

Jalons pour une responsabilité civile climatique préventive

Mathilde Hautereau-Boutonnet, Professeure de droit à l'Université Jean Moulin Lyon 3 (CNRS, UMR 5600 EVS, Institut de Droit de l'Environnement)

Laura Canali, Doctorante, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

Procès climatiques – Le phénomène est aujourd'hui connu : à travers le monde se multiplient les procès climatiques définis par des auteurs américains, comme « *any piece of federal, state, tribal, or local administrative or judicial litigation in which the party filings or tribunal decisions directly and expressly raise an issue of fact or law regarding the substance or policy of climate change causes and impacts* »¹. Se saisissant de la problématique du changement climatique, les personnes intéressées - particuliers, ONG, acteurs étatiques et infra-étatiques – n'hésitent plus à porter la cause climatique devant les juges afin qu'ils remettent en cause les politiques publiques et les activités privées, condamnent les auteurs des dommages se trouvant à l'origine du changement climatique et prescrivent des mesures préventives et/ou indemnitaires adaptées au combat à mener². Le phénomène est tel qu'il fait l'objet d'une attention croissante de la doctrine, initialement américaine et australienne, aujourd'hui rejointe par d'autres auteurs, notamment français³. À l'origine de nombreux articles, rapports ou bases de données accueillies par d'importants centres de recherche, à l'instar du *Sabin Center For Climate Change Law* de l'Université de Columbia⁴, cette doctrine rend visible et lisible, procès après procès, les différents contentieux en cours et arguments sous-jacents. Ainsi, à la lecture du Rapport de l'UNEP « *The Status of Climate Change Litigation* »⁵, fruit d'une collaboration avec le *Sabin*

¹ D. Markell et J. B. Ruhl, « *An Empirical Assessment of Climate Change in The Courts : A new Jurisprudence Or Business as Usual ?* », *Florida Law Review*, vol. 64, 2012, p. 14 et s., p. 27.

² Not. J. Peel et H. M. Osofsky, *Climate Change Litigation, Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2017; M. Gerrard, « Survey of Climate Change Litigation », *New York Law Journal*, 23 novembre 2007; « What Litigation of a Climate Nuisance Suit Might Look Like », *The Yale Law Journal*, 2011-2012, Vol. 12 p. 12 et s.; « *Business Opportunities in Climate Change Litigations* », *New York Law Journal*, 22 septembre 2006; Lisa Vanhala et Ch. Hilson, Université d'Oxford, *Symposium on Climate Change Litigation. Law & Policy*, 35(3), 2013 ; C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Préf. F. Picod, Bruylant 2018 ; C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?* (dir. M. Torre-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel et M. Moliner-Dubost), Mare et Martin 2017 ; « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », *RJE* 2014, n° spécial Après l'Accord de Paris : Quels droit face au changement climatique (dir. M. Hautereau-Boutonnet et S. Maljean-Dubois) p. 245 s. ; M. Torre-Schaub, « Les dynamiques du contentieux climatique : anatomie d'un phénomène émergent, in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?* », ouvrage préc., p. 111 ; « Le contentieux climatique, quels apports pour le droit de l'environnement ? (Ou comment faire du neuf avec de l'ancien) », *Droit de l'environnement*, 2018/1, n° 263, p. 6 s.

³ Pour un bilan doctrinal, M. Hautereau-Boutonnet, « Les procès climatiques par la doctrine du procès climatique », à paraître in *Les procès climatiques*, dir. Ch. Cournil, Pedone 2018. V. aussi: E. Fisher, « Climate Change Litigation, *Obsession and Expertise* : Reflecting on the Scholarly Response to Massachusetts v. EPA », *Law and policy*, vol. 35, n° 3, juillet 2013.

⁴ <http://columbiaclimatelaw.com>

⁵ <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/05/Burger-Gundlach-2017-05-UN-Envnt-CC-Litigation.pdf>

. Voir la version en français:
http://fr.boell.org/sites/default/files/the_status_of_climate_change_litigation_-_a_global_review_-_un_environment_-_may_2017_-_fr.pdf

Center For Climate Change Law, en comptant des affaires encore pendantes auxquelles il faudrait ajouter les actions engagées postérieurement à la publication de ce rapport - juin 2017, l'on peut noter que le contentieux climatique se manifeste aujourd'hui dans 24 pays, 25 si l'on compte les procès devant la CJUE. Il a donné lieu à 654 procès aux États-Unis et 230 dans les autres États, principalement en Australie, mais aussi en Nouvelle-Zélande, en Espagne, en Autriche, au Royaume-Uni, en Belgique, en Colombie...

Responsabilité civile – Comme l'ont déjà montré certains auteurs, les fondements juridiques mobilisés dans ce vaste contentieux sont variés⁶. Il s'agit autant de contester les actions des États ayant une incidence sur le changement climatique, notamment les autorisations d'activités rejetant des gaz à effet de serre, ou de les forcer à prendre des mesures en faveur de la lutte contre le changement climatique, que de rechercher la responsabilité de certains acteurs privés. En effet, comme le systématise le rapport précité, par le biais du droit de la responsabilité civile, relevant essentiellement dans les pays de *Common law* du droit des torts et englobant ce que nous nommons en droit français la responsabilité administrative, certains requérants (particulier, ONG mais aussi acteurs étatiques) tentent d'obtenir deux types de mesures à l'encontre des acteurs privés (en particulier les grosses entreprises du secteur de l'énergie, pétrole ou charbon) ou publics.

Les actions visent, d'une part, l'indemnisation des dommages matériels résultant, non seulement, du manque de prudence reproché à certains acteurs en raison des effets climatiques dommageables de leurs activités créatrices de rejet de gaz à effet de serre, mais aussi des dépenses engagées par les victimes qui ont dû adopter des mesures préventives. D'autre part, elles ont pour finalité d'obtenir la prévention des dommages matériels futurs par le biais de la prescription de mesures susceptibles de mettre fin aux effets dommageables. Si aujourd'hui l'on compte, à la lecture des données fournies par la base du *Sabin Center for Climate Change Law*, 18 affaires aux États-Unis dans lesquelles sont invoqués le droit des *torts*, en particulier la négligence, les fondements des *private and public nuisance* et la *Public trust Doctrine*, il faut y ajouter les arguments développés dans les procès se déroulant dans les autres pays qu'ils soient ou non de *Common Law*. L'on pense ici à l'affaire *Urgenda*⁷ et à l'affaire *Lluyia v. RWE*⁸ qui, portées respectivement devant un juge hollandais et un juge allemand, ont mis en évidence le potentiel de deux fondements : la *due diligence* et le trouble anormal de voisinage.

Analyse doctrinale – Ce contentieux relatif au droit de la responsabilité civile fait l'objet d'une étude poussée du côté de la doctrine américaine. Elle met en évidence les difficultés de mise en

⁶ V. not. Du côté français Ch. Cournil, « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », art. préc.

⁷ *Urgenda Foundation v. The State of The Netherlands*, arrêt rendu par la Cour du District de la Hague, Chambre commerciale, n° C/09/456689/HA ZA 13-1396 ; v. l'arrêt et ses analyses sur le site de l'association Urgenda : <http://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/> Not. R. Cox, « *A climate change litigation precedent : Urgenda Foundation v. The State of Netherlands* », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2016, vol. 34, n° 2, p. 143 et s. ; J. Gupta, « *Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change* », *RECIEL*, 2007, vol. 16 ; O. Van Geel, « *Urgenda beyond : The past, present and future of climate change public interest litigation* », *Maastricht University Journal of Sustainability Studies*, 2017, n° 3, p. 58 s.

⁸ Essen Regional Court, 16 déc. 2016, AZ. 2 O 285/15. <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lluyia-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-co2-emitter/>.

œuvre du droit de la responsabilité⁹ et la manière dont l'enjeu du changement climatique pourrait à l'avenir bouleverser le droit des *torts*¹⁰. Du côté français, bien qu'il n'y ait encore aucune action portée devant un juge, la doctrine a pris acte depuis quelques années de la spécificité du risque de dommages provenant du changement climatique¹¹. Aujourd'hui la recherche s'amplifie. Prenant acte de la possible propagation du contentieux concernant le « *climate change liability* »¹², un auteur plaide d'ores et déjà pour la reconnaissance du concept de « responsabilité climatique »¹³, pendant qu'un autre souligne la nécessité de changer de « modèle »¹⁴. Dans tous les cas, il est noté combien les difficultés que les victimes doivent affronter sont importantes en raison, notamment de la nature globale du risque, des incertitudes scientifiques concernant l'établissement d'un lien de causalité entre les faits générateurs et les dommages individualisés et de la pluralité d'auteurs potentiellement responsables¹⁵. De ce fait, certains envisagent à l'avenir la création d'un fond d'indemnisation des dommages climatiques pour pallier l'inefficacité du droit de la responsabilité civile¹⁶.

