



HAL
open science

Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent

Marta Torre-Schaub

► **To cite this version:**

Marta Torre-Schaub. Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent . Marta Torre-Schaub et al. (dir.). Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques, Mare & Martin, 2018, 978-2-84934-352-4. hal-01589686

HAL Id: hal-01589686

<https://hal.science/hal-01589686v1>

Submitted on 18 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Working Paper (not to be quoted) en cours de publication
Contribution au colloque Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques
M. Torre-Schaub, S. Lavorel, M. Marianne Moliner-Dubost et C. Cournil dir
Paris, Mare et Martin à paraître 2017

Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent¹

Marta Torre-Schaub²
Directrice de recherches au CNRS
ISJPS UMR 8103
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

*Prenons soin de la nature et de ses différentes incarnations comme un parent le fait avec son enfant.
L'adulte s'occupe de la progéniture,
car il a conscience des devoirs
que sa position de supériorité lui confère.
La planète et toutes les formes de vie qui l'habitent,
sont aujourd'hui, qu'on le veuille ou non, nos enfants*
Aymeric Caron
(préface à Une éthique pour la nature,
de Hans Jonas)

Le contentieux forme la base de la jurisprudence qui éclaire l'application et la portée de la loi en conciliant sécurité et flexibilité du droit³. Il contribue ainsi à répondre aux prétentions des parties et, en se déployant, parvient à réaliser une adaptation progressive aux changements technologiques, économiques, sociaux et économiques. Cette aptitude à faire évoluer le droit est particulièrement frappante aujourd'hui au regard des changements climatiques et d'un contentieux émergent en la matière⁴.

L'appréciation du procès comme mode de règlement amiable des conflits, en vue de favoriser la « paix sociale », est une hypothèse intéressante à développer dans le cas du contentieux climatique, dans lequel le problème global des changements climatiques se heurte à de fortes résistances législatives au niveau international, régional et souvent national. Le prétoire est

¹ Cet article est issu du Projet de recherches que je dirige, intitulé « *Les dynamiques du contentieux climatique : usages et mobilisation du droit face à la cause climatique* », financé par le GIP Droit et Justice. Il a démarré en mars 2017 pour une durée de vingt-quatre mois. Un certain nombre d'observations puisent également leur origine dans certaines séances de mes Séminaires de recherche « Mobilisation du droit, société civile et environnement ».

² Fondatrice et directrice du Réseau de chercheurs Droit et Climat

³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001, 10^e éd, p. 34 et s.

⁴ H. Rabault, « État, globalisation et théorie de la communication : la fonction de la procédure », *Droit et société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 51, 2002, p. 513-539, notamment p. 528-539.

devenu le lieu de résolution de certains litiges liés à ce phénomène mondial aux répercussions nationales ou locales⁵. Cette réflexion invite ainsi à sortir d'une conception binaire des droits, fondée sur une dichotomie originelle entre la loi et le prétoire, pour mieux saisir toute la complexité sociale de la création du droit⁶, surtout s'agissant d'un problème multi-facette comme les changements climatiques.

Parallèlement, et parce que le cas du changement climatique fait émerger avec force la portée d'un droit fondamental de tous et de chacun à « un environnement sain et sans danger pour la survie de l'humanité »⁷, on assiste au développement d'attentes nouvelles en matière de justice climatique et de nouveaux droits face aux impacts des changements climatiques sur la société⁸. Ce besoin de justice en droits subjectifs concorde avec la place grandissante des droits fondamentaux supposant l'imposition de responsabilités accrues à l'État (fondées sur des obligations internationales mais également régionales et nationales) et aux entreprises et à l'industrie⁹. Dans ce contexte, le prétoire devient le lieu où les citoyens, les associations, les collectivités territoriales¹⁰, victimes du changement climatique, réclament l'engagement de la responsabilité de l'État et/ou des entreprises émettrices de GES) ou du moins un changement de comportement, au nom d'un droit à un environnement sain, d'un devoir de diligence de l'État envers les citoyens (*Duty of Care*) ou encore en appelant à l'application de la *Public Trust doctrine*.¹¹ Les tribunaux rétablissent ainsi une forme de « paix sociale », un équilibre entre victimes et responsables, un « faire le droit » plus juste et plus en accord avec le danger représenté par cette menace planétaire et irréversible qu'est le changement climatique¹². Le prétoire apparaît alors comme le lieu dans lequel la « cause du climat » est portée par les

⁵ M. Torre-Schaub, « La gouvernance du climat : vieilles notions pour nouveaux enjeux », *Cahiers de droit, sciences et techniques*, n° 2, 2009, p. 140-163 et M. Torre-Schaub, « Le rôle de l'expertise scientifique dans le processus de prise de décision pour la protection de l'environnement » in Rafael Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris, LGDJ, 2009, p. 175-199

⁶ M. Torre-Schaub, « Single Market and Environmental protection: Pathways to integration », New York University School of Law Working Papers, Global Research Program, NYU, 2006 New York University, NY, http://www.nyuawglobal.org/workingpapers/glwp_0506.htm, 2006

⁷ Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash, Dept of Ecology, 17/06/2014 et Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust, Federal District Court, 08/04/2016

⁸ M. Torre-Schaub, « De l'émergence de droits nouveaux à la re-interprétation de droits existants : pour une nouvelle lecture du contentieux climatique », *RJE*, Actes du colloque d'Aix en Provence, Quels droits après l'Accord de Paris ?, à paraître 2017

⁹ S. Lavorel, ce même volume. ; <http://www.novethic.fr/empreinte-terre/climat/isr-rse/rechauffement-climatique-des-villes-californiennes-portent-plainte-contre-37-compagnies-petrolieres-144728.html>

¹⁰ http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/08/15/la-californie-et-san-francisco-portent-plainte-contre-l-administration-trump_5172435_3222.html ; http://www.liberation.fr/planete/2017/08/07/chicago-ville-sanctuaire-porte-plainte-contre-l-administration-trump_1588695

¹¹ Le sens du devoir de diligence (*duty of care*) n'est pas totalement stabilisé. Il s'attache généralement au soin avec lequel une personne est tenue d'exécuter sa mission pour respecter les dispositions des lois. Il peut désigner également l'efficacité que l'on est en droit d'exiger d'une personne prudente dans l'accomplissement d'une tâche ou l'exécution d'une fonction particulière. S'il s'agit en général de ne pas faire preuve de négligence, le devoir est souvent associé à la prudence. Dans la décision de justice *Urgenda* de la Cour de District de La Haye du 24 juin 2015, il est associé au « devoir de diligence » de l'État et donc à son obligation de prendre soin de ses citoyens face à la menace du changement climatique.

¹² M. Torre-Schaub, « La justice climatique, A propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2016, n° 3, p. 2-25 ; M. Torre-Schaub, « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire » *Revue québécoise de droit international*, 2016, vol 29-1, p. 161-183, M. Torre-Schaub, « Justice et justiciabilité climatique : état de lieux et apports de l'Accord de Paris » in M. Torre-Schaub (dir), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris, regards croisés*, Paris, éd IRJS, coll Bibliothèque André Tunc, T. 8, p.p. 107-124

citoyens, les associations, les collectivités territoriales¹³ et entendue par le pouvoir judiciaire, troisième pilier dans un État de droit.

Le contentieux climatique ne se cantonne pas à des actions en justice contre l'État et on voit également émerger de plus en plus des actions contre des entreprises, de la part de citoyens individuels et/ou d'associations ou de « groupements de villes », leur réclamant soit des responsabilités (même remarque que précédemment), soit une plus grande cohérence de leurs activités par rapport à ce qu'ils affichent en termes de politique climatique ou d'obligations sociales et environnementales¹⁴.

Le contentieux climatique est ainsi un phénomène en apparence protéiforme, qui implique plusieurs acteurs de la société (comprenant le monde associatif et des collectivités territoriales), qui ne touche pas seulement l'État et les citoyens mais s'étend aussi au monde économique et financier, au monde de l'entreprise et de l'industrie¹⁵.

Pour mieux saisir l'ampleur de ce phénomène émergent qu'est le contentieux climatique, et afin de mieux analyser ses enjeux, il convient de rappeler très brièvement la manière dont les textes juridiques concernant les changements climatiques ont été élaborés et les différentes circonstances afférentes. Depuis 1979, la communauté internationale se sent concernée par les impacts que l'augmentation de gaz à effet de serre a sur le climat. Le phénomène du changement climatique, comme perturbation grave et irréversible du climat planétaire, a été reconnu dès 1988 avec la création du GIEC et a donné lieu à un droit international onusien dès 1989. Mais c'est en 1992 qu'une Convention-cadre a été rédigée à Rio de Janeiro¹⁶, également sous l'auspice des Nations Unies. Un deuxième rapport du GIEC en 1995, tout aussi alarmant que celui de 1990, a propulsé à son tour la rédaction en 1997, d'un texte plus opérationnel en matière de mesures concrètes à prendre. Ce texte, connu sous le nom de Protocole de Kyoto¹⁷, visait en principe à rallier tous les pays dans la lutte contre le changement climatique, mais n'a pas abouti au résultat escompté : certains pays (pourtant gros émetteurs de carbone tels que les États-Unis) sont restés en dehors de ce cadre normatif. Je ne pense pas que ce dernier paragraphe soit nécessaire, au regard du public visé.

