de ses effets sur la santé et l'environnement. Cette surveillance est assurée par le Laboratoire central de surveillance de la qualité de l'air institué par le ministère en charge de l'Environnement. Ensuite, une obligation de fixer des normes de qualité de l'air et des valeurs-guides pour l'air intérieur en conformité avec les normes définies par l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la santé. Ces normes doivent être régulièrement réévaluées pour prendre en compte les résultats des études médicales et épidémiologiques. Respectant cette obligation, l'article R. 221-1 du Code de l'environnement fixe diverses limites, pour chaque polluant, pour chaque année, voire chaque jour. Enfin, une obligation d'élaborer des plans relatifs à la qualité de l'air, lorsque dans une agglomération les niveaux de polluants dépassent les valeurs-limites. Ces plans doivent prévoir des mesures visant le rétablissement des valeurs-limites et, sinon, des mesures appropriées pour que la période de dépassement soit la plus courte possible.

7 - L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 12 juillet 2017 ne reconnaît pas la carence de l'État et n'engage pas davantage sa responsabilité, pour la raison simple que la Haute Assemblée n'était pas saisie d'une action en responsabilité. Elle devait seulement statuer sur une demande d'annulation pour excès de pouvoir de deux décisions implicites de rejet résultant du silence gardé par le Président de la République, le Premier Ministre, les ministres de l'Écologie et de la Santé sur deux demandes émanant de l'association requérante : la première concernait la mise en œuvre de toutes mesures utiles pour ramener sur l'ensemble du territoire national les concentrations en particules fines et dioxyde d'azote à l'intérieur des limites fixées par la directive ; la seconde portait sur l'élaboration d'un ou plusieurs plans relatifs à la qualité de l'air prévoyant des mesures permettant de ramener, dans les zones du territoire où les seuils sont dépassés, les concentrations de particules dans les limites fixées par la directive. La demande d'annulation de ces décisions implicites de rejet était assortie d'une demande d'injonction, afin que le Conseil d'État ordonne aux autorités compétentes la prise de ces mesures et de ces plans.

8 - Le Conseil d'État a prononcé l'annulation des décisions attaquées et a fait usage de son pouvoir d'injonction, dans une décision que l'on peut qualifier de classique, car elle ne fait pas la moindre allusion à la carence de l'État dans l'exercice de son pouvoir réglementaire. Il a simplement constaté l'illégalité pour

violation de la loi de la première décision, en ce que le dépassement des valeurs-limites constitue, dans les zones concernées (16 zones de 2012 à 2014), une méconnaissance des articles du Code de l'environnement. Concernant la seconde décision, il a considéré que les exigences du code étaient méconnues, quand bien même des plans de protection de l'atmosphère ont été adoptés par les préfets pour les zones polluées. Si ces plans « tiennent lieu » de plans relatifs à la qualité de l'air prévus par la directive, ils sont insuffisants au regard des obligations pesant sur les autorités publiques, car ils n'ont pas permis que la période de dépassement des valeurs-limites soit la plus courte possible. Par conséquent, le Conseil d'État fait injonction à ces autorités d'élaborer des plans et de les transmettre à la Commission européenne avant le 31 mars 2018, mais sans prononcer d'astreinte en cas de retard éventuel⁵.

9 - Cet arrêt d'espèce, du point de vue du contrôle de la légalité de deux abstentions des autorités publiques contraires aux textes applicables au litige, est néanmoins remarquable, car il prend au sérieux la pollution de l'air et met en exergue l'inefficacité des réglementations existantes pour parvenir à l'objectif fixé d'une pollution tolérable de l'air qui ne serait pas nocive à la santé et à l'environnement. Pour autant, il paraît peu probable que la responsabilité environnementale de l'État puisse être engagée, dans un contentieux futur, du fait du dépassement des seuils de pollution fixés par le droit, en raison des conditions d'application multiples posées par les deux lois existantes en la matière.

10 - **Prendre au sérieux la pollution de l'air en respectant simplement la législation existante.** – Le Conseil d'État semble en effet vouloir donner un contenu à une obligation de résultat – ne pas dépasser des valeurs-limites de pollution – et contraindre les autorités publiques à élaborer des plans relatifs à la qualité de l'air qui soient efficaces. À cet égard, il se réfère à un arrêt de la CJUE du 19 novembre 2014⁶ qui explique en substance que la seule élaboration d'un plan ne permet pas de considérer que l'État membre a satisfait à ses obligations. Encore faut-il que ce plan permette effectivement de ne pas dépasser les seuils de pollution et qu'il prévoient des mesures appropriées pour mettre un terme, le plus rapidement possible, à un dépassement éventuel desdits seuils. Le Conseil d'État constate que les réglementations existent certes, mais qu'elles sont insuffisantes pour respecter complètement les obligations à la charge de l'État et cette inefficacité est constitutive d'une violation de la loi.

11 - La Haute Assemblée tend ainsi à concrétiser pour la première fois le droit de chacun de vivre dans un environnement « équilibré et respectueux de la santé », selon les termes de l'article 1 de la Charte française de l'environnement de 2004, intégrée dans le Préambule de la Constitution en 2005, qui a élevé au rang constitutionnel le droit à un environnement sain. Si « le droit de chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé », selon la formulation de la loi LAURE du 30 décembre 1996, reprise à l'article L. 220-1 du Code de l'environnement, n'a, lui, qu'une valeur législative, ce droit oblige l'État à prendre toutes les dispositions nécessaires pour garantir un air sain. Il revient donc à l'État de concrétiser ce nouveau « droit à », conçu comme un droit-créance au profit des citoyens, en mettant en œuvre des politiques publiques efficaces et des plans adaptés, afin d'assurer l'effectivité de ce droit. La combativité de l'association requérante s'y emploie.

3. CE, sect., 28 oct. 1977, n° 95537, Cne Merfy : *JurisData* n° 1977-600001 ; Lebon, p. 406 ; JCP 1978, II, 18814, concl. Galabert, où l'inaction du maire, autorité de police, pour faire cesser un dépôt d'ordures sauvages, a été considérée comme une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la commune (faute qui serait aujourd'hui qualifiée simplement de faute de nature à engager cette responsabilité).

4. CE, 12 juill. 2017, n° 394254, Assoc. Les Amis de la Terre : *JurisData* n° 2017-014183 ; AJDA 2018, p. 167, note A. Perrin et M. Deffairi ; RFDA 2017, p. 1135, note A. Van Lang.

5. Le 13 février, le ministre Nicolas Hulot a présenté un plan d'action qui reprend les grandes lignes du Plan national de réduction des émissions de polluants atmosphériques publié en mai 2017 et le 13 avril, il a présenté quatorze feuilles de route élaborées avec les préfets de région pour lutter contre la pollution de l'air.

6. CJUE, 19 nov. 2014, aff. C-404/13, ClientEarth : *JurisData* n° 2014-031545.

12 - L'association requérante avait déjà tenté, en vain, de faire annuler des décisions implicites de rejet sur des demandes différentes relatives à la mise en œuvre du plan de protection de l'atmosphère d'Île-de-France et à la condamnation de l'État à la réparation de son préjudice moral⁷. Tout en déboutant la requérante, au motif que les préfets chargés de la mise en œuvre du plan étaient soumis à une obligation de moyens et non de résultat, le Conseil d'État lui avait ouvert une autre alternative en estimant que « un État peut être mis en cause, de façon globale, en cas de dépassement de ces valeurs ». Dans sa nouvelle action jugée en 2017, l'Association parvient à faire préciser par le Conseil d'État sa conception de l'obligation qui pèse sur l'État : si les préfets n'ont qu'une obligation de moyens, car les plans de protection de l'atmosphère ne sont que « l'un des divers instruments dont dispose l'administration pour ramener les émissions de polluants à un niveau compatible avec les normes de qualité de l'air » définies dans le Code de l'environnement⁸, l'État a une obligation qui s'apparente fort à une obligation de résultat, car il dispose de plusieurs leviers cumulatifs pour aboutir au respect des valeurs limites réglementaires à ne pas dépasser.

13 - Il n'en demeure pas moins que l'arrêt du 12 juillet 2017 ne franchit pas le Rubicon : nulle trace de l'obligation de résultat à la charge de l'État dans la constatation que « le dépassement des valeurs limites de concentration en particules fines et en dioxyde d'azote constitue, pour les zones concernées, une méconnaissance des dispositions du code de l'environnement ». Mais on peut affirmer que la substance de l'obligation de résultat existe à travers l'emploi à trois reprises de l'expression « exigences prévues par la directive et le code de l'environnement » et l'injonction adressée aux autorités publiques d'exercer leur pouvoir réglementaire pour élaborer des plans conformes aux dispositions qu'ils prévoient. Le rapporteur public n'a d'ailleurs pas hésité à recourir à la notion d'obligation de résultat et la doctrine a relevé « la transformation d'un droit gazeux en droit solide »⁹. Toutefois, la portée d'une telle obligation de résultat pose question : si elle est concevable pour l'obligation de passer sous les seuils de pollution tolérés par le droit européen, elle l'est moins pour l'obligation selon laquelle la période de dépassement des valeurs-limites doit être « la plus courte possible ». Il doit y avoir, en ce domaine aussi, un délai raisonnable à ne pas dépasser, dans le dépassement des seuils !

14 - Il n'en demeure pas moins que la carence – même si là encore le mot n'est pas prononcé – du pouvoir réglementaire n'est pas niable. Or, toute carence est fautive dès lors qu'existe une obligation d'agir pour les autorités publiques, et au surplus les illégalités relevées par le juge sont elles aussi fautives. Ces fautes paraissent néanmoins pouvoir difficilement engager la responsabilité de l'État pour trois raisons au moins : tout d'abord, l'invocation des préjudices corporels semble délicate, davantage pour les préjudices individuels que pour les préjudices collectifs, ceux-ci tombant désormais dans le champ de l'action de groupe, que certains ne manqueront pas d'initier sur le fondement de l'article L. 77-10-1 du Code de justice administrative qui renvoie en matière d'environnement à l'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement¹⁰ ; ensuite, l'établissement du lien de causalité entre le dépassement des seuils de pollution tolérés et

le développement d'une maladie paraît voué par avance à l'échec, non seulement en raison du caractère plurifactoriel des cancers ou des maladies des voies respiratoires, mais aussi en raison du croisement de diverses pollutions difficilement imputables à des responsables précisément identifiés ; enfin, il ne faut pas exclure que le comportement des victimes leur soit opposé pour atténuer la faute de l'État, car si ce dernier ne respecte pas ses obligations textuelles, les victimes potentielles ne respectent pas non plus le devoir de vigilance qui leur incombe vis à vis de l'environnement¹¹. La pollution de l'air présente en effet la particularité, par rapport aux autres pollutions, d'être l'affaire de tous sur le mode du slogan « tous responsables ». Aussi, et dans l'immédiat, l'État français risque-t-il plutôt d'être condamné pour manquement à ses obligations européennes, comme le laissent penser les deux précontentieux engagés par la Commission européenne, relatifs aux particules fines et au dioxyde d'azote, et qui ont abouti à un avis du 15 février 2017¹².

15 - En outre, il est à craindre que les objectifs à atteindre soient de plus en plus exigeants. La directive européenne de 2008 a en effet été complétée par une directive du 14 décembre 2016¹³. De nouveaux engagements de réduction des émissions par rapport à ceux de 2005 seront imposés en 2020 pour mettre le droit européen en conformité avec le Protocole de Göteborg révisé en 2012. Indépendamment de l'efficacité des plans de réduction de la pollution, la directive de 2016 entend poursuivre l'effectivité de la réduction des émissions polluantes¹⁴. Le Conseil d'État semble avoir pris la mesure de ces impératifs puisque, en matière de réduction des nuisances lumineuses, il a également usé de son pouvoir d'injonction à l'égard du ministre de l'Environnement pour qu'il prenne, dans les 9 mois, les arrêtés de mise en œuvre d'un décret d'application de la loi Grenelle 2 qui impose cette réduction, en l'assortissant cette fois-ci d'une astreinte de 500 euros par jour de retard¹⁵. La carence du ministre est attestée par le dépassement de 5 ans du délai raisonnable d'un an accordé par le juge administratif pour prendre les arrêtés d'application des décrets.

16 - Si les dommages à la santé des personnes sont difficilement réparables, les dommages à l'environnement peuvent-ils l'être plus facilement sur le fondement des deux lois françaises consacrées à la responsabilité environnementale, à savoir la loi du 1^{er} août 2008 qui transpose la directive européenne du

ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée devant une juridiction civile ou administrative. III. – Cette action peut tendre à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins. IV. – Peuvent seules exercer cette action : 1° Les associations, agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres ; 2° Les associations de protection de l'environnement agréées en application de l'article L. 141-1 ». Quatorze familles de la vallée de l'Arve ont attaqué l'État pour carence fautive devant le TA de Grenoble le 2 mai 2018.

7. CE, 10 juin 2015, n° 369428, Assoc. Les Amis de la Terre, non publié : *Juris-Data* n° 2015-014469.

8. Même arrêt, cons. 3.

9. Concl. S. von Coester : *Dr. envir.* 2017, p. 272. – A. Van Lang, *Protection de la qualité de l'air : de la transformation d'un droit gazeux en droit solide*, note ss l'arrêt du 12 juillet 2017 : *RFDA* 2017, p. 1135.

10. II. « Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du présent code, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à

11. Obligation posée par Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC, M. Z. : *JurisData* n° 2011-015527 ; *Les grands arrêts du droit de l'environnement* (dir. P. Billet et E. Naim-Gesbert) ; Dalloz, 2017, n° 18, p. 142 : « ...chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ».

12. Avis adressant un dernier avertissement à l'Allemagne, la France, l'Espagne, l'Italie et au Royaume-Uni au motif que ces pays n'ont pas remédié aux infractions répétées aux limites en matière de pollution atmosphérique fixées pour le dioxyde d'azote, la plupart des émissions provenant de la circulation automobile (<http://europa.eu/rapid/press-release>).

13. PE et Cons. UE, dir. 2016/2284, 14 déc. 2016 concernant la réduction des émissions nationales de certains polluants atmosphériques (Eur-Lex-32016L2284) : *JOUE* n° L 344, 17 déc. 2016, p. 1.

14. V. le considérant 12 de l'exposé des motifs « La législation de l'Union en matière de lutte à la source contre la pollution atmosphérique devrait permettre d'obtenir effectivement les réductions d'émission attendues ».

15. CE, 28 mars 2018, n° 408974, France Nature Environnement, inédit : *Juris-Data* n° 2018-004843.

21 avril 2004¹⁶, et la loi du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité¹⁷ qui prévoit la réparation du préjudice écologique dit « pur » ?

17 - Réparer les dommages à l'environnement dus à la pollution de l'air en rendant l'État responsable. – Réparer les dommages à l'environnement dus à la pollution de l'air n'est pas plus simple que réparer les dommages aux personnes. En effet, l'article L. 161-2 du Code de l'environnement, qui a codifié la loi de 2008, exclut du champ d'application de la responsabilité environnementale les dommages « causés par une pollution à caractère diffus, sauf si un lien de causalité entre les dommages ou leur menace et les activités des différents exploitants est établi par le préfet ». La pollution de l'air, dont le caractère diffus est évident, pourrait donc donner lieu à l'engagement de la responsabilité environnementale dans le cadre de l'exception ainsi prévue, si un lien de causalité pouvait être établi avec l'activité d'un ou de plusieurs exploitants. Là encore les affres de la causalité font obstacle à la concrétisation d'une telle responsabilité. Par ailleurs, les retombées de la pollution de l'air sur la santé des personnes sont clairement exclues du champ d'application de la responsabilité environnementale. L'article L. 162-2 du Code de l'environnement prévoit en effet « qu'une personne victime d'un préjudice résultant d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente d'un tel dommage ne peut en demander réparation sur le fondement du présent titre ». De fait, en 2001 et 2008, les législateurs européens et français ont entendu réparer exclusivement les dommages causés à l'environnement, entendu comme recouvrant les sols, les eaux, les espèces protégées et leurs habitats, par les exploitants professionnels d'activités dangereuses ou non, l'idée étant de donner corps au principe pollueur-payeur.

18 - L'inapplication de cette législation sur la responsabilité environnementale a incité le législateur français à aller plus loin et à inscrire dans le Code civil la réparation du préjudice écologique. En outre, il a donné une action en réparation à toute personne qui démontre un intérêt à agir et surtout à des personnes légitimes à représenter la nature (l'État, les collectivités territoriales, les associations agréées de protection de l'environnement, l'Agence française de la biodiversité etc.). Mais la définition donnée du préjudice écologique ne correspond pas aux hypothèses de pollution de l'air et de réchauffement climatique. Dès lors que le préjudice écologique est défini par l'article 1247 du Code civil comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement », on est fondé, si on applique cette définition à la pollution de l'air, à faire un constat et à poser deux questions : premièrement, l'atteinte non négligeable à la qualité de l'air pourra certainement être mesurée par référence aux valeurs limites fixées par le Code de l'environnement ; deuxièmement, de quel écosystème l'air est-il un élément ou une fonction ? Troisièmement, l'air est-il un bénéfice collectif tiré par l'homme de l'environnement ? Poser seulement ces questions fait prendre conscience de l'extrême difficulté des réponses à y apporter.

19 - Les victimes de la pollution de l'air sont aussi victimes des mots du droit de l'environnement, ni tout à fait juridiques, ni tout à fait scientifiques. Si l'air pur est le résultat de la photosynthèse des arbres, ce constat scientifique ne dit pas quel écosystème

devra être pris en considération pour établir une atteinte, entre la forêt la plus proche d'une zone polluée ou le parc urbain aménagé, où la nature peine à reprendre ses droits. Si l'air pur fut jadis un bénéfice collectif tiré par l'homme de l'environnement, ce dernier ne génère plus que de l'air pollué depuis un demi-siècle. Les termes de fonction, d'écosystème, de bénéfice collectif, d'environnement sont tellement vagues et sujets à interprétation, qu'il semble difficile d'établir la réalité du préjudice écologique s'agissant de la pollution de l'air et d'obtenir d'un juge la réparation des dommages consécutifs à celle-ci, qu'ils soient causés à l'homme ou à l'environnement.

20 - Au surplus, les systèmes prévus par les deux lois de 2008 et de 2016 étant des systèmes de responsabilité, et non des systèmes de solidarité, les personnes légitimes à engager l'action en réparation du préjudice écologique doivent aussi prouver le lien de causalité entre le fait générateur soupçonné de la pollution et le préjudice, individuel ou collectif, allégué. Or, le lien de causalité est l'obstacle majeur à la mise en œuvre effective de la responsabilité environnementale. Le législateur, s'il était allé au bout de la logique de la réparation du préjudice écologique, aurait dû explorer la voie de la présomption de causalité, déjà utilisée pour la réparation des dommages consécutifs aux irradiations ionisantes subies par les victimes des essais nucléaires français, qui ont développé des cancers plusieurs dizaines d'années après leur exposition. La loi du 5 janvier 2010¹⁸ avait fait bénéficier ces victimes d'une présomption de causalité, dès lors que les conditions d'indemnisation étaient réunies – preuve de l'irradiation au lieu et au moment des essais et affection par l'une des vingt et une maladies radio-induites prévues par décret –. Néanmoins, cette présomption était simple et réfragable par l'Administration, quand le risque attribuable aux essais nucléaires pouvait être considéré comme négligeable. Afin de remédier à la rareté des indemnisations, consécutive au caractère négligeable du risque opposé trop souvent par l'Administration, le législateur a posé en 2017¹⁹ une présomption de causalité irréfragable au bénéfice des victimes des essais nucléaires, parachevant ainsi un véritable système de solidarité dispensant les victimes de la preuve diabolique du lien de causalité²⁰.

21 - La nocivité insidieuse et à long terme pour la santé humaine et l'environnement de la pollution de l'air justifierait que le législateur s'interroge sur les conditions d'un système de solidarité nationale qui présenterait au moins deux avantages : d'abord, celui d'une responsabilité automatique de l'État qui, non seulement commet une faute en ne respectant pas ses obligations européennes – le Conseil d'État l'a reconnu implicitement –, mais encore laisse, par son inaction, les citoyens exposés à des risques de maladies graves ; ensuite, celui d'une responsabilisation collective des citoyens, obligés à abonder le système de solidarité par leurs impôts, responsabilisation qui les inciterait à modifier leur comportement et à expérimenter d'autres modes de vie.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

16. L. n° 2008-757, 1^{er} août 2008, relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement : JO 2 août 2008, transposant la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale et la réparation des dommages environnementaux : JOUE n° L 143, 30 avr. 2004, p. 56.
17. L. n° 2016-1087, 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages : JO 9 août 2016.

18. L. n° 2010-2, 5 janv. 2010, relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français : JO 6 janv. 2010, p. 327.

19. L. n° 2017-256, 28 févr. 2017 de programmation, relative à l'égalité réelle outre-Mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique : JO 1^{er} mars 2017. – V. M. Deguerge, La reconnaissance des victimes des essais nucléaires français, Droit nucléaire-Non-prolifération et sécurité nucléaire (dir. JM Pontier, E. Roux, L. Jaeger) : PUAM, 2017, p. 103.

20. Toutefois, le Conseil d'État a émis un avis contentieux le 28 juin 2017, n° 409777 (JurisData n° 2017-012822), qui considère la loi du 28 février 2017 comme d'application immédiate même aux instances en cours, mais qui atténue le caractère irréfragable de la présomption de causalité en réservant l'hypothèse de la cause étrangère.

24 Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ?



François Guy TRÉBULLE,
professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
université Paris I Panthéon-Sorbonne

Après les actions visant les États, on voit se développer des actions visant des acteurs privés. La voie de ces actions visant à voir reconnue la responsabilité des entreprises en lien avec le changement climatique a été ouverte par la ville de New York, suivie par diverses collectivités, aux États-Unis et tout récemment évoquée par une résolution de la Ville de Paris. On pourrait se demander si, dans l'ordre de l'entreprise, le développement d'actions n'est pas, en soi, un levier en lui-même, indépendamment de leur issue. Il ne faut pas minimiser cette force symbolique qui contribue de manière très déterminante à faire apparaître la nécessité de changer de modèle. Il faut ainsi se placer dans une perspective renouvelée par les développements récents relevés partout dans le monde qui conduisent à constater qu'il n'est guère possible de se satisfaire de la faiblesse des voies classiques de mise en cause de la responsabilité alors que la nécessité d'une prise en compte plus structurante se manifeste avec évidence. Une pluralité des responsabilités peuvent être mobilisées à côté de la responsabilité civile la plus classique avec d'autres voies, peut-être prometteuses.

1 - Il y a encore peu de temps poser la question de la responsabilité du secteur privé à propos des questions de changement climatique serait apparu assez incongru. Pourtant cette question n'apparaît plus aussi étrange pour de multiples raisons ; notamment parce que le rôle des entreprises dans le processus de changement climatique est de mieux en mieux connu et que certaines actions en justice ont placé la question sur le devant de la scène. Cette interrogation est désormais, comme en témoigne un ouvrage récent appelé à faire référence sur le sujet ¹, au cœur de problématiques essentielles ².

2 - Désormais, après les actions visant les États, on voit se développer des actions visant des acteurs privés ³. La voie de ces actions visant à voir reconnue la responsabilité des entreprises en lien avec le changement climatique a été ouverte par la ville de New York il y a peu et elle a été suivie par diverses collectivités, aux États Unis ⁴ et tout récemment évoquée par une résolution de la Ville de Paris. Ces actions ont une portée symbolique très grande, indépendamment de leur issue et manifestent, essentiellement semble-t-il dans l'ordre politique, le fait que les entre-

prises doivent demeurer au centre des débats. Ceci est d'autant plus logique qu'elles sont au cœur des activités industrielles.

3 - Cette force symbolique est illustrée par le fait que la seule possibilité du contentieux, dans un contexte largement globalisé, peut encourager les acteurs à « élaborer et mettre en œuvre des moyens efficaces d'atténuer le changement climatique et de s'adapter à ses effets » ⁵. Ceci est particulièrement vrai dans la perspective anglo-saxonne où l'on sait qu'une procédure peut aisément et fréquemment se conclure par une transaction. On pourrait se demander si, dans l'ordre de l'entreprise, le développement d'actions n'est pas, en soi, un levier en lui-même, indépendamment de leur issue. Il ne faut pas minimiser cette force symbolique qui contribue de manière très déterminante à faire apparaître la nécessité de changer de modèle : les doutes qui peuvent faire que la voie des recours soit sans issue aujourd'hui préparent peut-être le succès des actions de demain.

4 - Bien sûr, les raisons d'hésiter sont encore nombreuses et la responsabilité n'est en tout état de cause pas nécessairement une panacée. Il faut se placer dans une perspective renouvelée par les développements récents relevés partout dans le monde qui conduisent à constater qu'il n'est guère possible de se satisfaire de la faiblesse des voies classiques de mise en cause de la responsabilité alors que la nécessité d'une prise en compte plus structurante se manifeste avec évidence. Nous devons assumer la pluralité des responsabilités pouvant être mobilisées et évoquerons, à côté de la responsabilité civile la plus classique, d'autres voies peut-être prometteuses.

1. Ch. Huglo, *La justice climatique : une véritable révolution judiciaire planétaire* : Bruylant 2018.
2. L. Neyret, *La reconnaissance de la responsabilité climatique* : D. 2015, p. 2278. – R. Heede, Naomi Oreskes, *The climate responsibilities of industrial carbon producers* : *Climatic Change*, vol. 132, 2015, p. 157.
3. M. Torre-Schaub, *Le contentieux climatique, quels apports pour le droit de l'environnement? (ou comment faire du neuf avec de l'ancien* : *Rev. env.* 2018, n° 263, *chron.* p. 6-13. – V. également dans ce dossier la contribution de L. D'Ambrosio sur le contentieux climatique des entreprises.
4. www.theguardian.com/sustainable-business/2017/jul/26/california-communities-lawsuit-exxon-shell-climate-change-carbon-majors-sea-level-rises.

5. *L'état du contentieux climatique revue mondiale* Sabin Center on Law and Climate Change : PNUE mai 2017.

1. L'apparente faiblesse des voies classiques de mise en cause de la responsabilité

5 - Lorsque l'on s'interroge sur la possible responsabilité des acteurs privés en lien avec le changement climatique on ne peut qu'être confronté à la difficulté de focaliser sur un acteur donné le poids de la responsabilité d'un phénomène par essence global et collectif⁶. C'est une question bien connue en droit de l'environnement que celle des pollutions diffuses et le changement climatique offre une figure archétypique de résultat d'un phénomène diffus.

6 - On se souvient que la directive 2004/35 et la loi de transposition ont prévu que les dispositions relatives à la responsabilité environnementale ne s'appliquent pas aux dommages à l'environnement ou à la menace imminente de tels dommages « causés par une pollution à caractère diffus, sauf si un lien de causalité entre les dommages ou leur menace et les activités des différents exploitants est établi par l'autorité [compétente] qui peut demander à l'exploitant les évaluations et informations nécessaires ». Cela n'implique pas qu'il n'y ait pas de causalité identifiée mais manifeste qu'il faut conserver un ordre d'analyse cohérent. Rappelons d'ailleurs que la Cour de justice a admis le recours à des présomptions dans le cadre de l'établissement de la pollution sous l'empire de la directive sur la responsabilité environnementale à propos de la pollution maritime⁷. Mais cette admission n'est pas sans limite, tout au contraire, les présomptions sont placées sous le sceau d'une réelle exigence⁸.

7 - S'il n'est pas question de tenir un acteur pour seul responsable du phénomène du changement climatique et de ses conséquences, il n'en demeure pas moins qu'avec l'évolution sémantique conduisant à s'intéresser à la contribution au changement climatique on assiste à une évolution du rapport à ce phénomène. 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. Il est important d'assumer qu'à ce jour les actions engagées contre les entreprises n'ont pas abouti à une condamnation effective ; ce résultat ne signe toutefois pas le manque d'intérêt de la thématique et, paradoxalement on peut constater que ces actions ont tout de même porté du fruit sans que ce soit nécessairement sur le terrain du résultat dégagé par les juridictions. À plusieurs égards ce résultat peut se comprendre.

6. L. Neyret préc. – F. G. Trébulle, *Quelle entreprise face au changement climatique ?* : D. 2015, p. 2272.

7. CJUE, 9 mars 2010, aff. C-378/08, *Raffinerie Méditerranée* : JurisData n° 2010-003121.

8. *Ibid.*, § 56 – une réglementation d'un État membre peut prévoir que l'autorité compétente a la faculté d'imposer des mesures de réparation de dommages environnementaux en présumant un lien de causalité entre la pollution constatée et les activités de l'exploitant ou des exploitants, et ce en raison de la proximité des installations de ces derniers avec ladite pollution. § 57 Cependant, dans la mesure où, conformément au principe du pollueur-payeur, l'obligation de réparation n'incombe aux exploitants qu'en raison de leur contribution à la génération de la pollution ou au risque de pollution (V. par analogie, arrêt du 24 juin 2008, aff. C-188/07, *Cne Mesquer* : Rec. p. I-4501, pt 77), aux fins de présumer de la sorte un tel lien de causalité, l'autorité compétente doit disposer d'indices plausibles susceptibles de fonder sa présomption, tels que la proximité de l'installation de l'exploitant avec la pollution constatée et la correspondance entre les substances polluantes retrouvées et les composants utilisés par ledit exploitant dans le cadre de ses activités. § 58 Lorsque l'autorité compétente dispose de tels indices, celle-ci est alors en mesure d'établir un lien de causalité entre les activités des exploitants et la pollution diffuse constatée. Conformément à l'article 4, paragraphe 5, de la directive 2004/35, une telle situation relèvera alors du champ d'application de cette directive, à moins que ces exploitants soient en mesure de renverser cette présomption ».

A. - Qualité pour agir

8 - Parmi les difficultés rencontrées par les actions en responsabilité visant des acteurs privés, on retrouve classiquement la qualité pour agir. Les actions liées au climat sont très proches d'*actio popularis* qui posent des difficultés évidentes. C'est bien la dimension qui avait été rédhibitoire, en 2009, à propos du recours intenté par le village Kivalina en Alaska. Des habitants avaient porté leur action devant le Tribunal fédéral de Californie en demandant à des entreprises productrices d'énergie fossile réparation du préjudice qu'ils prétendaient subir du fait du réchauffement climatique (400 millions de dollars, pour le déplacement du village).

9 - Les sociétés assignées ont logiquement fait valoir, outre le caractère politique du recours, notamment l'absence de lien de causalité entre leurs activités et le préjudice invoqué, l'argument d'absence de caractère civil et de l'existence d'une compétence publique sur le sujet. Ceci a été déterminant dans la décision du tribunal du district nord de Californie et dans la confirmation du rejet de l'action par la cour d'appel⁹. La complexité du phénomène en cause a été jugée déterminante :

« *Plaintiffs essentially concede that the genesis of global warming is attributable to numerous entities which individually and cumulatively over the span of centuries created the effects they are now experiencing* ».

10 - Dans une autre affaire¹⁰, *Comer v. Murphy*, des propriétaires dans l'État du Mississippi recherchaient la responsabilité de producteurs de pétrole et de charbon en lien avec l'ouragan Katrina et alors qu'un juge avait accepté de connaître de la requête, le 20 mars 2012¹¹, ils furent déboutés. Le raisonnement retenu, à nouveau, oppose les causes globales au préjudice local invoqué¹². Il a été souligné que les requérants auraient dû montrer en quoi les émissions des défendeurs avaient causé ou contribué aux dommages particuliers éprouvés du fait de l'ouragan Katrina¹³. Dans l'affaire *Comer v. Murphy* il a été souligné que les requérants entendaient demander au juge de se saisir de questions de politique industrielle en définitive étrangères à ses attributions.

11 - De fait, on peut se demander si les enjeux liés à l'injonction de produire de manière plus respectueuse de l'environnement, reprise dans la quasi-totalité des grandes conférences environnementales, ne relèvent pas avant tout de la responsabilité politique des États.

12 - Dans le même ordre d'idée, la possible invocation des travaux scientifiques sur le réchauffement climatique ne semble, pour l'heure, envisageable qu'en ce qui concerne la nécessité

9. *Native Vill. of Kivalina v. Exxonmobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 863, 877-80 (N.D. Cal. 2009).

10. 5th Cir., *Comer v. Murphy Oil USA et al.*, 2009, 585F.3d 855.

11. *Comer, et al. v. Murphy Oil USA, et al.*, No. 1 :11-cv-00220 (S.D. Miss.).

12. « *The plaintiffs cannot allege that the defendants' particular emissions led to their property damage. At most, the plaintiffs can argue that the types of emissions released by the defendants, when combined with similar emissions released over an extended period of time by innumerable manmade and naturally-occurring sources encompassing the entire planet, may have contributed to global warming, which caused sea temperatures to rise, which in turn caused glaciers and icebergs to melt, which caused sea levels to rise, which may have strengthened Hurricane Katrina, which damaged the plaintiffs' property* ».

13. On retrouve note 9 p. 23 la référence à la position des défendeurs adoptée par le juge : « *As some of the defendants explained in their Memorandum, the plaintiffs would be required to demonstrate : (1) what would the strength of Hurricane Katrina have been absent global warming ; (2) how much of each Plaintiff's damages would have been attributable to Hurricane Katrina if it had come ashore at a lower strength ; and (3) how much of each Plaintiff's damages was attributable to failures by others, such as FEMA and other governmental agencies, to prevent additional injury.* » (Def's. 'Mem. 56 n. 34, ECF No. 210) ».

pour les États d'agir et n'apparaît pas susceptible de fournir un fondement suffisamment solide scientifiquement pour une action contre un ou plusieurs opérateurs privés donnés. En simplifiant, il s'agit ici d'observer toute la distance qu'il y a entre le fait de considérer que les gaz à effet de serre sont liés au changement climatique et à tel ou tel épisode climatique extrême et le fait d'être en mesure d'affirmer que les émissions de « telle » entreprise réalisées à « tel » moment sont précisément associées à « tel » événement identifié...

13 - Dans l'affaire opposant un citoyen péruvien à la société énergétique allemande RWE, un tribunal a fini, en novembre 2017, par accepter d'examiner une action en justice recherchant la responsabilité de l'énergéticien allemand pour sa contribution au changement climatique et demandant qu'il prenne en charge une part des mesures préventives devant être déployées face au risque d'inondation d'une ville au Pérou. Il est certain que les demandeurs ont beaucoup souligné l'intérêt que la question ait pu être posée. Il convient d'évidence de demeurer prudent dans la mesure où l'examen à proprement parler de la cause n'a pas eu lieu.

14 - On pourrait bien sûr poser la question de l'action collective comme réponse à une partie des difficultés liées à la responsabilité civile pour contribution au changement climatique. La difficulté n'est toutefois pas réellement surmontée par cette voie dans la mesure où on n' imagine pas d'action globale pour faire face à un dommage qui l'est.

B. - Causalité

15 - Si la question de la causalité peut paraître dirimante, c'est bien en raison de la pluralité des acteurs et de la difficulté d'établir un lien direct¹⁴. Il sera difficile d'établir ce caractère direct dans des situations espacées parfois de milliers de kilomètres et résultant de phénomènes encore imparfaitement compris. De même, il est difficile de dater un phénomène et son origine lorsque les émissions, par exemple, apparaissent comme s'intégrant dans une dynamique temporelle étendue¹⁵. Alors même que l'on admettrait la causalité entre le changement climatique et les émissions industrielles de gaz à effet de serre, cela ne règle pas la question de la responsabilité d'un industriel donné par rapport à une situation précise dans laquelle le changement occasionne un préjudice.

16 - Le caractère direct que doit revêtir le lien entre le fait dommageable et le préjudice est un obstacle considérable, là où une pluralité de causes est évidemment présente en matière de changement climatique. Bien sûr les connaissances évoluent et l'on tend à mieux décrire scientifiquement le lien entre l'activité industrielle et le phénomène mais les choses ne sont pas encore fixées. Causalité adéquate ou équivalence des conditions semblent inéluctablement conduire à l'éviction de la causalité dans le cadre d'une action en responsabilité civile relative au lien entre des émissions industrielles et le changement climatique.

17 - Même en admettant que des émissions mesurées aient pu contribuer au réchauffement global cela ne semble pas permettre, à ce stade, de considérer comme établi le lien entre ces émissions et les conséquences – nécessairement elles-mêmes indirectes – du réchauffement.

18 - C'est ce qui semble avoir été déterminant dans l'affaire *Comer v. Murphy* en 2012 :

« The assertion that the defendants' emissions combined over a period of decades or centuries with other natural and man-made gases to cause or strengthen a hurricane and damage personal property is precisely the type of remote, improbable, and extraordinary occurrence that is excluded from liability. Therefore, the Court finds that the plaintiffs have not asserted a plausible claim for relief under state law ».

19 - On peut renvoyer sur ce point aux observations liées à la jurisprudence en matière sanitaire qui, de manière très bien mise en évidence¹⁶, illustrent l'exigence posée pour admettre de dépasser l'incertitude causale par le recours aux présomptions. Ainsi dans l'arrêt *Tatar contre Roumanie*, comment ne pas relever que la Cour EDH a insisté sur la nécessité de disposer « d'éléments statistiques suffisants et convaincants » pour lever l'incertitude scientifique, alors même que l'on était en présence d'une interrogation sur le lien entre l'exposition au cyanure des demandeurs et une affection respiratoire... L'évidence semblait postuler la nocivité de la substance... elle n'a pas été regardée comme suffisante en soi.

20 - Dans le même sens on se souvient que la 3^e chambre civile de la Cour de cassation, à propos de l'impact de l'exposition à des rayonnements électro-magnétiques de lignes à très haute tension sur la santé d'animaux exposés a retenu qu'« il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes ». Il a été retenu en l'occurrence que « des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevages de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence »¹⁷. Alors que les éléments semblaient beaucoup mieux assis qu'en matière climatique on constate une vraie réticence des juges judiciaires à passer outre les débats scientifiques.

21 - Il faut toutefois remarquer que certaines études semblent indiquer que le « club » des entreprises liées au phénomène du changement climatique, est assez restreint pour permettre une identification. Selon l'une d'entre elles, 90 entreprises contribueraient à hauteur de 57 % à la hausse constatée de CO₂ dans l'atmosphère, environ 50 % de la hausse de la température, et entre 26 et 32 % de l'élévation du niveau moyen des mers¹⁸. Mais les données semblent encore difficiles à considérer comme des certitudes, particulièrement dans une perspective de temps relativement long. À tout le moins les modèles donneront-ils encore lieu à discussion assez longtemps. Comme le relève Christian Huglo, « la réalité est qu'il est quasi impossible, sans expertise adéquate et approfondie, de parvenir au résultat d'une condamnation financière ou à une injonction concrète »¹⁹.

La cour d'appel du district de Ham, le 30 novembre 2017, dans le contentieux péruvien a fait état de l'opinion des experts semblant accrédi ter le lien entre les émissions d'une société énergétique allemande et la menace visant la propriété du demandeur :

« 1. À flood and/or mudslide resulting from the significant expansion and increase in the volume of water in Lake Palacocha poses a serious threat to the plaintiff's property, which is

14. V. P. Thieffry, *La causalité, enjeu ultime de la responsabilité environnementale et sanitaire ?* : Environnement 2013, étude 18.

15. V. Ch. Huglo, *La justice climatique : une véritable révolution judiciaire planétaire* : Bruylant 2018 qui souligne l'analyse présentée par M. Torre-Schaub dans l'arrêt Massachusetts v. EPA.

16. V. not. P. Thieffry préc.

17. Cass. 3^e civ., 18 mai 2011, n° 10-17.645 : JurisData n° 2011-009087.

18. B. Ekwurzel, J. Boneham, M. W. Dalton, R. Heede, R. J. Mera, M. R. Allen, P. C. Frumhoff, *The rise in global atmospheric CO₂, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers* : Climatic Change (2017) 144 :579-590.

19. Ouvrage préc.

situated below the glacial lake in the city of Huaraz in the Ancash region of Peru.

2. a) The CO₂ emissions released by the defendant's power plants rise into the atmosphere and, in accordance with physical laws, lead to a higher concentration of greenhouse gases throughout the Earth's atmosphere.

b) The result of the increased concentration of greenhouse gas molecules is a reduction in the global emission of thermal radiation and an increase in global temperature.

c) The resulting increase in average local temperatures accelerates the melting of the Palcaraju Glacier ; as the glacier loses mass and recedes, the volume of water in Lake Palcacocha rises to a level that can no longer be contained by the natural moraine.

d) The defendant's share in the contributory causation, as shown in the causal chain outlined in a) through c), is measurable and calculable, and accounts for 0.47 % of the total. If, on further assessment of the defendant's share in the contributory causation, a different percentage is identified, the expert will quantify the correct proportion. »

22 - Il est certain que cela est de nature à modifier l'analyse et pourrait conduire à s'interroger sur la possibilité d'un recours à la *market share liability* c'est-à-dire une responsabilité mesurée à l'aune des parts de marché²⁰. Ce raisonnement n'est pas dépourvu d'une véritable logique et a pu être invoqué à propos, notamment, de maladies liées à des produits de santé. Mais comment ne pas mesurer la différence majeure entre les situations sur tant de points : le caractère connu comme risqué de l'activité ; le lien entre le produit en cause (au moins le type de produit sur le marché duquel on s'interroge) et le préjudice ; surtout l'existence d'un marché.

23 - Ce dernier point suscite beaucoup d'interrogations.

En admettant même que les produits pétroliers contribuent au phénomène, il est certain qu'il n'y a pas que les entreprises identifiées qui y contribuent. La part respective dans la globalité du changement climatique des activités des entreprises et des activités « hors marché » semble très difficile à mesurer. Ne dit-on pas que le secteur du bâtiment a une contribution considérable aux émissions de GES ?

24 - Au-delà, quelle est la proposition dans le changement des phénomènes naturels (éruptions volcaniques etc.) ? Quelle est la part de l'action des États, des acteurs non étatiques hors marché (émissions procédant d'activités illégales...) ? Si une torchère contribue aux émissions, les conséquences des destructions de puits par les armées irakiennes lors de la première guerre du Golfe ont-elles été précisément mesurées ? Et quelle est la fiabilité même des modèles utilisés ?