Responsabilité civile climatique indemnitaire – Pour l'heure, la doctrine française s'est donc essentiellement intéressée à la finalité indemnitaire de la responsabilité civile. Cela va de soi : face aux dommages présents ou à venir dus aux activités rejetant des gaz à effet de serre et participant aux changements climatiques, la question de l'indemnisation via le droit national et en particulier les différents droits de la responsabilité en vigueur est cruciale. Sur ce point, le régime international du climat n'apporte aucune réponse. Certes, l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015 affirme que « Les Parties reconnaissent la nécessité d'éviter les pertes et préjudices néfastes des changements climatiques, notamment les phénomènes météorologiques extrêmes et les phénomènes qui se manifestent lentement, de les réduire au minimum et d'y remédier » (art. 8.1). Toutefois, il ne s'agit ici que de la poursuite du Mécanisme international

⁹ M. Gerrard et J. MacDougald, « An Introduction to Climate Change Liability Litigation and a View to the Future », *Connecticut Insurance Law journal*, vol. 20.1, 2013, p. 153 s. ; J. Lin, « *Climate change and the courts* », *Legal Studies*, vol. 32, mars 2012/1, p. 35 s. ; D. Hunet et J. Salzman, « Negligence in The Air : The Duty Of Care In Climate change Litigation », *University of Pennsylvania Law review*, 2007, vol. 157, p. 101 s. ; Ch. R. Reeves, « Climate Change on Trial: Making the Case for Causation », 32 *AM. J. Trial Advoc.* 495 2008-2009 ; D. A. Grossman, « Warming Up To A NO-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation », 28 *Colum. J. Env'tl. L.* 1 (2003).

¹⁰ D. A. Kysar, « *What Climate Change Can Do About Tort Law* », *Environmental Law*, vol. 41.1, 2011, p. 2.

¹¹ Sur ce point, J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2013, n° 21 et s.

¹² V. art. préc. de M. Gerrard et J. MacDougald.

¹³ « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *D.* 2015, p. 2278 (n° spécial, Quel droit face au changement climatique, dir. M. Hautereau-Boutonnet).

¹⁴ S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des dommages climatiques et le droit de la responsabilité civile », intervention au colloque « Le droit peut-il sauver le climat ? », Université de Sao Paulo, 16 oct. 2017 (v. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01684948/document>).

¹⁵ V. également sur ce sujet : L. Canali, « Contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives », in *Les procès climatiques : du national à l'international*, dir. Ch. Cournil et L. Varison, Pédone, 2018 ; F. Giansetto, « Le droit international privé à l'épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique », *Journal du droit international*, 2018/2, p. 65 et s. ; « Imputation ou causalité ? Réflexion sur le lien de cause à effet dans les contentieux en responsabilité climatique », in *Les procès climatiques : du national à l'international*, ouvrage préc. V. aussi les publications à venir de : O. Boskovic, « Le contexte transnational en matière de responsabilité climatique », J.-C. Saint Pau, « Climat et responsabilité pénale », N. « Rias, Quel rôle pour le devoir de vigilance dans la responsabilité climatique », S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des dommages climatiques et le Rapport de L. Neyret, à paraître en 2019 in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé?*, dir. M. Hautereau-Boutonnet et S. Porchy-Simon, Dalloz, Thèmes et Commentaires.

¹⁶ En ce sens, L. Neyret et S. Porchy-Simon, art. préc.

de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux incidences des changements climatiques tourné vers la coopération en matière d'information et d'évaluation et aucunement de la mise en place d'un système indemnitaire¹⁷. Le droit interne de la responsabilité civile, dont la principale fonction est l'indemnisation, a par conséquent tout son rôle à jouer comme remède au silence du droit international, malgré les difficultés dénoncées. La mise en évidence de ses limites pourrait même demain devenir le moteur de la négociation pour la création d'un fond d'indemnisation au niveau international.

Responsabilité civile climatique préventive – Mais qu'en est-il de la prévention des dommages climatiques ? Quel rôle le droit de la responsabilité civile peut-il jouer dans ce domaine ? Les entreprises pourraient-elles devenir responsables pour les dommages climatiques futurs ? Le juge pourrait-il leur imposer d'adopter des mesures préventives ? Pourrait-il jouer un rôle, en écho à la dichotomie provenant du régime international du climat, en prescrivant des mesures d'atténuation et d'adaptation ?¹⁸ C'est à ces questions que notre contribution propose de répondre en posant les « Jalons pour une responsabilité civile climatique préventive »¹⁹. Si pour une part, elle s'inscrit dans la continuité de la réflexion menée par la doctrine, à savoir cerner le rôle de la responsabilité civile face au changement climatique, pour une autre part, opérant un changement de cap, elle a pour but d'observer le droit de la responsabilité civile sous le prisme non pas de sa fonction indemnitaire, mais de sa fonction préventive.

Soutien - Certes, comme l'atteste le 5^{ème} rapport du GIEC (Groupe International d'Experts sur le Climat) de 2016²⁰, les effets du changement climatique sont déjà visibles, en particulier ceux touchant les précipitations et la fonte des neiges et des glaces qui perturbent les systèmes hydrologiques et influent sur la qualité et quantité des ressources hydriques. Par ailleurs, selon ce même rapport, pour la fin du 21^{ème} siècle, « les changements climatiques vont amplifier les risques existants et en engendrer de nouveaux pour les systèmes naturels et humains »²¹, notamment en ce qui concerne la production alimentaire. De ce fait, l'on peut s'attendre à une recrudescence des actions en responsabilité civile à finalité indemnitaire s'agissant des dommages causés aux personnes et à la nature. Toutefois, en complément, parce qu'il vaut mieux limiter les dommages dans la mesure où cela reste encore possible - sachant que selon le 5^{ème} rapport du GIEC, plus l'on avance dans le temps, plus le risque d'irréversibilité s'accroît - la question de leur prévention est cruciale. Il s'avère alors important de déterminer quel rôle peut jouer la responsabilité civile pour renforcer la prévention des dommages climatiques, en complément des autres droits.

Difficultés - Cela peut paraître surprenant tant la responsabilité civile est généralement, quel que soit l'ordre juridique, associée à sa fonction indemnitaire²². Cependant, cette fonction

¹⁷ Sur ce rappel, S. Maljean-Dubois et L. Rajamani, « L'Accord de Paris sur les changements climatiques du 12 décembre 2015 », *Annuaire français de droit international*, 2015, Vol. 61, p. 616 et s.

¹⁸ Sur ces deux finalités, v. S. Maljean-Dubois et M. Wemaëre, *La diplomatie climatique de Rio 1992 à Paris 2015*, COP 21, éd. Pédone, 2015, not. p. 282 et s.

¹⁹ En prolongement et affinement donc de la proposition de Laurent Neyret pour « La reconnaissance de la responsabilité climatique », art. préc.

²⁰ http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM_fr.pdf

²¹ Résumé à l'intention des décideurs, 5^e rapport GIEC, 2016, p. 13.

²² G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 4^e éd. 2017, LGDJ, n° 16. V. du côté du droit des *torts* en droit américain, A. A. Levasseur, *Le droit américain*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd. 2018, v. p. 153 et s. ; en droit anglais : G. Gadbin-George, A. Brunon-Ernst, A. Sabatier, S. Vincent et J. Beplate, *Glossaire de droit anglais*, Dalloz, coll. Méthodes

préventive est loin d'être absente au sein de ces différents ordres juridiques qui, selon les fondements et les pouvoirs du juge, accordent à ce dernier la possibilité de prescrire certaines mesures préventives. Du côté français, cette fonction fait même l'objet depuis une dizaine d'années d'une attention doctrinale croissante²³. Alors que certains auteurs plaident pour son officialisation à côté de la fonction réparatrice²⁴, d'autres souhaitent la reconnaissance d'une action en cessation de l'illicite²⁵ ou encore la création d'une action préventive autonome²⁶. Quant au droit étranger²⁷, outre que certains ordres juridiques accordent au juge civil le pouvoir d'« injonction », d'autres reconnaissent l'existence de véritables actions préventives²⁸. Surtout, il faut rappeler l'atout majeur de la prévention : qu'elle soit invoquée dans un litige relatif aux intérêts individuels ou aux intérêts collectifs, son résultat est profitable à tous. En effet, alors que la mesure indemnitaire profite directement à la victime, des mesures de prévention, qui résideraient notamment dans la réduction du rejet de gaz à effet de serre et dans des travaux d'adaptation, pourraient remédier à la situation de la collectivité dans son ensemble. Il faut alors « prendre la responsabilité civile climatique préventive au sérieux »²⁹.

Obstacles – Reste que, parfois communs aux actions en responsabilité civile réparatrice en particulier en ce qui concerne la preuve de l'intérêt à agir confrontée à l'exigence d'intérêt personnel et du lien de causalité confrontée à l'incertitude scientifique, les obstacles au succès d'une action menant à la prévention des dommages climatiques sont nombreux. Outre sa nature globale, le risque climatique est susceptible de mettre en scène un litige transnational et susciter ainsi des problématiques de droit international privé³⁰. La fonction préventive de la responsabilité civile demeure fragile et dépend largement des pouvoirs du juge pour appréhender les dommages futurs et prescrire des mesures préventives adéquates. Moins rodée que sa fonction indemnitaire, elle souffre, tout au moins en droit français, d'un manque d'officialisation et de structuration nuisant à son efficacité. Dans un contexte de dommages transnationaux, l'efficacité de la prévention via le droit de la responsabilité civile dépendra alors pour beaucoup du rattachement du litige en jeu à un ordre juridique offrant les meilleures garanties pour la mettre en œuvre.

Vision globale du droit du climat – C'est ici rappeler que, sous l'impulsion du juge en droit interne, tous les acteurs, étatiques autant que non étatiques, ont un rôle à jouer dans la lutte

du droit, 2014, v. spéc., Torts, n° 85 et s. ; en droit allemand : C. Witz, *Le droit allemand*, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 3^e éd., 2018, v. spéc. P. 156 et s.

²³ Sur ce rappel, G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd. 2017, p. 35 et s. ; G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, p. 151 et s. ; spéc. C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile. Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ? », RTD civ. 1999, p. 561 et s. ; « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004, p. 377 ; C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011 ; Vol. 110 ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, Vol. 71 ; S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, Péf. G. Viney, 2009, T. 504 ; J. Rochfeld, art. préc., n° 21 et s.