Ces pays ne se sont donc pas vu obligés de développer une réglementation *ad hoc* dans la lutte contre le changement climatique ou ont adopté des textes et des politiques insuffisantes ou peu contraignantes. Cette situation a fait naître une activité contentieuse abondante, notamment aux États-Unis avec plus de cinq cent affaires portées devant les tribunaux enregistrées entre 2004 et 2017¹⁸. Au niveau régional, comme dans le cadre de l'Union

¹³ <https://business-humanrights.org/fr/etats-unis-3-comtés-portent-plainte-contre-37-compagnies-pétrolières-et-gazières-pour-être-indemnisés-des-coûts-à-venir-liés-au-changement-climatique> ; <https://business-humanrights.org/en/usa-3-californian-communities-sue-37-“carbon-majors”-seeking-compensation-for-costs-of-adapting-to-sea-level-rises-linked-to-climate-change>

¹⁴ <http://www.novethic.fr/empreinte-terre/climat/isr-rse/les-actionnaires-d-exxon-defient-trump-et-votent-pour-le-climat-144484.html>

¹⁵ Task Force on Climate Change information disclosures <https://www.fsb-tcfd.org>

¹⁶ FCCC/INFORMAL/84 GE.05-62221 (F) 180705 260705

¹⁷ FCCC/INFORMAL/83 GE.05-61647 (F) 070605 090605

¹⁸ M. Nachmany, S. Fankhauser, T. Townshend, M. Collin, T. Landesman, A. Matthews, C. Pavese, K. Rietig, P. Schleifer, and J. Setzer *The GLOBE Climate Legislation Study: A Review of Climate Change Legislation in 66 Countries. Fourth Edition* London, GLOBE International and the Grantham Research Institute, London School of Economics, 2014 ; M. Wilensky, “Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate

européenne, s'est développée une production normative assez riche, fondée en grande partie sur des instruments économiques (marchés de permis d'émission) jugée cependant, par certains, frileuse et, par d'autres au contraire, trop intrusive dans le développement industriel des entreprises concernées. Une activité contentieuse, contestataire et exigeante, a vu le jour, fondée sur l'idée que le régime juridique européen de lutte contre le changement climatique n'allait pas assez loin et réclamant que les États membres prennent leurs responsabilités en la matière. Le prétoire est devenu, de part et d'autre de l'Atlantique, un lieu de cristallisation d'un malaise évident de la société face aux politiques climatiques des États et face aux activités considérées « climatocides » des entreprises et de certains secteurs de l'industrie¹⁹.

Le changement climatique soulève également des défis intergénérationnels, sociaux et éthiques, inédits. Des concepts et principes aux contours mouvants (pollueur-payeur, responsabilités communes mais différenciées, équité, etc.) se trouvent au cœur de ces enjeux juridiques climatiques. Les théoriciens s'affrontent sur la direction que doit prendre le droit du climat mais surtout l'étendue des responsabilités des personnes qui seraient principalement redevables des obligations établies par ce droit. En effet, le droit du changement climatique réinterroge le concept de responsabilité, renvoyant ainsi à l'idée d'une justice climatique²⁰. Or, la responsabilité revêt plusieurs formes et peut désigner différents acteurs responsables²¹ (États, entreprises, individus, etc.). Elle peut varier selon la nature des obligations violées et des conséquences qui s'y attachent (responsabilité internationale, interne, contractuelle, quasi délictuelle, administrative, civile, pénale, publique, privée, etc.) et poursuivre différents objectifs (responsabilité pour avoir participé au problème, pour le prévenir, pour y remédier ou le réparer, pour favoriser une justice distributive, actuelle comme future, etc...)²². Cette responsabilité peut être établie ou non par la voie contentieuse.

Cet article s'attachera à montrer l'émergence d'un mouvement contentieux climatique en pleine expansion partout dans le monde. D'abord et dans un premier temps, en étudiant la dynamique contentieuse récente caractérisée par la multiplication de ce genre d'affaires climatiques, mais qui n'en puise pas moins ses racines dans des contentieux plus anciens et moins connus. Seront ainsi étayés les enjeux à la fois scientifiques, économiques et juridiques que ce type de contentieux fait apparaître, en termes de progrès pour la science juridique mais également et, d'une manière plus générale, par rapport aux progrès sociaux -en termes à la

Litigation», *Duke Envtl. L. & Pol'y Forum*, Vol. 26, 2015, p. 131 ; Rapport PNUE and Sabin Center for Climate Change Law, *The Status of Climate Change Litigation - A Global Review*, May 2017, 40 p.

¹⁹ Soutenu par l'association environnementale allemande Germanwatch, M. Lliuya avait déposé plainte en décembre 2015, peu avant l'ouverture de la COP21 à Paris, expliquant que le groupe allemand, dont le siège se trouve à Essen, est un des principaux émetteurs de gaz à effet de serre de la planète. Selon lui, l'énergéticien – dont aucune centrale n'est basée au Pérou – est partiellement responsable de la fonte des glaciers andins. Et celle-ci fait peser la menace d'une inondation de grande ampleur sur sa famille, sa propriété, et près de la moitié des habitants de Huaraz http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/12/15/climat-la-justice-allemande-rejette-la-plainte-d-un-fermier-peruvien-contre-un-geant-de-l-energie_5049663_3244.html

²⁰ R. Cox, *Revolution justified*, The Hague, Planet Prosperity Foundation, 2012, 328 p. (<http://www.revolutionjustified.org/>). Sur les différentes positions des débats d'éthique, cf. P.-Y. Néron, « Penser la justice climatique », *Éthique publique*, vol. 14, n° 1, 2012, (<http://ethiquepublique.revues.org/937>).

²¹ S. Caney, "Cosmopolitan Justice, Responsibility, and Global Climate Change", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, p. 747-775.

²² L. Cadiet et P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, coll Dalloz Action, Paris, 1998, n° 662 et s. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir) ?, Paris, LGDJ, 1998, n° 275 et s. ; B. Dubuisson et G. Viney, *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

fois de capacité créative du juge et de développement du droit d'accès à la justice pour les citoyens - que ce contentieux propose (I).

Ces analyses nous permettront d'observer, dans un deuxième temps, une certaine dualité des droits mobilisés dans ce type de contentieux. En effet, nous le verrons, si le contentieux climatique est un phénomène nouveau et émergent, qui permet désormais de faire peser des responsabilités sur l'État en matière climatique en réclamant « un droit à un climat durable et stable », il mobilise également des droits déjà existants, pour la plupart issus de toute une tradition contentieuse environnementale. Ce contentieux plus ancien puise effectivement ses racines dans des droits et des concepts solidement ancrés dans les différentes traditions jurisprudentielles existant dans le monde (à la fois dans le système de droit anglo-saxon et dans notre système juridique issu du droit romain et germanique). L'étude de ce déploiement contentieux permet à la fois de constater des avancées remarquables dans la lutte contre le changement climatique, mais nous oblige également à relativiser la nouveauté des droits mobilisés, au final, par les citoyens et par les juges, et à l'insérer dans une problématique plus générale, tenant à l'effectivité des droits environnementaux dans le contentieux (II).

I. Un contentieux climatique original en émergence

Parce que la lutte contre le changement climatique n'admet plus d'atermoiements, exigeant une prise en main immédiate, et parce que les mesures adoptées dans beaucoup de pays ou au niveau régional ne semblent toujours pas adéquates ou suffisantes, un contentieux climatique original a émergé à travers le monde ces dix dernières années²³. Ce contentieux, très varié, a pour caractéristique de poser comme objet la protection contre le changement climatique. Ce type de procès remet toutefois en cause, ou du moins en apparence, la *summa divisio* entre les trois pouvoirs de l'État de droit, ce qui nous invite à observer de près le rôle créateur du juge (A). Cependant, les litiges climatiques font émerger un mouvement intéressant venant des citoyens, de la société civile en général et des groupements collectifs locaux et publics, en proposant une dynamique du bas vers le haut (*bottom up*) qui met en exergue la question de la construction d'une « démocratie environnementale » et la poursuite d'une « justice climatique » de la part des citoyens et des collectifs associatifs et/ou institutionnels (B).

A. Un rôle créatif pour le juge

De nombreux recours contentieux aux issues variables ont été portés devant le juge depuis 2005 pour stopper les actions gouvernementales contribuant aux changements climatiques par les industries émettrices de gaz à effet de serre (GES), forcer les pouvoirs publics à prendre des mesures d'atténuation, ou obtenir la réparation des dommages subis en raison

²³ Voir le Projet de recherches sur « Les dynamiques du contentieux » cit ; Voir également, M. Torre-Schaub, « Le réchauffement climatique au prétoire : expertise et précaution devant la Cour Suprême des États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2008, p. 58-73.

http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2007_num_59_3_19541 ; M. Torre-Schaub, « La Justice climatique : à propos de l'arrêt de la court de district de La Haye du 24 juin 2015 », *RIDC* n° 4, 2016, p.p. 699-723 ; M. TORRE.-SCHAUB, « Changement climatique, la société civile multiplie les actions en justice », in *The Conversation* du 23 mars 2017, <http://theconversation.com/changementclimatique-la-societe-civile-multiplie-les-actions-en-justice-74191> ; D. Markell & J.-B. Ruhl, « An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual? », *Florida Law Review*, Vol. 64, n° 1, 2012, p. 27.; Rapport PNUE and Sabin Center for Climate Change Law, *The Status of Climate Change Litigation - A Global Review*, May 2017, 40 p.

²³ Cf. aussi le rapport du Grantham Institute, *Global trends in Climate Change Legislation and Litigation*, M. Nachmany, S. Fankhauser, J. Setzer and A. Averchenkova, 2017, 27 p

d'évènements climatiques²⁴. Dès lors, il existe une riche palette d'actions contentieuses de nature variée qui ne mobilisent pas toujours les mêmes instruments juridiques et ne poursuivent pas les mêmes buts. Aux États-Unis, il existe des litiges pour forcer le gouvernement à atténuer les effets du changement climatique et des procès intentés par les industriels pour contrer la réglementation portant sur la réduction des émissions. En France, la question a jusqu'ici donné lieu à un contentieux réduit avec la décision *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* rendue en 2007 par le Conseil d'État²⁵ et deux décisions du Conseil constitutionnel de 2009²⁶ et 2010²⁷. Plusieurs études exhaustives, dont notamment celle publiée en 2014²⁸ par la *Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force*, illustrent pleinement la diversité de ce contentieux climatique dans le monde²⁹ et particulièrement aux États-Unis³⁰.