25 - Ainsi que l'a relevé P. Thieffry, dans l'arrêt originel en matière de *market share liability*²¹, la présomption que la contribution au dommage soit proportionnelle à la part de marché avait pu être admise dans la mesure où « les médicaments en cause étaient rigoureusement identiques (et donc « fongibles »), ce qui excluait toute recherche visant à identifier précisément celui ou ceux qui avaient été pris par la mère d'une victime

donnée » et alors que « ces médicaments avaient été pris au cours des périodes relativement limitées et identifiables dans le temps correspondant aux grossesses respectives des mères des victimes, ce qui permettait de manière suffisamment fiable la détermination des parts de marché des différents producteurs ».

26 - Il apparaît clairement que ces éléments ne se retrouvent pas dans le cas de la contribution au changement climatique : les éléments étant même très différents sur le plan de la fongibilité comme de la temporalité.

27 - Pour qu'il y ait *market share liability* il faut être sûr de l'existence du marché, de ses limites et de la place respective des « joueurs »... ici le moins que l'on puisse dire est que l'on ne retrouve pas les éléments attendus. Et ceci même si les chiffres évoqués plus haut étaient indiscutables ce qui n'est pas nécessairement établi.

28 - Dans l'affaire péruvienne, la cour d'appel régionale de Ham a relevé que le fait qu'il y ait une pluralité d'auteurs envisageables n'exclut pas que celui contre lequel l'action est engagée ait pu éliminer les risques liés à sa propre activité, et semble considérer que chaque contributeur doit éliminer la part du désordre lié à son activité. Mais on voit que la nature de la démarche est très différente de ce qui est généralement entendu.

C. - Préjudice

29 - À nouveau, pour ce qui est du préjudice, les interrogations sont nombreuses : il a été rappelé que la mesure des effets négatifs est tout aussi délicate que celle des effets positifs, le changement climatique pouvant apporter de tels effets également dans certains endroits.

30 - À l'évidence, il n'y a pas de responsabilité sans préjudice – au moins de menace – et celui-ci, dans le domaine des conséquences du changement climatique, n'est pas nécessairement des plus aisé à identifier.

31 - Très nombreux sont les coûts liés aux effets du changement climatique :

- mesures structurelles d'adaptation ;
- mise en place de protection contre les effets les plus immédiats – on pense à l'érosion liée à l'élévation du niveau des mers ou à la lutte contre les risques associés à la fonte de glaciers comme dans le cas péruvien ;
- mise en place de mesures permettant de faire face à des épisodes climatiques extrêmes, élévation des primes d'assurances... ;
- préjudices liés à leur réalisation.... On peut ainsi penser aux considérables conséquences de tsunamis ou de cyclones dans les zones touchées.

32 - Les préjudices peuvent également consister dans les conséquences des phénomènes de dessèchement/désertification observés dans d'autres zones.

33 - Dans le litige précité opposant un citoyen péruvien à la société RWE allemande, la cour d'appel régionale de Ham a accepté le principe d'une prise en considération des coûts induits par les mesures de protection rendues nécessaires par le changement climatique, même si ceux-ci n'étaient pas encore définis²². De même l'éventualité que le défendeur soit contraint de prendre en charge une partie des coûts de construction d'un barrage ou de réduction du volume du lac créé par la fonte du glacier a été sérieusement envisagée.

34 - Atteintes aux biens pouvant aller jusqu'à la disparition de certains, atteintes aux services écologiques et économiques comme à l'environnement lui-même, atteintes aux personnes... les effets néfastes du changement climatique sont extrêmement

20. F. G'Sell-Macrez, *La preuve du lien de causalité : comparaisons franco-américaines à propos des arrêts Distilbène* : LPA 29 oct. 2010, p. 6 ; J.-S. Borghetti, *Responsabilité du fait du DES : en route vers le « market share liability » ?* : RDC 2010, p. 90. – H. Lécuyer, *En route vers le market share liability ? Quelles suites à la jurisprudence relative à la responsabilité du fait du DES ?* : LPA 22 mai 2012, n° 102, p. 3. – S. Ferey, F. G'Sell, *Pour une prise en compte des parts de marché dans la détermination de la contribution à la dette de réparation* : D. 2013, chron. p. 2709. – A. Phillippot, *Le droit face aux catastrophes sanitaires : affaire du Distilbène, épilogue ?* : RGDM 2013, n° 46, p. 93.

21. *Sindell v. Abbott Labs.*, 607 P. 2d 924 (Cal. 1980) ; V. Naomi Sheiner, *Comment, DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability*, 46 FORDHAM L. REV. 963 (1978).

22. <https://germanwatch.org/en/download/20812.pdf>.

nombreux et n'apparaissent pas sérieusement discutables. Le phénomène n'est pas sans précédent, mais c'est bien la première fois que l'on est en mesure de se poser la question de la prise en compte de ces évolutions radicales par des voies de droit. Or, ce n'est pas anodin, plus on réfléchit aux conséquences du changement climatique plus les chiffres qui viennent à l'esprit paraissent colossaux. À l'échelle parfois d'États entiers – on pense à certains États insulaires particulièrement menacés –, les coûts liés paraissent sans commune mesure avec les ressources des acteurs publics ou privés auxquels on peut songer à demander des comptes.

35 - Une fois le premier vertige passé, on ne peut se déprendre d'un double sentiment.

36 - D'une part, les coûts globaux induits par la réparation dans le cadre d'une éventuelle responsabilité reconnue sont insoutenables par les acteurs concernés, même les plus florissants. D'autre part, dans l'hypothèse où la responsabilité serait admise, donner gain de cause à un demandeur revient à installer une course dont le résultat sera nécessairement insatisfaisant pour une part considérable des victimes des effets du changement climatique qui seront confrontés à l'insolvabilité du débiteur désigné.

37 - Les difficultés, enfin, sont également présentes pour ce qui est du fait générateur.

D. - Fait générateur

38 - Si la question de la causalité apparaît évidemment avec beaucoup de force dans toute réflexion relative à la responsabilité dans le cadre du changement climatique, plus important encore – quoique moins souvent soulignée – est probablement la question du fait générateur.

39 - On ne reprendra pas ici l'hypothèse d'une responsabilité du fait des choses car si le CO₂ est une chose, l'appréciation de sa garde semble assez difficile dans la perspective d'une implication directe de la chose en cause dans la réalisation d'un dommage donné.

40 - Poser la question du fait générateur revient certainement à s'interroger sur la faute de l'entreprise qui contribue par son activité au changement climatique. Une difficulté évidente est liée à l'identification même de la faute lorsque le comportement de la société est conforme à la réglementation et ne contrevient à aucune règle de droit positif. Sans évoquer les fraudes au dispositif d'échange de quotas d'émission qui ne sont finalement qu'indirectement liées à la contribution des entreprises au changement climatique, il faut s'interroger sur l'identification de la « faute climatique » en elle-même.

41 - Une société qui exploite une activité liée à des énergies fossiles pouvant contribuer au changement climatique est-elle en faute par le seul fait qu'elle développe l'activité en cause ? Cela semble difficile à soutenir *a priori* si elle a un comportement conforme aux exigences légales s'imposant à elle. Prenons le cas d'une entreprise œuvrant dans le domaine des industries extractives liées à ces énergies fossiles. Indépendamment d'éventuelles manœuvres, il ne semble guère envisageable de leur faire grief de développer une activité, certes non dépourvue de conséquences, mais autorisée, voire encouragée par le législateur. La société produisant des cigarettes n'est pas fautive du seul fait que son produit peut être lié, même fréquemment, à des maladies.

42 - Il est toutefois nécessaire de s'interroger sur la possibilité que l'action d'une entreprise soit regardée comme fautive, si elle contrevient explicitement aux prévisions d'une règle de droit. Dans cette perspective, il faut, par exemple, se demander si l'Accord de Paris peut être pris en compte pour apprécier l'attitude des acteurs privés. Si on peut s'interroger – non sans hésitation – sur le cas des États, il semble en l'état en revanche diffi-

cile d'envisager qu'il soit directement pris en considération pour apprécier la faute d'un acteur non étatique.

43 - Au-delà du cas de l'Accord de Paris, la responsabilité d'une entreprise pourrait évidemment être recherchée en cas de manquement à la législation, quelle qu'en soit l'inspiration, interne, européenne ou internationale, encadrant la contribution au changement climatique. Soit sur le plan pénal en cas d'infraction prévue, soit, plus difficilement, sur le plan civil s'il en résulte un préjudice. Ainsi, lorsqu'un manquement est identifié, alors même que la conséquence écologique est difficile à identifier, il ne faut pas sous-estimer la possibilité de voir une action prospérer sur ce seul constat.

44 - La jurisprudence de la Cour de cassation a pu se montrer très bienveillante avec l'action associative. On songe notamment à l'affaire dite Cray Valley ayant conduit la 3^e chambre civile de la Cour de cassation à accueillir l'action d'associations qui « établissaient l'existence d'une faute, même si une mise en conformité était intervenue ultérieurement, et que l'infraction commise aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la protection de l'eau, de la nature ou de l'environnement leur avait causé un préjudice moral indirect et porté atteinte aux intérêts collectifs qu'elles avaient pour objet de défendre »²³. Tandis que la chambre criminelle, elle, affirmait peu après que « dès lors que les infractions sont constituées, la seule atteinte portée aux intérêts collectifs que l'association a mission de défendre constitue le préjudice de celle-ci et que la seule atteinte portée aux intérêts définis par les statuts de l'association agréée de l'environnement par l'infraction à la protection de l'environnement ou de lutte contre les nuisances, constitue le préjudice moral indirect de celle-ci »²⁴. Rien ne s'oppose, tout au contraire, à l'application de cette analyse aux dispositions de lutte contre le changement climatique et d'encadrement des émissions de gaz à effet de serre. Bien sûr le préjudice moral n'est rien par rapport aux effets du changement climatique mais il n'est pas rien dans la dynamique de jeu des acteurs dans ce champ.

2. L'efficacité de nouvelles voies de mise en cause de la responsabilité

45 - Certaines voies existent, qui ne sont pas si nouvelles que cela, et supposent simplement que l'on déplace la perspective d'une approche classique focalisée sur l'environnement lui-même, à une approche en fait fondée sur des normes dont la violation pourra permettre de retenir une responsabilité des acteurs privés concernés. On peut successivement évoquer la déloyauté, la vigilance, le respect des droits de l'homme et les obligations de reddition.

A. - Le devoir de loyauté

46 - Si l'on peut nourrir des hésitations sur la possibilité de voir retenue la responsabilité des entreprises pour leur contribution au changement climatique, très différente est la question de la dissimulation d'informations connues sur la nocivité de leurs produits ou les effets délétères de leurs activités. Il est possible d'affirmer, même si cela n'a semble-t-il pas encore été formalisé, que globalement, les entreprises sont tenues d'un devoir de collaboration loyale avec les autorités pour leur permettre d'aborder en toute connaissance de cause les questions notam-

23. Cass. 3^e civ., 9 juin 2010, n° 09-11.738 : *JurisData* n° 2010-008760 ; D. 2010, p. 2468, obs. F. G. Trébulle, et 2608, *chron.* A.-C. Monge et F. Nési.

24. Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-88.748 : D. 2011, p. 2694.

ment environnementales et sanitaires dans lesquelles elles n'ont pas tous les éléments scientifiques à leur disposition. La première obligation pour les acteurs privés découlant des principes de prévention et de précaution²⁵, comme de l'obligation de vigilance, sur la valeur constitutionnelle desquels il n'est pas besoin de revenir, est bien de collaborer loyalement avec les autorités publiques en charge de la mise en œuvre de ces principes.

47 - Les entreprises qui ont connaissance de l'existence d'un risque ou d'un effet néfaste sur l'environnement ou la santé de leurs produits ou procédés et qui n'en informent pas les autorités publiques compétentes placent celles-ci dans l'impossibilité de protéger les populations ou l'environnement. Ce faisant elles se placent non seulement dans une position pouvant – indépendamment d'éventuelles qualifications pénales²⁶ – s'apparenter à la faute inexcusable identifiée à propos de l'amiante²⁷. Il est vrai que vis-à-vis de leurs salariés la Cour de cassation a identifié une obligation de sécurité de résultat et que cette solution n'est pas valable dans tous les domaines.

48 - Il apparaît essentiel de souligner la légitimité des interrogations portant sur de possibles actions relatives à des manœuvres destinées à empêcher le législateur d'intervenir ou à fausser son jugement. Les actions de déni ou de « fabrique du doute » doivent faire l'objet d'un examen important et semblent très directement liées à la perte de chance de légiférer utilement et de prévenir plus tôt, par l'adoption de règles adaptées, les effets des activités en cause. Malheureusement dans l'affaire de l'amiante on n'est pas encore allé jusqu'au bout de la qualification, pour les acteurs privés, de la mise en place du Comité permanent amiante²⁸.

49 - Aux États-Unis, on sait que de très nombreuses questions entourent le comportement des sociétés Exxon ou Shell, et la détermination de leur degré exact de connaissance de la nocivité des hydrocarbures sur le climat, très longtemps avant que la question du changement climatique n'arrive sur le devant de la scène²⁹. On a rencontré des problématiques voisines à propos des produits phytosanitaires. Cette approche est d'ailleurs celle dégagée dans l'affaire opposant depuis janvier 2018 la ville de Richmond à une trentaine d'entreprises³⁰ dans laquelle il est reproché globalement aux entreprises d'avoir dissimulé les informations en leur possession sur les effets climatiques de leurs produits.

50 - Ce qui est ici reproché n'est pas tant d'avoir contribué au changement climatique que d'avoir menti, dissimulé des informations qui auraient permis à l'autorité publique d'agir à temps³¹. Cette stratégie est très intéressante car elle relativise,

sans l'annihiler tout à fait, la force de l'objection causale en se plaçant sur un autre terrain. C'est toute la stratégie des producteurs d'énergies fossile qui est interrogée dans des termes qui ne sont pas sans faire penser à ceux rencontrés dans le contentieux de l'amiante. Il s'agit de prendre en considération non pas seulement la part de marché mais la volonté de préserver à tout prix un marché identifié pourtant comme porteur de dangers en matière environnementale et sanitaire.

51 - Cette approche, qui est également centrale dans la procédure engagée par la ville de New York, est intéressante car elle répond également à la question de la faute qui est moins dans l'émission que dans la dissimulation et le mensonge. Ceci modifie le rapport à la contribution à la réalisation du préjudice mais laisse cependant intacte, à supposer que tous les éléments permettant de retenir la faute soient réunis, la question du *quantum* pouvant être retenu...

52 - Bien que l'affaire du Dieselgate ne soit pas intervenue en matière de changement climatique mais de pollution de l'air envisagée plus classiquement, beaucoup des réflexions qui sont liées au comportement des constructeurs de véhicules dans ce cadre peuvent également se retrouver sollicités dans la perspective des émissions de gaz à effet de serre. Il faudra attendre encore quelque temps pour pouvoir tirer les enseignements de ce qui ici est probablement non un simple manquement à un devoir de coopération loyale mais bien une fraude organisée à grande échelle pour contrarier les exigences du droit positif.

B. - L'obligation de vigilance

53 - Globalement, l'orientation du contentieux vers le défaut de vigilance semble porter de grandes potentialités. Bien sûr, ici, on pense à l'obligation de vigilance environnementale dégagée par le Conseil constitutionnel³² et rappelée récemment :

« Il résulte de ces dispositions [art. 1^{er} et 2 de la Charte] que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité. Il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation. Toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée »³³.

inundation, erosion, and other impacts within the City ; increasing the frequency and magnitude of drought in the City ; increasing the frequency and magnitude of extreme heat days in the City ; and increasing the frequency and magnitude of extreme precipitation events in the City.

211. Defendants specifically created, contributed to, and/or assisted, and/or were a substantial contributing factor in the creation of the public nuisance, by, inter alia : a. extracting raw fossil fuel products, including crude oil, coal, and natural gas from the Earth, and placing those fossil fuel products into the stream of commerce ; b. affirmatively and knowingly promoting the sale and use of fossil fuel products which Defendants knew to be hazardous and knew would cause or exacerbate global warming and related consequences, including, but not limited to, sea level rise, drought, extreme precipitation events, and extreme heat events ; c. affirmatively and knowingly concealing the hazards that Defendants knew would result from the normal use of their fossil fuel products by misrepresenting and casting doubt on the integrity of scientific information related to climate change ; d. disseminating and funding the dissemination of information intended to mislead customers, consumers, and regulators regarding known and foreseeable risk of climate change and its consequences, which follow from the normal, intended use and foreseeable misuse of Defendants' fossil fuel products ; e. affirmatively and knowingly campaigning against the regulation of their fossil fuel products, despite knowing the hazards associated with the normal use of those products, in order to continue profiting from use of those products by externalizing those known costs onto people, the environment, and communities, including the People ; and failing to warn the public about the hazards associated with the use of fossil fuel products.

32. Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC : JurisData n° 2011-015527.

33. Cons. const., 10 nov. 2017, n° 2017-672 QPC : JurisData n° 2017-023267.

25. G. J. Martin, *Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ?* : AJDA 2005, p. 2222.

26. Cass. crim., 10 déc. 2013, n° 13-84.286 : JurisData n° 2013-028033 ; RDI 2014, p. 109, note G. Roujou de Boubée « Les risques résultant d'une exposition prolongée à l'amiante étaient connus des dirigeants d'Eternit qui n'ont pas pris toutes les dispositions pour empêcher les inconvénients liés à cette exposition, laquelle a engendré des maladies professionnelles et des décès ». – V. également Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-81.302 : JurisData n° 2014-013990 ; RDI 2014, p. 521 ; Gaz. Pal. 19 juill. 2014, note R. Méssa.

27. Cass. soc., 28 févr. 2002, Sté Eternit : D. 2002, p. 2696, note X. Prétot.

28. V. les remarques sur ce point présentées dans les conclusions de M^{me} Prada-Bordenave : RFDA 2004, p. 612.

29. the New York Attorney General claims the oil giant may have lied to investors about how it was protecting them from future losses, and may still be lying – a deception that appears to have been signed off by former CEO Rex Tillerson. <https://iapps.courts.state.ny.us/fbem/DocumentDisplayServlet?documentId=RjOFq8qu5DQSZfGVHw04cw==&system=prod>.

30. www.sheredling.com/complaint-richmond/.

31. 210. Defendants, and each of them, by their affirmative acts and omissions, have created, contributed to, and assisted in creating, conditions in the City of Richmond, and permitted those conditions to persist, which constitute a nuisance by, inter alia, increasing local sea level, and associated flooding,

54 - Le principe de la responsabilité pour manquement à son obligation de vigilance environnementale est parfaitement posé. On songe aussi à la jurisprudence de la Cour de cassation retenant que « manque à son obligation de vigilance la société qui a maintenu la distribution d'un médicament en présence de la littérature scientifique faisant état de la survenance de cancers très divers et d'expérimentations animales démontrant le risque carcinogène connu »³⁴. Aujourd'hui, en tout état de cause, il est sûr que les risques climatiques liés à certains produits sont connus... même s'ils sont encore parfois discutés.

55 - On pense enfin, évidemment, désormais à la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre imposant un plan de vigilance aux entreprises les plus grandes et qui doit porter sur :

« les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

56 - 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. C'est d'ailleurs en ce sens que la loi a introduit le principe d'une responsabilité permettant de condamner l'entreprise en cause « à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter » (C. com., art. L. 225-102-5) mais on retrouve ici certaines difficultés déjà évoquées liées au préjudice rencontré en matière climatique.

C. - La prise en compte des droits de l'homme

57 - Il n'est pas possible d'aborder la question des conflits en matière climatique – mais au-delà en matière environnementale – sans les replacer dans une dimension assumée de droits de l'homme. Beaucoup de travaux sont consacrés à la question du droit de l'homme à l'environnement et aux entreprises et aux droits de l'homme... le lien est évident !

58 - La décision Philippine de décembre 2017³⁵ dans l'affaire *Greenpeace Southeast Asia et al.*, témoigne de l'efficacité de la démarche invitant à placer l'interrogation sur la contribution des entreprises au changement climatique sur le terrain du respect des droits de l'homme. Des associations ont, en effet, obtenu que la Commission philippine des droits de l'homme accepte d'enquêter sur le rôle de cinquante entreprises « carbon majors » dans l'atteinte aux droits de l'homme et de déterminer « si des entreprises détenues par des investisseurs et responsables d'une majeure partie des émissions manquaient à leur obligation de respecter les droits du peuple philippin ». De son côté, dans son avis du 15 novembre 2017³⁶, la Cour interaméricaine des droits

de l'homme, a rappelé la reconnaissance de l'existence du lien entre la protection de l'environnement et la réalisation des droits humains et l'application de ce constat au changement climatique en ce qu'il affecte la jouissance effective des droits humains³⁷.

59 - Dans le même sens, le 19 juin 2017, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté la résolution « Droits de l'homme et changements climatiques »³⁸ manifestant la nécessité de trouver des voies. Le Conseil constate « que les changements climatiques constituent une menace pour l'existence de certains pays, et [...] qu'ils ont déjà eu une incidence négative sur la jouissance pleine et effective des droits de l'homme consacrés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ». Surtout, la résolution évoque, au titre des obligations et responsabilités relatives aux droits de l'homme, « les États et autres responsables, notamment les entreprises » en considérant qu'ils ont « le devoir de promouvoir, protéger ou respecter, selon qu'il convient, les droits et l'intérêt supérieur des enfants lorsqu'ils prennent des mesures visant à remédier aux effets néfastes des changements climatiques ». Déjà, en 2016, il avait été relevé que « les États sont tenus d'adopter des cadres juridiques et institutionnels offrant une protection et une possibilité d'intervention face aux atteintes environnementales qui peuvent entraver, ou entraver effectivement l'exercice des droits fondamentaux » et que « ces obligations s'appliquent aux atteintes environnementales qui sont le fait d'entreprises et d'autres acteurs privés ainsi que d'entités publiques » ce qui est conforme aux principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011, selon lesquels les États ont l'obligation de « protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction », notamment par « l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires »³⁹. Étant entendu que les trois principes dégagés « Protéger, respecter réparer » « s'appliquent à toute atteinte aux droits de l'homme liée à l'environnement, y compris aux atteintes qui résultent des changements climatiques »⁴⁰. Dans cette perspective le Haut-Commissaire aux droits de l'homme a pu souligner que « *Businesses must be accountable for their climate impacts and participate responsibly in climate change mitigation and adaptation efforts with full respect for human rights* »⁴¹.

60 - On relèvera particulièrement que dans la mesure où le climat est un enjeu pour les droits de l'homme, il s'impose aux États dans le cadre des obligations positives en matière d'environnement et donc aux entreprises qui doivent voir leurs activités encadrées sous cet angle. D'autre part, il est remarquable que

Burgogue-Larsen, *Environnement et droits de l'homme : de l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme : Énergie – Env. – Infrastr.* 2018, comm. 34, n° 6 et M. Torre-Schaub, *La protection du climat et des générations futures : l'émergence d'un droit constitutionnel au « bien vivre » : Environnement*, mai 2018, p. 171-177 ; V. dans ce dossier la contribution de E. Gebre..

37. Cfr. Asamblea General de la OEA, Resolución titulada « Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas », aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, AC/RES. 2429 (XXXVIII/O/08).

38. V. déjà la résolution *Droits de l'homme et changements climatiques* du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies du 30 juin 2015 : A/HRC/29/15, 30 juin 2015.

39. 1^{er} févr. 2016 – Rapp. 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, § 66.

40. Ibid.

41. Understanding Human Rights and Climate Change Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change – 2015.

34. Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-16.180 : *JurisData* n° 2006-032553 ; JCP G 2006, I, 166, n° 8, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RCA 2006, n° 164, note C. Radé ; RTD civ. 2006, p. 565, obs. P. Jourdain.

35. http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2017/20171212_Case-No.-CHR-NI-2016-0001_press-release-1.pdf. – V. L'état du contentieux climatique – revue mondiale Sabin Center on Law and Climate Change : PNUF mai 2017.

36. Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia medio ambiente y derechos humanos. – V. L.

la référence au Cadre des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme est évidemment stimulante dans la perspective de ces droits environnementaux de l'homme.

D. - Les obligations de reddition

61 - Il peut y avoir comme un paradoxe à évoquer les obligations de reddition au titre de la responsabilité. En effet, il ne s'agit en principe que de dire ce qui est et on peut penser que ces obligations ne sont que très indirectement sanctionnées. Toutefois comment ne pas être sensible au fait que les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales (2011) soulignent que pour les émissions de gaz à effet de serre, le champ d'application de leur suivi s'étend aux émissions directes et indirectes, actuelles et futures, au niveau de chaque entreprise et de chaque produit :

« De nombreuses entreprises fournissent des informations qui vont au-delà des seuls résultats financiers et considèrent que la publication de ces informations est un bon moyen de manifester leur attachement à des pratiques socialement acceptables [...] ».

Cela revient bien à admettre un rôle dans le phénomène. Ceci se retrouve d'autant plus que dans le Chapitre relatif à l'environnement, ils prévoient que les entreprises devraient « s'efforcer constamment d'améliorer leurs performances environnementales au niveau de l'entreprise et, le cas échéant, de sa chaîne d'approvisionnement, en encourageant des activités telles que : [...] b) la mise au point et la fourniture de produits ou de services qui n'ont pas d'incidences indues sur l'environnement, dont l'utilisation aux fins prévues est 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 ».

62 - C'est une dynamique proche que l'on retrouve dans l'article L. 225-102-1 du Code de commerce dans sa dernière version. Il impose aux entreprises soumises à l'obligation de divulgation d'informations extra-financières d'intégrer dans la déclaration « notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit ». Sans être une déclaration de culpabilité on voit bien que l'entreprise est invi-

tée à une forme d'introspection climatique qui peut être très troublante puisqu'il s'agit d'identifier et de quantifier, dans une certaine mesure, sa propre contribution au changement climatique. Plus encore – et c'est logique – les dispositions de l'article R. 225-105 du Code de commerce détaillent ce qui doit être dit au titre du changement climatique y compris « les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit » et « les objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet ». Il y a là une trajectoire que l'entreprise doit assumer et qui, si elle n'est pas exprimée en termes de responsabilité, pourrait bien être une matrice d'exigences pour demain.

63 - La problématique des obligations de divulgation permet de souligner l'existence d'une nouvelle catégorie de victimes potentielles de la sous-estimation par certaines entreprises de leur impact climatique : les actionnaires et investisseurs. C'est parce que l'empreinte climatique des entreprises peut avoir un impact sur leur valeur, voire leur pérennité que le législateur européen et bien des législateurs nationaux ont entrepris d'imposer la diffusion d'informations relatives à celle-ci. Mais on comprend que si cette analyse est exacte ce sujet peut devenir primordial pour les actionnaires et les investisseurs eux-mêmes qui peuvent y trouver une source d'interrogations et potentiellement de critiques sur la manière dont la société gère ces enjeux. Au-delà de l'activisme actionnarial et du potentiel désinvestissement touchant certaines entreprises, c'est la question de l'ensemble des exigences des associés et prêteurs de deniers qui se trouve posée. On s'approche alors d'autres contentieux envisageables qui ne sont pas moins redoutables, loin de là, que ceux généralement envisagés lorsque l'on parle de responsabilité et changement climatique. Confrontées aux attentes de l'extérieur comme de l'intérieur, il serait déraisonnable que les entreprises les plus concernées ne prennent pas très au sérieux les enjeux associés au changement climatique.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

25 La construction d'une responsabilité climatique au prétoire : vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique ?



Marta TORRE-SCHAUB,
directrice de recherche CNRS,
ISJPS UMR 8103 université Paris 1,
directrice du GDR ClimaLex

La problématique du changement climatique fait émerger la nécessité de savoir qui est responsable de quoi, comment rendre opérationnelles ces responsabilités, comment, en somme, les co-construire. Certains progrès ayant été déjà faits au niveau du contentieux climatique présentent d'importants leviers pour un développement d'une « responsabilité climatique normativisée ». Cependant, on perçoit également des obstacles qui doivent encore être franchis. La responsabilité climatique est donc une notion émergente et peu stabilisée, fruit d'une jurisprudence balbutiante mais évolutive et grandissante. La notion elle-même possède des contours encore suffisamment souples pour que l'on puisse affirmer qu'elle a la capacité de provoquer des mutations dans l'institution de la responsabilité entendue au sens classique du terme (« liability ») et que nous pourrions nous acheminer vers une articulation d'une responsabilité juridique avec une responsabilité éthique et morale (au sens du devoir, « duty »). Nous constatons ainsi un processus évolutif qui a permis la consécration d'une obligation climatique. Ces évolutions conduisent vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique.

1 - Le changement climatique représente l'un des risques majeurs pour l'humanité et lance à la société civile un défi à relever en termes de tensions, contestations, inégalités et inévitablement des litiges¹. En l'absence des mandats spécifiques et suffisamment obligatoires au sein des multiples législations nationales, puis dans un contexte international où l'Accord de Paris (l'Accord) ne marque pas clairement des obligations juridiques ou des responsabilités facilement imputables, la voie des actions en justice reste une troisième voie, qui se développe depuis le début des années 2000 avec un succès retentissant, du moins, du point de vue de l'activisme judiciaire². Cette activité auprès des tribunaux s'est considérablement accrue depuis 2015 notamment pour deux raisons : la première parce qu'elle a été favorisée par le contexte euphorisant de la COP21 et de l'Accord, l'autre, parce que, depuis l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis, et son annonce de quitter l'Accord, un activisme climatique de la société civile a été aiguïé sur plusieurs arènes, dont l'arène judiciaire³. Ce phéno-

mène a déteint sur d'autres pays dans le monde, de l'Australie à la Nouvelle Zélande, de l'Inde au Pakistan, de l'Afrique du Sud à l'Europe.

2 - Étudier les contentieux climatiques sous l'angle de l'émergence des responsabilités climatiques permet d'observer que des notions qui n'étaient pas destinées à la lutte contre le changement climatique peuvent se développer sous la pratique d'un droit en action. On pense ici à celles comme le « devoir de diligence », le « principe de précaution » ou la « carence fautive de l'État ». Il existe également un type de contentieux qui développe une approche de la question climatique par les « droits » faisant naître une série de droits climatiques assortis « d'obligations climatiques », elles-mêmes fondées sur l'existence des « responsabilités climatiques ».

3 - On le voit, la problématique du changement climatique fait émerger la nécessité de savoir qui est responsable de quoi, comment rendre opérationnelles ces responsabilités, comment, en somme, les co-construire. Certains progrès ont été déjà faits au niveau du contentieux climatique lesquels présentent d'importants leviers pour un développement d'une « responsabilité climatique normativisée ». Cependant, on perçoit également des obstacles qui doivent encore être franchis.

4 - Avant de poursuivre nous retiendrons ici la définition la plus large du contentieux climatique : les actions en justice qui soulèvent le changement climatique comme une question de fait

1. Dans ce sens, notre projet de recherches *Les Dynamiques du contentieux climatique, usages et mobilisations du droit dans la cause climatique*, dir. M. Torre-Schaub : GIP Recherche Mission Droit et Justice justiceclimat.hypotheses.org.
2. *Rapp. du Grantham Institute, Global trends in Climate Change Legislation and Litigation*, M. Nachmany, S. Fankhauser, J. Setzer and A. Averchenkova, 2017.
3. M. Torre-Schaub, *La société civile multiplie les actions en justice climatique* : avril 2017, *The conversation* <http://theconversation.com/changement-climatique-la-societe-civile-multiplie-les-actions-en-justice-74191>.

ou de droit⁴. Il est important également de se demander quels sont les objectifs de ces contentieux et comment les classer car ils sont très divers et il est souvent difficile d'en avoir une lisibilité globale tant leur nature varie en fonction à la fois de l'objet poursuivi, des acteurs en question, des questions de droit posées puis du ou des droit(s) mobilisé(s). De ce fait et, suivant cette première typologie, nous retiendrons ici, que les procès climatiques peuvent être classés par rapport à l'objectif poursuivi, par rapport aux acteurs et en fonction des juridictions.

5 - Tous les procès climatiques ne visent pas à établir ou à affirmer des responsabilités. Certains constituent un moyen de freiner des projets pouvant avoir à la fois un impact sur l'environnement, sur le système climatique, sur la santé ou sur différents droits fondamentaux ou conventionnels. Mais ces procès tendent tous à obliger les autorités et les juges à se saisir de la question climatique afin d'en faire un objet juridique protégeable. Dans cette perspective, les procès climatiques ont permis de faire émerger une « obligation climatique » tendant à tenir compte des conséquences des actions de l'homme (projets d'ouvrage, d'exploitation de ressources naturelles, de construction, d'extraction de ressources, etc.) sur le climat. En ce sens, les contentieux climatiques contribuent à faire émerger une « responsabilité climatique », qui se présente de manière protéiforme puisqu'elle peut être autant affirmée en tant que telle (comme dans l'affaire Urgenda), que soulevée comme un argument sous-jacent, afin de renforcer l'obligation de tenir compte des conséquences des actions de l'homme sur le système climatique. Il y a donc une subtile variation et une gradation dans l'affirmation des obligations climatiques. Certaines débouchent sur des responsabilités au sens classique, tandis que d'autres restent simplement au stade d'argument de poids permettant de protéger l'environnement.

6 - On observe également que la notion de responsabilité elle-même, n'apparaît pas toujours de la même manière, s'adressant tantôt à l'État, tantôt aux entreprises (auquel cas elle prend la forme d'une responsabilité civile classique). Elle peut aussi s'étendre à l'affirmation d'une obligation de protéger des populations vulnérables (déplacement climatiques, groupes autochtones) et des écosystèmes vulnérables (forêt amazonienne, cours d'eau spécifiques). La responsabilité climatique est ainsi une notion émergente et peu stabilisée, fruit d'une jurisprudence balbutiante mais évolutive et grandissante. La notion elle-même possède des contours encore suffisamment souples pour que l'on puisse affirmer qu'elle a la capacité de provoquer des mutations dans l'institution de la responsabilité entendue au sens classique du terme et que nous pourrions nous acheminer vers une articulation d'une responsabilité juridique avec une responsabilité éthique et morale (au sens du devoir)⁵. La prise en compte et la reconnaissance d'une responsabilité climatique (1) méritent que l'on s'attarde ensuite sur le processus évolutif qui a permis la consécration d'une obligation climatique (2). Ces évolutions conduisent sans doute vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique.

1. La difficile émergence d'une obligation climatique dans le cadre contentieux

7 - L'obligation climatique, socle d'une responsabilité, revêt plusieurs formes (A). Elle émerge, par ailleurs, de manière difficile dans le champ du droit (B).

A. - Vers une typologie des obligations climatiques

8 - Les procès climatiques enferment différents types d'obligations. Concernant premièrement l'objectif poursuivi, il y a ceux qui poursuivent une compensation pour un dommage causé par le changement climatique, ceux qui cherchent par des moyens divers à prévenir ou réduire davantage le phénomène climatique, puis ceux qui sont plus stratégiques et cherchent à ce que les tribunaux affirment une responsabilité climatique de la part de l'État ou des entreprises, comme une question de principe en elle-même.

9 - Si l'on opère un classement selon les acteurs, les premières typologies des contentieux climatiques ont été faites aux États-Unis et proposaient les deux catégories suivantes : les poursuites, engagées par des agences gouvernementales et des organisations non gouvernementales (ONG), contre des autorités publiques (et des entreprises) demandant une injonction pour forcer l'adoption de règlements ou bloquer les approbations gouvernementales de projets de développement et, des poursuites pour réclamations pour dommages corporels, matériels ou purement économiques prétendument causés par le changement climatique. Le plus notable est la plainte Massachusetts contre EPA de 2007, déposée par les Gouvernements étatiques et locaux et des organisations privées pour exiger de l'Environmental Protection Agency (EPA) qu'elle réglemente les émissions de dioxyde de carbone en vertu du Clean Air Act fédéral⁶. La Cour suprême des États-Unis avait jugé que l'EPA avait le pouvoir de promulguer des règlements, ce qu'elle a fait par l'émission d'une proposition d'acte fondé sur la « mise en danger » lui conférant cette autorité.

La deuxième catégorie comprenait les affaires portées par des ONG et des parties privées contre des entreprises (dont des fabricants d'automobiles, des compagnies d'électricité et des sociétés pétrolières et gazières) qui seraient censées contribuer de façon importante aux changements climatiques. Un exemple est l'action California contre General Motors de 2007⁷ dans laquelle les plaignants ont demandé des dommages-intérêts aux grandes sociétés automobiles au motif qu'elles contribuaient au réchauffement de la planète et à ses conséquences sur les ressources naturelles de l'État.

10 - Cette typologie a considérablement évolué depuis une dizaine d'années et la multiplication d'affaires justiciables climatiques, a entraîné une interprétation « extensive » de la notion de « contentieux climatique » et un élargissement du concept de « responsabilité climatique ». À la lumière de ces évolutions, aujourd'hui, on retrouve des procès ayant pour objet des poursuites pour nuisance publique contre des industries, des compagnies d'électricité et des constructeurs automobiles. Également, la simple « menace » d'un contentieux climatique permet désormais de parvenir à des règlements avec d'autres entités publiques et des entreprises privées afin de mettre en œuvre des mesures d'atténuation et d'adaptation plus larges. Ces formes de « négociations » non contentieuses – mais ayant comme toile de fond la « menace » d'un procès médiatisé –, constituent aujourd'hui un moteur important pour accélérer la prise de responsabilités climatiques. De la même manière, l'objet du contentieux lui-même s'est élargi et est passé de demandes des mesures d'atténuation à la revendication/d'actions d'adaptation. Il s'est également étendu à l'affirmation de responsabilités climatiques

4. D. Markell et 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.

5. F. Ost, *La nature hors la loi*, Paris : La découverte, 1995, p. 265 et s.

6. M. Torre-Schaub, *La gouvernance du climat : vieilles notions pour nouveaux enjeux* : Cahiers de droit, sciences et techniques, n° 2, 2009, p. 140-163 ; et M. Torre-Schaub, *Le rôle des incertitudes dans la prise de décision aux États Unis. Le réchauffement climatique au prétoire* : RIDC, n° 3, 2007, p. 686-713.

7. WL 2726871 (N.D. Cal. 17 sept. 2007).

fondées sur des droits fondamentaux (entendus au sens large : droits constitutionnels nationaux et droits de l'homme nationaux, régionaux et internationaux). Le contentieux climatique de la responsabilité se manifeste également dans la recherche d'une justice « intergénérationnelle ».

B. - La difficile émergence d'une obligation climatique : les contours de la responsabilité

11 - Pour mieux comprendre l'émergence de l'obligation climatique, socle de la responsabilité, il convient d'abord d'examiner les difficultés liées à la définition « d'obligation » et de « responsabilité » puis de suivre le chemin vers la reconnaissance d'un manquement à une obligation climatique.

12 - Des difficultés liées à la définition « d'obligation » et de « responsabilité » ont longtemps ralenti le développement et le succès des actions climatiques et la concrétisation d'une obligation climatique. Il convient notamment de citer celle de la légitimité à agir au nom des générations présentes et futures, celle de la temporalité du phénomène climatique – car il qui s'étale dans le temps à la fois dans le passé et vers l'avenir-, celle de la territorialité – compte tenu de la complexité d'une circonscription spatiale des effets du dommage climatique mais aussi des causes qui le produisent ou en sont à l'origine. Une dernière difficulté a trait à la possibilité d'établir un lien de causalité. Avant la décision très novatrice Urgenda du tribunal de première instance de La Haye de juin 2015, il était très difficile d'établir ce lien afin d'affirmer une « obligation climatique à la charge de l'État » pour d'asseoir la responsabilité de l'État en la matière⁸. À partir de 2015, l'obligation de « diligence » a permis de construire le lien de causalité en acceptant implicitement l'existence d'un dommage à venir ou un risque⁹. Les juges ont ainsi fixé un précédent en développant de manière très novatrice l'existence de ce lien de causalité. Ils s'étaient appuyés à la fois sur le principe d'équité contenu dans la Convention-cadre des Nations Unies (la Convention), sur le caractère « commun » de l'atmosphère et sur le devoir pour l'État néerlandais d'être un pays leader dans la lutte contre le changement climatique¹⁰. D'autres difficultés peuvent être également citées comme celles liées à la question de la justiciabilité. Par exemple, aux États-Unis, la plupart des tribunaux considèrent que le changement climatique est une question politique qui doit être traitée par les Gouvernements et le législateur et non par les tribunaux¹¹.

Un autre problème est de déterminer qui a la capacité légale de poursuivre. Tout le monde contribue dans une certaine mesure au changement climatique, cependant, les propriétaires de terres proches de la mer, les insulaires, les Inuits, les victimes des catastrophes naturelles, et les industries dépendantes des conditions météorologiques actuelles, sont plus affectés que d'autres par le réchauffement de la planète et l'élévation du niveau de la mer. Ce sont donc eux, les plus vulnérables, qui devraient avoir plus de chances de succès dans une action en justice pour responsabilité climatique.

13 - À supposer que les plaignants arrivent à surmonter les obstacles précités, leurs chances de succès sont minces si on reste à une définition étroite de la responsabilité et de la causalité. Jusqu'à présent, la plupart des réclamations reposaient soit

sur la négligence soit sur la nuisance publique. Puisqu'une obligation de ne pas émettre de gaz à effet de serre (GES) n'existe généralement pas, prétendre que la négligence puisse être généralisable semble sans espoir. De plus, il est difficile d'invoquer la nuisance publique si les défendeurs n'ont fait que « s'engager légalement dans leurs sphères de commerce et activités respectives »¹². Cependant, le principal problème sera de prouver que des défendeurs spécifiques ont causé des dommages précis. Cela a été possible dans certains procès¹³, par l'adoption d'une approche permettant de surmonter les problèmes de causalité liés au litige climatique radicale et novatrice. Pour toutes ces raisons, certaines analyses ont prédit que les litiges liés aux changements climatiques se concentreront probablement – si on reste à une définition classique de la responsabilité – sur les réclamations fondées sur le non-respect des règlements ou des devoirs professionnels – par exemple, en cas de non-communication ou d'information visant à induire le public en erreur, ou par le « greenwashing » des activités commerciales. Toutefois et malgré ces difficultés aujourd'hui, le contentieux suit une évolution favorable qui n'est pas encore achevée.

