

DROIT DE LA DURABILITÉ

ENVIRONNEMENT, CLIMAT

Principes, droits et justiciabilité

Véronique Boillet
Anne-Christine Favre
Thierry Largey
Raphaël Mahaim
(éditeurs)



Helbing Lichtenhahn

ENVIRONNEMENT, CLIMAT

Véronique Boillet
Anne-Christine Favre
Thierry Largey
Raphaël Mahaim
(éditeurs)

DROIT DE LA DURABILITÉ

ENVIRONNEMENT, CLIMAT

Principes, droits et justiciabilité

Véronique Boillet
Anne-Christine Favre
Thierry Largey
Raphaël Mahaim
(éditeurs)



Helbing Lichtenhahn

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4881-5



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4881-5 (édition imprimée)

2024, Helbing Lichtenhahn, Bâle

www.helbing.ch

Avant-propos

Les questions environnementales et climatiques confrontent le juriste à de constants défis. D'un point de vue normatif, il s'agit de trouver tant sur le plan international qu'en droit interne, de nouveaux modèles d'action, de nouvelles formes de participation démocratiques, permettant d'accélérer les processus de transition écologique et sociétale ; or, nonobstant l'évolution des connaissances scientifiques et la menace criante qui pèse sur notre cadre de vie, les consensus peinent à être trouvés. Les difficultés à faire accepter les restrictions liées aux principes d'anticipation des atteintes ou à s'entendre sur la prise en charge des coûts freinent la plupart des velléités de renforcement des normes.

Sur le terrain de la mise en œuvre, tant en matière environnementale qu'en matière climatique, on se trouve désormais en présence d'atteintes d'ampleur étendue, que l'on songe aux pollutions généralisées des eaux, de l'air, à l'infertilité des sols, à l'érosion de la biodiversité ou aux dérèglements climatiques. Le constat d'échec face aux objectifs visés est souvent lié au nombre d'acteurs qui interagissent, dans l'espace et dans le temps, et à l'absence de procédures de contrôle pour nombres d'actes quotidiens impactant l'environnement. D'un point de vue juridique, ces situations nous invitent à repenser des concepts pour mieux prendre en compte les effets de seuils (d'immission ou les limites planétaires) dans les procédures d'autorisation ou l'exercice des droits libres, mais aussi pour suppléer à la difficulté d'établir un lien de causalité entre des sources multiples et hétérogènes et leurs effets.

Sous l'angle de la protection juridictionnelle, on saisit immédiatement la difficulté pour l'individu touché à faire valoir un intérêt personnel particulier, en présence d'atteintes généralisées, dont les sources sont indéterminées, et encore plus celle de faire valoir des atteintes à des biens communs comme celui lié à la fertilité des sols et à la biodiversité.

Dans un tel contexte, plusieurs mécanismes se sont mis en marche ces dernières années. On peut évoquer ceux liés à la « démocratie environnementale », qui donnent une place au citoyen acteur et à l'organisation de collectifs œuvrant à divers niveaux, que ce soit dans les processus décisionnels, législatifs, mais aussi désormais devant le juge¹. Mais l'un des points les plus marquants est probablement celui de l'appel au juge pour régler les questions complexes du climat et des atteintes de grande ampleur à l'environnement. Il est le produit d'un certain activisme, dans de nombreux pays, qui a sa raison d'être : il s'agit de faire tomber certaines barrières quant aux carences de la loi ou de la mise en œuvre face aux menaces qui pèsent sur la population. Le but est également de

1 FOURNIAU JEAN-MICHEL/BLONDIAUX LOÏC/BOURG DOMINIQUE/COHENDET MARIE-ANNE (éd.), La démocratie écologique, Une pensée indisciplinée, Paris 2022.

montrer que les tribunaux nationaux peuvent tenir un rôle, qualifié de « charnière », face au droit international, à défaut de tribunaux internationaux².

Cette judiciarisation s'est accélérée dès les années 2015, par une génération d'arrêts qui mettent en évidence les droits humains menacés par les dégradations de l'environnement ou du climat, et les obligations positives des Etats de les protéger, que celles-ci ressortent du droit international, notamment l'Accord de Paris³ ou du droit interne⁴. Des procédures devant des juges civils⁵, administratifs⁶, constitutionnels⁷ et pénaux⁸ ont ainsi été engagées dans divers pays et ont permis de mettre en évidence des nouvelles facettes de principes tels que celui de *due diligence* ou de solidarité interétatique, de même qu'ils ont façonné de manière remarquable l'approche de la gestion des efforts à consacrer dans la lutte contre le changement climatique, selon des trajectoires plausibles et suffisamment efficaces pour ne pas mettre en péril les droits des générations futures. Loin de résoudre toutes les questions que pose la situation complexe des dégradations environnementales ou climatiques, les quelques arrêts emblématiques publiés à ce jour sont suffisants pour donner une nouvelle impulsion aux réflexions juridiques nécessaires.

Bien entendu, l'arrêt désormais phare en la matière est celui qui vient d'être rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), dans une affaire impliquant la Suisse⁹. Le fait que l'association, qui représente les intérêts de ses membres, se soit vu reconnaître la qualité de victime – à des conditions novatrices par rapport aux critères usuels de la Cour, mais également par rapport à ceux admis en droit interne – montre le rôle essentiel du juge par son interprétation dynamique. De même, la reconnaissance d'obligations positives en matière climatique, fondées sur l'art. 8 CEDH, en ce qu'elle recouvre le droit à une protection effective par l'Etat « contre les effets néfastes graves du changement climatique sur la vie, la santé, le bien-être et la qualité de vie des habitants » (§ 519, 538 et 541 ss), constitue une avancée majeure dans l'appréhension d'une

2 SAIGER ANNA-JULIA, *Nationale Gerichte im Klimaschutzvölkerrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Pariser Übereinkommen*, Berlin, 2022. En p. 219 ss, l'auteure montre que même si les textes de droit international relèvent le plus souvent du *soft law*, les tribunaux nationaux peuvent jouer un rôle charnière par le jeu de l'interprétation du droit national à l'aune du droit international.

3 Accord de Paris (Accord sur le climat) conclu le 12 décembre 2015 (RS 0.814.012).

4 Conseil d'État français, affaire n° 427301 du 1^{er} juillet 2021 (*Commune de Grande-Synthe et crts.*).

5 Cour suprême des Pays-Bas, affaire n° 19/00135 du 20 décembre 2019 (*Urgenda c. Pays-Bas*); Cour de La Haye, affaire n° C/09/571932/HA ZA 19-379 du 26 mai 2012 (*Milieudefensie et al.c. Royal Dutch Shell*).

6 ATF 146 I 145, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts. c. Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Generalsekretariat*.

7 Cour constitutionnelle allemande, BvR 2656/18, 24 mars 2021.

8 DEMAY CLÉMENCE/LOETSCHER ANNE, Face à la crise de la non-durabilité, analyse de la réponse citoyenne au travers de la désobéissance civile, in Favre A.-Chr., Fornage A.-Chr. et Parein L. (éd.), *Droit pénal de l'environnement. Quelle consécration ?* Bâle, 2022.

9 Cour EDH, Grande Chambre, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, du 9 avril 2024, requête no 53600/20.

problématique jusque-là bloquée par l'absence de lien de causalité direct entre les omissions d'un Etat et l'exposition à un risque. A l'instar des jugements rendus par d'autres juridictions¹⁰, l'obligation des Etats en matière climatique est de faire leur part, conformément aux engagements internationaux qu'ils ont pris, en définissant le budget carbone à disposition selon un calendrier et en établissant à temps une trajectoire d'efforts jusqu'à la neutralité nette, avec des objectifs intermédiaires de réduction des gaz à effets de serre (§ 545 ss). Les mesures d'atténuation doivent par ailleurs être complétées de mesures d'adaptation (§ 552). Le choix des mesures doit enfin se faire en interaction avec la population, qui doit être informée et pouvoir participer réellement aux processus décisionnels (§ 554).

Cette jurisprudence, historique à bien des égards, ne s'inscrit pas dans l'actualité du moment par hasard. Ainsi que le long argumentaire de la CourEDH le rappelle (§ 144-188), il existe désormais de multiples appels à prendre en compte l'interdépendance entre la protection contre la dégradation de l'environnement ou les changements climatiques, et la préservation des droits des générations actuelles comme futures exprimés au sein de différentes instances internationales, notamment le Conseil des droits de l'homme¹¹ et l'Assemblée générale des Nations Unies¹². Sans même proposer la naissance d'un nouveau droit humain et autonome en matière environnementale, ces textes insistent sur l'urgence à mettre en œuvre les accords et principes qui découlent du droit international. Cette reconnaissance au plus haut niveau sur le plan international, en parallèle avec les succès de certaines actions judiciaires, montre les boucles de rétroaction qui existent en la matière, et donc l'importance de mobiliser la doctrine sur ces questions.

Ce contexte a invité le pôle « Environnement et climat » de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne à organiser en juin 2021 un colloque sur le thème « **environnement, climat : quelle justiciabilité ?** ». Les textes assemblés dans le présent recueil constituent les actes actualisés de ce colloque, auxquels a été ajoutée une contribution récente sur le principe de non-refoulement et les droits des réfugiés climatiques, en lien avec un avis consultatif du comité des droits de l'homme.

Dans une **première partie** sont abordés les **droits environnementaux**. La justiciabilité d'un droit, c'est-à-dire sa capacité à être invoqué en justice, permet de lui assurer une pleine effectivité. En matière environnementale et climatique, de nombreuses incerti-

10 Notamment l'affaire *Urgenda*, citée en n. 5.

11 Résolution du Conseil des droits de l'homme 48/13, du 8 octobre 2021, intitulée « Droit à un environnement propre, sain et durable ».

12 Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/77/276, du 29 mars 2023, invitant la Cour internationale de justice à rendre un avis consultatif sur les obligations des Etats face aux changements climatiques ; résolution A/RES/76/300, du 28 juillet 2022, intitulée « Droit à un environnement propre, sain et durable » .

tudes et complexités subsistent, notamment quant à l'existence ou non de droits subjectifs. À considérer que tel serait le cas, reste à déterminer les bénéficiaires de ces droits et les conditions formelles pour les invoquer en justice.

FRANCESCA MAGISTRO, dans sa contribution intitulée « Environnement, climat : quels droits fondamentaux ? » évoque le cadre juridique dans lequel le concept de « droit à un environnement sain » est né en droit international ou interne, et les bases prétoriques sur lesquelles il s'est développé. Elle relève les limites de la reconnaissance de ces droits substantiels quant à leur contenu, soit en raison de leur faible portée matérielle, soit en raison d'une effectivité rendue difficile faute de contrôle du juge sur des questions qui peuvent confiner à des aspects politiques. C'est le plus souvent de manière indirecte, par la protection d'un autre droit fondamental, que les juges approchent les atteintes à l'environnement. En l'état, c'est précisément dans cette ligne que s'inscrit la jurisprudence de la CourEDH, qui a développé les contours d'un « droit à un environnement sain », au gré d'une interprétation dynamique du droit à la vie et du droit au respect de la vie privée et familiale du domicile.

JOCHEN SOHNLE dans sa contribution portant le titre « Le droit international général de l'environnement face aux individus : la structure interétatique constitue-t-elle un obstacle infranchissable à la reconnaissance de droits environnementaux ? » met pour sa part l'accent sur l'absence de l'être humain, en tant que sujet de droit, en droit international ; de même que l'absence de considération des éléments de la nature autrement que comme des « objets juridiques », sans droits ni obligations. Plusieurs conventions internationales consacrent un « droit à un environnement sain », qui ne confère qu'un statut partiel de sujet de droit, en raison de la difficulté d'être à même de revendiquer ce droit dans les rapports avec d'autres personnes ou face à l'autorité et de pouvoir requérir des mécanismes effectifs de règlement des différends devant les autorités administratives ou le juge. La Convention d'Aarhus¹³ constitue l'un des textes les plus aboutis en la matière, en conférant des droits d'information, de participation et d'intervention devant le juge aux individus ; cependant, même si un mécanisme de contrôle a été mis en place, avec le Comité (*Compliance Committee*), les conclusions de celui-ci n'exercent pas d'effets contraignants sur les Etats parties. L'individu est par ailleurs écarté de toute possibilité de contentieux devant une instance internationale, en cas de non-application des principes de la Convention précitée. L'Etat fait donc écran à la personne humaine et il s'agit désormais de s'orienter vers la reconnaissance de droits spécifiquement humains, intégrant aussi les autres éléments vivants et les écosystèmes, en droit international de l'environnement.

Dans la **deuxième partie**, il s'agit d'approcher la question du droit d'accès au juge en matière environnementale et climatique, et les difficultés procédurales qui se posent.

13 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2014 (RS 0.814.07).

Les règles de procédure ne sont le plus souvent pas adaptées aux spécificités de ce type de contentieux qui dépassent les atteintes au voisinage. Tant en droit européen que dans de nombreux pays, se pose la question du « besoin de protection juridique » ou de la « *Rechtsschutz* », « *ein Dauerthema* » selon les propos de MICHAEL KLOEPFER, dans son introduction à un colloque à Berlin, portant sur ces questions, en 2014¹⁴.

La contribution de DANIELA THURNHERR intitulée « Le droit à un recours effectif en matière environnementale selon la CEDH et la Convention d'Aarhus » montre que la protection juridique en matière d'environnement n'est plus un sujet purement national, mais se trouve façonnée par les exigences juridiques du droit international, spécialement la Convention d'Aarhus qui exerce des effets sur le droit national, au même titre que plusieurs garanties découlant de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH), tels les art. 6 § 1 et 13 CEDH. Rappelant la jurisprudence dynamique et évolutive de la CourEDH dans la prise en considération d'incidences graves et concrètes sur l'environnement, lorsqu'elles peuvent constituer une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale ou une atteinte au droit à la vie, l'auteure montre qu'il reste cependant des obstacles conceptuels à transposer les mécanismes précités au domaine de la protection climatique. S'appuyant sur les arguments développés par les tribunaux dans l'affaire suisse de l'association *KlimaSeniorinnen*, elle montre que l'un des écueils est celui de la preuve d'une manière juridiquement pertinente (« *in rechtilich relevanter Weise* ») d'une atteinte aux droits fondamentaux en lien avec les manquements dénoncés. Tant la problématique mondiale des changements climatiques que la portée limitée de réductions d'émissions au niveau national modifient l'approche quant à la reconnaissance d'omissions d'agir de la part des autorités ; une telle situation suppose de faire recours à des principes plus généraux tels celui de précaution ou le principe de diligence. Considérant ensuite l'accès à la justice prévu par la Convention d'Aarhus, celui-ci va sensiblement plus loin que les autres garanties en la matière, mais l'effectivité de la protection juridique que ce texte a pour objet d'assurer est mise à mal par la grande marge de manœuvre laissée aux États contractants dans la mise en œuvre des dispositions.

JEAN-FELIX DELILE dans sa contribution intitulée « L'accès à la justice environnementale en droit de l'Union européenne » indique à quel point la matière environnementale nécessite un droit procédural *ad hoc*, dès lors que les normes protectrices visent un but d'intérêt général, qui peut entrer en tension avec celui d'intérêts privés tels ceux défendus par les entreprises ; par ailleurs, la défense d'intérêts collectifs s'accommode mal des voies traditionnelles de recours dans lesquelles l'intérêt personnel à agir est souvent exigé. Les règles relatives à la qualité pour agir doivent être assouplies en ce domaine, ce qui est précisément l'objectif poursuivi par la Convention d'Aarhus. L'auteur montre que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'efforce d'inviter les États membres à renforcer la protection juridictionnelle des particuliers et ONG en matière

14 KLOEPFER MICKAEL, Einführung: Rechtsschutz im Umweltrecht – Begrüssung zur Tagung am 7. Februar 2014 in Berlin, in Kloepfer (édits.), *Rechtsschutz im Umweltrecht*, Berlin 2014, 9-12.

environnementale devant leurs juridictions nationales ; en revanche, au niveau des institutions de l'Union européenne, la posture de la CJUE est tout autre, limitée qu'elle est par le cadre légal applicable – malgré le remède censé être apporté par le Règlement 1367/2006, dit règlement d'Aarhus – qui s'oppose à une évolution de la jurisprudence relative à l'accès au juge. Elle reste figée sur les critères de la jurisprudence *Plaumann*¹⁵, selon laquelle les tiers touchés par un acte étatique, en tant que personnes physiques ou morales, ne peuvent être considérés comme affectés que si l'acte attaqué les atteint en raison de qualités qui leur sont propres, par rapport à toute autre personne, de manière à les individualiser d'une manière analogue au destinataire d'un acte attaqué. Cette jurisprudence, critiquée par le comité de suivi de l'application de la Convention d'Aarhus, exclut la recevabilité de toute requête tendant à la défense d'intérêts collectifs ; par ailleurs, seuls les actes individuels et non les actes de portée générale sont attaquables. La Cour l'a clairement rappelé lors de l'arrêt *Carvalho* c. Parlement européen et Conseil à l'occasion duquel un paquet législatif relatif aux émissions de gaz à effet de serre dans l'Union européenne a été contesté.

ANNE-CHRISTINE FAVRE, dans sa contribution intitulée « le contentieux environnemental et climatique en droit suisse » examine le cadre des garanties de l'accès au juge qui découlent du droit international, supranational ou désormais de la Constitution suisse, pour apprécier ensuite dans quelle mesure les règles de procédures doivent être adaptées ou réinterprétées. Dans les litiges liés à des atteintes environnementales généralisées (pollutions des eaux, des sols, de l'air, érosion de la biodiversité) ou aux perturbations climatiques, une difficulté de plus se présente par le fait qu'on ne peut plus parler de destinataires, ni de tiers par rapport à un acte déterminé. Plusieurs difficultés se présentent dans un tel contexte pour le juge, en Suisse ou ailleurs. Il s'agit tout d'abord d'apprécier les critères de la qualité pour agir : jusqu'où la notion d'intérêt personnel permet-elle de se distinguer de celle de l'intérêt général qui relèverait de l'action populaire ? Au gré de l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH, mais aussi d'autres juridictions, l'auteure examine comment le droit suisse pourrait également absorber un élargissement de la qualité pour agir. Restent ensuite deux écueils, celui de l'acte attaqué et celui du pouvoir d'intervention du juge. Les questions liées à l'acte attaqué paraissent pouvoir trouver une certaine flexibilité, avec le contentieux lié aux actes matériels (actes non décisionnels, fondés sur le droit public) dont le spectre est beaucoup plus large que celui des actes décisionnels. La question du pouvoir d'appréciation du juge dans des litiges où il ne pourra le plus souvent que se limiter à constater un dépassement des normes de protection ou une violation des obligations positives générales à mettre en œuvre est plus délicate, compte tenu du principe de séparation des pouvoirs et de la complexité des mesures. L'une des questions qui se posent est notamment celle de savoir ce que peut faire le juge avec des conclusions de nature programmatique, dénonçant des carences structurelles de l'administration et l'invitant à « ordonner à

15 CJCE, arrêt du 15.7.1963, *Plaumann & Co* c. Commission européenne, 25/62, 199.

l'autorité de prendre toute mesure utile » telles celles initiées en France avec plusieurs affaires, dont celle des amis de la terre en matière de pollutions¹⁶. Autant que faire se peut, les éléments procéduraux découlant de l'affaire CourEDH *Verein Klimaseniorinnen* ont été pris en considération ou discutés.

La troisième partie est consacrée à quelques-uns des **litiges climatiques** emblématiques, dans la perspective de **regards comparés**. Ce chapitre révèle, par la voix de deux spécialistes de longue date, l'évolution de ces litiges, autant que les stratégies qui peuvent se mettre en place pour constituer un collectif et présenter des conclusions recevables.

MARTA TORRE-SCHAUB dans sa contribution intitulée « Regards comparés sur les litiges climatiques stratégiques : évolutions et tendances » propose de dresser un panorama des actions judiciaires climatiques afin de dégager les nouvelles tendances juridiques en la matière. Pour ce faire, elle analyse notamment la manière dont les juges réceptionnent et répondent à la question climatique et comment ces décisions de justice climatique sont à même de renforcer, d'améliorer ou de rendre effectif le droit climatique. Depuis 2015, les litiges climatiques stratégiques issus d'initiatives citoyennes sont en plein essor. Le prétoire devient un lieu où les citoyens, les associations ou encore les collectivités territoriales victimes du changement climatique réclament l'engagement de la responsabilité de l'Etat ou des entreprises émettrices de gaz à effet de serre ou du moins, un changement dans leur comportement. L'objectif de ces contentieux est de pointer les déficiences de l'Etat et/ou des entreprises en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Les demandeurs recherchent une « responsabilisation » des différents acteurs et que soit reconnue une obligation générale de lutte contre le changement climatique. Cela passe par l'émergence de nouvelles responsabilités, soit en renforçant le concept classique de responsabilité, soit en introduisant une forme de responsabilité plus indirecte. À partir de 2018 et suite au succès retentissant de l'affaire *Urgenda*, les litiges climatiques n'ont cessé de se multiplier. Les décisions qui en sont issues font émerger l'existence d'une obligation climatique générale dont les fondements sont divers puisqu'ils peuvent ressortir d'un mandat législatif précis, des droits fondamentaux, de la doctrine du *Public Trust* dans les pays anglosaxons, ou encore du principe de *due diligence*. D'autres contentieux peuvent viser la reconnaissance d'obligations climatiques spécifiques qui découlent de prescriptions plus sectorielles. Il apparaît que le contentieux climatique poursuit une double finalité. D'une part, il vise à faciliter la régulation climatique et responsabiliser les décideurs politiques en conduisant, appliquant et clarifiant les politiques et la législation climatique. D'autre part, il cherche à améliorer et renforcer les responsabilités climatiques et réclamer plus de transparence afin que les informations climatiques dévoilées par les différents acteurs permettent de renforcer leur responsabilité. De nouvelles tendances peuvent être dégagées des dernières décisions de justice climatique. Si certaines de ces affaires tendent à renforcer les tendances précédemment évoquées que ce

16 Conseil d'Etat français, 12 juillet 2017, Association Les Amis de la Terre France, no 394254.

soit au niveau de l'objectif poursuivi ou des moyens mobilisés, d'autres sont fondées sur de nouveaux argumentaires ou font apparaître de nouveaux types de recours, tels que ceux déposés contre des projets dits « climaticides ».

La contribution de CHRISTEL COUNIL intitulée « Notre affaire à Tous et l'arme du droit ». Le combat d'une ONG pour la justice climatique », porte sur le rôle des ONG et, plus spécifiquement, sur la manière dont l'association française *Notre Affaire à Tous* utilise le droit pour faire avancer la justice climatique et plus largement, le droit climatique. Pour ce faire, l'association *Notre Affaire à Tous* intervient principalement à deux niveaux : d'une part, au stade de l'élaboration des normes et d'autre part, sur la scène judiciaire. Son action lors de l'élaboration des normes se manifeste tout d'abord par ses interventions auprès du Conseil constitutionnel lors de contrôles de constitutionnalité. Par exemple, à l'occasion de l'examen par ce dernier de la constitutionnalité de la loi relative à l'énergie et au climat, elle a soumis une contribution extérieure dénonçant plusieurs points clés qui traduisaient selon elle le manque d'ambition et l'insuffisance de la loi. Si les arguments de *Notre Affaire à Tous* n'ont pas été retenus par le Conseil constitutionnel, ils ont joui d'une certaine visibilité auprès des différents acteurs du droit. En outre, *Notre Affaire à Tous* s'est également mobilisée pour ancrer une obligation de lutte contre le changement climatique dans la Constitution française, et ce, dès le projet de révision constitutionnelle initiée par le Président Macron en 2017. Le projet de loi constitutionnelle présenté en janvier 2021 visant à modifier l'article 1 de la Constitution contenait bien l'obligation de préserver l'environnement et la diversité biologique contre les changements climatiques. Toutefois, le projet a été stoppé en juillet 2021, faute d'accord entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Au-delà de ses actions au niveau législatif, *Notre Affaire à Tous* exerce également, et surtout, des actions judiciaires. Les types de litiges qu'elle porte devant le juge suivent les tendances générales de la justice climatique observées par MARTA TORRE-SCHAUB. Il s'agit tout d'abord de litiges dirigés contre l'Etat. Conjointement avec d'autres associations, *Notre Affaire à Tous* a initié l'*Affaire du siècle*, visant à faire imputer à l'Etat le dommage lié au surplus fautif d'émissions de GES et de le considérer à l'origine d'un préjudice moral causé aux associations. À cette occasion, le tribunal administratif de Paris a reconnu une obligation générale de lutte contre le changement climatique qui pèse sur l'Etat. Celle-ci permet au juge de constater l'existence d'un dommage environnemental résultant du surplus d'émissions de GES, qu'il qualifie de préjudice écologique et qu'il impute à l'inaction de l'Etat. Le tribunal reconnaît alors une faute de l'Etat qui doit indemniser le préjudice moral des associations. Il admet par la suite la réparation du préjudice écologique et prononce une injonction en ordonnant à l'Etat de prendre toutes les mesures utiles sectorielles. À côté du contentieux climatique contre l'Etat, *Notre Affaire à Tous* a également intenté des actions judiciaires afin que soit reconnu un devoir de vigilance climatique incombant aux entreprises privées. Ces actions poursuivent tant une stratégie judiciaire qu'une stratégie réputationnelle. La plus célèbre d'entre elles est celle engagée contre l'entreprise Total demandant au juge d'admettre l'insuffisance de son plan de vigilance. Le

juge a pour l'instant déclaré la requête irrecevable, les requérants ont fait appel. Enfin, la voie judiciaire peut également être utilisée pour contester des projets « climaticides » en territorialisant la lutte climatique. C'est dans cette logique que *Notre Affaire à Tous* a recouru contre le projet « EuropaCity » situé sur la commune de Gonesse consistant en l'artificialisation de 300 hectares de terres agricoles pour la construction d'un ensemble d'ouvrages, d'un centre commercial et de loisirs.

La quatrième partie est consacrée au **levier des droits politiques**. Le thème de l'accès à la justice interroge aussi sur le rôle réservé aux citoyens et citoyennes en matière de protection de l'environnement et de lutte contre le changement climatique. Alors que le juge est garant de la correcte application du droit, la participation de la population aux processus décisionnels et législatifs (notamment par la consultation des projets de loi, les débats qui entourent l'élaboration d'une loi), ainsi que l'exercice des droits populaires devraient assurer la mise en place de normes protectrices de la population et de l'environnement. C'est d'ailleurs derrière ces instruments que certaines autorités judiciaires se réfugient pour se montrer restrictives quant à l'élargissement des critères de recevabilité de recours formés pour la défense d'intérêts communs à une grande partie de la population.

THIERRY LARGEY dans sa contribution intitulée « la législation climatique en mutation : place aux principes de cohérence, d'évaluation et de mobilisation du public » fait état de l'ambivalence dans la population, qui est partagée entre la défense des intérêts communs et celle des intérêts de chacun à ne pas subir des restrictions trop importantes. Face à cette tension, les législations climatiques doivent s'inscrire dans un cadre permettant de favoriser leur efficacité et leur effectivité, par un spectre le plus large possible des efforts à consentir. Elles doivent être holistiques et viser l'ensemble des secteurs d'activités, ce que le droit suisse fait moins bien que le droit européen, en l'état. Pour garantir leur résultat, il s'agit d'instaurer un processus répondant au principe de cohérence *des actions* privées et publiques. La cohérence doit être réalisée *matériellement*, pour éviter les mesures contradictoires et la paralysie de l'action climatique, mais également *temporellement*, de manière à atteindre les objectifs globaux de réduction des émissions. La complexité de l'action climatique invite également à inclure un processus d'évaluation régulière de manière à adapter les mesures aux nouvelles connaissances acquises. Enfin, il s'agit de favoriser la mobilisation publique et sociale ainsi que la transparence, compte tenu des incidences sociétales et économiques que la lutte contre le changement climatique implique. Ces principes montrent les spécificités des politiques publiques en matière climatique. La participation citoyenne est l'un des moyens de rendre plus opérationnel des politiques qui impliquent des services à la population (approvisionnement propre de l'énergie) ou des transformations sociétales, notamment par une réduction des comportements ou situations impactant l'environnement (mobilité, chauffage, etc.). Les droits de participation, qui ont pour corollaire un devoir d'information et de transparence de l'administration, doivent être justiciables. Nonobstant ce principe prévu par la Convention d'Aarhus aux art. 9 § 1 et 2, force est de constater

que ce point manque de concrétisation en droit interne. Il s'agit pourtant d'un levier très important, dans le contexte de la transition sociétale nécessaire pour atteindre les objectifs en matière environnementaux et climatiques. Dans cette analyse très fouillée, l'auteur montre que dans les domaines où le citoyen peut influencer sur les décisions liées à sa consommation (par la production de sa propre énergie, par exemple), son implication, tant financière que comportementale, est beaucoup plus grande. Alors que les droits à l'information et à la participation sont considérés par la Déclaration de Rio¹⁷ comme un pilier des droits environnementaux, ils restent largement lettre morte aujourd'hui dans les procédures usuelles ; force est cependant de constater que des processus de co-décision, ou de propositions citoyennes se mettent en place, dans certaines institutions¹⁸ ou à des échelles locales comme les communes¹⁹. Il s'agit d'une réponse aux carences qui viennent d'être évoquées, qui montre le besoin et l'efficacité d'une telle implication.

VÉRONIQUE BOILLET dans sa contribution intitulée « L'état de nécessité climatique face aux droits politiques » revient sur deux affaires de désobéissance civile, l'une, récente, ayant conduit le Tribunal fédéral à condamner des activistes qui avaient organisé une partie de tennis dans le hall d'une grande banque, pour attirer l'attention du public sur les investissements de celle-ci dans les énergies fossiles. L'autre, plus ancienne, qui concernait des actions de blocus de Greenpeace contre des centrales nucléaires. Dans aucune de ces affaires l'état de nécessité d'un point de vue pénal n'a été reconnu, même si le principe a été posé qu'en présence d'un bien juridiquement protégé d'une valeur particulièrement importante et dont la protection ne pourrait pas être assurée par les autorités, un tel motif pourrait l'être²⁰. Dans l'affaire emblématique de la partie de tennis, le Tribunal fédéral a expliqué que le danger doit menacer concrètement et de manière pressante le bien juridique concerné, et non seulement peser sur des biens indéfinis dans un horizon temporel incertain »²¹. En définitive, la défense du bien commun menacé (notre cadre de vie) par le dépassement des limites planétaires n'est pas susceptible de répondre aux caractéristiques d'un bien juridique appartenant à une personne ; par ailleurs, selon ce même tribunal, il existe de nombreux moyens légaux d'attirer l'attention de la population, tels que des manifestations autorisées, des marches, des interventions médiatiques ou culturelles ». Forte de ce constat, l'auteure s'est demandé jusqu'où les droits populaires tel celui de l'initiative, en Suisse, permettent de réagir efficacement face à l'urgence climatique et d'exercer un réel contre-pouvoir face aux blocages politiques. Sur la base des expériences faites en la matière, elle relève tout d'abord le faible nombre d'initiative ayant abouti dans un espace d'un peu plus de 100 ans. Ensuite, elle indique que deux types d'initiatives semblent particulièrement perti-

17 Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 12 août 1992, A/CONF 151/26.

18 UNIL, assemblée de la transition, <https://wp.unil.ch/assemblee-transition/assemblee/>.

19 <<https://www.24heures.ch/des-citoyens-dictent-le-plan-climat-de-prilly-479859667907>>.

20 ATF 129 IV 6, c. 3.5.

21 TF, arrêt du 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.3.4.

nents pour permettre aux activistes du climat de consacrer leurs objectifs au niveau constitutionnel : un texte qui présenterait des droits et obligations ou principes directement applicables ou un texte qui présenterait un mandat législatif. Dans le premier cas de figure, force est de constater que des principes directement applicables ou non conduisant à ménager les ressources et limiter les atteintes existent déjà en suffisance dans la Constitution, mais qu'ils ne sont pas pleinement suivis d'effets à eux seuls et nécessitent le plus souvent une législation de concrétisation, qui va ainsi reporter le débat devant le Parlement. Une autre limitation tient à l'art. 190 Cst. féd., selon lequel les autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales ; ainsi, même si une loi fédérale était contraire à un principe de non-régression et de limites planétaires, le Tribunal fédéral ne pourrait en sanctionner l'inconstitutionnalité. Dans l'hypothèse d'une initiative fixant un mandat législatif, plusieurs problèmes sont susceptibles de survenir, les deux principaux étant l'absence de mise en œuvre par le Parlement et la mise en œuvre non conforme aux directives matérielles définies par le constituant. Il n'existe pas de moyen contraignant permettant de contrer de tels effets. Tout en explorant les pistes de solutions, l'auteure conclut que malgré la créativité des comités d'initiative, aucun des outils imaginés à ce jour n'a permis de contraindre le législateur à mettre en œuvre une initiative. La mise en place des obligations positives corrélées à la protection de la population découlant du droit supranational implique l'appel au juge, et donc à la Cour européenne des droits de l'homme ; les actions de désobéissance civile conservent leur pertinence tant qu'elles respectent le principe de proportionnalité et qu'elles sont justifiées par la nécessité de rétablir le droit (ou un autre droit) !

Enfin, une **cinquième partie** est consacrée au **principe de non-refoulement et aux droits des « réfugiés climatiques »**. Dans sa contribution intitulée « *Under What Circumstances Could a « Climate Refugee » Facing Deportation Invoke the Non-Refoulement Principle ? An Analysis Essentially Drawn from the United Nations Human Rights Committee's Practice, with a focus on its Teitiota v New Zealand case* », GRÉGOR T. CHATTON, analyse dans quelle mesure et à quelles conditions les « réfugiés climatiques » peuvent se prévaloir du principe de non-refoulement, c'est-à-dire du droit de ne pas être renvoyés dans un pays où ils seraient confrontés à un niveau insupportable de dégradation de l'environnement. Il explore pour cela les arguments développés par le Comité des droits de l'homme, dans un avis rendu en 2019 dans l'affaire *Teitiota contre Nouvelle-Zélande* ; à cette occasion, cette instance, dans une approche dynamique, n'a pas seulement reconnu le lien entre la dégradation de l'environnement et les mouvements migratoires, mais a également recadré les critères du principe de *non-refoulement* afin de les adapter aux défis plus récents pouvant découler des atteintes à l'environnement.

Les constats, analyses et réflexions du présent ouvrage devraient permettre à celui ou celle qui entend entrer dans cette matière de disposer d'un état des lieux le plus complet possible, mais aussi d'un regard plus large que celui offert par le seul contentieux judiciaire sur le rapport entre le citoyen et l'Etat, dans le cadre climatique et environnemen-

tal. Ainsi que l'indique la CourEDH dans l'affaire *Verein Klimaseniorinnen* en § 554²², les Etats doivent mettre en place des procédures permettant à la population de participer au processus décisionnel lors du choix des mesures à adopter. Ce sont assurément d'autres figures de la démocratie qui se mettent en marche, en parallèle à ces succès judiciaires.

Pour les éditeurs : Anne-Christine Favre

22 Voir référence citée en n. 9.

Sommaire

Avant-propos	V
Liste des abréviations	XIX

Première partie :

Les droits environnementaux

§ 1 Environnement, climat : quels droits fondamentaux ?	3
Francesca Magistro	
§ 2 Le droit international général de l'environnement face aux individus : la structure interétatique constitue-t-elle un obstacle infranchissable à la reconnaissance de droits environnementaux ?	23
Jochen Sohnle	

Deuxième partie :

Le droit d'accès au juge en matière environnementale et climatique

§ 3 Le droit à un recours effectif en matière environnementale selon la CEDH et la Convention d'Aahrus	45
Daniela Thurnherr	
§ 4 L'accès à la justice environnementale en droit de l'Union européenne	69
Jean Félix Delile	
§ 5 Le contentieux environnemental et climatique en droit suisse	113
Anne-Christine Favre	

Troisième partie :

Les litiges climatiques, regards comparés

§ 6 Regards comparés sur les litiges climatiques stratégiques : évolutions et tendances	145
Marta Torre-Schaub	
§ 7 Notre Affaire à Tous et « l'arme du droit ». Le combat d'une ONG pour la justice climatique.	171
Christel Cournil	

Quatrième partie :
Le levier des droits politiques

§ 8 La législation climatique en mutation : place aux principes de cohérence, d'évaluation et de mobilisation du public. 201
Thierry Largey

§ 9 L'état de nécessité climatique face aux droits politiques 243
Véronique Boillet

Cinquième partie :
Principe de non-refoulement en matière climatique et droits

§10 Under What Circumstances Could a « Climate Refugee » Facing Deportation Invoke the Non-Refoulement Principle ? An Analysis Essentially Drawn from the United Nations Human Rights Committee's Practice, with a focus on its Teitiota v New Zealand case. 263
Gregor T. Chatton

Liste des abréviations

§ / §§	paragraphe(s)
ACHPR	African Charter on Human and Peoples' Rights (June 1981)
ADP	Aéroports de Paris
ADSPO	Association suisse de droit public de l'organisation
AFP	Agence France-Presse
AG	Assemblée générale
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
AJP	Aktuelle juristische Praxis
al.	alinéa
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
all.	allemand
ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
Ann. Dr. Eur.	Annuaire de droit de l'Union européenne
ANV	Action non violente
App	Application(s)
art.	article(s)
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVR.	Archiv des Völkerrechts
B.C. Int'l &	Comp. L. Rev. Boston College International & Comparative Law Review
BEI	Banque européenne d'investissement
BLR	Buffalo Law Review
BSK	Baslerkommentar
Bull. Civ.	Bulletin civil
BV	Bundesverfassung
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
C	Celsius
c.	considérant(s)

Liste des abréviations

c.	contre
C.	Cour
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or punishment (10 Dec. 1984)
CADHP	Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
CADHP	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
CAPE	Cour d'appel pénale
CArDH	Charte arabe des droits de l'homme dans sa version révisée et approuvée le 23 mai 2004 et entrée en vigueur le 15 mars 2008
Cass.	Cour de cassation
Cass. Civ.	Cour de cassation Chambre civile
CBA	Commonwealth Bank of Australia
CCNUCC	Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 21 mars 1994 (RS 0.814.01)
CDG	Charles de Gaulle
CDH	Commission des droits de l'homme
CDH	Comité des droits de l'homme
CDP	Carbon Disclosure Project
CDR	Cartagena Declaration on Refugees (22 Nov. 1984)
CE	Communauté européenne
CE	Conseil d'Etat
CEATE-CN	Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil National
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, RS 0.101)
CEE-NU	Commission économique pour l'Europe des Nations Unies
CEPALC	Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes
CES	Conseil économique et social
CESCR	Economic, Social and Cultural Rights Committee
cf.	<i>confèr</i> (voir)
ch.	chiffre(s)
CHF	franc suisse
CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

civ.	civil
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO ₂	Dioxyde de carbone
ComEDH	Commission européenne des droits de l'homme
COP	Conference of the Parties
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CR	Commentaire romand
CRC	Convention on the Rights of the Child (20.11.1989)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
C. Sup.	Cour suprême
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
CUP	Cambridge University Press
DDR	Document de référence
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique
dir.	directeur/rice(s)
Dist. C.	District Court
Doc.	Document
dec.	decision
Dr	Docteur
ECJ	Court of Justice of the European Union
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council
éd.	Édition/éditeur(s)
edn	edition
eds	editors
EEI	Energie, environnement, infrastructures
EGMR	Europäische Gerichtsof für Menschenrechte
ECHR	European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4.11.1950)
ECtHR	European Court of Human Rights
EI	Études internationales
EIE	Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences

	de certains projets publics et privés sur l'environnement (JOUE n°L 26/1 du 28.1.12)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (RS 0.101)
EnDK	Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie
EPA	Environmental Protection Agency
éq.	Équivalent
ESCR	Economic, Social and Cultural Rights
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autre[s])
EU	European Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUR	Euro
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
Fed. C.	Federal Court
FF	Feuille fédérale
f./ff	Following page(s)/number(s)
FNE	France Nature Environnement
fr.	français
GBP	Livre Sterling
GC	Grande Chambre
G. Ch.	Grand Chamber
GES	Gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GLJ	German Law Journal, Cambridge
H. C.	High Court
HELJ	Harvard Environmental Law Review
HRC	UN Human Rights Committee
HR Council	United Nations Human Rights Council
HRLR	Human Rights Law Review
IACtHR	Inter-American Court of Human Rights
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights (16 Dec. 1966)
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (16 Dec. 1966)
<i>id.</i>	<i>Idem</i>
IDDDRI	Institut du développement durable et des relations internationales

IDPS	Institut de droit public, des sciences politiques et sociales
IED	Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) (JOUE n°L334/17 du 17.12. 2010)
IHRF	Internationales Menschenrechtsforum Luzern
IHRL	International Human Rights Law
IJGLS	Indian Journal of Global Legal Studies
IJRL	International Journal of Refugee Law
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
<i>inter alia</i>	Amongst other (things) (Latin)
ING	Internationale Nederlanden Groep
IPBES	Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
IPPC	Directive européenne 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution
JCP	JurisClasseur Périodique (La semaine juridique)
JCPA	La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales
JCPG	La semaine juridique – Edition générale
JdT	Journal des Tribunaux
JEEPL	Journal for European Environmental and Planning Law
J.L.M.B.	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JPE	Journal of Political Ecology
LAgr	Loi fédérale suisse du 29 avril 1998 sur l'agriculture (RS 910.1)
LASP	Laboratoire des Sciences sociales du politique
LAT	Loi fédérale suisse du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
lat.	Latin
LCO2	Loi fédérale suisse du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO2 (RS 641.71)
LeGes	Législation et Evaluation

Liste des abréviations

LEne	Loi fédérale suisse du 30 septembre 2016 sur l'énergie (RS 730.0)
let.	lettre
LInfo-VD	Loi vaudoise du 24 septembre 2002 sur l'information (RSVD 170.21)
LParl	Loi fédérale suisse du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (RS 171.10)
LPE	Loi fédérale suisse du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, RS 814.01)
LPN	Loi fédérale suisse du 1 ^{er} juillet 1996 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)
LRS	Loi fédérale suisse du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires (RS 702)
LTF	Loi fédérale suisse du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTrans	Loi fédérale suisse du 17 décembre 2004 sur la transparence dans l'administration (RS 152.3)
MJIL	Maryland Journal of International Law
MNLE	Mouvement National de Lutte pour l'Environnement
MoPEC	Modèle de prescriptions énergétiques des cantons
MSt	Migration Studies
Mt	Million(s) de tonne(s)
N	note(s) marginale(s)/Paragraphe(s)
n°	numéro
nbp	note de bas de page
NET	Negative Emission Technologies
NGO	Non-governmental organization
NuR	Natur und Recht
NZ	New Zealand
NZIPT	New Zealand Immigration and Protection Tribunal
OAU	Organisation of African Unity (now : AU- African Union)
OAU-C	OAU Convention on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (10 Sept. 1969)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OFAG	Office fédéral de l'agriculture
ONG	Organisation(s) non gouvernementale(s)
ONGE	Organisation non gouvernementale de protection de l'environnement
ONU	Organisation des Nations Unies

<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (ouvrage cité)
OPD	Ordonnance fédérale suisse du 23 octobre 2013 sur les paiements directs (RS 910.13)
ord.	ordonnance
ORNI	Ordonnance fédérale suisse sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (RS 814.710)
OUP	Oxford University Press
OXFAM	Oxford Committee for Relief Famine
p.ex.	par exemple
PA	Loi fédérale suisse du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
par.	paragraphe(s)
PDG	Président du Conseil d'administration
PJA	Pratique juridique actuelle
PLU	Plan local d'urbanisme
PMR	Polish Migration Review
PNA	Plans nationaux d'allocations de quotas
P-RC	Protocol relating to the Status of Refugees (16.12.1966)
Pt.	Point
RAC	Réseau Action Climat
RC	Convention Relating to the Status of Refugees (28.7.1951)
RDH	Revue des droits de l'Homme
RECIEL	Review of European, Comparative and International Environmental Law
réf.	référence(s)
REFEDD	Réseau Français des Etudiants pour le Développement Durable
REP	Recours pour Excès de Pouvoir
req.	requête
REST	Retail Employees Superannuation Trust
Rev. eur. adm. L.	Review of European and Administrative Law
Rev. trim. dr. h.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RJE	Revue juridique de l'environnement
RO	Recueil officiel des lois fédérales

Liste des abréviations

RS	Recueil systématique
RSA	Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RSQ	Refugee Survey Quarterly
RSVD	Recueil systématique vaudois
R.T.D.eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.-U.	Royaume Uni
SFDE	Société française pour le droit de l'environnement
SJIL	Stanford Journal of International Law
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
s.	suivant(e)
SLR	Stanford Law Review
ss	suivant(e)s
Sup. C.	Supreme Court
T.	Tribunal
T. admin.	Tribunal administratif
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TCP	The Contemporary Pacific
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TJ	Tribunal judiciaire
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TribUE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TWh	Terawatt-heure
UDC	Union démocratique du centre
UDHR	Universal Declaration of Human Rights (10.12.1948)
UE	Union européenne
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature
UK	United Kingdom

UN	United Nations
UNEP	United Nations Environment Programme, Nairobi
UNGA	United Nations General Assembly
UNHCR	Office of the United Nations High Commissioner for Refugees
UNHR	United Nations Human Rights
UNSC	United Nations Security Council
URP	Umweltrecht in der Praxis
USD	United States dollar
UVEK	Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
v.	<i>versus</i>
v(s)	<i>versus</i>
VD	Vaud
VerfBlog	Verfassungsblog
VermtJEL	Vermont Journal of Environmental Law
VirgJIL	Virginia Journal of International Law
VLVCT	Vienna Convention on the Law of Treaties (23.5.1969)
vol.	volume(s)
viz.	<i>videlicet</i> (Latin) : namely, that is to say
WARN	We Are Ready Now
WWF	World Wide Fund for Nature
XR	Extinction Rébellion
ZAC	Zones d'aménagement concerté
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZH	Zurich

Première partie :
Les droits environnementaux

§ 1 Environnement, climat : quels droits fondamentaux ?

Francesca Magistro*

Table des matières

I.	Introduction	4
II.	Le droit à un environnement sain	5
	1. Les origines	5
	2. La consécration	6
	3. Le contenu et l'effectivité	9
III.	La protection indirecte : l'exemple de la jurisprudence de la CourEDH	9
	1. Les premiers arrêts	10
	2. Le droit à la vie	12
	3. Le droit au respect de la vie privée et familiale du domicile	14
	4. Les obligations positives en matière environnementale	17
IV.	Conclusion : aller plus loin	20

Bibliographie

ANTON DONALD/SHELTON DINAH L., *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge 2011 ; ARBOUR JEAN-MAURICE/LAVALLÉE SOPHIE/TRUDEAU HÉLÈNE, *Droit international de l'environnement*, 2^e éd., Cowansville 2012 ; BOYD DAVID R., *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver 2012 ; BRACHET ISABELLE, *La commission intergouvernementale des droits de l'homme de l'ANASE, premier organe régional dans le domaine des droits de l'homme en Asie du Sud-Est: avancée historique ou écran de fumée?*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2010, 617 ss ; CARSON RACHEL, *Silent Spring*, Boston 1962 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, 2^e éd., Strasbourg 2012 ; COUNIL CRISTEL/VARISO LEANDRO, *Introduction*, in Cournil/Varison (éd.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Paris, 2018 ; CRONIN JOHN/KENNEDY ROBERT F. JR., *The Riverkeepers: Two Activists Fight to reclaim our Environment as a Basic Human Right*, New York 1997 ; DÉJEANT-PONS MAGUELONNE, *Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2004, 861 ss ; DESGAGNÉ RICHARD, *Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights*, *American Journal of International Law* 1995, 263 ss ; ELASSAR YOUSRI, *La Ligue des États arabes et les droits de l'homme*, in Hertig Randall/Hottelier (éd.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, 573-580 ; GARCÍA SAN JOSÉ DANIEL, *La protection de l'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 2005 ; HAUMONT FRANCIS, *La crise des déchets en Campanie et les droits de l'homme (CourEDH, arrêt di Sarno et autres. c. Italie, du 10.1.2012)*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2012, 969 ss ; HERVIEU NICOLAS, *Protection de l'environnement: les juges européens érigent le service public de gestion des déchets en exigence conventionnelle (CourEDH, arrêt di Sarno et autres. c. Italie, du 10.1.2012)*, *Lettres Actualités Droits-Libertés*, 12 janvier 2012 ; KELLER HELEN/CIRIGLIANO LUCA, *Grundrechtliche Ansprüche an den Service Public: Am Beispiel der italienischen Abfallkrise*, *Droit de l'environnement dans la pratique*

* Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocat. Le texte de la présente contribution reprend des parties de la thèse de doctorat de l'auteure, « Le droit à un environnement sain revisité : étude de droit suisse internationale et comparé ».

2012, 831 ss; MAGISTRO FRANCESCA, Le droit à un environnement sain revisité : étude de droit suisse, international et comparé, Genève 2017 (cité : Environnement); MAGISTRO FRANCESCA, Le rôle créateur de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit à un environnement sain, in Pichonnaz (éd.), Le législateur et la mise en œuvre du droit, Genève 2014, 491-512 (cité : CourEDH); MAGISTRO FRANCESCA/HAËNNI DOMINIQUE, Les Aînés pour la protection du climat devant le Tribunal fédéral, *Plaidoyer* 3/2019, 20 ss; MAHAIM RAPHAËL, Le juge national et « la victime climatique » : la vulnérabilité des aînés en Suisse, in Cournil/Varison (éd.), Les procès climatiques entre le national et l'international, Paris 2018, 165-77; MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, La Cour européenne des droits de l'homme, 5^e éd., Paris 2011 (cité : CourEDH); MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain, in Sudre (éd.), Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2005, 217-230 (cité : Environnement); MARQUIS JULIEN, La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme, Genève 2017; MARTENET VINCENT, Le droit à un environnement sain : de la Convention européenne des droits de l'homme à la Constitution fédérale ?, in Papaux (éd.), Biosphère et droits fondamentaux, Genève 2011, 137-156; QUILLERÉ-MAJZOUB FABIENNE/MAJZOUB TAREK, Le Comité arabe des droits de l'homme : un organe nécessaire au sein de la Ligue des États arabes, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2012, 773 ss; REBEYROL VINCENT, L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux, Paris 2010; RISHMAWI MERVAT, The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States : An Update, *Human Rights Law Review* 2010, 169 ss; SANDS PHILIPPE, Human rights, environment and the López-Ostra case : context and consequences, *European Human Rights Law Review* 1996, 597 ss; SHELTON DINAH, Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment, *Stanford Journal of International Law* 1991, 103 ss; TAILLANT JORGE DANIEL, Expert Panel : Is there a Human Right to a Clean Environment ?, in Kirchsläger/Kirchsläger (éd.), *Menschenrechte und Umwelt : 5. Internationale Menschenrechtsforum Luzern*, Berne 2008, 211-212; ÚBEDA DE TORRES AMAYA, La protection de l'environnement et le système interaméricain des droits de l'homme, in Robert (éd.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2013, 131-147; ULVSÄCK ANNA, *Standardizing Individual Environmental Protection as a Human Right*, Zurich/Bâle/Genève 2004.

I. Introduction

- 1.1 Depuis des décennies, l'environnement fait l'objet de grandes préoccupations au sein de notre société. Au premier abord, la protection de l'environnement et les droits humains paraissent deux sujets bien distincts sans point de connexion. Si l'on s'intéresse de plus près à la question, on s'aperçoit qu'à l'intersection entre le droit de l'environnement et les droits humains se trouve un véritable trésor.
- 1.2 Né au début des années 1970, lors du premier Sommet de la Terre, le droit à un environnement sain, droit fondamental nouveau et novateur, ne cesse de se développer tant sur le plan international qu'interne et contribue à la protection de l'environnement en offrant une voie de droit à l'individu en matière environnementale. Aujourd'hui son effectivité n'est cependant pas bien garantie. Il existe alors une autre option offerte par les droits fondamentaux, celle de la protection indirecte, autrement dit, de la protection du droit à un environnement sain par l'application des autres droits fondamentaux existants. Cette jurisprudence s'est particulièrement développée dans des systèmes régionaux de protection des droits humains.
- 1.3 Le champ d'étude étant très vaste, dans cette contribution nous nous contenterons de donner un aperçu du droit à un environnement sain et des principaux autres droits

fondamentaux qui contribuent à la protection de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans une première partie, nous examinerons le droit à un environnement sain, plus précisément son origine, sa consécration, son contenu et son effectivité (II). Dans une seconde partie, nous illustrerons la protection indirecte à travers l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la protection de l'environnement et examinerons les principales bases conventionnelles applicables (III).

II. Le droit à un environnement sain

1. Les origines

Le droit à un environnement sain est un droit fondamental récent. La protection de l'environnement ne figurait pas parmi les principales préoccupations des États lors de l'adoption des premiers textes de protection des droits humains. 1.4

En 1962, Rachel Carson mentionne pour la première fois le droit humain « à ne pas être atteint par des substances nocives dans son propre domicile »¹ lors d'un discours devant le Comité consultatif scientifique du Président américain J.F. Kennedy, estimant que la non reconnaissance d'un tel droit constitue une lacune². 1.5

Dix ans plus tard, la Conférence des Nations Unies de Stockholm de 1972 marque le point de départ de la prise en compte juridique du droit à un environnement sain en proclamant à son principe 1 que « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures »³. Même s'il ne consacre pas explicitement le droit fondamental à un environnement sain, ce texte a néanmoins reconnu que pour exercer les droits fondamentaux, il est nécessaire de vivre dans un environnement sain⁴ et a tracé le chemin à ce nouveau droit en devenir, consacré par la suite dans de nombreux textes juridiques. 1.6

1 « A much neglected problem, that of the right of citizen to be secure in his own home against the intrusion of poison applied by other persons. I speak not as a lawyer but as a biologist and as a human being, but I strongly feel that this is or ought to be one of the basic human rights », Cité dans CROBIN/KENNEDY, 235 ; BOYD, 13.

2 CARSON, 12 ss ; BOYD, 12.

3 Pour l'historique, cf. MAGISTRO, Environnement, 25 ss.

4 SHELTON, SJIL 112.

2. La consécration

a) Sur le plan universel

- 1.7 Le droit à un environnement sain n'a pour l'heure pas été reconnu explicitement dans un traité universel même si les Nations Unies s'intéressent de près à la question⁵. Le Conseil des droits de l'homme a d'ailleurs créé un mandat d'Expert indépendant sur les droits de l'homme et l'environnement en 2012 « chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable »⁶.
- 1.8 La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement⁷ est le seul traité émanant des Nations Unies qui mentionne le droit à un environnement sain. Elle a pour but de garantir « les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement » afin « de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être » (art. 1). Elle concrétise ainsi le volet procédural du droit à un environnement sain⁸.
- 1.9 La jurisprudence de organes de contrôle des traités universels sur les droits humains a quant à elle aussi contribué, à travers l'application indirecte d'autres dispositions, à la protection de l'environnement sain, notamment par le biais de l'interprétation du droit à la vie, au logement, à l'alimentation, à la santé, à la sphère privée, aux loisirs et au jeu en ce qui concerne les enfants, et aux minorités⁹.

b) Sur le plan régional

- 1.10 La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981, est le premier traité international des droits humains à reconnaître expressément le droit à un environnement satisfaisant et global à son article 24¹⁰.
- 1.11 La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a eu peu d'occasions de se prononcer sur des cas relevant de l'article 24 CADHP. Dans l'affaire *Social and Eco-*

5 Voir notamment la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU sur le droit à un environnement sain, propre et durable (A/RES/76/300), du 28 juillet 2022, qui considère que le droit à un environnement propre, sain et durable fait partie des droits humains et constate que le droit à un environnement propre, sain et durable est lié à d'autres droits et au droit international existant ; Cf. également MAGISTRO, *Environnement*, 31 ss.

6 CDH, Résolution 19/10 du 22.3.2012, point 2.

7 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2014 (RS 0.814.07).

8 MAGISTRO, *Environnement*, 36.

9 *Id.*, 53 ss.

10 ARBOUR/LAVALLÉE/TRUDEAU, 156 ; SHELTON, SJIL 125.

*onomic Right Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigéria*¹¹, un cas d'exploitation de pétrole sur les terres du peuple Ogoni par une société d'État qui avait engendré une pollution dans l'air et l'eau dangereuse pour la santé et l'environnement, la Commission a conclu à la violation notamment du droit à un environnement satisfaisant et global, car l'État n'est pas intervenu pour faire cesser ces atteintes¹². La Commission a exhorté l'État à arrêter toutes les attaques contre le peuple Ogoni, mener des enquêtes sur les violations des droits de l'homme, assurer une compensation adéquate aux victimes et une assistance pour la réinstallation, nettoyer les zones polluées ou endommagées, évaluer l'impact social et écologique des opérations pétrolières, fournir les informations sur les risques pour la santé et l'environnement et garantir un accès effectif aux organes de régulation et de décision par les communautés susceptibles d'être touchées par les opérations pétrolières¹³.

Dans le système régional américain, le Protocole de San Salvador¹⁴ sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1988 prévoit que « [t]oute personne a le droit de vivre dans un environnement sain et de bénéficier des équipements collectifs essentiels » (art. 11). 1.12

Le droit à un environnement sain protégé par le Protocole de San Salvador ne figure pas parmi les droits que l'individu peut invoquer devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme et n'est donc pas justiciable¹⁵, leur protection étant contrôlée exclusivement par le mécanisme des rapports périodiques que les États parties doivent présenter au Secrétariat général de l'Organisation des États Américains. Force est de constater que la protection du droit à un environnement sain dans le système interaméricain s'est plutôt construite sur une base prétorienne à travers l'application d'autres droits fondamentaux¹⁶. 1.13

La Charte arabe des droits de l'homme dans sa version révisée approuvée le 23 mai 2004 et entrée en vigueur le 15 mars 2008¹⁷ consacre le droit à un environnement sain à son article 38. 1.14

La Charte institue un Comité arabe des droits de l'homme¹⁸ chargé d'examiner les rapports périodiques que les États sont tenus de lui présenter¹⁹. Le Comité a été créé le 1.15

11 CADHP, arrêt *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigéria* du 27.10.2001, communication n°155/96.

12 *Id.*, § 1 ss.

13 *Id.*, § 69.

14 Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels du 17 novembre 1988.

15 Article 19 § 6 du Protocole *a contrario* ; cf ÚBEDA DE TORRES, 132.

16 Cf. MAGISTRO, *Environnement*, 53 ss.

17 RISHMAWI, HRLR 169.

18 Article 45 let. a CArDH.

19 Article 48 CArDH.

5 mars 2009²⁰. Il émet des observations et des recommandations²¹. Cependant, aucun mécanisme de contrôle juridictionnel sur communication étatique ou individuelle n'a été prévu ce qui restreint les effets pratiques de ce texte²².

- 1.16 En Asie, la Déclaration des droits de l'homme de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) du 18 novembre 2012 reconnaît le droit de toute personne à un environnement sûr, propre et durable comme composante du droit à un niveau de vie suffisant²³.
- 1.17 Sur le continent européen, étant donné l'absence de consécration explicite du droit à un environnement sain, l'Assemblée parlementaire a proposé à maintes reprises l'adoption d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme le consacrant. Or, plusieurs projets ont été présentés au Comité des Ministres, qui ne leur a toutefois jamais donné suite²⁴. La Cour européenne des droits de l'homme s'est quant à elle saisie de la question environnementale en dessinant une riche jurisprudence qui protège l'environnement à travers les dispositions contenues dans la CEDH²⁵. Le système de la Charte sociale européenne propose elle aussi une protection à travers l'interprétation du droit à la santé²⁶, jurisprudence très intéressante du Comité européen des droits sociaux qui reste assez méconnue.

c) Les constitutions nationales

- 1.18 Sous l'influence de la Déclaration de Stockholm, de nombreux États ont inscrit le droit fondamental à un environnement sain dans leur constitution²⁷. La Suisse n'a pas franchi ce pas. Sur le plan cantonal, Genève a été le premier à inscrire le droit à un environnement sain dans sa Constitution²⁸. La question de la constitutionnalisation de ce droit au niveau fédéral s'est pourtant posée dans les années 1970 déjà²⁹. Les arguments s'opposant à sa constitutionnalisation, notamment la méfiance vis-à-vis des obligations positives, ne sont plus valables aujourd'hui³⁰. La constitutionnalisation présenterait plusieurs avantages. Elle permettrait par exemple d'affirmer la valeur accordée à l'environnement comme élément nécessaire à la survie de l'être humain et à une exis-

20 QUILLERÉ-MAJZOUB/MAJZOUB, RTDH 774.

21 Art. 45 et art. 48 let. c, d CARDH ; cf. QUILLERÉ-MAJZOUB/MAJZOUB, RTDH 773 ss.

22 ELASSAR, 584 ss.

23 Art. 28 let. f : « Every person has the right to an adequate standard of living for himself or herself and his or her family including : [...] f. The right to a safe, clean and sustainable environment », cf. BRACHET, RTDH 618.

24 Cf. MAGISTRO, Environnement, 45-50.

25 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101).

26 MAGISTRO, Environnement, 75 ss.

27 *Id.*, 187 ss.

28 *Id.*, 224 ss.

29 *Id.*, 202 ss.

30 *Ibid.*

tence humaine dans des conditions dignes. Une telle reconnaissance exercerait une fonction d'orientation pour les autorités publiques et assurerait les droits de transparence et de participation et l'évaluation en matière environnementale. Elle pourrait impliquer un élargissement de la qualité pour agir des organisations écologistes, sans forcément aller jusqu'à l'institution de l'action populaire. Il en découlerait en outre un droit à l'action législative cantonale, lorsqu'un canton n'a pas adopté une législation de mise en œuvre³¹.

3. Le contenu et l'effectivité

S'agissant de son contenu, le droit à un environnement sain a été pensé et construit en tant que droit fondamental de l'être humain. En l'état actuel, il a pour but de protéger l'être humain ou les peuples contre des atteintes à leur santé ou bien-être provenant de leur environnement et s'inscrit dans une conception anthropocentrique. Les obligations positives imposées aux autorités étatiques jouent un rôle primordial dans la protection de ce droit. Le droit à l'information, à la participation au processus décisionnel et le droit de recours sont des éléments essentiels du droit à un environnement sain. La Convention d'Aarhus de 1998 a fortement contribué au développement de ces droits³². 1.19

A notre sens, le droit à un environnement sain connaît cependant aujourd'hui des limites qui relativisent ses potentialités. Les ordres juridiques montrent une volonté de le reconnaître tout en restant prudents dans son interprétation. Lorsque ce droit est protégé directement, son effectivité est souvent limitée par le système de contrôle qui ne permet pas aux individus d'agir devant un organe de contrôle pouvant rendre des décisions obligatoires. L'analyse de la pratique témoigne de la prédominance de la protection indirecte de ce droit, c'est-à-dire de la protection par le biais de l'application d'autres dispositions. Dans la suite de cette contribution, nous donnerons un aperçu de la protection indirecte dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 1.20

III. La protection indirecte : l'exemple de la jurisprudence de la CourEDH

La Cour européenne des droits de l'homme a développé une riche jurisprudence qui protège par ricochet, autrement dit de manière indirecte, le droit à un environnement sain. Les articles conventionnels sur lesquels elle s'est basée sont nombreux. L'environnement a été pris en compte en premier lieu d'un point de vue substantiel par l'application du droit à la vie (art. 2 CEDH), du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH), de la liberté d'expression (art. 10 CEDH), de l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants (art. 3 CEDH) ainsi que du droit à la garantie 1.21

31 *Id.*, 276 ss.

32 *Id.*, 123 ss.

de la propriété (art. 1 Protocole 1³³)³⁴. En second lieu, d'un point de vue procédural, l'environnement peut être pris en compte par le biais du droit à un procès équitable ainsi qu'à un recours effectif (art. 6 et art. 13 CEDH)³⁵. Pour plusieurs de ces droits, la Cour a développé la théorie des obligations positives, qui implique qu'une disposition inclut en plus de l'obligation négative d'abstention de la part de l'État, une obligation positive de protection du droit.

- 1.22 Toute cette jurisprudence est fort intéressante et utile à la protection de l'environnement. Les droits sur lesquels la Cour s'est prononcée le plus souvent en matière environnementale sont le droit à la vie et le droit au respect de la sphère privée et du domicile que nous allons examiner dans la suite de cette contribution³⁶.

1. Les premiers arrêts

- 1.23 La première requête en la matière présentée devant la Commission européenne des droits de l'homme date du 5 août 1960³⁷. Le requérant se plaignait du danger que représentait pour l'être humain le déversement de déchets de matériaux atomiques par la République fédérale d'Allemagne ainsi que le stockage de matériaux atomiques et l'installation de rampes de lancement près de son habitation³⁸. Invoquant la violation du droit à la vie (art. 2 § 1 CEDH) ainsi que du droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 § 1 CEDH), il se vit signifier une décision d'irrecevabilité au motif que la requête était manifestement mal fondée. Sur la base du dossier, il n'était pas possible de déduire « l'apparence » d'une violation des droits allégués³⁹.
- 1.24 Seize ans plus tard, la Commission considéra irrecevable la requête de deux membres d'une association de protection de l'environnement qui protestaient contre l'usage, à des fins militaires, d'une partie d'un marais qui se trouvait près des villages où ils habitaient⁴⁰.

33 Protocole n° 1 à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 4 novembre 1993.

34 DÉJEANT-PONS, RTDH 862.

35 Cf. Conseil de L'Europe.

36 Ce chapitre reprend des parties de notre publication de 2014, MAGISTRO, CourEDH ; pour les autres droits, cf. MAGISTRO, Environnement, 53 ss.

37 ComEDH, décision *Dr S. c. République fédérale d'Allemagne* du 5.8.1960 (non publiée).

38 ComCEDH, décision *Dr S. c. République fédérale d'Allemagne* du 5.8.1960 (non publiée) ; DÉJEANT-PONS, RTDH 464.

39 ComEDH, décision *Dr S. c. République fédérale d'Allemagne* du 5.8.1960 (non publiée) ; DÉJEANT-PONS, RTDH 464.

40 ComEDH, décision *X et Y c. République fédérale d'Allemagne* du 13.5.1976, requête n°7407/76.

C'est dans les années 1980 que la Commission se déclare compétente dans des affaires relatives à des nuisances sonores⁴¹ puis à la pollution de l'eau⁴². Dans la première d'entre elles, la Commission estima que la propriétaire d'une maison proche de l'aéroport de Gatwick et d'une autoroute exposée à un bruit excessif vivait « dans une douloureuse situation » qui portait atteinte à sa santé comme elle avait affecté son défunt mari⁴³. 1.25

Parallèlement, la Commission déclare recevables des requêtes d'individus qui invoquent des restrictions aux droits de la Convention, restrictions qui poursuivent un but légitime, à savoir la protection de l'environnement⁴⁴. 1.26

Il faudra attendre les années 1990 pour voir la Cour se prononcer sur le bien-fondé d'affaires en lien avec l'environnement⁴⁵. Sous l'influence des textes internationaux qui ont donné naissance à ce nouveau droit⁴⁶, les juges de la Cour ont joué un rôle dynamique dans le cadre de son développement au sein du Conseil de l'Europe. Selon eux, la détérioration de l'environnement constitue une entrave importante à la jouissance effective des droits consacrés par la Convention⁴⁷. La jouissance effective des droits garantis par la CEDH est subordonnée à « un environnement de qualité, calme et sain propre à assurer le bien-être »⁴⁸. Le droit à un environnement sain aurait donc l'assise d'un droit indissociable et indispensable à la garantie effective de certaines dispositions de la CEDH. 1.27

Aujourd'hui la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme est bien établie. La Cour protège l'environnement « par ricochet » à travers plusieurs dispositions de la Convention⁴⁹, surtout les art. 8 CEDH et art. 2 CEDH. Elle considère par ailleurs que l'environnement peut constituer un but d'intérêt général pris en compte dans la restriction de certains droits⁵⁰. 1.28

41 ComEDH, décision *Arrondelle c. Royaume-Uni* du 15.7.1980, requête n°7889/77 ; ComEDH, décision *Baggs c. Royaume-Uni* du 19.1.1985, requête n°9310/81 ; ComEDH, décision *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 16.7.1986, requête n°9310/81.

42 ComEDH, décision *Zander c. Suède* du 14.10.1992, requête n°14282/88.

43 ComEDH, décision *Arrondelle c. Royaume-Uni* du 15.7.1980, requête n°7889/77, § 202.

44 Cf. ComEDH, décision *Pine Valley Development Ltd et autres c. Irlande* du 3.5.1989, requête n°12742/87 ; ComEDH, décision *Fredin c. Suède* du 14.12.1987, requête n°12033/86 ; GARCÍA SAN JOSÉ, 8.

45 CourEDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21.2.1990, requête n°9310/81 ; SANDS, HRLR 609.

46 Cf. par exemple CourEDH, arrêt *Tătar c. Roumanie* du 27.1.2009, requête n°67021/01, § 111 ; CourEDH, arrêt *Brânduşe c. Roumanie* du 7.4.2009, requête n°6586/03, § 27.

47 MARGUÉNAUD, Environnement, 217 ; cf. TAILLANT, 211.

48 CONSEIL DE L'EUROPE, 9 ; ComEDH, décision *Arrondelle c. Royaume-Uni* du 15.7.1980, requête n°7889/77.

49 Le droit à l'environnement est protégé sous l'angle des art. 2 CEDH (droit à la vie), art. 3 CEDH (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et du domicile) et art. 1 du Protocole 1 à la Convention.

50 Notamment dans le cadre des articles 8 et 10 CEDH et art. 1 Protocole 1 ; cf. DÉJEANT-PONS, RTDH 461 ; SAN JOSÉ, 8 s.

- 1.29 Cette jurisprudence florissante est le résultat de l'interprétation dynamique, que l'on qualifie également d'évolutive de la Convention⁵¹, la CEDH ayant « pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁵².

2. Le droit à la vie

- 1.30 Le droit à la vie a été appliqué dans plusieurs affaires environnementales, même s'il ne constitue pas la base conventionnelle la plus utilisée. En général, la Cour n'examine pas une éventuelle ingérence dans le droit à la vie lorsqu'elle a déjà admis une violation d'un autre droit, notamment du droit au respect de la vie privée et familiale malgré l'existence d'un risque parfois grave pour la vie des individus⁵³.
- 1.31 L'art. 2 CEDH peut s'appliquer en cas de risques encourus en raison d'essais nucléaires⁵⁴, dans le cadre de l'activité des usines chimiques desquelles émanent des substances toxiques⁵⁵, de sites de stockage de déchets⁵⁶, de l'exploitation d'une mine d'or par lessivage au cyanure⁵⁷, d'inondation en raison du débordement d'un réservoir d'eau pour une ville⁵⁸ et d'exposition à l'amiante⁵⁹ et en cas de risques naturels⁶⁰.

51 Cf. MAGISTRO, CourEDH.

52 CourEDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9.10.1979, requête n°6289/73, § 24.

53 Cf. CourEDH (GC), *Guerra et autres c. Italie* du 19.2.1998, requête n°14967/89, § 61, alors qu'il y a eu des décès d'ouvriers en raison de l'activité de l'usine ; CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n°46117/99, § 140 ; il était établi que l'exploitation de la mine d'or par cyanuration présentait un risque grave pour la vie (§ 112) ; CourEDH, arrêt *Vilnes et autres c. Norvège* du 5.12.2013, requêtes n°52806/09 et n°22703/10, dans le cas de plongeurs professionnels qui avaient développé des maladies et avaient mis leur vie en danger à cause de tables de décompression rapides. Cf. MAGISTRO, Environnement, 62.

54 CourEDH, arrêt *L.C.B. c. Royaume-Uni* du 9.6.1998, requête n°23413/94 ; cet arrêt marque une évolution par rapport à la ComEDH, décision *Dr S. c. République fédérale d'Allemagne* du 5.8.1960 (non publiée) où la requête avait été déclarée irrecevable quant à ce grief. Dans l'affaire CourEDH, arrêt *Folkman et autres c. République tchèque* du 10.7.2006, requête n°23673/03, la Cour a estimé que les requérants faisaient valoir, sur la base des articles 2 et 8 CEDH, le danger général d'accident pouvant se produire dans une centrale nucléaire, n'établissant aucun « lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale fixées dans la décision attaquée et un risque d'accident nucléaire sinon probable, du moins raisonnablement prévisible ».

55 ComEDH, décision *Guerra et autres c. Italie* du 6.7.1995, requête n°14967/89 ; CourEDH (GC), arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19.2.1998, requête n°14967/89.

56 CourEDH, arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2.11.2006, requête n°59909/00 ; CourEDH (GC), arrêt *Öneriyildiz c. Turquie* du 30.11.2004, requête n°48939/99.

57 CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n°46117/99, § 140.

58 CourEDH, arrêt *Kolyadenko et autres c. Russie* du 28.2.2012, requêtes n°17423/05, n°20534/05, n°20678/05, n°23263/05, n°24283/05 et n°35673/05.

59 CourEDH, arrêt *Brincat et autres c. Malte* du 24.7.2014, requêtes n°60908/11, n°62110/11, n°62129/11, n°62312/11 et n°62338/11, dans le cas de décès ; si l'exposition n'entraîne pas le décès, la Cour admet l'applicabilité de l'article 8 CEDH.

60 CourEDH, arrêt *Boudaïeva et autres c. Russie* du 20.3.2008, requêtes n°15339/02, n°11673/02, n°15343/02, n°20058/02 et n°21166/02.

En 2004, la Cour a condamné la Turquie pour violation de l'art. 2 CEDH dans le cas d'une explosion de méthane dans une décharge exploitée sans contrôle adéquat qui fit trente-neuf victimes⁶¹. Selon la Cour, l'État n'avait pas informé les habitants des alentours du risque d'explosion et n'avait pas pris les mesures nécessaires au contrôle de la décharge. 1.32

En 2008, la Cour reconnaît la violation de l'art. 2 CEDH dans le cas du décès de plusieurs personnes en raison de coulées de boue provoquées par des cours d'eau et la mise en danger de la vie d'autres habitants de la région⁶². La Cour rappelle le raisonnement établi dans l'affaire *Öneryildiz* et considère par ailleurs que, « [d]ans le domaine des secours d'urgence où l'État s'implique directement dans la protection des vies humaines en procédant à l'atténuation des catastrophes naturelles, toutes ces considérations devraient trouver à s'appliquer dans la mesure où les circonstances d'un cas particulier montrent l'imminence d'une telle catastrophe clairement identifiable et surtout lorsqu'il s'agit d'une calamité récurrente frappant une zone particulière d'habitation ou d'utilisation par l'homme. [...] L'étendue des obligations positives imputables à l'État dans une situation particulière dépend de l'origine de la menace et de la possibilité d'atténuation de tel ou tel risque »⁶³. Il faut veiller à ce que les États n'aient pas à supporter un « fardeau insupportable ou excessif en ignorant les choix opérationnels qu'[ils] doivent faire en termes de priorités et de ressources »⁶⁴. La Cour ajoute qu'« [i]l convient de reconnaître encore plus de poids à cette considération dans la sphère des secours aux sinistrés à la suite d'un accident météorologique qui, en tant que tel, échappe au contrôle de l'homme, que dans celle des activités dangereuses d'origine humaine »⁶⁵. 1.33

Dans l'affaire *Kolyadenko et autres c. Russie*, il était question du risque encouru par des individus dans leurs logements respectifs en raison d'une inondation provoquée par l'entretien insuffisant d'un réservoir d'eau de la part des autorités étatiques, considérant cette activité comme dangereuse⁶⁶. Selon la Cour, l'État n'avait pas établi un cadre légal et administratif suffisant, aucun système de supervision n'a été mis en place pour éviter des telles catastrophes et les autorités administratives n'avaient pas collaboré suffisamment entre elles pour éviter le désastre⁶⁷. Le volet procédural de l'article 2 CEDH a également été violé dans la mesure où les autorités n'ont pas fourni de réponse judiciaire adéquate, les investigations n'ayant pas été menées de manière satisfaisante⁶⁸. 1.34

61 CourEDH (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30.11.2004, requête n°48939/99.

62 CourEDH, arrêt *Boudaïeva et autres c. Russie* du 20.3.2008, requêtes n°15339/02, n°11673/02, n°15343/02, n°20058/02 et n°21166/02.

63 *Id.*, § 137.

64 *Id.*, § 135.

65 *Ibid.*

66 CourEDH, arrêt *Kolyadenko et autres c. Russie* du 28.2.2012, requêtes n°17423/05, n°20534/05, n°20678/05, n°23263/05, n°24283/05 et n°35673/05.

67 *Id.*, § 185.

68 *Id.*, § 194 ss.

- 1.35 Enfin, en 2015, la Cour constate la violation de l'article 2 CEDH dans une affaire d'immeubles construits illégalement qui s'étaient effondrés à la suite d'un séisme, provoquant le décès de plusieurs personnes⁶⁹.

