



L'ÉTAT DU CONTENTIEUX CLIMATIQUE REVUE MONDIALE

**L'ÉTAT DU
CONTENTIEUX CLIMATIQUE
REVUE MONDIALE**

En coopération avec

 **COLUMBIA LAW SCHOOL**

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW

L'État du contentieux climatique

© Programme des Nations Unies pour l'environnement, mai 2017

L'état du contentieux climatique - revue mondiale

ISBN : 978-92-807-3656-4

Numéro de mission : DEL/2110/NA

Remerciements

Cette publication a été élaborée par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (ONU Environnement) en coopération avec le Sabin Center for Climate Change Law de l'université Columbia à New York, aux États-Unis. Le rapport a été rédigé par Michael Burger, Directeur exécutif du Sabin Center for Climate Change Law, et Justin Gundlach, Spécialiste du droit climatique au Sabin Center for Climate Change Law. La révision critique finale et la consolidation de la version préliminaire de ce rapport ont été supervisées par Arnold Kreilhuber, Responsable de l'Unité du Droit environnemental international, Lara Ognibene, Conseillère juridique, Angela Kariuki, Assistante juridique, et Alvin Gachie, Assistant juridique, au sein de la Division du droit de ONU Environnement.

La traduction de ce rapport a été possible grâce à la généreuse contribution de la Fondation Heinrich Böll.

HEINRICH BÖLL STIFTUNG

Reproduction

Le présent document peut être reproduit, sans permission spéciale, en totalité ou en partie, dans n'importe quel format, à des fins éducatives ou non lucratives, à la condition que la source soit mentionnée. Le Programme des Nations Unies pour l'environnement apprécierait de recevoir un exemplaire de toute publication s'inspirant du présent document.

Ce document ne peut être vendu ni utilisé à quelque fin commerciale que ce soit sans l'autorisation préalable et écrite de l'ONU Environnement. Les demandes d'autorisation doivent être adressées, avec un énoncé des objectifs, à la Division des communications, ONU Environnement, P.O. Box 30552 – 00100 Nairobi, Kenya.

L'utilisation d'informations contenues dans le présent document à des fins publicitaires n'est pas autorisée.

Clause de non-responsabilité

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, municipalités ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. En outre, les opinions exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement les décisions ou politiques déclarées du Secrétariat des Nations Unies ou du Programme des Nations Unies pour l'environnement, et le fait de citer des noms ou des procédés commerciaux ne constitue pas une approbation de fait. Nous regrettons toute erreur involontaire.

Réalisé par

Division du droit

Programme des Nations Unies pour l'environnement

P.O. Box 30552 - 00100, Nairobi, Kenya

Tél. : +254 20 762 336 5

Email : law.director@unenvironment.org

www.unep.org

Impression

UNON, Publishing Services Section, Nairobi, ISO 14001:2004-certified

D1 No: 17-08540

Sommaire

Résumé exécutif.....	4
Introduction	6
1ère partie. L'importance du contentieux climatique	7
2ème partie. L'état du contentieux climatique	10
2.1 Inventaire du contentieux climatique.....	11
2.2 Tendances en matière de contentieux climatique	14
2.2.1 Exiger des gouvernements qu'ils respectent leurs engagements législatifs et politiques	14
2.2.2 Établir un lien entre, d'une part, les impacts de l'extraction des ressources et, d'autre part, le changement climatique et la résilience.....	18
2.2.3 Déterminer que des émissions particulières sont la cause immédiate d'effets climatiques néfastes spécifiques.....	20
2.2.4 Établir la responsabilité dans le manque d'adaptation au changement climatique et dans les effets de celui-ci.....	22
2.2.5 Appliquer la théorie du public trust au changement climatique.....	24
2.3 Tendances émergentes dans le domaine du contentieux climatique.....	25
2.3.1 Les « réfugiés climatiques ».....	25
2.3.2 Hausse du nombre d'actions en justice dans l'hémisphère Sud.....	26
3ème partie. Questions juridiques relatives au contentieux climatique.....	27
3.1 Justiciabilité	27
3.1.1 Intérêt à agir.....	28
3.1.2 Séparation ou équilibre des pouvoirs	29
3.2 Sources de droits et obligations.....	30
3.2.1 Droit international.....	30
3.2.2 Le droit à un environnement propre ou sain.....	32
3.2.3 Common law : responsabilité délictuelle, nuisance et négligence	34
3.2.4 Autorité statutaire et politique nationale.....	36
3.2.5 Démarches mixtes : devoir de diligence et théorie du public trust.....	38
3.3 Réparation/objectifs.....	39
Conclusion	40

Résumé exécutif

Au cours de la dernière décennie, les lois codifiant les réponses nationales et internationales au changement climatique se sont multipliées et sont devenues de plus en plus spécifiques et importantes. Alors que ces lois reconnaissent de nouveaux droits et prévoient de nouvelles obligations, des actions en justice ont été intentées pour contester soit leur validité manifeste, soit leur application spécifique. Des poursuites ont également été engagées afin d'exhorter les législateurs et les décideurs politiques à adopter une démarche plus spécifique et plus ambitieuse face au changement climatique. En outre, les actions engagées pour combler les lacunes laissées par l'inaction législative et réglementaire se sont poursuivies. Ainsi les tribunaux jugent un nombre croissant de litiges se rapportant aux actions – ou au manque d'action – menées dans le cadre des efforts d'atténuation du changement climatique et d'adaptation à ses effets.

Ce rapport fournit aux magistrats, aux défenseurs, aux chercheurs et à la communauté internationale une revue mondiale du contentieux relatif au changement climatique, une vue d'ensemble des tendances en matière de contentieux climatique et une présentation des principales questions que les tribunaux se doivent de résoudre dans le cadre des procédures climatiques. L'une des fonctions de ce rapport est d'aider les magistrats à comprendre la nature et les objectifs de différents types d'affaires liées au changement climatique, les problématiques communes à ces affaires et l'importance des spécificités de leurs paramètres politiques juridiques et environnementaux dans leur résolution. Une autre fonction est de contribuer à l'élaboration d'un langage commun parmi les praticiens du monde entier qui luttent contre le changement climatique devant les tribunaux.

La première partie décrit les circonstances environnementales, diplomatiques et politiques qui rendent les efforts en matière de contentieux climatique particulièrement importants à l'heure actuelle :

- Les impacts du changement climatique tels que les canicules et les tempêtes côtières dévastatrices sont de plus en plus fréquents et de plus en plus graves en raison d'émissions anthropiques. Le coût de ces impacts est significatif pour les gouvernements, les acteurs privés et les communautés.
- Les décideurs politiques nationaux et internationaux se sont employés à élaborer des moyens pour lutter à la fois contre les causes sous-jacentes du changement climatique et ses répercussions. Des politiques d'atténuation du changement climatique et d'adaptation à ses effets ont progressivement été mises en œuvre, fixant des objectifs souvent basés sur la faisabilité politique plutôt que sur la connaissance scientifique générale de ce qu'il convient de faire pour stabiliser le climat à un niveau acceptable.
- Les décideurs politiques nationaux et internationaux sont parvenus à créer certains cadres juridiques propices à une action climatique. De nombreuses nations disposent de lois et de politiques qui répondent à certains aspects du problème climatique, et l'Accord de Paris a prévu toute une liste d'engagements nationaux pour éviter que le réchauffement planétaire moyen ne dépasse les 1,5°C et 2°C. Les requérants ont commencé à recourir à ces codifications pour présenter leurs arguments quant à l'adéquation ou l'inadéquation des efforts menés par les gouvernements nationaux pour protéger les droits individuels face au changement climatique et à ses effets.

La deuxième partie adresse un inventaire du contentieux climatique et présente une discussion des tendances manifestes et émergentes :

- Des citoyens et des organisations non gouvernementales intentent des procès pour faire reconnaître la responsabilité de leur gouvernement à l'égard de ses engagements climatiques. Dans de nombreux cas, les arguments avancés pour contester l'action ou l'inaction du gouvernement comprennent des références à des dispositions constitutionnelles et statutaires qui ne sont pas spécifiques au changement climatique. Dans ces cas, des références aux accords climatiques internationaux, traduisant des objectifs scientifiques aussi bien que politiques, viennent souvent appuyer leur requête.
- Dans de nombreux cas, les objections à des projets ou des politiques identifient des liens entre l'extraction des ressources et les impacts climatiques, tant sous la forme d'émissions dues à la combustion d'énergie fossile extraite que sous celle d'atteintes à la résilience et à la capacité d'adaptation. Ces objections visent à rendre ces liens significatifs sur un plan juridique et à démontrer, soit qu'ils méritent d'être pris en compte, soit qu'il est urgent d'adopter une approche alternative en matière de gestion des ressources naturelles.
- S'appuyant sur la connaissance scientifique du lien entre émissions et changement climatique, jugé

bien réel par les décideurs politiques (à quelques rares exceptions), plusieurs affaires visent à établir la responsabilité des entités qui génèrent des émissions en toute connaissance des effets de ces émissions sur le climat planétaire.

- On constate une amélioration de la connaissance technique du changement climatique et de la qualité des prévisions relatives à l'évolution des températures et des phénomènes météorologiques. Reconnaisant que les efforts d'adaptation n'ont pas été déployés au même rythme que s'est développée cette connaissance, des actions en justice sont intentées pour faire reconnaître les responsabilités lorsque l'absence d'adaptation entraîne des préjudices matériels prévisibles.
- Les parties mettent en avant des arguments pour l'action climatique s'appuyant sur la théorie du public trust, qui attribue à l'État la responsabilité de l'intégrité des biens publics de la Nation pour les générations futures. Ce type de requêtes soulève des questions sur les droits fondamentaux des individus et l'équité intergénérationnelle, ainsi que sur l'équilibre des pouvoirs entre le judiciaire, le législatif et l'exécutif ou les fonctions du gouvernement.
- Reconnaisant que les pressions environnementales, qu'elles soient à évolution lente ou déjà d'une grande gravité, poussent les individus et les communautés à migrer, il est indéniable que les impacts du changement climatique engendreront une migration tant au niveau national que transnational. Des affaires ont déjà été portées devant les tribunaux pour résoudre des différends découlant de cette migration, et il y en aura sans doute d'autres.
- À ce jour, la majeure partie des affaires climatiques ont été portées devant les tribunaux de pays développés de l'hémisphère Nord ainsi qu'en Australie et en Nouvelle-Zélande. Les requérants et les tribunaux de l'hémisphère Sud commencent aujourd'hui à faire appel aux théories et au savoir-faire en matière de contentieux climatique.

La troisième partie présente trois catégories de questions juridiques qui tendent à être contestées entre parties impliquées dans le contentieux climatique :

- La justiciabilité : La question de savoir si une action est justiciable—autrement dit, si un tribunal dispose de l'autorité nécessaire pour entendre et résoudre

les griefs soulevés—dépend du statut du requérant et du rôle du tribunal par rapport à celui des autres branches du gouvernement. Bien que les critères varient, les tribunaux n'admettent généralement l'introduction d'une action en justice que si le lien de causalité allégué entre le préjudice et l'action (ou l'inaction) sur lequel porte la plainte est plausible. Dans les affaires climatiques, cela signifie que les requérants placent la barre très haut. Comme pour la séparation des pouvoirs, et surtout dans les affaires pour lesquelles un tribunal doit évaluer l'inaction d'une agence gouvernementale, les tribunaux doivent être en mesure d'exprimer clairement quelle autorité les habilite à identifier un préjudice ou d'enjoindre à l'agence en question de revoir son approche.

- Les sources des obligations climatiques : Le contentieux climatique peut s'appuyer sur différentes sources d'autorité légale, dont le droit international, les dispositions constitutionnelles, les statuts ou la common law. Dans certains cas, les requérants identifient plusieurs de ces sources, qui constituent alors le fondement juridique de leur requête. Lorsqu'une disposition statutaire énumère les engagements à prendre en matière d'atténuation du changement climatique et qu'un statut autorise également les citoyens à engager une action pour non-conformité, l'application de la loi aux faits présumés est simple. Mais lorsque les requérants demandent à un tribunal d'appliquer une loi qui ne porte pas expressément sur le changement climatique, la tâche est plus ardue et les tribunaux doivent faire preuve de prudence pour ne pas être perçus comme jouant un rôle de législateurs.
- La réparation : Les tribunaux ne peuvent accorder que les réparations autorisées par la loi. Si la réparation visée est la mise en œuvre par une agence gouvernementale de mesures plus agressives à l'égard du changement climatique, les tribunaux doivent identifier la base leur permettant d'enjoindre à l'agence de respecter ses obligations, ou alors préciser la manière dont l'agence doit modifier son approche.

Ce rapport présente aussi différentes synthèses d'affaires de premier plan, qui offrent un « instantané » de l'état actuel du contentieux climatique et illustrent les circonstances, tendances et problématiques mises en évidence dans les première, deuxième et troisième parties.

Introduction



Dans les années 2010, les lois codifiant les réponses nationales et internationales au changement climatique se sont multipliées et sont devenues de plus en plus spécifiques et importantes.¹ Alors que ces lois reconnaissaient de nouveaux droits et prévoyaient de nouvelles obligations, des actions en justice ont été intentées pour contester soit leur validité manifeste, soit leur application spécifique. Des poursuites ont également été engagées afin d'exhorter les législateurs et les décideurs politiques à adopter une démarche plus spécifique et plus ambitieuse face au changement climatique. En outre, les actions engagées pour combler les lacunes laissées par l'inaction législative et réglementaire se sont poursuivies. Ce rapport présente l'état actuel du contentieux climatique mondial et fournit aux magistrats, aux défenseurs, aux chercheurs et à la communauté internationale une vue d'ensemble des tendances en matière de contentieux et des principales questions soulevées dans le cadre des affaires climatiques.

La première partie de ce rapport revient sur les circonstances qui rendent les efforts menés en matière de contentieux climatique particulièrement importants à l'heure actuelle—plus spécifiquement l'urgence croissante de la crise climatique, la ratification et l'entrée en vigueur de l'Accord de Paris en vertu de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques

(« Accord de Paris ») et l'inclusion de l'action climatique parmi les 17 Objectifs de développement durable (ODD) énumérés dans le document des Nations Unies intitulé *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*. (L'action climatique est également un élément essentiel commun à plusieurs autres ODD.) La deuxième partie de ce rapport présente l'état actuel du contentieux climatique à travers le monde. Elle décrit également les grandes tendances actuelles des procédures en cours ainsi que des procédures susceptibles d'être intentées à l'avenir. La troisième partie est quant à elle consacrée aux questions juridiques récurrentes qui entrent en jeu dans le contentieux climatique mondial. À noter qu'il est difficile de les classer de manière stricte et exhaustive du fait de la diversité des systèmes juridiques en vigueur à travers le monde, qui adoptent des approches différentes à l'égard des grandes thématiques juridiques interdépendantes sur lesquelles est établi le droit climatique—à savoir le droit environnemental, le droit des ressources naturelles, le droit de l'énergie et le droit régissant l'utilisation des terres, ainsi que le droit constitutionnel, le droit administratif et la common law. Néanmoins, cette partie offre aux professionnels juridiques, aux chercheurs et à d'autres entités une présentation générale des problématiques communes aux affaires climatiques lorsqu'il s'agit de déterminer la justiciabilité, d'interpréter les droits et obligations en vertu de la loi et d'offrir réparation. Ce rapport comporte également plusieurs résumés d'affaires de premier plan pour replacer ces circonstances, tendances et problématiques dans leur contexte.

Les concentrations de gaz à effet de serre (GES) dans

¹ E. Somanathan et al., National and Sub-national Policies and Institutions, dans *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change*, Contribution du Groupe de travail III [WG3] au cinquième Rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat 1049, 1050–51 (O.R. Edenhofer et al. éd. 2014) [ci-après dénommé IPCC AR5].

Première partie. L'importance du contentieux climatique



Source : Département des affaires économiques et sociales de l'ONU, Division pour le développement durable

l'atmosphère dépassent déjà largement les niveaux que de nombreux scientifiques considèrent comme ne posant aucun danger, mettant en péril les populations du monde entier. Les risques extraordinaires posés par le changement climatique sont bien établis. Le niveau de la mer augmente, ce qui signifie qu'une plus grande quantité d'eau de mer alimente les ondes de tempête qui détruisent les littoraux lors des tempêtes côtières, et que les communautés côtières et les petits États insulaires risquent d'être submergés.² Les températures moyennes sont en hausse et les canicules sont de plus en plus longues et intenses, menaçant les infrastructures et les systèmes agricoles et mettant directement en danger la santé humaine.³ En outre, des tempêtes plus puissantes, des sécheresses plus longues et plus sévères et l'acidification des océans sont autant de phénomènes qui commencent à perturber les économies locales et régionales tributaires d'un accès prévisible à certaines ressources et à certains marchés.⁴ C'est pour répondre à ces risques qu'ont été élaborés les Objectifs de développement durable, traduisant la vision de la communauté internationale à l'égard d'un avenir

durable pour la planète et ses habitants. Or, malgré un large consensus scientifique sur les causes humaines du changement climatique et les risques associés aux impacts climatiques pour les communautés humaines, et en dépit de l'entente internationale puissante qui a été conclue par l'intermédiaire de l'Accord de Paris et des ODD, l'identification de solutions efficaces n'avance que lentement.

La communauté internationale a eu du mal à s'attaquer au changement climatique parce qu'il s'agit d'un problème politique « extrêmement pernicieux », qui résiste aux efforts considérables des décideurs politiques,⁵ et ce, pour trois raisons : premièrement, plus le temps passe, plus il est difficile à traiter. Cela signifie que plus nous rejetons de GES et plus nous nous engageons à poursuivre ces émissions, plus le problème sera grave et plus il sera difficile de trouver une solution acceptable. Deuxièmement, les acteurs les mieux placés pour répondre au changement climatique sont ceux qui en sont principalement responsables—et qui ne sont guère incités à agir. Une importante asymétrie rend ce problème d'autant plus complexe. Les acteurs incités à ne pas atténuer le changement climatique, par exemple les entreprises qui détiennent des contrats d'extraction du charbon ou d'autres combustibles fossiles, tendent à avoir des intérêts concentrés et un accès facilité aux informations pertinentes. En revanche, ceux qui sont les plus susceptibles de devoir supporter le poids de l'adaptation, y compris les millions d'individus des

2 John A. Church & Peter U. Clark, et al., Ch. 13: Sea Level Change, dans le 5^e rapport d'évaluation du GIEC.

3 Thomas Bruckner, Igor Alexeyevich Bashmakov & Yacob Mulugetta et al., Ch. 7: Energy Systems, dans le 5^e rapport d'évaluation du GIEC ; Kirk R. Smith & Alistair Woodward, et al., Ch. 11: Human Health: Impacts, Adaptation, and Co-Benefits, dans le 5^e rapport d'évaluation du GIEC.

4 GIEC, Changement climatique 2014 : Rapport de synthèse, Contribution des Groupes de travail I, II et III au 5^e rapport d'évaluation du GIEC, 64–73 (2014) [ci-après IPCC SR5].

5 Richard J. Lazarus, Super wicked problems and climate change: Restraining the present to liberate the future, 94 Cornell L. Rev. 1153, 1160 (2009).

L'État du contentieux climatique

communautés côtières, ont des incitatifs diffus et, d'une manière générale, sont mal renseignés sur, par exemple, les coûts et avantages d'alternatives aux stratégies énergétiques et de transport basée sur les combustibles fossiles. Troisièmement, aucune institution ne dispose d'une compétence et d'une autorité juridiques à la hauteur de l'ampleur mondiale du problème. Par conséquent, les efforts d'atténuation du changement climatique—et, dans une moindre mesure, d'adaptation—sont souvent perçus comme coûteux, superflus, futiles et trop éloignés des politiques qui engendrent des bénéfices économiques immédiats, et populaires sur le plan politique.

Au niveau international, la nature « extrêmement pernicieuse » du problème climatique se constate dans la participation incomplète de la communauté mondiale au Protocole de Kyoto⁶ et, plus récemment, dans l'insuffisance des Contributions prévues déterminées au niveau national (INDC), soumises avant la Conférence de Paris, et des Contributions déterminées au niveau national (NDC), soumises après la conférence, qui visent à réduire les concentrations atmosphériques de GES à un niveau suffisant pour maintenir la stabilité climatique de la planète.⁷ Au niveau national, l'ambivalence historique des États-Unis face au changement climatique, remise au goût du jour depuis peu, illustre particulièrement le cas de coalitions politiques qui peinent à obtenir un changement politique ou échouent dans ce domaine. Mais les États-Unis ne sont pas le seul pays à ne pas avoir élaboré et mis en œuvre de politiques apportant une réponse cohérente au changement climatique.