14 - On le voit, le chemin vers la reconnaissance d'un manquement à une obligation climatique est long mais certain. Il s'agit pour la plupart des décisions affirmant l'existence d'obligations climatiques de dénoncer une légifération inadéquate, un manque d'ambition dans les objectifs de réduction des émissions de GES ou des travaux et projets contraires à la lutte contre le changement climatique. L'une des premières décisions en Europe est celle de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme contre la Grèce en 2005¹⁴. Portée devant le Comité européen des droits de l'homme, il était invoqué l'incapacité du Gouvernement à faire des évaluations d'impact environnemental adéquates, l'application laxiste des mesures de contrôle de pollution, et l'incapacité à réduire les émissions de polluants conventionnels et de GES. Le Comité a conclu que la Grèce avait violé plusieurs articles de la Charte sociale européenne en ce qui concerne les installations industrielles en cause pour ses répercussions sur l'environnement, la santé publique et la santé et la sécurité au travail. Dans une affaire Gray v. ministre de la Planification et ouvrages de 2006 en Australie, il s'agissait de la contestation de l'approbation par le ministre d'une évaluation environnementale d'une mine de charbon qui devrait produire environ 10,5 millions de tonnes de charbon thermique pour les centrales électriques nationales et étrangères pendant 21 ans¹⁵. Cette évaluation environnementale a porté sur les émissions de GES de catégorie 1 et 2 mais pas sur ses émissions de portée 3. Le tribunal a déclaré que cette approbation était nulle au motif qu'elle était contraire aux termes de la loi de 1979 sur la planification et l'évaluation environnementales (NSW) et aux principes de précaution et d'équité intergénérationnelle, en affirmant que : « l'évaluation environnementale doit être large. Contrairement à l'opinion du ministre, ces mesures justifiaient que l'on tienne compte des émissions du type 3 compte tenu des circonstances de la mine et du lien de causalité évident entre les émissions du type 3 et les impacts environnementaux négatifs en Nouvelle-Galles du Sud ».

15 - L'ébauche timide d'une obligation climatique à la charge de l'État et des autorités connaît une évolution à partir de 2006 suite notamment à une plus grande diffusion des rapports du

8. M. Torre-Schaub, *Le rôle des incertitudes dans la prise de décision aux États Unis. Le réchauffement climatique au prétoire, préc.*

9. M. Torre-Schaub, *La justice climatique, A propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 : RID comp. 2016, n° 3, p. 2-25.*

10. Ibid.

11. *Californie c/ General Motors, Kivalina c/ Exxonmobil. Seulement deux tribunaux sont récemment parvenus à une conclusion différente (Connecticut c/ American Power et, en partie, Comer c/ Murphy Oil), V. Rapp. PNUE, The Status of Climate Change Litigation – A Global Review, mai 2017.*

12. *California v. General Motors, préc.*

13. *Leghari v. Federation of Pakistan, WP n° 25501, Lahore High Court, 04/09/2015 et 14/09/2015.*

14. *Marangopoulos 6 déc. 2006, Comité européen des droits de l'homme plainte n° 30/2005.*

Conseil de l'Europe.

15. <http://climatecasechart.com/non-us-case/gray-v-minister-for-planning/>.

GIEC et à la publication du rapport Stern. C'est le cas dans l'affaire australienne *Re Xstrata Coal Queensland Pty. Ltd. & Others* de 2007 puis 2012 dans laquelle les deux types de rapports scientifiques sont évoqués par les demandeurs¹⁶. Ils ont fait valoir que la permission pour une nouvelle mine de charbon devrait être conditionnée à ce qu'elle compense 100 % de ses émissions de GES de type 3 prévues. Le tribunal a toutefois rejeté cet argument après avoir soulevé des questions sur l'interprétation de ces rapports.

16 - Un deuxième tournant évolutif aura lieu à partir de l'année 2008 au cours duquel l'obligation climatique sera envisagée comme une responsabilité tournée également vers le futur. La question de l'adaptation aux conséquences des changements climatiques sera dès lors envisagée ainsi que la problématique du manque de prévision dans la législation. Citons les affaires australiennes *Blue Wedges Inc. contre ministère de l'Environnement, Heritage and the Arts* de 2008, l'affaire *Byron Shire Council contre Vaughan* de 2009, *Owen contre Casey City Council* de la même année¹⁷, *Paul contre Goulburn Murray Water Corporation and Others* de 2010, et plus récemment la décision C-035/16 du 8 février 2016 émise par la Cour constitutionnelle de la Colombie¹⁸. Ces décisions traitent notamment de l'extension de l'obligation climatique à la question du dommage futur, à l'adaptation et à l'obligation de tenir compte des « vulnérabilités climatiques » des territoires et des populations. Ainsi, dans la décision *Blue Wedges* de 2008, la Cour estime que « le ministre du Changement climatique et de l'Eau, qui aurait pu s'inquiéter de l'effet que le projet d'approfondissement du chenal pourrait avoir sur le niveau de la mer et les changements de niveau des marées dans la baie [...] a failli à son devoir [...] ; [...] le ministre n'avait pas pleinement pris en compte les impacts sur les espèces menacées et migratrices figurant sur la liste tel que défini par l'article 136 de la loi EPBC [...] »¹⁹. Dans l'affaire *Paul*, le tribunal va très loin en invoquant pour la première fois le principe de précaution pour une question climatique, même s'il l'écarte à la fin de son raisonnement²⁰. De son côté, la décision constitutionnelle de la Colombie de 2016 déclare notamment que les deux dispositions en cause dans l'affaire sont « inconstitutionnelles pour, entre autres, mettre en péril le droit du public à l'eau potable, et décharger les organismes gouvernementaux de leur obligation de justifier des décisions entraînant la dégradation de zones précieuses et écologiquement sensibles »²¹.

17 - On le voit bien, les obligations climatiques à la charge de l'État évoluent de manière importante au cours de 15 dernières années. Non seulement elles englobent la responsabilité du passé et du futur, invoquant les devoirs de prévision et de précaution, mais les tribunaux contribuent également à dessiner de

manière de plus en plus précise une responsabilité en évoquant les fonctions écosystémiques des milieux et les articulant au système climatique. La responsabilité climatique cependant, énoncée en tant qu'obligation à la charge de l'État, n'émerge de manière affirmée que dans l'affaire *Urgenda* de 2015²².

2. La consolidation d'une responsabilité climatique

18 - À partir de 2015, on assiste à la consolidation d'une véritable « obligation » (A) suivie par l'élargissement de la responsabilité climatique (B).

A. - Une véritable « obligation »

19 - La décision *Urgenda* suivie de quelques autres, va consacrer une obligation ouvrant à des actions en responsabilité pour dommages causés par les changements climatiques. Ces actions se tournent autant contre les États que contre des entreprises et industries fossiles.

20 - Dans l'affaire *Urgenda*, la Fondation *Urgenda* et 900 citoyens néerlandais ont poursuivi le Gouvernement néerlandais pour l'obliger à faire plus dans le but de prévenir le changement climatique. Le tribunal de première instance de La Haye a ordonné à l'État néerlandais d'accomplir son engagement de réduire les émissions afin de répondre à la contribution équitable de l'État envers l'objectif des Nations Unies de maintenir les augmentations de la température mondiale dans les 2°C²³. La Cour avait conclu que l'État a le « devoir » de prendre des mesures d'atténuation du changement climatique en raison de la « gravité des conséquences du changement climatique et du grand risque de changement climatique ». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour cite l'article 21 de la Constitution néerlandaise, les objectifs de réduction des émissions européens, le principe de droit international de non nuisance, la doctrine de la négligence, les principes d'équité, de précaution et de durabilité inclus dans la Convention et le principe de prévention inscrit dans la politique climatique européenne. C'est la première décision de tout tribunal du monde ordonnant aux États de limiter les émissions de gaz à effet de serre pour des raisons autres que les législations nationales. Suivra une décision en Belgique *VZW Klimaatzaak contre le Royaume de Belgique*²⁴ reprenant le même argumentaire et demandant le même type de responsabilité à l'État, ainsi qu'une affaire *Leghari* contre la Fédération du Pakistan, toutes deux de 2015 également²⁵. Dans la décision *Leghari*, la Haute Cour de Lahore a accepté les revendications d'*Ashgar Leghari*, agriculteur pakistanais, qui avait poursuivi le Gouvernement national pour ne pas avoir mis en œuvre la politique nationale sur le changement climatique de 2012 et le cadre pour la mise en œuvre de la politique climatique (2014-2030). Le tribunal, citant des principes juridiques nationaux et internationaux, a déterminé que « le retard et la léthargie de l'État dans la mise en œuvre du Cadre violent les droits fondamentaux des citoyens ». Suivra la décision *Pandey* contre l'Inde de 2017 dans laquelle *Ridhima Pandey*, un enfant de 9 ans, est le plaignant d'une demande déposée auprès du Tribunal national vert de l'Inde²⁶. La pétition plaide que la doctrine du « Public Trust », les engagements de l'Inde en vertu de l'Accord, les lois environnementales et les politiques climatiques obligent l'Inde à prendre

16. Tribunal de Landmark Queensland, <http://climatecasechart.com/non-us-case/xstrata-coal-queensland-pty-ltd-ors-v-friends-of-the-earth-brisbane-ors/> ; www.austlii.edu.au/au/cases/qlt/QLRT/2007/33.html.

17. Tribunal civil et administratif de Victoria (Australie) <http://climatecasechart.com/non-us-case/owen-v-casey-city-council-2/>.

18. <http://climatecasechart.com/non-us-case/paul-v-goulburn-murray-water-corporation-ors/> ; <http://climatecasechart.com/non-us-case/s-j-connelly-v-byron-shire-council/> ; <http://climatecasechart.com/non-us-case/blue-wedges-inc-v-minister-for-environment-heritage-and-the-arts/> ; <https://justiciaambientalcolombia.org/2016/02/18/texto-completo-sentencia-c-035-2016/>.

19. <http://climatecasechart.com/non-us-case/blue-wedges-inc-v-minister-for-environment-heritage-and-the-arts/>.

20. Réf. « ...alors que le Tribunal avait noté une certaine incertitude quant aux répercussions du changement climatique et que cette incertitude pouvait mener à l'application du principe de précaution, il a constaté que, selon les preuves techniques, l'utilisation de l'eau serait durable des estimations de l'impact du changement climatique sur les niveaux d'eau dans la région... ».

21. Corte Suprema de Bogota, 5 avr. 2018 <http://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>.

22. *Urgenda v. Netherlands Rechtbank Den Haag*, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, 24 juin 2015.

23. *Urgenda v. Netherlands*, préc.

24. *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium*, www.klimaatzaak.be/en/.

25. *Affaire Leghari v. Federation of Pakistan*, préc.

26. <http://climatecasechart.com/non-us-case/pandey-v-india/>.

des mesures plus importantes pour atténuer le changement climatique. Il fait également valoir que le terme « environnement », tel qu'il est utilisé dans la loi de 1986 sur la protection de l'environnement, englobe nécessairement le climat. La pétition cite aussi les principes du développement durable, de prudence et d'équité intergénérationnelle, ainsi que des décisions judiciaires fondées sur des principes juridiques similaires. La pétition souligne la vulnérabilité de l'Inde au changement climatique, et pour y remédier demande au tribunal d'ordonner, notamment, au Gouvernement, d'inclure le changement climatique dans les études d'impact environnemental, la préparation d'un inventaire national des émissions de GES et la préparation d'un budget carbone national. Le tribunal donne raison au demandeur et consacre les obligations et responsabilités climatiques exigées au Gouvernement et aux autorités. Cette décision permet d'asseoir la responsabilité climatique sur la notion « d'environnement » qui y inclut désormais le climat.

21 - Mais c'est un tribunal de première instance, en Autriche, qui, faisant preuve d'audace, va annuler, par une décision *Vienna-Schwechat Airport Expansion* de 2016²⁷, l'autorisation pour la construction d'une troisième piste d'atterrissage pour l'aéroport de Vienne, en arguant que les études d'impact n'avaient pas tenu suffisamment compte des éventuelles conséquences du projet sur le changement climatique, en termes d'augmentation d'émissions de CO₂, au visa notamment des engagements internationaux en matière climatique de l'Autriche, la convention et l'Accord. La loi sur le changement climatique du Land de Vienne avait également été avancée pour renforcer l'argument de la nécessité d'assumer des obligations climatiques et un devoir de diligence de la part de l'État. Le tribunal donnera raison aux demandeurs, en première instance, affirmant le devoir de tenir compte des conséquences des changements climatiques avant d'autoriser un ouvrage. Cependant la décision n'a pas connu une issue favorable en appel.

22 - L'affirmation d'une responsabilité climatique, est à la fois lente mais progressive. Elle est également protéiforme montrant les tâtonnements des parties demanderesses et des juges. La responsabilité climatique se cherche encore elle-même, mais connaît des évolutions qui élargissent davantage son champ d'application aux domaines touchant les droits fondamentaux et les droits de l'homme ainsi qu'aux populations et territoires « vulnérables ».

B. - L'élargissement de la responsabilité

23 - L'élargissement de la responsabilité se fera par deux biais, d'abord par l'affirmation d'une responsabilité intergénérationnelle et ensuite par l'élargissement de la responsabilité climatique à la protection spécifique des populations vulnérables au nom de la protection des droits fondamentaux. Il s'opère ainsi un passage d'une conception classique de la responsabilité, dans laquelle le lien de causalité serait nécessaire et indispensable, à une conception plus « humanitaire », « transgénérationnelle » et « universalisable » dans laquelle la causalité se trouve dans l'existence d'une obligation de protection des populations contre des risques environnementaux et climatiques et dans la protection du droit à la vie et à la santé.

24 - S'agissant d'abord des générations futures, trois affaires récentes illustrent nos propos²⁸. Dans l'affaire *Plan B Earth*, les

requérants demandaient un jugement tendant à déclarer que le secrétaire d'État avait agi illégalement en violation de ses responsabilités en vertu de la loi de 2008. Ils demandaient la publication d'une ordonnance obligeant le secrétaire d'État à réviser l'objectif 2050 conformément à l'objet de la même loi et aux obligations dues, en s'assurant au minimum que cet objectif engage le Royaume-Uni à une contribution équitable à celui fixé par l'Accord et qu'il soit conforme au principe de précaution. Les plaignants alléguaient également que les actes du secrétaire d'État violaient la loi sur les droits de l'homme de 1998 et enfreignaient le devoir d'égalité du secteur public énoncé à l'article 149 de la loi de 2010 sur l'égalité. La première instance a été perdue, le tribunal considérant que la loi de 2008 ne contenait pas d'« obligation » (a duty) mais une faculté discrétionnaire. Un appel est en cours dans lequel les plaignants insistent sur le sens qui doit être donné à « l'obligation climatique » consistant, pour l'État, à accomplir ses objectifs en matière de réduction de CO₂ d'ici 2050 ainsi que les obligations qui découlent de l'Accord²⁹. Dans l'affaire des Philippines, encore en cours, des pétrolières canadiennes, faisant parties des 47 « carbon majors », doivent répondre à des allégations de violation des droits de l'homme au nom des générations futures après une pétition interposée par Greenpeace et plusieurs jeunes en octobre 2017 devant la Cour des droits de l'homme. Les plaignants soutiennent que ces compagnies sont en grande partie responsables des bouleversements climatiques qui ont privé des millions de philippins de leurs droits fondamentaux, dont celui à la vie, à l'eau potable et à un logement convenable. Les auteurs de la pétition demandent notamment à la CDHP d'obliger les entreprises visées à soumettre des plans pour prévenir et éliminer les violations des droits de la personne découlant des impacts des changements climatiques. Il s'agit assurément d'une démarche juridique inédite puisque c'est la première fois qu'une cour des droits de l'homme se saisit de la question climatique et de la responsabilité des entreprises privées.

25 - Dans la requête pour un avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant l'interprétation des articles 1, 4 et 5 de la Convention Interaméricaine des droits de l'homme interposée en 2016 la question était déjà présente³⁰. La Cour avait déclaré que les États avaient trois types d'obligations : l'obligation de prévenir les dommages environnementaux, l'obligation de coopérer et l'obligation d'information, de justice et de participation du public. Cette constatation suggère que le droit à un environnement sain peut servir de socle pour les poursuites intentées à l'égard des dommages liés au changement climatique. L'avis a également discuté de la responsabilité des Gouvernements pour les dommages environnementaux importants qu'ils causent à l'intérieur et au-delà de leurs frontières.

26 - Précédemment, dans une pétition adressée à la Commission interaméricaine des droits de l'homme en vue d'obtenir réparation contre les violations des droits des peuples de l'Athabaskan atlantique résultant du réchauffement rapide de l'Arctique et de la fonte causée par les émissions de carbone noir au Canada de 2013, la question de la responsabilité climatique élargie aux droits de l'homme était également posée³¹. La pétition déposée par Earthjustice alléguait que les règlements frag-

27. *Austrian Federal Administrative Court case n° W109 2000179-1/291E*.

28. *Philippines Future Generations c/ min. Environnement et a. de 2018*, www.greenpeace.org/seasia/ph/PageFiles/105904/Climate-Change-and-Human-Rights-Complaint.pdf; *Plan B Earth* de 2017 <http://climatecasechart.com/non-us-case/plan-b-earth-others-v-secretary-state-business-energy-industrial-strategy/>; au Royaume Uni, *Generaciones Futuras*

c. *Minambiente* ; en Colombie, 5 avr. 2018 <http://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>.

29. http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20180222_Claim-No.-CO162018_appeal.pdf.

30. 14 mars 2016, demande d'avis consultatif de la Colombie.

31. Pétition interposée le 23 avril 2013, <https://earthjustice.org/category/case/athabaskan-black-carbon-petition>.

mentaires et laxistes du Canada sur ces émissions menaçaient les droits de l'homme de ce peuple. La pétition indiquait que l'Arctique connaissait des taux de réchauffement disproportionnés et affirmait que ce réchauffement avait des effets négatifs importants sur eux : perturbations écologiques rendant la chasse et la pêche plus difficiles et dangereuses ; changements de la topographie régionale d'importance culturelle, compromettant la capacité de ce peuple à protéger leur environnement à des fins allant de la subsistance au maintien des traditions culturelles. Selon la pétition, l'échec du Canada à réglementer efficacement les émissions de carbone noir était le début d'une chaîne causale qui se terminait par la violation des droits établis par la Déclaration américaine des droits de l'homme. Cet échec entraînait également des violations des devoirs du Canada visant à éviter les dommages transfrontières et à protéger l'environnement conformément au principe de précaution.

27 - Nous observons une double tendance : d'abord un élargissement de la responsabilité classique tendant à embrasser des obligations climatiques plus larges y compris dans le domaine des droits fondamentaux et des droits de l'homme, puis la modification et l'évolution de la responsabilité elle-même en fonction de la contrainte climatique. Cette tendance est confirmée dans la récente affaire colombienne du 5 avril 2018 dans laquelle ont été poursuivis des organismes du Gouvernement colombien pour faire valoir leurs droits à un environnement sain, à la vie,

à la santé, à la nourriture et à l'eau. Les plaignants alléguaient que le changement climatique ainsi que l'incapacité du Gouvernement à réduire la déforestation et à assurer le respect d'un objectif de déforestation zéro-net dans l'Amazonie colombienne d'ici 2020, menaçait les droits fondamentaux des demandeurs. Les jeunes demandeurs avaient déposé une réclamation constitutionnelle appelée « tutelle », utilisée pour faire respecter les droits fondamentaux. Après un jugement défavorable en première instance, un appel a été interjeté en février 2018. Par une décision du 5 avril dernier, la Cour a donné raison aux plaignants au nom d'un « droit des générations futures » devant fonder un devoir de l'État à protéger la forêt amazonienne, berceau d'un « climat stable et durable » et d'un « droit à l'environnement sain »³². Ce droit à la protection de l'environnement, de la nature et du climat, est une obligation pour l'État qui doit tenir compte des populations autochtones, de leur « droit à la propriété, à la vie et à la santé ».

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

32. M. Torre-Schaub, *La protection du climat et des générations futures au travers des « droits de la nature » : l'émergence d'un droit constitutionnel au « buen vivir »* : Dr. env. n° 267, mai 2018, p. 171-178.

26 Conceptualisation de l'aléa climatique au prisme de la force majeure : une relecture du contentieux *Xynthia*



Blanche LORMETEAU,
docteur en droit

Si les liens entre la formation des événements climatiques et le changement climatique ne sont pas toujours clairement établis, il est par contre certain que l'intensité et l'occurrence de ces phénomènes suit une courbe ascendante. Le traitement contentieux de la tempête *Xynthia* permet d'illustrer les enjeux relatifs à la qualification d'événements climatiques aléatoires au regard de l'engagement de la responsabilité administrative.

1 - La tempête *Xynthia*, au bilan humain et économique lourd¹, s'est abattue sur les côtes charentaises et vendéennes dans la nuit du 27 février 2010. D'un point de vue climatologique, la tempête a eu lieu à une période de l'année classiquement concernée par des phénomènes de ce type et ses vents ne revêtent pas une force exceptionnelle². L'ampleur de *Xynthia* est le fruit d'une conjonction de deux éléments : la tempête a touché les côtes au moment des grandes marées d'équinoxe, générant des hauteurs d'eaux en pleine mer importante ; du fait de sa trajectoire et de l'heure de son passage sur le littoral, la tempête a produit des surcotes maximales à l'heure de pleine mer sur le littoral de Vendée et de Charente-Maritime. Dès lors, le paroxysme de la surcote météorologique s'est superposé au maximum de la marée prédictive, conduisant à des hauteurs d'eau de niveau exceptionnel³. C'est donc la conjonction aléatoire de deux événements prévisibles qui est au cœur du contentieux en responsabilité et en indemnité ouvert devant les juridictions pénales et administratives après le passage de cette tempête.

2 - Traditionnellement, les conséquences des événements climatiques sont prises en charge par le droit des risques naturels qui repose sur une méthodologie préventive, appliquée à des risques identifiés. Il répond à une attente sociale évoluant en fonction des vulnérabilités exprimées et de l'identification scientifique des risques. Ainsi, avant le passage de la tempête *Xynthia*, la submersion marine n'était pas identifiée comme un risque naturel⁴.

3 - C'est le caractère prévisible du risque, caractère traduit par son inscription aux articles L. 561-1 et suivants du Code de

l'environnement⁵, qui fonde les nombreux outils de planification de l'anticipation de leurs réalisations et de leurs conséquences.

4 - Un risque peut être défini comme « la probabilité qu'un événement incertain se réalise »⁶. Dès lors, les planifications entendent prévenir, voir anticiper, la réalisation de risques qui eux-mêmes reposent pourtant sur l'identification d'aléas en raison du caractère « incertain » de l'événement visé. L'aléa « c'est imprévisible et l'impondérable ; c'est le hasard et l'arbitraire du hasard »⁷. Le droit des risques naturels est soumis à une apparente contradiction : si le risque est identifié, sa survenance demeure aléatoire, soulevant différents questionnements quant à l'engagement de la responsabilité.

5 - En effet, puisqu'il est désormais assuré que les phénomènes climatiques, en raison du changement climatique, vont gagner en intensité et en répétition⁸, l'aléa, qui portait sur leur réalisation, s'atténue au bénéfice de la conceptualisation d'un risque établi, ouvrant les portes de la responsabilité⁹.

6 - Dans le cadre des contentieux formés après la survenance de phénomènes climatiques, la force majeure est régulièrement évoquée comme une cause d'exonération de la responsabilité¹⁰. Elle entend permettre à la personne à qui la réparation d'un dommage est demandée, de s'exonérer de sa responsabi-

1. FFSA, GEMA, La tempête *Xynthia* du 28 février 2010. Bilan chiffré au 31 décembre 2010, 2011. Cour des comptes, Les enseignements des inondations de 2010 sur le littoral atlantique (*Xynthia*) et dans le Var, 2012.
2. Ils étaient moindres que ceux des tempêtes *Lothar* et *Martin* de décembre 1999 et *Klaus* de janvier 2009.
3. L. Pineau-Guillou et a., Caractérisation des niveaux marins et modélisation des surcotes pendant la tempête *Xynthia* : Annales hydrographiques, 2011, vol. 8, n° 777.
4. L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, portant engagement national pour l'environnement : A. Van Lang, L'émergence d'une approche intégrée du risque d'inondation : AJDA 2012, p. 1320.

5. V. les enjeux soulevés par l'érosion dunaire, CE, 17 janv. 2018, n° 398671 : JurisData n° 2018-000258. – Cons. const., 6 avr. 2018, n° 2018-698 QPC, Synd. secondaire Le Signal : JurisData n° 2018-005939. – R. Radiguet, Mauvais signal pour les propriétaires de biens en bord de mer ! : AJDA 2018, p. 1109. – V. également Proposition de loi portant adaptation des territoires littoraux aux changements climatiques.
6. Ch. Noiville, Du bon gouvernement des risques : PUF, 2003, p. 2.
7. V. Lassere-Kiesow, « Rapport introductif », dans Association Henri Capitant, L'aléa, Dalloz 2011, p. 1.
8. GIEC, Rapp. spécial sur la gestion des risques de catastrophes et de phénomènes extrêmes pour les besoins de l'adaptation au changement climatique (SREX), 2011 : ONERC, Le littoral dans le contexte du changement climatique : Doc. fr., oct. 2015.
9. L. Bloch, Changements climatiques : sale temps pour les assureurs : RCA 2018, n° 1.
10. M. Despax, « Introduction », in Les risques naturels et technologiques majeurs : aspects juridiques : Droit et ville, 1985, n° 20, p. 21.

lité en démontrant que ce dommage trouve son origine dans une cause extérieure, imprévisible et irrésistible. Le défendeur va chercher à établir ¹¹ l'absence de lien causal entre le dommage et son origine, qu'elle soit de fait ou de sa faute, et donc le caractère aléatoire de l'événement.

7 - L'aléa semble correspondre aux éléments constitutifs de la force majeure ¹² dès lors qu'il est classiquement défini comme un « événement éventuel, incertain, dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties, et pouvant causer un dommage » ¹³. Les liens entre la survenance d'aléas climatiques et les faits de l'homme ne sont pas juridiquement encore identifiés. Toutefois, en droit des risques naturels, l'aléa tend à s'effacer devant la notion de risque.

8 - Si cette affirmation est juste pour les risques identifiés supportant un aléa quant à leur réalisation, la question se pose lorsque l'aléa porte sur la conjonction de plusieurs événements climatiques. Le contentieux *Xynthia* permet d'étudier la mobilisation du droit dans le traitement juridique des conséquences d'une combinaison d'événements climatiques relativement habituels. Ainsi, ce n'est pas le caractère aléatoire de la tempête qui a été présenté comme une cause d'exonération de la responsabilité, c'est l'aléa porté par la conjonction exceptionnelles d'événements climatiques communs.

9 - Le contentieux *Xynthia* ne s'inscrit pas directement dans ce qu'il est courant d'appeler les contentieux climatiques, d'ailleurs aucuns moyens en défense n'est allé en ce sens, ce qui ne permet pas au juge de développer une approche climatique du contentieux. La réponse des juges administratifs ¹⁴ face aux moyens tendant à la reconnaissance d'une force majeure exonératoire de responsabilité (1) offre pourtant une lecture nouvelle sur le lien de causalité, pierre angulaire du contentieux climatique (2).

1. L'aléa climatique et la qualification de la force majeure au défi de la responsabilité administrative —

10 - La reconnaissance de responsabilité pénale ¹⁵ dans l'affaire *Xynthia* dénote que l'aléa climatique, déterminé ici par la conjonction exceptionnelle d'événements climatiques communs, était prévisible. Il n'y avait pas d'impossibilité matérielle à faire face à l'événement climatique. Le contentieux indemnitaire ouvert devant le juge administratif ¹⁶ procède à la même analyse (A) ce qui interroge quant à la doctrine classiquement développée par cet ordre juridictionnel face à la conjonction d'événements climatiques (B).

A. - La force majeure et l'engagement de la responsabilité en matière de conjonction exceptionnelle d'événements climatiques communs

11 - En matière d'événements naturels, l'extériorité est relativement évidente à démontrer. Elle caractérise la cause première,

immédiate du dommage. Dans l'affaire *Xynthia*, l'extériorité n'a pas fait l'objet d'un contrôle approfondi du juge. Pourtant, il aurait pu être mis en avant le mauvais état de la digue pour exonérer, au moins partiellement, le maire et l'État de leurs responsabilités ¹⁷. Cette absence de contrôle, si elle n'est pas exceptionnelle en matière de responsabilité administrative ¹⁸, acte toutefois de la permanence de la juridiction administrative à ne pas considérer les événements climatiques, et encore moins la conjonction de phénomènes naturels, comme ayant des liens avec la politique environnementale d'un État ¹⁹.

12 - Concernant l'irrésistibilité, la jurisprudence développe une lecture stricte. Il ne suffit pas que l'événement ait été difficile à surmonter pour caractériser la force majeure. Il est recherché leur nature exceptionnelle ²⁰.

13 - L'étude de la doctrine jurisprudentielle montre que lorsque la catastrophe est le produit de plusieurs causes, le juge administratif se concentre davantage sur le caractère imprévisible pour caractériser ou rejeter la force majeure ²¹, notamment en matière d'inondation consécutive à une crue. Ainsi, bien qu'irrésistible, la crue dont les mesures d'étiage en amont, réalisées quelques heures avant le sinistre, avaient permis de prévoir son niveau exceptionnel, ne présentait pas de caractère de force majeure ²².

14 - C'est donc la prévisibilité, inscrivant l'aléa dans une logique de prévention, qui exclut la qualification de force majeure. Les risques naturels étant par définition prévisibles, la qualification de force majeure semble alors impossible à obtenir. Toutefois, ce n'est pas le risque qui doit être imprévisible en soit, mais sa réalisation.

15 - Ainsi, pour exemple, a commis une erreur de qualification juridique la cour administrative d'appel qui a caractérisé la force majeure pour une tempête, alors que des vents d'une même intensité avait été observé, au même endroit, 6 années auparavant ²³. *A contrario*, est qualifiée de force majeure la tempête de vent sans précédant ayant provoqué la chute d'un arbre appartenant à un particulier sur les câbles de télécommunication ²⁴.

16 - L'imprévisibilité tient donc à une analyse *in concreto* des faits ayant été à l'origine du sinistre en les replaçant dans un contexte temporel et spatial plus général ²⁵. Le juge administratif tient compte tant des caractéristiques climatiques de la région

11. Ch. Cans, J.-M. Pontier, Th. Touret, *Traité de droit des risques naturels* : Éd. Le Moniteur, 2014, p. 718.

12. L. Williate-Pelleteri, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil de l'aléa* : LGDJ, 2008, p. 13.

13. R. Guillien et al., *Lexique des termes juridiques* : D. 2005, p. 555.

14. Le volet pénal fera l'objet d'une étude complémentaire réalisée dans le cadre du Projet de recherches en cours *Les dynamiques du contentieux climatique* (dir.) M. Torre-Schaub, – Mission Droit et Justice 2017-2019.

15. TGI Sables-d'Olonne, 12 déc. 2014, n° 877/2014 : *JurisData* n° 2014-036944. – CA Poitiers, 4 avr. 2016, n° 16/00199.

16. TA Nantes, 22 déc. 2017, n° 1504946 et 1704815, Assoc. de défense des victimes des inondations de la Faute-sur-mer. – V. également TA Nantes, 19 janv. 2017, n° 1411130, Sté Assurances du Crédit Mutuel IARD : *JurisData* n° 2017-003664.

17. Comp. à l'affaire du barrage de Malpasset : suite à une crue très importante, au sein de la retenue, consécutive à 15 jours de déluge, le barrage avait cédé, faisant 423 victimes. Pour le Conseil, la cause de la rupture du barrage n'est pas les précipitations, mais est interne au barrage : « Il résulte de l'instruction que la rupture du barrage de Malpasset a été due à « l'expulsion » de la roche à l'aval immédiat de l'ouvrage sous la pression de l'eau retenue par ce dernier ; dans ces conditions, la cause de la rupture ne peut être regardée comme extérieure au barrage », CE, ass., 28 mai 1971, Dpt Var c/ Entreprise Bec frères : *Lebon*, p. 419.

18. F. Lemaire, *La force majeure : un événement irrésistible* : RDP 1999, p. 1731.

19. De même, si l'on considère que le changement climatique, cause première de l'intensification de la réalisation des aléas climatiques relève de la responsabilité de l'État, le cas fortuit pourrait être invoqué.

20. CE, 16 oct. 1995, Épx Mériade.

21. CE, 22 févr. 1967, Ville Royan : *Lebon*, p. 951 : l'averse qui s'est abattue le 6 octobre 1959 n'a pas présenté, eu égard notamment au fait que des précipitations atmosphériques d'une importance au moins égale s'étaient produites dans le même lieu en 1935, le caractère d'un événement de force majeure. – CE, 23 janv. 1981, Ville Vierzon : *Lebon*, p. 28 : pluies ayant présenté, en raison de leur violence et de leur intensité exceptionnelle et imprévisible par rapport à tous les précédents connus dans la région, le caractère d'un événement de force majeure. – CE 27 avr. 1984, C^{te} générale des eaux : *Lebon T.*, p. 768 : pluies d'orage d'une intensité exceptionnelle et imprévisible.

22. CE, 9 oct. 1974, Ausburger : *Lebon*, p. 1170, pour le mistral. – CE, 4 févr. 1970, Jaubert : *Lebon*, p. 95.

23. CE, 26 juill. 2006, n° 272621, MAIF et M. A. : *JurisData* n° 2006-070646.

24. CAA Nantes, 31 déc. 1992, n° 92NT00183, Lambart.

25. J.-M. Pontier, *L'imprévisibilité* : RDP 1986, p. 11.

en cause²⁶, que de la saison²⁷, mais également, comme c'est le cas dans l'affaire *Xynthia*, de la connaissance scientifique et mémoriel d'événements similaires passés²⁸.

17 - Dès lors, et même si la qualification du juge relève d'une certaine relativité, l'inscription dans le temps d'événement majeurs dessine une jurisprudence administrative excluant la force majeure dès lors que l'événement s'est produit antérieurement.

18 - Dans le contentieux *Xynthia*, le tribunal administratif de Nantes procède à une analyse détaillée du caractère prévisible de l'événement climatique : « il résulte de l'instruction que l'inondation, dans la nuit du 27 au 28 février 2010, du territoire de la commune de La-Faute-sur-Mer a résulté de l'action combinée de vents violents avec de puissantes rafales ayant atteint, sur le littoral, une vitesse de 160 kilomètres par heure, d'une pleine mer de vives eaux d'équinoxe avec un coefficient de 102 et d'un phénomène important de surcote, d'environ 1 mètre, correspondant à la différence entre le niveau de la marée prévue aux abords du littoral et le niveau réel de la marée observé ; ». Reprenant ensuite les éléments relevés par la cour d'appel de Poitiers²⁹, notamment quant à la probabilité de survenance du risque et à la connaissance populaire attestée des phénomènes de submersion marine, le tribunal rappelle « que dès l'intervention du diagnostic réalisé sur cet ouvrage au mois de juillet 2006, le caractère insuffisant de la protection contre la mer assurée par la " digue est " et, par suite, la nécessité de mieux garantir, par la réalisation de travaux d'accroissement de la hauteur de cet ouvrage, les zones urbanisées contre le risque de submersion marine, étaient connus des autorités publiques ». Dès lors, « l'inondation d'une partie du territoire de La Faute-sur-Mer pendant la nuit du 27 au 28 février 2010 ne peut être regardée comme procédant d'un événement naturel présentant les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité lui conférant la nature d'un événement de force majeure ».

19 - Une conclusion contraire aurait été étonnante dès lors que les différents documents de prévention des risques naturels ressortent de la compétence du préfet, et que les rapports institutionnels, d'expertise et les décisions pénales rappellent avec force que le maire avait été, à de maintes reprises, sollicité par les services de la préfecture pour intégrer ce risque climatique dans la gestion de sa commune.

B. - L'exclusion de la force majeure pour une conjonction exceptionnelle d'événements communs : nouvelle tendance jurisprudentielle ?

20 - L'embarras du droit pour intégrer les conséquences du changement climatique provient de la difficulté conceptuelle à admettre comme source de responsabilité non pas la survenance d'un événement climatique mais d'une conjonction exceptionnelle d'événements communs.

21 - La combinaison d'événements climatiques qui, pris isolément n'étaient pas imprévisibles, mais dont la conjonction relève de l'expression d'un aléa fort, a pu aboutir, traditionnellement à la qualification de la force majeure³⁰.

22 - L'imprévisibilité repose alors sur la conjonction d'événements climatiques déjà connus. Tel est le cas de la jurisprudence

Commune d'Arles de 2017 dont les faits climatiques présentent des similitudes évidentes avec ceux de *Xynthia*.

23 - En décembre 2003, la commune d'Arles a été fortement touchée par une crue exceptionnelle du Rhône due à d'intenses précipitations. Les ouvrages de protection contre les crues, sur lesquels étaient installées des voies ferrées, n'ont pas tenu, et les inondations ont occasionné des pertes matérielles importantes. Un des assureurs, accompagné de requérants particuliers, a saisi le juge administratif en vue d'obtenir la condamnation *in solidum* de SNCF Réseau, SNCF Mobilités et l'État en raison de la rupture des ouvrages.

24 - Le Conseil d'État a suivi le raisonnement de la cour administrative d'appel qualifiant de force majeure la conjonction de différents phénomènes climatiques de grande intensité³¹ en matière de dommage de travaux publics³². Les faits relevés par les juges du fond, suivis en ce sens par le Conseil d'État, sont les suivants : une « ampleur exceptionnelle » des précipitations qui a provoqué la saturation des sols et des ouvrages hydrauliques ; un « événement pluviométrique » [qui] a constitué l'un des trois événements les plus importants des deux derniers siècles » ; « qu'à ce premier phénomène exceptionnel s'était ajoutée une tempête marine, qui a débuté dans la nuit du 3 au 4 décembre 2003 et qui a freiné le déversement des eaux du Rhône » ; « que la crue du Rhône avait conduit à un débit qui, même s'il est resté inférieur à ce qui a été observé en 1840 et 1856, a été estimé, [...], à 11 500 mètres cubes par seconde à Beaucaire » ; « que la hauteur de la crue avait été, notamment au droit des ouvrages en cause, nettement supérieure à celle qui avait été observée en 1856 ». Dès lors, « la cour, [...], n'a commis ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique en jugeant qu'une conjonction exceptionnelle de phénomènes de grande intensité s'était produite qui présentait un caractère imprévisible et irrésistible et qui caractérisait un cas de force majeure ».

25 - Dans l'affaire Commune d'Arles, si le risque d'inondation était historiquement connu³³, la force majeure qualifiée tient à la reconnaissance de la conjonction d'événements imprévisibles. Ainsi, le juge administratif ne procède pas à l'assimilation de tous les événements aboutissant à l'inondation. Il n'exige pas qu'ils soient tous de nature imprévisible. Seule l'ampleur des précipitations « [qui] a constitué l'un des trois événements les plus importants des deux derniers siècles » crée la conjonction exceptionnelle, même si des niveaux comparables avaient déjà été relevés, .

26 - L'accent mis sur la prévisibilité des événements, y compris leur conjonction, place la détermination scientifique de l'aléa climatique au cœur de la construction du lien de causalité.

26. CE, 23 janv. 1981, *Ville Vierzon*. – CE, 6 nov. 1968, *Cne Licq-Athérey* : *Lebon*, p. 546.

27. CE, 15 mai 1953, *Cne Nogent-sur-Marne*.

28. CE, 4 avr. 1962, *Sté Chais d'Armagnac et Ville de Condom* : *Lebon*, p. 245 : la crue de la Baise de 1952 ne revêt pas le caractère de force majeure car une crue plus importante s'était produite sur le même territoire en 1883.

29. CA Poitiers, 4 avr. 2016, n° 16/00199.

30. CE, 27 mars 1987, n° 590939, *Sté des grands travaux de Marseille* a le caractère de force majeure les inondations imputables à la conjonction d'une

pluviosité extrême, d'une crue importante du fleuve et d'une marée particulièrement forte. – V. également CE, 5 déc. 1986, n° 66288, *SA Éts Robin*. – CE, 6 juill. 2015, n° 373267, *M. A. B.* : *JurisData* n° 2015-016782.

31. CE, 15 nov. 2017, n° 403367, *Sté Swisslife Assurances* : *JurisData* n° 2017-023022 ; publié au *Recueil Lebon*.

32. Il est traditionnel de souligner la difficulté de qualifier la force majeure en matière de dommages de travaux publics, CE, ass., 28 mai 1971, n° 76216, *Entreprise Bec frères*.

33. Classiquement, la force majeure en matière d'inondation n'est retenue que lorsqu'un retour de l'événement ou son occurrence première n'est pas prévisible, CE, 4 avr. 1962, n° 49258, *Sté Armagnac*. – Pour une inondation, qu'importe la violence de la crue qui l'a provoquée, dès lors que plusieurs crues avaient entraîné l'inondation de terrains dans un même secteur, CAA Lyon, 13 mai 1997, n° 94LY00923 et 94LY01204. – CE, 12 mars 2014, n° 350065 : *JurisData* n° 2014-004594. Dans le contentieux *Xynthia*, est fait référence, au pénal comme à l'administratif, à la connaissance scientifique et couramment établie de l'existence de phénomènes similaires par le passé.

2. D'un risque aléatoire à un risque prévisible, construction du lien de causalité et intégration de l'aléa climatique en droit

27 - L'avancée des sciences dures, particulièrement dans le domaine du changement climatique, renforce le caractère prévisionnel des événements naturels et participent de la construction d'un aléa climatique prévisionnel, qui amène à envisager un contentieux de plus en plus fourni dans ce champ du droit (B), notamment, car la qualification ou l'exclusion d'une force majeure a des impacts quant à la création du lien de causalité (A).

A. - La qualification de l'aléa climatique, l'expertise scientifique et la formation du lien de causalité

28 - Si le droit ne reste pas indifférent à l'aléa dès lors qu'il admet l'aléa de causalité, il « abhorre le doute », et avec « l'expertise, la vérité scientifique est venue au soutien de la vérité juridique »³⁴. La place de l'expertise et de la connaissance du risque a, y compris en matière climatique, une place déterminante quant à la mise en jeu de la responsabilité.