3. Le droit au respect de la vie privée et familiale du domicile

- 1.36 La jurisprudence environnementale de la Cour est surtout basée sur l'art. 8 CEDH. Cette jurisprudence est aujourd'hui bien étoffée et recouvre de nombreuses problématiques environnementales. Elle a par exemple jugé qu'il y avait atteinte à l'article 8 § 1 CEDH en cas de nuisances sonores (aéroports⁷⁰, bars et discothèques⁷¹, club de jeux électroniques et club informatique⁷², trafic ferroviaire⁷³), en cas de traitement ou déversement de déchets (station d'épuration des eaux et de traitement des déchets d'une tannerie⁷⁴, déversement de charrettes de fumier⁷⁵, usine de stockage et traitement de « déchets spéciaux »⁷⁶, ramassage de déchets ménagers⁷⁷), de pollution industrielle (aciérie⁷⁸, sidérurgie⁷⁹, usine de plomb et de zinc⁸⁰, usine chimique⁸¹, exploitation de mines d'or⁸², de charbon⁸³ ou de carrières de pierre⁸⁴), d'aménagement d'une antenne pour la téléphonie mobile⁸⁵, de pollution de l'eau potable et d'arrosage en raison de la construction d'un cimetière près d'une habitation⁸⁶, d'excès de bruit, de pollution, odeurs et vibrations

69 CourEDH, arrêt *M. Özel et autres c. Turquie* du 17.11.2015, requêtes n°14350/05, n°15245/05 et n°16051/05, § 191 ss.

70 CourEDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21.2.1990, requête n°9310/81 ; CourEDH (GC), arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8.7.2003, requête n°36022/97 ; CourEDH, arrêt *Flamensbaum et autres c. France* du 13.2.2012, requêtes n°3675/04 et n°23264/04.

71 CourEDH, arrêt *Moreno Gómez c. Espagne* du 16.11.2004, requête n°4143/02.

72 CourEDH, arrêt *Mileva et autres c. Bulgarie* du 25.11.2010, requêtes n°43449/02 et n°21475/04.

73 CourEDH, arrêt *Bor c. Hongrie* du 18.6.2013, requête n°50474/08.

74 CourEDH, arrêt *López Ostra c. Espagne* du 9.12.1994, requête n°16798/90.

75 CourEDH, arrêt *Surugiu c. Roumanie* du 20.4.2004, requête n°48995/99.

76 CourEDH, arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2.11.2006, requête n°59909/00.

77 CourEDH, arrêt *Di Sarno et autres c. Italie* du 10.1.2012, requête n°30765/08 ; cf. KELLER/ CIRIGLIANO, DEP 831 ss et HAUMONT, RTDH 969 ss.

78 CourEDH, arrêt *Fadeieva c. Russie* du 9.6.2005, requête n°55723/00 ; CourEDH, arrêt *Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva et Romashina c. Russie* du 26.10.2006, requêtes n°53157/99, n°53247/99, n°56850/00 et n°53695/00.

79 CourEDH, arrêt *Cordella et autres c. Italie* du 24.1.2019, requêtes n°54414/13 et n°54264/15.

80 CourEDH, arrêt *Băcilă c. Roumanie* du 30.3.2010, requête n°19234/04.

81 CourEDH (GC), arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, requête n°14967/89.

82 CourEDH, arrêt *Taşkin et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n°46117/99 ; CourEDH, arrêt *Tătar c. Roumanie* du 27.1.2009, requête n°67021/01.

83 CourEDH, arrêt *Dubetska et autres c. Ukraine* du 10.2.2011, requête n°30499/03.

84 CourEDH, arrêt *Martínez Martínez et María Pino Manzano c. Espagne* du 3.7.2012, requête n°61654/08.

85 CourEDH, décision *Luginbühl c. Suisse* du 17.1.2006, requête n°42756/02.

86 CourEDH, arrêt *Dzemyuk c. Ukraine* du 4.9.2014, requête n°42488/02, § 79.

causées par une circulation intense dans la rue où vit le requérant⁸⁷ ou les feux d'artifices lancés chaque année lors de fêtes de village à proximité de l'habitation de particuliers⁸⁸ ou d'exposition à l'amiante⁸⁹.

Pour que la Cour se déclare compétente, l'individu doit se plaindre d'une atteinte proche de son domicile. Il faut une atteinte à la « qualité de la vie privée et les agréments du foyer »⁹⁰ ou à la « qualité de vie »⁹¹. Selon la Cour EDH « [l]e domicile est normalement le lieu, l'espace physiquement déterminé où se développe la vie privée et familiale. L'individu a droit au respect de son domicile, conçu non seulement comme le droit à un simple espace physique mais aussi comme celui à la jouissance, en toute tranquillité, dudit espace. Des atteintes au droit au respect du domicile ne visent pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telles que l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences. Si les atteintes sont graves, elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile »⁹². 1.37

A travers la protection de la qualité de vie, la Cour vise le bien-être⁹³ de l'individu. Ce dernier doit souffrir « directement » des effets des nuisances⁹⁴. De plus, l'ingérence doit atteindre un seuil minimum de gravité⁹⁵. La Cour considère que ce minimum est relatif à l'ensemble des données du cas. Elle tient compte notamment de l'intensité et de la durée des nuisances, des effets physiques ou mentaux qu'elles peuvent avoir, ainsi que de la situation générale de l'environnement⁹⁶. La Cour ajoute qu'« [i]l ne peut y avoir de grief défendable sous l'angle de l'article 8 lorsque le préjudice allégué est négligeable rapporté aux risques écologiques inhérents à la vie dans n'importe quelle ville moderne »⁹⁷. Cependant la santé de l'individu ne doit pas forcément être mise en grave danger pour que l'art.8 CEDH soit applicable⁹⁸. Le risque de voir son état de santé se dégrader ou l'accroissement de la vulnérabilité aux maladies sont suffisants⁹⁹. 1.38

87 CourEDH, arrêt *Deés c. Hongrie* du 9.11.2010, requête n°2345/06 : relevons que la Cour ne motive aucunement la recevabilité du recours.

88 CourEDH, arrêt *Frederick Zammit Maepel et autres c. Malte* du 22.11.2011, requête n°24202/10.

89 CourEDH, arrêt *Brincat et autres c. Malte* du 24.7.2014, requêtes n°60908/11, n°62110/11, n°62129/11, n°62312/11 et n°62338/11, dans le cas de décès, la Cour admet l'applicabilité de l'article 2 CEDH.

90 CourEDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21.2.1990, requête n°9310/81, § 40.

91 CourEDH, arrêt *Di Sarno et autres c. Italie* du 10.1.2012, requête n°30765/08, § 108.

92 CourEDH, arrêt *Moreno Gómez c. Espagne* du 16.11.2004, requête n°4143/02, § 53.

93 CourEDH, arrêt *López Ostra c. Espagne* du 9.12.1994, requête n°16798/90, § 51.

94 CourEDH (GC), arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8.7.2003, requête n°36022/97, § 96.

95 CourEDH, arrêt *Fadeïeva c. Russie* du 9.6.2005, requête n°55723/00, § 69 ; DESGAGNÉ, AJIL 275.

96 CourEDH, arrêt *Fadeïeva c. Russie* du 9.6.2005, requête n°55723/00, § 69.

97 *Ibid.*

98 CourEDH, arrêt *López Ostra c. Espagne* du 9.12.1994, requête n°16798/90, § 51 ; CourEDH, arrêt *Brândușe c. Roumanie* du 7.4.2009, requête n°6586/03, § 67.

99 CourEDH, arrêt *Fadeïeva c. Russie* du 9.6.2005, requête n°55723/00, § 88 : « A supposer même que la pollution n'ait pas causé un dommage quantifiable à la santé de la requérante, elle l'a inévitablement

- 1.39 Puis, la Cour examine la question de la proximité de la nuisance. Dans le cadre du droit à la jouissance du domicile notamment, la Cour prend en considération la distance qui sépare l'habitation de la nuisance compte tenu des circonstances¹⁰⁰.
- 1.40 Enfin, la Cour tient compte de la durée de l'exposition à la nuisance. Elle est particulièrement sensible aux cas dans lesquels l'exposition est durable sans pour autant en faire un critère déterminant¹⁰¹.
- 1.41 Comme nous pouvons le constater, la Cour n'admet pas l'action populaire. Les requérants se voient généralement reconnaître la qualité de victime par le seul fait d'avoir un domicile près de la source de nuisance¹⁰². La Cour n'admet pas la qualité de victime de requérants qui n'habitent pas près de la source de nuisance¹⁰³. Dans l'affaire *Di Sarno et autres c. Italie*, les dix-huit requérants se plaignaient des nuisances causées par la « crise des déchets » dans les rues de leurs habitations et lieux de travail. Si la Cour a rappelé le principe selon lequel elle n'admet pas l'action populaire, elle a toutefois reconnu que la situation décrite a eu un effet néfaste sur la vie privée des requérants¹⁰⁴. Elle a précisé que les requérants dénonçaient une situation affectant l'ensemble de la population de la Campanie, mais a justifié son entrée en matière sur la base de documents qui attestent que la ville en question dans cette affaire avait bien été frappée par la « crise de déchets »¹⁰⁵. Les recourants, reconnus victimes, n'étaient cependant pas touchés plus que le reste de la région par les nuisances. Ainsi, cette requête a eu de manière implicite un effet d'action populaire¹⁰⁶. Cet effet est à notre sens inévitable en matière environnementale, dans la mesure où nier la qualité de victime à ces requérants au motif que toute une région se trouvait dans le même cas qu'eux aurait été comme nier leur droit à la vie privée et familiale. Dans l'affaire *Cordella et autres c. Italie*, la Cour a d'ailleurs jugé qu'une partie des requérants avait la qualité de victime car vivant dans une des villes classées à haut risque environnemental et bénéficiant alors d'une présomption.

rendue plus vulnérable à diverses maladies »; cf. CourEDH, arrêt *Apanasewicz c. Pologne* du 3.5.2011, requête n°6854/07.

100 Cf. MAGISTRO, Environnement, 103 ss.

101 CourEDH, arrêt *López Ostra c. Espagne* du 9.12.1994, requête n°16798/90, § 57 : la requérante et sa fille ont été exposées pendant trois ans aux nuisances ; CourEDH (GC), arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19.2.1998, requête n°14967/89, § 13 ss : les requérants ont subi des nuisances de 1988 à 1994 ; cf. ULVSBACK, 210 ss ; cf. également CourEDH, arrêt *Dubetska et autres c. Ukraine* du 10.2.2011, requête n°30499/03, § 118, dans lequel les requérants ont été exposés à la pollution industrielle pendant 12 ans ; CourEDH, arrêt *Bor c. Hongrie* du 18.6.2013, requête n°50474/08, § 27, concernant les seuils des limites sonores du trafic ferroviaire dépassé pendant 16 ans.

102 ULVSBACK, 208.

103 Cf. CourEDH, arrêt *Cordella et autres c. Italie* du 24.1.2019, requêtes n°54414/13 et n°54264/15 ; sur la qualité de victime, cf. MARQUIS.

104 CourEDH, arrêt *Di Sarno et autres c. Italie* du 10.1.2012, requête n°30765/08 ; HAUMONT, RTDH 972.

105 CourEDH, arrêt *Di Sarno et autres c. Italie* du 10.1.2012, requête n°30765/08, § 81.

106 Cf. HERVIEU qui voit une « acceptation implicite d'une sorte d'actio popularis à dimension locale et à teneur environnementale ».

Elle a par contre nié cette qualité aux non-résidents qui n'avaient pas prouvé qu'ils avaient subi une atteinte d'une certaine gravité¹⁰⁷.

Deux requêtes qui concernant le climat sont actuellement pendantes devant la Cour. Il s'agit premièrement de l'affaire *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*¹⁰⁸ dans laquelle des individus âgés de 21, 20, 17, 15, 12 et 8 ans se plaignent des émissions de gaz à effet de serre qui induisent le réchauffement climatique provoquant des pics de chaleurs néfastes pour leurs conditions de vie et leur santé. Dans la seconde affaire, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*¹⁰⁹, une association de femmes âgées luttent contre le réchauffement climatique et certaines d'entre elles se plaignent de la dégradation de problèmes de santé et de leurs conditions de vie pendant les pics de chaleur¹¹⁰. 1.42

Ces requêtes s'inscrivent dans le mouvement des procès climatiques qui se multiplient à travers le monde, expression même de la revendication d'un droit à un environnement sain¹¹¹. 1.43

4. Les obligations positives en matière environnementale

Dans sa jurisprudence environnementale, la Cour accorde une grande importance aux obligations positives. Elle considère que les art. 2 et 8 CEDH obligent les États à mettre en place un cadre législatif et administratif « visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie »¹¹² et les « dommages à l'environnement et à la santé humaine »¹¹³. L'obligation vaut dans tout type d'activité, qu'elle soit publique ou privée¹¹⁴, et d'autant plus dans le domaine des activités dangereuses¹¹⁵. D'ailleurs, la Cour souligne que « [c]ette obligation s'applique sans conteste dans le domaine spécifique des activités dangereuses, où il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux particularités de l'activité en jeu notamment au niveau 1.44

107 Cf. CourEDH, arrêt *Cordella et autres c. Italie* du 24.1.2019, requêtes n°54414/13 et n°54264/15.

108 CourEDH, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*, du 9.4.2024, requête n°39371/20 du 13.11.2020 .

109 CourEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, du 9.4.2024, requête n°53600/20 du 17.3.2021.

110 Sur cette affaire cf. MAHAIM ; MAGISTRO/HÄNNI, Plaidoyer 20 ss.

111 Cf. COUNIL/VARISON, 19 ; MAGISTRO, Environnement, 271.

112 CourEDH (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30.11.2004, requête n°48939/99, § 89 : d'après la Grande Chambre, l'obligation positive engendrée par l'art. 2 CEDH « implique avant tout pour les États le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie ».

113 CourEDH, arrêt *Tătar c. Roumanie* du 27.1.2009, requête n°67021/01, § 88 ; CourEDH, arrêt *Boudaïeva et autres c. Russie* du 20.3.2008, requêtes n°15339/02, n°11673/02, n°15343/02, n°20058/02 et n°21166/02, § 129 ss ; Cf. ANTON/SHELTON, 452 ss ; MARTENET, 139.

114 CourEDH (GC), arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8.7.2003, requête n°36022/97, § 19 ; CourEDH, arrêt *Tătar c. Roumanie* du 27.1.2009, requête n°67021/01, § 87.

115 CourEDH (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30.11.2004, requête n°48939/99, § 90.

du risque qui pourrait en résulter pour la vie humaine. Elle doit régir l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause »¹¹⁶.

- 1.45 De plus, l'État doit se doter de réglementations qui prévoient « des procédures adéquates tenant compte des aspects techniques de l'activité en question et permettant de déterminer ses défaillances ainsi que les fautes qui pourraient être commises à cet égard par les responsables à différents échelons »¹¹⁷.
- 1.46 Dans le cas du droit à la vie, face à la mort d'un individu, l'État dont la responsabilité pourrait entrer en ligne de compte a « le devoir d'assurer, par tous les moyens dont il dispose, une réaction adéquate – judiciaire ou autre – pour que le cadre législatif et administratif instauré aux fins de la protection de la vie soit effectivement mis en œuvre et pour que, le cas échéant, les violations du droit en jeu soient réprimées et sanctionnées »¹¹⁸.
- 1.47 La mise en place d'un tel système doit également avoir pour but de dissuader tout acte portant atteinte à la vie d'une personne. Les autorités ont l'obligation dans certaines circonstances de prendre des mesures préventives d'ordre pratique pour protéger la vie de l'individu qui est menacée¹¹⁹. Toutefois, le juge européen souligne qu'« il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une obligation positive, il y a lieu d'établir que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un individu déterminé était menacé de manière réelle et immédiate dans sa vie par des actes criminels d'un tiers et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, pouvaient être considérées comme aptes à pallier ce risque »¹²⁰.
- 1.48 Lorsque l'atteinte à la vie n'est pas intentionnelle, les États n'ont pas l'obligation de mettre en place une poursuite pénale, mais peuvent se contenter de mettre à disposition des intéressés des voies de droit civil, administratif ou disciplinaires¹²¹.
- 1.49 Toutefois, lorsqu'il y a mort d'homme, et face à des activités dangereuses exercées sous la responsabilité des pouvoirs publics, l'État a l'obligation de procéder à une enquête

116 *Ibid.*

117 *Ibid.*

118 *Id.*, § 91.

119 CourEDH (GC), arrêt *Osman c. Royaume Uni* du 28.10.1998, requête n°23452/94, § 115.

120 CourEDH, arrêt *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14.3.2002, requête n°46477/99, § 55,

CourEDH (GC), arrêt *Osman c. Royaume Uni* du 28.10.1998, requête n°23452/94, § 116.

121 CourEDH (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30.11.2004, requête n°48939/99, § 92.

officielle¹²². Par conséquent, l'absence de poursuite des responsables d'homicides constitue une violation de l'art. 2 CEDH¹²³.

Par ailleurs, lorsqu'il est question de cas complexes de politique environnementale et économique, le volet procédural des obligations positives déduites de l'art. 8 CEDH comprend l'obligation pour l'État de réaliser des enquêtes et des études appropriées pour prévenir et évaluer les effets des activités susceptibles de porter atteinte à l'environnement et aux droits individuels¹²⁴. Le but ainsi visé est de permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu. L'État doit également garantir l'accès du public aux résultats de ces études et aux informations qui permettent d'évaluer le risque auquel il est exposé¹²⁵. Les individus qui estiment que leurs intérêts ou leurs remarques n'ont pas été suffisamment prises en considération dans le processus décisionnel doivent pouvoir faire recours contre toute décision, tout acte ou toute omission devant les tribunaux¹²⁶.

Enfin, la Cour juge que les garanties procédurales accordées aux droits des individus sur le plan interne ne doivent pas être dépourvues d'effet utile pendant une longue période¹²⁷. La Cour souligne que « l'administration constitue un élément de l'État de droit, dont l'intérêt s'identifie avec celui d'une bonne administration de la justice, et que, si l'administration refuse ou omet de s'exécuter ou tarde à le faire, les garanties dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdent toute raison d'être »¹²⁸.

Les États sont en sus tenus de garantir un droit d'accès à l'information sur les questions environnementales sur la base de l'interprétation des art. 2 et 8 CEDH. Les États ont le devoir de mettre en place une procédure permettant aux individus de demander des informations pertinentes et appropriées en matière d'activités dangereuses¹²⁹ et quant aux risques pour l'environnement et la santé¹³⁰.

Dans le cadre de cette obligation, l'État doit établir une procédure effective et accessible qui permet à toute personne de demander des informations pertinentes et appropriées en matière d'activités dangereuses¹³¹ et quant aux risques pour l'environnement

122 *Id.*, § 93.

123 *Ibid.*

124 CourEDH (GC), arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8.7.2003, requête n°36022/97, § 128 ; CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n°46117/99, § 119.

125 CourEDH, arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9.6.1998, requêtes n°21825/93 et n°23414/94, § 97.

126 CourEDH, arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2.11.2006, requête n°59909/00, § 83.

127 *Id.*, § 94 ; MARTENET, 144.

128 CourEDH, arrêt *Lemke c. Turquie* du 5.6.2007, requête n°17381/02, § 42.

129 CourEDH, arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9.6.1998, requêtes n°21825/93 et n°23414/94, § 101.

130 CourEDH, arrêt *Brândușe c. Roumanie* du 7.4.2009, requête n°6586/03, § 74.

131 CourEDH, arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9.6.1998, requêtes n°21825/93 et n°23414/94, § 101.

et la santé¹³². Les autorités étatiques doivent délivrer toute information susceptible d'apaiser des craintes du public ou d'évaluer le risque environnemental auquel les individus peuvent être exposés lorsqu'il existe une menace au droit à la vie et à la vie privée et familiale¹³³.

- 1.54 L'État a enfin l'obligation positive de prendre des mesures afin de garantir la protection effective du droit au respect des biens des individus¹³⁴. Dans le cadre d'activités dangereuses ou de risques naturels, il a été jugé que les autorités étatiques doivent prendre les précautions pratiques afin d'éviter la destruction d'une habitation¹³⁵. Dans le cas des obligations positives découlant de la protection de la propriété contre les risques météorologiques, la Cour estime que l'État a une plus grande marge d'appréciation que dans le domaine des activités dangereuses d'origine humaine¹³⁶.

IV. Conclusion : aller plus loin

- 1.55 Comme nous avons pu le voir, les droits fondamentaux contribuent à la protection juridique de l'environnement à travers le droit à un environnement sain et l'application d'autres droits fondamentaux. Tant la consécration du droit à un environnement sain que la protection indirecte par d'autres droits sont réjouissants. Tous deux rencontrent cependant des limites qui pourraient être dépassées afin de donner la possibilité à l'individu de mettre l'État face à ses responsabilités en matière environnementale.
- 1.56 Les ordres juridiques montrent une volonté de reconnaître le droit à un environnement sain. Cependant, lorsque ce droit est expressément consacré dans un texte juridique, son effectivité est souvent limitée par le système de contrôle qui ne permet pas aux individus d'agir devant un organe pouvant rendre des décisions obligatoires. L'analyse de la pratique témoigne de la prédominance de la protection indirecte de ce droit, c'est-

132 CourEDH, arrêt *Brândușe c. Roumanie* du 7.4.2009, requête n°6586/03, § 74.

133 CONSEIL DE L'EUROPE, 83 ss ; cf. CourEDH, arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9.6.1998, requêtes n°21825/93 et n°23414/94, § 101, concernant la non-divulgaration à des militaires de documents leur permettant de savoir s'ils avaient été exposés à des niveaux de radiation dangereux pour leur santé lors d'essais nucléaires ; CourEDH (GC), arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19.2.1998, requête n°14967/89 ; CourEDH (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30.11.2004, requête n°48939/99.

134 REBEYROL, 30, pour la première fois la Cour reconnaît une obligation positive découlant de l'art. 1 Protocole 1 dans l'arrêt *Öneryildiz c. Turquie*.

135 CourEDH (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30.11.2004, requête n°48939/99, § 134 ss ; CourEDH, arrêt *Boudaïeva et autres c. Russie* du 20.3.2008, requêtes n°15339/02, n°11673/02, n°15343/02, n°20058/02 et n°21166/02, § 171 ss : Les juges rappellent que « l'exercice réel et efficace du droit que cette disposition garantit ne saurait dépendre uniquement du devoir de l'État de s'abstenir de toute ingérence et peut exiger des mesures positives de protection, notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant pourrait légitimement attendre des autorités et la jouissance effective par ce dernier de ses biens » (§ 172) ; cf. MARGUÉNAUD, CourEDH, 142.

136 CourEDH, arrêt *Boudaïeva et autres c. Russie* du 20.3.2008, requêtes n°15339/02, n°11673/02, n°15343/02, n°20058/02 et n°21166/02, § 174 ss.

à-dire de la protection par le biais de l'application d'autres dispositions. Dans le système interaméricain des droits humains par exemple, même si le droit à un environnement sain est consacré par le Protocole de San Salvador, ce droit n'est pas justiciable et c'est par une protection indirecte que les organes de contrôle tiennent compte des problèmes environnementaux.

La protection indirecte est quant à elle limitée en raison du champ d'application du droit appliqué qui ne vise pas directement la protection du droit à un environnement sain. La Cour européenne des droits de l'homme protège par exemple le droit des individus contre les nuisances à leur vie privée, près de leur domicile, mais ne protège pas l'environnement en tant que tel. 1.57

Le droit à un environnement sain est interprété de manière strictement anthropocentrique, alors qu'en substance, le réduire à cette conception n'est pas justifié. Relativiser le caractère anthropocentrique du droit à un environnement sain lui conférerait un contenu propre, allant au-delà de la garantie aujourd'hui accordée par d'autres dispositions. En Europe, l'adoption d'un protocole facultatif à la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à un environnement sain lui conférerait une légitimité indiscutable et permettrait à la Cour européenne des droits de l'homme d'adopter une approche plus écocentrique. Sans aller jusqu'à reconnaître des droits à la nature et en restant dans la catégorie des droits humains, il serait souhaitable de le considérer comme un droit transgénérationnel et non strictement anthropocentrique. En effet, la conception anthropocentrique suivie aujourd'hui « réduit » le droit à un environnement sain en ne lui permettant pas de prendre en compte tant l'équilibre écologique général que l'intérêt des générations futures à recevoir un environnement sain. C'est l'enjeu des procès climatiques d'aujourd'hui. 1.58

§ 2 Le droit international général de l'environnement face aux individus : la structure interétatique constitue-t-elle un obstacle infranchissable à la reconnaissance de droits environnementaux ?

Jochen Sohnle*

Table des matières

I.	Introduction	25
II.	Un obstacle seulement contourné : la prise en compte des besoins spécifiquement humains en droit international de l'environnement	28
	1. La mobilisation internationale des droits environnementaux individuels grâce à l'uniformisation du droit international privé	29
	2. La mobilisation internationale des droits environnementaux individuels grâce à la protection diplomatique	32
III.	Un obstacle battu en brèche : vers la reconnaissance de droits spécifiquement humains en droit international de l'environnement	35
	1. Les individus comme titulaires de droits internationaux	36
	2. Les individus comme sujets internationaux partiels	39
IV.	Conclusion	41

Bibliographie

ARBOUR JEAN-MAURICE/LAVALLÉE SOPHIE/SOHNLE JOCHEN/TRUDEAU HÉLÈNE, *Droit international de l'environnement*, 3^e éd., Montréal 2016 ; ASCENSIO HERVÉ, *Droit international économique*, Paris 2018 ; BÉTAILLE JULIEN, *Chronique des décisions du comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus, Décisions concernant la France, la Slovaquie et le Royaume-Uni*, *Revue juridique de l'environnement* 1 (2012), 99 ss ; BRENNER ANDREAS, *UmweltEthik – Ein Lehr- und Lesebuch*, Würzburg 2014 ; CAMPROUX-DUFFRÈNE MARIE-PIERRE/JAWORSKI VÉRONIQUE/SOHNLE JOCHEN, *La loi française versus le droit maritime international dans l'arrêt Erika : la victoire du droit de l'environnement*, *Droit de l'environnement – Actualités juridiques de l'environnement et du développement durable* 207 (2012), 372 ss ; CASSIRER ERNST, Axel Hägerström. Eine Studie zur schwedischen Philosophie der Gegenwart, Göteborg 1939 (cité : Hägerström) ; CASSIRER ERNST, *The Myth of the State*, New Haven 1946 (cité : Myth) ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, 2^e éd., Strasbourg 2012 ; COUNIL CHRISTEL/COLARD-FABREGOULE CATHERINE (éd.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme*, Bruxelles 2012 ; COUNIL CHRISTEL/PERRUSO CAMILA, *Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme. Émergence et pertinence*, *La Revue des droits de l'homme* 2018, 1 ss ; DAILLIER PATRICK/FORTEAU MATHIAS/PELLET ALAIN, *Droit international public*, Paris 2009 ; DELZANGES HUBERT, *L'accès à la justice dans le projet de convention sur l'information, la participation publique et accès à la justice en Amérique du sud et aux Caraïbes : analyse comparée avec l'article 9 de la Convention d'Aarhus*, in Betaille (éd.), *Le droit d'accès à la justice en matière environnementale*, Toulouse 2016, 79-90 ; DROBENKO BERNARD, *La Convention d'Aarhus et le droit français*, *Revue juridique de l'environnement* 1999, numéro

* Professeur de droit public à l'Université de Lorraine, chercheur à l'IRENEE (EA 7303).

spécial, 31 ss; EBBESSON JONAS, L'accès à la justice en matière d'environnement en droit international : pourquoi et comment ?, in Bétaille (éd.), *Le droit d'accès à la justice en matière environnementale*, Toulouse 2016, 63-75; FITZGERALD GERALD F., Le Canada et le développement du droit international : La contribution de l'Affaire de la fonderie de Trail à la formation du nouveau droit de la pollution atmosphérique transfrontière, *Études internationales* 11/3 (1980), 393 ss; HESS GÉRALD, *Éthiques de la nature*, Paris 2013; KISS ALEXANDRE, *Droit international de l'environnement*, 1^{ère} éd., Paris 1989; KISS ALEXANDRE/BEURIER JEAN-PIERRE, *Droit international de l'environnement*, 3^e éd., Paris 2004; KLÜBER JEAN LOUIS, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Tome 1, Stuttgart 1819; LAVIEILLE JEAN-MARC/DELZANGLES HUBERT/LE BRIS CATHERINE, *Droit international de l'environnement*, 4^e éd., Paris 2018; LE PRESTRE PHILIPPE, *Protection de l'environnement et relations internationales, Les défis de l'écopolitique mondiale*, Paris 2005; LISZT FRANZ VON, *Das Völkerrecht*, Berlin 1904; MARTENS VON GEORG FRIEDRICH, *Recueil général des traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 2^e série, Tome 13, Göttinge 1888; NADAUD SÉVERINE, Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in Bétaille (éd.), *Le droit d'accès à la justice en matière environnementale*, Toulouse 2016, 125-143; OESCH MATTHIAS, *Schweiz – Europäische Union, Grundlagen – Bilaterale Abkommen – Autonomer Nachvollzug*, Zurich 2020; PRIEUR MICHEL/BÉTAILLE JULIEN/COHENDET MARIE-ANNE/DELZANGLES HUBERT/MAKOWIAK JESSICA/STEICHEN PASCALE, *Droit de l'environnement*, 7^e éd., Paris 2016; PRIEUR MICHEL, *L'Union européenne menace la Convention d'Aarhus sur l'accès à la justice en matière d'environnement*, *Revue juridique de l'environnement* 2 (2018), 223 ss; RE EDWARD D., *International Claims Adjudication : The United States-Canadian Agreement*, *Buffalo Law Review* 17/1 (1967), 125 ss; REUTER PAUL, *Droit international public*, Paris 1983; ROBERT SABRINA, *L'Érika : responsabilités pour un désastre écologique*, Paris 2003; ROTINI AURÉLIE/SOHNLE JOCHEN, *Écrire les plantes nocives*, in Rota (éd.), *Écrire les plantes, Une approche interdisciplinaire*, Le Bord de l'Eau 2021, 123-137; RUDA GONZALES ALBERT, *La réparation du préjudice écologique en Espagne, l'affaire du Prestige*, in Camproux-Duffrène/Sohnle (éd.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, Montréal 2015, 297-307; SCELLE GEORGES, *Précis de droit des gens, Principes et systématique*, Paris 1932; SCHIAVONE ALDO, *IUS – L'invention du droit en occident*, Paris 2011; SOHNLE JOCHEN, *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, La documentation française, Paris 2002 (cité : *Eaux douces*); SOHNLE JOCHEN, *Nouvelles tendances en matière de règlement pacifique des différends relatifs aux ressources en eau douce internationales*, in Boisson De Chazournes Laurence/Salman S.M.A. (éd.), *Les ressources en eau et le droit international/Water Resources and International Law*, Leiden 2005, 389-426 (cité : *Différends*); SOHNLE JOCHEN, *La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif*, in Camproux-Duffrène/Sohnle (éd.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, Montréal 2015, 329-363 (cité : *Représentation*); SOHNLE JOCHEN, *L'autonomie de l'échelon régional au Royaume-Uni et en Belgique : La diversité tracée par le droit*, in Wakote (éd.), *Les nouvelles compétences régionales : Quel(s) renforcement(s), quelle(s) orientation(s) ?*, Paris 2017, 141-168 (cité : *L'autonomie*); SOHNLE JOCHEN, *L'État de droit, accomplissement de la philosophie des formes symboliques d'Ernst Cassirer*, in Bouriau/Sohnle (éd.), *La dimension kantienne de l'État de droit – Approches juridiques et philosophiques*, Nancy 2020, 33-57 (cité : *État de droit*); SOHNLE JOCHEN, *Les droits de la nature face à l'urgence climatique*, *Journal européen des droits de l'homme – European Journal of Human Rights* 2022, 154 ss (cité : *Droits de la nature*); SUDRE FRÉDÉRIC, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris 2016; THOMAS YAN, *Les opérations du droit*, Paris 2011; TRIGUEROS ALEZAH, *The Human Right to Water : Will Its Fulfillment Contribute to Environmental Degradation ?*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 19/2 (2012), 599 ss; VAHINGER HANS, *Die Philosophie des Als Ob – System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, 4^e éd., Leipzig 1920.

I. Introduction

Depuis l'invention du droit en occident¹, chaque ordre juridique consacre des sujets de droit qui entretiennent des relations entre eux et/ou avec des choses. Ces relations s'expriment à travers des droits et des obligations dont sont investis les seuls sujets, appelés aussi personnes juridiques, contrairement aux choses qui sont de simples objets de droit. Les droits et obligations se cristallisent dans des règles² que les juristes découvrent dans les sources formelles du droit. Ces derniers sont les modes de production normative à propos desquels, depuis l'époque moderne, l'État joue un rôle prépondérant. 2.1

En comparaison avec les ordres juridiques nationaux, où les êtres humains jouissent, sous le vocable de personnes physiques, de la subjectivité juridique à côté de nombreuses entités fictives, les personnes morales³, l'ordre juridique international a produit beaucoup moins d'espèces de sujets. En effet, le droit international public se présente essentiellement comme un monde interétatique qui depuis le XIX^e siècle ne connaît que deux catégories de sujets de droit : les États souverains⁴ et les organisations intergouvernementales qui se présentent comme des « associations » d'États établies par la voie d'un traité international. Dans cet ordre juridique les États dominent dans la mesure où ils sont à la fois les sujets de droit originaire⁵, investis de la plénitude des droits et obligations, et les producteurs essentiels des normes qui figurent dans les sources formelles du droit international⁶. 2.2

Ceci étant rappelé, on constate l'absence en tant que personnes juridiques des êtres humains⁷ qui sont qualifiés par l'internationaliste simplement d'individus ou de particuliers (et pas de « personnes » physiques). « Appartenant » à l'État⁸, ils sont histori- 2.3

1 SCHIAVONE ; cf. aussi THOMAS ; SOHNLE, Représentation, 336-339, disponible sous <http://vertigo.revues.org/16343> (6.7.2021).

2 Sur le champ sémantique à l'origine du concept de règle (*regula* en latin), dont la racine indoeuropéenne **reg* est apparentée à la fois à un territoire (lat. *regio, regionis* ; all. *Reich*) et à une personne investie de ce territoire (lat. *rex, regis ; regina, ae* ; celtique *-rix* ; fr. roi, reine), cf. SOHNLE, L'autonomie, 167-168.

3 L'État, les autres personnes publiques et les personnes morales de droit privé comme les sociétés et les associations.

4 Par opposition aux États fédérés non souverains qui en principe n'ont pas de personnalité juridique internationale.

5 C'est-à-dire il préexiste et génère le système juridique dans son ensemble.

6 Il s'agit traditionnellement des traités, de la coutume, des principes généraux du droit (cf. art. 38 Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945, entré en vigueur pour la Suisse le 28 juillet 1948, RS 0.193.501) et des actes unilatéraux du droit.

7 Sont absents en droit international aussi d'autres entités qui en droit national sont investies de la personnalité juridique : les collectivités territoriales, les établissements publics, les sociétés commerciales et les associations notamment. Les politistes les regroupent avec les États et les organisations internationales sous le concept d'acteurs des relations internationales, cf. LE PRESTRE, 91-127 (sur les individus : 124-125).

8 Ce qui s'exprime dans le terme allemand *Staatsangehörige* (à traduire fonctionnellement par ressortissants ou nationaux). Cette réduction catégorique des individus en matière de personnalité juridique

quement assimilés à un objet du droit international, malgré une tendance d'évolution du droit international vers une subjectivité partielle des êtres humains. Cet aspect sera approfondi dans la présente contribution.

- 2.4 Le droit international peut être classé matériellement, selon les domaines qu'il couvre. L'un de ces domaines vise la protection de l'environnement⁹. Toutes les normes qui ont cet objectif sur la scène internationale sont étudiées par le droit international général de l'environnement qui, de son côté, se subdivise en spécialités, visant la protection des différents secteurs de l'environnement (milieu marin, eaux continentales, sol, air et atmosphère, climat, biodiversité, ...) ou des problématiques transversales (régime des substances dangereuses, des déchets, des installations, ...)¹⁰. Comme il s'agit d'une branche du droit international public, il n'est pas étonnant qu'elle se présente essentiellement comme une structure purement interétatique, sans laisser de place en termes de personnalité juridique à des êtres vivants ou à des éléments de la nature. Ni plantes, ni animaux, ni êtres humains ne jouissent en principe de droits et d'obligations et ils se présentent donc comme des simples objets juridiques.
- 2.5 Laissant de côté les potentialités d'un rôle plus actif en droit que pourraient jouer les éléments de la nature et/ou des collectifs comme des écosystèmes ou l'humanité¹¹, la présente contribution va se focaliser sur les individus. Dans certains domaines du droit international, notamment en droit international des droits humains, ceux-ci ont pu acquérir un véritable statut de sujet partiel du droit international, jouissant de droits figurant dans des conventions spécialisées, notamment régionales. Les systèmes conventionnels généraux de droits humains évoluent par ailleurs tous en faveur de la consécration d'un droit à un environnement sain.
- 2.6 Entre ces deux extrêmes, l'individu humain comme simple objet du droit international de l'environnement et l'individu humain comme sujet partiel, titulaire de droits environnementaux, des situations intermédiaires existent et toute la panoplie mérite d'être évoquée. En effet, les deux critères essentiels pour appréhender l'existence d'une personnalité juridique ne sont pas toujours présents de manière parfaite, à savoir : 1) la capacité de revendiquer des droits, d'être assujetti à des obligations corrélatives et de pouvoir les invoquer dans les rapports conventionnels ou de sujétion (face à l'autorité

internationale s'exprime dans les ouvrages de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle. Par exemple : LISZT, 37. Alors que la doctrine du début du XIX^e siècle conçoit encore, même si c'est controversé, un droit des gens s'appliquant directement entre un État et des particuliers étrangers, cf. KLÜBER, 15.

9 Sur le concept d'environnement, cf. KISS, 13 ; KISS/BEURIER, 17-19 ; ARBOUR *et al.*, 1-5 ; PRIEUR *et al.*, 1-5 ; LAVIEILLE/DELZANGLES/LE BRIS, 27-30.

10 D'autres subdivisions se conçoivent dans les manuels comme p.ex. l'opposition entre normes primaires et secondaires (notamment la responsabilité internationale environnementale).

11 En termes de personnalité juridique. Des régimes encore plus innovateurs sont à concevoir p.ex. par recours à l'opposition entre « agents » et « patients » comme elle est proposée dans une autre science normative, à savoir l'éthique, cf. ROTINI/SOHNLE, 119-133 (*in fine*) ; SOHNLE, Droits de la nature, 154 ss.

publique) avec les autres personnes issues du même ordre juridique ; 2) la capacité de pouvoir recourir pour leur garantie à des mécanismes effectifs de règlement des différends propres à cet ordre juridique (des organes administratifs ou juridictionnels appartenant à des personnes de cet ordre juridique)¹².

Force est de constater qu'il subsiste le principe du droit international (de l'environnement) dans sa conception classique, à savoir l'assimilation des individus à un objet du droit international, au même titre que les marchandises et les services ou les éléments de la nature, même s'il conviendra d'apporter des nuances, voire des exceptions à ce principe. En effet, le droit comme fiction humaine¹³, malgré la présence de personnes morales comme l'État dont la personnalité juridique fait écran avec les autres éléments du droit international, poursuit une fonction substantiellement humaine et la fin ultime de tout système juridique est de servir l'être humain¹⁴. En ce sens, certains des traités les plus classiques du droit international de l'environnement s'intéressent explicitement¹⁵ ou implicitement¹⁶ aux besoins humains essentiels et vitaux, y compris en

12 Nous écartons un critère supplémentaire, parfois développé, cf. DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 718-723 N 418-421, celui de pouvoir participer directement ou indirectement à l'élaboration des normes qui s'appliquent à la personne considérée. Il relève d'une logique qui n'est pas forcément inhérente à tout système juridique.

13 Pour le fictionnaliste Hans Vaihinger, le droit est la science qui valorise de manière précoce (dès le droit romain) la technique de la fiction, cf. VAHINGER, 69, 70, 174, 257 et 611. Cf. aussi THOMAS, 138 et 150 ; SOHNLE, Représentation, 341-348.

14 CASSIRER, Hågerström. En effet, un grand nombre de règles internationales concerne les individus, soit en leur accordant des avantages, soit en leur imposant des sujétions, cf. DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 716 N 418.

15 Art. 146 Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, entrée en vigueur pour la Suisse le 31 mai 2009 (RS 0.747.303.15), Protection de la vie humaine : « En ce qui concerne les activités menées dans la Zone, les mesures nécessaires doivent être prises en vue d'assurer une protection efficace de la vie humaine. [...] » ; Art. 10 § 2 Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation du 21 mai 1997 : « En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau international, le conflit est résolu eu égard aux articles 5 à 7, une attention spéciale étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels. » ; Art 5 § 2 et art. 17 § 3 Projet d'articles de la Commission du droit international sur le droit des aquifères transfrontières du 5 mai 2008.

16 Art. 2 Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, entrée en vigueur pour la Suisse le 19 février 1995 (RS 0.451.43) : « [...] les ressources génétiques, les organismes ou éléments de ceux-ci, les populations ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité [...] » et art. 8 let. g ; Art. 2 Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992, entrée en vigueur pour la Suisse le 21 mars 1994 (RS 0.814.01) : « [...] pour que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable. » ; Préambule de la Décision relative à l'Accord de Paris du 12 décembre 2015 : « Reconnaissant que les changements climatiques représentent une menace immédiate et potentiellement irréversible pour les sociétés humaines et la planète [...] » ; COUNNIL/COLARD-FABREGOULE ; COUNNIL/PERRUSO, RDH 1 ss, disponible sous : <http://journals.openedition.org/revdh/3930> (6.7.2021).

période de conflit armé¹⁷. Toutefois, le droit international de l'environnement continue, en tant que structure interétatique, à se présenter comme un obstacle à la reconnaissance de droits environnementaux individuels. Est-ce qu'il est infranchissable au regard de nos réflexions ?

- 2.8 Selon la vision classique, il convient de répondre par l'affirmative. Le seul moyen qui se présente, c'est de contourner cet obstacle afin de prendre en compte des besoins spécifiquement humains (II). Dans une perspective plus moderne, cet obstacle tend à être battu en brèche ce qui mène vers une véritable reconnaissance de droits spécifiquement humains en droit international de l'environnement (III).

II. Un obstacle seulement contourné : la prise en compte des besoins spécifiquement humains en droit international de l'environnement

- 2.9 La structure interétatique persiste comme obstacle infranchissable à la reconnaissance de droits environnementaux individuels dans la mesure où les critères essentiels de la personnalité juridique (la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations ; la capacité de pouvoir invoquer effectivement leur garantie dans l'ordre juridique) sont loin d'être atteints. En revanche, la position des individus en droit international est ambiguë. En effet, l'écran étatique n'est pas totalement opaque dans la mesure où il est possible de le percer pour voir apparaître une certaine capacité juridique internationale des individus sans que l'on puisse en déduire leur personnalité internationale dérivée¹⁸. L'obstacle n'est ainsi que contourné. De quelle manière ?
- 2.10 Une norme internationale peut être individualisée conformément à la volonté des États¹⁹. Cette volonté peut créer des normes internationales visant directement les relations individuelles, sans qu'elles soient cependant invocables de manière automatique dans l'ordre juridique international. Par conséquent, les individus en profitent en tant que sujets de droit interne et peuvent se prévaloir de ces normes devant les seules juridictions nationales, à l'exception d'une éventuelle procédure préjudicielle devant un tribunal supranational. C'est pourquoi, le processus d'uniformisation du droit international privé présente un intérêt particulier en matière environnementale (A). De l'autre côté, un État peut exceptionnellement endosser les droits individuels et insérer l'exigence de leur respect dans la sphère interétatique en exerçant sa protection diplomatique. En dernière conséquence, il peut les porter devant une juridiction internationale, y compris dans le domaine environnemental (B).

17 C'est le domaine du droit humanitaire qui vise à limiter les effets des conflits armés sur les êtres humains. Sur cet aspect, cf. ARBOUR *et al.*, 1283-1314.

18 DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 716-717 N 418.

19 Avis de la Cour permanente de justice internationale du 3 mars 1928, *Juridiction des tribunaux de Dantzig*, Série B, n° 15, notamment 22 et 26.

1. La mobilisation internationale des droits environnementaux individuels grâce à l'uniformisation du droit international privé

Le droit international privé comme spécialité du droit national vise les relations entre personnes privées (donc dans leur qualité de sujets de droit interne) en présence d'un élément d'extranéité. En matière environnementale, c'est le domaine de la responsabilité civile qui est essentiellement pertinent, opposant un pollueur et une victime. L'élément d'extranéité se perçoit par rapport à trois types de situation : le statut personnel des personnes impliquées (les deux cas classiques correspondant à des nationalités différentes ou à un domicile dans des États différents), le caractère transfrontière de la pollution²⁰ ou l'implication d'un milieu internationalisé (une pollution se produit en haute mer, mais est portée sur les côtes et atteint des personnes nationales²¹). 2.11

Dans ces situations transnationales, des droits environnementaux bénéficient aux individus, car ils leur permettent de demander une réparation en tant que victimes de pollution. Il s'agit d'un droit qui est généré par des normes secondaires²² dans la mesure où il naît suite à la violation d'une norme primaire, à savoir l'interdiction de causer un dommage (environnemental) à un tiers, qui se présente en l'occurrence comme un délit civil. 2.12

Si le droit international privé entre dans le domaine du droit national, il peut acquérir une pertinence internationale²³. En effet, à travers des traités d'uniformisation, les États s'efforcent à harmoniser leurs règles dans ce domaine²⁴. Cette uniformisation vise les 2.13

20 Pour l'une des premières illustrations en France : CJCE, arrêt *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA* du 30.11.1976, affaire 21-76.

21 Pour l'une des premières illustrations : Cass. civ. II, arrêt du 3.4.1978, Bull. civ. des arrêts Cour de Cassation Civ. 2, n° 77-11933.

22 ONU, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite du 9 août 2001, 61, 131, 162 et 255 (en s'inspirant des travaux de H. L. A. Hart, 246), disponible sous https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf (6.7.2021).

23 SOHNLE, Différends, 417-418.

24 Parmi les régimes conventionnels à pertinence environnementale on peut citer la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 29 novembre 1969, entrée en vigueur pour la Suisse le 14 mars 1988 (RS 0.814.291), en combinaison avec la Convention de 1992 portant création du Fonds du 27 novembre 1992, entrée en vigueur pour la Suisse le 10 octobre 2006 (RS 0.814.292). Applicable aux pollutions originaires des pétroliers, il s'agit des instruments les plus appliqués dans notre domaine. À cela s'ajoutent d'autres conventions significatives : la Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses du 3 mai 1996 ; la Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soude du 23 mars 2001, entrée en vigueur pour la Suisse le 24 décembre 2013 (RS 0.814.294) ; le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières du 21 mai 2003 (protocole additionnel à deux conventions adoptées à Helsinki le 17 mars 1992 : celle sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et celle sur les

trois grandes divisions du droit international privé dont deux présentent des spécificités environnementales²⁵.

- 2.14 D'abord le conflit des lois. Sa solution aboutit à la détermination du droit national qui doit être appliqué au cas présentant l'élément d'extranéité. Il ne s'agit pas forcément de la *lex fori*. Or, la norme résolvant le conflit des lois, spécifique à chaque système juridique national et potentiellement différente d'un État à un autre, peut résulter d'un traité international et mettre en œuvre une solution uniforme. On est en présence soit d'une solution uniforme non harmonisée (renvoi systématique vers une même règle nationale qui peut varier d'un État à un autre²⁶), soit d'un droit uniforme harmonisé²⁷.
- 2.15 Ensuite le conflit des tribunaux dont la solution se présente de manière particulièrement complexe dans les relations interétatiques. En effet, même si le droit applicable est uniformisé (*supra*), il s'agit aussi d'uniformiser le choix du tribunal pour éviter la litispendance dans un cas concret. Ainsi les traités s'efforcent-ils à limiter le choix du tribunal compétent. La Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 29 novembre 1969²⁸ par exemple dispose qu'une demande d'indemnisation ne peut être présentée que devant les tribunaux de ou des États contractants sur le territoire duquel/desquels l'événement a causé un dommage par pollution²⁹. Le risque de divergence de jurisprudence n'est cependant pas éliminé dès lors qu'une même pollution (notamment une marée noire originaire d'un même pétrolier) se produit sur plusieurs territoires³⁰. Ce risque persiste aussi en

effets transfrontières des accidents industriels). D'autres instruments existent notamment dans le domaine des activités civiles nucléaires.

25 Ce qui n'est pas le cas pour la troisième grande thématique, non abordée ici, à savoir le problème de l'exécution de la décision étrangère. Elle s'effectue normalement via l'*exequatur*.

26 L'exemple type se trouve dans le traité pionnier qui est la Convention dite nordique sur la protection de l'environnement du 19 février 1974. En matière de responsabilité civile délictuelle, il y est souligné dans le cadre de procédures concernant la réparation de dommages causés par des activités écologiquement nocives que « [l]a question de la réparation ne sera pas jugée selon des règles moins favorables à la Partie lésée que celles qui sont applicables en la matière dans l'État où lesdites activités sont effectuées. » (art. 3 § 2 de la Convention précitée). Le juge, parmi les différents systèmes nationaux impliqués, doit choisir celui qui garantit la réparation la plus favorable à la victime.

27 Le traité le plus appliqué dans le domaine est la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 22 novembre 1969 précitée en combinaison avec la Convention de 1992 portant création du Fonds du 27 novembre 1992. À côté de plusieurs autres traités en matière de pollution tantôt marine, tantôt d'origine nucléaire, on peut également mentionner le Protocole précité sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières du 21 mai 2003. Ce dernier fait suite à l'accident Sandoz survenu sur le Rhin en 1986 et résolu de manière diplomatique par la Suisse et les autres États riverains, sans aucune transparence.

28 RS 0.814.291.

29 Pour les détails, non approfondis ici, il faut se référer à l'article IX de cette convention. Cf. CAMPROUX-DUFFRÈNE/JAWORSKI/SOHNLE.

30 C'était le cas notamment du naufrage du Prestige en novembre 2002, cf. RUDA GONZALES, 297-307, disponible sous <https://journals.openedition.org/vertigo/16331> (6.7.2021).

présence d'une multiplication des accidents à l'origine d'un recours porté devant le juge : les tribunaux compétents dans des États différents pour différentes affaires peuvent interpréter différemment les mêmes règles matérielles³¹ ce qui introduit une variabilité choquante pour les droits environnementaux des individus et la possibilité du *forum shopping*.

La solution idéale consiste dans un renvoi préjudiciel devant une juridiction supranationale qui harmonise l'interprétation de l'instrument uniforme. Elle a existé en marge du droit de l'Union européenne avant même la « communautarisation » de cet aspect du droit international privé³² et une décision de principe de la Cour de justice des Communautés européennes en témoigne au sujet d'une pollution transfrontière : l'arrêt rendu le 30 novembre 1976 dans l'affaire des Mines de potasse d'Alsace³³ sur le fondement d'une convention internationale³⁴. Actuellement, la même Cour est compétente pour l'interprétation uniforme de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³⁵ visant la Communauté européenne (l'actuelle UE), le Danemark et les États membres de l'Association européenne de libre-échange (Islande, Norvège, Suisse). La procédure du recours préjudiciel n'est cependant ouverte qu'aux juridictions des États membres de l'UE alors que les organes d'États tiers disposent de moyens d'action moindres³⁶. Les individus de ces derniers ont notamment le droit, en tant que membres du « public », d'obtenir des informations sur l'interprétation uniforme de la convention³⁷.

31 Par exemple la pollution originaire de l'Erika à la suite de l'accident survenu en décembre 1999, devant les tribunaux français (cf. ROBERT et CAMPROUX-DUFFRÈNE/JAWORSKI/SOHNLE) et celle originaire du Prestige devant les tribunaux espagnols (cf. note précédente).

32 À travers le Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il s'agit d'une refonte du Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 qui numérote aussi différemment les anciens articles. Le dispositif en matière délictuelle que l'on trouve dans les autres textes harmonisés parallèles à l'art. 5 § 3 devient dans la refonte l'art. 7 § 2.

33 CJCE, arrêt *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA* du 30.11.1976, affaire 21-76 ; CJCE, arrêt *Van Leeuwen c. Ville de Rotterdam* du 8.2.1968, Demande de décision préjudicielle : *Gerechthof's-Gravenhage*, Pays-Bas, affaire 32-67.

34 Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, remplacée par le Règlement (CE) n° 44/2001, devenu le Règlement (UE) n° 1215/2012.

35 RS 0.275.12. Cette convention remplace la Convention de Lugano avec le même nom du 16 septembre 1988. Les articles 5 al. 3 sont identiques.

36 Protocole n° 2 à la Convention de Lugano de 2007 sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent (RS 0.257.12) : le droit pour les juridictions de déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites lors d'un recours préjudiciel (art. 2), le droit des délégués gouvernementaux de recourir à une procédure devant un comité permanent (art. 4) et de convoquer une réunion d'experts (art. 5). Cf. aussi : OESCH, 4 et 97-98.

37 *Ibid.*, art. 3.

- 2.17 L'intérêt individuel au titre du droit international privé de l'environnement reste un simple objet du droit international public, mais la thématique, en raison de ses attributs humains, devient digne d'une réglementation internationale dont l'harmonisation peut éventuellement être invoquée par les individus, certes indirectement, dans le cadre d'un recours préjudiciel, devant un tribunal supraétatique. Ce mécanisme reflète la capacité des individus de recourir à une garantie internationale effective même si elle ne vise qu'un droit reconnu dans l'ordre juridique interne.

2. La mobilisation internationale des droits environnementaux individuels grâce à la protection diplomatique

- 2.18 Cette hypothèse doit être signalée même si ces derniers temps elle n'est plus utilisée en raison d'autres moyens à la disposition des individus pour faire valoir leurs droits dans les situations internationales³⁸. Mais comme la modalité procédurale de la protection diplomatique continue d'être pertinente potentiellement³⁹, il convient de la développer à travers un aperçu d'affaires jurisprudentielles, toutes anciennes et articulées de manière privilégiée autour de thématiques environnementales mettant en jeu les besoins humains essentiels immédiats, à savoir l'eau et les productions vivrières.
- 2.19 Dans le règlement du différend du 22 août 1893 par la Commission anglo-russe dans l'affaire du fleuve Kushk⁴⁰, il s'agit de l'accès de la population afghane aux eaux de ce fleuve-frontière à des fins d'irrigation agricole. D'après la décision de la Commission d'arbitrage, les Afghans n'ont pas le droit de prélever des eaux sur le cours d'eau principal et de prolonger les canaux latéraux existants, mais le droit de puiser dans certains de ces canaux. En l'occurrence, l'État administrateur (l'Empire britannique) a fait valoir des droits d'accès à l'eau en faveur d'individus du territoire administré.
- 2.20 Une position beaucoup plus restrictive se reflète dans la sentence arbitrale de 1903 rendue dans l'affaire Faber⁴¹. L'Allemagne y protège diplomatiquement l'un de ses ressortissants, M. Faber, qui réside et exerce une activité commerciale au Venezuela. Même si le cas tourne essentiellement autour d'un problème de navigation (ou plutôt d'interdiction de navigation) sur un cours d'eau purement national, l'arbitre souligne à propos de l'usage innocent des eaux d'un fleuve par les habitants riverains l'absence de droits individuels les protégeant contre des mesures étatiques. En effet, les droits d'un indi-

38 Conformément aux solutions que la présente contribution développe dans les autres sous-parties.

39 Comme en témoignent d'autres affaires, non environnementales. Ainsi la Cour internationale de justice insiste dans l'affaire LaGrand sur le fait qu'une convention internationale (en l'occurrence relative à la protection consulaire) « crée des droits individuels qui [...] peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité », CIJ, arrêt *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis d'Amérique*) du 27.6.2001, C.I.J Recueil 2001, p. 466, c. 77, cf. aussi c. 65.

40 MARTENS, 566. Cette affaire est résumée en anglais par la FAO et disponible sur <<http://www.fao.org/3/w9549e/w9549e07.htm>> (6.7.2021) et par l'*International Water Law Project* et disponible sur <<https://www.internationalwaterlaw.org/cases/othertribunals.html>>.

41 RSA X 438-467. Le recueil n'indique pas de date exacte.

vidu ne seraient pas créés ou déterminés par ses désirs ou même par ses besoins sans le concours de l'État⁴².

Sur un plan beaucoup plus encourageant pour les droits individuels environnementaux, il y a l'affaire de la fonderie de Trail opposant les États-Unis d'Amérique et le Canada qui se cristallise dans les deux fameuses sentences arbitrales de 1938 et 1941⁴³. Comme il s'agit de la première grande affaire internationale environnementale, largement présentée et commentée, y compris dans les manuels⁴⁴, à propos d'une pollution transfrontière de l'air propagée dans une vallée fluviale, on se limitera ici seulement à rappeler l'aspect pertinent pour notre démarche. En effet, les victimes à l'origine de la procédure sont des agriculteurs états-uniens dont les cultures étaient affectées notamment par le dioxyde de soufre originaire de la fonderie canadienne. Leur gouvernement a accepté d'endosser leur réclamation sur le fondement de traités internationaux, notamment un Compromis en date du 15 avril 1935⁴⁵, et dans le cadre de procédures interétatiques de règlement des différends (par recours d'abord à la Commission internationale mixte sur le fondement d'un traité de 1909⁴⁶, ensuite, après l'échec de cette première procédure, à un tribunal arbitral). Dans la procédure arbitrale domine clairement une logique interétatique (Compromis, art. V-IX), sans droit d'intervention des victimes particulières affectées. La réparation canadienne sous forme d'indemnisation est versée au gouvernement fédéral états-unien et non pas directement aux agriculteurs qui ont subi le préjudice (*ibid.*, art. I et XII). Nous sommes donc clairement en présence d'une logique de protection diplomatique lors de laquelle un État fait valoir les réclamations de ses ressortissants dans un cadre de droit international public classique⁴⁷.

Dans l'affaire du barrage de Gut (*Gut Dam Case*)⁴⁸, des citoyens états-uniens demandent de nouveau réparation au gouvernement du Canada, cette fois à la suite de la construction d'un barrage par ce pays dans le système des Grands Lacs (affectant notamment le Lac Ontario) pour améliorer la navigation. Le fondement conventionnel des réclamations est double : 1) un ensemble d'éléments inhabituels pour former un accord international, composé d'une série de documents (deux autorisations unilatérales accordées

42 « The rights of an individual are not created or determined by his wants or even his necessities. [...] Wants or necessities of individuals can not (sic) create legal rights for them, or infringe the existing rights of others. », RSA X 466.

43 RSA III 1905-1982.

44 KISS, 73-76 ; ARBOUR *et al.*, 1204-1206.

45 RSA III 1639-1655.

46 Il s'agit du Traité de Washington relatif aux eaux frontalières du 16 janvier 1909, conclu entre les États-Unis d'Amérique et la Grande Bretagne pour le Canada, l'un des traités fondateurs du droit des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

47 Cf. aussi l'appréciation de l'accès direct aux tribunaux dans une hypothèse de pollution transfrontière par FITZGERALD, EI 417-419, disponible sous <https://doi.org/10.7202/701072ar> (6.7.2021).

48 Tribunal international arbitral, arrêt *The Gut Dam claims agreement with Canada* du 15.3.1965, ILM 1969 118-143 (rapport complet de l'agent états-unien du 22.11.1968) ; FAO 65 (1998) 254-256 (résumé) ; FITZGERALD, EI 406 ; SOHNLE, Eaux douces, 434 ; TRIGUEROS, IJGLS 608-609.

par les États-Unis) et de comportements factuels (des actes canadiens de construction d'ouvrage) s'échelonnant sur un laps de temps considérable autour de l'année 1903⁴⁹. On parle à ce propos de l'Accord de 1903 dans lequel les Parties se mettent d'accord sur le fait que le Canada doit indemniser de tout dommage consécutif à cet ouvrage les propriétaires (*property owners*) de l'île Les Galops (*Les Galops Island*)⁵⁰ et tous les autres propriétaires⁵¹ citoyens des États-Unis ; 2) un Compromis signé le 25 mars 1965 entre les mêmes parties portant établissement du Tribunal relatif aux plaintes concernant le Lac Ontario (*Lake Ontario Claims Tribunal* ou aussi *International Arbitral Tribunal to Dispose of United States Claims Relating to Gut Dam*). Cette juridiction internationale doit traiter les requêtes de 230 citoyens états-uniens ayant subi des dommages d'inondation et d'érosion au début des années 1950 à la suite d'une augmentation du niveau des eaux due au barrage. Le Tribunal a résolu le différend à travers trois décisions, datant respectivement du 15 janvier, 12 février et 27 septembre 1968.

- 2.23 Toutefois, ce moyen de règlement de différend s'appréhende aussi à une procédure de protection diplomatique par interposition d'un tribunal arbitral⁵² comme il ressort du Compromis et des Règles de procédure adoptées sur le fondement de l'article VI de ce Compromis⁵³. En effet, le gouvernement états-unien vérifie préalablement la nationalité états-unienne de chaque requérant⁵⁴, toutes les requêtes des citoyens états-uniens et les répliques du gouvernement canadien transitent à travers un agent gouvernemental (Règles de procédure, art. XI⁵⁵), en l'occurrence le délégué états-unien (donc pas d'accès individuel direct au tribunal d'arbitrage), ce sont seulement les délégués gouvernementaux qui mènent la procédure contentieuse (requête, preuve, arguments, cf. Règles de procédure, art. XIII et XIV⁵⁶) et c'est le ministère des finances des États-Unis appliquant ses règles nationales qui verse les indemnisations finales accordées par le Canada aux requérants états-uniens⁵⁷. En définitive, les individus ont fait valoir des droits environnementaux (atteinte à leur propriété privée à la suite d'une modification artificielle d'une masse d'eau naturelle) par l'intermédiaire de leur gouvernement éta-

49 ILM 1969 134.

50 D'après l'interprétation de l'Accord de 1903 par le Tribunal, objet surtout de sa première décision, ILM 1969 136.

51 D'après l'interprétation de l'Accord de 1903 par le Tribunal, objet surtout de sa deuxième décision, ILM 1969 138-140.

52 Sur l'analyse de la nature juridique de ce mécanisme d'un point de vue de la *common law*: RE EDWARD D., BLR 125 ss, disponible sous <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol17/iss1/9> (6.7.2021).

53 ILM 1969 125.

54 ILM 1969 133.

55 ILM 1969 127.

56 Des interventions orales par les requérants individuels sont seulement admises exceptionnellement et les individus sont qualifiés de témoins (et pas de parties), cf. ILM 1969 127-129.

57 ILM 1969 142.

tique qui a endossé leur action et l'a supportée dans le cadre d'une procédure interétatique de règlement des différends⁵⁸.

Les droits environnementaux individuels précédents se sont exercés selon la vision classique du droit international public, où la personnalité juridique internationale de l'État fait écran face à la personne humaine et où il faut imaginer des techniques qui permettent de contourner cette situation pour prendre en compte des besoins spécifiquement humains. Dès à présent, il faut présenter une perspective plus moderne dans la mesure où cet obstacle peut être battu en brèche. Cela nous conduit vers une véritable reconnaissance de droits spécifiquement humains en droit international de l'environnement, donc au-delà d'une simple prise en compte des individus. 2.24

III. Un obstacle battu en brèche : vers la reconnaissance de droits spécifiquement humains en droit international de l'environnement

Il arrive que des traités généraux en matière environnementale s'intéressent aussi à des droits individuels, notamment à la non-discrimination entre êtres humains⁵⁹, sans cependant produire aucune conséquence en termes de reconnaissance en tant que sujets juridiques. En effet, rappelons nos deux critères d'existence d'une personnalité juridique, à savoir la capacité de revendiquer des droits et d'être assujéti à des obligations corrélatives et celle de pouvoir invoquer effectivement leur garantie dans cet ordre juridique. Il faut l'admettre, ces critères ne sont jamais entièrement remplis en droit international (de l'environnement) au profit des êtres humains. On ne peut constater qu'une tendance en ce sens. Une reconnaissance limitée de droits individuels s'observe à partir du moment où les êtres humains sont titulaires de droits directement dans l'ordre juridique international (A), même si le second volet manque, à savoir leur invocabilité effective, notamment directement devant une juridiction internationale. Cette reconnaissance est augmentée lorsque les deux existent, titularité et invocabilité. Toutefois, en raison d'autres lacunes face à une personnalité juridique pleine et entière, les individus continuent à s'analyser comme des simples sujets partiels du droit international (B). 2.25

58 Notons cependant que même si le tribunal doit traiter chaque requête individuellement, il peut aussi rendre des conclusions générales (Compromis, art. II al. 5 ; ILM 1969 119).

59 Art. 32 Convention précitée sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation du 21 mai 1997 (Non-discrimination) : « À moins que les États du cours d'eau intéressés n'en conviennent autrement pour protéger les intérêts des personnes, physiques ou morales, qui ont subi un dommage transfrontière significatif résultant d'activités liées à un cours d'eau international [...] ne fait pas de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu où le préjudice a été subi dans l'octroi auxdites personnes, conformément à son droit interne, de l'accès aux procédures juridictionnelles et autres ou bien d'un droit à indemnisation ou autre forme de réparation au titre d'un dommage significatif causé par de telles activités menées sur son territoire. »

1. Les individus comme titulaires de droits internationaux

- 2.26 Notamment deux traités internationaux méritent une attention spéciale dans ce contexte. Ils s'intéressent à un côté seulement du droit humain à un environnement sain. En effet, quant à la substance de ce droit, on peut distinguer la face procédurale et le revers matériel. Pour les juristes, les procédures restent fondamentales, comme condition *sine qua non* pour faire valoir un droit matériel. Or, ces deux traités consacrent des droits seulement procéduraux qui se présentent comme un triptyque : accès à l'information environnementale ; participation au processus décisionnel environnemental⁶⁰ ; accès à la justice en matière environnementale⁶¹. L'un a été adopté en 1998 à Aarhus dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-NU)⁶², l'autre en 2018 à Escazú dans le cadre de la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC) des Nations Unies⁶³. Ces deux traités consacrent dans une formulation explicite « le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être » ainsi que, pour atteindre cet objectif général, les trois droits procéduraux mentionnés⁶⁴.
- 2.27 Toutefois, le dispositif de la Convention d'Aarhus laisse traîner une certaine ambiguïté quant au statut exact des êtres humains d'un point de vue du droit international. En effet, les États Parties ne doivent mettre en place et garantir qu'un « cadre précis, transparent et cohérent » pour appliquer ces droits à travers des mesures législatives, réglementaires ou autres (art. 3). De même, à propos de chacun des trois droits procéduraux, chaque Partie « fait en sorte que » les conditions de sa mise en œuvre soient assurées (art. 4 et 5), applique le dispositif (art. 6 et 7) ou veille à son application (art. 9). Les formules explicites de consécration d'un droit humain, comme elles se trouvent habituellement dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, sont soigneusement évitées.
- 2.28 La situation se présente très différemment dans l'Accord d'Escazú. Son article 4 al. 1 dispose d'abord : « Chaque Partie garantit le droit de toute personne à vivre dans un environnement sain, ainsi que tout autre droit de l'homme universellement reconnu qui soit lié au présent Accord. » Ensuite, « [c]haque Partie garantit le droit du public d'ac-

60 Sur les difficultés particulières de ce volet, supposant une approche démocratique, cf. DROBENKO, RJE 31 et 42-52.

61 Cet accès à la justice peut aussi s'articuler devant une juridiction supra-étatique telle la CJUE. Sur les difficultés dans ce contexte, cf. PRIEUR, RJE 223 ss.

62 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2014 (RS 0.814.07) ; DROBENKO, RJE 31 ss ; EBBESSON ; ARBOUR *et al.*, 238-240.

63 Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes du 4 mars 2018 ; DELZANGES.

64 Art. 1 Convention d'Aarhus. Formule similaire à l'art. 1 de l'Accord précité.

céder à l'information environnementale » (art. 5) ainsi que « le droit d'accéder à la justice à propos des questions environnementales » (art. 8). Seulement en matière de participation, la formulation est plus prudente : la Partie « s'engage à assurer le droit de participation du public » (art. 7)⁶⁵. Dans l'ensemble, l'instrument américain exprime clairement la volonté étatique de créer des droits humains au profit des individus, contrairement à l'instrument européen.

Qui sont les individus visés ? Les deux instruments utilisent le concept de public qui va au-delà de celui de personne physique en droit interne. Au titre du public, on désigne « une ou plusieurs personnes physiques ou morales et, conformément à la législation ou à la coutume du pays, les associations, organisations ou groupes constitués par ces personnes » (Convention d'Aarhus, art. 2 al. 4⁶⁶). L'Accord d'Escazú a le mérite de se focaliser en plus, à côté du public, sur les « personnes ou groupes en situation de vulnérabilité », à savoir « les personnes ou groupes qui rencontrent des difficultés particulières pour exercer pleinement leurs droits d'accès reconnus ... » (art. 2e). 2.29

Ces deux instruments ne consacrent pas seulement de manière plus ou moins explicite des droits au profit des individus, mais leur réservent aussi un mécanisme international pour les faire valoir. Sur le fondement de l'article 15 de la Convention d'Aarhus, la première réunion des Parties a créé en 2002 un Comité d'examen du respect des dispositions⁶⁷. L'Accord d'Escazú, entré en vigueur seulement le 22 avril 2021, vise directement la mise en place d'un Comité de soutien à l'application et au respect en tant qu'organe subsidiaire de la Conférence des Parties (art. 18 al. 1). Il souligne cependant que ce Comité « a un caractère consultatif, transparent, non contentieux, non judiciaire et non punitif, pour examiner le respect des dispositions du présent Accord et formuler des recommandations » (art. 18 al. 2). 2.30

Bien qu'il ne s'agisse pas de la mise en place d'un recours juridictionnel, la possibilité de plainte individuelle à travers la procédure dite de communication, établie dans le cadre de la Convention d'Aarhus, est tellement développée que la « jurisprudence » du 2.31

65 L'explication est probablement la dimension démocratique et les difficultés de mise en œuvre en droit interne de ce volet. Cf. pour la situation française : DROBENKO, RJE 31 ss.

66 Sur l'interprétation du concept « public » par le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, cf. A. ANDUSEVYCH/KERN, *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014)*, 3^e éd., Lviv 2016, 11 et 15-16.

Quant à l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes du 4 mars 2018, il formule d'une manière proche : le public vise « une ou plusieurs personnes physiques ou morales et les associations, organisations ou groupes constitués par ces personnes, qui sont des ressortissants nationaux ou qui sont sujets à la juridiction nationale de l'État Partie » (art. 2d). L'adjonction « juridiction nationale » permet explicitement d'élargir le cercle de personnes au-delà du cadre territorial étatique. Précisons que le terme « juridiction » est ici utilisé comme anglicisme, conformément au jargon internationaliste, dans le sens de « compétence ».

67 CES, Décision I/7, Examen du respect des dispositions du 2.4.2004.

Comité⁶⁸ compense largement la formulation restrictive constatée *supra* autour du concept de droit humain⁶⁹. En effet, la procédure mise en place correspond à une logique quasi-juridictionnelle avec toutes les garanties propres à un tribunal parmi lesquelles on peut mentionner : la possibilité pour tout membre du public de soumettre une communication à ce Comité⁷⁰, l'indépendance des membres du Comité⁷¹, la démarche contradictoire⁷², la publicité de la séance⁷³ et des conclusions⁷⁴ ainsi que la possibilité de déplacement du Comité sur les lieux⁷⁵. Après l'échange factuel et juridique des parties⁷⁶, le Comité établit non seulement les faits⁷⁷, mais se prononce aussi en droit, avec la possibilité de constater le non-respect du droit. Il le fait à travers ses conclusions, assorties, le cas échéant, de recommandations⁷⁸. Le Comité remplit ainsi la fonction classique d'un juge qui d'abord constate les faits et ensuite interprète et applique le droit à travers le syllogisme juridique.

- 2.32 En revanche, ce qui fait défaut pour qu'on soit en présence d'une décision de justice complète, et donc d'une invocabilité effective de droits au profit des individus, c'est l'autorité obligatoire de la décision finale. En effet, en cas de conclusions de non-respect, le Comité invite l'État Partie à lui faire un rapport sur l'application des conclusions⁷⁹. Si la Partie ne donne pas suite aux conclusions et à des éventuelles recommandations, aussi de manière répétée⁸⁰, le dossier est transmis à la Réunion des Parties⁸¹ dont les sanctions maximales consistent dans la publication d'une déclaration de non-respect, dans une mise en garde de l'État Partie concerné⁸², dans la suspension de ses droits et privilèges accordés au titre de la Convention et dans l'adoption de toute autre mesure non conflictuelle, non judiciaire et concertée⁸³. Bref, malgré un effet politique certain, il s'agit de moyens classiques interétatiques, diplomatiques (en l'occurrence d'une

68 Cf. les chroniques à la RJE, p.ex. BÉTAILLE.

69 La jurisprudence a fait l'objet de la recompilation précitée : Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014). Cf. *ibid.* sur le concept de « droit », 23-26.

70 Guide du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, 2^e édition, mai 2019, N 86 et 224, disponible sous <https://unece.org> (6.7.2021) sous « Publications ».

71 *Ibid.*, N 56 ss et 64 ss.

72 *Ibid.*, N 121 ss et 182 ss.

73 Guide du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, 2^e édition, mai 2019, N 29 et 42.

74 *Ibid.*, N 200.

75 *Ibid.*, N 54.

76 *Ibid.*, N 183 ss.

77 *Ibid.*, N 164 ss.

78 *Ibid.*, N 195d, 196 et 202.

79 *Ibid.*, N 204 ss.

80 *Ibid.*, N 217.

81 *Ibid.*, N 209.

82 *Ibid.*, N 223.

83 Sur le fondement de la Décision I/7 (précitée), annexe § 37 (e-h).

conciliation) et non contraignants à propos de l'obligation concrète violée, éliminant par ailleurs l'individu concerné de la relation juridique.

Il existe cependant des domaines où la consécration de droits individuels en droit international est assortie d'un recours entièrement juridictionnel dans l'ordre international. 2.33

2. Les individus comme sujets internationaux partiels

Malgré un progrès certain, deux imperfections doivent être relevées pour illustrer la personnalité partielle, donc imparfaite des individus dans des ensembles normatifs qui dépassent les ordres juridiques nationaux. D'abord celle liée au phénomène de décalage d'ordres juridiques à vocation internationale, en raison de la présence d'un droit transnational *sui generis*. Ensuite celle liée au manque de plénitude dans l'articulation des droits et obligations. 2.34

En premier lieu, la présence de droits et obligations entre sujets de droit et leur garantie juridictionnelle doivent se manifester dans le même ordre juridique, en l'occurrence dans celui du droit international public. Or, lorsque ce phénomène se produit pour les individus dans un ordre juridique parallèle, même s'il dépasse le cadre national et les met sur un plan d'égalité juridique avec les États, la personnalité juridique internationale n'est pas atteinte. Cette situation s'observe dans le droit transnational qualifié de *lex mercatoria*. Il est généré par des contrats internationaux liant sujets de droit international (États) et non (sociétés internationales, professionnels individuels). Les droits et obligations contractuels sont garantis dans une dimension juridique qui ne relève ni du droit national, ni du droit international public dans la mesure où le règlement des différends se fait par la voie de sentences arbitrales obligatoires qui produisent un ensemble normatif *sui generis*⁸⁴. La réalisation la plus manifeste en est le règlement organisé dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)⁸⁵. 2.35

Dans l'affaire *Bayview Irrigation District et autres contre Mexique* de 2007, des requérants individuels texans (donc états-unis), agriculteurs et propriétaires de terrain⁸⁶, ont formé un recours contre le Mexique pour violation de l'ALENA et du Traité sur l'eau conclu entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique en 1944⁸⁷. Cette violation résulterait d'utilisations des eaux en provenance du Rio Bravo/Rio Grande sur le territoire mexicain, affectant d'après les requérants, leur bénéfice de ces eaux sur le territoire des États-Unis d'Amérique. Ils considèrent qu'il y a violation de leurs droits de propriété 2.36

84 SOHNLE, Différends, 409-411.

85 Son fondement juridique est la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965, entrée en vigueur pour la Suisse le 14 juin 1968 (RS 0.975.2). Pour des détails, cf. ASCENSIO, 131 ss.

86 CIRDI, arrêt *Bayview Irrigation District and others c. United Mexican States* du 19.6.2007, c. 2 et 4.

87 Traité relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande du 3 février 1944. Il marque l'abandon de la doctrine Harmon par les États-Unis.

étant donné que les mesures mexicaines portent atteinte à leurs investissements⁸⁸. Le tribunal arbitral s'est cependant déclaré incompétent parce qu'il ne pouvait pas constater des investissements sur le territoire mexicain, ni de manière directe⁸⁹, ni de manière indirecte sur le fondement du traité de 1944⁹⁰. Il s'agit malgré tout d'une belle illustration sur la possibilité de principe des individus d'invoquer des droits à l'encontre d'un État et cela hors contexte du système juridique national. Même si les critères essentiels de la personnalité juridique au profit de l'individu sont présents, ils ne se manifestent pas en droit international public et peuvent donc être qualifiés de partiels au regard de leur portée internationale.