La production judiciaire climatique est abondante et riche en enseignements pour le système juridique. Il est certain que le changement climatique lance un défi constant au droit et que ce dernier y répond de manières diverses, la voie du contentieux étant celle qui met en exergue particulièrement l'importance de la circulation des savoirs et des phénomènes à la fois d'interconnexion entre le système social, économique et juridique³² et d'auto-fabrication du droit³³. Le juge accomplit indiscutablement un travail créateur³⁴. En matière climatique et, comme une preuve forte de la pertinence de l'existence des « forces imaginantes du droit »³⁵, on assiste à une montée en puissance du juge nous permettant d'observer un terrain de tension dialectique. Le contentieux climatique contribue à dépasser les blocages dus au multilatéralisme *top down* des négociations climatiques.

On observe ainsi, d'une part, un contentieux permettant aux juges de jouir d'une marge d'appréciation croissante et, d'autre part, un droit international de plus en plus sollicité par le juge national. Inversement, on constate la production d'un droit international fertilisée par les expériences nationales³⁶. On observe enfin que le juge est de plus en plus sollicité pour inviter

²⁴ Douglas H. Ginsburg et D. Falk, « The Court en Bank : 1981-1990 », 59, *Geo Wash, Law Review*, 1008, 1025, 1991.

²⁵ CE 8 février 2007 - Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres

²⁶ Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009. Le Conseil Constitutionnel a censuré la loi de finance de 2010 sur la contribution carbone pour non-respect du principe d'égalité.

²⁷ Décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010 (sur la délivrance de quotas).

²⁸ Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption International*, Report July 2014, 265 p.

²⁹ Les cas de contentieux hors USA :

<http://web.law.columbia.edu/climate-change/non-us-climate-change-litigation-chart>

³⁰ Compilation des cas aux USA :

<http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ClimateChangeLitigationChart.pdf>

³² Voir les travaux de S. Maljean Dubois au sein de l'ANR Circulex (Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement), <http://circulex.wix.com/projet>

³³ G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1993, p. 43 et s. ; A.-J. Arnaud, J. Commaille, P. Guibentif, *N. Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, Coll Droit et société, 1993, p. .

³⁴ M. Torre-Schaub « El papel del Juez en la elaboración del derecho : el ejemplo del cambio climático », *Revista de derecho de la Universidad de Granada*, n°12, 2009, p. 57-72

³⁵ M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, T.1 Les forces imaginantes dans le droit, Paris, Seuil, 2004, p. 34 et s.

³⁶ G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la « bénévolence » des juges », date ? <http://www.ahjucaf.org/Les-influences-croisees-entre.7177.html>

– voire obliger – les entreprises et l’industrie à faire des efforts pour atténuer le changement climatique et pour favoriser les plans d’adaptation³⁷.

Ainsi et comme l’indique François Ost, il existerait trois modèles du juge. En matière environnementale, si l’on suit l’auteur, le juge, de transcripteur, devient déterminateur, permettant ainsi à la fois de dresser les fondations d’un droit encore relativement nouveau et permettant de le rendre plus effectif, là où il demeure encore peu ou partiellement appliqué³⁸. Un phénomène de circulation³⁹ des savoirs s’est ainsi établi entre les différents tribunaux depuis une quinzaine d’années, permettant d’observer un mouvement d’échanges des savoirs des juges traduisant une conscience juridique nouvelle marquée par une préoccupation d’humanité et d’universalité qui s’appuie, à l’échelle mondiale, sur des valeurs de civilisation partagées⁴⁰.

Depuis le milieu des années 2000, les différents acteurs de la société, les citoyens, les entreprises, les associations et les victimes, se sont mobilisés dans les différents pays, pour se positionner face à l’État et aux émetteurs de GES, par rapport aux différents cadres normatifs existants, souvent inadéquats ou inefficaces. Certains cas sont emblématiques comme celui du *Massachusetts contre l’EPA* aux États-Unis en 2008⁴², ou plus récemment encore l’affaire *Urgenda* du 24 juin 2015 aux Pays-Bas⁴³. Dans la première affaire, on perçoit bien un certain nombre d’éléments émergents qui persistent aujourd’hui dans ce type de contentieux et dont il faut tenir compte pour mieux l’étudier⁴⁴. Cette affaire qui confrontait l’État du Massachusetts à l’Agence Nationale de l’Environnement en lui reprochant de ne pas légiférer sur les GES et de rester inactive face au changement climatique, a abouti à une solution proactive d’un point de vue normatif. Inspirés par le principe de précaution, les juges de la Cour Suprême ont conclu que l’État devait légiférer en matière de régulation d’émissions de carbone.

L’étude de cette affaire permet par ailleurs de réfléchir au possible renversement de la doctrine de la « non-ingérence » du pouvoir judiciaire dans le pouvoir réglementaire d’une Agence. Cette décision faisait ressortir aussi l’importance du raisonnement des juges et le rôle des opinions dissidentes dans le contentieux aux États-Unis⁴⁵.

³⁷ <https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/010190886330-exxonmobil-aurait-occulte-des-informations-sur-le-changement-climatique-2109130.php>

³⁸ F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » in P. Bouretz (dir.), *La force du droit*, Paris, Ed. Esprit, coll philosophie 2001, p. 241-272 ; M. Torre-Schaub, « L’effectivité du droit à l’environnement sain », in M. Deguegue (dir.), *L’effectivité du droit administratif, Actes du colloque L’effectivité du droit administratif*, Paris 27 et 28 sept 2014, Paris, Publications de la Sorbonne, 2017, à paraître.

³⁹ Cf. sur la circulation des normes droit de l’homme et droit de l’environnement : C. Cournil, « ‘Verdissement’ des systèmes régionaux de protection des droits de l’Homme : circulation et standardisation des normes », *Journal européen des droits de l’Homme*, 2016, n° 1, p. 3-31.

⁴⁰ A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, La République des idées, 2005, p. 49.

⁴² *Massachusetts v. EPA* & al 05-1120, 549 vs du 02/04/07 <http://www.supremecourt.gov/opinions/685.713> ; M. Torre-Schaub, « Le rôle des incertitudes dans la prise de décision : Le changement climatique au prétoire », *RIDC*, n° 3, 2007, p. 685-713 ; M. Torre-Schaub, « titre ? », in R. Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris, LGDJ, Coll. Droit Société, 2009, p. 175-199

⁴³ C. Perruso « La lutte contre le changement climatique en tant qu’objet juridique identifié ? », *Energie - Environnement - Infrastructure*, LexisNexis, août 2015 (avec Eric Canal-Forgues) ; M. Torre-Schaub, art. cit., *RIDC*, n° 3, 2016, p. 2-25.

⁴⁴ M. Torre-Schaub, art. cit., *RIDC*, n° 3, 2007.

⁴⁵ P. W. Kahn, *Making the Case, The art of the Judicial Opinion*, lieu, Yale University Press, 2016, p. ?

Elle a mis également en avant l'importance du rôle de la science et des expertises scientifiques dans la prise de décision et a enfin permis de réfléchir aux différents outils juridiques et techniques développées dans certains procès climatiques. Dans cette affaire, la question par exemple du lien de causalité, qui bloquait jusqu'alors l'établissement d'une preuve admissible permettant de relier les effets du changement climatique à une quelconque action de l'homme – et, par là, à l'établissement de toute responsabilité - a été interprétée par les juges de manière souple et ouverte, ce qui a permis, enfin, au pouvoir judiciaire, d'aller plus loin que le pouvoir législatif ne l'avait fait à l'époque, et de dénoncer l'existence de changements climatiques du fait de l'augmentation de la quantité de GES dans l'atmosphère⁴⁶.

Le développement de ce type de contentieux, de manière encore plus spectaculaire depuis 2015, invite également à affirmer que l'évolution des catégories juridiques traditionnelles dans le déroulement du procès doit être repensée. Et ce, grâce au rôle à la fois courageux et innovant du juge. Parmi ces catégories, citons le droit de la responsabilité, le droit de la preuve, la question du lien de causalité, la dilatation de la *summa divisio* entre expertise scientifique et preuve juridique, ou encore la pertinence de la mobilisation de certains principes du droit de l'environnement comme les principes de prévention et de précaution⁴⁷. Cela nous conduit effectivement à saluer le rôle essentiel du juge dans l'émergence d'un droit plus favorable à la lutte contre le changement climatique ainsi que, finalement, dans l'évolution du droit du contentieux lui-même.

Toutefois, la question réactive de la séparation des pouvoirs demeure, question qui apparaissait déjà lors des premiers contentieux climatiques aux États-Unis⁴⁸. Autrement dit, face à l'inaction de l'État ou à l'inexistence de réglementations suffisamment contraignantes pour les industries et les entreprises, le juge doit-il prendre le relai afin de rétablir la fonction primaire de l'État qui est celle de protéger ses citoyens contre des dangers et des risques avérés ?⁴⁹ Cette question, essentielle car elle repose sur l'un des piliers de notre système de droit en France et en Europe, ne peut être traitée tant qu'il n'y aura pas davantage d'affaires climatiques. Pour l'heure, le nombre de litiges existants, s'il permet de saluer le travail des juges, ne constitue pas une preuve suffisante conduisant à une supposée « suprématie » du rôle créateur du juge sur le pouvoir législatif. Il convient, dès lors, de garder une certaine prudence sur ce plan.

Si d'énormes progrès ont été faits, il est encore un peu tôt pour conclure à une « véritable source de droit » en la matière. C'est ainsi qu'il convient de poursuivre notre analyse du phénomène contentieux en pointant une autre question qui apparaît ici avec force. Il s'agit du rôle de plus en plus assuré et actif, sur le plan juridictionnel, des associations de protection de l'environnement, ONG et fondations ayant pour objet la lutte contre le changement

⁴⁶ M. Torre-Schaub, « Le réchauffement climatique au prétoire : expertise et précaution devant la Cour Suprême des États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2008, p. 58-73 http://www.persee.fr/doc/ridec_0035-3337_2007_num_59_3_19541

⁴⁷ M. Torre-Schaub, « Vieilles notions pour nouveaux enjeux » in *Cahiers de Droit Sciences et Techniques*, dir M. Torre-Schaub, n° 2, 2009, p. 140-163.