29 - Les affaires *Xynthia* et Commune d'Arles, tout en tenant compte de la différence du degré de juridiction, amènent à s'interroger sur l'appréhension par le juge du caractère imprévisible d'un aléa climatique, puisque face à une conjonction d'aléa, le juge retient le raisonnement exactement inverse.

30 - L'aléa correspondant à la conjonction exceptionnelle d'événements climatiques fait face à la définition standardisée de la force majeure. Or, comme le soulignait J.-M. Sauvé, parce qu'il « permet une « régulation permanente du système juridique » par une adaptation constante du droit à la réalité sociale »³⁵, le standard peut intégrer ces aléas spécifiques dans le droit et donc tenir compte des effets du changement climatique dans le régime juridique de la responsabilité administrative.

31 - La force majeure, en responsabilité extra-contractuelle, a un effet totalement exonératoire pour la responsabilité du défendeur, qu'un régime de risque ou de faute soit recherché. Le lien de causalité n'est pas créé. Il y a une substitution d'une « causalité juridique », à une « causalité naturelle »³⁶.

32 - L'expertise scientifique et la connaissance du risque deviennent déterminants. Il est courant que le juge administratif prenne pour référence un événement comparable survenu depuis plus de 100 ans pour qualifier la force majeure³⁷. Sur ce

point, les affaires *Xynthia* et Commune d'Arles ne procèdent pas d'un même raisonnement alors pourtant qu'est en cause dans les deux cas la conjonction d'événement connus.

33 - Les juges nantais relèvent, visant les expertises scientifiques et la connaissance séculaire du territoire par les habitants, que les phénomènes étaient connus, et le risque de conjonction établi notamment par les expertises menées par les services de l'État³⁸.

34 - Dans l'affaire Commune d'Arles, le Conseil d'État souligne la rareté des antécédents et l'absence de précédentes conjonctions pour qualifier la force majeure³⁹. Néanmoins, à la lecture des conclusions du rapporteur public⁴⁰, il apparaît que la qualification de force majeure présentait des éléments d'incertitudes notables⁴¹, la décision est d'ailleurs rendue sous conclusions inverses. Le rapporteur public soulignait ainsi qu'« il n'est pas contesté que les merlons ont cédé dès le début de la soirée du 3 décembre et que les eaux du Rhône se sont engouffrées dans les brèches du remblai ferroviaire à l'aube du 4 décembre » et poursuivait en indiquant que « la tempête, en revanche, ne s'est levée qu'au cours de la nuit pour atteindre son paroxysme à 7 heures du matin, alors que les quartiers Nord de la ville d'Arles étaient déjà inondés. Le rapport rendu par le collège d'experts ne retenait aucune contribution du phénomène marin à l'ampleur des inondations ». Pour le rapporteur, le caractère prévisible de l'événement pouvait être notamment déduit des différents projets de la SNCF pour conforter l'ouvrage, et la conjonction des événements n'était pas qualifiée, excluant, à son sens, l'existence d'une force majeure. Dès lors, il n'y avait pas de conjonction d'événements climatiques rendant irrésistible et imprévisible la survenance du dommage⁴². Mais le Conseil d'État ne suit pas ces conclusions et s'en tient à la lecture stricte de la force majeure quant à la conjonction d'événements climatiques.

35 - La raison de cette solution tient peut-être à l'absence de document de planification des risques naturels à l'époque des faits. Mais la question demeure entière. Rendue par le Conseil d'État et non pas une juridiction de première instance comme dans l'affaire *Xynthia*, cette jurisprudence dessine-t-elle une appréhension plus stricte du critère de l'imprévisibilité face à la montée en puissance des expertises scientifiques probabilistes et des exigences de prévention inhérentes au développement actuel de la société du risque ?⁴³.

36 - Dès lors, c'est la question de l'accroissement possible du champ de la responsabilité administrative qui est en jeu, non pas sur des faits générateurs du changement climatique, mais sur ses conséquences.

34. V. Lassere-Kiesow, *Rapport introductif, ibid.*, p. 2-3.

35. J.-M. Sauvé, « Y a-t-il des caribous au Palais-Royal ? », *Cycle de conférences sur les enjeux juridiques de l'environnement*, 14 mai 2012, citant S. Rials, *Le droit administratif français et la technique du standard* : LGDJ, 1980, p. 120.

36. R. Latournerie, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics* : RDP 1945, p. 174. – Toutefois, cette causalité ne joue que dans la production du dommage. Le défendeur peut être tenu à la réparation des dommages lorsqu'il a, par son comportement, concouru à la survenance ou à l'aggravation du dommage, CE, 25 mai 1990, n° 39460 et 39497, Abadie et a. : Lebon. – Le juge administratif fait application de la théorie de la causalité adéquate et l'exonération peut n'être que partielle, CE, 13 mai 1970, Cne Tournissan : Lebon. – CE, 12 mars 1975, Cne Boissy-le-Cutté : Lebon.

37. CE, 27 juill. 1988, n° 50977, C^{ie} marseillaise de Madagascar : la crue de la Baïse de 1952 ne revêt pas le caractère de force majeure car une crue plus importante s'était produite sur le même territoire en 1883. – CE, 4 avr. 1962, Sté Chais d'Armagnac et Ville Condom. – Pour une exclusion de la force majeure en raison de la fréquence d'occurrence d'événements similaires, CE, 14 mars 1986, Cne Val Isère : « malgré sa violence exceptionnelle », parce que plusieurs avalanches s'étaient produites « trois fois au moins depuis 1917 », l'avalanche ne constitue pas une force majeure.

38. Reprenant les éléments de preuve apportés au pénal, notamment l'expertise du Service Hydrographique et Océanographique de la Marine.

39. De tels événements ne s'étaient pas produits depuis 1840 et 1856.

40. *Concl. d'Olivier Henrard sur CE*, 15 nov. 2017, n° 403367 : *JurisData* n° 2017-023022.

41. D'autant que la décision aboutit à une déclaration d'irresponsabilité totale, alors que la force majeure n'est que partiellement exonératoire de responsabilité dès lors que les conséquences dommageables de l'événement ont été aggravées par un ouvrage public, CE, 25 mai 1990, n° 39460 et 39497. – CE, 13 mai 1970, n° 77122. – CAA Nantes, 27 janv. 2017, n° 15NT01092.

42. V. déjà au fond CAA Marseille, 24 avr. 2017, n° 15MA02331, *SCI Vaccimo*.

43. Le doyen Hauriou s'interrogeait déjà sur l'opportunité « de méditer sur le caractère provisoire et fragile de cette cause d'exonération, et de discerner ce qui se cache derrière, ce qui surgit quand on ne peut plus l'invoquer », *concl. sur CE*, 10 mai 1912, *Ambrosini* : S. 1912, p. 161.

B. - L'intégration de l'aléa climatique dans les documents de prévention des risques : la réaction du législateur au changement climatique

37 - L'aléa climatique se confond dans la notion de risque. En ce sens, l'imprévisibilité qui préside la notion d'aléa se fonde dans la certitude prévisible qui fonde la notion de risque⁴⁴. Penser le droit autour de l'aléa et du risque emporte une contestation d'un syllogisme juridique fondé sur l'appréciation de faits qui n'en sont pas encore, et notamment comme en l'espèce, la conjonction d'événements climatique.

38 - Le contentieux *Xynthia* permet d'amorcer une réflexion nouvelle sur « la construction d'une normativité prudentielle qui se fonderait non pas sur une appréciation des faits, mais sur une appréciation de l'aléa »⁴⁵, par le juge, mais également par le législateur.

39 - En effet, tout en tenant compte de la faible mobilisation de la force majeure pour exonérer la responsabilité de l'Administration⁴⁶, il est constant que la combinaison et l'augmentation de la probabilité de réitération des événements climatiques extrêmes risquent d'ouvrir un nouveau champ de responsabilité à l'administratif. J.-M. Pontier soulignait qu'elle « ne pourra jamais occuper une place importante parce que, [...], les mesures prises par les pouvoirs publics pour limiter les risques sont prises dans l'intérêt général. Cependant, des possibilités de responsabilité s'ouvrent du fait du retard, de la carence, dans l'adoption d'un plan de prévention des risques, ou du fait que des erreurs ont été commises lors de l'élaboration d'un plan »⁴⁷.

40 - La lecture croisée des contentieux Commune d'Arles et *Xynthia* met parfaitement cela en valeur puisque c'est bien sur la base d'une connaissance scientifique des risques climatiques, y compris les risques de conjonctions d'événements naturels, identifiés par les documents de PPRN, que s'engage ou non la responsabilité administrative.

41 - Or, dans un souci d'adaptation et de résilience des territoires face au changement climatique, l'évolution du droit engage désormais les autorités administratives à s'inscrire dans une dynamique de prévention des aléas climatiques. Les expertises scientifiques se renforcent et prennent une place déterminante dans les politiques territoriales et dans la gestion des conséquences des événements climatiques⁴⁸.

42 - Ainsi, pour exemple, l'article L. 566-1 du Code de l'environnement détermine que le risque d'inondation est « la combinaison de la probabilité de survenue d'une inondation et de ses conséquences négatives potentielles pour la santé humaine, l'environnement, les biens, dont le patrimoine culturel, et l'activité économique ». Ce risque doit être étudié lors d'une phase d'évaluation préliminaire du risque « fondée sur des informations disponibles ou pouvant être aisément déduites, tels des relevés historiques et des études sur les évolutions à long terme, en particulier l'incidence des changements climatiques sur la survenance des inondations » (C. envir., art. R. 566-1). Ces informations servent ensuite de fondement aux cartes des surfaces des risques d'inondation (C. envir., art. R. 566-6) et aux cartes des surfaces inondables. Ces dernières déterminent trois aléas⁴⁹ qui, pour les plans de prévention des risques littoraux (PPRL) intègrent un aléa « submersion marine » qui vise « au regard de l'impact prévisible fort du changement climatique sur la configuration des côtes basses, [...] à intégrer l'impact du changement climatique » sur l'aléa « submersion marine »⁵⁰ et permettant l'intégration, en droit, de la concomitance de phénomènes tels que la marée, une surcote météorologique, la houle, ou des phénomènes locaux⁵¹.

43 - L'enjeu d'une mise en œuvre de la responsabilité pour les dommages causés par une conjonction d'événement extrêmes a un effet préventif. Elle doit inciter l'État à agir en amont, tant sur la réduction de la vulnérabilité des territoires que sur les causes du changement climatique. Dès lors, les différentes études et évaluations identifiant ces risques climatiques pour un territoire donné limite la mise en jeu du caractère imprévisible des conséquences du réchauffement climatique⁵².

44 - Les contraintes pesant sur les contentieux dits « climatiques » sont ceux liés à l'absence d'une atteinte actuelle et la difficulté de construire le lien de causalité. Grâce au raisonnement induit de la réponse du juge quant à la qualification de la force majeure, les causes climatiques intègrent le droit de la responsabilité en ce qu'elle exprime une approche préventive de l'aléa climatique.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

44. Pour reprendre, *a contrario*, l'affirmation de T. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs* : LGDJ, 2013.

45. F. Allaire, *Risque naturel et droit* : AJDA 2012, p. 1316.

46. CERDACC, *Inondation et force majeure*, 2002 : pour la période 1980-2000, la reconnaissance d'une force majeure en faveur de l'Administration est dans 6,5 % des décisions dans lesquelles elle a été invoquée.

47. J.-M. Pontier, *La responsabilité du fait des risques naturels prévisibles* : AJDA 2012, p. 1335.

48. Ainsi, l'article L. 125-1 du Code des assurances donne une compétence discrétionnaire aux ministres concernés pour prononcer la reconnaissance d'état de catastrophe naturelle au regard de « l'intensité et (de) l'anormalité des agents naturels en cause sur le territoire des communes concernées », et (de) « s'entourer, avant de prendre les décisions relevant de leurs attributions, des avis qu'ils estiment utiles de recueillir et s'appuyer sur des méthodologies et paramètres scientifiques, sous réserve que ceux-ci apparaissent

appropriés, en l'état des connaissances, pour caractériser l'intensité des phénomènes en cause et leur localisation », et en l'espèce, la méthodologie élaborée par Météo France, CE, 16 mars 2018, n° 389176, *Cne Bonneuil-sur-Marne* : JurisData n° 2018-003635 ; aux tables : la reconnaissance de l'état de catastrophe naturelle n'établit pas, par elle-même, l'existence d'une force majeure. - CE, 2 oct. 1987, *Cne Labastide-Clairence* : Lebon T., p. 992. - D. Löhrer, *La responsabilité pour faute relative à la vigilance et aux alertes météorologiques* : un premier bulletin : RFDA 2014, p. 305.

49. C. envir., art. R. 566-7 : « 1° Aléa de faible probabilité ou scénarios d'événements extrêmes ; 2° Aléa de probabilité moyenne soit d'une période de retour probable supérieure ou égale à 100 ans ; 3° Aléa de forte probabilité, le cas échéant. »

50. Circ. 27 juill. 2011, relative à la prise en compte du risque de submersion marine dans les PPRL.

51. Circ. 27 juill. 2011, *ibid*.

52. V. J.-M. Pontier, *La responsabilité du fait des risques naturels prévisibles*, préc. - V. également les compétences de gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations (GEMAPI).

27 La « responsabilité climatique » des entreprises : une première analyse à partir du contentieux américain et européen



Luca D'AMBROSIO,
chargé de recherche au Collège de France

Après l'assignation en 2015 de l'entreprise allemande RWE devant des juges d'outre Rhin par un paysan péruvien, plusieurs villes et comtés américains réclament aux grandes multinationales du pétrole la réparation des dommages dérivant du changement climatique. Ces actions en justice croisent les poursuites pour fraude lancées par les procureurs américains contre ExxonMobil, soupçonnée d'avoir trompé les investisseurs et les consommateurs en dissimulant les risques climatiques dont ses dirigeants avaient connaissance depuis la fin des années 1970. Cette contribution étudie les conditions de la responsabilité juridique – faute, causalité et dommage – que ce contentieux climatique dirigé contre les entreprises met en question dans un contexte géographique, historique et épistémique inédit.

1 - Est-il possible de caractériser juridiquement la responsabilité des entreprises dans le changement climatique et dans les dégâts qu'il engendre ? Il y a encore quelques années, la réponse à cette question était négative. Comme l'avait souligné en 2009 un Tribunal fédéral de Californie – saisi par les habitants du petit village d'Alaska *Kivalina* qui réclamaient des grandes compagnies pétrolières la réparation du préjudice dérivant du déplacement de leur village, menacé par la fonte du permafrost et la montée des océans – une telle action ne serait pas justiciable : en effet, la question de l'imputation des dommages climatiques appartiendrait encore à la sphère du politique¹.

2 - La COP21 a sans aucun doute contribué à ébranler une telle approche. Au tournant des années 2015 et 2016 plusieurs procureurs des États-Unis ont lancé des poursuites contre ExxonMobil : le géant américain du pétrole est en effet soupçonné d'avoir caché aux investisseurs et aux consommateurs les risques dérivant des changements climatiques, risques que ses dirigeants auraient connus bien avant qu'ils ne soient dévoilés au grand public par le GIEC au début des années 1990². Parallèlement,

en novembre 2015, un paysan péruvien assignait en justice l'entreprise allemande de l'électricité RWE devant un tribunal d'outre Rhin : ce David du XXI^e siècle exige que le géant de l'énergie carbonée participe aux travaux nécessaires à la mise en sécurité de sa maison, exposée à un risque imminent d'inondation par la fonte des glaciers des Andes³.

3 - Mais c'est certainement le retrait des États-Unis de l'Accord de Paris qui a conduit à la pleine expression du contentieux climatique contre les entreprises : à partir de 2017 plusieurs grandes villes – Oakland, San Francisco, New York – et comtés américains – San Mateo et Santa Cruz en Californie, Boulder en Colorado, et King dans l'État de Washington – ont assigné en justice les grandes multinationales du pétrole pour les obliger à prendre en charge les coûts des mesures d'adaptation nécessaires à protéger les villes et les populations des effets du changement climatique. Ce mouvement des acteurs non étatiques contre les entreprises du fossile ne semble pas être destiné à s'arrêter sur les deux côtes des États-Unis : en février 2018, le Conseil de la Ville de Paris a également manifesté la volonté « d'étudier la faisabilité d'assigner en justice les pétroliers pour leur responsabilité dans le changement climatique »⁴.

4 - Cette « climatisation »⁵ des actions en responsabilité semble confirmer l'une des hypothèses que nous avons formulées dans un travail collectif publié à l'occasion de la COP 21 : face à la faiblesse et à la souplesse des obligations de réduction des gaz à effet de serre imposées aux acteurs économiques, on

Ndlr : Cette contribution a été écrite dans le cadre du projet de recherche Les Dynamiques du contentieux climatique, usages et mobilisations du droit pour la cause climatique, dirigé par Marta Torre-Schaub avec le soutien de la Mission de recherche « Droit et Justice ».

1. *US District Court for the Northern District of California, Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corporation et al.*, 30.9.2009. La décision du tribunal fédéral a été entérinée par la cour d'appel du neuvième circuit. Sur le recours à la « politique question doctrine » dans le domaine de la *Climate Change Liability*, V. J. Jaffe, *The Political Question Doctrine : An Update in Response to Climate Change Case Law* : *Ecology Law Quarterly*, vol. 38, n° 4, 2011, p. 1033 et s.
2. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) a été créé en novembre 1988, à la demande du G7, par deux organismes des Nations unies : l'Organisation météorologique mondiale (OIM) et le Programme des Nations unies pour l'environnement (UNEP).

3. *Lluya v. RWE – The case of Huaraz*. Les documents relatifs à cette affaire sont disponibles sur le site internet de l'ONG Germanwatch (qui soutient l'action en justice).
4. V. « *Vœu pour un Paris décarboné* », adopté lors du Conseil de février 2018 sur initiative du Groupe Écologiste de Paris.
5. Cette expression est empruntée à J. Foyer, S. Aykut et E. Morena (dir.), *COP21 and the 'climatization' of Global Debates*, Routledge, 2017.

pourrait assister à une judiciarisation des conflits liés au changement climatique⁶. Une telle hypothèse peut s'avérer certes séduisante, voire nécessaire face à l'urgence climatique. Elle soulève toutefois des questions à la fois morales et juridiques particulièrement délicates. Peut-on qualifier aujourd'hui de « faits générateurs » d'une responsabilité délictuelle, voire pénale, des activités économiques qui ont été non seulement exercées légalement, mais qui ont constitué le pilier même de d'industrialisation moderne ? Les entreprises du fossile ne risqueraient-elles pas de devenir le bouc émissaire de la disqualification symbolique d'un modèle développement qui est, par ailleurs, encore en plein essor dans le monde ? Quoi qu'il en soit, il reste encore à savoir s'il est techniquement possible d'imputer à un émetteur particulier les conséquences dommageables d'un phénomène planétaire, tel que le changement climatique : de telles conséquences dommageables étaient-elles suffisamment prévisibles au moment où les comportements fautifs auraient été réalisés ? Les trajectoires causales entre l'extraction et la production de ressources fossiles par un acteur particulier, le dérèglement du climat de la planète et les impacts qui peuvent toucher en retour une population ou une ville dans le monde peuvent-elles être prouvées avec le degré de « certitude » exigé par le droit ?

5 - Voici quelques questions auxquelles ouvre la « responsabilité climatique » des entreprises. Il s'agit de questions qui ne sont pas forcément nouvelles pour le juriste⁷. Mais il s'agit de questions qui se renouvellent dans un contexte géographique, historique et épistémique inédit. Nous tâcherons ici d'offrir quelques éléments de réponse à ces questions en déployant cette première analyse du contentieux américain et européen autour du triptyque classique des conditions de la responsabilité juridique : la faute (1), la causalité (2), le dommage (3).

1. La faute

6 - La question du caractère dommageable des émissions de gaz à effet de serre et de sa connaissance par les compagnies pétrolières n'est pas seulement au cœur des demandes en réparation introduites par les villes et les comtés américains (B). Elle est même à l'origine des poursuites pour fraude lancées par les procureurs américains contre le géant américain ExxonMobil (A).

A. - Les enquêtes pour fraude lancées par les procureurs américains

7 - Une enquête journalistique publiée en 2015 par le site *Inside Climate News* a contribué de manière substantielle à déclencher les premières actions en justice contre les entreprises pétrolières⁸. S'appuyant sur des centaines de documents internes, cette enquête a révélé que dans les années 1977-1978 les dirigeants d'Exxon (c'était le nom de la firme avant sa fusion avec Mobil en 1998) avaient été informés non seulement de l'origine anthropique du réchauffement climatique, mais aussi

du fait que, au rythme actuel de leur combustion, les ressources fossiles auraient entraîné une augmentation entre 2 et 3 °C de la température globale de la planète avant 2050. La révélation de ces documents a ainsi permis de lever le voile sur le « double discours » que la compagnie pétrolière a tenu jusqu'à la fin des années 1990 : alors que dans les documents confidentiels, ainsi que dans les articles destinés à des revues spécialisées, Exxon reconnaissait que le changement climatique est un phénomène réel et causé par l'homme ; dans les documents destinés au grand public (notamment des publi-informations parues dans des grands quotidiens internationaux) elle exprimait systématiquement des doutes sur la réalité, la gravité et les origines anthropiques d'un tel phénomène⁹.

8 - Les révélations sur le double discours du géant américain du pétrole ont ainsi conduit le procureur de l'État de New York – l'*Attorney General* Eric Schneiderman – à ouvrir en décembre 2015 une première enquête pour fraude : l'entreprise est soupçonnée d'avoir trompé ses investisseurs en dissimulant les risques financiers dérivant du changement climatique. L'enquête est menée sur la base du *Martin Act*, un dispositif issu du droit étatique et considéré comme l'une des plus sévères loi anti-fraude (« *blue sky laws* ») prévues par l'ordre juridique américain. Cette enquête s'articule autour d'une série d'injonctions (« *subpoena* ») qui ont été adressées à toutes les sociétés et les dirigeants du groupe pétrolier¹⁰, ainsi qu'à la société de conseil et d'expertise comptable PricewaterhouseCoopers (PwC)¹¹ : les destinataires de ces injonctions sont ainsi obligés de transmettre au procureur toute communication interne relative au changement climatique produite à partir du 1^{er} janvier 1977, y compris tout document comptable sur l'évaluation des actifs et les provisions relatives à la conformité à la réglementation sur le carbone. Quelques mois après, une nouvelle enquête contre ExxonMobil a été ouverte par le Procureur de l'État du Massachusetts, l'*Attorney General* Maura Haeley. La compagnie pétrolière est cette fois soupçonnée d'avoir non seulement trompé les investisseurs mais aussi les consommateurs : des nouvelles injonctions ont ainsi été adressées à l'entreprise et à ses dirigeants¹².

9 - Après avoir transmis au procureur Eric Schneiderman plus d'un million de documents, ExxonMobil a changé de stratégie et a commencé à s'opposer aux enquêtes. Ses avocats ont tout d'abord attaqué devant des juges de l'État de New York l'injonction adressée à la société d'audit PwC : selon la compagnie pétrolière, une telle injonction aurait violé certains privilèges que la loi du Texas, où son siège social est situé, octroie à la relation entre le client et les sociétés de conseil et d'expertise comptable¹³. La Cour suprême de New York, puis la cour d'appel, ont balayé les recours d'ExxonMobil en statuant que les dispositions envisagées par la loi du Texas ne peuvent pas entraver une

6. V. M. Delmas-Marty, L. d'Ambrosio, C. Devaux, K. Martin-Chenut, *Le dérèglement climatique : un défi pour l'humanité. 12 propositions juridiques pour la Conférence de Paris sur le Climat*, disponible sur le site du Collège de France.

7. Pour une analyse comparée de ces questions, nous nous permettons de renvoyer à l'ouvrage collectif que nous avons codirigé *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*, Mare & Martin, 2018. Adde L. Neyret, *La reconnaissance de la responsabilité climatique* : D. 2015, p. 2278 s.

8. *Inside Climate News*, Exxon : *The Road Not Taken*, 2015. Les articles de l'enquête ainsi que les documents sur lesquels elle s'appuie sont disponibles au site web <https://insideclimatenews.org/content/Exxon-The-Road-Not-Taken> (consulté le 27 février 2018).

9. V. K. Jennings, D. Grandoni, S. Rust : *How Exxon went from leader to skeptic on climate change research* : Los Angeles Times, 23.10.2015. Le « double discours » de la firme américaine a été avéré empiriquement par deux historiens de l'université de Harvard qui ont comparé 187 documents reconductibles sur le changement climatique à ExxonMobil. – V. G. Supran et N. Oreskes, *Assessing ExxonMobil's climate change communications (1977-2014)* : Environmental Research Letters, 12, 2017, p. 1 s.

10. State of New York Office of the Attorney General v. ExxonMobil Corp., *Subpoena for Production of Documents*, 4.11.2015.

11. State of New York Office of the Attorney General v. PricewaterhouseCoopers LLP, *Subpoena for Production of Documents*, 19.8.2016.

12. The Commonwealth of Massachusetts Office of the Attorney General v. ExxonMobil Corp., *Subpoena for Production of Documents*, 19.4.2016. Une autre action a été lancée, puis retirée, par l'Attorney General des Îles Vierges des États Unies.

13. Il s'agit du Texas Occupations Code Section 901.457.

production de documents en raison d'un intérêt public¹⁴. Ensuite, s'agissant de l'enquête lancée par le procureur de l'État du Massachusetts, la firme a clairement musclé sa défense. En juin 2016, elle a en effet attaqué la procédure à la fois devant une Cour de l'État du Massachusetts et une cour fédérale du Texas : ExxonMobil a en effet demandé l'annulation de l'enquête pour abus de pouvoir et violation des droits constitutionnels (premier et quatrième amendements). Mais une telle stratégie ne s'est pas révélée favorable pour la compagnie pétrolière. D'une part, les juges étatiques ont validé l'injonction de transmettre au Procureur de l'État de Massachusetts les informations demandées¹⁵. D'autre part, la cour fédérale de New York, à laquelle la cour fédérale du Texas avait entre-temps transféré les procédures d'abus de pouvoir contre les deux *Attorney General*¹⁶, a rejeté le recours en le blâmant comme une déplorable manifestation de l'adage selon lequel « *the best defense is the good offense* »¹⁷.

B. - Les actions en réparation introduites par les villes et les comtés américains

10 - La question de la connaissance des risques que la production de ressources fossiles engendre sur le climat est aussi au cœur des actions en réparation introduites par les villes et les comtés américains contre Exxon et les autres grandes compagnies pétrolières¹⁸. Les demandeurs agissent sur la base des législations nationales en matière de *public et private nuisance*, de « *negligence* » et de *trespass* (violation de la propriété privée) : ne pouvant pas s'appuyer sur la violation d'une obligation préalable de prévention¹⁹, ils mettent l'accent sur le fait que les compagnies pétrolières savaient qu'une production et une utilisation sans limite de leurs produits seraient potentiellement catastrophique et qu'elles n'ont pas agi avant que les conséquences dommageables de l'extraction d'énergies fossiles ne deviennent irréversibles. L'objectif est évident : caractériser le comportement des compagnies du pétrole, comme maladroit et irrationnel et, dès lors, fautif.

11 - À cette fin, les demandeurs retracent tout d'abord la construction du savoir scientifique sur les effets dommageables de l'extraction d'énergies fossiles. Un tel savoir remonterait à la fin du XIX^e siècle, lors de la publication des premiers calculs sur l'augmentation des températures engendrées par la combustion des énergies fossiles²⁰. Mais c'est à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle que selon les demandeurs l'on aurait assisté, notamment aux États-Unis, à une véritable escalade des alertes scientifiques sur les effets que la production et la consommation massive de ressources fossiles peuvent avoir sur le climat : en 1979, la *National Academy of Sciences*, institution chargée de donner des avis indépendants au gouvernement états-unien, en avait conclu qu'il existe une « *évidence sans controverse* » (*incontrovertible evidence*) que l'augmentation du niveau de

CO₂ présent dans l'atmosphère est le résultat du recours aux énergies fossiles et qu'elle aurait conduit à terme à une hausse « probable » de 3° C de la température globale²¹. Une telle analyse avait été confirmée par la NASA avant d'être « institutionnalisée » par la suite par le GIEC. Les demandeurs soulignent ensuite que l'alerte sur les conséquences catastrophiques de la production d'énergie fossile avait été relayée par *the American Petroleum Institute*, la puissante association qui représente les intérêts des compagnies pétrolières américaines, ainsi que par les analyses réalisées par les chercheurs internes aux entreprises elles-mêmes. Finalement, les demandeurs mettent l'accent sur la construction du contre-savoir promue par les entreprises défenderesses. Les allégations contenues dans les actes d'assignation des villes et des comtés américains vont bien au-delà de ce que l'enquête journalistique avait révélé sur ExxonMobil : elles montrent que, par l'action de l'*American Petroleum Institute* ou de la *Global Climate Coalition*, toutes les compagnies pétrolières assignées en justice auraient contribué à la fabrication du doute sur les effets dommageables de la production d'énergie fossile²².

12 - Il est encore tôt pour évaluer si et comment les juges fédéraux américains – devant lesquels les actions sont en train d'être transférées sur demande des parties défenderesses²³ – se serviront de ces éléments factuels pour caractériser la faute des compagnies pétrolières. L'affaire Oakland et San Francisco a néanmoins offert une occasion pour commencer à découvrir la ligne défensive que les compagnies pétrolières adopteront sur ce point. Lors d'un « *tutorial* », une sorte de séance pédagogique qui a eu lieu en mars 2018²⁴, le Tribunal fédéral de Californie a ordonné aux parties de présenter « les meilleures informations scientifiques disponibles actuellement sur le changement climatique ». Les arguments utilisés par les compagnies pétrolières lors de cette audience – et notamment par l'avocat de Chevron qui s'est chargé d'« expliquer » au Tribunal les dynamiques de la connaissance du changement climatique – permettent de relever que la défense des compagnies pétrolières semble, au moins pour l'instant, moins centrée sur un déficit cognitif des origines anthropiques et de la gravité du dérèglement climatique que sur la complexité d'un tel phénomène. De toute évidence, l'objectif est d'amener le débat judiciaire sur le terrain bien plus périlleux de la preuve de la causalité entre les activités d'extraction et de production d'énergies fossiles et le changement climatique.

2. La causalité

13 - À l'instar d'autres actions judiciaires s'inscrivant dans un horizon épistémique caractérisé par un certain degré de complexité – tels que les actions en matière d'exposition à des substances toxiques ou de pollutions environnementales – dans les contentieux climatiques contre les entreprises la caractérisation de la causalité suppose la preuve de la causalité générale (A) et de la causalité individuelle (B)²⁵.

14. V. respectivement : *People of the State of New York v. Pwc LLP and Exxon-Mobil Corp.*, *Supreme Court of the State of New York, Decision and Order*, 26.10.2016. – *New York Court of Appeal, Order*, 12.09.2017.

15. *Superior Court of Massachusetts, Order on Emergency Motion*, 1.1.2017 et *Massachusetts Supreme Judicial Court, Opinion*, 13.4.2018.

16. En octobre 2016, Exxon avait introduit devant la Cour fédérale du Texas une action aussi contre l'AG de New York, Eric Schneiderman.

17. *US District Court Southern District of New York, ExxonMobil Corp v. E. Schneiderman et M. Healey, Opinion and Order*, 29.3.2018.

18. V. en ordre chronologique : *County of San Mateo v. Chevron Corp et al.* (juill. 2017) ; *Cities of San Francisco and Oakland v. B. P. et al.* (sept. 2017) ; *County of Santa Cruz v. Chevron Corp.* (déc. 2017) ; *City of New York v. B. P. et al.* (janv. 2018) ; *Boulder v. Suncor Energy* (avr. 2018) ; *King County v. B. P. et al.* (mai 2018).

19. V. sur ce point la contribution de Michael Burger dans ce dossier.

20. V. les travaux de Svante Arrhenius publiés en 1896 et cités dans l'acte d'assignation *City of New York v. B. P. et al.*, p. 28.

21. *Ibid.*

22. V. l'enquête « *Shell Knew : oil giant's 1991 film warned of climate change danger* », *The Guardian*, 28.2.2017. Pour un parallèle entre les stratégies de fabrication du doute employées par les compagnies du pétrole et celles du tabac, voir l'étude *Smoke & Fumes* élaborée par le *Center for International Environmental Law (CIEL)*, disponible sur le site web *smokeandfumes.org*.

23. Dans les affaires de nuisances publiques et privées, les juridictions fédérales sont traditionnellement moins favorables pour les demandeurs.

24. Pour une description de cette séance, V. C. Lesnes, *Climat : San Francisco attaque les géants du pétrole* : *Lemonde.fr*, 22 mars 2018.

25. Pour une analyse des apports des *toxic tort lawsuits* sur la caractérisation de la causalité dans le contentieux environnemental et climatique, V. la note

A. - La preuve de la causalité générale

14 - La preuve de la causalité générale consiste en l'identification d'une loi scientifique universelle ou statistique qui puisse permettre d'expliquer *in abstracto* l'étiologie des dommages dont le demandeur réclame la réparation. Dans le cadre des contentieux climatiques, la référence normative fondamentale en termes de causalité générale est sans aucun doute le cinquième rapport d'évaluation du GIEC publié en 2014²⁶. Ce rapport qualifie tout d'abord comme « extrêmement probable » que « plus de la moitié de l'augmentation observée de la température moyenne à la surface du globe entre 1951 et 2010 soit due à l'augmentation anthropique des concentrations de gaz à effet de serre et à d'autres forçages anthropiques conjugués ». Le rapport qualifie ensuite de « probable » à « très probable » l'influence que lesdits forçages anthropiques ont sur des phénomènes spécifiques (impacts), tels que la fonte des glaciers, l'élévation du niveau moyen mondial des mers et l'augmentation des fortes précipitations sur les régions continentales²⁷.

15 - Qu'il s'agisse de la montée des océans Pacifique et Atlantique, à l'origine des dommages réclamés par les villes et comtés américains, ou de la fonte des glaciers des Andes, à l'origine des dommages réclamés par M. Lliuya, les actions en réparation contre les entreprises extractives s'inscrivent dès lors dans des trajectoires causales (émission-changements climatiques-impacts) que les sciences du climat expliquent par un degré de probabilité proche de la certitude²⁸. Dans les actes d'assignations, ces enchaînements causaux sont complétés par des données empiriques relatives aux impacts détectables à l'échelle locale. Ainsi, les villes de New York et de San Francisco indiquent les augmentations de température (respectivement +2,40°F et 2,70°F) et du niveau des océans (respectivement +1,1 feet et 7,9 inches) enregistrées au niveau local depuis le début du siècle ; de même, M. Lliuya s'appuie sur les données historiques attestant l'augmentation extraordinaire du volume d'eau du lac glaciaire Palcacocha, au bord duquel se trouve sa maison : entre 2003 et 2009, celui-ci est en effet passé de 4 millions de mètres cube à plus de 17 millions...

B. - La preuve de la causalité individuelle

16 - La preuve de la causalité générale n'est cependant pas suffisante pour caractériser la causalité juridique : à cette fin, les demandeurs doivent démontrer que la loi scientifique préalablement identifiée trouve application *in concreto*, autrement dit que le dommage litigieux ne se serait pas produit si le comportement fautif du défendant n'était pas survenu. Seulement à cette condition, le dommage peut en effet être « imputé » au défendeur. La preuve de la causalité individuelle est certes soumise aux différents standards applicables dans les différentes branches de la responsabilité et en matière civile ses conditions peuvent être certainement assouplies²⁹. Elle demeure néanmoins le talon d'Achille de toute imputation de dommages dans un contexte caractérisé par un certain degré de complexité : lorsque des dommages sont le produit de causalités multiples, alternatives

ou cumulatives, la caractérisation de la causalité individuelle peut en effet se révéler difficile, voire impossible³⁰. Dans le domaine du climat ces difficultés atteignent leur paroxysme : le dérèglement climatique est en effet la conséquence d'émissions diffuses et cumulatives qui s'étalent à l'échelle planétaire. Dès lors, dans un tel contexte comment peut-on déterminer que les émissions produites par des entités individuelles, telles que les compagnies pétrolières défenderesses, constituent un antécédent causal de la montée des océans et de la fonte des glaciers des Andes ?

17 - Les demandeurs ont entendu répondre à cette question en quantifiant les émissions historiques de CO₂ produites par les entreprises défenderesses. À cette fin, ils se sont appuyés sur l'étude séminale publiée en 2014 par le chercheur indépendant Richard Heede : cette étude permet en effet de quantifier les émissions historiques de CO₂ et de méthane produites par les 90 plus grandes entreprises au monde du fossile et du ciment³¹. Ainsi, dans l'affaire Lliuya contre RWE, le demandeur attribue à la compagnie allemande 0,47 % des émissions historiques de CO₂³², tandis que dans les affaires américaines les demandeurs attribuent aux entreprises du pétrole entre 11 % et 20 % des émissions historiques de CO₂³³. Une telle approche de la causalité n'est pas sans rappeler la théorie de la *market share liability*, élaborée par les juges états-unien dans les affaires du Distilbène : ne pouvant pas déterminer le médicament dommageable qui avait été administré au requérant, les juges américains avaient retenu une répartition de la contribution définitive de chaque laboratoire selon leur part de marché³⁴. Mais le recours à une telle théorie de la causalité en matière climatique risque d'être trompeur. Premièrement, l'atmosphère peut difficilement être considérée comme un « marché » et, dans tous les cas, les défendeurs ne représentent pas « presque tout le marché » (« *substantially all of the market* »), comme cette théorie l'exige³⁵. Deuxièmement, les « produits » commercialisés par les compagnies pétrolières, autrement dit les énergies fossiles, ne sont pas des produits fongibles ou interchangeables : chaque produit a un effet différent sur le réchauffement global en raison de sa composition chimique, sa combustion et sa « durée de séjour » dans l'atmosphère. Finalement, et plus largement, la théorie de la *market share liability* a été élaborée par le juge américain afin de faciliter l'imputation des dommages dérivant de causalités alternatives, mais non identifiables ; alors que le dérèglement du climat est, quant à lui, le produit de causalités

30. Pour une analyse comparée et casuistique, nous nous permettons de renvoyer à notre article « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité : un état des lieux », in L. d'Ambrosio et a. (dir.), *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*, préc., p. 247.

31. R. Heede, *Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Producers (1854-2010)* : *Climate Change*, 2014, p. 229-241. Comme l'auteur le souligne, le but d'une telle analyse est précisément d'appréhender les émissions historiques comme un « fait historique », un fait qui pourrait orienter les politiques publiques et « jeter les bases d'une répartition des responsabilités en matière de changement climatique entre les entités qui ont fourni les hydrocarbures à l'économie mondiale ».

32. Le calcul est réalisé en croisant les données quantitatives de Heede avec d'autres données communiquées par l'entreprise elle-même (V. p. 19-20 de l'assignation Lliuya c/ RWE, 23.11.2015).

33. Dans les « affaires américaines » la quantification des CO₂ varie selon le nombre de compagnies pétrolières assignées en justice.

34. La théorie de la *market share liability* a été introduite dans le domaine de la responsabilité civile par une décision rendue en 1980 par la Cour suprême de Californie dans l'affaire célèbre *Sindell v. Abbott Laboratories* portant sur l'administration du DES (Diethylstilbestrol) à des femmes enceintes. À propos de la transplantation d'une telle théorie en France, toujours dans une affaire de responsabilité du fait du DES, V. CA Versailles, 14 avr. 2016, n° 16/00296 : RDC 2017, n° 1, p. 36 et s. (obs. J.-S. Borghetti).

35. L'analogie avec les « marchés de quotas carbone » institués dans le monde vient naturellement à l'esprit mais elle nous semble également trompeuse.

Causation in Environmental Law : Lessons from Toxic Torts : Harward Law Review, vol. 128, 2015, p. 2257 s.

26. GIEC, 5^e Rapp.ort d'évaluation, 2014.

27. GIEC, 5^e Rapp. d'évaluation, 2014, p. 15-18. Sur la caractérisation de la causalité générale dans le domaine du changement climatique, voir aussi la décision rendue dans la célèbre affaire cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas.

28. Sur les différents niveaux de certitude avérés par les « sciences de l'attribution », voir la contribution de Michael Burger dans ce dossier.

29. Pensons par exemple au critère des « indices graves, précis et concordants » adopté par le juge français sur la preuve du lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la survenue d'une sclérose en plaque.

diffuses et cumulatives, c'est-à-dire d'une multitude d'émissions qui sont singulièrement négligeables mais collectivement préjudiciables.

18 - Dans un tel contexte, la question de la caractérisation de la causalité individuelle devrait dès lors être abordée sous l'angle des théories « classiques » de la causalité – la théorie de l'équivalence des conditions ou de la causalité adéquate. Celle-ci est en effet l'approche suivie par les juges allemands dans la première décision au fond rendue dans le cadre des contentieux climatiques objet de notre analyse. En décembre 2016, le tribunal d'Essen a rejeté la demande de M. Lliuya en considérant que les émissions historiques attribuées à RWE (0,47 %) sont trop infimes pour être qualifiées de « cause prépondérante » du changement climatique³⁶. La quantité d'émissions attribuée à l'entreprise allemande serait en effet insignifiante si on la compare à la quantité d'émissions que des millions, voire des milliards de particuliers émettent dans le monde : il serait dès lors impossible d'affirmer que la fonte du glacier des Andes ne serait pas survenue si les émissions de l'entreprise défenderesse n'avaient pas été produites³⁷. Les juges allemands rajoutent par ailleurs que « quand d'innombrables émetteurs majeurs et mineurs libèrent dans l'atmosphère des gaz à effet de serre, qui se confondent indistinctement, se modifient, et finalement, à travers des processus naturels très complexes, engendrent un changement du climat, il est impossible d'identifier un processus étiologique ressemblant à un enchaînement linéaire entre une source particulière d'émission à un dommage spécifique »³⁸.