Plus que jamais, le contentieux est aujourd'hui un outil important pour inciter les décideurs politiques et les acteurs du marché à élaborer et mettre en œuvre des moyens efficaces d'atténuer le changement climatique et de s'adapter à ses effets. On aurait en effet tort de compter sur les développements technologiques et les initiatives politiques non climatiques pour repousser la déstabilisation du climat. De ce fait, le droit et les

politiques climatiques sont un élément clé de tout plan d'action rationnel. L'Accord de Paris prévoit un prédicat juridique crucial pour pousser les gouvernements qui ont adopté des législations climatiques à les appliquer. En effet, avant la ratification de l'Accord de Paris, aucun instrument international ne traitait de façon aussi approfondie le problème de coordination de l'action internationale en matière d'émissions de GES.⁸ Les citoyens de pays non membres de l'Union européenne (UE) ne pouvaient pas interpellier une autorité au-delà de la constitution, du droit commun ou des statuts de leur propre pays—ou insister sur la ratification d'accords internationaux relatifs aux droits de l'homme—pour placer l'action climatique de leur pays dans un contexte juridiquement et concrètement significatif.⁹ L'Accord de Paris permet désormais aux citoyens de ces pays d'exprimer plus précisément et plus vigoureusement leurs préoccupations face aux incohérences entre la politique en vigueur et la politique requise pour remplir les objectifs d'atténuation et d'adaptation. Dans les pays qui ont ratifié l'Accord, les citoyens peuvent désormais faire valoir que les déclarations politiques « légères » de leur gouvernement sur les droits et les objectifs doivent être appuyées par des mesures concrètes et politiquement plus strictes, par exemple en limitant le développement des littoraux, en interdisant la construction de centrales fonctionnant au charbon et en imposant des coûts et des taxes aux activités tributaires des combustibles fossiles. Les procédures engagées dans les pays dont le gouvernement a expressément accordé la priorité au développement, notamment au Pakistan,¹⁰ et dans les pays dont le gouvernement s'intéresse activement au changement climatique, notamment aux Pays-Bas, en Suède et en Suisse, montrent qu'il faut parfois faire appel aux tribunaux pour réclamer une action concrète.¹¹

L'Accord de Paris a-t-il modifié le rôle du contentieux climatique ? D'une manière générale, le droit réunit tout un ensemble d'accords conclus entre membres de la société, ainsi qu'entre les membres de la société et leur gouvernement. Le contentieux permet d'évaluer la compatibilité d'une action ou d'une inaction donnée avec ces accords. Il sert également à présenter clairement la manière dont les engagements déclarés envers la défense de droits particuliers doivent se traduire sur le terrain, nonobstant le courant politique dominant au

6 Voir O. Edenhofer, et al., Technical Summary, dans Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change, Contribution du Groupe de travail III au 5^e rapport d'évaluation du GIEC, 33, 104 (O. Edenhofer et al. éd. 2014) (« Le Protocole de Kyoto a été la première étape contraignante devant mener à la mise en œuvre des principes et objectifs prévus par la CCNUCC, mais il a eu des effets limités sur les émissions mondiale de GES, certains pays n'ayant pas ratifié le Protocole, certaines Parties n'ayant pas tenu leurs engagements, et ces engagements ne s'appliquant qu'à une partie de l'économie mondiale (valeur probante moyenne, accord faible). »).

7 CCNUCC, Aggregate effect of the intended nationally determined contributions: an update, FCCC/CP/2016/2, 11–12 fig.2 (mai 2016), <https://perma.cc/SUW9-KXY5>.

8 À noter que l'Accord de Paris ne porte pas sur les émissions des avions ou des bateaux.

9 Voir section 2.2.1 ci-après.

10 Pakistan's Intended Nationally Determined Contribution, 6 novembre 2016, <https://perma.cc/QJH8-9EXM>.

11 Voir sections 2.2.1 et 2.2.2 ci-après.

L'État du contentieux climatique

niveau national ou international. L'Accord de Paris, de par les modalités qu'il impose, ne confère pas aux requérants une cause d'action et n'impose pas aux pays membres une limite légale à leurs émissions nationales. Mais il aide les requérants à replacer les actions de leur gouvernement ou d'entités privées dans un contexte de politique climatique internationale. Ainsi, en replaçant dans ce contexte les actions prises au niveau national ou régional, il devient possible de savoir si ces actions sont favorables

ou défavorables aux besoins environnementaux et aux engagements politiques déclarés. En définitive, même si l'Accord de Paris n'attribue pas de budget carbone à chaque pays, il offre une base propice à la conclusion d'un budget à partir des engagements nationaux. Il fait également savoir sans équivoque que les politiques qui engendrent une hausse nette des émissions sont à proscrire.

Deuxième partie. L'état du contentieux climatique



Cette partie synthétise l'état actuel du contentieux climatique, en indiquant les juridictions où des procédures sont en cours, leur type et les tendances récentes et émergentes. Nous considérons ici que le « contentieux climatique » regroupe les affaires portées devant des organes administratifs, judiciaires et autres entités d'instruction pour soulever des questions de droit ou de fait concernant la science du changement climatique ainsi que les efforts visant son atténuation et l'adaptation à ses effets.¹² Ces affaires sont souvent reconnaissables à certains mots clés, notamment *changement climatique*, *réchauffement planétaire*, *changement global*, *gaz à effet de serre*, *GES* et *élévation du niveau de la mer*. Cependant, la présence d'un ou plusieurs mots clés ne signifie pas forcément que ces affaires relèvent de cette catégorie.¹³ En outre, l'existence de ces mots clés n'est

pas déterminante. (Ainsi, les affaires qui ne font qu'une vague allusion au changement climatique, à ses causes ou effets ne portent pas forcément d'une manière directe ou significative sur les législations, politiques ou actions qui déterminent, appuient ou facilitent l'atténuation ou l'adaptation climatiques.) Enfin, les affaires qui visent la réalisation d'objectifs climatiques sans référence aux questions relatives au changement climatique ne sont pas incluses. Par exemple, les procédures intentées pour limiter la pollution atmosphérique résultant des centrales électriques au charbon qui ne soulèvent pas directement de questions de droit ou de fait ayant trait au changement climatique ne sont pas considérées comme relevant du « contentieux climatique » aux fins de la présente étude. Ce rapport exclut donc les affaires pour lesquelles la discussion sur le changement climatique est accessoire à la décision et dépourvue de pertinence pour l'avenir d'une future loi climatique.

12 Voir Meredith Wilensky, *Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation*, 26 *Duke Envtl. L. & Pol'y Forum* 131, 134 (2015) ; (adoptant la définition de « contentieux relatif au changement climatique » élaborée par David Markell & J.B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, 64 *Fla. L. Rev.* 15, 27 (2012) : « Tout litige administratif ou judiciaire fédéral, étatique, tribal ou local... pour lequel les décisions des tribunaux soulèvent directement et expressément des questions de fait ou de droit concernant le fond ou les causes et impacts de la politique climatique. ». Cette définition éclaire également l'ensemble des affaires incluses dans le tableau du Sabin Center for Climate Change Law's Non-U.S. Climate Change Litigation, disponible à <https://perma.cc/8CKE-KMQU> (consulté le 3 mars 2017), ainsi que dans la base de données Climate Change Laws of the World, tenue conjointement par le Sabin Center for Climate Change Law et le Grantham Research Institute de la London School of Economics.

13 Par exemple, l'affaire portée devant les tribunaux australiens, *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council*, ne contenait aucun de ces termes mais traitait de la question extrêmement pertinente de la responsabilité d'un gouvernement local en matière de décisions relatives à sa politique de repli ordonné face à l'élévation du niveau de la mer. [2016] NSWSC 169. Le rejet par le tribunal en mars 2016 de l'ordonnance de non-lieu rendue par le conseil municipal et ses assureurs a incité les parties à négocier un accord, conclu en août 2016. Hans Lovejoy, *How a handful of wealthy Belongil residents won the right to keep their seawalls*, *Echo Net Daily*, 24 août 2016, <https://perma.cc/HXF9-PXV5>. Ni le rejet par le tribunal de l'ordonnance de non-lieu, ni l'accord de règlement ne précisent si la municipalité doit prendre en charge les demandes alléguées par la partie requérante, les propriétaires d'un bien immobilier en bord de mer qui voulaient blinder leurs parcelles de bandes riveraines et s'opposaient à la politique de repli ordonné proposée par le gouvernement local.

2.1 Inventaire du contentieux climatique

En mars 2017, des affaires climatiques avaient été portées devant les tribunaux de 24 juridictions (25 si l'on compte l'Union européenne), dont 654 aux États-Unis et plus de 230 dans l'ensemble des autres pays.¹⁴

Concernant le contentieux en dehors des États-Unis : l'Australie est en tête des pays ayant instruit ce type d'affaires après les États-Unis (80) ; on recense au Royaume-Uni et à la Cour de justice de l'UE environ moitié moins d'actions en justice qu'en Australie (49 et 40 respectivement) ; en Nouvelle-Zélande et en Espagne,

environ un cinquième du nombre recensé en Australie (16 et 13 respectivement) ; et quatre affaires ou moins ont été instruites dans les pays suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Autriche, Belgique, Colombie, France, Grèce, Inde, Irlande, Micronésie, Nigeria, Norvège, Pakistan, Pays-Bas, Philippines, République tchèque, Suède, Suisse et Ukraine.¹⁵ On constate ces dernières années à la fois une hausse du nombre d'actions en justice portés dans ces juridictions et du nombre de pays qui intentent des actions : d'après une étude des dossiers tranchés avant 2014, des procédures n'avaient été intentées que dans 12 pays, y compris aux États-Unis.¹⁶ Néanmoins, il reste

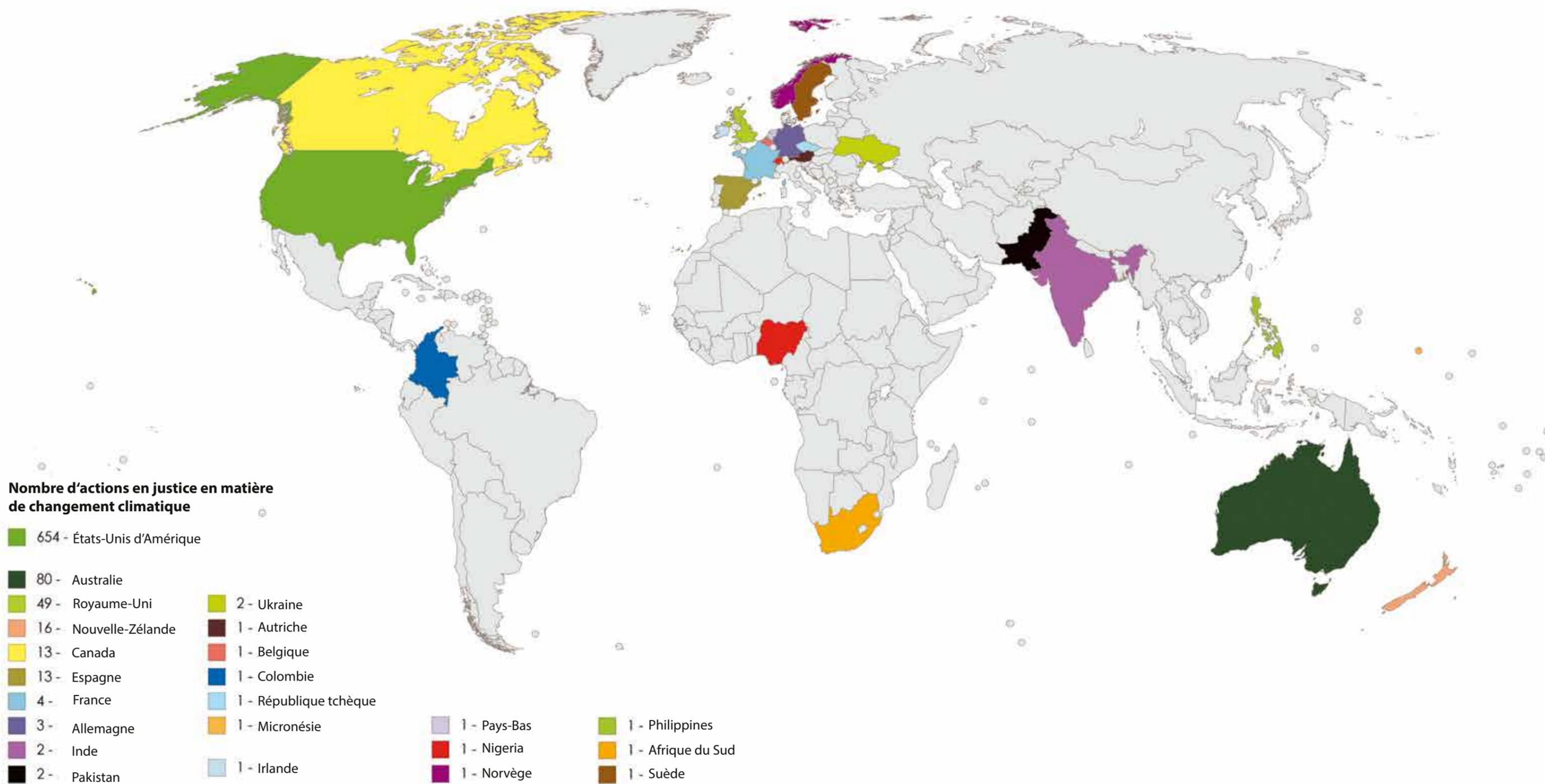
Région	Pays	Nombre de procédures *
Cour pénale internationale		1
Commission interaméricaine des droits de l'homme		1
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques		1
Afrique	Nigeria	1
	Afrique du Sud	1
Asie-Pacifique	Australie	80
	Nouvelle-Zélande	16
	Inde	2
	Micronésie	1
	Philippines	1
	Pakistan	2
Europe	(Cour de justice européenne)	40
	Royaume-Uni	49
	Espagne	13
	Belgique	1
	Allemagne	3
	Norvège	1
	Suisse	1
	Autriche	1
	République tchèque	1
	France	4
	Irlande	1
	Pays-Bas	1
	Suède	1
	Ukraine	2
Amérique latine et Caraïbes	Colombie	1
Amérique du Nord	États-Unis d'Amérique	654
	Canada	13

**Les nombres ci-dessus reflètent le nombre total d'actions climatiques que nous avons décomptés toutes juridictions confondues en mars 2017. Il se peut que nous ayons omis un ou plusieurs d'actions déjà déposés ou tranchés dont nous n'aurions pas encore pris connaissance.*

14 Pour prendre connaissance de ces actions en justice, ainsi que de celle qui ont été ajoutés depuis mars 2017, consulter les bases de données Sabin Center-Arnold & Porter Kaye Scholer Climate Change Litigation, disponibles sur <http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/>.

15 Sabin Center for Climate Change Law, Non-U.S. Climate Change Litigation: Non-U.S. Jurisdiction, <https://perma.cc/8CKE-KMQU> (consulté le 3 mars 2017).

16 Wilensky, supra note 12, 151–52.

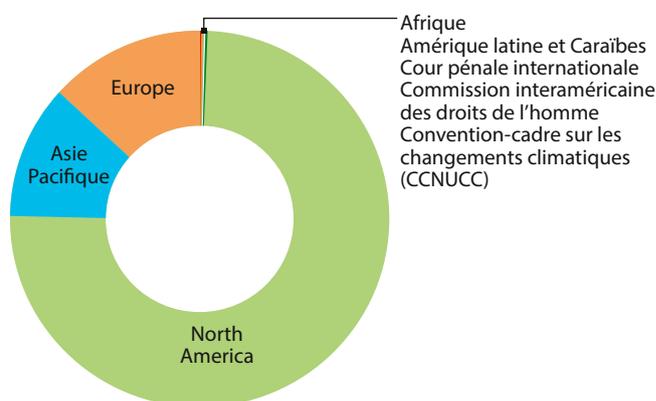


L'État du contentieux climatique

vrai que « la plupart des pays n'ont que peu voire pas de contentieux climatique ».¹⁷

Hormis quelques exceptions notoires,¹⁸ les gouvernements sont pratiquement toujours la partie défenderesse.¹⁹ Des défenseurs gouvernementaux sont ainsi appelés à justifier de leurs décisions, quelle que soit leur envergure. Pour les plus importantes, citons les affaires *Massachusetts v. U.S. Environmental Protection Agency* et *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*, qui visent à réclamer des politiques nationales d'atténuation du changement climatique plus agressives, ainsi que *Coalition for Responsible Regulation v. U.S. Environmental Protection Agency* et *West Virginia v. U.S. Environmental Protection Agency*, qui remettent en cause les bases juridiques de la politique d'atténuation en vigueur aux États-Unis. Des affaires de plus faible envergure ont porté sur des projets spécifiques allant de l'expansion d'aéroports et de mines de charbon jusqu'à la construction de centrales de production d'énergie renouvelable, en passant par l'érection de structures pour lutter contre l'érosion des zones côtières. Si les affaires de plus grande envergure ont tendance à asseoir leur argumentation sur les lois nationale régissant la politique énergétique et la pollution atmosphérique, ceux de plus faible ampleur—la nette majorité des procédures intentées en dehors des États-Unis—tendent à mettre l'accent sur les études de l'impact environnemental et d'autres exigences en matière d'aménagement.²⁰ Cependant, plusieurs affaires stratégiques réclamant une

politique d'atténuation plus agressive ont été portées devant les tribunaux de 2015 à 2017 en dehors des États-



2.2 Tendances en matière de contentieux climatique

Des décisions judiciaires et jugements récents révèlent plusieurs tendances quant aux objectifs du contentieux climatique. Cinq de ces tendances sont décrites ci-après : exiger des gouvernements qu'ils respectent leurs engagements législatifs et politiques ; établir un lien entre, d'une part, les impacts de l'extraction des ressources et, d'autre part, le changement climatique et la résilience ; déterminer que des émissions particulières sont la cause immédiate d'effets néfastes du changement climatique spécifiques ; établir la responsabilité des échecs (ou des efforts) d'adaptation au changement climatique ; et appliquer la théorie du *public trust* au changement climatique.

17 Michael B. Gerrard & Meredith Wilensky, The role of the national courts in GHG emissions reductions, dans Elgar Encyc. of Envtl. L. 359, 369 (Michael Faure éd. 2016).

18 La plupart de ces exceptions concernent des procédures américaines visant des entreprises du secteur des combustibles fossiles. Parmi les exceptions non américaines figurent la décision récente concernant l'affaire *Lliuya v. RWE AG*, Az. 2 O 285/15, rendue par le tribunal administratif régional d'Essen, en Allemagne, et l'enquête visant 50 entreprises du secteur des combustibles fossiles (« carbon majors ») menée par la Commission philippine des droits de l'homme.

19 Wilensky, supra note 12, 138–40 ; Markell & Ruhl, supra note 12, 60.

20 Gerrard & Wilensky, supra note 17, at 366, 368 (« Avant qu'un tribunal néerlandais ne rende une décision importante et controversée en 2015, le contentieux climatique visant à déterminer le cours des politiques en matière de changement climatique—que ce soit pour encourager leur développement ou pour le freiner—brillait par son absence en dehors des États-Unis. ») ; Wilensky, supra note 12, 144 (« La domination de l'EIE et du Groupe de responsables dans les affaires non américaines montre l'importance particulière des procès tactiques visant des projets spécifiques... En réalité, les affaires stratégiques destinées à encourager l'élaboration de politiques climatiques dans leur ensemble sont quasiment inexistantes en dehors des États-Unis. ») ; Markell & Ruhl, supra note 12, 38–40.

