



**HAL**  
open science

## La carence des pouvoirs publics dans l'adaptation au changement climatique : quels recours ?

Safia Cazet

### ► To cite this version:

Safia Cazet. La carence des pouvoirs publics dans l'adaptation au changement climatique : quels recours ?. Anne-Sophie Tabau. Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'Île de La Réunion, Droits International, Comparé et européen, pp.151-176, 2018, Confluence des droits, 979-10-97578-03-9. hal-02291183

**HAL Id: hal-02291183**

**<https://hal.science/hal-02291183>**

Submitted on 19 Sep 2019

**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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

**LA CARENCE DES POUVOIRS PUBLICS  
DANS L'ADAPTATION AU CHANGEMENT CLIMATIQUE :  
QUELS RECOURS ?**

Safia CAZET<sup>1</sup>

**Résumé**

Comment la carence des pouvoirs publics dans l'adaptation au changement climatique peut-elle se résoudre devant les tribunaux ? Quelles sont les diverses voies de droit à la disposition d'éventuels requérants ? Le droit administratif français offre deux solutions : introduire un recours en excès de pouvoir contre un acte administratif ou introduire une action en responsabilité. Cette étude analyse le degré de succès de telles actions en justice. Le recours en excès de pouvoir offre de réelles possibilités de réussite. En effet, le juge administratif interprète soupagement ses conditions de recevabilité. De plus, les obligations d'agir (nécessaires à la démonstration du bien-fondé de l'action) peuvent être trouvées dans les droits de l'homme, dans la loi, dans la notion d'ordre public. En revanche, l'action en responsabilité offre des chances de succès plus réduites en raison de la nature du préjudice et de la difficulté à établir le lien de causalité.

***Abstract***

*How do tribunals answer the public authorities' failings to adapt to climate change? What remedies can petitioner resort to? French administrative law enables petitioners either to initiate an administrative review or to bring an action for damages against the administration. This study assesses the success rates of both procedures. Administrative reviews offer a relatively high success rate, for the administrative judge has a flexible reading of their admissibility criterion. Moreover, the legal duty to act (necessary to demonstrate the validity of the action) can be found in human rights, in the law, or in the notion of public order. On the other hand, actions for damages are less successful due to the nature of the prejudice and the difficulty to establish the chain of causation.*

---

<sup>1</sup> Maître de conférences, Université de La Réunion, Faculté de droit et d'économie, Membre du Centre de recherche juridique (CRJ - EA 14).

La voie contentieuse est aujourd'hui utilisée à travers le monde pour pousser les pouvoirs publics à l'action<sup>2</sup>. En novembre 2016, « une juge de l'Oregon a jugé recevable la plainte de 21 enfants et adolescents qui reprochent à l'administration Obama de ne pas protéger leur environnement du dérèglement climatique »<sup>3</sup>. Au Pakistan, la Haute Cour de Lahore a ordonné la constitution d'un conseil climatique suite au recours d'un agriculteur estimant que l'inaction de son gouvernement menaçait ses droits fondamentaux. Enfin, plus proches de nous, les Pays-Bas ont été condamnés à améliorer leur politique de réduction des gaz à effet de serre par la Cour du district de La Haye. Ces exemples non exhaustifs nous conduisent à examiner notre droit administratif pour voir si la même chose peut tout simplement arriver chez nous.

Est-il possible pour un individu ou pour une collectivité territoriale d'agir contre l'État pour défaut d'adoption de mesures d'adaptation ? Est-ce qu'un Réunionnais pourrait se retourner contre une collectivité territoriale réunionnaise en raison de sa carence en matière d'adaptation au changement climatique ?

Pour y répondre, c'est vers le contentieux administratif qu'il faut se tourner. En effet, il s'agit dans l'hypothèse d'étude de mettre en cause la personne publique. Cela ne peut se faire que devant « son » juge, sauf cas particulier très restreint aujourd'hui de la voie de fait. Dans notre système de voie de droit, il nous semble que deux puissent être empruntées : la voie de la légalité d'une part, la voie de la responsabilité d'autre part. La voie de la légalité renvoie au recours en excès de pouvoir intenté contre un acte administratif express ou implicite. Le but est alors de faire censurer l'inaction illégale de la personne publique. Il ne s'agit pas tant d'apurer l'ordre juridique que de pousser à l'action. La voie de la responsabilité quant à elle renvoie à un recours de pleine juridiction. Il s'agit d'obtenir l'indemnisation des préjudices causés par l'inaction ou l'action illégale de la personne publique.

## **I. La mise en cause de la légalité de carence des pouvoirs publics, la voie d'action**

Le droit français ne connaît pas de recours en carence sur le modèle du droit de l'Union européenne. On ne peut pas attaquer l'inaction en tant que telle, mais on peut attaquer le refus d'agir, en déférant une décision expresse ou implicite de rejet devant le juge administratif pour excès de pouvoir. On part ici du postulat que l'on ne tombe pas dans le champ d'application du principe selon lequel « le

<sup>2</sup> La légitimité du pouvoir judiciaire pour traiter cette question a été actée. Voir un arrêt de septembre 2009 rendu par la Cour d'appel US, *State of Connecticut et al. V. American Electric Power Company Inc et al.* qui a été la première à reconnaître la recevabilité des plaignants en considérant que le changement climatique est justiciable malgré les implications politiques. De plus, dans l'affaire Urgenda, la Cour du district de La Haye a écarté l'argument du gouvernement selon lequel la nature politique des choix étatiques en matière climatique ne relève pas de l'appréciation du juge en se fondant sur la responsabilité qui incombe à chaque pouvoir. Elle doit rendre justice sur les demandes de protection des citoyens contre les actions des autorités gouvernementales, mission découlant des lois. Voir en ce sens, A-S. TABAU, C. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Fondation Urgenda », *RJE*, vol. 40, n° 4, 2015, p. 672.

<sup>3</sup> *Le Monde*, 12 novembre 2016.

silence vaut acceptation »<sup>4</sup>. Mais, il serait néanmoins intéressant d'analyser dans quelle mesure ce nouveau principe trouve à s'appliquer en matière d'adaptation au changement climatique.

Pour prospérer dans son recours en excès de pouvoir, le requérant doit franchir la barrière des conditions de recevabilité et démontrer le bien-fondé de sa requête.

## A. Les conditions de recevabilité

Classiquement, pour le recours en excès de pouvoir, elles sont au nombre de quatre : avoir une décision administrative, avoir intérêt donnant qualité pour agir, être dans les délais, et il ne faut pas qu'une autre voie de droit menant au même résultat existe. Les deux dernières conditions ne paraissent pas poser de problème particulier dans le contexte de l'adaptation au changement climatique. Le requérant devra être diligent et attaquer le refus dans les deux mois suivants les deux mois de sa demande. Quant à l'exception de recours parallèle, elle nous semble être remplie dans l'hypothèse que nous étudions. Nous ne voyons pas bien comment un recours de plein contentieux viendrait concurrencer ce recours en excès de pouvoir.

### 1. *L'obtention d'une décision préalable, conditionnée par l'ampleur de la compétence réglementaire*

Tout d'abord, il doit détenir une décision préalable, avec un contenu véritablement décisive. Cette condition sera satisfaite dans notre hypothèse, car ce sont véritablement des mesures réglementaires<sup>5</sup> qui seront demandées (construction de digues, résilience des infrastructures – eau, électricité, réseau interne – réseau téléphonique).

Cette demande doit être faite à l'autorité compétente<sup>6</sup>. Le second temps de la démarche consiste donc à se tourner vers le pouvoir réglementaire ou plus largement vers l'autorité administrative compétente. La demande pourra porter sur le champ de compétence dévolu au pouvoir réglementaire en vertu de l'article 37 de la Constitution. Peut être également recherchée l'adoption de « mesures d'application » de lois prises en matière d'adaptation au changement climatique. Si la demande est faite à une autorité décentralisée ou déconcentrée, il faudra également faire attention à ce que l'objet de la demande entre dans le champ de compétence de l'autorité saisie, sans qu'il soit ici possible de cartographier la répartition des compétences en matière d'adaptation au changement climatique. Il faut néanmoins nuancer ce point, car aujourd'hui, pèse sur l'administration une obligation de transmission à l'autorité compétente en vertu de l'article 20 de la loi DCRA du 12 avril 2000. Ce point ne constitue plus un obstacle à la recevabilité du recours en excès de pouvoir.

4 Loi n° 2013-1005 du 12 novembre de 2013 au sein de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ci-après DCRA), et articles L. 231-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

5 À ce stade de la réflexion, on ne voit pas bien quel acte individuel pourrait être sollicité. Mais le raisonnement s'y applique de la même façon.

6 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12<sup>e</sup> éd, Paris, Monchrestien, p. 562.

Ceci étant, la pertinence de l'option contentieuse étudiée se mesure à l'aune de l'étendue de la compétence du pouvoir réglementaire autonome et d'application. L'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de déterminer les « principes fondamentaux de la préservation de l'environnement ». Il n'est pas ici possible de définir très précisément ce que recouvre cette expression. Il nous semble possible d'affirmer de prime abord que l'adaptation au changement climatique ne renvoie pas exclusivement à la préservation de l'environnement. Construire des digues pour protéger des habitations ne relève pas de la préservation de l'environnement. Il s'agit de protéger les individus des dangers liés au changement climatique. Bien évidemment, la dimension protectrice de l'environnement pourrait relever de l'adaptation, car on pourrait également protéger notre environnement des dégâts causés par le changement climatique. Par exemple, lutter contre l'érosion des sols non dans l'objectif de protéger nos maisons, mais dans le but de préserver la terre tout simplement ou la qualité des plages et des rivages de la mer ou l'habitat des animaux. Cette brève réflexion nous amène à entrevoir une large compétence du pouvoir réglementaire autonome, sans compter celle du pouvoir réglementaire d'application, mais aussi une large compétence pour toutes les autorités qui en vertu du principe de subsidiarité devraient être compétentes pour prendre des mesures concrètes. Par exemple, en matière d'urbanisme, il y aura fort à faire et cela pourrait revenir aux municipalités.

Une correcte définition de la mesure demandée est donc capitale et devra impérativement correspondre à une compétence réglementaire. Elle devra d'autant mieux être définie qu'elle conditionne aussi pour partie la qualité donnant intérêt à agir.

## *2. La démonstration de l'intérêt pour agir, conditionnée par la mesure demandée et le degré de certitude de réalisation du risque*

Chacun des caractères de l'intérêt pour agir doit être analysé à l'aune de la particularité du contentieux de l'omission d'adopter des mesures d'adaptation pour déterminer si cette condition de recevabilité constitue un obstacle ou pas.

L'intérêt à agir doit être personnel. Cette condition a été identifiée par la doctrine anglo-saxonne comme une véritable barrière, les auteurs estimant que le dommage de chacun est si petit qu'aucun individu n'aurait d'intérêt suffisant pour intenter un recours<sup>7</sup>. Ce *locus standi* a d'ailleurs été fatal au recours des Inuits devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Par cette condition, on refuse aux particuliers la possibilité de plaider au nom de l'intérêt général<sup>8</sup>.