19 - Le demandeur, qui a interjeté appel contre cette décision, conteste l'approche de la causalité développée par le tribunal d'Essen. Selon les avocats de M. Lliuya, en cas de pluralité de causes, le droit de la responsabilité n'a pas vocation à opérer « ni de distinction ni de hiérarchisation des différentes contributions causales d'un même dommage » : toute émission de gaz à effet de serre, même la plus infime, contribuerait en effet à augmenter le degré et l'ampleur du dérèglement climatique. Une telle approche de la causalité rappelle celle qui a été déjà utilisée pour caractériser la causalité dans certaines affaires pénales relatives aux maladies cancéreuses dérivant de l'exposition des travailleurs à des substances toxiques : dans ces affaires, qui valorisent les particularités de la causalité par omission, l'augmentation du risque de survenance de la pathologie a été considérée comme équivalent à la preuve de la causalité individuelle, entendue comme *condicio sine qua non*³⁹. L'on retrouve un écho d'une telle approche de la causalité également dans les affaires administratives qui ont conduit à la condamnation de l'État français pour les pollutions diffuses des nitrates⁴⁰.

20 - Il faudra attendre la décision de la cour d'appel de Hamm, qui en novembre 2017 a déclaré admissible l'appel interjeté par M. Lliuya, pour savoir si une telle approche de la causalité sera acceptée afin de caractériser la « responsabilité climatique » de RWE. D'ici là, il nous semble néanmoins possible de rajouter quelques brèves considérations sur la question de la caractérisation de la causalité dans les contentieux climatiques au prisme des différentes typologies de dommages revendiqués.

3. Le dommage

21 - L'analyse des contentieux climatiques contre les entreprises permet de relever que les dommages réclamés concernent les biens des demandeurs. Dans ces affaires litigieuses, le préjudice correspond dès lors aux dommages matériels affectant les biens des particuliers ou des collectivités. Mais la typologie des dommages litigieux n'est pas univoque car, tandis que certains demandeurs réclament plus classiquement la réparation des dommages déjà survenus (A), la majorité des demandeurs réclament en revanche la réparation anticipée des dommages qui adviendront dans le futur à cause du changement climatique (B).

A. - Les « dommages climatiques » du passé

22 - Dans un nombre minoritaire d'actions, les demandeurs réclament la réparation des dommages qui sont déjà survenus à cause du changement climatique, et plus particulièrement à cause de la montée des eaux des océans. Ainsi, la ville de New York allègue que plusieurs parties de la ville qui étaient autrefois au-dessus de la marée haute moyenne sont actuellement exposées à des inondations régulières. De même, les comtés et les villes situés sur la côte Pacifique demandent réparation des mesures d'adaptation qu'elles ont déjà adoptées pour protéger les biens et les personnes des inondations. Ici, les difficultés de caractériser la causalité sont évidentes : la responsabilité a en effet une dimension rétrospective qui exige un examen *ex post* des enchaînements étiologiques qui ont conduit aux dommages litigieux. L'approche probabiliste de la causalité générale ne suffisant pas à satisfaire un tel examen, il incombera dès lors aux demandeurs de démontrer que les inondations des zones les plus vulnérables des villes demanderesses ne seraient pas survenues si défendeurs n'avaient pas produit leur « quota » d'émission de gaz à effet de serre.

23 - Les tribunaux pourront certes introduire des correctifs à l'application de la théorie de l'équivalence des conditions dans le domaine des contentieux climatiques. Ainsi, les juges américains semblent-ils enclins à adopter dans ce domaine une approche similaire à celle de la causalité adéquate ou efficiente : aux termes d'une telle approche, une contribution significative (« *meaningful contribution* ») pourrait en effet être considérée comme un antécédent causal des dommages climatiques⁴¹. Mais le recours au test de la *meaningful contribution* demeure encore controversé en doctrine et en jurisprudence⁴². Sans compter que les sciences du climat n'ont pas encore clarifié le seuil à partir duquel une quantité déterminée d'émissions de gaz à effet de serre pourrait effectivement avoir un pouvoir causal sur le changement climatique ainsi que sur ses impacts⁴³.

B. - Les « dommages climatiques » futurs

24 - Les difficultés inhérentes la preuve de causalité pourraient s'estomper dès lors que les demandeurs – et c'est pour l'instant la majorité des cas – réclament la réparation des mesures qui sont aujourd'hui nécessaires afin de maîtriser, voire de neutraliser, les dommages qui adviendront dans le futur à cause du changement climatique. Ainsi, par exemple, les villes de San Francisco et de Oakland demandent que les compagnies pétrolières participent à la création « d'un fond permettant de doter la ville des infras-

36. Tribunal de Essen, déc. 15 déc. 2016, *Liulya c/ RWE*.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*

39. V. not. la décision rendue en 2003 par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Porto Marghera*. La critique principale adressée à une telle approche de la causalité tient à la transformation des infractions de résultat en infractions de mise en danger. - V. D. Castronuovo, *La causalité à l'épreuve du principe de précaution*, in L. d'Ambrosio et a. (dir.), *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité : préc.*, p. 183 et s.

40. V. la contribution de François Lafforgue dans ce dossier.

41. V. not. l'affaire *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 525 (2007) M. Torres-Schaub, *Le rôle des incertitudes dans la prise de décision aux États Unis. Le réchauffement climatique au prétoire* : RIDC, n° 3, 2007, p. 686-713.

42. Pour des réserves sur l'applicabilité du test de la « *meaningful contribution* » dans le domaine du changement climatique, V. *District Court New Mexico, Memorandum Opinion and Order, Amigos Bravos v. U.S. Bureau of Land Mgmt.*, 816 F. Supp. 2d 1118, 2011.

43. V. « *Causation in Environmental Law : Lessons from Toxic Torts* », art. cit.

structures nécessaires à son adaptation aux impacts du changement climatique, tels que la montée des eaux des océans ». De même, M. Lliuya demande que le géant allemand de l'électricité « participe, proportionnellement au niveau de nuisance qu'il a généré par ses émissions de gaz à effet de serre, aux coûts nécessaires à mettre en place des mesures de précaution et de sécurité susceptibles de protéger la propriété du demandeur des débordements futurs du lac glaciaire Palcacocha qui seront engendrés par la fonte des glaciers des Andes ».

25 - Dans ces affaires, les actions en réparation prennent ainsi une coloration clairement préventive : la gravité des dommages futurs, ainsi que l'imminence de leur vérification, justifieraient en effet une réparation anticipée⁴⁴. Pour l'instant, il reste encore

à savoir si les juges américains et allemands accepteront que la responsabilité civile se tourne par leur propre main « vers l'avenir »⁴⁵. Ce qu'il nous intéresse de souligner ici c'est que l'anticipation de la protection réparatrice du stade du « dommage » à celui du « risque » pourrait faciliter la caractérisation de la causalité juridique dans les contentieux climatiques. Celle-ci se fonderait en effet sur une évaluation *ex ante* susceptible d'expliquer les enchaînements causaux sur des bases purement statistiques qui existent, dans le domaine du changement climatique, depuis un-demi siècle, voire bien plus.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement

44. V. mutatis mutandis les affaires françaises en matière d'ondes électromagnétiques.

45. Cette expression est empruntée au titre de l'article de C. Thibierge, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir* : D. 2004, p. 577 et s.

28 Le contentieux climatique au Canada, à l'ère de l'Accord de Paris



Sophie LAVALLÉE,
professeur à l'université Laval

Au Canada, le contentieux climatique est protéiforme. Des litiges sont intentés par des individus contre le Gouvernement, des peuples autochtones intentent des recours judiciaires pour faire valoir leur droit constitutionnel d'être consultés par la Couronne avant l'autorisation de pipelines ; et des provinces se plaignent que le Gouvernement fédéral leur impose soit une taxe carbone, soit le passage d'un pipeline sur leur territoire, et que ce faisant, il empiète sur leur champ de compétences constitutionnel. Bien que ne présentant pas le même débat, tous ces litiges climatiques soulèvent des questions complexes de droit constitutionnel.

1 - Le contentieux climatique canadien se manifeste de différentes manières et présente une diversité de fondements qui soulèvent, dans tous les cas, des questions de droit constitutionnel complexes. Ce contentieux correspond à la définition large du litige climatique que proposent Markell et Ruhl qui le définissent comme « tout litige administratif ou judiciaire fédéral, étatique, autochtone ou local qui soulève directement ou indirectement une question de fait ou de droit concernant les causes et impacts des changements climatiques »¹.

2 - Après avoir rappelé brièvement le contexte canadien des émissions de GES (partie 1), nous examinerons les litiges climatiques au pays, en partant de la dénonciation canadienne du Protocole de Kyoto, en examinant les débats constitutionnels sur la légalité de la taxe fédérale sur le carbone et ceux portant sur les projets d'oléoducs nécessaires à la croissance de la production pétrolière dans l'Ouest du pays (partie 2).

1. Contexte canadien

3 - Pour évaluer la contribution canadienne à l'effort climatique mondial dans le cadre de l'Accord de Paris, il est nécessaire d'évaluer la part des émissions canadiennes aux émissions mondiales de GES, ainsi que la répartition des émissions au sein même de la fédération (A). Ceci permet ensuite de jeter un regard éclairé sur le « Cadre pancanadien sur les changements climatiques et la croissance propre » qui propose six piliers pour encadrer l'effort canadien de lutte contre les changements climatiques annoncés à la COP21 (B).

A. - Les émissions canadiennes

4 - Les émissions totales de GES du Canada, en 2015, s'élevaient à 722 mégatonnes de carbone (éq. CO₂), soit 18 % (111 mégatonnes d'éq. CO₂) au-dessus des émissions de 1990 (611 Mt d'éq. CO₂). Le Canada, qui représente 0,5 % de la population mondiale, produit environ 2 % des émissions mondiales

de CO₂. Les sables bitumineux représentent 9,3 % des émissions de GES du Canada et environ 0,13 % des émissions mondiales de GES². Le Canada semble, a priori, être un pays dont les émissions sont relativement peu importantes à l'échelle mondiale, mais en termes d'émissions par habitant, il devient un acteur de premier plan³. Seuls les États-Unis et l'Australie font pire⁴.

5 - Une grande disparité existe entre les émissions des dix provinces canadiennes, due à l'utilisation, disparate, des combustibles fossiles et de l'hydroélectricité, au pays. La province du Québec est la province ayant le meilleur bilan, suivie par la Colombie-Britannique, compte tenu de leurs ressources hydroélectriques. L'Alberta et la Saskatchewan ont le plus mauvais bilan, avec des émissions de GES beaucoup plus élevées que le pays de comparaison le plus mal classé, à savoir l'Australie⁵. Depuis 2005, les émissions ont diminué dans toutes les provinces, sauf en Alberta, qui a vu ses émissions augmenter de 17 % entre 2005 et 2014, en raison de l'accroissement de ses opérations pétrolières et gazières⁶. De manière globale, les émissions ont augmenté de 20 % depuis 1990, au pays, année de base Kyoto. Les secteurs de l'énergie (combustions fixes, transports et sources fugitives) comptent pour 81 % des émissions⁷, le reste étant attribuable à l'agriculture (8 %), aux procédés industriels (7 %) et aux déchets (4 %)⁸.

6 - Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que la dénonciation du Protocole de Kyoto n'ait pas été encouragée partout au pays, et que des litiges existent au Canada, concernant d'une part,

2. Environnement et changement climatique Canada, [https://www.ec.gc.ca/indicateurs-indicators/default.asp?lang=Fr&n=79BA5699-1], 29 mai 2017. Rapport d'inventaire national 1990-2015 : Sources et puits de gaz à effet de serre au Canada [https://ec.gc.ca/ges-ghg/default.asp?lang=Fr&n=662F9C56-1].

3. Ibid.

4. J.-M. Arbour, *L'impossible défi canadien : lutter efficacement contre les changements climatiques, exporter davantage de pétrole, respecter les compétences constitutionnelles des provinces* : Rev. jur. env. n° spécial 2017.

5. Ibid.

6. Environnement Canada, *Tendances en matière d'émissions au Canada*, 2014.

7. Ibid.

8. Ibid.

1. D. Markell and J.B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change In the Courts : A New Jurisprudence Or Business As Usual ?*, 64 Fla. L. Rev. 15 (2012), p. 26.

l'imposition d'une taxe sur le carbone par le Gouvernement fédéral, et d'autre part, les projets d'oléoducs, les plus récents litiges à ce sujet visant les oléoducs Northern Gateway et Trans Mountain.

B. - La CDN canadienne et le Cadre pancanadien sur les changements climatiques et la croissance propre

7 - Rompant avec le Gouvernement conservateur de Stephen Harper, le nouveau Gouvernement libéral de Justin Trudeau a fait bonne figure à la COP 21, en annonçant un soutien considérable à l'Accord de Paris, notamment par l'annonce d'un soutien financier de 2,65 milliards de dollars canadiens au Fonds vert, pour la période 2015-2020⁹. La CDN du pays n'a néanmoins pas été plus ambitieuse que celle qu'avait présentée le Gouvernement conservateur à Copenhague, et qui s'alignait sur celle des États-Unis¹⁰.

1° La CDN canadienne

8 - Dans sa CDN, le Canada prévoit de réduire de 30 % ses émissions de GES par rapport à ses émissions de 2015, avant 2030, devant ainsi opérer une réduction de 226 mégatonnes. Cet objectif équivaut à une diminution de 14,5 % seulement par rapport à l'année 1990. En effet, au lieu d'appliquer la réduction de 30 % par rapport à 1990 (613 mégatonnes), il l'établit à un niveau beaucoup plus élevé (747 mégatonnes)¹¹.

2° Le Cadre pancanadien sur les changements climatiques et la croissance propre

9 - Pour mettre en œuvre et respecter sa CDN, le Gouvernement fédéral a adopté le « Cadre pancanadien sur les changements climatiques et la croissance propre »¹², en 2016. Les piliers principaux de ce cadre, sont les suivants :

- mettre un prix sur le carbone : les provinces doivent adopter un système de plafonnement et d'échanges ou une taxe carbone, si elles n'en n'ont pas déjà. Lors de l'adoption du cadre pancanadien, seules la Saskatchewan, le Manitoba et certaines provinces maritimes n'avaient aucune politique de tarification (*cap and trade* ou taxe) en place ;
- éliminer les centrales au charbon dans les quelques provinces qui en ont encore, et d'autres mesures complémentaires pour réduire davantage les émissions au Canada ;
- des mesures d'adaptation ;
- investir de manière importante dans les infrastructures vertes et dans les transports en commun.

10 - L'adoption de ce Cadre pancanadien s'est faite de manière concertée avec les provinces, puisque constitutionnellement, le Gouvernement fédéral ne jouissait pas d'une assise juridique solide pour adopter une taxe et l'imposer aux provinces. Cette taxe fait maintenant l'objet d'une contestation judiciaire logée

par la Saskatchewan, sur fond de droit constitutionnel, comme nous allons le voir.

2. Les débats constitutionnels canadiens en matière énergétique et climatique

11 - La constitution canadienne ne prévoit pas que l'environnement soit un chef de compétence législative. Résultat : l'environnement est un sujet diffus que se partage le Fédéral et les législatures provinciales. Pour déterminer quelle législature peut légiférer sur un sujet donné, il faut en retrouver le caractère véritable (*pith and substance*)¹³. Cela entraîne de nombreuses contestations judiciaires, notamment concernant les politiques climatiques, la plus ancienne étant celle logée par le professeur de droit Daniel Turp, demandant à la Cour fédérale d'invalider le retrait canadien du Protocole de Kyoto (A). Les plus récentes contestations judiciaires concernent la tarification du carbone imposée par le fédéral (B), l'autorisation d'un pipeline (1°) ou l'élargissement d'un pipeline existant (2°).

A. - La dénonciation du Protocole de Kyoto

12 - En 2008, les émissions canadiennes dépassaient de 31 % la cible du Canada dans le Protocole de Kyoto, qui devait réduire de 6 % ses émissions de 1990 avant la fin de 2012¹⁴. Cela n'était une surprise pour personne puisque le Fédéral et le Gouvernement albertain avaient toujours soutenu uniquement des réductions d'intensité carbonique, alors que l'engagement canadien ne pouvait être réalisé sans réglementations sévères des grands émetteurs de GES et l'imposition d'une tarification du carbone.

13 - Le 15 décembre 2011, le Gouvernement canadien de l'époque a envoyé l'avis de retrait requis pour dénoncer le Protocole de Kyoto, respectant ainsi la procédure prévue à l'article 27 du protocole. Estimant que cette dénonciation n'était pas légale en droit constitutionnel canadien, Daniel Turp en a demandé l'annulation par la Cour fédérale, soutenant qu'elle allait à l'encontre de la loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto¹⁵, loi privée adoptée par la Chambre des communes, le 22 juin 2007, à l'initiative de l'opposition. Selon lui, cette loi imposait au Fédéral de mettre des mesures en place afin de respecter l'engagement canadien au titre du Protocole de Kyoto, ce qui incluait de ne pas se retirer du protocole.

14 - La Cour fédérale a jugé qu'il s'agissait d'une décision entrant dans la sphère politique (« *high policy* ») et qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de se prononcer sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de l'exécutif¹⁶. Elle a, en cela, suivi les précédents que représentaient deux affaires, soit l'affaire *Turp c. Chrétien* (T-369-03) – 12 mars 2003, où la Cour avait conclu qu'« [à] l'exception d'une violation à la Charte canadienne des droits et libertés [...], les questions de « *high policy* » ne sont pas assujetties à la révision des tribunaux » [para. 13], et l'affaire *Ami(e)s de la Terre* (T-2013-07 ; T-78-08 ; T-1683-07) – 20 octobre 2008, où la cour avait jugé que l'article 7 de la loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto ne semblait pas contenir d'obligation pour le Gouvernement de procéder aux change-

9. « Le Canada consacrera 2,65 milliards pour lutter contre les changements climatiques », Radio-Canada, 27 nov. 2015, [https://ici.radio-canada.ca/nouvelles/environnement/2015/11/27/001-changement-climatique-canada-aide-pays-ges-environnement-trudeau-dion.shtml].

10. Obama's speech to the Copenhagen climate summit, 18 déc. 2009. Pour le Gouvernement canadien, il s'agit toujours de lutter à armes égales avec les Américains, vu l'intégration des deux économies [https://ec.gc.ca/ges-ghg/E0533893-A985-4640-B3A2-008D8083D17D/ETR_F%202014.pdf].

11. J.-M. Arbour, *ibid*.

12. Gouvernement du Canada, *Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques ; Plan canadien de lutte contre les changements climatiques et de croissance économique*, 2016 : [www.canada.ca/fr/services/environnement/meteo/changementsclimatiques/cadre-pancanadien.html].

13. *Ward c. Canada* (P.G.), [2002] 1 R.C.S. 569, par. 17 et ss. ; Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu (Can.), [2001] 1 R.C.S. 783, par. 16 ; R. c. Morgentaler, [1993] 1 R.C.S. 462.

14. *Rapport du Commissaire à l'environnement et au développement durable du Canada*, 2009, Chapitre 2, La loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto : [www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_cesd_200905_02_f_32512.html].

15. L. C. 2007, ch. 30

16. *Turp c. Canada* (Justice), [2014] 1 R.C.F. 439. Désistement en appel.

ments réglementaires requis pour le respect du Protocole de Kyoto (paragraphe 37 et 43).

B. - La taxation du carbone

15 - Au Canada, c'est le Gouvernement fédéral du Canada qui a le monopole de conclure des traités internationaux, en vertu de la prérogative royale¹⁷. La mise en œuvre de ces traités nécessite toutefois que soit respecté le partage constitutionnel des compétences législatives entre le Fédéral et les législatures provinciales. Dans le dossier des changements climatiques et du contrôle des émissions de GES, les provinces possèdent l'essentiel des compétences législatives pour mettre en œuvre les engagements canadiens dans l'Accord de Paris, et leur inaction peut grandement compromettre la réalisation des objectifs de réduction annoncés par le Gouvernement central dans la CDN canadienne.

16 - Ottawa avait initialement adopté ce cadre un an après la COP 21, au terme de discussions tendues avec les provinces. Au départ, le cadre avait été adopté sans les provinces du Manitoba et de la Saskatchewan. Le Manitoba s'est depuis rallié, ce que n'a toutefois pas fait la province de Saskatchewan qui maintient, à ce jour, son refus catégorique de voir Ottawa imposer un prix sur le carbone à ses entreprises, craignant un impact économique néfaste pour sa province. En janvier 2018, le premier ministre Wall rappelait encore que son Gouvernement n'hésiterait pas à porter l'affaire devant les tribunaux, si le Gouvernement fédéral « tentait d'imposer une taxe sur le carbone aux familles et aux entreprises de la Saskatchewan ».¹⁸ Son successeur, le premier ministre Scott Moe a décidé de porter un recours en justice afin qu'elle détermine si la loi¹⁹ mise en place par le Gouvernement fédéral pour imposer la taxe sur le carbone respecte la Constitution²⁰. Quant à Rachel Notley, première ministre de l'Alberta, province riche en sables bitumineux, elle a annoncé au début d'octobre 2016, qu'elle n'appuierait pas le plan du Gouvernement fédéral sur le prix du carbone, tant et aussi longtemps que le Gouvernement fédéral n'approuverait pas la construction de nouveaux pipelines pour désenclaver la province. En novembre 2016, le projet d'oléoduc Trans Mountain a été approuvé par le Gouvernement fédéral. Le 29 novembre 2016, la première ministre albertaine, Rachel Notley, accueillait avec joie l'annonce de l'autorisation fédérale de ce pipeline, une décision qu'elle saluait comme étant celle qui allait permettre à sa province « de voir la lumière au bout du tunnel », puisque le pétrole produit pourrait trouver de nouveaux débouchés en Asie, notamment²¹. Comme le professeur Arbour l'écrivait, « l'opposition initiale de l'Alberta au plan fédéral avait déjà quelque chose d'incongru, puisque l'Alberta fut la première province à imposer une taxe carbone en 2007 et qu'en 2016, elle modifia sa loi pour élargir le champ d'application de la taxe, qui va s'appliquer à tous les secteurs de son économie et porter celle-ci à 20 \$ la tonne en janvier 2017 et à 30 \$ en 2018 »²².

17. *Ibid.*

18. A. Apablaza, *La Saskatchewan entend mener une bataille judiciaire contre la taxe carbone fédérale* : Radio-Canada, 18 mai 2017, [https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1034579/saskatchewan-bataille-judiciaire-ottawa-taxe-carbone].

19. Partie 5 du projet de loi C-74, 28 mars 2018.

20. La Saskatchewan conteste la taxe carbone d'Ottawa devant les tribunaux : [https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1097253/contestation-cour-cadre-pancanadien-climatique].

21. *Décision du fédéral sur les pipelines : l'Alberta est satisfaite* : Radio-Canada, 29 novembre 2016.

[https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1002930/rachel-notley--satisfaite-decision-ottawa-projets-enbridge-pipelines-northern-gateway-transmountain]

22. J.-M. Arbour, *ibid.*

17 - Ces efforts du Gouvernement fédéral pour convaincre les provinces de se montrer bonnes joueuses et de mettre en place un système de tarification du carbone par le moyen d'une taxe ou d'un régime de plafonnement et d'échanges de droits d'émissions, doivent non seulement être compris dans le cadre d'un fédéralisme coopératif²³, mais bien aussi, dans un contexte où, en droit constitutionnel canadien, l'imposition d'une tarification du carbone par le Gouvernement fédéral, comme principale mesure de son Cadre pancanadien sur les changements climatiques et la croissance propre, est difficile à justifier. En effet, il est compliqué de trouver une base constitutionnelle solide en vertu de laquelle le Parlement fédéral peut asseoir son autorité²⁴.

18 - Comme l'écrit Jean-Maurice Arbour, « aussi étonnante que la chose puisse paraître, tout porte à croire que c'est par le biais d'une réglementation de nature criminelle que le Gouvernement central peut arriver à ses fins »²⁵. En effet, les trois autres possibilités de fondement constitutionnel, soit la taxation fédérale, l'urgence nationale et l'intérêt national²⁶ ne semblent pas pouvoir asseoir la légalité de la taxe fédérale. Le Fédéral ne peut taxer que pour créer des revenus indépendamment de toute autre considération²⁷, alors que les théories de l'urgence nationale et de l'intérêt national ne pourraient que difficilement trouver application étant donné, dans le cas de l'urgence, le caractère provisoire de l'urgence, et dans le cas de l'intérêt national, du danger que représente cette théorie pour l'équilibre fédératif, comme l'a reconnu la Cour suprême²⁸.

19 - La compétence législative du Fédéral en matière criminelle, qui repose sur l'article 91 (27) de la loi constitutionnelle de 1867²⁹, lui permettrait vraisemblablement d'imposer cette taxe sur le carbone, si le législateur fédéral l'enchaînait dans une réglementation des GES assortie de sanctions pénales. En effet, la Cour suprême du Canada a déjà jugé, sur la base d'une conception extensive du droit criminel, qu'une interdiction assortie d'une sanction pénale était du droit criminel et que la partie II de la loi canadienne sur la protection de l'environnement était valide en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cette partie II s'applique au contrôle des substances toxiques, telles que l'amiante, le plomb, le mercure et ses composés chlorure de vinyle, biphényles chlorés, qui peuvent être rejetées dans l'environnement. Une substance est toxique si elle pénètre dans l'environnement en une quantité ou une concentration ou dans des conditions qui ont un effet nocif sur l'environnement ainsi que sur la vie et la santé humaines. La partie 11 autorise le Gouvernement à adopter des règlements

23. Québec (PG) c Canada (PG), 2015 CSC 14, [2015] 1 RCS 693, au paragraphe 154 : « le principe du fédéralisme coopératif – qui permet à chaque ordre de Gouvernement de légiférer d'une manière ayant une incidence sur les compétences de l'autre » – Brooke Jeffrey, *Les relations interGouvernementales : une ère nouvelle ?* : [https://bdp.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublicationsArchive/bp1000/bp111-f.pdf, 1984, [https://bdp.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublicationsArchive/bp1000/bp111-f.pdf].

24. Nathalie Chalifour, *The Constitutional Authority to Levy Carbon Taxes*, in Thomas J. Courchene and John Allan : eds., *The State of the Federation, Institute of Intergovernmental Relations*, McGill-Queen's University Press, 2009.

25. J.-M. Arbour, *ibid.*

26. R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401 ; N. Chalifour, *supra*, note 20 ; J.-M. Arbour, *ibid.*

27. Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté [1982] 1 S.C.R. 1004 (Cour suprême du Canada).

28. R. c. Hydro Québec, [1997] 3 RCS 213 : « Décider qu'un sujet particulier est une question d'intérêt national fait en sorte que cette question relève de la compétence exclusive et prépondérante du Parlement et a manifestement une incidence sur l'équilibre du fédéralisme canadien. Dans l'arrêt Crown Zellerbach, les juges dissidents (à la p. 453) ont exprimé l'avis que la protection de l'environnement est une matière qui touche à tout et que, si elle était reconnue comme relevant de la compétence législative générale du Parlement en vertu de la théorie de l'intérêt national, elle pourrait modifier radicalement le partage des compétences législatives au Canada ».

29. 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

concernant une substance inscrite sur la liste de l'annexe I, notamment en ce qui touche la quantité ou la concentration qui peut être rejetée dans l'environnement. Elle le fait au moyen d'une série d'interdictions assorties de sanctions pénales qui peuvent aller jusqu'à des peines d'emprisonnement. La Cour suprême a jugé cette partie II légale en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel, rejetant la défense d'Hydro-Québec qui avait été accusée d'avoir commis une infraction à l'Arrêté d'urgence sur les biphenyles chlorés, adopté en vertu des articles 34 et 35 de la loi canadienne sur la protection de l'environnement de cette partie II. La Cour suprême a plutôt jugé que les dispositions contestées étaient valides en vertu de la compétence en matière de droit criminel ; elle a fait valoir que « la responsabilité de l'être humain envers l'environnement est une valeur fondamentale de notre société, et que le Parlement peut recourir à sa compétence en matière de droit criminel pour mettre cette valeur en relief ». Selon elle, « [l]e droit criminel doit pouvoir s'adapter à nos nouvelles valeurs et les protéger »³⁰.

20 - La difficulté de camper constitutionnellement la taxe fédérale sur le carbone en droit canadien explique sans doute que le Gouvernement fédéral ait annoncé que le produit de la taxe fédérale sur le carbone, pour les provinces qui n'en adopteraient pas, retournerait entièrement aux citoyens de la province, plutôt qu'au gouvernement provincial directement.

C. - L'autorisation de nouveaux oléoducs ou l'élargissement d'anciens oléoducs

21 - Puisque les réserves mondiales de pétrole conventionnel vont éventuellement atteindre leur limite (*peak*), les ressources des sables bitumineux albertains prennent une importance mondiale croissante. Les sables bitumineux de l'Alberta contiennent 1,80 trillions (millions de millions) de barils de bitume, une substance pétrolière mélangée au sable.

22 - L'économie américaine est fortement dépendante des importations de pétrole et les États-Unis sont clairement le plus grand consommateur de pétrole canadien. La demande dans d'autres grands pays, comme la Chine et l'Inde, augmente encore plus vite. La demande de carburant issu des sables bitumineux du Canada existera donc pendant une période indéterminée ; et, comme les analyses le prédisent, la valeur de la ressource ne fera qu'augmenter avec le temps, au fur et à mesure que l'offre mondiale de pétrole se fera plus rare. De nombreux pays sont, en effet, préoccupés par la sécurité de leurs approvisionnements en énergie, ce qui n'est pas le cas du Canada, qui pourra répondre à ses besoins intérieurs pendant une longue période de temps. Toutefois, le portrait est plus complexe, lorsqu'on prend en compte la CDN canadienne et la nécessaire transition énergétique pour parvenir à la respecter.

23 - En effet, comme on le sait, le principal problème des sables bitumineux est leur processus d'extraction à forte intensité énergétique puisque les techniques d'extraction entraînent des émissions fort importantes de gaz à effet de serre. Pour chaque litre d'essence produit, l'extraction des sables bitumineux libère trois fois plus d'émissions de GES que l'extraction du pétrole brut qui est une source conventionnelle. Comment les sables bitumineux du Canada devraient-ils être exploités ? La réponse à cette question divise les forces politiques puissantes qui s'affrontent, les unes encourageant leur développement rapide pour favoriser l'investissement étranger au Canada et assurer une sécurité énergétique mondiale ; les autres prônant un développement plus graduel et limité de cette importante ressource, au nom de la lutte contre les changements climatiques.

24 - Actuellement, le réseau canadien de pipelines peut acheminer près de 4 millions de barils par jour, ce qui correspond à la production moyenne de 2015. L'Association canadienne des producteurs pétroliers anticipe toutefois une augmentation de la production de pétrole de 28 % au cours des 15 prochaines années, faisant passer le nombre de barils de pétrole par jour de 3,8 millions en 2015 à 4,9 millions d'ici 2030. Ces augmentations vont excéder la capacité du réseau actuel des pipelines. « La nécessité de construire de nouvelles infrastructures pour l'énergie au Canada est vraiment urgente », considère Tim McMillan, de l'Association canadienne des producteurs pétroliers, ajoutant que le Canada pourrait ainsi prospérer économiquement et mieux répondre aux besoins énergétiques du monde³¹.

25 - Le Gouvernement fédéral a autorisé des projets d'oléoducs, ces dernières années. Comme nous l'avons évoqué ci-haut, en novembre 2016, le Gouvernement canadien a autorisé l'élargissement de l'oléoduc Trans Mountain de l'entreprise américaine Kinder Morgan, et approuvé le remplacement de la canalisation 3 de la pétrolière albertaine Enbridge. Il a aussi autorisé le projet de gaz naturel liquéfié Pacific NorthWest dans le nord de la Colombie-Britannique dont l'impact climatique est évalué à des émissions situées entre 6,5 et 8,7 millions de tonnes de GES par an.

1° Le projet d'oléoduc Northern Gateway

26 - En 2014, le Gouvernement conservateur canadien avait aussi autorisé le projet Northern Gateway qui prévoyait la construction de plus de 1000 kilomètres de pipeline du nord-est d'Edmonton à Kitimat en Colombie-Britannique pour alimenter les marchés internationaux en pétrole des sables bitumineux. Il s'agissait d'un double oléoduc sur une distance de 1 177 km, allant de Bruderheim (Alberta) à Kitimat (Colombie-Britannique) qui aurait transporté en moyenne 525 000 barils de pétrole par jour. En juin 2014, le Gouvernement de Stephen Harper a approuvé ce projet de 7,9 milliards de dollars, moyennant 209 conditions. Ces conditions étaient nécessaires puisque le Pipeline aurait traversé la Great Bear Rainforest et 1000 cours d'eau dans les territoires autochtones.

27 - La cour d'appel fédérale a renversé, en juin 2016, l'approbation du projet Northern Gateway par le Gouvernement canadien en soulignant l'insuffisance des consultations Gouvernementales menées auprès des Premières Nations de la côte ouest. La cour a statué que la consultation des Premières Nations, qui dénonçaient depuis plusieurs années le projet, était tout simplement « inadéquate ». L'obligation constitutionnelle de la Couronne fédérale et provinciale de consulter les peuples autochtones découle de l'article 35 de la loi constitutionnelle de 1982³², qui fait partie de la Constitution canadienne, et qui confirme les droits existants des peuples autochtones du Canada, qu'il s'agisse de revendications territoriales ou de revendications de droits ancestraux de pêche ou de chasse.

28 - En 2004, la Cour suprême a donné des précisions sur le contenu et la portée de cette consultation fondée sur la constitution canadienne, en précisant que :

- Ces consultations ont pour but de préserver l'honneur de la Couronne et de concilier les intérêts des Autochtones et de la Couronne ;

31. « Il faut de nouveaux pipelines, dit l'Association canadienne des producteurs pétroliers », Radio-Canada, 23 juin 2016, [<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/789101/petrole-pipeline-oleoduc-sables-bitumineux-production-economie>].

32. Édictée comme l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avr. 1982.

30. R.-C. Hydro Québec, *supra*, note 24.

- Ces consultations doivent être tenues même quand il ne s'agit que de « revendications » de droits ancestraux et de titres ancestraux ;

- Le processus de consultation ne doit pas être mené par un tiers (ex. promoteur, bien qu'il y participe souvent activement) ;

- Cette obligation peut aussi impliquer, « s'il y a lieu », de trouver des accommodements aux préoccupations des peuples autochtones, telles que le changement d'un tracé pour minimiser son impact sur les activités traditionnelles ou l'imposition de conditions environnementales strictes. La Cour suprême du Canada a précisé que la portée de l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones varie selon les circonstances propres à chaque cas et selon le bien-fondé de la revendication et la gravité de l'atteinte possible ou appréhendée. Ainsi, dans les cas où la revendication « repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé », il peut incomber à la Couronne de tenir des consultations approfondies avec les intéressés³³.

29 - Concernant le Projet de pipeline Northern Gateway, la cour d'appel fédérale a appliqué ces principes et a conclu que la décision du Gouvernement fédéral d'autoriser cet oléoduc était illégale car elle n'avait pas été prise à la suite d'une consultation adéquate de leurs nations :

« [8] Pour examiner le caractère adéquat de la consultation, nous n'insisterons pas sur une norme de perfection, mais plutôt sur une norme de satisfaction raisonnable.

[...]

[325] Nous avons appliqué la jurisprudence de la Cour suprême sur le devoir de consulter aux faits incontestés de cette affaire. Nous concluons que le Canada n'a offert qu'une occasion brève, précipitée et inadéquate dans le cadre de la phase IV-une partie essentielle du processus de consultation du Canada-pour échanger des renseignements et en discuter.

Les faiblesses – plus qu'une simple poignée et plus que de simples imperfections – ont laissé des sujets entiers liés à des questions centrales aux Premières Nations concernés, des sujets affectant leurs moyens de subsistance et de bien-être parfois totalement ignorés. Il aurait suffi de peu de temps et de peu d'efforts d'organisation pour le Canada afin d'entamer un dialogue véritable sur ces sujets de première importance pour les peuples autochtones. Mais cela ne s'est pas produit.

[...]

[332] Globalement, en gardant à l'esprit que seulement une exécution raisonnable du devoir de consulter est requise, nous concluons que dans la phase IV du processus de consultation – incluant l'exécution par le gouverneur en conseil de son rôle à la fin de la phase IV – le Canada a échoué »³⁴.

30 - À la suite de ce jugement, Justin Trudeau, le premier ministre du Canada a annoncé que le projet Northern Gateway était abandonné. De plus, l'oléoduc Trans Énergie Est, projet dans l'Est du pays et qui était aussi contesté par des groupes autochtones, a été abandonné par l'entreprise TransCanada³⁵. Énergie Est était un projet de pipeline de 4 500 kilomètres qui devait transporter environ 1,1 million de barils de pétrole par jour de l'Alberta et la Saskatchewan vers les raffineries de l'Est du Canada. Certains ont dit que l'abandon de ce pipeline était une décision d'affaires de TransCanada car elle avait déjà obtenu

suffisamment de nouveaux oléoducs dans l'ouest du pays pour rejoindre les marchés internationaux, surtout asiatiques³⁶. Néanmoins, cette décision d'entreprise a certainement aussi été influencée par de possibles contestations autochtones, et par le fait que le nouveau processus d'autorisation des pipelines doit prendre en compte les émissions de GES générées par l'extraction des sables bitumineux, dès le départ, et non plus seulement les émissions causées par l'acheminement par pipeline lui-même³⁷.

2° L'autorisation de l'élargissement du pipeline Trans Mountain

31 - L'expansion du pipeline Trans Mountain divise le Canada, particulièrement l'Ouest-Canadien, depuis plusieurs mois déjà. La Colombie-Britannique s'oppose à ce projet qui traverse son territoire, et a récemment intenté un recours devant les tribunaux de la province pour faire statuer sur son droit de refuser un tel projet, en vertu de ses compétences constitutionnelles.

32 - Ce pipeline a été construit en 1952, et fonctionne toujours aujourd'hui. Le tracé actuel, qui va de Strathcona County (près d'Edmonton) en Alberta et Burnaby en Colombie-Britannique, soit une distance de 1 150 kilomètres, fait l'objet du projet d'expansion. Le 29 novembre 2016, le Gouvernement du Canada a approuvé le projet d'expansion après un examen à l'issue duquel le 19 mai 2016, l'Office national de l'énergie (ONE) a conclu que le Projet favorisait l'intérêt public canadien et a recommandé au gouverneur fédéral en conseil d'approuver l'expansion, sous réserve de 157 conditions. L'expansion vise à ériger un oléoduc combiné qui fera passer sa capacité de 300 000 à 890 000 barils par jour vers les marchés internationaux.

33 - Pour mettre fin à la controverse entourant ce projet, et face au risque que celui-ci ne connaisse une issue fatale devant les tribunaux dans le recours intenté récemment par la Colombie-Britannique, Ottawa a annoncé, le 29 mai 2018, que le projet était d'intérêt national et que le Gouvernement fédéral allait acheter le projet d'expansion du pipeline de la firme texane Kinder Morgan, d'ici août 2018. D'ici cette date, le Canada accordera un prêt à Kinder Morgan afin que débutent les travaux de construction³⁸.

34 - Il va de soi que ce projet divise la population canadienne, les uns se portant à la défense des intérêts économiques du pays et de l'importance de rassurer les investisseurs étrangers au Canada, les autres décriant un projet qui minera encore plus les chances du Canada de lutter efficacement contre les changements climatiques. La décision du Gouvernement central d'acheter le projet vise à mettre fin à la querelle entourant la question des compétences des différents ordres de Gouvernement sur cette question.

Conclusion

35 - Les paramètres de la politique canadienne de l'énergie ne peuvent pas être ignorés si on veut bien comprendre la politique internationale et nationale que mène le Canada dans le dossier des changements climatiques. En lisant les données sur la place du pays dans la production d'énergie mondiale, on comprend

33. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 ; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388.

34. *Nation Gitxaala et autres c. Canada (PG) et autres*, 2016 CAF 18.

35. A. Shields, *TransCanada annonce la fin du projet Énergie Est : Le Devoir*, 2017.

36. J.-D. Bellavance, « Abandon d'Énergie Est : une décision d'affaires, dit le ministre Carr », *La Presse*, 2017.

37. C. Krolak et R. Bach, *L'émergence d'un « test climatique » en droit fédéral canadien : vers une meilleure prévention des dommages climatiques »* dans M. Torre-Schaub et al. (Dir.), *Quel(s) Droit(s) pour les changements climatiques ?* : Mare et Martin, 2018, 301.

38. P. Dietsch, *Un vrai compromis est possible au sujet du pipeline Trans Mountain* : *Le Devoir*, 2018, [www.ledevoir.com/opinion/idees/529107/un-vrai-compromis-est-possible-au-sujet-du-pipeline-trans-mountain].

que rien n'est moins facile que d'être ministre de l'environnement au pays :

À l'échelle internationale, le Canada est une petite économie. Son PIB rereprésente à peine 1,76 % de la production mondiale. Néanmoins, il se classe parmi les principaux producteurs d'énergie, en 6^e place avec 3,1 % de la production mondiale, derrière la Chine, les États-Unis, la Russie, l'Arabie Saoudite et l'Inde.

Grâce à la diversité de ses ressources naturelles, le Canada réussit à se positionner comme leader dans la production de plusieurs formes d'énergie :

Pétrole : En 2011, avec une production de 169 mégatonnes (Mt) de pétrole brut, soit 4,2 % de la production mondiale, le Canada était le 6^e plus important producteur d'or noir au monde. Il était devancé par l'Arabie Saoudite, la Russie, les États-Unis, l'Iran et la Chine. La même année, il occupait également le 8^e rang des pays producteurs de produits pétroliers avec 2,6 % de la production mondiale »³⁹.

36 - Dans ce contexte, il n'est pas étonnant qu'un rapport du Sénat canadien de mars 2017 démontre que la CDN du Canada n'est pas atteignable sans une diminution graduelle de la production de pétrole, et une modification conséquente des modes de production et de consommation de l'énergie au pays⁴⁰.