Contentieux climatique: les cinq grandes tendances	1
	2
	3
	4
	5

2.2.1 Exiger des gouvernements qu'ils respectent leurs engagements législatifs et politiques

Alors que les instances politiques des gouvernements nationaux formulent des engagements propices à l'atténuation du changement climatique et à l'adaptation à ses effets en mettant en œuvre des législations, des réglementations et des politiques, les agences administratives de ces gouvernements sont susceptibles

Pays-Bas

Un groupe de protection de l'environnement néerlandais, la Fondation Urgenda, et 900 citoyens néerlandais ont attaqué en justice le gouvernement des Pays-Bas, soutenant que la révision récente des objectifs de réduction des émissions de GES par le gouvernement représentait une atteinte à son devoir de diligence imposé par la constitution du pays. Le tribunal de La Haye, donnant raison aux requérants, a ordonné à l'État néerlandais de réduire ses émissions de GES de 25 % d'ici à 2020 par rapport à 1990, ayant jugé l'engagement gouvernemental en vigueur de réduction des émissions de 17 % insuffisant pour permettre à l'État de contribuer de manière équitable à l'objectif codifié dans l'Accord de Paris, à savoir maintenir l'élévation des températures mondiales en-dessous de la barre des 2°C par rapport à l'ère préindustrielle. Le tribunal a conclu qu'il incombait à l'État de prendre des mesures pour atténuer le changement climatique en raison de la « gravité des conséquences du changement climatique et du risque majeur qu'un changement climatique se produise ». Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a cité (sans l'appliquer directement) l'article 21 de la constitution néerlandaise ; les objectifs de réduction des émissions de l'UE ; les principes établis

en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme ; l'obligation de ne pas nuire établie en droit international ; la théorie de négligence ; les principes d'équité, de précaution et de durabilité énoncés dans la CCNUCC ; et les principes de niveau de protection élevé, de précaution et de prévention énoncés dans la politique climatique européenne. Le tribunal n'a pas précisé de quelle manière le gouvernement devrait concrétiser cette réduction des émissions mais a émis plusieurs suggestions, notamment l'échange de quotas d'émission ou des mesures fiscales.

Cette décision a été historique en termes de jurisprudence sur le partage des compétences car elle a appuyé l'ordre donné au gouvernement de réduire le seuil de ses émissions sur une analyse fondée sur le respect des droits, plutôt qu'en faisant référence à des exigences statutaires. Des requêtes et jugements ultérieurs en Autriche, en Norvège, en Suisse et en Suède portant sur l'obligation des gouvernements à atténuer le changement climatique se sont également appuyés sur des théories au moins en partie fondées sur le respect des droits.

de faire l'objet de procédures judiciaires visant à leur faire respecter ces engagements.

C'est ce type d'action qu'ont intenté les requérants dans l'affaire *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*, pour remettre en question les efforts du nouveau gouvernement néerlandais visant à s'écarter des engagements pris par le gouvernement sortant à l'égard de l'atténuation du changement climatique.²¹ Le jugement de la cour du district de La Haye de juin 2015 s'est appuyé sur les engagements internationaux des Pays-Bas, qui n'incluaient pas encore l'Accord de Paris,²² pour interpréter le devoir de diligence constitutionnel

incombant au gouvernement néerlandais à l'égard des citoyens néerlandais et autres, concluant que le devoir de diligence interdisait au gouvernement de revenir sur ses engagements.²³

En septembre 2015, le juge de la Haute Cour de Lahore s'est prononcé sur l'affaire *Leghari v. Republic of Pakistan* qui présentait des similitudes dans son fondement juridique avec le jugement *Urgenda*, même s'il portait sur les engagements en matière d'adaptation plutôt que d'atténuation.²⁴

21 *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*, [2015] HAZA C/09/00456689, appel déposé.

22 L'Accord de Paris est entré en vigueur le 4 novembre 2016. CCNUCC, Accord de Paris : Statut de ratification, <https://perma.cc/5JCA-KPNR> (consulté le 15 janvier 2017). Les Pays-Bas ne sont qu'un pays signataire de l'Accord et, au moment de la rédaction des présentes, ils ne l'avaient pas ratifié. Id. La signification de cette non-ratification doit être minimisée du fait que l'Union européenne, qui a négocié lors de la Conférence de Paris pour le compte des Pays-Bas et d'autres États membres, a ratifié l'Accord le 5 octobre 2016. Id.

23 *Urgenda*, paragr. 4.70.

24 *Leghari v. Republic of Pakistan* (2015) W.P. n° 25501/2015.

L'État du contentieux climatique

Pakistan

En septembre 2015, une cour d'appel pakistanaise a approuvé les demandes d'Ashgar Leghari, un agriculteur pakistanais, qui avait attaqué en justice les gouvernements national et régional au motif que ceux-ci n'avaient pas appliqué la Politique nationale relative au changement climatique de 2012 et le Cadre de mise en œuvre de la politique relative au changement climatique (2014-2030). Les principales préoccupations du requérant—et de la cour—portaient sur la nécessité de prendre des mesures d'adaptation : « Le Pakistan n'étant pas un contributeur majeur au réchauffement planétaire, il est victime du changement climatique et nécessite des mesures correctives d'adaptation immédiates pour pouvoir faire face aux schémas climatiques perturbateurs. » D'après la cour, « le retard et la léthargie manifestés par l'État dans la mise en œuvre du Cadre portent atteinte aux droits fondamentaux des citoyens » tels que codifiés aux articles 9 (droit à la vie), 14 (dignité humaine), 19A (information) et 23 (propriété) de la constitution pakistanaise.

À titre de réparation, la cour 1) a ordonné à plusieurs ministères gouvernementaux de désigner « une personne focale en charge du changement climatique »

pour contribuer à assurer la mise en œuvre du Cadre, et de présenter une liste de points d'action au plus tard le 31 décembre 2015 ; et 2) a instauré une Commission sur le changement climatique composée de représentants de ministères clés, d'ONG et d'experts techniques pour surveiller les progrès réalisés en la matière par le gouvernement. Le 14 septembre, la cour a rendu une décision supplémentaire nommant 21 individus à la Commission et lui conférant différents pouvoirs.

Cette affaire est un exemple de la manière dont des requérants font valoir leurs revendications dans un cadre statutaire et politique qui énumère les responsabilités d'un gouvernement à l'égard du changement climatique. Comme l'a noté le tribunal, le ministère gouvernemental responsable avait cité 734 « points d'action » et identifié 232 comme étant prioritaires. Si le gouvernement n'avait pas précisé de manière aussi détaillée ce qu'il convenait de faire pour aider les citoyens à lutter contre le changement climatique, le tribunal aurait eu plus de mal à conclure que la non-application par le gouvernement de la législation et des politiques en vigueur ne répondait pas aux attentes de Leghari en matière de protection de ses droits constitutionnels.

La Haute Cour a conclu qu'en s'abstenant d'appliquer la Politique nationale relative au changement climatique de 2012 et le Cadre de mise en œuvre de la politique relative au changement climatique (2014-2030), le gouvernement portait atteinte « aux droits fondamentaux des citoyens, droits qu'il est tenu de protéger ». ²⁵ Pour justifier ces droits, et en particulier pour exiger que des réponses concrètes soient apportées à un schéma émergent d'« inondations et de sécheresses majeures », ²⁶ elle a ordonné à l'exécutif d'instaurer une Commission sur le changement climatique pour faciliter l'action climatique. ²⁷

25 Id. paragr. 8. Le tribunal a interprété ces droits comme suit : L'environnement et sa protection occupent désormais une place centrale dans le schéma de nos droits constitutionnels. ... Le droit à la vie, le droit à la dignité humaine, le droit à la propriété et le droit à l'information en vertu des articles 9, 14, 23 et 19A de la Constitution en rapport avec les valeurs constitutionnelles de la justice politique, économique et sociale prévoient les outils judiciaires nécessaires pour aborder et contrôler la réponse du gouvernement aux changements climatiques. Id. paragr. 7.

26 Id. paragr. 6.

27 L'un des premiers objectifs était de désigner des fonctionnaires de ministères clés pour qu'ils « collaborent étroitement avec le ministère du

En Belgique et en Nouvelle-Zélande, des procédures ont été intentées avant l'Accord de Paris au motif que le gouvernement ne respectait pas les engagements nationaux déclarés. La théorie de la requête belge, *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium*, qui en mars 2017 était pendante, ²⁸ suit largement celle de la décision rendue dans le jugement Urgenda. L'affaire néo-zélandaise, *Thomson v. Minister for Climate Change Issues*, a contesté l'adéquation de l'INDC du pays, qui, d'après le requérant, ne satisfaisait pas aux baisses d'émissions exigées par

changement climatique ». Id. paragr. 8(i). Un autre était d'identifier « des points d'action propices à l'adaptation » à partir des 734 « points d'action » énumérés dans le Cadre de mise en œuvre, et qui seraient réalisables avant la fin 2015. Id. paragr. 8(ii). Enfin, le tribunal a également réclamé la création d'une Commission sur le changement climatique, composée notamment de fonctionnaires de ministères clés ainsi que de représentants d'ONG et d'experts techniques, pour « aider cette Cour à surveiller l'avancement du Cadre ». Id. paragr. 8(iii).

28 *Klimaatzaak.eu*, L'Affaire Climat: Le Procès, <https://perma.cc/4X4D-SX8F> (consulté le 15 janvier 2017) (qui signale que le tribunal n'a pas encore établi un échéancier pour le dépôt de ces plaidoiries ni tenu d'audience). *Klimaatzaak* signifie « Affaire climat » en néerlandais.

une loi néo-zélandaise, le Climate Change Response Act de 2002.²⁹ L'un des objectifs déclarés de cette loi est en effet de « permettre à la Nouvelle-Zélande de remplir ses obligations internationales au titre de la [CCNUCC] ». ³⁰ Or, comme l'a expliqué le requérant, l'INDC de la Nouvelle-Zélande « revient à une baisse de 11 % par rapport aux niveaux d'émissions de 1990 en Nouvelle-Zélande d'ici à 2030 »—un effort d'atténuation qui, « s'il est adopté par d'autres pays développés en association avec des objectifs appropriés fixés par les pays en développement, ne permettra pas de stabiliser les concentrations de GES dans l'atmosphère à un niveau propre à prévenir de dangereuses interférences anthropiques avec le climat ». ³¹ En mars 2017, la Haute Cour de Nouvelle-Zélande n'avait pas encore rendu son jugement.

L'Accord de Paris apparaît comme un point d'ancrage nouveau et unique pour les affaires de ce type. En effet, l'Accord intègre les engagements nationaux—INDC/NDC—au sein d'un instrument international qui les relie à un objectif commun pour éviter que les seuils du réchauffement planétaire ne dépassent les 1,5°C et 2°C. ³² Si ce lien ne permet pas de répondre pas aux questions techniques sur l'attribution des budgets carbone, il donne une idée de la forme que doivent revêtir les engagements nationaux, certes en des termes vagues. Par ailleurs, il affaiblit l'argument selon lequel une hausse du niveau de contribution d'une nation n'aurait aucun effet sur l'atténuation mondiale et serait donc sans fondement légal. ³³ En outre, bien que l'Accord de Paris ne prévoient pas d'engagements nationaux particuliers, il exhorte expressément les gouvernements nationaux à rendre leurs engagements envers l'atténuation de plus en plus stricts, et jamais l'inverse. ³⁴ Par conséquent, même si un gouvernement national peut faire valoir qu'il n'avait jamais déterminé de niveau de baisse des émissions, il ne saurait argumenter que ses engagements permettent une régression.

Une requête déposée en Suisse en octobre 2016 fait

29 CIV-2015-__ (High Court).

30 Climate Change Response Act 2002 § 3(1)(a).

31 *Thomson v. Minister for Climate Change Issues*, paragr. 85, 90.

32 21e session de la Conférence des Parties, Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique, Accord de Paris, art. 3 paragr. 2, Doc. ONU FCCC/CP/2015/10/Add.1 [ci-après « Accord de Paris »] (12 décembre 2015) (qui précise les seuils de température fondamentaux pour les objectifs de l'Accord), id. art. 3 paragr. 3 (Les parties s'engagent à mettre en œuvre des contributions déterminées au niveau national de plus en plus strictes pour l'atténuation.)

33 Cf. *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 561 (2007) (Roberts, C.J., contestataire).

34 Accord de Paris, art. 3 paragr. 3.

valoir des arguments constitutionnels semblables à ceux qui ont été invoqués dans le jugement Urgenda,³⁵ mais en les renforçant par une référence à l'Accord de Paris. Comme l'expliquent les requérants dans l'affaire *Association des aînées pour la protection du climat v. le Conseil fédéral suisse* : « Avec l'Accord de Paris, les parties [à la CCNUCC] ont redéfini l'objectif de prévention d'une 'perturbation dangereuse du climat' » en maintenant l'élévation des températures mondiales en-dessous de la barre des 1,5°C et 2°C par rapport à l'ère préindustrielle. ³⁶ En partant du principe que cela constitue la pierre de touche scientifique et juridique de la Suisse (et d'autres), les requérants allèguent que la Suisse n'est pas en bonne voie pour remplir son engagement et que—contrairement à la conformité de la Suisse par rapport au Protocole de Kyoto, qui s'est fortement appuyée sur l'achat de crédits d'émission de carbone—des mesures d'atténuation adéquates sur les plans physique et juridique nécessitent véritablement une réduction des émissions nettes provenant de sources suisses. ³⁷

Les requérants de trois autres affaires européennes, à savoir celle relative à l'expansion de l'aéroport de Vienne (l'« affaire autrichienne »), *Greenpeace Nordic Association v. Norway Ministry of Petroleum and Energy* et *PUSH Sweden v. Government of Sweden*, affirment également que les engagements juridiques de leur gouvernement respectif à l'égard de l'atténuation du changement climatique sont cohérents avec et formulés à travers la ratification de l'Accord de Paris. ³⁸

35 Plus spécifiquement, les requérants suisses appuient leurs revendications sur les articles 10 (droit à la vie), 73 (principe de durabilité) et 74 (principe de précaution) de la constitution suisse, ainsi que sur les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la Suisse a ratifiée. *Affaire Association des aînées pour la protection du climat v. le Conseil fédéral suisse* [Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Bundesrat], paragr. 1(a) (déposée le 25 octobre 2016), <https://perma.cc/3LGB-3V7H>.

36 Voir id. paragr. 60 (« Mit dem Übereinkommen von Paris haben die Vertragsstaaten im Dezember 2015 das Ziel, eine 'gefährliche Störung des Klimasystems' zu verhindern, neu definiert. So soll die globale durchschnittliche Erwärmung der Erdatmosphäre im Vergleich zur vorindustriellen Zeit auf 'deutlich unter 2 Grad Celsius' gehalten werden. Es sollen Anstrengungen unternommen werden, die Erwärmung auf 1.5 Grad zu begrenzen (Art. 2 Abs. 1 Bst. a Pariser Übereinkommen). »).

37 Id. § 4.3.2 (« [Des mesures insuffisantes pour pouvoir atteindre les objectifs de réduction en vigueur pour 2020.] Ungenügende Massnahmen zur Erreichung des geltenden Reduktionsziels für 2020. »).

38 La Norvège a ratifié l'Accord de Paris le 20 juin 2016, et la Suède, le 13 octobre 2016. CCNUCC, Accord de Paris : Statut de ratification, supra note 23. Concernant la pertinence juridique de l'Accord de Paris dans les engagements nationaux, la requête norvégienne précise : « Le principe de présomption, qui nécessite une interprétation du droit norvégien con-

L'État du contentieux climatique

Autriche

Différentes ONG et personnalités ont persuadé un groupe d'experts du Tribunal administratif fédéral autrichien de rejeter l'autorisation donnée par le gouvernement de Basse-Autriche à la construction d'une troisième piste d'atterrissage au principal aéroport de Vienne. Motif : le fait d'autoriser cette piste ferait plus de tort que de bien à l'intérêt collectif, essentiellement car cela serait contraire aux obligations nationales et internationales de l'Autriche à l'égard de l'atténuation des effets du changement climatique. Parmi les textes invoqués par le tribunal, le plus important était la loi autrichienne de protection du climat de 2011, qui établit des objectifs de baisse des émissions dans différents secteurs, dont celui des transports. La construction d'une troisième

piste devant accroître les émissions annuelles de CO₂ de l'Autriche, le tribunal en a conclu qu'elle serait incompatible avec les dispositions prévues par la loi de 2011, la constitution autrichienne et les engagements internationaux du pays en vertu de la législation européenne et de l'Accord de Paris.

C'était la première fois qu'un tribunal déterminait qu'en raison des exigences d'atténuation du changement climatique, il lui fallait rejeter la décision d'agence gouvernementale d'autoriser le développement d'une infrastructure. Il s'agit donc d'un exemple majeur tant d'un tribunal appliquant directement un statut relatif à l'atténuation climatique que d'une instance faisant valoir le droit à l'intégrité environnementale.

Dans l'affaire autrichienne, les requérants ont convaincu le tribunal que le fait d'autoriser l'expansion de l'aéroport de Vienne irait à l'encontre des objectifs de réduction des émissions de GES établis dans la loi autrichienne de protection climatique ainsi que des engagements que l'Autriche a pris au titre de l'Accord de Paris pour atténuer le changement climatique.³⁹ Concernant la requête déposée en Norvège, le fait en cause est la délivrance de permis d'extraction pétrolière et gazière en eaux profondes dans la mer de Barents. Quant à la requête déposée en Suède, il s'agit de la

forme au droit international, fait des règles et des principes fondamentaux du droit international une partie intégrante de notre système juridique national. Cela signifie que la Convention sur le climat, l'Accord de Paris et les principes internationaux applicables aux droits de l'homme et à l'environnement sont des sources de droit pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer les limitations de l'article 112 de la Constitution. » Greenpeace Nordic Ass'n, 36. Sur cette même question, la requête suédoise indique : « 98. En signant la CCNUCC et le Protocole de Kyoto, l'État a explicitement accepté un devoir de diligence. Pour remplir ce devoir, chaque État individuel doit dans toute la mesure du possible, en fonction de ses propres circonstances, mettre en œuvre les meilleures mesures possible pour réduire les émissions de gaz à effet de serre. » * * * 102. Les objectifs climatiques de la Suède et l'adhésion de la Suède aux accords internationaux peuvent s'appliquer à l'interprétation de ces directives. * * * 110. La portée du devoir de diligence est déterminée par un ensemble de facteurs tels que l'adhésion de la Suède aux conventions internationales, ses objectifs environnementaux nationaux, la législation environnementale, les déclarations du gouvernement, etc. ». PUSH Sweden, paragr. 98, 102, 110.

39 Tribunal administratif fédéral autrichien, affaire n° W109 2000179-1/291E, <https://perma.cc/6P34-5HYU>.

vente (au lieu du démantèlement) par Vattenfall, une entreprise énergétique d'État, de mines de charbon et de centrales au charbon en Allemagne. Pour ces trois groupes de requérants, l'Accord de Paris représente un point de référence scientifique ainsi qu'une contrainte aux yeux de la loi.⁴⁰

2.2.2 Établir un lien entre, d'une part, les impacts de l'extraction des ressources et, d'autre part, le changement climatique et la résilience

Pour être exhaustive, toute liste des activités provoquant des émissions de GES ou réduisant la résilience des communautés face à des phénomènes météorologiques extrêmes doit inclure celle de l'extraction des ressources. L'exploitation du charbon et d'autres sources d'énergie combustible et le forage pétrolier et gazier entraînent la formation de combustibles fossiles, dont la consommation émet des gaz à effet de serre responsables du changement climatique. L'exploitation minière et le forage ont également tendance à générer d'importants volumes de pollution à proximité immédiate, ce qui affecte la qualité des ressources hydriques locales, leur volume, ou les deux. Reconnaisant ce fait, les parties

40 *Greenpeace Nordic Ass'n*, 18–19 (« L'Accord de Paris entrera en vigueur le 4 novembre 2016. L'Accord constituera alors une obligation de droit international pour la Norvège. ... Outre son contenu juridique, l'Accord de Paris et le document de décision s'y rapportant représentent une base factuelle dans cette affaire. ») ; *PUSH Sweden*, 26 (citant la Déclaration de 2014 relative à la politique gouvernementale sur les objectifs de réduction des émissions et la prochaine Conférence de Paris), 33 (citant la déclaration de juin 2016 du Conseil en charge des objectifs environnementaux concernant les baisses d'émissions requises).

Colombie

Dans sa Décision C-035/16 du 8 février 2016, le Tribunal constitutionnel colombien a déclaré inconstitutionnelles les dispositions de la loi n° 1450 et 2011 et de la loi n° 1753 de 2015 qui portaient atteinte aux écosystèmes de haute altitude, appelés páramos. Il a noté plusieurs caractéristiques importantes des páramos, dont leur fragilité, l'absence de protection réglementaire les concernant, leur rôle dans l'approvisionnement en eau potable de jusqu'à 70 % de la Colombie et la capacité de leurs sols et de leur végétation à capturer du CO₂ dans l'atmosphère.