²⁴ V. la thèse précitée de C. Sintez et C. Thibierge, « Avenir... », préc..

²⁵ V. thèse précitée de C. Bloch.

²⁶ P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances*, n° 3, mars 2010, dossier 11.

²⁷ Sur ce rappel, G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, ouvrage préc. n° 18.

²⁸ Idem n° 17.

²⁹ En prolongement de l'intitulé de l'ouvrage dirigé par M. Delmas-Marty et A. Supiot, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2004.

³⁰ F. Giansetto, art. préc.

contre le changement climatique. Pour une part, mettant en œuvre dans l'ordre interne les finalités d'atténuation et d'adaptation au changement climatique reconnues par l'Accord de Paris³¹ au niveau international, le juge participerait à sa « garantie normative »³². Pour une autre part, condamnant civilement les entreprises à adopter des mesures préventives en cas de manquement constaté, il pourrait renforcer la justice climatique mondiale, opérer une redistribution des responsabilités parmi l'ensemble des auteurs contribuant aux changements climatiques et établir un meilleur équilibre entre le pouvoir économique et les devoirs sociaux et environnementaux des entreprises, pour une « mondialité apaisée »³³. Surtout, prenant acte de la volonté des entreprises de s'engager dans la lutte contre le changement climatique via des engagements volontaires et l'adhésion à de multiples réseaux légitimés et encouragés par l'Accord de Paris³⁴, il pourrait les mettre « face à leurs responsabilités » et veiller à la cohérence de leurs agissements.

Plan - En ce sens, avec un regard de droit français ouvert aux enseignements offerts pas les droits étrangers, cette contribution plaide, face au risque climatique porteur de dommages futurs susceptibles de toucher l'homme et la nature aux quatre coins du monde, pour la reconnaissance d'une responsabilité civile climatique préventive – en l'occurrence des entreprises- au sein des ordres nationaux. C'est en tenant compte des prémices de la responsabilité civile climatique préventive (I) et des obstacles concernant spécifiquement sa mise en œuvre (II) que l'on pourra cerner les leviers pour sa reconnaissance (III).

I – Les prémices de la responsabilité civile climatique préventive

Hypothèse – À l'avenir, différents dommages dus au changement climatique pourraient être subis par des victimes à travers le monde : des dommages matériels provenant de l'atteinte à leur propriété en raison de la montée des eaux, des dommages économiques résultant de l'impossibilité d'exercer leurs activités, comme l'agriculture, des dommages corporels en raison des conséquences sanitaires dues au changement de température ainsi que des dommages moraux résultant notamment de la nécessité de quitter des lieux d'habitation. Et si ces dommages seront subis en premier lieu par les personnes privées, physiques ou morales, il ne faut pas oublier qu'ils concerneront la nature elle-même, mais aussi les villes, régions, États qui devront, pour assurer la sécurité sur leur territoire, financer certains travaux d'adaptation ou de réparation. Or, si la question de l'indemnisation de ces dommages se pose, l'on peut penser que les victimes les plus concernées pourraient jour après jour exiger davantage de prévention, soit en demandant à leurs auteurs de remédier à leur situation en finançant des mesures de

³¹ S. Maljean-Dubois et L. Rajamani, « L'Accord de Paris sur les changements climatiques du 12 décembre 2015, Annuaire français de droit international », 2015, Vol. 61, p. 616 et s.

³² M. Hautereau-Boutonnet et S. Maljean-Dubois, « La garantie normative de l'Accord de Paris sur le climat », in *La garantie normative*, dir. C. Thibierge, à paraître aux éditions Mare et Martin.

³³ Sur le bénéfice de la prolifération des normes, M. Delmas-Marty, « Où va le droit ?, Entre pot au noir et pilotage automatique, le droit peut-il nous guider vers une mondialité apaisée ? », in *JCP G.*, 2 avril 2018, n° 14, p. 477, n° 20.

³⁴ I. Michallet, « De l'action locale au droit global : l'engagement climatique des villes », *RJE* 2017/4, numéro spéc. préc. *Quels droits après l'Accord de Paris ?*, p. 105 et s. V. aussi son intervention in *Quel droit pour sauver le climat ?*, Université de Sao Paulo, 16 oct. 2017, « Villes et régions, actrices locales d'un droit global », in <http://droit-climat.wixsite.com/projet-impulsion>; M.-P. Blin-Franchomme, « Entreprises, Quel rôle pour l'entreprise après l'Accord de Paris », *RJE* numéro spécial, préc. p. 119 ; F.-G. Trébulle, « Le rôle des acteurs privés, Bilan et perspectives de l'Accord de Paris », dir. M. Torre-Schaub, Coll. IRJS, 2017, p. 132 et s.

prévention, soit en leur demandant d'adopter directement les mesures adéquates pour éviter de subir le dommage. Ce sont justement ces deux hypothèses que l'on voit se manifester dans la jurisprudence relative à la responsabilité climatique qui, de manière à la fois complexe et de plus en plus affinée, montre que deux types de mesures en faveur de la prévention des dommages se dessinent : celles résidant dans le financement de la prévention réalisée ou à venir et celles résidant dans l'adoption de mesures par le défendeur.

Demande de financement des mesures préventives réalisées ou à venir - En effet, en premier lieu, certaines affaires américaines montrent la volonté des demandeurs d'obtenir la condamnation de grosses entreprises en particulier pétrolières pour obtenir le remboursement des sommes qu'elles ont ou devront engager pour effectuer des travaux d'adaptation au changement climatique³⁵. Dans ce cas, si nous sommes face *a priori* à une responsabilité de type réparatrice, il n'empêche que, par ses effets, elle contribue incidemment à la prévention des dommages climatiques. Citons en ce sens l'affaire *County of San Mateo vs. Chevron Corp.* dans laquelle la commune de San Mateo tente de faire condamner les grandes entreprises pétrolières sur le fondement du *tort* de négligence. Selon le demandeur, les défendeurs savaient ou auraient dû savoir que les activités menées étaient dangereuses. La production, la promotion, la commercialisation d'énergie fossile, ainsi que le financement de campagnes anti-réglementations et climato-septiques sont l'une des causes de l'élévation du niveau de la mer mettant en péril les infrastructures de la ville qui justifie la nécessité des mesures d'adaptation pour éviter la réalisation des dommages pour les habitants³⁶. Il s'agit ici à la fois de demande de remboursement des mesures déjà prises par la collectivité ainsi que de financement des travaux à venir. Il faut préciser que, encerclée par la mer, la ville est l'une des plus vulnérables de Californie à l'élévation du niveau de l'océan. Elle a déjà dépensé des millions de dollars afin d'étudier et atténuer les effets du changement climatique sur son territoire. Les demandes soulignent même que le réseau d'égout, les plages, les espaces verts, les routes ainsi que les infrastructures publiques sont et seront lourdement impactés, nécessitant des dépenses colossales de la part de la personne publique³⁷. Signalons que dix ans auparavant, l'État de Californie avait lui aussi demandé aux juges du District Nord de l'État de rendre un jugement déclaratoire afin que des industriels du secteur automobile soient condamnés à payer les frais présents et à venir de protection de la population et des infrastructures aux effets du changement climatique³⁸. L'une des préoccupations majeures était le renforcement des digues par leur exhaussement afin de se protéger de la montée des eaux. Cependant, la juridiction s'était reconnue incompétente pour trancher le litige sur le fondement de la nuisance publique, estimant que les demandes avaient avant tout un caractère politique³⁹.

Allemagne – Enfin, il convient de noter l'exportation de ce type de demande, en particulier en Allemagne. Il en est ainsi de l'affaire en cours *Saul Lluiya c. RWE* rendu par la Cour d'appel

³⁵ Voir en ce sens les affaires en cours: *King County v. BP PLC et al.*, Washington supreme court, 18-2-11959-0, Complaint ; *The County of Santa Cruz v. Chevron Corp et al.*, *City of Oakland v. BP P.L.C et al.* no. C17-06011 WHA, Order Granting motion to dismiss, *People State of California v. BP et al.*; et l'affaire passée : *Northern District of California, People of the state of California v. General Motors et al.*, Order granting defendant's motion to dismiss, n°C-06-05755 MJJ, sept. 2007.

³⁶ Superior court of the State of California in and for the County of San Mateo, Complaint of the County of San Mateo vs. Chevron Corp. and al, C-17CIV03222, Jul. 2017, p.28.

³⁷ *Ibid.* p.7

³⁸ *People of the State of California v. General Motors Corp. et al.*, Complaint for damages and declaratory judgment, C06-05755, 20 sept ; 2006, p.14.

³⁹ *Northern District of California, People of the state of California v. General Motors et al.*, Order granting defendant's motion to dimiss, n°C-06-05755 MJJ, sept. 2007.

de Hamm en novembre 2017⁴⁰. En l'espèce, le requérant demande au juge de condamner l'entreprise à supporter les dépenses liées aux mesures préventives que le demandeur va devoir prendre pour protéger sa propriété du risque d'inondation. À titre principal, il est demandé à ce que RWE paye une partie des sommes pour travaux à venir afin de réduire le niveau du lac. À titre subsidiaire, il est demandé à l'entreprise RWE d'effectuer elle-même les travaux de consolidation de la digue et de la diminution du volume d'eau. Le demandeur soutient que la mesure de réduction des risques la plus efficace serait la réduction du niveau du lac grâce au drainage d'une partie de celui-ci. Selon les experts, le coût financier de ces mesures préventives s'élèverait à 3,5 millions d'euros et RWE devrait prendre en charge 0,47 % de ce montant⁴¹, eu égard à sa contribution personnelle au changement climatique. Le fermier fonde en droit ses prétentions sur la nuisance privée reconnue à l'article 1004 du code civil allemand. Proche de la théorie française du trouble anormal de voisinage, cet article dispose que « s'il est porté atteinte à la propriété autrement que par éviction ou rétention de la possession, le propriétaire peut exiger de celui qui en est l'auteur l'élimination du trouble et s'il y a lieu de craindre de nouvelles atteintes, le propriétaire peut agir en justice en vue d'obtenir leur cessation »⁴².