37 - Un plan directeur pour la transition énergétique serait certes nécessaire pour atteindre la cible de réduction des émissions du Canada, d'ici 2030, prévue dans sa CDN. Nos dirigeants politiques le savent bien. Mais les forces économiques en présence et la place qu'occupe l'exploitation de nos ressources non renouvelables dans l'économie canadienne y mettent un frein indéniable. Cette transition énergétique est possible, même si elle doit se faire progressivement. Certains spécialistes des politiques énergétiques⁴¹ prennent pour exemples l'Allemagne et le Danemark, dont la consommation d'énergie a diminué beaucoup depuis 1990, alors que ces pays ont continué de produire de la richesse et de la croissance. Le Canada consomme deux fois plus d'énergie pour produire la même croissance. Les émissions allemandes ont diminué dans tous les secteurs, et globalement, elles ont diminué de 28 % entre 1990 et 2014. Au Canada, au cours de la même période, les émissions ont augmenté de 20 % dans tous les secteurs, sauf dans le secteur des industries de production d'énergie, et nos émissions ont augmenté de 37 % dans le secteur des transports. Pour y parvenir, il faut réaliser tout « le potentiel technico-économique du Canada »⁴², en investissant des fonds publics dans les énergies renouvelables et les transports collectifs, en « développant le

Canada sur les chemins de fer existants »⁴³ et en augmentant l'isolation et la rénovation des bâtiments de manière écoénergétique au plus vite.

38 - D'ici là, le contentieux climatique se développera vraisemblablement au Canada, et il y a fort à parier que le juge canadien ne demeurera pas longtemps imperméable aux jugements de ses homologues dans d'autres pays qui font progresser la cause climatique en se portant garants du respect du droit fondamental à vivre dans un environnement sain pour les générations actuelles et futures⁴⁴ ; en élargissant progressivement la doctrine du « Public Trust »⁴⁵ qui reconnaît le caractère « commun » de certaines ressources telles que l'eau ou l'atmosphère et impose à leur égard des obligations fiduciaires à l'État⁴⁶ ; ou en allant puiser du côté du devoir de protéger ou « duty of care » du droit de la responsabilité⁴⁷.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

43. *Ibid.*

44. V., entre a. : Association des aînées pour la protection du climat. – V. *Conseil fédéral suisse*, 25 oct. 2016, <https://perma.cc/3LGB-3V7H> ; *Greenpeace Nordic Association Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, 2018, [requête et jugement en ligne : <http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assnand-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>] ; *Juliana v. United States*, 6 : 15-cv-1517, 2017, D. Or, [en ligne : <http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/>] ; *Leghari v. Republic of Pakistan* (2015) W.P. n° 25501/2015. – V. généralement : Boom K., Richards J.-A., Leonard S., *Climate Justice : The International Momentum Towards Climate Litigation*, Climate Justice Programme Report (2016). – Burkett M., *Litigating Climate Change Adaptation : Theory, Practice and Corrective (Climate) Justice : Environmental Law Reporter* (2012). – M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit, La refondation des pouvoirs*, Paris : Seuil, 2007. – Meltz R., *Climate Change Litigation : A Growing Phenomenon – Scholar's Choice Edition* (2015) 40 p. – Gerard M.B. & Meredith Wilensky, *The role of the national courts in GHG emissions reductions*, dans *Elgar Encyc. Of Env'tl. L.* 359 ; Michael Faure éd. 2016. – Tabau, Anne-Sophie et Cournil Christel, *Les circulations entre l'Accord de Paris et les contentieux climatiques nationaux : quel contrôle de l'action climatique des pouvoirs publics d'un point de vue global ?* » (2017) ? : HS17 *Rev. jur. env.* 2017, p. 229-244. – A.-S. Tabau & C. Cournil, *Nouvelles perspectives pour la justice climatique*, *Cour du District de LaHaye, Fondation Urgenda c. Pays Bas* : *Rev. jur. env.* 2015, p. 672-693. – Cournil, Christel, *Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national* » (2017) : HS17 *Rev. jur. env.* 2017, p. 245-261. – Cox, Roger, *A climate change litigation precedent : Urgenda Foundation*. – V. *The State of the Netherlands, Journal of Energy & Natural Resources Law* : 34 : 2 *Journal Energy NatResour Law* 2016, p. 143-163. – Lambrecht, J. et C. Ituarte-Lima, *Legal innovation in national courts for planetary challenges : Urgenda*. – V. *State of the Netherlands* » [2016] : *Environ Law Rev.* 2016. – Torre-Schaub, Marta, *À propos du jugement de Cour de district de La Haye du 24 juin 2015* : 3 *RID comp.* 2016, p. 664-686.

45. *Juliana v. United States*, 6 : 15-cv-1517, 2017, D. Or, [en ligne : <http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/>] ; *Leghari v. Republic of Pakistan* (2015) W.P. n° 25501/2015.

46. Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law : Effective Judicial Intervention*, 68 *Mich. L. Rev.* 471, 475 (1970). – Alexandra B. Klass, *Modern Public Trust Principles : Recognizing Rights and Integrating Standards*, 82 *Notre Dame L. Rev.* 699, 707-08 (2006). – Carol M. Rose, *Joseph Sax and the Idea of the Public Trust*, 25 *Ecology L.Q.* 351 (1998). – Richard J. Lazarus, *Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources : Questioning the Public Trust Doctrine*, 71 *Iowa L. Rev.* 631, 645-46 (1986).

47. *Urgenda Foundation (on behalf of 886 individuals) v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, *First instance decision*, HA ZA 13-1396, C/09/456689, ECLI : NL : RBDHA : 2015 : 7145, ILDC 2456 (NL 2015), 24th June 2015, Netherlands ; *The Hague, District Court*. Date : 24 June 2015.

39. Agence internationale de l'énergie, *Key World Energy Statistics 2012* ; Institut économique de Montréal, *Un portrait de l'énergie au Canada en 40 questions* : 2012.

40. Senate Canada, *Positioning Canada's electricity sector in a constrained carbon future. Report of the Standing Senate Committee on Energy, the Environment and Natural Resources*, March 2017 [http://gardn.org/wp-content/uploads/2017/03/2017-02-24-ENEV-Interim-Electricity-Report_FINAL_e.pdf].

41. J. Whitmore et P.-O. Pineau, *État de l'énergie au Québec 2018*, Chaire de gestion du secteur de l'énergie, HEC Montréal, décembre 2017. – Conférence de Pierre-Olivier Pineau, *Transition énergétique au Québec : prospérer dans la sobriété* : Université Laval, Québec, 2017, [<https://www.drne.ulaval.ca/fr/pierre-olivier-pineau-transition-energetique-au-quebec-prosperer-dans-la-sobriete>].

42. P.-O. Pineau, *Transition énergétique au Québec : prospérer dans la sobriété*, *ibid.*

29 La justiciabilité des affaires climatiques sous le prisme des droits de l'homme : un aperçu des obligations internationales de l'État



Emnet GEBRE,
docteure en droit, chargée d'enseignement et consultante

Aujourd'hui, si les conséquences néfastes des changements climatiques sur la jouissance et l'exercice des droits de l'homme semblent faire l'unanimité, la justiciabilité des actions climatiques devant les organes de protection des droits de l'homme est loin d'être acquise. Néanmoins, tout en se fondant sur les affaires des atteintes environnementales dites « classiques » déjà tranchées par les organes internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, il convient d'anticiper comment ces derniers statueront sur des affaires climatiques dans lesquelles les requérants alléguent d'éventuelles violations des droits de l'homme liées aux impacts des changements climatiques.

1 - En raison des bouleversements physiques qu'ils entraînent sur l'écosystème et des conséquences sociales néfastes qu'ils provoquent, nul doute que les changements climatiques menacent de manière non équivoque l'exercice et la jouissance des droits de l'homme. Reconnaître en revanche la qualité de victime de violations des droits de l'homme aux personnes affectées par les changements climatiques requiert de passer à une vitesse supérieure ralentie par des obstacles de plusieurs ordres. Tel que souligné par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, constater les effets négatifs des changements climatiques sur la jouissance des droits de l'homme ne mène pas nécessairement à conclure à l'existence d'une violation de ces derniers¹.

2 - Plusieurs affaires relatives aux impacts des dégradations environnementales sur les droits de l'homme ont déjà été introduites devant les instances internationales et régionales des droits de l'homme². Ces dernières ont sanctionné les atteintes environnementales des autorités publiques d'un État pour leur rôle par action ou omission dans la survenance de ces atteintes ou pour la mauvaise gestion que celles-ci ont faite de ces atteintes. Ainsi, à l'instar des condamnations des atteintes environnementales « classiques », serait-il possible de sanctionner les répercussions négatives des changements climatiques sur la jouissance des droits de l'homme et combler ainsi « le fossé analytique causé

par l'absence d'un droit expresse à un environnement sain »³ notamment sur le plan international ?

3 - En l'état actuel du droit international et régional des droits de l'homme, les personnes affectées par les impacts des changements climatiques peuvent en principe engager la responsabilité de leurs autorités nationales en apportant la preuve que « [leur] État a, par des actes ou omissions, négligé de protéger les personnes [contre les risques *ex ante* et *ex post* liés aux changements climatiques] compromettant l'exercice des droits de l'homme »⁴. Il faut constater que la justiciabilité des atteintes liées aux changements climatiques peut varier en fonction de la nature du droit concerné (1), bien que l'on soit en mesure d'espérer une justiciabilité plus confirmée devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) (2).

1. Une justiciabilité potentiellement variable des atteintes liées aux changements climatiques devant les instances internationales et régionales

4 - Les impacts physiques des changements climatiques ne peuvent bien évidemment pas être en eux-mêmes érigés en violation des droits de l'homme, compte tenu notamment des difficultés qui existent à démontrer que ce phénomène est imputable aux seules autorités publiques visées par la plainte, notamment lorsque ce dernier n'a d'aucune manière contribué à ce phénomène. On ne peut pas dire autant des conséquences sociales des changements climatiques qui peuvent être le résultat d'une mauvaise gestion des risques liés à ce phénomène. Le

Ndlr : Cette contribution a été écrite dans le cadre du projet de recherches Les Dynamiques du contentieux climatique, financé par le GIP Mission Droit et Justice, sous la direction de Madame Marta Torre-Schaub, directrice de recherche au CNRS.

1. Office du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Rapp. sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme*, 15 janv. 2009, § 70.
2. CDH, *Communication n° 1023/2001, Lansman et le comité des éleveurs de Muotkatunturi c/ Finlande*, 17 mars 2005 ; Cour IADH, *Peuples autochtones Kuna de Mandungandi et Emberá de Bayano et ses membres c/ Panama*, 14 déc. 2014 ; *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication n° 155/96, Représentants du peuple Ogoni contre Gouvernement du Nigéria*, 30^e Session ordinaire, Banjul, Gambie, 13 oct. 2001.

3. M. Hall et D. Weiss, *Avoiding adaptation apartheid : Climate change adaptation and human rights* : *The Yale Journal of International Law*, vol. 37, n° 2, 2012, p. 335.

4. *Rapp. sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme, préc.*, § 73.

fait que ces États ne soient pas directement à l'origine du phénomène ne les exempte pas pour autant de leur obligation de protéger les personnes affectées par le phénomène. Ces derniers pourraient être déclarés responsables de violations tant de droits substantiels que procéduraux.

5 - L'examen de la jurisprudence liée aux atteintes environnementales nous permet d'anticiper que la violation des droits procéduraux (A) serait tout de même plus aisée à faire reconnaître par les organes de contrôle des droits de l'homme que celle des droits substantiels (B).

A. - L'atteinte aux droits substantiels : une justiciabilité réduite

1° Les atteintes environnementales comme induisant des violations des droits de l'homme

6 - Il convient de rappeler que le Comité des droits de l'homme (CDH) et les instances africaines et américaines des droits de l'homme⁵ ont déjà sanctionné les atteintes environnementales, au motif que celles-ci menacent la jouissance des droits de l'homme. La Commission interaméricaine des droits de l'homme (Commission IADH) a eu, par exemple, l'occasion de reconnaître à plusieurs reprises le lien entre les atteintes à l'environnement et les violations des droits de l'homme notamment dans sa jurisprudence abondante relative aux droits des peuples autochtones. Bien que ces affaires ne constatent pas directement la violation du droit à un environnement sain, la violation d'autres droits consacrés explicitement dans les instruments interaméricains des droits de l'homme est reconnue⁶. Dans une affaire mettant en cause⁷ la construction d'un réseau routier et l'exploitation des ressources de leurs territoires, car menaçant les droits des Indiens Yanomami, la Commission IADH a constaté la violation du droit à la vie, à la liberté et à la sûreté, du droit de résidence et de déplacement et du droit à la préservation de la santé et au bien-être consacrés dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme. Une autre pétition a été présentée devant la Commission interaméricaine contre l'État de Belize pour violation des droits des populations autochtones en raison de l'exploitation forestière et pétrolière⁸. D'autres affaires ont également été traitées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IADH) qui protège par ricochet les droits environnementaux des peuples autochtones à travers notamment la protection des droits de propriété des terres ancestrales⁹, du droit à l'identité culturelle¹⁰, du droit à la vie¹¹ et du droit à une vie digne¹². Au niveau international, le Comité des droits de l'homme veille également à la garantie des droits des peuples autochtones notamment celui du droit de jouir de leur propre culture sur le fondement d'une violation de l'article 27 du PIDCP¹³. Il y a tout de même lieu de préciser que dans la majorité des cas, le Comité refuse de constater l'existence d'une violation de l'article 27 du PIDCP chaque fois qu'il juge que l'étendue des opérations et la gravité des effets des activités

d'exploitation ne sont pas suffisamment importantes pour entraîner un déni du droit des auteurs de jouir de leur propre culture¹⁴.

7 - Le lien entre atteintes environnementales et droits de l'homme semble bien établi dans la jurisprudence internationale et régionale¹⁵. La responsabilité de l'État sous la juridiction de laquelle se trouvent les victimes des atteintes environnementales « classiques », notamment les communautés autochtones, peut être engagée devant ces différentes instances. Bien que certaines des garanties dégagées par la jurisprudence puissent être transposées aux victimes des changements climatiques notamment aux communautés autochtones, cette transposition ne serait pas systématique. Cela tient *inter alia* à la nature à la fois anthropique et naturelle des changements climatiques dont l'entité à l'origine du phénomène est juridiquement difficile à identifier. Or, dans les affaires examinées ci-dessus, les atteintes environnementales d'origine humaine (exploitation forestière, pétrolière ou construction de projets de développement¹⁶) sont attribuables aux entités privées ou aux autorités étatiques. De même, la grande majorité de cette jurisprudence concerne les communautés autochtones. Or, son extension à d'autres catégories de personnes qui n'entretiennent pas de relation de dépendance économique ou culturelle avec leur environnement naturel demeure encore embryonnaire.

2° Les changements climatiques comme induisant des violations des droits de l'homme ?

8 - La reconnaissance de la violation des droits, notamment du droit à la vie, dans les affaires mettant en cause l'environnement dépend en principe de l'étendue des mesures gouvernementales prises pour prévenir les menaces des dégradations environnementales qui, elles-mêmes, sont conditionnées par la nature et la prévisibilité du dommage¹⁷. À l'aune des diverses affaires relatives à la protection des droits des peuples autochtones, la tendance jurisprudentielle semble montrer qu'il existe un seuil d'intensité que les atteintes doivent franchir pour que la violation soit valablement constatée. Dans les éventuelles affaires liées aux changements climatiques, il semble que le seuil de gravité requis pour attirer l'attention des organes de droits de l'homme serait aisément atteint compte tenu de l'imminence des impacts néfastes liés aux changements climatiques.

9 - Face à des catastrophes hydrométéorologiques extrêmes soudaines et celles à déclenchement lent, les organes des droits de l'homme pourront exiger que les efforts des autorités dans la protection de la vie des personnes affectées soient soutenus chaque fois que ces événements climatiques sont prévisibles¹⁸, en fonction des moyens dont l'État dispose. Si la plupart des États menacés par les impacts des changements climatiques demeurent impuissants face à la cause latente du phénomène, ils sont parfois aptes à agir sur certaines de ses conséquences. En effet, si la maîtrise des effets des changements climatiques est loin d'être à la portée de certains États notamment vulnérables, ces États n'échappent pas pour autant à l'obligation d'agir au mieux sur les circonstances qui peuvent aggraver la vulnérabilité des personnes concernées et les exposerait davantage aux aléas climatiques.

5. V. note n° 2.

6. V. Rapp. d'admissibilité n° 76/09, *Communauté de la Oraya c/ Pérou*, 5 août 2009.

7. Commission IADH, aff. n° 7615 (Brésil), Résol. n° 12/85, 5 mars 1985, cons. 2 et déc. § 1.

8. Commission IADH, *Communauté autochtone Mayas du District Toledo c/ Belize*, 12 oct. 2004, § 193-196.

9. Cour IADH, *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c/ Équateur*, 27 juin 2012, § 145-147.

10. Ibid, § 220.

11. Cour IADH, *Communauté Xäkmok Käsek c/ Paraguay*, 17 juin 2005, § 192.

12. Ibid, § 168.

13. CDH, *Communication n° 167/1984, Bernard Ominayak et la bande du Lac Lubicon c/ Canada*, 26 mars 1990, § 29.1.

14. CDH, *Communication n° 1023/2001, Lansman et le comité des éleveurs de Muotkatunturi c/ Finlande*, 17 mars 2005, § 10.3. – V. aussi CDH, *Communication n° 511/1992, Ilmari Lansman et Cts c/ Finlande*, 26 oct. 1994, § 9.8.

15. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Représentants du peuple Ogoni contre Gouvernement du Nigéria*, préc.

16. Cour IADH, *Peuples autochtone Kuna de Mandungandi et Emberá de Bayano et ses membres c/ Panama*, 14 déc. 2014.

17. M. Leighton Schwartz, *International legal protection for victims of environmental abuse* : *Yale Journal of International Law*, 1993, vol. 18, p. 364.

18. Cour IADH, *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c/ Équateur*, préc., § 248-249.

10 - Cette obligation de prévention (*due diligence*) s'applique également dans un contexte de dommages transfrontières et potentiellement à l'égard de grands pollueurs de la planète. Plus récemment, c'est dans un avis consultatif¹⁹ rendu à la demande de la Colombie que la Cour interaméricaine a fait un important bond qualitatif. Elle a, en effet, consacré un droit autonome à un environnement sain potentiellement imposable même de manière extraterritoriale. De ce fait, nul doute que cet avis consultatif renferme un potentiel non négligeable pour la justiciabilité des dommages liés aux changements climatiques²⁰. En effet, la Cour met à la charge des États plusieurs « obligations environnementales » potentiellement invocables dans le cadre des contentieux climatiques qu'elle pourra être amenée à connaître dans le futur. Au-delà de leur obligation de coopérer dans le domaine des dommages transfrontières²¹, les États ont une obligation de prévention des dommages environnementaux en vertu notamment du principe de l'utilisation non dommageable du territoire national²². Sur le terrain des droits procéduraux, la Cour rappelle la nécessité de garantir l'obligation d'information, la participation du public ainsi que l'accès à la justice, et ce même dans un contexte de dommage transfrontière²³. De même, des études d'impacts environnementaux intégrant la participation des personnes concernées et respectueuses des peuples autochtones doivent être menées²⁴.

B. - L'atteinte aux droits procéduraux : une justiciabilité facilitée

11 - Le contentieux devant les instances juridictionnelles pourrait valablement être fondé sur la violation des droits procéduraux tels l'accès à l'information, la participation du public à la prise de décision ou l'accès à la justice. L'analyse de la jurisprudence des instances régionales révèle qu'une protection effective est accordée à ces droits dans le domaine de la gestion des risques liés à l'environnement.

12 - Aux termes des jurisprudences de la Cour EDH, de la Commission et de la Cour IADH ainsi que du Comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus (Comité d'Aarhus), les États doivent sensibiliser leur population aux risques environnementaux tout en leur garantissant l'accès à l'information, notamment aux plus vulnérables. Les pouvoirs publics doivent non seulement s'abstenir de porter atteinte au droit à l'information des personnes, mais ont également à leur charge une obligation positive de procurer des informations²⁵. La participation et la consultation du public font également partie des exigences procédurales que les États doivent mettre en œuvre avant la prise d'une décision relative à la gestion d'un risque environnemental ou à la réinstallation de personnes affectées par une catastrophe environnementale. Enfin, lorsque les pouvoirs publics peinent à garantir l'exercice effectif de ces droits procéduraux, le justiciable doit avoir la possibilité de demander des comptes aux autorités compétentes grâce notamment aux recours judiciaires ou administratifs.

13 - Au niveau interaméricain par exemple, dans l'affaire San Mateo de Huanchor et ses membres contre Pérou, après que les requérants ont allégué la violation de leurs droits fondamentaux et collectifs à cause des effets de la pollution environnementale causée par une boue de déchets toxiques se trouvant dans leur voisinage²⁶, la Commission IADH avait ordonné à l'État péruvien l'adoption de mesures de précaution visant à préserver la vie et la sécurité des personnes concernées. À ce titre, elle demande la mise en place d'une assistance de santé, la conduite d'une étude des impacts environnementaux et l'évacuation de la boue en conséquence²⁷. La Cour IADH a d'ailleurs confirmé l'intérêt grandissant que portent les organes des droits de l'homme aux droits procéduraux dans les affaires relatives aux atteintes environnementales. Elle a jugé que la liberté d'expression et de pensée inclut le droit et la liberté de « chercher, recevoir et transmettre des informations et des idées de toute sorte »²⁸. De même, la participation du public dans les décisions environnementales peut être considérée comme le prolongement de l'article 23 de la Convention américaine des droits de l'homme qui reconnaît la participation à la direction des affaires publiques²⁹. Dans une affaire relative à la concession des territoires indigènes pour une exploitation forestière et minière, la Cour IADH a souligné que les communautés ont le droit de participer effectivement au projet de développement mené sur leurs territoires et le droit d'être consultées à plusieurs étapes du projet, et ce, dans le respect de leurs traditions et coutumes. Corrélativement, l'État a une obligation de mener une étude d'impact environnemental et une obligation d'information en matière de risque environnemental et sanitaire, en vue d'obtenir le consentement éclairé des communautés concernées³⁰.

14 - Par ailleurs, il convient de relever que le respect des droits procéduraux dans la mise en œuvre des décisions affectant les personnes affectées aurait un coût économique beaucoup moins élevé que la garantie des droits substantiels. De ce fait, les juridictions des droits de l'homme seraient plus exigeantes en exerçant un contrôle plus renforcé sur des allégations de non-respect des droits procéduraux, et ce, même au regard des États économiquement faibles. La pratique du CDH³¹ et des instances régionales des droits de l'homme est d'ailleurs symptomatique à cet égard. Dès lors que les activités humaines provoquent des conséquences dommageables pour l'environnement, ils exigent que soit mis en œuvre un certain nombre de garanties procédurales au profit des personnes concernées. Dans la jurisprudence du CDH, le respect des droits procéduraux des victimes alléguées est un paramètre déterminant dans le constat même de l'existence d'une violation des droits substantiels. En effet, le respect de certains droits procéduraux comme la consultation ou la participation des personnes dans la décision autorisant les activités incriminées serait peut-être de nature à constituer une circonstance atténuante de responsabilité³².

15 - Il faut constater que les droits procéduraux ne sont pas toujours invoqués dans l'objectif d'exiger une meilleure protection contre les changements climatiques. Bien que le Comité

19. *Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017 requested by the Republic of Colombia.*

20. Deux pétitions avaient été introduites devant la Commission IADH en 2005 (*Petition of the Inuit Circumpolar Conference*) et en 2013 (*Petition of Arctic Athabaskan Peoples*). – Si la Commission ne s'est pas encore prononcée sur la deuxième pétition, celle de 2005 a été rejetée de manière très laconique. V. sur le sujet D. McCrimmon, *The Athabaskan Petition to the Inter-American Human Rights Commission : using human rights to respond to climate change* : *The Polar Journal*, 2016, p. 1-19.

21. *Advisory Opinion OC-23/17, préc.*, § 181 et s.

22. *Ibid.*, § 127-130.

23. *Ibid.*, § 211 et s.

24. *Ibid.*, § 156 et s.

25. V. par ex. *Cour IADH, affaire Reyes c/ Chili*, 19 sept. 2006.

26. *Commission IADH, Communauté de San Mateo de Huanchor et ses membres c/ Pérou*, 15 oct. 2004, § 2.

27. *Ibid.*, § 12.

28. *Cour IADH, Marcel Claude Reyes et Cts c/ Chili*, 19 sept. 2006, § 76 et 77.

29. *Study on Human rights and climate change : European Union policy options, préc.*, p. 90.

30. *Cour IADH, Peuple Saramaka c/ Suriname*, 28 nov. 2007, § 129 et 133 à 137. – V. également *Cour IADH, Communauté Xâmkok Kâsek c/ Paraguay, préc.* – *Cour IADH, Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c/ Équateur, préc.*, § 220.

31. *CDH, Communication n° 511/1992, Ilmari Lansman et Cts c/ Finlande*, 1994.

32. *Ibid.*, § 9.6.

d'Aarhus ait eu à connaître des affaires dans lesquelles il a constaté la violation des droits procéduraux notamment le droit à la participation du public³³, il arrive que ces droits soient invoqués par des climato-sceptiques contestant une réglementation mise en œuvre dans la lutte contre les changements climatiques³⁴.

2. Une justiciabilité potentiellement prometteuse des atteintes liées aux changements climatiques devant la Cour EDH

16 - À l'instar de certains droits économiques et sociaux dont le caractère justiciable a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, l'invocabilité par ricochet d'un droit à un environnement sain est loin d'être chimérique³⁵. La technique des obligations positives combinée à la protection par ricochet a constitué une arme juridique efficace au profit de la protection des victimes des aléas environnementaux d'origine anthropique et naturelle³⁶. La reconnaissance des victimes potentielles et parallèlement du risque *ex post* pour toute personne qui, face à une menace, est susceptible de subir une violation de son droit ouvre de bonnes perspectives aux victimes des aléas environnementaux de manière générale (A). Par extension, il semble que des pistes pour les personnes affectées par les impacts des changements climatiques sous l'égide de la Convention EDH peuvent être décelées dans la jurisprudence de son organe de contrôle (B).

A. - La justiciabilité établie des aléas environnementaux d'origine anthropique et naturelle

1° Les obligations positives dans le cadre des catastrophes d'origine anthropique

17 - Très active sur le terrain de la promotion et la protection des droits de l'homme, la Cour s'intéresse depuis quelques années aux problèmes environnementaux. Dans l'affaire Lopez Ostra de 1994, la Cour a affirmé que les atteintes graves à l'environnement sont susceptibles de nuire à la vie privée et familiale, sans que cela affecte nécessairement la santé des intéressés³⁷. Dans sa jurisprudence Oneryildiz, la Cour a rappelé que l'article 2 ne concerne pas exclusivement les atteintes directes au droit à la vie comme « les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par les agents de l'État », mais implique une « obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction ». Cette obligation s'applique dans « le contexte de toute

activité, publique ou non [...] *a fortiori* pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telles que l'exploitation des sites de stockage de déchets [...] »³⁸. Le raisonnement dégagé par la Cour permet de circonscrire davantage l'obligation positive des États dans le cadre de l'article 2. En effet, de l'applicabilité de l'article 2, découlent deux catégories d'obligations positives. La première est une obligation positive substantielle qui consiste pour les États à prévenir les atteintes au droit à la vie en mettant notamment en place un cadre législatif et administratif³⁹. Le droit du public à l'information est également l'une des principales mesures préventives qui doit être garantie⁴⁰. La deuxième obligation est de nature procédurale : l'État doit par tous les moyens organiser une réaction adéquate de nature judiciaire ou autre, pour mettre effectivement en œuvre la protection prévue dans la législation ou le cas échéant, sanctionner les manquements à celle-ci⁴¹.

18 - Les États doivent également évaluer au préalable les risques éventuels des activités en question et prendre des mesures adéquates capables de protéger les droits des intéressés⁴². Elle exige, au titre des obligations positives découlant de l'article 8 de la CEDH, le respect du droit à l'information. L'accès à l'information, la participation au processus décisionnel et l'accès à la justice doivent être garantis au public⁴³. Le respect du principe de précaution « en vue d'assurer un niveau de protection élevée de la santé [...] et de l'environnement dans l'ensemble des activités de la communauté » est essentiel en l'absence de certitude scientifique ou technique⁴⁴. Il faut rappeler que la solution adoptée dans ces différentes affaires⁴⁵ est susceptible d'être transposée dans le domaine des catastrophes liées à une activité humaine notamment dangereuse. Or, bien que la cause originaires des changements climatiques soit de nature anthropique, les catastrophes dues aux effets des changements climatiques ont des manifestations avant tout « naturelles ».

2° Les obligations positives dans le cadre des catastrophes d'origine naturelle

19 - En apportant des précisions sur l'étendue des obligations positives imputables à l'État en cas de catastrophe naturelle dans l'affaire Boudaïeva, la Cour fait une analyse potentiellement transposable aux impacts des changements climatiques⁴⁶. L'affaire Boudaïeva est dans la continuité de la jurisprudence Oneryildiz sauf que, dans le cadre des catastrophes d'origine naturelle comme dans l'espèce, la Cour veille à « ne pas imposer aux autorités une charge impossible ou disproportionnée dans le domaine des secours d'urgence en relation avec un événement météorologique qui échappe davantage au contrôle qu'une activité humaine »⁴⁷. En effet, lorsque le risque est connu, l'État a l'obligation de protéger les personnes contre les risques naturels. Plus le risque est prévisible, plus l'obligation de l'État de protéger les personnes sous sa juridiction est importante.

33. Comité d'Aarhus, Communication 70 : Une ONG tchèque a allégué que la République tchèque a établi sans véritable participation du public une demande d'allocation de quotas d'émissions à titre gratuit soumise à la Commission européenne et un plan d'investissement national. Le comité a constaté un non-respect du droit à la participation du public.

34. Comité d'Aarhus, Communication 54 : Une communication présentée par un citoyen irlandais, membre d'une association de climatosceptique, contre l'Union européenne au motif que son État lui a refusé l'accès aux informations essentielles concernant les plans d'actions nationaux dans les énergies renouvelables par les autorités irlandaises. En l'espèce, le comité a constaté une violation du droit à une participation du public. – V. également *Communications* 68 et 81.

35. V. Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme c/ Grèce, 6 déc. 2006, § 195.

36. V. dans le système inter-américain : Cour IADH, Communauté Xâkmok Kâsek c/ Paraguay, 24 août 2010, § 192.

37. Cour EDH, López Ostra c/ Espagne, 9 déc. 1994, A303-C, § 51.

38. V. aff. Oneryildiz c/ Turquie, précité, § 71. – V. également aff. L. C. B c/ Royaume-Uni : Rec. 1998-III, 9 juin 1998, § 36.

39. Ibid, § 89.

40. Ibid, § 90.

41. Ibid, § 91.

42. V. Di Sarno et a. c/ Italie, § 112.

43. Ibid, § 113.

44. Ibid, § 109 et § 120.

45. V. 9 juin 2005, aff. Fadeïva c/ Russie, relative à l'exploitation d'une grande aciérie. – 12 juill. 2005, aff. Okyay et a. c/ Turquie, relative à la pollution causée par des centrales thermiques. – 30 mars 2010, aff. Bacila c/ Roumanie, relative à la pollution causée par une usine métallurgique.

46. CEDH, 20 mars 2008, Boudaïeva et a. c/ Russie : Rec. 2008.

47. J.-P. Marguénaud, « Le droit à la vie vu par la CEDH », Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit : Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 125.

Selon la Cour EDH, lorsque le risque de catastrophe est d'origine naturelle, il existe une présomption qu'il est moins aisé de prédire et de contrôler que les catastrophes d'origine humaine. L'absence de prévisibilité est d'ailleurs l'une des caractéristiques qui permet de qualifier les catastrophes naturelles d'événement de force majeure. La Cour considère ainsi que l'État peut bénéficier d'« une marge d'appréciation étendue »⁴⁸. Toutefois, lorsque le risque est clairement « identifiable », notamment lorsque les catastrophes se produisent de manière « récurrente », la défaillance de l'État d'adopter des mesures d'adaptation ou d'atténuation peut engager la responsabilité de celui-ci. La Cour précise que « l'étendue des obligations positives imputables à l'État dans une situation particulière dépend de l'origine de la menace et de la possibilité d'atténuation de tel ou tel risque »⁴⁹. Bien que cette affaire ne porte pas sur les effets des changements climatiques et que les atteintes relatives aux changements climatiques soient d'un degré de complexité supérieur, les obligations mises par la Cour à la charge des États sont parfaitement transposables.

B. - La justiciabilité prospective des aléas environnementaux liés aux changements climatiques

1° L'obligation d'agir sur les causes des aléas climatiques

20 - Les changements climatiques sont responsables de catastrophes hydrométéorologiques qui restent souvent d'une telle intensité qu'elles peuvent dépasser la capacité de l'État à y répondre rapidement et efficacement. Néanmoins, il ne faut pas oublier que les facteurs humains jouent un rôle non négligeable dans la détermination de l'ampleur de la catastrophe, dans la mesure où les vulnérabilités socio-économiques déjà existantes aggravent les effets de celle-ci⁵⁰. Ainsi, l'État doit œuvrer de manière à renforcer la capacité de résilience de la population afin que celle-ci résiste au mieux aux effets de la catastrophe.

21 - Que le risque soit matérialisé ou potentiel⁵¹, la Cour met à la charge des États des obligations en matière de gestion de risque et d'information. Elle exige également que les États prennent des mesures concrètes pour remplir ces obligations. Si les requérants peuvent démontrer que l'inertie ou le retard de l'État à adopter des mesures d'adaptation a porté atteinte à leurs droits fondamentaux, la Cour pourrait reconnaître le manquement fautif de l'État à ses obligations en vertu de la convention. La jurisprudence relative au relogement des personnes victimes de pollutions industrielles présente un intérêt au regard des perspectives de protection qu'elle renferme pour les victimes climatiques. En effet, dans ses arrêts Fadeieva contre Russie et Dubetska contre Ukraine, la Cour a condamné la passivité des autorités face aux menaces environnementales et a conclu à la violation de l'article 8. Dans cette même logique, on peut estimer que les autorités publiques devront, pour se conformer aux dispositions de la CEDH, entreprendre des efforts pour relocaliser certaines personnes vivant dans des zones exposées au risque des effets des changements climatiques comme la montée du niveau des eaux.

22 - Selon certains auteurs, il existerait une gradation des nuisances évoquées par les requérants, de telle sorte que les plus justiciables d'entre elles seraient celles qui porteraient une atteinte immédiate à la santé physique de l'homme⁵². Or, chacun sait que les effets des changements climatiques en termes de menaces à la santé et même à la vie sont non négligeables. Si d'aucuns pensent que ce lien de causalité entre les effets des changements climatiques et les risques en termes de santé n'est pas unanimement établi, la Cour adopte une attitude très accommodante quant au lien de causalité entre les nuisances en cause et le préjudice invoqué, si bien qu'elle pourrait éventuellement se contenter « d'un raisonnement probabiliste » pour constater la violation d'un droit causée par une nuisance donnée⁵³.

2° L'obligation de prévoir des garanties suffisantes

23 - S'agissant des impacts subis à la suite des mesures de riposte aux changements climatiques, une analyse analogue aux conséquences des projets de développement ou de protection de l'environnement peut être projetée, car les deux interviennent à la suite d'une décision publique invoquant un intérêt public. Dans son arrêt Hamer contre Belgique, la Cour EDH avait été très explicite en affirmant que « l'environnement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. Des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'État a légiféré en la matière »⁵⁴. À la lumière de sa jurisprudence en la matière, il n'est pas aventureux de projeter que la Cour reconnaîtra éventuellement le bien-fondé des décisions d'expropriation des propriétés en raison des projets liés à l'atténuation ou à l'adaptation aux changements climatiques chaque fois que celles-ci sont motivées par la protection de l'environnement (intérêt public) notamment la lutte contre les impacts des changements climatiques. Toutefois, elle veillera à ce que des garanties effectives soient prévues par les autorités publiques afin que la décision affectant les personnes ne porte pas une atteinte excessive à leurs droits en vertu notamment du principe de proportionnalité.

24 - **Conclusion.** – Il faut noter que le contentieux climatique devant les instances de protection des droits de l'homme a de beaux jours devant lui. Suite aux incendies meurtriers de 2016 au Portugal, une saisine de la Cour EDH est envisagée par de jeunes Portugais, assistés de l'ONG *Global Legal Action Network*, afin de faire reconnaître la responsabilité des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe et faire adopter des mesures efficaces de lutte contre les changements climatiques⁵⁵. De même, il est fort probable que l'ONG *Urgenda* saisisse la cour de Strasbourg si les cours néerlandaises ne donnent pas une issue favorable à ses demandes. Dans le système interaméricain, l'issue de la pétition des Athabaskans s'annonce prometteuse depuis notamment le dernier avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui ouvre de très bonnes perspectives pour la protection des personnes contre les atteintes des droits de l'homme liées aux changements climatiques.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique

48. CEDH, Boudaïeva et a. c/ Russie, préc., § 135.

49. Ibid, § 137.

50. J. McAdam, *International Law : Complementary Protection Standards : Legal and Protection Policy Research Series*, UNHCR, mai 2011, p. 21.

51. La Cour a constaté la violation de la convention par l'État pour des atteintes déjà concrétisées (V. jurisprudence : *Lopez Ostra c/ Espagne*, *Oneryildiz c/ Turquie*) et pour des atteintes potentielles lorsque, face à un risque réel, les autorités n'ont pas réagi efficacement (aff. *Guerra et a. c/ Italie*, *Taskin c/ Turquie*).

52. M. Recio, « *Un janus Brifrons : environnement et droits de l'homme, environnement contre droits de l'homme* », *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, ss (dir.) C. Cournil et C. Colard-Fabregoule : Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 191.

53. CEDH, 27 janv. 2009, n° 67021/01, Tatar c/ Roumanie, § 105.

54. CEDH, 27 nov. 2007, n° 21861/03, Hamer c/ Belgique, § 79.

55. V. www.crowdjustice.com/case/climate-change-echr/.

30 Changement climatique, responsabilité civile et incertitude

Mireille BACACHE,

professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
université Paris 1 Panthéon Sorbonne

La causalité propre au contentieux climatique, caractérisé par des dommages en cascade, est fractionnée et plurielle. En outre, l'incertitude qui affecte chacun de ces aspects est multiple. Elle peut être scientifique, juridique ou porter sur la part contributive des défendeurs dans le dommage allégué. La flexibilité des mécanismes de la responsabilité civile et sa faculté d'adaptation aux risques nouveaux permet de contourner ces obstacles. Néanmoins, en raison du caractère global du contentieux climatique, dans ses causes, ses effets, sa dimension spatio-temporelle, ses victimes et ses responsables, il apparaît que la fonction traditionnelle de réparation des dommages causés devrait s'effacer devant la fonction préventive d'anticipation des dommages, par le biais de l'action en cessation de l'illicite.

1 - La responsabilité civile est l'obligation mise à la charge de l'auteur d'un dommage de le réparer. Elle suppose donc que la victime rapporte la preuve du lien de causalité entre son dommage et un fait imputable au défendeur. Ce lien de causalité n'est pas seulement l'une des conditions de la responsabilité civile, aux côtés du fait générateur et d'un dommage. Il constitue aussi le critère distinctif de celle-ci. Il permet, en effet, de distinguer la responsabilité des autres techniques de réparation des dommages issues de méthodes de socialisation des risques. Parmi toutes ces modalités d'indemnisation, seule la responsabilité civile nécessite la preuve d'un lien de causalité entre le dommage subi par la victime et le débiteur de la réparation. Ce dernier ne peut être qualifié juridiquement de responsable s'il n'est pas lié aux préjudices par un lien de causalité. L'incertitude qui affecte la causalité fait en principe obstacle à l'action en responsabilité.

2 - Ces principes directeurs du droit de la responsabilité trouvent un écho particulier dans le contentieux dit climatique¹. La raison est double.

La première tient au constat que le contentieux climatique suppose l'existence de dommages en cascade. Le lien entre un dommage particulier à un fait imputable à un défendeur suppose donc l'établissement d'une pluralité de causalité en cascade, combinées ou successives. La causalité est de la sorte fractionnée et plurielle. En effet, en matière climatique on constate que l'enchaînement des causalités est triple.

Le premier lien est celui qui unit les activités qui émettent des gaz à effet de serre et le réchauffement climatique. Pendant longtemps d'origine naturelle, ces gaz trouvent également, aujourd'hui, une origine anthropique qui a connu une augmentation importante.

Le deuxième lien est celui qui unit le réchauffement climatique aux changements climatiques ou événements climatiques déter-

minés tels que sécheresse, ouragans, canicules, cyclones, inondations, tsunamis...

Enfin le troisième lien est celui qui unit cet événement particulier aux dommages allégués par les demandeurs. Ces dommages peuvent être multiples et de nature différente. Il peut s'agir de dommages environnementaux, tels que la modification de la biodiversité terrestre et marine, la disparition d'une espèce du fait de la sécheresse. Il peut s'agir de dommages matériels telle que la destruction de biens, d'infrastructures, les dépenses effectuées pour les éviter, le surcoût des primes d'assurance. Il peut enfin s'agir de dommages corporels, qu'il s'agisse d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou de pathologies particulières, des problèmes de santé dus à la chaleur ou au froid ou au manque d'eau potable, tels que des maladies infectieuses, des insuffisances cardiaques et respiratoires².

Or, le lien doit être continu et interrompu du fait imputable au défendeur au dommage subi par le demandeur. On doit observer un enchaînement continu de causalité de sorte que l'incertitude affectant un seul de ces liens serait de nature à faire échec à l'action en responsabilité. La certitude doit être cumulative et caractériser chacun de ces trois liens.

La deuxième raison tient au constat que l'incertitude, qui peut caractériser chacun de ces liens est multiple. Elle peut affecter non seulement le lien entre le dommage et l'activité menée par le défendeur mais aussi la participation réelle de ce dernier dans les préjudices allégués. Outre l'incertitude causale, le doute peut également porter sur la part contributive du défendeur dans la réalisation du dommage allégué.

1. V. not. : M. Boutonnet, *Quel droit climatique ?*, in *Quel droit face au changement climatique* : D. 2015 p. 2260. – L. Neyret, *La reconnaissance de la responsabilité climatique*, *ibid.*, p. 2278. – F. G. Trébulle, *Expertise et causalité, entre santé et environnement* : *Environnement* n° 7, juill. 2013, étude 19. – V. P. Thieffry, *La causalité, enjeu ultime de la responsabilité environnementale et sanitaire ?* : *Environnement* 2013, étude 18. – E. Truillhé Marengo, *Quelle expertise pour le changement climatique*, *ibid.*, p. 2266.