Le tribunal a plus particulièrement souligné la dernière de ces caractéristiques, qualifiant les páramos de « système de capture du carbone » et expliquant que cette capacité de capture dépassait celle d'une forêt tropicale d'une taille similaire. Il a jugé inconstitutionnelles

les dispositions statutaires qui auraient permis le développement d'infrastructures dans les páramos au motif qu'elles porteraient atteinte au droit du public à bénéficier d'eau potable et qu'elles dispenseraient les agences gouvernementales de justifier les décisions assurées d'entraîner la dégradation de zones sensibles et précieuses sur le plan environnemental.

Dans cette décision, le tribunal a considéré que sa protection des droits répondait aux changements climatiques qui rendraient des ressources telles que l'eau des páramos encore plus précieuses à l'avenir. Cette décision peut ainsi être considérée comme tenant compte de la nécessité de s'adapter au changement climatique pour interpréter l'importance de droits protégés par la constitution qui ne font pas explicitement référence aux changements climatiques.

en faveur d'une politique axée sur le changement climatique ont commencé à remettre en question les bilans environnementaux et les processus de délivrance de permis qui négligent indûment les implications climatiques des activités d'extraction de ressources.

En février 2016, la Cour constitutionnelle colombienne a jugé inconstitutionnelles deux dispositions statutaires, empêchant les autorités réglementaires d'ignorer les coûts climatiques de l'extraction de ressources.⁴¹ L'une de ces dispositions autorisait ainsi une commission nationale à désigner des projets particuliers comme étant d'intérêt stratégique national—désignation qui dispensait les projets de respecter certains points du régime réglementaire local.⁴² L'autre reposait sur des droits acquis en matière de location et de permis d'exploitation du pétrole et du gaz dans des écosystèmes montagneux sensibles (páramos).⁴³ La Cour colombienne a jugé ces dispositions inconstitutionnelles, faisant valoir qu'elles menaçaient le droit du public à bénéficier d'eau potable et qu'elles dispensaient les agences gouvernementales de

justifier de décisions entraînant la dégradation de zones sensibles et précieuses sur le plan environnemental. Surtout, la Cour a qualifié les páramos de « précieux » pour deux raisons : parce qu'ils approvisionnent une grande partie de la Colombie en eau potable, et parce que leurs sols et leur végétation capturent du CO₂ provenant de l'atmosphère dans des quantités supérieures à celles d'une forêt tropicale d'une taille similaire.⁴⁴

Dans l'affaire *Ali v. Federation of Pakistan*, le requérant a mis en cause différentes actions et inactions du gouvernement concernant l'approbation du développement d'un gisement houiller dans le désert du Thar, dont la production annuelle de charbon devrait se situer entre 4,5 et 60 millions de tonnes métriques.⁴⁵ D'après le requérant, en raison de la dégradation de l'environnement local, des déplacements et des émissions de GES imputables au charbon qui résulteraient de ce développement, cette approbation constitue une triple violation : des « droits fondamentaux » protégés par la constitution ; des droits relatifs à la dégradation environnementale engendrée par la combustion du charbon pour générer de l'électricité ; et de la théorie du public trust relative à l'atmosphère et

41 Les questions en litige dans cette affaire étaient, premièrement, la loi n° 1450 de 2011, établissant le Plan national de développement sur la période 2010–2014, et, deuxièmement, la loi n° 1753 de 2015, établissant le Plan national de développement sur la période 2014–2018. Les deux dispositions dont il est question aux présentes figuraient dans la seconde loi.

42 Loi n° 1753 de 2015, art. 49–52.

43 Id. art. 173.

44 Cour constitutionnelle, 8 février 2016, Décision C-035/16, paragr. 142.

45 *Ali v. Pakistan*, Requête constitutionnelle no. ____ / I de 2016, paragr. xxvi, <https://perma.cc/6AFA-2ZL5> ; voir également Muhammad Imran Rashid et al., *Coal as an Energy Source for Mitigating Energy Crisis in Pakistan*, 4 J. Eng. & Tech. 127, 128–29 (juillet-décembre 2014), <https://perma.cc/66NK-GZH6>.

L'État du contentieux climatique

Norvège

Dans l'affaire *Greenpeace Nordic Association and Nature & Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, deux ONG environnementales ont déposé une requête en jugement déclaratoire devant le Tribunal de district d'Oslo faisant valoir que le ministère norvégien des Hydrocarbures et de l'Énergie violait la constitution norvégienne en délivrant des permis d'extraction pétroliers et gaziers en eaux profondes en différents lieux de la mer de Barents.

Cette requête soulignait plusieurs éléments importants : les permis donneraient accès à des gisements de combustibles fossiles inexploités d'une manière allant à l'encontre des efforts d'atténuation du changement climatique requis pour maintenir l'élévation des températures mondiales en-dessous de la barre des 1,5°C voire 2°C par rapport à l'ère préindustrielle ; et la zone rendue accessible par la délivrance de ces permis serait la plus septentrionale de toutes les zones développées et voisine de la banquise, d'où des risques considérables pour l'environnement arctique extrêmement sensible, susceptibles de résulter de déversements et d'émissions de noir de carbone. La requête invoquait également une violation de l'article 112 de la constitution norvégienne, qui garantit « le droit à bénéficier d'un environnement propice à la santé et d'un environnement naturel dont la productivité et la diversité sont maintenues ».

La requête cite aussi d'autres dispositions constitutionnelles, dont l'obligation du gouvernement de respecter systématiquement le principe de précaution dans ses actions ; le principe de « ne pas nuire » tel qu'il s'applique au niveau national et aux citoyens d'autres pays ; et les mécanismes de protection des droits de l'homme. Outre ces sources nationales d'autorité juridique, la requête souligne que la délivrance par la Norvège de permis pétroliers et gaziers porte atteinte aux engagements que le pays a pris au titre de l'Accord de Paris

À l'instar d'un grand nombre de requérants du jugement *Urgenda*, qui se sont appuyés sur des engagements nationaux et internationaux pour interpréter les implications du devoir de diligence pour l'atténuation climatique telles qu'elles sont énoncées dans la constitution néerlandaise, cette requête prône une interprétation similaire du droit à l'intégrité environnementale protégé par la constitution norvégienne. Il aurait certes été possible d'avancer un argument similaire avant la ratification de l'Accord de Paris par la Norvège, et avant l'entrée en vigueur de cet Accord, mais ces deux événements ont permis de conférer une spécificité et un contexte au droit constitutionnel invoqué par cette requête.

au climat du Pakistan. En mars 2017, la Haute Cour de justice de Lahore ne s'était pas encore prononcée.

De même, la requête *Greenpeace Nordic Association v. Ministry of Petroleum and Energy* fait valoir que les blocs que le ministère norvégien loue à des exploitants pétroliers et gaziers dans la mer de Barents enfreignent certaines protections constitutionnelles. En effet, l'article 112 de la constitution norvégienne stipule que les Norvégiens ont « le droit de bénéficier d'un environnement propice à la santé et d'un environnement naturel dont la productivité et la diversité sont maintenues ». Les requérants soutiennent que le maintien de cet environnement nécessite de respecter un budget d'émissions globales conforme aux seuils de réchauffement planétaire de 1,5°C ou 2°C reconnus par l'Accord de Paris, et que les contrats de location dans la mer de Barents permettraient l'extraction de combustibles fossiles et des émissions de GES connexes qui dépassent ce budget. En mars 2017, le tribunal n'avait pas encore rendu sa décision.

2.2.3 Déterminer que des émissions particulières sont la cause immédiate d'effets climatiques néfastes spécifiques

Bien que plusieurs tribunaux aient reconnu le consensus scientifique relatif au lien de causalité entre les émissions anthropiques de GES, le changement climatique et les effets néfastes de celui-ci,⁴⁶ aucun tribunal n'a pour l'instant estimé qu'il existait un lien entre des émissions de GES particulières et des effets climatiques néfastes spécifiques aux fins d'établir une responsabilité. En effet, pour le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, des « gaz à effet de serre bien mélangés » présents dans l'atmosphère sont le principal mécanisme causal du changement climatique.⁴⁷

Ce « mélange » de gaz cache certaines contributions et

46 Voir p. ex. *Urgenda*, paragr. 4.14 ; *Mass. v. EPA* at 498 ; *Coalition for Responsible Regulation v. EPA*, 684 F.3d 132 (D.C. Cir. 2012), aff'd in part, *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 134 U.S. 2427 (2014) ; et *Greenpeace New Zealand v. Northland Regional Council*, [2007] NZRMA 87, paragr. 7.

47 5^e rapport d'évaluation du GIEC, WG1 § 6.3.

Allemagne (et Pérou)

En novembre 2015, Saúl Luciano Lliuya, un agriculteur péruvien résidant à Huaraz, au Pérou, a présenté une demande de réparation devant un tribunal allemand contre RWE, le plus important producteur d'électricité d'Allemagne.

La plainte faisait valoir que RWE, ayant en toute connaissance de cause contribué au changement climatique en émettant des volumes considérables de GES, était en partie responsable de la fonte de glaciers de montagne situés près de Huaraz (120 000 habitants). La fonte de ces glaciers présente un danger considérable : le volume d'eau du lac glaciaire de Palcacocha, situé au-dessus de Huaraz, a été multiplié par 30 depuis 1975 et par quatre depuis 2003. Lliuya a fondé sa plainte sur le paragraphe 1004 du code civil allemand, qui prévoit la suppression des atteintes et des mesures conservatoires. Il a demandé au tribunal de reconnaître RWE partiellement responsable des coûts attribuables à la hausse du volume d'eau dans le lac. Il lui a également demandé d'ordonner à RWE de lui rembourser les frais qu'il avait déjà engagés pour sécuriser son foyer et de

remettre 17 000 euros à l'association communautaire de Huaraz afin de construire des siphons, des drains et des barrages pour protéger la ville. Ce montant représente 0,47 % (1) du coût estimé des mesures de protection ; et (2) de la contribution annuelle estimée de RWE aux émissions mondiales de GES.

Le tribunal a rejeté les requêtes en jugement déclaratoire et en injonction de Lliuya, ainsi que sa demande de réparation, et ce, pour plusieurs raisons, la plus importante étant qu'aucun « lien de causalité linéaire » n'était reconnu entre les émissions de RWE et les dangers et les coûts décrits par Lliuya comme résultant de la fonte des glaciers. Cette décision va plus loin que tout jugement rendu par des tribunaux quels qu'ils soient—y compris les tribunaux américains qui ont tranché sur les affaires *AEP v. Connecticut* et *Village of Kivalina*—sur la question de savoir si les émissions d'une entité donnée peuvent être considérées comme la cause immédiate d'un préjudice à travers les effets du changement climatique.

fait qu'il est difficile d'établir une responsabilité. Or la loi n'attribue généralement une responsabilité que lorsque des contributions spécifiques peuvent être liées à des effets particuliers.

Des requérants aux États-Unis et en Allemagne ont cherché à établir—sans succès pour le moment—que des émetteurs particuliers leur avaient immédiatement causé des préjudices particuliers. Les principales affaires en la matière sont *Connecticut v. American Electric Power* et *Kivalina v. ExxonMobil*. Les requérants dans la première de ces affaires ont réclamé la délivrance d'une injonction plafonnant les émissions des centrales électriques,⁴⁸ tandis que dans la seconde, ils ont demandé à être indemnisés pour les préjudices subis du fait de l'utilisation de combustibles fossiles par des entreprises ;⁴⁹ dans les deux cas, les requérants ont appuyé leurs griefs à l'égard des entreprises privées sur la théorie de nuisance publique en vertu de la common law fédérale. Et dans les deux cas, les tribunaux ont conclu que le Clean Air Act fédéral supplantait les demandes fondées sur la common law fédérale, et ne sont donc pas parvenus jusqu'à la question de fond relative à la cause immédiate.⁵⁰

Dans l'affaire *Lliuya v. RWE AG*, Saúl Lliuya, un agriculteur péruvien, a porté plainte contre une entreprise allemande du secteur de l'énergie devant un tribunal allemand. Lliuya a demandé des dommages et intérêts pour compenser les coûts de sécurisation de sa ville face à la fonte des glaciers, phénomène dont RWE était, d'après lui, en partie responsable.⁵¹ Deux des raisons invoquées par le tribunal pour débouter Lliuya ont porté sur la causalité. La première était basée sur la preuve : le requérant avait demandé au tribunal d'indiquer le

au titre du Clean Air Act et de l'Environmental Protection Agency supplantent les griefs formulés par les requérants. ») ; *Kivalina*, 696 F.3d at 856 (« Nous n'avons pas à prendre part à cette question complexe et à une analyse factuelle dans cette affaire, car nous disposons des directives de la Cour suprême. La Cour suprême a déjà déterminé que le Congrès s'était directement penché sur la question des émissions de gaz à effet de serre nationales à partir de sources stationnaires et avait donc supplanté la common law fédérale. *Am. Elec. Power*, 131 S.Ct., 2530, 2537. »). Les tribunaux n'ont jamais apporté de réponse sur ce point, mais ils s'en sont toutefois rapprochés quelque peu lors de décisions relatives au droit d'agir, pour laquelle la barre est plus basse qu'« un lien de causalité s'apparentant à un délit civil ». Voir *Mass v. EPA*, 549 U.S., 524 ; *Connecticut v. Am. Elec. Power Co.*, 582 F.3d 309, 346 (2d Cir. 2009), rev'd on other grounds, 564 U.S. 410 (2011) ; *Comer v. Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855, 865 (5th Cir. 2009).

51 Az. 2 O 285/15, Tribunal régional d'Essen [2015].

48 564 U.S. 410 (2011).

49 696 F.3d 849 (9th Cir. 2012), cert. denied, 133 S. Ct. 2390 (2013).

50 *Connecticut*, 564 U.S., 415 (« Nous considérons que les actions autorisées

L'État du contentieux climatique

montant précis de la contribution annuelle de RWE aux émissions globales plutôt qu'une estimation. La seconde était plus symbolique : le tribunal a trouvé qu'aucune « chaîne de causalité linéaire » ne liait le préjudice allégué aux émissions de RWE—soulignant qu'un grand nombre d'émetteurs avaient provoqué un risque d'inondation de la ville de Lliuya, si bien que la cause profonde du risque ne pouvait être attribuée à RWE en particulier.⁵²

Dans l'affaire *Greenpeace Southeast Asia et al.*, des défenseurs de l'environnement et des citoyens philippins ont déposé une requête devant la Commission philippine des droits de l'homme, un tribunal habilité à enquêter sur des allégations et à émettre des recommandations, mais pas à formuler des ordonnances ayant force de loi.⁵³ Les requérants ont soumis des allégations factuelles identifiant 50 entreprises dites « carbon majors » comme étant responsables d'une part cumulée de 21,71 % des GES anthropiques émises de 1751 à 2010.⁵⁴ Les requérants ont également souligné le lien entre le changement climatique, l'acidification des océans et les préjudices physiques et économiques potentiels auxquels les Philippines sont confrontés.⁵⁵ En s'appuyant sur ces éléments ainsi que sur des arguments fondés sur le droit international des droits de l'homme, les requérants ont demandé à la Commission d'« enquêter sur les implications en termes de droits de l'homme du changement climatique et de l'acidification des océans et des violations des droits en résultant aux Philippines, et d'identifier 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 ». ⁵⁶ En décembre 2015, la

Commission a accepté d'ouvrir une enquête, qui était en cours en mars 2017.⁵⁷

En plus de soutenir que les préjudices liés au changement climatique étaient immédiatement causés par des émetteurs particuliers, les requérants dans chacune de ces affaires ont proposé au tribunal différentes manières d'attribuer la responsabilité des préjudices causés parmi les défendeurs désignés et d'autres acteurs. Toutes ces propositions se rapprochent de la « théorie des parts de marché », qui indique la démarche à adopter pour octroyer une réparation équitable dans les affaires de responsabilité des produits aux États-Unis⁵⁸—notons que cette théorie a rarement été mise en œuvre avec succès. À ce jour, cependant, aucune cour ni tribunal n'a avalisé ou suggéré une quelconque stratégie pour établir et définir une causalité immédiate dans ce contexte.

2.2.4 Établir la responsabilité dans le manque d'adaptation au changement climatique et dans les effets de celui-ci

Les effets du changement climatique étant de plus en plus fréquents et sévères, des requérants cherchent à obtenir réparation en cas de décisions susceptibles d'avoir aggravé ces impacts ou qui n'ont pas permis d'éviter des préjudices prévisibles. Entretemps, des mesures d'adaptation déployées par différents gouvernements ont également incité les requérants à rechercher un redressement par voie d'injonction ou une réparation au motif que leurs droits de priorité auraient été lésés. Les exemples suivants tirés des États-Unis et d'Australie illustrent chacun de ces types d'affaires axées sur les mesures d'adaptation.

52 [David Loses the Fight Against Goliath], *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15 décembre 2016, <https://perma.cc/LX3R-7SVE> (« Un risque d'inondation ne serait toutefois pas attribué uniquement à RWE AG. ») « Eine Flutgefahr wäre jedoch der RWE AG nicht individuell zuzuordnen. »).

53 République des Philippines, Commission des droits de l'homme, <http://198.23.173.74/chr/> (consulté le 4 mars 2017) ; Greenpeace Southeast Asia et Philippine Rural Reconstruction Movement, *Petition To the Commission on Human Rights of the Philippines Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change* [appelé ci-après *Requête de Greenpeace Southeast Asia*], <https://perma.cc/2S8R-TTKN>.

54 *Requête de Greenpeace Southeast Asia*, 3–4 (citant R. Heede, *Carbon Majors: Accounting for Carbon and Methane Emissions 1854-2010, Methods and Results Report* (7 avril 2014), <https://perma.cc/CVY4-YANG>).

55 *Id.*, 13–17.

56 *Id.*, 30. La requête comprend également cinq demandes subsidiaires, mais, comme le précise la requête elle-même, « au cœur de cette requête se trouve la question de savoir si oui ou non les sociétés défenderesses

dites « Carbon Majors » doivent être tenues responsables—étant donné qu'elles sont les entreprises qui contribuent le plus aux émissions de gaz à effet de serre et qu'elles n'ont pour l'instant pas réduit ces émissions, bien qu'ayant connaissance du préjudice causé, malgré leur capacité à réduire ces émissions, et en dépit de leur implication potentielle dans des activités susceptibles de nuire à l'action climatique—des implications pour les droits de l'homme du changement climatique et de l'acidification des océans. » *Id.* at 17 (en italique dans l'original).

57 Greenpeace International, *First national human rights investigation into climate change impacts proceeds despite opposition from fossil fuel companies*, 8 décembre 2016, <https://perma.cc/DDJ3-4UY8>.

58 Voir *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980) (qui attribue la responsabilité aux fabricants de diéthylstilbestrol, un œstrogène de synthèse prescrit aux femmes enceintes pour éviter les fausses couches, car cette substance a été déterminée comme ayant provoqué un cancer chez la requérante, mais il a été impossible de déterminer quel fabricant avait produit les doses particulières que sa mère avait prises lorsqu'elle était enceinte d'elle).

Aux États-Unis, la portée de l'immunité souveraine des gouvernements au niveau local, national et des états joue un rôle clé dans les affaires axées sur la responsabilité découlant du manque d'adaptation.⁵⁹ Deux séries d'affaires consolidées portées devant les tribunaux en 2005 suite à l'ouragan Katrina illustrent ce point : *In re Katrina Canal Breaches Litigation*⁶⁰ et *St. Bernard Parish Government v. United States*.⁶¹ Ces deux affaires portaient sur le rôle joué par le chenal maritime Mississippi River Gulf Outlet (MRGO) dans la propagation d'ondes de tempête qui avaient frappé la Nouvelle-Orléans. Depuis que le Corps des ingénieurs de l'armée américaine (Army Corps of Engineers) avait terminé les travaux d'excavation du MRGO en 1968, le mouvement naturel des vagues, les tempêtes et le sillage des navires de grande taille avaient engendré l'élargissement du chenal, qui était passé d'environ 150 mètres à plus de 600 mètres de large, si bien qu'en 2005, ses berges se trouvaient à proximité de levées construites pour empêcher que des quartiers de la Nouvelle-Orléans ne soient inondés. Comme pour de nombreuses affaires axées sur l'adaptation, la question du changement climatique faisait plutôt partie du contexte que du texte : le changement climatique contraint des acteurs publics et privés à prendre des décisions sur la manière de gérer le déplacement des berges et les tempêtes côtières toujours plus puissantes et fréquentes, et il soulève des incertitudes en éloignant les littoraux et les schémas météorologiques de leurs normes historiques.