La première conséquence à tirer est qu'il faut éviter de demander l'adoption de mesures générales. Or, en matière d'adaptation au changement climatique, il y a une vaste gamme de mesures qui peuvent être demandées : prendre des plans de secours plus adaptés au nouveau climat, protéger les

<sup>7</sup> M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 36, 2007, p. 136 ; M. CANEDO-PARIS, « L'action en responsabilité dans l'intérêt des générations futures devant le juge administratif », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Paris, Dalloz, 2012, p. 201.

<sup>8</sup> C'est le cas dans beaucoup d'autres pays que la France, voir M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *op. cit.*, p. 136.

infrastructures et améliorer leur résilience, etc.<sup>9</sup>. Les mesures d'adaptation aux risques ont vocation à protéger la vie humaine. Chaque être humain va tirer de l'adaptation au changement climatique un bénéfice personnel. Or, la jurisprudence a toujours estimé que la qualité de citoyen, d'élu ou de consommateur ne suffit pas. La qualité d'être humain risque donc de ne pas être suffisante<sup>10</sup>. Pour contourner cet écueil, il faut constituer un groupement dont l'objet social sera de protéger contre tel ou tel risque<sup>11</sup>. Cependant, l'objet social devra être relativement circonscrit. L'inconvénient de cette solution réside dans le morcellement de l'approche. Il n'y a pas d'outil pour une lutte globale en faveur de l'adoption de mesures d'adaptation, sauf à créer un ministère public<sup>12</sup> ou octroyer le droit d'agir en justice contre le changement climatique à certaines agences administratives spécifiques<sup>13</sup>.

Deuxième conséquence à tirer du caractère personnel de l'intérêt à agir, il faudra veiller à ce que la mesure d'adaptation demandée procure un bénéfice personnel au demandeur, en lien avec la qualité dont il se prévaut. Pour prendre un exemple transposable, un agriculteur pakistanais a saisi la Haute Cour de justice de Lahore au motif que la passivité du ministre pakistanais du changement climatique enfreignait ses droits fondamentaux. En effet, les désordres climatiques affectant le Pakistan mettent en péril la production agricole du pays<sup>14</sup>. Cet agriculteur a eu gain de cause et la Haute Cour a ordonné la création d'un conseil climatique qui supervisera un certain nombre d'initiatives<sup>15</sup>. Par exemple, des habitants de la baie de Saint-Paul ont un intérêt personnel à agir contre un éventuel refus de la personne publique de prendre des mesures de protection contre les raz-de-marée, contre les tsunamis, contre la montée des eaux de mer. En revanche, un habitant de Cilaos lui n'aura pas d'intérêt personnel à ce type d'action. Autre exemple, en ce qui concerne l'adoption de plans de protection des espèces de corail, un individu lambda aura du mal à prouver un intérêt personnel à agir contre un éventuel d'adopter de tels plans. En revanche, une association environnementale dont l'objet serait notamment de protéger les espèces de corail aura un intérêt à agir.

Démontrer un intérêt personnel suppose de cibler la mesure demandée. Par exemple, les personnes particulièrement vulnérables comme les personnes dialysées ou celles ayant des problèmes cardiaques ou respiratoires pourraient aussi demander l'adoption de plans de secours adaptés. Les agriculteurs pourraient aussi demander des mesures d'adaptation à la sécheresse ou aux inondations, car ces deux phénomènes peuvent détruire des cultures ou des élevages. La première conclusion se confirme : l'approche contentieuse ne peut être que morcelée. Mais à ce détail près, elle pourrait réussir.

Les caractères légitime et pertinent de l'intérêt à agir ne posent pas de problème dans le cadre de cette étude et n'appellent donc pas de remarque particulière.

9 J. PEEL et H. M. OSOFSKY, « Sue to adapt ? », *Minnesota Law Review*, 2015, p. 1.

10 M. CANEDO-PARIS, « L'action en responsabilité dans l'intérêt des générations futures devant le juge administratif », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Paris, Dalloz, 2012, p. 197

11 Pour un exemple de réussite à l'étranger, l'affaire Urgenda, A-S. TABAU, C. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *op. cit.*, p. 682.

12 M. CANEDO-PARIS, « L'action en responsabilité dans l'intérêt des générations futures devant le juge administratif », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Paris, Dalloz, 2012, p. 201.

13 M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *op. cit.*, p. 136-137.

14 J. BOUSSOU, « Après les Pays-Bas, la justice pakistanaise vole au secours du climat », *Le Monde*, 3/10/2015.

15 Haute Cour de Lahore, 14 septembre 2015, Leghari contre Fédération du Pakistan, aff. 25 501/2015.

Enfin, l'intérêt doit être direct et certain, c'est-à-dire directement et certainement lésé par la décision attaquée<sup>16</sup>. Par exemple, à propos des habitants de la baie de St Paul, il faudra prouver l'omission de construire des digues va directement léser les habitants riverains de la mer. À l'évidence, cette condition sera remplie toutes les fois où le demandeur aura pris soin de cibler la mesure d'adaptation demandée. Au besoin, il devra étayer sa requête d'éléments scientifiques prouvant ce lien. La jurisprudence du Conseil d'État étant relativement libérale sur ce point, cette condition ne devrait pas constituer un obstacle de taille.

En revanche, c'est sur la certitude de lésion que la preuve sera plus délicate. En effet, le but de l'action est d'obtenir aujourd'hui des mesures pour parer à des événements, dont la survenance est à venir. Est-ce que l'omission de construire des digues va certainement léser les intérêts des riverains ? Encore faut-il être sûr que la mer va monter au point d'inonder la baie. Soit la survenance de l'événement est certaine, alors la lésion de l'intérêt est certaine aussi. Soit la survenance de l'événement est incertaine, alors la lésion de l'intérêt sera incertaine. On achoppe à un obstacle majeur de toute entreprise contentieuse en matière d'adaptation : l'incertitude. Sur ce point, le salut viendra des scientifiques. Il semble qu'aujourd'hui, personne ne discute plus sérieusement la réalité du changement climatique, raison pour laquelle nous sommes dans une logique d'adaptation. Certaines jurisprudences laissent à penser que le juge n'est pas complètement fermé sur cette question : c'est le contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile, mais aussi l'arrêt *Abisset*<sup>17</sup>.

Les conditions de recevabilité peuvent faire barrage à l'admissibilité de certaines requêtes et obligent à mettre en place une véritable stratégie contentieuse consistant à cibler la demande et à s'appuyer sur des connaissances scientifiques solides. À ce stade de la réflexion, on peut dire que la voie de REP n'est pas une voie sans issue. Mais il nous faut aller plus loin et étudier dans quelle mesure on peut établir le bien-fondé d'une telle requête.

## B. Le bien-fondé : la violation d'une obligation d'agir

Établir le bien-fondé du recours en excès de pouvoir suppose que le requérant démontre une illégalité et plus précisément une inaction illégale. Or une inaction est illégale à la seule condition qu'il existe une obligation d'agir qui est méconnue, ce qui pose donc la question fondamentale de l'existence d'obligation d'agir à la charge de l'État *lato sensu*. Dans un second temps, on envisagera la violation proprement dite de cette obligation.

### 1. Une obligation d'agir

L'analyse de l'obligation se déroule en deux temps. Le premier est la quête de fondements pour une telle obligation. Le second est celui de l'étude de la naissance de l'obligation. Cette question comporte une dimension temporelle, car il y a un décalage entre l'entrée en vigueur de la base légale de l'obligation et le moment où on peut reprocher réellement à la personne publique de n'avoir rien fait. Ces moments ne sont pas concomitants, c'est la question du délai raisonnable pour agir.

<sup>16</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 473.

<sup>17</sup> CE, 14 février 1958, *Abisset*, p. 98, concl. M. Long, *AJ*, 1958, p. 221, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT.

### a. *La multiplicité des fondements de l'obligation*

Notre ordre juridique recèle plusieurs sources d'obligations.

#### i. *La Charte de l'environnement*

Les articles 1 et 2 de la Charte sont directement applicables malgré leur imprécision. Ils sont invocables devant les tribunaux et sont invoqués avec succès<sup>18</sup>. Par exemple, le droit de l'homme à un environnement équilibré et respectueux de sa santé a été consacré comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA<sup>19</sup>. Leur formulation laisse à penser qu'ils seraient plus faciles à utiliser dans le contentieux d'atténuation plus que dans un contentieux de l'adaptation. Si on arrive à rattacher des mesures d'adaptation à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, ou à la protection de la santé, ces articles seront sans doute utiles.

Les articles 3 (principe de prévention) et 4 (principe pollueur-payeur) de la Charte ne nous intéressent pas à ce stade de la réflexion, car leur applicabilité est conditionnée à l'application d'une loi qui sera seule invocable en principe<sup>20</sup>.

L'article 5 relatif au principe de précaution est déjà plus porteur. La doctrine anglo-saxonne estime que ce principe peut être invoqué à l'appui d'une action en carence à prendre des mesures de précaution<sup>21</sup>. Pour certains auteurs, en effet, le principe de précaution impose une obligation d'anticiper les risques<sup>22</sup>. La valeur du principe de précaution ne suscite guère de difficulté. Dans sa décision relative à loi OGM<sup>23</sup>, le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur constitutionnelle. Le juge administratif lui a reconnu un effet direct<sup>24</sup> dans les affaires *Ligue pour la protection des oiseaux*<sup>25</sup> et *Association Quartier Les Hauts de Choiseul*<sup>26</sup>. Enfin, l'affaire *Association coordination interrégionale stop THT*<sup>27</sup> vient rappeler que ce principe a clairement intégré le bloc de légalité<sup>28</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'État avait admis qu'une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique. Mais c'est sa capacité à fonder des obligations d'agir qui peut susciter certaines interrogations. Certes, « l'invocabilité du principe de précaution lorsque les atteintes à l'environnement ont des conséquences graves et irréversibles sur la santé humaine est [...] admise »<sup>29</sup>. Mais pourrait-on par extrapolation estimer qu'une inaction qui méconnaît le principe de précaution pourrait être sanctionnée sur le terrain de l'excès de pouvoir ?

18 M.-A. COHENDET, « Le droit à l'environnement et le devoir de protection de l'environnement », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *Les dix ans de la Charte de l'environnement, 2005-2015*, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 85 et s.

19 TA Châlons-en-Champagne, ord., 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel et autres, req. n° 0500828, 0500829, 0500830, *JCP A*, n° 21, 23 mai 2005, p. 837.

20 O. DUPÉRE, « Droits fondamentaux et protection de l'environnement », in R. BERNARD-MENORET, *Le grand oral : les droits et libertés fondamentaux*, 2016, Ellipses, p. 478.

21 M. HARITZ, « Liability with and liability from the precautionary principle in climate change cases », in M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 27.

22 *Ibid.*, p. 27.

23 19 juin 2008, loi OGM n° 2008-564 DC.