2. Le dernier rapport du groupe d'experts inter-gouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) confirme le lien entre le changement climatique et la santé humaine. Selon le GIEC, « jusqu'au milieu du siècle, le changement climatique influera sur la santé humaine principalement en exacerbant les problèmes de santé existants (degré de confiance très élevé). Pendant toute la durée du XXI^e siècle, il devrait provoquer une détérioration de l'état de santé dans de nombreuses régions, et en particulier dans les pays en développement à faible revenu, comparativement à une situation de référence sans changement climatique (degré de confiance élevé). Le rapport du GIEC de 2011 constate une augmentation du niveau de la mer de 3 millimètres chaque année qui risque d'entraîner de nombreux déplacements climatiques, ainsi que des cas de famines et d'épidémies consécutives.

1. Incertitude et causalité

3 - Le doute sur la causalité peut être de deux sortes, scientifique et juridique.

L'incertitude est scientifique lorsqu'elle affecte la relation objective entre un produit, un événement ou une activité envisagée *in abstracto* et un dommage. Elle résulte de l'absence de consensus scientifique sur l'existence ou l'absence d'un tel lien. Or, dans le contentieux climatique l'incertitude scientifique peut affecter chacun des trois liens précédemment identifiés, même si elle est en voie d'être levée pour les deux premiers. En effet, on sait désormais scientifiquement que les émissions de gaz contribuent au réchauffement climatique. La dimension anthropique du phénomène est admise depuis la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique (CCNUCC) de 1992. On sait aussi et que ce réchauffement augmente la fréquence et l'intensité des événements climatiques dommageables. On serait même en présence d'une quasi-certitude scientifique si l'on se réfère au cinquième rapport du groupe d'experts inter-gouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)³. Le GIEC a en effet renforcé ses certitudes quant au lien entre les activités humaines et le réchauffement climatique, et quant aux conséquences de ce réchauffement, telles que hausse du niveau des mers, événements climatiques extrêmes, plus intenses et plus fréquents (sécheresses, pluies diluviennes, ouragans)⁴. Reste l'incertitude scientifique affectant le troisième lien de causalité, c'est-à-dire le lien entre l'événement climatique et certains dommages touchant les sujets de droit, notamment les atteintes à la sécurité ou à la santé tels que cancers, troubles neurologiques, affections respiratoires, ou allergies⁵. Cette incertitude est-elle de nature à faire obstacle à l'action en responsabilité civile ? Le droit de la responsabilité civile peut-il appréhender cette incertitude ?

4 - Le contentieux vaccinal a permis à la jurisprudence de trancher cette difficulté. Après avoir interdit aux victimes de rapporter la preuve du lien entre la sclérose en plaque et l'administration du vaccin contre l'Hépatite B⁶, la Cour de cassation a fini par opérer un revirement de jurisprudence dans une série d'arrêts rendus le 22 mai 2008⁷. Détachant le débat judiciaire du débat scientifique, elle estime en cela que le doute sur la causalité scientifique peut être juridiquement dépassé par le recours en l'espèce à des présomptions de fait graves, précises et concordantes, pour établir une causalité juridique. Cette jurisprudence vient sur ce point de recevoir l'aval de la CJUE qui a estimé, dans

un arrêt du 21 juin 2017⁸, en réponse à des questions préjudicielles posées par la Cour de cassation, que l'article 4 de la directive du 25 juillet 1985 ne s'oppose pas à ce que le juge ait recours à des présomptions du fait de l'homme pour estimer rapporter la preuve de la causalité juridique lorsque la causalité scientifique est douteuse.

5 - L'arrêt de la CJUE présente, au-delà de ce contentieux vaccinal, un intérêt symbolique important en ce qu'il se prononce en faveur de l'autonomie de la causalité juridique par rapport à la causalité scientifique. Il est à noter que La CEDH a apporté à cette difficulté une solution identique dans l'arrêt Tatar contre Roumanie du 27 janvier 2009 s'agissant du lien entre une exposition au cyanure et une affection respiratoire⁹. En dépit de l'incertitude scientifique affectant ce lien, la Cour permet l'établissement de la causalité en présence d'éléments statistiques suffisants et convaincants, même si en l'espèce une telle preuve n'a pu être rapportée. La solution peut être approuvée. La science et le droit ne se situent pas sur le même plan, la science cherchant à expliquer le réel alors que le droit est normatif. Si la causalité scientifique se propose d'établir des enchaînements logiques et à portée universelle, la causalité juridique est un instrument au service de la solution la plus juste, dans un cas particulier¹⁰. Or, il est légitime et juste de ne pas faire peser sur les victimes potentielles mais sur le fabricant les risques de l'incertitude relative à l'innocuité du produit dont il tire profit. Procédant non d'une vérité absolue mais d'un jugement de valeur, la causalité juridique peut s'accommoder d'une certitude relative¹¹.

6 - Pour autant, la jurisprudence tant interne qu'européenne révèle que même lorsque la preuve de la causalité est recevable elle est rarement admise. L'incertitude scientifique est rarement dépassée par des indices factuels de l'espèce. Il en est ainsi dans le contentieux vaccinal, les arrêts d'appel ayant souverainement admis un lien entre la sclérose en plaque et le vaccin étant excessivement rares. Il en va de même de l'arrêt Tatar contre Roumanie. Si la Cour ne retient pas la causalité, c'est en raison du fait qu'elle considère qu'« en l'espèce l'incertitude scientifique n'est pas accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants ». Ce constat n'est pas étonnant¹². L'incertitude scientifique « est antinomique avec les caractères requis des présomptions devant être « graves, précises et concordantes »¹³.

7 - En revanche, il paraît difficile en cas de doute scientifique de faire appel à des présomptions de droit emportant dispense de preuve pour la victime et renversement de la charge de la preuve. Si la présomption de droit, soutenue par une partie de la doctrine¹⁴, paraît séduisante, en ce qu'elle renforce le droit à indemnisation des victimes, elle nous semble excessive et dangereuse, en présence d'un risque scientifiquement incertain. La prise en compte du principe de précaution ne devrait pas se

3. Le Groupe d'experts inter-gouvernemental sur l'évolution du climat, créé en 1988 par le programme des Nations Unies pour l'environnement et l'Organisation météorologique mondiale a pour rôle de fournir des évaluations détaillées de l'état des connaissances scientifiques, techniques et socio-économiques sur les changements climatiques, leurs causes, leurs répercussions potentielles et les stratégies de parade. Il propose à cet effet une synthèse des publications scientifiques et techniques.

4. Rappelons que l'expertise produite par le GIEC est collective, scientifique et inter-gouvernementale. Elle se développe au sein de trois groupes de travail (bases physiques des changements climatiques ; impacts, adaptation et vulnérabilité ; éléments de solution possibles), le groupe I utilisant des fourchettes de probabilité, allant de pratiquement certain (probabilité supérieure à 99 %) à exceptionnellement improbable (probabilité inférieure à 1 %), le groupe II ayant recours aux évaluations du degré de confiance (très élevé, moyen et très faible).

5. V. not. B. Parance, *Les enjeux de la santé environnementale : Énergie – Env.* – *Infrastr.* 2017, dossier 27, n° 12.

6. Cass. 1^{re} civ., 23 sept. 2003, B. I., n° 188.

7. Cass. 1^{re} civ., 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.

8. CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15 : JCP 2017, 777, D. Berlin, 908 G. Viney, 1174, M. Bacache ; D. 2017, Borghetti ; RCA 2017, focus 19, L. Bloch ; JCP E 2017, n° 29, p. 38, L. Grynbaum.

9. CEDH, n° 67021/01 : JDI 2010, p. 1008, note P. Tavernier ; Rev. jur. env. 2010, p. 61, note J.-P. Margenau et S. Nadaud ; Environnement 2009, comm. 65, note C. Vial. – A. Pomade, *Recherche de causalité entre les risques invisibles et la santé humaine : convergences entre les jurisprudences française et européenne* : RTDE 2010, p. 333.

10. F. Leduc, *Le lien de causalité* : RCA janv. 2016, dossier spécial n° 11.

11. *Ibid.*

12. C. Radé D. 2012, p. 116, « causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique : « si la causalité juridique ne peut bien entendu pas se confondre avec la causalité scientifique, elle ne peut pas non plus s'en affranchir totalement ».

13. F. G. Trébulle, *Expertise et causalité, entre santé et environnement* : Environnement, juill. 2013 étude 19.

14. Ch. Radé : D. 2012, p. 116. – S. Hocquet-Berg : Rev. Lamy dr. civ. 2004, n° 1, p. 13.

traduire par une dispense de preuve du lien de causalité au profit des victimes mais par une simple autorisation de rapporter cette preuve en dépit du doute scientifique, aux moyens de présomptions graves, précises et concordantes¹⁵. La CJUE l'a clairement énoncée à propos du contentieux vaccinal, estimant que l'article 4 de la directive européenne s'oppose à ce que le juge retienne une véritable présomption de droit en considérant comme toujours établie la causalité lorsque certains indices sont réunis¹⁶.

8 - L'incertitude est juridique lorsqu'elle affecte, *in concreto*, le lien entre le dommage subi par une victime déterminée demandeur à l'action et le fait précis imputable au défendeur. Cette incertitude peut caractériser le deuxième et troisième lien précédemment identifiés. En effet, il faut d'abord établir que l'événement climatique constaté en l'espèce résulte du réchauffement climatique et non d'autres causes naturelles possibles. Ensuite, il faut établir qu'en l'espèce, le dommage allégué par la victime, notamment une pathologie ou une maladie, résulte bien de cet événement là et non d'une autre cause possible. Deux moyens pourraient théoriquement permettre de dépasser cette incertitude.

9 - En premier lieu, on constate que la jurisprudence se contente souvent d'un faisceau d'indices rendant la relation causale fortement probable sans exiger la preuve certaine que le fait reproché au défendeur a été une condition *sine qua non* du dommage. Cette position trouve appui dans l'ancien article 1353 du Code civil devenu l'article 1382 aux termes duquel le juge peut en la matière se fonder sur des présomptions de fait « graves, précises et concordantes ». Des éléments de fait rendant hautement probable le lien de causalité entre le fait reproché au défendeur et le dommage subi par la victime permettent de suppléer l'incertitude causale. Parmi ces indices ou éléments on pourrait invoquer, outre des éléments personnels au demandeur, des éléments statistiques. Par exemple, si on ne peut pas démontrer avec certitude qu'une personne a développé sa pathologie à la suite de son exposition à une source toxique, on peut établir qu'une population exposée à la même source va présenter une augmentation statistique significative de la même maladie. Si cet élément n'est pas encore utilisé en droit interne pour emporter la conviction du juge, il est expressément validé par la CJUE dans son arrêt précité du 21 juin 2017 relatif au contentieux vaccinal. Selon la Cour, « des éléments tels que... l'existence d'un nombre significatif de cas répertoriés de survenance de cette maladie à la suite de telles administrations, paraissent a priori constituer des indices dont la conjonction pourrait, le cas échéant, conduire une juridiction nationale à considérer qu'une victime a satisfait à la charge de la preuve ». La méthode pourrait encore être envisagée dans le cadre des « procès climatiques ». Les sciences telles que la météorologie, l'hydrologie ou l'écologie reposent, sur les statistiques et des modélisations. Néanmoins, la méthode présente ses limites dans la mesure où face à des risques nouveaux la répétition des événements passés fait défaut, de sorte qu'il est difficile d'observer une fréquence statistique avant un certain laps de temps.

10 - En second lieu, la jurisprudence pourrait avoir recours à des présomptions de droit, à partir de critères objectifs, notamment spatio-temporels. Cependant, le droit de la responsabilité n'offre pas d'exemples de telles présomptions, à l'exception de celle reconnue par la jurisprudence, puis par la loi du 4 mars 2002, au profit des victimes de sang contaminé¹⁷. En revanche, ces présomptions sont mises en œuvre à travers deux régimes

spéciaux d'indemnisation. Le premier est celui de l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français issu de la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 qui crée une présomption de causalité au profit de tout demandeur qui démontre qu'il résidait dans les zones définies par la loi à l'époque des essais et qu'il a développé une pathologie qui figure sur une liste établie par décret¹⁸. Le second est celui de la réparation des maladies professionnelles par le versement des prestations sociales, le législateur ayant mis en place un système de présomptions simples établissant l'imputabilité de maladies inscrites dans les tableaux à l'exercice de certaines professions (CSS, art L. 461-2).

2. Incertitude et part contributive dans le dommage

11 - L'incertitude affectant la part contributive du fait imputable au défendeur dans la réalisation du dommage est en réalité double. Elle concerne non seulement l'hypothèse de la causalité partagée mais aussi celle de l'imputabilité partagée d'une même cause.

12 - Un dommage peut d'abord résulter de plusieurs causes. Une incertitude affecte dès lors la part contributive de chacun des facteurs dans la réalisation du dommage. Or ce partage de causalité peut caractériser chacun des trois liens précédemment dégagés. Le changement climatique n'a pas pour seule cause le réchauffement et les ouragans ou les tempêtes peuvent résulter en l'espèce de l'effet combiné de plusieurs causes. L'origine humaine des événements dommageables considérés n'est pas exclusive et rencontre des causes naturelles, sans que l'on sache très bien évaluer leur influence respective. Enfin, le dommage corporel ou la maladie invoquée par la victime peut aussi résulter de l'effet combiné de l'événement climatique subi et d'autres causes plus personnelles. Les pathologies sont le plus souvent multifactorielles, des nombreuses causes ayant pu contribuer à leur survenance.

13 - Le droit commun de la responsabilité civile sait appréhender ce type d'incertitude. En France, elle se résout au moyen du choix entre la théorie de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate. Si l'on retient l'équivalence des conditions, toutes les causes matérielles ayant contribué au dommage sont des causes juridiques de nature à engager la responsabilité de leur auteur. Si l'on retient la causalité adéquate, il faut faire un tri parmi toutes les causes matérielles du dommage et retenir comme seule cause juridique la cause qui rendait le dommage probable ou prévisible. Une fois cette causalité établie, la réparation est nécessairement intégrale. Autrement dit, le jeu des probabilités n'est pertinent que pour établir le lien de causalité et non pour mesurer le *quantum* de la réparation. On serait certes tenté de retenir dans cette hypothèse une causalité simplement partielle, à hauteur d'un certain pourcentage, équivalent à l'augmentation du risque de la pathologie sur une population donnée¹⁹. Par exemple, s'il était possible d'établir une augmentation du risque de dommages à hauteur de 30 %, on pourrait présumer une causalité partielle à hauteur de 30 %. Mais cette technique est pour l'instant inconnue en droit positif dans la mesure où elle se heurte aux principes de la responsabilité civile²⁰. L'examen de l'intensité du rôle causal respectif des

15. Même sens pour les champs électromagnétiques : Cass. 3^e civ., 18 mai 2011, n° 10-17.645.

16. CJUE, 21 juin 2017, préc.

17. Cass. 1^{re} civ., 9 mai 2001, B. I., n° 130. – L., 4 mars 2002, art. 102.

18. V. not. : M. Lamoureux, *Le nouveau régime d'indemnisation des victimes des essais nucléaires* : Énergie – Env. – Infrastr. 2017, étude 25, n° 11

19. M. Lamoureux, *La causalité juridique à l'épreuve des algorithmes* : JCP 2016, 731.

20. Un arrêt du 25 février 2016 n° 15-11.257 a pu sembler entrouvrir cette possibilité mais une lecture plus attentive permet de nuancer sa portée. Statuant sur une demande de référé dans un litige relatif au Mediator, l'arrêt estime

différents événements en présence se heurte au souci d'une réparation intégrale du dommage, celui-ci étant presque toujours la résultante d'une pluralité de causes. La causalité est nécessairement intégrale, chaque cause étant une condition *sine qua non* de l'entier dommage. La causalité partagée de fait n'implique pas une causalité juridique partielle. Même partagée, la causalité laisse subsister une responsabilité intégrale à la charge de chacun des responsables.

14 - Ensuite et surtout, à cette pluralité de causes s'ajoute dans le contentieux climatique la pluralité d'auteurs, émetteurs de gaz à effet de serre. À supposer que le dommage ne s'explique que par le changement climatique résultant des émissions d'origine humaine produites par les entreprises, ces entreprises sont nombreuses et impossibles à lister de façon exhaustive. L'incertitude concerne alors la part d'imputabilité du dommage à chacun des co-auteurs, tous émetteurs de gaz à effet de serre. Or, l'incertitude affecte ici deux liens précédemment identifiés. Elle concerne le pourcentage de la participation du défendeur au réchauffement climatique mais aussi celui de sa participation au dommage subi en l'espèce par les demandeurs. Certes, les activités humaines à l'origine des émissions de gaz à effet de serre sont connues, comme l'industrie pétrolière, l'industrie chimique, le bâtiment ou les transports. Mais lequel poursuivre parmi tous les intervenants dans la chaîne de production et de distribution et surtout pour combien ?²¹

15 - La responsabilité civile classique sait aussi gérer ce type d'incertitude par le recours à la distinction entre obligation à la dette et contribution à la dette. L'obligation *in solidum* permet d'éviter la recherche de la part contributive de chacun au stade de l'obligation à la dette. Chacun est responsable de l'entier dommage à l'égard de la victime. Celle-ci peut réclamer à chacun la réparation de l'entier dommage sans avoir à fractionner ses recours. Quant à la contribution à la dette entre co-responsables, la jurisprudence retient comme critère de répartition, non pas la part causale de chacun dans le dommage mais la nature subjective ou objective des responsabilités, faisant jouer à la responsabilité une fonction punitive. Ce critère faciliterait le jeu des recours dans le contentieux climatique, en dispensant le juge de la recherche difficile des causalités respectives, le partage se faisant en fonction de la gravité des fautes et part parts égales en cas de fautes équivalentes. Il est à noter que l'application du critère des parts de marché par certains juges du fond²² n'a concerné en France que la contribution à la dette dans un cas particulier de causalité alternative et non de causalité partagée. C'est l'hypothèse dans laquelle le dommage est causé par un seul responsable sans qu'on sache lequel, l'incertitude affectant l'identité de l'auteur du dommage et non sa part contributive dans le préjudice²³.

16 - Cependant, ces principes classiques de la responsabilité civile ne paraissent pas très adaptés au contentieux climatique dans la mesure où ils exacerbent les coûts de réparation qui deviennent insupportables pour une personne. On ne peut solli-

citer la responsabilité sans évaluer ce coût et surtout celui de l'assurance²⁴. Il serait préférable dans ces conditions de s'orienter vers un régime spécial de responsabilité qui permettrait, au stade de l'obligation à la dette, de réduire la responsabilité d'un auteur à sa part contributive dans le dommage. Mais alors, une expertise destinée à fixer la part de chacun est-elle possible ? Si on parvient à mesurer la part contributive de chaque entreprise au réchauffement climatique²⁵, comment mesurer en outre sa part dans le dommage allégué en l'espèce par les demandeurs ? Devrait-on présumer la même part contributive que celle prise dans la globalité du réchauffement climatique ? La difficulté est exacerbée par le constat que les causes du dommage dépassent le temps et l'espace. C'est la répétition et l'accumulation d'activités plurielles et continues qui pourrait expliquer le dommage. Le lien de causalité s'en trouve dès lors distendu et fragilisé, ce qui rend plus difficile l'imputation du dommage à un responsable donné ainsi que la détermination de sa part dans sa réalisation.

17 - À l'issue de ce rapide panorama des difficultés touchant au lien de causalité, la responsabilité civile dans sa fonction traditionnelle paraît assez inadaptée au contentieux climatique. Ces difficultés tenant au lien de causalité expliquent pour l'essentiel l'échec des actions en responsabilité déjà intentées à l'étranger²⁶. Les schémas de la responsabilité, pensés à l'échelle individuelle, ne permettent plus de répondre efficacement aux risques nouveaux liés aux changements climatiques. Le contentieux climatique est un contentieux global. Global dans ses causes et ses conséquences multiples et interdépendantes. Global quant aux personnes concernées, victimes et auteurs, demandeurs et défendeurs. Global en raison de considérations spatio-temporelles²⁷. Quelles sont dès lors les pistes de solutions ? Quels remèdes adopter ?

18 - Le premier consiste à penser la responsabilité non pas dans sa fonction traditionnelle de réparation des dommages causés mais dans sa fonction préventive d'anticipation des dommages, par le biais de l'action en cassation de l'illicite. Dans cette fonction, la preuve du lien de causalité est plus lâche, ce lien devant relier un fait illicite à un simple risque de dommage. La condition déterminante de l'action devient alors le fait illicite porteur de risques, autrement dit, la faute. Or, les réglementations dans ce domaine deviennent très contraignantes et de plus en plus pointilleuses de sorte que les fautes sont multiples, faute d'information, faute de vigilance, violation des droits de l'homme²⁸.

que lorsque l'expert évalue la probabilité de la causalité à 80 %, la demande n'est pas sérieusement contestable et justifie l'octroi d'une provision.

21. Certaines études semblent indiquer que le groupe des entreprises concernées est assez restreint. Selon l'une d'entre elles, 90 entreprises contribueraient à hauteur de 57 % à la hausse de CO₂ et à 50 % à la hausse de la température : B. Ekwurzel, J. Boneham, M. W. Dalton, R. Heede, R. J. Mera, M. R. Allen & P. C. Frumhoff, *The rise in global atmospheric CO₂, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers : Climatic Change* (2017) 144 :579-590.
22. TGI Nanterre, 10 avr. 2014, n° 12/12349 et 12/13064 : D. 2014, p. 1434, J.-S. Borghetti ; JCP 2014, 575, Ch. Quezel-Ambrunaz, 678, J. Dubarry, 1323, obs. M. Bacache. – CA Versailles, 14 avr. 2016, n° 16/00296 : JCP 2016, 1117, S. Stoffel-Munck.
23. C. Quézel-Ambrunaz, *La fiction de la causalité alternative, fondement et perspectives de la jurisprudence Distilbène* : D. 2010, p. 1162

24. L. Bloch, *Changement climatique, sale temps pour les assureurs* : RCA 2018, focus. Les assureurs et réassureurs ont notamment décidé d'unir leur force et de soutenir les projets permettant de réduire le réchauffement climatique dans un « Appel pour le climat » publié le 12 décembre 2017.

25. Rapp. Heede, *Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010*.

26. Comer v. Murphy Oil USA et al., 2009, 585F.3d 855 : « As some of the defendants explained in their Memorandum, the plaintiffs would be required to demonstrate : « (1) what would the strength of Hurricane Katrina have been absent global warming ; (2) how much of each Plaintiff's damages would have been attributable to Hurricane Katrina if it had come ashore at a lower strength ; and (3) how much of each Plaintiff's damages was attributable to failures by others, such as FEMA and other governmental agencies, to prevent additional injury. » (Def.'s Mem. 56 n. 34, ECF No. 210) ». – Adde : L'état du contentieux climatique – revue mondiale, Sabin Center on Law and Climate Change PNUE mai 2017.

27. Un temps très long peut s'écouler entre le moment où une activité génère des émissions de gaz à effet de serre et celui où le dommage apparaît. De même, une distance importante peut séparer le lieu d'une telle émission du lieu de survenance du dommage.

28. F. G. Trébulle, *Les frontières de l'entreprise vue au prisme des enjeux environnementaux* : CDE 2017, dossier 29, n° 5 ; « Quelle entreprise face aux changements climatiques », in *Quel droit face au changement climatique préc.* p. 2272. – Il en est ainsi des obligations d'information non financières des entreprises relatives à l'émission de gaz à effet de serre ou à l'impact carbone : Ord. n° 2017-1180, 19 juill. 2017, prise en application de

Les obligations mises à la charge des entreprises mais aussi des États à travers leurs engagements internationaux ou leurs obligations positives vis-à-vis des droits de l'homme ne cessent de se préciser²⁹. Notamment, la loi française sur la transition énergétique (L. n° 2015-992, 17 août 2015) fixe comme objectif une réduction de 40 % des émissions de gaz à effet de serre en 2030 par rapport à 1990, et renforce les obligations de rénovation énergétique des bâtiments et de transports propres. La CEDH pourrait constater sur le fondement de l'article 8 de la convention, la violation du droit à un environnement sain ou du droit à la santé, pour appréhender les comportements des États face aux changements climatiques. Cette fonction préventive particulière de la responsabilité qui s'exprime à travers l'action en cassation de l'illicite est clairement mise en lumière dans le projet de réforme du 13 mars 2017, à l'article 1266³⁰. La même fonction est mise en avant dans la loi justice du 21^e siècle du

l'article 216 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté transposant la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes. – L. n° 2015-992, 17 août 2015, qui complète l'article L. 533-22-1 du Code monétaire et financier. – C. assur., art. L. 310-1-1-1.

29. E. Canal Forgues et C. Parruso, *La lutte contre le changement climatique en tant qu'un objet juridique identifié : Énergie – Env. – Infrastr.* 2015, *comm.* 72, n° 8-9. La résolution « Droits de l'homme et changements climatiques » du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies du 30 juin 2015 insiste sur « la nécessité pressante de continuer à remédier, dans l'optique des obligations relatives aux droits de l'homme qui incombent aux États, aux conséquences défavorables des changements climatiques pour tous ». De même,

30. « En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables

18 novembre 2016 qui a consacré l'action de groupe en matière environnementale (*C. envir.*, art. L. 142-3-1, III). Cette action en cessation de l'illicite peut être illustrée en matière climatique par la décision rendue le 24 juin 2015 par la chambre commerciale du tribunal de la Haye à la suite d'une requête de la *Fondation Urgenda* qui condamne l'État néerlandais à réduire ses émissions de gaz à effet de serre sur le fondement de sa faute de négligence dans la protection de l'environnement (« *duty of care* ») et des droits de l'homme.

19 - Le deuxième remède consiste à sortir de la responsabilité civile et à s'orienter vers un autre système d'indemnisation des dommages où le débiteur de la réparation n'est plus celui qui l'a causé. La réparation serait alors assurée par des fonds d'indemnisation, expression de la solidarité nationale ou mondiale. Les exigences de la causalité seraient dès lors amoindries et résulteraient de choix de politique législative. Il faut alors constater que depuis plusieurs dizaines d'années la France connaît un développement considérable de fonds d'indemnisation essentiellement voire exclusivement dans le domaine de la réparation de dommages corporels et sanitaires qui constituent une atteinte à des droits fondamentaux, tels que le FIVA, l'ONIAM, le FGTL... La mise en place d'un fonds propre aux dommages environnementaux et sanitaires, liés aux risques climatiques participerait de ce mouvement et pourrait être financé par les créateurs du risque à hauteur de leur part dans les émissions de Gaz.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique

propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ».

31 L'établissement du lien de causalité en matière de santé-environnement devant le juge français et son potentiel pour le contentieux climatique ¹



François LAFFORGUE,
avocat au barreau de Paris, docteur en droit,
TTLA & Associés Avocats

Le contentieux climatique présente certaines spécificités qui tiennent aux circonstances dans lesquelles surviennent le changement climatique et ses conséquences. L'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité offre des perspectives intéressantes pour ce contentieux encore absent en France. Concernant le lien de causalité, le droit national positif, et plus particulièrement la jurisprudence en matière de responsabilité dans les domaines de la santé et de l'environnement, permet d'apporter des solutions pour surmonter les difficultés tenant aux spécificités du contentieux climatique.

1 - Le contentieux climatique présente certaines spécificités qui tiennent aux circonstances dans lesquelles surviennent le changement climatique et ses conséquences. Tout d'abord, les activités humaines à l'origine du changement climatique sont nombreuses (industries, transports, agriculture, etc.) et le plus souvent légales. La pollution générée est transfrontière et repose sur des polluants divers. Les effets de cette pollution sont différés dans le temps ; il existe une déliaison temporelle entre les émissions polluantes et leurs effets. On retrouve ensuite certaines de ces spécificités concernant les conséquences du changement climatique, notamment sur leurs effets transfrontières et différés dans le temps. À cela s'ajoute la diversité des événements constatés (ouragans, inondations, effondrement de falaises, augmentation du niveau de la mer, etc.). Il en résulte des dommages pour les personnes, également variés, qu'ils soient corporels ou matériels. Ces particularités constituent autant d'obstacles à la mise en œuvre d'une action en responsabilité dans le cadre du contentieux climatique.

2 - Deux catégories principales d'acteurs nous paraissent susceptibles de voir leur responsabilité engagée : les pollueurs, essentiellement des industriels, et les autorités publiques qui ne prendraient pas les mesures adaptées pour éviter ou du moins limiter les conséquences désastreuses du changement climatique.

3 - L'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité offre des perspectives intéressantes pour ce contentieux encore absent en France. Concernant le lien de causalité, le droit national positif, et plus particulièrement la jurisprudence en matière de responsabilité dans les domaines de la santé et de

l'environnement, permet d'apporter des solutions pour surmonter les difficultés tenant aux spécificités du contentieux climatique.

4 - Les premières réponses apportées par la justice climatique sont intéressantes. Dans l'affaire « Urgenda », la cour de district de La Haye a retenu le 24 juin 2015 un lien de causalité suffisant entre les émissions de gaz à effet de serre des Pays-Bas, le changement climatique global et ses effets actuels et futurs ². Dans l'affaire « Our Children's Trust », le juge américain, pour déclarer recevable, le 10 novembre 2016, le recours contre le Gouvernement fédéral, s'est également livré à une appréciation souple du lien de causalité ³.

5 - Le droit positif français sur le lien de causalité en matière sanitaire et environnementale apporte des perspectives intéressantes pour le contentieux climatique, notamment par l'institution de régimes de présomption d'imputabilité (1) ou par l'assouplissement de la jurisprudence sur la différence entre causalité scientifique et causalité juridique (2) et également sur le caractère diffus de la pollution (3).

1. Les présomptions d'imputabilité

6 - Il existe différents domaines où le législateur et le juge ont institué des régimes de présomption d'imputabilité.

A. - Les reconnaissances d'accidents du travail et de maladies professionnelles

7 - Tout accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail est considéré comme accident du travail. Seule la démonstration d'une cause entièrement étrangère au travail peut permettre de

1. Cet article reprend des développements publiés dans le chapitre intitulé « L'établissement des responsabilités en matière de santé-environnement devant le juge français et son potentiel pour le contentieux climatique », in Les procès climatiques : entre le national et l'international (sous la direction de Christel Cournil et Leandro Varison), éd. Pedone, à paraître 2018.

2. V. le commentaire de cette décision par M. Torre-Schaub : *RID comp. juill.-sept. 2016*, n° 3. .

3. *Juliana et a. v. USA*, case n° 6 :15-cv-01517-TC.

renverser cette présomption d'imputabilité (*CSS*, art. L. 411-1). Concernant les maladies professionnelles, le salarié bénéficie d'une présomption d'imputabilité s'il remplit des conditions visées dans des tableaux de maladies professionnelles tenant à la nature de la pathologie, au délai de prise en charge et à la nature des travaux effectués (*CSS*, art. L. 461-1). Si l'une des conditions autre que la nature de la pathologie fait défaut, la victime doit apporter la preuve d'un lien direct entre la maladie et le travail, l'existence d'un facteur extra-professionnel étant indifférent. Si la maladie ne figure pas dans un tableau de maladies professionnelles, la victime doit apporter la preuve d'un lien direct et essentiel, l'existence d'un facteur de risque extra-professionnel devant alors être pris en compte s'il est déterminant. Là encore, la Cour de cassation a assoupli le régime de preuve pour la famille d'une victime qui ne pouvait bénéficier du régime de présomption d'imputabilité issu des tableaux de maladies professionnelles, la maladie contractée ne figurant pas dans ces tableaux. La Haute Juridiction a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait retenu le lien direct et essentiel entre la maladie et le travail en soulignant l'effet cumulatif des différents produits auxquels le salarié avait été exposé, alors que différentes expertises médicales avaient conclu qu'il existait une incertitude scientifique sur la capacité des différents produits à provoquer ladite maladie⁴. Dans une autre affaire, la cour d'appel de Limoges, par un récent arrêt du 29 février 2016⁵, a adopté le raisonnement suivant « Attendu que le dossier révèle clairement que monsieur X a subi un cancer des voies urinaires (dont fait partie la vessie) et a utilisé pendant son activité professionnelle différentes substances phytosanitaires, dont certaines comportent des composés organiques de l'arsenic ; que si les études scientifiques citées ne sont peut-être pas parfaitement conformes à la substance près, les progrès de la science contribuent à ce que, régulièrement, de nombreuses substances jadis considérées comme inoffensives, soient ensuite classifiées toxiques et cancérigènes ; que l'imperfection et le doute inhérents à la matière ne doivent pas préjudicier au salarié ; Attendu qu'en faisant ici usage de bon sens, il n'est pas incohérent de considérer que l'exposition pendant des années à des produits dont l'innocuité est quasi-nulle soit de nature à générer une affection du registre cancéreux ; que s'il est effectivement toujours possible de penser que l'intéressé aurait pu développer ce genre d'affection pour d'autres raisons, la cour estime qu'en l'espèce le lien entre l'activité professionnelle et la pathologie relevée est suffisamment étroit pour qu'il puisse être fait droit à la demande de reconnaissance de maladie professionnelle ; ». Ce type de raisonnement est particulièrement intéressant en ce qui concerne le contentieux climatique, car il pourrait permettre de surmonter les obstacles que constituent la multiplicité des acteurs et des processus concourant au changement climatique et les éventuelles incertitudes scientifiques.

B. - Le préjudice d'anxiété

8 - Par un arrêt du 11 mai 2010, confirmé depuis par de nombreux autres arrêts, la Cour de cassation a jugé que : « les salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à

tout moment d'une maladie liée à l'amiante »⁶. Cette jurisprudence relative au contentieux dit du « préjudice d'anxiété » institue ainsi une présomption de causalité entre ce préjudice et l'exposition à l'amiante dont les salariés ont été victimes. Le Conseil d'État a également institué un régime de preuve plus favorable aux victimes dans des arrêts du 3 mars 2017⁷, considérant que le droit à une allocation spécifique de cessation anticipée d'activité : « vaut reconnaissance pour l'intéressé d'un lien établi entre son exposition aux poussières d'amiante et la baisse de son espérance de vie, et que cette circonstance, qui suffit par elle-même à faire naître chez son bénéficiaire la conscience du risque de tomber malade, est la source d'un préjudice indemnifiable au titre du préjudice moral ».

9 - Ainsi, le principe de la réparation d'un préjudice d'anxiété lié à l'inquiétude légitime de la possible survenance d'un dommage est retenu par les juridictions françaises, de l'ordre judiciaire ou administratif. Or, en matière de contentieux climatique, même dans l'hypothèse extrême de la cessation de toutes émissions de gaz à effet de serre aujourd'hui, certaines conséquences telles que le réchauffement climatique ou la montée des eaux sont, en l'état des connaissances scientifiques, inévitables dans les prochaines décennies.

10 - Les victimes du changement climatique pourraient donc valablement se prévaloir de cette avancée jurisprudentielle dans la mesure où le risque de survenance du dommage est grave et sérieux.

C. - Les fonds d'indemnisation

11 - Dans certains contentieux, le nombre important de victimes et la volonté de faciliter leur indemnisation ont conduit le législateur à créer des fonds d'indemnisation reposant le plus souvent sur un régime de présomption.

12 - Concernant par exemple le cas des victimes de l'amiante, le fond d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) a mis en place depuis 2002 une présomption d'imputabilité si la victime a contracté certaines pathologies considérées comme étant spécifiques d'une exposition à l'amiante (notamment le mésothéliome pleural et les plaques pleurales)⁸. En outre, la reconnaissance d'une maladie au titre de la législation sur les maladies professionnelles s'impose au FIVA⁹.

13 - Concernant les victimes des essais nucléaires, est institué depuis 2010 un régime de présomption si la victime remplit trois conditions tenant au temps et au lieu d'exposition ainsi qu'à la nature de la pathologie contractée¹⁰. Surtout, depuis une modification de cette loi en 2017¹¹ et un avis du Conseil d'État du 28 juin 2017¹², ce régime de présomption est plus favorable aux victimes. Le Conseil d'État considère que : « dès lors qu'un demandeur satisfait aux conditions de temps, de lieu et de pathologie prévues par l'article 2 de la loi du 5 janvier 2010 modifiée, il bénéficie de la présomption de causalité entre l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires français et la survenance de sa maladie. Cette présomption ne peut être

4. Cass. 2^e civ., 9 mars 2017, n° 15-29.409.

5. CA Limoges, 29 févr. 2016, n° 15-00264.

6. Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 à 09-42.257 : *JurisData* n° 2010-005898.

7. CE, 3 mars 2017, n° 401395 et 402622 : *JurisData* n° 2017-003398.

8. A., 5 mai 2002 fixant la liste des maladies dont le constat vaut justification de l'exposition à l'amiante au regard des dispositions de l'article 53 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 instituant le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

9. Cass. 2^e civ., 22 janv. 2015, n° 14-10.162 : *JurisData* n° 2015-000655.

10. L. n° 2010-2, 5 janv. 2010, relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français : JO 6 janv. 2010, p. 327.

11. L. n° 2017-256, 28 févr. 2017, art. 113, de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique.

12. CE, 28 juin 2017, n° 409777 : *JurisData* n° 2017-012822.

renversée que si l'administration établit que la pathologie de l'intéressé résulte exclusivement d'une cause étrangère à l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires, en particulier parce qu'il n'a subi aucune exposition à de tels rayonnements. ». Cette solution a été confirmée récemment par le Conseil d'État dans des arrêts du 26 mars 2018¹³. Est ainsi institué un régime de présomption qui repose sur des conditions objectives.

14 - Citons enfin la proposition de loi du 16 juillet 2016 portant création d'un fonds d'indemnisation des victimes des produits phytopharmaceutiques, adoptée par le sénat le 1^{er} février 2018, qui prévoit une présomption de causalité en cas de reconnaissance de maladie professionnelle et une prise en charge des pathologies, listées par arrêté, résultant directement de l'exposition¹⁴. L'indemnisation des victimes par ces fonds d'indemnisation présente plusieurs avantages, notamment une appréciation plus souple du lien de causalité ou une participation financière des différents acteurs à l'origine du dommage¹⁵. La création d'un fonds d'indemnisation des victimes du changement climatique pourrait être ainsi envisagée en s'inspirant des fonds d'indemnisation existant, étant précisé que les particularités évoquées en introduction du présent chapitre constituent autant d'obstacles à la délimitation du champ d'intervention d'un tel fonds. Sans attendre la création de ces fonds, le juge est souvent intervenu en faveur des victimes notamment en établissant une distinction entre causalité scientifique et causalité juridique.

2. Causalité scientifique et causalité juridique

15 - Le contentieux climatique présente des spécificités tenant notamment aux incertitudes relatives à l'existence d'un lien entre le changement climatique et des dommages environnementaux ou entre ces derniers et des dommages subis par une personne. Les décisions de justice rendues ces dernières années par des juridictions européennes et françaises atténuent considérablement la charge de la preuve qui pesait sur les victimes dans différents domaines.

A. - Le raisonnement par faisceau de présomptions

16 - C'est notamment à l'occasion du contentieux de la responsabilité du fait des produits défectueux que le juge a eu l'occasion de recevoir la preuve par présomptions graves, précises et concordantes.

17 - Concernant le lien de causalité entre le défaut et le dommage dans le cadre de ce régime de responsabilité (en l'espèce un vaccin), la Cour de justice de l'Union européenne, dans une décision du 21 juin 2017¹⁶, a posé le principe que le juge du fond peut considérer que : « nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et la maladie ». La Cour admet donc la preuve par un faisceau d'indices

graves et concordants permettant de surmonter l'obstacle de l'incertitude scientifique. Elle valide ainsi l'interprétation donnée par la Cour de cassation en France, qui a admis à plusieurs reprises depuis 2006 que le doute scientifique ne fait pas nécessairement obstacle à la preuve requise du demandeur dès lors que celui-ci fait valoir des présomptions graves, précises et concordantes de l'aptitude du produit à causer un dommage du type dont celui se plaint la victime¹⁷.

18 - Plus récemment, dans l'affaire du Médiateur¹⁸, la Haute Juridiction a confirmé cette jurisprudence, qui consacre l'autonomie de la causalité juridique par rapport à la causalité scientifique, solution qui peut être étendue au droit de la responsabilité dans son ensemble. Les hauts magistrats rappellent que la certitude juridique diffère de la certitude scientifique, en matière juridique la certitude exigée n'est que relative. Même en cas de doute scientifique, les juridictions du fond sont autorisées à recourir aux présomptions. Elles doivent d'ailleurs les rechercher : « qu'en exigeant une preuve scientifique certaine quand le rôle causal peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, la cour d'appel a violé les textes susvisés »¹⁹. La Cour de Cassation, par une décision en date du 28 janvier 2010, a également jugé dans une affaire relative au Distilbène²⁰ : « en cas d'exposition de la victime à la molécule litigieuse, c'est à chacun des laboratoires qui a mis sur le marché un produit qui la contient qu'il incombe de prouver que celui-ci n'est pas à l'origine du dommage. ».

19 - Ainsi, Christophe Quezel Ambrunaz²¹, indique : « Le Conseil d'État n'hésite pas à passer outre le doute scientifique, par le recours au faisceau d'indices, et dans des termes non équivoques ; « dès lors que les rapports d'expertise, s'ils ne l'ont pas affirmé, n'ont pas exclu l'existence d'un tel lien de causalité, l'imputabilité au service de la sclérose en plaques dont souffre M^{me} A doit, dans les circonstances particulières de l'espèce, être regardée comme établie » [CE, 9 mars 2007, suscité]. La Cour de cassation, au contraire, a été pendant longtemps moins téméraire [...] Désormais, elle n'hésite plus à retenir le lien causal, nonobstant l'incertitude scientifique persistante [Civ 1^{ère}, 22 mai 2008, 6 espèces, suscitées] ». « La preuve du lien de causalité concentre la plupart des difficultés ; s'il est des preuves diaboliques, celle-ci en est assurément. La charge de la preuve incombant par principe au demandeur, de nombreuses victimes seraient déboutées si l'on attendait toujours de leur part la preuve du lien causal. Afin de limiter l'injustice qu'il y aurait à appliquer cette règle de manière rigide, de nombreuses présomptions ont été consacrées, soit par le juge, soit par le législateur [...] la causalité peut être retenue en faisant appel à la technique du faisceau d'indices, notamment en matière de responsabilité du fait des produits de santé, ou à un raisonnement par exclusion ».