- 2.37 En second lieu, ce caractère partiel découle pour les êtres humains aussi d'un manque de plénitude dans l'articulation des droits et obligations. Il s'observe dans les systèmes de protection des droits humains qui, comme on le sait, « s'environnementalisent » de manière croissante. Le système mondial⁹¹ n'atteint pas l'objectif d'une décision juridictionnelle obligatoire⁹² pour qu'on puisse s'approcher d'une véritable subjectivité juridique au profit des titulaires des droits garantis. Les systèmes interaméricain et africain⁹³ y parviennent pour les titulaires humains qui profitent de la reconnaissance de la compétence de la Cour interaméricaine⁹⁴ ou africaine. C'est cependant le système européen⁹⁵ qui sur le plan procédural est le plus parfait puisque le recours à la Cour européenne des droits de l'homme est systématique, avec une décision juridictionnelle obligatoire comme résultat⁹⁶.

88 CIRDI, arrêt *Bayview Irrigation District and others c. United Mexican States* du 19.6.2007, c. 40-51.

89 *Ibid.*, c. 113-118.

90 *Ibid.*, c. 119-121. Par ailleurs, les requérants n'ont pas établi que le litige tombe dans le domaine d'application de l'ALENA (c. 122). Les requérants ont notamment invoqué (c. 46, cf. aussi c. 76), en vain, la fameuse Déclaration conjointe sur l'eau comme marchandise (Joint Statement issued by the three NAFTA States on 2 December 1993).

91 On peut citer en matière environnementale : CDH, arrêt *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay* du 20.9.2019, Communication 2751/2016. Plus indirectement : CDH, arrêt *Francis Hopu et Teipoitu Bessert c. France* du 29.12.1997, Communication 549/1993.

92 SUDRE, 87-90 N 53 et 54.

93 Le système africain prend en compte plus particulièrement aussi les peuples en tant que collectifs. À titre exemplaire, pour la période antérieure à la Cour, on peut citer la Communication 155/96 de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, arrêt *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic, and Social Rights c. Nigeria* du 21.10.2001, avec la fameuse citation tirée d'Alexandre Kiss.

94 Le système interaméricain prend aussi en compte les communautés notamment indigènes. Parmi d'autres, on peut citer trois arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : arrêt *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* du 31.8.2001 ; arrêt *Peuple Saramaka c. Suriname* du 28.11.2007 ; arrêt *Kawas-Fernández c. Honduras* du 3.4.2009.

95 La Cour a édité une fiche thématique « Environnement et CEDH » de 33 pages qui peut être consultée en ligne (version avril 2021) : https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_fra.pdf (6.7.2021). Cf. aussi : CONSEIL DE L'EUROPE ; NADAUD ; COUNIL/PERRUSSO, RDH 1ss.

96 Le non-respect engage la responsabilité internationale.

Toutefois, même si des droits environnementaux sont garantis aux individus et peuvent être invoqués avec succès dans l'ordre juridique international, la personnalité juridique internationale des êtres humains n'est pas atteinte pleinement. D'abord ces droits se limitent à ceux énumérés de manière limitative dans les listes établies dans les conventions protectrices des droits de l'homme et leurs protocoles. Ensuite, il manque le parallélisme dans l'exercice de ces droits qui devraient être applicables de manière corrélative entre tous les sujets de droit d'un ordre juridique donné. 2.38

Donnons deux exemples pour illustrer cette affirmation. Premier exemple : L'individu humain a un droit à l'information environnementale à l'encontre de l'État dans l'ordre juridique établi par la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁷. En revanche, l'État ne jouit pas du même droit à l'encontre de l'individu. Ce droit, et l'obligation d'information réciproque à la charge de l'individu à l'origine d'une activité potentiellement polluante, se manifeste en droit interne, par exemple en France en droit des installations classées. Second exemple : Ce droit doit exister entre tous les sujets d'un même ordre. Il existe bien dans le cadre de la Convention européenne dans les relations interétatiques (art. 33). En revanche, quant aux relations entre individus se pose le problème de l'effet horizontal de la Convention, non résolu de manière satisfaisante⁹⁸. 2.39

Au-delà de notre thématique (les droits environnementaux individuels en droit international) signalons aussi l'autre côté de la médaille, à savoir la thématique des obligations environnementales individuelles à propos desquelles s'observent les mêmes limites. Il suffit de mentionner l'obligation pesant sur chaque être humain de ne pas commettre l'un des crimes internationaux (crime contre la paix, crime de guerre, crime contre l'humanité, génocide)⁹⁹. Or, si cette branche du droit pénal international peut rendre les individus responsables et justiciables d'un crime directement dans l'ordre international¹⁰⁰, ce qui correspond à la conception que la personnalité juridique implique aussi des obligations, il manque le parallélisme corrélatif déjà soulevé entre ces obligations et par exemple les listes internationales des droits humains. 2.40

IV. Conclusion

Les graduations d'un statut possible de l'individu humain dans le droit international de l'environnement ont été vues et leur existence mise en évidence : simple objet juridique assimilable à une chose ; toujours objet, mais investi d'attributs humains et donc digne d'une réglementation harmonisée ayant vocation à être transposée au profit de l'individu en droit interne et éventuellement invocable devant une juridiction supranationale ; sujet indirect dont l'État peut endosser la réclamation pour la porter dans la sphère 2.41

97 CourEDH, arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19.2.1998, requête n° 14967/89.

98 Sur l'effet horizontal dit « indirect », cf. SUDRE, 257-258 N 164. Sur la problématique d'une manière générale, cf. ARBOUR *et al.*, 183-247 ; LAVIEILLE/DELZANGLES/LE BRIS, 33, 116-117 et 329-336.

99 Sur cet aspect, cf. ARBOUR *et al.*, 1307-1309.

100 DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 718 N 418.

interétatique ; sujet imparfait investi de droits dont il ne peut imposer le respect en droit international ; sujet partiel doté de droits humains limitativement énumérés et dont l'exercice ne s'étend pas de manière corrélative à tous les sujets de l'ordre juridique. Il ne manque que la pleine reconnaissance de la personnalité internationale au profit des individus.

- 2.42 Dans la mesure où le droit est inventé par les êtres humains et vise en tant que forme culturelle de manière première leurs relations, il ne serait pas incohérent que cette dernière hypothèse soit réalisée. Il ne s'agit pas de nier ni la personnalité morale de l'État¹⁰¹ ou des organisations intergouvernementales¹⁰², ni la possibilité théorique, due au caractère fictionnel du droit, de transformer des êtres humains en choses juridiques (l'exemple des esclaves dans l'antiquité et à l'époque coloniale le montre bien). Toutefois, face aux défis de l'humanité et de son environnement naturel, une vision focalisée sur l'être humain¹⁰³, intégrative aussi d'autres éléments vivants et des écosystèmes¹⁰⁴, devrait prévaloir en droit international public sur la domination souveraine de l'État. Cet ordre juridique serait ainsi ramené à une conception humaniste du droit, défendue par des adeptes aussi divers comme certains sophistes, les stoïciens, les rédacteurs du Digeste, des philosophes chrétiens comme Thomas d'Aquin, les rationalistes modernes comme Grotius, les philosophes des lumières comme Kant et les philosophes modernes qui s'inscrivent dans ces traditions¹⁰⁵, y compris celles et ceux qui prennent en compte aussi les intérêts de la nature¹⁰⁶. Terminons notre thématique qui visait les individus avec la position d'un philosophe de la culture, Ernst Cassirer. Pour lui, le droit à la personnalité juridique de tous les êtres humains est le point de départ même des droits humains, voire de l'idée du droit, et ne peut, en tant que droit fondamental, ni être cédé, ni être abandonné¹⁰⁷. Pour être conséquent : les êtres humains ne doivent pas être privés de leur personnalité dans un ordre juridique quel qu'il soit.

101 Tendence qui s'observe chez certains auteurs du courant réaliste sociologique, notamment Georges Scelle : « Les <personnes morales> – Si la qualité de sujet de droit n'appartient pas à tous les individus et ne leur appartient pas uniformément, elle ne peut cependant appartenir qu'à des individus. Elle est en effet un attribut social de la volonté. Il ne peut donc y avoir de sujet de droit que là où il y a un être doué de volonté personnelle. » (c'est G. Scelle qui ajoute les guillemets et souligne), SCELLE, 9. Cf. aussi sur la personnalité de l'État, SOHNLE, Représentation, 351 - 352.

102 Pour Paul Reuter le mécanisme des organisations internationales permet justement de faire des particuliers, « dans certaines limites, des sujets de droit international », REUTER, 38.

103 Il pourrait ainsi exister « un droit <naturel>, inhérent des personnes humaines, à la personnalité juridique internationale », cf. DAILLIER/FORTEAU/PELLET, 717 N 418.

104 SOHNLE, Droits de la nature, 154 ss.

105 SOHNLE, État de droit, 42 - 46.

106 HESS ; BRENNER.

107 CASSIRER, Myth, 175 : « There is at least, one right that cannot be ceded or abandoned : the right to personality. [...] This fundamental right, the right to personality, includes in a sense all the others. » Cf. aussi : SOHNLE, État de droit, 42.

Deuxième partie :
Le droit d'accès au juge en matière
environnementale et climatique

§ 3 Le droit à un recours effectif en matière environnementale selon la CEDH et la Convention d'Aarhus

Daniela Thurnherr*

Table des matières

I.	Introduction	47
II.	Le droit à un recours effectif en matière environnementale selon la CEDH	47
	1. Les garanties de la Convention relatives à la protection juridique en matière d'environnement : Vue d'ensemble	47
	2. Article 6 paragraphe 1 CEDH : Droit à un procès équitable	48
	3. Article 13 CEDH : Droit à un recours effectif	52
	4. Pertinence des garanties substantielles de la CEDH pour la protection juridique	55
	5. Les défis actuels : La protection du climat en tant que problème mondial	56
	6. Évaluation tenant compte de l'importance des garanties de la Convention pour la Suisse	58
III.	Le droit à un recours effectif en matière environnementale selon la Convention d'Aarhus	60
	1. Remarques introductives sur la Convention d'Aarhus et son application en Suisse	60
	2. Lignes directrices pour la protection juridique nationale	61
	3. Évaluation tenant compte de la réception des dispositions pertinentes dans la jurisprudence suisse	65
IV.	Remarques finales	67

Bibliographie

BÄHR CORDELIA CHRISTIANE/BRUNNER URSULA/CASPER KRISTIN/LUSTIG SANDRA H., KlimaSeniorinnen: Lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation, *Journal of Human Rights and the Environment* 2018, 194 ss; BIAGGINI GIOVANNI, BV-Kommentar, 2^e éd., Zurich 2017; BRAIG KATHARINA, Umweltschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention, Bâle 2013; BRAIG KATHARINA FRANZISKA/EHLERS-HOFHERR ANGELA, Diese andere potenzielle Katastrophe: Wie kann der EGMR dazu beitragen, die Klimakrise einzudämmen?, *NuR* 2020, 589 ss; EHEMANN EVA-MARIA ISABELL, Umweltgerechtigkeit, Tübingen 2000; EPINEY ASTRID/DIEZIG STEFAN/PIRKER BENEDEKT/REITEMEYER STEFAN, Aarhus-Kommentar, Handkommentar, Baden-Baden 2018; EPINEY ASTRID/SCHEYLI MARTIN, Aarhus-Konvention: Rechtliche Tragweite und Implikationen für das schweizerische Recht, Fribourg 2000; FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 2^e éd., Kehl am Rhein 2009; GRIFFEL ALAIN/RAUSCH HERIBERT, Kommentar zum Umweltschutzgesetz: Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011; GRABENWARTER CHRISTOPH, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Munich 1997; GRABENWARTER

* Professeure en droit public à l'Université de Bâle.

CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 7^e éd., Munich 2021; GROSZ MIRINA, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 1C_37/2019 vom 5. Mai 2020, URP/DEP/DAP 2020, 409 ss; HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020; HÄNNI JULIA, Menschenrechtsverletzungen infolge Klimawandels: Voraussetzungen und Herausforderungen: Dargestellt am Beispiel der EMRK, EuGRZ 2019, 1 ss; HERZOG RUTH, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Berne 1995; JENDROSKA JERZY, Aarhus Convention Compliance Committee: Origins, Status and Activities, Journal for European Environmental & Planning Law 2011, 301 ss; KLEY ANDREAS, Gerichtliche Kontrolle von Atombewilligungen: Anmerkungen zu EGMR-Urteil im Fall Balmer-Schafroth gegen die Schweiz, EuGRZ 1999, 177 ss; MAGISTRO FRANCESCA, Le droit à un environnement sain revisité. : Etude de droit suisse, international et comparé, Genève/Zürich/Bâle 2017; MARTI URSULA, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht: Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung, Genève/Zurich/Bâle 2011; MÜLLER MARKUS, Remarques concernant ATF 2C_1176/2013 du 17.4.2015, ZBl 2015, 446 ss; PÉTERMANN NATHANAËL, Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Berne 2014; PITEA CESARE, Procedures and Mechanisms for Review under the 1998 Aarhus Convention, in Treves et al. (éd.), Non-compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements, La Haye 2009, 221 ss; REHMANN MERET, BVGer A-2992/2017: Anspruch auf eine Verfügung über Realakte im Zusammenhang mit dem Klimaschutz, AJP/PJA 2019, 653 ss; REICH JOHANNES, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_37/2019, 5. Mai 2020 (Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. gegen Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK]), ZBl 2020, 489 ss; RÜEGGER VANESSA, Strategic Human Rights Litigation: Eine Standortbestimmung, sui-generis 2020, 94 ss; SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts: Darstellung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland mit vergleichenden Hinweisen auf die Bundesverwaltungsrechtspflege in der Schweiz mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK, EuGRZ 1988, 577 ss; SCHMIDT-RADEFELDT ROMAN, *Ökologische Menschenrechte: ökologische Menschenrechtsinterpretation der EMRK und ihre Bedeutung für die umweltschützenden Grundrechte des Grundgesetzes*, Baden-Baden 2000; SIDLER SALOME/BALLY JÜRIG, La ratification projetée par la Suisse: impact et enjeux de la Convention d'Aarhus pour le droit fédéral, URP/DEP/DAP 2009, 725 ss; THURNHERR DANIELA, Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Spurensuche, URP/DEP/DAP 2017, 509 ss (cité: THURNHERR, Aarhus-Konvention); THURNHERR DANIELA, The Reception Process in Austria and Switzerland, in Keller/Stone Sweet (éd.), A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford 2008, 311 ss (cité: THURNHERR, The reception); THURNHERR DANIELA, *Öffentlichkeit und Geheimhaltung von Umweltinformationen. Weiterentwicklung des Umweltvölkerrechts durch die Aarhus-Konvention und deren Bedeutung für das schweizerische Recht*, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité: THURNHERR, *Öffentlichkeit*); UHLMANN FELIX, Entwicklungen im Verwaltungsrecht, SJZ 2016, 423 ss; VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020; WIESINGER NICOLA, Innovation im Verwaltungsrecht durch Internationalisierung, eine rechtsvergleichende Studie am Beispiel der Aarhus-Konvention, Tübingen 2013; WISARD NICOLAS, Le droit de recours des organisations écologistes: quelques perspectives ouvertes par la Convention d'Aarhus, URP/DEP/DAP 2009, 813 ss; WISARD NICOLAS/ORCEL LYDIA, Convention d'Aarhus: la « jurisprudence » du Comité d'examen du respect des dispositions, URP/DEP/DAP 2017, 488 ss; ZIMMERLI ULRICH, EMRK und schweizerische Verwaltungsrechtspflege, in Thüerer/H. Weber/Zäch (éd.), Aktuelle Fragen zur Menschenrechtskonvention, Zurich 1994, 41 ss.

I. Introduction

La mise en œuvre de la protection juridique en matière d'environnement n'est plus un 3.1
sujet purement national ; au contraire, elle se trouve façonnée de différentes manières
par des exigences juridiques internationales. L'accès à la justice a fait son entrée dans
un instrument de droit international de l'environnement en 1992, à savoir la Déclaration
de Rio¹. Le dixième principe de cette déclaration stipule, entre autres, l'accès effectif
aux procédures judiciaires et administratives². Toutefois, il s'agissait alors encore d'un
instrument non contraignant (*soft law*). Aujourd'hui, l'accès à la justice fait également
l'objet de conventions contraignantes. Au niveau du droit international de l'environne-
ment, c'est la Convention d'Aarhus³ en particulier qui déploie des effets sur la manière
de concevoir la protection juridique nationale. En outre, plusieurs garanties de la
Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁴ contribuent à former et déli-
miter l'accès à la justice en matière d'environnement.

La présente contribution traite des dispositions de la CEDH et de la Convention d'Aa- 3.2
rhus pouvant entrer en jeu en matière d'environnement. Elle examine les exigences
auxquelles le droit national doit répondre à cet égard. En outre, il sera démontré com-
ment les dispositions concernées ont été intégrées dans la jurisprudence suisse et com-
ment celles-ci affectent spécifiquement le droit national de notre pays.

II. Le droit à un recours effectif en matière environnementale selon la CEDH

1. Les garanties de la Convention relatives à la protection juridique en matière d'environnement : Vue d'ensemble

La CEDH ne garantit pas explicitement un droit à la protection juridique contre les actes 3.3
de l'administration publique. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme
(CourEDH) a successivement développé le potentiel des garanties judiciaires et procé-
duraux de la Convention pour la juridiction administrative. L'accent est mis sur l'ar-
ticle 6 (*infra*, II, 2) ainsi que sur l'article 13 de la CEDH (*infra*, II, 3). En outre, dans le
contexte du droit de l'environnement, les garanties matérielles, en premier lieu l'ar-
ticle 8 de la CEDH, revêtent également une certaine importance (*infra*, II, 4).

1 Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 12 août 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I) : « Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré. ».

2 Outre l'accès à l'information en matière d'environnement et la participation du public au processus décisionnel relatif à l'environnement, le dixième principe souligne l'importance de la protection judiciaire : « Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré. ».

3 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2014 (RS 0.814.07).

4 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101).

2. Article 6 paragraphe 1 CEDH : Droit à un procès équitable

a) Pertinence de l'article 6 paragraphe 1 CEDH en droit de l'environnement

- 3.4 L'article 6 paragraphe 1 de la CEDH garantit le droit de toute personne à ce que les litiges portant sur ses droits et obligations de caractère civil ou sur les accusations en matière pénale portées contre elle soient entendus par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi dans le cadre d'un procès équitable. Du point de vue du droit de l'environnement, le concept des « droits et obligations de caractère civil » revêt une importance particulière. L'interprétation autonome de cette expression a permis à la Cour européenne des droits de l'homme d'étendre l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 1 CEDH au domaine du droit public.
- 3.5 Selon la jurisprudence constante de la CourEDH, l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 1 CEDH repose sur les conditions suivantes: « pour que l'article 6 paragraphe 1 sous sa rubrique « civile » trouve à s'appliquer, il faut qu'il y ait « contestation » sur un « droit » que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne, et ce, qu'il soit aussi protégé par la Convention ou non. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice; enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisant pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 »⁵ 6.
- 3.6 La CourEDH interprète la notion de droit de manière autonome, c'est-à-dire indépendamment de la question de savoir si le droit interne qualifie la prétention en cause de droit (subjectif) assorti de possibilités procédurales d'exécution correspondantes⁷. Toutefois, le droit doit au moins être fondé sur une prétention juridique « défendable »⁸. L'interprétation de la notion de « caractère civil » est également autonome et indépendante de la qualification interne de la matière ou de l'instance interne de décision⁹. Selon la formule développée dans l'arrêt *König*, la question de savoir si un droit doit être qualifié de droit civil au sens de la CEDH doit être tranchée en fonction de son contenu, de son caractère et de ses effets¹⁰. La distinction d'avec le droit public se révèle parfois difficile¹¹. L'expression « caractère civil » comprend également les actes administratifs des autorités publiques agissant à titre souverain, dans la mesure où ceux-ci touchent

5 CourEDH (GC), arrêt *Micallef c. Malte* du 15.10.2009, requête n° 17056/06), § 74 (avec références supplémentaires).

6 Sur les conditions d'application de l'article 6 paragraphe 1 CEDH, voir notamment FROWEIN/PEUKERT, art. 4 N 6 ss; GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 5 ss; VILLIGER, N 457 ss.

7 GRABENWARTER, 81.

8 Sur l'exigence du droit plutôt que du nombre voir GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 6; VILLIGER, N 460.

9 CourEDH, arrêt *Georgiadis c. Grèce* du 29.5.1997, requête n° 21522/93, § 34.

10 CourEDH (Plénière), arrêt *König c. Allemagne* du 28.6.1978, requête n° 6232/73, § 86 ss.

11 Entre autres SCHMIDT-ASSMANN, 585; ZIMMERLI, 66-67.

aux relations contractuelles, aux droits privés ou à la propriété. Bien que divers exemples comportent une dimension patrimoniale, la CourEDH a jugé que la simple existence d'enjeux économiques ne suffit pas pour conférer à une demande un caractère « civil » au sens de la Convention¹². Au contraire, le résultat de la procédure administrative doit toujours être lié à une situation juridique qui, du point de vue du droit comparé, sera clairement attribuée au droit privé.

La CourEDH a considéré à diverses reprises que les critères pertinents en matière de litiges environnementaux étaient bel et bien remplis, reconnaissant de la sorte un droit à un contrôle judiciaire sur la base de l'article 6 paragraphe 1 CEDH¹³. Les arrêts en question se rapportent, d'une part, à des cas de figure dans lesquels des requérants affectés par la pollution environnementale avaient fait la demande d'un contrôle judiciaire. D'autre part, étaient en cause des situations concernant la révocation ou la limitation de droits pour des motifs de protection de l'environnement, les requérants essayant de se défendre contre les mesures en question. Dans ce qui suit, seul le premier type de situation présente un intérêt et sera alors étudié¹⁴. 3.7

Le caractère civil s'affirme d'abord dans les litiges ayant un lien avec le droit de propriété. Ainsi, dans une affaire où l'autorisation d'exploitation d'une décharge obtenue par une société entraînait une menace importante pour la qualité de l'eau des puits des requérants, la CourEDH a statué de la manière suivante : « Or le droit de propriété revêt manifestement un « caractère civil » au sens de l'article 6 paragraphe 1 [...]. Nonobstant les éléments de droit public invoqués par le Gouvernement, la Cour estime par conséquent, avec les requérants et la Commission, qu'il y aurait un droit de « caractère civil » »¹⁵. Outre le droit de propriété, le droit à la protection de l'intégrité physique est également qualifié de droit à caractère civil au sens de l'article 6 paragraphe 1 CEDH, ce qui signifie que cette disposition s'applique aussi aux litiges relevant du droit des immissions¹⁶. Il s'agit également d'un litige civil si les requérants font valoir une menace précise et directe pesant sur leurs biens personnels et leur mode de vie¹⁷. Le fait que, en sus d'un 3.8

12 CourEDH, arrêt *Pierre-Bloch c. France* du 21.10.1997, requête n° 24194/194, § 51.

13 Pour la jurisprudence topique, cf. également BRAIG, 312 ss ; MAGISTRO, 155 ss ; SCHMIDT-RADEFELDT, 162 ss.

14 Dans le cas des intérêts d'exploitation, le caractère civil est régulièrement reconnu. Cf. par exemple CourEDH, arrêt *Bentham c. Pays-Bas* (Plénière) du 23.10.1985, requête n° 8848/80, § 30 ss ; CourEDH, arrêt *Fredin c. Suède* (N° 2) du 23.2.1994, requête n°18928/91, § 18 ss.

15 CourEDH (Chambre), arrêt *Zander c. Suède*, 25.11.1993, requête n°14282/88, § 27. Le caractère civil n'a guère été abordé dans CourEDH (GC), arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* du 26.8.1997, requête n° 22110/93, § 30 ss ; en revanche, la Commission européenne des droits de l'homme a reconnu le caractère civil des prétentions dans son arrêt du 18 octobre 1995 dans la même affaire, sur la base de la position des requérants en tant que propriétaires ou locataires.

16 CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n° 46117/99, § 128 ss ; CourEDH, arrêt *Okyay et autres c. Turquie* du 12.7.2005, requête n° 36220/97, § 66 ss.

17 CourEDH, arrêt *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne* du 27.4.2004, requête n° 62543/00, § 46.

droit privé, des intérêts généraux soient également invoqués ne saura modifier la qualification du « caractère civil »¹⁸.

- 3.9 En pratique, le critère de l'existence d'un droit ancré au niveau national ne pose guère de problèmes. Ce dernier découle en partie de la Constitution et en partie du droit infra constitutionnel¹⁹. Il en va de même s'agissant de l'existence d'un litige ou de la pertinence de son issue pour le droit concerné, ce critère ayant également été régulièrement jugé non problématique. Toutefois, la CourEDH a estimé que cette condition n'était pas remplie dans les arrêts *Athanassoglou*²⁰ et *Balmer-Schafroth*²¹, tous deux concernant la Suisse. Dans les deux affaires, le lien entre un litige concernant la légalité de la prolongation de l'exploitation d'une centrale nucléaire et le droit à la vie et à l'intégrité physique revendiqué par les requérants a été jugé trop faible. Les requérants n'avaient pas été en mesure d'établir un lien direct entre les conditions d'exploitation critiquées et leur droit au respect de leur intégrité physique²². Le nombre considérable d'opinions dissidentes montre toutefois que cette argumentation a également fait l'objet de controverses au sein de la Cour. Le fait que la CourEDH n'ait pas eu recours aux obligations positives pour définir l'étendue de la protection procédurale au titre de l'article 6 paragraphe 1 CEDH peut être sujet à critique. Ces arrêts démontrent que les risques qui ne se manifestent que dans le futur – pour autant qu'ils se manifestent effectivement – sont plus difficiles à appréhender au titre de l'article 6 paragraphe 1 CEDH.

b) *Portée et limites du droit de recours des associations*

- 3.10 Sous certaines conditions, la CourEDH permet également à une association d'invoquer l'article 6 paragraphe 1 CEDH. C'est le cas pour deux cas de figure en particulier : d'une part lorsque l'association exerce ses propres droits, étant touchée comme un particulier,

18 CourEDH, arrêt *Bursa Barosu Başkanlığı c. Turquie* du 19.6.2018, requête n° 25680/05, § 128.

19 Cf. CourEDH (GC), arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* du 26.8.1997, requête n° 22110/93, § 34, où l'article 5 de la loi sur l'énergie atomique de l'époque et le droit à la vie protégé par la Constitution étaient considérés comme étant pertinents ; CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n° 46117/99, § 132 et CourEDH, arrêt *Bursa Barosu Başkanlığı c. Turquie* du 19.6.2018, requête n° 25680/05, § 126, où le droit de vivre dans un environnement sain et équilibré selon la constitution turque remplissait cette condition.

20 CourEDH (GC), arrêt *Athanassoglou et autres c. Suisse* du 6.4.2000, requête n° 27644/95.

21 CourEDH (GC), arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* du 26.8.1997, requête n° 22110/93.

22 *Ibid.*, § 40. « Cependant, ils n'ont pas pour autant établi un lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale qu'ils ont mises en cause et leur droit à la protection de leur intégrité physique, faute d'avoir démontré qu'ils se trouvaient personnellement exposés, du fait du fonctionnement de la centrale de Mühleberg, à une menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente. En l'absence de pareil constat, les effets sur la population des mesures qu'aurait pu décider le Conseil fédéral en l'espèce demeuraient donc hypothétiques. En conséquence, ni les dangers ni les remèdes ne présentaient le degré de probabilité qui eût rendu l'issue du litige directement déterminante, au sens de la jurisprudence de la Cour, pour le droit invoqué par les intéressés. La Cour estime en effet que le lien entre la décision du Conseil fédéral et le droit invoqué par les requérants était trop ténu et lointain. Partant, l'article 6 § 1 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce. »

et d'autre part lorsqu'elle agit au nom de ses membres, faisant valoir les droits de ceux-ci. En revanche, l'article 6 paragraphe 1 CEDH ne permet pas l'*actio popularis*²³.

Dans les litiges environnementaux, le second cas de figure mentionné ci-dessus, à 3.11 savoir la défense des intérêts des membres, revêt une importance particulière. À titre d'exemple, il convient de citer une affaire dans laquelle la CourEDH a permis à une association créée afin de défendre les intérêts de plusieurs personnes vivant dans la zone d'un projet de barrage d'invoquer l'article 6 paragraphe 1 CEDH²⁴. S'agissant de la qualité pour recourir de l'association, le facteur décisif se trouvait dans l'un des buts statutaires qui « était de « coordonner » les efforts de ses membres pour s'opposer à la construction du barrage [...] et de militer pour un autre choix de vie sur le site, représenter et défendre la zone concernée par ce barrage et ses intérêts dans toutes les instances et à tous les niveaux – local, provincial, national et international – et sensibiliser l'opinion publique à l'impact de ce projet »²⁵. Cela permettait – dans la terminologie du droit suisse – un recours corporatif dit « égoïste ».

L'étendue dans laquelle les organisations environnementales peuvent également invo- 3.12 quer l'article 6 paragraphe 1 CEDH ne semble pas tout à fait claire. Dans une affaire dans laquelle une organisation non gouvernementale française avait requis l'annulation d'un décret autorisant l'agrandissement d'une installation nucléaire, la CourEDH a rejeté la violation de l'article 6 paragraphe 1 CEDH²⁶. En effet, l'objet de cet arrêt n'était pas l'accès par une organisation non gouvernementale au contrôle judiciaire mais bien la position procédurale de cette dernière. S'appuyant sur cette décision, la CourEDH a pu préciser par la suite que les conditions de l'article 6 paragraphe 1 CEDH étaient à appliquer avec souplesse lors de recours intentés par des associations, compte tenu du rôle important joué par celles-ci dans la société civile d'aujourd'hui. Ce rôle est à souligner notamment dans la défense de certaines causes devant les juridictions nationales – et en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement. La CourEDH a ensuite soulevé la question de savoir si, dans l'ordre juridique français, une personne morale pouvait également invoquer le droit à la vie dans un environnement sain. Elle a cependant pu se permettre de laisser cette question ouverte dans la mesure où l'issue du litige – tout comme dans l'affaire *Balmer-Schafroth* déjà mentionnée ci-dessus – n'était pas déterminante pour le droit invoqué. En conclusion, elle a déclaré qu'« il apparaît à la Cour que c'est très essentiellement l'intérêt général de la protection de l'environnement qui en l'espèce constituait l'objet et l'enjeu du litige, plutôt qu'un « droit » de « caractère civil » de l'association requérante. L'article 6 paragraphe 1 ne trouve donc pas

23 CourEDH, arrêt *L'Erablière A.S.B.L. c. Belgique* du 24.2.2009, requête n° 40230/07, § 25 (où il ne s'agissait pas d'une *actio popularis*.)

24 CourEDH, arrêt *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne* du 27.4.2004, requête n° 62543/00.

25 *Ibid.*, § 10. Voir aussi CourEDH, arrêt *Bursa Barosu Başkanlığı c. Turquie* du 19.6.2018, requête n° 25680/05, § 114 ss.

26 CourEDH, arrêt *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France* du 12.6.2007, requête n° 75218/01.

à s'appliquer »²⁷. Par conséquent, l'article 6 paragraphe 1 CEDH ne peut être invoqué pour faire valoir des intérêts publics généraux.

3. Article 13 CEDH : Droit à un recours effectif

a) Importance dans les litiges environnementaux

- 3.13 Selon l'article 13 CEDH, « [t]oute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Du point de vue de leur contenu, les garanties de l'article 13 CEDH sont fondamentalement inférieures à celles de l'article 6 paragraphe 1 CEDH. Alors que de cette dernière disposition découle un droit d'accès au tribunal au sens de la Convention, l'article 13 CEDH exige simplement la possibilité d'un recours effectif devant une instance nationale. Dans ce contexte, selon la jurisprudence constante de la CourEDH, un recours non judiciaire est généralement suffisant. Contrairement à l'article 6 paragraphe 1 CEDH, le champ d'application de l'article 13 CEDH ne se limite pas aux affaires civiles et pénales mais s'applique dès qu'une violation d'un autre droit de la Convention peut être alléguée (« grief défendable »)²⁸. La CourEDH a tendance à admettre que l'existence d'une interférence même simple dans un droit protégé suffit pour déclencher l'application de la disposition en question²⁹.
- 3.14 Il résulte de ce qui précède que l'importance de l'article 13 CEDH dans le contexte du droit de l'environnement dépend en définitive de la question de savoir si la violation d'un droit de la Convention peut être raisonnablement alléguée en ce qui concerne une atteinte à l'environnement. Dans ce contexte, la CEDH en tant que telle n'accorde pas explicitement de droits liés à l'environnement. Cependant, au gré d'une interprétation dynamique évolutive, la CourEDH attribue à divers droits fondamentaux également une fonction protectrice s'agissant de questions écologiques. Cette jurisprudence se fonde sur la conviction qu'un environnement intact constitue une condition préalable nécessaire à la jouissance de diverses garanties de la CEDH et que les problèmes environnementaux à plus grande échelle revêtent donc également une dimension relative aux droits de l'homme³⁰.
- 3.15 Au cœur de l'interprétation écologique des garanties de la Convention se trouve l'article 8 CEDH, qui, selon son libellé, protège la vie privée et familiale et vise à assurer le respect du domicile et de la correspondance. La CourEDH interprète cette disposition

27 CourEDH, décision sur la recevabilité de la requête n° 55243/19 présentée par *Association Greenpeace France c. France* du 22.9.2010.

28 Sur le champ d'application et la portée de l'article 13 CEDH entre autres FROWEIN/PEUKERT, art. 13 N 2 ff; GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 183 ss; VILLIGER, N 859. Sur la relation entre l'article 6 et l'article 13 CEDH, voir également *infra*, II, 3, a.

29 GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 195.

30 Voir entre autres SCHMIDT-RADEFELDT, 55 ss; EHEMANN, 155 ss.

de manière dynamique et évolutive, y intégrant en particulier l'intégrité physique et morale non expressément protégée par le libellé du traité. Comme l'a reconnu la juridiction en 1994 dans l'affaire *López-Ostra*, les effets néfastes graves et concrets sur l'environnement peuvent constituer une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale ou le droit au logement au titre de l'article 8 CEDH s'il en résulte une atteinte à la santé ou au bien-être des personnes concernées³¹. Les effets négatifs sur l'environnement doivent dans chaque cas atteindre un certain seuil pour entrer dans le champ d'application de l'article 8 CEDH. L'évaluation étant relative, elle dépend des circonstances du cas individuel telles que, entre autres, l'intensité et la durée de la déficience ainsi que ses conséquences physiques ou morales. En revanche, l'origine de l'atteinte à l'environnement, à savoir que celle-ci soit causée par un État ou au contraire imputable à une activité économique privée, est sans importance. Il est vrai que l'article 8 CEDH est traditionnellement conçu comme un droit défensif, de sorte qu'il interdit l'ingérence de l'État dans la vie privée et familiale. Toutefois, dans son application de l'article 8 CEDH au domaine des atteintes à l'environnement, la CourEDH ne se limite pas à une telle interprétation restrictive ; au contraire, elle reconnaît plutôt des obligations positives d'exécution et des obligations de protection dans le domaine de l'environnement également³². Les autres garanties matérielles de la Convention pouvant s'appliquer dans le contexte de l'article 13 CEDH en matière de droit de l'environnement concernent les articles 2 et 3 CEDH et l'article 1 du premier protocole additionnel à la CEDH³³, ce dernier n'ayant toutefois pas été ratifié par la Suisse³⁴.

Dans l'ensemble, il s'avère que la Cour ne retient que rarement une violation de l'article 13 CEDH³⁵. D'une part, ce constat s'explique par le fait que la CourEDH a considéré, à plusieurs reprises, qu'une violation de l'article 8 CEDH n'était pas défendable³⁶. D'autre part, cela est probablement dû au caractère subsidiaire de l'article 13 par rapport à l'article 6 paragraphe 1 CEDH.³⁷ Cependant, divers arrêts montrent que l'article 13 CEDH (en conjonction avec l'article 8 CEDH) joue un rôle certain s'agissant du droit de l'environnement. L'affaire *Hatton* en est un exemple. La CourEDH a retenu une violation de l'article 13 CEDH car, en raison de la conception nationale de la protection

31 CourEDH, arrêt *López Ostra c. Espagne* du 9.12.1994, requête n° 16798/90, § 44 ss ; voir entre autres aussi CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n° 46117/99, § 11. Voir également sur ce sujet et sur d'autres arrêts de la CourEDH, PÉTERMANN, 307 ss et 462 ss.

32 VILLIGER, N 666.

33 Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 18.5.1954.

34 Voir pour les jugements pertinents BRAIG, 287 ss. et 297 ff. ; SCHMIDT-RADEFELDT, 67 ss, 92 ss et 139 ss.

35 Voir aussi BRAIG, 322.

36 Voir par exemple CourEDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21.2.1990, requête n° 9310/81. Alors que la Commission a considéré qu'il y avait eu violation de l'article 13 CEDH parce qu'elle estimait que le grief de violation de l'article 8 CEDH était au moins défendable, la Cour européenne des droits de l'homme est parvenue à une conclusion différente.

37 Voir sur la relation entre l'article 6 et l'article 13 CEDH *infra*, II, 3, b.

juridique, l'étendue du contrôle des tribunaux nationaux ne répondait pas aux exigences de cette disposition³⁸. La CourEDH a ensuite conclu, dans l'affaire *Di Sarno*, à une violation de l'article 13 CEDH en raison de l'absence de voies de recours effectives qui auraient permis aux requérants de se plaindre auprès des tribunaux nationaux du traitement inadéquat de la gestion des déchets dans le cas en question³⁹.

- 3.17 L'invocation de l'article 8 CEDH par les associations environnementales ne devrait être possible – comme c'est déjà le cas dans le contexte de l'article 6 paragraphe 1 CEDH⁴⁰ – que si celles-ci font valoir les intérêts de leurs membres. Comme l'a retenu la CourEDH dans la décision sur la recevabilité *Greenpeace c. Allemagne*, une association ne peut en principe pas invoquer une violation de l'article 8 CEDH en lien avec des atteintes à la santé. Toutefois, la Cour a finalement laissé la question ouverte, compte tenu de l'irrecevabilité de la requête pour d'autres motifs⁴¹.

b) *Relation entre les articles 6 paragraphe 1 et 13 CEDH*

- 3.18 Selon la pratique établie de la CourEDH, l'article 13 est subsidiaire à l'article 6 paragraphe 1 CEDH. Si l'article 6 paragraphe 1 CEDH est applicable, l'article 13 s'en trouve absorbé, compte tenu des conditions d'application moins strictes de cette dernière disposition⁴².
- 3.19 Le traitement adéquat de la relation entre l'article 6 et l'article 13 CEDH pose parfois problème aux tribunaux dans des situations relevant du droit de l'environnement. Dans l'affaire *Balmer-Schafroth*, par exemple, la CourEDH a déclaré succinctement que, l'article 6 CEDH n'étant pas applicable, la même conclusion s'imposerait en ce qui concerne l'article 13⁴³. Les requérants ayant allégué une violation de leur intégrité physique, protégée par l'article 8 CEDH, l'article 13 CEDH aurait dû être examiné sur le fond⁴⁴. Dans l'arrêt *KlimaSeniorinnen*, le Tribunal administratif fédéral s'est également abstenu d'examiner l'article 13 CEDH. À titre de justification, il a retenu que les recourantes prétendaient qu'il s'agissait d'une prétention civile et que l'article 13 CEDH était entièrement absorbé par l'article 6 CEDH en cas de litiges civils⁴⁵. Ce faisant, le Tribunal adminis-

38 CourEDH (GC), arrêt *Hatton et autres v. Royaume-Uni* du 8.7.2003, requête n° 36022/97, § 137 ss.

39 CourEDH (GC), arrêt *Di Sarno et autres c. Italie* du 10.4.2012, requête n° 30765/08, § 114 ss. Voir pour un autre exemple dans lequel une violation de l'article 13 CEDH a été retenue CourEDH, arrêt *Cordella et autres c. Italie* du 24.1.2019, requête n° 54414/13 et 54264/15, § 175-176.

40 Voir *supra* II, 2, b.

41 CourEDH, décision sur la recevabilité de la requête n° 18215/06 présentée par *Greenpeace E.V. et autres c. Allemagne* du 12.5.2009.

42 Voir par exemple CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n° 46117/99, § 150; sur la relation entre l'article 6 paragraphe 1 et l'article 13 CEDH, voir aussi GRABENWARTER/PABEL, § 24 n. 190; VILLIGER, N 858.

43 CourEDH (GC), arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* du 26.8.1997, requête n° 22110/93, § 42.

44 Critique à cet égard également KLEY, 180.

45 TAF, arrêt du 27.11.2018, A-2992/2017, c. 8.4.

tratif fédéral n'a pas tenu compte du fait que la disposition plus spécifique ne saurait absorber la disposition générale que si la première s'applique effectivement, ce qui n'était précisément pas le cas en l'espèce⁴⁶.

Nonobstant ce qui précède, les articles 6 paragraphe 1 et 13 CEDH soulèvent des problématiques partiellement comparables. S'agissant de situations relevant du droit de l'environnement, ce phénomène se produit lorsque l'application de l'article 6 paragraphe 1 CEDH découle de la violation d'un droit fondamental du droit constitutionnel national trouvant un corollaire dans la CEDH. Il s'agit dès lors également de tenir compte de ce dernier pour l'application de l'article 13 CEDH⁴⁷. Toutefois, même dans de tels cas, il convient d'examiner attentivement dans chaque cas si les champs d'application des droits fondamentaux invoqués et les exigences relatives au degré de probabilité d'une violation sont effectivement congruents. 3.20

4. Pertinence des garanties substantielles de la CEDH pour la protection juridique

Plusieurs garanties matérielles de la Convention, en premier lieu l'article 8 CEDH, sont importantes du point de vue de la protection juridique en matière de droit de l'environnement, et ce à deux égards : d'une part, l'allégation fondée de leur violation déclenche le droit à un recours effectif selon l'article 13 CEDH⁴⁸. D'autre part, la CourEDH a également dans certains cas déduit de garanties matérielles des positions juridiques procédurales. 3.21

Les obligations positives que la CourEDH déduit des garanties de la CEDH comprennent également des droits à caractère procédural. Pour la première fois, la CourEDH a retenu dans l'affaire *Guerra* qu'une information inadéquate, s'agissant d'effets nocifs sur l'environnement, peut constituer une atteinte à l'article 8 CEDH et a donc conféré à ce droit une composante procédurale⁴⁹. En outre, la CourEDH a créé des obligations procédurales fondées sur des garanties matérielles qui présentent un lien avec les droits consacrés à l'article 6 paragraphe 1 CEDH. Ainsi, la Cour aborde parfois la question de la durée excessive des procédures sous l'angle de l'article 8 CEDH, renonçant à la traiter au regard de l'article 6 paragraphe 1 CEDH⁵⁰. Parfois, elle s'abstient également de séparer catégoriquement les champs d'application des articles 6 et 8 CEDH et évalue une situation en se référant aux deux garanties⁵¹. 3.22

46 Critique également REHMANN, 660-661.

47 Voir ATF 145 I 146, c. 7 (considérant non publié au recueil officiel).

48 Voir *supra*, II, 3.

49 CourEDH, arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19.2.1998, requête n° 14967/89, § 60.

50 Voir CourEDH, arrêt *Mileva et autres c. Bulgarie* du 25.11.2010, requêtes n° 43449/01 et 21475/04, § 109.

51 Voir en particulier CourEDH, arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n° 46117/99, § 118 ss et 128 ss ; CourEDH, arrêt *Lemke c. Turquie* du 5.6.2008, requête n° 17381/02, § 40 ss et 47 ss Sur la relation entre l'article 6 et l'article 8 CEDH, voir également BRAIG, 319 ss.

5. Les défis actuels : La protection du climat en tant que problème mondial

- 3.23 La pratique antérieure de la CourEDH concernant la pertinence de l'article 6 paragraphe 1 et de l'article 13 CEDH dans le contexte du droit de l'environnement concerne principalement des installations spécifiques dont l'exploitation a un impact sur certaines personnes ou certains groupes de personnes dans le voisinage. Étant donné que l'on tente actuellement dans différents systèmes juridiques – avec plus ou moins de succès⁵² – de faire appliquer par les tribunaux des mesures de protection du climat plus efficaces, la question se pose de savoir dans quelle mesure les articles 6 paragraphe 1 et 13 CEDH confèrent également un droit à la protection juridique dans ce contexte. En tout état de cause, la CourEDH devra se pencher sur les requêtes correspondantes dans un avenir proche. En 2020, elle a décidé d'entrer en matière sur la requête de six enfants et jeunes du Portugal exigeant des objectifs climatiques plus stricts de la part des États de l'UE et d'autres pays (dont la Suisse)⁵³. Une requête de l'association *KlimaSeniorinnen*, dont le recours a été rejeté par le Tribunal administratif fédéral⁵⁴ et le Tribunal fédéral⁵⁵ a également été déposée⁵⁶. Les deux requêtes sont prioritaires en raison de l'importance et de l'urgence des questions soulevées.
- 3.24 Les questions qui se posent au regard de l'article 6 paragraphe 1 et de l'article 13 CEDH peuvent être illustrées par les griefs de l'association *KlimaSeniorinnen*. Cette dernière avait invoqué l'article 6 paragraphe 1 CEDH en faisant valoir que la protection de l'intégrité physique constituerait un droit à caractère civil selon la pratique établie de la CourEDH. Par ailleurs, le droit à la vie selon l'article 10 alinéa 1 de la Constitution fédérale et la légalité de la mise en œuvre de la législation sur le CO₂ seraient des droits

52 Pour illustrer l'importance de la protection juridique dans la lutte contre la crise climatique, il est souvent fait référence à l'arrêt *Urgenda* dans lequel la Cour suprême des Pays-Bas a ordonné au gouvernement de réduire considérablement les émissions de gaz à effet de serre (Cour Suprême des Pays-Bas, arrêt *The State of the Netherlands c. Stichting Urgenda* du 20.12.2019). Dans sa décision du 24.3.2021, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a ensuite jugé que les dispositions de la loi sur la protection du climat du 12.12.2019 relatives aux objectifs nationaux de protection du climat et aux volumes d'émissions annuels autorisés jusqu'en 2030 étaient incompatibles avec les droits fondamentaux dans la mesure où des mesures suffisantes pour la poursuite de la limitation des émissions à partir de 2031 faisaient défaut (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20). En revanche, les recours de l'association *KlimaSeniorinnen* examinés *infra* ont été rejetés dans leur intégralité. Voir également pour un aperçu de l'importance accrue des recours dans le domaine du climat au cours des dernières années, UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *The Status of Climate Change Litigation – A Global Review*, Mai 2017.

53 CourEDH, *Cláudia Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres Etats*, requête n° 39371/20 du 3.9.2020, affaire pendante.

54 TAF, arrêt du 27.11.2018, A-2992/2017. Voir à cet égard REHMANN, 653 ss; BÄHR/BRUNNER/CASPER/LUSTIG, 194 ss.

55 TAF, arrêt du 27.11.2018, A-2992/2017. Voir à cet égard REHMANN, 653 ss; BÄHR/BRUNNER/CASPER/LUSTIG, 194 ss.

56 CourEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres contre la Suisse*, requête n° 53600/20 du 26.11.2020, affaire pendante.

découlant du droit interne. Enfin, l'enjeu serait réel et sérieux, puisque l'issue de la procédure – les réductions de gaz à effet de serre – concernait directement le droit à la vie ainsi que l'application de la législation sur le CO₂. Ces griefs permettant également de conclure à la violation des articles 2 ou 8 CEDH, l'article 13 de la CEDH entrerait alors en jeu à titre subsidiaire. Toutefois, le Tribunal administratif fédéral a conclu que les mesures requises – à savoir l'engagement de la procédure législative préliminaire et la fourniture d'informations par les autorités au législateur et au public – ne pouvaient pas contribuer directement à réduire le risque de vagues de chaleur estivales. Comme cela dépendrait plutôt des décisions du législateur, de l'exécutif ainsi que de l'individu, il n'y aurait donc pas d'effets immédiats sur les prétentions de droit civil, raison pour laquelle il n'y avait pas de litige au sens de l'article 6 paragraphe 1 CEDH⁵⁷. Le Tribunal fédéral, ayant ensuite été saisi de l'affaire, est parvenu à la même conclusion, toutefois en fondant son arrêt sur des motifs différents. Il a rappelé l'exigence d'un grief défendable en droit interne. Or, cette exigence faisait défaut en l'espèce. Les recourantes avaient tiré du droit à la vie leur droit subjectif à la cessation des omissions alléguées et à la mise en œuvre des mesures requises par le droit interne ; toutefois, les omissions alléguées ne les avaient pas touchées dans leur droit fondamental d'une manière juridiquement pertinente (« *in rechtlich relevanter Weise* »). Elles ne pouvaient donc pas déduire de ce droit les prétentions susmentionnées⁵⁸. Comme mentionné, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner l'article 13 CEDH⁵⁹ tandis que le Tribunal fédéral a nié l'application de la même disposition en raison de l'absence de violation des articles 2 et 8 CEDH⁶⁰.

Il incombera maintenant à la CourEDH de statuer sur l'existence ou inexistence d'une prétention défendable en droit national ainsi que sur le caractère immédiat des effets sur un droit de nature civile. Si elle répond à cette question par la négative, elle devra statuer sur la question de savoir si une violation de l'article 2 ou de l'article 8 CEDH peut constituer un « grief défendable » au titre de l'article 13 CEDH. Les questions qui se posent ne peuvent être ici qu'effleurées, d'autant que l'application de la Convention à des questions climatiques se heurte à des difficultés bien particulières⁶¹. D'une part, la complexité et le caractère mondial du problème empêchent en général la preuve stricte d'un lien de causalité s'agissant de changements climatiques. D'autre part, constituent des obstacles supplémentaires le décalage temporel des effets liés aux mesures prises de même que la portée limitée de réductions d'émissions au niveau national. Dans ce contexte, il restera à voir si la CourEDH tiendra compte du principe de précaution, généralement reconnu en droit de l'environnement, dans son application des articles 6

57 TAF, arrêt du 27.11.2018, A-2992/2017, c. 8.3.

58 ATF 146 I 145, c. 6.

59 TAF, arrêt du 27.11.2018, A-2992/2017, c. 8.4.

60 ATF 146 I 145, c. 7 (considérant non publié au recueil officiel).

61 Voir, par ailleurs, diverses études récentes traitant de la pertinence de la CEDH dans le contexte du changement climatique, notamment BRAIG/EHLERS-HOFHERR, 589 ss ; HÄNNI, 1 ss.

et 13 CEDH. L'évaluation du bien-fondé d'un grief tiré du droit national ou de l'existence d'une violation des articles 2 et 8 CEDH nécessite alors de clarifier dans quelle mesure il existe des obligations positives également dans le domaine du climat, d'autant plus que les émissions de gaz à effet de serre sont principalement causées par des personnes privées⁶². Cela suppose d'abord une évaluation de l'intensité de l'impact du changement climatique sur les requérants dans un cas concret. Le cas échéant, il conviendrait alors de définir un devoir de diligence général en vue de déterminer l'illégalité d'omissions éventuelles.

6. Évaluation tenant compte de l'importance des garanties de la Convention pour la Suisse

- 3.26 Grâce à la jurisprudence créatrice de la CourEDH, la CEDH joue désormais également un rôle dans le contexte du droit de l'environnement. Du point de vue de la protection juridique, les articles 6 et 13 CEDH se révèlent essentiels. Ces garanties se superposent pour s'appliquer de manière cumulative dans les litiges à caractère civil qui sont à leur tour couplés avec le grief de violation d'un droit national également protégé par la CEDH. Cependant, les deux dispositions obéissent chacune à des conditions d'application qui leur sont propres. L'utilité principale des deux dispositions susmentionnées en droit de l'environnement se révèle aujourd'hui dans les litiges dérivés d'émissions émanant d'installations et qui entraînent un dommage concret pour certaines personnes ou groupes de personnes dans leur voisinage. Il restera à voir quelle sera la direction choisie par la Cour en ce qui concerne la mise en œuvre judiciaire de la protection du climat.
- 3.27 En ce qui concerne l'importance de la jurisprudence susmentionnée pour la Suisse, il convient tout d'abord de noter que l'article 6 CEDH a eu une influence décisive sur le droit de procédure suisse en général et a renforcé de manière significative les garanties de procédure dans tous les domaines du droit⁶³. En ce qui concerne spécifiquement le droit administratif, il est à souligner que la protection judiciaire a été élargie à la suite de l'interprétation autonome de l'article 6 CEDH⁶⁴. Il convient également de mentionner que le droit à un recours effectif en vertu de l'article 13 CEDH, qui vaut indépendamment de la forme juridique de l'acte attaqué, s'est finalement révélé l'élément déclencheur de la protection juridique contre les actes matériels en droit suisse⁶⁵.
- 3.28 Comme la garantie de l'accès au juge (article 29a Cst.⁶⁶) a en principe été mise en œuvre de manière exhaustive en droit suisse, le droit national, qui ne limite pas l'accès au tribunal à certaines matières, assure aujourd'hui une protection juridique plus étendue

62 Dans le cas présent, les différentes exigences des articles 6 et 13 CEDH ne seront pas discutées plus en détail. Étant donné que les droits visés par l'article 6 CEDH sont également des droits fondamentaux, des questions au moins partiellement comparables se posent. Voir également *supra*, II, 3, b.

63 Entre autres THURNHERR, *The reception*, 340 ss et 351 ss.

64 En particulier en ce qui concerne l'importance pour le droit cantonal HERZOG, *passim*.

65 Voir ATF 130 I 369, c. 6.1.

66 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

que la CEDH. Cette dernière est néanmoins pertinente à divers égards : tout d'abord, en ce qui concerne les modalités des garanties de procédure, en particulier la publicité des débats, qui n'est pas accordée de manière exhaustive par l'article 30 alinéa 3 Cst.⁶⁷. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a eu à plusieurs reprises à traiter de l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 1 CEDH dans des affaires de droit de l'environnement. Il a affirmé l'applicabilité de ces dispositions aux plaintes contre les émetteurs de radiocommunications mobiles, si le requérant affirme que les limites d'immission ou d'installation des ORNI⁶⁸ sont dépassées sur sa propriété⁶⁹. Au-delà de cette jurisprudence, développée sur la base de la jurisprudence en matière de droit de la construction et de l'urbanisme⁷⁰, il reconnaît, en se référant aux arrêts *Balmer-Schafroth* et *Athanassoglou*, également l'application de l'article 6 CEDH s'il existe une probabilité suffisante d'effets graves sur la santé ou l'intégrité physique des requérants⁷¹. En revanche, cet article ne s'applique pas si les requérants exigent des limites d'émission supplémentaires sur la seule base du principe de précaution énoncé à l'article 11 alinéa 2 LPE⁷² 73. Dans une décision ultérieure, le Tribunal fédéral s'est toutefois exprimé de manière moins apodictique à cet égard en déclarant qu'on pouvait se demander si l'article 6 paragraphe 1 CEDH était également pertinent si le recourant ne demandait qu'une limitation préventive plus stricte des émissions⁷⁴. En l'espèce, ce n'est pas l'existence de droits subjectifs qui est déterminante mais bien la question de savoir à quel point les mesures correspondantes affectent effectivement la position du titulaire. En raison de l'importance centrale du principe de précaution, on ne peut en aucun cas considérer de manière générale que les mesures préventives ordonnées indépendamment d'un danger environnemental concret ne seraient pas pertinentes à cet égard.

En outre, les exigences que la CourEDH posera quant à la protection juridique dans le cadre des problèmes environnementaux, qui ne concernent pas les émissions d'installations spécifiques affectant certains groupes de personnes, sont susceptibles d'avoir une influence formatrice sur le droit suisse à l'avenir. Un exemple paradigmatique est la protection du climat que l'on cherche de plus en plus à renforcer par des moyens judiciaires. Bien que le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral soient finalement parvenus au même résultat dans le cas du recours des *KimaSeniorinnen*, les différences partielles dans l'approche méthodologique montrent que le traitement adéquat du catalogue de critères de l'article 6 paragraphe 1 CEDH et l'évaluation de la relation entre l'article 6 paragraphe 1 et l'article 13 CEDH posent problème dans de tels cas

3.29

67 Sur la portée limitée de l'article 30 alinéa 3 Cst. cf. notamment entre autres BIAGGINI, art.30 N 16 ss ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 856 ss (avec références supplémentaires).

68 Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (RS 814.710).

69 ATF 128 I 59 c. 2.a/bb ; voir également MARTI, 178.

70 Voir en particulier ATF 127 I 44, c. 2.c.

71 ATF 128 I 59, c. 2.a/cc.

72 Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01).

73 ATF 127 II 306, c. 5.

74 ATF 128 II 59, c. 2a/bb.

de figure. Si la protection devait être effectivement renforcée par la CourEDH, cela n'aurait toutefois pas pour conséquence de placer la protection du climat essentiellement entre les mains des tribunaux; celle-ci resterait la responsabilité première du parlement, du gouvernement et de l'administration. Les tribunaux devront donc développer leur propre compréhension de leur rôle dans l'évaluation matérielle des litiges correspondants. À cet égard, le défi ne diffère guère de la manière de procéder s'agissant des questions dans lesquelles les autorités administratives, qui sont dotées d'une expertise particulière, disposent d'une marge de manœuvre qui est soustraite au contrôle judiciaire. Sur le plan de la doctrine juridique également, un renforcement de la protection juridique est susceptible de donner lieu à un besoin de clarification supplémentaire : en particulier, il faudrait déterminer dans quelle mesure la pratique de la CourEDH concernant les articles 6 et 13 CEDH pourrait avoir des conséquences sur les garanties de procédure en lien avec les actes matériels en Suisse. L'octroi d'une protection juridique – si la CourEDH s'engage dans cette voie – ne serait donc que la première étape. Celle-ci soulèvera plusieurs autres questions auxquelles le pouvoir judiciaire doit répondre, en s'appuyant de manière critique sur la doctrine juridique.

III. Le droit à un recours effectif en matière environnementale selon la Convention d'Aarhus

1. Remarques introductives sur la Convention d'Aarhus et son application en Suisse

- 3.30 La convention d'Aarhus fixe des exigences pour les trois piliers les plus importants de la protection dite procédurale de l'environnement : l'accès à l'information sur l'environnement, la participation et l'accès à la justice en matière d'environnement. L'objectif principal est de renforcer le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement⁷⁵.
- 3.31 La Suisse a ratifié la Convention d'Aarhus en 2014, 16 ans après l'entrée en vigueur de celle-ci. Il y a plusieurs raisons pour lesquelles la Suisse a mis du temps à ratifier⁷⁶. L'une d'entre elles concerne également l'accès à la justice, le troisième pilier, qui sera analysé ici. Au tournant du millénaire, le droit de recours des organisations faisait l'objet d'une forte pression politique⁷⁷. Des restrictions massives, telles qu'elles étaient demandées à l'époque, auraient rendu la ratification impossible.
- 3.32 Sur la base de l'article 15 qui exige l'adoption d'arrangements facultatifs de caractère non conflictuel, non judiciaire et consultatif pour examiner le respect des dispositions de la Convention, les parties ont créé le Comité d'examen du respect des dispositions de

75 Voir para. 8 et 9 du préambule de la Convention et entre autres THURNHERR, *Öffentlichkeit*, 92 ss ; EPINEY/SCHEYLI, 93 ss.

76 Voir THURNHERR, *Aarhus-Konvention*, 511.

77 Voir GRIFFEL/RAUSCH, *Vorbemerkungen zu art. 10a–10d N 2* ss.

la Convention d'Aarhus (*Compliance Committee*)⁷⁸. Celui-ci n'est pas un tribunal et ne rend pas de décisions contraignantes ; il peut seulement émettre des recommandations de nature non contraignante. Un résumé de toutes les conclusions du Comité est publié sur son site web. Le document, qui compte plus de 1100 pages (en mai 2021)⁷⁹, ne contient aucune recommandation concernant la Suisse. Cependant, les recommandations présentent également un intérêt d'un point de vue suisse dans la mesure où elles concernent l'interprétation de la Convention. Elles peuvent à juste titre être qualifiées de « pratique ultérieurement suivie » des parties au sens de l'article 31 paragraphe 3 lettre b de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸⁰, à condition d'être accompagnées d'un comportement positif correspondant des parties⁸¹.

2. Lignes directrices pour la protection juridique nationale

a) *Aperçu des dispositions relatives à la protection juridique*

L'article 9 de la Convention d'Aarhus prévoit l'accès à la justice dans trois types de 3.33
contexte : premièrement, pour faire valoir des violations du droit à l'information en vertu de l'article 4 (paragraphe 1) ; deuxièmement, pour contester des décisions, des actes et des omissions tombant sous le coup des dispositions de l'article 6 (paragraphe 2) ; et troisièmement, en ce qui concerne les actes et omissions allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement (paragraphe 3). En outre, les paragraphes 4 et 5 contiennent des dispositions générales sur la structure de la protection juridique. En ce sens, ils constituent des principes à respecter pour tous les cas de figure couverts par l'article 9⁸². Dans ce qui suit, l'accent sera mis sur les exigences des paragraphes 2 et 3 ainsi que sur les exigences générales.

b) *Accès aux procédures de recours contre des décisions couvertes par l'article 6 ainsi que par d'autres dispositions entrant dans le champ d'application de la Convention (article 9 paragraphe 2)*

Selon l'article 9 paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus, l'accès à une réévaluation par 3.34
une instance judiciaire et/ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi doit être assuré – sous certaines conditions – en ce qui concerne les décisions relevant du champ d'application de l'article 6 de la Convention. Il en va de même des autres

78 Réunion des Parties de la Convention d'Aarhus, Décision du 2.4.2004, I/7, ECE/MP.PP/2/Add.8. Voir sur les tâches et activités du Comité notamment PITEA, 221 ss ; JENDROSKA, 301 ss ; WISARD/ORCEL, 488 ss.

79 Voir <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/compliance-committee> (15.4.2021).

80 Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mars 1969, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 (RS 0.111).

81 Voir en détail EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, Einführung N 34 ss.

82 Voir pour un aperçu WIESINGER, 57 ss.

dispositions topiques de la Convention, pour autant que le droit interne le prévoit⁸³. La Convention contient certaines exigences, quoique plutôt vagues, en ce qui concerne les objets de contestation, la qualité pour recourir, la portée de l'examen et des exigences s'agissant de l'autorité de recours.

- **Objets de contestation** : Les objets de contestation visés par l'article 9 paragraphe comprennent ainsi non seulement les décisions administratives relatives aux activités énumérées à l'annexe I de la Convention (à laquelle l'article 6 fait référence) mais aussi d'autres dispositions pertinentes de la Convention, à condition que le droit interne le prévoit (cf. article 6 paragraphe 1 alinéa b). En conséquence, les États contractants sont donc tenus d'ouvrir une voie de recours pour toutes les décisions officielles relatives aux activités ayant des conséquences potentiellement importantes sur l'environnement. Toutefois, la référence au droit national laissera une certaine marge de manœuvre aux États contractants. Celle-ci serait excédée si un État décidait d'exclure l'intégralité des activités non mentionnées à l'annexe I de la Convention d'Aarhus du champ d'application de l'article 6⁸⁴. Si le droit national en question prévoit les possibilités correspondantes, l'examen judiciaire dans le cadre d'un recours ou d'une autre procédure de révision peut également s'étendre à la légalité d'autres comportements entrant dans le champ d'application de l'accord (article 9 paragraphe 2 alinéa 1). Les parties contractantes sont donc libres de prévoir lesdites possibilités ; lorsqu'elles le font, elles sont toutefois liées par les exigences minimales de l'article 9 paragraphe 2. Dans ce cas, les mêmes modalités que pour l'accès aux procédures de recours s'appliquent s'agissant de griefs tirés de la violation de l'article 6⁸⁵. Dans le cadre du champ d'application de l'article 9 paragraphe 2, toutes les décisions, tous les actes et toutes les omissions de l'administration peuvent être contestés, quelle que soit leur forme.
- **Qualité pour recourir** : En ce qui concerne la qualité pour recourir, la Convention exige que la protection juridique soit accordée aux membres du « public concerné ». L'expression « public concerné » est définie à l'article 2 paragraphe 5 comme incluant les personnes physiques et morales susceptibles d'être affectées par les procédures décisionnelles en matière d'environnement, ainsi que les personnes ayant un intérêt dans lesdites procédures décisionnelles. Le droit de recours peut également être soumis à des conditions supplémentaires. La Convention offre deux alternatives aux États contractants qui prennent en compte les différentes conceptions de la protection judiciaire administrative en général et de la protection juridique en matière d'environnement en particulier. Les États parties peuvent prévoir soit un intérêt suffisant pour agir, soit une atteinte à un droit, lorsque le code de procédure administrative nationale pose une telle condition (article 9 paragraphe 2

83 L'article 9 paragraphe 3 de la Convention élargit ce droit de recours à d'autres catégories de personnes ayant la qualité de recourir en vertu du droit interne (*infra*, c).

84 EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, art. 9 N 26.

85 *Ibid.*, art. 9 N 27.

alinéa 1 lit. a et b). D'autre part, la Convention précise que ce qui constitue un intérêt suffisant et une atteinte à un droit est déterminé en fonction du droit interne, ainsi que conformément à l'objectif consistant à accorder au public concerné un large accès à la justice dans le cadre de la Convention (article 9 paragraphe 2 alinéa 2)⁸⁶.

- **Portée de l'examen :** L'étendue du contrôle des tribunaux ne se réfère pas seulement au contrôle du bon déroulement de la procédure de participation au sens de l'article 6 de la Convention d'Aarhus. Il doit plutôt être possible de contrôler la légalité matérielle et procédurale de la décision en général⁸⁷. Selon le *Compliance Committee*, il doit également être possible de se plaindre des violations des dispositions qui ne servent pas exclusivement à protéger l'environnement⁸⁸. En outre, la protection juridique doit être accordée à un moment qui permet de contester la décision de manière efficace.⁸⁹
- **Exigences concernant l'autorité de recours :** L'organe de recours doit être une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi (article 9 paragraphe 2 alinéa 1). Ainsi, le contrôle ne doit pas nécessairement être effectué par un tribunal de la juridiction ordinaire.

c) *Accès aux procédures de recours en cas de violation du droit national de l'environnement (article 9 paragraphe 3)*

L'article 9 paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus régit la garantie de l'accès du public à des procédures de recours judiciaires ou administratives en cas de violation du droit national de l'environnement. Cette possibilité doit être complémentaire aux procédures prévues à l'article 9 paragraphes 1 et 2. Globalement, l'article 9 paragraphe 3 a un large champ d'application. Comparé au paragraphe 2, ses exigences sont moins précises ; elles restent peu spécifiques et laissent donc aux États contractants une grande marge d'appréciation dans la mise en œuvre. Cette latitude s'étend principalement à la qualité pour recourir mais non pas à l'objet du contrôle⁹⁰. Néanmoins, elle contient une certaine substance normative : même dans ce contexte, les organisations environnemen-

86 Des exigences spécifiques sont prévues pour les organisations environnementales (voir *infra*, III, 2, d).

87 EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, art. 9 N 29.

88 Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, constatations et recommandations du 20.12.2013, ACCC/C/2008/31 Allemagne, N 78 s.

89 Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, constatations et recommandations du 20.12.2013, rapport du 2.5.2008, ACCC/C/2006/17, Union Européenne, N 56 ; Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, rapport/constatations et recommandations du 28.2.2011, ACCC/C/2008/24, Espagne, N 112.

90 Cf. Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, conclusions et recommandations du 17.3.2017, ACCC/C/2008/32 Part II, Union Européenne, N 66, 70 et 75.

tales ne doivent pas être complètement exclues de la protection juridique⁹¹. En outre, il convient de tenir compte des exigences des paragraphes 4 et 5.

d) Le droit de recours des organisations non gouvernementales en particulier

3.36 Le droit de recours prévu par l'article 9 paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus revêt également une importance considérable dans la mesure où les États contractants doivent prévoir un tel droit aussi pour les organisations non gouvernementales. Ces dernières n'ont pas à prouver un quelconque intérêt à l'égard du processus décisionnel pour autant qu'elles remplissent les conditions de l'article 2 paragraphe 5. Selon cette disposition, « les organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur de la protection de l'environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne sont réputées avoir un intérêt ». Elle délimite la marge de manœuvre des États contractants pour déterminer ce qui constitue un intérêt suffisant et ce qui doit être considéré comme violation d'un droit en droit interne. En effet, les associations en tant que telles doivent être en mesure de répondre à ces exigences. Toutefois, la Convention d'Aarhus permet aux États contractants de prévoir certaines limitations. Cela s'applique, par exemple, en ce qui concerne le domicile ou les activités de ces organisations. En revanche, une exclusion complète du droit de recours des associations serait contraire à l'article 9 paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus⁹².

3.37 L'article 9 alinéa 3 ne mentionne pas le droit de recours des associations. Compte tenu de l'objectif de la Convention d'assurer un large accès à la justice, le droit des associations de se plaindre ne doit cependant pas non plus être complètement exclu⁹³.

e) Exigences générales s'agissant de la protection juridique (article 9 paragraphes 4 et 5)

9.38 Les paragraphes 4 et 5 de l'article 9 fixent des exigences générales pour l'organisation de la protection juridique dans les cas où celle-ci doit être garantie conformément aux dispositions de la Convention. Les exigences en la matière ne vont pas très loin, laissant au contraire aux États contractants une marge de manœuvre considérable. Il convient donc d'assurer une protection juridique adéquate et efficace. Cela inclut les mesures provisionnelles (« redressement par injonction », paragraphe 4). Les procédures doivent également être « équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif » (paragraphe 4). Les décisions doivent être prises ou enregistrées par écrit. Enfin, les décisions de justice et, si possible, les décisions d'autres instances doivent être accessibles au public.

3.39 Enfin, l'article 9 paragraphe 5 prévoit que les États parties mettent à la disposition du public des informations sur l'accès aux procédures de recours administratifs et judi-

91 EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, art. 9 N 23.

92 *Ibid.*

93 Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, constatations et recommandations du 20.12.2013, ACCC/2008/31, Allemagne, N 95 ss.

ciaires. En outre, ils doivent envisager des mesures de soutien appropriées pour supprimer ou réduire les obstacles d'accès à la justice, que ceux-ci soient financiers ou autres.

3. Évaluation tenant compte de la réception des dispositions pertinentes dans la jurisprudence suisse

L'accès à la justice prévu par la Convention d'Aarhus va sensiblement plus loin que les autres garanties existant à cet égard en matière d'environnement, tant en termes de portée que de précision, sans compter le fait qu'il s'agit d'un document contraignant en droit international. Toutefois, les États contractants disposent d'une grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre des dispositions relatives à la protection juridique. 3.40

Il n'est pas possible de répondre de manière générale à la question de savoir dans quelle mesure la Convention d'Aarhus renforce effectivement l'accès à la justice en matière d'environnement. Son importance effective dépend plutôt du degré de développement de la protection juridique dans les différents États contractants. 3.41

La Suisse dispose d'une protection juridique étendue en matière d'environnement. Par conséquent, il n'était guère nécessaire de prendre des mesures législatives en matière de protection juridique au cours de la période précédant la ratification⁹⁴. S'agissant de la jurisprudence rendue sur la base de la Convention d'Aarhus, il n'y a jusqu'à présent pas eu d'arrêts au niveau fédéral sur l'accès à la justice dans lesquels un conflit entre le droit suisse et la Convention aurait été retenu. Toutefois, le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral se réfèrent régulièrement à la Convention afin d'assurer une interprétation du droit suisse conforme au droit international ou pour avancer des arguments complémentaires à une solution déjà trouvée sur la base du droit national⁹⁵. Dans ce qui suit, deux arrêts sont mis en relief à titre d'exemple. 3.42

Dans l'arrêt ATF 141 II 233, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'ordre de l'Inspection bernoise de la chasse, adressé à une unité administrative hiérarchiquement subordonnée, d'abattre un certain nombre d'oiseaux protégés, pouvait être contesté par un recours des organisations visées à l'article 12 LPN⁹⁶. Contrairement au Tribunal administratif du canton de Berne, qui avait considéré que le recours était irrecevable parce que l'ordre de tir en question ne revêtait pas la qualité de décision, le Tribunal fédéral s'est prononcé en faveur de l'existence d'une décision susceptible de recours (c. 4.1.2). Bien que l'arrêt ait été accueilli de manière favorable par la doctrine, celle-ci a critiqué le fait que le Tribunal fédéral, en affirmant la qualité de décision de l'ordre en 3.43

94 Message portant approbation de la convention d'Aarhus et de son application ainsi que son amendement du 28 mars 2012, FF 2012 4027, 4050 ss ; voir aussi SIDLER/BALLY, 725 ss.

95 Voir THURNHERR, Aarhus-Konvention, 509 ss.

96 Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1996 (RS 451).

question, aurait abandonné la distinction traditionnelle entre les sphères interne et externe, sans pour autant étayer cette démarche par une argumentation suffisante⁹⁷.

- 3.44 Suite à l'analyse du droit national qui avait mené à la conclusion qu'il s'agissait bien d'une décision, le Tribunal fédéral s'est dans son arrêt également penché sur la Convention d'Aarhus. Les considérants y relatifs ont surtout servi à confirmer le résultat de l'analyse en droit interne. Le Tribunal fédéral a conclu que sa position était d'autant plus justifiée qu'elle était conforme aux obligations découlant de la Convention d'Aarhus (c. 4.3). Conformément à l'article 9 paragraphe 3, les États parties veillent à ce que les actes et omissions de particuliers ou d'autorités publiques qui ont trait au droit de l'environnement puissent être contestés devant un tribunal. Ces termes étaient, selon le Tribunal fédéral, à interpréter sur la base de l'article 31 paragraphe 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et ce quelle que soit la forme juridique sous laquelle l'État choisirait d'agir. Les critères du droit national ne devaient être appliqués qu'en ce qui concerne les conditions à remplir par les membres du public pour être considérés comme des organisations (c. 3.3.3). De plus, le Tribunal fédéral a retenu que la définition de l'objet du recours au titre du droit de la Convention, telle que l'avait formulée la juridiction inférieure (exigence d'une réglementation des droits et obligations de droit public des particuliers), aurait eu pour effet de faire obstacle à l'application du droit de l'environnement par le biais de mécanismes judiciaires efficaces, ce qui est précisément un objectif visé par la Convention (c. 4.3.3). En mettant l'accent sur une protection juridique indépendante du type d'acte juridique en cause, le Tribunal fédéral semblait relativiser, du moins implicitement, sa propre qualification initiale de l'ordre administratif comme décision.
- 3.45 La référence à la Convention d'Aarhus n'était donc finalement pas décisive pour l'issue du litige. Néanmoins, les remarques sur les différents aspects de la Convention, qui s'étendent sur un total de cinq pages dans l'arrêt tel que publié au recueil officiel, sont dignes d'intérêt. D'une part, le Tribunal fédéral précise que l'article 9 paragraphe 3 de la Convention exige un droit de recours des organisations (ainsi qu'un droit de recours individuel) également s'agissant de certains actes matériels. Bien qu'une disposition de protection juridique contre les actes matériels existe depuis plus de dix ans au niveau fédéral sous la forme de l'article 25a PA⁹⁸, et que la garantie de l'accès au juge (article 29a Cst.) exige également une telle protection, la Convention d'Aarhus contribue de la sorte à un nouveau développement de la protection juridique. D'autre part, la reconnaissance explicite d'un droit à la protection juridique contre les actes matériels, même dans le cadre du droit de recours des organisations, doit être qualifiée de nouveauté. Comme le Tribunal fédéral, contrairement à la doctrine dominante et à une grande partie de la jurisprudence, avait qualifié l'ordre litigieux de décision, cet aspect de l'arrêt est passé quelque peu au second plan ; si le Tribunal fédéral avait nié la qualité de décision, la

97 Voir MÜLLER, 446 ss ; UHLMANN, 425 ss.

98 Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021).

signification de la Convention d'Aarhus à cet égard serait ressortie de manière d'autant plus claire.

La Convention d'Aarhus a également été mentionnée dans l'affaire ATF 142 II 517 3.46 concernant l'allocation de frais et dépens. Le tribunal administratif du canton des Grisons avait imposé aux recourantes (quatre organisations environnementales) des frais de justice d'un montant de CHF 26 663 ainsi qu'une indemnité de partie d'un montant de CHF 27 707.70. Le Tribunal fédéral a conclu que, ajoutés aux dépenses substantielles déjà encourues par les recourantes, ces montants auraient un effet prohibitif et menaceraient d'empêcher ou de compliquer indûment l'exercice du droit de recours de l'association (c. 11.3). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral s'est référé à la pratique du *Compliance Committee* selon laquelle l'intérêt public à l'examen des recours en matière d'environnement doit être pris en compte dans la décision sur les frais. En règle générale, cela signifie qu'il convient de rester au-dessous du maximum légal de frais et dépens. Si l'intérêt légitime de la partie privée adverse à être indemnisée peut certes être pris en compte, les autorités et entreprises publiques sont quant à elles tenues de supporter leurs propres frais (c. 11.3). L'affaire a donc été renvoyée au Tribunal administratif du canton des Grisons pour une réévaluation des frais et dépens au sens des considérants. Dans ce cas, la Convention d'Aarhus a servi d'argument supplémentaire à l'appui de la pratique en question.