24 M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, p. 1061.

25 CE, 6 avril 2006, Ligue pour la protection des oiseaux, req. n° 283103.

26 CE, 19 juillet 2010, Association Quartier Les Hauts de Choiseul, req. n° 328687, Lebon 333.

27 CE, Ass., 12 avril 2013, Association coordination interrégionale stop THT, n° 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821.

28 M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *op. cit.*, p. 1061.

29 A. BOUVERESSE, « Du bon usage du principe de précaution », *RTD eur.*, 2013, p. 880.



Cette extrapolation pourrait se fonder sur la lecture européenne du principe de précaution. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a érigé le principe de précaution en un « principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques »<sup>30</sup>. Le principe de précaution devrait pouvoir fonder des obligations d'agir.

Mais cela doit être tempéré par l'intensité du contrôle juridictionnel. Le Conseil d'État, dans l'affaire *Association coordination interrégionale stop THT* s'est contenté d'un contrôle minimaliste<sup>31</sup>, recherchant si les mesures de précaution prises ne sont pas manifestement insuffisantes au regard de l'objectif consistant à parer à la réalisation du risque. Un tel contrôle risque de ne pas être favorable à notre hypothèse.

Pour une partie de la doctrine, « le principe de précaution n'a vocation à jouer que lorsque se dessine raisonnablement la perspective d'un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, c'est-à-dire la perspective du risque d'un dommage insusceptible de faire l'objet de mesures correctrices »<sup>32</sup>. C'est le cas dans le contentieux de l'adaptation, puisqu'on ne cherche pas à corriger, mais bien à s'en prémunir. Il est admis que le principe de précaution n'a pas vocation à appliquer en présence d'un risque purement hypothétique<sup>33</sup>. En matière d'adaptation, le risque n'est pas purement hypothétique, le principe de précaution semble donc tout indiqué. À tout le moins, la mesure demandée par le requérant devra parer à la réalisation d'un risque non hypothétique. La requête devra faire état d'éléments circonstanciés, c'est-à-dire d'éléments faisant apparaître en l'état des connaissances scientifiques, des risques, même incertains<sup>34</sup>. C'est cela qui permettra de reconnaître l'applicabilité de l'obligation d'adopter des mesures de précaution<sup>35</sup>.

Ceci étant, en l'état actuel de la jurisprudence, il pourrait être relativement difficile de convaincre le juge de sanctionner l'inaction étatique sur le fondement de la violation du principe de précaution<sup>36</sup>. En effet, dans l'arrêt du 26 février 2014, *Ban Asbestos France*<sup>37</sup>, le Conseil d'État, à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir contre un décret sur la protection de la population contre les risques sanitaires, refuse de censurer la non-adoption d'un seuil de gestion pour les fibres courtes d'amiante au motif qu'à la date du décret, les connaissances disponibles ne permettent pas de fixer un seuil de gestion<sup>38</sup>. Dans l'affaire du sang contaminé, le juge a reconnu l'existence d'une obligation d'agir

30 TPICE, 26 nov. 2002, *Artegoda GmbH e.a. c/Commission*, aff. T-74/00, T-76100, T-85/00, T-132/00, T137/00 et T-141/00, voir pt 184 : *Europe*, janvier 2003, comm. 13, obs. M. PIETRI.

31 A. BOUVERESSE, « Du bon usage du principe de précaution », *op. cit.*, p. 880. L'auteur analyse la différence entre le contrôle opéré par le Conseil d'État (minimaliste) et celui opéré par le juge de l'Union, qui lui recherche positivement si la mesure est apte à assurer la protection de l'environnement et plus encore la santé publique.

32 O. DUPÉRE, « Droits fondamentaux et protection de l'environnement », *op. cit.*, p. 475.

33 A. VAN LANG, « L'application du principe de précaution à la déclaration d'utilité publique », *RDI*, 2013, p. 305.

34 J. BÉTAILLE, « Les obligations prudentielles : prévention et précaution », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *Les dix ans de la Charte de l'environnement, 2005-2015*, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 109.

35 *Ibid.*, p. 109.

36 Voir l'analyse très négative de M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *op. cit.*, p. 1061.

37 CE, 26 février 2014, *Association Ban Asbestos*, req. n° 351514, *RDI*, juin 2014, p. 331.

38 A. VAN LANG, « Les effets de la charte de l'environnement sur le droit de la responsabilité », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 251.

à partir du moment où l'administration était dûment informée des risques. Le juge administratif « sanctionne une exigence de prévention, mais n'impose pas la précaution comme obligation de comportement dès que le risque est soupçonné »<sup>39</sup>. Cette solution méconnaît la vocation du principe de précaution, qui est justement de permettre des mesures provisoires sans attendre la certitude scientifique<sup>40</sup>. Ainsi, en l'état actuel des choses, une action en carence pourrait prospérer dans les domaines où les connaissances scientifiques permettent d'orienter l'action des pouvoirs publics, l'action dans son principe et dans son sens.

La doctrine reste globalement pessimiste sur le caractère réellement opératoire des principes consacrés par la Charte devant les juges du fond. Pour Marie Anne Cohendet, leur portée est limitée et ils ne permettent pas à eux seuls de garantir la pleine effectivité du droit de l'homme à un environnement équilibré et respectueux de la santé et du droit de le préserver et de l'améliorer<sup>41</sup>. Cependant, considérant l'affaire *Urgenda* et les dizaines d'affaires similaires qui agitent les juridictions nationales de nombreux pays, elle prédit que « le mouvement global de censure de l'inaction des pouvoirs publics pour garantir le droit de l'homme à un environnement sain et équilibré et pour imposer le devoir de chacun de contribuer à sa protection et à son amélioration ne restera pas sans échos en France »<sup>42</sup>. Un changement de perspective de la part du juge administratif pourrait faire toute la différence.

Si les autres articles de la Charte ne sont pas pertinents dans le cadre de cette démonstration, d'autres normes à valeur constitutionnelle pourraient bien constituer un fondement adéquat pour une action en carence. Référence est faite aux droits de l'homme.

## ii. Les droits de l'homme

Il n'a échappé à personne que les droits de l'homme pouvaient permettre d'obtenir gain de cause sur le terrain environnemental et climatique<sup>43</sup>.

Tout d'abord, on a vu croître le nombre de recours fondés sur la violation des droits de l'homme. En 2005, les Inuits portaient une affaire devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme estimant que la politique états-unienne concernant le changement climatique violait leur droit à la vie, à la santé, à la propriété, à l'identité culturelle et à l'autodétermination<sup>44</sup>. Le changement climatique constitue une menace ultime à la culture inuite qui a besoin du froid<sup>45</sup>. « En 2005, par exemple, la Cour suprême Fédérale du Nigeria a condamné la compagnie pétrolière Royal Dutch Shell à s'abstenir de la pratique du "gas flaring". Selon les juges nigériens, la combustion du gaz produit par l'extraction

39 M. DEGUERGUE, « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 28, n° 2, 2006, p. 633.

40 A. VAN LANG, « Les effets de la charte de l'environnement sur le droit de la responsabilité », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 251.

41 M.-A. COHENDET, « Le droit à l'environnement et le devoir de protection de l'environnement », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, 2016, p. 97.

42 *Ibid.*, p. 98.

43 E. CANAL-FORUGES et C. PERRUSO, « La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifiée », *Energie-Environnement-Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, comm. 72

44 H. M. OSOFSKY, « The inuit petition as a bridge ? Beyond dialectics of climate change and indigenous Peoples Rights », *American Indian Law Review*, 2007, p. 675-697

45 *Ibid.*, p. 675.

du pétrole causerait des émissions de GES et d'autres rejets dans l'atmosphère susceptibles de porter atteinte au droit à la vie et à la dignité des populations riveraines »<sup>46</sup>. En 2013, le peuple athabaskan forme un recours contre le Canada devant cette même Cour interaméricaine arguant que le défaut d'action du Canada à réduire ses émissions de « Black Carbon » viole leur droit à la culture, à la propriété, à la subsistance et à la santé ; droits proclamés dans la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, dont ils demandent qu'elle soit interprétée à la lumière du contexte global relatif au changement climatique. Dans l'affaire *Urgenda*, était invoquée l'atteinte aux conditions de vie et à la santé des hommes<sup>47</sup>.

Ensuite, les acteurs politiques commencent à se saisir de la question. Les Nations unies ont adopté une résolution qui souligne « que les effets néfastes des changements climatiques ont une série d'incidences, tant directes qu'indirectes, sur l'exercice effectif des droits de l'homme »<sup>48</sup>.

La doctrine, notamment anglo-saxonne est d'avis que « l'inaction étatique constitue “a tort of negligence” et ce que cette inaction constitue une menace sérieuse à la jouissance des droits de l'homme et que cela devrait permettre aux citoyens de saisir leur juridiction afin que les juges obligent les États à mettre en place les politiques adéquates de réduction des gaz à effet de serre »<sup>49</sup>. Ce qui vaut pour les politiques d'atténuation vaut encore plus pour les politiques d'adaptation, car cette dernière vise à mettre en place des mesures permettant à l'humanité de vivre avec le changement climatique. L'approche droit-de-l'hommiste est peut-être intéressante, en raison de sa charge symbolique et de l'absence de réciprocité dans les traités sur les droits de l'homme.

Mais la question demeure de savoir quels droits de l'homme peuvent être invoqués et dans notre hypothèse, s'ils peuvent fonder des obligations de faire<sup>50</sup>. La théorie des obligations positives de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait à cet égard s'avérer salutaire, car l'État doit faire et doit empêcher de faire aussi<sup>51</sup>. À l'occasion des affaires *Lopez Ostra c. Espagne*<sup>52</sup>, *Guerra c. Italie*<sup>53</sup>, « la Cour a contribué au développement d'un ensemble d'obligations environnementales recouvrant les activités menées par l'État et les parties privées »<sup>54</sup>. Dans l'affaire *Oneryildiz c. Turquie*, « la Cour a souligné l'obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie, que ça implique avant tout pour les États le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif

46 M. DELMAS-MARTY, L. D'AMBROSIO, C. DEVAUX, K. MARTIN-CHENUT, *Dérèglement climatique, un défi pour l'humanité, 12 propositions juridiques pour la Conférence de Paris sur le climat*, octobre 2015. [https://www.college-de-france.fr/media/etat-social-mondialisation-analyse-juridique-solidarites/UPL6497917226074275574\\_cop21\\_francais\\_web.pdf](https://www.college-de-france.fr/media/etat-social-mondialisation-analyse-juridique-solidarites/UPL6497917226074275574_cop21_francais_web.pdf)

47 A. GOURITIN, « La jurisprudence de la CEDH sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques ? », in C. COURNIL et C. COLARD-FABREGOULE, *Les changements climatiques et les défis du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

48 « Droits de l'homme et changements climatiques », résolution UN du 30 juin 2015 A/HRC/29/15.

49 R.H.J. COX, « The liability of European States for Climate Change », *Utrecht Journal of international and European Law*, 30 (78), 2014, p. 134

50 D. BODANSKY, « International human rights and Climate change », *Georgia Journal of International and Comparative law*, vol. 38, n° 3, 2010, p. 520.

51 A. GOURITIN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques », in C. COURNIL et C. COLARD-FABREGOULE, *op. cit.*, p. 258.

52 CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*, req. no16798/90.

53 CEDH, 18 février 1998, *Guerra contre Italie*, req. 1161997-735-932.

54 F. FRANCONI, « La dimension environnementale des droits de l'homme entre individualisme et intérêt collectif », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J. E. VINUALES, *op. cit.*, p. 957.

et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie »<sup>55</sup>. Il y a une obligation de prévention du risque qui s'applique aux risques matérialisés<sup>56</sup>. Pour les risques potentiels, la Cour s'est aussi prononcée<sup>57</sup>. Dans l'affaire *Fadaïeva c. Russie*<sup>58</sup>, « la Cour a conclu que les activités industrielles produisant un lourd impact sur l'environnement entraînaient la responsabilité de l'État défendeur du fait de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée, dans la mesure où ce manquement avait entraîné une forme de dégradation environnementale telle qu'il constituait une atteinte aux droits de l'homme »<sup>59</sup>. Ces jurisprudences offrent tous les outils nécessaires à la sanction de l'inaction, une fois qu'elles sont combinées.

Mais c'est surtout la solution dégagée dans l'arrêt *Tatar*<sup>60</sup> qui nous semble pertinente pour le contentieux de l'adaptation. Dans cette affaire, la Cour fonde sur l'article 8 de la CEDH « l'obligation positive primordiale, pour les États, de mettre en place un cadre législatif et administratif visant à une prévention efficace des dommages à l'environnement et à la santé humaine »<sup>61</sup>. Certains auteurs y voient la consécration d'un droit à la jouissance d'un environnement sain et protégé<sup>62</sup>. La Convention peut couvrir certains aspects des changements climatiques sous l'angle des obligations positives ; mais il y a des limites quant à l'applicabilité des articles en question dans le domaine environnemental et quant au domaine des effets du changement climatique et aux mesures d'adaptation<sup>63</sup>. D'une part, la convention européenne des droits de l'homme n'a aucune disposition garantissant clairement un droit à un environnement sain. Dans *Kyrtatos c. Grèce*, 22 mai 2003, Cour ne retient pas un droit objectif à un environnement sain. Et dans un arrêt *Atanasov* du 7 décembre 2010<sup>64</sup>, la Cour a subordonné « le jeu des obligations positives inhérentes à l'article 8, s'agissant d'une dégradation de l'environnement, à l'existence d'un lien direct et immédiat entre celle-ci et le domicile ou bien la vie privée et familiale du requérant »<sup>65</sup>. Malgré certaines limites, il nous semble possible d'utiliser le droit à la vie ou encore le droit à une vie privée et familiale normale comme des vecteurs pour obliger l'État à prendre des mesures d'adaptation qui seraient donc limitées à la protection de ces deux impératifs. Pour ce qui est de l'adaptation à l'acidification des océans, les droits de l'homme ne seront probablement d'aucune utilité. Mais pour ce qui est d'améliorer la réponse des secours, ou la résilience de nos infrastructures vitales, cela pourrait fonctionner. Le juge national pourrait très bien faire cesser une violation des articles 2 et 8 de la CEDH dans le cadre

55 *Ibid.*, p. 957.

56 A. GOURITIN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques », in C. COUNIL et C. COLARD-FABREGOULE, *op. cit.*, p. 262 : l'auteur cite les affaires Lopez Ostra et Oneryildiz.

57 *Ibid.*, p. 269 : l'auteur cite les affaires Ledaeva contre Russie, Mc Ginley contre RU et Guerra contre Italie.

58 CEDH, 9 juin 2005, Fadaïeva contre Russie, req. n° 55723/00, para. 89

59 F. FRANCONI, « La dimension environnementale des droits de l'homme entre individualisme et intérêt collectif », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J. E. VINUALES, *op. cit.*, p. 957.

60 CEDH, 6 juillet 2009, n° 67021/01, Tatar c/Roumanie, confirmé par CEDH, 30 mars 2010, Bacila c/Roumanie.

61 O. DUPÉRÉ, « Droits fondamentaux et protection de l'environnement », in R. BERNARD-MENORET, *op. cit.*, p. 468.

62 O. DUPÉRÉ, « Droits fondamentaux et protection de l'environnement », in R. BERNARD-MENORET, *op. cit.*, p. 470 ; A. GOURITIN, « Potential liability of European States under the ECHR for failure to take appropriation measures with a view to adaptation to climate change », in M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, *op. cit.*, p. 143.

63 A. GOURITIN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques », in C. COUNIL et C. COLARD-FABREGOULE, *Changements climatiques et défis du droit*, *op. cit.*, p. 269.

64 CEDH, 2 décembre 2010, Ivan van Atanasov contre Bulgarie, req. n° 12853/03.

65 O. DUPÉRÉ, « Droits fondamentaux et protection de l'environnement », in R. BERNARD-MENORET, *op. cit.*, p. 470.

d'un recours en excès de pouvoir. Toute la question est de savoir s'il peut constater la violation avant que le risque ne se réalise. Pour les risques dont la survenance peut être établie avec un fort degré de probabilité, on peut trouver une réponse dans l'affaire *Taskin contre Turquie*<sup>66</sup>. « L'article 8 s'applique aux atteintes graves à l'environnement pouvant affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé du requérant. Autrement dit, les facteurs liés à une atteinte à l'environnement doivent affecter ou risquer d'affecter gravement et directement la vie privée et familiale ou le domicile »<sup>67</sup>. Mais cette jurisprudence s'applique lorsque l'atteinte à l'environnement est réalisée. Il faudrait donc un effort du juge national pour transposer cette solution au contentieux de l'adaptation. Ce contentieux est celui de l'anticipation, l'atteinte n'est pas encore réalisée. C'est justement le but de l'action en justice que de pousser l'État à prendre des mesures pour qu'elle soit anticipée au maximum afin d'en réduire les impacts le plus possible.

Les droits de l'homme constituent un début de solution. La nature des droits consacrés, leur combinaison, l'interprétation jurisprudentielle sont autant d'éléments nécessaires à la consécration d'une action préventive basée sur le risque élevé d'une atteinte aux droits de l'homme. Mais ces éléments ne sont pas suffisants pour l'heure, car les juridictions ne sont guère habituées aux actions *ex ante*. La doctrine française n'a que peu étudié la question d'un recours en légalité à visée préventive. Les outils sont là. Il faut franchir le pas et admettre la nécessité de protéger les droits de l'homme par anticipation.

La lecture environnementaliste des droits de l'homme pourrait donc être un fondement possible de recours contre l'inertie des pouvoirs publics, malgré son caractère relativement indirect. Une voie plus directe existe peut-être si l'on considère toutes les normes de droit international qui ont une vocation clairement environnementale.

### *iii. Le droit international*

De nombreuses conventions internationales ont un objet environnemental et climatique. Peut-on trouver dans cet arsenal conventionnel des obligations d'adopter des politiques d'adaptation qui seraient invocables devant le juge national<sup>68</sup>? La convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique est pertinente dans le cadre de notre étude. En effet, dans la CCNUCC, il est prévu que les gouvernements coopèrent pour se préparer à l'adaptation aux impacts des changements climatiques.

Une lecture combinée des articles 3, 4 point b), 4 point e) laisse à penser qu'est imposé aux États parties de mettre en place des politiques d'adaptation au changement climatique. Cependant, il n'est pas sûr que ce texte puisse servir de fondement à des obligations d'agir. En effet, la Cour du district

66 CEDH 10 novembre 2008, *Taskin contre Turquie*, § 113.

67 A. GOURITIN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques », in C. COURNIL et C. COLARD-FABREGOULE, *Changements climatiques et défis du droit*, *op. cit.*, p. 270.

68 Le juge international a également un rôle à jouer en la matière, mais cela dépasse le champ de notre étude. Voir cependant sur cette question : PH. SANDS, « Climate change and the Rule of Law : adjudicating the future in international Law », *Journal of environmental Law*, 2016, p. 19-35.

de Haye a estimé que ce texte n'avait pas d'effet direct<sup>69</sup>, ni le Protocole de Kyoto, ni le principe d'utilisation non dommageable du territoire. Il est très probable que le juge administratif fasse une réponse similaire, ce qui serait très dommageable à l'issue des recours contentieux.

En revanche, la CCNUCC a servi comme « élément de contexte à prendre en compte pour interpréter et appliquer le droit interne »<sup>70</sup>. Le juge a admis l'invocabilité indirecte du droit international, ce qui l'a aidé à fonder l'illégalité du comportement de l'État néerlandais sur la violation de son devoir de diligence<sup>71</sup>.

La doctrine est globalement pessimiste sur la capacité du droit international à lui seul à apporter une réponse efficace aux changements climatiques<sup>72</sup> en raison du caractère vague<sup>73</sup>, insuffisamment précis des obligations conventionnelles. Ce caractère vague pourrait se muer en atout en raison de l'adaptabilité de la norme qu'il permet. Mais pour l'instant le conditionnel reste de mise. Ces constats sont transposables à la problématique de l'adaptation.

Si le droit international écrit n'apporte pas aujourd'hui une réponse adéquate, la coutume internationale peut-elle faire mieux ? « Des récentes décisions de la CIJ, des sentences arbitrales ou encore les avis consultatifs du Tribunal international du droit de la mer sont venus utilement préciser les obligations des États en matière de préservation de l'environnement, en particulier identifier un socle coutumier d'obligations substantielles et procédurales visant la prévention des dommages environnementaux. Telles qu'elles ont été définies par le juge, les obligations de *due diligence* pourraient produire des effets systémiques majeurs sur l'ensemble du droit international de l'environnement »<sup>74</sup>. Il a été reconnu au principe de prévention un caractère coutumier dans l'affaire *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*<sup>75</sup>. Une valeur coutumière a également été reconnue au principe de précaution dans un avis rendu en 2011 par la chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer<sup>76</sup>. C'est surtout le principe de précaution qui nous intéresse, car il trouve à s'appliquer « pour tous les changements climatiques et les risques qui en résultent »<sup>77</sup>. Depuis l'arrêt *Aquarone*<sup>78</sup>, il est acquis que la coutume internationale ne bénéficie pas de la primauté offerte par l'article 55 de la Constitution. Cependant dans un arrêt *Souad Chériet-Benséghir*<sup>79</sup>, le Conseil d'État a jugé qu'au nombre des règles de droit public international, auxquelles la République française se conforme selon le 14<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, figure la règle *pacta sunt servanda* qui est elle-même une règle coutumière<sup>80</sup>.

69 A.-S. TABAU, C. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE*, n° 4, 2015, p. 685.

70 *Ibid.*, p. 685-686.

71 *Ibid.*, p. 686.

72 Y. KERBRAT et S. MALJEAN-DUBOIS, « Quelles perspectives en droit international de l'environnement ? », *RDA*, octobre 2015, p. 132.

73 La doctrine anglo-saxonne partage cet avis mesuré sur l'efficacité contentieuse du droit international : M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *op. cit.*, p. 142.

74 Y. KERBRAT et S. MALJEAN-DUBOIS, « Quelles perspectives en droit international de l'environnement ? », *RDA*, octobre 2015, p. 133.

75 CIJ, 20 avril 2010, Argentine contre Uruguay.

76 TDM, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, aff. n° 17, Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone.

77 Y. KERBRAT et S. MALJEAN-DUBOIS, « Quelles perspectives en droit international de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 134.

78 CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec, p. 206.

79 CE, Ass. 8 juillet 2010, *Souad Chériet-Benséghir*.

80 Voir l'analyse de D. TRUCHET, *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd. Paris, PUF, 2011, p. 171.

L'argument de droit international peut figurer dans la requête, avec d'autres, de façon à renforcer la conviction selon laquelle l'État doit agir. Mais pour l'instant, il ne semble pas que ce seul moyen permette d'obtenir la censure d'un refus. La requête aurait-elle plus de chance si elle se fondait sur un moyen tiré de la violation du droit de l'Union européenne ?

#### *iv. Le droit de l'Union européenne*

L'Union européenne a manifesté son intérêt pour l'adaptation au changement climatique. Tout d'abord en vertu de l'article 191 TFUE, les politiques de l'Union concourent à la préservation, *la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, à la protection de la santé des personnes, à la promotion*, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier *la lutte contre le changement climatique*. De son côté la Commission a publié un livre vert le 29 juin 2007, sur « l'adaptation au changement climatique en Europe : les possibilités de l'Union européenne »<sup>81</sup>. En 2009 a été adopté le paquet « énergie climat »<sup>82</sup>, mais il vise plutôt à atténuer le changement climatique par la réduction des gaz à effet de serre qu'à adapter nos sociétés à cet inéluctable changement.

En 2012, a été lancée la plateforme climate-adapt<sup>83</sup> qui vise à promouvoir les actions en faveur de l'adaptation au changement climatique. Puis, en 2013 Commission a adopté une communication sur une « stratégie de l'Union européenne relative à l'adaptation au changement climatique »<sup>84</sup> qui se décline dans de très nombreux domaines tels que le secteur forestier<sup>85</sup>, les aires côtières<sup>86</sup>, la biodiversité, la résilience des bâtiments<sup>87</sup>, la sécurité énergétique<sup>88</sup>, le transport<sup>89</sup>, la santé, les questions de pénurie d'eau et de sécheresse.

En octobre 2014, la Commission européenne a donné nouvelles orientations aux politiques énergétique et climatique pour renforcer le cadre existant. En 2015 une proposition de réforme du système d'échange de quotas d'émissions (SEQE) a été faite. Enfin, en novembre 2016, la Commission a présenté un nouveau paquet « énergie propre »<sup>90</sup>.

L'Union européenne a donc pris à bras-le-corps la problématique de l'adaptation. Cependant, à notre connaissance, il n'y a pas un instrument unique qui obligerait les États membres à adopter des politiques d'adaptation. Dans un futur proche, il n'y en aura pas. En revanche, il pourrait y avoir de nombreux textes sectoriels qui reprendraient chacun des axes de la stratégie européenne d'adaptation. Pour l'instant, on peut citer la directive 2007/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation, qui a été transposée

81 COM (2007) 354 final.

82 Le Paquet Énergie-Climat comporte quatre textes publiés le 23 avril 2009 : 3 directives (2009/28/CE, 2009/29/CE et 2009/31/CE) et une décision (n° 406/2009/CE). Il est, entre autres, associé à deux textes adoptés simultanément : le règlement n° 443/2009 et la directive 2009/30/CE.

83 <http://climate-adapt.eea.europa.eu/>

84 COM (2013) 216 final.

85 Communication COM (2013) 659 final.

86 Sur cette question, la Commission développe une politique intégrée maritime et politique commune de la pêche

87 SWD (2013) 137 final.

88 Stratégie européenne pour la sécurité énergétique COM (2014) 330 final.

89 Com (2009) 148.

90 Com (2016)860.

par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et par le décret n° 2011-227 du 2 mars 2011 relatif à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation.

Pour l'instant, le droit de l'Union européenne ne peut être invoqué à l'appui d'un recours contre l'omission de prendre telle ou telle mesure d'adaptation, sauf pour ce qui relèverait de la gestion des inondations et à la condition que les textes de transposition ne soient pas conformes à la directive. C'est donc du côté de l'ordre juridique interne qu'il faut regarder.

#### v. *La loi et les règlements*

Des obligations d'agir peuvent se retrouver dans la loi et ses règlements d'application. Par exemple, la loi Grenelle II impose aux collectivités de plus de 50 000 habitants de réaliser leur Plan Climat Énergie Territoire. Le Département de La Réunion a déjà adopté le sien.

Les principes de prévention et de correction, qui supposent l'intermédiaire d'un texte de loi, pourront également être invoqués à l'appui d'un recours.

#### vi. *L'ordre public, fondement évident*

La carence du pouvoir de police reste le fondement le plus évident<sup>91</sup> pour attaquer un refus d'agir en matière d'adaptation. L'obligation de prévention des risques en matière de police administrative constitue à notre sens le moyen le plus efficace<sup>92</sup>. L'un des avantages du recours à la notion d'ordre public est qu'elle ne nécessite pas de texte spécifique, l'autorité de police générale pouvait déjà agir en vertu de ses pouvoirs propres<sup>93</sup>. De plus, la notion d'ordre public a déjà évolué dans le sens de son extension : depuis la prévention et la protection contre des troubles jusqu'à la prévention et la protection contre les risques<sup>94</sup>. Ainsi que J.-P. Markus le démontre, le principe de prévention et le principe de précaution fondent un acte de police, face à un risque « avéré, potentiel ou même indéterminé »<sup>95</sup>. Dans une affaire *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et autres*<sup>96</sup>, le Conseil d'État avait validé une mesure ayant pour objet la suspension de la mise sur le marché de poissons d'eau douce originaires d'Ouganda, du Kenya et de Tanzanie, leur destruction par incinération sur la base d'informations émanant des autorités d'Ouganda faisant état d'intoxications alimentaires dues à l'ingestion de poissons du lac Victoria contaminés par des résidus de pesticides, produits constituant donc un danger potentiel pour la santé humaine et animale.

Le but de la police administrative est de « neutraliser le fait générateur de façon à prévenir un trouble »<sup>97</sup>. « L'important est la certitude ou la forte probabilité du trouble, classiquement seules de

91 A. VAN LANG, « Les effets de la charte de l'environnement sur le droit de la responsabilité », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 243

92 Effectivement, depuis l'arrêt Doublet, il y a une obligation de protéger l'ordre public, une obligation d'utiliser son pouvoir de police administrative générale ou spéciale pour parer à des troubles à l'ordre public.

93 J.-P. MARKUS, « La protection des générations futures, élément de la légalité administrative », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures*, Paris, Dalloz, 2012, p. 235. L'auteur renvoie à l'arrêt Labonne du Conseil d'État rendu le 8 août 1919.

94 *Ibid.*, p. 237.

95 *Ibid.*, p. 238.

96 CE, 29 décembre 1999, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et autres*, req. n° 206945.

97 J.-P. MARKUS, « La protection des générations futures, élément de la légalité administrative », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures*, Paris, Dalloz, 2012, p. 238.



nature à justifier une mesure de police »<sup>98</sup>. Or, en matière d'adaptation, la survenance du trouble est très probable. Il est tout à fait pertinent d'interpeller les autorités de police pour qu'elles prennent aujourd'hui des mesures propres à éviter la réalisation de ce trouble.

Envisager le contentieux de l'adaptation sous l'angle de l'ordre public présente un inconvénient de taille. Ce moyen n'est opérant que lorsque la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique sont en jeu. S'adapter à l'acidification des océans ou à la fonte des glaces ne se traduit pas nécessairement par l'adoption de mesures de police. Cet inconvénient doit néanmoins être relativisé pour deux raisons. D'une part, une bonne partie des mesures d'adaptation consistent à protéger les populations des désordres climatiques. La notion de sécurité est alors fort à propos. D'autre part, l'ordre public peut revêtir une dimension écologique. La notion d'ordre public écologique<sup>99</sup> semble pertinente pour ouvrir des perspectives contentieuses.

### *b. L'existence de l'obligation*

Une fois le fondement établi, il faut encore prouver que l'obligation d'agir existe, au sens d'être effective. Deux éléments ont un effet sur « l'existence » de l'obligation : la nature du pouvoir conféré à l'administration et le temps.

#### *i. L'impact de la nature du pouvoir conféré à l'administration*

Selon que l'administration est en situation de compétence liée ou jouit d'un pouvoir discrétionnaire, l'issue du recours sera différente.

Dans l'hypothèse de la compétence liée, l'issue du recours en excès de pouvoir est positive et connue d'avance. Mais pour l'instant, il ne semble pas y avoir de telles hypothèses en matière d'adaptation.

Dans l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire, l'issue du recours en excès de pouvoir est plus incertaine. La doctrine anglo-saxonne y voit même une barrière à la « liability »<sup>100</sup>. L'argument du pouvoir discrétionnaire a été soulevé par le gouvernement néerlandais dans l'affaire *Urgenda*. Les Pays-Bas estimaient qu'ils ne pouvaient être contraints à mener une politique climatique de court terme plus ambitieuse au regard de leur pouvoir discrétionnaire<sup>101</sup>. La Cour a cependant estimé que ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité<sup>102</sup>. En effet, le pouvoir discrétionnaire n'exclut pas le contrôle juridictionnel. Le problème se déplace du côté de l'intensité du contrôle juridictionnel.

Pour l'instant, en l'absence de jurisprudence en matière d'adaptation, on ne peut que faire des suppositions sur le type de contrôle que le juge retiendra. Il nous semble que cela dépendra du fondement invoqué.

98 *Ibid.*, p. 238.

99 N. BELAÏDI, « Identité et perspectives d'un ordre public écologique », *Droit et cultures*, 68, 2014, p. 15-49 ; N. BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 461

100 B. SCHUELER, « Governmental liability : an incentive for appropriate adaptation », in M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, *op. cit.*, p. 242.

101 A-S. TABAU, C. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE*, n° 4, 2015, p. 676.

102 J. LIN, « The First successful Climate Negligence Case : a comment on *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)* », *SSRN Paper Series*, 2015, voir pt. 5.

Si c'est la violation d'une obligation légale, tout dépendra de sa rédaction ou de l'existence d'échéances.

Si c'est une violation du principe de précaution qui est invoquée, il faut bien avouer que la plus grande confusion règne en la matière<sup>103</sup>. Dans de nombreux cas, référence est faite à la seule erreur manifeste d'appréciation<sup>104</sup>. Certaines études font état d'une dichotomie. « En cas de risque d'atteinte à l'environnement, le juge exerce un contrôle normal sur les mesures attaquées, tirant ainsi toutes les conséquences du pouvoir lié auquel l'administration est assujettie par la loi Barnier. Au contraire, en cas de risque d'atteinte à la santé, le juge exerce un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation sur les mesures de précautions prises, reconnaissant ainsi, en l'absence de texte imposant le respect du principe de précaution en cette matière, un pouvoir discrétionnaire à l'administration pour choisir les mesures adéquates pour la protection de la santé »<sup>105</sup>. Ceci étant, un contrôle restreint révèle une incohérence d'après la doctrine. En effet, dans une situation d'incertitude scientifique, comment peut-on commettre une erreur évidente ?<sup>106</sup> Le principe de précaution devrait conduire le juge à approfondir son investigation et par conséquent son contrôle puisqu'il doit susciter l'adoption de mesures proportionnées.<sup>107</sup> Dans notre hypothèse, c'est un refus de mesures de précaution qui sera déféré. Si c'est un refus de faire appel au principe de précaution, cela appellera, par dissymétrie<sup>108</sup> avec les mesures positives, un contrôle normal. On peut en trouver une occurrence dans l'affaire *Association coordination interrégionale Stop THT*. Un tel contrôle se comprend dans la mesure où « il s'agit d'un contrôle (classique) de qualification juridique des faits : les risques mis en avant sont-ils suffisamment sérieux et étayés (même si non démontrés), bref sont-ils de nature à justifier l'application du principe de précaution ? Cette question appelle un contrôle entier de la part du juge »<sup>109</sup>. Mais si l'on se trouve dans une hypothèse où on reproche à l'administration des mesures d'adaptation insuffisantes, le contrôle pourra se limiter à la disproportion manifeste, « afin de conserver à l'administration une marge d'appréciation d'autant plus nécessaire que l'on se trouve dans un domaine où les certitudes font défaut et que le juge administratif n'a pas vocation à se substituer à l'administration »<sup>110</sup>.

Si c'est une violation du principe de prévention, il semble d'après la doctrine, que le juge ait fait le choix d'un contrôle normal de l'adéquation<sup>111</sup>.

Si c'est une violation des droits fondamentaux, un contrôle maximum me semble être de rigueur au vu de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière.

103 M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, p. 1061.

104 *Ibid.*, p. 1061.

105 M. DEGUERGUE, « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 28, n° 2, 2006, p. 625.

106 M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, p. 1061.

107 *Ibid.*, p. 1061.

108 Le contrôle dissymétrique correspond à la situation où des mesures positives sont soumises à un contrôle d'une intensité différente que celle du contrôle des mesures négatives dans un même domaine. En matière d'urbanisme par exemple, les décisions positives font l'objet d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation qui laisse plus de marge de manœuvre à l'administration. En revanche, les mesures négatives font l'objet d'un contrôle normal. Voir M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, p. 1061.

109 *Ibid.*, p. 1061.

110 M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, p. 1061.

111 J. BÉTAILLE, « Les obligations prudentielles : prévention et précaution », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 111 et 112.

Il est difficile de donner une réponse unique à la question de l'impact de la nature du pouvoir conféré à l'administration. Cependant, on peut raisonnablement conclure que cela ne sera pas un obstacle insurmontable à la reconnaissance de l'existence d'une obligation, laquelle dépend aussi de l'écoulement du temps.

### *ii. La naissance de l'obligation*

Une fois que le fondement de l'obligation est identifié, encore faut-il que l'obligation d'agir soit réellement constituée. Il existe un laps de temps entre le moment où un texte, un principe pose une obligation d'agir et le moment où on pourra effectivement reprocher à l'autorité administrative son inaction. La carence ne relève pas de l'instantanéité<sup>112</sup>. Dans le recours en excès de pouvoir, un premier temps d'attente existe : c'est celui qui court du jour de la demande et dure deux mois. C'est seulement à son expiration qu'un recours juridictionnel pourra être introduit. Dans l'économie du recours, il n'y a pas d'autres temps d'attente.

Mais il se pourrait fort bien que le juge en exige un. Le juge de l'Union européenne a bien exigé des requérants en carence qu'ils laissent un temps raisonnable à la Commission pour faire droit à leurs prétentions, en plus des deux mois de l'article 265 TFUE. Ce temps est nécessaire pour que l'obligation d'agir soit constituée. Il correspond en général au temps nécessaire pour identifier la réponse à la demande ainsi que le temps de réaliser concrètement ce qui est demandé. Dans l'affaire *Urgenda*, la fondation a introduit son recours un an après sa demande<sup>113</sup>. Ce point n'a pas posé problème en l'espèce, mais les requérants n'étaient visiblement pas tenus d'agir dans les deux mois de la réponse de la secrétaire d'État, sous peine de forclusion. Cela aurait été le cas dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir devant le juge administratif français.

En matière climatique et dans un contexte de relative incertitude et de complexité scientifique, le juge pourrait fort bien retarder la naissance de l'obligation à partir du moment où la personne publique détient les connaissances nécessaires à la décision. La doctrine anglo-saxonne considère que cette « *liability* » ne peut être recherchée si les connaissances scientifiques ne sont disponibles qu'au moment de l'introduction du recours<sup>114</sup>. Le juge administratif a pratiqué cela dans le contentieux de l'amiante, car c'est à partir du moment où les pouvoirs publics avaient les informations pertinentes que c'est constitué le défaut de prévention.

Les spécificités du recours en excès de pouvoir contre un refus d'agir et de l'adaptation au changement climatique amènent à faire deux remarques. D'une part, le contentieux de la carence se singularise par une phase précontentieuse inévitable. C'est le temps de la discussion avec les pouvoirs publics. C'est le temps nécessaire à l'obtention de toutes les données scientifiques et autres informations nécessaires à la prise de décision. La stratégie contentieuse en matière d'adaptation devra dûment en tenir compte et donc se doubler d'une stratégie précontentieuse. Ce n'est qu'après

112 S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 665 p.

113 A-S. TABAU, C. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique, Fondation Urgenda », *op. cit.*, p. 672.

114 J. KLEIN, « Potential liability of Governments for failure to prepare for climate change », *Columbia Law School*, Sabin Center for Climate Change, 2015, p. 11 : « liability cannot be based on projections newly available at the time of the litigation ».

qu'une demande formelle d'adoption de décrets et autres actes administratifs pourra être faite. Car que l'on soit dans l'hypothèse d'un refus explicite ou d'un silence, le requérant n'aura que deux mois pour introduire son action. Il faut donc trouver le bon moment pour effectuer la demande préalable. Il ne faut surtout pas la faire trop tôt. Le juge pourrait rejeter le recours au fond considérant que l'obligation n'est pas née. Cette obligation naît soit du fait du dépassement d'un délai d'action fixé dans un texte<sup>115</sup> (par exemple, une date butoir à l'échéance de laquelle l'autorité devrait avoir pris telle ou telle mesure), soit au terme d'un délai raisonnable pour agir fixé au gré des circonstances par le juge. Ce laps de temps est déterminé en fonction des textes, du moment à partir duquel l'administration est en possession des éléments pertinents et de la date à laquelle le futur requérant pose sa demande<sup>116</sup>. Il ne faut pas non plus tomber dans le piège du refus confirmatif. En effet, c'est la première demande qui fait courir les délais de recours. Si le requérant réalise qu'il a posé cette demande prématurément, il ne peut pas attendre, déposer une seconde demande de même nature quelques mois après et attaquer le silence de l'administration ou son refus express. Ces derniers seront qualifiés de « confirmatifs ». Les délais de recours étant expirés (puisque calculés par rapport à la première demande), le recours sera rejeté pour forclusion. D'autre part, la mesure demandée devra être suffisamment précise et claire, mais réalisable eu égard aux connaissances scientifiques disponibles à la date de la demande. Intenter une action en justice avant que les connaissances nécessaires à l'adoption de la mesure ne soient disponibles, en possession du décideur public et après l'écoulement du temps nécessaire à la réflexion, à la prise de décision, serait un coup d'épée dans l'eau.

Si l'on arrive à cerner ce « juste moment », l'action peut être entreprise avec plus de chance de succès, mais sans garantie pourtant, car se dressent encore des obstacles quant à la violation de l'obligation.

## 2. *La violation de l'obligation*

En théorie, une fois que le fondement de l'obligation est établi et que l'obligation est née, la violation de l'obligation se déduit mécaniquement du constat de l'inaction de l'administration au jour du jugement au plus tard. Il se peut aussi que les textes aient prévu une échéance, une date à laquelle l'action doit avoir été réalisée. À l'échéance, l'inaction constituera la violation de l'obligation.

En matière d'excès de pouvoir, la logique est un peu différente. Le requérant devra démontrer la contradiction entre le refus et la norme de référence. Cette contradiction se déduit du refus d'agir alors qu'il y avait obligation d'agir. Il n'est pas sûr que l'administration puisse trouver excuse dans d'éventuelles difficultés à agir.

Le recours en excès de pouvoir offre donc des possibilités pour vaincre l'inaction de la personne publique. Qu'en est-il de l'action en responsabilité ?

115 Cette hypothèse est la plus favorable au requérant. Dès le dépassement du délai, on ne peut que constater la carence illégale de l'administration.

116 Cette hypothèse est la moins favorable au requérant qui devra prouver qu'au moment où il demande à l'administration d'agir, elle a l'obligation de le faire.

## II. L'engagement de la responsabilité de la personne publique, la voie compensatoire

La deuxième voie explorée est celle de la responsabilité<sup>117</sup>. La question à laquelle nous tenterons de répondre est la suivante : dans quelle mesure peut-on engager la responsabilité de l'État à raison de son omission à prendre des mesures d'adaptation ?

La responsabilité a plusieurs fonctions : la dissuasion, la correction, la compensation<sup>118</sup>, la moralisation<sup>119</sup>, la réparation<sup>120</sup>. Mais ce n'est pas sur cette fonction réparatrice que nous allons nous appesantir, mais plutôt sur sa fonction préventive. La doctrine juridique a mis en avant l'existence d'une telle fonction<sup>121</sup> fondée sur la propension dissuasive de l'effet de la menace de l'engagement de la responsabilité<sup>122</sup>. C'est cette menace qui devrait pousser l'État à agir. La fonction réparatrice ne nous intéresse que moyennement, car l'allocation de dommages et intérêts ne permet pas en tant que telle d'adapter notre société aux inconvénients du changement climatique.

Les fonctions préventive et réparatrice ne sont jamais que les deux faces d'une même médaille. Pour évaluer la propension incitatrice de la responsabilité, il nous faut évaluer la réalité de la menace de l'engagement de la responsabilité. Si en l'état du droit de la responsabilité administrative, nous arrivons à la conclusion qu'il est peu probable que le juge engage effectivement la responsabilité de l'État, alors il n'y a pas de vraie menace. La fonction préventive de la responsabilité est nulle et il ne sert presque à rien d'introduire de tels recours en responsabilité.

En matière environnementale, la question de la responsabilité publique fait depuis longtemps l'objet d'études. Le constat est relativement pessimiste. Le Pr Agathe Van Lang soulignait « l'inadaptation du droit classique de la responsabilité aux problématiques environnementales », estimant qu'il s'agissait d'un droit sans justice<sup>123</sup>. Il nous appartient donc de vérifier si ce constat pessimiste s'applique à l'omission de prendre des mesures d'adaptation.

Chaque élément du recours en responsabilité devrait être analysé à l'aune de la spécificité du contentieux de l'adaptation. Mais le format réduit de cette étude conduit à privilégier l'analyse du préjudice et celle du lien de causalité, qui apparaissent comme étant les conditions d'engagement de la responsabilité les plus problématiques.

117 La responsabilité pour le changement climatique ne relève pas que d'une logique contentieuse. D'un point de vue théorique, la question est débattue de savoir qui doit porter le poids du fardeau créé par le changement climatique : S. CANEX, « Cosmopolitan justice, Responsibility, and global climate change », *Leiden journal of international law*, vol. 18, 2005, p. 747-775.

118 M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *op. cit.*, p. 173.

119 J. M. PONTIER, « Le dommage et le préjudice », in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Les colloques du Sénat, 2011, p. 120.

120 J. M. PONTIER, « Le dommage et le préjudice », in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Les colloques du Sénat, 2011, p. 120; F. G. TRÉBULLE, « Les fonctions de responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », in C. CANS (dir.), *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, p. 19.

121 M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, *op. cit.*, p. 258; P.-Y. NÉYRON, « Penser la justice climatique », *Éthique publique*, Vol n° 14, n° 1, 2012, p. 10; M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *op. cit.*, p. 173.

122 F. G. TRÉBULLE, « Les fonctions de responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », in C. CANS (dir.), *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, p. 19.

123 A. VAN LANG, « De l'art du Trompe l'œil, réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 167.

## A. Un préjudice futur délicat à prouver

La dimension préventive de l'action en responsabilité implique que le préjudice n'existe pas à l'heure de l'introduction du recours.

Avant d'aller plus loin dans la réflexion, il faut distinguer deux hypothèses. Premièrement, lorsque le préjudice existe, l'action en responsabilité fondée sur la carence du pouvoir de police ne pose absolument aucun problème sur le terrain du préjudice, car ce dernier est certain. Une partie de la doctrine estime que les chances de succès du recours sont importantes dans cette configuration<sup>124</sup>. Une autre partie de la doctrine estime que le dommage souffert par une seule personne qui risque d'être très petit, et que ce dommage sera trop limité<sup>125</sup>. Il est évident que si le préjudice allégué consiste en des conditions de vie plus difficiles en raison des hautes températures à supporter, il n'est pas sûr que ce type d'action prospère<sup>126</sup>. Cela renvoie à la nécessité pour les requérants d'identifier correctement tous les préjudices. Cette première hypothèse, pour intéressante qu'elle soit, ne cadre pas avec le champ de notre étude puisqu'on est dans une action classique visant à la réparation d'un préjudice déjà survenu. Or, nous nous demandons dans quelle mesure une action à visée préventive pourrait être victorieuse.

Cette interrogation a quelque chose de vain tant les ordres juridiques<sup>127</sup>, dont le nôtre, exigent un préjudice certain. Le préjudice certain est celui dont la réalisation va se produire, même si elle n'est pas effective. Le préjudice éventuel n'est pas indemnisé, mais le préjudice futur l'est. Toute la question est de savoir ce que recouvre ce préjudice futur et dans quels cas, le juge administratif accepte de l'indemniser. « D'abord de manière traditionnelle, le droit français admet la réparation du préjudice futur chaque fois que la situation dommageable se poursuit après la décision de reconnaissance de responsabilité, c'est-à-dire en présence d'un dommage continu [...] Le préjudice existe déjà avec certitude en ce qu'il a commencé à produire ses effets »<sup>128</sup>. Or, cette hypothèse ne cadre pas avec la nôtre.

« Ensuite, le droit français admet la réparation du préjudice transgénérationnel, c'est-à-dire du préjudice qui trouve sa source dans un fait générateur dont les effets traversent plusieurs générations »<sup>129</sup>. C'est l'exemple de l'exposition in utero au Distilbène qui s'étale à ce jour sur trois générations. Cependant, les indemnités sont allouées aux victimes existantes au moment de l'action. Là encore, cela ne correspond pas à notre hypothèse.

124 Pour une illustration de réussite devant la Cour européenne des droits de l'homme : A. GOURITIN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives en matière environnementale peut-elle s'appliquer aux changements climatiques », in C. COUNIL et C. COLARD-FABREGOULE, *op. cit.* p. 271 ; A. GOURITIN, « Potential liability of European States under the ECHR for failure to take appropriation measures with a view to adaptation to climate change », in M. FAURE et M. PEETERS, *op. cit.*, p. 143.

125 M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability, op. cit.*, p. 255.

126 On pourrait invoquer des troubles dans les conditions d'existence.

127 M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability, op. cit.*, p. 260 : « most legal systems require that the damage has already occurred ». Voir aussi B. SCHUELER, « Governmental liability : an incentive for appropriate adaptation », in M. FAURE et M. PEETERS, *op. cit.*, p. 248.

128 L. NEYRET, « La réparation des préjudices aux générations futures », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Paris, Dalloz, 2012, p. 263.

129 *Ibid.*, p. 263.

Notre hypothèse est celle d'un préjudice futur pur. Le seul lien avec le présent est le fait générateur, l'inaction actuelle qui va contribuer à la réalisation d'un dommage qui lui-même se traduira par des préjudices divers. Il faudrait démontrer au juge administratif le caractère inéluctable de la survenance du préjudice dans l'avenir<sup>130</sup>. Le problème se déplace sur le terrain de la preuve et de l'expertise scientifique. En effet, pour chaque préjudice invoqué, il faudra prouver la certitude de sa réalisation.

La démonstration de la certitude de la survenance du préjudice constitue un véritable enjeu en tant qu'elle est nécessaire au succès du recours. Elle risque d'être délicate pour de simples particuliers, car il faut pouvoir produire ces expertises scientifiques. Cela a sans doute un coût, il peut y avoir une difficulté d'accès à l'information. Pour faire un parallèle, l'action *d'Urgenda* lui aurait coûté 200 000 euros et a nécessité un an de travail. La victoire supposera sans doute l'union de toutes les forces, des moyens humains et financiers. En revanche, pour l'action émanant des collectivités territoriales, cela posera sans doute moins de problèmes.

Que se passe-t-il s'il n'y a pas de dommage certain, mais plutôt un risque de dommage. La doctrine a émis l'idée d'invoquer la méconnaissance du principe de précaution, afin d'engager une responsabilité préventive, c'est-à-dire avant même le constat d'un dommage certain<sup>131</sup>. « Puisque le principe de précaution permet l'intégration du doute dans l'action administrative dès lors que ce doute n'est pas totalement irraisonné, mais repose sur des données scientifiques, le juge administratif pourrait accepter de prendre en considération le dommage potentiel, mais étayé par des données scientifiques sérieuses même si non unanimes, lié à une activité administrative. Il est vrai qu'accepter de tenir compte du préjudice futur sérieux, mais éventuel là où le juge exige aujourd'hui un préjudice certain même si futur constitue une évolution considérable »<sup>132</sup>.

Le préjudice doit être également personnel<sup>133</sup>. Pour les groupements, on considère que l'atteinte à un intérêt collectif qu'a pour mission de défendre une association ou un syndicat constitue un préjudice personnel de cette personne morale. Cependant, n'est pas considéré personnel le préjudice écologique. Les juridictions civiles, depuis l'affaire *Erika*<sup>134</sup>, ont reconnu l'existence du préjudice écologique pur, en tant que préjudice autonome<sup>135</sup>. Cela permet de surmonter le caractère personnel du préjudice. Cependant, le juge administratif semble être en retrait. Dans une affaire *Association pour la protection des animaux sauvages*<sup>136</sup>, le juge refuse d'admettre le préjudice écologique au motif qu'il n'est pas personnel à l'association. Le recours en responsabilité ne devra être engagé que pour un préjudice qui touche personnellement le demandeur. Cela n'appelle guère plus de remarques que celles faites au titre du contentieux de la légalité. En revanche, pour les collectivités territoriales, le caractère personnel risque de poser problème.

130 Il faudrait analyser la jurisprudence afin de trouver des cas d'indemnisation de préjudice futur pur.

131 M. CANEDO-PARIS, « Des nouvelles du principe de précaution », *RFDA*, 2013, p. 1061.

132 *Ibid.*, p. 1061.

133 Cela est commun à d'autres systèmes juridiques : J. KLEIN, « Potential liability of Governments as for failure to prepare for climate change », *Columbia Law School*, Sabin Center for Climate Change, 2015, p. 13.

134 CA Paris, 30 mars 2010, aff. 10-2010.

135 A. VAN LANG, « Les effets de la charte de l'environnement sur le droit de la responsabilité », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 252.

136 CAA Nancy, 19 décembre 2013, req. 12NC01893.

Le préjudice doit enfin être direct, c'est-à-dire qu'il est directement causé par le dommage. Cela signifie que rien ne s'interpose entre le dommage qui devra être causé par l'inaction de l'État et le préjudice subi par la personne. Dans l'hypothèse du changement climatique, le dommage sera constitué par les inondations côtières, les feux de forêt, l'augmentation des températures, etc. Le préjudice variera en fonction des personnes touchées par ces divers dommages. Il sera aisé pour des agriculteurs de démontrer que les pertes de récolte sont dues aux pluies diluviennes ou à la sécheresse. En revanche, si l'agriculteur cherche à être indemnisé en raison de la perte de son exploitation, parce qu'il n'a pas pu rembourser la banque, en raison des pertes de récolte liées au changement climatique, le caractère direct pourrait être moins évident à établir. Sur ce point, la stratégie à adopter consiste à identifier le préjudice en lien direct avec le dommage lié au changement climatique et à ne demander réparation que pour celui-ci.

Par ailleurs, on peut se demander si l'invocation du préjudice d'angoisse peut constituer un moyen de contourner les difficultés précitées. Ce préjudice aurait le mérite d'être actuel et personnel. Les juridictions judiciaires ont déjà indemnisé sur le fondement du principe de précaution, le préjudice moral tiré du sentiment d'angoisse pour leur santé, invoqué par des riverains d'une antenne relais située à proximité immédiate de leur domicile<sup>137</sup>. Malheureusement, il ne semble pas que le juge administratif rejoigne sur ce point les juridictions judiciaires. Si cela devait changer, l'objectif d'incitation pourrait être atteint de manière indirecte, l'engagement de la responsabilité de l'État faisant dès lors peser un risque sur les finances publiques.