Dans ces deux affaires, les requérants ont demandé réparation pour les effets de l'onde de tempête de l'ouragan Katrina propagée par le biais du MRGO vers la Nouvelle-Orléans, et ce, en se basant sur deux théories distinctes : la négligence du Corps, et le fait que l'équipe de gestion du chenal avait pris possession de manière provisoire, sans prévoir d'indemnisation, de biens endommagés pendant l'ouragan, ce qui est contraire à la constitution des États-Unis.⁶² La Cour d'appel du

Cinquième circuit a rejeté l'accusation de négligence dans *In re Katrina Canal Breaches*, estimant que la levée de l'immunité souveraine prévue par le *Federal Tort Claims Act* ne s'étendait pas à la gestion du MRGO par le Corps.⁶³ Dans *St. Bernard Parish Government*, la Cour fédérale des plaintes a reconnu que l'équipe de gestion de MRGO s'était emparée de manière provisoire de la valeur des biens, accusation à laquelle l'immunité souveraine ne s'applique pas.

Les termes « changement climatique » et « élévation du niveau de la mer » n'apparaissent pas non plus dans le rejet par la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud de la demande d'irrecevabilité dans l'affaire *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council*.⁶⁴ Pourtant, cette affaire a découlé du fait que le conseil municipal du Shire peinait à décider des mesures à prendre pour lutter contre les effets de l'élévation locale du niveau de la mer. Plus précisément, sur une période de sept années, le conseil municipal a d'abord proposé une politique de repli ordonné, avant de retirer cette proposition sans pour autant la rejeter formellement. Entretemps, les résidents n'ont pas eu le droit de blinder leurs parcelles de bandes riveraines, et ce, alors que l'armature en dur posée par le conseil municipal dans les années 1960 et 70 amplifiait le phénomène d'érosion de leurs berges. Les résidents ont porté plainte en soulignant différents aspects des plans d'aménagement foncier du conseil municipal, demandé réparation et réclamé l'autorisation d'installer des barrières littorales composées de rochers, de béton et de gravats pour freiner l'érosion. Le tribunal ayant refusé au conseil municipal la demande d'irrecevabilité des plaintes des requérants, les parties sont parvenues à un accord, laissant en suspens la question de savoir si le conseil municipal était responsable des répercussions du blindage qu'il avait posé ou de la politique de repli ordonné qu'il avait proposée.

L'affaire *Conservation Law Foundation v. ExxonMobil*, portée récemment devant le tribunal de district fédéral de Boston, dans le Massachusetts, fait jurisprudence sur le plan national et international pour ce qui est de la théorie selon laquelle les requérants peuvent convaincre le tribunal de griefs résultant de la menace d'un préjudice potentiel attribuable à un manque d'adaptation au changement climatique.⁶⁵ Dans cette

59 Pour un débat plus complet sur cette question, voir Jennifer Klein, *Potential Liability of Governments for Failure to Prepare for Climate Change* (août 2015), <http://bit.ly/2jtwRyK>.

60 696 F.3d 436, 441 (5th Cir. 2012) (en banc).

61 121 Fed. Cl. 687 (2015). Le Corps des ingénieurs de l'armée américaine a fait appel de cette décision devant la Cour d'appel du Circuit fédéral. *St. Bernard Parish Government et al. v. United States*, affaire n° 16-2301 (Fed. Cir.).

62 Non seulement ces théories étaient distinctes, mais elles s'excluaient mutuellement : si les tribunaux de district fédéraux avaient compétence pour la première, seule la Cour des demandes fédérales (Court of Federal Claims) pouvait connaître de la seconde. Par conséquent, un requérant ne pouvait présenter les deux, même en en faisant valoir une à titre subsidiaire.

63 *Affaire re Katrina Canal Breaches Litig.*, 696 F.3d, 441, cert. denied sub nom., *Lattimore v. U.S.* 133 S. Ct. 2855 (2013).

64 [2016] NSWSC 169.

65 *Complaint*, paragr. 70–88, *Conservation Law Foundation v. ExxonMobil Corp.*, Case n° 1:16-cv-11950 (D. Mass.), <https://perma.cc/P55L-9T9Q>. Les requérants allèguent également des atteintes au Clean Water Act non liées au changement climatique. Id. paragr. 194–96, 200–02, 210.

L'État du contentieux climatique

États-Unis (*Juliana v. United States*)

Vingt-et-un jeunes requérants ont engagé des poursuites devant un tribunal de district fédéral contre le gouvernement américain, en demandant à ce tribunal de forcer le gouvernement à prendre des mesures de réduction des émissions de CO₂ afin que les concentrations de CO₂ dans l'atmosphère ne dépassent pas 350 parties par million d'ici 2100. Les requérants ont fait valoir que « le climat de la nation » était crucial pour leurs droits constitutionnels à la vie, à la liberté et à la propriété, et que la défense avait violé leur droit fondamental à une procédure régulière en autorisant la production, la consommation et la combustion de combustibles fossiles à « des niveaux dangereux ». Les requérants ont également soutenu que l'absence de contrôle gouvernemental des émissions de CO₂ constituait une atteinte à leur droit

constitutionnel à bénéficier d'une protection égale devant la loi, étant donné que les droits fondamentaux consentis aux générations précédentes et actuelles leur étaient refusés. Enfin, ils ont affirmé que la défense avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la théorie du public trust.

Cette décision contient une application inédite de la théorie du *public trust*—qui peut être annulée en appel, mais qui est cohérente avec toute une série d'affaires jugées dans le monde entier, qui ont vu des plaideurs employer cette théorie pour présenter l'inadéquation des efforts mis en œuvre par les gouvernements pour atténuer le changement climatique ou s'adapter à ses effets. Un tribunal au moins y a déjà fait référence en appui d'une décision d'inviter les requérants à modifier leurs plaintes de sorte que l'une d'elles ressemble à celles soutenues dans l'affaire *Juliana*.

affaire, les requérants résumant ainsi leurs principales préoccupations relatives à la détention et l'exploitation par ExxonMobil d'un terminal de distribution et d'entreposage en vrac de produits pétroliers :

L'incapacité d'ExxonMobil à adapter le terminal Everett à la hausse des précipitations, à l'élévation du niveau de la mer et à la fréquence et la magnitude croissantes des ondes de tempête fait courir des risques importants aux installations, à la santé publique et à l'environnement car une onde de tempête significative, une élévation importante du niveau de la mer et/ou des précipitations extrêmes pourraient inonder les installations et entraîner le déversement de déchets dangereux dans les cours d'eau Island End River et Mystic River, et directement dans les rues de la ville d'Everett.⁶⁶

Un jugement en faveur des requérants pourrait servir de modèle à des affaires similaires, en identifiant les infrastructures ayant fait l'objet d'infractions statutaires pour forcer la prise de mesures d'adaptation aux risques résultant des effets du changement climatique. Les terminaux côtiers comme celui d'Everett étant nombreux, et indispensables pour la distribution des produits pétroliers et du gaz naturel, un tel modèle jouerait un rôle majeur et engendrerait fort probablement une nouvelle série de poursuites judiciaires. En outre, les propriétaires d'installations privées ne pouvant bénéficier d'une immunité souveraine, contrairement aux gouvernements, ils auraient moins d'options juridiques à invoquer pour éviter d'investir dans des mesures d'adaptation.

2.2.5 Appliquer la théorie du public trust au changement climatique

La théorie du *public trust* est une obligation de common law largement reconnue en vertu de laquelle l'autorité souveraine d'une Nation doit agir en tant que trustee pour les générations actuelles et futures en maintenant l'intégrité des ressources publiques de l'État.⁶⁷ En Ukraine, aux Philippines, au Pakistan et dans plusieurs tribunaux fédéraux et d'état aux États-Unis sont apparus des arguments faisant valoir que cette théorie contraignait les gouvernements à prendre ou appuyer des mesures d'atténuation et d'adaptation au changement climatique.

Les requérants désireux de voir cette théorie appliquée à l'atténuation du changement climatique en Ukraine, aux Philippines et au Pakistan ont connu un succès modeste. Ainsi, dans l'affaire *Environmental People Law v. Cabinet of Ministers of Ukraine*, un tribunal ukrainien a abordé la question de savoir si le gouvernement ukrainien avait pour responsabilité constitutionnelle

67 Voir Michael v. Blumm & Rachel D. Guthrie, *Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxon Vision*, 45 U.C. Davis L. Rev. 741 (2011-2012) (qui étudie des mises en pratique de théories en Asie, en Afrique et en Amérique du Sud) ; voir également Alec L. v. Jackson, 863 F. Supp. 2d 11, 13 (D.D.C. 2012), aff'd sub nom., Alec L. ex rel. Looz v. McCarthy, 561 F. App'x 7 (D.C. Cir. 2014), cert. denied, 135 S. Ct. 774 (2014) (« traditionnellement, la théorie a limité la capacité des États à aliéner des terrains submergés en faveur d'un accès public aux eaux situées en-dessus de ces terrains ou de la jouissance de ces eaux. »).

66 Id. paragr. 183.

de régler l'« air » en tant que ressource naturelle « pour et au nom du peuple ukrainien ». ⁶⁸ Si le tribunal a fait valoir qu'un tel devoir incombait effectivement au gouvernement, il ne lui a pas enjoint de déployer d'efforts autres que de rendre compte des progrès réalisés par rapport à ses obligations en vertu du Protocole de Kyoto. ⁶⁹ Aux Philippines, une demande d'ordonnance extraordinaire de la Cour suprême a identifié la théorie du public trust comme l'une des bases de sa requête visant à ce que le gouvernement contribue à atténuer le changement climatique en limitant la circulation des véhicules motorisés et en permettant les déplacements à bicyclette et à pied. ⁷⁰ Le requérant dans l'affaire *Ali v. Pakistan* cite également la théorie du public trust comme fondement juridique pour appuyer ses griefs à l'égard de l'approbation donnée par le gouvernement d'exploiter des gisements de charbon dans le désert du Thar en raison de la dégradation environnementale directe et indirecte prévisible qui s'ensuivra. ⁷¹

Aux États-Unis, différents groupes de requérants organisés par l'association Our Children's Trust ont soutenu devant plusieurs organes administratifs et cours de justice que la théorie du *public trust* contraignait les gouvernements des états ou le gouvernement fédéral à intervenir pour lutter contre le changement climatique. Le consensus général au sein des tribunaux est que l'application proposée de cette théorie « constitue une rupture significative par rapport à la doctrine traditionnellement appliquée », ⁷² mais un désaccord persiste sur plusieurs points clés. Le premier point de discord porte sur la question de savoir si la théorie du *public trust* peut s'appliquer en droit fédéral, ou seulement au niveau des états ; ⁷³ le deuxième, si la théorie du public trust s'étend à l'atmosphère, ou si les obligations découlent des impacts climatiques sur les

ressources océaniques et côtières ; ⁷⁴ le troisième concerne le rôle que les tribunaux doivent jouer par rapport au législatif et à l'exécutif—en partant de l'hypothèse que cette théorie s'applique effectivement au changement climatique. ⁷⁵

2.3 Tendances émergentes dans le domaine du contentieux climatique

Deux autres tendances devraient vraisemblablement se dessiner au cours des prochaines années : une hausse du nombre de procédures relatives aux migrants qui quittent leur pays ou région d'origine en vue d'une réinstallation provisoire ou permanente attribuable au moins en partie au changement climatique ; et une hausse du nombre d'actions en justice relatives au changement climatique dans l'hémisphère Sud.

2.3.1 Les « réfugiés climatiques »

Le terme « réfugié climatique » est parfois employé dans l'actualité et dans les documents de plaidoyer, mais il est difficile de lui donner une application utile sur le plan juridique ou pratique. ⁷⁶ La principale définition juridique de « réfugié », établie par la Convention de l'ONU relative au statut des réfugiés, exclut les migrants qui sont déplacés uniquement à cause de changements au niveau de leur environnement. ⁷⁷ Ce terme peut même induire en erreur,

68 *Environmental People Law v. Cabinet of Ministers of Ukraine* (Kyiv Dist. Admin. Ct. 2011).

69 *Id.*

70 *Petition for a Writ of Kalikasan and Continuing Mandamus, Segovia v. Climate Change Commission, Special Civil Action n° ___*, 23 (S.C. 17 février 2014), <https://perma.cc/W7XD-L8HH> (« Le Trustee—la personne ou entité sous la garde de laquelle se trouve la fiducie, autrement dit le gouvernement—est tenu de protéger et gérer de manière appropriée les ressources sous sa garde – les ressources vitales que sont la terre, l'air et l'eau, pour les peuples. »).

71 *Ali*, Constitutional Petition n° ___ / I of 2016.

72 *Alec L.*, 863 F. Supp. 2d at 13.

73 *Comparer PPL Montana, LLC v. Montana*, 565 U.S. 576, 604 (2012) et *Alec L. ex rel. Looz v. McCarthy*, 561 Fed. Appx. 7, 8 (D.C. Cir. 2014) avec *Juliana v. United States*, n° 6:15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146, *23 (D. Or. 10 novembre 2016).

74 *Voir Chernaik v. Brown*, n° 16-11-09273, 2015 WL 12591229, *6-8 (Or. Cir. Ct. 2015) ; *Foster v. Wash. Dep't of Ecol.*, n° 14-2-25295-1, 2015 WL 7721362, *4 (Wash. Super. Ct. 2015) ; *Sanders-Reed ex rel. Sanders-Reed v. Martinez*, 350 P.3d 1221, 1225 (N.M. Ct. App. 2015).

75 *Voir p. ex. Sanders-Reed ex rel. Sanders-Reed v. Martinez*, 350 P.3d 1221, 1225 (N.M. Ct. App. 2015) ; *Kanuk v. l'État*, 335 P.3d 1088 (Alaska 2014) ; *Funk v. Wolf*, 144 A.3d 228, 252 (Pa. Commw. Ct. 2016) (« Le mandamus est irrecevable car les Requérants ne disposent pas d'un droit manifeste à exécuter les activités demandées, et un jugement déclaratoire ne serait d'aucune utilité. »).

76 *Voir Katrina Miriam Wyman, Responses to Climate Migration*, 37 *Harv. Envtl. L. Rev.* 167, 196-200 (2013) (qui examine de manière critique des propositions de définitions juridiques) ; *Jane McAdam, Why a Climate Change Displacement Treaty Is Not the Answer*, 23 *Int'l J. Refugee L.* 2, 13 (2011) (« Du point de vue politique, il semblerait à la fois impossible sur un plan pratique et arbitraire sur un plan conceptuel d'établir une distinction entre les personnes déplacées qui méritent une 'protection' en raison du changement climatique et celles qui sont victimes de 'simples' difficultés économiques ou environnementales. »).

77 *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 33(1), ouverte à la signature le 28 juillet 1981, 189 U.N.T.S. 150 ; voir également *Jane McAdam & Ben Saul, An Insecure Climate for Human Security? Climate-Induced Displacement and International Law*, dans *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs* 357 (Alice Edwards & Carla Ferstman éd. 2010).

L'État du contentieux climatique

car il implique que les déplacements engendrés par le changement climatique sont ou doivent principalement se faire à l'échelon international et non pas national.⁷⁸ Néanmoins, ce terme fait effectivement référence au fait que des déplacements sont à prévoir à cause du climat, en soulignant l'absence de cadre juridique capable de lutter contre ce phénomène.

Quelques affaires en Australie et en Nouvelle-Zélande donnent une idée de la place que les « réfugiés climatiques » sont appelés à tenir dans le contentieux climatique.⁷⁹ Mais dans ces affaires, la question de savoir si les impacts du changement climatique confèrent un motif juridique suffisant pour autoriser l'immigration n'augure pas l'ensemble des répercussions auxquelles il faudra s'attendre lorsque les pressions climatiques entraîneront une hausse des niveaux de migration intra- et internationale au cours des prochaines années et décennies. Un contentieux relatif aux « réfugiés climatiques » est également susceptible d'apparaître dans le contexte des efforts nationaux de réinstallation et de reprise après sinistre, des efforts internationaux destinés à faciliter ou appuyer directement la réinstallation dans le pays d'origine ou à l'extérieur de celui-ci, et de l'accès national et transnational aux ressources dans un contexte de mouvements de populations et de climats en pleine mutation.

78 La majeure partie des mouvements migratoires engendrés par les changements environnementaux se font à l'intérieur des frontières nationales. Bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Forced Displacement in the Context of Climate Change: Challenges for States Under International Law, Submission to the 6th session of the Ad Hoc Working Group on Long-Term Cooperative Action Under the Convention (AWG-LCA 6), 4 (20 mai 2009)*; voir Marta Picchi, *Climate Change and the Protection of Human Rights: The Issue of "Climate Refugees"*, 13 U.S.-China L. Rev. 576, 579 (2016) (« Dans cet essai, l'auteur emploie le concept de 'réfugiés climatiques' pour désigner les personnes contraintes d'abandonner leur lieu d'origine en raison d'un facteur de stress environnemental, qu'elles franchissent une frontière internationale ou non. »).

79 *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, [2015] NZSC 107 (qui note la pertinence du changement climatique dans la décision d'immigrer mais l'octroi de visas pour d'autres motifs) ; *In re: AD (Tuvalu)*, [2014] Cases 501370-371 (Nouvelle-Zélande) (rejetant la demande de statut de réfugié) ; *RRT affaire n° 0907346*, [2009] RRTA 1168 (Refugee Review Tribunal, 10 décembre 2009) (Australie) ; *Refugee Appeal n° 72189/2000* (Refugee Status Appeals Authority, S. Joe, 17 août 2000) (Nouvelle-Zélande).

2.3.2 Hausse du nombre d'actions en justice dans l'hémisphère Sud

Plusieurs facteurs suggèrent que les actions en justice relatives au changement climatique sont appelées à devenir de plus en plus fréquentes dans l'hémisphère Sud. Dans de nombreux cas, cette impression ressort de la hausse constante du nombre de législations et de ressources financières axées sur l'atténuation, l'adaptation, et le développement durable d'une manière plus générale. Dans d'autres, un contentieux climatique peut faire suite à des accords juridiques nationaux et internationaux complémentaires, comme l'Accord de Paris et les législations nationales adoptées pour remplir les engagements annoncés dans les INDC, avant la signature de l'Accord, et dans les NDC, après l'Accord. Plus précisément, là où le mécanisme REDD+ et le Fonds vert pour le climat engendrent l'adoption de mesures législatives ou réglementaires nationales, on peut estimer que des désaccords sont susceptibles de surgir, que ce soit concernant ces mesures à proprement parler ou les ressources qu'elles régissent. Un autre facteur fort susceptible d'encourager une hausse du contentieux climatique est plus simple : grâce à la multiplication et à la dissémination des connaissances en matière de contentieux climatique, il sera plus facile de trouver des juristes compétents ayant l'expérience des théories juridiques éprouvées,⁸⁰ d'autant plus que plusieurs ONG sont prêtes à offrir des conseils dans ce type d'affaires. Bref, un corpus de règles grandissant, de plus en plus cohérent et de mieux en mieux rodé pourrait donner matière à des litiges axés sur les impacts du changement climatique à travers les efforts d'atténuation et d'adaptation.

80 Voir p. ex. : General Secretariat of the Organization of American States, *Climate Change: A Comparative Overview of the Rights Based Approach in the Americas 61-66* (novembre 2016), <https://perma.cc/LGQ9-MS8U> (qui résume des affaires jugées sur le continent américain qui traitent directement ou indirectement du changement climatique en fournissant d'abord des informations juridiques de fond).

Troisième partie. Questions juridiques relatives au contentieux climatique



Le contentieux climatique mondial soulève plusieurs questions communes à différentes juridictions. Dans un premier temps, les tribunaux et les avocats peuvent être confrontés à des questions de justiciabilité, notamment à celles de l'intérêt à agir et de la séparation des pouvoirs. Puis, lorsque les tribunaux en arrivent à évaluer le bien-fondé des demandes justiciables, il leur faut composer avec un large éventail de sources potentielles de droits légaux et autres obligations, dont le droit international, le droit constitutionnel, la common law, le droit statutaire ou législatif et la politique nationale. Enfin, après avoir déterminé qu'une requête était valide ou qu'il y avait effectivement atteinte à la loi, les tribunaux doivent encore se préoccuper de la question de la réparation. Cette partie renseigne sur la manière dont ces questions apparaissent aux différents stades du contentieux climatique.

3.1 Justiciabilité

La justiciabilité désigne en général l'aptitude d'une personne à demander réparation devant une instance judiciaire en cas de violation effective ou potentielle d'un droit.⁸¹ Elle implique de disposer de mécanismes appropriés pour protéger les droits reconnus. On dit d'une affaire qu'elle est justiciable dans une instance donnée si cette instance est capable de trancher la question et qu'elle considère qu'il est approprié de le faire. L'analyse de la justiciabilité repose à la fois sur des aspects juridiques et prudentiels. Il convient d'abord de savoir si le tribunal en question est habilité par la loi à

se prononcer sur l'affaire – cela dépend généralement de l'octroi constitutionnel de l'autorité au tribunal. Il faut ensuite savoir s'il serait imprudent que le tribunal se prononce sur cette affaire – il revient généralement au tribunal d'en décider d'après les faits qui lui ont été présentés.

La théorie de la justiciabilité varie d'une juridiction à l'autre. D'après la Cour suprême américaine, un différend justiciable « doit être défini et concret, en mettant en évidence les rapports de droit des parties ayant des intérêts juridiques contraires... Il doit s'agir d'un différend réel et substantiel susceptible de mériter une réparation spécifique en vertu d'une décision finale, et non un avis consistant à recommander la forme que la loi pourrait revêtir dans un état de fait hypothétique ».⁸² La Chambre des Lords anglaise applique une norme similaire mais plus générale en matière de justiciabilité, faisant valoir qu'un différend est non justiciable en l'absence de « normes judiciaires ou applicables » permettant de juger l'affaire.⁸³

Si le sens précis de la théorie de la justiciabilité varie, deux éléments sont communs à de nombreuses juridictions : premièrement, les requérants doivent avoir un intérêt à agir en portant l'affaire devant la justice. Comme expliqué ci-dessous, les critères de l'intérêt à agir sont étroitement liés au principe selon lequel il existe « une cause et un différend » réels et des « normes applicables » pour guider la décision du tribunal. Deuxièmement, le règlement judiciaire de l'affaire ne doit pas enfreindre le principe de la séparation ou de l'équilibre des pouvoirs.

81 International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability* (2008), <https://perma.cc/YU9F-YCNR>.

82 *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 240–41 (1937).

83 *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* (No 3) [1982] AC 888, 938.

L'État du contentieux climatique

États-Unis (Mass v. EPA)

Un groupe d'états, de gouvernements locaux et d'organisations de défense de l'environnement a réclamé le réexamen d'une ordonnance de l'Agence américaine de protection de l'environnement (US EPA), qui rejetait une demande de réglementation des émissions de GES provenant des véhicules motorisés en vertu d'une loi, le *Clean Air Act* américain.

Deux grandes questions se sont posées : (1) l'EPA avait-elle le pouvoir légal de réglementer les émissions de gaz à effet de serre en vertu de cette loi, et (2) l'EPA pouvait-elle refuser de réglementer les émissions de gaz à effet de serre en s'appuyant sur des jugements politiques ne relevant pas des considérations réglementaires indiquées dans la loi. La Cour suprême a statué que l'EPA avait effectivement le pouvoir légal de réglementer étant donné que le CO₂ et les autres gaz à effet de serre relèvent de la définition générale de « polluant atmosphérique » donnée dans la loi et que l'EPA ne pouvait rejeter une demande de réglementation pour des motifs qui n'y sont pas énumérés. Le tribunal a renvoyé l'affaire devant l'EPA, lui enjoignant soit de

présenter des preuves de mise en danger par les GES, soit de donner des raisons de ne pas présenter de preuves de mise en danger visées au statut. L'EPA a fini par présenter des preuves positives de mise en danger démontrant que les GES émis par les véhicules motorisés mettaient effectivement en danger la santé et le bien-être publics.

La question de savoir si les requérants—ou toute personne—avaient un intérêt à agir pour contester le rejet par l'EPA de la demande d'élaboration d'une règle a été un point important de controverse dans l'affaire, souligné par les juges dissidents dans leur exposé des raisons pour lesquelles leur décision aurait été différente. Le tribunal a considéré que le Massachusetts et d'autres états avaient intérêt à agir pour contester le rejet en raison de « la position et de l'intérêt privilégiés du Massachusetts ». Comme le tribunal l'a expliqué, « il est d'une grande pertinence de constater que la partie qui demande ce réexamen est un état souverain et pas... un particulier ».

3.1.1 Intérêt à agir

En droit, la définition de l'« intérêt à agir » varie d'un pays à l'autre, et peut être plus ou moins large ou restreinte selon le pays et le système juridique (civil ou common law).⁸⁴ En substance, l'intérêt à agir désigne les critères à remplir pour être partie à une procédure judiciaire. Ces critères visent généralement à s'assurer que les parties ont un intérêt suffisant dans l'issue d'une affaire et que leurs plaintes peuvent être réglées par voie judiciaire. Par exemple, dans certaines juridictions, les requérants doivent montrer qu'ils ont subi ou qu'ils subiront un préjudice du fait du comportement prétendument illégal du défendeur, et que l'organisme juridictionnel est capable d'offrir une réparation qui éliminera ce préjudice ou l'atténuera d'une autre manière.

Les critères de l'intérêt à agir peuvent entraver le contentieux climatique. Par exemple, un demandeur peut avoir du mal à établir un lien de causalité adéquat entre l'inaction ou les actions illégales présumées d'un

défendeur et un préjudice lié aux effets du changement climatique. Ce point pose particulièrement problème dans les juridictions qui exigent que soit établi un préjudice direct et personnel ou « particularisé » pour déterminer l'intérêt à agir. Cependant, certaines juridictions permettent aux particuliers et aux groupes d'intenter des poursuites en s'appuyant sur des préjudices subis par le public d'une manière générale, les requérants ayant alors moins de difficultés à porter des affaires climatiques devant les tribunaux.

Aux États-Unis, la question de l'intérêt à agir a joué un rôle central dans le contentieux climatique. Dans l'affaire *Massachusetts v. EPA*, plusieurs états, municipalités et organisations non gouvernementales (ONG) ont poursuivi le gouvernement fédéral, contestant sa décision de ne pas réglementer les émissions de GES provenant de véhicules motorisés neufs en vertu du *Clean Air Act*. La Cour suprême américaine s'est appuyée sur le statut spécial des états des requérants, quasi-souverains au sein du système fédéral, et sur leurs droits et responsabilités souverains vis-à-vis d'une perte potentielle de terres côtières, pour établir leur intérêt à agir.⁸⁵ En revanche, dans l'affaire *Comer v. Murphy Oil USA*, la Cour d'appel du Cinquième circuit a jugé que les propriétaires fonciers

84 D'une manière générale, voir George Pring & Catherine Pring, *Environmental Courts and Tribunals*, dans *Decisionmaking in Env'tl. L.* (L. Paddock, R. Glicksman & N. Bryner, éd. 2016) (« À travers le monde, les règlements intérieurs varient du plus restrictif au plus ouvert. ») ; Matt Handley, *Why Crocodiles, Elephants, and American Citizens Should Prefer Foreign Courts: A Comparative Analysis of Standing to Sue*, 21 Rev. Litig. 97 (2002).

85 *Mass. v. EPA*, 549 U.S., 526.

requérants lésés par l'ouragan Katrina n'avaient pas d'intérêt à poursuivre en justice les entreprises chimiques et de combustibles fossiles car leurs préjudices ne pouvaient être rapprochés de manière équitable au comportement de ces entreprises.⁸⁶ Plus précisément, la cour a jugé que le lien de causalité entre les émissions de GES générées par les activités de ces entreprises et les préjudices causés par l'ouragan Katrina était trop faible.

Les différends autour de la question de l'intérêt à agir ne concernent pas que les États-Unis. En effet, dans l'affaire *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*, la cour du district de La Haye a statué que la fondation Urgenda avait un intérêt à agir pour son propre compte, la loi néerlandaise permettant aux ONG d'engager des actions en justice pour protéger les intérêts généraux ou collectifs d'autres personnes, mais – « en partie pour des raisons d'ordre pratique » – les 886 requérants particuliers impliqués dans ce procès ne se sont pas vu accorder une qualité d'agir distincte de celle de la fondation Urgenda.⁸⁷ Dans l'affaire australienne *Dual Gas Pty Ltd. v. Environment Protection Authority*, le tribunal civil et administratif de Victoria a statué que plusieurs des requérants qui s'opposaient à l'octroi d'un permis pour la construction d'une nouvelle centrale électrique, faisant valoir que celle-ci émettrait des GES qui contribueraient au changement climatique, avaient un intérêt à intenter une action en justice en vertu de la loi environnementale australienne, le *Environmental Protection Act*.⁸⁸ Le tribunal a commenté :

Malgré la nature globale de la question des GES, il doit y avoir un seuil d'importance relatif au type ou à la taille des installations ou des émissions qui soit pertinent pour la question de savoir si les intérêts d'un particulier sont véritablement affectés, et qui ne doit être ni trop vague ni trop général. L'émission de quelques tonnes de GES d'une petite usine de Gippsland ne donnerait pas à notre avis un intérêt à agir à un opposant à Mildura en vertu de s 33B(1) même si cela représente une hausse graduelle des GES. Il est inutile que nous déterminions où se situe ce seuil d'importance. Comme nous l'avons noté dans notre introduction, la DGDP est une centrale majeure qui générera jusqu'à 4,2 millions de tonnes de GES par an sur un cycle de vie projeté de 30 ans et qui conduira à une hausse de 2,5 % du profil des émissions de GES de Victoria par rapport à 2009. À notre avis, cela soulève indéniablement des questions potentielles d'intérêt matériel ou des préoccupations pour tous les habitants de Victoria, et engendre un niveau pratiquement inédit

d'« intérêts affectés » et d'intérêt à agir comparé aux permis de construire qui sont habituellement demandés au Tribunal.⁸⁹

Le tribunal foncier et environnemental de la Nouvelle-Galles du Sud est parvenu à une conclusion similaire dans l'affaire *Haughton v. Minister for Planning and Macquarie Generation*, faisant valoir que l'action intentée par le requérant n'avait pas été motivée uniquement par « des préoccupations d'ordre intellectuel ou émotionnel » mais aussi par un « intérêt spécial » dans les préjudices allégués, reconnu par la loi.⁹⁰

La question de l'intérêt à porter des affaires climatiques devant les tribunaux tient une place bien moins importante dans les instances judiciaires des pays en développement. Par exemple, dans l'affaire *Leghari v. Pakistan*, la Haute Cour du Pakistan a noté que le requérant était un citoyen qui souhaitait l'application de droits fondamentaux, mais il n'a autrement pas débattu de son intérêt à agir.⁹¹ Dans l'affaire *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, le Tribunal vert national indien a lancé la procédure de sa propre initiative, conformément à son interprétation préalable de l'autorité octroyée au tribunal par la loi, par conséquent l'intérêt à agir n'a pas posé problème.⁹² Parmi les autres affaires pour lesquelles le tribunal n'a jamais présenté ou abordé la question de l'intérêt à agir, citons *Greenpeace Southeast Asia et al., Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, et l'arrêt colombien *Decision C-035/16 of February 8, 2016*.

3.1.2 Séparation ou équilibre des pouvoirs

Le principe de la séparation ou de l'équilibre des pouvoirs préconise qu'une fonction de l'État ne peut dépasser les pouvoirs qui lui sont attribués en vertu de la constitution ou d'autres lois et ne peut s'ingérer dans l'autorité d'une autre fonction. Si cette théorie est généralement invoquée en droit constitutionnel, elle s'applique également aux systèmes non constitutionnels dans la mesure où des politiques, des lois et des règlements délimitent les pouvoirs respectifs de chaque fonction de l'État. La question sous-jacente est ici de savoir si les

86 *Comer v. Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855, 860 (5th Cir. 2009).

87 *Urgenda*, paragr. 1-408, 1-409.

88 *Dual Gas Pty Ltd. v. Environment Protection Authority* [2012] VCAT 308.

89 *Id.* paragr. 134.

90 [2011] NSWLEC 217, paragr. 101-102.

91 *Leghari v. Pakistan*, (2015) W.P. n° 25501/2015 (Supplemental Decision), 3.

92 Si la loi habilitante (the India National Green Tribunal Act of 2010) ne permet pas expressément au tribunal d'engager une procédure sans qu'une demande n'ait été présentée, elle ne lui interdit pas expressément de le faire, et le tribunal a exercé ces compétences de sa propre initiative à plusieurs reprises. Voir Gitanjali Nain Gill, *Environmental Justice in India: The National Green Tribunal and Expert Members*, 5 *Transnat'l Envtl. L.* 175 (2016).

L'État du contentieux climatique

tribunaux sont l'instance appropriée pour entendre et résoudre des questions d'équité, de droits et d'obligations se rapportant au changement climatique.

Le principe de la séparation des pouvoirs tient une place particulièrement importante aux États-Unis dans le contentieux climatique. La question de l'intérêt à agir, présentée ci-dessus, traduit les préoccupations en matière de séparation des pouvoirs, les tribunaux invoquant manifestement ce principe pour se limiter à l'exercice du pouvoir judiciaire, sans empiéter sur celui des pouvoirs législatif et exécutif, réservé à d'autres branches du gouvernement. Cependant, le principe de la séparation des pouvoirs revêt également d'autres formes. Dans l'affaire *Connecticut v. AEP*, un juge du tribunal du district fédéral de New York a conclu que le changement climatique était une question « absolument politique » et « transcendentale législatif », et que la théorie de la question politique empêchait le tribunal d'entendre l'affaire.⁹³ Le Deuxième circuit de la Cour d'appel a inversé cet aspect de la décision, concluant que la réglementation des émissions responsables du changement climatique n'était pas une question intrinsèquement politique, et qu'il était largement du ressort du tribunal d'entendre une affaire de nuisance publique contre les sources des émissions de GES.⁹⁴ La Cour suprême américaine a refusé d'entendre les demandes de fond, pour une raison quelque peu différente, bien que s'appuyant également sur la question de la séparation des pouvoirs. La Cour suprême américaine a conclu que le Congrès, en adoptant la loi fédérale du *Clean Air Act* et en autorisant l'Agence environnementale américaine à traiter du changement climatique, avait « supplanté » le pouvoir permettant au judiciaire d'apporter une réparation à ces plaintes relatives à une nuisance publique.⁹⁵

Le principe de la séparation des pouvoirs a également été abordé par la cour du district de La Haye dans le jugement *Urgenda*.⁹⁶ Ainsi, le défendeur gouvernemental a fait valoir que la voie de recours recherchée par les requérants (une ordonnance exigeant de l'État qu'il limite les émissions de GES) porterait atteinte à la théorie de la séparation des pouvoirs en s'attribuant une décision qui devrait revenir à des dirigeants élus démocratiquement et en la plaçant entre les mains du pouvoir judiciaire. Le tribunal a rejeté cet argument, estimant que le droit

néerlandais exigeait bel et bien du judiciaire qu'il évalue les actions des organes politiques lorsque les droits des citoyens sont en jeu, même si la résolution de l'affaire a des conséquences politiques. Le tribunal a expliqué que la demande d'*Urgenda* « concernait essentiellement la protection juridique [des droits] » et qu'elle appelait par conséquent une intervention judiciaire.⁹⁷

Cet aspect de la décision rendue dans le jugement *Urgenda* n'a rien d'étonnant : d'une manière générale, le règlement de différends relatifs aux droits constitutionnels ou humains relève entièrement du judiciaire. En effet, il existe d'autres affaires climatiques qui impliquent la protection de droits constitutionnels et humains et dans le cadre desquelles les tribunaux ont exercé leur compétence sur des différends liés aux droits sans même aborder la théorie de la séparation des pouvoirs, vraisemblablement parce qu'il était indéniable que ces différends relevaient de la compétence des tribunaux. Parmi ces affaires, citons *Leghari v. Federation of Pakistan*, *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, et *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.*

3.2 Sources de droits et obligations

Lorsque la justiciabilité d'une action en justice et la compétence d'un tribunal pour connaître de la plainte ont été établies, le bien-fondé de l'affaire doit être évalué. Alors que se multipliaient les procédures relatives au changement climatique, les avocats et juges ont commencé à faire appel à diverses théories juridiques s'appuyant sur tout un éventail de sources de droits et d'obligations.

3.2.1 Droit international

3.2.1.1 Droits de l'homme

Les principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ne reconnaissent pas de droit autonome à un environnement sain, ou à un climat stable. Cependant, il est reconnu depuis longtemps que des conditions environnementales inadéquates peuvent nuire à l'exercice effectif d'autres droits, notamment les droits à la vie, à la santé, à l'eau et à la nourriture. C'est la raison pour laquelle le droit à un environnement sain a été codifié dans différents textes : traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, instruments non contraignants, accords régionaux sur les droits de l'homme, constitutions nationales et constitutions infranationales.⁹⁸ Depuis peu,

93 *Connecticut v. Am. Elec. Power*, 406 F. Supp. 2d 265, 267 (S.D.N.Y. 2005).

94 *Connecticut v. Am. Elec. Power*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009).

95 *Am. Elec. Power v. Connecticut*, 564 U.S. 415 ; voir également *Kivalina*, 696 F.3d at 856 (qui conclut que les griefs des requérants au titre de la common law fédérale liés aux changements climatiques avaient été supplantés par le règlement relatif aux émissions de gaz à effet de serre du *Clean Air Act*).

96 *Urgenda*, paragr. 4.94-4.107

97 *Id.* paragr. 4.98.

98 Bureau du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les liens entre le changement climatique et les droits de l'homme, Doc.

Philippines

Greenpeace Southeast Asia et de nombreuses autres organisations et particuliers ont demandé à la Commission philippine des droits de l'homme d'enquêter sur deux questions : une première d'ordre général, « les implications sur les droits de l'homme du changement climatique et de l'acidification des océans et les atteintes aux droits en résultant aux Philippines », et une seconde plus spécifique pour déterminer « si les 'carbon majors' détenues par des investisseurs manquent à leur obligation de respecter les droits du peuple philippin ».

La principale allégation factuelle de la requête s'appuie sur des travaux de recherche qui identifient toutes les responsabilités d'entités particulières en matière d'émissions anthropiques de GES depuis 1751. La requête indique le nom de 50 de ces entités, qui sont toutes des sociétés cotées en bourse, comme faisant

partie de la défense. Elle identifie différentes sources de droits de l'homme, mais s'appuie surtout sur les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme du Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme. Les réponses soumises par ces entités ont soit sous-entendu, soit fait valoir de manière explicite que la Commission ne disposait pas de la compétence ou de l'autorité nécessaire pour les contraindre à répondre à la requête portée par Greenpeace.

Tout comme dans le cas de l'affaire *Lliuya v. RWE*, cette enquête porte principalement sur la question de savoir si le droit devrait imputer la responsabilité au lien de causalité entre l'émission de GES et les effets climatiques néfastes qui en découlent. Cependant, l'autorité de la Commission se limitant à la conduite d'enquêtes et à la formulation de recommandations, les enjeux sont moindres.

différentes entités s'intéressent au lien entre les droits de l'homme et le changement climatique.⁹⁹ C'est en grande partie au contentieux que l'on doit l'ouverture d'un débat sur le changement climatique et les droits de l'homme.

En décembre 2005, le président de la Conférence circumpolaire inuit a déposé une pétition devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme (IACHR) afin d'obtenir réparation pour violation des droits de l'homme résultant des effets du réchauffement planétaire et du changement climatique. Cette pétition faisait valoir que les États-Unis—alors le plus important émetteur de GES—avaient violé les droits de l'homme des Inuits en s'abstenant d'adopter des méthodes de contrôle adéquates des GES.¹⁰⁰ Si la Commission n'a jamais

rendu sa décision, cette pétition a permis de sensibiliser le grand public aux graves effets du réchauffement planétaire sur les Inuits et de lancer de nouveaux débats sur les implications du changement climatique pour les droits de l'homme.¹⁰¹

Dans un arrêt moins connu datant de la même année, le Tribunal fédéral nigérian, dans l'affaire *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, a statué que le torchage du méthane par Shell dans le cadre de ses activités de production de gaz dans le Delta du Niger portait atteinte au droit à bénéficier d'un environnement propre et sain, garanti par la Constitution nigériane et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.¹⁰² La contribution des GES au changement climatique mondial a fait partie des allégations reconnues par le tribunal.