Certes, dans ces différentes affaires, le juge n'a pas ou ne fera pas nécessairement droit aux demandes : alors que le juge américain a rejeté la qualification de négligence ou de nuisance publique, le juge allemand n'a pour l'instant qu'accepter d'examiner l'affaire après avoir admis la prescription d'une mesure in *futurum* adaptée à la recherche de preuves. Toutefois, cela montre le besoin pour les victimes de faire appel à la responsabilité civile pour favoriser la prévention des dommages climatiques.

Demande d'adoption de mesures préventives – En second lieu, certaines affaires montrent que d'autres demandeurs font appel au juge de la responsabilité civile pour qu'il prescrive des mesures de prévention par le biais de l'injonction. Citons en ce sens la décision *AEP v. Connecticut*, rendue le 20 juillet 2011 par la Cour Suprême des États-Unis⁴³. En l'espèce, huit États, la ville de New York et trois associations ont demandé aux juges d'enjoindre à quatre entreprises du secteur de l'énergie et à l'Autorité de la *Tennessee Valley* de réduire leurs émissions de GES. Plus précisément, à cette fin, les demandeurs entendaient que le juge impose aux entreprises l'élaboration de plans de réduction des émissions de CO₂ sur les dix années à venir⁴⁴. Il s'agissait donc, non pas de demander la cessation d'une activité de manière négative, mais plus positivement d'imposer une obligation de faire. Le fondement mobilisé était celui de la nuisance publique, issu du droit de la *Common law*. Définie comme tout acte causant un dommage à la collectivité dans l'exercice ou la jouissance de droits communs à tous⁴⁵, la constitution de la nuisance publique permet en principe au juge, lorsqu'une activité porte atteinte de manière excessive (*unreasonable*) à la sécurité publique, à la santé, à la paix ou au bien-être de la population, de prescrire les mesures nécessaires visant à faire cesser le trouble. Toutefois, les juges ne se sont pas prononcés sur le fond du droit en raison de la non-recevabilité des questions soumises. La résolution du litige aurait nécessité l'identification et la mise en

⁴⁰ CA Hamm, *Saul Luciano Lliyua v. RWE*, 2 O 285/1520, novembre 2017.

⁴¹ Claim of Saul Ananias Luciano Lliyua v. RWE AG, 23 janvier 2011, p.19.

⁴² Traduction libre, § 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.

⁴³ Supreme court of the United States, *American Electric power company, Inc., et Al., Petitioners, v. Connecticut et Al.*, 564 U.S, n°10-174, June 20, 2011

⁴⁴ « *As relief, the plaintiffs ask for a decree setting carbon-dioxide emissions for each defendant at an initial cap, to be further reduced annually* », Ibid. p.1.

⁴⁵ Restatement Second, §821B : « A public nuisance is an unreasonable interference with a right common to the general public ».

balance des politiques économiques, environnementales, extérieures et de sécurité nationale. Il n'appartenait pas au juge de se prononcer sur ce sujet⁴⁶.

Par ailleurs, il convient de noter que, dans la même logique, la ville de New-York cherche actuellement, en parallèle de l'obtention de dommages et intérêts pour les dommages actuels et futurs, une injonction du juge afin que cesse la nuisance causée par les émissions des défendeurs. Selon le demandeur, les activités des entreprises pétrolières constituent une nuisance grave aux droits à la santé, à la sécurité et au bien-être des habitants de New-York. La population sera affectée à l'avenir par l'élévation du niveau de la mer, des inondations et des vagues de chaleur extrême, les défendeurs doivent ainsi prendre les mesures nécessaires afin de faire diminuer le risque de nuisance⁴⁷. Dans ce contentieux, les mesures d'injonction ne cherchent plus seulement à limiter les dommages futurs mais tentent, en contraignant le comportement des entreprises, à prévenir le changement climatique lui-même. Les requérants souhaitent que le juge se prononce au-delà du remboursement des dépenses futures en enjoignant la réduction des émissions de CO2 au regard des obligations de la responsabilité civile délictuelle.

Responsabilité civile de l'État - Certes, aucune entreprise privée ne s'est vu enjoindre de réduire ses émissions de GES. Toutefois, il semble en être autrement pour les personnes publiques, en particulier l'État, qui voient de plus en plus leur responsabilité engagée pour inaction face au changement climatique. Une affaire illustre parfaitement l'engagement de la responsabilité civile préventive climatique ainsi que le pouvoir du juge à prononcer des injonctions à fonction préventive. Il s'agit du célèbre arrêt *Urgenda Foundation v. State of Netherland* rendu par le Tribunal de La Hague le 24 juin 2015⁴⁸. Le raisonnement retenu par le juge pourrait parfaitement être transposable aux litiges mettant en cause une entreprise. En l'espèce, à la demande d'une association, le juge a ordonné à l'État de réduire ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25% d'ici à 2020. Cette affaire est la première à mobiliser le fondement de la responsabilité civile délictuelle afin d'obliger un gouvernement à prendre des mesures plus efficaces dans la lutte contre le changement climatique. Sur le fondement de l'article 6§162 du code civil hollandais⁴⁹, la négligence de l'État dans la mise en œuvre de son obligation d'atténuation des changements climatiques est caractérisée. Comme pour les entreprises privées, le gouvernement connaissait la nature et l'étendue des dommages ainsi que les risques que les effets du changement climatique font et feront courir à la population. La cour conclut alors que le devoir de vigilance (*duty of care*) qui pèse sur l'État lui impose de prendre des mesures de préventions limitant les émissions de GES. En ce sens, elle écrit : « The only effective remedy against hazardous climate change is to reduce the emission of greenhouse gases. Therefore, the court arrives at the opinion that from the viewpoint of efficient measures available the State has limited options: mitigation is vital for preventing dangerous climate

⁴⁶ *American Electric Power co., inc., et al. v. Connecticut et al.*, No. 10-174. Argued April 19, 2011—Decided June 20, 2011, p.14.

⁴⁷ *City of New York v. BP.P.L.C ; Chevron corp. ; Conocophillips ; Exxon Mobil Corp. ; Royal Dutch Shell PLC*, c. 1 :18-cv-00182-JFK, document 1, complaint, p.60-63.

⁴⁸ *Urgenda Foundation v. The State of Netherlands*, The Hague District Court, 24 June 2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396

⁴⁹ « A person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof. As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour ». <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6633.htm>.

change »⁵⁰. En raison de l'effet non suspensif de l'appel, le gouvernement a annoncé qu'il allait prendre des mesures pour atteindre 49% de réduction des émissions de CO2 d'ici 2030⁵¹.

Apport – Que retenir de ce rappel jurisprudentiel ? D'un côté, l'on peut noter, d'une part, la diversité et l'originalité des mesures préventives demandées : oscillant entre l'objectif d'atténuation et celui d'adaptation, elles ne résident aucunement dans l'interdiction mais davantage dans l'obligation d'agir en finançant, en adoptant des plans, en réduisant les rejets de gaz à effet de serre. Il convient de retenir, d'autre part, la diversité des demandeurs : à côté des victimes-personnes physique agissant pour leurs propres intérêts et des ONG agissant pour l'intérêt collectif, l'on trouve les personnes publiques qui, devant également assumer les conséquences du changement climatiques présentes ou à venir, demandent le financement des mesures préventives à ceux qu'elles considèrent comme responsables : les entreprises. Toutefois, d'un autre côté, malgré l'importance des décisions ayant fait droit aux demandes, l'on voit poindre d'importants obstacles à lever pour qu'elles parviennent à leurs fins. Cela invite à examiner de plus près les obstacles à la responsabilité civile climatique préventive.

II – Les obstacles à la responsabilité civile climatique préventive

Réponses du droit - Si une grande part des droits internes reconnaît au juge la possibilité de prescrire des mesures préventives à l'issue d'une action en responsabilité civile, différents obstacles que l'on retrouve en droit français autant qu'en droit étranger, pourraient nuire à l'application de la responsabilité civile climatique préventive. Il convient de les souligner en mettant de côté les obstacles notamment processuels et probatoires communs avec la responsabilité indemnitaire déjà suffisamment mis en évidence par la doctrine⁵².

Droit français – Du côté du droit français, bien qu'il n'existe pas d'action en responsabilité préventive autonome, l'accueil de cette fonction ne fait aucun doute, à travers tout aussi bien le rattachement de certaines actions au droit de la responsabilité que les mesures prescrites par le juge à l'issue de l'action en responsabilité civile⁵³.

Dans le premier cas, l'on pense aux différentes actions en référé. Selon l'article 808 du Code de procédure civile dispose : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Par ailleurs, en vertu de l'article 809 : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». L'on voit que, selon les conditions requises, obtenir des mesures de prévention sur le fondement d'une décision provisoire, qu'elles résident dans l'injonction de faire ou de ne pas faire, est possible.

⁵⁰ Ibid. 4§75.

⁵¹ <https://www.government.nl/latest/news/2018/02/23/government-kicks-off-climate-agreement-efforts>, consulté le 8 juillet 2018 : « The climate agreement must contain specific carbon reduction measures, which make it clear which stakeholders are responsible for achieving the related results. The agreement will cover five sectors: industry, mobility, the built environment, electricity, and agriculture and land use. Each sector will have a CO2 reduction goal (in megatonnes), as set out in the coalition agreement ».

⁵² V. les références note 14.

⁵³ Sur ce rappel et ce développement, v. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, ouvrage préc., spéc. P. 35 et s, et 107 et s.

Dans le second cas, sur le fond, la doctrine s'accorde à noter que le juge n'hésite pas, selon l'objet de la demande, à ajouter à l'indemnisation, des mesures de prévention (bien souvent rattachées à la fonction indemnitaire par le biais de la remise en état) consistant à éviter la réalisation d'un dommage, à faire cesser le trouble ou à mettre fin à la source en faisant cesser le fait générateur illicite qui se trouve à son origine. Ainsi, dans le domaine environnemental, sur le fondement de la théorie du trouble anormal de voisinage, il peut ordonner la cessation d'une activité source de nuisance ou prescrire des travaux à son auteur. Par ailleurs, *via* une action à finalité indemnitaire, le juge n'hésite plus à admettre que le dommage puisse résider dans le remboursement des sommes engagées ou à engager par le demandeur pour la prévention du dommage qu'il subit ou risque de subir⁵⁴. C'est ainsi que Patrice Jourdain constate l'existence d'une « réparation à finalité préventive »⁵⁵. Surtout, l'on note une recrudescence de la fonction préventive de la responsabilité civile : outre que certains juges n'ont pas hésité à mettre fin à une source de nuisance en présence de risque non avéré et ouvre la prévention aux risques de dommages incertains⁵⁶, certaines actions récemment consacrées par le législateur dans le domaine environnemental et pouvant être engagées par certaines personnes morales, en particulier les ONG, combinent réparation et prévention. L'on pense à la nouvelle action de groupe environnementale prévue par l'article L. 142-3-1-II du Code de l'environnement⁵⁷. Outre l'indemnisation des préjudices, le demandeur peut invoquer « la cessation du manquement » du défendeur à ses obligations légales ou contractuelles (art. L. 142-3-1-III). De même, s'agissant du nouveau régime de responsabilité civile spécial de réparation du préjudice écologique⁵⁸ créé par la loi du 8 août 2016 sur la biodiversité⁵⁹, il prévoit, non seulement, que « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable » (art. 1251 du Code civil), mais aussi qu'« indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage » (art. 1252 du Code civil).

Projet de réforme de la responsabilité civile - Peu étonnant que le projet de réforme de la responsabilité civile présentée par le Ministère de la Justice en mars 2017⁶⁰ prévoit alors de modifier le code civil par des dispositions allant en ce sens. On trouve les traces de la « réparation préventive », non seulement à l'article 1266 qui prévoit qu'« En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur », mais aussi à l'article 1237 du Code civil selon lequel « Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un

⁵⁴ P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances*, n° 3, mars 2010, dossier 11, n° 7.

⁵⁵ *Idem*, n° 7.

⁵⁶ P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », art. préc., n°22.

⁵⁷ M. Bacache, « L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2017/3 Etude 8.

⁵⁸ Sur ce nouveau régime, L. Neyret, « La consécration du préjudice écologique dans le Code civil », D. 2017, p. 924 ; M. Hautereau-Boutonnet, « Quelle action en responsabilité civile pour la réparation du préjudice écologique », *Revue Énergie Environnement Infrastructures*, Juin 2017, Étude 14.

⁵⁹ L. n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JO : M. Hautereau-Boutonnet, La loi sur la reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil, JCP G 2016, n° 37, p. 948.

⁶⁰http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ». Par ailleurs, l'article 1261 « le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires ». Quant à la prévention elle-même, elle se trouve dans la reconnaissance de la théorie du trouble de voisinage. Selon l'article 1244, « Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble ».

Appréciation – Qu'en penser ? D'emblée, tout ceci paraît très favorable à la possibilité de demander au juge la prescription de certaines mesures adéquates à la prévention des dommages climatiques par le biais de différentes actions et fondements, en référé et sur le fond, qu'elles résident dans des obligations de ne pas faire (des interdictions) ou de faire (des réductions de rejet de gaz à effet de serre). Une diversité d'hypothèses est envisageable : en dehors des demandes individuelles fondées notamment sur le trouble anormal de voisinage ou la cessation de l'illicite, deux actions semblent en particulier intéressantes. Alors qu'une action de groupe pourrait être menée par les victimes ayant dû engager des dépenses pour prévenir certains dommages climatiques et de demander des mesures visant à faire cesser le manquement, une action fondée sur le régime spécial relatif au préjudice écologique pourrait aussi être engagée par une personne morale bénéficiant d'un droit d'agir en vue d'obtenir des mesures de prévention ou des mesures de réparation destinée à la prévention. Toutefois, à bien y regarder, les choses s'avèrent compliquées. D'une part, du côté des référés, sur le fondement de l'article 808 du Code de procédure civile, l'on peut admettre qu'il y a « urgence » à adopter des mesures préventives dès maintenant. Malgré l'éloignement dans le temps des dommages, le réchauffement climatique provoque d'importants dommages pour les hommes et la nature et peut être considéré comme certain scientifiquement. En revanche, sauf à admettre qu'il existe un différend entre les parties pour justifier des mesures conservatoires, le juge pourrait considérer que les mesures demandées souffrent d'une « contestation sérieuse » et invitent à régler le litige davantage sur le fond. L'incertitude scientifique régnant dans ce domaine, aussi bien s'agissant de la causalité du réchauffement climatiques que sur les mesures à prendre, pourrait être un frein au référé d'urgence. Quant à l'application de l'article 809 de ce même code, outre que pour ces raisons liées également à l'incertitude scientifique, le dommage climatique subi par le demandeur pourrait être vu comme non suffisamment « imminent », le trouble causé par le risque de dommage pourrait ne pas être considéré comme « manifestement illicite » au regard des autorisations données aux différentes activités à l'origine des rejets de gaz à effet de serre. D'autre part, concernant les pouvoirs du juge du fond, quel que soit le fondement invoqué, ils restent assez peu adaptés à la prescription de mesures préventives en matière climatique. Il est vrai que le juge civil français fait preuve d'une certaine souplesse à l'égard des risques de dommages non avérés⁶¹ et que le constat de l'illicéité de l'activité doit en principe conduire au rétablissement de la licéité. Toutefois, outre que, s'agissant du changement climatique *in specie*, le juge pourrait estimer que l'incertitude concernant le risque de réalisation des dommages désignés est trop importante, s'il s'avère que l'activité est licite, il demeure libre de refuser la réparation en nature qui, en droit français, recouvre bien souvent les obligations de faire et de ne pas faire, l'imposition « d'un acte ou d'une abstention »⁶². Outre que la mesure prévue doit être véritablement adéquate, elle ne doit pas représenter un coût

⁶¹ P. Jourdain, art. préc.

⁶² Sur ce rappel et ce développement, G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, ouvrage préc. n° 91 et s.

manifestement déraisonnable et ne peut contredire une autorisation administrative. L'on voit bien la difficulté s'agissant des mesures tournées vers la prévention des dommages climatiques. Outre que les demandes de limitation de rejet de gaz à effet de serre ou de travaux destinés à protéger les victimes pourraient être extrêmement coûteuses, le juge pourrait arguer son incompetence s'il s'agit d'activités bénéficiant d'une autorisation étatique en vertu du régime des ICPE⁶³.

Droits étrangers – Des obstacles assez similaires se retrouvent en droit étranger. À titre d'exemples, en droit anglais⁶⁴, l'injonction est une sanction associée, non seulement à différents *torts*, comme les *torts* de *private nuisance* – qui se rapproche le plus de la théorie française du trouble anormal de voisinage- ou de négligence, mais aussi au délit relevant principalement du droit pénal, le *public nuisance*. Ce dernier réside dans un « acte ou omission qui nuit matériellement au confort et à la convenance du public »⁶⁵. Dans tous les cas, si le délit est constitué, le juge peut imposer, soit une *prohibitory injunction* (interdiction de faire), soit une mesure dite *mandatory injunction* (des obligations de faire comme la remise en état). Toutefois, outre que l'auteur du dommage ne peut être responsable si le dommage en jeu n'était pas prévisible au moment où a lieu l'acte se trouvant à son origine, deux obstacles s'avèrent importants au succès d'une responsabilité civile préventive en matière climatique. Comme le rappelle Simon Taylor, outre qu'il incombe à la victime de démontrer qu'elle a déjà subi un dommage résultant du fait du défendeur et qu'il existe une forte probabilité pour que celui-ci s'aggrave à l'avenir si le juge n'agit pas, le coût des mesures ne doit pas être considéré comme excessif pour le responsable. Dans ce cas, le juge privilégie une réparation monétaire. Surtout, le juge prend ici en considération le fait que l'activité bénéficie d'une autorisation publique et qu'elle joue un rôle important pour l'intérêt général⁶⁶. Autorisées par l'État et justifiées au nom de l'intérêt général, les activités exercées par une entreprise du secteur énergétique source de rejet de gaz à effet de serre pourraient justifier que le juge refuse de lui prescrire une injonction de faire ou de ne pas faire.

C'est en partie pour ces mêmes raisons, qu'en droit allemand, l'application de la théorie du trouble anormal de voisinage – bien que rattachée au droit de propriété- pourrait se montrer inadaptée pour permettre aux victimes d'obtenir des mesures climatiques préventives⁶⁷. S'il est vrai que le juge peut tout à la fois faire cesser les troubles actuels et prévenir les troubles futurs, ces derniers doivent être considérés comme suffisamment caractérisés et imminents. Et, comme le rappelle Jonas Knetsh, là encore, le juge refuse d'imposer des mesures préventives « économiquement insupportables » pour le défendeur et y substitue alors une mesure de « compensation équitable ». Or, les coûts relatifs à la prévention en faveur de l'adaptation et/ou l'atténuation susceptibles de peser contre l'entreprise défenderesse pourraient être considérés comme insupportables...

⁶³ Installation Classées pour la Protection de l'Environnement.

⁶⁴ S. Taylor, « La responsabilité civile et l'incertitude scientifique », rapport sur le droit anglais, in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de Recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, p. 263 et s., en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480326/document>

⁶⁵ Idem, n° 34.

⁶⁶ Idem, n° 36-37.

⁶⁷ J. Knetsh, p., spéc. n° 22 et s., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de Recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau.

Légitimité du juge pour statuer – L’observation du contentieux climatique étranger manifeste d’ores et déjà une limite importante tenant à la liberté pour le juge de ne pas se reconnaître compétent pour connaître de litiges mettant en jeu des questions politiques. En effet, avant de se prononcer sur l’intérêt à agir des demandeurs et sur le bien-fondé en droit du recours, les juges vérifient si les litiges soumis à leur appréciation méritent d’être appréciés par le pouvoir juridictionnel. Se pose ainsi la question de la justiciabilité des litiges climatiques, de « ce que les particuliers peuvent rendre litigieux, ce dont ils peuvent saisir une juridiction ; ce que les juges acceptent de juger, les demandes qu’ils acceptent de recevoir »⁶⁸. Le caractère politique des demandes fait l’objet d’une appréhension différente selon les juges, conditionné alors par leur sentiment de légitimité à se saisir d’un problème de société. Outre-Atlantique, les juridictions se sont souvent reconnues incompétentes en vertu de l’absence de justiciabilité des demandes⁶⁹, notamment au regard de la théorie américaine des questions politiques (*political question doctrine*). Cette dernière impose au juge de se dessaisir d’une question lorsqu’il n’est pas l’organe approprié pour y répondre. À titre illustratif, dans l’affaire précitée opposant la ville d’Oakland à cinq entreprises pétrolières, le juge refuse de statuer en affirmant : « courts must also respect and defer to the other co-equal branches of government when the problem at hand clearly deserves a solution best addressed by those branches »⁷⁰. Le partage des responsabilités entre les différentes branches de l’État fonde ici le raisonnement du juge. Toutefois, la justification par les juridictions de la non-recevabilité des demandes se situe parfois au-delà de l’argumentaire purement juridique et dépasse la question juridique de la séparation des pouvoirs. Ainsi, dans l’affaire Oakland, le juge s’appuie sur des considérations historiques et économiques pour refuser sa compétence. Tout en admettant les dangers du changement climatique, il estime qu’il lui est impossible de se prononcer car l’industrie du pétrole et du charbon a été l’une des conditions du progrès historique de notre société⁷¹. Il faut malgré tout noter que d’autres tribunaux non américains se sont prononcés en sens contraire. Alors que, dans l’affaire Urgenda précitée, le juge du District de la Haye retient que la séparation des pouvoirs doit être entendue sagement et est respectée⁷², dans l’affaire RWE également précitée, la cour d’appel de Hamm⁷³ accepte l’action engagée par un fermier péruvien. Le juge conclut que le principe de séparation des pouvoirs contenu à l’article 20 de la Constitution allemande n’empêche pas la juridiction de juger des demandes au regard du

⁶⁸ C. Atias, « Justiciabilité », in Dictionnaire de la justice, L. Cadet, PUF, 2004, p.799.

⁶⁹ *Native Vill. of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 863 (N.D. Cal. 2009) (granting defendants’ motion to dismiss); *California v. Gen. Motors Corp.*, No. C06-05755 MJJ, 2007 WL 2726871 (N.D. Cal. Sept. 17, 2007) (granting defendants’ motion to dismiss); *Comer v. Murphy Oil USA*, No. 1:05-CV-436-LG-RHW, 2007 WL 6942285 (S.D. Miss. Aug. 30, 2007) (granting defendants’ motion to dismiss), rev’d, 585 F.3d 855 (5th Cir. 2009), panel opinion vacated en banc, 607 F.3d 1049 (5th Cir. 2010); *Connecticut v. Am. Elec. Power Co.*, 406 F. Supp. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005) (granting defendants’ motion to dismiss), vacated, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009), cert. granted, 79 U.S.L.W. 3342 (U.S. Dec. 6, 2010) (No. 10-174).

⁷⁰ *City of Oakland v. BP P.L.C and al.*, in The United States District court for the northern district of California, Case 3 :17-cv-06011-WHA, 25 June 2018, p.16.

⁷¹ Ibid. p.8: « Without those fuels, virtually all of our monumental progress would have been impossible. All of us have benefitted. Having reaped the benefit of that historic progress, would it really be fair to now ignore our own responsibility in the use of fossil fuels and place the blame for global warming on those who supplied what we demanded? Is it really fair, in light of those benefits, to say that the sale of fossil fuels was unreasonable? ».

⁷² The Hague District Court, *Urgenda Fondation v. The State of Netherlands*, 24 June 2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, §4.98: « the possibility, -and in this case even certainty- that the issue is also and mainly the subject of political decision-making is no reason for curbing the judge in his task and authority to settle dispute ».

⁷³ CA Hamm, *Saul Luciano Lliuya v. RWE*, 2 O 285/1520, novembre 2017

code civil. Reste alors à savoir si, à l'avenir, poussé par la circulation des idées et arguments au sein du contentieux climatique mondial et, plus particulièrement, de Common law, le juge américain acceptera de faire évoluer sa jurisprudence.

Conclusion – Il est vrai que tout est affaire d'interprétation. Le juge dispose ici d'une grande liberté. Cependant, l'on peut craindre que le coût financier des mesures pour les entreprises et leur parfaite adéquation aux dommages à prévenir demeurent des freins importants. Certes, sur le fondement de la responsabilité civile, l'on a vu des États condamnés à prendre des mesures. Ceci montre que certains juges peuvent franchir le pas et invitent à se demander si les actions engagées par les personnes publiques ne sont pas plus à même de parvenir au succès. Cette question invite à regarder de plus près les leviers en faveur d'une responsabilité civile climatique préventive.

III – Les leviers pour une responsabilité civile climatique préventive

Diversité et complémentarité des leviers – Au regard des obstacles rencontrés autant que des fondements ayant mené au succès de certaines actions, différents leviers susceptibles de pousser le juge à admettre la prévention peuvent être soulignés. Deux pistes sont à explorer : l'une réside du côté des fondements à invoquer, l'autre du côté des mesures à prescrire.

Des fondements plus adaptés – Dans l'affaire *Urgenda*, l'État néerlandais a été condamné civilement sur le fondement de son manquement à son devoir de vigilance. Après avoir reconnu qu'il était possible de considérer, au regard de ses engagements internationaux que ce pays était redevable d'obligations relatives à la réduction des rejets de gaz à effet de serre au niveau international, le juge reconnaît sur le fondement d'un devoir de vigilance prévu par le Code civil et s'inspirant notamment des objectifs et principes de la CCNUCC et du Traité sur le fonctionnement de l'UE en matière environnementale que l'État a l'obligation de protéger ses citoyens contre les conséquences des changements climatiques. Surtout pour répondre aux critères exigés par la qualification du *duty of care*, en particulier celui de la prévisibilité du dommage, il refuse de tenir compte de l'incertitude des dommages. Comme le soulignent Anne-Sophie Tabau et Christel Cournil, « le juge contourne cette difficulté en analysant le dommage, non pas comme l'élément entraînant la responsabilité des Pays-Bas, mais comme un indice permettant d'apprécier l'existence d'un devoir de diligence de l'État en matière climatique, dont la méconnaissance fonderait, en tant que telle, la responsabilité de l'État pour négligence. Ce raisonnement permet de conférer à la responsabilité une visée préventive »⁷⁴. En effet, ce qui est déterminant, c'est finalement de vérifier si, face à ce type de risque de dommages incertains, le défendeur est tenu à une certaine diligence et, en cas de réponse positive et de méconnaissance de ce devoir, de lui imposer le nécessaire respect de la vigilance. C'est de la détermination d'un devoir de vigilance face à des dommages incertains que le juge peut tirer le bien-fondé de la condamnation civile et ses effets : le rétablissement de la vigilance par les mesures de prévention.

Devoir de vigilance des entreprises - Ce mécanisme trouve un écho du côté de la responsabilité des entreprises avec la montée en puissance du devoir de vigilance. En droit français, si certains auteurs plaident pour la reconnaissance d'un « devoir général de prévention »⁷⁵, celui-ci se manifeste, d'ores et déjà, dans le domaine environnemental. Alors que le Conseil constitutionnel est venu affirmer dans une décision QPC du 8 avril 2011 que

⁷⁴ Commentaire *Urgenda* préc.

⁷⁵ S. Grayot, thèse préc., n° 619.

« chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »⁷⁶, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017⁷⁷ a consacré un devoir de vigilance des entreprises. En substance, il impose à certaines sociétés mères et donneuses d'ordre françaises d'établir et mettre en œuvre un plan de vigilance pour prévenir la réalisation de dommages causés à la sécurité et santé des salariés, les atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement en raison de leurs activités et celles de leurs partenaires commerciaux (art. L. 225-102-4. I du Code de commerce). L'enjeu climatique pouvant être intégré dans le domaine des atteintes à l'environnement, ce devoir est particulièrement intéressant puisque, de portée extraterritoriale, les entreprises concernées devront veiller à l'insertion de mesures aptes à prévenir les dommages climatiques, non seulement sur le sol où elles ont leur siège social, mais aussi dans les pays sur lesquels sont établis leurs filiales et partenaires commerciaux. L'on voit ici se dessiner un devoir de vigilance également climatique.

Or, pour assurer l'effectivité du devoir, le législateur a prévu que « Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter » (art. L. 225-102-4. II du Code de commerce). L'on voit ici le lien entre le devoir de vigilance et l'action visant à le faire respecter en cas de méconnaissance. De ce fait, un levier existe en matière de climat : la possibilité de s'assurer que les entreprises visées par ce dispositif mettent en place un plan prévoyant des mesures suffisantes pour prévenir les dommages climatiques.

Par ailleurs, la loi précise que, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, l'auteur du dommage doit réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter (art. L. 225-102-5 du Code de commerce). Cette disposition pourrait permettre à une personne intéressée, comme une ONG, de demander réparation des mesures préventives engagées ou à engager en raison de l'insuffisance du plan prévu par le défendeur. Certes, surgira le problème de la démonstration du lien de causalité entre l'absence ou les carences du plan et la réalisation du dommage⁷⁸. Toutefois, le dispositif montre que, avec l'appui d'une interprétation *in favorem* du juge, les pistes d'un droit de la responsabilité civile ouvert à des mesures préventives en adéquation avec son fondement existent.

Atouts – La loi française est d'autant plus intéressante que, dans un pays réfractaire à la responsabilité des sociétés-mères du fait de ses filiales, en raison de l'autonomie patrimoniale des sociétés, elle fait peser sur les sociétés mères une obligation personnelle. En cas de manquement, les victimes peuvent invoquer directement la responsabilité de la société-mère. Or, de l'avis des spécialistes de droit international, au vu de l'observations des règles de conflits

⁷⁶ V. Dec. N° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, K. Foucher, AJDA 2011, p. 1158 ; F.-G. Trébulle, RDI 2011, p. 369.

⁷⁷ L. n° 2017-399, 27 mars 2017 : JO 28 mars 2017 : Parmi les nombreux commentaires de la loi, v. not. : le n° spécial RLDA 6167, mars 2017, not. Y Queinnec, Le plan de vigilance idéal n'existe pas ! Pour être raisonnable et effectif, il doit être co-construit, p. 21 ; K. Haeri, JCP G 2017, doctr. 545 ; JCP E 2017, act. 250 ; S. Schiller, Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, JCP G. 2017, p. 622 ; A. Danis-Fatôme et G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, D. 2017, p. 1610 ; T. Sachs, La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une co-régulation, Revue de droit du travail 2017, p. 380 ; sur son élaboration : N. Cuzacq, Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1, D. 2015. 1049

⁷⁸ A. Danis-Fatôme et G. Viney, art. préc.

de compétence et de loi applicable en la matière, le juge français pourrait tout à la fois se montrer compétent et appliquer la loi du for⁷⁹. C'est alors que, dans un contexte transnational, le devoir de vigilance française pourrait ouvrir la porte à des victimes qui, situées dans des pays particulièrement concernés par les effets dommageables du changement climatique, voient dans certaines grosses entreprises françaises d'éventuels responsables. Rappelons qu'un premier procès climatique transnational s'est ouvert. Il s'agit de l'affaire RWE précitée : le juge allemand n'a pas eu de difficulté à reconnaître sa compétence à l'égard d'un litige mettant en scène une entreprise située en Allemagne et une victime et des dommages se produisant au Pérou.

Droit étranger – Qu'en est-il des droits étrangers ? Là aussi la doctrine note combien la *due diligence*, devoir commun aux pays de *Common law*, est un devoir malléable. Comme l'a récemment démontré la professeure Renée-Claude Drouin, le contentieux de la responsabilité des entreprises transnationales sur le fondement de la *due diligence* dans le contentieux de *common law*⁸⁰ a connu récemment d'importantes évolutions favorables à la mise en jeu de la responsabilité des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales à l'étranger. Rappelons que, pour juger d'un manquement à la *due diligence*, le juge doit vérifier si l'entreprise en défense était soumise à un *duty of care*. Si chaque juridiction possède sa propre interprétation, l'établissement par le juge d'un *duty of care* dépend de l'appréciation de trois éléments issus de l'arrêt anglais *Caparo Industries plc/ Dickman*⁸¹ : la prévisibilité du dommage causé au demandeur, la proximité entre le demandeur et le défendeur et le caractère juste et raisonnable de la prescription d'un devoir de vigilance au regard des faits de l'espèce ou du contexte politique plus général. Or, différentes affaires montrent que les critères du prévisible et du raisonnable sont en proie à l'évolution sous l'influence, non seulement de la connaissance de plus en plus accessible des entreprises au sujet des risques causés par leurs activités, mais aussi du fait que, de leur propre volonté, elles adoptent des déclarations ou engagements en faveur du respect des droits de l'homme, de la sécurité et de l'environnement. Citons en ce sens, du côté des provinces canadiennes appliquant le droit du *Common law* en droit privé, l'affaire *Choc c./ Hubbdbay minerals Inc* de 2015⁸². La responsabilité de l'entreprise minière canadienne transnationale était recherchée par des demandeurs situés sur le sol du Guatemala. Ces représentants d'une population autochtone maya estimaient que la filiale de la société mère située au Guatemala était à l'origine de la violation de leurs droits fondamentaux (atteintes à leur sécurité) et que la société canadienne avait l'obligation de prévenir les dommages subis. Pour apprécier en particulier l'existence d'un *duty of care*, à savoir l'opportunité politique de la condamnation, le juge a tenu compte de la politique environnementale et sociale de l'entreprise, en particulier des engagements volontaires qu'elles avaient adoptés dans ce domaine⁸³.

⁷⁹ V. les études de O. Boscovik : « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », D. 2016.385 ; « La compétence des juridictions des pays source pour connaître des actions intentées à l'encontre des entreprises multinationales », *Dalloz*, Point de vue, p. 732 ; Fascicule 146-30 « Droit international privé et environnement », *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis.

⁸⁰ R-C. Drouin, Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance, *Droit social* 2016, p. 246 s. V. aussi B. Parance et E. Groux, Regards croisés sur le devoir de vigilance et le *duty of care*, *Journal du droit international*, Clunet, 2018/1, p. 21 et s.

⁸¹ Arrêt rendu par la Chambre des Lords en 1990, 2 A.C. 605. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2626806

⁸² *Choc c/ Hudbay minerals*, Superior Court of Ontario, CV-10-411159, Judge Master Graham, 29 juin 2015. V. aussi le récent arrêt *Dominic Liswaniso Lungowe c/ Vedante Ressources* rendue par la Royal Court of Justice, 13 oct. 2017. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1528.html>

⁸³ R. Claude Drouin, op. cit.

Apport – On en retient que, dans le domaine climatique, plus les entreprises seront appelées à connaître les risques et plus elles feront part de leur volonté de s’engager dans la lutte contre le changement climatique, plus les juges pourront, ici ou là, reconnaître l’existence d’un *duty of care* ou devoir de vigilance face aux dommages climatiques futurs et la nécessité de le rétablir en cas de méconnaissance. Or, non seulement, en France et ailleurs⁸⁴, l’obligation de divulgation d’informations environnementales, voire spécialement climatiques, se densifie, mais en plus, reflétant le phénomène de la RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises), les entreprises, via l’adhésion à d’importants réseaux, s’engagent publiquement dans la lutte contre le changement climatique⁸⁵.

Application au climat – D’ores et déjà, le contentieux climatique montre l’importance prise par l’obligation d’information en matière de climat, qui à terme, prépare le terrain de la reconnaissance d’un devoir de vigilance climatique. Ainsi, signalons l’existence, en Australie⁸⁶, d’une action en cours engagée par deux actionnaires de la banque *Commonwealth Bank of Australia*⁸⁷ reprochant à cet établissement les insuffisances de leurs informations en matière climatique. Selon eux, le rapport financier annuel de la banque ne donnerait pas assez d’informations sur les risques pesant sur l’activité économique du fait du changement climatique ainsi que les mesures de prévention adoptées par la banque pour réduire les risques des changements climatiques sur ses activités. Or, en réaction à l’assignation, la banque a publié sur son site internet un document intitulé « CBA Climate Policy Position Statement » dans lequel elle reconnaît la matérialité du changement climatique ainsi que le risque significatif que cela fait peser sur son activité⁸⁸. Par cette déclaration - qui a mené au désistement des demandeurs à l’action-, elle s’engage également à réduire ses émissions et à augmenter sa contribution aux projets « bas-carbone ». Là encore, l’on trouve en germe la construction, par cette reconnaissance, d’un devoir de vigilance à l’égard des dommages climatiques à venir.

Autres fondements - Ainsi, à terme, le devoir de vigilance, dont on trouve différentes figures dans une variété d’ordres juridiques, pourrait être soutenu par la croissance des obligations d’informations incombant aux entreprises en matière climatique. C’est alors que, par une action tendant à son rétablissement en cas de violation, la reconnaissance de la responsabilité civile climatique préventive pourrait advenir. Toutefois, est-ce le seul levier ? Rien n’est moins sûr.

Ainsi aux États-Unis, la doctrine s’interroge sur le potentiel du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux pour prévenir les dommages climatiques. D’ores et déjà, ce fondement est au cœur du recours engagé par certaines villes de l’État de Californie contre des

⁸⁴ V. la récente directive de l’Union européenne 2014/95 du 22 octobre 2014 relative à la publication d’informations non financières. V. N. Cuzacq, « La directive du 22 oct. 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l’UE », *Revue des sociétés*, 2015, p. 707

⁸⁵ M.-P. Blin-Franchomme, « Entreprises, quel rôle pour l’entreprise après l’Accord de Paris », *RJE* numéro spécial, préc. p. 119 ; F.-G. Trébulle, « Le rôle des acteurs privés, Bilan et perspectives de l’Accord de Paris », dir. M. Torre-Schaub, Coll. IRJS, 2017, p. 132 et s.

⁸⁶ V. aussi l’affaire portée devant le Point de Contact National de l’OCDE par une ONG hollandaise contre la banque ING le 8 mai 2017.

⁸⁷ Federal court of Australia, *Guy Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia*, 7 aug. 2017, n. VID 2017.

⁸⁸ : <https://www.commbank.com.au/cs/newsroom/our-climate-commitment-201708.html>. Consulté le 9 juillet 2018.

grandes entreprises pétrolières⁸⁹. Plaidant le défaut de conception du produit⁹⁰, elles arguent au nom de l'existence d'une « conception alternative du produit », la nécessité de concevoir un produit moins dangereux pour l'avenir. En parallèle de l'industrie pétrolière ou du charbon, le défaut de conception pourrait selon certains auteurs, être mobilisé à l'encontre d'autres industries, comme celle de l'automobile⁹¹. Les fabricants disposent depuis longtemps des technologies alternatives nécessaires pour concevoir des moteurs plus propres et plus neutres en carbone. Par exemple, les voitures électriques existent depuis des décennies mais ont très peu été introduites sur le marché, et l'obstination des constructeurs à continuer la production des véhicules fortement émetteurs consolide le raisonnement basé sur le défaut de conception. En conséquence, les demandeurs pourraient être en mesure de poursuivre les constructeurs automobiles en faisant valoir que le défaut de conception entraîne des dommages aux plaignants causés par le réchauffement climatique. Si le juge faisait droit aux demandes, la condamnation inciterait les industriels à concevoir des produits plus neutres en carbone et ainsi à prévenir depuis le début du cycle de production la réduction des émissions de CO2.

Droits fondamentaux – Enfin, ce sont les droits fondamentaux qui pourraient jouer un rôle. Comme le rappelle Geneviève Viney, « il apparaît de plus en plus clairement aujourd'hui que l'idéologie des droits de l'homme a pénétré très profondément la conscience collective, de sorte que les juridictions nationales sont tout naturellement portées désormais, lorsqu'elles constatent une atteinte à un droit qu'elles considèrent comme fondamental, à ordonner la cessation de cette atteinte et même à indemniser la personne qui l'a subie, sans vérifier l'existence des conditions ordinaires de la responsabilité civile, notamment de la faute et du dommage »⁹². Le droit français reconnaît à l'article 1^{er} de la Charte constitutionnelle de l'environnement que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de santé »⁹³. En cas de méconnaissance, certaines victimes pourraient alors s'appuyer sur cette disposition pour demander son rétablissement en référé, mais aussi au fond, en tant que trouble manifestement illicite⁹⁴. Là encore c'est le fondement qui conduirait aux effets préventifs. Or, le contentieux climatique manifeste déjà cette possibilité⁹⁵. Il faut ici se tourner vers l'affaire *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan* portée devant un juge du Pakistan. Suite à une procédure de *Public Interest Litigation* engagée par un agriculteur⁹⁶, le juge a considéré au regard du retard du gouvernement dans la mise en œuvre de la Convention-Climat au niveau national, que ce dernier avait violé les droits fondamentaux des citoyens pakistanais, en particulier le droit à la

⁸⁹ Superior court of the State of California in and for the County of San Mateo, Complaint of the County of San Mateo vs. Chevron Corp. and al, C-17CIV03222, Jul. 2017, p. 86.

⁹⁰ « A product is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design... and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe » Restatement, Third, Torts : Product liability §2(b).

⁹¹ D.A. Grossman, « Warming up to a not so radical idea : tort-based climate change litigation », *Columbia journal of environmental law*, vol.28, n°1, p.44 et s.

⁹² G. Viney, *Introduction à la responsabilité civile*, préc., p. 125.

⁹³ Sur la Charte de l'environnement, A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 4e éd., 2016, p. 158 et s ;

⁹⁴ V. en ce sens les propositions de thèse de V. Rebeyrol, *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Defrénois, 2010, n° 192 et s.

⁹⁵ Sur l'importance des recours fondés sur la revendication du respect de certains droits de l'homme et leur affinement dans le domaine climatique, v. not. C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, préc. ; « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », art. préc. ; v. aussi le rapport UNEP préc., p. 31.

⁹⁶ *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan*, WP.No.25501/2014.

vie, à la santé et à un environnement sain. Le juge a alors ordonné au gouvernement de créer un conseil climatique et nommé des experts en charge d'établir une liste de mesures à mettre en œuvre pour favoriser l'adaptation du pays aux changements climatiques. Le conseil climatique aura pour mission de suivre l'adoption de ces différents plans de prévention et de réduction des émissions à travers les différents secteurs de l'économie⁹⁷. L'*imperium* du juge est donc un nouvel instrument pour contraindre la personne publique à lutter de manière préventive aux changements climatiques.

Mesures à prescrire – L'on voit ainsi ici que, en aval des différents fondements, se cache une variété de mesures préventives possibles. Certes, de manière générale, à l'avenir, malgré l'importance du coût de l'atténuation et l'adaptation, le juge pourrait imposer au défendeur, selon sa part de responsabilité dans le litige, soit de financer les mesures préventives réalisées ou à venir, soit d'adopter lui-même des mesures. Au regard du coût des dommages à venir, il pourrait estimer que la prévention doit être privilégiée. Sur ce point, il faut de nouveau se tourner vers l'affaire *Urgenda*⁹⁸. Pour appuyer la prescription des mesures préventives, le juge se réfère aux rapports du GIEC et du PNUE. Il en conclut qu'il vaut mieux adopter dès maintenant des mesures d'atténuation et en priorité par rapport aux mesures d'adaptation pour des raisons liées au rapport coût/efficacité⁹⁹. Toutefois, face à la frilosité dont pourraient faire preuve certains juges et par souci de l'exigence du caractère raisonnable ou adéquate des mesures, la question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas ici de privilégier d'autres mesures plus collaboratives et plus acceptables, sous forme notamment contractuelles. L'on pense à l'adoption, sous le contrôle des demandeurs, du juge, ou d'un tiers désigné à cette fin, d'un plan de prévention (en s'inspirant de la loi française sur la vigilance mais aussi des demandes faites par certaines grandes villes dans l'affaire *AEP v. Connecticut* précitée), d'une institution supervisant la mise en place des mesures (à l'instar des mesures prises dans l'affaire *Leghari* précitée), d'un renforcement des obligations d'expertises et d'informations climatiques ou d'engagements en faveur de l'indemnisation à venir.

Conclusion -Au terme de cette étude, l'on ne peut nier que les chemins vers la responsabilité préventives restent semés d'embûches. Cependant, certains leviers méritent l'attention. Surtout, l'on ne peut ignorer combien en droit de la responsabilité civile, en France¹⁰⁰ comme ailleurs, le juge, à l'écoute des forces sociales, a fait preuve d'une grande capacité d'interprétation. D'ores et déjà, aux États-Unis, la doctrine n'hésite pas à rapprocher le contentieux climatique civil du contentieux du tabac¹⁰¹. Menés à l'encontre des industriels, les contentieux concernent les intérêts publics et privés, traitent de la place de la certitude scientifique et ont trait à des dommages extrêmement coûteux. Si pendant 40 ans le juge a fermé la porte aux victimes, il a finalement opéré une évolution de sa jurisprudence sous la pression des actions engagées par les villes et les États fédérés amenés à engager des sommes colossales pour répondre aux conséquences sanitaires du tabac. Or, loin de ne concerner que les victimes humaines ou des ONG, concernant le contentieux climatique, l'on assiste aujourd'hui à la montée en puissance des procès opposant les villes ou États fédérés contre les industriels, gros émetteurs de gaz à effet de serre. Récemment, du côté français, c'est même la Ville de Paris qui a menacé d'agir contre l'entreprise pétrolière française Total¹⁰². Reste alors à savoir si, susceptibles également

⁹⁷ Ibid §8.

⁹⁸ Préc.

⁹⁹ C. Cournil et A.-S. Tabau, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE*.4/2015, p.678.

¹⁰⁰ G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd. 2008, p. 4 et s.

¹⁰¹ M. Olszynski, S. Mascher et M. Doelle, « From smokes to smokestacks: lessons from tobacco for the future of climate change litigation », *Geo. Envtl. L. Rev.*, vol.30/1, May 2017, pp.1-45.

¹⁰² <https://www.dalloz-actualite.fr/interview/proces-climatique-devant-juge#.W0PRoi-EhBo>.

d'être reconnues responsables et de devoir adopter des mesures d'atténuation et d'adaptation, ces personnes publiques pourront trouver un financement du côté du secteur privé.