En conclusion, alors que le droit suisse répondait déjà avant la ratification largement 3.47 aux exigences de la Convention d'Aarhus, cette dernière a néanmoins eu un impact dans certains domaines. La protection juridique conférée aux organisations environnementales, quel que soit le type d'acte en cause, est particulièrement remarquable. En outre, la Convention fournit des arguments supplémentaires pour renforcer la protection juridique dans les questions sujettes à interprétation. Par ailleurs, on peut se demander si les exigences parfois relativement strictes du droit suisse s'agissant du droit de recours des organisations de protection de l'environnement tiennent suffisamment compte des exigences de la Convention d'Aarhus⁹⁹. Notamment l'exigence selon laquelle un recours ne peut être déposé que dans les domaines du droit visés depuis au moins dix ans par les statuts de l'association (article 55 alinéa 2 LPE, article 12 alinéa 2 LPN), sème le doute à cet égard.

IV. Remarques finales

La CEDH et la Convention d'Aarhus sont d'une grande importance pour la mise en 3.48 œuvre et donc pour le respect effectif du droit de l'environnement. On ne saura surestimer le rôle d'une protection juridique efficace – également et surtout en matière d'environnement – ; l'absence de mise en œuvre effective d'un droit ou l'absence de possibilité de le faire valoir en réduit considérablement le poids. Dans ce contexte, l'accès à la

99 Voir aussi WISARD, 813 ff.

justice en matière d'environnement permet tout d'abord de contrôler et de surveiller les décisions et les actes des autorités publiques qui menacent d'affecter l'environnement. D'autre part, la fonction consistant à pouvoir obliger une autorité publique à prendre des mesures revêt également une importance considérable, car si souvent, ce sont précisément les actions des particuliers qui peuvent avoir un impact négatif sur l'environnement, il peut néanmoins incomber à l'État des obligations positives à cet égard.

- 3.49 Une comparaison des approches de la CEDH et de la Convention d'Aarhus en matière de renforcement de la protection juridique au niveau national fait ressortir plusieurs différences. Les dispositions de la CEDH en tant que droit international directement applicable sont susceptibles d'être invoquées devant les tribunaux tandis que la Convention d'Aarhus laisse aux États contractants une marge de manœuvre considérable pour ancrer ses dispositions dans le droit national. En tant que droits de l'homme, les dispositions de la CEDH visent essentiellement à protéger l'individu, tandis que la Convention d'Aarhus souligne la grande importance des organisations non gouvernementales dans la mise en œuvre des mesures liées à la protection de l'environnement. Toutefois, ces différences ne doivent pas occulter l'existence de liens croisés entre les concepts de la CEDH et de la Convention d'Aarhus ou – en d'autres termes – entre le droit de l'environnement et la protection des droits de l'homme. Par exemple, avant même l'entrée en vigueur de la Convention d'Aarhus, la CourEDH avait souligné l'importance de l'information, de la participation et de l'accès à la justice en matière d'environnement, jetant ainsi les bases de l'élaboration de la Convention d'Aarhus¹⁰⁰. De même, la CourEDH fait régulièrement référence à la Convention d'Aarhus dans ses arrêts¹⁰¹. Des recours tels que celui des *KimaSeniorinnen* indiquent également que le contentieux stratégique, qui se caractérise par le fait qu'il poursuit un objectif plus large que les intérêts des parties directement impliquées en renforçant la protection de l'environnement, pourrait devenir de plus en plus important¹⁰². À l'avenir, il sera intéressant de voir si au droit de recours des associations s'ajoutent d'autres moyens de droit au bénéfice des organisations de protection de l'environnement.

100 Voir SCHMIDT-RADEFELDT, 146 ff. avec de nombreuses références à la jurisprudence du CourEDH.

101 CourEDH, arrêt *Taşkin et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n° 46117/99, § 93. En outre, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 27.6.2003 la Recommandation 1614 (2003) concernant l'environnement et les droits de l'homme. Cette recommandation fait également référence, entre autres, aux trois piliers de la Convention d'Aarhus.

102 Le contentieux stratégique est le plus courant dans le contexte des droits de l'homme. Voir à ce sujet RÜEGGER, 96 ss, avec références supplémentaires.

§ 4 L'accès à la justice environnementale en droit de l'Union européenne

Jean Félix Delile*

Table des matières

I.	La promotion de l'accès à la justice environnementale des États membres	74
1.	L'élargissement de la recevabilité des requêtes	74
2.	L'élimination des entraves au bon déroulement du procès	83
II.	L'accès restreint à la justice environnementale de l'Union européenne	89
1.	L'accès restreint au juge de la légalité des actes à incidences environnementales de l'Union	90
2.	Les carences de la procédure de réexamen interne	101

Bibliographie

BÉTAILLE JULIEN, Le paradoxe du droit d'accès à la justice en matière d'environnement, *in* Betaille (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse 2016, 11 ss; BROSBURG MORTEN/FENGER NIELS, Preliminary, *References to the European Court of Justice*, Oxford 2010; COUTRON LAURENT, L'héritage de l'arrêt UPA, *L'actualité juridique; droit administratif* 2014, 548 ss (cité: L'héritage); COUTRON LAURENT, L'irénisme des cours européennes: rapport introductif, *in* Coutron (éd.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles 2013, 13 ss (cité: L'irénisme); JANS JAN H., Did Baron von Munchhausen Ever Visit Aarhus?, *in* Macrory (dir.), *Reflections on 30 Years of Environmental Law: A High Level of Protection*, Groningen 2005, 475 ss; JANS JAN H./VEDDER HANS, *European Environmental Law: After Lisbon*, 4^{ème} éd., Cambridge 2013; KOMAREK JAN, Infringements in application of Community Law: Some Problems and (Im)possible Solutions, *Rev. eur. adm. L.*, 2007, 87 ss; KRÄMER LUDWIG, The Environmental Complaint in EU Law, *JEEPL* 2009, 13 ss; PONCELET CHARLES, Access to Justice in Environmental Matter – Does the European Union comply with its Obligations?, *Journal of Environmental Law* 2012, 287 ss; RUFFERT MATTHIAS, Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine, *in* du Bois de Gaudusson et al (éd.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à Bordeaux, Paris 2011, 149 ss; DE SADELEER NICOLAS, L'évaluation des incidences environnementales des programmes, plans et projets: à la recherche d'une protection juridictionnelle effective, *Revue du droit de l'Union Européenne* n°2 2014, pp. 231-287; DE SADELEER NICOLAS/PONCELET CHARLES, La contestation des actes des institutions de l'Union à incidences environnementales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus, *R.T.D.eur.* 2014, 7 ss; SIMON DENYS, Effet direct. Commentaire de l'arrêt CJUE, *Gde chbre*, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, Europe mai 2011, 9 ss; WEILER JOSEPH H. H., Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: an exploratory Essay, *in* Dickson/Eleftheriadis (éd.), *Philosophical Foundations of European Union law*, Oxford 2012, 137 ss; WOEHRLING JEAN-MARIE, Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs, *in* Schwarze (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles 2010, 277 ss.

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Lorraine.

- 4.1 Dans les années 1960, Walt Disney projeta de construire une station de ski dans la vallée de Mineral King, au sud-ouest du Sequoia Park, en Californie. Le Sierra Club, association de protection de l'environnement américaine, introduisit des recours à l'encontre de ce projet, alléguant que celui-ci porterait une atteinte irrémédiable à l'intérêt public, ce qui souleva pour la première fois la question du droit d'agir en justice en matière d'environnement. C'est dans ce contexte que Christopher D. Stone écrivit la contribution fondatrice sur ce sujet – « Should Trees Have Standing ? »¹ – incitant la Cour suprême à réserver un accueil favorable à la requête du Sierra Club. Il fut néanmoins déçu par l'arrêt *Sierra Club v. Morton*², dans lequel la Cour suprême ne reconnut pas un intérêt personnel à agir au requérant, si bien que la requête fut jugée irrecevable. Bien que 50 ans plus tard, la protection de l'environnement soit devenue une préoccupation majeure en Europe³, le problème de l'accès à la justice en matière environnementale continue de se poser dans les mêmes termes sur le vieux continent.
- 4.2 La nature est sans voix, elle n'a pas la capacité d'exprimer une quelconque volonté, de sorte qu'elle ne peut pas défendre ses intérêts en justice. Il est donc nécessaire que les personnes victimes des nuisances qu'elle subit puissent appeler les juges à sanctionner la violation des normes qui les prohibent, sans quoi ces normes environnementales risquent de ne rester que des tigres de papier, dépourvues de portée contraignante. Cette étude a pour objet d'examiner la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, afin de déterminer si celle-ci favorise la dévolution aux personnes privées et aux organisations de protection de l'environnement du droit d'agir contre les actes juridiques qui ont des incidences sur l'environnement. Fondée sur les principes de l'État de droit⁴, l'Union européenne est supposée garantir le respect de son droit par ses autorités normatives en s'appuyant, en vertu de l'article 19, § 1 du TUE, sur l'action combinée de la Cour de justice et des juridictions des États membres⁵. Les individus et les organisations non gouvernementales (ci-après, ONG) sont ainsi titulaires d'un droit au recours, constitutionnalisé dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, qui est supposé leur garantir une protection juridictionnelle effective devant les juridictions de l'Union. À ces règles constitutionnelles s'ajoute, dans le domaine environnemental,

1 CHRISTOPHER D. STONE, « Should Trees have Standing ? Towards Legal Rights for Natural Objects », *South California Law Review*, 1972, 450-501.

2 Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

3 L'importance accordée au « pacte vert » en témoigne au niveau de l'Union européenne : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Le pacte vert pour l'Europe*, COM(2019), 640.

4 L'article 2 du TUE dispose que « [l]'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme » ; CJCE, arrêt du 25.7.2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, C-50/00 P, I-6677.

5 Selon l'article 19, § 1 du TUE, « La Cour de justice de l'Union européenne [...] assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

un corpus de droits procéduraux *ad hoc*, issus de la Convention d'Aarhus⁶ qui lie les institutions de l'Union et les États membres au titre de l'article 216, § 2 du TFUE, et de différentes directives⁷ régissant l'accès à la justice environnementale.

La matière environnementale nécessite un droit procédural *ad hoc* dans la mesure où 4.3 les normes protectrices de l'environnement poursuivent la réalisation d'un objectif d'intérêt général qui peut entrer en tension avec des intérêts privés. La Commission européenne a à cet égard reconnu en 2003 que les entreprises n'ont « pas assez d'intérêts financiers privés pour inciter à la protection de l'environnement »⁸, ce qui explique qu'elles ne jouent pas dans le champ environnemental le rôle de garant du respect du droit de l'Union, rôle qui a toujours été le leur dans d'autres domaines couverts par ce droit, tels que le marché intérieur et la concurrence⁹. Plus généralement, le caractère collectif de l'intérêt lié à la protection de l'environnement s'accommode mal des voies traditionnelles de recours dans lesquelles le caractère personnel de l'intérêt à agir est souvent exigé¹⁰. L'avocate générale Sharpston l'a très clairement exprimé dans ses conclusions sur l'arrêt *Protect Natur*, « [l']environnement naturel appartient à chacun d'entre nous et la protection de cet environnement est notre responsabilité collective. [L]es normes issues du droit de l'Union en matière d'environnement [sont], le plus souvent, tournées vers l'intérêt général et non vers la seule protection des intérêts des particuliers pris individuellement. Ni l'eau ni les poissons qui y nagent ne peuvent agir devant les cours et tribunaux. De même, les arbres ne jouissent pas davantage de la

6 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25.6.1998 et approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2005/370/CE du Conseil, du 17.2.2005, JO L 124, 1.

7 Directive du Conseil du 27.6.1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 85/337/CEE, JO L 175, du 5.7.1985, 40-48 ; Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28.1.2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, JO L 41 du 14.2.2003, 26 ; Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26.5.2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil – Déclaration de la Commission, JO L 156, du 25.6.2003, 17-25 ; Directive 2010/75/UE du 24.11.2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution), JO L 334, du 17.12.2010, 17 ; Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13.12.2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JO L 26, du 28.1.2011, 1-21 ; Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4.7.2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, JO L 197 du 24.7.2012, 1.

8 Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, exposé des motifs, 24.10.2003, COM(2003) 624, 2.

9 Les personnes privées, fameuses « Private Attorney General » selon la formule de Weiler, chargées de veiller au bon respect du droit de l'Union européenne depuis van Gend en Loos, sont en règle générale des entreprises soucieuses de prendre appui sur ce dernier pour se libérer des contraintes juridiques qui pèsent sur leur activité (WEILER, 155).

10 Voir à ce sujet, BÉTAILLE, 13.

qualité pour agir »¹¹. Les règles habituellement applicables en matière d'intérêt à agir et de qualité pour agir doivent alors être assouplies dans le domaine environnemental, ce qui est précisément l'objet de la Convention d'Aarhus et des directives précitées. L'analyse des arrêts rendus par la Cour en la matière permet plutôt de constater la coexistence de deux corpus jurisprudentiels distincts – inégalement propices à la défense en justice du droit de l'Union – selon que la mise en cause des mesures à incidences environnementales ait lieu devant la Cour de justice ou devant les juridictions des États membres.

- 4.4 Au niveau national, la Cour de justice s'est fondée sur le riche corpus conventionnel et législatif susmentionné¹² pour renforcer considérablement la protection juridictionnelle des particuliers et des ONG par les juridictions des États membres en matière environnementale. L'autonomie procédurale des États a ainsi été encadrée de manière à assurer que leurs administrations s'exposent à une sanction lorsqu'elles manquent à leur obligation de se conformer au droit de l'environnement. En 2019, la Commission européenne a néanmoins publié une communication sur la mise en œuvre de la politique environnementale dans laquelle elle a relevé que d'importantes lacunes systémiques demeurent en matière d'accès à la justice environnementale dans certains États membres, s'agissant notamment de la qualité pour agir des ONG et de l'obstacle des coûts prohibitifs¹³. Cela traduit le fait que lesdits États éprouvent des réticences à se conformer aux exigences du droit conventionnel et dérivé de l'Union, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice qui s'y rapporte. L'avantage concurrentiel retiré par les États membres du non-respect de coûteuses normes environnementales n'est évidemment pas étranger à ce phénomène¹⁴. Cette frilosité des États membres à dynamiser le droit d'accès à leurs juridictions en matière environnementale se concrétise au niveau des institutions de l'Union par les freins opposés par le Conseil à l'adoption de législations libéralisant l'accès à la justice environnementale¹⁵.
- 4.5 Au niveau des institutions de l'Union européenne, la posture de la Cour de justice est toute autre. Elle s'oppose ainsi à toute évolution de sa propre jurisprudence relative à l'accès direct au juge de la légalité des actes de l'Union alors même que celle-ci entrent en contradiction avec les exigences de la Convention d'Aarhus. Le comité de suivi de l'application la Convention d'Aarhus a ainsi jugé la jurisprudence *Plaumann*¹⁶, clari-

11 ELEANOR SHARPSTON, Conclusions du 12.10.2017 sur CJUE, *Protect Natur*, C-664/15, N 77.

12 Voir notes 6 et 7.

13 Communication de la Commission du 4.4.2019, Examen de la mise en œuvre de la politique environnementale, COM(2019) 149, N 3.1 ; voir également : Communication du 14.10.2020, Améliorer l'accès à la justice en matière d'environnement dans l'Union européenne et ses États membres, COM(2020) 643, N 30.

14 Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, exposé des motifs, 2.

15 Communication du 14.10.2020, Améliorer l'accès à la justice en matière d'environnement dans l'Union européenne et ses États membres, COM(2020) 643, N 33.

16 CJCE, arrêt du 15.7.1963, *Plaumann & Co c. Commission européenne*, 25/62, 199.

fiant les critères constitutionnels de recevabilité d'un recours en annulation, contraire aux obligations véhiculées par son article 9¹⁷. Cette jurisprudence exclut en effet la recevabilité de toute requête tendant à la défense d'un intérêt collectif, ce qui est évidemment un obstacle indépassable à l'accès au juge en matière environnementale. Le législateur de l'Union a souhaité remédier à ce problème en adoptant un règlement établissant une procédure de réexamen non contentieux de la légalité des actes à incidence environnementale. Le Règlement 1367/2006¹⁸ a ainsi établi un mécanisme de réexamen interne dont l'exercice a été confié à l'organe auteur de l'acte. Il a néanmoins reconduit les insuffisances de la jurisprudence *Plaumann* qu'il était pourtant supposé combler, en limitant son champ d'application aux actes de portée individuelle. La révision du règlement d'Aarhus, qui a actuellement lieu et devrait habiliter les membres du public à demander le réexamen interne des actes de portée générale¹⁹, aurait pu offrir des perspectives d'amélioration de l'accès à la justice environnementale au niveau de l'Union européenne. Il est cependant probable que ces espoirs soient déçus : l'apparent élargissement du champ des attaquables semble en définitive n'être qu'un faux semblant dans la mesure où l'ajout de nouvelles conditions de recevabilité très restrictives ont accompagné l'admission de l'attaquabilité des actes de portée générale.

Les institutions judiciaires et politiques de l'Union ont construit un discours justifiant la grande difficulté d'attaquer les actes de l'Union à incidence environnementale. Celui-ci est bâti sur la possibilité offerte aux particuliers d'attaquer les actes nationaux d'exécution du droit de l'Union devant les juridictions des États membres, qui peuvent interroger la Cour sur la légalité des actes de l'Union. L'existence du renvoi préjudiciel en appréciation de validité compenserait en d'autres termes la quasi-impossibilité de contester directement les actes européens à incidence environnementale. C'est néanmoins négliger les difficultés d'accéder aux juridictions des États membres en matière environnementales ainsi que les réticences de ces juridictions à poser des questions préjudicielles en appréciation de validité. Au total, les actes des institutions de l'Union paraissent très difficilement attaquables devant la Cour de justice dès lors qu'ils ont trait au droit de l'environnement. 4.6

17 Comité de suivi de la Convention d'Aarhus, Findings and Recommendations of the Compliance Committee with regard to Communication ACC/C/2008/32 (Part I) concerning compliance by the European Union, adopté le 14.4.2011 et publié le 27.4.2011, N 86.

18 Règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6.9.2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, JOCE, L 264, 25.9.2006, 13-19.

19 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6.9.2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, COM(2020) 688 ; validé par le Conseil le 13.12.2020 (doc. 13937/20).

- 4.7 Un examen exhaustif de la jurisprudence de la Cour permettra de constater dans cette étude l'existence d'un double discours juridique sur l'accès à la justice environnementale. D'un côté, la juridiction de l'Union encadre étroitement les droits procéduraux des États membres, en favorisant la protection du droit de l'environnement devant leurs juridictions (I). De l'autre côté, la Cour permet aux institutions de l'Union de contrevenir aux normes environnementales de l'Union européenne, en subordonnant l'accès à son prétoire à des conditions restrictives directement contraires à la Convention d'Aarhus (II). Les actes des autorités publiques causant des nuisances environnementales sont alors inégalement exposés à la sanction juridictionnelle, selon qu'ils soient édictés au niveau des institutions de l'Union ou à celui de ses États membres.

I. La promotion de l'accès à la justice environnementale des États membres

- 4.8 Lorsque la mise en œuvre d'une règle de droit de l'Union européenne incombe aux États membres, le principe d'autonomie procédurale impose qu'elle soit opérée dans le respect des formes et des procédures du droit national²⁰. Toutefois, en vertu du principe d'effectivité, ces règles de procédures ne doivent pas rendre excessivement difficile la sanction de la violation du droit de l'Union²¹. De surcroît, dans le domaine environnemental, le législateur de l'Union a édicté une série de directives régissant les procédures applicables dans le cadre des litiges portant sur différents types d'actes à incidences environnementales²². À cette législation s'ajoutent les obligations issues de l'article 9 de la Convention d'Aarhus qui garantit aux particuliers le droit d'accès à la justice en matière environnementale. Saisie de nombreux renvois préjudiciels, la Cour de justice s'est fondée sur ce corpus normatif pour progressivement construire une jurisprudence favorable à la protection juridictionnelle des personnes concernées par des actes étatiques à incidences environnementales.
- 4.9 En substance, la juridiction de l'Union a corrélativement éliminé les entraves au déclenchement (1), ainsi qu'au bon déroulement du procès dans le domaine environnemental (2).

1. L'élargissement de la recevabilité des requêtes

- 4.10 Les conditions d'accès à la justice environnementale ont été davantage libéralisées s'agissant des actions tendant à contester la régularité de la procédure d'adoption des actes à incidence environnementale (a) que lorsque leur finalité réside dans le contrôle de leur conformité à toute autre règle de l'environnement (b). La Cour de justice a en tout état de cause invité les juridictions des États membres à reconnaître plus aisément

20 CJCE, arrêt du 11.2.1971, *Fleishkontor*, 39/70.

21 CJCE, arrêt du 16.12.1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 33/76, 1989.

22 Voir les directives précitées en note 6.

la qualité pour agir des ONG et, dans une moindre mesure, des personnes physiques, dans ces deux types d'action.

a) *L'accès au juge de la légalité du processus d'adoption d'actes à incidences environnementales*

Les articles 9, § 2 de la Convention d'Aarhus, 25 de la directive relative aux émissions industrielles (IED)²³ et 11 de la directive relative à l'évaluation des incidences de certains projets sur l'environnement (EIE)²⁴ attribuent aux « publics concernés » par une mesure à incidence environnementale l'accès au juge pour obtenir un contrôle de la régularité du processus décisionnel ayant mené à son adoption. Le droit procédural de l'Union a ainsi libéralisé les conditions d'accès des personnes concernées par une nuisance environnementale à un juge de la légalité de la mesure qui en est la source. Ces personnes peuvent ainsi contester la régularité de la décision de ne pas opérer une évaluation d'impact avec participation du public concerné²⁵, ou alléguer l'irrégularité des conditions dans lesquelles s'est déroulé le processus décisionnel associant le public concerné²⁶. 4.11

aa) *Les personnes physiques*

Comme l'a relevé l'Avocat Général Cruz Villalón, le citoyen lui-même est devenu, à la suite de l'entrée en vigueur de la Convention d'Aarhus, « une instance chargée de faire respecter la législation en matière de protection de l'environnement »²⁷. Cette évolution a été permise par ladite libéralisation de l'accès à la justice environnementale, exigée par l'article 9 de cette convention. La Cour de justice s'est d'abord prononcée sur l'étendue des compétences des juridictions des États membres lorsque celle-ci était trop restreinte pour permettre aux particuliers de contester la légalité d'actes à incidence environnementale. 4.12

Dans les arrêts *Boxus*²⁸ et *Solvay*²⁹, la Cour de justice a élargi l'accès des personnes physiques à la justice en matière environnementale. Elle a enjoint aux juridictions belges d'écarter une loi validant une décision d'autorisation d'agrandissement de l'aéroport Charleroi, à l'élaboration de laquelle les publics concernés n'avaient pas pu participer. 4.13

23 Directive 2010/75/UE du 24.11.2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution).

24 Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13.12.2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

25 CJUE, arrêt du 30.4.2009, *Christophe Mellor c. Secretary of State for Communities and Local Government*, C-75/08, § 58

26 CJUE (GC), arrêt du 18.10.2011, *Boxus et Roua*, aff. jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, I-9711.

27 PEDRO CRUZ VILLALÓN, Conclusions du 20.6.2013 sur CJUE, *Gemeinde Altrip*, N 98.

28 *Ibid.*

29 CJUE, arrêt du 16.2.2012, *Marie-Noëlle Solvay*, C-182/10.

L'immunité juridictionnelle bénéficiant aux lois de validation belge contrevenait aux exigences de l'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus et 10 bis de la directive EIE dès lors que le public concerné ne pouvait pas contester leur régularité devant le Conseil d'État ou devant la Cour constitutionnelle belge. Le droit procédural belge faisait ainsi obstacle à l'examen de la légalité externe de l'autorisation querellée, en dépit de son impact potentiel sur l'environnement. La juridiction belge de renvoi fut par conséquent appelée par la Cour à laisser inappliquée la loi litigieuse pour permettre aux parties requérantes devant le juge *a quo* de contester la décision à incidence environnementale³⁰.

- 4.14 Plus récemment, dans l'affaire *LB*³¹, la Cour de justice a été appelée à déterminer si un particulier pouvait prendre appui sur la Convention d'Aarhus pour obtenir un accès au juge de la légalité d'un acte à incidence environnementale, alors même qu'il n'a pas participé à son élaboration. En l'espèce, un permis de construire une extension de porcherie dans la commune d'Echt-susteren, délivré par cette dernière le 28 septembre 2017, sans étude d'impact mais après avoir permis au public concerné de présenter ses observations, avait été contesté devant le tribunal de Limbour par M. LB. Or, il ressortait de la loi néerlandaise portant dispositions générales en matière de droit de l'environnement que seuls les intéressés ayant présenté des observations lors de la procédure préparatoire pouvaient introduire un recours contre la décision adoptée à son issue³², ce qui n'était pas le cas des requérants en l'espèce. Le tribunal de Limbour a alors interrogé la Cour sur la conformité du droit procédural néerlandais, qui lui imposait de juger les requêtes irrecevables, avec les articles 9, § 2 et 3 de la Convention d'Aarhus. L'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus impose aux États membres de garantir au « public concerné » le droit de contester en justice un acte dont l'adoption est assujettie, au terme de l'article 6 de cette convention, à une participation préalable dudit public. La Cour a rappelé à cet égard que son champ d'application personnel se distingue de celui de l'article 9, § 3 qui s'étend à l'ensemble du « public ». Les droits procéduraux conférés par l'article 9, § 2 sont ainsi réservés au « public touché ou qui risque de l'être par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus décisionnel »³³, tandis que cette limitation est sans influence sur la portée de l'article 9, § 3³⁴. Or, la Cour a indiqué à la juridiction de renvoi que si elle venait à considérer, comme elle le laissait entendre dans sa question préjudicielle, que M. LB ne relevait pas du « public concerné » par l'autorisation d'extension de la porcherie d'Echt-Susteren, il ne saurait se prévaloir d'une violation de l'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus³⁵. Le fait que le requérant n'ait pas participé au processus décisionnel ne

30 CJUE (GC), arrêt du 18.10.2011, *Boxus et Roua*, aff. jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, I-9711, § 56 ; CJUE, arrêt du 16.2.2012, *Marie-Noëlle Solvay*, C-182/10, § 51.

31 CJUE, arrêt du 14.1.2021, *LB*, C-826/18.

32 Article 6:13 de l'*Algemene wet bestuursrecht* (loi générale en matière administrative).

33 CJUE, arrêt du 14.1.2021, *LB*, § 35, par référence à l'article 2, § 5 de la convention d'Aarhus.

34 *Ibid.* § 44.

35 *Ibid.* § 46.

peut néanmoins pas motiver à lui-seul son exclusion de la catégorie des « membres du public concerné » par la mesure litigieuse. Le requérant doit du reste être habilité à invoquer l'article 9, § 3 pour alléguer devant le juge *a quo* une violation du droit national de l'environnement³⁶.

bb) Organisations non gouvernementales

La Cour de justice a surtout développé une jurisprudence favorable à l'accès des ONG 4.15 aux juridictions des États membres pour que celles-ci puissent contester la régularité des conditions d'édition des actes à incidences environnementales. Les ONG qui se consacrent à la protection de l'environnement sont réputées titulaires d'un droit d'accès à la justice dès lors que l'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus – de même que l'article 25, § 3 de la directive EID et 10, § 3 de la directive EIE – dispose que celles-ci sont supposées lésées dans leurs intérêts et leurs droits par une évaluation d'impact sur l'environnement irrégulière. Dans l'affaire *Djurgården-Lilla*, la Cour de justice a suivi les conclusions de l'Avocat Général Sharpston³⁷ en jugeant que les règles procédurales étatiques « ne doivent pas risquer de vider de toute portée les dispositions communautaires selon lesquelles ceux qui ont un intérêt suffisant à contester un projet et ceux aux droits desquels celui-ci porte atteinte, parmi lesquels les associations de protection de l'environnement, doivent pouvoir agir devant les juridictions compétentes »³⁸. Les ONG bénéficient ainsi d'un statut de requérant privilégié qui puise son fondement dans leur rôle de « contrepoids à la décision de ne pas instaurer une action populaire obligatoire sur les questions d'environnement » ; leur intervention « renforce la qualité et la légitimité de décisions prises par les autorités publiques »³⁹.

Dans la jurisprudence de la Cour, cela se traduit dans le fait que les ONG de protection 4.16 de l'environnement sont considérées comme des membres du « public concerné » au sens de l'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus. Elles peuvent ainsi valablement invoquer cette stipulation dès lors qu'elles sont réputées avoir un intérêt à participer à tout processus d'adoption de décision à incidence environnementale en vertu de l'article 6 de la Convention d'Aarhus⁴⁰.

36 *Ibid.* § 51-52. Dans le même sens, CJUE, arrêt du 20.12.2017, *Protect Natur*, C-664/15, § 46 et 48 ; CJUE, arrêt du 3.10.2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland*, C-197/18, § 34. Voir les analyses, *infra*, I-1-b).

37 ELEANOR SHARPSTON, Conclusions du 2.7.2009 sur CJCE, *Djurgården-Lilla*, N 43.

38 CJCE, arrêt du 15.10.2009, *Djurgården-Lilla*, C-263/08, § 45.

39 ELEANOR SHARPSTON, Conclusions du 2.7.2009 sur CJCE, *Djurgården-Lilla*, N 43. Eleanor Sharpston avait par préalablement indiqué dans le cadre de l'affaire *Trianel* qu'outre le droit procédural écrit, le principe d'effectivité exigeait également l'accès des ONG aux juridictions des États membres, voir Conclusions du 16.12.2010 sur CJUE, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (Trianel)*, C-115/09, 3673, § 52.

40 CJUE, arrêt du 14.1.2021, *LB*, § 35.

- 4.17 Le rôle que jouent les ONG en faveur de la protection de l'environnement a incité la Cour à éliminer certaines entraves à leur accès aux juridictions des États membres. Parmi ces entraves figurait la subordination du droit d'action des associations de protection de l'environnement à la satisfaction de certains critères quantitatifs. Dans l'arrêt *Djurgården-Lilla*, la Cour a refusé qu'un État membre n'accorde l'accès à ses juridictions qu'à celles des associations qui comptent plus de 2000 membres. Selon la juridiction de l'Union, de telles associations « peuvent ne pas avoir le même intérêt à s'occuper d'une opération d'ampleur limitée » que des associations locales de plus petite envergure, si bien que les premières « risqueraient d'être saisies de nombreuses demandes [...], au sein desquelles elles seraient nécessairement amenées à opérer une sélection selon des critères qui échapperaient à tout contrôle »⁴¹. Or, l'exercice d'un tel filtrage par les associations de protection de l'environnement de plus de 2000 membres entrerait directement en conflit avec les objectifs de la Convention d'Aarhus. De sorte que la Cour a enjoint aux juridictions des États membres de reconnaître une qualité pour agir aux petites ONG défendant des intérêts environnementaux locaux. La Cour de justice s'est, sur ce point, conformée aux injonctions du Comité de suivi de l'application de la Convention d'Aarhus qui avait indiqué aux parties contractantes qu'elles « ne peuvent se prévaloir de l'expression « qui répondent aux critères éventuels prévus par [le] droit interne » pour introduire ou maintenir des critères rigoureux au point d'empêcher la totalité ou la quasi-totalité des associations de défense de l'environnement de contester des actes ou omissions allant à l'encontre du droit national de l'environnement »⁴².
- 4.18 Ensuite, les modalités d'application aux ONG de la doctrine des droits publics subjectifs, selon laquelle seule une personne lésée dans ses droits est titulaire du droit d'agir en justice⁴³, ont été encadrées par la Cour. La juridiction de l'Union a cherché à en remodeler la substance de manière à la rendre conciliable avec les exigences de la Convention d'Aarhus⁴⁴. Il n'était pas question pour la Cour de mettre en cause l'existence même de la doctrine des droits publics subjectifs, mais elle a tout de même exigé que les juridictions allemandes adoptent une conception souple de la notion d'« atteinte à un droit », qui serait de nature à garantir « un large accès à la justice »⁴⁵. Les règles de droit national et de droit de l'Union protectrices de l'environnement sont considérées par la Cour comme attributives de « droits susceptibles de faire l'objet d'une atteinte »⁴⁶ dont les

41 CJCE, arrêt du 15.10.2009, *Djurgården-Lilla*, C-263/08, § 51.

42 Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, Belgique, 28.7.2006, <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2006/pp/ECE_MP_PP_C.1_2006_4_Add.2_f.pdf> (31.8.2021), § 35.

43 Ruffert.

44 CJCE, arrêt du 25.7.2008, *Dieter Janecek*, C-237/07, I-6221 ; CJCE, arrêt du 15.10.2009, *Djurgården-Lilla*, C-263/08 ; CJUE, arrêt du 12.5.2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-115/09 ; CJUE, arrêt du 7.11.2013, *Gemeinde Altrip*, C-72/12.

45 CJUE, arrêt du 12.5.2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-115/09, § 39 ; CJUE, arrêt du 7.11.2013, *Gemeinde Altrip*, C-72/12, § 43.

46 CJUE, arrêt du 12.5.2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-115/09, § 48.

ONG sont titulaires. La juridiction de l'Union a par conséquent refusé de définir le droit individuel sur le modèle des droits publics subjectif proposé par la doctrine allemande, qui réduit ceux-ci aux normes susceptibles de modifier la situation juridique des individus⁴⁷. La Cour de justice a ainsi proposé une interprétation *latissimo sensu* de la notion « d'atteinte à un droit » contenue par la Convention d'Aarhus et la directive EIE pour y intégrer « la possibilité de faire contrôler le respect des normes issues de ce droit [de l'environnement], lesquelles sont, le plus souvent, tournées vers l'intérêt général »⁴⁸. La juridiction de l'Union en a déduit qu'« il serait contraire à l'objectif d'assurer au public concerné un large accès à la justice [...] que lesdites associations [de protection de l'environnement] ne puissent également faire valoir l'atteinte à des normes issues du droit de l'Union de l'environnement au seul motif que celles-ci protègent des intérêts collectifs »⁴⁹. C'est ainsi que L'Allemagne⁵⁰, mais aussi la Suède⁵¹ et la Slovaquie⁵² ont été appelées par la Cour de justice à attribuer aux associations de protection de l'environnement un droit d'action en justice fondé sur l'intérêt général qu'elles défendent.

Enfin, un État membre ne peut pas subordonner la capacité d'une ONG de contester un acte à incidence environnementale sur le fondement de l'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus à sa participation préalable au processus décisionnel. La Cour a en effet jugé dans l'arrêt *LB* que « l'objectif consistant à assurer un « large accès à la justice » prévu à l'article 9, § 2, de la Convention d'Aarhus, et le respect de l'effet utile de cette disposition ne seraient pas assurés par une législation qui conditionnerait la recevabilité d'un recours formé par une organisation non gouvernementale en fonction du rôle qu'elle a pu ou non jouer lors de la phase de participation au processus décisionnel »⁵³. Il est à cet égard souligné que ces deux phases, participative et juridictionnelle, n'ont pas le même objet, et que l'appréciation portée par une ONG sur un projet peut de surcroît évoluer de l'une à l'autre. Les juridictions néerlandaises ne peuvent ainsi, à l'appui du droit procédural national, tirer argument du fait qu'une ONG n'a pas participé à un processus décisionnel environnemental pour la priver du droit de contester en justice la décision qui en est le produit. 4.19

47 La réticence de la pensée juridique allemande à la doctrine de l'intérêt factuel à agir est mise en évidence par le propos de Matthias Ruffert, lorsqu'il écrit que « l'existence d'un droit subjectif ne dérive pas de la situation de fait, mais seulement des normes applicables à cette situation », (RUFFERT, 151).

48 CJCE, arrêt du 12.5.2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-115/09, § 46.

49 *Ibid.* § 47.

50 *Ibid.* § 48.

51 CJCE, arrêt du 15.10.2009, *Djurgården-Lilla*, C-263/08.

52 CJUE (GC), arrêt du 8.3.2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, C-240/09.

53 CJUE, arrêt du 14.1.2021, *LB*, § 58. Voir dans le même sens, CJUE, arrêt du 15.10.2009, *Djurgården-Lilla*, C-263/08, § 38, 39-48.

b) *L'accès au juge de la légalité des actes allant à l'encontre du droit substantiel de l'environnement*

- 4.20 Au contraire de l'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus et des législations de l'Union qui se cantonnent à garantir l'accès à la justice pour contrôler la régularité du processus d'adoption d'actes à incidence environnementales⁵⁴, l'article 9, § 3 assure aux justiciables un large accès au prétoire dans l'ensemble de la matière environnementale. En substance, il stipule que « les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par [le] droit interne » doivent pouvoir « engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ».
- 4.21 Cette disposition n'a pas été mise en œuvre par le législateur de l'Union. La Commission avait pourtant soumis en 2003 une proposition de directive consacrant un droit d'accès à la justice dans l'ensemble des matières environnementales⁵⁵. Elle proposait de conférer un *locus standi* aux associations de protection de l'environnement dans toutes les hypothèses où une violation droit environnemental de l'Union serait alléguée. Mais ce projet s'est heurté à l'opposition de certains États membres qui ont estimé que le principe de subsidiarité excluait l'édiction d'une telle législation à l'échelon européen⁵⁶. Il appartient donc aux États membres de mettre leur droit en conformité avec l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus, sans pour autant s'appuyer sur des dispositifs d'harmonisation qui sont absents de son champ d'application matériel. Pour cette raison, comme l'a relevé Nicolas de Sadeleer, « dans les matières tombant sous le coup de dispositifs d'harmonisation (conservation de la nature, protection des eaux, des sols, de l'air, etc..) mais échappant aux régimes où l'accès à la justice a été amélioré (EIE, installations classées), le § 3 de la Convention est appelé à jouer un rôle crucial »⁵⁷. En outre, le champ d'application personnel du § 3 de l'article 9 est plus large que celui de son § 2 dès lors qu'il ne concerne pas seulement les actes des autorités publiques, mais également ceux des personnes privées.
- 4.22 Toutefois, l'attribution d'un champ d'application matériel et personnel d'une telle étendue à l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus n'a été possible qu'au prix de la dévolution aux parties contractantes d'une importante marge d'appréciation pour définir ses conditions de mise en œuvre. Ainsi, ce ne sont pas les membres du public « concerné » mais ceux qui « répondent aux critères éventuels prévus par le droit interne » qui bénéficient d'un droit d'accès à la justice au titre de l'article 9, § 3. Or, attendu que l'inconditionnalité de la norme conventionnelle est un critère de son effet direct⁵⁸, la Cour de justice a

54 Voir les directives précitées en note 5.

55 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement /COM/2003/0624 final – COD 2003/0246.

56 KRÄMER, 17 ; PONCELET, 292.

57 DE SADELEER, 276.

58 CJUE (GC), arrêt du 8.3.2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-240/09, § 44.

estimé dans l'arrêt *VLK* que les stipulations de l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus, « qui ne contiennent aucune obligation claire et précise de nature à régir directement la situation juridique de particuliers »⁵⁹, sont dépourvues d'effet direct. Cela pouvait laisser craindre qu'à défaut de pouvoir être appliquée directement par les juridictions des États membres, cette stipulation demeure lettre morte.

Tel ne fut pas le cas : la Cour de justice a en effet indiqué à la juridiction de renvoi qu'il appartient aux juridictions des États membres d'interpréter le droit national en conformité avec l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus, ce qui lui a permis de remodeler le droit procédural de certains États membres dans son champ d'application. Par exemple, dans l'affaire *VLK* relative à la protection des ours bruns, la juridiction de l'Union a jugé que le silence du droit procédural slovaque au sujet du droit d'accès des ONG à la justice devait être interprété d'une manière qui leur permette « de contester devant une juridiction une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement »⁶⁰. Le défaut d'effet direct de l'article 9, § 3 est donc loin de priver ses prescriptions de toute portée puisque l'interprétation conforme peut conduire à interpréter de manière très constructive le droit des États membres pour libéraliser l'accès des ONG à la justice environnementale⁶¹. Cette interprétation très dynamique de l'article 9, § 3 a été retenue par la juridiction de Luxembourg, car elle seule était en mesure de garantir le respect du principe d'effectivité appliqué aux droits tirés de la directive 92/44 (habitats)⁶². 4.23

Les limites de l'intensité normative de l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus ont toutefois été mises en évidence par l'affaire *LB* précédemment évoquée. La Cour a en effet estimé à son occasion que l'accès à la justice des membres du « public », tel que M. LB, pouvait être subordonné en droit national à une condition de participation préalable au processus décisionnel. Il a en effet été établi que ses droits procéduraux dérivent de l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus dès lors qu'il n'entre pas dans le champ d'application *ratione personae* de son article 9, § 2⁶³. Or cette stipulation « encadre de manière plus souple la marge de manœuvre des parties à cette convention »⁶⁴ et permet à un État d'établir des conditions de recevabilité favorisant la présentation des objections des membres du public et la résolution des points litigieux au stade de la phase administrative⁶⁵. Cette valorisation des modes non juridictionnels de résolution des différends constitue du point de vue de la Cour un objectif d'intérêt général susceptible de justifier 4.24

59 *Ibid.* § 45.

60 *Ibid.* § 51.

61 Voir JANS/VEDDER, 237 ; SIMON, 11.

62 Directive 92/43/CEE du Conseil du 21.5.1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, JO L126, 22.6.1992, 7.

63 Voir *supra*, I, 1, a).

64 CJUE, arrêt du 14.1.2021, *LB*, § 62.

65 *Ibid.* § 63. Dans le même sens, voir CJUE, arrêt du 20.12.2017, *Protect Natur*, C-664/15, § 88-90.

la limitation du droit à un recours effectif issu de l'article 47 de la Charte⁶⁶. Cette limitation, fondée sur un objectif d'intérêt général, a ensuite été jugée proportionnée dans la mesure où l'exigence de participation préalable au processus décisionnel ne s'applique, en vertu du droit néerlandais, que dans l'hypothèse où le défaut de participation peut être raisonnablement reproché au requérant⁶⁷. L'article 9, § 3 semble donc présenter une utilité plus limitée pour les personnes physiques que pour les ONG.

- 4.25 Il est également arrivé qu'un particulier réclame un assouplissement de ses conditions d'accès à la justice environnementale sans se référer à l'article 9, § 3 pour réclamer la mise en œuvre du droit européen et national de l'environnement. Dans l'affaire *Janecek*, le requérant se heurtait ainsi à la doctrine allemande des droits publics subjectifs dans le cadre de son recours individuel tendant à obtenir, en application de l'article 7 de la directive 96/62⁶⁸, l'adoption d'un plan limitant l'émission de particules fines à Munich⁶⁹. La Cour a alors contraint la juridiction de renvoi à admettre la recevabilité du recours de M. Janecek tendant à obtenir l'adoption de ce plan⁷⁰. Les conditions d'application de la doctrine des droits publics subjectifs ont donc été assouplies par la Cour afin de garantir que les juridictions des États membres contrôlent effectivement le respect du droit de l'environnement, y compris dans les domaines harmonisés ne comprenant pas de dispositions établissant un régime d'accès à la justice amélioré.
- 4.26 L'activisme de la Cour en faveur de la libéralisation des conditions d'accès à la justice nationale en matière environnementale met en évidence la frilosité des législateurs des États membres à mettre en œuvre les règles de droit de l'Union relatives à la recevabilité des recours en matière environnementale. Elle a été déplorée par la Commission, qui a appelé en 2020 les juridictions des États membres à « écarter les dispositions contraires au droit de l'Union [créant les restrictions indues à la qualité pour agir], y compris celles de nature législative ou réglementaire »⁷¹. Elle a annoncé son intention d'exercer à l'avenir son rôle de gardienne des traités avec une vigilance particulière dans ce domaine, en mobilisant notamment la procédure de manquement⁷². Mais la jurisprudence de la Cour ne se limite pas à dynamiser l'accès au juge de la légalité des actes à incidences environnementales, elle tend de surcroît à éliminer les entraves au bon déroulement du procès qui lui succède.

66 *Ibid.* § 66.

67 *Ibid.* § 67.

68 Directive 96/62/CE du conseil du 27.9.1996 concernant l'évaluation et la gestion de la qualité de l'air ambiant, JO L 296, 21.11.1996, 55-63.

69 CJCE, arrêt du 25.7.2008, *Dieter Janecek c. Freistaat Bayern*, C-237/07, I-6221, § 42.

70 JANS/VEDDER, 230-231.

71 Communication du 14.10.2020, Améliorer l'accès à la justice en matière d'environnement dans l'Union européenne et ses États membres, COM(2020) 643, N 37.

72 *Ibid.* N 38.

2. L'élimination des entraves au bon déroulement du procès

La Cour de justice a favorisé le bon déroulement des procédures introduites devant les juridictions des États membres en limitant dans ce domaine les coûts de procédure (a), en encadrant l'usage de la théorie des formes substantielles (b), ainsi qu'en renforçant les pouvoirs d'injonction du juge dans le domaine environnemental (c). 4.27

a) La limitation des coûts de procédure

L'article 9, § 4 de la Convention d'Aarhus stipule qu'en matière environnementale, « les procédures [...] doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif ». Les articles 11, § 4, alinéa 2 de la directive 2011/92 (EIE) et 25, § 4, alinéa 2 de la directive 2010/75 (EID) véhiculent une exigence similaire, puisqu'ils disposent que les procédures de contestation des actes à incidence environnementale doivent être « d'un coût non prohibitif ». Cela n'interdit pas aux juridictions des États membres de mettre les dépens à la charge des requérants mais leur montant ne doit cependant pas être déraisonnablement élevé⁷³. Jusqu'en 2018, cette exigence de coût non prohibitif ne s'appliquait qu'aux dépens afférents aux recours s'appuyant sur la méconnaissance des règles de participation du public. L'arrêt *North East Pylon* a considérablement élargi le champ d'application de l'exigence de coût non prohibitif en y incluant l'ensemble des actions fondées sur des règles substantielles de droit de l'environnement⁷⁴. 4.28

C'est tout particulièrement la question de la conformité au droit environnemental de l'Union des coûts élevés de procédures au Royaume-Uni et en Irlande, essentiellement constitués par les honoraires d'avocat, qui a été portée à la connaissance de la Cour de justice. Dans les affaires *Edwards*⁷⁵, *Commission contre Royaume-Uni*⁷⁶ et *North East Pylon*⁷⁷, elle a ainsi été appelée à se prononcer sur la conformité des frais de justice devant les juridictions britanniques et irlandaises à l'exigence du « coût non prohibitif » des procédures imposées par les directives 2011/92 [ex 85/337 ; 2003/35] et 2010/75 [ex 96/61]. Les coûts engendrés par la condamnation aux dépens des personnes concernées par des projets à incidences environnementales étaient contestés dans les deux premiers arrêts. La Cour de justice a estimé qu'en principe, l'interdiction des coûts prohibitifs ne retire pas aux juridictions des États membres le pouvoir de condamner la partie 4.29

73 CJUE, arrêt du 11.4.2013, *David Edwards et Lilian Pallikaropoulos c. Environment Agency e.a.*, C-260/11, § 25-26 ; CJUE, arrêt du 15.3.2018, *North East Pylon Pressure Campaign*, C-470/16, § 60-61.

74 CJUE, arrêt du 15.3.2018, *North East Pylon Pressure Campaign*, C-470/16, § 57-58.

75 CJUE, arrêt du 11.4.2013, *David Edwards et Lilian Pallikaropoulos c. Environment Agency e.a.*, C-260/11.

76 CJUE, arrêt du 13.2.2014, *Commission européenne c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-530/11.

77 CJUE, arrêt du 15.3.2018, *North East Pylon Pressure Campaign*, C-470/16.

défaillante aux dépens⁷⁸. Cependant, le double intérêt – individuel et général⁷⁹ – défendu par le requérant agissant contre un acte à incidences environnementales confère, selon la Cour, un caractère altruiste à son action, ce qui justifie une limitation de son coût. Les juridictions des États membres ont dès lors été appelées à prendre en considération « l'intérêt général lié à la protection de l'environnement »⁸⁰ que le requérant défend pour déterminer le montant des dépens.

- 4.30 Dans ce contexte, les juridictions des États membres sont tenues, d'une part, de prendre en considération « la situation économique de l'intéressé » – pour que le coût de la procédure ne dépasse pas ses capacités financières – et d'autre part de « procéder à une analyse objective des dépens » afin que ceux-ci n'apparaissent pas comme « objectivement déraisonnables »⁸¹. Le caractère objectivement raisonnable du coût du procès est apprécié au prisme de cinq indices : la situation des parties en cause, les chances de succès du demandeur, la gravité de l'enjeu pour celui-ci ainsi que pour l'environnement, la complexité du droit et de la procédure applicables, ainsi que le caractère éventuellement téméraire du recours à ses différents stades⁸².
- 4.31 Dans l'affaire *Edwards*, les parties défenderesses avaient présenté deux factures de GBP 55.810 et GBP 32.290, au titre des frais de procédure recouvrables, au requérant qui avait été condamné aux dépens⁸³, ce qui semblait objectivement déraisonnable. La solution dégagée dans cet arrêt préjudiciel n'a néanmoins pas été considérée comme étant « simple et directe »⁸⁴ par la Cour suprême du Royaume-Uni. De ce fait, la juridiction britannique a jugé que seul le critère relatif à la complexité du droit et de la procédure applicable était pertinent. Dès lors que trois jours d'audience avaient été nécessaires pour statuer, elle en a tiré pour conséquence que le coût élevé des dépens (GBP 88 100/EUR 101.820) pouvait être qualifié de raisonnable⁸⁵. L'examen de la situation des parties en cause, de la gravité de l'enjeu environnemental a ainsi été négligé, au

78 CJCE, arrêt du 16.7.2009, *Commission c. Irlande*, C-427/07, § 92 ; CJUE, arrêt du 11.4.2013, *David Edwards et Lilian Pallikaropoulos c. Environment Agency e.a.*, C-260/11, § 25-26 ; CJUE, arrêt du 13.2.2014, *Commission européenne c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-530/11, § 44.

79 Voir JULIANE KOKOTT, conclusions du 18.10.2012 sur CJUE, *David Edwards e.a. c. Environment Agency*, C-260/11, § 41.

80 CJUE, arrêt du 13.2.2014, *Commission européenne c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-530/11, § 45.

81 *Ibid.* § 47 ; CJUE, arrêt du 11.4.2013, *David Edwards et Lilian Pallikaropoulos c. Environment Agency e.a.*, C-260/11, § 40.

82 CJUE, arrêt du 13.2.2014, *Commission européenne c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-530/11, § 49 ; CJUE, arrêt du 11.4.2013, *David Edwards et Lilian Pallikaropoulos c. Environment Agency e.a.*, C-260/11, § 42.

83 CJUE, arrêt du 11.4.2013, *David Edwards et Lilian Pallikaropoulos c. Environment Agency e.a.*, C-260/11, § 17.

84 DE SADELEER, 278.

85 Cour Suprême du Royaume-Uni, *R (on the Application of Edwards) v. Environmental Agency*, N 2, 2013, UKSC 78.

détriment du requérant au principal et au mépris de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour de justice.

Ce comportement frondeur de la juridiction suprême britannique n'a probablement pas incité la Cour à adopter une posture conciliante lorsqu'elle a dû se prononcer sur la conformité du droit processuel du Royaume-Uni à l'exigence du coût non prohibitif dans l'affaire *Commission contre Royaume-Uni*⁸⁶. L'État défendeur s'appuyait alors sur l'existence du système d' « ordonnance de protection des dépens » permettant aux requérants « d'obtenir, à un stade peu avancé de la procédure, une limitation du montant des dépens éventuellement dus »⁸⁷, pour soutenir que les coûts de procédure ne pouvaient être considérés comme susceptibles de dissuader l'engagement d'une action devant les juridictions britanniques. Mais la Cour a relevé qu'au Royaume-Uni, « le juge ne paraît pas être tenu d'accorder la protection lorsque le coût de la procédure est objectivement déraisonnable. [...] la protection ne paraît pas non plus être accordée dans le cas où seul l'intérêt particulier du requérant est en cause »⁸⁸. Par conséquent, elle a jugé que ce mécanisme n'était pas susceptible de mettre le droit britannique en conformité avec l'exigence de coût non prohibitif imposée par l'article 9, § 4 de la Convention d'Aarhus et par la directive 2003/35. 4.32

La Cour de justice avait antérieurement développé un raisonnement similaire dans l'arrêt *Commission contre Irlande*, à l'occasion duquel elle avait constaté que les juridictions irlandaises étaient tenues de ne pas faire supporter des coûts déraisonnables aux justiciables en ces termes : « [s]'il est constant que les juridictions irlandaises ont la faculté de renoncer à condamner la partie qui succombe aux dépens et peuvent, au surplus, faire peser la charge des frais encourus par celle-ci sur l'autre partie, force est de constater qu'il ne s'agit là que d'une pratique juridictionnelle. Cette seule pratique, qui ne revêt pas, par nature, de caractère certain, ne saurait, au regard des exigences »⁸⁹ du droit de l'Union en matière d'interdiction des coûts prohibitifs de procédure. Pour se conformer au droit de l'Union, plus précisément aux articles 3 et 4 de la directive 2003/35, le législateur irlandais fut ainsi appelé à adopter un dispositif de limitation des coûts de procédure ou d'exonération de l'obligation de payer les dépens dans le cadre des procédures relatives au processus décisionnel environnemental. 4.33

Le champ d'application de l'exigence de coûts non prohibitifs de procédure a été considérablement étendu par l'arrêt *North East Pylon*. Initialement cantonnés aux recours fondés sur le droit de participer au processus de décision à incidence environnementale, cette exigence intervient désormais « dans les domaines couverts par le droit de l'environnement ». 4.34

86 CJUE, arrêt du 13.2.2014, *Commission européenne c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-530/11.

87 *Ibid.* § 52.

88 *Ibid.* § 57.

89 CJCE, arrêt du 16.7.2009, *Commission c. Irlande*, C-427/07, § 93-94.

ronnement de l'Union »⁹⁰. En l'occurrence, les requérants avaient contesté l'autorisation d'installer environ 300 pylônes porteurs de câbles à haute tension en vue de relier les réseaux de l'Irlande et de l'Irlande du Nord sur le fondement de différentes normes environnementales, dont certaines n'étaient pas liées à la régularité du processus d'adoption de l'autorisation. Dans le cadre de la procédure ayant conduit au prononcé de l'arrêt préjudiciel, les dépens afférents à la procédure d'autorisation d'introduire un recours devant la Haute Cour irlandaise dépassaient les EUR 500 000⁹¹. Pour inclure l'intégralité de la procédure dans le champ d'application de l'exigence de coût de procédures juridictionnelles non prohibitif, la Cour a reproduit son raisonnement développé dans l'arrêt *VLK* au sujet de l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus⁹². La Cour a ainsi jugé que l'article 9, § 4 de cette même Convention doit être interprété à la lumière du principe d'effectivité qui prohibe les modalités procédurales rendant excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union⁹³. Si bien que lorsqu'une juridiction d'un État membre statue sur la conformité au droit national de l'environnement d'un projet relevant du règlement 347/2013 relatifs aux infrastructures énergétiques⁹⁴, elle est tenue de « donner du droit procédural interne une interprétation qui [...] soit conforme aux objectifs fixés à l'article 9, § 3 et 4, de la Convention d'Aarhus, de telle sorte que le coût des procédures juridictionnelles ne soit pas prohibitif »⁹⁵. Il peut être ainsi constaté que, comme ce fut le cas s'agissant des conditions d'accès des ONG à la justice environnementale dans le champ des actions couvertes par l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus, l'interaction de l'article 9, § 4 de la Convention d'Aarhus avec le principe d'effectivité a eu un effet dilatateur s'agissant du champ d'application de l'exigence de coût non prohibitif qui n'est désormais plus cantonnée au contentieux de la participation au processus décisionnel environnemental⁹⁶.

- 4.35 Les législateurs de l'Irlande puis du Royaume-Uni ont donc été successivement appelés à réformer le droit de leur État de manière à garantir que les personnes concernées par des actes à incidences environnementales ne soient pas dissuadées d'engager des actions en justice contre ceux-ci par la perspective de coûts déraisonnables de procédure.

90 CJUE, arrêt du 15.3.2018, *North East Pylon Pressure Campaign*, C-470/16, § 58.

91 *Ibid.* § 24.

92 CJUE (GC), arrêt du 8.3.2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-240/09 ; voir *supra*, I-1-b).

93 CJUE, arrêt du 15.3.2018, *North East Pylon Pressure Campaign*, C-470/16, § 55.

94 Règlement n°347/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17.4.2013, concernant des orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes, JOUE, 24.4.2013, L115/39.

95 CJUE, arrêt du 15.3.2018, *North East Pylon Pressure Campaign*, C-470/16, § 58.

96 Pour une analyse détaillée de ces interactions entre le principe d'effectivité et le droit processuel environnemental écrit donnant lieu à une intensification de la protection juridictionnelle dans ce domaine, voir JEAN FÉLIX DELILE, Les interactions entre principe d'effectivité et droit procédural écrit de l'Union européenne : *virtus unita fortior*, Ann. dr. eur. (vol. 2012), juin 2014, 187-214.

b) *L'encadrement de l'usage de la théorie des formalités substantielles*

La théorie des formalités substantielles permet au juge de maintenir la validité d'un acte juridique dont l'édiction a été entachée d'un vice de procédure dès lors qu'il considère que ce vice n'a pas eu d'influence sur le sens de la mesure adoptée⁹⁷. L'usage de cette théorie est particulièrement problématique dans le champ d'application des législations européennes régissant l'information, la participation et l'accès à la justice dans les procédures environnementales, eu égard à la nature exclusivement procédurale des obligations qu'elles imposent. Ces législations seraient ainsi privées d'effet utile si les juridictions des États membres venaient à considérer trop aisément que leur violation dans le cadre des procédures d'édiction des actes à incidences environnementales n'affecte pas sa légalité. 4.36

C'est principalement en attribuant au maître d'ouvrage la charge de la preuve du caractère non substantiel du vice de légalité que la Cour de justice a cherché à concilier la sécurité juridique avec l'effectivité du droit procédural de l'environnement⁹⁸. Dans l'arrêt *Gemeine Altrip*, issu d'une question préjudicielle posée par une juridiction allemande, la Cour a jugé qu'une législation qui limite le droit de recours aux cas d'omission des procédures d'évaluation des incidences environnementales, est manifestement « contraire à l'objectif visant à garantir un large accès aux instances juridictionnelles tel que visé à l'article 11 »⁹⁹, dès lors qu'elle ne permet pas de contester une simple irrégularité de cette évaluation. Ensuite, elle a estimé qu'une législation d'un État membre qui impose au requérant d'établir que le sens de la décision à incidences environnementales aurait été différent en l'absence du vice de procédure invoqué est contraire aux objectifs de la directive EIE. La Cour de justice a ainsi indiqué que le fait d'imposer au requérant d'établir le lien de causalité entre le vice de procédure invoqué et le sens de la décision adoptée est de nature à rendre excessivement difficile l'exercice des droits qui lui sont conférés par ladite directive, « compte tenu notamment de la complexité des procédures en cause ou de la technicité des évaluations des incidences sur l'environnement »¹⁰⁰. Ce n'est ainsi qu'à la lumière « des éléments de preuve fournis par le maître de l'ouvrage ou les autorités compétentes, et plus généralement de l'ensemble des pièces du dossier »¹⁰¹ que la juridiction nationale peut établir le caractère non substantiel du vice de procédure en conformité avec le droit de l'Union. 4.37

Au terme de ce raisonnement, la Cour de justice a imposé au législateur allemand de renverser la charge de la preuve en confiant aux maîtres d'ouvrage et à l'administration 4.38

97 Pour un aperçu de l'usage de cette théorie dans la jurisprudence administrative française, voir CAMILLE BROYELLE, *L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif*, JCPA, 2012, 12 - 15.

98 CJUE, arrêt du 7.11.2013, *Gemeinde Altrip et autres c. Land Rheinland-Pfalz*, C-72/12, § 57.

99 *Ibid.* § 37.

100 *Ibid.* § 52.

101 *Ibid.* § 53.

la responsabilité d'établir que le sens de la décision aurait été différent en l'absence de l'illégalité externe alléguée par le requérant. Dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage ou les autorités compétentes prouvent que l'illégalité externe invoquée revêt une telle caractéristique, la juridiction doit alors « tenir compte de la gravité du vice invoqué »¹⁰² avant d'attribuer un brevet de validité à l'acte querellé. Celui-ci ne pourra ainsi pas être conféré à l'acte à incidences environnementales si l'illégalité externe en cause prive les requérants d'une des garanties – en substance les droits d'accès à l'information et à la participation aux procédures environnementales – qui leur est offerte par la directive EIE.

- 4.39 La Cour a ainsi appelé les juridictions des États membres à limiter l'application de la théorie des formes substantielles en matière environnementale. Il faut à cet égard rappeler qu'en France, en vertu de la jurisprudence *Danthony*, le Conseil d'État estime que les erreurs procédurales minimales n'ont pas d'incidence sur la décision finale, et ne peuvent par conséquent pas constituer le support de son invalidation¹⁰³. L'arrêt de la Cour *Gemeinde Altrip* offre dans ce contexte à ces juridictions une grille de lecture leur permettant de cerner l'usage qu'elles peuvent faire de cette théorie sans contrevenir à l'obligation de garantir l'accès à l'information et à la participation aux procédures environnementales.

c) Le renforcement des pouvoirs du juge (suspension, retrait des autorisations)

- 4.40 L'objectif premier des législations environnementales réside dans la lutte contre les nuisances environnementales. Dans ce contexte, il est apparu nécessaire de confier au juge le pouvoir de suspendre ou de retirer les autorisations de construire des aménagements susceptibles de causer des pollutions. En l'absence de telles mesures provisoires, il serait en effet impossible de prévenir ces nuisances avant que le juge ne statue définitivement sur la légalité des autorisations. Partant, La Cour de justice a considéré que l'article 25 de la directive IPPC – qui est substantiellement équivalent à l'article 11 de la directive EIE – « exige que les membres du public concerné aient le droit de demander à la juridiction ou à l'organe indépendant et impartial compétent d'adopter des mesures provisoires de nature à prévenir ces pollutions, y compris, le cas échéant, par la suspension temporaire de l'autorisation contestée »¹⁰⁴. L'objectif de lutte contre les pollutions ordonne ainsi l'adoption de législations habilitant les juges à interrompre la réalisation d'un projet le temps d'évaluer son impact sur l'environnement¹⁰⁵. En matière environnementale, la sécurité juridique et la confiance légitime des maîtres d'ouvrage dans des droits acquis ne s'opposent pas au retrait d'un permis de construire, tant qu'il intervient

102 *Ibid.* § 54.

103 CE, 23.12.2011, *Danthony*, n°335033 ; CE, 27.2.2015, *Association Carton Rouge*, n°382502, § 7.

104 CJUE (GC), arrêt du 15.1.2013, *Jozef Križan e.a. c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, C-416/10, § 109 ; voir également, CJCE, arrêt du 7.1.2004, *The Queen à la demande de Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, § 64-65.

105 CJCE, arrêt du 7.1.2004, *Delena Wells contre Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, § 69.

dans un délai raisonnable¹⁰⁶. Le principe de primauté du droit environnemental de l'Union européenne fait ici échec à la poursuite, au nom de la confiance légitime, des projets des maîtres d'ouvrage¹⁰⁷.

De surcroît, lorsque l'édition d'une mesure provisoire suspendant un permis de construire est conditionnée à une garantie financière qui permet au détenteur du permis de réclamer à la partie requérante le versement d'une somme d'argent susceptible d'indemniser le préjudice financier qu'il supporte, les États membres doivent s'assurer que cette garantie ne confère pas de caractère prohibitif au coût de la procédure¹⁰⁸. Dans l'arrêt *Commission contre Royaume-Uni* précédemment cité, la Cour de justice a estimé que l'État défendeur a violé cette obligation, dès lors qu'il a seulement notifié qu'« en pratique, des contre-engagements ne seraient pas toujours imposés dans les litiges relatifs au droit de l'environnement et qu'ils ne seraient pas demandés aux requérants impécunieux »¹⁰⁹. Il en ressort que, pour garantir le caractère non prohibitif des coûts de procédure en matière environnementale, les États sont tenus d'instituer un dispositif législatif encadrant le montant de ces « contre-engagements ».

Au total, la Cour de justice de l'Union européenne a considérablement promu la protection juridictionnelle des publics concernés par des actes étatiques autorisant certains projets à incidences environnementales. Prenant appui sur la Convention d'Aarhus et le droit dérivé de l'Union, la juridiction de l'Union a œuvré en faveur de l'élimination des entraves à la protection juridictionnelle effective en matière environnementale dans les États membres. Le volontarisme dont la Cour a fait preuve pour défendre les publics concernés par l'impact environnemental de certains projets autorisés par les administrations étatiques contraste fortement avec ses réticences à libéraliser les conditions d'accès au juge de la légalité des actes de l'Union européenne produisant des nuisances analogues.

II. L'accès restreint à la justice environnementale de l'Union européenne

Les actes de l'Union peuvent avoir des incidences sur l'environnement. Partant du constat que les auteurs des traités institutifs ont constitutionnellement engagé l'Union européenne à œuvrer pour « un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement »¹¹⁰, il était attendu que les règles européennes susceptibles de mettre en cause ce niveau de protection soient aisément contestables en justice¹¹¹. Or, en l'état actuel du droit procédural de l'Union, il reste difficile d'accéder au juge de la

106 CJCE, arrêt du 4.5.2006, *Commission c. Royaume-Uni*, C-508/03, § 68.

107 KOMAREK, 87-88.

108 CJUE, arrêt du 13.2.2014, *Commission européenne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-530/11, § 64-71.

109 *Ibid.* § 69.

110 Article 3, § 3 du Traité sur l'Union européenne.

111 KRÄMER, 16.

légalité des actes de l'Union dans domaine environnemental (1). Pour compenser ce déficit de protection juridictionnelle, le législateur de l'Union a adopté le règlement 1367/2006 – dit « règlement d'Aarhus¹¹² » –, établissant une procédure permettant aux ONG de demander à une institution de réexaminer la conformité d'un de ses actes au droit européen de l'environnement. Mais cette procédure n'a pas atteint l'objectif qui lui avait été assigné dès lors que la recevabilité des demandes de réexamen n'est que très rarement admise (2).

1. L'accès restreint au juge de la légalité des actes à incidences environnementales de l'Union

4.44 Il est particulièrement difficile de contester la légalité des actes à incidences environnementales adoptés par les institutions de l'Union européenne, ce qui pose un problème tant du point de vue de l'exigence de protection juridictionnelle effective que de la garantie du respect du droit de l'environnement. Cette difficulté est imputable aux conditions de recevabilité restrictives du recours en annulation (a) et à l'inefficacité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité en matière environnementale (b).

a) *Les conditions de recevabilité du recours en annulation défavorables à la protection du droit de l'environnement*

aa) *Une procédure subjective défavorable au contentieux de l'environnement*

4.45 Par nature, l'acte producteur de nuisances environnementales porte atteinte à l'intérêt général¹¹³. Il ne lèse pas une personne en particulier, mais cause un préjudice à la communauté concernée par les pollutions. Cette caractéristique des actes à incidences environnementales les protège des actions engagées devant le Tribunal de l'Union sur le fondement de l'article 263, quatrième alinéa du TFUE. Selon cette disposition, les particuliers ne sont jugés recevables que dans trois hypothèses : lorsqu'ils sont destinataires de l'acte, lorsqu'ils sont individualisés d'une manière analogue au destinataire de l'acte et directement affectés par celui-ci, ou encore lorsque l'acte attaqué est réglementaire et les concerne directement sans comporter de mesure d'exécution.

4.46 Le recours en annulation s'inscrit de ce fait dans une conception subjective du contentieux de la légalité, dans laquelle il est établi que les tribunaux sont chargés de protéger les droits individuels des citoyens contre l'administration. En d'autres termes, la finalité du recours en annulation réside principalement dans la protection des droits subjectifs

112 Règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6.9.2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, JOCE, L 264, 25.9.2006, 13-19.

113 Voir à ce propos JULIANE KOKOTT, 18.10.2012, conclusions sur CJUE, *David Edwards e.a. c. Environment Agency*, C-260/11, § 41.

du requérant, et subsidiairement dans le contrôle du respect du principe de légalité au service de l'intérêt général¹¹⁴.

Or les actes à incidences environnementales sont majoritairement impersonnels et portent atteinte à des normes environnementales dictées par des considérations liées à une composante de l'intérêt général, la préservation des ressources communes. Ils échappent de ce fait en grande partie à l'office d'un juge de la légalité des actes de l'Union européenne qui exige notamment que ces actes affectent les requérants en raison d'une situation qui leur est propre, et non la communauté dans son intégralité. La Cour l'a très clairement exprimé lors de l'arrêt *Carvalho contre Parlement européen et Conseil* à l'occasion duquel un paquet législatif relatif aux émissions de gaz à effets de serre dans l'Union européenne¹¹⁵ a été contesté :

« [c]ertes, tout individu est susceptible d'être affecté d'une manière ou d'une autre par le changement climatique, cette problématique étant reconnue par l'Union et les États membres qui se sont en conséquence engagés à réduire les émissions. Cependant, le fait que les effets du changement climatique puissent, à l'égard d'une personne, être différents de ce qu'ils sont à l'égard d'une autre n'implique pas que, pour cette raison, il existe une qualité à agir contre une mesure d'application générale [auquel serait prétendument imputable ledit changement]. [U]ne approche différente aurait pour conséquence de vider de leur substance les exigences de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE et de créer un droit à agir pour tous sans pour autant que le critère de l'affectation individuelle [...] soit satisfait »¹¹⁶.

Il existe donc une tension entre l'exigence d'affectation individuelle en tant que condition de recevabilité du recours en annulation et la portée générale inhérente à une grande partie des actes à incidence environnementale.

114 WOEHLING, 301.

115 Directive (UE) 2018/410 du Parlement européen et du Conseil, du 14.3.2018, modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût-efficacité des réductions d'émissions et de favoriser les investissements à faible intensité de carbone, et la décision 2015/1814, JO, 2018, L 76, 3; Règlement (UE) 2018/842 du Parlement européen et du Conseil, du 30.5.2018, relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030 contribuant à l'action pour le climat afin de respecter les engagements pris dans le cadre de l'accord de Paris et modifiant le règlement (UE) 525/2013, JO 2018, L 156, 26; Règlement (UE) 2018/841 du Parlement européen et du Conseil, du 30.5.2018, relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie dans le cadre d'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030, et modifiant le règlement (UE) 525/2013 et la décision (UE) 529/2013, JO 2018, L 156, 1.

116 CJUE, arrêt du 25.3.2021, *Armando Carvalho c. Parlement européen et Conseil*, C-565/19 P, § 37; TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 50.

bb) La condition de l'affectation individuelle en matière environnementale

- 4.49 Selon une jurisprudence solidement établie depuis 1963, les personnes physiques ou morales ne peuvent être considérées comme individuellement affectées que si l'acte attaqué les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire le serait¹¹⁷. Or, la Cour a estimé que le fait qu'une nuisance environnementale puisse porter une atteinte de nature variable à différentes personnes privées n'individualise pas leur situation au sens où l'exige la jurisprudence *Plaumann*. Par exemple, dans l'affaire *Carvalho* précitée, les requérants soutenaient qu'« un agriculteur affecté par la sécheresse se trouve dans une situation différente de celle d'un agriculteur dont les terres sont inondées et salinisées par l'eau de mer »¹¹⁸. Le Tribunal, suivi sur pourvoi par la Cour, a jugé en réponse que cette différence d'effet du changement climatique sur la situation de différents requérant n'emporte pas l'existence d'une qualité pour agir contre l'acte de portée générale qui est supposé contribuer à ce changement¹¹⁹.
- 4.50 La subordination de la recevabilité des recours en annulation à l'individualité de l'affectation de la situation juridique du requérant empêche de surcroît les ONG d'agir en justice au nom de l'intérêt général environnemental qu'elles sont supposées défendre. L'association Greenpeace a pu le constater à ses dépens lorsque la Cour a jugé irrecevable sa requête tendant à l'annulation d'une décision de la Commission de soutenir financièrement la construction d'une centrale électrique dès lors que sa situation « n'a pas été prise en considération lors de l'adoption de l'acte »¹²⁰. Les associations de protection de l'environnement, qui sont atteintes par des actes susceptibles de causer des pollutions, introduisant un recours « en leur qualité objective d'entités ayant vocation à protéger l'environnement », n'ont donc pas qualité pour agir dès lors qu'elles le sont « au même titre que toute personne se trouvant dans la même situation »¹²¹. Ces associations ne peuvent par conséquent pas jouer le rôle d'agent de la légalité environnementale des actes de l'Union européenne.
- 4.51 Les ONG sont en effet seulement habilitées à contester la légalité des actes des institutions de l'Union dans trois hypothèses clairement circonscrites dans la jurisprudence de la Cour : « premièrement, lorsqu'une disposition légale reconnaît expressément aux associations professionnelles une série de facultés à caractère procédural, deuxième-

117 CJCE, arrêt du 15.7.1963, *Plaumann*, 25/62, § 223 ; CJUE, arrêt du 3.10.2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, § 72 ; CJUE, arrêt du 27.2.2014, *Stichting Woonpunt*, C-132/12 P, § 57 ; CJUE, arrêt du 27.2.2014, *Stichting Woonlinie*, C-133/12 P, § 44.

118 TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 31.

119 TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 50.

120 CJCE, arrêt du 2.4.1998, *Stichting Greenpeace Council c. Commission des Communautés européennes*, C-321/95 P, I-1651, § 28-29.

121 TPIUE, ord., 28.11.2005, *European Environmental Bureau (EEB) et Stichting Natuur en Milieu c. Commission des Communautés européennes*, T-236/04 et T-241/04, II-4945, § 56.

ment, lorsque l'association représente les intérêts de ses membres qui seraient eux-mêmes recevables à agir et, troisièmement, lorsque l'association est individualisée en raison de l'affectation de ses intérêts propres en tant qu'association, notamment, parce que sa position de négociatrice a été affectée par l'acte dont l'annulation est demandée¹²². Autrement dit, il est attendu que la situation de fait de l'association, ou des personnes qu'elle représente, soit singularisée d'une manière analogue à celle d'un destinataire de l'acte pour qu'elle ait la qualité pour agir, ce qui constitue un obstacle considérable à la recevabilité de leurs requêtes.

Cette situation est problématique dans la mesure où, comme l'a souligné l'avocate 4.52
Général Sharpston dans ses conclusions sur l'arrêt *Trianel*, une association de protection de l'environnement « peut posséder un niveau d'expertise technique dont un individu ne dispose pas forcément »¹²³. Le Comité d'examen du respect de la Convention d'Aarhus a, pour cette raison, indiqué que les conditions d'accès au juge ne devraient pas être à ce point restrictives qu'elles empêchent les ONG de contester des actes ou des omissions qui violent le droit de l'environnement¹²⁴. De surcroît, l'association Sámi-nuorra a souligné lors de l'affaire *Carvalho* que la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ainsi que dans la convention de Rio sur la diversité biologique¹²⁵, contraignantes pour l'Union européenne, imposent d'appréhender l'affectation d'un collectif identifiable en une association comme une affectation individuelle¹²⁶. La Cour a cependant rejeté cet argument, jugé irrecevable au titre de l'article 170, § 1 du règlement de la procédure de la Cour dès lors qu'il n'avait pas été invoqué en première instance devant le Tribunal¹²⁷.

Conférer aux ONG la qualité pour agir pour contester les actes des institutions ayant un 4.53
impact environnemental serait pourtant un bon moyen de prévenir l'engorgement de la Cour¹²⁸. Les actions en justice qu'elles intenteraient contre ces actes pourraient en effet prévenir la prolifération des recours formés par les requérants non privilégiés concernés par les pollutions qui en sont le produit.

122 TribUE, ord., 23.11.1999, *Unión de Pequeños Agricultores*, T-173/98, § 47 ; TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 51.

123 *Eleanor Sharpston*, Conclusions du 16.12.2010 sur CJUE, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV c. Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09, § 51.

124 Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, 14.6.2005, Communication ACCCONTRECONTRE2005/11 – Belgique ; sur ce point, voir également supra, I, 1, a).

125 Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, 29 décembre 1993, *Recueil des Traités des Nations-Unies*, vol. 1760, p. 79.