Plus récemment, le droit international des droits de l'homme a été à la fois l'objet d'affaires climatiques et un élément de celles-ci. Ainsi, dans l'affaire *Greenpeace Southeast Asia et al.*, des défenseurs de l'environnement et des citoyens philippins ont déposé une requête devant la Commission philippine des droits de l'homme pour qu'elle mène enquête afin de savoir si un groupe de « carbon majors », ces grandes entreprises privées émettrices de gaz à effet de serre, avaient violé les droits de l'homme

ONU A/HRC/10/61 (15 janvier 2009), <https://perma.cc/N45M-3VES>.

99 Voir, d'une manière plus générale, ONU Environnement, *Climate Change and Human Rights* (2016), <https://perma.cc/BF65-E7UP>.

100 Sheila Watt-Cloutier, *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States* (7 décembre 2005) [ci-après la Requête inuit]. Les Inuits vivent dans des zones arctiques de l'Alaska, du Canada, du Groenland et de la Russie qui ont subi des impacts particulièrement rapides et perturbateurs du changement climatique, notamment des températures nettement plus élevées que la normale, une réduction de la banquise, une érosion côtière plus forte et des perturbations au niveau des écosystèmes qui affectent les chaînes alimentaires. Duane Smith, *Climate Change In The Arctic: An Inuit Reality*, UN Chronicle, Vol. XLIV n° 2 (juin 2007).

101 Hari M. Osofsky, *The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples' Rights*, 31 Am. Indian L. Rev. 675 (2007).

102 *Gbemre v. Shell*, FHC/B/CS/53/05.

L'État du contentieux climatique

philippins en vertu du droit national et international.¹⁰³ Dans le jugement *Urgenda*, les requérants ont soutenu qu'en revenant sur ses engagements par rapport aux émissions de GES, le gouvernement néerlandais portait atteinte, entre autres, aux droits de l'homme protégés en vertu du droit international. La cour du district de La Haye n'a certes pas accepté cet argument, mais a fait référence au droit international des droits de l'homme pour parvenir à sa conclusion, à savoir qu'il y avait eu violation du devoir de diligence du gouvernement. Dans l'affaire *Leghari v. Pakistan*, le Green Bench de la Haute Cour de justice de Lahore est parvenu à une conclusion similaire. Les requérants dans des actions semblables intentées en Norvège, en Belgique et en Suisse ont également évoqué les obligations et les droits de l'homme internationaux.

3.2.1.2 Droit des réfugiés

Au cours des prochaines décennies, le changement climatique entraînera le déplacement de millions de personnes. D'après les estimations actuelles, le nombre de « réfugiés climatiques » et de « migrants environnementaux » devrait se situer entre 25 millions et un milliard d'ici 2050, et leur nombre pourrait encore augmenter dans la seconde moitié du siècle si les émissions de GES ne sont pas sérieusement réduites. Pourtant, il n'existe pas d'accord international sur les droits des personnes déplacées par le changement climatique ou sur les obligations des pays à leur égard. Deux affaires plaidées en Nouvelle-Zélande donnent une idée de la manière dont les tribunaux pourraient aborder ce type d'affaires.

Dans l'affaire *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, un citoyen kiribatien a fait appel devant les tribunaux néo-zélandais du refus de lui octroyer le statut de réfugié, soutenant que les effets du changement climatique sur les îles Kiribati, à savoir l'élévation du niveau de la mer et la dégradation environnementale, contraignaient ses compatriotes à partir. La Cour suprême de Nouvelle-Zélande a conclu que les déplacements induits par le climat ne permettaient pas au requérant de prétendre au statut de réfugié en vertu du droit international des droits de l'homme, y compris de la Convention de l'ONU de 1951 relative au statut des réfugiés. La Cour a toutefois précisé que sa décision n'excluait pas la possibilité « qu'une dégradation environnementale résultant du changement climatique ou d'autres catastrophes naturelles puisse... ouvrir une voie d'accès à la Convention sur les réfugiés ou à une juridiction octroyant le statut de personnes protégées ».¹⁰⁴

L'affaire *In re: ADa* elle aussi été portée devant les tribunaux néo-zélandais : une famille des Tuvalu a fait appel après s'être vu refuser un visa de résidents, soutenant comme dans le cas précédent qu'elle risquait de subir les effets néfastes du changement climatique si elle était déportée aux Tuvalu.¹⁰⁵ En vertu de l'*Immigration Act 2009*, le tribunal néo-zélandais en charge de l'immigration et de la protection a statué que cette famille avait établi « des circonstances exceptionnelles de nature humanitaire qui rendraient son expulsion de Nouvelle-Zélande injuste ou trop sévère ». Cependant, si le tribunal a reconnu que les effets du changement climatique pouvaient affecter l'exercice des droits de l'homme, il a explicitement refusé de trancher la question de savoir si le changement climatique donnait une raison valable d'accorder un visa de résident dans ce cas précis, préférant appuyer sa conclusion de « circonstances exceptionnelles » sur d'autres facteurs, dont la présence en Nouvelle-Zélande de la famille élargie de l'époux, l'intégration de cette famille au sein de la communauté néo-zélandaise et l'intérêt supérieur des enfants.

3.2.2 Le droit à un environnement propre ou sain

À travers le monde, des nations garantissent à leurs citoyens un droit constitutionnel à bénéficier d'un environnement propre ou sain. D'après une enquête réalisée en 2012, au moins 92 pays ont conféré une valeur constitutionnelle à ce droit, et 177 pays le reconnaissent à travers leur constitution, la législation environnementale, des décisions judiciaires ou la ratification d'accords internationaux.¹⁰⁶ Ainsi les tribunaux du monde entier commencent-ils à tenir compte des implications de ce droit à l'heure du changement climatique.

Dans l'affaire *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, le juge principal du Tribunal vert national indien de New Delhi a invoqué la protection constitutionnelle de l'environnement et ordonné aux autorités de la province du Himachal Pradesh de prendre différentes mesures pour assurer une protection contre les dommages environnementaux rendus d'autant plus probables et extrêmes par le changement climatique.¹⁰⁷ Dans sa Décision C-035/16 du 8 février 2016, le Tribunal constitutionnel colombien a déclaré inconstitutionnelles des dispositions statutaires qui menaçaient des écosystèmes de haute altitude appelés « páramos », dont on sait qu'ils sont une source d'eau

¹⁰³ [2014] NZIPT 501370-371.

¹⁰⁶ David Boyd, *The Constitutional Right to a Healthy Environment*, *Env't Sci. & Pol'y for Sustainable Dev.*, juillet-août 2012.

¹⁰⁷ *State of Himachal Pradesh, M.A. Nos. 389/2014, 1145/2015, 1250/2015, 324/2016 & 325/2016 (Nat'l Green Tribunal)*.

¹⁰³ Requête de Greenpeace Southeast Asia, supra note 53.

¹⁰⁴ [2015] NZSC 107, paragr. 13.

Inde

Dans l'affaire *In re Court on its own motion v. State of Himachal Pradesh and others*, la magistrature du Tribunal vert national (NGT) indien de New Delhi, agissant de sa propre initiative en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par ses lois habilitantes, a ordonné aux autorités du Himachal Pradesh de prendre plusieurs mesures pour assurer une protection contre les préjudices environnementaux rendus d'autant plus probables et plus extrêmes par le changement climatique. Le principal fondement juridique de la décision du NGT était l'article 21 de la constitution indienne, qui prévoit un droit fondamental à ce que le NGT appelle « un environnement sain, propre et décent ».

La conclusion du NGT a été que le gouvernement du Himachal Pradesh avait violé ses obligations en vertu de l'article 21 et d'autres dispositions en ne limitant pas le développement et la circulation routière et piétonne dans et autour d'une zone de plus en plus prisée par les

touristes accessible par le col de Rohtang. Cette zone est frappée par la fonte des glaciers et la déforestation, et le NGT a conclu que l'émission de noir de carbone attribuable à la circulation routière était une cause majeure de la fonte des glaciers. Il a également conclu, d'une part, que le réchauffement planétaire rendait d'autant plus nécessaires les mesures de protection d'une région sensible aux émissions et à la déforestation, et, d'autre part, qu'il fallait « faire face au réchauffement planétaire » pour éviter le type de dégradation environnementale posant justement problème.

Comme pour l'affaire colombienne, cette décision s'appuie sur une loi qui n'a pas été écrite pour faire face au changement climatique, d'une manière qui contraint les gouvernements à appuyer et encourager la mise en place d'efforts d'adaptation au changement climatique plus efficaces. Elle se fonde donc sur des droits que le tribunal considère comme étant compromis par l'évolution de différentes circonstances environnementales et l'inaction du gouvernement.

mais aussi qu'ils séquestrent le dioxyde de carbone.¹⁰⁸ Dans *Greenpeace Nordic Association and Nature & Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, deux ONG de défense de l'environnement ont déposé une requête en jugement déclaratoire devant le Tribunal de district d'Oslo en soutenant que le ministère norvégien des Hydrocarbures et de l'Énergie enfreignait la constitution norvégienne en octroyant des permis pour des blocs pétroliers et gaziers en vue d'une extraction en eaux profondes en différents lieux de la mer de Barents.

Parmi les autres affaires qui ont invoqué un droit constitutionnel ou interne à un environnement propre ou sain, citons les suivantes : la décision en février 2017 du Tribunal administratif fédéral autrichien de refuser la construction d'une troisième piste d'atterrissage à l'aéroport de Vienne (soulignant que les constitutions de l'Autriche et de la région de la Basse-Autriche prévoyaient des engagements envers la durabilité et la protection de l'environnement) ; *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* (concluant que le torchage de gaz pratiqué par Shell portait atteinte au droit à « un environnement non pollué et sain ») ; et *Leghari v. Federation of Pakistan* (concluant que le gouvernement, en s'abstenant de se préparer et de répondre au changement climatique, avait violé le droit à un « environnement sain et propre », droit protégé

par la constitution). Comme nous l'avons vu ci-dessus, d'autres actions ont été intentées au titre desquelles les requérants ont allégué des violations d'autres types de droits, par exemple du droit à la vie, mais ces affaires n'ont pas impliqué d'allégations relatives à un droit à bénéficier d'un environnement propre qui serait protégé au niveau national.

À ce jour, cependant, très peu de pays ont jugé utile d'envisager le changement climatique dans leur constitution. La constitution de la République dominicaine est un cas à part. En effet, en vertu de l'« Organisation du Territoire », elle prévoit « un plan d'organisation territoriale qui assure l'utilisation efficace et durable des ressources naturelles de la Nation, conformément au besoin de s'adapter au changement climatique ».¹⁰⁹ La constitution tunisienne contient une disposition semblable.¹¹⁰ Les dispositions constitutionnelles de ce type confèrent aux gouvernements des bases particulièrement importantes et une motivation permanente à promulguer et appliquer des politiques visant le changement climatique et ses effets. Les accords internationaux comme l'Accord de Paris et l'Accord de Marrakech de 2016 ne sauraient en effet se substituer à de telles dispositions, même si on les

108 Cour constitutionnelle, 8 février 2016, Décision C-035/16.

109 Constitution de la République dominicaine, art. 194, <https://perma.cc/ZCJ8-VGGK> (consulté le 21 février 2017).

110 Constitution de la Tunisie de 2014 (traduite par le Constitution Project) art. 45, <https://perma.cc/4RFF-TXZT>.

L'État du contentieux climatique

conjugue aux législations nationales qui appliquent des contributions déterminées au niveau national.

3.2.3 **Common law : responsabilité délictuelle, nuisance et négligence**

Les pays de *common law* reconnaissent les causes d'action pour les affaires de responsabilité délictuelle, de nuisance et de négligence, qui sont toutes développées et de mieux en mieux définies par le biais de la jurisprudence. Les requérants de ces pays ont commencé à s'en servir pour intenter des actions relatives aux dommages causés par le changement climatique – l'idée étant qu'un gouvernement ou un acteur privé qui contribue au changement climatique commet un délit, engendre une nuisance ou se comporte de manière négligente, le requérant devant donc pouvoir prétendre à une certaine forme de recours pour les préjudices causés par ce comportement illégal. Certaines juridictions de droit civil reconnaissent des causes d'action similaires dans leur code juridique ; le code néerlandais, par exemple, reconnaît que le gouvernement a un devoir de diligence envers ses citoyens, ce qui a constitué la base de la décision *Urgenda* présentée ci-dessus.

Cependant, d'une manière générale, les théories relatives à la responsabilité délictuelle, à la nuisance et à la négligence n'existent pas dans les pays de droit civil. Des requérants américains ont intenté plusieurs actions en *common law* sur la base de préjudices causés par le changement climatique, mais à ce jour, ils n'ont guère eu de succès. L'un des principaux obstacles à ce type de plaintes est la théorie de l'écartement de la présomption, en vertu de laquelle la codification statutaire et réglementaire écarte la présomption de *common law* lorsque la codification porte directement sur la question en cause (éliminant ainsi toute cause d'action en *common law*). Dans l'affaire *AEP v. Connecticut*, les états, les municipalités et les ONG formant la partie requérante ont fait valoir que les émissions de CO₂ dégagées par quatre compagnies d'électricité privées et la Tennessee Valley Authority contribuaient au réchauffement planétaire et constituaient par conséquent une nuisance en vertu de la loi fédérale ; ils ont demandé une injonction forçant ces compagnies à réduire leurs émissions. La Cour suprême des États-Unis a établi que toute cause d'action existant en *common law* fédérale avait été écartée par le Clean Air Act, qui autorise l'EPA à réglementer les émissions de GES des centrales et d'autres sources.¹¹¹ Dans *Native Village of Kivalina*, le Neuvième circuit a étendu cette conclusion à une demande fédérale fondée sur une nuisance visant plusieurs producteurs d'énergie—dont ExxonMobil, BP,

Chevron et d'autres entreprises utilisant des combustibles fossiles—pour des dommages climatiques associés aux activités de la défense.¹¹² À noter que les requérants dans l'affaire *Native Village of Kivalina* ont soutenu que les émissions directes associées aux opérations des compagnies énergétiques contribuaient au changement climatique—ils ne se sont pas intéressés aux émissions indirectes, ou en aval, associées aux activités extractives de la défense, qui seraient en cause s'il s'agissait d'une action intentée contre des agences fédérales au motif qu'elles avaient loué des concessions minières.

Les actions intentées en *common law* font également face à certains défis liés à la difficulté d'établir un lien de causalité entre les actions de la défense et le préjudice subi par le requérant. Dans *Comer v. Murphy Oil USA*, les propriétaires constituant la partie demanderesse ont soutenu que les émissions de GES de certaines entreprises chimiques et énergétiques contribuaient au changement climatique, ce qui avait amplifié les effets néfastes de l'ouragan Katrina, constituant une nuisance privée (ainsi qu'une nuisance publique, une violation de priorité, une négligence, un enrichissement indu, une déclaration frauduleuse et un complot civil).¹¹³ L'affaire a suivi un cours procédural complexe, conjuguant notamment non-lieu devant le tribunal de district, infirmation d'une décision devant le Cinquième circuit, décision en banc d'annuler l'infirmité faute de quorum, dépôt par les demandeurs d'une requête en mandamus visant à ce que la Cour suprême rétablisse la décision, rejet de cette requête, nouveau dépôt du dossier des requérants devant le tribunal de district, et rejet se prévalant de la chose jugée – mais pas sur le fond.¹¹⁴ Comme nous l'avons noté précédemment, l'affaire a fini par être rejetée faute d'intérêt à agir, les requérants n'ayant pu établir que leurs préjudices étaient traçables jusqu'aux émissions de GES des entreprises. Si ce dossier devait être instruit, les requérants auraient encore plus de mal à montrer quelles sont les activités responsables du préjudice.

Encore une fois, les difficultés auxquelles sont confrontées les causes d'action en *common law* ne se limitent pas aux États-Unis. En effet, dans l'affaire *Macquarie Generation v. Hodgson*, intentée en Australie, le requérant a fait valoir que la licence octroyée à une centrale au charbon devrait être interprétée comme contenant une condition de

¹¹² *Kivalina*, 696 F.3d at 858.

¹¹³ *Comer v. Murphy Oil USA*, 607 F.3d 1049, 1054 (5th Cir. 2010), petition for writ of mandamus denied sub nom. In re *Comer*, 562 U.S. 1133 (2011).

¹¹⁴ Voir *Comer v. Murphy Oil USA, Inc.*, 839 F. Supp. 2d 849, 855–68 (S.D. Miss. 2012) (rejetant la plainte de nouveau déposée pour des raisons de préemption, de question politique, d'intérêt à agir, de chose jugée et de préclusion collatérale), aff'd, 718 F.3d 460 (5th Cir. 2013).

¹¹¹ Am. Elec. Power, 564 U.S., 424.

Australie

Dans l'affaire *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council*, un groupe de requérants, propriétaires de biens immobiliers sur la plage de Belongil, en Nouvelle-Galles du Sud (Australie), a demandé réparation à l'autorité gouvernementale locale, le conseil municipal de Byron, pour couvrir les frais encourus par l'érection de dispositifs de protection des berges sur leurs parcelles et compenser la dépréciation de leurs biens immobiliers du fait de l'empiètement de la mer. Les requérants ont soutenu qu'ils avaient dû mettre en place ces dispositifs de protection et que leurs biens avaient perdu de leur valeur à cause du conseil municipal qui, des années auparavant, avait construit une armature en dur sur les berges. Ils ont fait valoir que le conseil municipal avait fait preuve de négligence en installant une armature en dur sur les berges qui avait entraîné le déplacement de l'action des vagues jusque vers les parties de la plage qui leur appartenaient, ce qui avait amplifié à cet endroit le phénomène d'érosion ; ou, à défaut, que l'armature érigée par le conseil municipal constituait une nuisance publique.

Le procès a survécu à une demande d'irrecevabilité en mars 2016, après quoi les assureurs du conseil municipal, qui avaient piloté la défense, ont accepté un règlement interdisant au conseil municipal de supprimer l'armature littorale existante (composée essentiellement de rochers, de béton et de gravats) sur les parcelles des requérants sauf accord de ceux-ci. Si les requérants veulent compléter cette armature, ils ont une année pour en faire la demande à compter de ce règlement, conclu en août 2016. Ils doivent ensuite procéder aux ajouts demandés dans un délai d'un an à partir de l'approbation de leur demande. Toute proposition d'ajout ou de réparation ultérieure ne pourra se faire qu'au bout de 20 ans, et le conseil municipal ne garantit pas que ces propositions seront approuvées.

Cette affaire montre combien les demandes en common law peuvent servir à s'opposer aux efforts d'adaptation. Elle présage sans doute le grand nombre d'actions en justice auquel on peut s'attendre, les gouvernements prenant tant bien que mal des mesures pour faciliter ou exiger un repli des côtes menacées par l'élévation du niveau de la mer et des tempêtes côtières toujours plus puissantes.

common law limitant ses émissions de CO₂ à un seuil atteignable sous réserve de prendre des dispositions raisonnables à l'égard de l'environnement. Le tribunal de première instance a rendu une décision en faveur des requérants, mais qui a été infirmée en appel. La cour d'appel a en effet estimé que les requérants ne pouvaient l'emporter car ils n'avaient pas allégué que les émissions de CO₂ de la centrale engendraient véritablement une atteinte, et il n'existait pas de fondement juridique indépendant pour interpréter la licence comme contenant une limitation implicite des émissions de CO₂.¹¹⁵ La cour a incidemment suggéré qu'il serait difficile d'établir une atteinte poursuivable du fait des émissions de CO₂ « étant donné que le CO₂ n'a pas de couleur, pas d'odeur et est inerte ».¹¹⁶

Une autre affaire, *Lliuya v. RWE AG*, a été rejetée pour des raisons similaires à celle de *Comer v. Murphy Oil USA*. Il s'agissait ici d'un agriculteur péruvien qui soutenait que les émissions de GES générées par une importante entreprise allemande du secteur de l'énergie

constituaient une atteinte en vertu du droit allemand. L'agriculteur a demandé réparation pour compenser les

coûts de protection de sa ville face à la fonte des glaciers ; la réparation réclamée (0,47 % du coût estimé des mesures de protection) correspondait à la contribution annuelle de la société aux émissions mondiales de GES (également de 0,47 %). Le tribunal a rejeté cette demande, en partie parce qu'il n'a trouvé aucun « lien de causalité linéaire » entre le préjudice allégué et les émissions de CO₂ de la compagnie.¹¹⁷ Des requérants ont également commencé à porter des requêtes fondées sur la common law pour faire reconnaître la responsabilité d'acteurs gouvernementaux dans l'absence de mesures de préparation et d'adaptation au changement climatique. Dans *Ralph Lauren 57 v. Byron Shire Council*, un groupe de propriétaires immobiliers en Nouvelle-Galles du Sud (Australie) a réclamé des dommages et intérêts à l'autorité gouvernementale locale pour couvrir les frais encourus par l'érection de dispositifs de protection des berges sur leurs parcelles et compenser la dépréciation de leurs biens du fait de l'empiètement de la mer. Les deux théories juridiques avancées par les propriétaires étaient les suivantes : (i) le gouvernement local a fait preuve de négligence en installant une armature en dur

¹¹⁵ *Macquerie Generation v. Hodgson*, [2011] NSWCA 424, paragr. 35–67.

¹¹⁶ *Id.* para 45.

¹¹⁷ David verliert den Kampf gegen Goliath, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15 décembre 2016, <https://perma.cc/X6WQ-LVJ3> (« Eine Flutgefahr wäre jedoch der RWE AG nicht individuell zuzuordnen. »).

L'État du contentieux climatique

sur les berges qui, depuis, a déplacé l'action des vagues vers leurs biens, aggravant le phénomène d'érosion et entraînant des dégâts, et (ii) l'armature installée sur les berges constitue une atteinte publique. Le procès a survécu à une demande d'irrecevabilité, mais s'est finalement conclu avant de pouvoir être résolu sur le fond. Dans l'affaire *In re Katrina Canal Breaches*, des propriétaires immobiliers ont demandé réparation au gouvernement des États-Unis pour sa gestion des installations de distribution d'eau, faisant valoir que la gestion négligente du chenal par le gouvernement avait contribué aux dégâts engendrés par l'ouragan Katrina.¹¹⁸ Les requérants se sont vu refuser un recours en raison de l'immunité souveraine du gouvernement. Mais dans l'affaire *St. Bernard Parish Government*, le Tribunal fédéral des revendications a jugé que la gestion de ces installations constituait une saisie provisoire, à laquelle l'immunité souveraine ne s'appliquait pas.

3.2.4 Autorité statutaire et politique nationale

Dans plusieurs cas, les obligations climatiques des acteurs privés et publics sont codifiées par des statuts ou des politiques nationales, dont la légalité, l'applicabilité ou la mise en application suscite des différends.

Dans l'Union européenne, l'élaboration du système d'échange de quotas d'émission (SEQE) en vertu du Protocole de Kyoto a engendré un certain nombre d'actions intentées aussi bien devant les tribunaux de l'UE que devant des tribunaux nationaux. La majorité des affaires portées au titre du SEQE de l'UE visaient à remettre en cause le système et les règlements ultérieurs. Plusieurs procédures ont été intentées contre la directive relative au SEQE, contestant son applicabilité à certains secteurs ou pays.¹¹⁹ Lorsqu'il a été décidé en 2008 d'inclure dans le système les émissions des avions rejetées dans l'UE, le secteur de l'aviation a lancé une autre action en justice.¹²⁰ D'autres procédures ont été intentées pendant et après l'élaboration par les États membres des plans nationaux

d'allocation (PNA).¹²¹ En Espagne, par exemple, au moins sept affaires ont eu pour point de départ la mise en application par l'Espagne du SEQE de l'UE par le Décret royal 1866/2004, qui a approuvé son PNA pour la période 2005-2007. Certaines sources ont contesté les crédits d'émissions qui leur avaient été attribués au titre du PNA et demandé une hausse des quotas.¹²²

Aux États-Unis, de nombreuses actions ont été intentées en vertu du *Clean Air Act*, du *National Environmental Policy Act* (NEPA) et de l'*Endangered Species Act*. La première affaire se rapportant au *Clean Air Act* était *Massachusetts v. EPA* ; la Cour suprême a fait valoir que les GES étaient conformes à la définition que donne le *Clean Air Act* des « polluants atmosphériques », et ainsi que l'EPA avait les pouvoirs requis pour les réglementer (ainsi que l'obligation connexe de déterminer si une réglementation était nécessaire pour protéger la santé et le bien-être publics). Depuis cette décision, diverses actions ont visé à contester à la fois les réglementations du *Clean Air Act* promulguées par l'EPA concernant le contrôle des émissions de GES¹²³ et le fait que l'EPA n'a pas publié rapidement des réglementations pour certaines sources de GES.¹²⁴

Les affaires intentées au titre du NEPA visent l'obligation pour les agences fédérales de tenir compte du changement climatique lorsqu'elles réalisent des bilans environnementaux pour des projets fédéraux. Plusieurs de ces actions ont été couronnées de succès, faisant valoir que ces agences ne tenaient pas compte de l'intégralité des émissions de GES associées aux projets – par exemple, les émissions de GES attribuables à la combustion de charbon produites suite à l'attribution

118 *In re Katrina Canal Breaches Litig.*, 696 F.3d at 441, cert. denied sub nom., Lattimore v. U.S. 133 S. Ct. 2855 (2013).

119 *Société Arcelor v. Premier Ministre*, Case C-127/07, [2008] E.C.R. I-09895 (rejetant la contestation de la Directive 2003/87/CE en vertu du principe d'égalité) ; *Arcelor SA contre Parlement*, Affaire T-16/04 [2010] E.C.R. II-00211 (rejetant la contestation de la Directive 2003/87/CE en vertu du fait qu'elle portait atteinte à plusieurs principes de common law) ; *Poland v. Commission*, Affaire T-183/07, [2009] E.C.R. II-03395 (rejetant la contestation de la Directive 2003/87/CE).

120 *Air Transp. Ass'n of Am. v. Secretary of State for Energy & Climate Change*, n° C-366/10, [2011] E.C.R. I-13755 (contestant l'inclusion des compagnies aériennes américaines dans le système d'échange de quotas d'émission de l'UE).

121 Commission européenne, Action pour le climat : Plans nationaux d'allocation de quotas d'émission, <https://perma.cc/P4ZW-7RLQ> (consulté le 4 mars 2017).

122 P. ex. Décision n° 5347/2008 du 6 octobre 2008, Cour suprême d'Espagne, Division des litiges administratifs (Section 5), Appel n° 100/2005.

123 Voir *West Virginia v. EPA*, n° 15-1306 (D.C. Cir.) ; *North Dakota v. EPA*, n° 15-1381 (D.C. Cir.) ; *Americans for Clean Energy v. EPA*, n° 16-1005 (D.C. Cir.). Les synthèses et les plaidoiries de chacune de ces affaires peuvent être consultées dans la base de données U.S. Climate Change Litigation de Sabin Center-Arnold & Porter Kaye Scholer : <http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/>.

124 *Americans for Clean Energy v. EPA*, n° 16-1005 (D.C. Cir.) ; *Center for Biological Diversity v. EPA*, 722 F.3d 401 (D.C. Cir. 2013). Les synthèses et les plaidoiries de chacune de ces affaires peuvent être consultées dans la base de données U.S. Climate Change Litigation de Sabin Center-Arnold & Porter Kaye Scholer : <http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/>.

d'un permis fédéral d'exploitation du charbon.¹²⁵ Les requérants ont également commencé à s'appuyer sur le NEPA pour mettre en cause le fait que les agences ne tenaient pas compte de manière adéquate des effets du changement climatique sur le projet et son milieu ambiant – mais pour l'instant, aucune décision n'a invalidé un bilan environnemental fédéral pour ces raisons.¹²⁶

Enfin, l'*Endangered Species Act* sert de base à des contestations juridiques impliquant des agences fédérales qui n'ont pas tenu compte du changement climatique dans leurs décisions relatives à la conservation d'espèces menacées ou en voie de disparition et à leur inscription sur les listes pertinentes. La plupart des tribunaux chargés de ces affaires ont statué que les effets actuels et futurs du changement climatique devaient être pris en compte pour décider d'inscrire une espèce sur une liste de ce type et déterminer son habitat essentiel.¹²⁷

En Australie, le contentieux climatique a été largement dominé par des affaires se rapportant aux études de l'impact sur l'environnement (EIE) et à la délivrance de permis environnementaux.¹²⁸ Ce type d'affaires survient généralement dans le contexte des législations australiennes fédérales et des différents états régissant les EIE et l'urbanisme, notamment le *New South Wales Environmental Planning and Assessment Act de 1979* et le *Victoria Planning and Environmental Act de 1987*. Certaines affaires ont visé les autorisations octroyées aux sources des émissions, le but étant souvent d'empêcher la production d'énergie dans les centrales alimentées au charbon en ciblant les projets de création de mines de charbon ou de centrales au charbon.¹²⁹ Si les tribunaux des états australiens ont généralement reconnu que les émissions directes de GES devaient être prises en compte dans le processus d'attribution de permis, ils n'ont souvent pas trouvé les émissions suffisantes pour justifier un rejet

des projets proposés,¹³⁰ et leurs avis ont été divergents sur la question des émissions indirectes, ou « en aval ».¹³¹ D'autres actions ont été intentées pour savoir si des projets de construction tenaient suffisamment compte des futurs impacts du changement climatique et du rôle des « EIE inversées »—qui évaluent les impacts potentiels du changement climatique sur une proposition de projet—dans la délivrance des permis.¹³²

Depuis mars 2017, l'Afrique du Sud fait partie des pays dans lesquels les EIE doivent tenir compte du changement climatique, suite au rejet par la Haute Cour de l'approbation relative au développement d'une centrale au charbon, au motif que le changement climatique et ses effets devaient être pris en compte dans l'EIE d'un projet de ce type.

Dans certains cas, et dans un nombre croissant de pays, les lois ou politiques climatiques nationales peuvent constituer une base légale dans les procédures engagées. Par exemple, la décision récente du tribunal administratif fédéral autrichien de rejeter un projet d'expansion de l'aéroport de Vienne s'est solidement appuyée sur les exigences de réduction des émissions de GES imposées au secteur du transport par la loi autrichienne de 2011 régissant la protection du climat.¹³³ De même, dans l'affaire *Thomson v. Minister for Climate Change Issues*, les requérants ont fait valoir que les INDC du pays étaient inadéquates car non conformes aux exigences imposées par le *Climate Change Response Act 2002* de la Nouvelle-Zélande. L'objectif de cette loi, à savoir « permettre à la Nouvelle-Zélande de remplir ses obligations internationales en vertu de la [CCNUCC] », a constitué le fondement juridique national requis pour pouvoir lancer une procédure se rapportant aux INDC.¹³⁴ Dans l'affaire *Leghari v. Federation of Pakistan*, la Haute Cour de justice de Lahore a fait référence à la Politique et au Cadre climatiques nationaux pakistanais de 2012 et établi

125 Michael Burger & Jessica Wentz, *Downstream and Upstream Greenhouse Gas Emissions: The Proper Scope of NEPA Review*, 41 *Harv. Envtl. L. Rev.* 2016 ; Jessica Wentz, *Climate Change and Environmental Impact Assessment*, dans *Decision Making in Envtl. L. vol II 283* (Michael Faure éd. général 2016).

126 Voir Jessica Wentz, *Considering the Effects of Climate Change on Natural Resources in Environmental Review and Planning Documents Guidance for Agencies and Practitioners* (septembre 2016),

127 Voir id.

128 Wilensky, supra note 12, 153–57.

129 Dans l'affaire *Terminals Pty Ltd. v. Greater Geelong City Council*, [2005] VCAT 1988, les résidents locaux ont contesté l'autorisation octroyée à un entrepôt chimique. Toutes les autres affaires entrant dans la même catégorie étaient des contestations de propositions relatives à des mines de charbon et des centrales au charbon.

130 P. ex. Re *Australian Conservation Foundation*, [2004] 140 LGERA 100 (concluant que le groupe d'évaluation doit tenir compte des effets des émissions de GES sur l'environnement) ; *Greenpeace v Redbank Power*, [1994] 86 LGERA 143, 153–55 (concluant que le projet devrait être approuvé en dépit des effets du changement climatique).

131 Voir *Gray v. Minister for Planning* [2006] 152 LGERA 258 ; *Xstrata Coal Queensland v Friends of the Earth* [2012] QLC 013.

132 Voir p. ex. *Taip v. East Gippsland Shire Council*, [2010] VCAT 1222 (décidant que l'EIA doit tenir compte des impacts attendus du changement climatique—principalement de la montée du niveau de la mer—dans une zone assujettie à un amendement du plan d'aménagement).

133 Voir *Klimaschutzgesetz* [Loi de protection du climat], Bgbl. I Nr. 106, 4 (novembre 2011), <https://perma.cc/2HR2-VB5Q>.

134 *Climate Change Response Act 2002* § 3(1)(a).

L'État du contentieux climatique

Afrique du Sud

La Haute Cour sud-africaine a récemment dû déterminer si, conformément au National Environmental Management Act 107 de 1998, les questions « pertinentes » relatives à l'étude de l'impact sur l'environnement d'un projet de centrale au charbon de 1200 mégawatts, Thabametsi, avaient tenu compte des impacts de ce projet sur le climat mondial et des effets du changement climatique sur le projet. À noter que le projet serait opérationnel à peu près jusqu'à l'an 2060. Le tribunal, soulignant que la loi n'envisageait pas explicitement le changement climatique, a fait valoir que ces considérations étaient néanmoins pertinentes et que leur absence de l'étude environnementale du projet rendait son approbation contraire à la loi. Le tribunal a invoqué plusieurs motifs, notamment les engagements de l'Afrique du Sud en vertu de l'Accord de Paris, pour conclure que le changement climatique était effectivement une question pertinente pour l'étude environnementale du projet Thabametsi. Étant

donné que l'étude approuvée par le ministre des Affaires environnementales ignorait dans la pratique le changement climatique, le tribunal l'a déclarée non valide aux yeux de la loi.

Cette affaire devrait tenir une place importante à l'avenir, tant sur le fond que sur le plan procédural. En statuant qu'au moins une partie des évaluations environnementales effectuées en Afrique du Sud depuis l'entrée en vigueur du National Environmental Management Act en 1998 doit tenir compte du changement climatique et de ses effets, le tribunal indique non seulement que ces facteurs sont « pertinents » dans le contexte du changement

climatique et de ses effets, mais aussi, du fait des engagements de l'Afrique du Sud envers les Accords de Paris et de Marrakech, il dresse un obstacle important susceptible d'empêcher le ministre des Affaires environnementales d'autoriser un projet dont les impacts climatiques s'avèreraient considérables et néfastes.

qu'en s'abstenant d'appliquer ce cadre, le gouvernement avait porté atteinte aux droits fondamentaux des citoyens pakistanais. Ici, le cadre politique en vigueur a constitué la base de l'évaluation de la légalité de l'action gouvernementale (ou, plus précisément, de son inaction) et de la décision relative aux voies de recours (la mise en œuvre exhaustive et rapide du cadre).

3.2.5 Démarches mixtes : devoir de diligence et théorie du *public trust*

Certaines sources de droits et d'obligations juridiques comprennent des éléments constitutionnels, statutaires et de *common law*. Par exemple, dans le jugement *Urgenda*, la cour du district de La Haye a conclu que le gouvernement devait « en faire davantage pour éviter le danger imminent engendré par le changement climatique » puisqu'il avait envers ses citoyens un devoir de diligence impliquant de « protéger et améliorer le milieu de vie ». ¹³⁵ Ce devoir est codifié dans la constitution néerlandaise, mais un devoir similaire existe également en *common law*, le concept de « négligence » se définissant généralement comme une atteinte au devoir de diligence vis-à-vis d'autrui. Le tribunal a reconnu ce lien de manière explicite, notant qu'il fallait déterminer s'il y avait eu une « négligence dangereuse et illégale de

la part de l'État » pour établir si l'État avait enfreint son devoir.

L'approche adoptée dans le jugement *Urgenda* peut être, et est d'ores et déjà, adaptée à d'autres juridictions qui ont également imposé un « devoir de diligence » aux acteurs gouvernementaux. En effet, des requérants ont engagé une procédure similaire en Suède, *PUSH Sweden, Nature & Youth Sweden*, et al. v. *Government of Sweden*, en faisant valoir que le gouvernement national avait enfreint son devoir de diligence envers les citoyens en permettant à une compagnie d'État de céder ses parts dans son activité d'extraction de charbon et ses centrales au charbon (au lieu de démanteler ces biens). La plainte précise que « la portée du devoir de diligence est déterminée par différentes considérations telles que l'adhésion de la Suède à des conventions internationales, ses objectifs environnementaux nationaux, sa législation environnementale [et] les lois gouvernementales » ¹³⁶ ainsi que la constitution suédoise. ¹³⁷

Le recours à la théorie du *public trust* peut également être considéré comme une approche hybride en matière de contentieux : s'il s'agit principalement d'une théorie de *common law*, elle peut également reposer sur des dispositions constitutionnelles et statutaires

¹³⁵ *Urgenda*, 1 (synthèse)

¹³⁶ Id. paragr. 95.

¹³⁷ Id. paragr. 92.

– par exemple, des dispositions constitutionnelles en vertu desquelles le gouvernement se doit de protéger ou gérer les ressources dans l'intérêt collectif. Depuis le contentieux de l'organisation Our Children's Trust, plusieurs affaires ont soutenu que l'absence de mesures d'atténuation du changement climatique était contraire au devoir du gouvernement en vertu de la théorie du public trust. Des procédures axées sur la théorie du *public trust* ont également été intentées au Pakistan, aux Philippines et en Ukraine (voir partie 2.2.5.).

3.3 Réparation/objectifs

Les affaires citées ci-dessus, et présentées de manière plus détaillée dans la partie suivante, illustrent que, dans

certains cas, le contentieux mondial relatif au changement climatique vise l'obtention d'un recours conventionnel, mais que, d'autres fois, un recours d'une ampleur et d'une portée extrêmement peu conventionnelles est plutôt ciblé. Les recours conventionnels peuvent être des jugements déclaratoires sur la légalité des actions ou inactions contestées, des injonctions afin de faire prendre ou faire cesser certaines mesures, et l'imputation d'une responsabilité ainsi que l'octroi d'une réparation pour les préjudices subis par les plaignants.¹³⁸ Parmi les recours non conventionnels, citons les injonctions visant à modifier certaines caractéristiques fondamentales de la politique nationale en matière de transport et d'énergie.¹³⁹

138 Voir p. ex. *Lliuya v. RWE AG*.

139 Voir p. ex. *Urgenda, Ali v. Republic of Pakistan*.

Conclusion

Le contentieux est désormais un élément important des efforts visant à promouvoir les mesures d'atténuation du changement climatique et d'adaptation à ses effets. L'une des principales raisons en est la multiplication des lois nationales portant directement sur le changement climatique, qui confèrent un point d'appui aux requérants désireux de faire reconnaître la responsabilité des gouvernements et des acteurs privés à l'égard des obligations d'atténuation et d'adaptation. Citons également le rôle fédérateur de l'Accord de Paris, qui replace les lois et politiques nationales dans un contexte mondial, permettant ainsi aux requérants d'évaluer l'adéquation des engagements gouvernementaux. Alors que le contentieux climatique se généralise, un éventail toujours plus large d'activités est visé, allant de l'aménagement des littoraux à la planification des infrastructures, en passant par l'extraction des ressources— il s'agit ainsi d'adopter une démarche juridique face aux

multiples manières dont le changement climatique affecte les écosystèmes, les sociétés et les droits et intérêts des individus. Ce type de contentieux fait aussi face à des problématiques juridiques toujours plus nombreuses, notamment la nécessité de démontrer l'existence d'un lien de causalité pour établir la responsabilité et la pertinence de la théorie du *public trust* dans les stratégies gouvernementales visant l'atténuation du changement climatique et l'adaptation à ses effets. Les procédures judiciaires relatives au changement climatique sont non seulement de plus en plus nombreuses, mais elles semblent aussi de plus en plus ambitieuses et efficaces : on constate ainsi que des procédures sont désormais intentées dans le monde entier pour faire reconnaître la responsabilité des gouvernements dans les actions ou inactions qui impactent leurs droits dans un contexte de changement climatique et côtier.





ONU environnement

Programme des Nations Unies
pour l'environnement

P.O. Box 30552 - 00100 Nairobi, Kenya
Tel: +254 20 762 123 4
Email: publications@unep.org
www.unep.org