⁴⁸ M. Torre-Schaub, « Le réchauffement climatique au prétoire : expertise et précaution devant la Cour Suprême des États-Unis » cit

⁴⁹ F. Foyer, « Allocution d'ouverture », *Archives de Philosophie du droit*, T. 50 : La création du droit par le juge, p. 5 ; M. Torre-Schaub, « El papel del Juez en la elaboración del derecho : el ejemplo del cambio climático », *Revista de derecho de la Universidad de Granada*, n°12, 2009, p. 57-72

climatique. Nous plaçant de l'autre côté du miroir et, afin de ne pas laisser de côté des éléments indispensables dans l'étude du développement du contentieux climatique, quel est le rôle qui revient finalement aux citoyens porteurs de ces actions ?

B. La réactivation de la société civile : le développement d'un activisme associatif et « communautaire »

Si certaines affaires contentieuses climatiques ont été portées par un seul individu, les cas sont cependant rares et très isolés⁵⁰. Les procès climatiques sont pour la plupart portés par un collectif organisé. L'analyse de ces affaires permet de prendre conscience de l'importance du rôle joué par les différents acteurs dans le procès et leur apport certain à la production de la norme en matière de changement climatique⁵¹.

Rappelons ainsi que les associations renouvellent la société en rappelant, voire, re-crétant de valeurs se sédimentant, à terme, en normes. La question du rapport éventuellement contestataire aux normes renvoie ainsi à l'action. L'étude du contentieux climatique dévoile des conflits d'intérêt et des tensions (inhérentes souvent au domaine environnemental) révélant les insuffisances des réglementations nationales et régionales et l'impuissance ou l'incapacité des États à faire face à un certain nombre d'obligations.

Ce contentieux met en exergue également les limites du contentieux associatif, compte tenu de la configuration actuelle en France et en Europe des *class actions*. Mais il confirme cependant le grand potentiel du rôle des associations dans la lutte contre le problème global et planétaire du changement climatique que l'on constate de façon plus visible lors des différentes Conférences des parties sur le climat.

Les associations seraient ainsi, au prisme de leur action dans la lutte contre le changement climatique et au regard de leur action d'impulsion du contentieux en la matière, des vecteurs de création de certaines valeurs, parfois oubliées du législateur ou insuffisamment soulignées au niveau de la loi. Il est ainsi pertinent de souligner la manière dont elles portent « l'intérêt collectif » consistant à réclamer des moyens efficaces de lutte contre le changement climatique. Elles déploient, c'est certain, des stratégies contentieuses accompagnées d'une certaine gestion de leur savoir juridique et sa mobilisation.

Il est vrai que l'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas a « fait crépiter » l'intérêt pour le sujet. *Urgenda*, rappelons-le, est la contraction du mot *Urgent* et du mot *Agenda*, et constitue le nom de l'ONG et fondation pour le climat qui ont été à l'origine d'un des contentieux climatiques les plus médiatisés et emblématiques aux Pays-Bas, en Europe et dans le monde.

Les études de cette décision ont été nombreuses et riches en enseignements. Plusieurs commentaires sur cette affaire ont souligné les différents points juridiques sur lesquels cette décision apporte des éléments, à la fois de continuité dans la suite de l'affaire *Massachusetts*, et d'innovation. Parmi ces points novateurs, citons par exemple la question cruciale de la responsabilité de l'État ou principe de diligence -*Duty of care*- ; l'invocation systématique du principe de précaution ; et les arguments tenant au caractère global du changement climatique comme phénomène reconnu désormais imminent et irréversible, affectant l'humanité en tant que communauté de vie. Ces arguments rejoignent ceux tenant à la fundamentalité d'un droit

⁵⁰ *Abhiyan v. Union of India, Writ Petition (Civil) No. 857 of 2015 (2016) S.C.C.*

⁵¹ M. Torre-Schaub, « El papel del juez en la elaboración del derecho : el ejemplo del cambio climático », *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*, n° 12, 2009, - p. 57-72.

à l'environnement sain et constituent un socle, désormais immuable, des argumentaires du procès climatique. Il est ainsi certain que cette association-fondation a su mobiliser, dans sa demande devant le juge néerlandais, une série d'arguments juridiques qui n'avaient pas jusqu'alors été déclamés dans le cadre de la lutte contre le changement climatique.

De la même manière, l'association Urgenda et les neuf cents citoyens qui avaient appuyé sa demande en justice, propulsent clairement la question de la responsabilité de l'État vis-à-vis de ses citoyens. La question de la responsabilité – très présente dans les affaires climatiques -⁵⁵, est par conséquent sans cesse réinterrogée, renouvelée, sans être complètement tranchée. Mais d'autres questions sont également soulevées par ces associations. Sans rentrer ici dans le détail argumentatif des plaidoyers ou dans une énumération exhaustive de différents arguments, ce qui est original dans le contentieux climatique est la volonté de poursuivre « une cause commune » de la part des citoyens et associations impliqués dans ces procès, et ce, en dépit de la diversité des droits mobilisés (de nature internationale, nationale, constitutionnelle, civile, urbanistique ou environnementale). En effet, on observe à l'étude de différentes affaires, que l'objectif est de pointer à chaque fois, des déficiences de l'État et/ ou des entreprises en matière d'atténuation de l'augmentation des gaz à effet de serre. Aussi, qu'il s'agisse de la question de la carence de l'État ou de la dénonciation de grands projets urbanistiques ou d'infrastructures, ou du défaut d'information climatique aux actionnaires, ou encore de la poursuite d'activités industrielles tendant à augmenter la cumulation de GES dans l'atmosphère, les associations sont-elles bien décidées à rappeler à l'État et aux industriels qu'ils se doivent de ne pas mettre en danger les citoyens face au changement climatique (ses effets, ses conséquences, ses risques) et que, dans ce sens, ils doivent faire le nécessaire compte tenu de l'état du droit existant déjà en la matière au niveau national, régional et international⁵⁶.

A cet activisme associatif, vient s'ajouter un activisme para-étatique qui est le fait de groupements des collectivités territoriales ou de groupements de communes. Il ne s'agit pas dans ces cas-là d'associations militantes ou de citoyens isolés mais bel et bien de groupements formés par des collectivités locales ou des villes. Un exemple qui illustre bien cette tendance est celui fourni par la récente action en justice portée par plusieurs villes côtières en Californie portant plainte contre trente-sept compagnies pétrolières, dénommées les « Carbon Majors »⁵⁷.

Ainsi, s'il est difficile de conclure sur ce point précis à une sorte de « mouvement citoyen émergent », et s'il est encore beaucoup trop tôt pour noter une organisation clairement structurée, transnationale et transfrontière, porteuse de ce type d'action, il est néanmoins certain que la plupart des ONG et fondations ayant participé à ce type d'action en justice appartiennent à des mouvements transnationaux, fédérateurs et associatifs au niveau international et, qu'ils ont pour point commun la poursuite d'une certaine « justice

⁵⁵ Voir l'article de S. Lavorel, ce même volume

⁵⁶ Affaire Urgenda cit et Affaire Leghari v. Federation of Pakistan, W P No 25501, Lahore High Court, 04/09/2015 et 14/09/2015 ; Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash, Dept of Ecology, 17/06/2014 et Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust, Federal District Court, 08/04/2016.

⁵⁷ Dans leur plainte, les villes californiennes refusent de payer les dommages à venir causés par la montée des eaux. Elles accusent les compagnies pétrolières d'avoir eu connaissance des risques de réchauffement climatique liés à leur activité sans avoir pour autant modifié leur modèle économique. Voir l'article de Ludovic Dupin dans Novethic du 22 août 2017 Novethic.fr et <http://www.novethic.fr/climat/entreprises-et-climat.html>

climatique »⁵⁸.

Si le constat d'un activisme collectif en matière climatique à travers le monde est avéré, il convient toutefois de se demander quels sont les apports juridiques réels, sur le plan matériel, de ce type de contentieux. Il est certain que ces associations citoyennes tendent à souligner l'urgence de la protection du climat et la nécessité de sa stabilisation. La question d'un climat durable est un point commun à ces actions en justice et constitue un trait d'union important entre les différentes affaires. Cet objectif doit cependant revêtir une forme juridique spécifique afin de pouvoir être brandi devant un juge. C'est précisément cet activisme judiciaire de la part de la société civile, exacerbé maintes fois par la doctrine, qui constitue un point essentiel pour faire progresser la notion de justice climatique, entendue ici par nous comme un élément clé de la construction d'une société plus juste, plus égalitaire et plus démocratique⁵⁹.

Dans ce chemin parcouru par les différentes associations à travers le monde, la question de l'affirmation d'une « justice climatique » est dès lors le dénominateur commun permettant de relier les différentes affaires, leur donner une certaine cohérence et justifie que nous parlions d'un « phénomène émergent ». C'est ainsi que la question des droits invoqués dans ce contentieux doit être posée.

II. Quels apports à une justice climatique ?

L'analyse du contentieux climatique ne saurait s'arrêter au constat statistique de l'augmentation de demandes en justice ces dernières années. Il convient effectivement de pointer les apports effectifs au droit de ce type de contentieux et d'observer l'émergence de nouveaux droits « climatiques », comme autant d'éléments originaux de ce type de contentieux.