126 CJUE, arrêt du 25.3.2021, *Armando Carvalho c. Parlement européen et Conseil*, C-565/19 P, § 83.

127 CJUE, arrêt du 25.3.2021, *Armando Carvalho c. Parlement européen et Conseil*, C-565/19 P, § 91-92.

128 Voir PONCELET, 301.

cc) *La condition de l'affectation directe en matière environnementale*

- 4.54 De la même manière que la condition de l'affectation individuelle, la condition de l'affectation directe de la situation juridique des requérants est un obstacle conséquent à la recevabilité des actions visant à contester la légalité des actes des institutions impactant l'environnement. L'affectation directe est en effet restrictivement admise par la Cour de justice, selon qui elle « requiert, premièrement, que la mesure incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et, deuxièmement, qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires »¹²⁹. Si le destinataire de la mesure – institution de l'Union ou État membre – est titulaire d'une quelconque marge d'appréciation, le requérant non privilégié ne peut contester directement que l'acte qui concrétise cette mesure, dont il aura ensuite la possibilité d'exciper l'illégalité.
- 4.55 Le contentieux de la légalité des décisions de la Commission se rapportant au système européen d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre a mis en évidence les réticences de la Cour à considérer des personnes privées comme étant directement concernées par un acte des institutions à incidences environnementales. Plusieurs Plans Nationaux d'Allocations de quotas (ci-après, PNA) ont été élaborés pour donner effet à la directive 2003/87 établissant le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre¹³⁰. Dans une affaire *Drax Power*¹³¹, certaines entreprises exploitant des centrales nucléaires ont formé un recours en annulation à l'encontre de la décision de la Commission refusant une proposition de modification d'un PNA émise par le gouvernement britannique et allouant à l'industrie des centrales électriques du Royaume-Uni un quota supplémentaire de 19 millions de tonnes de CO². Le Tribunal de l'Union a considéré que « la détermination définitive et directe des droits et obligations des exploitants de ces installations ne saurait résulter que de la décision de l'État membre adoptée en application de l'article 11, § 1, de la directive. Par voie de conséquence, la décision [de la Commission] attaquée n'a nullement eu pour effet de priver les requérantes de droits concrets déjà acquis au moment de son adoption, de sorte qu'elle n'a entraîné aucune modification des droits existants ou de la situation juridique des requérantes »¹³². Dès lors que l'exécution finale d'un PNA nécessite toujours l'adoption d'une mesure nationale, la juridiction de l'Union a considéré que la décision de la Commis-

129 TribUE, arrêt du 26.9.2014, *Romonta c. Commission européenne*, T-614/13, § 31 ; CJUE, arrêt du 29.6.2004, *Front national c. Parlement*, C-486/01 P, § 34 ; CJCE, arrêt du 5.3.1998, *Société Louis Dreyfus c. Commission*, C-386/96, § 43.

130 Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13.10.2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, JO L 275, 25.10.2003, 32.

131 TPICE, ord., 25.6.2007, *Drax Power Ltd*, T-130/06.

132 TPICE, ord., 25.6.2007, *Drax Power Ltd*, T-130/06, § 60.

sion portant sur la proposition de modification du PNA n'était pas susceptible d'affecter par elle-même la situation juridique des entreprises requérantes, alors même qu'elle ne laissait aucune marge d'appréciation aux autorités britanniques.

Dans un arrêt *Romonta*¹³³, le Tribunal de l'Union européenne a en revanche admis la recevabilité d'un recours en annulation formé contre une décision de la Commission refusant l'inscription de cinq sociétés sur la liste des bénéficiaires de quotas gratuits. Cet acte de la Commission se distinguait de celui de l'affaire *Drax* dans la mesure où il ne nécessitait pas le relais d'un acte d'exécution étatique pour produire des effets sur la situation juridique des requérantes. De fait, par cette décision, « la Commission a déterminé définitivement l'ensemble des facteurs à prendre en compte pour le calcul par la République fédérale d'Allemagne des quantités annuelles finales de quotas d'émission alloués à titre gratuit pour chaque année durant la période allant de 2013 à 2020 à l'installation de la requérante », de sorte que « la mise en œuvre de la décision attaquée par le calcul de la quantité annuelle totale finale de quotas d'émission alloués à titre gratuit à l'installation concernée avait donc un caractère purement automatique »¹³⁴. La différence entre les solutions retenues par le Tribunal dans les arrêts *Drax* et *Romanta* ne résulte pas d'un assouplissement des conditions de recevabilité du recours en annulation, mais de la modification du système européen d'échanges des quotas d'émission de gaz à effet de serre qui a abouti à une centralisation au profit de la Commission du pouvoir d'allocation des quotas¹³⁵. L'admission de la recevabilité de l'affectation directe reste néanmoins exceptionnelle dans le domaine du droit de l'environnement, dès lors qu'il est très rare que les actes adoptés en matière environnementale atteignent immédiatement la situation juridique des particuliers.

dd) La clause Jégo-Quéré

Le nouveau cas de recevabilité du recours en annulation introduit par le Traité de Lisbonne permet d'écarter le critère de l'affectation individuelle. L'article 263, alinéa 4 stipule désormais que toute personne physique ou morale peut former un recours en annulation « contre les actes réglementaires qui la concernent et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». Dans cette hypothèse, les requérants sont désormais libérés de l'obligation de démontrer que l'acte contesté les concerne individuellement.

Ce nouveau cas de recevabilité présente une utilité limitée en matière environnementale. D'abord, il doit être rappelé qu'il ne peut être mobilisé dans le cadre d'un recours en annulation introduit à l'encontre d'un acte législatif. Depuis l'arrêt *Inuit*, le critère choisi pour identifier la nature réglementaire, en d'autres termes non législative, de l'acte attaqué est procédural. Sont ainsi considérés comme des actes réglementaires les

133 TribUE, arrêt du 26.9.2014, *Romonta GmbH c. Commission européenne*, T-614/13.

134 *Ibid.* § 35.

135 Voir à ce sujet, JEAN-CHARLES ROTOULLIÉ, Quelques précisions sur le système européen d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *Europe*, mars 2015, 5-11, 7.

actes de portée générale qui n'ont pas été adoptés au terme des procédures législatives ordinaire ou spéciale¹³⁶. C'est ainsi que dans l'affaire *Carvalho*, le recours introduit à l'encontre de différents actes constituant un paquet législatif relatif aux émissions de gaz à effet de serre dans l'Union, adoptés sur le fondement de l'article 192, § 1, TFUE, ne pouvait être jugé recevable sur le fondement de la clause *Jégo-Quéré*¹³⁷.

- 4.59 Ensuite, la mesure attaquée ne doit pas comporter de mesure d'exécution. Cette exigence est problématique puisque les actes réglementaires susceptibles de produire des effets sur l'environnement appellent le plus souvent des mesures complémentaires d'exécution¹³⁸. Par conséquent, la satisfaction de la condition de l'absence de mesures complémentaires est difficilement admise par la Cour, dès lors que celle-ci considère qu'il y a un acte d'exécution même lorsqu'il est adopté en situation de compétence liée ou ne fait que tirer certaines conséquences inévitables de la règle européenne qu'elle met en œuvre. En témoigne l'arrêt *Telefónica*, à l'occasion duquel la Cour a jugé que « les mesures visant à mettre en œuvre la décision d'incompatibilité » d'un régime d'aide d'état avec les règles de l'Union applicables en la matière, « dont notamment celle consistant à rejeter une demande de bénéfice de l'avantage fiscal en cause, rejet que la requérante pourra également contester devant le juge national, sont des mesures d'exécution de la décision litigieuse »¹³⁹. Or, dès lors que le régime d'État avait été jugé contraire au droit du marché intérieur, toute demande d'avantage fiscal était inévitablement vouée à l'échec¹⁴⁰. Dans cette hypothèse, la personne directement concernée par l'acte qu'elle conteste est ainsi contrainte de déposer une demande vaine devant l'administration d'un État membre pour inciter par la suite le juge national, dans le cadre de la procédure contentieuse qui donnera suite au rejet de sa demande, à poser une question préjudicielle en appréciation de validité afin d'obtenir un contrôle de la légalité de l'acte de droit dérivé litigieux¹⁴¹. En revanche, le concurrent d'une entreprise qui a bénéficié d'une aide d'État peut valablement s'appuyer sur la clause *Jégo-Quéré* dans le cadre d'un recours en annulation introduit contre la décision de la Commission qui l'a déclaré compatible au droit du marché intérieur, dès lors qu'aucune mesure d'exécution n'est requise pour mettre en œuvre un brevet de légalité accordé à une aide étatique déjà versée¹⁴².
- 4.60 Bien que peu opérationnelle en matière environnementale pour les raisons susmentionnées, la clause *Jégo-Quéré* a été exceptionnellement mobilisée dans ce domaine. Ainsi, dans une affaire *Microban*¹⁴³, une entreprise qui utilisait du triclosan pour fabriquer un

136 CJUE (GC), arrêt du 3.10.2013, *Inuit Tapiriit Kanatami c. Parlement et Conseil*, C-583/11 P, § 65.

137 TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 37-42.

138 JANS, 485.

139 CJUE, arrêt du 19.12.2013, *Telefónica SA c. Commission européenne*, C-274/12 P, § 38.

140 COUTRON, *L'héritage*, 554.

141 CJUE, arrêt du 19.12.2013, *Telefónica SA c. Commission européenne*, C-274/12 P, § 59.

142 CJUE, arrêt du 6.12.2018, *Commission c. Scuola Elementare Maria Montessori et Commission c. Ferracci*, C-622/16 P à C-624/16 P, § 65-67.

143 TribUE, arrêt du 25.10.2011, *Microban c. Commission européenne*, T-262/10.

produit aux propriétés antibactériennes et antimicrobiennes, qui était ensuite revendu afin d'être employé dans la fabrication de matériaux et d'objets en matière plastique, contestait la légalité de la décision de non-inscription de cette substance dans la liste UE des additifs pouvant entrer dans la fabrication des matériaux et objets en matière plastique destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires¹⁴⁴. La firme Microban n'étant pas la seule à employer le triclosan dans son processus de production de plastique, l'exigence de l'affectation individuelle – qui aurait été examinée en l'absence de la clause *Jégo-Quéré* – aurait conduit la Cour à conclure à l'irrecevabilité de la requête dès lors que « d'autres opérateurs sont susceptibles de disposer de droits analogues et, partant, de se trouver dans la même situation que ce titulaire »¹⁴⁵. Mais tel n'a pas été le cas puisqu'en l'espèce, l'acte attaqué était un acte réglementaire et entré dans le champ d'application de la clause *Jégo-Quéré*. La requête a par conséquent été jugée recevable bien que, de toute évidence, le requérant n'était pas individuellement concerné au sens où l'entend la Cour. Il doit néanmoins être relevé qu'en l'espèce, le requérant ne contestait pas une insuffisante prise en considération des normes environnementales européennes mais, au contraire, une affectation de son activité économique imputable à l'application d'une norme sanitaire et environnementale.

En définitive, l'interprétation restrictive retenue par la Cour des exigences d'affectation directe et individuelle, combinée à la limitation des potentialités de la clause *Jégo-Quéré*, place l'Union en porte-à-faux avec ses obligations internationales et avec certaines exigences de la Charte des droits fondamentaux. En sa qualité d'institution de l'Union, la Cour de justice est tenue de respecter les prescriptions de la Convention d'Aarhus. Or, le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus a indiqué que « la jurisprudence établie par la Cour de justice est trop restrictive pour satisfaire aux critères de la Convention d'Aarhus ». Plus précisément, il s'est dit « convaincu que si la jurisprudence des Cours de l'Union sur l'accès à la justice est maintenue, à moins qu'elle ne soit intégralement compensée par des procédures internes de réexamen, l'UE ne saurait être considérée comme respectant l'article 9, § 3 de la Convention »¹⁴⁶. 4.61

En droit processuel de l'Union, plus le cercle de personnes concernées par un acte juridique de l'Union est large, plus il est difficile d'obtenir un examen de sa légalité au moyen d'un recours direct. Or le Tribunal de l'Union a lui-même indiqué que « les actes pris dans le domaine de l'environnement sont le plus souvent de portée générale »¹⁴⁷, et concernent comme tels un grand nombre de personnes. De sorte que contrôle du le 4.62

144 Décision 2010/169/UE de la Commission, du 19.3.2010, relative à la non-inscription du 2,4,4'-trichloro-2'-hydroxy diphenyléther sur la liste UE des additifs pouvant, conformément à la directive 2002/72/CE, entrer dans la fabrication des matériaux et objets en matière plastique destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires, JO L 75, 25.

145 TPICE, arrêt du 16.12.2011, *Enviro Tech c. Commission européenne*, T-291/04, § 116.

146 Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, 14.3.2011, Communication ACCC/C/2008/32 – Union européenne, N 87, trad. Nicolas de Sadeleer et Charles Poncelet.

147 TribUE, arrêt du 14.6.2012, *Vereniging Milieudéfensie c. Commission européenne*, T-396/09, § 65.

respect du droit de l'environnement par les institutions de l'Union n'est pas convenablement garanti dans le cadre du recours en annulation¹⁴⁸. Cet état de fait n'a pas été remis en cause par l'introduction de la clause *Jégo-Quéré* à l'occasion de la révision de Lisbonne.

- 4.63 Selon la juridiction de l'Union, l'impossibilité d'agir contre des actes de portée générale à incidences environnementales n'est aucunement attentatoire à la protection juridictionnelle effective garantie par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, dans la mesure où cette disposition n'exige pas qu'un justiciable puisse introduire un recours en annulation directement devant la Cour contre un tel acte législatif de l'Union, y compris dans le domaine environnemental¹⁴⁹. Il a ainsi été rappelé que le recours en annulation s'inscrit dans une systématique des voies de droit permettant d'exciper la légalité des actes législatifs à l'occasion de recours introduits contre les actes de l'Union (article 277 TFUE) ou des États membres (article 267 TFUE) les mettant en œuvre¹⁵⁰. Cet argument apparaît discutable pour certaines raisons qu'il convient maintenant d'exposer.

b) L'utilité limitée du renvoi préjudiciel en appréciation de validité

- 4.64 Les personnes privées peuvent contester les mesures nationales mettant en œuvre les actes à incidences environnementales de l'Union européenne devant les juridictions des États membres, et inviter ces dernières au cours de l'instance à poser une question préjudicielle en appréciation de validité de ces actes¹⁵¹. Cette voie de droit, combinée à l'exception d'illégalité établie par l'article 277 du TFUE, est supposée compenser les conditions de recevabilité singulièrement restrictives opposées aux particuliers dans le cadre du recours en annulation. La systématique des voies de droit garantirait ainsi aux particuliers la possibilité d'obtenir un contrôle de la légalité des actes juridiques de l'Union qu'ils n'ont pas pu utilement contester par le biais du recours en annulation¹⁵². Ce discours juridique de la Cour, lui permettant d'avancer que la protection juridictionnelle effective constitutionnalisée dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux est garantie dans l'Union de droit, apparaît discutable à plusieurs égards.

148 JANS/VEDDER, 241.

149 CJUE, arrêt du 3.10.2013, *Inuit Tapiriit Kanatami c. Parlement et Conseil*, C-583/11 P, § 105 ; TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 52 ; CJUE, arrêt du 25.3.2021, *Armando Carvalho c. Parlement européen et Conseil*, C-565/19 P, § 77.

150 TribUE, ord., 29.4.2015, *Von Storch c. BCE*, C-64/14 P, § 50 ; TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 53 ; CJUE, arrêt du 25.3.2021, *Armando Carvalho c. Parlement européen et Conseil*, C-565/19 P, § 77.

151 Selon la Cour, le justiciable dispose toujours, en vertu de l'article 267, alinéa 1, b) du TFUE du « droit [...] de contester, de façon incidente, la légalité [des] règlements [communautaires] devant le juge national et d'amener celui-ci à saisir la Cour de questions préjudicielles » : CJCE, arrêt du 21.2.1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88.

152 TribUE, ord., 29.4.2015, *Von Storch c. BCE*, C-64/14 P, § 50 ; TribUE, ord., 8.5.2019, *Carvalho c. Parlement et Conseil*, T-330/18, § 53 ; CJUE, arrêt du 25.3.2021, *Armando Carvalho c. Parlement européen et Conseil*, C-565/19 P, § 77.

Premièrement, les questions préjudicielles en appréciation de validité sont adressées à la Cour par les juridictions des États membres, et non par les parties au litige, ce qui fragilise l'argument selon lequel cette voie de droit compense le caractère restrictif des conditions d'accès des particuliers au recours en annulation. Certes, toutes les juridictions des États membres, suprêmes ou non, sont en principe titulaires d'une obligation de poser une question préjudicielle en appréciation de validité dès lors qu'elles sont habitées d'un doute sur la régularité d'un acte juridique de l'Union¹⁵³. Mais le non-respect de cette obligation n'est guère sanctionné. Teintée d'« irénisme », pour reprendre la formule de Laurent Coutron, la jurisprudence de la Cour n'offre en effet guère d'options contentieuses aux justiciables qui s'estiment victimes d'un manquement à l'obligation de renvoi¹⁵⁴. Les juridictions des États membres peuvent sans difficulté faire un usage abusif de la capacité qui leur est reconnu depuis l'arrêt *Foto-frost* d'« examiner la validité d'un acte communautaire et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens », ne relayant pas de la sorte certains doutes légitimes sur la légalité d'un acte de droit dérivé¹⁵⁵. Il est ainsi fréquent que celles-ci admettent trop aisément que la validité des actes de l'Union en débat ne soulève aucun doute, de manière à ne pas poser de question préjudicielle en appréciation de validité¹⁵⁶.

Deuxièmement, l'impossibilité d'obtenir un renvoi préjudiciel en appréciation de validité peut également dériver des imperfections du droit procédural des États membres qui ont été mises en évidence en première partie : l'accès au juge limité des ONG, le coût prohibitif des procédures, ou encore l'approche excessivement restrictive du champ des membres du public jugés recevables à agir¹⁵⁷. Dans son examen de la mise en œuvre de la politique environnementale par les États membres de 2019, la Commission européenne a ainsi indiqué que 11 États membres « devraient veiller à ce que les ONG environnementales aient qualité pour agir en matière d'environnement et à lever les obstacles auxquels se heurtent les requérants dans ce domaine, notamment des coûts prohibitifs »¹⁵⁸. La justification de l'application de la jurisprudence *Plaumann* en matière environnementale, adoptant une approche restrictive de la recevabilité du recours en annulation fondée sur l'existence de voies de droits complémentaires efficaces dans les

153 CJCE, arrêt du 21.3.2000, *Greenpeace France*, 6/99.

154 COUTRON, L'irénisme, 45 - 58.

155 CJCE, arrêt du 22.10.1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, 4225.

156 BROSBERG/FENGER, 47 ; pour une mise en perspective avec l'usage de la théorie de l'acte clair dans le renvoi préjudiciel en interprétation, par les mêmes auteurs : L'application de la théorie de l'acte clair par les juridictions des États membres, R.T.D.eur, 2010, 862-884.

157 Voir *supra*, I- 1 et 2.

158 Communication de la Commission du 4.4.2019, Examen de la mise en œuvre de la politique environnementale, COM(2019), 149, N 3.1. Les États membres en question sont les suivants : la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la Finlande, la Hongrie, l'Irlande, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Pologne et la Roumanie.

ordres juridiques des États membres, est de la sorte officiellement invalidée par la Commission dans cette communication.

- 4.67 Lors de l'affaire *Carvalho*, les requérants ont mis en évidence cette aporie dans le cadre de leur pourvoi devant la Cour, après que le Tribunal les ait invités à contester le paquet législatif sur les émissions de gaz à effets de serre devant les juridictions nationales. Selon eux, « l'indisponibilité de recours nationaux adéquats » rendait « structurellement inenvisageable un recours effectif par l'intermédiaire des juridictions nationales »¹⁵⁹. Dans son arrêt, la Cour n'a pas répondu à cette objection pourtant fondamentale à l'affirmation selon laquelle une protection juridictionnelle effective est garantie dans l'Union européenne.
- 4.68 Dans ces circonstances, rares ont été les questions préjudicielles en appréciation de validité qui sont parvenues au prétoire de Luxembourg en matière environnementale. Elles ne sont néanmoins pas inexistantes. Il est d'abord possible d'évoquer les arrêts préjudiciels *Air transport association of America*¹⁶⁰, portant sur la validité de la directive 2008/101/CE intégrant les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁶¹, et *Afton Chemical*¹⁶², portant sur la validité de la directive 2009/30 sur les carburants¹⁶³. Mais dans ces deux affaires, les actes à incidences environnementales évoqués n'étaient pas contestés devant le juge *a quo* par des membres du public alléguant la violation de normes environnementales européennes, mais, bien au contraire, par des entreprises ou associations d'entreprises qui considéraient que des mesures de protection de l'environnement portaient atteinte à leurs libertés économiques¹⁶⁴. Ainsi dans l'affaire *Afton Chemical*, la Cour a été appelée à vérifier si « le législateur de l'Union a tenté d'assurer un certain équilibre entre, d'une part [...] la protection de l'environnement [...] et, d'autre part, les intérêts économiques des opérateurs, dans la poursuite de l'objectif qui lui est assigné par le traité d'assurer un niveau élevé de protection [...] de l'environnement »¹⁶⁵. Autrement dit, lorsque la matière environnementale parvient alors à Luxembourg par le chemin du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, c'est principalement pour invoquer l'atteinte aux libertés économiques constituée par l'adoption de normes protectrices de l'environnement.

159 CJUE, arrêt du 25.3.2021, *Armando Carvalho c. Parlement européen et Conseil*, C-565/19 P, § 62.

160 CJUE (GC), 21.12.2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10.

161 Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19.11.2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, JO L 8, 3.

162 CJUE, arrêt du 8.7.2010, *Afton Chemical*, C-343/09.

163 Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23.4.2009 portant sur les carburants, modifiant la directive 98/70/CE et abrogeant la directive 93/12/CEE.

164 Le même schéma se trouve dans l'arrêt *Intertanko* à l'occasion duquel l'association de propriétaires de pétroliers contestait la directive 2005/35 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions : CJUE, arrêt du 3.6.2008, *Intertanko*, C-308/06.

165 CJUE, arrêt du 8.7.2010, *Afton Chemical*, C-343/09.

De très rares questions préjudicielles en appréciation de validité ont néanmoins interrogé la Cour sur la conformité de certains actes juridiques de l'Union à des normes environnementales. L'arrêt *Blaise*¹⁶⁶ a par exemple donné l'occasion à la Cour de juger le règlement 1107/2009 relatif à la mise sur le marché des produits pharmaceutiques¹⁶⁷ compatible avec les exigences du principe de précaution. Mais ce type d'arrêt reste néanmoins exceptionnel¹⁶⁸, si bien qu'il est difficile de considérer le renvoi préjudiciel en appréciation de validité compense efficacement les limitations de l'accès direct au juge de la légalité des actes de l'Union. Ces carences des voies de droit permettant de contester le droit dérivé de l'Union devant la Cour ont convaincu le législateur de l'Union de créer une procédure de réexamen interne des actes à incidences environnementales supposée compenser les insuffisances de la voie contentieuse. 4.69

2. Les carences de la procédure de réexamen interne

La procédure de réexamen interne ne compense pas les insuffisances du contrôle juridictionnel de la légalité des actes de l'Union. Son champ d'application personnel (a) et matériel (b) est en effet trop réduit pour lui conférer une réelle utilité. Consciente de cette difficulté, la Commission a récemment soumis au législateur de l'Union une proposition de modification du règlement 1367/2006, mais celle-ci n'est pas véritablement convaincante (c). 4.70

a) L'exigüité du champ d'application personnel de la procédure de réexamen

L'article 10 du règlement 1367/2006, aussi dénommé règlement d'Aarhus, a introduit un mécanisme de réexamen interne des actes administratifs édictés par les institutions de l'Union européenne en matière environnementale¹⁶⁹. Dans un délai de six semaines, les ONG de protection de l'environnement peuvent adresser une demande de réexamen 4.71

166 CJUE, arrêt du 1.10.2019, *Blaise e. a.*, C-616/17.

167 Règlement n°1107/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 21.10.2009, concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et abrogeant les directives 79/117/CEE et 91/414/CEE du Conseil, JO 2009, L 309, 1.

168 Ces cinq dernières années, outre l'arrêt *Blaise*, seul l'arrêt *Borealis Polyolefine* a employé une règle environnementale (la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté) en qualité de norme de référence à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité : CJUE, 28.4.2016, *Borealis Polyolefine*, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 et C-391/14 à C-393/14.

169 Selon l'article 10, § 1 du règlement 1367/2006, « toute organisation non gouvernementale satisfaisant aux critères prévus à l'article 11 est habilitée à introduire une demande de réexamen interne auprès de l'institution ou de l'organe communautaire qui a adopté un acte administratif au titre du droit de l'environnement ou, en cas d'allégation d'omission administrative, qui était censé avoir adopté un tel acte ».

d'un acte de ce type à l'institution qui l'a édicté. Cette demande tend à faire constater l'illégalité ou l'absence de bien-fondé de l'acte visé¹⁷⁰.

- 4.72 Ces ONG sont ensuite habilitées par l'article 12 du règlement à contester devant la Cour la décision adoptée par une institution de l'Union à l'issue de la procédure de réexamen interne, ou l'absence de réponse à leur demande. Devenue destinataire de l'acte ou de l'omission d'une institution, ces ONG qui avaient initié la procédure de réexamen remplissent en effet « les conditions d'ester en justice en vertu de l'article 263, alinéa 4 TFUE [recours en annulation] ou de l'article 265 TFUE [recours en carence] »¹⁷¹. Ce n'est donc pas l'acte qui est la cause de nuisances environnementales qui est attaquant devant le Tribunal sur le fondement de l'article 12 du règlement d'Aarhus, mais la décision adoptée en réponse à la demande de réexamen ou l'omission d'édicter une telle décision.
- 4.73 Le champ des bénéficiaires de la procédure de réexamen interne est actuellement excessivement restreint. Il a été établi précédemment que, selon l'article 9, § 3, de la Convention d'Aarhus, « les membres du public », dont font partie les ONG et de nombreux particuliers¹⁷², ont un droit d'accès au juge. Or, le règlement 1367/2006, supposé mettre en œuvre cette stipulation, réduit cette notion aux ONG qui répondent à certaines caractéristiques énumérées à son article 11. Ces ONG doivent ainsi être dépourvues de buts lucratifs, exister depuis plus de deux ans et avoir pour objet statutaire principal la protection de l'environnement. Cette délimitation a pour conséquence d'exclure les individus victimes de nuisances environnementales, ainsi que certaines ONG, du champ des initiateurs potentiels de la procédure de réexamen, ce qui est manifestement contraire aux exigences de la Convention d'Aarhus. Pour rappel, selon la Cour, toutes les ONG de protection de l'environnement sont en effet considérées comme des membres du « public concerné » au sens de l'article 9, § 2 de la Convention d'Aarhus¹⁷³, ainsi que du « public » au sens de l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus¹⁷⁴.
- 4.74 S'agissant du champ des débiteurs de l'obligation de réexamen, il est étendu puisqu'elle lie toutes les institutions de l'Union qui peuvent édicter des actes en matière environnementale. Les autorités tenues de procéder au réexamen sont le Conseil, la Commission et le Parlement, mais également « toute agence ou tout office publics créés en vertu ou sur la base du traité »¹⁷⁵. La nature de la fonction normative exercée par l'autorité publique peut toutefois délier une autorité de son obligation de réexamen.

170 CJUE, arrêt du 12.9.2019, *TestBioTech c. Commission*, C-82/17 P, § 38 ; CJUE, arrêt du 3.9.2020, *Mellifera c. Commission (soutenue par Bayer)*, C-784/18 P, § 64.

171 DE SADELEER/PONCELET, 26.

172 Voir supra, I-1-b).

173 CJUE, arrêt du 14.1.2021, LB, § 35.

174 CJUE (GC), 8.03.2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, C-240/09.

175 Article 2, § 1, c) du règlement d'Aarhus.

b) *L'exigüité du champ d'application matériel restreint de la procédure de réexamen*

aa) *Des actes contraignants adoptés au titre de l'environnement*

Selon l'article 10, § 1, du règlement d'Aarhus, lu en combinaison avec l'article 2, § 1, g)¹⁷⁶, seuls certains actes administratifs adoptés au titre du droit de l'environnement et produisant un effet juridique contraignant et extérieur peuvent être contestés dans le cadre de la procédure de réexamen. De nombreux actes des institutions de l'Union sont écartés de cette catégorie juridique. Le règlement d'Aarhus n'est d'abord pas applicable lorsqu'une institution de l'Union participe à l'exercice du pouvoir législatif de l'Union¹⁷⁷. L'exclusion des actes législatifs du champ d'application de la procédure de réexamen est conforme à la Convention d'Aarhus puisque, selon celle-ci, «la notion d'autorité publique» dont les actes allant à l'encontre du droit de l'environnement peuvent faire l'objet des contestations exclut les institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires et législatifs¹⁷⁸. De sorte que les auteurs de la Convention d'Aarhus n'ont pas entendu imposer l'attaquabilité des actes législatifs. 4.75

Ensuite, les actes édictés par les autorités publiques dans le cadre de leur compétence consultative échappent également à l'obligation de réexamen. Ces avis ne produisent pas «un effet juridiquement contraignant et extérieur», alors que la procédure introduite par le règlement d'Aarhus ne peut être initiée qu'à l'encontre des actes produisant un tel effet¹⁷⁹. Par exemple, les avis rendus par l'Agence européenne de sécurité des aliments et de l'Agence européenne de l'environnement ne sont pas attaquables dans le cadre de la procédure de réexamen. Il en va de même pour les actes adoptés par les institutions de l'Union, et tout particulièrement par la Commission (régulation de la concurrence, procédure de manquement), en leur qualité d'organisme de contrôle administratif¹⁸⁰. 4.76

Le Tribunal de l'Union a récemment été appelé à préciser les contours de la notion d'acte produisant un effet juridiquement contraignant et extérieur adoptés au titre du droit de l'environnement dans l'affaire *Client Earth contre Banque européenne d'investissement*¹⁸¹. La juridiction de l'Union a consolidé à son occasion l'intérêt pratique des demandes de réexamen en limitant la capacité des institutions de l'Union de les déclarer irrecevables. Le 12 avril 2018, la Banque européenne d'investissement (ci-après BEI) a 4.77

176 Selon cette disposition, est un acte administratif «toute mesure de portée individuelle au titre du droit de l'environnement arrêtée par une institution ou un organe communautaire et ayant un effet juridiquement contraignant et extérieur».

177 Considérant préliminaire 7 du règlement d'Aarhus.

178 NILLO JÄÄSKINEN, 8.5.2014, Conclusions sur Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne c. Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, aff. jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, N 109.

179 Considérant préliminaire 11 du règlement d'Aarhus.

180 Article 2, § 2, a) et b) du règlement d'Aarhus.

181 TribUE, arrêt du 27.1.2021, *Client Earth c. BEI*, T-9/19.

adopté une délibération approuvant le financement d'un projet de construction d'une centrale biomasse d'électricité dans la commune de Curtis, en Galice espagnole. L'ONG Client Earth a introduit une demande de réexamen interne à l'encontre de cette délibération auprès de la BEI, qui a rejeté cette demande comme irrecevable. La requérante a, dans ces circonstances, initié un recours en annulation contre cette décision de rejet devant le Tribunal de l'Union européenne, alléguant que celle-ci repose sur une interprétation erronée de la notion d'acte administratif susceptible d'être l'objet d'un réexamen interne. Le Tribunal a ainsi été appelé à préciser les contours de la notion d'« acte administratif » adopté « au titre du droit de l'environnement » et produisant « un effet juridique contraignant et extérieur », attaquant au titre du règlement 1367/2006. Pour motiver sa décision d'irrecevabilité, la BEI, soutenue par la Commission, a en effet argué que sa délibération sortait du champ d'application du règlement d'Aarhus dans la mesure où elle ne relevait pas du droit de l'environnement¹⁸² et où elle ne produisait pas d'effet juridique contraignant et extérieur¹⁸³.

- 4.78 Le Tribunal s'est opposé à cette approche restrictive de la procédure de réexamen en précisant à titre liminaire qu'en vertu d'une jurisprudence bien établie, le règlement d'Aarhus doit être interprété à la lumière de l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus, dès lors qu'un texte de droit de l'Union européenne doit être interprété en conformité avec le droit international, tout particulièrement lorsqu'il met en œuvre un accord international¹⁸⁴. Le Tribunal a de surcroît souligné que la jurisprudence de la Cour relative à cette stipulation de la Convention d'Aarhus témoigne d'une volonté d'« adopter une approche très protectrice de l'effet utile et des objectifs de ladite convention »¹⁸⁵ qui doit être prise en considération dans l'examen des deux conditions de recevabilité susmentionnées¹⁸⁶. S'agissant de la condition posée par l'article 10, § 1 du règlement d'Aarhus, selon laquelle un acte n'est attaquant que s'il est adopté « au titre du droit de l'environnement », le Tribunal a précisé qu'elle ne requiert pas que celui-ci ait formellement pour base juridique une disposition du droit de l'environnement¹⁸⁷. Selon le Tribunal, cette notion « vise toute mesure de portée individuelle soumise à des exigences du droit dérivé de l'Union qui, indépendamment de leur base juridique, visent directement à la réalisation des objectifs de la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement »¹⁸⁸. Or, il est indiqué que la délibération litigieuse « constatait que certains critères d'éligibilité de nature environnementale, adoptés par la BEI [résultant de sa stratégie

182 *Ibid.* § 113.

183 *Ibid.* § 146.

184 *Ibid.* § 107 ; CJUE, arrêt du 18.7.2013, *Deutsche Umwelthilfe*, C-515/11, § 32 ; CJUE, arrêt du 11.4.2013, *Edwards et Pallikaropoulos*, C-260/11, § 31 et 32.

185 TribUE, arrêt du 27.1.2021, *Client Earth c. BEI*, T-9/19, § 113.

186 Nous verrons que cette approche prétendument très protectrice de l'effet utile de la Convention d'Aarhus est très discutable s'agissant de la notion de mesure de portée individuelle au sens de l'article 10 du règlement d'Aarhus, Voir *infra*, II, 2, b), bb).

187 TribUE, arrêt du 27.1.2021, *Client Earth c. BEI*, T-9/19, § 125.

188 *Ibid.* § 126.

climat] visant directement à la réalisation des objectifs de la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement, étaient en l'espèce respectés»¹⁸⁹. Par conséquent, le Tribunal a jugé que cette délibération peut être qualifiée de mesure de portée individuelle adoptée « au titre du droit de l'environnement », susceptible de faire l'objet d'un réexamen interne conformément à l'article 10, § 1 du règlement d'Aarhus¹⁹⁰.

Un acte doit ensuite produire un « effet juridiquement contraignant et extérieur » pour être réexaminé par l'institution qui en est l'auteur. Dans un souci de cohérence générale du droit procédural de l'Union, le Tribunal a lié cette notion à celles d'actes « destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers », au sens de l'article 263, alinéa 1 du TFUE, qui sont appréhendés par la Cour comme ceux qui produisent des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts d'un tiers, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci¹⁹¹. Le Tribunal a estimé à cet égard que, même si la délibération ne valait pas par elle-même validation du financement du projet Curtis, « elle n'en produisait pas moins des effets juridiques à l'égard des tiers [...] en ce qu'elle constatait l'éligibilité dudit projet à un financement de la BEI au regard de ses aspects environnementaux et sociaux, permettant ainsi audit promoteur de prendre les mesures suivantes nécessaires pour la formalisation du prêt dont il devait bénéficier »¹⁹². La décision d'irrecevabilité adoptée par la BEI en réponse à la demande de réexamen introduite par Client Earth a donc été annulée par le Tribunal dans la mesure où les conditions de recevabilité posées par l'article 10, § 1 du règlement d'Aarhus étaient satisfaites. L'introduction d'un pourvoi devant la Cour de justice n'est toutefois pas à écarter dans la mesure où celle-ci s'est par le passé montrée moins encline que le Tribunal à promouvoir l'effet utile de la procédure de réexamen interne¹⁹³. Si l'arrêt *Client Earth* venait à être validé, il est notable que les conditions du caractère contraignant et du lien avec le droit de l'environnement de l'acte contesté devront être interprétées de manière suffisamment souple par les institutions destinataires des demandes de réexamen pour que celles-ci ne constituent pas un obstacle considérable à leur recevabilité.

bb) La portée individuelle de l'acte attaqué

L'exclusion des actes administratifs de portée générale du champ d'application du Règlement 1367/2006 s'avère problématique au regard des exigences de la Convention d'Aarhus. Les actes administratifs attaquables au titre de ce règlement dans le cadre de la

189 *Ibid.* § 138.

190 *Ibid.* § 142.

191 Voir par exemple, CJUE (ord.), 21.6.2007, *Finlande c. Commission*, C-163/06 P, § 40; TribUE, arrêt du 27.1.2021, *Client Earth c. BEI*, T-9/19, § 149 et 153.

192 TribUE, arrêt du 27.1.2021, *Client Earth c. BEI*, T-9/19, § 171.

193 Voir par exemple, TribUE, arrêt du 14.6.2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht c. Commission européenne*, T-396/09, (exigeant le réexamen de certains actes de portée générale); annulé par CJUE (GC), arrêt du 13.1.2015, *Conseil c. Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, aff. jointes C-401/12 P à C-403/12 P.

procédure de réexamen sont en effet les actes « de portée individuelle »¹⁹⁴. L'Avocat général Niilo Jaaskinen a remarqué que le champ d'application matériel du règlement d'Aarhus a été progressivement réduit au cours de la procédure qui a abouti à son édicition puisque « la proposition de règlement définissait la notion d'acte comme s'entendant de « toute mesure administrative arrêtée par une institution ou un organe communautaire au titre du droit de l'environnement et ayant un effet contraignant et extérieur »¹⁹⁵. La notion d'actes « administratifs de portée individuelle » est apparue seulement au stade de la position commune arrêtée par le Conseil¹⁹⁶ et a été reprise par le Parlement en deuxième lecture¹⁹⁷ sans qu'aucune motivation ne soit fournie »¹⁹⁸.

- 4.81 Certains États avaient alors exprimé leurs réserves vis-à-vis de cet amendement. La Belgique avait relevé qu'une incompatibilité avec la Convention d'Aarhus en procédait, dans la mesure où cette modification restreignait excessivement les possibilités de recours mises à disposition des ONG¹⁹⁹. Il est en effet bien établi qu'à l'exception des actes législatifs, tous les autres types d'actes adoptés par des particuliers et des autorités publiques, qu'il s'agisse d'actes de portée générale ou de portée individuelle, relèvent du champ de l'article 9, § 3, de la Convention d'Aarhus²⁰⁰. Le champ des actes attaquables prévus par le règlement est donc nettement plus restreint que celui défini dans cette disposition de la Convention d'Aarhus. Par conséquent, l'article 10 du règlement d'Aarhus ne constitue pas une mise en œuvre complète des obligations découlant de l'article 9, § 3, de la convention d'Aarhus. Dans l'affaire *Vereniging Milieudéfensie*, le Tribunal de l'Union avait en ce sens jugé que « l'article 10, § 1, du règlement no1367/2006, en ce qu'il limite la notion d'actes » de l'article 9, § 3, de la convention d'Aarhus aux seuls « acte[s] administratif[s], définis à l'article 2, § 1, sous g), du même règlement comme des « mesure[s] de portée individuelle », n'est pas compatible avec l'article 9, § 3, de la convention d'Aa-

194 Article 2, § 1, g) du règlement d'Aarhus.

195 COM(2003) 622 final, 28.

196 Position commune du 20.4.2005, 6273/05 (ENV 57, JUSTCIV 24 INF 38 ONU 10 CODEC 81 OC 80).

197 Résolution législative du Parlement européen relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'application aux institutions et organes de la CE des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement [6273/2/2005 – C6-0297/2005 - 2003/0242(COD)].

198 NIILLO JÄÄSKINEN, 8.5.2014, Conclusions sur Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne c. Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, aff. jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, N 126; voir également, dans le rappel de l'argumentaire de la partie requérante, CJUE, arrêt du 3.9.2020, *Mellifera c. Commission (soutenue par Bayer)*, C-784/18 P, § 51.

199 Voir la déclaration du Royaume de Belgique : <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10896-2005-ADD-1/fr/pdf>> (31.8.2021).

200 Voir NIILLO JÄÄSKINEN, 8.5.2014, conclusions sur Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne c. Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, aff. jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, N 111.

rhus»²⁰¹. L'inconventionnalité de l'article 10 du règlement n'a toutefois pas été confirmée sur pourvoi par la Cour de justice qui a refusé de se prononcer sur sa conformité à l'article 9, § 3 de la Convention d'Aarhus au motif que cette stipulation est dépourvue d'effet direct²⁰².

Tirant profit de cette approche restrictive du champ des actes attaquables, la Commission européenne a par exemple rejeté le 29 juin 2016 la demande de réexamen interne de *Mellifera*, tendant à obtenir le réexamen du règlement d'exécution prolongeant la période d'approbation du glyphosate²⁰³, au motif qu'il ne s'agissait pas d'un acte administratif de portée individuelle au sens de l'article 2 du règlement d'Aarhus. L'ONG a par la suite contesté devant le Tribunal puis, sur pourvoi, devant la Cour la légalité de cette décision de rejet, alléguant que la notion de « mesure de portée individuelle », au sens de l'article 10 du règlement 1367/2006, doit être interprétée extensivement à la lumière de l'article 9, § 3 de la convention d'Aarhus, de telle sorte qu'une approbation de substance active telle que le glyphosate doit relever de son champ d'application matériel²⁰⁴. L'association *Mellifera* soulignait en l'espèce le fait qu'en dépit de son apparent caractère impersonnel, l'acte contesté approuvait une seule substance, le glyphosate, produite par une seule entreprise, Bayer, intervenant au demeurant dans cette procédure au soutien de la Commission. 4.82

La Cour n'a néanmoins pas été réceptive à cet argument, rappelant que « la portée générale d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte »²⁰⁵. La juridiction de l'Union a de surcroît précisé que l'approbation du glyphosate ne produit pas d'effet juridique à l'égard de la seule entreprise Bayer, mais également à l'égard des producteurs de produits phytopharmaceutiques contenant cette substance et des États membres qui ont la charge d'autoriser ces produits²⁰⁶. Une décision d'approbation de 4.83

201 TribUE, arrêt du 14.6.2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht c. Commission européenne*, aff. jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, § 69.

202 CJUE (GC), arrêt 13.1.2015, *Conseil c. Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, aff. jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, § 78 ; CJUE (GC), arrêt du 13.1.2015, *Conseil c. Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe*, aff. jointes C-404/12 P et C-405/12 P, § 78.

203 Règlement d'exécution (UE) 2016/1056 de la Commission, du 29.6.2016, modifiant le règlement d'exécution (UE) n°540/2011 en ce qui concerne la prolongation de la période d'approbation de la substance active « glyphosate », JO 2016, L 173, 52.

204 TribUE, arrêt du 27.9.2018, *Mellifera c. Commission*, T-12/17, § 55 ; CJUE, arrêt du 3.9.2020, *Mellifera c. Commission (soutenue par Bayer)*, C-784/18 P, § 36.

205 CJUE, arrêt du 3.9.2020, *Mellifera c. Commission (soutenue par Bayer)*, C-784/18 P, § 67 ; CJUE, arrêt du 15.1.2002, *Libéros c. Commission*, C-171/00 P, § 28.

206 TribUE, arrêt du 27.9.2018, *Mellifera c. Commission*, T-12/17, § 60 ; CJUE, arrêt du 3.9.2020, *Mellifera c. Commission (soutenue par Bayer)*, C-784/18 P, § 68.

substance ne peut pour cette raison en aucun cas être assimilée à une décision d'autorisation de produit, seule la seconde peut être envisagée comme un acte individuel²⁰⁷. La Cour ajoutée que, dans un souci de cohérence, les notions « d'acte administratif » et de « mesure de portée individuelle » issues de l'article 10 du règlement d'Aarhus ne peuvent comprendre des actes relevant de la notion d'« acte de portée générale » au sens de l'article 288 TFUE²⁰⁸. Si bien que les critères habituellement employés pour identifier une mesure de portée générale au sens de l'article 288 TFUE²⁰⁹ ne peuvent être écartés pour déterminer le champ d'application matériel de la notion de mesure de portée individuelle véhiculée par le règlement d'Aarhus.

- 4.84 La confirmation des conditions d'accès restrictives à la procédure de réexamen issue de l'arrêt *Mellifera* ne semble pas conciliable avec les exigences de la convention d'Aarhus mais, ainsi que le relève la Cour par référence à son arrêt *Vereniging Milieudéfensie*, son article 9, § 3 laisse une grande marge d'appréciation pour déterminer ses conditions de mise en œuvre, de sorte qu'il n'est pas d'effet direct et ne peut dès lors constituer un critère de la légalité du règlement d'Aarhus²¹⁰. Cette apparente antinomie ne peut être dissolue au moyen de l'interprétation conforme, dans la mesure où celle-ci ne peut conduire à une interprétation *contra legem* du droit de l'Union²¹¹.
- 4.85 Cette jurisprudence permet ainsi aux institutions de l'Union de déclarer irrecevables la plupart des requêtes en réexamen interne qui leur sont adressées²¹². Le Conseil est du reste aussi peu disposé que la Commission à dynamiser l'effet utile du règlement d'Aarhus : il a par exemple jugé irrecevable une demande de réexamen interne du Règlement adopté par le Conseil établissant des quotas de pêche pour le thon bleu en raison

207 CJUE, arrêt du 3.9.2020, *Mellifera c. Commission (soutenue par Bayer)*, C-784/18 P, § 72.

208 *Ibid.*, § 86.

209 CJUE, arrêt du 6.11.2018, *Commission c. Scuola Elementare Maria Montessori et Commission c. Ferracci*, C-622/16 P à C-624/16 P, § 29.

210 CJUE (GC), arrêt du 13.1.2015, *Conseil c. Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, § 51-52.

211 TribUE, arrêt du 27.9.2018, *Mellifera c. Commission*, T-12/17, § 87 ; CJUE, 3.9.2020, *Mellifera c. Commission*, C-784/18 P, § 88.

212 NICOLAS DE SADELEER ET CHARLES PONCELET ont indiqué que, jusqu'à 2017, une requête sur huit avait été jugée recevable dans le cadre de la procédure de réexamen (DE SADELEER/PONCELET, 32). NIILLO JAASKINEN a précisé à ce sujet que « le domaine des OGM ainsi que la mise sur le marché des produits chimiques conformément au règlement REACH semblent être le principal domaine auquel la procédure de réexamen s'applique effectivement. La pratique de la Commission confirme ainsi l'interprétation restrictive du règlement d'Aarhus », (NIILLO JÄÄSKINEN, 8.5.2014, Conclusions sur *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne c. Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, aff. jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, § 129).

de la menace qui pèse sur cette espèce²¹³ au motif qu'il ne s'agissait pas d'une mesure de portée individuelle²¹⁴.

En définitive, le Règlement 1367/2006 a échoué à atteindre l'objectif qui lui était assigné : celui de mettre en conformité le droit de l'Union avec le troisième pilier de la Convention d'Aarhus relatif à l'accès à la justice en matière environnementale. Ce constat a conduit la Commission à proposer une révision du règlement d'Aarhus en octobre 2020. 4.86

c) *La perspective de révision du règlement d'Aarhus*

Le 14 octobre 2020, la Commission européenne a soumis au législateur de l'Union une proposition de révision du règlement d'Aarhus²¹⁵ en vue de remédier à ses carences. À cette occasion, elle a souligné que le développement d'une collaboration effective entre la société civile et les institutions de l'Union européenne en matière environnementale, qui est un enjeu central du Pacte vert pour l'Europe, rend nécessaire une évolution de la procédure de réexamen²¹⁶. Le principal apport de cette potentielle révision serait l'inclusion des actes de portée générale dans le champ d'application de la procédure de réexamen, ce qui permettrait de résoudre sa plus grande lacune. La proposition de révision de l'article 2, § 1, g) soumise par la Commission au Conseil définit en effet les actes administratifs attaquables dans le cadre de la procédure de réexamen comme « tout acte non législatif adopté par une institution ou un organe de l'Union, ayant un effet juridiquement contraignant et extérieur et contenant des dispositions qui, en raison de leur effet, peuvent aller à l'encontre du droit de l'environnement [...], à l'exception des dispositions dudit acte pour lesquelles le droit de l'Union exige explicitement des mesures d'exécution au niveau de l'Union ou au niveau national ». La référence à la portée individuelle dudit acte a ainsi été supprimée, ce qui constitue une importante avancée et une résolution d'une source de violation de la Convention d'Aarhus mise en évidence lors de l'affaire *Vereniging Milieudefensie*. 4.87

213 Règlement (CE) n°43/2009 du Conseil du 16.1.2009 établissant, pour 2009, les possibilités de pêche et les conditions associées pour certains stocks halieutiques et groupes de stocks halieutiques, applicables dans les eaux communautaires et, pour les navires communautaires, dans les eaux soumises à des limitations de capture, JO L 22, 26.1.2009, 1 - 205.

214 Conseil 9507/09, 7.5.2009, Réponse à la demande de réexamen interne, non publiée.

215 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6.9.2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

216 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le pacte vert pour l'Europe, COM(2019), 640.

- 4.88 Il est ensuite proposé de réviser l'article 10, § 1 pour permettre d'attaquer tout « acte administratif [qui] va à l'encontre du droit de l'environnement » et non plus seulement les « acte[s] administratif[s] adopté[s] au titre du droit de l'environnement ». Cette modification permettrait de mettre un terme aux velléités des institutions de l'Union européenne – récemment sanctionnées par le Tribunal dans l'affaire *Client Earth contre BEI*²¹⁷ – de limiter le champ d'application matériel aux actes adoptés formellement fondés sur une base juridique de droit de l'environnement. S'agissant des délais de procédure, leur extension est proposée, puisque la demande peut désormais être valablement introduite dans les 8 semaines (au lieu de 6 semaines) à compter de l'adoption de l'acte, tandis que l'institution saisie a désormais 16 semaines (au lieu de 12 semaines) pour communiquer sa position motivée. Le délai de grâce dont bénéficie l'institution saisie, sous réserve d'information motivée communiquée au demandeur, est pour sa part porté de 18 à 22 semaines.
- 4.89 En revanche, la Commission propose d'exclure du champ d'application de la procédure de réexamen les actes des institutions qui « exige[nt] explicitement des actes d'exécution interne », ce qui pourrait considérablement réduire l'intérêt de cette procédure²¹⁸. La note explicative accompagnant la proposition appréhende ces actes comme étant « les actes règlementaires [...] qui ne comportent pas de mesure d'exécution »²¹⁹ au sens de la clause *Jégo-Quéré* introduite dans l'article 263, alinéa 4 TFUE lors de la révision de Lisbonne. Or il a été précédemment démontré que les actes règlementaires ne comportant pas de mesures d'exécution, au sens de ce nouveau cas de recevabilité du recours en annulation, sont très rares en droit de l'Union. Il doit en effet ici être rappelé que les actes qui sont adoptés en situation de compétence liée et/ou tirent les conséquences inévitables d'actes règlementaires de l'Union sont considérés comme des mesures d'exécution²²⁰. Dans cette optique, l'inclusion des actes de portée générale dans la procédure de réexamen ne serait qu'un exercice de communication sans réelle conséquences pratiques, puisque la quasi-totalité d'entre eux en serait exclu en raison de cette exigence d'absence de mesure d'exécution. Pour opérer un parallèle avec l'affaire *Mellifera*, un règlement d'exécution de la Commission prolongeant le délai d'approbation du glyphosate ne saurait être considéré comme un acte qui n'exige pas d'actes d'exécution interne puisqu'il est mis en œuvre par les États membres lorsqu'ils autorisent la commercialisation de produits phytopharmaceutiques qui contiennent cette substance. Une demande de réexamen à son encontre serait donc toujours irrecevable sous l'empire de la version modifiée du règlement d'Aarhus, tout comme elle l'est sous l'empire de la

217 TribUE, arrêt du 27.1.2021, *Client Earth c. BEI*, T-9/19, § 125-126.

218 Les actes des institutions de l'Union adoptés en matière environnementale appellent en effet souvent des actes d'exécution étatiques, voir supra les analyses des arrêts *Drax et Romonta*, II-1-a)-cc).

219 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1367/2006, (note explicative), 18.

220 CJUE, arrêt du 19.12.2013, *Telefónica SA c. Commission européenne*, C-274/12 P ; voir les analyses supra, II-1-a)-dd).

version actuelle de ce règlement. L'exigence du caractère *self executing* de l'acte apparaît donc toute aussi problématique que celle relative à sa portée individuelle du point de vue de la promotion de l'accès à la justice environnementale. Cette approche restrictive des actes règlementaires attaquables dans la procédure de réexamen est de plus contraire à la dynamique de valorisation des modes non juridictionnels de résolution des différends, qui constitue du point de vue de la Cour un objectif d'intérêt général²²¹. Son objectif est, comme l'a indiqué la Commission, de renvoyer aux juridictions des États membres et à la Cour de justice, potentiellement saisie d'une question préjudicielle en appréciation de validité, la charge d'opérer ce contrôle²²². Il est usuellement reproché au Conseil d'entraver le développement de l'accès à la justice environnementale, si bien qu'il n'est pas surprenant qu'il ait validé cette exigence, en la décalant dans l'article 10, § 1 du règlement d'Aarhus²²³.

Lors de l'examen de la proposition de la Commission en première lecture du 21 mai 2021, le parlement européen a semblé garantir un accès effectif à la justice environnementale au niveau de l'Union. Il a en effet proposé de supprimer la condition de recevabilité relative au caractère *self executing* de l'acte de portée générale attaqué. L'exigence d'absence de mesures d'exécution intégrée par la Commission dans l'article 2, § 1, g), et validée par le Conseil en première lecture, est ainsi remplacée par le rappel d'une évidence : « les actes administratifs [attaquables dans le cadre de la procédure de réexamen] ne comprennent pas les actes adoptés par les autorités publiques des États membres »²²⁴. La validation de cet amendement par le Conseil en deuxième lecture, qui reste très incertaine, aurait pour effet de promouvoir considérablement l'intérêt de la procédure de réexamen. 4.90

Pour conclure, il ressort de cette étude que la jurisprudence de la Cour ainsi que la législation de l'Union relatives à l'accès à la justice environnementale tendent à confier aux juridictions des États membres la responsabilité de garantir le respect des normes environnementales européennes. La Cour de justice promeut en effet l'efficacité des recours formés devant les tribunaux nationaux en matière environnementale, et 4.91

221 CJUE, arrêt du 14.1.2021, LB, § 66.

222 La Commission explique qu'« en vertu de la proposition, les dispositions d'un acte administratif pour lesquelles le droit de l'UE exige explicitement des mesures d'exécution au niveau national ne seraient pas soumises à un contrôle administratif. En ce qui concerne ces dispositions, il est possible de former un recours devant la juridiction nationale, avec un accès supplémentaire à la CJUE en vertu de l'article 267 du TFUE » : Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°1367/2006, (note explicative), 18.

223 Conseil, 13.12.2020 (doc. 13937/20).

224 Amendement 23 : Amendements du Parlement européen, adoptés le 20.5.2021, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6.9.2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, COM(2020)0642 – C9-0321/2020-2020/0289(COD).

confirme dans le même temps l'hermétisme de son propre prétoire à ce contentieux. Dans ce domaine, l'accès des personnes physiques et des ONG aux juridictions des États membres a ainsi été élargi par le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour, de même qu'ont été limités les coûts de procédure et l'usage de la théorie des formes substantielles dans les procédures. De sorte que, même si certaines résistances nationales peuvent être déplorées²²⁵, le droit de l'Union se trouve à l'origine d'un progrès considérable de la protection juridictionnelle des membres du public à l'encontre des mesures étatiques susceptibles d'engendrer des nuisances environnementales. Ce droit reste en revanche bien plus tolérant aux entraves à l'accès à la justice environnementale lorsque l'acte contesté est adopté par les institutions de l'Union européenne. Les conditions d'accès au juge de la légalité des actes de l'Union, telles que définies par la jurisprudence de la Cour, rendent en effet la systématique des voies de droit de l'Union très peu réceptive au contentieux environnemental. La qualité pour agir est en effet très difficile à établir en cette matière dans le cadre du recours en annulation, tandis que l'utilité de son complément procédural, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, repose sur le présupposé très contestable que les juridictions des États membres respectent le droit au juge et collaborent convenablement avec la Cour de justice. Ces lacunes du droit procédural de l'Union ne sont pas compensées par la procédure de réexamen administratif, qui souffre de carences analogues résidant principalement dans le caractère extrêmement restrictif de ses conditions de recevabilité. En somme, le droit de l'Union protège plus activement l'environnement des actes nuisibles des États membres que de ceux des institutions de l'Union. Une telle asymétrie est difficilement justifiable puisque le haut niveau de protection de l'environnement, que les maîtres des Traités ont engagé l'Union à promouvoir dans l'alinéa 9 du préambule du TUE, s'impose aussi bien aux États membres qu'aux institutions de l'Union. L'environnement est indifférent à la nature juridique de l'auteur des actes qui sont susceptibles de lui être nuisibles. Il appartient alors à la Cour et au législateur de l'Union d'aligner les règles habilitant les personnes privées à contester les actes des institutions qui ont un impact sur l'environnement sur celles qui sont applicables aux recours formés contre des actes étatiques de même nature. De cette manière seulement, les autorités normatives de l'Union pourront prétendre mener une politique œuvrant, comme l'exige l'article 3, § 3 du TUE, pour une amélioration effective de la qualité de l'environnement.

225 Communication de la Commission du 4.4.2019, Examen de la mise en œuvre de la politique environnementale, COM(2019) 149, N 3.1 ; voir également, Communication du 14.10.2020, Améliorer l'accès à la justice en matière d'environnement dans l'Union européenne et ses États membres, COM(2020) 643, N 30.

§ 5 Le contentieux environnemental et climatique en droit suisse

Anne-Christine Favre*

Table des matières

I.	Introduction	115
II.	La garantie d'accès au juge	116
	1. Le droit d'accès au juge découlant du droit supranational et international	116
	2. Le droit d'accès au juge en droit suisse	122
III.	L'intérêt personnel à agir en droit public	130
	1. Les différentes approches	130
	2. Intérêt général, intérêt personnel, action populaire	134
	3. Le droit suisse à l'aune de la garantie d'accès au juge	138

Bibliographie

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Vo I à III, Neuchâtel 1967; AUBRY GIRARDIN FLORENCE/DONZALLAZ YVES/DENYS CHRISTIAN/BOVEY GRÉGOR/FRÉSARD JEAN-AUBRY (éd.), *Commentaire de la LTF*, Berne 2022 (cité: Comm. LTF-AUTEUR.E, art.X N Y); BAUMANN PAUL, *Le droit à un environnement sain et la convention européenne des droits de l'homme*, Paris 2021; BACHMANN GREGOR, *Anspruch auf Verfahren und Entscheid Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien*, Berne 2019; BELLANGER FRANÇOIS, CANDRIAN JÉRÔME, HIRSIG-VOUILLOZ MADELEINE (éd.), *Loi fédérale sur la procédure administrative*, Bâle 2024 (cité: CR PA-AUTEUR.E, art.X N Y); BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar*, Zurich 2017; BRAIG KATHARINA, *Umweltschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention*, Bâle 2013; CADIEU LOÏC, *Préface in HAUTEREAU-BOUTONNET MATHILDE/TRUILHÉ EVE (éd.), Le procès environnemental, du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Paris 2021, 1 à 8; CHAIX FRANÇOIS, *Droit public et enjeux climatiques in ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (éd.), Journées suisses du droit de la construction 2023*, 49-66 (cité: enjeux climatiques); CHAIX FRANÇOIS, *Les motifs du recours en matière de droit public in Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral*, BOHNET FRANÇOIS/TAPPY DENIS (éd.), Bâle 2017, 187-223 (cité: motifs); DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux*, vol.1 et 2, Bâle 2018 (cité: Droits fondamentaux I/II); EHRENZELLER BERNHARD, EGLI PATRICIA, HETTICH PETER, HONGLER PETER, SCHINDLER BENJAMIN, SCHMID STEFAN G. (éd.), *Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, Zurich 2023 (cité: SGK BV- AUTEUR.E, art.X N Y); EPINEY ASTRID/SOLLBERGER KASPAR, *Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten, Rechtsvergleich, europa- und völkerrechtliche Vorgaben und Implikationen für die Schweiz*, Berne 2003; ERRASS CHRISTOPH, *Rechtsschutz als Herausforderung im Bereich des Klimawandels in Rechtsschutz in Theorie und Praxis*, Festschrift für Stephan Breitenmoser, SEITZ CLAUDIA, STRAUB RALF MICHAEL, WEYENETH ROBERT (éd.), Bâle 2022; FAVRE ANNE-CHRISTINE, *Le droit à une décision in BELLANGER FRANÇOIS, BERNARD FRÉDÉRIC (éd.), Les grands principes de la procédure administrative*, Genève, Zurich 2023, 9-34 (cité: droit à une décision); FAVRE ANNE-CHRISTINE, *La constitution environnementale in Droit constitutionnel suisse*, DIGGELMANN OLIVER, HERTIG RANDALL MAYA, SCHINDLER BENJAMIN (éd.), Zurich, Bâle, Genève 2020, 2121-2149 (cité: Constitution); FOURNIER LOUISE, *The Cost of Inaction. The Role of Courts in Climate*

* Professeure en droit public à l'Université de Lausanne; l'auteure remercie son assistante Elea Bauvin et son assistant Nathan Petermann, pour leur relecture attentive.

Change Litigation, Edimbourg, 2017 ; GOIN ALEXIS/CADIN LOUISE, Le juge ne peut pas tout, Chronique de jurisprudence du Conseil d'Etat, L'actualité juridique droit administratif (AJDA), 2023, 2105-2115 ; GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, Munich 2021 ; GRIFFEL ALAIN, Rechtsschutz in Droit constitutionnel suisse, DIGGELMANN OLIVER, HERTIG RANDALL MAYA, SCHINDLER BENJAMIN (éd.), Zurich, Bâle, Genève 2020, 1073-1093 (cité, Rechtsschutz) ; GRODECKI STÉPHANE, Contentieux climatique et action populaire : la Cour EDH impose-t-elle une (R)évolution à la Suisse ?, Plaidoyer, revue juridique et politique, 3/2024, 34-37 ; GYGI FRITZ, Ein gesetzgeberischer Versuch zur Lösung des Problems des Klagerechtes im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozess, Archiv des öffentlichen Rechts [AöR] 1963, 411 ss ; HÄNNER ISABELLE, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zurich 2000 ; HAUTEREAU-BOUTONNET MATHILDE, TRUILHÉ EVE, Des procès pour renforcer l'effectivité du droit de l'environnement, Revue « Les Cahiers de la Justice » 2019/3, 431 ss ; HEFTI JEAN-CLAUDE, De la qualité pour recourir dans la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, Lausanne 1958 ; HESELHAUS SEBASTIAN, Europa-Fenster, Droit de l'environnement dans la pratique (DEP), 2021, 523-543 ; HOTTELLIER MICHEL, La juridiction constitutionnelle fédérale in Droit constitutionnel suisse, DIGGELMANN OLIVER, HERTIG RANDALL MAYA, SCHINDLER BENJAMIN (éd.), Zurich, Bâle, Genève 2020, 1095-1125 ; JELLINEK GEORG, Allgemeine Staatslehre, Unter Verwertung des Handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. Walter Jellinek, Berlin 1921 ; KELLER MATTHIAS, L'intérêt à agir devant le juge administratif allemand in L'intérêt à agir devant le juge administratif, RENAUDIE OLIVIER (éd.), Boulogne-Billancourt 2015 ; KLEY ANDREAS, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, St. Gall, Zurich 1995 (cité : Rechtsschutz) ; KLEY ANDREAS, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung « zivilrechtlicher Streitsachen » im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, AJP 1994, 23-42 (cité : Richterliche Beurteilung) ; KNEUBÜHLER LORENZ/HAËNNI DOMINIQUE, Umweltschutz, Klimaschutz, Rechtsschutz, ZBl 2021, 492 ; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zurich 2013 ; KRADOLFER MATTHIAS, Kommentierung zu Art. 29a BV in Onlinekommentar zur Bundesverfassung, 2023 ; MAGISTRO FRANCESCA/HAËNNI DOMINIQUE, Les Aînés pour la protection du climat devant le Tribunal fédéral, Plaidoyer 3/2019, 20 ss ; MARTENET VINCENT/DUBÉY JACQUES (éd.), Commentaire romand : Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : CR Cst-AUTEUR.E, art. X N Y) ; MOLINARI EVA MARIA, La dignité humaine dans la Constitution fédérale suisse. Une étude juridique dogmatique et comparative de la fonction des droits fondamentaux en droit subjectif, Zurich 2018 ; MOOR PIERRE/FAVRE ANNE-CHRISTINE/FLUECKIGER ALEXANDRE (éd.), Loi sur la protection de l'environnement (LPE), Berne 2012 (cité : LPE-AUTEUR, art. X N Y) ; PFEIFFER LAURENT, La qualité pour recourir en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement, Étude de droit fédéral et vaudois, Genève, 2013 ; POLTIER ETIENNE, La qualité pour recourir à l'encontre d'actes normatifs : une forme d'action populaire ? in Procédure administrative, territoire, patrimoine et autres horizons, Mélanges en l'honneur du Professeur BENOÎT BOVAY, BOUCHAT CLÉA, FAVRE ANNE-CHRISTINE, LARGEY THIERRY, WYLER RÉMY (éd.), Berne 2024 (cité : qualité pour recourir) ; POLTIER ETIENNE, Les actes attaques et la légitimation à recourir en matière de droit public in Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral, BOHNET FRANÇOIS/TAPPY DENIS (éd.), Bâle 2017, 123-151 (cité : les actes) ; SAIGER ANNA-JULIA, Nationale Gerichte im Klimaschutzvölkerrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Pariser Übereinkommen, Berlin, 2022 ; ROUILLER FÉLISE, Le contentieux climatique contre l'Etat, Aspects procéduraux de droit public suisse et américain, Genève 2023 ; VALLENDER KLAUS A./MORELL RETO, Umweltrecht, Berne 1997 ; WALDMANN BERNHARD, BELSER EVA MARIA, EPINEY ASTRID (éd.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR.E, art. X N Y).

I. Introduction

Le juge administratif est saisi d'un nombre croissant de litiges en matière environnementale, et, plus récemment, en matière climatique. Dans chacun de ces scénarios, il s'agit de vérifier la légalité d'actes ou d'omissions de l'administration, voire du législateur, exerçant une incidence sur l'homme et l'environnement. Si bon nombre des procédures peuvent être relativement simples, quant à la qualité des parties ou l'objet du litige, tel n'est plus le cas en présence de dégradations de l'environnement d'une certaine étendue ou généralisées (pollutions de l'air, des eaux et des sols, déclin des surfaces naturelles et de la biodiversité, risques climatiques). Le litige comporte alors une nature collective, que les règles du contentieux judiciaire ont encore de la peine à absorber. 5.1

La question fondamentale au cœur de ces réflexions est celle du « besoin de protection juridique » ou du « *Rechtsschutz* », face à des actes ou omissions de l'administration qui exercent des incidences sur les particuliers. Plus on avance dans ces problématiques, plus on réalise que les critères procéduraux peuvent être intimement liés à ceux de l'examen de fond, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intensité d'une atteinte ou d'un risque. 5.2

Plus fondamentalement, il s'agit de savoir jusqu'où il est possible de différencier l'intérêt privé de l'intérêt général, lorsqu'il est question de menaces pesant sur des droits fondamentaux tels ceux à la vie et au droit de vivre dans un environnement sans danger. Tant la Cour de justice de l'Union européenne¹ que diverses juridictions internes² ont amorcé un discours sur ces questions. La CourEDH a également développé une jurisprudence en présence d'atteintes environnementales, lorsque le droit à la vie (art. 2 CEDH) ou celui au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) sont menacés, complétée récemment par un arrêt pionnier en matière climatique mettant en cause la Suisse (ci-après affaire *Verein Klimaseniorinnen*)³ ; ce dernier arrêt donne désormais une orientation quant aux procédures contentieuses possibles lorsque toute la population, de même que les générations futures sont potentiellement touchées. 5.3

Indépendamment de la qualité pour agir (*standing, locus standi*), ce type de contentieux pose encore celui de l'acte attaqué dans un contexte où il ne s'agit plus toujours de porter devant le juge des actes ou omissions déterminés de l'administration ou du législateur, mais de plus en plus de solliciter des prestations de protection renvoyant à des mesures générales (pour permettre le respect des seuils d'immission des polluants ou des objectifs en matière climatique, par exemple). Il s'agit d'un changement de paradigme important par rapport à la configuration usuelle des litiges en droit public. Dans nombre de pays voisins, c'est sous l'angle des obligations positives corrélées à la protec- 5.4

1 DELILE, dans le présent ouvrage.

2 Cour d'appel de Bruxelles, *Klimaatzaak et crts. c. Etat belge, Région wallonne, Région flamande, région de Bruxelles-capitale* du 30.11.2023, n° 2021/AR/1589 ; Cour constitutionnelle allemande, *Neubauer et crts c. Allemagne* du 24.3.2021, BvR 2656/18 ; Cour suprême des Pays-Bas, *Fondation Urgenda c. Etat des Pays-Bas* du 20.12.2019, n°19/00135.

3 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse* du 9.4.2024, n° 53600/20.

tion des droits touchés que les procès climatiques⁴ ou environnementaux⁵ ont abouti, indépendamment de la nature législative ou purement exécutive des mesures à adopter. Ce point est particulièrement délicat, en droit suisse, où le contentieux en droit public est encore fortement conditionné par les effets concrets d'un acte et où un contrôle abstrait par le juge des lois et ordonnances fédérales n'est pas possible (art. 189 al. 4 et 190 Cst.); en droit cantonal, le contrôle des normes est certes plus large, mais reste limité à la contestation du droit positif, les possibilités de solliciter l'élaboration ou le complément d'une loi, même lorsque le droit supérieur l'exigerait, étant fortement restreintes⁶.

- 5.5 Le droit d'accès au juge n'empêche pas encore un droit de revendiquer telle ou telle mesure ; cette question, qui relève du fond, est à l'évidence complexe. Elle pose la question du pouvoir de cognition du juge, dans le contrôle de la légalité d'actes complexes, eu égard à la marge d'appréciation de l'administration ; jusqu'où le juge est-il en mesure de se prononcer sur la suffisance ou l'insuffisance de l'action administrative, lorsque la finalité du débat repose sur les moyens proportionnés à mettre en œuvre ou sur le résultat à atteindre ? Plus généralement, il s'agira de se demander en quoi le contrôle du respect de normes légales environnementales (seuils en matière de pollution de l'air ou de qualité de l'eau, par exemple), ou d'objectifs à atteindre en matière climatique prend un contour plus strict lorsque sont en jeu des droits fondamentaux, tel celui à la vie ou à la vie privée (art. 2 et 8 CEDH). A défaut de pouvoir se prononcer, le juge peut-il se limiter à inviter l'administration à « prendre toute mesure utile », comme on le voit désormais dans de nombreuses procédures spécialement devant le Conseil d'Etat, en France⁷ ? Ces questions ne pourront pas être abordées dans la présente contribution ; nous y reviendrons dans une autre publication.

II. La garantie d'accès au juge

1. Le droit d'accès au juge découlant du droit supranational et international

- 5.6 La garantie de pouvoir soumettre une contestation à un juge ou à une autorité indépendante découle des art. 6 et 13 CEDH, et spécifiquement de la Convention d'Aarhus⁸, dans la matière qui nous occupe. Ces questions ayant déjà été développées dans une

4 Affaire *Urgenda c. Pays-Bas*, cité en n. 2.

5 CE français, *Association Les amis de la terre France et crts. c. Etat français* du 17.10.2022, n° 428409, relative à l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures plus rapides et efficaces en matière de pollution de l'air.

6 ATF 137 I 305, pour les conditions restrictives auxquelles un tel contrôle est possible.

7 CE français, *Commune de Grande-Synthe c. Etat français* du 1.7.2021, n° 427301 : le Conseil d'Etat a ordonné au ministre de prendre « toutes mesures utiles » pour infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre ; CE français, *Association les amis de la terre et crts. c. Etat français* du 12.7.2017, n° 394254, où le Conseil d'Etat a donné une injonction semblable, en matière de qualité de l'air ; sur ces questions et la position du Conseil d'Etat français, voir GOIN ALEXIS/CADIN LOUISE, 2105, ss.

8 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2014 (RS 0.814.07).

autre contribution du présent ouvrage⁹, on se limitera à quelques remarques complémentaires.

a) *L'accès au juge découlant de l'art. 6 CEDH*

aa) *Le droit d'accès en matière environnementale*

L'art. 6 CEDH garantit un droit d'accès équitable et effectif au juge pour toute contestation présentant un lien suffisant avec un droit de « caractère civil ». Par une interprétation extensive, la CourEDH a admis que des litiges relevant du droit public puissent présenter un caractère civil, spécialement lorsque sont en jeu des droits patrimoniaux (droit de propriété, contrats), mais également lorsqu'il est question de la protection de la vie privée et familiale fondée sur l'art. 8 CEDH¹⁰. De plus, en matière environnementale, la Cour a admis que l'absence de respect des conditions liées au droit à l'information et à la participation aux processus décisionnels, pour toute personne physique ou morale « ayant intérêt », viole le droit d'accès au juge¹¹. Ce droit de recours intéresse l'ensemble du processus décisionnel, y compris les étapes intermédiaires, comme celles liées à l'étude d'impact¹².

Le droit à un recours effectif déduit des art. 6 et 13 CEDH peut ainsi être compris dans un sens relativement large, incluant l'ensemble des actes de l'administration de nature à exercer des incidences sur les droits civils du justiciable¹³. Cette dernière exigence a constitué un obstacle, jusqu'à ce jour, en matière nucléaire, au motif d'un lien trop distendu avec un risque concret¹⁴. On peut se demander si ce verrou n'est pas susceptible de tomber avec les mécanismes approchés dans l'affaire *Verein Klimaseniorinnen*, où la question du lien de causalité entre des actes ou omissions de l'Etat et des risques ou atteintes menaçant directement les requérantes est pratiquement occultée, parce ce

9 THURNHERR, dans le présent ouvrage.

10 GRABENWARTER/PABEL, 501

11 CourEDH, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox et autres c. France* du 12.6.2007, n° 75218/01, décision sur la recevabilité, § 4.

12 CourEDH, *Tatar c. Roumanie* du 27.1.2009, n° 67021/01, § 188 : la possibilité de contester le « résultat d'une étude d'impact », préalablement à la prise de décision, doit être donnée.

13 BAUMANN, N 303 ss, sp. 309.

14 CourEDH (GC), *Balmer-Schafroth et crts c. Suisse* du 26.8.1997, n° 22110/93, § 40 : l'affaire portait sur une opposition à la prolongation de l'exploitation de la centrale de Mühleberg. Voir aussi, CourEDH, *Balmer-Schafroth et crts c. Suisse* du 13.9.2001, n° 50495/99, décision sur la recevabilité et CourEDH, *Athanassoglou et crts c. Suisse* du 6.4.2000, n° 27644/95, § 51 ss, qui portait sur la prolongation de l'exploitation de la centrale de Beznau II : si le caractère réel et sérieux de la contestation a été admis, c'est bien plutôt la question du lien de causalité entre la situation de requérants habitants à proximité d'une centrale nucléaire (même dans la zone d'alarme 1) et une menace sérieuse, précise et imminente sur leur situation personnelle, qui faisait défaut, de telle sorte que la CourEDH assimilait les griefs à ceux portant sur le danger général lié à l'utilisation de l'énergie nucléaire.

qu'impossible à établir¹⁵ ; en matière climatique, la Cour a admis une menace sérieuse et grave nécessitant des mesures générales qui touchent toute la population¹⁶ et, de ce fait, elle a considéré que l'issue de la procédure était directement déterminante pour les droits touchés, même si aucune des requérantes ne remplissait la condition de victime et que l'objet de la procédure était nettement plus large qu'il ne l'est usuellement, en matière environnementale¹⁷. Un autre domaine qui mériterait éclaircissements de la part de la CourEDH est celui des pollutions provenant de sources multiples et diffuses¹⁸ ; en de tels cas, comme en matière climatique, la prise en considération globale des atteintes nécessite une approche qui s'affranchisse d'un lien de causalité avec des sources déterminées, pour ne considérer que l'objectif à atteindre.

bb) Le droit d'agir des organisations non gouvernementales environnementales

- 5.9 Une autre extension admise, sur le fondement de l'art. 6 § 1 CEDH, concerne la qualité du titulaire du droit d'accès à la justice, reconnue aux associations de défense des intérêts environnementaux, lorsqu'elles défendent les intérêts de leurs membres, mais également, dans une certaine mesure, lorsqu'elles défendent un intérêt général.
- 5.10 Une première révolution procédurale a eu lieu avec l'affaire *Gorraiz Lizarraga et crts. c/ Espagne*¹⁹. Au gré d'une interprétation dynamique, la CourEDH a admis que les associa-

15 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 483.

16 *Ibidem*, § 479.

17 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 613 s : la CourEDH se défend de similitudes avec l'exploitation de centrales nucléaires, en arguant que les causes qui lui ont été soumises pour de telles installations ne mettaient pas en évidence un risque concret et immédiat (§ 606) ; une telle réponse revient à ne pas reconnaître le risque inhérent au recours à l'énergie nucléaire, ou à lui reconnaître uniquement une portée politique, alors que la population dépend entièrement des mesures d'exploitation et de surveillance, et se trouve, de ce fait, exposée à un risque sérieux et potentiel, comme en matière climatique.

18 CourEDH, *Fadeïeva c. Russie* du 9.6.2005, n° 55723/00, § 69 : pour apprécier l'intensité minimale de l'atteinte, il y a lieu de tenir compte de la situation générale de l'environnement. Il ne peut y avoir de grief défendable sous l'angle de l'article 8 CEDH lorsque le préjudice allégué est négligeable rapporté aux risques écologiques inhérents à la vie dans n'importe quelle ville moderne ; on peut se demander si la Cour ne fait pas référence ici à un « *Sondernachteit* », que la garantie d'accès au juge exclut (cf. *infra* N 5.47) ; dans une affaire plus récente (Pavlov, citée ci-après en n. 85 et 148), la Cour a admis de ne considérer que le résultat à atteindre (les seuils d'immission), en se référant à un problème global, tant par les sources d'émissions provenant d'une zone industrielle que par l'éten- due des nuisances.

19 CourEDH, *Gorraiz Lizarraga et crts. c. Espagne* du 27.5.2004, n° 62543/00, § 38. A l'origine de cette affaire se trouve un projet de barrage impliquant l'inondation de trois réserves naturelles et de plusieurs petits villages, dont Itoiz, où résident les requérants. Une association a été créée, dont l'objet, selon ses statuts, est notamment de « coordonner les efforts de ses membres pour s'opposer à la construction du barrage d'Itoiz et de militer pour un autre choix de vie sur le site ... ». C'est par la voix de cette association que les personnes individuellement touchées par le projet se sont défendues devant les juridictions espagnoles, sans succès. La recevabilité des cinq requêtes individuelles devant la CourEDH se heurtait alors à une difficulté majeure, celle de l'épuisement des voies de recours

tions qui défendent leurs membres jouent un rôle important, particulièrement dans le domaine de la protection de l'environnement, où le citoyen est confronté à des actes administratifs spécialement complexes. Elles peuvent se voir attribuer la qualité de victime, au sens de l'art 34 CEDH, lorsqu'elles agissent au nom de leurs membres et que ceux-ci sont touchés dans leurs droits²⁰. Un autre pas a été fait, cette fois, dans la défense de l'intérêt général, avec la qualité pour agir reconnue au *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – collectif stop Melox et MOX c. /France*²¹. Le litige portait sur la violation des exigences du droit à un procès équitable et du droit de participation, dans une procédure posant la question de la nécessité d'une enquête publique préalable²².

On notera que ces obligations positives, de nature procédurale, découlent non seulement 5.11 de la Convention d'Aarhus, mais également des droits substantiels déduits des art. 8 et 2 CEDH²³; la participation du public au processus décisionnel implique pour les Etats d'aménager des voies de droit contre « toute décision, tout acte ou toute omission devant les tribunaux, si [les individus concernés] considèrent que leurs intérêts ou leurs observations n'ont pas été suffisamment pris en compte dans le processus décisionnel »²⁴. Avant l'affaire *Verein Klimasenioren*, c'est dans ces seules limites que la défense de l'intérêt général par une organisation non gouvernementale a été reconnue²⁵.

internes; le deuxième écueil consistait à faire admettre la qualité de victime de l'association, qui défendait tant l'intérêt général que celui de ses membres.

20 *Ibidem* § 45 : en l'occurrence, certains membres étaient touchés dans leurs droits patrimoniaux et leur mode de vie familiale, de telle sorte que l'on se trouvait en présence d'un litige à caractère civil selon l'art. 6 § 1 CEDH

21 CourEDH, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox et autres c. France*, cité en n. 11. L'association a été constituée dans le but de s'opposer à la fabrication, à l'utilisation, au retraitement et au transport du combustible Mox (la production de Mox vise au recyclage du plutonium selon un mélange de synthèse qui permet d'être utilisé dans certains réacteurs nucléaires à la place de l'uranium fissile) et de toute matière dangereuse entrant dans la fabrication du combustible. Elle s'est opposée à l'autorisation d'extension de l'usine Melox, destinée à permettre l'augmentation de la fabrication de combustibles nucléaires à base de Mox.

22 *Ibidem* § 4 : se fondant sur le constat que de telles organisations non gouvernementales jouent un rôle important dans une société démocratique et qu'elles font partie du « public », au sens de la Convention d'Aarhus, la CourEDH admet que la contestation portant sur le droit de participation est en lien suffisant avec un « droit » dont elle peut se prévaloir en tant que personne morale, dont la nature « civile » se déduit essentiellement du fait qu'il s'agit d'un droit dont toute « personne » ayant intérêt peut, à titre individuel, revendiquer le respect devant les juridictions internes dans le cadre d'une procédure telle que celle dont il est question en l'espèce. On notera que dans le jugement au fond de cette affaire (CourEDH, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox et autres c. France*, 12.6.2007, n° 75218/01, § 10 ss), la CourEDH a considéré que l'art. 6 § 1 CEDH n'avait pas été violé.

23 BRAIG, 320 s; BAUMANN, N 303 ss.

24 CourEDH, *Taskin et autres c. Turquie*, du 10 novembre 2004, n° 46117/99, § 119; *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, du 8 juillet 2003, n° 36022/97 § 128.

25 Parmi les affaires les plus récentes, on citera, l'affaire *Greenpeace France c/France*, 13.12 2011, n° 55243/10, décision sur la recevabilité, la Cour a rejeté la requête de l'ONG au motif qu'elle défend l'intérêt général, uniquement par sa contestation portant sur un décret relatif aux procédures appli-

cc) *La qualité pour agir de l'association des aînées pour le climat*
(*Verein Klimaseniorinnen*)

- 5.12 Le pas le plus important fait en la matière concerne la qualité pour agir d'une association, dont les statuts prévoyaient la défense non seulement de l'intérêt de ses membres mais également de celui de la population contre les menaces climatiques. La CourEDH a admis la qualité de victime au sens de l'art. 34 CEDH à l'association des aînées pour le climat (et non aux quatre personnes qui intervenaient à titre individuel) en raison d'une violation de l'art. 6 § 1 CEDH, dans la mesure où l'irrecevabilité de son recours et de celui des requérantes individuelles devant les tribunaux internes avait pour effet de priver le droit d'accès au juge de sa substance²⁶. Mais, le point le plus important réside dans le fait que ladite association s'est vu reconnaître la qualité pour agir (et non de victime), pour défendre les griefs tirés de l'art. 8 CEDH, cela indépendamment du fait qu'elle-même ne pourra jamais se prétendre victime d'une atteinte à sa vie privée et, qu'en l'occurrence, les membres de l'association ne subissaient pas une atteinte suffisante pour répondre aux exigences de l'art. 34 CEDH²⁷. Trois conditions ont été énoncées, relativement simples à respecter pour qu'une telle association puisse à l'avenir représenter ses membres dans de tels litiges²⁸. La Cour justifie cette solution (qui implique une dérogation importante à la notion de victime) par l'action collective nécessaire, en ce domaine, où les effets du changement climatique ne se limitent pas à quelques individus²⁹ et où les droits des générations actuelles et futures sont touchés à titre potentiel³⁰. Le but est également d'éviter l'action populaire, sans exclure que des atteintes à droits individuels puissent dans certains cas trouver un degré de gravité suffisant pour que la qualité de victime, au sens de l'art. 34 CEDH, puisse être reconnue³¹. Le statut hybride d'une telle association, qui pourra invoquer un risque général, mais pour autant que ses membres ou la population soient touchés par ce risque, même à titre potentiel³², pose toutefois diverses questions qu'il ne sera pas possible d'aborder ici,

cables au traitement des combustibles usés et aux déchets radioactifs provenant de l'étranger ; et l'affaire *A.S.P.A.S. et Lasgrezas c. France*, 22.9.2011, n° 29953/08, dans laquelle une association de protection des animaux sauvages ne s'est pas vue octroyer la qualité de victime.

26 CourEDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et al.*, cité en n. 3, § 637 s.

27 *Ibidem*, § 521-526, 622.

28 *Ibidem*, § 502 : il faut que l'association ait été légalement constituée dans le pays concerné ou dispose de la qualité pour agir dans ce pays ; elle doit démontrer qu'elle poursuit un but spécifique conforme aux objectifs statutaires, dans la défense des droits fondamentaux de ses adhérents ou d'autres individus touchés dans le pays concerné en se limitant ou non à l'action collective pour la protection de ces droits contre les menaces liées au changement climatique ; elle doit être représentative et habilitée à agir pour le compte d'adhérents ou d'autres individus touchés dans le pays dans la défense des droits fondamentaux contre les menaces liées au changement climatique.

29 *Ibidem*, § 622.

30 *Ibidem*, § 471-472.

31 *Ibidem*, § 527-535.

32 *Ibidem*, § 500.

telles que le degré de menace nécessaire, l'objet du litige et le pouvoir de cognition du juge, face à une demande de mesures générales.

Il est évident que cet arrêt exercera un impact important. Non seulement en matière climatique, mais également, vraisemblablement dans toutes les situations environnementales où l'écueil de l'action populaire ne permet pas un accès au juge, alors que des droits humains sont menacés. 5.13

b) L'accès au juge découlant de l'art. 13 CEDH

L'art. 13 CEDH garantit à toute personne, dont les droits et libertés reconnus dans la CEDH ont été violés, un droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale. Toute personne habilitée en vertu de l'art. 34 CEDH à former un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) pour une violation des droits garantis par cette convention doit pouvoir faire examiner au préalable ses prétentions par une autorité judiciaire interne ou, à tout le moins, par une autorité indépendante³³. 5.14

La violation de cette disposition a été reconnue dans plusieurs affaires récentes, soit parce que les requérants se trouvaient dans l'impossibilité de faire valoir directement devant une instance étatique une demande de prendre des mesures environnementales (par exemple d'assainissement d'une situation polluée³⁴ ou d'évacuation de déchets urbains³⁵), soit parce que les conditions pour accéder à une instance compétente dépendaient de preuves complexes, comme une enquête officielle et indépendante établissant un manquement de l'Etat dans un préjudice lié à une catastrophe naturelle, impossibles à établir par des particuliers³⁶. 5.15

c) L'accès au juge découlant de l'art. 9 al. 3 de la Convention d'Aarhus

L'art. 9 § 3 de la Convention d'Aarhus prévoit que les Etats parties doivent veiller à ce que « les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne » puissent engager des procédures administratives ou judiciaires afin de pouvoir contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement. Cette disposition, qui n'est pas directement applicable, accorde une grande marge de manœuvre aux Etats, sans être illimitée³⁷ et s'interprète notamment au regard de l'art. 9 § 4 de dite convention, qui exige que les procédures visées aux § 1, 2 et 3 de l'art. 9 offrent des recours suffisants et effectifs. 5.16

33 ATF 149 I 316, c. 6.2; ATF 147 I 280, c. 7.2; ATF 138 I 6, c. 1.3.2.

34 CourEDH, *Cordella et crts. c. Italie* du 24.1.2019, n° 54414/13 et 54264/15.

35 CourEDH, *Di Sarno et crts c. Italie* du 10.1.2012, n° 30765/08.

36 CourEDH, *Budayeva et al.c. Russie* du 20.3.2008, n° 15339/02 § 164.

37 ERRASS, 580; THURNHERR, dans le présent ouvrage § 3.35, relève que si les Etats disposent d'une certaine latitude s'agissant de la qualité pour agir, ils ne sont pour autant pas autorisés à exclure totalement le droit de recours des organisations environnementales.

- 5.17 La mise en œuvre du droit de l'environnement exige une protection juridique par une voie de recours et ne saurait se satisfaire d'une possibilité de plainte ou de dénonciation à l'autorité³⁸. Cette protection juridique étendue découle du préambule – « souhaitant que le public, y compris les organisations, aient accès à des mécanismes judiciaires efficaces afin que leurs intérêts légitimes soient protégés et la loi respectée » –, et de l'art. 1 de la Convention d'Aarhus, qui vise notamment à garantir un accès au juge, afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être.
- 5.18 Cette garantie exerce des effets tant sur les parties pouvant intervenir devant le juge que sur l'objet du litige. Ainsi, les possibilités de contester un acte matériel découlant de l'art. 25a PA, notamment lorsque la contestation porte sur le droit à la préparation d'actes législatifs, doivent être interprétée conformément aux principes posés par la Convention d'Aarhus³⁹. Il en va de même de la notion de « membre du public », de l'art. 9 § 3 de la convention – qui doit intégrer toutes les personnes ayant un intérêt de fait ou de droit – et ne peut être laissée à l'entière discrétion des Etats ; une organisation de défense de l'environnement dûment constituée et fonctionnant conformément aux exigences prévues par le droit national doit pouvoir contester une mesure ayant une incidence sur l'environnement⁴⁰.

2. Le droit d'accès au juge en droit suisse

a) *Un droit d'accès au juge effectif*

- 5.19 La garantie d'un accès à une autorité judiciaire figure désormais au chapitre des droits fondamentaux, à l'art. 29a Cst. En droit public, elle revêt une importance particulière, puisqu'elle permet de soumettre à un contrôle judiciaire les litiges relatifs à des actes de l'administration, pour autant que les droits ou obligations de l'administré soient touchés dans une certaine intensité⁴¹. Même si cette perspective ne peut résoudre qu'une partie des problèmes complexes qui se présentent en matière environnementale ou climatique⁴², cette garantie procédurale est essentielle pour assurer l'effectivité du respect des autres droits fondamentaux⁴³.

38 KRADOLFER, N 39; ERRASS, 580, qui se réfère au message du Conseil fédéral, mettant au même niveau la possibilité de recourir et celle de dénoncer des faits à l'autorité de surveillance (art. 71 PA) ou de déposer plainte auprès de l'autorité de surveillance, dans les cantons (FF 2012 4051).

39 ERRASS, 580 s.

40 COUR EDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 491 ss et 502.

41 ATF 130 I 312, c. 4.2 ; KRADOLFER N 7 ; SGK BV-KLEY, art. 29a N 4 ; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 3.

42 CHAIX, Enjeux climatiques, 66.

43 BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 8 et 9.

L'art. 29a Cst. concrétise l'art. 6 § 1 CEDH⁴⁴, en allant au-delà de cette disposition, en tant qu'il garantit l'accès au juge pour toutes les contestations juridiques⁴⁵. Lorsque son champ d'application matériel se recoupe avec l'art. 6 § 1 CEDH, l'art. 29a Cst. exerce les effets d'une garantie subsidiaire⁴⁶. Cette protection doit garantir non seulement le droit d'accès à un Tribunal, mais également « une solution » juridictionnelle à un litige⁴⁷, pour assurer le droit à un contrôle « concret et effectif ». Ces exigences vont dans le même sens que celles du droit à un contrôle effectif découlant de l'art. 13 CEDH⁴⁸, dans les domaines auxquels cette garantie internationale s'applique⁴⁹. 5.20

b) *La notion de « cause »*

L'art. 29a Cst. garantit un accès au juge pour défendre une « cause » (*Rechtsstreitigkeit*), ce par quoi on entend un litige portant sur des droits et des obligations de rang constitutionnel, légal ou infra-légal⁵⁰, notion qui est très large, dans la mesure où ces atteintes peuvent être directes ou indirectes⁵¹. Il faut qu'elles atteignent une certaine intensité⁵². Il est de plus admis que la notion de « cause » doit être interprétée de manière autonome, selon les mêmes critères que ceux tirés de l'art. 6 § 1 CEDH, en ce sens qu'il convient que l'on se trouve en présence d'un litige concret et sérieux, portant sur des questions de droit ou de fait en rapport avec l'existence, l'étendue ou les modalités d'exercice d'un droit reconnu par l'ordre juridique⁵³. La personne (physique ou morale) requérante doit rendre plausible une atteinte à un droit ou une obligation et démontrer qu'elle a un intérêt digne de protection, en ce sens que la décision du juge exercera des effets directs sur sa sphère de protection juridique individuelle (*schützenswerte Rechtsposition*)⁵⁴. La portée autonome de la notion de « cause » invite à examiner l'exigence de l'intérêt digne de protection à la lumière de l'art. 6 § 1 CEDH, lorsque cette disposition 5.21

44 ATF 134 V 401 c. 5.3, concernant le droit de contester devant un juge la créance en réparation d'un dommage résultant de non-paiement de cotisations sociales.

45 ATF 136 I 323, c. 4.3.

46 KRADOLFER, N 4.

47 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 629.

48 ATF 130 I 369, c. 6.1.

49 Tout en étant plus large que cette disposition, qui n'exige pas une voie d'action auprès d'une instance judiciaire.

50 TF, 9.10.2013, 1C_663/2012, c. 6.2; TF, 9.11.2005, 5P.319/2005, c. 4.1 et les références citées; ATF 137 II 409, c. 4.2; 136 I 323, c. 4.3; SGK BV-KLEY, art. 29a N 8; CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 19; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 10, indique que par « litige », il faut entendre toute contestation portant sur des questions de droit ou de fait relatives à l'existence, l'étendue ou les modalités d'un droit.

51 ATF 143 I 336, c. 4.4.

52 BO CE 1998 253, 257 (Intervention Wicki).

53 KRADOLFER, N 16; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 10.

54 ATF 145 I 121, c. 1.1.2; ATF 144 II 233, c. 4.4; ATF 143 I 336, c. 4.1 et 4.2; ATF 140 II 315, c. 4.4, RDAF 2015 I 300; ATF 139 I 185, c. 12.4; KRADOLFER N 21; CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 12 ss; SGK BV-KLEY, 29a N 9; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 10; WALDMANN/WIEDERKEHR, N 188.

est applicable⁵⁵. Cette question a fait l'objet d'un développement particulier en matière climatique, puisque la CourEDH a admis que le point de savoir si l'issue du litige est « directement déterminante » pour la personne requérante peut être plus large que dans d'autres affaires⁵⁶.

- 5.22 Le caractère individuel du litige repose ainsi sur son lien avec la sphère juridique de la personne concernée⁵⁷, ce qui n'exclut nullement qu'un acte général et abstrait puisse remplir cette condition. Ce sont les critères de l'intensité minimale de l'atteinte et le besoin de protection juridique qui sont seuls décisifs⁵⁸.
- 5.23 L'une des questions qui se pose encore est celle de savoir jusqu'où cette disposition permet de garantir la défense des droits des générations futures. En principe, ces droits sont rattachés aux obligations positives en matière de durabilité, découlant de l'art. 73 Cst.⁵⁹ Pour sa part, la CourEDH a considéré qu'un droit d'accès au juge devait être garanti d'une manière collective, par l'intermédiaire d'un groupement constitué, seul à même de défendre les droits actuels de la population touchée, y compris ceux des générations futures⁶⁰. Il nous paraît qu'une telle solution serait compatible avec les conditions posées ci-dessus ; encore faut-il qu'elle soit admise par le législateur ou le droit prétorien⁶¹.

c) Les actes attaquables

- 5.24 La contestation que l'on peut porter devant le juge est indépendante de la nature de l'acte étatique en question⁶². Il en résulte que « la décision » ne se situe plus à l'épicentre des actes marquant le début d'une procédure contentieuse. L'accès au juge peut aussi être donné en lien avec des actes matériels, voire des actes normatifs. Les lignes qui suivent présentent un état des lieux de ces questions, avec quelques suggestions.

55 KRADOLFER, N 25.

56 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 605 ss.

57 KRADOLFER, N 21 s.

58 ATF 146 I 145, c. 4.4 et 5.5 (dans cette affaire, relative aux incidences du dérèglement climatique, le Tribunal fédéral a, de notre point de vue, considéré de manière erronée que les atteintes subies par les recourantes – des femmes âgées de plus de 75 ans -, ne pourraient jamais relever d'un litige individuel au sens de l'art. 25a PA, tant qu'elles se confondent avec celles que subit la population tout entière); ATF 144 II 233, c. 7.3.2; ATF 143 I 336, c. 4.3.2.

59 SGK BV- ERRASS, art. 73 N 63; FAVRE, Constitution, N 14.

60 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 521 et 549.

61 Cf. *infra* N 5.68-5.70.

62 BACHMANN, 226 s.

aa) Les actes décisionnels et matériels

D'une manière générale, tant la doctrine que la jurisprudence considèrent que la garantie conférée par l'art. 29a Cst. couvre des situations juridiques individuelles et dignes de protection, pouvant être liées à des actes (ou omissions) à caractère décisionnels⁶³ ou non (actes matériels)⁶⁴, cela même lorsque les règles de la procédure cantonale ne prévoient pas un accès direct au juge contre des actes non décisionnels⁶⁵. Au niveau cantonal, il n'est, en effet, pas exclu que l'on puisse porter devant le juge des actes matériels, sans solliciter préalablement une décision⁶⁶; alors que dans le régime de la procédure fédérale découlant de l'art. 25a PA, la contestation d'un acte matériel illicite doit passer par la requête d'une décision, ce qui n'est pas sans poser problème en cas d'actes matériels généraux et abstraits qui paraissent difficilement « réductibles » à une décision⁶⁷. 5.25

La protection visée par l'art. 29a Cst. peut en particulier aussi bien concerner des décisions individuelles et concrètes que des décisions générales et concrètes – comme des mesures de circulation routière –⁶⁸; elle vise tant les actes matériels individuels et concrets, que ceux à portée générale et abstraite – comme des informations générales à la population⁶⁹ –, qui permettent de créer une relation entre l'administration et les personnes touchées du seul fait des effets qu'ils ont pour but d'exercer; le Tribunal fédéral n'a par ailleurs pas exclu que puissent aussi être visés les actes préparatoires d'une loi, en tant qu'actes matériels⁷⁰. 5.26

Enfin, cette protection vaut également pour toutes les situations d'omission d'agir par la voie d'une décision ou d'un acte matériel, auxquels cas, c'est en principe par la voie d'une requête de décision que l'accès au juge est possible⁷¹. 5.27

63 BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 16: c'est essentiellement par la voie d'une décision ou d'une requête de décision que l'administré peut solliciter l'ouverture d'une phase contentieuse, selon les règles des codes de procédure, sans que cela n'exclue une voie d'action directe auprès du juge. Celle-ci peut être fondée sur les art. 29 et 29a Cst. (FAVRE, Droit à une décision, 9 ss).

64 GRIFFEL, Rechtsschutz, N 20.

65 TF, 24.2.17, 2C_684/2015, c. 6; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 15; CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 8 et 9; voir également, au niveau fédéral, ATF 149 I 2, c. 3.3.3.

66 CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 49.

67 CR PA-CANDRIAN/PFEFFERLÉ, Introduction générale; voir cependant ATF 149 I 2, c. 3.3.3.

68 TF, 28.8.2023, 1C_109/2022, c. 4.2 et 4.8.

69 ATF 144 II 233, c. 4.3 s.

70 ATF 146 I 145, c. 4.2 et 4.3: l'examen portait sur le champ d'application de l'art. 25a PA, qui constitue une disposition de concrétisation de l'art. 29a Cst.

71 FAVRE, Droit à une décision, 9 ss; voir cependant ATF 149 I 2, c. 3.3.3.

bb) Les actes normatifs

- 5.28 La question de savoir jusqu'où l'art. 29a Cst. permet de soumettre directement au juge tout acte général et abstrait, en particulier des actes normatifs, reste indéfinie⁷². D'une part, en droit fédéral, les lois et ordonnances ne peuvent faire l'objet d'un contrôle abstrait direct⁷³, en raison de l'immunité dont elles bénéficient en vertu des art. 189 al. 4 et 190 Cst. D'autre part, selon la jurisprudence et la doctrine, la possibilité d'un contrôle incident, à l'occasion d'un cas concret, suffit⁷⁴. Cette conception est cependant encore centrée sur la réduction de l'acte attaqué à une décision⁷⁵. Or, en de nombreux domaines du droit de l'environnement ou du climat, les actes de concrétisation sont rares ou inexistantes, soit que le régime renvoie à des mesures très générales, soit que l'on se trouve en présence d'une omission d'agir du législateur.
- 5.29 Dans l'affaire *Verein Klimaseniorinnen*⁷⁶, l'analyse des manquements de l'Etat concerne avant tout des actes législatifs de rang fédéral⁷⁷, considérés comme gravement insuffisants et impropres « à assurer la protection effective des personnes susceptibles d'être exposées aux risques inhérents à l'activité dommageable »⁷⁸; mais surtout, la CourEDH a insisté sur le rôle du juge pour contrebalancer les conflits sociétaux et intergénérationnels qui peuvent intervenir dans les processus décisionnels démocratiques en matière climatique⁷⁹, ce que la doctrine avait déjà mis en évidence⁸⁰, en relevant l'importance de l'interprétation évolutive permettant de faire progresser le droit dans la lutte contre les changements climatiques.
- 5.30 On peut encore citer comme exemple, celui de l'omission du législateur de fixer ou d'adapter des valeurs seuils en matière de nuisances ou de risques, alors que les expertises scientifiques l'imposeraient; tel est le cas en matière de pollution de l'air⁸¹. Selon

72 BACHMANN, 227 s; BIAGGINI, art. 29a N 4.

73 Les ordonnances fédérales peuvent toutefois faire l'objet d'un contrôle concret, à l'occasion d'une décision d'application.

74 TF, 25.6.2021, 2C_80/2021, c. 1.2; SGK BV-KLEY, art. 29a N 12; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 16; GRIFFEL, Rechtsschutz, N 20, paraît exclure qu'une norme puisse constituer le fondement d'une contestation individuelle. Cependant, notre exemple relatif à l'omission d'adapter des seuils d'immissions montre le contraire.

75 Le projet du Conseil fédéral soumis au Parlement et accepté par le peuple et les cantons abandonnait la formulation du DFJP dans son avant-projet de 1985, qui prévoyait un droit à une protection judiciaire à l'égard des « décisions de l'administration » (cf. Rapport sur la révision totale de la Constitution fédérale [Motions Obrecht et Dürrenmatt] du 6 novembre 1985, FF 1985 III 1, 179). Dans le message de la nouvelle Constitution fédérale, il est désormais question de droit de garantie générale d'accès au juge (FF 1996 I 528).

76 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3.

77 *Ibidem*, § 558 ss, pp. 573.

78 *Ibidem*, § 437.

79 *Ibidem*, § 441.

80 SAIGER, 219 ss; FOURNIER, 26 ss.

81 En matière de pollution de l'air, les valeurs limites d'immissions sont fixées selon l'état de la science et l'expérience, de manière notamment à ne pas menacer l'homme et les autres êtres vivants

la législation environnementale, ces valeurs limites doivent être fixées dans une ordonnance du Conseil fédéral. Des contestations à l'occasion d'une situation concrètes ne sont cependant guère envisageables en ce domaine⁸².

Les travaux préparatoires liés à l'art. 29a Cst. n'excluaient pas un contrôle abstrait des normes, dans les limites de l'art. 190 Cst., s'agissant des lois fédérales. Cependant, dans son message, le Conseil fédéral rappelait que le droit d'accès à un juge garanti par l'art. 6 CEDH n'exige pas un contrôle direct de la compatibilité des lois avec la CEDH⁸³ ou avec d'autres normes juridiques équivalentes. En réalité, si l'art. 6 § 1 CEDH n'impose pas un droit d'accès à un tribunal pour invalider ou remplacer une loi au sens formel, il trouve à s'appliquer dès qu'un tribunal est compétent pour procéder, dans l'examen de fond, à un examen de la compatibilité du cadre législatif avec les obligations positives découlant de la protection des droits fondamentaux⁸⁴. Il en résulte que si un litige présente un caractère civil au sens où l'entend l'art. 6 § 1 CEDH⁸⁵, l'autorité judiciaire est tenue d'entrer en matière et d'examiner d'éventuelles carences découlant de la législation fédérale

(art. 14 let. a LPE). Or, les récentes directives pour la qualité de l'air de l'OMS de 2010 et 2021 invitent à baisser de manière conséquente les seuils de plusieurs polluants extérieurs et intérieurs pour préserver la santé des habitants, spécialement les personnes vulnérables comme les enfants ou les personnes âgées ; ces directives, qui reposent sur des bases scientifiques, ne laissent que peu de marge de manœuvre aux Etats.

- 82 De telles contestations sont courantes, spécialement dans le domaine de la téléphonie mobile où le Tribunal fédéral indique manquer de preuves scientifiques pour remettre en cause les valeurs seuils adoptées (TF, 14.2.2023, 1C_100/2021, c. 5). En matière de bruit des aéroports, le Tribunal fédéral s'est prononcé à plusieurs occasions, soit sur les seuils d'exposition fixés dans l'ordonnance, soit sur des critères intervenant dans l'évaluation de la gêne (ATF 137 II 58, c. 5.3 et 126 II 522, c. 41-46). Dans les deux domaines précités, on se trouve en présence d'installations exerçant des effets directs sur le voisinage, dans un spectre bien délimité, de telle sorte qu'un contrôle de l'ordonnance à l'occasion d'une décision concrète fait sens. Cela est nettement moins envisageable dans les situations de pollutions provenant de sources multiples (avec des polluants de nature différente) et sur une grande étendue, puisque la contestation relative à une seule installation ne permettrait guère de démontrer l'avantage à tirer de l'adaptation de seuils globaux et que, sur le plan opérationnel, le plan de mesures permettant de gérer l'ensemble des atteintes, ne constitue pas un acte attaquant. Il devrait donc être possible de contester directement et dans le cadre d'un contrôle abstrait, les seuils fixés en matière de pollutions, dans la perspective de permettre une prise en compte de seuils adaptés dans l'ensemble des procédures liées à des installations.
- 83 Message nouvelle Constitution fédérale, FF 1996 I 531 : « la garantie de l'accès au juge fixée ici n'exige pas une procédure abstraite de contrôle des normes par un tribunal, mais ne l'exclut pas non plus ». Sur l'étendue du champ de protection de l'art. 6 CEDH, CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 608 ss, 627 et les références citées.
- 84 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 538 ss, 609 et les références citées ; ERRASS, 582.
- 85 La CourEDH l'a admis même les contestations relatives la prolongation de l'exploitation de centrales nucléaires (CourEDH (GC), *Balmer-Schafroth et crts c. Suisse* (1997), cité en n. 14, § 38 et CourEDH *Athanassoglou et crts c. Suisse*, cité en n. 14, § 45 ss) ; elle l'a également admis pour des pollutions de grandes étendues, provenant d'un contexte industriel (CourEDH *Pavlov et crts c. Russie* du 11.10.2022, n° 31612/09, § 75 ss)

ou d'actes d'exécution de celle-ci, cela indépendamment des restrictions posées par les art. 189 al. 4 et 190 Cst⁸⁶.

- 5.32 En l'état du développement du contrôle de la conventionnalité, le Tribunal fédéral examine, à l'occasion d'une situation de concrétisation, si la norme litigieuse est conforme à la CEDH ou un autre traité international, auquel cas, elle fera alors en principe prévaloir le droit international sur le droit interne, spécialement dans le domaine des droits de l'homme⁸⁷. Lorsque celui-ci est directement applicable, il s'imposera en lieu et place de la législation interne⁸⁸; lorsqu'il n'est pas directement applicable, l'examen du juge pourra consister à constater la non-conformité de la loi fédérale au droit supérieur⁸⁹, que ce soit par son contenu inadapté ou une omission du législateur.
- 5.33 L'accès au juge pose néanmoins question, lorsqu'il n'est pas possible de trouver un acte de concrétisation, raison pour laquelle le Tribunal fédéral n'a pas exclu que l'on puisse s'en prendre aux actes (ou omissions) d'actes préparatoires d'une loi⁹⁰. C'est une solution. S'agissant cependant des ordonnances du Conseil fédéral, il nous paraît qu'un contrôle abstrait devrait être possible⁹¹, lorsqu'un contrôle concret n'est pas envisageable et que des droits humains sont touchés dans une certaine intensité, par l'application de seuils existants, non conformes aux objectifs de la loi et aux nouvelles données scientifiques. On ne se trouve plus dans une situation où la marge de manœuvre de l'autorité politique doit l'emporter, dans un tel cas.
- 5.34 Quant aux actes normatifs cantonaux, on sait que l'accès au juge est très large, indépendamment du fait que les cantons aient prévu la possibilité d'un contrôle abstrait, puisqu'un recours de droit public est ouvert directement contre de tels actes devant le Tribunal fédéral, selon les art. 82 let. b et 87 LTF. Ce recours permet un accès au juge à des conditions relativement étendues dans les domaines environnementaux ou liés au droit du territoire, qualifié de « proche de l'action populaire »⁹²; pour le particulier, l'intérêt digne de protection peut se limiter à un intérêt virtuel⁹³. Des questions subsistent toutefois quant au droit de recourir contre l'annulation d'un acte normatif, ou celui de solliciter la modification, voire l'élaboration d'une norme. Pour l'heure, le Tribunal fédéral n'a admis qu'à des conditions restrictives, la possibilité de solliciter une modification ou un complément de la loi, lorsque le recourant peut faire valoir une obligation d'agir

86 KRADOLFER, N 4.

87 ROUILLER, N 793 ss; KRADOLFER, N 4 et 50; HOTTELIER, N 58 ss.

88 TF, arrêt du 11.3.2022, 2C_610/2021, c. 5.2; ERRASS, 582.

89 ERRASS, 582: il s'agira alors de généraliser les obligations positives constatées dans un cas particulier, en tant qu'elles doivent être intégrées dans une loi.

90 Cf. *supra* N 5.26.

91 Cf. *supra* n. 82. Plusieurs exceptions ont d'ailleurs été admises soit par le législateur, soit par la jurisprudence, s'agissant de l'interdiction de contrôle abstrait des ordonnances du Conseil fédéral (CR Cst.-CHAIX, art. 189 N 36).

92 POLTIER, Qualité pour recourir, 133.

93 ATF 141 I 78, c. 3.1; ATF 136 I 17. c. 2.1.

suffisamment précise du législateur cantonal découlant du droit supérieur ou du droit international⁹⁴. S'agissant de l'annulation d'un acte normatif par une cour cantonale, des possibilités de recours existent aussi, à certaines conditions⁹⁵.

d) *Le droit substantiel découlant de l'art. 29a Cst. et les exceptions à la garantie*

aa) *Portée autonome de la garantie constitutionnelle et correctifs par le juge*

L'art. 29a Cst. ne garantit pas un accès au juge pour tout litige⁹⁶. D'une part le législateur 5.35 peut prévoir des dérogations (art. 29a deuxième phrase Cst.)⁹⁷; d'autre part, il dispose d'une marge de manœuvre dans l'aménagement de cette garantie, qui doit néanmoins respecter le principe d'un accès à la justice de manière à assurer que chacun puisse défendre ses droits. L'art. 29a Cst. est ainsi corrélé à des aménagements institutionnels et reste tributaire de la législation pour devenir effectif⁹⁸. Il impose au législateur d'œuvrer à une protection juridique facilement accessible, effective et égalitaire pour toute personne, lorsque des droits ou obligations sont touchés dans une certaine intensité⁹⁹.

Cependant, dans la mesure où la notion de « cause » doit s'interpréter de manière auto- 5.36 nome, au moins dans les mêmes limites que celles découlant de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁰⁰, les restrictions découlant des conditions d'accès au juge (importance des frais¹⁰¹, acte attaquant, qualité pour agir) doivent être examinées directement sur la base de la garantie découlant de l'art. 29a Cst.¹⁰²; leur compatibilité avec cette garantie constitutionnelle est

94 ATF 147 I 308, c. 5.3 à 7 (relatif à la marge de manœuvre du législateur quant à l'intégration dans la loi cantonale des principes de la Convention de Grenade en matière de protection du patrimoine); ATF 137 I 305, c. 2, relatif aux obligations de créer une base légale permettant une solution de remplacement au non-renouvellement de la Commission égalité.

95 ATF 149 I 81, c. 3.

96 ATF 141 I 241, c. 4.1: pas de droit à une assistance judiciaire gratuite pour une procédure de preuve à futur; ATF 128 I 237, c. 3; ATF 139 II 185, c. 12.4: pas de droit à faire examiner par le juge tout acte de l'administration, indépendamment d'un différend, au sens de l'art. 29a Cst.; SGK BV-KLEY, art. 29a N 8; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 11.

97 Sur ce point, de manière détaillée, BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 20 ss.

98 KRADOLFER, N 2; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 4.

99 KRADOLFER, N 12.

100 Cf. *supra* N 5.21 s.

101 ATF 141 I 105, c. 3.6: des frais de justice prohibitifs pourraient être contraires à la garantie d'accès au juge; CourEDH, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox et autres c. France* du 12.6.2007, n° 75218/01, décision au fond, § 15: la Cour constate que les frais mis à la charge de l'ONG et d'une autre association intervenante sur le plan interne ont été réduits de moitié par rapport au montant sollicité par la commissaire du gouvernement, de telle sorte qu'on ne saurait conclure qu'il s'agit d'un montant prohibitif pénalisant la partie la plus faible et devant la décourager d'user à l'avenir de la voie juridictionnelle pour poursuivre sa mission statutaire.

102 CR PA-CANDRIAN/PFEFFERLÉ, Introduction générale; KRADOLFER N 15, 37 et 53 ss; BACHMANN, 239; CR Cst.- GRODECKI, art. 29a N 5 s; BSK BV-WALDMANN, art. 29a N 11, n. 29; *contra* notamment SGK BV-KLEY, art. 29a N 8 selon lequel l'art. 29a Cst. n'a pas de portée propre.

par ailleurs subordonnée au respect des conditions de l'art. 36 Cst., applicables au moins par analogie¹⁰³.

- 5.37 Il en résulte que les règles d'accès au juge découlant de l'art. 29a Cst. peuvent inviter le juge à une nouvelle lecture des conditions de la qualité pour agir¹⁰⁴. Si le droit infra-constitutionnel n'offre pas une possibilité de recours conforme à la défense des droits et obligations touchés, l'ayant droit doit se voir offrir une possibilité de recours directement sur la base de l'art. 29a Cst.¹⁰⁵, situation qui a d'ores et déjà été admise en matière de contentieux d'actes matériels, lorsque le droit cantonal ne prévoit pas de voie de recours¹⁰⁶. Cela sous réserve des vraies dérogations constitutionnelles ou légales au droit d'accès au juge.

bb) Dérogations

- 5.38 Selon l'art. l'art. 29a Cst. deuxième phrase, la Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. L'art. 189 al. 4 Cst. institue l'une de ces dérogation au droit d'accès.

III. L'intérêt personnel à agir en droit public

- 5.39 Dans la mesure où les questions en lien avec l'acte attaquant ont déjà été évoquées ci-dessus, il s'agira essentiellement de revenir sur la notion d'intérêt personnel à agir, dans les lignes qui suivent. Cette problématique est l'une des plus complexes, car elle se situe à l'interface entre l'examen de la qualité pour agir, qui doit reposer sur des critères simples – que le juge devrait pouvoir examiner *prima facie* – et ceux du fond, qui pourront inviter à se positionner sur le but de la loi et l'intensité d'une atteinte ou d'un risque, au regard des définitions légales.

1. Les différentes approches

a) Généralités

- 5.40 La question de l'intérêt individuel à agir devant le juge est commune à l'ensemble des ordres juridiques : toute personne ou entité voulant être entendue par le juge doit en principe démontrer un intérêt personnel¹⁰⁷. Le but est de permettre la protection des positions juridiques individuelles, de manière équitable, tout en assurant, dans une

103 ATF 143 I 344, c. 8.3 ; ATF 143 I 227, c. 5.1 ; TF, 7.2.2024, 2C_196/2023, c. 5.1 ; TF, 12.3.2019, 5A_1002/2017, c. 4.2.3 ; TF, 1.7.2019, 5A_2/2019 ; DUBEY, Droits fondamentaux II, N 4185 ss, avec des nuances ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 183 ; ainsi, elles devront reposer sur à une base légale suffisante, être justifiées par un intérêt public – telles que l'économie de procédure ou un besoin de sécurité juridique –, et être proportionnées.

104 Cf. *infra* N 5.39 ss.

105 KRADOLFER, N 39 et 43.

106 ATF 149 I 2, c. 3.3.3 ; CR Cst.- GRODECKI, art. 29a N 49.

107 HAUTEREAU-BOUTONNET/TRUILHÉ, 434.

certaine mesure un contrôle du droit objectif¹⁰⁸ ; cela dans les limites de l'action populaire. Par ailleurs, on ne peut pas faire trancher par le juge des questions purement théoriques. En droit public, cette question est intimement liée à celle de la légitimité du contrôle des actes de l'administration par l'administré, ce qui implique la détermination de critères de trois ordres : qui peut bénéficier d'un intérêt à agir, à propos de quels actes et à raison de quels motifs¹⁰⁹ ? En droit privé¹¹⁰, où l'objet du procès est concrétisé par une prétention découlant d'une règle ayant pour but de protéger des intérêts personnels, la question de l'intérêt à agir ne se pose pratiquement jamais¹¹¹.

Les critères de l'habilitation à agir en droit public oscillent entre deux théories, celle du « destinataire de l'acte » et celle de la « norme protectrice ».

b) *L'approche par la théorie du destinataire*

Selon la théorie du destinataire (*Adressatentheorie*), toute personne destinataire d'un acte administratif individuel entraînant une modification désavantageuse de sa situation antérieure (*belastender Verwaltungsakt*) peut agir en justice. Cette approche trouve ses origines dans la théorie de l'Etat libéral du XIX^e siècle, qui oppose libertés individuelles et puissance étatique, où il s'agit de garantir l'accès à un juge indépendant pour la préservation de ces droits¹¹². A la différence de la théorie de la norme protectrice, celle de la théorie du destinataire met en évidence la relation entre l'administré et les actes de l'Etat, dont il peut faire contrôler la légalité. Il faut que le recourant se trouve dans une certaine relation avec l'acte attaqué et qu'il ait un intérêt personnel à l'annulation ou à la modification de l'acte en question. Dans ces limites, l'ayant droit a la possibilité de faire contrôler le droit objectif.

Fondée sur les effets d'un acte, cette théorie permet d'appréhender des situations bien plus larges que celle du seul destinataire et doit être comprise comme accordant à toute personne touchée par un acte administratif (ou son omission), un droit à la suppression de l'atteinte (qui a pour conséquence une modification ou une suppression de l'acte), pour autant qu'elle puisse se prévaloir d'un intérêt digne de protection. Cette théorie permet ainsi de saisir tant des actes décisionnels et non décisionnels individuels et concrets que des actes matériels généraux¹¹³, des décisions collectives – telles de nouvelles limitations de vitesse¹¹⁴ – voire des actes généraux et abstraits, lorsque les règles de procédure le prévoient. Elle permet également d'absorber les intérêts des tiers tou-

108 KRADOLFER, N 11.

109 Sur les motifs du recours en matière de droit public, voir CHAIX, motifs, 187 ss.

110 Comm. LTF-BOVEY, art. 76 N 35.

111 Cela sous réserve des situations où un rapport de droit civil nécessite une décision administrative (en matière de poursuite pour dettes et de faillite, de registre foncier, etc.).

112 KELLER, 72 s.

113 ATF 144 II 233, c. 4.4.

114 KELLER, 72 ; HÄNER, N 562.

chés par un acte ; il s'agit cependant ici de distinguer les tiers touchés dans leurs intérêts – parce qu'ils subissent une atteinte d'une certaine intensité à un droit ou un intérêt de fait –, du grand public, pour éviter l'action populaire¹¹⁵. Les critères de la lésion subie par des tiers peuvent être plus stricts que ceux subis par le destinataire de l'acte¹¹⁶ et nécessitent une approche cohérente, permettant aux tiers touchés de faire valoir une atteinte qui se distingue de celle de la population « en général ». Or, c'est sur ce point que des difficultés se présentent, lorsque l'on se trouve en présence d'atteintes ou de risques de grande étendue.

c) *L'approche par la théorie de la norme protectrice*

- 5.44 La théorie allemande de la norme protectrice, qui tire ses origines des concepts de théories de l'Etat du XIXe siècle¹¹⁷, donne la qualité pour agir à celui qui est touché dans ses droits, pour autant que ceux-ci soient protégés par une norme, même indirectement. Cette approche s'oppose à un contrôle de l'ensemble de l'activité de l'Etat ; seules les normes qui accordent des droits subjectifs – directement ou en même temps qu'elles protègent un intérêt général¹¹⁸ – sont susceptibles d'être contestées devant le juge. La mise en œuvre du reste de la législation relève de l'administration, sans contrôle possible par l'administré.
- 5.45 Cette théorie a également pour effet de séparer l'intérêt public de l'intérêt privé¹¹⁹, situation qui peut conduire à des impasses selon la manière dont on interprète le but de la norme, spécialement lorsque l'on considère que l'Etat a des obligations, en matière environnementale, sans que les particuliers puissent en exiger la mise en œuvre¹²⁰. En réalité, aujourd'hui, on admet que l'identification de normes ne poursuivant que l'intérêt public est une tâche impossible, dès lors que les normes ont toujours pour but, de près ou de loin, de protéger des intérêts privés¹²¹. Même les normes qui fixent des prescriptions à l'autorité seule, ou très programmatiques, sans accorder de droits subjectifs, peuvent être destinées à garantir la protection des droits individuels¹²² : il en va notam-

115 MOLINARI, N 670.

116 CR PA–BELLANGER/ANTONIONI, art. 48.

117 KELLER, 75 ; HÄNER, N 625 ; JELINEK, 409.

118 ATF 137 I 77, c. 1.3.1.

119 KELLER, 75.

120 Ainsi, dans l'affaire CJUE, *Dieter Janecek c. Freistaat Bayern* du 25.7.2008, n° C-237/07, se posait la question de savoir si un habitant de Munich, qui habite près d'une grande artère dans le voisinage de laquelle les seuils d'immissions relatifs aux particules fines (PM10) sont dépassés, pouvait solliciter l'établissement d'un plan d'action ; en droit allemand, les valeurs seuils ne sont pas des normes accordant des droits subjectifs ; la CJUE a estimé pour sa part qu'au regard des objectifs visés par l'art. 9 § 3 de la Convention d'Aarhus, il convient d'approcher de manière large l'acte attaqué et les droits touchés, admettant ainsi qu'il existe bel et bien un droit à l'élaboration d'un plan d'action pour les personnes directement concernées par les dépassements.

121 MOLINARI, N 637 et les références citées.

122 MOLINARI, N 652.

ment ainsi des obligations de moyens et de résultat en matière de nuisances ou des objectifs en matière climatiques.

d) *Discussion*

Les règles du droit procédural suisse incluent des éléments de ces deux théories et se présentent ainsi comme un ordre mixte, visant à la fois la protection des droits subjectifs et la bonne application du droit objectif¹²³. Il en va de même en droit de l'Union européenne¹²⁴. Aucune de ces approches n'est satisfaisante à elle-seule pour absorber la spécificité des atteintes ou risques environnementaux étendus ou généralisés. Dans ces situations, le périmètre des personnes atteintes avec une certaine intensité dans leurs droits peut être très large, de telle sorte que ni les critères de *l'adressatentheorie*¹²⁵ ni ceux de la norme protectrice ne permettent de déterminer à satisfaction quelles sont les personnes les plus légitimées à agir, pour éviter l'action populaire. 5.46

Il n'existe pas de critère idéal¹²⁶, mais celui de l'intérêt digne de protection, en tant qu'il demande à la personne touchée de montrer qu'elle tirera avantage de la décision du juge, ne peut, par là-même, inclure également un critère sélectif, relevant de la théorie du « *Sondernachteil* », qui consiste à rechercher non pas les personnes qui subissent les atteintes d'une certaine intensité, mais celles qui sont touchées (dans leurs intérêts de faits ou de droit) d'une manière supérieure à d'autres¹²⁷. Une telle approche, qui relève du droit prétorien en droit suisse¹²⁸, n'a aucune pertinence dans des domaines où la limite des nuisances ou risques non tolérables est représentée par des normes ou d'autres valeurs objectivables. Il en résulte non seulement une grande incertitude juridique, mais également une discrimination incompatible avec la garantie d'accès au juge. 5.47

L'extension de la qualité pour agir à l'intérêt de fait, dans le cadre du recours ordinaire en matière de droit public, en droit suisse, n'est d'aucun secours en notre domaine ; en effet, ce critère nécessite la fixation de conditions, relativement sélectives, telle la proximité avec une source d'atteinte, pour conférer la qualité pour agir. Or, nous nous référons précisément à des situations de nuisances ou risques étendus pouvant provenir de 5.48

123 KRADOLFER, N 11.

124 CJUE, *Armando Cavalho et crts c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* du 25.3.2021, n° C-565/19 P. Dans cette affaire le requérant et 36 autres particuliers, ressortissants de divers pays membres de l'Union européenne, ainsi qu'une association de droit suédois représentant les jeunes autochtones Samis, sollicitaient l'annulation du paquet législatif climat-énergie de l'UE, au motif qu'ils étaient insuffisants. La Cour a jugé leur intervention irrecevable, au motif que ni les particuliers et ni l'association se trouvaient individuellement concernés « comme les destinataires d'un acte juridique » par les actes litigieux au sens du recours en annulation selon l'article 263 du TFUE. Elle a notamment rejeté l'argument selon lequel la qualité pour agir pouvait résulter (uniquement) d'une violation des droits fondamentaux ; HESELHAUS, 535.

125 Spécialement en cas d'omission d'agir ou de légiférer ; Cf. *supra*, N 5.25 ss.

126 HÄNER, N 536 ss.

127 HÄNER, N 552.

128 Cf. *infra* N 5.61 ss.

sources multiples et qui peuvent toucher avec la même intensité de très nombreuses personnes. C'est désormais bien plutôt le critère de l'intérêt à une protection juridique qui doit tenir lieu de curseur¹²⁹, notion qui devra s'apprécier au cas par cas, selon les domaines considérés.

- 5.49 Les obligations de protection à mettre en œuvre, par des mesures diverses, peuvent relever de compétences multiples ; elles doivent être examinées au regard de l'objectif à atteindre et des moyens à mettre en œuvre. Dans ce contexte, il ne s'agit plus de considérer la population touchée par des atteintes ou risques étendus comme de simples tiers par rapport à un acte administratif auquel ils ne sont pas parties, mais comme des ayants droit à des prestations (ou des obligations positives) de la part de l'Etat pour assurer leur protection. Dans une telle perspective, on s'écarte tant de la définition de l'intérêt digne de protection résultant de la théorie du destinataire que de la définition stricte de l'intérêt juridiquement protégé défendue par le Tribunal fédéral (dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire), selon laquelle, cet intérêt doit découler directement de la norme incriminée¹³⁰. D'ailleurs, s'agissant du contentieux des actes matériels, il est déjà admis qu'une atteinte directe à un droit fondamental n'est pas nécessaire et que celle-ci peut résulter d'effets indirects ou réflexes¹³¹.
- 5.50 Du point de vue du contrôle du droit objectif, la limite entre l'intérêt personnel à solliciter l'annulation d'actes non constitutionnels ou illégaux et l'intérêt général à la correcte mise en œuvre de la loi – qui relèverait de l'action populaire – est très ténue. Même s'il n'existe pas de droit au contrôle général du droit objectif, l'invocation des droits individuels et subjectifs exerce immanquablement un effet sur le contrôle du droit objectif¹³².

2. Intérêt général, intérêt personnel, action populaire

a) Intérêt personnel et intérêt général

- 5.51 Les lignes qui précèdent montrent que les différentes théories relatives à l'intérêt à agir reposent sur une certaine opposition entre intérêt personnel et intérêt général, ou à tout le moins une nécessité de délimitation. Si l'on comprend l'intérêt général comme étant celui de tous, ou d'un grand nombre, on constate que l'antagonisme entre des intérêts publics et des intérêts individuels cumulés devient problématique¹³³. Un intérêt individuel à ne pas subir des pollutions nuisibles ou incommodes ne peut pas changer de nature et devenir un intérêt général du seul fait qu'en une situation donnée, les pollutions atmosphériques touchent une grande partie de la population et non seulement un groupe de personnes. Il existe un intérêt personnel dès qu'une personne peut tirer un

129 Cf. l'exemple précité en n. 120.

130 MOLINARI, N 647 et les références citées.

131 ATF 146 I 145, c. 4.4 et les références citées.

132 EPINEY/SOLLBERGER, 19 ; VALLENDER/MORELL, 420 ss ; HEFTI, 20.

133 MOLINARI, 313 et les références citées.

avantage d'un acte ou de la modification de celui-ci¹³⁴, et un droit à une mesure de protection dès que les seuils d'atteinte ou de risques sont dépassés.

Dans les domaines qui nous occupent, il est souvent pratiquement impossible de séparer l'avantage d'un.e requérant.e de celui de celui d'autres personnes dans la même situation. La recevabilité de l'intervention d'une personne contre les nuisances ou risques d'une installation exerce des effets sur les droits de l'ensemble des tiers touchés¹³⁵. En matière climatique, l'intérêt personnel doit être compris dans un sens encore plus large, dès lors que la relation entre des actes ou omissions de l'administration et une amélioration de la situation des personnes touchées présentera inmanquablement un caractère général, à tout le moins dans le cadre des mesures d'atténuation¹³⁶; il peut en aller différemment des mesures d'adaptation, plus locales.

On relève que d'autres situations présentent la même difficulté. Ainsi en matière de protection des données, lors de mesures de surveillance de masse par le Service des renseignements de la Confédération, l'intérêt personnel au contrôle de l'usage fait de ses propres données se confond avec celui de tous les autres utilisateurs des télécommunications¹³⁷; il est techniquement impossible de séparer ces données¹³⁸. Dans une affaire récente, tout en constatant que tous les utilisateurs du réseaux radio et câblé sont concernés au même titre, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si tous auraient la qualité pour agir, en relevant que les personnes qui doivent protéger leur secret professionnel, comme les avocat.e.s et les journalistes, sont touchés au premier plan¹³⁹.

La notion d'intérêt général peut aussi recouvrir la protection d'intérêts qui ont trait à l'environnement, en tant que tel (la biodiversité, la protection des forêts, des sols, de l'air, de l'eau, du climat etc.). Pour ces situations, même s'il l'on n'ignore plus les liens entre ces éléments – en tant que bases naturelles de la vie – et la protection des droits humains¹⁴⁰, un discours fondé sur une telle relation ne paraît pas encore à même d'être

134 MOLINARI, 634 et les références citées.

135 Que le spectre des nuisances soit limité ou étendu.

136 Cf. *supra* N 5.8.

137 ATF 147 I 280, c. 6.2.1 « *Sind dagegen viele Personen betroffen, so ist massgebend, wie schwer die Einwirkungen auf den Einzelnen zu gewichten sind.* »

138 TF, arrêt du 1.12.2020, 1C_377/2019, c. 10.1 non publié in ATF 147 I 280 « *Grundsätzlich beschränkt sich das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführenden auf den Schutz ihrer eigenen Daten (...). Allerdings stellt sich die Frage, ob es technisch möglich ist, die Daten einzelner Personen von der Funk- und Kabelaufklärung auszunehmen. Dies erscheint zweifelhaft, aufgrund der grossen Menge an ausgeliterten und durchsuchten Daten und der Tatsache, dass diese erst in einer späten Phase bestimmten Personen zugeordnet werden. Es kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Einstellung der Funk- und Kabelaufklärung das einzige Mittel sein könnte, um einen wirksamen Grundrechtsschutz für die Beschwerdeführenden sicherzustellen* »; CR PA-CANDRIAN/PFEFFERLÉ, Introduction générale.

139 ATF 147 I 280, c. 6.2.2 et 6.2.3.

140 FAVRE, Constitution, 55 ss.

absorbé, de telle sorte qu'il est préférable d'habiliter à agir des figures propres à défendre de tels enjeux, comme des ONG¹⁴¹ ou des entités publiques¹⁴².

b) *L'intensité de l'atteinte*

- 5.55 La détermination des intérêts individuels des personnes touchées dans leurs droits doit se faire par le biais de l'interprétation de la norme en question (but de la norme, champ de la protection et obligations de protection corrélées, etc.). Lorsque de nombreuses personnes sont touchées avec une certaine intensité, la notion d'intérêt personnel doit être appréciée selon des critères plus larges, au regard des obligations découlant de la garantie d'un droit à un recours effectif¹⁴³.
- 5.56 Ainsi, les mesures de prévention prévues à l'art. 4 al. 3 la loi sur l'énergie nucléaire¹⁴⁴ visent la protection de toute la population ; toute personne spécialement exposée à un risque (même théorique) lié à l'exploitation d'une centrale nucléaire a un intérêt juridiquement protégé à la mise en œuvre des mesures de protection (*schützenswerte Rechtsposition*)¹⁴⁵. Si le risque se présente avec la même intensité pour une grande partie, voire l'ensemble de la population, chaque personne touchée devrait se voir reconnaître un intérêt digne de protection à agir, et non seulement les riverains situés dans le voisinage d'une centrale nucléaire, même si le périmètre adopté par la jurisprudence est assez large¹⁴⁶. A défaut, le fait d'accorder la qualité pour agir à certaines personnes plutôt qu'à d'autres, exposées de la même manière à un risque, revient à leur attribuer un monopole dans l'exercice de leur droit de recours, qui devrait reposer sur une base légale et un intérêt public, puisqu'il s'agit de priver une partie de la population touchée de son droit d'accès au juge.

141 Cf. les exemples cités en n. 158 ; voir également KNEUBÜHLER/HÄNNI, 496, concernant la nécessité d'un droit de recours des ONG en matière climatique.

142 PFEIFFER, 249 ss.

143 Dans l'ATF 147 I 280, c. 6.2.2 précité, il a été admis que le contrôle de l'acte matériel litigieux (soit l'exploration radio et du réseau câblé au sens des art. 38 ss de la loi sur le renseignement, LRens ; RS 121) fondait un droit à obtenir une décision attaquable, quand bien même cet acte ne touchait que potentiellement les recourants et, de la même manière que tous les utilisateurs des télécommunications quant à leurs données. Le Tribunal fédéral a fondé la réalisation de ces conditions sur les obligations de garantir le droit à un recours effectif en matière de surveillance des données personnelles, découlant de la CEDH ; CR PA-CANDRIAN/PFEFFERLÉ, Introduction générale.

144 LENu ; RS 732.1.

145 ATF 140 II 315, c. 4.6.

146 En l'espèce, les personnes situées dans le voisinage de la centrale nucléaire (dans un rayon de 5 km) ont pu faire valoir un intérêt digne de protection à solliciter une décision de l'autorité de surveillance sur un risque qu'elles évoquaient, puis interjeter un recours. La question de la qualité pour agir de personnes plus éloignées n'a pas été soulevée, mais à l'évidence, le risque de crues évoqué était de nature à générer un risque majeur généralisé, et ce n'est pas parce que le taux de probabilité du risque est infime que les critères de recevabilité doivent se restreindre au voisinage proche.

Il en va de même en d'autres domaines tels la protection des eaux, si l'on peut établir que des droits individuels sont concernés par une bonne application de la législation ; en de tels cas, on doit donner la qualité de partie et, partant, la qualité pour agir, aux personnes qui subissent des atteintes ou des risques d'atteintes d'une certaine intensité du fait des carences dans la mise en oeuvre¹⁴⁷ (par exemple du fait d'une qualité des eaux dégradée, affectant les sources d'eau potable ou les loisirs). En matière de pollutions de l'air, on peut tirer des enseignements importants de la jurisprudence de la CourEDH dans l'affaire Pavlov¹⁴⁸, où pour la première fois, la Cour admet une violation de l'art. 8 CEDH du seul fait que les normes en matière de pollution sont dépassées de manière importante et ont exposé les habitants à des risques, indépendamment de manifestations concrètes sur la santé des habitants¹⁴⁹. 5.57

c) *La question de l'action populaire*

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'action ou la plainte populaire constitue l'action « par laquelle n'importe quel citoyen peut agir, indépendamment de tout intérêt personnel immédiat, dans l'intérêt général et/ou en vue de se plaindre d'une situation non conforme au droit »¹⁵⁰. Tel a été le raisonnement suivi dans l'affaire des Aînées pour le climat, devant le Tribunal fédéral suisse, où il a été considéré que les atteintes aux droits des requérantes n'étaient pas suffisamment graves¹⁵¹, et que si elles l'étaient, se poserait alors le problème de l'action populaire, dans la mesure où toute la population serait touchée de la même manière¹⁵². 5.58

Or, on a vu dans les lignes qui précèdent qu'en certains domaines, surtout lorsqu'il est question d'atteintes potentielles (risques), mais également en matière d'atteintes étendues (pollutions, bruit), une partie importante de la population voire toute la population 5.59

147 HÄNER, N 634.

148 Dans l'affaire CourEDH *Pavlov et crts c. Russie*, cité en n.85, § 87 à 92, relative à des pollutions industrielles provenant d'une zone d'industries et affectant toute la région de Lipetsk (environ 500'000 habitants), la Cour relève que la proximité géographique ne constitue qu'un critère parmi d'autres pour évaluer l'intensité d'une atteinte (de fait, les requérants sont domiciliés à une distance se situant entre 2 et 15 kilomètres des sites industriels polluants) ; c'est le niveau élevé de pollution qui conduit la CourEDH à constater les mesures largement insuffisantes des autorités pour ramener le niveau des polluants aux normes fixées et à admettre une violation de leurs obligations de diligence dans la protection des droits déduits de l'art. 8 CEDH. On notera que les mesures destinées à protéger la population étaient complexes, dans ce cas, puisque le droit interne impose notamment la délimitation de zones tampon, qui nécessitent des procédures d'expropriation.

149 *Ibidem*, opinion dissidente du juge Lobov, § 12 et 14 ss.

150 ATF 142 II 451, c. 3.4.1 ; ATF 139 II 499, c. 2.2 ; ATF 137 II 40, c. 2.2 ; voir également à ce sujet AUBERT, N 1670, selon lequel l'action populaire a pour but d'éviter qu'un citoyen se plaigne d'atteintes généralisées à un droit, en se prévalant, par exemple, de toutes les inégalités de traitement, y compris celles qui ne le concernent pas ; tant qu'ils invoquent leur propre intérêt, ils ont le droit d'être entendus.

151 CR PA-CANDRIAN/PFEFFERLÉ, Introduction générale.

152 ATF 146 I 145, c. 5.5.

peut prétendre être touchée dans ses propres droits. En un tel cas, on ne se trouve plus en présence d'une action populaire, aspect que le Tribunal avait déjà relevé¹⁵³.

- 5.60 On rappelle que les solutions alternatives à un droit de recours (plainte, dénonciation) ne sont pas compatibles avec la garantie d'accès au juge¹⁵⁴. La question de la canalisation des recours émanant de nombreuses personnes, pour éviter une surcharge du juge¹⁵⁵, est à examiner séparément de celle de la réalisation des conditions d'accès au juge et doit, le cas échéant, être réglée par le législateur¹⁵⁶ ou par des solutions jurisprudentielles, telles celle amorcée par la CourEDH dans l'affaire *Verein Klimaseniorinnen*, lorsque les atteintes sont généralisées et d'une intensité qui n'est pas suffisante pour constituer une atteinte à un droit. Cela, en ajoutant que, comme le relève un auteur, en droit suisse, une forme d'action populaire est déjà admise en matière de recours contre des normes cantonales, sans que cela pose un problème insurmontable du point de vue de la surcharge des tribunaux¹⁵⁷.

3. Le droit suisse à l'aune de la garantie d'accès au juge

a) *L'intérêt digne de protection*

- 5.61 En droit suisse, le législateur n'a pas jugé nécessaire d'accorder un régime spécifique au contentieux environnemental des particuliers¹⁵⁸ ; il renvoie aux normes juridiques générales pour la protection judiciaire, sur le plan fédéral, à savoir celles de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral¹⁵⁹, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral¹⁶⁰ et de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative¹⁶¹.
- 5.62 Dans le recours ordinaire de droit public, la qualité pour agir est réservée à la personne qui est particulièrement (ou spécialement) atteinte par la décision ou l'acte attaqué et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celui-ci (art. 89 al. 1 let. b LTF et 48 al. 1 let. b PA). Il s'agit de démontrer que la personne est touchée dans un intérêt de fait ou de droit, et qu'elle se trouve dans un rapport étroit, spécial et

153 ATF 147 I 280, c. 6.2.1 ; ATF 144 II 233, c. 8.4 ; CR PA-CANDRIAN/PFEFFERLÉ, Introduction générale.

154 Cf. *supra* N 5.17.

155 Argument qui est généralement associé au refus de l'action populaire, par la doctrine et le droit prétorien.

156 ROUILLER, 306 ss.

157 POLTIER, Qualité pour recourir, 94.

158 LPE-GRODECKI, art. 54 N 3 ss ; en revanche divers droits de recours ont été constitués pour des ONG ou des entités publiques, permettant de défendre les intérêts de la protection de la nature (art. 12 ss LPN) ou de l'environnement, parfois, à des conditions très limitées (art. 55 ss LPE, limité aux installations, lors de leur construction ou modification générant de nouvelles atteintes et nécessitant étude d'impact, ce qui exclut une compétence de ces ONG en matière d'assainissement de situations dégradées).

159 LTF ; RS 173.110.

160 LTAF ; RS 173.22.

161 PA ; RS 172.021.

digne d'être pris en considération (*eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe*)¹⁶². Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans celui de tiers est exclu¹⁶³.

Ces critères ne posent guère de problème lorsque la personne recourante est destinataire de l'acte attaqué¹⁶⁴. En revanche, lorsque la personne touchée par des actes ou omissions dans la mise en œuvre de la législation ou l'élaboration d'actes normatifs ne peut faire valoir une relation particulière avec l'administration (tiers touché ou intéressé par un acte), elle ne pourra intervenir devant le juge que si, en sus des critères précités, elle démontre qu'elle est touchée dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés¹⁶⁵ (*Sondernachteil*), cela afin d'exclure l'action populaire. Cette restriction, créée par le droit prétorien¹⁶⁶, vaut tant lorsque l'intérêt à défendre est de pur fait¹⁶⁷, que lorsqu'il s'agit de défendre un intérêt de droit¹⁶⁸. Nous avons déjà vu que l'exigence d'un « *Sondernachteil* » n'est pas conforme aux conditions du droit d'accès au juge¹⁶⁹. L'intérêt spécial ou particulier des personnes touchées doit être corrélé uniquement à l'intensité de l'atteinte, selon des critères qui deviennent de plus en plus normatifs¹⁷⁰. 5.63

La jurisprudence montre cependant une évolution, en tant qu'elle ne repose plus exclusivement sur le critère de la proximité, mais bien plutôt sur celui de l'intensité de l'atteinte¹⁷¹. Cela étant, des pans entiers de la législation environnementale ne peuvent être soumis au contrôle du juge, en raison de l'impossibilité pour les personnes touchées de faire valoir une atteinte distincte de celle subie par le reste de la population et alors même que les valeurs limites applicables sont dépassées, le cas échéant sur une grande 5.64

162 ATF 143 II 506, c. 5.1; ATF 142 II 80, c. 1.4.1; ATF 141 I 14, c. 4.4; ATF 140 II 214, c. 2.1; ATF 137 II 40, c. 2.3; ATF 137 II 30, c. 2.2.2; ATAF 2009/31, c. 4; ATAF 2009/17, c. 3.1; ATAF 2009/1, c. 6; ATAF 2007/1, c. 3.4.

163 ATF 144 I 43, c. 2.1; ATF 142 II 451; ATF 137 II 30, c. 2.2.3; VwVG Praxiskommentar-MARANTELLI/HUBER, art. 48 N 11.

164 CR PA-BELLANGER/ANTONIONI, art. 48.

165 ATF 146 I 145; ATF 142 II 451, c. 3.4.1; CR PA-BELLANGER/ANTONIONI, art. 48.

166 Sur le développement de la jurisprudence, en droit suisse, relative à la notion d'intérêt digne de protection, qui implique d'être touché plus que quiconque, de manière personnelle et de se trouver dans une relation de proximité avec l'objet du litige (par un intérêt de fait ou de droit), voir HÄNER, N 525 s.

167 Par exemple lorsque l'on se trouve dans une relation de proximité géographique avec une installation à risque ou générant des atteintes; cette situation permet de défendre les avantages du *statu quo* par rapport à un projet qui ferait perdre ces acquis. Dans ce contexte, la personne recourante peut invoquer, sur le fond, tout argument (même relevant de l'intérêt général), concourant à préserver sa situation.

168 Dans un tel cas, cet intérêt peut être un droit fondamental ou un intérêt protégé par la loi, ces deux notions pouvant d'ailleurs être confondues lorsqu'il est question d'atteinte à la vie ou à la vie privée.

169 Cf. *supra* N 5.47.

170 Cf. *supra* N 5.22, 5.47 et 5.55.

171 ATF 146 I 45, c. 4.1-4.4, en matière climatique (intensité de l'atteinte niée); ATF 124 II 293, c. 3a (qualité pour agir reconnue à toutes les personnes qui se trouvent dans les courbes de bruit d'un aéroport national, selon le rapport d'impact, soit jusqu'à 11 km, en l'espèce) et ATAF 2016/20, c. 7.1.

étendue¹⁷². Dans ce contexte, nous avons déjà évoqué le caractère critiquable de la délimitation de périmètres abstraits autour d'installations à risques¹⁷³. On se souvient également qu'en droit suisse, les ONG n'ont aucun droit d'intervention, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures correctrices¹⁷⁴.

- 5.65 Il nous paraît clair que toute personne, qui peut démontrer être touchée ou menacée par des atteintes excessives, devrait avoir le droit de demander des mesures ou de contester les seuils applicables¹⁷⁵. On peut aussi imaginer, en ces situations, accorder la voix au chapitre à une association semblable à celle proposée par la CourEDH en matière climatique.

b) Les actes attaquables

- 5.66 Par ailleurs, la notion d'acte attaquant, réduite dans la plupart des scénarios à une décision¹⁷⁶ (éventuellement à des actes matériels directement attaquables¹⁷⁷), constitue également un frein à l'examen d'atteintes qui nécessitent des mesures complexes, avec des possibilités de concrétisation nulles ou limitées. Ainsi, la législation climatique fixe des objectifs et prescrit des paquets de mesures à destination des autorités d'exécution et parfois des entreprises, avec des possibilités réduites de contestation des actes de concrétisation par les tiers touchés¹⁷⁸. De même, dans les situations de pollutions généralisées (air, eau), la législation ne permet pas aux personnes touchées d'intervenir dans les processus d'assainissement, soit parce que l'instrument de mise en œuvre n'est contraignant que pour les autorités (plan de mesures en matière de protection de l'air au sens de l'art. 44a LPE), soit parce que la législation ne prévoit pas d'obligation réparatrice spécifique (pollution des eaux).

172 ATAF 2009/1, c. 6: pollutions diffuses sur l'ensemble du territoire, mais les requérants n'ont pas établi être touchés personnellement par les atteintes et se limitaient à solliciter des mesures générales. Il devrait en aller différemment dans le voisinage d'une installation déterminée comme une autoroute ou même dans le périmètre de dépassement des seuils d'immissions d'une agglomération, indépendamment du fait que l'on puisse mettre en relation les pollutions avec des sources déterminées (dans un tel cas, c'est l'intensité de l'atteinte, qui constituerait le seul critère décisif); cf. *supra* N 5.30, s'agissant de la fixation de nouveaux seuils plus restrictifs; les mêmes problèmes se posent pour les pollutions des eaux ou des sols (par l'usage de produits chimiques par exemple).

173 Cf. *supra* N 5.56.

174 Cf. *supra* les exemples évoqués en n. 158.

175 Cf. *supra* N 5.30 ss concernant la contestation de seuils d'atteintes.

176 POLTIER, Les actes, N 19 ss.

177 ATF 149 I 2, c. 3.3.3.

178 Voir la liste des situations permettant une intervention d'une ONG défendant l'intérêt public, figure qui n'existe pas, dans le contexte de la loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂, du 23 décembre 2011, mais qui est proposée par KNEUBÜHLER/HÄNNI, 496; le même problème se poserait au regard de la loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique, du 18 juin 2023, qui entrera en vigueur avec son ordonnance au 1^{er} janvier 2025.

Or, nous avons vu que les critères de la garantie d'accès au juge sont indépendants de la nature de l'acte attaqué et reposent sur deux éléments tenseurs, qui ont une portée autonome : celui d'une contestation portant sur des droits et obligations, approche centrée sur le besoin de protection juridique, qui se définit en fonction de l'intensité de l'atteinte à des droits (ou obligations) et les obligations positives qui leur sont corrélées (qui peuvent résulter d'une interprétation large des buts de la législation)¹⁷⁹ ; et celui de l'intérêt digne de protection à faire valoir une telle atteinte, les critères applicables devant être fixés de manière à permettre un recours effectif et égalitaire, chaque fois qu'il est question de défendre ses droits ou ses intérêts de fait¹⁸⁰. Il en découle immanquablement un élargissement des actes sujets à un contrôle judiciaire, lorsqu'une menace d'une certaine intensité pesant sur des droits fondamentaux pourra être reliée à la mise en œuvre de la législation environnementale ou climatique. 5.67

c) *La figure de l'association dans la défense d'intérêts collectifs*

La figure du recours corporatif telle qu'indiquée par la CourEDH dans l'affaire *Verein Klimaseniorinnen*¹⁸¹ inviterait à modifier les critères de recevabilité actuels d'une telle association, dans le domaine climatique, et plus largement, vraisemblablement dans le domaine environnemental¹⁸². On rappelle que ce droit de recours collectif permet de défendre des intérêts généraux, pour autant qu'ils soient en lien avec la défense des intérêts des membres ou de la population. 5.68

En droit suisse, selon une jurisprudence ancienne, confirmée récemment, de telles associations (dites à but corporatif ou égoïste) peuvent se voir reconnaître la qualité pour agir pour autant qu'elles aient pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de leurs membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel¹⁸³. Cela étant, il ne paraît pas excessivement difficile d'intégrer les conditions posées par la CourEDH, dans la mesure où le droit prétorien a admis par le passé qu'une telle association puisse défendre des intérêts collectifs, dans l'intérêt général des membres, indépendamment d'atteintes subies directement par ceux-ci¹⁸⁴. 5.69

179 Cf. *supra* N 5.21 s, 5.24 ss, 5. 49 ; de notre point de vue, cette observation a pour conséquence que les personnes touchées par une carence dans la mise en œuvre de la loi devraient pouvoir solliciter un contentieux, en évoquant l'atteinte illicite à leurs droits, soit auprès de l'autorité chargée de prendre des mesures, soit auprès de l'autorité de surveillance, et en exigeant que « toutes mesures propres à atteindre le résultat attendu » soient prises. Pour une contestation en lien avec un acte normatif, cf. *supra* N 5.28 ss.

180 Cf. *supra* N 5.19, 5.21 s, 5.35, 5.47.

181 Cf. *supra* N 5.12.

182 Cf. *supra* N 5.13.

183 ATF 150 II 123, c. 4 (en matière de marchés publics) ; ATF 145 V 128, c. 2.2.

184 ATF 58 I 200 traduit au JdT 1933 I 99 (litige entre une association professionnelle de philatélistes qui recourt contre le refus d'inscription au RC d'un *outsider*) ; voir aussi HÄNER, N 793, qui soulève la question de savoir si on ne devrait pas reconnaître la qualité pour agir à des associations corpo-

- 5.70 Une telle figure ne résoudra pas l'ensemble des questions qui se posent en termes d'accès au juge, ainsi que nous l'avons relevé¹⁸⁵, de telle sorte que, de notre point de vue, le recours de particuliers touchés dans une intensité suffisante peut encore faire sens ; la CourEDH, elle-même, ne l'a pas exclu en matière climatique¹⁸⁶. Il devrait en aller ainsi tout spécialement dans le domaine des mesures d'adaptation, qui sont généralement plus locales et qui exercent des effets directs sur la population concernée par de telles mesures.

ratistes pour agir et solliciter des mesures générales comme les mesures de circulation routière ou d'autres mesures environnementales ; elle y répond par la négative, en restant attachée à l'atteinte que devrait subir la corporation, personnellement, analyse qui est conforme à la jurisprudence existante, mais qui montre le besoin d'une telle figure.

185 Cf. *supra*, N 5.12.

186 CourEDH (GC), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et crts c. Suisse*, cité en n. 3, § 486 ss ; GRODECKI, 37, paraît considérer que la figure de l'association permettra d'absorber l'ensemble des litiges en matière climatique.

Troisième partie :
Les litiges climatiques, regards comparés

§ 6 Regards comparés sur les litiges climatiques stratégiques : évolutions et tendances

Marta Torre-Schaub*

Table des matières

I.	L'émergence des litiges stratégiques	150
1.	Des initiatives contentieuses pour lutter contre l'urgence climatique	150
2.	L'essor des contentieux stratégiques	152
II.	Vers une multiplication et diversification des contentieux stratégiques	156
1.	La montée en puissance des contentieux stratégiques à effets bénéfiques divers	156
2.	Une diversification de la typologie des contentieux stratégiques	157
III.	Nouvelles tendances, nouvelles typologies	161
1.	Une intensification des précédentes tendances	161
2.	Une diversification de la typologie actuelle	166

Bibliographie

ADLER DENA P., *US Climate Change Litigation in the Age of Trump: Year Two*, Sabin Center for Climate Change Law, New York 2019; D'AMBROSIO LUCA, *Le contentieux contre les Carbon Majors: esquisse d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique*, in Torre-Schaub (éd.), *Les dynamiques du contentieux climatique*, Paris 2021, 215 ss (cité: 2021); D'AMBROSIO LUCA, *La « responsabilité climatique » des entreprises: une première analyse à partir du contentieux américain et européen*, EEI 8-9 (2018), 39 ss (cité: 2018); BENABOU SARAH/MOUSSU NILS/MÜLLER BIRGIT, *The Business voice at COP 21*, in Aykut/Foyer/Morena (éd.), *Globalising the climate: COP21 and the climatization of global debates*, Londres 2010, 57 ss; BENTIROU RAHMA, *Le droit à un environnement sain en droit européen*, Paris 2020; BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE, *Regards sur l'Accord de Paris*, in Torre-Schaub (éd.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris: regards croisés*, Paris 2017, 97 ss; BOZO PAULINE, *L'intégration des enjeux climatiques par les études d'impact: perspectives d'évolutions à la lumière des contentieux récents*, in Torre-Schaub (éd.), *Les risques climatiques à l'épreuve du droit*, Paris 2023; CANIVET GUY, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la « bénévolence » des juges*, *Revue de sciences criminelles et de droit comparé* 2005 [en ligne]; CATHERINGE HIGHAM/JOANA SETZER, *Investor-State Dispute Settlement as a new avenue for climate change litigation. Commentary*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 31.8.2021, disponible sous: <www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/investor-state-dispute-settlement-as-a-new-avenue-for-climate-change-litigation> (21.9.2023); CORNU-THENARD EMILIE, *Éléments sur l'apport de la doctrine américaine du public trust à la représentation de l'environnement devant le juge*, *VertigO la revue électronique en sciences de l'environnement* 2015 [en ligne]; COX ROGER H.J., *Revolution justified*, Maastricht, The Planet prosperity Foundation, 2012 (première version 2011); COX ROGER H.J., *A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands*, *Journal of Energy and Natural Resources Law* 34 (2016), 143 ss; DANIS-FATÔME ANNE/VINEY GENEVIÈVE, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises*

* Directrice au CNRS, Professeure à l'Université Paris I, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne. Fondatrice et CEO du Réseau ClimaLex.

donneuses d'ordre, Recueil Dalloz 2017, 1610 ss; DE GRAAF KARS/JANS JAN, The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change, *Journal of Environmental Law* 27/3 (2015), 517 ss; FERIA-TINTA MONICA, Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and other Key Underlying Notions, *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, mars 2021, 52 ss; FONTAINE AURELIE, La jurisprudence pro-environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme, Mémoire de M2 soutenu à l'Université de la Réunion, 2010-2011; GAILLARD ÉMILIE, Des nouveaux droits pour les générations futures: Commentaire de la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 29 mars 2021, *EEL* 6 (2021); VAN ASSELT HARRO et al., Shell-shocked: a watershed moment for climate litigation against fossil fuel companies, *The Centre for Climate Change, Energy, and Environmental Law*, 28.5.2021, disponible sous: <<https://sites.uef.fi/cceel/shell-shocked-a-watershed-moment-for-climate-litigation-against-fossil-fuel-companies>> (31.8.2021); HAUTEREAU-BOUTONNET MATHILDE, L'affaire du siècle, de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace!, Recueil Dalloz 2021, 281 ss (cité: 2021); HAUTEREAU-BOUTONNET MATHILDE, Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique: quel rôle préventif pour le juge, Recueil Dalloz 2020, 609 ss (cité: 2020); HÉBRARD SERGE, Les études d'impact sur l'environnement devant le juge administratif, *RJE* 2 (1981), 131 ss; HERI CORINA, Act three for climate litigation in Strasbourg, *Verfassungsblog*, 28 septembre 2023; HUGLO CHRISTIAN, Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale, Bruxelles 2018; ILCHEVA ANA-MARIA, La compétence du juge judiciaire dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance, *RJE* 47/1 (2022), 139 ss; KAMERI-MBOTE PATRICIA, The use of the Public Trust Doctrine in Environmental Law, *Law, Environment and Development Journal* 2/3 (2007), 195 ss; KOBYLARZ NATALIA, Balancing its way out of strong anthropocentrism: integration of ecological « minimum standards » in the ECDH, *Journal of human rights and the environment* 2022; LARRÈRE CATHERINE, Comment lire l'Accord de Paris?, in Torre-Schaub (éd.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris: regards croisés*, Paris 2017, 19 ss; LAVOREL SABINE, L'émergence d'une responsabilité climatique des États?, in Torre-Schaub et al. (éd.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, Paris 2017, 157 ss; LAZARUS MICHAEL/VAN HASSELT HARROW, Fossil fuel supply and climate policy: exploring the road less taken, *Climatic Change*, Special issue: Fossil fuel supply and climate policy, *Climatic Change* 150 (2018), 1 ss; LENOIR NOËLLE, La cour d'appel de Versailles confirme la compétence du tribunal de commerce pour connaître des contestations relatives au plan de vigilance des sociétés commerciales, Recueil Dalloz 2021, 515 ss; LIN JOLENE, The First Successful Climate Negligence Case: A Comment on *Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands*, *Climate Law* 5 (2015), 65 ss; LUCAS MARTHE, Les études d'impact, un nouvel outil pour le climat? in Torre-Schaub Marta, *Les dynamiques du contentieux climatique, usages et mobilisations du droit*, Paris 2021; MABILLE SÉBASTIEN/DE CAMBIAIRE FRANÇOIS, L'industrie pétrolière à l'épreuve du devoir de vigilance: le cas de Total face au risque climatique, in Torre-Schaub (éd.), *Les dynamiques du contentieux climatique: Usages et mobilisations du droit*, Paris 2021, 439 ss (cité: 2021); MABILLE SÉBASTIEN/DE CAMBIAIRE FRANÇOIS, L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises françaises en matière climatique, *EEL* 5 (2019), 39 ss (cité: 2019); MCCORMICK SABRINA et al., Strategies in and outcomes of climate change litigation in the United States, *Nature Climate Change* 9 (2018), 829 ss; MARTIN DIDIER/SIRET JULIEN, Quelle compétence d'attribution et territoriale en cas de mise en cause du devoir de vigilance?, *Revue Dalloz* 2021, 1044 ss; MAZEAUD DENIS, L'affaire du siècle un petit pas vers le solidarisme climatique?, *La Semaine du droit* 6 (2021), 253 ss; MOLINER-DUBOST MARIANNE, Impressions générales sur l'Accord de Paris, in Torre-Schaub (éd.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris: regards croisés*, Paris 2017, 31 ss (cité: 2017); MOLINER-DUBOST MARIANNE, Justice, équité et responsabilités communes mais différenciées dans les négociations climatiques post-2020, in Michelot, *La Justice climatique*, Bruxelles 2016, 277 ss (cité: 2016); MONNIER LAURA, Quel rôle pour la justice administrative dans la lutte contre les projets « climaticides »?: le cas de Guyane Maritime, *EEL* 5 (2019), 32 ss; MORENA EDOUARD, Follow the money: climate philanthropy from Kyoto to Paris, in Aykut/Foyer/Morena (éd.), *Globalising the climate: COP21 and the climatization of global debates*, Londres 2010, 95 ss; PEDERSEN OLE W., The European Convention of Human Rights and Climate Change – Finally!, *EJIL:Talk!*, 2020; PEEL JACQUELINE/OSOFSKY HARI, Climate Change Litigation, *Annual Review of Law and Social Science* 2020 (cité: 2020); PEEL JAC-

QUELINE/OSOFSKY HARI M., A rights turn in climate change litigation?, *Transnational Environmental Law* 7 (2018), 37 ss (cité : 2018); RADIGUET REMI, Objectif de réduction des émissions de gaz...à effet normatif?, *JCPA* 51-52 (2020), 2237 ss; RADISSON LAURENT, Justice climatique : les droits de l'homme à la rescousse, *Actu Environnement*, 30.11.2020, disponible sous : <<https://www.actu-environnement.com/ae/news/justice-climatique-cour-europeenne-droits-homme-communication-duarte-agostinho-36601.php4>> (21.9.2023); REICH JOHANNES/HAUSAMMANN FLORA/BOSS NINA VICTORIA, Climate Change Litigation Before the ECtHR, How Senior Women from Switzerland Might Advance Human Rights Law, *Verfassungsblog*, 10.5.2022, disponible sous : <<https://verfassungsblog.de/climate-change-litigation-before-the-ecthr>> (12.10.2023); ROTOULLÉ JEAN-CHARLES, Le contentieux de la légalité, *RFDA* 2019, 644 ss; SAIGER ANNA-JULIA, Three hours from Paris to Karlsruhe, *Voelkerrechtsblog*, 1.5.2021, disponible sous : <<https://voelkerrechtsblog.org/three-hours-from-paris-to-karlsruhe>> (31.8.2021); SAVARESI ANNALISA/SETZER JOANA, Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation, *Journal of Human Rights and the Environment* 2021, 1759 ss; SETZER JOANA/HIGHMAN CATHERINE, Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot, *Londres* 2021; SETZER JOANA/VANHALA LISA C., Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance, *WIREs Climate Change* 10/3 (2019), 1 ss; SETZER JOANA/YOSHIDA KEINA, The Trends and Challenges of Climate Change Litigation and Human Rights, *European Human Rights Law Review* 2 (2020), 161 ss; SETZER JOANA/ROGER BYRNES, Global trends in climate change litigation, *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment* 2019; SINDICO FRANCESCO/MBENGUE MAKANE MOÏSE, *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, New York 2021; STEVIGNON ANNE/TORRE-SCHAUB MARTA, Actualités sur la loi devoir de vigilance : Opportunités et perspectives à l'égard du changement climatique, *Dossier spécial, Revue européenne de la consommation* 2022; THUILLIER THOMAS, La circulation des contentieux climatiques : Un mouvement globalisé, in Torre-Schaub (éd.), *Les dynamiques des contentieux climatiques : Usages et mobilisations du droit*, Paris 2021, 203 ss (cité : 2021); THUILLIER THOMAS, Dialogues franco-australiens sur la justice climatique, *EEL* 4 (2019), 46 ss (cité : 2019); TORRE-SCHAUB MARTA, Les contentieux climatiques : Etat des lieux et perspectives, *EEL* 11 (2023), (cité : *Contentieux climatiques* 2023); TORRE-SCHAUB MARTA, Justice climatique pour les générations futures devant la CEDH, *Le Blog de droit européen*, 25.9.2023, disponible sous : <<https://blogdroiteuropeen.com/2023/09/25/justice-climatique-pour-les-generations-futures-devant-la-cedh-marta-torre-schaub>> (12.10.2023) (cité : *Blog européen* 2023); TORRE-SCHAUB MARTA, Climate Change Risk and Climate Justice in France: The France Administrative Court as Janus or Prometheus?, *European Journal of Risk Regulation* 1 (2023), 1 ss (cité : *Climate change* 2023); TORRE-SCHAUB MARTA, Décision Grande Synthe III : Qui va doucement (ne) va (peut-être pas) surement, *JCPA* 23 (2023), 1 ss (cité : *JCPA* 2023); TORRE-SCHAUB MARTA, The future of european climate change litigation: The carême case before the CEDH, *Verfassungsblog*, 10.8.2022, disponible sous : <<https://verfassungsblog.de/the-future-of-european-climate-change-litigation>> (12.10.2023) (cité : *Verfassungsblog* 2022); TORRE-SCHAUB MARTA, Le contentieux climatique : Du passé vers l'avenir, *RFDA* 1 (2022), 1 ss (cité : *RFDA* 2022); TORRE-SCHAUB MARTA, Les dynamiques du contentieux climatique : Usages et mobilisations du droit, Paris 2021 (cité : *Dynamiques, Usages et mobilisations du droit* 2021); TORRE-SCHAUB MARTA, Dynamiques, Prospects and Trends in Climate Change Litigation: Making Climate Emergency a propriety in France, *German Law Review* 22/3 (2021), 172 ss (cité : *Dynamiques, Prospects and trends* 2021); TORRE-SCHAUB MARTA, L'affaire du siècle, une affaire à suivre: Quelques réflexions autour de la décision du TA de Paris du 3 février 2021, *EEL* 3 (2021), 11 ss (cité : *Quelques réflexions* 2021); TORRE-SCHAUB MARTA, Justice climatique, nouvelles tendances, nouvelles opportunités, *Le Blog de l'IDDRI*, 30.6.2021 (cité : *Justice climatique, nouvelles tendances* 2021); TORRE-SCHAUB MARTA, L'affaire du siècle, une révolution pour la justice climatique?, *JCPG* 10 (2021), 438 ss (cité : *L'affaire du siècle* 2021); TORRE-SCHAUB MARTA, Décryptage juridique de l'Affaire du siècle, *The Conversation*, 10.2.2021 [en ligne] (cité : *Décryptage* 2021); TORRE-SCHAUB MARTA, L'affaire de Grande Synthe, une première décision emblématique dans le contentieux climatique français, *EEL* 12 (2020), 13 ss (cité : *L'affaire de Grande-Synthe* 2020); TORRE-SCHAUB MARTA, La Justice climatique en Europe: Bilan et perspectives d'avenir, *Blog du droit européen*, 15.1.2020, disponible sous : <<https://blogdroiteuropeen.com/2020/01/15/>

la-justice-climatique-en-europe-bilan-et-perspectives-davenir-par-marta-torre-schaub/> (31.8.2021) (cité : Blog européen 2020); TORRE-SCHAUB MARTA, Justice climatique : Procès et actions, Paris 2020 (cité : Procès et actions 2020); TORRE-SCHAUB MARTA, L'émergence d'un droit à un climat stable, une construction interdisciplinaire, in Torre Schaub (dir.), Droit et Changement climatique : Comment répondre à l'urgence climatique, Paris 2020, 73 ss (cité : Emergence 2020); TORRE-SCHAUB MARTA, Rapport, Les dynamiques du contentieux climatique : Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique, Paris 2019 (cité : Rapport 2019); TORRE-SCHAUB MARTA, Les procès climatiques à l'étranger, RFDA 2019, 660 ss (cité : Les procès climatiques à l'étranger 2019); TORRE-SCHAUB MARTA, Les dynamiques du contentieux climatique : Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique, Colloque, Paris 2019 (cité : Colloque Dynamiques contentieux climatiques 2019); TORRE-SCHAUB MARTA, La construction d'une responsabilité climatique au prétoire : vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique ?, EEI 8-9 (2018) (cité : La construction 2018); TORRE-SCHAUB MARTA, Le contentieux climatique ou comment faire du neuf avec de l'ancien, Revue Environnement 263 (2018), 6 ss (cité : Contentieux climatique 2018); TORRE-SCHAUB MARTA, Justice et justiciabilité climatique, état de lieux et apports de l'Accord de Paris, in Torre-Schaub (éd.), Bilan et perspectives de l'Accord de Paris : regards croisés, Paris 2017, 107 ss (cité : 2017); TORRE-SCHAUB MARTA, La Justice climatique : A propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015, Revue internationale de droit comparé 3 (2016), 699 ss (cité : Justice climatique 2016); TORRE-SCHAUB MARTA, L'affirmation d'une justice climatique au prétoire, Revue québécoise de droit international 29 (2016), 161 ss (cité : L'affirmation d'une justice climatique 2016); TORRE-SCHAUB MARTA, La gouvernance du climat : vieilles notions pour nouveaux enjeux, Cahiers de droit 2 (2009), 140 ss (cité : Gouvernance du climat 2009); TORRE-SCHAUB MARTA, Le rôle de l'expertise scientifique dans le processus de prise de décision pour la protection de l'environnement, in Encinas/Munagorri (éd.), Expertise et gouvernance du changement climatique, Paris 2009, 175 ss (cité : Le rôle de l'expertise scientifique 2009); TORRE-SCHAUB MARTA/BOZO PAULINE, L'affaire du siècle, un jugement en clair-obscur ?, JCPA 12 (2021), 29 ss; TORRE-SCHAUB MARTA et al. (dir.), Les risques climatiques à l'épreuve du droit, Paris 2023 (cité : Risques climatiques 2023); TORRE-SCHAUB MARTA, et al. (dir.), Dictionnaire Juridique du Changement climatique, Paris 2022 (cité : Dictionnaire 2022); TORRE-SCHAUB MARTA/LAVOREL SABINE, Justice climatique : Prévenir, réparer, compenser les inégalités liées au changement climatique, Paris, 2023; TORRE-SCHAUB MARTA/LE BRIS CATHERINE, Climat et droits de l'homme, Revue Internationale de droit comparé 1 (2022); TORRE-SCHAUB MARTA/LORMETEAU BLANCHE, Le développement des stratégies contentieuses : des réponses temporelles et plurielles à l'urgence climatique, in Herve-Fournereau et al., Publication des actes du colloque de la SFDE 9 et 11 juin 2021, RJE 3 (2022), n° Spécial, (cité : Colloque SFDE 2021); TORRE-SCHAUB MARTA/LORMETEAU BLANCHE, La question climatique est-elle contraignante ? Regards croisés autour du 5e anniversaire de l'Accord de Paris, EEI 3 (2021), 10 ss (cité : Regards croisés 2021); TORRE-SCHAUB MARTA/LORMETEAU BLANCHE, Aspects juridiques du changement climatique : de la justice climatique à l'urgence climatique : Étude, JCPG 52 (2019), 2382 ss (cité : Aspects juridiques 2019); TRÉBULLE FRANÇOIS-GUY, Le rôle des acteurs privés, in Torre-Schaub (éd.), Bilan et perspectives de l'Accord de Paris : regards croisés, Paris 2017; 127 ss; VAN LANG AGATHE, L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État, RFDA 4 (2019), 652 ss; VAN ZEBEN JOSEPHINE, Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation : Will Urgenda Turn the Tide ?, Transnational Environmental Law 4 (2015), 339 ss; WONNEBERGER ANKE/VLIEGENTHART RENS, Agenda-Setting Effects of Climate Change Litigation : Interrelations Across Issue Levels, Media, and Politics in the Case of Urgenda Against the Dutch Government, Environmental Communication 15 (2021), 699 ss.

Depuis les premiers contentieux climatiques ayant eu lieu en Australie et aux États-Unis au début des années 2000, le nombre de litiges climatiques a considérablement augmenté depuis 2015, l'année 2023 étant particulièrement fructueuse. L'ensemble de données sur les litiges liés au changement climatique dans le monde comprend plus de 2400 affaires judiciaires dans près de 65 juridictions¹. Depuis le milieu des années 2000 et après l'affaire *Urgenda* en 2015, il y a eu au moins 10 nouvelles affaires judiciaires par an. Cette année 2023, non encore écoulée, a déjà connu au moins une vingtaine de nouvelles requêtes et plusieurs décisions ont déjà été rendues, de manière définitive pour certaines et en première instance pour d'autres seulement. 6.1

Les tribunaux et les cours sont en effet de plus en plus exposés aux arguments rattachés au changement climatique, signe d'une montée en puissance de ce type de recours en justice. Il est à la fois étonnant et pas anodin d'observer comment l'argument « climatique » est formulé dans des termes donnant lieu à des recours que l'on peut appeler « stratégiques »². Le changement climatique devient ainsi de plus en plus souvent un facteur central dans des contentieux environnementaux, ce qui permet ainsi de désigner ces recours comme des contentieux climatiques stratégiques³. 6.2

Les raisons d'être de ces recours sont multiples : les ONG d'un côté, les jeunes mobilisés pour le climat de l'autre et, d'une manière générale, la société civile, se demandent de quelle manière les différents objectifs climatiques – en termes de réduction- au niveau international, régional et national seront atteints ou mis en œuvre alors que le temps joue en leur défaveur. Car si l'urgence climatique est là, la lenteur législative au niveau national et le manque d'ambition des objectifs d'atténuation sont hélas bien présents aussi. Cette situation ne se limite pas à l'extérieur de l'Europe et nous vivons aujourd'hui sur notre continent ce que d'autres pays dans le monde connaissent déjà bien depuis le début des années 2000, lorsque les premiers contentieux climatiques « emblématiques » ont commencé à se développer. Cette double dynamique, à la fois internationale et 6.3

1 PNUÉ/SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE/COLUMBIA UNIVERSITY, Global climate litigation report : 2023 status review ; TORRE-SCHAUB, Contentieux climatiques 2023.

2 L'expression a été consacrée par la doctrine depuis quelque temps Elle fait référence à un litige dans lequel l'intérêt politique d'un collectif sociétal dépasse le simple intérêt individuel (LAVOREL ; SETZER/HYGHMAN). En matière de contentieux climatique, son utilisation a été faite dans un premier temps par des coalitions d'ONG litigantes depuis 2011 et a été ensuite consacrée notamment par Cox (2012). Voir aussi MCCORMICK *et al.* ; plus récemment, voir à ce sujet par exemple le webinar organisé par le Grantham Institute, le 3.7.2020, disponible sous : <<https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/events/strategic-climate-litigation-insights-from-global-experience>> (31.8.2021) ; v. également TORRE-SCHAUB *et al.* (Risques climatiques 2023) ; TORRE-SCHAUB/LAVOREL ; TORRE-SCHAUB *et al.* (Dictionnaire 2022) ; TORRE-SCHAUB (Climate Change 2023) ; TORRE-SCHAUB (JCPA 2023) ; TORRE-SCHAUB (RFDA 2022) ; TORRE-SCHAUB (Colloque Dynamiques contentieux climatiques 2019) ; TORRE-SCHAUB (Dynamiques, usages et mobilisation du droit 2021) ; TORRE-SCHAUB/LORMETEAU (Colloque SFDE 2021) ; TORRE-SCHAUB (Justice climatique, nouvelles tendances 2021) ; SETZER/BYRNES, (2020) ; BOUWER/SETZER (2020) ; PEEL/OSOFSKI (2020).

3 TORRE-SCHAUB/LORMETEAU (Colloque SFDE 2021) ; TORRE-SCHAUB (Colloque Dynamiques contentieux climatiques 2019) ; TORRE-SCHAUB (Dynamiques, Usages et mobilisation du droit 2021).

transfrontière – sous la forme d’un dialogue entre justiciables (des ONG, des villes, des collectivités) –, est au cœur de cette étude. La finalité ici n’est pas tant de décrire ces dynamiques, mais de les analyser à l’aune des différentes thématiques émergentes lors de ces contentieux⁴. Ainsi typifiées, elles nous permettent de tracer des pistes sur les nouvelles tendances juridiques autour du phénomène climatique⁵.

- 6.4 Il existe une première tendance consistant à utiliser le droit international comme référence (Accord de Paris), mais on observe également une approche par les « droits » (fondamentaux, constitutionnels, humains) ainsi qu’une augmentation de la mobilisation du droit privé et du droit des sociétés (contre les entreprises). Une dernière voie est la contestation des projets d’ouvrages précis⁶. En évoquant les différentes initiatives contentieuses dans le monde et en France, cette étude a pour but de tracer un panorama à la fois chronologique et thématique des recours en justice climatiques. Cela nous permettra de nous interroger sur la manière dont les juges ont vocation à entendre la question climatique et à formuler des décisions à même de contribuer à renforcer, améliorer ou rendre effectif le droit du changement climatique. Nous analyserons d’abord l’émergence des litiges stratégiques (I), avant de présenter la multiplication et les évolutions de ces recours (II), pour enfin étudier les nouvelles tendances (III).

I. L’émergence des litiges stratégiques

- 6.5 Différentes initiatives contentieuses sont observables notamment depuis 2015 (1), qui montrent un essor de ce type de recours à caractère stratégique (2).

1. Des initiatives contentieuses pour lutter contre l’urgence climatique

- 6.6 Les différentes initiatives contentieuses dévoilent d’une part une multiplication des sources de contestation des politiques climatiques nationales (a), et d’autre part une pluralité d’initiatives citoyennes derrière ces recours (b).

4 Voir à ce sujet TORRE-SCHAUB (Rapport 2019) ; v. également TORRE-SCHAUB (Procès et actions 2020).

5 SETZER/HIGHMAN ; LAZARUS/VAN ASSELT ; PNUE/SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE/COLUMBIA UNIVERSITY, Global climate litigation report: 2023 status review ; SETZER/VANHALA ; ADLER. Citons également d’autres auteurs comme A.-L. SAVARASSI, F. SINDICO, A.-J. SAIGER, P. de VILCHEZ MORAGUES entre autres. Nous nous appuyons également sur nos travaux menés sur ces questions depuis 2007.

6 Nous suivons ici la typologie établie dans notre rapport pour la Mission Droit et Justice, v. TORRE-SCHAUB (Rapport 2019).

a) *La multiplication des sources de contestation climatique*

La société civile, prise dans son sens le plus large, -le secteur privé, les institutions financières, les villes et autres institutions infranationales-, a joué un rôle essentiel dans le processus de création normative de l'Accord. Elle possède un rôle central dans le futur développement de la gouvernance climatique⁷. 6.7

Également, nombreux *Think Tanks* savants sont à l'origine de certains articles de l'Accord de Paris. Ces structures peuvent être considérées comme des foyers porteurs de propositions normatives ayant suffisamment de force pour exercer une certaine influence durant les négociations onusiennes⁸. Nous citons ainsi les initiatives tenant à inscrire la notion de justice climatique, celle menant à faire mention des droits des peuples autochtones dans la Déclaration ou encore celles proposant de donner une place plus importante aux entreprises et aux initiatives privées dans l'Accord⁹. 6.8

Les acteurs privés ont eu également un rôle important à jouer pendant tout le processus de négociation du texte¹⁰. Leur part dans la gouvernance du climat est le fruit d'une circulation entre normes nationales et internationales et vice-versa. À côté de cet enrichissement de sources et d'acteurs, on observe également la multiplication des actions en justice contribuant à un renouveau du droit climatique¹¹. 6.9

b) *La multiplication d'initiatives citoyennes*

Il existe plusieurs façons de porter les initiatives citoyennes ayant une incidence normative¹². Nous remarquerons ici celle qui s'exerce depuis 2015 dans les prétoires. Si ces actions en justice ne sont pas nouvelles, leur caractère très médiatisé l'est –produisant ainsi un effet « boule de neige » et leur forte coloration normative¹³. En effet, leur contemporanéité avec l'Accord de Paris, loin d'être le fruit du hasard, imprime à ces actions un fort caractère d'autorité normative, en s'appuyant à la fois sur la Convention-cadre et sur l'Accord. Ces initiatives renforcent ainsi l'existence de ces textes et la nécessité de rendre obligatoires leurs contenus¹⁴. 6.10

Ces actions en justice sont portées devant des tribunaux nationaux, qui s'avèrent être un lieu à la fois attractif et efficace pour rendre effectifs les engagements internationaux 6.11

7 Nombreuses initiatives ont été recueillies dans le portail de *Nazca Climate Action* et ses suites « *Paris Pledge for action* », disponible sous : <<http://www.parispledgeforaction.org>> (22.4.2016), cité par TRÉBULLE, 129 ss.

8 MORENA.

9 BENABOU/MOUSSU/MÜLLER.

10 TRÉBULLE.

11 TORRE-SCHAUB (Colloque Dynamiques contentieux climatique 2019) ; TORRE-SCHAUB (Procès et actions 2020) ; TORRE-SCHAUB (Usages et mobilisations du droit 2021).

12 TORRE-SCHAUB (Procès et actions 2020).

13 TORRE-SCHAUB (Justice climatique 2016) ; TORRE-SCHAUB (2017).

14 TORRE-SCHAUB/LORMETEAU (Regards croisés 2021).

des États en matière climatique. Depuis 2015, une série de décisions judiciaires se sont multipliées concernant les changements climatiques dans les pays signataires de la Convention-cadre des Nations Unies pour les changements climatiques et de l'Accord de Paris, afin de rappeler leurs obligations aux États parties à la Convention-cadre¹⁵, renforcer leurs engagements en matière de réduction de gaz à effet de serre et prendre des mesures plus ambitieuses et efficaces afin de s'aligner sur la trajectoire de 2°C¹⁶ indiqué sur l'Accord de Paris¹⁷.

- 6.12 Ce genre de contentieux national a vocation à se multiplier afin de « durcir » les obligations juridiques contenues dans l'Accord et dans le but de forcer les États à rehausser leurs ambitions s'agissant de leurs contributions nationales. Un exemple de ce type d'initiative judiciaire est la désormais célèbre affaire *Urgenda* aux Pays-Bas (24.6.2015), suivie de la décision en appel (9.10.2018) et de l'arrêt en cassation (20.12.2019)¹⁸. En France, deux affaires doivent être mentionnées : la décision de Grande-Synthe¹⁹ et l'Affaire du siècle²⁰, dont nous reparlerons ultérieurement.

2. L'essor des contentieux stratégiques

- 6.13 Le prétoire est devenu le lieu de résolution de certains litiges liés à ce phénomène mondial aux répercussions nationales ou locales²¹. Cette réflexion invite ainsi à sortir d'une conception binaire des droits, fondée sur une dichotomie originelle entre la loi et le prétoire, pour mieux saisir toute la complexité sociale de la création du droit, surtout s'agissant d'un problème à multiples facettes comme les changements climatiques²² (a).
- 6.14 Parallèlement, et parce que le changement climatique fait émerger avec force la portée du droit fondamental de tous et de chacun à « un environnement sain et sans danger

15 LAVOREL ; TORRE-SCHAUB (Rapport 2019) ; TORRE-SCHAUB, (Colloque Dynamiques contentieux climatique 2019) ; TORRE-SCHAUB (Procès et actions 2020) ; TORRE-SCHAUB, (Dynamiques, usages et mobilisations du droit 2021).

16 L'Accord de Paris définit un cadre mondial visant à éviter un changement climatique dangereux en limitant le réchauffement de la planète à un niveau nettement inférieur à 2 °C et en poursuivant les efforts pour le limiter à 1,5 °C

17 TORRE-SCHAUB (Justice climatique 2016), 707.

18 C. Sup. des Pays-Bas, affaire *Fondation Urgenda c. Pays-Bas* du 20.12.2019, n° 200.178.245/01.

19 CE, *Commune de Grande-Synthe et Damien Carème c. France* du 1.7.2021, n° 427301 et CE, *Commune de Grande-Synthe et Damien Carème c. France* du 19.11.2020, n°427301 ; TORRE-SCHAUB (L'affaire de Grande-Synthe 2020) ; RADIGUET.

20 T. admin. de Paris, décisions du 3.2.2021, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976 ; TORRE-SCHAUB (L'affaire du siècle 2021) ; TORRE-SCHAUB (Quelques réflexions 2021) ; MAZEAUD ; TORRE-SCHAUB (Décryptage 2021) ; TORRE-SCHAUB/BOZO ; HAUTEREAU-BOUTONNET (2021), 281.

21 TORRE-SCHAUB (Gouvernance du climat 2009) ; TORRE-SCHAUB (Le rôle de l'expertise scientifique 2009).

22 TORRE-SCHAUB/LORMETEAU (Regards croisés 2021), 10-29.

pour la survie de l'humanité»²³, se développent des attentes nouvelles en matière de justice climatique et des nouveaux droits face aux impacts des changements climatiques sur la société²⁴. Dans ce contexte, le prétoire devient le lieu où les citoyens, les associations, les collectivités territoriales²⁵, victimes du changement climatique, réclament l'engagement de la responsabilité de l'État et/ou des entreprises émettrices de GES – ou du moins un changement dans leur comportement. Les tribunaux rétablissent ainsi un «équilibre entre victimes et responsables», un «faire le droit» plus juste et plus en accord avec le danger représenté par cette menace planétaire et irréversible qu'est le changement climatique²⁶ (b).

a) *Des procès climatiques réclamant «justice»*

Le contentieux climatique ne se cantonne pas à des actions en justice contre l'État : 6.15 émergent de plus en plus des actions contre des entreprises, de la part de citoyens individuels et/ou d'associations ou de «groupements de villes», leur réclamant soit de prendre leur responsabilité, soit d'adopter une plus grande cohérence de leurs activités par rapport à ce qu'ils affichent en termes de politique climatique ou d'obligations sociales et environnementales²⁷. On observe d'une part un contentieux permettant aux juges de jouir d'une marge d'appréciation croissante et, d'autre part, un droit international de plus en plus sollicité par le juge national. Inversement, on constate la production d'un droit international fertilisée par les expériences nationales²⁸.

L'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas a «fait crépiter» l'intérêt pour le sujet Les études de cette 6.16 décision ont été nombreuses et riches en enseignements²⁹. Parmi les points novateurs, il s'agit de relever la question cruciale de la responsabilité de l'État ou principe de diligence *-Duty of Care-*; l'invocation systématique du principe de précaution; les arguments tenant au caractère global du changement climatique comme phénomène reconnu désormais imminent et irréversible affectant l'humanité en tant que communauté de vie. Ces arguments rejoignent ceux tenant à la «fondamentalité» d'un droit à

23 *Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash* du 17.6.2014; Department of Ecology and Federal District Court, *Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust* du 8.4.2016.

24 TORRE-SCHAUB (Contentieux climatique 2018).

25 Le Monde AFP, 15.8.2017, <http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/08/15/la-californie-et-san-francisco-portent-plainte-contre-l-administration-trump_5172435_3222.html> (31.8.2021).

26 TORRE-SCHAUB (L'affirmation d'une justice climatique 2016); TORRE-SCHAUB (Justice climatique 2016); TORRE-SCHAUB (2017).

27 DUPIN, Les actionnaires d'Exxon défient Trump et votent pour le climat, 1.6.2017, disponible sous : <<http://www.novethic.fr/empreinte-terre/climat/isr-rse/les-actionnaires-d-exxon-defient-trump-et-votent-pour-le-climat-144484.html>> (31.8.2021).

28 CANIVET.

29 LIN; DE GRAAF/JAN; VAN ZEBEN; COX; TORRE-SCHAUB (Justice climatique 2016); HUGLO; TORRE-SCHAUB (Les procès climatiques à l'étranger 2019).

l'environnement sain et constituent le socle des argumentaires du procès climatique³⁰. Il est ainsi certain que cette association a su mobiliser, dans sa demande devant le juge néerlandais, une série d'arguments juridiques qui n'avaient pas jusqu'alors été déclamés dans le cadre de la lutte contre le changement climatique.

- 6.17 De la même manière, cette affaire judiciaire propulse la question de la responsabilité de l'État vis-à-vis de ses citoyens³¹, mais d'autres questions sont également soulevées. Sans rentrer ici dans le détail argumentatif des plaidoyers, l'originalité de ce contentieux est la volonté de poursuivre « une cause commune »³² de la part des citoyens et associations impliqués dans ce procès, et ce en dépit de la diversité des droits mobilisés (de nature internationale, nationale, constitutionnelle, civile et environnementale).
- 6.18 Au-delà de cette affaire, on observe, à l'étude de différents recours, que l'objectif est de pointer à chaque fois des déficiences de l'État et/ou des entreprises en matière d'atténuation des gaz à effet de serre. Aussi, qu'il s'agisse de la question de la carence de l'État ou de la dénonciation de grands projets urbanistiques ou d'infrastructures, ou du défaut d'information climatique aux actionnaires, ou encore de la poursuite d'activités industrielles tendant à augmenter la cumulation de GES dans l'atmosphère, les associations sont bien décidées à rappeler à l'État et aux industriels qu'ils se doivent de ne pas mettre en danger les citoyens face au changement climatique et qu'ils doivent faire le nécessaire, compte tenu de l'état du droit existant déjà en la matière au niveau national, régional et international³³.
- 6.19 À cet activisme associatif viennent s'ajouter des groupements formés par des collectivités locales ou des villes. Un exemple est celui de l'action en justice portée par plusieurs villes côtières en Californie, portant plainte contre trente-sept compagnies pétrolières, dénommées les « *Carbon Majors* »³⁴.

b) *L'émergence de nouvelles responsabilités climatiques*

- 6.20 L'idée d'une responsabilité historique des pays développés envers les pays en voie de développement, également considérée comme « une responsabilité rétrospective », apparaît de façon moins marquée dans le nouvel Accord de Paris. Une partie de la doctrine analyse la nouvelle responsabilité résultant du processus aboutissant à l'Accord

30 FONTAINE ; BENTIROU ; PERRUSO ; TORRE-SCHAUB (Emergence 2020).

31 LAVOREL.

32 TORRE-SCHAUB (Rapport 2019), 5 ss.

33 C. Sup. des Pays-Bas, affaire *Fondation Urgenda c. Pays-Bas* du 20.12.2019, n° 200.178.245/01 ; Lahore High Court, Affaire *Leghari v. Federation of Pakistan* des 4.9.2015 et 14.9.2015, n°25501 ; *Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash* du 17.6.2014 ; Department of Ecology and Federal District Court, *Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust* du 8.4.2016.

34 DUPIN, 22.8.2017, disponible sous : <<https://www.novethic.fr/actualite/environnement/climat/isr-rse/rechauffement-climatique-des-villes-californiennes-portent-plainte-contre-37-compagnies-petrolieres-144728.html>> (31.8.2021) ; D'AMBROSIO (2018).

comme une responsabilité « tournée vers le futur », ou « prospective »³⁵. Dans le même temps, la responsabilité qui pourrait peser sur chaque État sur ses actes présents³⁶ est également une responsabilité diluée, peu punitive puisque ce sera à chaque Partie de déterminer elle-même son niveau de responsabilité (article 4.19). La question d'une responsabilité durcie dans l'Accord est ainsi fondée sur « l'impulsion d'une dynamique vertueuse d'une action inscrite sur le long terme »³⁷, autrement dit une responsabilité sur des actes à venir et étalée dans le temps. Ce type de responsabilité nouvelle sera propulsée en grande partie par de recours en justice³⁸.

On voit ainsi émerger d'autres foyers de responsabilité, d'une part avec un renforcement 6.21 du concept « classique » fondée sur le droit civil ou le droit administratif et d'autre part, avec une forme de responsabilité plus indirecte, fondée sur l'observance de l'Accord, qui commence à se répandre. La première est celle qui est posée dans des actions en justice devant les juridictions nationales pour exiger des États ou des entreprises qu'ils assument leur responsabilité³⁹. La deuxième relève plus de « la mutuelle observation », ce qu'on pourrait appeler « *the big watching* », que les nouveaux mécanismes de transparence et de *reporting* qui s'articulent dans l'Accord imposent aux différentes parties dans les années à venir.

Si l'on analyse en détail l'objet des différentes actions en justice climatiques, on est 6.22 souvent conduit à y voir la recherche par les demandeurs d'une forme de « responsabilisation » des acteurs. Le caractère inédit de certaines décisions ouvre des perspectives intéressantes sur leurs conséquences sur le droit interne⁴⁰. Ainsi aux Pays-Bas, une loi climat a été adoptée des suites de l'affaire *Urgenda* dès l'appel en 2018, et au Pakistan, le gouvernement a été enjoint à adopter un texte plus ambitieux concernant la lutte contre le changement climatique à la suite de la fameuse affaire *Leghari*⁴¹. En France, l'affaire de Grande-Synthe⁴² puis l'Affaire du siècle⁴³ ont déclenché une véritable « course » parlementaire afin de voter une nouvelle loi climat pouvant épouser les objectifs de réduction posés par l'Union européenne et inscrits dans l'Accord de Paris. Il s'agit bien des dynamiques « vertueuses » qui conduisent à créer des synergies positives entre les contentieux climatiques et le développement des législations climatiques plus ambi-

35 LARRÈRE ; BOISSON DE CHAZOURNES.

36 MOLINER-DUBOST (2016).

37 MOLINER DUBOST (2017).

38 TORRE-SCHAUB (La construction 2018) ; VAN LANG, 652.

39 C. Sup. des Pays-Bas, affaire *Fondation Urgenda c. Pays-Bas* du 20.12.2019, n° 200.178.245/01 ; Lahore High Court, Affaire *Leghari v. Federation of Pakistan* des 4.9.2015 et 14.9.2015, n°25501.

40 Pour un panorama complet de ces questions v. TORRE-SCHAUB (Blog européen 2020) ; TORRE-SCHAUB (Les procès climatiques à l'étranger 2019).

41 Lahore High Court, Affaire *Leghari v. Federation of Pakistan* des 4.9.2015 et 14.9.2015, n°25501.

42 CE, *Commune de Grande-Synthe et Damien Carème c. France* du 1.7.2021, n° 427301 et CE, *Commune de Grande-Synthe et Damien Carème c. France* du 19.11.2020, n°427301.

43 T. admin. de Paris, décisions du 3.2.2021, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976.

tieuses et mieux adaptées à l'urgence climatique⁴⁴. Ces décisions, à leur tour, produisent des effets sur l'avenir des négociations internationales ainsi que sur les potentielles réceptions transnationales des différents arguments utilisés. On observe ainsi que l'affaire climat en Belgique⁴⁵, l'affaire climat irlandaise⁴⁶ ou l'Affaire du siècle en France utilisent des arguments similaires concernant le principe même d'une obligation générale de lutte contre le réchauffement climatique. C'est également le cas s'agissant de questions constitutionnelles dans l'action *Juliana* aux États-Unis⁴⁷, dans l'affaire *Greenpeace* en Norvège⁴⁸ et dans l'action allemande jugée récemment par la Cour fédérale constitutionnelle allemande⁴⁹.

II. Vers une multiplication et diversification des contentieux stratégiques

- 6.23 Les contentieux stratégiques connaissent une véritable montée en puissance, notamment depuis 2018, des suites de la décision en appel dans l'affaire *Urgenda* (1). Cette augmentation spectaculaire révèle une nouvelle typologie de ces recours, montrant ainsi leur diversité et leurs potentialités (2).

1. La montée en puissance des contentieux stratégiques à effets bénéfiques divers

- 6.24 Le modèle prédominant pour les litiges climatiques stratégiques a été de contester soit l'inaction soit la prise de décision insuffisante ou erronée d'un gouvernement en vertu d'une législation ou d'une planification. En termes de chronologie, ce type de contentieux va assez loin, impliquant de plus en plus de questions de long terme ainsi que les générations futures. En termes d'acteurs, la typologie semble également s'élargir, par exemple au secteur privé, aux communes, aux villes. Concernant le type de juridiction mobilisée, on voit que les cours constitutionnelles sont de plus en plus sollicitées, ainsi que les tribunaux civils et les cours régionales des droits de l'homme. Les litiges liés au changement climatique peuvent ainsi jouer un rôle « d'aiguilleur » ou de « veilleur » dans la mesure où ils peuvent viser à contrôler ou à influencer le comportement des gouvernements, des entreprises et des particuliers⁵⁰.

44 Dans ce sens, voir nos développements TORRE-SCHAUB (Usages et mobilisations du droit 2021) ; TORRE-SCHAUB (Colloque Dynamiques contentieux climatiques 2019).

45 T. première instance francophone de Bruxelles, affaire *ASBL Klimaatzaak c. Belgique* du 17.6.2021, n°2015/4585/A.

46 Sup. C. of Ireland, affaire *Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland* du 31.7.2020, n°205/19.

47 Oregon Dist. C., Affaire *Juliana v. United States* du 10.11.2016, n°6:15-CV-01517-TC.

48 Oslo Dist. C., affaire *Greenpeace Nordic and Nature & Youth v. Ministry of Petroleum and Energy* du 4.1.2018, n° 16-166674TVI-OTIR/06.

49 Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

50 TORRE-SCHAUB (Justice climatique, nouvelles tendances 2021).

L'Accord de Paris sur les changements climatiques, s'il ne contient pas d'obligations juridiques à proprement parler, introduit cependant dans son texte une dynamique vertueuse conduisant les États à élaborer des contributions nationales révisables tous les cinq ans, présentant leurs objectifs de réduction et leur méthode de comptabilité de gaz à effet de serre. Ces obligations sont donc plus que de simples énoncés de « *soft Law* », tout en ayant encore de contours peu précis quant à leur nature juridique. Il est important de voir ce processus de construction des obligations climatiques dans certains contentieux. Beaucoup d'États ont enclenché un processus législatif afin de raccorder leurs violons à l'objectif final de l'Accord : celui de rester bien en dessous de 2°C de température globale par rapport aux niveaux de 1990 et, si possible, ne pas aller en dessus de 1,5°C. Il s'agit en somme de tendre vers la construction d'une « obligation climatique ». Cette construction se fera en diversifiant les argumentaires de ce type de recours. 6.25

2. Une diversification de la typologie des contentieux stratégiques

On voit émerger à travers une jurisprudence foisonnante une obligation climatique dont les fondements sont divers : d'un côté, les fondations puisent dans un mandat législatif précis, dans la logique de l'Accord de Paris, et d'un autre sur des droits fondamentaux ainsi que sur la doctrine du *Public Trust*, utilisée dans les pays de *Common Law* pour justifier la protection légitime de l'environnement et le devoir de l'État de le respecter⁵¹. 6.26

La décision *Urgenda*, en appel du 9.10.2018, affirmait l'existence de deux types d'obligations générales climatiques : l'une tenant au devoir de diligence (*Duty of Care*), l'autre contenue dans les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Deux types d'obligations climatiques à la charge des États étaient affirmés : l'une rattachée au droit national – dans le cas d'espèce le code civil et la Constitution et l'autre au droit international des droits de l'homme. Ce dernier argument ouvre la porte à d'autres futures actions en justice qui pourraient se fonder sur ces droits fondamentaux. C'est ainsi le cas en Irlande où la Cour Suprême a rendu une décision déclarant qu'un droit à un environnement compatible avec la dignité humaine et le bien-être des citoyens est une condition essentielle à la réalisation de tous les droits de l'homme⁵². La décision précisait que ce droit n'était pas tellement « utopique » et qu'il deviendrait exécutoire une fois concrétisé par la définition et la démarcation de droits et obligations spécifiques. La Cour a rejeté l'appel, mais a considéré que l'article 15 de la Constitution crée une obligation climatique. 6.27

Au Royaume-Uni il y a eu des tentatives d'affirmation des obligations climatiques à la charge de l'État et des acteurs privés, qui n'ont pas forcément fonctionné⁵³. C'est le cas 6.28

51 KAMERI-MBOTE ; CORNU-THENARD ; v. également les contributions de TORRE-SCHAUB de 2019, 2021 et 2023 citées dans la bibliographie.

52 Sup. C. of Ireland, affaire *Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland* du 31.7.2020, n°205/19.

53 H. C. of Justice, Queen's Bench Division décision du 20.6.2018, EWHC 1892.

de l'affaire *Plan B Earth* qui avait déposé une plainte contre le secrétaire d'État aux Affaires, à l'Énergie et à la Stratégie industrielle, alléguant qu'il avait violé la loi de 2008 sur les changements climatiques en omettant de réviser un objectif de réduction de carbone de 2050 à la lumière du nouveau droit international et des développements scientifiques. La demande a été rejetée ainsi que l'appel, ce qui amène à déduire que les juges accordent un caractère « non contraignant » aux obligations de l'Accord de Paris.

- 6.29 D'autres contentieux peuvent viser la reconnaissance d'obligations climatiques spécifiques qui peuvent découler de prescriptions plus sectorielles. Ainsi, de nouvelles dispositions ayant trait au monde de la finance et de l'entreprise contiennent des obligations climatiques, contribuant à la formation d'un droit du climat plus transparent et qui permet de faire peser des obligations et des responsabilités climatiques sur plusieurs acteurs différents. Les premiers à y voir une « climatisation du droit » ont été des auteurs tels que Peel aux États-Unis⁵⁴.
- 30 Aux cours des deux dernières années, plusieurs grands établissements financiers au niveau mondial et national ont publié des annonces faisant état de leur volonté d'agir dans le sens d'une économie basse en carbone⁵⁵. Ces différentes déclarations, bien qu'elles n'aient pas un caractère obligatoire au sens strict, montrent bien la direction que le monde de la finance entend prendre désormais afin de permettre la transition vers la neutralité carbone. Autour de ces différents textes, une pratique se développe également du côté des recours en justice dans différents pays. Dans une décision de 2018⁵⁶, la Cour suprême du Canada avait décidé que les entreprises pétrolières et gazières qui font faillite doivent s'acquitter de leurs obligations environnementales provinciales avant de rembourser leurs créanciers. En l'espèce, l'entreprise pétrolière et gazière Redwater avait fait faillite et sur elle pesait une obligation de démanteler les puits qu'elle n'exploitait plus et de remettre les terrains en état. L'administrateur chargé de la faillite avait décidé de ne pas s'acquitter de ces obligations ; une ordonnance les obligeant à s'exécuter avait été émise sans résultat. La Cour suprême, appelée à trancher l'affaire, avait décidé que, bien que la loi sur les faillites permettait à l'administrateur de ne pas prendre possession de certains biens pour éviter d'en être responsable, il devait néanmoins exécuter les obligations environnementales de l'entreprise.
- 6.31 Le monde des entreprises décline d'autres obligations climatiques donnant lieu à une vague de contentieux pour « défaut d'information » et « fausse comptabilité ». Ce mouvement se situe aux confins du droit des affaires et du droit du changement climatique, montrant l'importance de l'hybridation des droits dans l'avènement d'un régime juridique pour le climat. Il s'agit notamment des obligations découlant du devoir d'information de la part des acteurs privés. C'est le cas des dénommés *disclosures*, par exemple en

54 PEEL/OSOFSKY (2018).

55 Voir dans ce sens, TORRE-SCHAUB/LORMETEAU (Aspects juridiques 2019).

56 C. Sup. du Canada, affaire *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd* du 31.1.2019, 2019 CSC 51 R.C.S.150.

Australie où les actionnaires de la Commonwealth Bank of Australia (CBA) ont intenté une action en justice contre la banque, alléguant qu'elle avait enfreint le *Corporations Act of 2001* en publiant son rapport annuel 2016 qui omettait de divulguer les risques commerciaux liés au changement climatique, notamment en ce qui concernait un éventuel investissement dans un projet controversé⁵⁷. L'affaire la plus parlante est celle comprenant la série d'actions ouvertes par les procureurs de New York⁵⁸ et du Massachusetts contre la société Exxon Mobil. L'action à New York est fondée sur le devoir d'information valide et transparente pour les actionnaires et pour les consommateurs. Cette affaire s'inscrit dans le mouvement de contentieux ayant trait aux informations comptables, tenant pour responsables de désinformation et des informations frauduleuses les entreprises du secteur des énergies fossiles. Dans l'affaire de New York, selon les demandeurs, Exxon Mobil aurait induit les investisseurs en erreur en minimisant l'impact des changements climatiques sur ses activités. Le procureur général de New York a affirmé que ces pratiques étaient sanctionnées aux plus hauts niveaux de l'entreprise, impliquant ainsi directement l'ex-dirigeant de la compagnie. Désormais, le procureur devra prouver que la société a trompé les investisseurs, sans besoin de prouver l'intention. Le procureur général du Massachusetts a également déposé une demande de poursuite contre la même société, avec les mêmes griefs.

Dans la même mouvance, un membre d'un fonds de pension australien a intenté une action en justice contre le REST (Retail Employees Superannuation Trust), alléguant que le fonds avait enfreint le *Corporations Act 2001* en omettant de fournir des informations sur les risques liés au changement climatique et sur les mesures prises pour y remédier. La demande exige au REST des informations sur la connaissance des risques commerciaux liés au changement climatique, les risques de transition et les risques commerciaux⁵⁹. Certains auteurs voient ici une tendance se développer concernant ces litiges impliquant le monde des affaires et de la finance⁶⁰. 6.32

La France, de son côté, possède ses propres mécanismes d'exigence d'un devoir d'information avec notamment la loi sur le devoir de vigilance. Dans ce sens, six ONG ont interposé un recours devant le juge de référés en novembre 2019 contre la société énergétique Total pour un projet pétrolier en Ouganda et en Tanzanie⁶¹. Elles mettaient en avant le fait que la société Total n'avait pas évalué de manière adéquate les menaces du 6.33

57 Fed. C. of Australia, affaire *Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia* du 14.9.2017, n°VID879/2017.

58 N.Y. Sup. C., affaire *People of the State of New York v. Exxon Mobil Corp.*, n°452044/2018 ; action commençant le 24.10.2018 et s'étayant jusqu'au 18.11.2019 avec l'envoi de nouveaux mémoires complémentaires à la Cour. Pour l'affaire au complet : <http://climatecasechart.com/case/people-v-exxon-mobil-corporation> (31.8.2021) ; v. D'AMBROSIO (2021).

59 Fed. C. of Australia, affaire *McVeigh v. Retail Employees Superannuation Trust* du 24.7.2018, n°NSD 1333/2018.

60 CATHERINGE HIGHAM/JOANA SETZER ; SINDICO/MBENGUE.

61 T. de Nanterre, affaire *Les Amis de la Terre c. Total* du 30.1.2020, n°19/02833.

projet sur les droits de l'homme et l'environnement. En vertu de cette loi, les entreprises françaises doivent identifier et prévenir les risques pour les droits de l'homme et l'environnement qui pourraient résulter de leurs pratiques commerciales⁶². Le recours affirmait que le plan de vigilance de la société ne prenait pas suffisamment en compte les émissions potentielles de GES sur l'ensemble du projet⁶³. Cette affaire a donné lieu à nombreux commentaires de doctrine, tant la question de la compétence du juge divisait les opinions⁶⁴. L'enjeu est en effet de taille, car l'issue du conflit ne sera sans doute pas la même si ce sont des tribunaux de commerce qui statuent ou s'il s'agit de soumettre la question au juge civil de la responsabilité. Dans ce sens, un arrêt de la cour d'appel de Versailles⁶⁵ a statué en 2020 sur la compétence d'attribution en cas de demande d'injonction. Préalablement, le tribunal judiciaire de Nanterre s'était déclaré matériellement incompétent au motif que l'élaboration du plan de vigilance était en lien direct avec la gestion d'une société commerciale⁶⁶. L'affaire a ainsi été renvoyée devant le tribunal de commerce. En appel, la cour d'appel de Versailles a confirmé la décision du tribunal. Dans le cadre d'une autre affaire similaire, le juge de première instance de Nanterre a de nouveau affirmé que la question de la compétence pouvait en effet se poser au regard de la société en cause : il s'agirait soit de comportements reprochables dans le cadre de son activité commerciale, soit de questions afférentes à la responsabilité pour risques ou dommages corporels ou écologiques⁶⁷. Dans le premier cas, le tribunal compétent serait le tribunal de commerce, alors que dans le deuxième, la cause reviendrait au juge civil. Par une ordonnance rendue par le tribunal judiciaire de Nanterre en tant que juge de la mise en état, le 11 février 2021, celui-ci se déclare compétent pour connaître l'affaire. Toutefois et après renvoi à nouveau devant le juge judiciaire, dans le cadre de deux affaires contre la société Total énergies, aucune décision rendue par la suite n'a donné raison aux litigants. Par une décision rendue le 28 février 2023⁶⁸, le juge judiciaire du tribunal de Paris a fait une interprétation restrictive de la loi devoir de vigilance. Il a estimé que celle-ci imposait de « buts monumentaux » aux entreprises, notamment dans le cadre de la lutte contre le changement climatique. Le tribunal a également considéré que le plan de vigilance devrait être fait de manière consensuelle, de sorte que toutes les « parties prenantes » puissent y participer. Le jugement est en appel. Par une autre ordonnance datant du 6 juillet 2023, le tribunal judiciaire de Paris a également rejeté le recours interjeté contre Total dans le cadre de ses activités menées en Afrique⁶⁹. Les différents recours qui se développent actuellement en France en matière climatique à l'appui de la loi sur le devoir de vigilance concernant les grands groupes sociétaux sont

62 MABILLE/DE CAMBIAIRE (2021) ; MABILLE/DE CAMBIAIRE (2019).

63 MABILLE/DE CAMBIAIRE (2021) ; MABILLE/DE CAMBIAIRE (2019).

64 MARTIN/SIRET, 1044 ; DANIS-FATÔME/VINEY ; HAUTEREAU-BOUTONNET (2020), 609 ; LENOIR.

65 C. d'appel de Versailles, décision du 10.12.2020, n°20/01692.

66 T. jud. de Nanterre, ordonnance de référé du 30.1.2020, n°19/02833, D. 2020. 970.

67 T. jud. de Nanterre, ordonnance du 11.2.2021, n°20/00915 ; ILCHEVA, 139-152.

68 T. jud. de Paris – CT0264 ordonnance du 28.2.2023/n° 22/53943.

69 T. jud. de Paris, ordonnance du 6.7.2023.

encore bien en deçà des attentes des ONG requérantes. Ce type de recours marque le début d'une nouvelle tendance contentieuse.

III. Nouvelles tendances, nouvelles typologies

Les dernières décisions en date et les plus récents recours déposés confirment les tendances précédemment exposées (1). Pour certains, ils montrent l'essor de nouveaux argumentaires et d'une plus grande diversité des recours, élargissant ainsi la typologie précédemment exposée (2). 6.34

1. Une intensification des précédentes tendances

Comme il a été exposé précédemment, le contentieux climatique a une double finalité. D'une part, faciliter la régulation climatique et responsabiliser les décideurs politiques en conduisant, en appliquant et en clarifiant les politiques et la législation climatiques. D'autre part, améliorer et renforcer les responsabilités climatiques et réclamer plus de transparence, afin que les informations climatiques dévoilées par les différents acteurs (publics et privés) permettent de renforcer leur responsabilité à la fois vis-à-vis des parties prenantes, des consommateurs et des citoyens. 6.35

Les derniers recours déposés et les dernières décisions rendues montrent que les « contentieux stratégiques » actuels tendent vers plusieurs objectifs. En premier lieu, les dernières affaires souhaitent renforcer le droit climatique dans son ensemble, en voulant raffermir la place du droit international climatique afin de le rendre plus opérationnel et efficace. Cette tendance, qui existait déjà depuis l'affaire *Urgenda*, est toujours présente dans les dernières affaires en cours, comme en France dans les deux affaires citées précédemment. Allant plus loin, on constate que ce type de recours tend à affiner de plus en plus un argumentaire tendant d'une part à rendre contraignantes des obligations climatiques et d'autre part à rendre plus ambitieux les objectifs de réduction de GES. Dans cette catégorie, on observe que la question de la concrétisation de l'objectif « neutralité carbone » est de plus en plus présente. Un bon exemple est constitué par les deux affaires françaises précitées⁷⁰. 6.36

Si l'on souhaite creuser davantage dans ce sens, ce type de recours connaît de subdivisions : certains pointent une insuffisance gouvernementale dans l'accomplissement des objectifs de réduction, tandis que d'autres soulignent l'existence des responsabilités climatiques du fait de « l'altération de l'atmosphère » en raison d'un préjudice causé de par le retard pris dans la mise en œuvre effective des objectifs de réduction plus ambitieux et mieux alignés avec l'Accord de Paris. 6.37

70 CE, *Commune de Grande-Synthe et Damien Carème c. France* du 1.7. 2021, n° 427301 et T. admin. de Paris, *Oxfam et al.c.* État français du 3.2.2021, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

6.38 À côté de ce type de litige, on observe ce qui peut être considéré comme un « changement de tendance »⁷¹ du contentieux climatique, marqué par la diversification de différentes thématiques. D'une part, on constate une augmentation des litiges fondés sur les droits (notamment fondamentaux ou les droits de l'homme). D'autre part, l'accroissement des contentieux invoquant la responsabilité civile permettant de mobiliser le juge juridictionnel et le droit civil. Enfin, on observe un essor des contentieux contre des sociétés financières et des investisseurs, tendant ainsi à mieux contrôler les flux financiers. Cette dernière tendance est celle qui souhaite « verdier » la finance » et passer du « brown » à « green finance ».

a) *Les contentieux fondés sur les droits*

6.39 Dans cette catégorie, il existe d'abord des recours qui mobilisent les droits de l'homme et qui tendent à se développer de plus en plus⁷². Il existe ensuite également de recours qui prennent ancrage sur de droits reconnus constitutionnellement, au niveau du droit interne⁷³. Enfin, il y a de pétitions qui demeurent pour l'heure au stade d'un examen préliminaire de la part des Commissions ad hoc auprès des quelles elles ont été déposées.

6.40 S'agissant des recours fondés sur les droits de l'homme, en Europe, outre différentes affaires nationales qui ont suivi l'argumentaire de l'affaire *Urgenda* sur les points évoquant la violation des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient de signaler trois requêtes récemment présentées devant la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁴.

6.41 La première est une plainte déposée par six jeunes portugais contre 33 pays devant la Cour européenne des droits de l'homme le 2 septembre 2020⁷⁵. Invoquant la Convention européenne des droits de l'homme, les plaignants affirment que leur droit à la vie est menacé par les effets du changement climatique (comme les incendies de forêt au Portugal), que leur droit à la vie privée inclut leur bien-être physique et mental et qu'il est menacé par les vagues de chaleur qui les obligent à passer plus de temps à l'intérieur de leurs foyers⁷⁶. Ces circonstances les poussent à pointer la violation de leurs droits humains fondés sur ladite Convention. Leur requête pointe également la violation de

71 PEEL/OSOFSKY (2018).

72 SAVARESI/SETZER ; SETZER/YOSHIDA.

73 TORRE-SCHAUB/LE BRIS ; PEDERSEN.

74 Pour un aperçu de certains de ces recours : FERIA-TINTA, 52 ss ; v. également RADISSON.

75 CourEDH, affaire *Cláudia Duarte Agostinho et autres contre le Portugal et 32 autres États*, Requête n° 39371/20 du 13.11.2020 ; CourEDH, fiche thématique « Changement climatique », disponible sous : <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_climate_change_fra> (12.10.2023) ; HÉRÉ ; TORRE-SCHAUB (Blog européen 2023) ; TORRE-SCHAUB (Verfassungsblog 2022).

76 CourEDH, affaire *Cláudia Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États*, Requête n°39371/20 du 13.11.2020 ; Climate Home News, 3.9.2020, Six Portuguese youth file 'unprecedented' climate lawsuit against 33 countries, disponible sous : <<https://www.climatechangenews>.

l'article 14 qui pose le droit à la non-discrimination. L'audience a eu lieu le 27 septembre 2023 devant la grande Chambre. Une décision est attendue sous deux ans.

La deuxième est déposée par l'Union des femmes seniors suisses pour la protection du climat contre le Conseil fédéral suisse et autres⁷⁷. Préalablement, le Tribunal fédéral suisse avait rejeté l'affaire au motif que la protection des droits fondamentaux demandée par les requérantes ne pouvait être revendiquée tant que l'objectif de température à long terme de l'Accord de Paris n'était pas atteint⁷⁸. En mars dernier, la Cour de Strasbourg a décidé de donner suite à la requête. Le recours se fonde sur les articles 6, 2 et 8 de la CEDH (soit le droit au recours effectif, le droit à la vie et le droit à la vie privée et familiale)⁷⁹.

La troisième requête en cours est déposée par le collectif Fridays for Future en Autriche dans le cadre d'une affaire concernant une personne atteinte d'une maladie dégénérative. Dans l'argumentaire de ce recours, il est mis en avant le fait que la gravité de sa maladie s'accroît du fait de l'augmentation des températures liées au changement climatique⁸⁰. La requête se fonde sur l'article 41 de la Convention, qui a trait au droit à la demande d'une satisfaction équitable dans le cas où le droit interne n'aurait pas satisfait une telle demande⁸¹.

Une quatrième requête, déposée par l'ancien maire de la ville de Grande Synthe en France (en continuité de l'affaire de Grande Synthe devant le Conseil d'Etat français), a été auditionnée en mars 2023⁸². Dans cette requête, Monsieur Carême demande à ce que la CourEDH reconnaisse que la France a violé son droit à la vie et à la vie privée et familiale du fait de l'insuffisante prise en compte de sa vulnérabilité climatique face au risque d'immersion marine.

Reste à savoir comment la CourEDH entendra ces requêtes et saura y répondre. Si la question d'un droit à un environnement sain a souvent été résolue par les juges de

com/2020/09/03/six-portuguese-youth-file-unprecedented-climate-lawsuit-33-countries> (31.8.2021) ; KOBYLARZ (2022) ; TORRE-SCHAUB, (Blog européen 2023).

77 CourEDH, affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, Audience du 29.3.2023, en attente de décision ; REICH/HAUSAMMANN/BOSS ; <<https://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/european-court-of-human-rights>> (23.0.2023) ; KOBYLARZ.

78 Ce recours avait été d'abord présenté devant les juridictions suisses en 2016. Il a été ensuite déposé devant la CourEDH le 27 octobre 2020 affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*.

79 CourEDH, affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, Requête n°53600/20 du 27.10.2020.

80 Requête déposée le 25.3.2021, affaire *X. c. Autriche*, disponible sous : <<https://www.michaelakroemer.com/wp-content/uploads/2021/04/rechtsanwaeltin-michaela-kroemer-klimaklage-petition.pdf>> (31.8.2021).

81 L'article 41 de la Convention dispose que la Cour n'accorde une satisfaction équitable que si le droit interne ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences d'une violation et que s'il y a lieu de le faire.

82 CourEDH, affaire *Carême c. France*, requête n°7189/21 ; TORRE-SCHAUB (Verfassungsblog 2022).

Strasbourg par le biais d'une violation des articles 2 et 8 précités, reste que la voie ouverte par l'article 41 en lien avec le changement climatique propose de nouvelles opportunités aux plaignants et entame une nouvelle tendance contentieuse devant les juges de la CEDH. De même, la question de l'invocation de l'article 14 sur le droit à la non-discrimination peut être prometteuse. Toutefois, l'invocation de la violation des droits de la CEDH devant les juridictions internes n'a pas encore donné de résultats concluants, à l'exception de l'affaire *Urgenda* en appel (2018). De ce fait, si ces différents recours qui se développent sont intéressants sur le plan de l'ouverture de la Cour de Strasbourg à la question climatique, ils ne sont pour l'heure qu'au stade expérimental⁸³.

- 6.46 Il n'en demeure pas moins que l'un des aspects forts des litiges fondés sur des droits fondamentaux réside dans le fait qu'existe un degré élevé d'homogénéité entre les régimes fondés sur ces droits⁸⁴. Les droits couramment contestés, tels que le droit à la vie, le droit à la propriété, les droits des enfants, le droit à la culture ou encore le droit à la non-discrimination sont essentiellement universels. Par conséquent, nonobstant les différences juridictionnelles, il y aura sans doute un degré élevé de transférabilité de la jurisprudence sur ce sujet à travers les pays et le monde⁸⁵.

b) Recours fondés sur les droits constitutionnels

- 6.47 Au niveau national, les cas les plus récents peuvent être considérés comme un composé de ces différentes tendances. La décision de la Cour constitutionnelle allemande de mars dernier défendant les droits et libertés de la jeunesse et des générations futures et tendant à considérer comme inconstitutionnelle la loi sur le climat est ainsi la plus remarquable⁸⁶. Il s'agit d'une affaire fondée sur les droits constitutionnels articulés de manière audacieuse et innovante sur les objectifs du droit international fixés par l'Accord de Paris. Plus important encore, la décision des juges constitutionnels est fondée sur des données scientifiques spécifiques concernant le fait que les générations futures ne pourront pas vivre avec la même liberté et les mêmes opportunités en termes de qualité de vie, de dignité et de bien-être que les générations présentes. Il s'agit bien ici d'une affaire stratégique posant comme modèle la question du « long terme » et des « générations futures »⁸⁷.

83 Dans ce sens, TORRE-SCHAUB/LE BRIS ; v. également, PEDERSEN.

84 TORRE-SCHAUB (Justice climatique, nouvelles tendances 2021) ; v. également, TORRE-SCHAUB/LE BRIS ; TORRE-SCHAUB (Verfassungsblog 2022) ; TORRE-SCHAUB (Blog européen 2023).

85 Dans ce sens, TORRE-SCHAUB (Justice climatique, nouvelles tendances 2021).

86 Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

87 Voir l'intervention de FELIX ECKARD, How can climate litigation help fighting climate change ?, dans le webinar organisé par l'IDDRI le 9.6.2021, disponible sous : <<https://www.sciencespo.fr/evenements/?event=how-can-climate-litigation-help-fighting-climate-change>> (31.8.2021) ; également, les commentaires de SAIGER ANNA-JULIA.

Plus récemment, le 14 août 2023, le tribunal de district de l'Etat de Montana aux Etats-Unis a rendu une importante décision reconnaissant un « droit à un environnement sain » fondé sur la Constitution de l'Etat de Montana. Dans ce litige, un groupe de jeunes avait déposé une requête exigeant que la loi environnementale du Montana soit déclarée inconstitutionnelle dans la mesure où, pour eux, cette loi contenait de dispositions qui violaient leurs droits fondamentaux, dont leur droit à la santé, à la vie et à un environnement sain⁸⁸. 6.48

c) Une troisième tendance qui s'affirme avec force est celle des litiges mettant en avant le *devoir de diligence*, voire même de vigilance⁸⁹, des acteurs privés⁹⁰. L'exemple le plus emblématique – unique en Europe pour l'heure – est la décision *Shell* datant de juin 2021. Le recours déposé aux Pays-Bas en mai 2019 par le groupe environnemental Milieudefensie, en assignant la société Shell à comparaître en justice, alléguait que la contribution de cette société commerciale au changement climatique violait son obligation de diligence en vertu de la loi néerlandaise ainsi que ses obligations en matière de droits humains⁹¹. Les plaignants demandaient au tribunal d'obliger à la société en cause à réduire ses émissions de CO² de 45 % d'ici 2030 par rapport au niveau de 2010 et de les réduire à 0 d'ici 2050, conformément à l'Accord de Paris. Dans ce recours, les plaignants étendaient l'argument du *Duty of Care* aux entreprises privées, affirmant que, compte tenu des objectifs de l'Accord de Paris et des preuves scientifiques, Shell se devait de prendre des mesures pour réduire ses émissions de gaz à effet de serre. Argument repris de la célèbre affaire Urgenda, qui s'était appuyé sur ce devoir de diligence (*duty of care*) pour fonder la responsabilité de l'Etat néerlandais en matière climatique, la décision *Shell* se dirige cependant à une entreprise privée. Dans ce recours, les plaignants ne cherchaient pas à obtenir une compensation financière, mais ils demandaient à la société d'ajuster son modèle commercial afin de maintenir la hausse de la température mondiale en dessous de 1,5 degré Celsius. Ce recours tendait ainsi à renforcer les engagements du secteur privé. En effet, une entreprise qui contrôle son activité a une « sphère d'influence » certaine qui doit dès lors, de manière exponentielle, aller de pair avec une augmentation de ses responsabilités et devoirs vis-à-vis des consommateurs, des parties prenantes et de la société tout entière. Cette jurisprudence ouvre une nouvelle voie dans la manière dont les différents instruments juridiques internationaux ont été utilisés au niveau national, jouant également un rôle important dans le droit climatique néerlandais. Grâce à cette approche, l'impact juridique de l'Accord de Paris est certain. Ce sont en effet ses objectifs généraux qui ont guidé l'interpré- 6.49

88 TORRE-SCHAUB (Blog européen 2023).

89 STEVIGNON/TORRE-SCHAUB (2022).

90 V. les contributions de D'AMBROSIO ; ILCHEVA ; STEVIGNON/TORRE-SCHAUB ; TORRE-SCHAUB ; TRÉBULLE.

91 *Rechtbank Den Haag, arrêt Milieudefensie et al c. Royal Dutch Shell* du 26.5.2021, n°C/09/571932/HA ZA 19-379 ; WONNEBERGER/VLIEGENTHART.

tation du tribunal néerlandais. Cette décision aura sans doute des implications importantes pour le droit de la responsabilité des acteurs privés⁹².

- 6.50 Comme indiqué précédemment toutefois (§ x33 supra), cette tendance aussi prometteuse soit-elle, elle peine encore à se développer car d'une part, peu de pays possèdent de lois permettant d'exiger des plans de vigilance aux grands groupes pétroliers. D'autre part, et à l'intérieur de l'Union européenne, lorsque la directive européenne sur le devoir de vigilance entrera en vigueur, il sera nécessaire que les Etats transposent le dispositif dans leurs droits internes. Il faudra ainsi compter plusieurs années avant que ce dispositif devienne opérationnel. A l'extérieur de l'Union européenne, (y compris par exemple le Royaume-Uni) il n'y a pas encore de mécanisme juridique permettant de contrôler en amont les activités de grands groupes de sociétés.

2. Une diversification de la typologie actuelle

- 6.51 En parallèle, un activisme judiciaire se constitue, visant à agir plus rapidement sur les causes du changement climatique : les émissions de gaz à effet de serre liées à des projets, également identifiées sous le vocable de projets « climaticides »⁹³. La contestation de ces projets constitue ainsi un nouveau pilier de la stratégie des recours climatiques actuels qui prennent de plus en plus d'ampleur⁹⁴.
- 6.52 À l'étranger, les cas sont nombreux et les juges n'y répondent pas de la même façon, notamment quant à la question du lien de causalité entre le réchauffement global et les émissions locales des projets. Ainsi, en Australie, pays pionnier en matière de contentieux climatique, le Tribunal des affaires foncières et environnementales de l'État de Nouvelle-Galles du Sud⁹⁵ avait été saisi à propos de la légalité du refus de délivrance par le ministère de l'autorisation d'exploiter une mine de charbon. L'évaluation environnementale préalable au dépôt d'une telle demande doit notamment intégrer une quantification des émissions de GES liées au projet. Le juge rappelle que la jurisprudence de la Cour fédérale australienne impose une évaluation des émissions directes et indirectes

92 VAN ASSELT HARRO *et al.*

93 H. C. of South Africa, affaire *Trustees for the time being of Groundwork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower (Pty) Ltd, and others* du 5.9.2017, n°54087/17 ; H. C. of South Africa, affaire *Earth Life Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and others* du 8.3.2017, n° 65662/16 ; Dist. C. of Łódź, Client, affaire *Earth v. Polska Grupa Energetyczna*, recours interposé en 2019 ; H. C. of Justice, affaire *The Queen on application of Richard Spurrier v. Heathrow airport and others* du 1.5.2019, EWHC 1070 ; voir sur ce sujet TORRE-SCHAUB (Les procès climatiques à l'étranger 2019), 665 ss.

94 L'expression « projet climaticide » a été utilisée pour la première fois en France par le réseau « Agir pour l'environnement » en 2018 déjà, cf. déclaration disponible sous : <<https://v3.agirpourenvironnement.org/campagnes/c31carte.htm>> (31.8.2021). Elle est reprise par exemple par MONNIER, 32-35.

95 T. des affaires foncières et environnementales de l'État de Nouvelle-Galles du Sud, affaire *Gloucester Resources Limited v Minister for Planning* du 8.2.2019, NSWLEC 7 ; THUILLIER (2019) ; THUILLIER (2021).

de GES qui peuvent être raisonnablement imputées à l'activité. Le juge établit ainsi l'existence d'un lien de causalité entre les émissions cumulées de GES par le projet et le réchauffement climatique global, justifiant notamment le rejet de la requête.

Au Chili, dans une affaire relative à la contestation de l'évaluation de l'impact environnemental d'un projet de sablage au charbon⁹⁶, les demandeurs soulignaient l'absence de prise en compte des impacts climatiques. Visant les engagements climatiques chiliens, notamment l'Accord de Paris, les demandeurs arguaient que les autorités n'avaient pas pris en compte l'impact de l'exploitation du charbon sur le climat. Le juge rejette la requête sur ce point précis : d'une part, le Chili, étant donné son statut d'État en développement, n'est pas contraint par les objectifs chiffrés, et d'autre part, quand bien même ces objectifs seraient contraignants, rien n'impose, à droit constant, la prise en compte du changement climatique dans les évaluations environnementales. Dès lors, si le contenu des évaluations environnementales intègre les impacts climatiques, le juge chilien procèdera à un contrôle plus approfondi. 6.53

En Afrique du Sud, dans l'affaire *Earthlife Africa Johannesburg*, le juge a condamné le défaut de considération des incidences des changements climatiques lors de la délivrance de l'autorisation « environnementale » du projet d'une centrale thermique à charbon (Thabametsi Power Project) par les autorités publiques⁹⁷. En l'espèce, la Cour a ordonné la suspension de l'autorisation environnementale jusqu'à ce que la direction du Ministère de l'environnement décide, après une évaluation climatique, soit de renvoyer l'autorisation environnementale pour réexamen, soit de la refuser, soit de la confirmer. 6.54

En France, la contestation de ce type de projets s'appuie également sur l'insuffisance de l'étude d'impact au regard des effets prévisibles environnementaux et désormais climatiques⁹⁸. Ce nouveau champ de l'action climatique était prévisible, dès lors que le champ des installations susceptibles de générer directement ou indirectement des GES visées par une étude d'impact préalable à leurs autorisations administratives est relativement large⁹⁹. Il n'en est toutefois qu'à ses prémises. Ainsi, le climat est apparu pour la pre- 6.55

96 Tercer Tribunal Ambiental Valdivia República de Chile, affaire *Grez et al. v. Environmental Evaluation Service of Chile* du 20.8.2019, n°22035.

97 H. C. of South Africa, affaire *Earth Life Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and others* du 8.3.2017, n°65662/16 ; voir également C. constit. de Colombia, *Expediente D-10864* du 8.2.2016, n°C-035/16.

98 HÉBRARD ; voir TORRE-SCHAUB (Rapport 2019) ; également l'affaire en cours contre le projet Europa city, T. admin. de Cergy-Pontoise, affaire *Collectif pour le triangle de Gonesse et autres* du 6.3.2018, n° 1610910 et n° 1702621 ; T. admin. de Cergy-Pontoise, affaire *France nature environnement et autres* du 12.3.2019, n° 1711065 ; C. appel de Versailles, affaire *EuropaCity Triangle de Gonesse* du 11.7.2019, n°18VE01634, ainsi que la future affaire contre le terminal 4 de l'aéroport Charles de Gaulle et l'affaire de l'élargissement de l'aéroport de Nice. On pense également au recours Greenpeace contre Total « huile de palme » et au recours Greenpeace contre France dans l'affaire des forages en mer de Guyane, cité en exemples par MONNIER, 32-35.

99 Code de l'environnement, art. L. 121-1 II.

mière fois dans le contenu de l'étude d'impact française fin 2011¹⁰⁰, identifié comme l'un des « facteurs susceptibles d'être affectés de manière notable par le projet »¹⁰¹, l'étude d'impact devant envisager « les incidences notables du projet sur le climat et la vulnérabilité du projet au changement climatique »¹⁰². Notons que le climat ne sera étudié que si des impacts, directs ou indirects, sont « notables ». Cette inscription dans la législation est déterminante. Ainsi, dans le cadre du contentieux du projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, les requérants soulevaient notamment le caractère lacunaire du document d'incidences accompagnant le dossier de demande d'autorisation de l'aménagement d'une plateforme aéroportuaire et du programme viaire « sur la prise en compte des changements climatiques ». Or, au regard de la législation en vigueur, le juge s'est contenté d'écarter ce moyen¹⁰³.