Enfin, le juge administratif pourrait s'inspirer de la jurisprudence civile qui voit dans le risque un préjudice réparable<sup>138</sup>. Dans un arrêt du 15 mai 2008, « la responsabilité d'un voisin ayant créé un risque d'éboulement a été engagée. Ce risque est bien un préjudice portant en lui-même les conditions de sa réalisation. Ce risque préjudiciable est en lui-même un fait générateur de responsabilité indépendamment de la survenue de l'événement redouté qui sera, le cas échéant de nature à occasionner un autre préjudice. Dans la mesure où le risque est suffisamment grave et caractérisé, il ne serait pas acceptable de subordonner l'action des demandeurs ayant à redouter sa réalisation au constat de cette dernière. Le juge sur la base de l'article 809 CPC peuvent prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état »<sup>139</sup>.

Démontrer un préjudice certain et personnel sera une tâche très délicate. Les particuliers auront du mal à établir la certitude du préjudice futur. Les groupements seront limités à la défense des intérêts collectifs, ils ne pourront pas agir pour défendre l'intérêt personnel de leurs membres. Enfin, pour les collectivités territoriales, il sera peu aisé d'identifier un préjudice personnel.

137 Y. JEGOUZO, « La Charte de l'environnement, dix ans après », *AJDA*, 2015, p. 487 ; CA Versailles, 4 février 2009, *AJDA*, 2009, p. 712, note S. BOURILLON.

138 F.-G. TRÉBULLE, « Les fonctions de responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », in C. CANS (dir.), *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, p. 33.

139 *Ibid.*, p. 33.



La conclusion est sensiblement la même que pour le contentieux de la légalité. La possibilité existe en théorie, mais les chances de succès sont minces en raison des obstacles matériels et des caractères du préjudice. L'action contentieuse risque aussi d'être morcelée et non globale.

Le même pessimisme est à l'œuvre en ce qui concerne l'établissement du lien de causalité direct.

## B. Un lien de causalité difficile à établir

La troisième condition d'engagement de la responsabilité réside dans le lien de causalité direct entre le fait générateur et le préjudice. Autrement dit le requérant doit prouver que si la collectivité avait pris des mesures d'adaptation, le dommage ne serait pas arrivé<sup>140</sup>. Cela suppose que les connaissances scientifiques soient assez précises sur les conséquences du changement climatique et la nature des mesures d'adaptation à prendre. Si l'état des connaissances scientifiques autorise la production d'une telle preuve, il n'y a pas de problème dans l'établissement de la causalité adéquate.

Cependant, aujourd'hui, les impacts locaux du changement climatique et la détermination des mesures concrètes d'adaptation ne sont pas forcément très clairs. Dans un contexte d'incertitude, la preuve du lien de causalité est déjà plus compliquée<sup>141</sup>.

Dans le domaine de l'atténuation qui se caractérise par « la nature globale des effets et des causes »<sup>142</sup>, les jurisprudences sont contrastées. Le recours des Inuits contre les USA devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme a été rejeté en l'absence de preuve du lien direct entre les émissions de gaz à effet de serre et les violations alléguées. En revanche, dans l'affaire *Massachusetts v. EPA*,<sup>143</sup> la Cour a estimé que même si cette régulation des gaz à effet de serre n'inversait pas le cours du réchauffement climatique à elle seule, cela n'empêche pas la Cour de décider si EPA a le devoir de prendre des mesures pour ralentir ou réduire le réchauffement climatique<sup>144</sup>. La carence de EPA a d'ailleurs été sanctionnée. De même, dans l'affaire *Urgenda*, la Cour du District de La Haye, se plaçant sur « le terrain de la contribution au dommage »<sup>145</sup> a estimé que les émissions des Pays-Bas ont contribué au changement climatique et va continuer à y contribuer. Les juridictions commencent à assouplir l'exigence d'une causalité directe et certaine.

Dans le domaine de l'adaptation, l'établissement du lien de causalité risque d'être encore plus compliqué. Mais pour dépasser les difficultés liées à l'établissement de ce lien de causalité, on peut s'inspirer des solutions retenues dans le contentieux de l'atténuation. Tout ce qui va être proposé ne rend pas compte de la position actuelle du juge administratif, mais de la façon dont il pourrait analyser les choses à l'avenir.

140 J. KLEIN, « Potential liability of Governments for failure to prepare for climate change », *op. cit.*, p. 14.

141 M. HARITZ, « Liability with and liability from the precautionary principle in climate change cases », in M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, *op. cit.*, p. 19.

142 A-S. TABAU, C. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE*, n° 4, 2015, p. 681.

143 Haute Cour de Lahore, 14 septembre 2015, Ashgar Leghari contre Fédération du Pakistan, aff. 25 501/2015.

144 R.H.J. COX, « The liability of European States for Climate Change », *Utrecht Journal of international and European Law*, n° 30, vol. 78, 2014, p. 131.

145 A-S. TABAU, C. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE* 4/2015, p. 682.

Une première piste est esquissée par la doctrine anglo-saxonne. Elle propose de renoncer à la preuve de l'absolue certitude<sup>146</sup> en matière de causalité et invite les juridictions à interpréter largement cette causalité comme un lien entre le dommage et l'action des défendeurs<sup>147</sup>. Certains auteurs proposent de s'inspirer de l'attitude des juges de la Cour européenne des droits de l'homme qui sanctionnent les États dès lors qu'il y a un risque de dommage pour la santé, alors même qu'il n'y a pas d'absolue certitude sur le lien de causalité entre l'omission et le dommage<sup>148</sup>. Les juridictions françaises ne sont pas complètement fermées à cette idée d'assouplissement. Ainsi, la Cour de cassation a admis que la preuve d'une causalité directe et certaine peut résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes<sup>149</sup>. Le Conseil d'État, dans une affaire de vaccination obligatoire ayant entraîné une sclérose en plaques<sup>150</sup>, a admis des présomptions de causalité<sup>151</sup>. Ces raisonnements sont transposables au contentieux de l'adaptation. Le juge administratif pourrait se contenter de présomptions établissant que l'absence de mesures d'adaptation a permis la survenance d'un certain nombre de dommages ou établissant que l'adoption de mesures aurait empêché la survenance de ces mêmes dommages.

Une deuxième piste consiste à admettre une causalité partielle. En effet, on peut admettre que même si l'inaction étatique ne cause pas directement le dommage, elle y contribue. La doctrine anglo-saxonne a beaucoup creusé cette idée de « *proportional and several liability* ». Il faudrait considérer la part probable de l'inaction étatique dans la survenance du dommage et l'imputer à la personne publique uniquement dans la mesure où son inaction a contribué au dommage<sup>152</sup>. Cela allégerait la tâche du demandeur.

Une troisième piste pour remédier à cette difficulté réside dans l'utilisation du principe de précaution. Certains auteurs estiment que ce principe a influencé la façon dont la loi réagit à l'incertitude causale, notamment à la question de savoir si la réglementation est nécessaire dans un contexte d'incertitude<sup>153</sup>. Ce dernier constituerait une base juridique pour une action en responsabilité, le fait de ne pas avoir pris les mesures de réduction des risques constituant une rupture du principe de précaution<sup>154</sup>.

Pour d'autres auteurs, notamment anglo-saxons, le principe de précaution peut alléger la charge de la preuve du lien de causalité. Selon l'intensité du principe de précaution, ça peut aller de la simple prise en compte des nouvelles méthodes de calcul, en passant par l'allègement de la charge de la preuve, jusqu'à l'éviction complète de la charge de la preuve ou le renversement de

146 M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 268.

147 *Ibid.*, p. 268.

148 R.H.J. COX, « The liability of European States for Climate Change », *op. cit.*, p. 131.

149 3e civ, 18 mai 2011, 10-17645.

150 CE, 9 mars 2007, req. n° 267635, ajda 2007, 861, D. 2007, 2204.

151 A. VAN LANG, « Les effets de la charte de l'environnement sur le droit de la responsabilité », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 249.

152 M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, *op. cit.*, p. 268. Il évoque une approche proportionnelle de l'incertitude causale ; M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *Stanford Environmental Law Journal*, 2007, p. 160. Dans cette dernière contribution, les auteurs démontrent que d'un point de vue économique, c'est la meilleure solution.

153 M. G. FAURE et A. NOLLKAEMPER, « International liability as an instrument to prevent and compensate for climate change », *Stanford Environmental Law Journal*, 2007, p. 158.

154 *Ibid.*, p. 158.

la charge de la preuve<sup>155</sup>. En France, la doctrine constate que ni l'invocation de la Charte de l'environnement<sup>156</sup> ni celle du principe de précaution<sup>157</sup> n'impliquent un renversement de la charge de la preuve, encore moins lorsqu'on se situe dans un régime de responsabilité pour faute. Ceci étant, on pourrait concevoir que lorsque l'on est dans une situation où le principe de précaution a vocation à s'appliquer, le juge assouplisse l'exigence de causalité. Si l'on se situe dans une configuration contentieuse où l'omission de prendre des mesures d'adaptation constitue une violation fautive du principe de précaution, laquelle aura des conséquences préjudiciables futures, il y a une incohérence à exiger une causalité certaine et directe puisque l'on est dans un contexte d'incertitude. Le contentieux de l'amiante et celui du Médiateur sont symptomatiques de ce que le juge exige des certitudes scientifiques pour sanctionner<sup>158</sup>. Donner toute sa vigueur au principe de précaution supposerait d'assouplir la condition tenant à une causalité directe et certaine.

La preuve d'un lien de causalité direct est un véritable obstacle et quand bien même le juge administratif accepterait d'assouplir sa position, il reste encore beaucoup d'obstacles à franchir au titre des conditions de la réparation.

## Conclusion

La réussite du contentieux repose sur une stratégie consistant à un faire un choix judicieux : du requérant, de la mesure, du fondement et du temps. Les trois premiers éléments sont les bases de tout contentieux. Le contentieux de l'adaptation n'échappe pas aux règles d'or du contentieux, sans que celles-ci constituent un réel obstacle. Cette étude répond plutôt à la question de savoir ce que l'on peut faire avec les moyens du bord et non à celle de la façon de changer notre droit pour faciliter l'obtention de la « justice climatique ». Car quoique l'on change dans notre procédure contentieuse administrative aura un impact bien au-delà des questions environnementales et climatiques, à moins de le cerner et de complexifier un peu plus notre droit. Le contentieux est porteur d'espoir dans une époque où l'on ressent l'inefficacité de l'action politique. Mais le contentieux est aussi empreint d'une logique conflictuelle et le juge ne se sent pas toujours la légitimité d'arbitrer de tels blocages.

155 M. HARITZ, « Liability with and liability from the precautionary principle in climate change cases », in M. FAURE et M. PEETERS, *Climate change Liability*, *op. cit.*, p. 25.

156 N. HUTEN, « Le principe de responsabilité environnementale », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 129.

157 A. VAN LANG, « Les effets de la charte de l'environnement sur le droit de la responsabilité », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO, *op. cit.*, p. 249.

158 *Ibid.*, p. 250.