Dans ce contexte, plusieurs auteurs -dont nous partageons l'avis- s'accordent à décrypter l'Accord de Paris comme un « environnement normatif et politique » suffisamment large pour comprendre une « zone d'influence », s'inscrivant dans ce qui est venu s'appeler le « *momentum for the change* »⁶¹. Cette sphère d'influence normative de l'Accord se présente ainsi comme un temps chronologique, idéologique et juridique se situant bien en amont de l'Accord et après⁶². Rappelons ainsi que le contentieux climatique le plus médiatisé, celui qui s'est déployé ces dernières années, a commencé en amont de l'Accord, et se développe encore aujourd'hui, en 2017, deux ans après son adoption. Dans la prolongation de cet effet « normatif » de l'Accord, plusieurs actions se préparent actuellement, qui devraient être présentées devant les juges en 2018. Il s'agit par conséquent d'une activité contentieuse qui

⁵⁸ Pour une approche de la justice climatique voir P.-Y. Neron, « Penser la justice climatique », <http://ethiquepublique.revues.org/937> ; A. Michelot A. Michelot, *Justice climatique / Climate Justice, Enjeux et perspectives / Challenges and perspectives* Bruxelles, Bruylant, 2016, 374 p. ; O. Godard, *La justice climatique mondiale*, Paris, La Découverte, 2016, 130 p. ; M. Torre-Schaub, « Justice et justicabilité climatique : état des lieux après l'Accord de Paris », in M. Torre-Schaub (dir) *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris : regards croisés*, éd IRJS, coll Institut A. Tunc, Paris, 2016, p.p.107-125 et A. Michelot, « La justice climatique un enjeu pour la COP 22 portée par la société civile » in M. Torre-Schaub (dir) *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris*, cit, p.p. 79-95

⁵⁹ Voir le Projet de recherches « Les dynamiques du contentieux climatique » cité

⁶¹ S. Aykut, J. Foyer, E. Morena, *Globalising the Climate, Cop 21 and the Climatisation of Global debates*, Earthscan Routledge, London 2017; J. A. Viñuales, « The Paris Climate Agreement : an initial examination », Working Paper, C-EENRG, 2015, vol 3, p. 8 et s.

⁶² Voir M. Torre-Schaub, chapitre préliminaire ce même volume

prend clairement naissance dans l'environnement favorable de l'Accord de Paris et qui exerce une influence certaine sur la production normative climatique à travers le monde. Les spécialistes des négociations climatiques et de la gouvernance du climat font référence à cette influence élargie en évoquant les « parties cachées (*hidden parts*) de l'Accord »⁶⁴.

Dans cet environnement large, le contentieux climatique peut être analysé comme un espace juridique institutionnellement séparé, mais normativement connecté aux négociations. Cet espace, créateur de droits et gorgé de propositions, enferme ainsi différentes textures normatives. Dans ce contexte, force est de saluer l'émergence de nouveaux droits pour le climat – comme notamment « le droit à un climat rendant la vie possible » (plaidé par des ONG américaines au cours de différentes demandes en justice très récentes)⁶⁵ parmi d'autres droits climatiques émergents. Ces nouveaux droits sont influencés, dans leur racine, par un certain nombre d'études scientifiques et de rapports d'expertises, qui ont tiré la sonnette d'alarme sur ce qui en train d'arriver et sur ce qui n'a pas été fait pas les États pour palier ces effets néfastes présents et futurs (A).

Ici exacerbés, mieux contextualisés sans doute, et impulsés par une conjoncture internationale, européenne et nationale favorable (pensons au contexte des Cops) ces arguments ont plus d'efficacité judiciaire et argumentative que dans d'autres types de contentieux environnementaux. Mais pour autant, ces éléments sont-ils cependant véritablement originaux ? Il convient ainsi de faire un bilan de ce qui relève de l'originalité de ce contentieux et ce qui a pu déjà être mobilisé dans d'autres types de contentieux environnementaux. Il nous semble ainsi que le contentieux climatique n'est pas seulement le lieu de création de « nouveaux droits » mais c'est avant tout l'occasion de (ré)affirmer ou réactiver des droits environnementaux, civils et administratifs, plus classiques, déjà existants (B).

A. La valeur ajoutée du contentieux climatique

L'étude de l'émergence du contentieux climatique permet de constater la diversité et l'inventivité du droit mobilisé à différentes échelles géographiques (droit international, droit de l'UE, droit national), matérielles (droit du climat, droit civil, droit de la responsabilité, droits de l'homme, etc.) et des différents outils juridiques (traités, protocoles, décisions de COP, *soft law*, etc.). Il est important également d'apprécier l'importance de l'évaluation empirique des usages de la justice faits par les acteurs, ce qui nous permet de conclure à la naissance d'un nouvel objet juridique, celui de la « cause climatique », pouvant être porteur de nouveaux paradigmes en droit et de nouveaux droits ou, du moins, comme phénomène témoignant d'une grande inventivité argumentative. C'est ainsi que la question des rapports entre connaissance scientifique et connaissance juridique mérite également d'être soulignée. Enfin, il est certain que certains contentieux ont fait appel à des droits climatiques « nouveaux », droits qu'il convient de décrypter et contextualiser.

Il convient tout d'abord de rappeler le volet innovant de l'argumentaire de certains contentieux climatiques, qui semble se dessiner autour de plusieurs aspects. De plus en plus fréquemment, on voit émerger un type de contentieux qui mobilise « le droit mou » ou *soft*

⁶⁴ S. Aykut, J. Foyer, E. Morena, *Globalising the Climate, Cop 21 and the Climatisation of Global debates*, Earthscan Routledge, London 2017 cit, p. 17 et s

⁶⁵ Dr. Gunnar Holmquist, Nancy Nelson, Lewis Nelson, Margie Heller, Deena Romoff, George Taylor, G. Maeve Aeolus, v. United States, Case 2:17-cv-00046 Document 1 Filed 01/31/17 devant le DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF WASHINGTON SPOKANE DIVISION

Law. La norme en action, utilisée ici par les parties -notamment les ONG- n'est pas la règle « classique » de droit, mais des règles provenant d'un corpus « alternatif » (les principes de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, les principes d'Oslo⁶⁶, etc.). Toutefois, ce type de contentieux poursuit généralement plutôt un objectif de déclencheur de changements dans l'état du droit existant plutôt que d'aboutir à des solutions substantielles et obligatoires.

Ensuite, le contentieux *Urgenda*, les pétitions Inuits portées devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme ou encore les actions en justice des déplacés climatiques devant le juge néo-zélandais ont tous été portés par des ONG environnementales ou par des victimes des changements climatiques. Ces acteurs du droit demandent une sorte « d'humanisation des changements climatiques » en étayant leurs argumentaires juridiques avec du droit européen/international/interaméricain des droits de l'Homme.

Également, aux États-Unis notamment où le contentieux climatique est déjà assez développé, plusieurs théories juridiques ont été mobilisées, selon la nature de l'action (celle de la « *Public Trust Law* », celle du droit des nuisances et des obligations, celle du *Parens Patriae*, celle de la « *Private Trust Law* », etc.).⁶⁷ Du côté européen, les expériences du contentieux climatique sont peu et mal connues ou alors il s'agit d'un contentieux encore en voie de gestation (comme c'est le cas en France⁶⁸, en Belgique⁶⁹ ou encore en Norvège NBP). Mais on a pu observer, dans certaines affaires, la mobilisation de la théorie des « nuisances » ainsi que celle de la « non-ingérence » en droit international pour ce qui est d'empêcher un État de nuire à un autre du fait de ses émissions de carbone. Le déploiement de ces théories a d'ailleurs donné lieu à un renforcement du devoir de diligence de l'État ou *Duty of care*, qui pourrait devenir un véritable standard d'action de l'État en matière climatique.

De la même manière, l'étude de ce contentieux permet d'observer les évolutions positives du droit dans le contentieux. Ainsi, le droit de la preuve a connu une évolution favorable permettant désormais d'accueillir des informations scientifiques nouvelles dans le cadre du procès⁷⁰. Ces évolutions pointaient déjà avec force dans certaines affaires américaines concernant la santé, puis postérieurement le climat⁷¹. Comme conséquence de cette évolution, on l'a dit tantôt, la causalité est mieux acceptée du fait d'un assouplissement dans l'établissement du lien, ce qu'on observe bien dans l'affaire *Urgenda*⁷². Des évolutions importantes dans l'établissement d'un lien de causalité entre les causes du changement climatique et ses effets permettent de croire à un effet positif et « de transmission » dans

⁶⁶ Les « Principes d'Oslo sur les obligations relatives aux changements climatiques globaux », élaborés et adoptés par un groupe d'éminents juristes, désignent ainsi les États et les entreprises en mettant l'accent sur le rôle particulier des droits de l'Homme et du principe de précaution (<http://www.osloprinciples.org/principles/>)

⁶⁷ Voir M. Torre-Schaub, « La gouvernance du climat : vieilles notions pour nouveaux enjeux », *Cahiers de droit, sciences et techniques*, n° 2, 2009, p. 140-163 cit

⁶⁸ Notre affaire à tous - Agir pour la justice climatique souhaite engager la responsabilité de l'État dans son action climatique. Un recours devrait être porté devant le juge administratif d'ici la fin 2018.

⁶⁹ En avril 2015, quelques 9.000 co-requérants et Klimaatak, une ONG concernée par les conséquences des changements climatiques, ont déposé une action en justice devant le Tribunal de première instance de Bruxelles pour contraindre le gouvernement belge à réduire ses émissions de GES de 40% par rapport à 1990 d'ici 2020 et de 87,5% par rapport à 1990 d'ici 2050. (<http://www.klimaatzaak.be/en/>).

⁷⁰ Sur les transformations du droit, notamment dans le procès, G. Tarde, *Les transformations du droit, étude sociologique*, London,, Berg International, Coll. Histoire des idées, 1994, p. 28 et s.

⁷¹ Affaire Massachussets cit

⁷² M. Torre-Schaub, « Justice et justiciabilité climatique... » cit, p. 119 et s

d'autres affaires. Le lien causal entre l'activité de l'homme et l'augmentation des gaz à effet de serre provoquant le changement climatique n'est donc plus impossible à prouver devant un tribunal. Ces évolutions sont ainsi remarquables et il conviendra de les considérer comme une grande avancée pour le droit .