Appliqués au contentieux climatique, ces faisceaux de présomption pourraient établir le lien entre l'émission de gaz à effet de serre et un événement climatique ou entre ce dernier et les dommages pour les personnes.

B. - La reconnaissance de l'imputabilité au service

20 - Concernant les travailleurs du secteur public, la jurisprudence a évolué dans un sens favorable aux victimes. Ainsi, le

13. CE, 28 févr. 2018, n° 411437.

14. www.senat.fr/leg/tas17-055.html.

15. La situation est différente suivant les cas : le FIVA est financé par une contribution de l'État et de la branche accidents du travail/maladies professionnelles du régime général de la sécurité sociale ; le CIVEN est financé par une contribution de l'État ; le FIVP serait abondé par les fabricants de pesticides.

16. CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15 : *JurisData* n° 2017-012455.

17. V. concernant les hormones de croissance Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006, n° 03-20.178 : *JurisData* n° 2006-031777. – Et concernant le distilbène Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-16.179 et 04-16.180 : *JurisData* n° 2006-032552.

18. Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2017, n° 16-19.643 : *JurisData* n° 2017-018147.

19. Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 08-12.781.

20. Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2010, n° 08-18.837.

21. Ch. Quezel Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile* : Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 99, 2010.

Conseil d'État a jugé, dans un arrêt du 21 novembre 2012²², concernant l'imputabilité au service d'une pathologie développée à l'occasion d'une vaccination : « il ne ressort pas des pièces du dossier que dans le dernier état des connaissances scientifiques, et alors même que cet état serait postérieur aux décisions attaquées, la probabilité d'un lien entre les injections d'un vaccin contenant de l'aluminium, la présence de lésions musculaires caractéristiques à l'emplacement des injections et la combinaison de fatigue chronique, douleurs articulaires et musculaires, troubles du sommeil et troubles cognitifs, symptômes de la myofasciite à macrophages, soit très faible ».

21 - La cour administrative d'appel de Lyon, dans un arrêt du 1^{er} février 2018²³, même si elle rejette la prise en charge d'une maladie contractée par un fonctionnaire exposé aux pesticides, retient l'idée de la preuve d'une simple « probabilité suffisante que la pathologie... soit en lien direct avec son activité professionnelle ». Par ailleurs, les dispositions susvisées applicables aux maladies professionnelles contractées par des salariés viennent d'être transposées aux fonctionnaires, rendant le régime de preuve plus souple²⁴.

22 - Autre spécificité du contentieux climatique, le caractère diffus de la pollution, qui vient ajouter une difficulté supplémentaire mais pas insurmontable à l'établissement du lien de causalité.

3. Le caractère diffus de la pollution est indifférent

23 - Le caractère diffus de la pollution ne saurait être un obstacle à l'établissement du lien de causalité. C'est ce que rappelle la juridiction administrative à l'occasion du contentieux dit des « algues vertes ». Le lien de causalité entre une pollution, même à caractère diffus, et ses conséquences, et la carence de l'État a été fermement établi dans ce cadre. L'État a ainsi été considéré directement responsable de la pollution par les algues vertes et des dommages en découlant, du fait de sa carence fautive²⁵ : « nonobstant son caractère de pollution diffuse, il résulte de l'instruction que le phénomène de prolifération des ulves, dû essentiellement aux excédents de nitrates issus des exploitations agricoles intensives, à supposer même, comme le soutient le ministre, que d'autres facteurs, tels que l'ensoleillement et la topographie de la côte comportant des baies sablonneuses enclavées avec un faible renouvellement et une faible profondeur de l'eau, aient pu favoriser son apparition, n'aurait pas revêtu son ampleur actuelle si les normes communautaires et internes sus-énumérées avaient fait l'objet d'une application immédiate et stricte, et si, en raison des carences dans la mise en œuvre de ces réglementations, n'avait pas été manifestement méconnu, dans les départements concernés, le principe de gestion équilibrée de la ressource en eau issu de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau et codifié à l'article L.211-1 du code de l'environnement [...] dès lors doit être regardée comme établie l'existence d'un lien direct et certain de cause à effet entre les carences fautives sus-relevées et le dommage que constitue la pollution par les masses d'algues vertes. ». Les préjudices subis par les victimes découlant directement de la pollution par les algues vertes, elle-même conséquence directe de la présence de nitrates, le juge affirme établi le lien de causalité direct et certain

entre la carence fautive de l'État et l'ampleur de la prolifération des algues vertes. Concernant plus particulièrement la mort d'un cheval²⁶, qui s'était enlisé dans une vasière couverte desdites algues en putréfaction, la Cour retient que « la cause la plus vraisemblable de la mort de cet animal est une congestion pulmonaire et qu'une telle congestion, intense, aiguë et généralisée, évoque de manière probable un phénomène d'intoxication par inhalation d'un gaz toxique ». Elle en conclut qu'il « existe un lien direct de causalité entre les fautes commises par l'État et la mort de cet animal ». En dépit de son caractère diffus, le phénomène de prolifération des algues vertes n'aurait pas, selon les juridictions administratives, revêtu une ampleur aussi prononcée et persistante si avaient été mises en œuvre les directives européennes ainsi que la police de l'eau et des installations classées. Un tel raisonnement peut être transposé au contentieux climatique.

24 - Dans un arrêt du 12 juillet 2017, « Les Amis de la Terre »²⁷, le Conseil d'État a considéré comme insuffisants les Plans de protection de l'atmosphère (PPA) élaborés par la France pour satisfaire à ses obligations découlant de l'article 23 de la directive n° 2008/50/CE, puisqu'ils n'ont pas permis de respecter les valeurs limites imposées à l'article 13 de cette même directive :

« [E]u égard à la persistance des dépassements observés au cours des trois années précédant les décisions attaquées, les plans relatifs à la qualité de l'air pour les zones en cause et leurs conditions de mise en œuvre doivent être regardés comme insuffisants au regard des obligations rappelées aux points 1 et 2, dès lors qu'ils n'ont pas permis que la période de dépassement des valeurs limites soit la plus courte possible ; que les exigences prévues aux articles L. 222-4 et L. 222-5 du code de l'environnement, qui transposent l'article 23 de la directive du 21 mai 2008, doivent donc être regardées comme méconnues ; »

25 - Si dans cette affaire la question du lien de causalité en matière de pollutions diffuses ne se posait pas, puisqu'il n'était pas question de la réparation d'un préjudice, la violation constatée par le Conseil d'État pourrait à notre sens tout à fait fonder l'engagement de la responsabilité de l'État pour des dommages résultant de la pollution atmosphérique, ou du réchauffement climatique au sens large, en opérant un raisonnement analogue à celui retenu par le juge dans le contentieux des algues vertes.

26 - Pour conclure, quelques mots sur l'obstacle que constitue la dilution des responsabilités. L'une des particularités du contentieux climatique est qu'il met en cause la responsabilité de différents acteurs, qui contribuent au phénomène du changement climatique et qui participent à la survenance du dommage environnemental et en conséquence du dommage aux personnes. Au-delà de la responsabilité des industriels, celle de l'État régulateur, générale, paraît pouvoir être engagée nonobstant l'existence de responsabilités d'entreprises. Concernant les autres acteurs, il est possible, en matière pénale, d'agir contre les co-auteurs d'une infraction comme cela a été fait dans l'affaire AZF²⁸. Ainsi, dans sa décision de novembre 2017, la cour d'appel de Paris a retenu la faute pénale du dirigeant d'une part et le lien de causalité en matière pénale d'autre part : « le dirigeant aurait commis des fautes caractérisées qui auraient créé ou contribué à créer la réalisation du dommage ». En matière civile, la responsabilité de différents co-auteurs d'un dommage peut être engagée au titre de l'obligation *in solidum*. Dans l'affaire dite du Distillbène, la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 janvier 2009, a valablement considéré que les fabricants

22. CE, 21 nov. 2012, n° 344561 : *JurisData* n° 2012-026539.

23. CAA Lyon, 1^{er} févr. 2018, n° 15LY01862.

24. Ord. n° 2017-53, 19 janv. 2017 : *JO* 20 janv. 2017, texte n° 43.

25. CAA Nantes, 1^{er} déc. 2009, n° 07NT03775 : *JurisData* n° 2009-018564. – V. aussi CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 12NT00344 : *JurisData* n° 2013-005749. – CAA Nantes, 23 déc. 2014, n° 13NT01737.

26. CAA Nantes, 21 juill. 2014, n° 12NT02416 : *JurisData* n° 2014-016826.

27. CE, 12 juill. 2017, n° 394254 : *JurisData* n° 2017-014183.

28. CA Paris, 31 oct. 2017, n° 15-07.483.

étaient solidairement responsables du préjudice subi ²⁹. Citons également la jurisprudence de la Cour de cassation du 28 février 2002 en matière de faute inexcusable de l'employeur dans des affaires d'exposition à l'amiante où a été validée la recherche de la responsabilité d'un seul des employeurs de la victime ³⁰. Des victimes du changement climatique pourraient ainsi valablement se prévaloir des différentes décisions rendues en matière sanitaire

29. Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009, n° 08-16.305 : *JurisData* n° 2009-049537.

30. Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-21.255.

et environnementale telles qu'évoquées dans cette étude, à l'aune du principe des responsabilités communes mais différenciées dégagé dans la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de juin 1992 ³¹.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

31. Principe 7.

32 L'utilité du recours au rapport Heede dans le contentieux climatique



Christian HUGLO,
docteur en droit, avocat à la cour

Les travaux du chercheur américain Richard Heede dont le rapport final a été rendu public en 2013 a permis d'apporter une réponse au questionnement sur la contribution de certaines entreprises aux effets négatifs au changement climatique. L'étude a pris comme objectif de quantifier et de caractériser la manière dont 90 entreprises, dites « Carbon majors », devaient être tenues comptables de la crise climatique du fait de leur part globale aux émissions de GES accumulées depuis la révolution industrielle. Dans le cadre du contentieux climatique, plusieurs requérants ont mis en avant ce rapport : comme l'illustrent l'affaire *Lliuya v. RWE AG* de l'agriculteur péruvien, et la pétition à l'initiative de *Greenpeace* Asie du Sud aux Philippines.

1 - Comme on le sait, le contentieux climatique est celui qui se développe dans un nombre de plus en plus important de nations en l'absence d'une juridiction internationale compétente et le nombre des contentieux, notamment aux États-Unis et en Australie, devient de plus en plus important.

2 - On peut classer les procès climatiques en deux grandes catégories.

La première rassemble les recours dirigés contre les États et qui mettent en cause leur absence de vraie diligence à prendre des mesures utiles et effectives. Ce type de contentieux a commencé à se développer en 2007 aux États-Unis, à la suite d'un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Massachusetts contre EPA*¹, puis en Europe avec la célèbre affaire *Urgenda* contre Pays-Bas² ou encore au Pakistan (affaire *Leghari*³ qui ont constitué longtemps le modèle type du contentieux climatique.

La seconde est plus récente. Elle a commencé à la suite de la prise de position du Président Donald Trump, qu'il est inutile de qualifier ici, à l'initiative d'un certain nombre de collectivités publiques ou d'États fédérés et de grandes villes qui ont lancé le contentieux contre les entreprises considérées comme responsables du réchauffement climatique en raison de l'importance de leurs émissions de gaz à effet de serre. Des actions en justice ont ainsi été engagées par la ville de New York contre différentes sociétés pétrolières, et également, dans le même sens, par l'État de Californie agissant en son nom et au nom de ses citoyens⁴.

3 - Mais, dans tous les cas de figure, le mode des preuves relatives à la constatation d'un dommage et de l'obligation de le réparer passe nécessairement par la preuve et donc, l'expertise.

4 - Jusqu'à présent, la plupart des décisions rendues se sont appuyées sur les travaux du Groupe inter-gouvernemental d'experts sur le climat (GIEC) qui eux-mêmes reposent sur l'élimination progressive des incertitudes portant sur les sources et sur les effets du réchauffement climatique.

5 - Lorsqu'il s'agit de poursuivre en responsabilité des entreprises, la situation est beaucoup plus délicate car il faut établir

un lien de causalité permettant d'identifier des responsabilités relativement aisées. En effet, la plupart des systèmes judiciaires ne permettent pas d'inverser la charge de la preuve et d'obliger la partie recherchée à argumenter sur sa non-responsabilité.

6 - Ainsi, si d'un certain côté les rapports élaborés par le GIEC ont une finalité politique au sens noble du terme (puisque'il s'agit pour ce groupement scientifique d'aider le politique à prendre des décisions au niveau global dans une perspective soit d'atténuation soit de compensation face aux effets du réchauffement climatique), on voit bien la difficulté de les utiliser dans un contentieux précis qui va opposer des personnes déterminées à des entreprises précises considérées comme responsables pour leur part du réchauffement climatique.

7 - En fait, le rapport Heede⁵ 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 et à déterminer leur part de responsabilité.

8 - Avant de décrire sommairement le contenu et surtout, son utilité pour les contentieux à venir (2), plusieurs notions fondamentales doivent être rappelées (1).

1. Les notions fondamentales du contentieux climatique

9 - On sait en effet que l'expertise est un instrument de preuve scientifique parmi d'autres modes de preuves. Or, dans les procès climatiques, tout fait difficulté : l'établissement des faits, le droit applicable et l'imputabilité, la possibilité même d'une compensation et la réparation d'un dommage causé visible ou non visible.

10 - À cet égard des principes fondamentaux, au nombre de cinq, doivent être rappelés :

- l'expertise n'est qu'une preuve parmi d'autres ;
- l'expertise climatique doit faire face à des difficultés considérables d'analyse et de conclusions ;
- le procès climatique est généralement prospectif et ne vise pas nécessairement à la réparation ;

1. C. supr. États-Unis, avr. 2007, *Massachusetts v. EPA*, aff. 549 U.S 497.

2. La Haye District Ct, 24 juin 2015, *Urgenda foundation v. Kingdom of the Netherlands*, aff. C/09/456689/HA ZA 13?1396.

3. Hte C. Lahore, 4 sept. 2015, *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan*, aff. W.P. 25501/2015.

4. California Northern District Court, *People of State of California v. BP p.l.c.*, October 20, 2017, n° 3 :2017cv06011.

5. R. Heede, *Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854?2010. Methods and Results Report*, Snowmass, Climate Mitigation Services, 2013.

- le système des preuves admises devant chaque tribunal est fonction du système judiciaire dans lequel il s'inscrit ;
- le juge n'est pas un expert.

11 - Si l'on reprend ces points en détail, on peut aboutir à un certain nombre d'observations utiles pour la mise en œuvre des actions en justice.

12 - Premièrement, dans le contentieux climatique, il faut gérer la technique en fonction du juridique. En effet, s'agissant de la perspective de prévenir un risque, l'établissement de présomptions et la mise en place du principe de précaution peuvent orienter le débat.

13 - Deuxièmement, s'agissant des faits et de leur imputation, le demandeur au procès, est généralement dans une situation d'infériorité face à l'enchevêtrement des causes et des effets du fait du mélange entre le local et le global et pour y ajouter encore une autre dimension, à l'égard du facteur temps.

14 - Troisièmement, le procès climatique est surtout un procès prospectif original fait pour l'avenir et non pour le passé : il est fait pour impulser le social et le politique.

15 - Quatrièmement, comme le procès climatique a lieu sur tous les continents, il faut tenir compte des différences de systèmes de preuves, les systèmes anglo-saxons qui utilisent des procédures de témoignages et de *Discovery* et les systèmes dits continentaux qui utilisent le recours à des experts officiels, ou reconnus.

16 - Cinquièmement, il faut ajouter aussi une dimension tout à fait importante sur les relations entre science et droit, à savoir que le juge est, en fait, contraint d'accorder foi à la science dont il ne maîtrise ni la connaissance ni les méthodes. Et surtout prendre en considération le fait qu'il n'est heureusement pas asservi à la preuve scientifique rigoureuse et totale.

2. L'utilité du rapport Heede dans le contentieux climatique

17 - Le rapport Heede présente plusieurs caractéristiques. Tout d'abord, c'est un rapport de haute technicité.

Richard Heede est un scientifique et directeur *Climate Accountability Institute* ⁶ créé en 2011 dans le Colorado aux États-Unis. Ce rapport a été commandé par diverses organisations non gouvernementales.

18 - Il a été publié le 7 avril 2014 et comporte 140 pages d'analyses sur les données historiques des émissions de carbone des 83 plus grandes compagnies de production de pétrole, de gaz et charbon et 7 compagnies de production de ciment. Il porte sur l'origine du réchauffement climatique lié à ces activités pour la période de 1854 à 2010.

19 - Ce travail de compilation accompli est absolument unique car il vise à convertir la production de tous les combustibles fossiles en teneur en carbone, et les émissions de dioxyde de carbone qui en résultent lors de la combustion des carburants commercialisés.

20 - Pour aller à l'essentiel et globalement, le rapport a identifié environ 90 entreprises responsables de 40 % du réchauffement climatique.

21 - Pour donner quelques exemples concrets, on pourra y lire que selon différents tableaux établis, la Société GAZPROM serait responsable d'environ 2,22 % pour sa part de réchauffement, la Société TOTAL, 0,82 % et la Société LAFARGE, 0,07 %.

22 - Le rapport Heede a été utilisé dans un contentieux climatique en Asie du sud-est et également dans l'affaire « RWE » en

cours d'examen par la juridiction d'appel de l'État d'Essen en Allemagne.

23 - Tout d'abord, dans l'affaire *Lliuya v. RWE AG* ⁷, jugé par le Tribunal d'Essen, le requérant Monsieur Saúl Ananías Luciano Lliuya, un habitant d'Amérique latine, avait fondé son argumentation sur le rapport Heede. L'entreprise RWE, le plus grand producteur allemand d'électricité, avait été citée dans le rapport Heede, comme ayant contribué à 0,47 % des émissions de gaz à effet de serre ⁸, devenant ainsi le plus grand émetteur d'Europe. En défense, la société RWE a soutenu que Lliuya n'avait aucune base légale pour intenter son action et qu'il n'y avait aucun lien de causalité prouvé entre le risque d'inondation dans son village et les émissions de gaz à effet de serre. En fait, le quatrième rapport du Groupe d'experts inter-gouvernemental sur l'évolution du climat avait détaillé comment les glaciers d'Amérique latine étaient menacés du fait de l'augmentation de la température de 1,6 °C avant la fin de ce siècle. Pour le tribunal allemand, ces circonstances ne pouvaient permettre de caractériser un lien de causalité suffisant entre les risques d'effondrement du lac glaciaire sur le village habité par le requérant, et la très faible part de la responsabilité de l'entreprise dans l'émission de toute la masse mondiale de gaz à effet de serre. Par jugement rendu en décembre 2016, le tribunal s'est prononcé donc en faveur de l'entreprise RWE. Bien que la recherche issue du rapport Heede ait permis aux demandeurs de fournir des preuves solides établissant un lien scientifique entre les émissions d'une société et le changement climatique, son admissibilité reste toujours l'obstacle. Monsieur Lliuya avait déclaré son intention d'interjeter appel de la décision devant la cour d'appel allemande de Hamm. Le 30 novembre 2017 ⁹, ladite cour a reconnu la recevabilité de la requête d'appel. Ce litige devrait connaître une phase d'expertise pour déterminer si le village du fermier est menacé par une inondation et comment les émissions de gaz à effet de serre issus de l'activité de cette entreprise ont pu contribuer au risque climatique dans cette région du monde.

24 - Enfin, un second litige climatique s'est également référé au rapport Heede, il est cité dans la pétition à l'initiative de *Greenpeace Asie du Sud* ¹⁰. Comme l'a déjà montré il y a longtemps Marta Torre-Schaub dans son étude relative à l'arrêt de 2007 de la Cour suprême des États-Unis, la situation de la preuve ne peut être la même selon que l'on veut prévenir un risque ou obtenir la réparation d'un dommage ¹¹.

25 - Les procès engagés en 2018 aux États-Unis par l'État de Californie et de nombreuses villes de cet État fédéré, comme celui de la ville de New York, devraient apporter des éléments utiles à la théorie de la preuve climatique. Ces recours ne reposent pas sur le concept de *public trust* mais de *public or private nuisance* ce qui exige la démonstration de l'existence minimale d'un lien de causalité entre les dommages et les activités considérées comme dommageables au climat.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité

7. *Regional Ct Essen*, 15 déc. 2016, *Peruvian mountain guide Saul Luciano Lliuya v. RWE*.

8. *V. Rapp. Heede*, p. 22.

9. *aff. Lliuya v. RWE AG*, 30 nov. 2017.

10. *Greenpeace Southeast Asia and Philippine Rural Reconstruction Movement, Petition 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.

11. *M. Torre-Schaub, Le rôle des incertitudes dans la prise de décisions aux États-Unis. Le réchauffement climatique au prétoire : RIDC*, vol. 59, n° 3, 2007.

6. www.climateaccountability.org/.

33 Expertise scientifique et lien de causalité dans le cadre du contentieux climatique : le point de vue de la doctrine américaine



Michael BURGER,
professor researcher, executif director of the Sabin Center
for Climate Change Law,
Columbia University, NY

Au cours des dernières années, il y a eu une augmentation remarquable du nombre d'actions judiciaires visant à demander aux Gouvernements et aux acteurs privés de rendre des comptes de leur inaction face aux changements climatiques. La « science de l'attribution » du changement climatique – c'est-à-dire la capacité de détecter les changements environnementaux et de les attribuer à l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre – joue un rôle central dans bon nombre de ces actions : elle permet en effet de fonder à la fois l'attribution d'événements extrêmes au changement climatique et d'émissions de gaz à effet de serre à des acteurs particuliers. Armés d'un nombre croissant de preuves reliant les augmentations des concentrations atmosphériques de gaz à effet de serre à des impacts nocifs spécifiques, les plaignants poursuivent des revendications plus ambitieuses contre les Gouvernements et les émetteurs pour leur contribution ou leur incapacité à agir sur le changement climatique. Cette contribution offre une perspective générale sur l'utilisation de cette science de l'attribution dans le cadre des affaires contentieuses ainsi que dans l'élaboration des politiques climatiques.

1 - La capacité de détecter les changements de l'environnement et de les attribuer aux émissions anthropiques des gaz à effet de serre est utile et peut être appliquée sur le plan politique et juridique. Au sens le plus large, la détection et la causalité sont les outils scientifiques que peuvent utiliser les décideurs politiques et les avocats afin de démontrer l'existence, les causes et les effets du changement climatique. Ces informations peuvent influencer des décisions politiques, telles que par exemple la fixation d'un plafond d'émissions ou l'introduction d'une taxe carbone. Elles peuvent également aider les particuliers qui souhaitent introduire des actions judiciaires, telles que par exemple les actions en carence contre les Gouvernements. Cependant, la causalité scientifique n'est pas une panacée : les preuves/données scientifiques générées par ce champ ne sont pas toujours suffisantes pour convaincre les décideurs politiques, les tribunaux ou le public à adopter des mesures liées dans le domaine du climat. Cela est en partie dû à la complexité et aux limites des sciences du climat. Mais il est également dû à des obstacles qui relèvent des champs politique et juridique.

2 - La causalité scientifique possède trois fonctions principales : 1) elle influence les décisions politiques à différents niveaux de gouvernance ; 2) elle joue un rôle de plus en plus important dans la planification et l'évaluation des impacts environnementaux ; 3) elle a joué et continuera à jouer un rôle central dans les contentieux climatiques. Dans cette contribution, nous abordons la première et la troisième fonction et analyserons les articulations de la causalité scientifique avec la décision politique (1) et les contentieux climatiques (2).

1. Causalité scientifique et décision politique

3 - Le rôle le plus important joué par la causalité scientifique est celui de renforcer le soutien du public et du politique en termes de mesures d'action climatique : la causalité scientifique permet en effet de démontrer que l'impact des activités humaines sur le climat est déjà manifeste et qu'il commence à produire des effets nocifs. La causalité scientifique renforce ainsi la légitimité des modèles de projections des changements climatiques liés aux émissions de gaz à effet de serre et leurs effets nocifs sur les humains et l'environnement dans les décennies à venir. Plus les données de la causalité scientifique avancent, plus il y aura gain de cause pour imposer des mesures de réduction de gaz à effet de serre, pour encourager la transition vers une économie qui s'éloigne des énergies fossiles et pour investir dans des projets d'adaptation au changement climatique.

4 - La causalité scientifique peut en outre contribuer à la résolution de la question des « pertes et dommages », qui anime les négociations internationales depuis leur début et qui n'a jamais été portée devant les tribunaux. « Contribuer » car, afin de développer un cadre approprié pour ce mécanisme, les pays doivent répondre aussi à d'autres questions. Premièrement, quels sont les pays qui ont déjà ressenti et qui continueront à ressentir les impacts négatifs du changement climatique et deuxièmement, dans quelle mesure les autres pays sont-ils responsables de ces impacts ? Deuxièmement, quels sont les autres facteurs humains qui contribuent à produire ces impacts négatifs ? Pensons par exemple aux pratiques d'aménagement et de construction dans une zone côtière : ces pratiques peuvent en effet accroître la vulnérabilité des personnes et des infrastructures aux effets de

tempêtes et de la hausse du niveau de la mer. De nombreux facteurs, y compris le degré de cohésion socio-économique, peuvent également réduire leurs résiliences aux effets des changements climatiques.

5 - Pour cette même raison, il est important de comprendre la panoplie d'aspects qui relient la causalité scientifique et la détection des impacts. La causalité scientifique appliquée aux changements climatiques s'est longtemps focalisée sur la température moyenne globale. Toutefois, en raison des progrès réalisés en termes de connaissances retranscrites dans les modèles climatiques, dans les systèmes d'observation et dans des sciences physiques, la causalité scientifique s'élargit à présent aux conséquences du changement climatique sur les systèmes humains et naturels : les modifications moyennes d'autres variables, telles que la montée du niveau des eaux, l'élévation du niveau des mers et la diminution de la surface des glaces polaires (1) ; les événements météorologiques extrêmes (par exemple, les vagues de chaleur, les précipitations extrêmes et la sécheresse), ainsi que les statistiques des événements extrêmes/majeurs d'une manière plus générale (2) ; les impacts climatiques sur certains secteurs et systèmes (par exemple, l'agriculture et écosystèmes) (3).

6 - Ainsi, l'expression « attribution des impacts » peut-elle générer de la confusion dans la mesure où elle comprend à la fois les impacts climatiques (3) et l'attribution d'événements extrêmes (1 et 2). Mais il existe également une quatrième catégorie d'attribution climatique qui commence à se développer : l'attribution de pourcentages spécifiques aux changements climatiques, et l'attribution des impacts/conséquences aux acteurs individuels. Cette attribution joue un rôle central dans les actions en réparation introduites contre le *Carbon Majors*¹.

7 - Pour résumer, l'on peut identifier quatre niveaux d'attribution en matière climatique, chacun se caractérisant par un différent degré de certitude scientifique.

(1) Il existe un degré très élevé de certitude en ce qui concerne les effets des émissions de gaz à effet de serre d'origine anthropique sur le réchauffement de la planète, l'élévation du niveau de la mer et la diminution de la masse de glace. Il existe également un haut degré de certitude en ce qui concerne l'attribution au changement climatique des variations en fréquence et en intensité des événements climatiques majeurs.

(2) L'attribution des événements extrêmes particuliers – tels que les ouragans qui se sont produits l'automne dernier aux États-Unis – demeure en revanche moins certaine : bien que ceci soit un domaine en voie de développement, il manque encore une méthodologie commune.

(3) Le degré de certitude de l'attribution des impacts climatiques dépend quant à lui de l'échelle prise en considération. À une échelle plus large, l'attribution des impacts se caractérise par un degré assez élevé de certitude et de fiabilité : nous savons que le changement climatique donne lieu et continuera à donner lieu à une variabilité d'impacts sur l'agriculture, les forêts, et les espèces animales et végétales. Cependant, plus on devient précis en termes d'échelle géographique, plus le degré de certitude de l'attribution des impacts devient faible. Il existe plusieurs raisons pour cela, notamment le fait que la diminution des impacts climatiques demeure compliquée et que les décisions humaines jouent un rôle important dans la manière dont nos systèmes socio-écologiques s'adaptent aux risques et aux impacts. Ceci peut paraître familier aux avocats de la responsabilité délictuelle à travers la doctrine de la *contributory negligence* (qui permet d'exclure la responsabilité du défendeur dans le cas où le demandeur a contribué au préjudice par son comportement

négligeant). Nous sommes à même de mieux nous adapter aux impacts et dans une certaine mesure, de diriger les effets.

(4) Enfin, un nouveau champ de recherche dans le domaine de l'attribution émerge dans les sciences climatiques : il est ici question de relier les émissions de gaz à effet de serre aux sources individuelles. Un tel critère ne se base pas seulement sur les acquis scientifiques mais aussi sur une approche « de responsabilité civile » qui peut ou pas convaincre les tribunaux d'instance ou les acteurs politiques. Le raisonnement est radical – il identifie la source d'origine des émissions, à savoir les industries qui produisent les énergies fossiles et vise à considérer ces industries comme « responsables ».

2. Causalité scientifique et contentieux climatiques

8 - Ceci nous amène aux contentieux climatiques, qui s'appuient sur les acquis de la science de l'attribution et de la détection. En effet, les preuves établissant un lien de causalité juridique entre l'influence humaine sur le climat et les effets néfastes du changement climatique jouent un rôle fondamental dans la caractérisation des responsabilités. Elles peuvent également permettre la défense juridique des programmes et réglementations visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre ou à promouvoir les objectifs d'adaptation. La manière dont les preuves sont utilisées et la mesure dans laquelle elles affectent les résultats d'une action en justice dépendent du type de recours. Elles reposent également sur le stade du litige.

9 - Dans le cadre des contentieux climatiques, l'on peut attribuer sept finalités différentes à la science de l'attribution : fonder l'admissibilité d'une action en justice devant les tribunaux états-uniens (qui se caractérisent par des conditions d'admissibilité parmi les plus strictes au monde) (1) ; contester les échecs du Gouvernement en terme de régulation des émissions de gaz à effet de serre (2) ; défendre juridiquement les normes existantes des émissions de gaz à effet de serre (3) ; renforcer les actions en responsabilité contre les industries grandes émettrices pour les dommages climatiques (4) ; contester les échecs en matière d'adaptation (5) ; défendre les mesures d'adaptation adoptées (6) ; renforcer les recours relatifs à la divulgation d'informations climatiques et de fraude boursière (7).

10 - Dans le cadre de cette contribution nous allons nous focaliser sur les actions en justice qui visent à caractériser la responsabilité civile des industries émettrices – et plus particulièrement des industries du fossile – sur la base de doctrines de « Common Law », telles que la nuisance publique, la nuisance privée et la négligence. Afin d'y parvenir, nous analyserons les conditions d'une telle responsabilité : l'existence d'un devoir des défendeurs vis-à-vis des demandeurs, une violation de ce devoir, une relation de cause à effet entre la violation et le dommage subit par les demandeurs.

11 - Il y a eu une richesse d'études sur la perspective d'utilisation de la *Tort law* en matière de changement climatique².

1. V. les contributions de Luca d'Ambrosio et François Guy Trébulle dans ce dossier.

2. V. Michael Byers ; Kelsey Franks ; Andrew Gage, *The Internationalization of Climate Damages Litigation*, 7 Wash. J. Envtl. L. & Pol'y 264 (2017) ; R. Henry Weaver and Douglas A. Kysar, *Courting Disaster, Climate Change and the Adjudication of Catastrophe*, 93 N. D. L. Rev 295 (2017) ; *Climate Change Liability : Transnational Law And Practice* (Richard Lord et al. eds., Cambridge University Press 2012) ; *Climate Change Liability* (Michael Faure & Marjan Peeters, eds., Edward Elgar 2011) ; David Hunter & James Salzman, *Negligence in the Air : The Duty of Care in Climate Change Litigation*, 155 U. PA. L. REV. 1741 (2007) ; Myles Allen et al., *Scientific Challenges in the Attribution of Harm to Human Influence on Climate*, 155 U. PA. L. REV. 1353 (2007) ; Thomas W. Merrill, *Global Warming as a Public Nuisance*, 30 COLUM. J. ENVTL. L. 293 (2005) ; David A. Grossman, *Warming Up to a*

Plusieurs approches émergent de ces études. Pour les plus optimistes, les dommages climatiques ne sont pas fondamentalement distincts d'autres types de dommages déjà reconnus, par la jurisprudence, comme base d'une responsabilité. Pour d'autres, les concepts juridiques existants pourraient *a priori* fonder des actions dans le domaine du climat, mais la mise en œuvre de telles actions rencontrerait un bon nombre d'obstacles souvent centrés autour du concept de causalité. Enfin, les plus pessimistes soulignent que telles actions n'ont aucun espoir de passer le filtre de l'admissibilité et que, par conséquent, elles ne pourront jamais être jugées au fond.

12 - Selon le professeur Douglas Kysar de l'université de Yale, les obstacles du recours à la *Tort law* dans le domaine du climat peuvent être ainsi résumés : « Le droit de la responsabilité délictuelle semble mal adapté aux causes et impacts du changement climatique. Les émissions anthropiques de gaz à effet de serre ont un caractère diffus et leurs effets sont retardés et latents. Ils représentent donc un paradigme, un problème d'action collective omniprésent et doté d'une telle complexité qu'on est tous à la fois responsables et innocents. Ainsi, les tribunaux auront de nombreuses raisons, voire seront même une arme doctrinale, pour empêcher que les poursuites en responsabilité délictuelle pour changement climatique n'arrivent devant un jury »³.

13 - Pour revenir aux conditions de la responsabilité délictuelle, plusieurs considérations s'imposent.

14 - S'agissant tout d'abord de l'obligation, force est de reconnaître qu'aux États-Unis, la notion d'obligation liée à la responsabilité délictuelle n'est pas clairement définie : elle relève encore des opinions contradictoires rendues il y a 90 ans par les juges Cardozo et Andrews dans l'affaire *Palsgraf contre Long Island Railroad Company*⁴. Selon le juge Cardozo, « La conduite antisociale ne déclenche une obligation de responsabilité délictuelle que lorsque ses effets nocifs potentiels peuvent être directement liés à des victimes particulières et identifiables ». Selon le juge Andrews « une notion de responsabilité commune devant laquelle tous les acteurs ont l'obligation d'éviter un comportement irrationnel, indépendamment du fait que ce comportement peut impliquer une relation de responsabilité envers les plaignants ». Les tribunaux fédéraux et étatiques qui sont confrontés à des actions en justice pour négligence ou nuisance tombent quelque part dans cette catégorie. L'identification d'une obligation juridique selon l'approche du juge Cardozo est complexifiée par les données du changement climatique. Après tout, le changement climatique est un problème géophysique, en cours depuis des siècles, ayant des origines diverses telles que les volcans, les feux de forêts, la déforestation, et la combustion d'énergies fossiles. De plus, le spectre des effets est global. Un individu raisonnable, exerçant une vigilance normale, peut-il être à même de présager qu'une activité donnée, telle que celle d'une industrie qui exploite les énergies fossiles, pourrait causer ces problèmes pour ces personnes spécifiques ? Et si c'est le cas, à quel moment pouvons-nous lui imputer cette connaissance ? Serait-ce plus avantageux si les requérants sont des villes ou des États, plutôt que des individus ? À noter que la compréhension libérale de l'obligation ne comprend pas l'élément de prévisibilité – cette prévisibilité survient plus tard, lorsqu'il s'agit d'établir une cause directe.

15 - Venons, en deuxième lieu, à la violation. Une fois que l'obligation a été établie, la responsabilité délictuelle ne peut s'ensuivre qu'en cas de violation, sous quelque forme, de cette obligation. L'élément clé de l'évaluation d'une violation, dans le cadre d'une analyse conventionnelle, est la mise en équilibre des valeurs concurrentes afin de déterminer le caractère raisonnable des activités du défendeur. Dans les deux cas, il y a l'élément du « test du coût-bénéfice du bien-être social ». La science de l'attribution est évidemment centrale dans le calcul des coûts associés aux impacts climatiques. Dans certains cas, la science de l'attribution peut aussi jouer un rôle dans le calcul des bénéfices liés au changement climatique. Tel qu'on l'a longtemps reconnu, le changement climatique peut générer certains « gagnants ». Toutefois, de nombreux avantages des activités des défendeurs se situeront en dehors du champ de la science de l'attribution.

16 - S'agissant, en troisième lieu, de la causalité, il incombe au demandeur de démontrer que le comportement du défendeur était à la fois la cause directe et factuelle du dommage. La causalité factuelle concerne la relation scientifique entre l'action ou le comportement du défendeur et le dommage allégué. Afin de démontrer cette dimension de la causalité, il est nécessaire de démontrer à la fois la causalité générale ou générique et la causalité individuelle ou spécifique. Un commentateur⁵ a formulé un résumé utile : « La causalité générale se réfère à la question de savoir si l'action concernée pourrait avoir causé le dommage allégué, alors que la causalité spécifique se réfère à la question de savoir si l'action concernée a vraisemblablement causé le dommage allégué ». Ce sont deux approches différentes, qui entraînent des questions distinctes relatives à la science de l'attribution.

17 - En ce qui concerne la causalité générale, la question déterminante est de savoir si, et dans quels cas, les tribunaux tiendront un acteur responsable même s'il n'est pas la seule cause du préjudice. La question est de savoir si et comment les tribunaux peuvent répartir la responsabilité parmi les nombreux émetteurs de GES. Comme dans les cas de dommages dérivant de l'exposition à des substances toxiques, il existe plusieurs moyens de répartir la responsabilité parmi les parties concernées, notamment l'appui d'études statistiques, de probabilités et épidémiologiques. Lorsque la probabilité qu'une substance utilisée par le défendeur a causé une partie importante d'un préjudice atteint un certain seuil, alors les tribunaux peuvent être à même de tenir ces parties responsables du préjudice.

18 - En ce qui concerne la causalité individuelle, la question centrale est celle de savoir « si les actions ou comportement du défendeur ont constitué "un facteur essentiel" qui a contribué au préjudice ». Dans la mesure où l'on veut démontrer que le changement climatique est la cause d'un événement climatique local dommageable, et avant même d'évoquer la contribution des demandeurs dans le dommage (selon la doctrine de la *contributory negligence*), la difficulté de prouver les dommages climatiques est claire : il sera en effet difficile de qualifier les émissions de tout acteur, et même celles d'un groupe d'acteurs, de *condicio sine qua non* du changement climatique. Certains tribunaux ont pour l'instant invoqué les tests de « facteur déterminant » et de « contribution matérielle », mais un tel test peut être difficilement satisfait en ce qui concerne des émetteurs particuliers, tels que les entreprises du fossile.

19 - Contrairement à la causalité factuelle, centrée sur la connaissance scientifique, la causalité directe permet de déterminer si le préjudice est suffisamment proche de l'action liti-

Not-So-Radical Idea : Tort-Based Climate Change Litigation, 28 COLUM. J. ENVTL. L. 1 (2003) ; Eduardo M. Peñalver, *Acts of God or Toxic Torts ? Applying Tort Principles to the Problem of Climate Change*, 38 NAT. RESOURCES J. 563 (1998).

3. Douglas A. Kysar, *What Climate Change Can Do About Tort Law*, 41 Env'tl. L. 1, 3-4 (2011).

4. 162 N.E. 99 (N.Y. 1928).

5. Byers et al., *The Internationalization of Climate Damages Litigation*, note 1, at 279-280.

gieuse pour caractériser la responsabilité du défendeur. Afin de répondre à cette question, les tribunaux peuvent choisir de prendre en compte les facteurs tels que la proximité géographique et temporelle entre l'activité dite néfaste et le dommage/préjudice, et si le préjudice était un résultat prévisible du comportement. Ceci nous renvoie au problème d'attribution de la responsabilité en se fondant sur la science : à quel moment spécifique, un acteur individuel était-il conscient que sa conduite/ses activités contribueraient au changement climatique ? Les tribunaux peuvent-ils tenir les entreprises individuelles responsables de leurs contributions à un phénomène global qu'est le changement climatique ?

20 - Enfin, le dommage. Les requérants doivent pouvoir démontrer le dommage causé. S'ils souhaitent réclamer des dommages et intérêts suite à un événement du passé ou suite à une situation en cours, le dommage est ainsi relativement évident. Cependant, pour ce qui est des actions en cours en Californie ⁶, les requérants réclament un fond de compensation qui

réglera l'avenir projeté. Le rôle de la science du climat est clair : ces réclamations se basent sur des projections des impacts futurs du changement climatique sous une gamme de scénarios d'émissions. Le droit jurisprudentiel peut servir à examiner ces réclamations sous l'angle de la doctrine de nuisance anticipée. Toutefois, ce ne sont pas tous les tribunaux qui adoptent cette approche. Le tutoriel sur le changement climatique tenu par le juge Alsup dans le district nord de la Californie il y a quelques semaines a reçu beaucoup d'attention. Il y a plusieurs manières de l'interpréter. Le résultat le plus important est que les industries qui exploitent les énergies fossiles s'appuient sur les rapports et expertises du GIEC comme étant au fondement de la science du climat.

21 - Pour conclure, nous parlons fréquemment aux journalistes aux États-Unis, surtout après la saison d'ouragans l'automne dernier et lorsque ces actions en justice ont été intentées. Ils cherchent à savoir si la science peut soutenir la responsabilité juridique. Ma réponse brève est, peut-être. Si les demandeurs peuvent passer le seuil des enjeux préliminaires et d'admissibilité. Mais cela reste un grand « SI » conditionnel.

6. V. les contributions de Michael Gerrard et de Luca d'Ambrosio dans ce dossier. Les documents relatifs à ces actions sont disponibles sur le site web du Sabin Center for Climate Change Law and Arnold & Porter, U.S. Climate Change Litigation Database, *Common Law Claims* (<http://climatecasechart.com/case-category/common-law-claims/>).

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité