

## LES CONTENTIEUX CLIMATIQUES CONTRE LES ENTREPRISES : BILAN ET PERSPECTIVES

**Laura Canali**

Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence

Il est aujourd'hui manifeste que la lutte contre les changements climatiques n'est plus une préoccupation et une prérogative exclusive des entités étatiques. Au regard des résultats auxquels les actions des États ont jusqu'à présent donné lieu, notamment au niveau international, le besoin d'un droit mieux équipé pour lutter contre les changements climatiques, se fait cruellement sentir. En l'absence d'un tribunal international pouvant connaître des affaires climatiques et face à l'inexistence de mécanisme de contrôle et de sanction de la Convention Climat ou du récent Accord de Paris, les tribunaux nationaux sont le lieu où se dirigent dorénavant ces « nouveaux justiciables », personnes publiques ou privées. Les citoyens du Nord comme du Sud, se tournent vers le juge, avec l'espoir que le procès permette la réparation effective des dommages subis ainsi que l'émergence d'actions de prévention. Les procès engagés sont en passe de devenir « le lieu, le moment et le mode de solution du litige dans lequel s'exprime l'œuvre de Justice<sup>1</sup> ».

Le climat est en train d'être reconnu comme objet de droits invocables devant les juridictions nationales. On assiste à une nouvelle étape, celle de la justiciabilité des droits climatiques<sup>2</sup>. En ce sens, les propos du juge pakistanais dans l'affaire *Leghari* résonnent avec force : « Nous devons aller de l'avant. La jurisprudence environnementale existante doit être façonnée pour répondre aux besoins de quelque chose de plus urgent et de plus écrasant, le changement climatique. De la justice environnementale, qui s'est jusqu'à présent focalisée sur les écosystèmes et la biodiversité, nous devons passer à la justice climatique »<sup>3</sup>.

Ces nouveaux contentieux questionnent à plusieurs titres le juriste. Ils confrontent le procès à l'extraterritorialité, à la globalité, au transgénérationnel, à l'incertitude scientifique et aux difficultés probatoires. Le réchauffement de la planète est un problème complexe, affectant plusieurs niveaux de gouvernances, divers domaines du droit, ainsi que de multiples secteurs de l'économie. Si l'on retenait une approche large, extensive, nombreux seraient les contentieux qui pourraient être qualifiés de climatiques, étant donné que le changement est la conséquence des actions quotidiennes de millions d'hommes<sup>4</sup>.

Concomitamment à l'adoption de l'Accord de Paris, deux juridictions ont rendu possible l'accélération de la judiciarisation du climat, en engageant la responsabilité de l'État pour inaction aux changements climatiques<sup>5</sup>. Depuis le succès retentissant de ces deux dernières affaires, ce contentieux qu'il soit public ou privé dans lequel les parties soumettent à un juge le

---

<sup>1</sup> L. Cadiet, « Pour une théorie générale du procès », *Ritsumeikan Law Review*, n°28, 2001, p. 139.

<sup>2</sup> La justiciabilité a été identifiée comme « la possibilité de soumettre le contrôle du respect des droits à un organe juridictionnel, que ce soit dans le cadre d'un contentieux objectif ou subjectif. » C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux, Étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 21.

<sup>3</sup> Lahore High Court Green Bench, *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan*, Req. n° WP.No.25501/2015, note 20, p. 6: «It appears that we have to move on. The existing environmental jurisprudence has to be fashioned to meet the needs of something more urgent and overpowering, climate change. From environmental justice, which was largely localized and limited to our own ecosystems and biodiversity, we need to move to climate change justice. »

<sup>4</sup> C. Hilson, « Climate change litigation in the UK : An explanatory approach (or Bringing Grievance Back In) » in F. Fracchia et M. Occhiena (dir.), *Climate Change : La Riposta del dirritto*, Editoriale scientifica, 2010, p. 421.

<sup>5</sup> The Hague District Court, *Urgenda Foundation v. The State of Netherlands*, 24 June 2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396; Lahore High Court Green Bench, *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan*, Req. n° WP.No.25501/2015.

prononcé d'une décision soulevant un problème de fait ou de droit relatif à la réglementation, aux causes ou aux effets des changements climatiques<sup>6</sup>, s'est développé ces dernières années avec une fulgurance inattendue.

Cependant, avant que ne soit engagée la responsabilité des personnes publiques, ce sont vers les grandes entreprises émettrices de gaz à effet de serre (GES), dès les années 2000 aux États-Unis, que se sont dirigés les contentieux. L'un des moyens mis en œuvre par les requérants réside dans l'engagement de la responsabilité civile des multinationales pour les dommages causés par les changements climatiques. Cette responsabilité peut apparaître de *prima facie* comme une idée extrême<sup>7</sup> et n'a pour l'heure jamais été reconnue par la jurisprudence. Toutefois, les études scientifiques liant les activités humaines à l'aggravation du dérèglement climatique sont de plus en plus nombreuses et étayées. Les requérants se fondent sur des rapports qui mettent en avant le rôle joué par les multinationales dans la déstabilisation du climat. Le rapport Heede<sup>8</sup> qui quantifie et retrace la part globale de dioxyde de carbone et de méthane émise par les grands groupes d'extraction de pétrole, montre que ces derniers constituent la première source d'émissions de gaz à effet de serre dans le monde. En tête de ce classement, on retrouve les entreprises des secteurs du pétrole, du gaz, ou encore du ciment, telles que Chevron (3,52% des émissions), Exxon Mobil (3,22%) ou Total (0,9%). Plus récemment, un rapport de l'organisation britannique *Carbon Disclosure Project*<sup>9</sup> a comptabilisé les émissions de GES dues soit directement à l'extraction de pétrole, de charbon ou de gaz (10%) soit indirectement des produits issus de ces énergies (90%).

Il existe plusieurs raisons de s'intéresser à la responsabilité des entreprises. Tout d'abord, un petit nombre d'entre elles a contribué en grande proportion aux émissions passées de GES. De plus, les entreprises étaient conscientes des données scientifiques sur les changements climatiques. Au lieu de prendre des mesures alternatives aux énergies fossiles, certaines ont financé des études pour contester l'existence des changements climatiques.

Face à une actualité très riche, notre contribution cherche à dresser un bilan des contentieux passés, exercice qui mettra en lumière les blocages rencontrés par les requérants et les juges (I) tout en soulevant les potentialités des futurs procès grâce à la diversification des moyens de droits invoqués pour fonder la responsabilité des entreprises en matière climatique (II).

## **I. LES ENTRAVES À L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CLIMATIQUE DES ENTREPRISES**

Les juges, face à ces nouveaux contentieux, ont été confrontés à de nombreux écueils. Au regard des décisions déjà rendues, deux obstacles retiendront particulièrement notre attention : la difficile acceptation de la recevabilité des requêtes (1) ainsi que l'épineux problème de l'établissement du lien de causalité (2).

### **1. L'absence de recevabilité des demandes climatiques**

---

<sup>6</sup> Traduction libre de la définition donnée par D. Markell et J.-B. Ruhl, « An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts : A New Jurisprudence or Business as Usual ? », *Florida Law Review*, vol. 64, n°1, 2012, p. 13.

<sup>7</sup> D. A. Grosmann, « Warming up to a not so radical idea, Tort-Based Climate Change Litigation », *Columbia Journal of environmental law*, vol. 28 :1, 2003, p. 3.

<sup>8</sup> R. Heede, *Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods and Results Report*, 2013, 107 p.

<sup>9</sup> P. Griffin, *The Carbon Majors Database, CDP Carbon Majors Reports 2017*, CDP report, 2017, 16 p.

Les procès climatiques ne cessent de s'accroître depuis quelques années et si l'on peut identifier une vingtaine de demandes en cours dans différents pays, leur issue reste imprévisible. Les requérants, avant que le juge ne se prononce sur le fond, vont devoir passer le test de la recevabilité. Les premières affaires climatiques contre les personnes privées ont pour la plupart été jugées irrecevables, soit sur le fondement de la non-justiciabilité des demandes soit pour manque d'intérêt à agir des demandeurs.

### 1.1. La non-justiciabilité des affaires climatiques

La justiciabilité signifie la capacité du droit à être garanti par un juge ainsi que la possibilité qu'il existe une juridiction pour en connaître. Les juges, avant de se prononcer sur l'intérêt à agir des demandeurs et sur le bien-fondé en droit du recours, analysent si les problématiques sous-tendues par les changements climatiques relèvent de leur compétence *ratione materiae*. L'étude des décisions rendues outre-Atlantique montre que les juridictions se sont souvent reconnues incompétentes en la matière.

En effet, la doctrine américaine des questions politiques, issue du principe de séparation des pouvoirs, impose au juge de ne pas empiéter sur les pouvoirs législatifs et exécutifs. Les requérants ont été confrontés à cette doctrine développée notamment par la Cour Suprême des États-Unis dans le célèbre arrêt *Baker v. Carr*<sup>10</sup>. Cette décision a défini un faisceau d'indices précisant à partir de quels critères une question est politique, donc non justiciable. Tout d'abord, le juge se refusera à recevoir les demandes si la Constitution a classé comme politique la question, ou bien si cette dernière représente un caractère politique par nature. La demande sera jugée politique si elle requiert une solution alors que le pouvoir exécutif ou législatif se prononce en parallèle, si elle repose sur des considérations extra-juridiques ou lorsque le juge se prononce sur un sujet que d'autres autorités de l'État seraient amenées à résoudre.

Cette interrogation a été primordiale dans l'affaire *Connecticut v. AEP* : le juge a refusé de se prononcer sur le fond en raison de la non-justiciabilité alors que les requérants demandaient d'enjoindre à cinq entreprises d'électricité de réduire leurs émissions de GES. Le juge fédéral du district de New York a en effet conclu que les changements climatiques étaient une question « absolument politique »<sup>11</sup>. Une telle injonction imposait au juge, *a minima*, de déterminer le niveau approprié pour limiter les émissions de dioxyde de carbone des défendeurs, le pourcentage de réduction d'émissions à imposer à chaque entreprise ainsi que l'établissement d'un calendrier de mise en œuvre des réductions. Le juge aurait dû, selon lui, prendre en compte les répercussions d'une telle décision sur les négociations internationales climatiques menées par les États-Unis. De plus, il n'appartenait pas au pouvoir judiciaire de mesurer les ressources énergétiques alternatives disponibles, de prendre en compte les conséquences d'une telle réduction des énergies fossiles sur la suffisance énergétique des États-Unis, et en conséquence sur la sécurité nationale du pays. Tout cela sans que le pouvoir législatif n'ait au préalable déterminé une politique à ce sujet<sup>12</sup>. *In fine* la résolution du litige aurait nécessité l'identification et la mise en balance des politiques économiques, environnementales et de sécurité nationale, ce qu'en l'espèce les juges se refusent de faire. Cette mise en balance des intérêts est traditionnellement réservée au pouvoir politique et non au pouvoir judiciaire. Le principe de séparation des pouvoirs ainsi que celui du partage des responsabilités entre les différentes branches de l'État fondent ici le raisonnement du juge qui prend appui sur le précédent de l'affaire *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*<sup>13</sup> qui énonçait « le mécanisme de séparation des pouvoirs contenu dans la Constitution dépend largement de l'appréhension

---

<sup>10</sup> *Baker v. Carr*, 369 U.S. Sup. Ct.186.

<sup>11</sup> *Connecticut v. American Electric Power*, 406 F. Supp. 2d 265, 267 (SDNY 2005).

<sup>12</sup> *American Electric Power Co.*, 406F.Supp.2dat272-73.

<sup>13</sup> *Massachusetts et Al. v. Environmental Protection Agency et al.*, (EPA) 504 U.S

commune des activités qui reviennent aux assemblées législatives, au pouvoir exécutif ainsi qu'aux tribunaux »<sup>14</sup>.

Toutefois, si la nature politique des questions relatives aux changements climatiques a représenté un frein dans les premiers contentieux, il semble que les juridictions se reconnaissent à présent de plus en plus compétentes à connaître cette problématique. La cour d'appel de Hamm en Allemagne a récemment accepté les demandes d'une personne privée, en adoptant le même raisonnement que d'autres juridictions nationales<sup>15</sup>. Il conclut que le principe de séparation des pouvoirs contenu à l'article 20 de la Constitution allemande n'empêche pas la juridiction de juger des demandes au regard du code civil<sup>16</sup>. Face à la pression de l'opinion publique et aux dommages climatiques de plus en plus sévères, les juges dans leur appréhension de la justiciabilité des affaires climatiques rendent peu à peu possible le développement des contentieux.

## 1.2. Le défaut d'intérêt à agir des requérants privés

Nul ne peut saisir un juge s'il n'a intérêt. Cette règle procédurale quasi-universelle, impose au demandeur de démontrer un intérêt à agir. Aux États-Unis, trois exigences découlant de l'article III de la Constitution imposent au demandeur de démontrer l'existence d'un préjudice réel, personnel et non hypothétique (*injury in fact*)<sup>17</sup>, un lien traçable entre la prétendue lésion et la conduite du défendeur (*causation*), et que le préjudice soit susceptible d'être réparé par une décision judiciaire (*redressability*).

La comparaison entre les contentieux climatiques publics et privés, souligne les différentes manières d'appréhender l'intérêt à agir et illustre comment ce dernier a joué un rôle de filtre à l'accès au prétoire pour les personnes privées.

Dans la très célèbre affaire *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*<sup>18</sup>, l'État du Massachusetts est reconnu avoir un intérêt à agir, car il possède une « *special sollicitude*<sup>19</sup> » à protéger la population et son territoire au regard de la théorie des nuisances publiques. Les entités publiques, en tant que propriétaire du domaine national et des ressources naturelles peuvent agir en tant que « *parens patriae* », c'est-à-dire comme protecteur de l'intérêt des personnes démunies ou de l'intérêt général<sup>20</sup>. Dans ce cas les exigences de l'intérêt à agir sont assouplies. Pour que la cour reçoive l'argumentaire d'une « *special sollicitude* » seul l'intérêt souverain doit être démontré. Dans les contentieux climatiques, il pourra s'agir, par exemple, de la protection de la santé, de la biodiversité ou encore du bien-être des citoyens. La Cour Suprême dans cette affaire note d'ailleurs que le dommage lié aux changements climatiques est sérieux et reconnu, et le fait que les risques soient partagés ne réduit pas l'intérêt à agir de l'État. La haute juridiction reconnaît, par exemple, l'existence d'un préjudice réel et non hypothétique

---

<sup>14</sup>Ibid. at 559-60 : « the Constitution's central mechanism of separation of powers depends largely upon common understanding of what activities are appropriate to legislatures, to executives, and to courts. »

<sup>15</sup> *Massachusetts v. EPA*, US Supreme Court. 549 US 497 (2007); "Urgenda Case", Rechtsbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA: 2015:7196; *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan*, Lahore High Court Case No: W.P.25501/2015.

<sup>16</sup> CA Hamm, *Saul Luciano Lliuya v. RWE*, 2 O 285/1520, novembre 2017.

<sup>17</sup> *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S.555, 560-61 (1992) : « to satisfy Article III's standing requirements, a plaintiff must show it has suffered an injury in fact that is a concrete and particularized and actual or imminent, not conjectural or hypothetical; the injury is fairly traceable to the challenged action of the defendant ; and is fairly traceable to the challenged action of the defendant ; and it is likely, as opposed to merely speculative, that the injury will be redressed by a favorable decision».

<sup>18</sup> *Massachusetts v. EPA*, 49 U.S. 497, 518 (2007). Argued November 29, 2006—Decided April 2, 2007.

<sup>19</sup> M. S. Melamed, « A theoretical justification for special solicitude: states and the administrative state », *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*, vol. 8, 2009, p. 577.

<sup>20</sup> G. Bradford, « Simplifying State Standing: The Role of Sovereign Interests in Future Climate Litigation », *Boston College Law Review*, n°52, 2011, p. 1065.

dans le phénomène de montée des eaux et accueille favorablement l'intérêt à agir du requérant. Le juge dans le litige opposant l'État du Connecticut contre le groupe d'entreprises d'électricité<sup>21</sup> a repris l'argumentaire développé dans *Massachusetts* et a reconnu que la fonte des neiges en Californie, les inondations, l'appauvrissement des ressources en eau, la perte de biodiversité et la baisse des rendements agricoles sont bien des éléments constitutifs d'un dommage réel et imminent que la collectivité a intérêt à protéger.

À l'inverse des personnes publiques, la condition de l'intérêt à agir a constitué un obstacle pour les personnes privées<sup>22</sup> cherchant à engager la responsabilité des entreprises émettrices de GES. Elles ont dû démontrer qu'un dommage d'une ampleur globale les concernait personnellement. S'ajoute à ces considérations, la charge de la preuve scientifique<sup>23</sup>. En effet, les demandeurs devront prouver que le préjudice est imputable au comportement du défendeur et que la réparation demandée au tribunal permettra d'atténuer ou de réparer intégralement le préjudice subi. Le juge n'a pas d'autres solutions que de se tourner vers les experts pour ensuite décider si un demandeur est recevable à engager une action. Toutefois, la science des changements climatiques est un domaine complexe. Il résulte ainsi, que dans les premières affaires en responsabilité climatique, les personnes privées n'ont que très peu vu leur intérêt à agir reconnu<sup>24</sup>.

Dès le stade de la recevabilité, la science joue un rôle crucial dans les procès climatiques. En 2017, les récentes demandes des villes de San Francisco et Oakland confirment l'analyse. Les deux villes californiennes, sur le fondement de la nuisance publique, réclament le financement par cinq compagnies pétrolières des coûts d'infrastructures nécessaires face à la menace d'élévation du niveau de la mer<sup>25</sup>. Avant même de juger de la recevabilité des demandes, le juge a demandé des clarifications scientifiques sur le phénomène des changements climatiques<sup>26</sup>. Cependant, au fur et à mesure que le consensus scientifique grandit, le lien entre les émissions et les changements climatiques se fait plus grand et l'intérêt à agir pourrait être de plus en plus accepté. Récemment, l'intérêt à agir d'un fermier péruvien contre l'entreprise énergétique RWE a été accueilli favorablement par les juges allemands<sup>27</sup>.

## 2. L'épineux lien de causalité

Le problème de la causalité climatique ne se pose pas dans l'abstrait, mais dans le cadre formel des procès engagés à travers la planète. La causalité juridique a été l'un des points d'achoppements les plus importants à la fois pour les demandeurs et les juges. C'est l'imputation de la responsabilité climatique et la répartition de la responsabilité qui soulèvent le plus d'interrogations.

### 2.1. La difficile imputation de la responsabilité en matière climatique

---

<sup>21</sup> *Connecticut v. American Electric Power*, 406 F. Supp. 2d 265, 267 (SDNY 2005). Huit États, la ville de New York et trois trusts ont poursuivi des compagnies d'électricité exploitant les combustibles fossiles au sein d'un vingtaine d'États américains. Les demandeurs cherchent à faire réduire les émissions de GES des défendeurs sur le fondement de la nuisance publique. Voir J.R. May, « AEP v. Connecticut and the future of the political question », *The Yale Law Journal Online*, 2011, p.121-127.

<sup>22</sup> D.S Green, « Massachusetts v. EPA Whitout Massachusetts: Private party Standing in Climate Change Litigation », *University of California Law Review*, vol. 36:1, 2012, p. 36-63.

<sup>23</sup> S. Johns, « The Role of Climate Change Science and Standing », *University of Florida of Law and Public Policy*, vol. 26: 2, 2015, p. 243-264.

<sup>24</sup> Voir en ce sens *Native village of Kivalina, and City of Kivalina v. Exxon Mobil corporation et al.*, req. n° C 08-1138 SBA, p. 22: « Plaintiffs are not entitled to any "special solitude" under the circumstances presented ».

<sup>25</sup> Requête, *The people of the state of California v. BP P.L.C, et al.*, Case n° CGC-17-561370, 19 septembre 2017.

<sup>26</sup> *The people of the State of California v. BP P.L.C, et al.*, Notice Re Tutorial, 27 février 2018, Case 3 :17-cv-06012-WHA, Document 117.

<sup>27</sup> CA Hamm, *Saul Luciano Lliuya v. RWE*, 2 O 285/1520, novembre 2017.

La responsabilité d'une personne ne peut être retenue que si la preuve est apportée d'un lien de causalité entre son comportement et le dommage survenu. En matière de responsabilité civile, ce lien est caractérisé dès lors que le fait générateur imputé au responsable a eu pour effet le dommage dont il est demandé réparation. On note dans les contentieux climatiques qu'à la différence du fait générateur et du dommage, qui sont généralement des faits tangibles et matérialisés, le lien de causalité qui les unit demeure intangible et immatériel. Le lien de causalité dans les domaines ayant trait aux dommages sanitaires ou environnementaux est souvent difficile à démontrer. Les changements climatiques exacerbent ces difficultés.

Premièrement, le juriste est confronté à la spatialité distendue des dommages. À l'inverse des cas de pollutions, les GES n'affectent pas directement et localement l'homme et les écosystèmes. Ils commencent par être des émissions individuelles, avant de se disperser dans l'atmosphère. Leur multiplication et leur accumulation réchauffent la surface du globe pour finalement déclencher une longue série de dommages. Le lien entre une source localisée d'émissions et un dommage localement identifié est alors difficile à démontrer<sup>28</sup>. La non-immédiateté des effets du réchauffement climatique, couplée aux incertitudes sur leurs effets rend complexe pour les scientifiques la détermination d'une causalité matérielle, et à plus forte raison la détermination d'une causalité juridique par les magistrats, « *le temps de latence entre la cause et la lésion peut être énorme, ce qui réduit les chances de relier l'une à l'autre.*<sup>29</sup>»

L'autre entrave est le caractère multiple de la causalité. Les émissions sont le résultat de milliers d'émetteurs d'hier et d'aujourd'hui, d'ici et d'ailleurs. Les émissions d'un seul sont trop faibles pour expliquer le phénomène des changements climatiques, ainsi le caractère particulier du fait générateur est absent.

En 2008, la fonte des glaces en Alaska et le risque entraîné par la montée des eaux ont poussé un groupe d'habitants de l'île de Kivalina à agir devant le tribunal fédéral de Californie<sup>30</sup> à l'encontre d'une vingtaine de sociétés pétrolières et du secteur de l'électricité<sup>31</sup>. Afin de recouvrir les frais nécessaires à la protection du village ou le cas échéant à sa relocalisation, les demandeurs cherchaient à engager la responsabilité civile de ces entreprises pour leur participation active aux changements climatiques<sup>32</sup>. Les juges ont refusé les demandes, notamment au regard de la difficulté d'établir un lien de causalité et de l'impossibilité de retracer une chaîne causale et conclut en ces termes :

« Au regard des allégations des demandeurs concernant la nature indifférenciée des émissions de gaz à effet de serre et leur accumulation mondiale sur de longues périodes, les faits ne permettent pas d'établir un lien entre le réchauffement climatique et les émissions d'une quelconque personne ou groupe de personnes<sup>33</sup>».

---

<sup>28</sup> S. Ling Hsu, « A realistic evaluation of climate change litigation, Through the lens of a hypothetical lawsuit », 79 *U. Col. Law Review*, 2008, p. 701-749.

<sup>29</sup> M. Torre-Shaub, « Le rôle des incertitudes dans la prise de décisions aux États-Unis. Le réchauffement climatique au prétoire », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n°3, 2007, p.708.

<sup>30</sup> *Native village of Kivalina, and City of Kivalina v. Exxon Mobil corporation et al.*, n° C 08-1138 SBA.

<sup>31</sup> ExxonMobil Corporation, BP P.L.C, BP America, Inc., BP Products North America, Inc., Chevron Corporation, Chevron U.S.A., Inc., ConocoPhillips Company, Royal Dutch Shell PLC, Shell Oil Company, Peabody Energy Corporation, e AES Corporation, American Electric Power Company, Inc., American Electric Power Services Corporation, DTE Energy Company, Duke Energy Corporation, Dynegy Holdings, Inc., Edison International, MidAmerican Energy Holdings Company, Mirant Corporation, NRG Energy, Pinnacle West Capital Corporation, Reliant Energy, Inc., Southern Company and Xcel Energy, Inc.

<sup>32</sup> *Complaint for Damages - Demand for jury trial from Kivalina*, (26 février 2008) at paras 10.

<sup>33</sup> *Kivalina*, 663 F, supp.2d 863 at 880 (NDcal2009), p.20.

S'il est inenvisageable pour les demandeurs et les juges de retenir un seul et unique responsable, c'est donc vers une responsabilité pour fait collectif qu'il faut se tourner. Ainsi, toutes les entreprises, qui se sont livrées à une activité fortement émettrice de GES seraient coresponsables des dommages climatiques en ce qu'elles ont participé de manière concertée à une activité commune dangereuse, impliquant un risque de dommage.

Il n'a eu pour l'heure que peu de recherches académiques francophones approfondies sur les problèmes de causalité juridique sous-tendus par les changements climatiques. Cette réflexion est pourtant un préalable indispensable afin de déterminer l'existence d'une obligation de réparation des dommages climatiques de la part des entreprises émettrices. On peut alors s'interroger sur la théorie de la causalité la plus apte à s'appliquer dans le contexte des dommages climatiques.

De prime abord, la causalité alternative semble être une théorie séduisante, toutefois elle s'adapte mal à la matière climatique. En effet, la causalité sera qualifiée d'alternative si « parmi une pluralité d'activités similaires, chacune est suffisante pour produire le dommage considéré, cependant une seule (ou quelques-unes, mais non la totalité) est effectivement à l'origine du dommage »<sup>34</sup>. Dans le contexte des changements climatiques le dommage subi est imputable à plusieurs personnes indéterminées, parmi un groupe déterminé d'entreprises. En ce sens, la théorie de la causalité alternative ne peut que difficilement être mobilisée par les requérants. Les émissions d'une seule entreprise ne sont pas suffisantes pour causer les dommages climatiques subis par les demandeurs. La victime sera dans l'incapacité de démontrer que le dommage provient de l'un des faits générateurs, car il est le résultat de tous les faits générateurs de la planète. Face à cette causalité résolument complexe, il semble pertinent de plaider pour la reconnaissance d'une causalité cumulative en matière de changements climatiques. Nous sommes bien face à une pluralité de causes, qui ont toutes participé au dommage, mais seulement pour partie « sans qu'il soit possible d'affecter à chacune d'entre elles une part donnée dans l'étendue du dommage »<sup>35</sup>. En matière environnementale, il s'agira par exemple du cas où deux usines polluent la même rivière avec une substance dangereuse dont la quantité provenant de chaque installation est insuffisante pour affecter la faune et la flore mais dont la quantité totale provenant des deux usines aboutit à un dommage de pollution.

Dans les affaires climatiques les juges ne se sont pas encore clairement prononcés sur la théorie de la causalité. Le juge hollandais, dans l'affaire *Urgenda*, n'a pas exposé son raisonnement sur la causalité, estimant qu'au regard de l'obligation de diligence qui incombe à l'État un lien de causalité suffisant existé<sup>36</sup>.

Les futures décisions rendues par les différentes juridictions nationales auront peut-être le mérite de se positionner sur la théorie de la causalité cumulative. Dans le passé, le juge français comme étranger<sup>37</sup> face à des contentieux complexes, ont su assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité en ayant recours à d'autres théories de la causalité et cela dans le but de ne pas laisser les victimes sans indemnisation. Pour les affaires dites du Distilbène notamment, la doctrine a parlé d'un assouplissement du lien de causalité, et « il est permis de penser que l'existence d'un dommage de masse n'est pas indifférente à cet assouplissement de la causalité juridique.<sup>38</sup> »

---

<sup>34</sup> Ch. Quézel-Ambrunaz, « La fiction de la causalité alternative », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1162.

<sup>35</sup> J. Personnaz, « La réparation du préjudice en droit international public », thèse, Paris, Sirey, 1939, p. 140. Voir sur cette notion : C.E. Carpenter, « Concurrent causation », *Law Review and American law register*, vol.83, n°8, 1935, p.941 et s.

<sup>36</sup> *Urgenda v. Government of the Netherlands* (Ministry of Infrastructure and the Environment), ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Rechtbank Den Haag, C/09/456689/HA ZA, §4.79, 4.80.

<sup>37</sup> Voir par exemple aux États-Unis le contentieux du Distilbène : A.M. Bielbel, « DES litigation and the problem of causation », *Insurance counsel journal*, 1984, p.223 et s.

<sup>38</sup> B. Parance, « Affaire du Distilbène : une avancée majeure », *RLDC* n°67, janvier 2010, p. 15.

## 2.2. La délicate répartition de la responsabilité en matière climatique

Si la responsabilité civile des entreprises venait à être reconnue par une juridiction, se poserait alors la question de l'étendue de la responsabilité et de la contribution à la dette. En effet, dans les affaires climatiques la détermination du rôle de chaque cause dans la genèse du dommage est une question certainement plus délicate encore que celle de l'imputabilité des causes dans la survenance de dommages climatiques.

Face à une pluralité des causes, il peut paraître indispensable de répartir entre les co-auteurs la charge de réparation. Pourtant, il n'existe aucune technique juridique satisfaisante permettant de quantifier la causalité, de dire que tel évènement est plus causal qu'un autre. Preuve en est, dans la décision *California v. General Motors Corp. et al.*, la juridiction ne s'est pas prononcée car elle se déclare « mal outillée pour décider dans quelle mesure les émissions des véhicules contribuent aux changements climatiques, pour définir ce qu'est une quantité raisonnable d'émission de gaz à effet de serre, et qui devrait supporter les coûts de réparation des dommages dus aux changements climatiques.<sup>39</sup>»

L'indivisibilité du lien de causalité reste, dans les contentieux étudiés, la principale raison de l'impossibilité de quantifier le rôle causal des différents antécédents du dommage climatique. Face aux situations délicates de pluralité des causes les juges favorisent bien souvent le critère de la gravité de la faute par rapport à celui du rôle causal<sup>40</sup>. L'une des solutions suggérées, notamment par la doctrine américaine<sup>41</sup>, est d'appliquer l'approche de la part de marché pour répartir la responsabilité entre les différents émetteurs. Selon cette théorie, la responsabilité pour les dommages causés par un produit est retenue au regard de la part que détient chaque défendeur dans la fabrication et la vente d'un produit sur un marché donné. Il est ainsi possible de calculer la dette de chaque entreprise à partir de la probabilité que leur activité soit à l'origine du dommage<sup>42</sup>.

Cette méthode pourrait être appliquée aux producteurs de gaz à effet de serre en fonction de leur taux d'émissions mondiales de CO<sub>2</sub> ou alors de la part de marché qu'ils détiennent dans les secteurs pétroliers, gaziers ou encore de l'automobile. Les récents travaux de quantification des contributions respectives des grandes entreprises faciliteraient la mobilisation de cette théorie dans le contexte du changement climatique. Ce mécanisme a l'avantage de fournir un minimum d'indemnisation aux victimes et de sanctionner les responsables à la hauteur du risque qu'ils font courir à la population. À l'avenir le recours à une théorie d'*emission* ou *pollution*

---

<sup>39</sup> *California v. General Motors Corp. et al.*, Req. n° C06-05755 MJJ, 2007 WL 2726871, at 15 (N.D. Cal. 17 Septembre, 2007): « ill-equipped to decide how much auto emissions contribute to global climate change, what is and what is not a reasonable amount of greenhouse gas emissions, and who should bear the costs of global climate change ».

<sup>40</sup> En France par exemple : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1996, n° 94-19.828, Bull. civ. I, n° 365 ; 14 févr. 2008, n° 07-11.710, JCP 2008. II. 10080, note C. Radé, et I. 186, obs. P. Stoffel-Munck ; (« attendu qu'ayant retenu que, si le conducteur de la société Claverie avait commis une faute à l'origine de l'accident, dès lors que son inattention à l'origine d'un défaut de maîtrise avait contribué à l'accident, cette faute avait joué un rôle moindre dans la contamination, la cour d'appel a pu en déduire que dans leurs rapports entre eux, l'EFS devait supporter 75 % de l'indemnisation et la société Claverie et le GAN 25 % ; ») Civ. 2<sup>e</sup>, 20 juin 2002, n° 00-20.996, Bull. civ. II, n° 136; D. 2002. 2173: le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, impliqué dans un accident de la circulation et condamné à réparer les dommages causés à un tiers, verra sa contribution à la dette calculée en proportion des fautes respectives; en l'absence de faute prouvée à la charge des conducteurs impliqués, la contribution se fait entre eux à parts égales».

<sup>41</sup> S. Lawson, « The conundrum of climate change causation: using market share liability to satisfy the identification requirement in native village of Kivalina v. ExxonMobil Co », *Fordham Envtl. L. Rev.*, 2011, p.433.

<sup>42</sup> S. Ferey, F. G'Sell, « Pour une prise en compte des parts de marché dans la détermination de la contribution à la dette de réparation », *Recueil Dalloz*, 2013, p.2709. Dans cet article les auteurs plaident pour que les juges dans un cas de causalité alternative puissent retenir la théorie de la part de marché pour calculer la contribution à la dette de deux laboratoires pharmaceutiques ayant commercialisé le diéthylstilbestrol.



*share liability*<sup>43</sup> aurait l'avantage d'inciter les grandes entreprises à revoir à la baisse leurs émissions de GES. Cela les encouragerait à prendre en considération, dans leurs choix économiques, l'intégralité des externalités négatives de leur production. On retrouve ici l'idée d'une fonction préventive de la responsabilité civile. Toutefois, cette théorie pourrait avoir comme effet de déresponsabiliser les petits émetteurs, se sentant judiciairement inattaquables du fait de leur place sur le marché. Au niveau procédural, la théorie de la part de marché s'écartant de la condamnation conjointe et solidaire, aura le désavantage pour la victime de devoir multiplier les recours contre les différents co-auteurs.

Les victimes du changement climatique dans l'engagement de la responsabilité des personnes privées n'ont pas vu leurs recours couronnés de succès depuis les premières tentatives menées dans les années 2000. Cependant, les stratégies contentieuses se diversifient et les moyens de droits sont renouvelés afin de contraindre les entreprises à participer à la réparation des dommages climatiques.

## **II. VERS LA DIVERSIFICATION DES MOYENS DE DROIT INVOQUÉS DANS LES CONTENTIEUX CLIMATIQUES**

La responsabilité climatique des entreprises n'a jamais été consacrée par une juridiction nationale. Les obstacles sont de taille. Les effets néfastes du changement climatique sont eux de plus en plus visibles et le consensus scientifique relatif aux origines anthropiques du phénomène ne cesse de grandir. Nonobstant les échecs passés, les stratégies contentieuses se diversifient. Les requérants font appel à présent à d'autres mécanismes de responsabilité civile pour fonder leur recours contre les entreprises (1) et puisent dans d'autres domaines du droit des obligations à la charge des entreprises (2).

### **1. Le recours à des régimes spéciaux de responsabilité civile**

Au-delà de la responsabilité civile de droit commun, le droit de la responsabilité est éclaté en un nombre très élevé de régimes spéciaux. D'origines législatives ou jurisprudentielles certains régimes de responsabilité peuvent venir nourrir la réflexion pour fonder une responsabilité climatique des entreprises. Deux contentieux récemment engagés ont mobilisé la théorie du trouble anormal du voisinage ainsi que la responsabilité du fait des produits défectueux.

#### **1.1. La fonte des glaciers, un trouble anormal du voisinage**

Saul Luciano Lluyia est un citoyen péruvien et sa maison est située sous le lac de Palcacocha. Il soutient que les émissions de CO<sub>2</sub> des centrales électriques exploitées par le défendeur allemand RWE ont contribué et contribuent au réchauffement climatique et donc à la fonte accélérée des glaciers, mettant en péril la sécurité de sa propriété. Il demande au juge allemand de condamner l'entreprise à supporter les dépenses liées aux mesures préventives prises pour protéger sa propriété proportionnellement à la contribution au changement climatique de

---

<sup>43</sup> Voir en ce sens les réflexions doctrinales dans le monde anglo-saxon : E. Friedland, « Pollution share liability : A new remedy for plaintiffs injured by air pollutants », n°9, *Columbia Journal of environmental law*, 1984, p. 297 et s. ; R. Verheyen, *Climate change damage and International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p.307; D.J. Grimm, « Global Warming and Market Share Liability: A Proposed Model for Allocating Tort Damages among CO<sub>2</sub> Producers », *Columbia journal of environmental law*, 2007, p.209-217.

l'entreprise, soit calculée à hauteur de 0,47% par le rapport *Carbon Majors*<sup>44</sup>. Sa demande a été jugée irrecevable en première instance en raison de l'absence de lien de causalité entre les agissements de RWE et le préjudice subi<sup>45</sup>. L'affaire en appel vient d'être jugée recevable<sup>46</sup> et sera dans les prochaines semaines jugée au fond.

Le requérant fonde en droit son recours sur l'article 1004 du code civil allemand, relatif à la nuisance privée. Proche de la théorie française du trouble anormal de voisinage, cet article dispose que « s'il est porté atteinte à la propriété autrement que par éviction ou rétention de la possession, le propriétaire peut exiger de celui qui en est l'auteur l'élimination du trouble et s'il y a lieu de craindre de nouvelles atteintes, le propriétaire peut agir en justice en vue d'obtenir leur cessation »<sup>47</sup>.

L'environnement trouve dans ce régime de responsabilité sans faute, un instrument efficace de protection. En effet, la théorie des troubles anormaux de voisinage ouvre un droit à réparation à partir du moment où l'anormalité est caractérisée. Il peut s'agir d'un trouble constitué ou d'un risque de trouble, et permet d'engager une action tant que dure le trouble. Les risques de prescriptions sont alors évacués, avantage certain dans le cas du climat où le temps est dilué entre le fait générateur et la réalisation du dommage. L'invocation d'un nouveau moyen de droit par le requérant enrichit le phénomène contentieux, toutefois la théorie du trouble anormal du voisinage pose un certain nombre de difficultés dans le cas du climat, laissant au juge la délicate tâche de se prononcer sur ce fondement.

Premièrement, la notion de voisin est ici complexe à mobiliser. Malgré ses avantages, cette théorie peut se montrer dépassée par la dimension globale des effets du changement climatique. Même si la relation de voisinage est envisagée de manière extensive par les juridictions<sup>48</sup>, n'exigeant plus une continuité matérielle<sup>49</sup>, la délimitation large de la sphère de voisinage pourra poser problème dans les contentieux climatiques. En l'espèce, dans l'affaire RWE, le fait générateur se trouve à des milliers de kilomètres du lieu de survenance du dommage. Si le juge allemand se prononce sur le fond, il faudra alors qu'il retienne « la nuisance et non plus la distance comme déterminant les frontières de l'interdépendance, affranchies des contraintes de la proximité géographique<sup>50</sup>».

Deuxièmement, selon le code civil allemand, l'action en cessation ou en élimination du trouble ou du risque de trouble ne pourra pas aboutir si le demandeur est obligé de supporter la nuisance<sup>51</sup>. Ce devoir de tolérance peut résulter d'autorisations administratives délivrées au pollueur. Les émissions de GES dans l'atmosphère ne sont pas illégales et les activités des grands groupes industriels s'inscrivent dans des activités bien souvent soumises à autorisation. En France, soulignons que la solution serait différente. Il est accepté que les voisins lésés par le fonctionnement d'une installation classée pour le droit de l'environnement (ICPE) puissent se prévaloir contre l'exploitant d'un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage<sup>52</sup>. La future décision rendue par le juge d'appel allemand, outre les questions relatives

---

<sup>44</sup> R. Heede, *Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010, Methods and results report*, avril 2014, p.27.

<sup>45</sup> Landgericht Essen, *Saul Luciano Lliuya v. RWE*, 2 O 285/15, 15 décembre 2016.

<sup>46</sup> CA Hamm, *Saul Luciano Lliuya v. RWE*, 30 novembre 2017, 2 O 285/1520.

<sup>47</sup> Traduction libre, § 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.

<sup>48</sup> CJCE, 18 mai 2006, C-343/04, *Land Oberösterreich c. CEZ as: RD immo.* 2006, p.356, note F.-G. Trébulle.

<sup>49</sup> J. Ghestin, P. Jourdain, G. Viney, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J, 4<sup>éd.</sup>, 2013, p.1211.

<sup>50</sup> F.-G. Trébulle, « Voisinage d'une centrale nucléaire : enseignements sur la théorie des troubles du voisinage dans un contexte international », *RDI*, 2006, p. 358.

<sup>51</sup> Art.1004§2 BGB.

<sup>52</sup> Cass., Civ.2<sup>e</sup>, 22 octobre 1964, D., 1965, p. 344 ; Civ. 1<sup>er</sup>, 15 mai 2001, Bull. civ., I, n°135 ; Civ. 1<sup>er</sup>, 13 juillet 2004, Bull. civ., I, n°209 ; *RD immo.*, 2005, p. 40, obs. F.-G. Trébulle.

au lien de causalité, sera intéressante à analyser en ce qu'elle sera la première à se prononcer sur la théorie du trouble anormal du voisinage.

## 1.2. Les émissions de CO2 : un défaut d'information et de conception

Durant des années, les entreprises de tabac aux États-Unis ont fait face à des centaines de poursuites judiciaires mettant en cause la nature toxique des produits mis en vente sans jamais que leur responsabilité ne soit engagée. C'est dans les années 1990, que le contentieux du tabac a pris un tout autre tournant<sup>53</sup> avec l'invocation de la responsabilité du fait des produits défectueux (*product liability*)<sup>54</sup>. C'est alors sur la base du manquement à l'obligation d'information que le succès des actions contre les producteurs de cigarettes a été construit. Les actions accusant les industriels d'avoir dissimulé les informations mettant en garde les consommateurs du danger du tabac se sont ensuite multipliées<sup>55</sup>. De plus, face aux coûts exorbitants pour la personne publique des soins de santé liés au tabac, certains législateurs ont adopté des textes mettant à la charge des industriels une partie des coûts de la prise en charge médicale<sup>56</sup>. Ce contentieux montre qu'il est parfois possible d'ajuster les règles de droit commun de la responsabilité à travers des législations créant des présomptions de responsabilité. Certains auteurs proposent alors l'élaboration d'une loi relative à la responsabilité des grands émetteurs de GES, qui imposerait l'obligation de réparer les dommages climatiques. Si une telle base légale venait à exister, elle permettrait aux demandeurs personnes publiques à faire peser la charge de la réparation aux industriels<sup>57</sup>.

Le contentieux du climat semble s'inspirer des victoires contre l'industrie du tabac et pourrait connaître le même développement. C'est en tout cas la nouvelle stratégie qu'ont récemment retenue trois municipalités californiennes contre l'industrie pétrolière<sup>58</sup>. Le comté de San Mateo, de Marin et la Ville d'Imperial Beach, allèguent que les industriels ont mené pendant des années une campagne de désinformation afin de préserver le marché des énergies fossiles, alors qu'ils connaissaient les risques inhérents que faisaient courir leurs productions à l'humanité. Les collectivités cherchent ainsi à faire supporter le coût des dépenses nécessaires face à l'élévation du niveau de la mer et autres dommages climatiques à trente-sept entreprises responsables d'environ 20% de la pollution de carbone et de méthane. Au regard de la responsabilité des produits défectueux, en Europe comme aux États-Unis, le fabricant est tenu envers l'utilisateur d'une obligation de mise en garde et de renseignement sur les dangers que comporte l'utilisation du produit. On se concentre ici plus sur le comportement du fabricant que sur la nature du produit. Dès les années soixante-dix, de nombreux rapports internes rédigés par les entreprises font état de leurs connaissances scientifiques sur le dérèglement du climat et sur le rôle que jouent leurs activités dans ce phénomène<sup>59</sup>. Conscientes du danger, elles auraient dû alerter les autorités publiques, les consommateurs et engager des solutions alternatives.

En parallèle du défaut de renseignement, les demandeurs soutiennent qu'un défaut de

---

<sup>53</sup> *State of Minnesota v Philip Morris*, State of Minnesota District Court, County of Ramsey Second Judicial District, Court File No. C1-94-8565 (1998).

<sup>54</sup> Aux États-Unis : *Model Uniform Product Liability Act Dept. of Commerce, Fed. regist. Vol. 44, n° 212* et le ALEC Model Product Liability Act adopté en 1995.

<sup>55</sup> *Burton v. R.J Reynolds*, Tobacco Co. 205 F. Supp.2d 125 ; *Williams v. Philip Morris Inc.* 182 Or. App.44, 48 P.3d 824.

<sup>56</sup> Voir par exemple au Canada le *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, SBC 2000, Chapter 30.

<sup>57</sup> M. Olszynski, S. Mascher et M. Doelle, « From smokes to smokestacks : lessons from tobacco for the future of climate change litigation », *Geo. Envtl.L. Rev.* 2017.

<sup>58</sup> *City of Imperial Beach v. Chevron Corp*, C-17-01227, Cal. Super. Ct, 17 July 2017; *County of Marin v. Chevron Corp.*, CIV1702586, Cal.Super.Ct, 17 juillet 2017 ; *County of San Mateo v. Chevron Corp.*, 17CIV03222, Cal. Super.Ct, 17 juillet 2017.

<sup>59</sup> L. Song et al., *Exxon Confirmed Global Warming Consensus in 1982 with In-House ClimateModels*, Insideclimate news (22 septembre 2015).

conception des produits existe<sup>60</sup>. La responsabilité recherchée est ici objective et le critère permettant de caractériser le défaut sera l'existence d'une « conception alternative raisonnable ». Les requérants doivent apporter la preuve qu'une autre conception était envisageable et que cette dernière aurait réduit la possibilité de survenance du dommage ou du risque du dommage. Cet argumentaire peut paraître complexe à mobiliser pour engager la responsabilité des compagnies pétrolières. En effet, un produit est jugé défectueux lorsque la prévisibilité du risque de dommages peut être réduite ou évitée par une autre conception. Aucune autre conception ne semble possible pour les énergies fossiles, leur combustion génère intrinsèquement du CO<sub>2</sub>. Il n'existe aucun moyen de brûler du pétrole ou du charbon sans que ne soit émis du dioxyde de carbone. Il faut, en ce sens, suivre avec attention l'argumentation que retiendront les juges californiens dans les mois à venir, pour conclure à la pertinence de ce nouveau moyen de droit. Le défaut de conception pourrait à l'avenir être mobilisé pour d'autres produits. À l'inverse des énergies fossiles, les émissions de gaz à effet de serre provenant des véhicules ne sont pas une caractéristique inhérente au produit, car les fabricants disposent depuis longtemps des technologies nécessaires pour concevoir des moteurs plus propres et plus neutres en carbone. Par exemple, les voitures électriques existent depuis des décennies mais ont très peu été introduites sur le marché, et l'obstination des constructeurs à continuer la production des véhicules fortement émetteurs consolide le raisonnement basé sur le défaut de conception<sup>61</sup>. En conséquence, les demandeurs pourraient être en mesure de poursuivre les constructeurs automobiles en faisant valoir que le défaut de conception entraîne des dommages aux plaignants causés par le réchauffement climatique.

## 2. Le contournement de la responsabilité civile, de nouvelles perspectives contentieuses

Au-delà de l'engagement de la responsabilité civile des grands émetteurs, la nouvelle vague de contentieux engagés devant les juges nationaux invite les juridictions à se prononcer sur d'autres fondements juridiques qui pourraient faire naître par ricochet une responsabilité climatique. Il s'agit principalement ici des droits de l'Homme ainsi que du droit pénal des affaires.

### 2.1. La stratégie précontentieuse fondée sur les droits de l'Homme

Les affaires qui mobilisent l'argumentaire des droits de l'Homme ne sont pas un phénomène totalement nouveau<sup>62</sup>, mais son acceptation par les juges est plus relative. Si le juge pakistanais a reconnu que la carence de l'État dans la politique climatique était source de violation des droits de l'Homme, d'autres juridictions se montrent encore timides<sup>63</sup>, d'autant plus lorsqu'il s'agira d'engager la responsabilité des personnes privées.

En réaction aux conséquences dévastatrices du typhon Haiyans survenues en 2013 aux

---

<sup>60</sup> « A product is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design... and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe » Restatement, Third, Torts : Product liability §2(b). (TRADUCTION)

<sup>61</sup> D.A Grossman, « Warming up to a not so radical idea : tort-based climate change litigation », *Columbia journal of environmental law*, vol.28, n°1, p.44 et s.

<sup>62</sup> *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company Nigeria Ltd and Others* (2005) AHRLR 151 (NgHC 2005) ; *Inuit Circumpolar Council Canada*, Inuit Petition Inter-American Commission on Human Rights to Oppose Climate Change Caused by the United States of America, 7 décembre 2005.

<sup>63</sup> Voir en ce sens *Urgenda v. Government of the Netherlands* (Ministry of Infrastructure and the Environment), ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Rechtbank Den Haag, C/09/456689/HA ZA 13-1396; *Inuit Circumpolar Council Canada*, Inuit Petition Inter-American Commission on Human Rights to Oppose Climate Change Caused by the United States of America, 7 décembre 2005; *Earthlife Africa Johannesburg v. Minister for Environmental Affairs & Others*, Case No. 65662/16, Judgment of High Court of South Africa, Gauteng Division, Pretoria (South Africa), 8 mars 2017.

Philippines, dix-huit personnes, quatorze organisations, dont l'association *GreenPeace SouthAsia*, ont engagé des poursuites contre les cinquante plus grandes entreprises émettrices de carbone dans le monde<sup>64</sup>. Ici, les victimes ne se sont pas tournées vers le juge mais vers une commission nationale des droits de l'Homme. Les compétences de cet organe sont prévues par la Constitution des Philippines de 1987<sup>65</sup>, lui permettant d'enquêter sur la violation des droits de l'Homme, de sa propre initiative ou sur la demande d'une personne ou d'un groupe. Elle peut recommander des mesures juridiques appropriées pour la protection des droits fondamentaux des personnes vivant sur le territoire national ou de ses ressortissants à l'étranger. Notons que la commission elle-même a compétence pour recommander que les demandes soient portées à la connaissance d'une juridiction, mais ne pourra pas accorder des dommages et intérêts ou exercer des pouvoirs d'injonction.

L'enquête actuellement diligentée cherche à déterminer la responsabilité des grands groupes émetteurs de GES dans la menace ou la violation des droits de l'Homme résultant des effets du changement climatique. Les requérants soutiennent que ces entreprises ont échoué à réduire leurs émissions, malgré leur capacité à le faire et leur connaissance des risques climatiques. Il existe, pour les victimes, une grande probabilité que les effets dramatiques du changement climatique aient été accentués par la production passée et présente de ces grandes entités. La pétition s'appuie sur les récentes recherches confirmant que quatre-vingt-dix entreprises de combustibles fossiles seraient responsables de 63% des émissions mondiales de dioxyde de carbone et de méthane entre 1854 et 2010<sup>66</sup>.

Cette démarche pré-contentieuse inédite en matière de climat met en avant le lien existant entre les changements climatiques et les droits de l'Homme. La multiplication des catastrophes naturelles extrêmes ou à évolution lente exacerbe les inégalités et touche en premier lieu les populations les plus vulnérables. La réalisation des droits à la vie, à l'eau potable, à l'alimentation, à la santé ainsi qu'à un logement convenable sont affectés par les bouleversements climatiques. La pétition ainsi que les *amicus curiae*<sup>67</sup> soumises en faveur des demandeurs mettent en avant que le Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'Homme (HCDH) a adopté ces dernières années six résolutions en ce sens, rappelant ainsi les obligations des États et celles des entreprises de prendre des mesures pour faire face à ces violations<sup>68</sup>.

Les requérants ont mobilisé de nombreux moyens de droit issus de l'ordre international, tels que les principes directeurs de l'OCDE, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU, le principe de précaution, les principes d'Oslo sur les obligations concernant le changement climatique<sup>69</sup>, ou encore des droits constitutionnellement protégés. À de nombreuses reprises dans leur pétition, les demandeurs font référence à l'obligation de

---

<sup>64</sup> Petition requesting an investigation of the responsibility of the carbon majors for human rights violations or threats of violations resulting from the impacts of climate change, Republic of The Philippines Commission on Human Rights, Dilman, Quezon City, CHR-NI-2016-0001.

<sup>65</sup> Constitution des Philippines, section 18, article XIII.

<sup>66</sup> R. Heede, «*Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods and Results Report*», 2013, 104 p.; P. Griffin, *The Carbon Majors Database*, CDP Carbon Majors Reports 2017, CDP report, juillet 2017, 16 p.

<sup>67</sup> Amicus curiae brief presented by ClientEarth, CHR-NI-2016-0001, 21 novembre 2016; Submission in Support of petitioners submitted by the Sabin Center for Climate Change Law, 16 décembre 2016.

<sup>68</sup> UNHRC Res. 7/23, Human Rights and Climate Change, A/HRC/Res/7/23 (mars 2008); UNHRC Res. 10/4, Human Rights and Climate Change, A/HRC/Res/10/4 (25 mars 2009); UNHRC Res. 18/22, Human Rights and Climate Change, A/HRC/Res/18/22 (17 octobre 2011); UNHRC Res. 26/27, Human Rights and Climate Change, A/HRC/Res/26/27 (15 juillet 2014); UNHRC Res. 29/15, Human Rights and Climate Change, A/HRC/Res/29/15 (2 juillet 2015); UNHRC Res. 32/33, Human Rights and Climate Change, A/HRC/RES/32/33 (18 juillet 2016)

<sup>69</sup> Principes d'Oslo adoptés le 1<sup>er</sup> mars 2015 par un groupe d'experts du droit international, du droit de l'homme et du droit de l'environnement. <https://globaljustice.yale.edu/oslo-principles-global-climate-change-obligations>.

vigilance<sup>70</sup> des entreprises multinationales en matière des droits de l'Homme. Bien que les principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme n'obligent pas directement les personnes privées et que les principes directeurs des Nations-Unies ne créent pas de nouvelles obligations internationales, ces principes doivent être considérés comme des déclarations de principes et des orientations que les entreprises doivent suivre en matière de droits de l'Homme. Outre la reconnaissance de la violation de ces textes internationaux, les pétitionnaires demandent que les entreprises fournissent des plans d'action pour éliminer, remédier et prévenir les effets dévastateurs du changement climatique.

Au-delà des répercussions médiatiques de l'affaire et du risque réputationnel pour les industriels, la stratégie juridique consiste pour les demandeurs à obtenir un avis de la Commission des droits de l'Homme des Philippines pour potentiellement, par la suite, étoffer un éventuel recours contentieux en responsabilité devant le juge national. Cette procédure permettrait aux victimes de donner ensuite à leur recours judiciaire une plus grande légitimité et assise juridique.

## 2.2. Droit pénal des affaires et changement climatique

Les procès climatiques passés et présents ne sont sûrement que les balbutiements d'un phénomène d'une ampleur plus grande, touchant de nombreux domaines du droit. Déjà en 2008, dans l'affaire Kivalina, les requérants avaient inclus dans leurs demandes des moyens de droit fondés sur la conspiration, affirmant que les entreprises avaient mené des campagnes de désinformations visant à tromper le public sur la réalité scientifique du changement climatique<sup>71</sup>. Aujourd'hui le droit pénal des affaires est de plus en plus sollicité et ouvre de nouvelles potentialités contentieuses.

Une nouvelle forme de litige se développe aux États-Unis, prenant la forme d'enquêtes pénales ou civiles. Ici ce n'est plus les victimes qui entament des procédures judiciaires, mais l'État par l'intermédiaire du ministère public. Ce dernier cherche à découvrir comment certaines grandes entreprises ont intégré leurs connaissances sur le changement climatique dans leur gouvernance, leur comptabilité et leur planification organisationnelle.

L'une des actions en cours est menée par le procureur de l'État de New York et se fonde sur la loi relative à la fraude en matière de valeur mobilière (*Martin Act*<sup>72</sup>). L'enquête vise à déterminer si ExxonMobil a caché des études montrant le rôle néfaste des énergies fossiles pour le changement climatique et dans quelle mesure l'entreprise a financé des recherches climato-septiques. En parallèle, plusieurs procureurs d'États fédérés ont lancé les mêmes poursuites<sup>73</sup>. Redoutant l'impact de nouvelles législations ou de réglementations sur les activités pétrolières, plusieurs sociétés énergétiques ont formé la Coalition mondiale pour le climat (*Global Climate Coalition*). Ce groupe de pression a émis des doutes sur la véracité des recherches scientifiques menées dans le domaine du climat, notamment sur le travail du GIEC, et a souligné les impacts négatifs qu'auraient l'adoption de nouvelles réglementations relatives aux émissions de CO<sub>2</sub> sur l'économie américaine. Ainsi, s'il est démontré qu'ExxonMobil a intégré dans ses décisions d'entreprise les effets du changement climatique, tout en affirmant publiquement que la science était trop incertaine pour agir, cette contradiction pourrait constituer une violation du *Martin*

---

<sup>70</sup> Voir sur ces questions relatives au devoir de vigilance des entreprises multinationales l'article de B. Parance et E. Groulx, « Regards croisés sur le devoir de vigilance et *le duty of care* », *Journal du droit international (Clunet)* n°1, janvier 2018, p.21.

<sup>71</sup> Requête Kivalina v. ExxonMobil et al. Requête de Kivalina, (26 février 2008), §189-190.

<sup>72</sup> N.Y. Gen. Bus. Law, Art. 23-A §§ 352-353 (1921).

<sup>73</sup> *United States Virgin Islands Office of the Attorney General v. ExxonMobil*, C-16-002469, 4 avril 2016 ; *Office of the Attorney General of the Commonwealth of Massachusetts v. ExxonMobil*, 2016-EDP-36, 19 avril 2016.

*Act*<sup>74</sup>. Une citation à comparaître a été délivrée en 2015<sup>75</sup> demandant la communication de dossiers financiers, de courriels et autres documents internes à l'entreprise. De son côté l'entreprise, en défense, revendique la violation du premier amendement de la Constitution américaine et considère que les poursuites menées contre elle constituent « des restrictions de paroles inadmissibles » violant ses droits constitutionnels<sup>76</sup>.

L'État fédéré tente par ce biais de déterminer si l'entreprise a correctement informé les investisseurs, les actionnaires et les consommateurs des risques financiers dans les énergies fossiles. Le *Martin Act* permet au procureur général d'enquêter et de prendre des mesures coercitives pour mettre fin à la fraude s'il croit qu'une entreprise s'est livrée à des pratiques frauduleuses, qu'elle s'y livre ou est sur le point de le faire. Le procureur n'a pas à prouver l'intention de fraude ou qu'une personne a été effectivement escroquée<sup>77</sup> et pourra demander des sanctions à la fois civiles et pénales<sup>78</sup>. Les seuls éléments nécessaires à l'établissement d'une violation des dispositions de cette loi sont la découverte d'une fausse déclaration ou l'omission de faits importants dans l'incitation, la promotion, l'émission, la distribution, la vente, la négociation ou l'achat de titres. Le vaste champ ouvert par ce texte, couplé à l'assouplissement des éléments de preuve, confère d'importants pouvoirs au procureur général de New York.

Le droit des affaires offre ainsi de nouveaux moyens juridiques pour attirer les entreprises devant les juges. Ce dernier n'est pas mobilisé dans le but d'engager la responsabilité des entreprises à réparer les dommages climatiques, mais afin de condamner le comportement négligeant voire frauduleux, de certains industriels.

À l'issue des poursuites, qu'ExxonMobil soit reconnue coupable ou non-coupable quant à sa position sur le changement climatique envers les actionnaires, les investisseurs et les consommateurs, la simple divulgation auprès du grand public d'informations confidentielles pourra s'avérer utile aux futurs demandeurs du monde entier dans leur recours contre les entreprises.

\*\*\*

De nombreuses questions restent encore en suspens quant au devenir des contentieux climatiques menés contre les entreprises. Dès les premiers affaires lancées aux États-Unis, les obstacles se sont avérés nombreux pour que les victimes voient leurs dommages réparés. La nature politique des demandes, l'acceptation de l'intérêt à agir ou encore la reconnaissance d'un lien de causalité ont représenté des obstacles procéduraux d'envergure. Malgré les échecs, l'étude croisée des recours actuellement soumis devant les juges nationaux attestent d'un dynamisme contentieux global. Suite à la diversification des stratégies juridiques, les juges vont avoir de nouvelles occasions de se prononcer sur la potentielle reconnaissance d'une responsabilité climatique des grands émetteurs de GES.

Toutefois, si les regards se tournent d'abord vers les industriels, la question du rôle joué par les consommateurs, eux aussi pollueurs, se pose également. Cette multiplicité extensible à l'infini

---

<sup>74</sup> A. Lieberman & S. Rust, « Big Oil Braced for Global Warming While It Fought Regulations », *L.A. Times*, 31 décembre 2015.

<sup>75</sup> Subpoena for production of documents, *The people of the state of New York*, Case 4 :16-cv-004469-K, doc.76-8, 11 avril 2015.

<sup>76</sup> ExxonMobil first sued Claude Walker, the Attorney General of the U.S. Virgin Islands. David Hasemyer, *Exxon Sues a Second Attorney General to Fight Off Climate Fraud Probe*, Inside climate news (16 juin 2016).

<sup>77</sup> *People v. Federated Radio Corp.*, 154 N.E. 655, 657 (N.Y. 1926).

<sup>78</sup> A. Tidman, « Securities Law Enforcement in the Twenty-First Century : Why States Are Better Equipped Than the Securities and Exchange Commission to Enforce Securities Law », 57 *Syracuse L. Rev.*, 2007, p. 379-391.

des responsables du changement climatique, imposera l'établissement dans les années à venir d'un principe d'attribution appropriée de la responsabilité<sup>79</sup>. Le contentieux climatique fournit de toute évidence un exemple de la difficile émergence de nouveaux régimes de responsabilité. Si les « *juges sont sans filet législatif, confrontés aux questions nouvelles que suscite l'évolution de la société* »<sup>80</sup>, les stratégies novatrices et prometteuses mises en place par les demandeurs aux quatre coins du monde font incontestablement de ce dernier un nouvel acteur de la lutte contre le changement climatique.

---

<sup>79</sup> Voir en ce sens J. Pan, J. Phillips et Y. Chen, « China's balance of emissions embodied in trade : approaches to measurement and allocating international responsibility », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 24: 2, 2008, p.354.

<sup>80</sup> G. Viney, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *Dalloz*, 2016, p. 1378.