Aussi, le caractère inédit de certaines décisions⁷⁴ ouvre des perspectives intéressantes sur leur « destin » interne (dans la politique des Pays-Bas pour l'une ou du Pakistan pour l'autre, de la Norvège également, de l'Autriche ensuite...), sur leurs effets sur les négociations internationales, ou bien encore sur les potentielles « réceptions » transnationales des arguments néerlandais dans des espèces similaires. C'est ainsi clairement le cas dans l'action Juliana en Oregon, dans celle portée en Belgique par l'association Klimaatzaak et dans l'action allemande⁷⁵.

Des suites judiciaires au sein d'autres juridictions en Europe sont également très attendues. Les arguments juridiques des parties ainsi que les solutions retenues par les juges serviront possiblement à affiner les positions des ONG et peut-être aussi à alerter les juges et renforcer leur conscience du problème climatique.

Le contentieux climatique révèle également des changements importants dans la légitimation de l'action puisque, désormais, il est possible dans certains pays de plaider au nom et en défense des générations futures⁷⁶. Cette faculté a été ainsi acceptée pour la première fois dans une affaire environnementale aux Philippines⁷⁷ et a été de nouveau reconnue dans l'affaire climatique *Urgenda*⁷⁸, dans l'affaire *Andrea Rodgers* aux États-Unis ainsi que dans l'affaires *Our Children's Trust* plus récemment encore⁷⁹. Il s'agit d'une évolution de la procédure contentieuse, reflétée ici par un élargissement de la qualité à agir qui doit être considérée également comme un apport remarquable à la science du droit.

Soulignons enfin ce qui pourrait être analysé comme l'affirmation de « nouveaux droits à » ou « nouveaux droits créances ». Ainsi par exemple, dans une affaire aux États-Unis concernant un projet d'urbanisme et la construction d'une voie ferrée, la partie demanderesse a mis en avant la nécessité de défendre un « droit constitutionnel et fondamental à un climat

⁷⁴ Affaire *Urgenda* cit et Affaire *Leghari v. Federation of Pakistan*, W P No 25501, Lahore High Court, 04/09/2015 et 14/09/2015

⁷⁵ En décembre 2016 un paysan péruvien dont le village était menacé par la montée des eaux d'un lac a accusé une entreprise allemande RWE (électricité) de participer au changement climatique et demande réparation devant le tribunal. Symbole d'une nécessaire nouvelle justice climatique, la plainte vient d'être rejetée par le tribunal de Essen <https://mrmondialisation.org/lehec-de-la-justice-climatique/> ; Par ailleurs, le jeudi 24 août 2017 des activistes associatifs ont bloqué en Allemagne une mine de charbon en alléguant que cela contribuait à l'augmentation du phénomène du changement climatique <http://www.joc.be/blocage-dune-mine-de-charbon-en-allemande-pour-la-justice-climatique/>

⁷⁶ B. Lewis, « Human rights duties towards future generations and the potential for achieving climate justice », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 34, n° 3, 2016, p. 206-226

⁷⁷ Philippines Ecological Network, 26/07/1993 Supreme Court of the Philippines

⁷⁸ Sur ce point on peut lire dans l'arrêt : « In defending the right of not just the current but also the future generations to availability of natural resources and a safe healthy living environment, it also strives for the interest of a sustainable society...in this context, reference cans also be made to Article 2 of the UN Climate Change Convention... » , point 4.8 de l'arrêt.

⁷⁹ Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash, Dept of Ecology, 17/06/2014 et Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust, Federal District Court, 08/04/2016

soutenable »⁸⁰. Dans l'affaire autrichienne remettant en cause l'extension de l'aéroport de Vienne, c'est le « droit à un climat stable » qui a été évoqué devant le juge⁸¹. Parmi d'autres nouveaux droits climatiques, il convient de souligner l'invocation d'un droit à un climat « durable »⁸², un droit à un climat « vivable », un « droit à un climat sain »⁸³ ou encore un « droit à la vie dans un climat susceptible de rendre la vie possible »⁸⁴, ou un « droit à un climat susceptible d'être supporté par les générations futures »⁸⁵. Et c'est précisément ce droit à la protection des générations futures, pierre de touche, en réalité, de la question climatique – car il s'agit bien d'un phénomène étalé dans le temps et susceptible d'avoir des conséquences encore plus graves sur nos vies et nos écosystèmes sur le « long terme » - que l'invocation de nouveaux droits se trouve renforcée par le recours à des droits déjà existants, voire des droits et des figures juridiques assez classiques et très effectives depuis longtemps en matière environnementale. Ainsi, dans l'affaire nord-américaine portée par l'association Our Children's Trust la violation d'un « droit des générations futures » -(droit assez nouveau) s'appuie sur des droits fondamentaux déjà existants à la fois dans la Constitution et dans la jurisprudence américaine environmentaliste. Il s'agit en outre du droit à la vie, du droit à la liberté et à la propriété et du droit aux ressources naturelles, tous des droits bien ancrés dans la tradition contentieuse environmentaliste américaine.

B. La réaffirmation de droits anciens

Le contentieux climatique acte conforte également un mouvement de réinterprétations des droits existants, mieux connus des juridictions et très fréquemment utilisés en matière environnementale. Le changement climatique, avec l'émergence d'un contentieux fleurissant, cristallise finalement et consacre l'effectivité de ces droits, ce qui au final conduit à penser que le contentieux climatique, s'il est un phénomène nouveau et très médiatique, n'en repose pas moins sur un droit plus classique et plus traditionnel, forgé dans une tradition constitutionnelle et jurisprudentielle en matière environnementale. De la même manière, on peut penser également que les juges, s'ils font preuve de grand courage et d'une grande audace en acceptant ces actions en justice - parfois même en statuant en faveur d'un droit pour la protection du climat - ne se fondent pas moins sur des outils juridiques et des droits déjà bien connus.

⁸⁰ Dr. Gunnar Holmquist, Nancy Nelson, Lewis Nelson, Margie Heller, Deena Romoff, George Taylor, G. Maeve Aeolus, v. United States, Case 2:17-cv-00046 Document 1 Filed 01/31/17 devant le DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF WASHINGTON SPOKANE DIVISION

⁸¹ *Austrian Federal Administrative Court* case no. W109 2000179-1/291E.

⁸² North Gauteng High Court, 8 March 2017, *Earthlife Africa Johannesburg (ELA) v. Ministry of Environmental Affairs*, No. 65662/16

⁸³ *Greenpeace Nordic Association and Natur og Ungdom (2016) Writ of Summons in the People v. Arctic Oil* : http://www.greenpeace.org/norway/Global/norway/Arktis/Dokumenter/2016/legal_writ_english_final_20161018.pdf

⁸⁴ *Greenpeace Nordic Association and Natur og Ungdom (2016) Writ of Summons in the People v. Arctic Oil* : http://www.greenpeace.org/norway/Global/norway/Arktis/Dokumenter/2016/legal_writ_english_final_20161018.pdf

⁸⁵ Voir Urgenda cit Points 4.11 à 4.30. Point 4.37 « The realisation that climate change is an extra-territorial, global problem and fighting it requires a worldwide approach has prompted heads of state and government leaders to contribute to the development of legal instruments for combating climate change by means of mitigation greenhouse gas emissions as well as by making their countries « climate-proof » by means of taking mitigation measures... » ; puis Our children's Trust, Oregon Juliana c. Etats-Unis 12 août 2015 et Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash, Dept of Ecology, 17/06/2014 et Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust, Federal District Court, 08/04/2016,

Dans cette démarche consistant à mobiliser des droits et des mécanismes juridiques plus « rodés » et traditionnels, deux mouvements sont concomitants, l'un consistant à « ré-interpréter » le droit international et le droit européen existant, ainsi que les droits de nature constitutionnelle (1), l'autre consistant à réactiver des figures jurisprudentielles appartenant à la tradition contentieuse environnementaliste (2).

1) La re-interprétation de droits existants

Tout d'abord, citons les droits international et européen, avec des règles d'invocabilité propres à chacun des ordres juridiques qui servent de fondement à la réinterprétation de droits déjà identifiés, susceptibles d'être plus effectifs car ces notions sont plus familières aux juridictions. Toutefois, si les fondements sont classiques, c'est leur interprétation qui attire ici notre attention.

Ainsi, dans l'affaire *Urgenda*, les engagements internationaux et européens des Pays-Bas en matière climatique ont été invoqués par la partie demanderesse pour forcer le gouvernement néerlandais à les honorer et à aller plus loin dans ses actions et ses objectifs de réduction de GES, conformément aux obligations extranationales pesant sur l'État⁸⁶. En effet, les États développés listés à l'Annexe I du Protocole de Kyoto, dont les Pays-Bas, se sont engagés sur le plan international à réduire leurs émissions de 25 à 40 % par rapport au niveau de 1990, au plus tard en 2020. Or, les Pays-Bas ont décidé de s'en tenir à une réduction de 17% des émissions de GES en 2020, conformément aux engagements pris par l'Union européenne (UE). Le tribunal de la Haye a considéré, au contraire, que l'État devait agir plus efficacement sur son propre territoire afin de pallier les conséquences irréversibles du dérèglement climatique pour l'environnement et pour le genre humain.

Dans l'affaire néo-zélandaise, on observe la même logique. La requête est fondée sur l'insuffisance des engagements de la Nouvelle-Zélande dans le cadre de l'Accord de Paris, à savoir une réduction de 11 % de ses émissions de gaz à effet de serre (GES) en 2030 par rapport à 1990⁸⁷.

Dans l'affaire norvégienne, outre la référence, dans la requête, aux principes d'Oslo et notamment au principe de précaution, c'est l'engagement de la Norvège en termes de réduction des émissions de GES au titre de l'Accord de Paris qui est invoqué par les requérants⁸⁸.

S'agissant des droits de nature constitutionnelle, dans l'affaire *Urgenda* par exemple, le juge procède à une lecture novatrice du devoir de protection de l'environnement proclamé à l'article 21 de la Constitution néerlandaise, et entendu, par le juge, comme fondant l'obligation à la charge de l'État de prendre des mesures de réduction suffisantes afin d'éviter un changement climatique dangereux pour l'homme et son environnement. Ce devoir de protection, qui n'en est pas moins fondé sur un droit constitutionnel à un environnement sain phrase inachevée.

⁸⁶ Rechtbank Den Haag, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, 24 juin 2015.

<http://deplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>

⁸⁷ *Ioane Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment New Zealand Supreme Court of New Zealand*, Supreme Court of New Zealand, 20 July 2015

⁸⁸ *Greenpeace Nordic Association and Natur og Ungdom (2016) Writ of Summons in the People v. Arctic Oil* : http://www.greenpeace.org/norway/Global/norway/Arktis/Dokumenter/2016/legal_writ_english_final_20161018.pdf

Dans l'affaire norvégienne, c'est l'article 112 de la Constitution Norvégienne qui est invoqué par les requérant comme fondant « le droit du peuple à un environnement sain »⁸⁹. Dans la plainte américaine portée par Our Children's Trust⁹⁰, ce sont les droits constitutionnels « à la vie, à la liberté et à la propriété » qui sont rappelés. Dans la plainte déposée auprès de la District Court du District de l'Est de la division de Washington Spokeane, également aux Etats Unis, ce sont également les droits à la vie et à la propriété qui sont mis en avant⁹¹.

Aussi, il est essentiel d'insister et de souligner l'importance que revêt la nécessité d'ancrage constitutionnel préalable aux actions dans les différents pays dans lesquels des actions en justice climatique ont été portées. L'existence de droits constitutionnels bien délimités, stables et invocables se présente donc comme une condition indispensable à la viabilité de ces actions. Cette remarque, qui constitue pour nous une condition *sine qua non* dans la dynamique et le développement d'un contentieux climatique, n'en constitue pas moins ce que certains auteurs analysent comme une interprétation évolutive de la Constitution⁹².

Dans ce contexte de réinterprétation, une part de créativité certaine, telle que nous l'avons souligné précédemment, revient incontestablement à la fois aux parties demanderesse (les associations, les ONG, les fondations, les citoyens individuels, les regroupements de villes) et aux juges, qui font preuve d'une remarquable capacité « d'écoute ». Ce sont donc ces acteurs différents qui posent les bases de la construction d'un droit plus progressiste.

C'est précisément dans cette capacité d'agir, partagée par les différents acteurs du contentieux climatique, que d'autres figures juridiques plus classiques sont également mobilisées et re-activées.

2) La réactivation jurisprudentielle d'outils juridiques traditionnels

Face à l'ampleur et à la rapidité à laquelle les contentieux climatiques se répandent à travers le monde, la tentation peut être grande de soutenir qu'y seraient associés des défis conceptuels d'une nature inédite, nécessitant une révision complète de nos systèmes juridiques, voire de nos théories générales de la justice. On pourrait ainsi penser *a priori* que le phénomène du changement climatique qui fait ici l'objet d'un traitement juridique appelle de nouveaux concepts, de nouveaux mécanismes juridiques⁹³. Il nous semble cependant que la question de la totale nouveauté des droits invoqués dans le contentieux climatique est à nuancer ; c'est même précisément le postulat inverse qui mérite d'être avancé, afin de voir comment peuvent

⁸⁹ *Greenpeace Nordic Association and Natur og Ungdom (2016) Writ of Summons in the People v. Arctic Oil* : http://www.greenpeace.org/norway/Global/norway/Arktis/Dokumenter/2016/legal_writ_english_final_20161018.pdf

⁹⁰ Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash, Dept of Ecology, 17/06/2014 et Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust, Federal District Court, 08/04/2016

⁹¹ Dr. Gunnar Holmquist, Nancy Nelson, Lewis Nelson, Margie Heller, Deena Romoff, George Taylor, G. Maeve Aeolus, v. United States, Case 2:17-cv-00046 Document 1 Filed 01/31/17 devant le DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF WASHINGTON SPOKANE DIVISION

⁹² Voir le Projet de recherches « Les dynamiques du contentieux climatique » dir M. Torre-Schaub, cit, notamment pour la partie concernant les droits constitutionnels (E. Gebre, M. Torre-Schaub, B. Lormeteau)

⁹³ En ce sens, voir Ph. Sands, « International Law in the field of Sustainable Development : emerging legal principles », in W. Lang (ed.), *Sustainable development and international Law*, London, éd.?, 1995, p. 53-66.

être mobilisées au mieux des ressources conceptuelles déjà disponibles, en les approfondissant, pour rendre le climat justiciable⁹⁴.

C'est par exemple ce qu'il est aisé d'observer dans le raisonnement déployé par les juges de la Cour de District de la Haye dans l'affaire *Urgenda*⁹⁵. Cette décision, qui ouvre la voie à la justiciabilité climatique, en permettant aux juges d'offrir au phénomène climatique un cadre judiciaire effectif⁹⁶, a atteint son objectif en s'appuyant notamment sur le « devoir de diligence » (*duty of care*) appliqué au changement climatique⁹⁷. La Cour renouvelle ainsi la notion du *duty of care*, jusqu'ici seulement utilisée dans le cadre du droit international pour désigner l'obligation d'un État de ne pas porter préjudice à un autre État, en lui donnant des contours très précis et en l'inscrivant désormais dans le droit du changement climatique en tant qu'obligation de l'État vis-à-vis de ses citoyens. La redéfinition de cette notion, de plus en plus mobilisée dans des affaires concernant la santé et l'environnement, permet de confirmer la responsabilité publique et surtout l'obligation d'agir de l'État face à une menace documentée bien qu'incertaine. Ce concept, qui puise ses origines dans le droit international, se voit ici réaffirmé et assimilé au « devoir de diligence » du droit civil des obligations. On voit bien la grande potentialité de cette définition puisque, d'une obligation de nature internationale, on passe à une obligation de droit national – en l'occurrence de droit civil néerlandais – afin de l'appliquer à un problème nouveau, menaçant et planétaire. De ce fait, afin d'affirmer l'existence effective d'une obligation de l'État, les juges mobilisent le principe de non-nuisance (*no-harm*), principe qui devient un standard de comportement face à la menace posée par le changement climatique.

Rappelons qu'en droit international de l'environnement, le principe du *no-harm* (principe d'innocuité ou non-nuisance) est aujourd'hui devenu une composante essentielle dans la constitution d'une société d'États⁹⁸. Ce principe aux origines libérales (tout est permis, tant que l'on ne nuit pas à autrui) a évolué jusqu'à son utilisation comme l'un des fondements de la bonne entente entre les États. Il est interprété aujourd'hui comme un principe qui limite les pouvoirs souverains d'un État par rapport à son influence nuisible sur les autres. Ce qu'il y a de remarquable en l'espèce, c'est le fait qu'il serve de fondement à la Cour pour juger et dicter le comportement de l'État néerlandais. Les juges évoquent ce principe comme s'il s'agissait d'une véritable responsabilité de l'État, à tel point qu'ils estiment que le comportement du gouvernement néerlandais, dans sa politique climatique, est contraire à ce principe.

⁹⁴ Pour une démarche analogue, F. Geny, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la technique juridique*, Paris, Sirey, 1913, p. 24 et s.

⁹⁵ Voir sur ce point les développements dans notre article « La justice climatique, à propos du jugement de la Cour de la Haye du 24 juin 2015 », *RIDC*, n° 3, 2016, p. 1-24.

⁹⁶ Rechtbank Den Haag, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, 24 juin 2015. <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>

⁹⁷ Voir, *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan* (W.P. No. 25501/2015), Lahore High Court Green Bench, 4 septembre 2015, voir aussi nos analyses de l'arrêt *Urgenda* « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire », *Revue québécoise de droit international*, 2016, n° 29-1, p.p. 161-183 et « La Justice climatique : à propos de l'arrêt de la court de district de La Haye du 24 juin 2015 », *RIDC* n° 4, 2016, p.p. 699-723

⁹⁸ Le principe est définitivement consacré dans le droit international par la Cour Internationale de Justice dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires : *CIJ Recueil*, 1996, p. 226. Il sera repris ultérieurement à partir des années 1999 dans le cadre humanitaire et environnemental ; voir également *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, Conseil de l'Europe, 2013, p. 45 et s.

Le principe de non-nuisance mérite quelques réflexions. Après maintes discussions et une évolution jurisprudentielle, la notion de nuisance s'est concrétisée en une véritable obligation de faire. Le principe a été intégré dans diverses conventions internationales en matière environnementale qui ont conduit à limiter la notion de « souveraineté » que chaque État entend exercer sur ses ressources. L'usage fait par chaque pays serait apprécié selon le critère de « l'utilisation raisonnable » des ressources communes. On arriverait ainsi à une notion de « souveraineté territoriale limitée » sur des ressources partagées conduisant à l'introduction du « devoir de coopération » en matière environnementale.

Ce devoir de l'État invoqué devant les juges par la partie demanderesse, la fondation Urgenda, est regroupé sous un seul vocable : le *duty of care*⁹⁹. Ce devoir de diligence, expliquent les juges, doit être raisonnable dans la mesure où il s'agit de faire face à une menace grave mais incertaine quoiqu'irréversible¹⁰⁰. Il peut également être interprété comme « devoir de diligence », un cran plus fort, surtout s'il est adressé à l'État comme gardien du bien-être des citoyens et de la sécurité¹⁰¹. Proche de la « prudence », la notion s'approche de la responsabilité de l'État et de son devoir de veiller au bon état de santé de ses citoyens, ce qui semble être l'intention des juges en l'espèce. Quelle est donc la nature de cette obligation ? Il s'agit sans doute d'une obligation de sécurité de moyens et non de résultat. Il s'agit, d'une manière générale, de l'exigence qu'une personne agisse envers les autres et le public avec l'attention et la prudence qu'une personne raisonnable aurait dans les mêmes circonstances¹⁰². Si une personne n'atteint pas ce niveau, il sera considéré qu'elle a agi avec négligence et les dommages en résultant pourront être mis à sa charge dans un procès en responsabilité.

Dans un contexte de droit de la responsabilité, qui est celui dans lequel les juges placent l'État néerlandais, il s'agirait de « fautes » ou « *torts* » pour utiliser les termes employés dans l'arrêt¹⁰³. Certains « *torts* » ont une portée très large, comme le « *breach of statutory duty* », qui correspond à l'atteinte à des intérêts protégés par une obligation légale (*statutory duty*), ou la négligence (*tort of negligence*), qui s'apparente à la violation d'une obligation de diligence ou de soin raisonnable (*duty of care*) et dont la jurisprudence s'est servie pour en faire une source générale de responsabilité civile.

Dans le domaine du droit international de l'environnement, on retrouve le concept de « *due diligence* » qui s'apparente à la notion de « *duty of care* » utilisée ici par les juges, notamment à travers le principe de l'utilisation non dommageable du territoire de l'État¹⁰⁴. La Cour internationale de Justice l'a défini comme « l'obligation pour tout État de ne pas laisser

⁹⁹ Point 4.63 de l'arrêt.

¹⁰⁰ Point 3.3 de l'arrêt.

¹⁰¹ J.-M. Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA* 2003, p. 1752.

¹⁰² E. Prada Bordenague, « Les carences de l'État dans la prévention de risques liés à l'amiante », *RFDA* 2004, p. 612.

¹⁰³ L'arrêt se place effectivement sur le terrain du droit de la responsabilité (*tort law*) et plus précisément de la responsabilité de l'État (et son devoir de diligence ou « *duty of care* », qui prend sa source et son fondement juridique en l'espèce dans le code civil néerlandais. Les *torts* sont des violations d'une règle de droit, d'un devoir légal ou d'une obligation morale qui obligent la personne fautive à réparer le dommage subi par la victime. Les *torts* sont les fautes qui sont à la base du droit de la responsabilité civile.

¹⁰⁴ B. Loeve, *Etude sur la sphère d'influence versus la due diligence*, Université de Dauphine, 2010, http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹⁰⁵. Cette obligation se rapproche d'un devoir de « prudence ». Ainsi, l'interdiction de causer un dommage appréciable s'analyse comme une obligation de « *due diligence* » en vertu de laquelle l'État est obligé d'agir de manière responsable et préventive. Il suppose que l'État prenne les mesures appropriées dans le but de réaliser un objectif déterminé¹⁰⁶. Toutefois l'obligation de l'État doit être généralement définie par une norme interne ou internationale, ce qui a pour conséquence que l'obligation de diligence pesant sur l'État reste toujours limitée au « raisonnable », comme cela a d'ailleurs été souligné à plusieurs reprises par les juges en l'espèce¹⁰⁷. Il serait plus délicat de définir la teneur de l'obligation elle-même, dans la mesure où l'on s'accorde à considérer qu'il s'agit d'une obligation de moyens, laissant place à une grande subjectivité quant à l'appréciation de son caractère « raisonnable ». C'est la raison pour laquelle les juges développent en l'espèce le contenu de l'obligation de l'État par rapport au contexte particulier du risque du changement climatique¹⁰⁸.

Si la figure juridique du devoir de vigilance ou de prudence a été privilégiée dans certaines affaires climatiques et a connu une effectivité certaine, il n'en reste pas moins que ce concept ne permet pas de couvrir totalement le versant « temporel » du changement climatique qui conduit à inclure les « générations futures » dans toute tentative de protection, demande de responsabilités ou exigence d'action à l'État ou aux entreprises émettrices de GES. C'est ainsi que dans plusieurs affaires climatiques la doctrine du *Public Trust* est également évoquée et très mobilisée par les parties demanderesse¹⁰⁹.

La *Public Trust doctrine* ou « principe d'équité inter-générationnelle » pour certains auteurs¹¹⁰, remplit tout-à-fait cette mission temporelle et connaît ainsi un grand succès dans les contentieux climatiques qui ont lieu dans des pays appartenant à la tradition de la *Common Law*, où cette doctrine est née et a été très utilisée en matière environnementale¹¹¹. En effet, cette doctrine prône, en réalité, une « reconnexion » de l'homme avec la nature, les écosystèmes et systèmes naturels, atmosphériques et climatiques, en soulignant la nécessité de considérer que l'homme vit et survit grâce à une « communauté » faite à la fois d'hommes et de la nature toute entière. De cette figure juridique extrêmement ancienne et qui constitue l'un des socles de la culture juridique anglo-saxonne, les défenseurs de l'environnement et de la nature ont extrait un principe très effectif qui jouit d'un grand succès contentieux. Cet outil du droit a été également réutilisé dans les affaires judiciaires climatiques avec également un taux de succès assez considérable.

¹⁰⁵ A. Ouedraogo, « La due diligence en droit international, de la règle de neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, 2012, n°2, p. 641-683.

¹⁰⁶ H. Ruiz-Fabri, « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *Annuaire français du droit international*, vol. 36, 1990, p. 841.

¹⁰⁷ Arrêt point 3.3

¹⁰⁸ Arrêt point 4.74

¹⁰⁹ J. L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention » *Michigan Law Review*, Vol. 68, 1970, p. 471. Voir également la décision Supreme Court of India in *Mehta v. Kamal Nath et al.* (1996), [1997] 1 SSC 388. Également E. Brown Weiss, « The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity », *Ecology Law Quarterly*, n° 11, 1984, p. 495, puis Supreme Court of the Philippines dans la décision *Minors Oposa v Secretary of the Department of Environment and Natural Resources* (DENR) 33 ILM (1994) 173 (30 July 1993).

¹¹⁰ J. Vinuales

¹¹¹ J. Vinuales *Law and Anthropocene*

Que nous apprend au final l'utilisation de ces deux techniques juridiques, le *duty of care* et la *Public Trust doctrine* en matière climatique ? S'il est difficile d'avancer des conclusions définitives qui seraient tirées de notre observation à partir des cas climatiques étudiés jusqu'ici, et s'il serait certainement plus prudent d'attendre afin d'analyser des affaires en cours ou à venir, il nous semble cependant important de pointer d'ores et déjà la question cruciale qui émerge avec force dans les affaires climatiques, qui conduit à considérer que le changement climatique remet plus en cause – probablement plus encore que d'autres questions environnementales – le rapport de l'homme avec le pillage de la Planète, et questionne son rapport à la Nature et aux ressources naturelles. De ces rapports qui nous conduisent aujourd'hui à nous inquiéter sérieusement pour notre avenir et celui des générations futures, où l'homme doit opérer un changement radical dans son attitude et dans ses comportements, on en apprend que l'ère de l'anthropocène doit laisser sa place au temps de la « communion » et du « partage équitable » de la Planète. Le droit, qu'il soit issu du pouvoir législatif ou du travail créatif des différents acteurs d'un procès judiciaire, doit être utilisé et entendu non pas seulement comme un « instrument » au service de la sauvegarde de l'environnement et du climat, mais comme un outil social qui doit être conçu, pensé et réinterprété dans le sens d'une communauté de vie planétaire. C'est ce qu'il ressort de nos analyses et observations du phénomène contentieux climatique ou, du moins, c'est ce vers quoi nous devrions nous orienter.

L'étude des dynamiques du contentieux climatique nous donne une grande leçon de civilité en termes de démocratie environnementale. Qu'il s'agisse de la nécessité d'inscrire la protection de l'environnement dans nos constitutions, condition sans laquelle les actions climatiques n'auraient pas d'arguments aussi forts ou qu'il s'agisse d'une manière plus générale encore de la nécessité d'insister sur un assouplissement d'un certain nombre de règles de procédure et de participation environnementale aux institutions pour la société civile –ici l'accès à la justice-, le contentieux climatique constitue indiscutablement un énorme progrès pour nos sociétés.

Ce contentieux nous enseigne également que la question de la séparation de pouvoirs – également au centre de nos sociétés démocratiques – risque d'être rediscutée – et non pas chamboulée – puisque les juges, par le rôle qui leur revient de jouer dans ce contentieux, reprennent une place à la fois de création et de réinterprétation de plus en plus riche et stimulante¹¹².

Peut-on ainsi conclure sur une note joyeuse et enthousiaste, en soulignant l'importance que revêt la mobilisation du droit dans la lutte pour le changement climatique et la capacité du droit comme outil social pour « faire changer les choses » ?¹¹³ Il est du moins certain, et nous finirons par là, qu'il y a dans l'air comme un « air de changement ». Que cela vienne du développement grandissant d'un contentieux climatique, de l'attitude de la société civile porteuse du mouvement de justice climatique, ou encore de l'action de certaines institutions courageuses et progressistes – comme le CESE en France ou le Conseil économique et social

¹¹² Voir nos analyses dans l'affaire *Urgenda* cit et points 4.94 à 4.102 de l'arrêt.. Voir également nos commentaires sur l'affaire Massachusetts de 2008 cit

¹¹³ Voir R.. Cox, *Revolution Justified* <http://www.revolutionjustified.org/roger-cox-author-of-revolution-justified>

Working Paper (not to be quoted) en cours de publication
Contribution au colloque Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques
M. Torre-Schaub, S. Lavorel, M. Marianne Moliner-Dubost et C. Cournil dir
Paris, Mare et Martin à paraître 2017

européen qui ont tous les deux porté et élaboré des avis sur la Justice climatique¹¹⁴ - il est en tous les cas certain que le temps d'un changement par rapport à la problématique climatique est une réalité, désormais ici et maintenant, et que le contentieux climatique est une pièce essentielle dans ce mouvement progressiste du droit.

¹¹⁴ Avis du CESE France sur la Justice climatique, septembre 2016 et Avis du Conseil économique et social européen 2017