- 6.56 À l'heure actuelle, deux décisions retiennent l'attention en France quant au nouvel état du droit en la matière. En février 2019, le Tribunal administratif de Cergy a rejeté un recours en référé déposé par la commune de Sinnamary, demandant au juge d'annuler l'autorisation de permis de forage en Guyane accordée préalablement à Total par le préfet de Guyane¹⁰⁴. La commune arguait notamment de l'insuffisance de l'étude d'impact quant à la question des effets des forages sur le climat, élément non discuté par le juge saisi en référé¹⁰⁵. Dans l'affaire de l'autorisation de la création de la ZAC du Triangle de Gonesse¹⁰⁶, le juge, sans se référer directement au climat, fait quand même état de plusieurs insuffisances de l'étude d'impact ayant directement un lien avec des facteurs du changement climatique. Les impacts climatiques ne sont donc pas encore identifiés par les juges français comme une donnée quantitative à rattacher aux engagements climatiques nationaux, mais sont liés à l'information dont doit disposer l'administration pour prendre sa décision, sans que le juge ne puisse interférer dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration¹⁰⁷. Il s'agit donc d'une nouvelle tendance qu'il convient de suivre attentivement. Comme l'indiquent Marthe Lucas et Pauline Bozo, les études d'impact sont en train de devenir un outil important permettant au juge administratif

100 Décret n°2011-2019 du 29.12.2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements, JORF n°302 du 30.12.2011 ; CE, affaire *Alsace Nature* du 17.3.2010, n°314114.

101 Code de l'environnement, art. R122-5 C.

102 Code de l'environnement, art. 122-1 III et R122-5 C.

103 C. appel de Nantes, affaire *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes (ACIPA) et autres* du 14.11.2016, n°15NT02883, 15NT02884, 15NT02864 ; C. appel de Nantes, affaire *Sepanso Béarn Pyrénées* du 9.4.2013, n°10BX00624.

104 T. admin. de Cergy-Pontoise, ordonnance du 1.2.2019, n°1900066 ; voir également les recours déposés par les ONG : MONNIER et les réf. citées.

105 Voir notamment ROTOUILLIÉ, 644 ss.

106 T. admin. de Cergy-Pontoise, affaire *Collectif pour le triangle de Gonesse et autres* du 6.3.2018, n° 1610910 et n° 1702621.

107 C. appel de Nancy, affaire *SA Union française des pétroles* du 4.11.1993, n°92NC00611 ; CE, affaire *Société OCREAL* du 14.10.2011, n°323257 ; CE, décision du 23.12.2011, n°335033.

de contrôler l'activité d'un projet et ses incidences sur le changement climatique¹⁰⁸. Il s'agit toutefois, et comme l'explique Pauline Bozo, d'un contrôle souvent très limité.

Ainsi, peut-on voir que le nouveau contentieux stratégique sur le changement climatique est évolutif, innovant et de plus en plus audacieux¹⁰⁹. Il s'agit, comme nous l'indiquions déjà en 2019, des dynamiques vertueuses qui provoquent souvent de changements positifs dans les politiques climatiques au niveau national. Ces dynamiques, si elles permettent de tisser de liens transfrontières et transnationaux entre les différents pays et régions du monde, ne dépassent pas encore le cadre national. Pour cette raison, il est important de suivre de près les affaires en cours devant la CEDH, ainsi que la demande d'avis déposée par la Colombie devant la Cour Interaméricaine des droits de l'homme en 2023. De même, une demande d'avis consultatif est en cours devant la Cour internationale de Justice, déposée par le Vanuatu et d'autres pays. Le Tribunal International de la Mer a été récemment sollicité également pour émettre un avis sur les obligations des Etats en matière climatique sous le droit international de la Mer. 6.57

On le voit bien, aucun pays n'agit seul sur le changement climatique. Cependant, les pays diffèrent dans leur approche de la politique climatique. Certains s'appuient sur des actes législatifs du Parlement et d'autres sur des décrets ou des documents de politique stratégique tendant à renforcer la confiance mutuelle dans les efforts individuels de chaque pays. À terme, cela permettra d'augmenter les contributions déterminées au niveau national que les pays se sont engagés à verser dans le cadre de l'Accord de Paris. Cela conduira sans doute également à renforcer l'aspect contraignant de l'Accord de Paris. Dans ce sens, les réponses aux différentes demandes d'avis consultatif au niveau de cours régionales et de tribunaux internationaux sont très attendues, voire espérées. 6.58

108 LUCAS ; BOZO.

109 HAUTEREAU-BOUTONNET (2021).

§ 7 Notre Affaire à Tous et « l'arme du droit ». Le combat d'une ONG pour la justice climatique.

Christel Cournil*

Table des matières

I.	Introduction	174
II.	L'action par le discours sur la fabrique des normes : défendre une obligation de lutte climatique	178
1.	Discuter la loi : la « contribution extérieure » de <i>Notre Affaire à Tous</i> devant le Conseil Constitutionnel	178
2.	Renforcer la norme suprême : l'activisme constitutionnel pour affermir l'obligation de lutte climatique	181
III.	L'action par le procès « stratégique » : <i>Notre Affaire à Tous</i> , « vigie » de la justice climatique	183
1.	Faire constater l'inaction étatique : l'initiatrice de <i>l'Affaire du siècle</i>	184
2.	Faire reconnaître une vigilance climatique aux entreprises privées : l'initiatrice de l'affaire Total	188
3.	Contester les projets « climaticides » en territorialisant la lutte climatique	192
IV.	Conclusion	196

Bibliographie

ALLAN JEN IRIS/HADDEN JENNIFER, Exploring the framing power of NGOs in global climate politics, *Environmental Politics* 26 (2017), 600 ss ; ARTS BAS, The political influence of global NGOs : case studies on the climate and biodiversity conventions, Université du Michigan 1998 ; BECKER ERIC, The influence of environmental NGOs in the global society, *Butler Journal of Undergraduate Research* 2 (2016) ; BERNY NATHALIE, *Défendre la cause de l'environnement : Une approche organisationnelle*, Rennes 2019 ; BÉTAILLE JULIEN, Inscrire le climat dans la Constitution : une fausse bonne idée pour de vrais problèmes, *Revue Droit de l'environnement* 2018, 130 ss ; BETSILL MICHELE M./CORELL ELISABETH (éd.), *NGO Diplomacy : The influence of non-governmental organizations in international environmental negotiations*, Cambridge (Massachusetts) 2008, 244 ss (cité : BETSILL/CORELL, *NGO Diplomacy*) ; BETSILL MICHELE M./CORELL ELISABETH, NGO influence in international environmental negotiations : a framework for analysis », *Global environmental politics* 1 (2001), 65 ss (cité : BETSILL/CORELL, *NGO Influence*) ; BRAUD FRANÇOIS, Annulation de la ZAC du Triangle de Gonesse pour négligence dans la prise en compte de l'enjeu climatique, l'audace mesurée du juge administratif, *Gazette du Palais* 2018, 29 ss ; BURGERS LAURA, Should Judges Make Climate Change Law ?, *Transnational Environmental Law* 9 (2020), 55 ss ; CANALI LAURA, « Contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspective »,

* Professeure des universités de droit public ; Membre du LASSP Université de Toulouse, Sciences Po Toulouse, Université Toulouse Capitole, France ; membre du projet PROCLIMEX. Cette recherche a été financée, en tout ou partie, par l'agence nationale de la recherche (ANR) au titre du projet ANR-21-CE03-0011-01. Les propos de l'auteure, enseignante-chercheuse, mais aussi administratrice de l'association *Notre Affaire à Tous*, résultent tant de recherches académiques, d'entretiens réalisés dans le cadre des projets de recherche CLIMARM et PROCLIMEX que de la participation observante au sein de la structure étudiée, avec les biais qui peuvent en retourner.

in Cournil/Varison (éd.), *Les procès climatiques, Entre le national et l'international*, Paris 2019 ; CANALI LAURA/MALVIYA CHETNA, *Les procès fictifs, une réaction pertinente à l'inapplication du droit ?*, *in* Le Bœuf/Le Bot, *L'inapplication du droit*, Aix-en-Provence 2020, 233 ss ; CASSAN-BARNEL SANDY, Chapitre 22 : *Indigenous Environmental Network c. US Department of State (2018-2019)*, *in* Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques, Aix-en-Provence 2020* ; CHANSIGAUD VALÉRIE, *Les combats pour la nature : De la protection de la nature au progrès social*, Paris 2018 ; COMMAILLE JACQUES/DUMOULIN LAURENCE, *Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines : Une sociologie politique de la « judiciarisation »*, *L'Année sociologique* 59 (2009), 63 ss ; Cournil Christel (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques, Aix-en-Provence 2020* (cité : Cournil, *Les grandes Affaires Climatiques*) ; Cournil Christel, *Les ONG et « l'arme du droit » pour tenir la trajectoire de réchauffement en deçà d'1.5 degrés*, *in* Cournil (éd.), *La fabrique d'un droit climatique pour construire un monde à 1.5*, Paris 2021, 393 ss (cité : Cournil, *Les ONG et l'arme du droit*) ; Cournil Christel/Fleury Marine, *De « l'Affaire du siècle » au « casse du siècle » ?*, *La Revue des droits de l'homme* 2021 ; Cournil Christel/Mougeolle Paul/Dziumak Maria/Birchen Ugo, *Amicus Curiae présenté auprès de la Grande Chambre de la Cour EDH dans l'affaire Cláudia Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres Déf., req. n° 39371/20*, *La Revue des droits de l'homme*, n° 23, février 2023 ; Cournil Christel/Perruso Camila, *Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme : Émergence et pertinence*, *La Revue des droits de l'homme* 2018 (cité : Cournil/Perruso, *Réflexions*) ; Cournil Christel/Perruso Camila, *Le climat s'installe à Strasbourg. Les enseignements des premières requêtes portées devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, *Observateur de Bruxelles* (2021), 24 ss (cité : Cournil/Perruso, *Le climat*) ; Cournil Christel/Varison Leandro (éd.), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Paris 2018 ; Cournil Christel/Le Dyllo Antoine/Mougeolle Paul, *L'affaire du siècle : entre continuité et innovations juridiques*, *AJDA* 2019, 1864 ss ; D'Ambrosio Luca, *Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures*, *Droit et société* 106 (2020), 633 ss ; D'Ambrosio Luca/Barraud de Lagerie Pauline, *La responsabilité des entreprises reformulée par la loi : un regard pluridisciplinaire : Présentation du dossier*, *Droit et société* 106 (2020), 623 ss ; Delzangles Hubert, *Le premier « recours climatique » en France : une affaire à suivre !*, *AJDA* 2021, 217 ss ; Duthoit Louis, Chapitre 33 : *Milieudefensie et autres c. Shell* (2019), *in* Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques, Aix-en-Provence 2020* ; Duwe Matthias, *The climate action network : A glance behind the curtains of a transnational NGO network*, *RECIEL* 10 (2001), 177 ss ; Fabregoule Catherine, Chapitre 32 : *Greenpeace Pays-Bas, Oxfam Novib, Banktrack et Milieudefensie contre ING* », *in* Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques, Aix-en-Provence 2020* ; Faraco Benoît, *Les organisations non gouvernementales et le réchauffement climatique*, *Écologie & politique* 2 (2006), 71 ss ; Fleury Marine, Chapitre 23 : *Affaires du Triangle de Gonesse* (2019), *in* Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques, Aix-en-Provence 2020* ; Gambardella Sophie, *Les organisations non gouvernementales au sein du contentieux international relatif à l'environnement : un chemin semé d'embûches*, *RJE HS19/2019*, 9 ss ; Gatet Antoine (dir.), *50 ans de contentieux de l'environnement. L'apport du mouvement associatif*, *RJE* 2019 ; Gossement Arnaud, *Révision de la Constitution : des propositions pour renforcer la place de l'environnement*, 2018 ; Gulbrandsen Lars H./Andresen Steinar, *NGO influence in the implementation of the Kyoto Protocol : Compliance, flexibility mechanisms, and sinks*, *Global environmental politics* 4 (2004), 54 ss ; Haeringer Nicolas, *Le défi climatique*, *in* Badie/Vidal (éd.), *Fin du leadership américain ? L'état du monde* 2020, Paris 2019, 214 ss ; Hautereau-Boutonnet Mathilde, *Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance* », *Revue des contrats* 2019, 99 ss ; Heede Richard, *Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010 Methods and Results Report*, *Climate Mitigation Services, Snowmass* 2013 ; Huglo Christian, *L'obligation climatique en France et l'affaire de Grande-Synthe*, *EEL* 2021 (cité : Huglo, *L'obligation climatique*) ; Huglo Christian, Chapitre 10 : *Commune de Grande-Synthe et Damien Carême c. l'État français*, *in* Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques, Aix-en-Provence 2020* (cité : Huglo, Chapitre 10) ; Huglo Christian, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, *Bruxelles* 2018 ; Israël Liora, *L'arme du droit*, Paris 2020 ; Jegede Ademola Oluborode, *Arguing the Right to a Safe Climate under the UN Human Rights Sys-*

tem, IHRL 9 (2020), 184 ss ; KNOX JOHN H./PEJAN RAMIN, *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge (R.-U.) 2018 ; LAIGLE LYDIE, *Justice climatique et mobilisations environnementales*, VertigO 19 (2019) ; LAVALLÉE SOPHIE, *Les organisations non gouvernementales, catalyseurs et vigiles de la protection internationale de l'environnement ?*, in Canal-Forgues (éd.), *Démocratie et diplomatie environnementales : Acteurs et processus en droit international*, Paris 2015, 65 ss ; LAVOREL SABINE, *Le rôle des juges dans l'émergence d'une responsabilité climatiques des États*, RJE 2021, 37 ss ; LE DYLIO ANTOINE, Chapitre 21 : *Greenpeace Nordic Ass'n et Nature and Youth c. Ministry of Petroleum and Energy (2018-2020)*, in Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques*, Aix-en-Provence 2020 ; LÉOST RAYMOND/PIEDERRIÈRE MORGANE, *La contribution de France Nature Environnement à l'élaboration de la loi Grenelle 2*, RJE 5 (2010), 13 ss ; MABILE SÉBASTIEN/DE CAMBIAIRE FRANÇOIS, *L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises en matière de changement climatique*, EEI 2019 ; MALJEAN-DUBOIS SANDRINE, *La « gouvernance internationale des questions environnementales » : les ONG dans le fonctionnement institutionnel des conventions internationales de protection de l'environnement*, in Boisson de Chazournes/Mehdi (éd.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles 2005, 94 ss ; MAY JAMES R. et DALY ERIN, *Can the U.S. Constitution Encompass a Right to a Stable Climate ? (Yes, it Can.)*, *UCLA Journal of Environmental Law and Policy* 39 (2021), 27 ss ; McCANN MICHAEL, *Law and social movements : Contemporary perspective*, *Annuaire Review of Law and Social Science* 2 (2006), 17 ss ; MORIN JEAN-FRANÇOIS/ORSINI AMANDINE, *Politique internationale de l'environnement*, Paris 2015 ; MOUGEOLLE PAUL, Chapitre 34 : *Notre Affaire à Tous et autres c. Total* (2020), in Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques*, Aix-en-Provence 2020 ; MOUGEOLLE PAUL, Chapitre 24 : *Affaires des extensions des aéroports de Vienne et Londres*, in Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques*, Aix-en-Provence 2020 (cité : MOUGEOLLE, Chapitre 24) ; NASIRITOUSI NAGHMEH, *NGOs and the Environment*, in Davies (dir), *Routledge Handbook of NGOs and International Relations*, Londres 2019 ; NASIRITOUSI NAGHMEH/HJERPE MATTIAS/LINNÉR BJORN-OLA, *The roles of non-state actors in climate change governance : Understanding agency through governance profiles*, *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics* 16 (2016), 109 ss ; OLIVIER JULIETTE, *Les nouveaux acteurs du droit de l'environnement : Le rôle de l'UICN dans l'élaboration du droit de l'environnement*, *Revue européenne de Droit de l'Environnement* 2005, 274 ss ; OLLITRAULT SYLVIE, *Les ONG, des outsiders centraux des négociations climatiques ?*, *Revue internationale et stratégique* 109 (2018), 135 ss (cité : OLLITRAULT, *Les ONG*) ; OLLITRAULT SYLVIE, *Militer pour la planète : sociologie des écologistes*, Rennes 2008 (cité : OLLITRAULT, *Militer*) ; OLLITRAULT SYLVIE/VILLALBA BRUNO, *Sous les pavés, la Terre : Mobilisations environnementales en France (1960-2011), entre contestations et expertises*, in Pigenet/Tartakowsky (éd.), *Histoire des mouvements sociaux en France : De 1814 à nos jours*, Paris 2014, 716 ss ; OWONA DANIEL, Chapitre 19 : *Earthlife Africa Johannesburg c. ministère des Affaires environnementales et autres* (2017), in Cournil (éd.), *Les grandes Affaires Climatiques*, Aix-en-Provence 2020 ; PARANCE BÉATRICE/GROULX ELISE/CHATELIN VICTOIRE, *Devoir de vigilance : Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care*, *Journal du droit international* 2018, 9 ss ; RADIGUET RÉMI, *Objectif de réduction des émissions de gaz... à effet normatif ?*, *JCP A* 2020, 28 ss ; RIAS NICOLAS, *Quel rôle pour le devoir de vigilance dans la responsabilité climatique ?*, in Hautereau-Boutonnet/Porchy-Simon (éd.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Paris 2019, 170 ss ; TORRE-SCHAUB MARTA, *Les dynamiques du contentieux climatique : Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne 2019 ; TREBULLE FRANÇOIS-GUY, *Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ?*, EEI 2018, 26 ss ; VARVASTIAN SAM, *The Human Right to a Clean and Healthy Environment in Climate Change Litigation*, MPIL, Research Paper n°2019-09, 18 ss ; VEDEL GEORGES, *L'accès des citoyens au juge constitutionnel : La porte étroite*, La vie judiciaire 1991.

I. Introduction

- 7.1 L'histoire des mouvements sociaux notamment des altermondialistes et celle des « combats pour la nature »¹ ont illustré combien au fil du vingtième siècle², une partie de la société civile a pris une place croissante en instaurant un rapport de force au sein du jeu politique, en influant sur les politiques environnementales, mais aussi progressivement sur l'opportunité, le contenu des cadres législatifs et réglementaires ou encore en « contrôlant » leur effectivité. Au plan international, les travaux des chercheurs en sciences politiques³ ont démontré la richesse de ces répertoires d'actions notamment lors des grandes négociations internationales relatives aux changements climatiques et plus largement l'intensité du rôle de ces acteurs non étatiques dans la gouvernance climatique⁴.
- 7.2 Les répertoires d'action des organisations non gouvernementales de protection de l'environnement (ONGE) se déclinent souvent par des actions de terrain aussi singulières que médiatiques. Ils ne se résument plus à des actions d'activistes ; bien au contraire leurs répertoires d'actions collectives⁵ se sont enrichis, ces dernières années, en se professionnalisant⁶ toujours plus. Ces ONGE ont affiné leurs stratégies⁷ d'abord plutôt tournées vers l'international puis le micro-local dans les années 80 et 90 et se sont ensuite focalisées sur la contestation des politiques publiques nationales et locales et leurs effets. En une vingtaine d'années, elles ont ainsi développé de réelles capacités d'expertise par exemple en sensibilisant le politique à la science⁸, mais aussi des capacités d'influence dans la construction, la mise en œuvre ou le renforcement du droit de l'environnement⁹ à la fois par la protestation, la persuasion, la pression et l'expertise.
- 7.3 Benoît Faraco a illustré combien la question climatique a bousculé le répertoire d'actions des ONGE¹⁰. Certaines se sont spécialisées dans la lutte climatique en se coalisant pour mener une action transnationale dans le domaine. C'est le cas du *Climate Action Network*¹¹ (Réseau Action Climat), qui est l'ONG la plus ancienne sur le sujet ou de *Climate Justice Action* créée en 2009 et de *Climate Justice Now !* fondée en 2007. Face à l'urgence climatique, les registres d'actions collectives des ONGE se sont très largement

1 CHANSIGAUD.

2 OLLITRAULT/VILLALBA, 716-723.

3 ARTS ; BECKER ; BETSILL/CORELL, NGO Diplomacy.

4 NASIRITOUSI/HJERPE/LINNÉR, 109-126 ; NASIRITOUSI.

5 Au sens de Charles Tilly qui a théorisé sur le répertoire d'action collective dans le cadre des mobilisations contestataires.

6 OLLITRAULT, Les ONG, 135-143.

7 Pour une étude de cas de 5 organisations françaises : les Amis de la Terre, France Nature Environnement, Greenpeace, la Ligue de protection des oiseaux et le WWF France, voir BERNY.

8 MORIN/ORSINI.

9 LAVALLÉE, 65-94 ; COURNIL, Les ONG et « l'arme du droit ».

10 FARACO, 71-85.

11 Sur le fonctionnement interne du *Réseau Action Climat*, voir DUWE, 177.

fédérés autour d'actions « coup de poing »¹², des actions de plaidoyer/lobbying direct ou indirect dans le façonnement des politiques publiques ou des cadres légaux, des actions d'expertise, d'information et d'éducation¹³ du public, mais aussi des procès d'opinions¹⁴ sur les enjeux climatiques et des actions judiciaires¹⁵ devant des juges nationaux¹⁶ et régionaux¹⁷. Et dernièrement, on a assisté à des formes singulières d'actions contestataires autour de l'urgence climatique ; parfois très symboliques comme celles menées par *Alternatiba* ou par « les décrocheurs » des portraits d'Emmanuel Macron du collectif *ANV-COP21* pour dénoncer l'insuffisance du Président français en matière de lutte climatique. Depuis 2018 avec le lancement d'*Extinction Rébellion* (XR), par des activistes et intellectuels anglais, des actions de mobilisation de désobéissance civile de masse fondées sur les théories de l'effondrement et sur l'urgence climatique bloquent des points stratégiques pour l'économie mondiale et ainsi cherchent à pousser les gouvernements à agir plus¹⁸.

En France, les associations de défense de l'environnement ont bien compris la force de « l'arme du droit »¹⁹, celle-ci devenant une énième corde à leur arc. En se diversifiant²⁰, leurs répertoires d'action collective se sont progressivement juridicisés et judiciarisés. Certaines ont mis en place des actions particulièrement sophistiquées en recourant au droit²¹ comme un moyen de contestation. Ces associations agissent sur les trois moments

7.4

12 Voir l'action « Libérons le Louvre » sur la sortie des énergies fossiles de l'ONG 350 org, disponible sous : <https://france.zerofossile.org/louvre/> (21.5.2021).

13 On signalera ici l'association en France *Fresque du Climat* qui sensibilise les scolaires et le grand public sur le Rapport du GIEC.

14 Voir les tribunaux climatiques d'opinion d'OXFAM qui, entre 2009 et 2010, auraient impliqué plus de 1,6 millions de personnes dans plus de 36 pays, parmi lesquels l'Éthiopie, le Kenya, le Brésil, les Philippines, l'Inde et le Bangladesh. Le Tribunal *The people vs. Exxon Mobil* de N. Klein et B. McKibben organisé en parallèle de la COP21 à Montreuil ou encore le Tribunal *des peuples impactés par la finance* organisé deux jours avant l'ouverture du sommet international *Finance Climat* à Paris en 2017.

15 COURNIL/VARISON ; HUGLO, Contentieux climatique ; COURNIL, Les grandes affaires climatiques ; TORRE-SCHAUB.

16 Les recours devant les instances internationales sont néanmoins globalement peu ouverts et semés d'embûches pour les ONG, voir GAMBARDILLA, 9-26.

17 Voir en sens, la requête n° 39371/20 déposée devant la CourEDH le 3 septembre 2020, *Cláudia Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États* et la requête déposée devant la CourEDH le 26 novembre 2020, *Association Aînés pour la protection du climat c. Suisse*. Voir aussi COURNIL/PERRUSO, Le Climat. Voir les décisions récentes de la Cour CEDH, Gr. Ch., 9 avril 2024, CEDH, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c/ Suisse*, req. n° 53600/20 ; *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres (déc.)* req. n° 39371/20, *Carême contre France*, B. 7189/21

18 HAERINGER, 214-221.

19 ISRAËL.

20 OLLITRAULT, Militer.

21 Voir en ce sens les propos sur Jean-François Julliard sur l'utilisation du droit et du recours au juge chez Greenpeace France, Directeur exécutif de Greenpeace France à la clinique de droit de Sciences Po invité à la Table ronde *L'affaire du siècle, en questions !* en octobre 2019, disponible sous : <https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/fr/evenements/laffaire-du-siecle-en-question.html> (21.5.2021).

de la vie de la règle de droit. D'abord, lors de la phase pré-normative, elles participent souvent à alerter sur un enjeu singulier et peuvent alors édifier un discours sur les besoins de droit (nouveaux droits ou modifications du droit). Ensuite, dans la phase clef de l'élaboration²² de la norme, elles exercent au plan international une influence « discursive » avant et pendant les sessions, en cherchant à insérer des concepts, des mots dans les textes au sein des négociations internationales²³, à influencer sur le contenu des instruments négociés, par la diplomatie climatique²⁴ « des couloirs » lors des COP ou lors des phases de session et débats parlementaires nationaux²⁵ en impactant ainsi la fabrique du droit. Enfin, en aval, pour s'assurer de l'application de la norme juridique, de l'effectivité du droit de l'environnement, mais également de son efficacité, elles saisissent l'autorité judiciaire y compris pour influencer sur l'interprétation et le contenu des législations.

- 7.5 En somme, tant le recours au prétoire pour faire constater – par la figure du juge – les carences des acteurs publics ou privés que la production d'un discours sur le droit se sont considérablement développés au sein de certaines associations de défense du climat en France. En moins de cinq ans, l'activisme juridique sur le volet de la justice climatique est devenu particulièrement intense sous l'impulsion de la benjamine des associations : *Notre Affaire à Tous*. Son intention principale consiste à se créer une véritable place dans la fabrique du droit en orientant les cadres normatifs le plus possible afin d'obtenir des résultats probants et rapides pour renforcer la lutte climatique et ainsi contenir les effets des changements climatiques.
- 7.6 *Notre Affaire à Tous* est née d'un vide dans le paysage associatif français. Aucune association de juristes de protection de l'environnement ou de défense des droits de l'Homme ne s'était donné comme plaidoyer principal la défense des enjeux de justice climatique²⁶ et encore moins dans sa dimension judiciaire. C'est pour combler ce manque, et surtout pour tenter « d'importer » en France le contentieux gagné aux Pays-Bas par la fondation *Urgenda*, que Marie Toussaint²⁷ et d'autres jeunes juristes et avocats ont créé l'association en 2015. L'une des premières actions de l'association a alors été d'initier une demande préalable indemnitaire auprès du ministre de l'Environnement

22 Voir en ce sens, la place singulière prise par l'UCIN : OLIVIER, 274-296.

23 BETSILL/CORELL, *NGO Influence*, 65-85 ; GULBRANDSEN/ANDRESEN, 54-75.

24 Voir en ce sens le travail sur l'insertion des droits de l'Homme dans le régime climat et le travail du collectif *Human rights and climate change Working group*, disponible sous : <https://climaterights.org/> (21.5.2021) (entretien auprès de S. DUYCK).

25 LÉOST/PIEDERRIÈRE, 13. Voir en ce sens le récent travail du RAC sur le projet de la loi française *Climat résilience* de 2021 et « le climatomètre » sur le suivi parlementaire, disponible sous : <https://climatometre.org/> (21.5.2021).

26 Pourtant elle était bien représentée au plan international : la COP de Bali a constitué une première étape à la création du Mouvement pour la justice climatique qui établit la jonction entre les mouvements altermondialistes et les mouvements écologistes. En France, cette liaison s'est faite par la coalition « Urgence climatique, justice sociale ». Voir pour plus de détails sur le mouvement : LAIGLE.

27 Marie Toussaint est militante écologiste, juriste de l'environnement et depuis mai 2019 députée européenne du groupe Europe Écologie Les Verts.

pour carence fautive de l'État en pleine COP21, sans toutefois déposer *in fine* une requête devant le Tribunal administratif de Paris tant le défi de rédaction d'un tel recours demandait une longue phase de préparation. Puis pendant plus deux ans, l'association s'est structurée en montant en compétence sur le sujet avec la co-organisation en 2017²⁸ de l'un des premiers colloques internationaux sur les procès climatiques menés dans le monde et en devenant le partenaire français du recours climat européen *People Climate Case*²⁹ lancé par le *Climate Action Network*. Le travail sur l'un des premiers³⁰ procès climatiques mené en France contre l'État a démarré en partenariat avec le cabinet d'avocats Vigo en 2017 avec l'élaboration d'un projet de recours qui a été présenté en octobre 2018 aux trois grandes associations : Greenpeace France, Fondation pour la Nature et l'Homme (Hulot) et OXFAM est ainsi devenu *L'affaire du siècle*. Depuis et particulièrement durant les dernières années, les répertoires d'actions juridiques de *Notre Affaire à Tous* ont été enrichis et sciemment pensés pour faire avancer la cause de la justice climatique dans le paysage français. C'est ce que nous proposons ici de retracer en choisissant de systématiser la variété des actions juridiques menées³¹.

Par une série d'exemples empiriques recueillis sur la base d'observations et d'entretiens réalisés dans le milieu des associations de défense du climat en France, sera illustré pourquoi et comment *Notre Affaire à Tous* utilise le droit pour faire avancer la justice climatique et par extension le « droit climatique ». 7.7

Deux tendances complémentaires de ce répertoire d'action placent désormais l'association comme l'un des portevoix de la justice climatique en France. En effet, d'une part, *Notre Affaire à Tous* se mobilise lors de l'élaboration des normes par une influence discursive promouvant une obligation contraignante de lutte climatique (*infra* II) et d'autre part, c'est par la voie du contrôle de l'application du droit³² que l'association s'affiche comme une « vigie » de la justice climatique (*infra* III). 7.8

28 Le 3 novembre 2017, *Notre Affaire à Tous* a organisé son premier colloque, rassemblant les juristes, avocat-es du mouvement mondial pour la justice climatique intitulé « Le droit au service de la justice climatique : jurisprudences et mobilisations citoyennes », disponible sous : https://notreaffaيراتous.org/wp-content/uploads/2019/05/programme_colloque.pdf (21.5.2021).

29 COURNIL, Les ONG et « l'arme du droit ».

30 Le premier déposé est finalement celui mené par la ville Grande-Synthe.

31 On entend ici comme actions juridiques : toute action qui porte sur la production du droit et son application : rapports, communiqués de presse, interventions volontaires, contributions extérieures, *amicus curiae*, propositions informelles d'amendement, actions contentieuses menées devant un juge, etc. Signalons que *Notre Affaire à Tous* mène également des actions connexes de sensibilisation et d'éducation environnementale à la justice climatique, de recherches sur les inégalités climatiques, etc.

32 McCANN a montré l'efficacité de certaines stratégies judiciaires des mouvements sociaux lorsqu'elles sont employées dans le but de générer l'application d'une norme existante, McCANN, 17-38.

II. L'action par le discours sur la fabrique des normes : défendre une obligation de lutte climatique

- 7.9 Les intentions des ONGE sont claires : exercer une influence discursive au sein des espaces de production de normes juridiques, et ce, quel que soit l'échelle du système juridique afin de contraindre plus, au plan national, le législateur ordinaire et le Constituant, ou à l'échelle supranationale, le « législateur européen » ou le négociateur international. *Notre Affaire à Tous* a choisi de discuter la loi française relative à l'énergie et au climat qui a introduit la neutralité carbone en soumettant une contribution extérieure au Conseil constitutionnel (*infra* 1) et d'œuvrer au second verdissement de la norme suprême pour constitutionnaliser la lutte climatique et fixer une obligation contraignante pour l'État (*infra* 2).
1. **Discuter la loi : la « contribution extérieure » de *Notre Affaire à Tous* devant le Conseil Constitutionnel**
- 7.10 L'association *Notre Affaire à Tous*, dont l'objet social³³ est d'agir essentiellement sur le droit et sa promotion, a cherché à influencer non pas au cours de la procédure législative, mais par le truchement du contrôle de constitutionnalité³⁴. C'est par la technique de la « porte étroite »³⁵ aujourd'hui appelée contribution extérieure³⁶ qu'elle a défendu un argumentaire sur le manque d'ambition de la loi pour faire face à l'urgence climatique.
- 7.11 Peu après la pression exercée par l'association *Les amis de la terre* qui avait dénoncé en 2017 le lobbying³⁷ voire la « capture réglementaire » (*corporate capture*) de certains acteurs économiques lors de l'examen de la loi « Hulot » sur la sortie de l'énergie fossile, dans un souci de transparence³⁸, le Conseil constitutionnel a annoncé en mai 2019 la

33 Article 2 du statut de l'association : « L'association a pour objet : -la protection de la nature et la défense de l'environnement, d'organiser, de financer ou de soutenir toutes actions, initiatives, **notamment les démarches juridiques**, idées, discours, plaidoyers ayant pour objet de protéger le vivant, l'environnement, le climat, les générations présentes et futures et la faune et la flore ».

34 Rappelons que contrairement au large contrôle de constitutionnalité que connaît l'Allemagne dont la Cour constitutionnel fédérale a rendu l'un des jugements climatiques les plus importants en Europe sur la constitutionnalité partielle de la loi climat (Federal Constitutional Court, décision du 24.3.2021, n° 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20), le Conseil Constitutionnel français ne dispose pas d'une large saisine de son office, les individus et les associations en sont exclus.

35 Expression de G. VEDEL.

36 Cette procédure dite des « portes étroites » ou de « contributions extérieures » permet de s'adresser au Conseil constitutionnel afin de présenter des mémoires en défense ou s'exprimer contre la constitutionnalité du texte examiné.

37 LES AMIS DE LA TERRE ET L'OBSERVATOIRE DES MULTINATIONALES, *Les sages sous influences, Le lobbying auprès du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, juin 2018, 24, disponible sous : <<https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2018/06/les-sages-sous-influence---rapport-amis-de-la-terre---odm.pdf>> (21.5.2021).

38 L'augmentation de la pratique des portes étroites et le manque de transparence, voir en ce sens l'enquête de M. MATHIEU, *Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies*, Médiapart, 12.10.2015.

publication du contenu des contributions extérieures et non plus simplement de la liste des contributions qui lui ont été adressées. En profitant de cette nouvelle transparence, la phase de contrôle de constitutionnalité de la loi devient pour *Notre Affaire à Tous* un nouveau temps pour « diffuser » des interprétations singulières des normes constitutionnelles afin « d'éclairer » le juge. En effet, au côté des écrits doctrinaux, ces contributions extérieures offrent à la société civile, aux acteurs économiques, aux scientifiques la possibilité de faire valoir certains arguments auprès des sages. Cette pratique avait déjà été utilisée, mais de façon relativement limitée³⁹ par les ONGE, contrairement aux acteurs économiques qui semblent l'exercer depuis plus longtemps avec parfois le concours d'universitaires et le plus souvent des cabinets d'avocats.

Soutenue par deux cabinets d'avocats (Vigo et Seattle), la contribution extérieure⁴⁰ de l'association *Notre Affaire à Tous* a consisté à transmettre un argumentaire persuasif au Conseil constitutionnel afin de diffuser à cette occasion une *doxa* portant sur la nécessité d'une « loi climat » ambitieuse. Cette contribution a ainsi offert un nouvel espace de médiatisation pour l'association tout en lui permettant d'apparaître comme « experte » auprès des pouvoirs publics et d'autres organisations. L'association y a dénoncé plusieurs points clefs : l'inobservation de l'obligation constitutionnelle de vigilance environnementale, l'insuffisance de l'objectif de neutralité carbone à l'horizon 2050 et des garanties pour y parvenir, les incertitudes sur son financement, l'insuffisance des objectifs intermédiaires et l'absence de prise en compte de la réduction des émissions indirectes de GES. En guise d'argumentation finale et plus théorique, l'association y a défendu « l'approche fondée sur les droits de l'Homme des enjeux climatiques »⁴¹ en arguant l'insuffisance de la loi au regard des défis climatiques sur les droits fondamentaux et ceux des générations futures. Consciente de la faible réception de ce type d'arguments devant le juge constitutionnel, elle a souhaité néanmoins faire œuvre de « doctrine » en signalant⁴² au juge constitutionnel un principe à valeur constitutionnelle qui pourrait être reconnu. L'association a soutenu la reconnaissance du principe relatif au « droit de vivre dans un système climatique soutenable », principe proche du droit à un environnement sain consacré dans l'article 1^{er} de la Charte et décliné, ici, en matière climatique. Cette démarche d'innovations juridiques⁴³, qui n'a pas vocation à produire

39 LES AMIS DE LA TERRE ET L'OBSERVATOIRE DES MULTINATIONALES, Les sages sous influences, Le lobbying auprès du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, *op. cit.*

40 NOTRE AFFAIRE À TOUS, CABINET VIGO ET SEATTLE AVOCATS, Le projet de loi relatif à l'énergie et au climat devant le Conseil constitutionnel, n° 2019-791 DC, La Revue des droits de l'Homme, octobre 2019.

41 COURNIL/PERRUSO, Réflexions.

42 Une démarche idoine a été menée en novembre 2020 par plusieurs associations environnementales (FNE, Intérêt à agir, Syndical national d'Apiculture et Terre d'abeilles) à propos de la loi sur les néonicotinoïdes.

43 COURNIL/LE DYLIO/MOUGEOLLE, 1864-1869.

un quelconque effet juridique immédiat⁴⁴, a été également engagée au sein de la requête déposée par les associations de *l’Affaire du siècle* devant le tribunal administratif de Paris, mais sous la forme d’une demande de reconnaissance d’un Principe général du Droit. Ce principe fait écho à d’autres contentieux étrangers comme dans l’affaire *Juliana v. the United States of America*, où l’un des principaux apports des jeunes requérants a été, pour l’instant en vain⁴⁵, de faire reconnaître un « right to a stable climate system »⁴⁶ tiré du V^e amendement de la Constitution américaine⁴⁷, une sorte de prolongation du plus connu « right to a clean and healthy environment »⁴⁸ affirmé par certains organes internationaux de protection des droits humains et consacré par certaines Constitutions.

- 7.13 Sur le fond de sa décision, le Conseil constitutionnel, sans surprise, n’a pas retenu les arguments de *Notre Affaire à Tous*. Toutefois, ce travail de plaidoyer juridique a trouvé son utilité pour l’association en ce qu’il a participé à sensibiliser différents acteurs du droit et à disséminer le discours⁴⁹ d’un « autre droit possible ». Quel que soit le degré d’influence de son action juridique, l’association a compris que la bataille climatique se situait dans les éléments de langage du droit et ceux dans toutes les fenêtres de la production du droit et au sein de toutes les échelles normatives. La dissuasion est un cheminement progressif et exige une pression constante auprès du juge, du législateur et même du Constituant quand l’occasion se présente (cf. *infra*).
- 7.14 Lorsque le projet de loi « climat et résilience »⁵⁰ était en discussion devant les chambres, le collectif d’ONGE *Réseau action climat* dont *Notre Affaire à Tous* est membre désormais a choisi de critiquer à l’aide d’un « climatomètre »⁵¹ le manque d’ambition⁵² du projet au regard des propositions des 150 citoyens de la Convention citoyenne pour le climat. C’est davantage sur le contenu du texte cette fois – tout au long de l’examen de la loi – que *Notre Affaire à Tous* a discuté le projet.

44 Il s’agit d’un travail d’influence et de construction doctrinale qui avec le temps peut-être produira une certaine normativité. Voir les travaux sur la force normative de C. THIBIERGE.

45 Toutefois, une récente décision de 1^{re} instance encore sous l’effet d’un appel a permis dans l’État du Montana un développement intéressant sur le droit de vivre dans un système climatique stable : *Held v. Montana*, n° CDV-2020-307 (Mont. 1st Dist. Ct.), 14 août 2023.

46 JEGEDE, 184-212.

47 MAY/DALY.

48 VARVASTIAN ; KNOX/PEJAN.

49 On retrouve cette même dynamique que les procès d’opinion organisés par la société civile. Voir : CANALI/MALVIYA,233.

50 Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, déposé 10 février 2021.

51 <https://climatometre.org/> (21.5.2021).

52 Sous la campagne « redonnons son ambition à la loi climat ! ».

2. Renforcer la norme suprême : l'activisme constitutionnel pour affermir l'obligation de lutte climatique

Alors que l'adoption de la Charte de l'environnement a eu lieu sous l'impulsion du Président Chirac et de la volonté de l'exécutif⁵³, la révision engagée par le Président Macron a rencontré une réelle implication de nouveaux acteurs dans le débat juridique. Certaines associations sont venues discuter de l'opportunité et du contenu de ce nouveau verdissement constitutionnel au nom de l'urgence climatique. La *Fondation pour la Nature et l'Homme* (Fondation Nicolas Hulot) a été l'une des premières à produire et relayer de l'expertise sur le verdissement constitutionnel dès 2017 et plus largement sur la participation citoyenne à (ré)inventer avec l'instauration « d'une assemblée citoyenne du futur »⁵⁴. Dans cette dynamique, l'association *Notre Affaire à Tous* a réactivé les promesses lancées dans le célèbre « discours de Versailles »⁵⁵ où Emmanuel Macron avait annoncé son intention d'inscrire le « climat » dans la Constitution, en lui envoyant un courrier⁵⁶ en décembre 2017 lors de l'ouverture du sommet mondial sur la finance climatique. Peu après, en mars 2018, le gouvernement a proposé, dans son avant-projet de loi, d'intégrer « l'action climatique » au sein de l'article 34 de la Constitution, ce qui a été unanimement critiqué⁵⁷. 7.15

Notre Affaire à Tous a alors engagé un rapport de force et ceci dès l'annonce de la modification de la Constitution par le Président Macron. Elle a impulsé un plaidoyer juridique portant sur la constitutionnalisation de la lutte climatique en proposant ses amendements⁵⁸ de révision, militant ainsi pour un second verdissement de la Constitution française pour la rendre mieux « armée » pour la transition écologique et l'urgence climatique. Et c'est au cours de cette période de préparation du projet de loi constitutionnelle que les chargés de plaidoyers de certaines ONGE ont été auditionnés⁵⁹ notamment par la Commission du développement durable de l'Assemblée nationale pour y défendre une révision plus ambitieuse avec des contrepropositions à l'appui. 7.16

53 L'association spécialisée qu'est la Société française pour la protection de l'environnement poussait toutefois cette révision.

54 Communiqué de presse du 10 novembre 2017, disponible sous : <http://www.fondation-nature-homme.org/magazine/la-proposition-de-la-fnh-pour-la-revision-constitutionnelle-lassemblee-ci-toyenne-du-futur/> (21.5.2021).

55 Tenu le 3 juillet 2017.

56 Voir les revendications de l'ONG, disponibles sous : <https://notreaffaireatous.org/mouvement-mondial-des-recours-climat/inscrire-le-climat-dans-la-constitution/> (21.5.2021).

57 GOSSEMENT. Voir aussi la Tribune de J. BÉTAILLE, 130 - 131.

58 L'association *Notre Affaire à Tous* qui a proposé à débattre un nouveau titre dédié à la « transition écologique et solidaire » à insérer dans la Constitution. Voir communiqué de presse et propositions « nos propositions idéales », disponibles sous : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2018/04/Proposition-de-loi-constitutionnelle-Notre-Affaire-a%CC%80-Tous.pdf> (21.5.2021).

59 *Fondation pour la Nature et l'Homme*, *France Nature Environnement*, *Greenpeace*, Voir Annexes de l'Avis fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace (n° 911), par CHRISTOPHE AREND, n° 911, 13 juin 2018.

- 7.17 Avec une partie du mouvement des associations de jeunesse de défense du climat, l'association *Notre Affaire à Tous* a formé le collectif de la « Constitution écologique »⁶⁰ dont le but est de défendre, auprès du grand public, l'inscription de la lutte climatique et la protection de la biodiversité dans l'article 1^{er} de la Constitution française. Cet « activisme constitutionnel » aura permis à *Notre Affaire à Tous* de trouver des appuis pour faire circuler ses propositions de modification du texte constitutionnel. En effet, l'association a par exemple coorganisé un colloque⁶¹ à l'Assemblée nationale avec le soutien de députés afin de débiter un travail de sensibilisation progressive. Durant ce « temps d'influence » discursive, *Notre Affaire à Tous* est allée jusqu'à proposer un nouveau Titre dédié à la « transition écologique et solidaire »⁶² à insérer dans la Constitution pour faire face à l'urgence climatique.
- 7.18 Rejoint par plus de 95 organisations, le collectif pour une Constitution écologique a ensuite proposé une révision plus étroite avec la seule reformulation⁶³ de l'article 1^{er} de la Constitution avec l'inscription du principe de solidarité entre les générations, mais surtout les « limites planétaires »⁶⁴ défendues par Dominique Bourg en guise de renforcement du principe de continuité écologique déjà existant au plan législatif. Ce travail de lobbying a porté ses fruits puisqu'en juillet 2018, l'Assemblée nationale a finalement adopté en première lecture l'amendement n° 328 insérant un nouvel alinéa à l'article 1^{er} de la Constitution visant à inclure l'action « de préserver [de] l'environnement et [de] la diversité biologique et contre les changements climatiques ».
- 7.19 Mis en sommeil en 2019 et tout au long de l'année 2020, le projet de révision a ressurgi avec l'institutionnalisation de la participation climatique dans le cadre de la Convention

60 Voir « l'Appel pour une Constitution Écologique » à l'initiative notamment du REFEDD, du WARN, 350.org et de la Fondation de l'Écologie Politique, disponible sous : <<https://www.notreconstitutioneologique.org/>> (21.5.2021).

61 Colloque sur les *changements climatiques face à la Constitution*, 8 mars 2018, tenu à l'Assemblée nationale et organisé par nos soins en partenariat avec l'association Notre Affaire à Tous, disponible sous : <https://soundcloud.com/user-572913019-583741234/sets/colloque-du-8-mars-2018-la> (21.5.2021).

62 Voir le communiqué de presse et propositions en ligne « nos propositions idéales », disponibles sous : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2018/04/Proposition-de-loi-constitutionnelle-Notre-Affaire-a-CC%80-Tous.pdf> (21.5.2021).

63 Article 1^{er} de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique, sociale, solidaire et écologique. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. La République veille à un usage économe et équitable des ressources naturelles, garantit la préservation de la diversité biologique et lutte contre les changements climatiques dans le cadre des limites planétaires. Elle assure la solidarité entre les générations. Une génération ne peut assujettir les générations futures à des lois moins protectrices de l'environnement que celles en vigueur. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales », disponible sous : <<https://www.notreconstitutioneologique.org/la-proposition-de-loi>> (21.5.2021).

64 Voir sa note, disponible sous : <http://www.fondation-nature-homme.org/sites/default/files/limites_planetaires.pdf> (21.5.2021).

citoyenne pour le climat. Le débat constitutionnel s'est alors déplacé du Parlement vers les « 150 » citoyens. Les actions juridiques de plaider de quatre associations (*CliMates*, *Notre affaire à Tous*, *REFEDD*, et *Le Warn !*) ont continué puisqu'elles leur ont directement soumis leurs propositions. Une session de travail dédiée à la révision constitutionnelle a même été organisée et des membres⁶⁵ de *Notre Affaire à Tous* ont pu y exposer leurs propositions constitutionnelles entraînant parfois des réactions sur la légitimité⁶⁶ de ces « nouveaux experts » du droit. La Convention citoyenne a fait sienne l'idée de la modification⁶⁷ de l'article 1^{er} en reprenant l'argumentaire associatif. Elle a de surcroît proposé un ajout inédit et singulier⁶⁸ au Préambule de 1958 afin de doter la Constitution d'une mention permettant une conciliation plus favorable au profit de la protection de l'environnement.

Le projet de loi constitutionnelle présenté le 20 janvier 2021 visant à modifier l'article 1^{er} de la Constitution a repris « sans filtre » la proposition des citoyens⁶⁹. Toutefois alors que le Président Macron s'était engagé à passer ce texte par la voie référendaire avant la fin de son quinquennat, ce dernier a stoppé en juillet 2021 cette tentative de révision, faute d'accord trouvé sur un texte identique entre l'Assemblée nationale et le Sénat. 7.20

Même si aucune révision n'a abouti, l'activisme constitutionnel de l'association a particulièrement porté ses fruits en participant à une co-production singulière de propositions de révision, *Notre Affaire à Tous* a fait également preuve d'un activisme judiciaire particulièrement intense en initiant les premiers procès climatiques en France. 7.21

III. L'action par le procès « stratégique » : *Notre Affaire à Tous*, « vigie » de la justice climatique

« La justice comme arène »⁷⁰ est désormais bien ancrée dans la panoplie des répertoires juridiques de certaines organisations militant pour la justice environnementale et climatique. Il ne se passe plus un mois en France sans qu'une action contentieuse⁷¹ soit portée à l'appréciation des juridictions administratives ou judiciaires traitant des enjeux 7.22

65 Valérie Cabanes de *Notre Affaire à Tous*.

66 Notamment d'universitaires juristes souvent consultés lors des révisions constitutionnelles.

67 Ajout d'un troisième alinéa nouveau à l'article 1^{er} : « La République garantit la préservation de la biodiversité, de l'environnement et lutte contre le dérèglement climatique ».

68 Ajout d'un deuxième alinéa nouveau au préambule (le 2^e alinéa devenant le 3^e) : « La conciliation des droits, libertés et principes qui en résultent ne saurait compromettre la préservation de l'environnement, patrimoine commun de l'humanité ». Cette demande d'ajout a été écartée par le Président Macron.

69 Rapport de la Convention citoyenne pour le climat, juin 2020, disponible sous : <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/> (21.5.2021). Notons toutefois, que le texte actuellement en examen au sein de deux chambres a évolué depuis la proposition de la Convention citoyenne. La formule actuellement retenue est la suivante : « Elle garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et agit contre le dérèglement climatique ».

70 ISRAËL, 73.

71 GATET.

environnementaux. *Notre Affaire à Tous* l'a bien compris et a tissé progressivement sa toile pour y enserrer les principaux responsables – l'État (*infra* 1) et les *Carbon majors*⁷² (*infra* 2) – ou pour y contester certains projets jugés « climaticides » (*infra* 3).

1. Faire constater l'inaction étatique : l'initiatrice de l'*Affaire du siècle*

- 7.23 Au côté de leurs actions visant à influencer l'orientation des textes juridiques et des politiques publiques climatiques, les ONGE se sont orientées vers un « cadrage de justice »⁷³. C'est aussi par la justice climatique qu'elles ont réinvesti leurs répertoires d'action. Des actions collectives portant sur des aspects aussi bien procéduraux (transparence, représentativité) qu'éthiques (distribution, coût, compensation, équité, responsabilité) de la justice climatique se sont généralisées tout en se judiciarisant⁷⁴ depuis moins d'une quinzaine d'années. Ainsi, l'un des premiers grands procès climatiques, *Massachusetts c. Environmental Protection Agency*⁷⁵ relatif à un contentieux « réglementaire fédéral »⁷⁶ a été mené par des ONGE rejointes ensuite par des villes ou des États fédérés des États-Unis. Ces procès climatiques sont devenus en quelques années l'un des moyens d'action les plus médiatiques menés par les ONGE, en leur permettant souvent de fédérer une très large audience du grand public. L'une des façons de porter un plaidoyer puissant sur la justice climatique a été de contester le manque d'ambition des États. C'est la voie que l'association *Notre Affaire à Tous* a choisi de prendre en France en initiant un recours en inaction climatique.
- 7.24 L'*Affaire du siècle*⁷⁷ engagée par *Notre Affaire à Tous*, *Greenpeace France*, *Oxfam* et la *Fondation pour la Nature et l'Homme* a été lancée en décembre 2018 avec à l'appui une pétition en ligne qui a récolté plus de 2 millions de signatures en quelques jours « associant » ainsi les citoyens au futur contentieux. Le temps long du procès – à la différence de celui de l'élaboration de la loi – permet aux associations de déployer un discours d'influence du dépôt du recours jusqu'au verdict et sa mise à exécution. En effet, après l'annonce du dépôt de la demande préalable indemnitaire, en pleine crise des gilets jaunes et face au succès médiatique de la pétition, le gouvernement français a pris la mesure des attentes sociétales sur le plan politique d'abord. Un « verdissement » de la Déclaration de politique générale a été entrepris par le Premier ministre avec la mise en place du Haut conseil pour le climat et le lancement des travaux de la Convention

72 Voir en ce sens ce classement des principales multinationales émettrices, document disponible sous : <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html> (21.5.2021).

73 ALLAN/HADDEN, 600-620.

74 Voir les écrits de sociologie du droit sur la complexité du phénomène de COMMAILLE/DUMOULIN, 63-107.

75 Cour suprême des États-Unis, arrêt *Massachusetts contre EPA* du 2.4.2007, 549 U.S. 497 (2007).

76 Federal Regulatory Litigation.

77 <https://laffairedu siecle.net/qui-sommes-nous/> (21.5.2021).

citoyenne pour le climat⁷⁸ en 2019. Ensuite, sous la pression de la société civile, en partie due au mouvement transnational des jeunes pour le climat, le contexte juridique n'a cessé d'évoluer en matière de lutte contre le changement climatique : l'adoption de la loi sur l'énergie et le climat de 2019⁷⁹ a permis de rehausser les objectifs climatiques⁸⁰ de la France et les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat ont lancé le chantier de la future « Grande » loi climatique.

Sur le plan contentieux, après la demande préalable formulée et à la suite de la réponse 7.25 du ministère de la transition écologique et solidaire⁸¹, les quatre associations ont introduit devant le tribunal administratif de Paris un recours de plein contentieux, le 14 mars 2019⁸², conforté par un mémoire complémentaire quelques semaines plus tard⁸³. L'ambition politique des associations requérantes de « l'Affaire du siècle » était alors de faire reconnaître l'insuffisance des actions de l'État en matière climatique et d'obtenir du juge administratif qu'il lui enjoigne de prendre toutes mesures utiles pour réduire les émissions de GES à un niveau compatible avec le maintien du réchauffement planétaire en deçà de 1,5 °C. L'ambition juridique du recours était de trouver un fondement juridique contraignant à l'action de l'État en matière de lutte contre le changement climatique et ainsi « climatiser » la responsabilité administrative⁸⁴. Il s'agissait de faire imputer à l'État le dommage lié au surplus fautif d'émissions de GES et de le considérer à l'origine d'un préjudice objectif causé à l'environnement et d'un préjudice moral causé aux associations.

Notre Affaire à Tous et les autres associations de *l'Affaire du siècle* ont alors développé leur 7.26 stratégie contentieuse dans un autre contentieux climatique⁸⁵ mené cette fois par la com-

78 La Convention Citoyenne pour le Climat est présentée comme une « expérience démocratique inédite en France, [qui] a pour vocation de donner la parole aux citoyens et citoyennes pour accélérer la lutte contre le changement climatique. Elle a pour mandat de définir une série de mesures permettant d'atteindre une baisse d'au moins 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 (par rapport à 1990) dans un esprit de justice sociale », disponible sous : <https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/> (21.5.2021).

79 Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, (JO, 9.11.2019).

80 Article L 100-4 du Code de l'énergie, I – « Pour répondre à l'urgence écologique et climatique, la politique énergétique nationale a pour objectifs : 1° De réduire les émissions de gaz à effet de serre de 40 % entre 1990 et 2030 et d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050 en divisant les émissions de gaz à effet de serre par un facteur supérieur à six entre 1990 et 2050 ».

81 Réponse du gouvernement : « L'action en faveur du climat de l'État français », février 2019, 10.

82 Le « brief juridique » du 14 mars 2019, disponible sous : <https://laffairedu siecle.net/wp-content/uploads/2019/03/ADS-Brief-juridique-140319.pdf> (21.5.2021).

83 Le mémoire complémentaire du 20 mai 2019, disponible sous : https://laffairedu siecle.net/wp-content/uploads/2020/09/2-2020-09-03_M%C3%A9moire-en-r%C3%A9plique-Consolid%C3%A9.pdf (21.5.2021) et le mémoire en réplique des associations de juin 2020, disponible sous : <https://laffairedu siecle.net/wp-content/uploads/2019/05/Argumentaire-du-M%C3%A9moire-compl%C3%A9mentaire.pdf> (21.5.2021).

84 COURNIL/FLEURY.

85 HUGLO, Chapitre 10.

mune de Grande-Synthe et son ancien maire Damien Carême (*Affaire Grande-Synthe*). Pour ce faire, les associations ont engagé une procédure d'intervention volontaire dans ce contentieux afin de porter à la connaissance du Conseil d'État la spécificité de leur argumentaire juridique dans cette espèce très similaire. L'association *Notre Affaire à Tous* poursuit cette pratique sous la forme d'un *amicus curiae*⁸⁶ cette fois dans le premier contentieux climatique présenté à la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁷. Force est de constater que dans les procès climatiques, les *amicus curiae* sont souvent coproduits par les ONGE, des universitaires et des *think tank* juridiques qui souhaitent influencer ensemble en promouvant des raisonnements juridiques spécifiques ou jugés porteurs. Par exemple des interventions ou *amicus* qui visent à « humaniser les changements climatiques »⁸⁸ en ayant recours à une interprétation ambitieuse des droits de l'Homme ont été soumises à l'appréciation de juridictions ou quasi-juridictions comme dans l'affaire des Philippines⁸⁹. Dans le procès initié et gagné par 25 jeunes colombiens, des interventions d'*amicus curiae* de plusieurs universités et d'ONGE⁹⁰ ont été déposées au cours de la procédure. En Norvège, en première instance et ensuite en appel, le juge a reçu trois *amicus curiae*⁹¹ émanant d'ONGE influentes et centres de recherche en droit⁹².

- 7.27 À ce jour sur le fond, tant le Conseil d'État (*Affaire Grande-Synthe*) que le tribunal administratif de Paris (*Affaire du siècle*) ont rendu des jugements essentiels qui donnent globalement satisfaction aux associations requérantes.
- 7.28 Rendu moins de trois mois après la décision Grande-Synthe⁹³ du Conseil d'État reconnaissant implicitement une obligation contraignante de lutte climatique, le premier jugement avant dire droit du 3 février 2021 par le tribunal administratif de Paris a fait nettement avancer l'idée de justice climatique défendue par *Notre Affaire à Tous*. Le tribunal « enfonce le clou » en consacrant cette fois explicitement une obligation générale de lutte⁹⁴. Celle-ci permet au juge de constater l'existence d'un dommage environ-

86 Cournil/Mougeolle/Dziumak/Birchen.

87 CourEDH, Cláudia Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États, requête n° 39371/20 du 3.9.2020, affaire pendante.

88 Cournil/Perruso, Réflexions.

89 Joint Summary of the Amicus Curiae Briefs, in National inquiry of the impact of climate change on the human rights of the Filipino people, 19 mars 2018, disponible sous : <<http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2018/03/Joint-Summary-Amicus-submitted.pdf>> (21.5.2021)

90 Des interventions d'*amicus curiae* ont été présentées par le *Foro Nacional Ambiental*, l'environnementaliste Julio Carrizosa, six associations autochtones de l'Amazonie colombienne, le Procureur délégué pour les questions environnementales, les Universités Nationale, de Los Andes, Rosario, la Javeriana, Externado et le professeur de l'Université de Columbia James Hansen.

91 Disponibles sous : <<http://www.klimasøksmål.no/en/2019/10/31/legal-documents-in-english/>> (21.5.2021).

92 Environmental Law Alliance Worldwide, Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic, Center for International Environmental Law.

93 CE 6^e et 5^e chambres réunies, décision *Commune de Grande-Synthe* du 19.11.2020, n° 427301. DELZANGLES, 217 ; RADIGUET ; HUGLO, Obligation climatique.

94 Cournil/Fleury.

nemental⁹⁵ résultant du surplus d'émissions de GES qu'il impute à l'action de l'État. Le jugement reconnaît alors une faute de l'État et indemnise le préjudice moral des associations à hauteur d'un euro. Il admet de surcroît la recevabilité des demandes en indemnisation du préjudice écologique tout en précisant pour la première fois devant le juge administratif les conditions dans lesquelles il pourra être invoqué et réparé, ouvrant la voie à de nouvelles actions. S'il refuse néanmoins l'indemnisation financière d'un euro symbolique, la stratégie contentieuse⁹⁶ des associations requérantes consistait à utiliser cette demande d'indemnisation comme le moyen d'obtenir une injonction *réparatrice*. L'idée était donc de réparer et de faire cesser le préjudice écologique par l'obtention de « mesures supplémentaires », dans l'esprit de l'article 1252 du Code civil⁹⁷. Sur ce point précis, avant d'ordonner cette possible réparation par voie d'injonction, le juge administratif a laissé deux mois aux parties et à l'État pour préciser des éléments nouveaux⁹⁸ portant sur la cohérence de sa Stratégie Nationale Bas Carbone (report de l'effort de réduction après 2023) demandée dans le cadre de l'affaire *Grande-Synthe* et de porter à la connaissance des associations requérantes les nouvelles pièces versées au dossier à savoir le tout nouveau projet de loi « Climat et résilience ». Le tribunal administratif a confirmé, dans son jugement définitif d'octobre 2021, son interprétation tout comme avant lui le Conseil d'État⁹⁹ dans le cadre de l'affaire *Grande-Synthe* qui a ordonné le 1^{er} juillet 2021 à l'État « de prendre toute mesure utile dans un délai de 9 mois » pour rectifier sa stratégie carbone. Ainsi, dans ce jugement définitif de *L'Affaire du siècle*, le juge a ordonné de prendre toutes mesures utiles sectorielles¹⁰⁰. Dans un des mémoires en réplique¹⁰¹, les associations requérantes ont proposé en vain des mesures qui auraient pu être enjointes à l'État dans le domaine réglementaire en matière de réduction des GES dans les secteurs des transports, des bâtiments, et de l'agriculture. Cette nouvelle étape contentieuse a permis aux associations de jouer un rôle inédit dans la gouvernance climatique en devenant, par l'intermédiaire de la voix du juge, force de proposition en matière de politique climatique française. Reste que le

95 C. 16.

96 À défaut de jurisprudence sur la question et puisque le juge administratif n'avait jamais tranché ce point, les associations avaient formulé une demande d'un euro (demande principale) dans le cas où la demande serait considérée comme accessoire et donc elles évitaient que l'injonction soit rejetée à défaut de demande principale. COURNIL/LE DYLIO/MOUGEOLLE.

97 « Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ».

98 Décret n° 2020-456 du 21 avril 2020 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.

99 CE, décision *Commune de Grande-Synthe* du 1.7.2021, n° 427301.

100 Comme dans l'affaire climat belge, les associations ont en vain demandé en mai 2021 une astreinte de EUR 78 537 500 par semestre de retard, correspondant à environ EUR 430 342 par jour de retard.

101 Observations complémentaires des associations du 6.4.2021, 101, disponible sous : https://laffaire.dusiecle.net/wp-content/uploads/2021/04/2021-04-05_AffaireDuSiecle_Observations-comple%CC%81mentaires.pdf (21.5.2021).

juge « n'administre pas », ni légifère ; il a dû trouver un équilibre dans sa décision pour se conformer au respect du principe de la séparation des pouvoirs.

2. Faire reconnaître une vigilance climatique aux entreprises privées : l'initiatrice de l'affaire Total

- 7.29 Depuis la classification des sources d'émissions – étatiques ou privées – des GES, les décideurs publics nationaux ou régionaux comme les acteurs économiques privés (entreprises privées¹⁰², banques, investisseurs, etc.) sont clairement visés par les procès climatiques¹⁰³. Les ONGE et les individus qui mènent des recours à l'encontre des principales *carbon majors* attendent désormais du juge qu'il établisse la part de leur responsabilité dans les émissions de GES mondiales, voire qu'il consacre à leur charge des devoirs ou des obligations climatiques nouvelles. Dès lors, en saisissant les tribunaux ou des mécanismes alternatifs de règlement des différends¹⁰⁴, les ONGE souhaitent utiliser le levier judiciaire afin de susciter chez les acteurs économiques des réactions vertueuses. Quelles que soient les solutions juridiques rendues par les juges ou les autres organes de contrôle, ces stratégies contentieuses et non contentieuses consistent de surcroît à attirer l'attention du grand public en misant sur les « effets réputationnels » (*name and shame*) des conduites des acteurs privés dans un contexte d'urgence climatique. C'est dans cette dynamique que *Notre Affaire à Tous* s'est engagée en suivant ainsi le chemin judiciaire tracé aux Pays-Bas par l'ONG *Milieudefensie*¹⁰⁵ qui a mis en cause la multinationale *Shell* en 2018 et obtenu en mai 2021 du juge néerlandais¹⁰⁶ que le groupe se conforme à une stratégie climatique très ambitieuse¹⁰⁷, et ce, pour la première fois dans le monde. La stratégie de l'association française à la fois judiciaire et réputationnelle vise plusieurs entreprises françaises particulièrement émettrices tout en stigmatisant la plus emblématique : la multinationale française Total¹⁰⁸. En effet, selon les rapports *carbon majors* établis par Richard Heede et l'organisation *Carbon Disclosure Project*¹⁰⁹, Total ferait partie des 20 entreprises contribuant le plus au réchauffement

102 CANALI.

103 COURNIL, Les Grandes Affaires Climatiques, Partie II : Les actions dirigées contre les entreprises privées

104 FABREGOULE.

105 DUTHOIT.

106 Hague District Court, arrêt *Milieudefensie et al.c. RoyalDutch Shell* du 26.5.2021, disponible sous : <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339> (25/06/2021).

107 Le juge demande une diminution d'au moins 45 % net des GES avant 2030, par rapport au niveau de 2019 tant sur les émissions directes (Scope 1) que les émissions indirectes (scope 2) provenant de sources tierces, auprès desquelles des organismes achètent ou acquièrent l'énergie carbonée pour leurs activités, mais surtout sur toutes les autres émissions indirectes résultant des activités de l'organisation y compris des consommateurs de pétrole du groupe (scope 3).

108 Le groupe a réalisé un chiffre d'affaires de USD 209 000 milliards en 2018 et compte plus de 104 000 collaborateurs, voir TOTAL, Document de référence 2018 (ci-après : DDR 2018), 254.

109 Anciennement *Carbon Disclosure Project*, disponible sous : <https://www.cdp.net/fr> (27.4.2020).

climatique dans le monde¹¹⁰. Implantées dans 130 pays¹¹¹, les activités du groupe et leurs conséquences seraient chaque année à l'origine d'environ 1 % des émissions mondiales (458 Mt CO₂eq en 2018), soit plus que les émissions territoriales françaises (445 Mt CO₂eq en 2018)¹¹².

Dans un premier temps, *Notre Affaire à Tous* et 3 autres associations¹¹³ rejointes par 7.30 plusieurs collectivités territoriales¹¹⁴ ont choisi d'interpeler¹¹⁵ publiquement Total afin que le groupe prenne en compte ce constat (devoir d'information climatique) dans leur document de référence et amorce *in fine* une baisse de la production des hydrocarbures pour tenir les trajectoires de réduction des GES issues des données internationales du GIEC. Juridiquement, ce collectif s'appuie notamment sur l'acquis de la récente loi relative au devoir de vigilance de 2017¹¹⁶, qui oblige les sociétés mères de certaines grandes entreprises françaises à identifier et à prévenir les risques d'atteintes graves aux droits de l'Homme, à la santé et à la sécurité des personnes, et à l'environnement dans le cadre de nouveaux plans de vigilance¹¹⁷ qu'elles doivent produire.

Cette loi résulte d'un long processus de « responsabilisation »¹¹⁸ des entreprises débutant d'abord par une responsabilité morale traduite ensuite en engagements volontaires de RSE (*soft law*) pour durcir enfin dans le *hard law* devenant ainsi une responsabilité 7.31 légale et juridique.

Rendu public en mars 2018, le premier plan de Total n'est pas jugé à la hauteur du défi 7.32 de l'urgence climatique par le collectif et c'est bien ce que ce dernier formalise dans l'interpellation médiatique. Total répond publiquement¹¹⁹ en rappelant que, depuis 2016, à la suite de l'Accord de Paris, il a été le premier producteur pétrolier et gazier à dédier un rapport à la prise en compte des enjeux climatiques. Publié annuellement depuis cette date, le groupe y détaille sa stratégie climatique et ses actions articulées

110 HEEDE, 21 ; CDP, The Carbon Majors Dataset, 14.

111 Si Total fait partie des majors dans les activités pétrolières et gazières, elle a toutefois engagé une diversification de ses activités avec le rachat en 2011 de l'entreprise Sun Power en Californie, qui produit des panneaux solaires et génère de l'électricité.

112 Pour les chiffres : voir TOTAL, document de référence 2018, 202 et HAUT CONSEIL POUR LE CLIMAT, Rapport annuel neutralité carbone 2019, 29.

113 Les Eco Maires, Sherpa et ZEA.

114 Les Maires des communes et collectivités d'Arcueil, Bayonne, Bègles, Correns, Est-Ensemble, Grande-Synthe, Grenoble, La Possession (la Réunion), Mouans-Sartoux, Nanterre, Saint-Yon, Sevran et Vitry-le-François.

115 Communiqué de presse de l'interpellation, disponible sous : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2018/10/DP2F-INTERPELLATION-TOTAL-3.pdf> (21.5.2021).

116 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

117 Article L. 225-102-4 du Code de commerce.

118 D'AMBROSIO/BARRAUD DE LAGERIE.

119 Réponse de Total, disponible sous : <https://www.fr.total.com/news/interpellation-de-13-collectivites-et-4-associations-sur-le-climat-total-repond> (21.5.2021).

autour de cinq axes clés : améliorer l'efficacité énergétique des opérations ; croître sur la chaîne intégrée du gaz, alternative essentielle au charbon ; développer sa présence sur toute la chaîne de l'électricité bas carbone ; favoriser les bioénergies (biocarburants, biogaz) ; développer le stockage du carbone, par des solutions basées sur la nature (forêts...) ou de captage/stockage/utilisation du CO₂. Néanmoins, peu après cette interpellation, le groupe Total réagit sur le fond en intégrant davantage l'enjeu climatique dans son second plan de vigilance¹²⁰. Après avoir mis en demeure en juin 2019 Total, *Notre Affaire à Tous* choisit de publier un « Benchmark de la vigilance climatique des multinationales françaises » afin de viser également d'autres grands groupes français. Selon ce rapport, en 2020 seulement 15 entreprises sur 25 issues de secteurs très émetteurs en GES avaient intégré le climat à leur second plan¹²¹. Par cette action de plaidoyer à visée réputationnelle, *Notre Affaire à Tous* souhaite que les entreprises françaises prennent conscience de leur rôle social en matière climatique et aillent plus loin dans leur vigilance climatique au sein de leur « business plan ». Depuis, l'association a publié son 4^e « Benchmark de la vigilance climatique » en insistant davantage sur les contours que doit prendre celle-ci pour les acteurs privés.

- 7.33 Dans un second temps, en assignant¹²² devant le tribunal judiciaire le groupe Total en 2020, *Notre Affaire à Tous* et les autres associations souhaitent que le juge apprécie *in concreto* les contours des mesures proposées par la société dans son plan de vigilance de 2019. Pour les associations, ce dernier serait insuffisant, car Total n'évoquerait aucune limitation précise de la température et de réchauffement et ferait une simple mention de la notion de « neutralité carbone »¹²³, sans la considérer partie intégrante de ses propres objectifs. De surcroît, si le plan de vigilance de Total identifie l'enjeu climatique¹²⁴, l'analyse des risques liés au changement climatique ainsi que leur hiérarchisation ne seraient pas réalisées. Le collectif souligne le caractère inadapté et insuffisant des mesures d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves sur les 5 points de la stratégie du groupe (cf. *supra*). Par ailleurs, les associations présentent au juge une lecture extensive de la vigilance climatique en visant à prévenir les émissions extraterritoriales du groupe. Le juge devra en effet déterminer si les émissions de GES

120 TOTAL, DDR 2018, 93-110 ; voir aussi le troisième plan de vigilance de Total, qui reprend aussi les enjeux climatiques au sein de son Document d'enregistrement universel, 2019, 102-129.

121 NOTRE AFFAIRE À TOUS, Benchmark de la vigilance climatique des multinationales 2020, 5, disponible sous : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/03/Rapport-General-Multinationales-NAAT-2020.02.01-1.pdf> (21.5.2021).

122 Voir l'assignation de janvier 2020, disponible sous : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/01/Assignation-NAAT-et-autres-vs-TOTAL-VDEF.pdf> (21.5.2021). Pour une analyse détaillée de l'action, voir MOUGEOLLE, Chapitre 34.

123 TOTAL, DDR 2018, 106 ; la neutralité carbone est un terme pour désigner une situation dans laquelle les émissions nettes de GES sont égales à zéro.

124 Par exemple les émissions de GES résultant de la combustion de ses produits pétroliers et gaziers, directement émis par des tiers tels que les consommateurs, les compagnies aériennes etc.es sous-sections relatives à la « cartographie des risques d'atteintes graves » et le « dispositif de suivi ».

indirectes¹²⁵ dites de scope 3¹²⁶ doivent faire partie du plan de vigilance. L'ensemble de cet argumentaire a puisé son inspiration dans des instruments internationaux¹²⁷ de *soft-law* relatifs aux entreprises et droits de l'Homme et dans le concept de *human rights due diligence*¹²⁸ au sein desquels la « vigilance raisonnable » devient l'un des piliers de la lutte contre le changement climatique¹²⁹. Pourtant, le juge devra interpréter cette notion de vigilance encore naissante¹³⁰ en droit français. Peu de jurisprudences¹³¹ ont balisé ses contours en la matière et beaucoup s'interrogent sur sa portée¹³² et ses potentialités¹³³ sur le plan contentieux.

L'assignation de Total est soutenue à titre principal par une demande d'injonction¹³⁴ au titre des dispositions du Code de commerce relatives au devoir de vigilance, complétée d'une astreinte de 50 000 euros par jour de retard et à titre complémentaire en vertu des dispositions de l'article 1252 du Code civil, qui exige de prévenir la survenance de graves dommages écologiques consécutifs d'un réchauffement au-delà du seuil de 1,5 °C. Il s'agit ici de demander au juge judiciaire – comme dans *l'affaire du siècle* devant le juge administratif – qu'il prescrive « toutes mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser un dommage environnemental », ce qui est possible depuis la reconnaissance du préjudice écologique par la Loi sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages de 2016. L'assignation des associations requérantes est résolument ambitieuse puisqu'elle propose en creux l'amorce d'un changement de paradigme pour le modèle économique de l'entreprise visée¹³⁵. Reste à voir si le juge sera réceptif à cette demande singulière. Le juge de la mise en état a déclaré irrecevable¹³⁶ la requête des associations et des villes requérantes et intervenantes en juillet 2023 avant que la Cour d'appel de Paris ne reconnaisse finalement l'intérêt à agir des seules associations¹³⁷. 7.34

Quoiqu'il en soit, sur le fond cette action contentieuse contribue à générer des réactions alors même que le procès débute à peine. En atteste la réaction de Total, en pleine crise pétrolière en raison notamment de la pandémie de Covid-19 et sous la pression d'un 7.35

125 Voir pour plus de détail le commentaire de l'assignation par MOUGEOLLE, Chapitre 34.

126 *Ibid.*

127 D'AMBROSIO.

128 UNHR, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations Protect, Respect and Remedy Framework, HR/PUB/11/04; Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2011.

129 En ce sens, voir RIAS.

130 PARANCE/GROULX/CHATELIN.

131 Cons. const., décision *M. Michel Z. et autre* du 8.4.2011, n° 2011-116 QPC, c. 5. Voir aussi CE, décision *M. R.* du 14.9.2011, n° 348394, Lebon.

132 RIAS, 170 s.

133 TREBULLE, 26; voir aussi HAUTEREAU-BOUTONNET; MABILE/DE CAMBIAIRE.

134 L'article L. 225-102-4.-II du Code de commerce.

135 Voir MOUGEOLLE, Chapitre 34.

136 Cf. la récente ordonnance du juge de la mise en état, Tribunal judiciaire de Paris, 6 juillet 2023, 5^e chambre, 2^e section, n° RG 22/03403.

137 CA, Paris, pôle 5 - ch. 12, 18 juin 2024, n° 23/14348, n° 21/22319, n° 23/10583.

groupement d'actionnaires¹³⁸ qui a annoncé par la voix son PDG, Patrick Pouyanné, qu'elle s'engageait à tenir des objectifs de neutralité carbone pour 2050. Ce changement de cap s'explique aussi par la pression exercée par ses concurrents (BP, Shell, Equinor et ENI) – eux aussi visés par des actions climatiques – qui ont tous annoncé de tels objectifs de « neutralité carbone ». Reste à voir comment la réception de cette neutralité carbone largement encouragée par les experts du climat se traduira concrètement dans la stratégie de ces multinationales. Ces objectifs ont été remis en cause récemment par certaines « Carbons majors » en revenant sur leurs promesses post COVID. En contestant le plan de vigilance de Total devant le juge judiciaire, les associations requérantes souhaitaient surtout que Total engage ce changement de direction. Toujours est-il que l'association ne change pas de tactique puisque – avec d'autres – elles ont depuis accéléré ce contentieux en direction des acteurs systémiques en visant une banque (BNP) ou en contestant cette fois leur allégation trompeuse sur la neutralité carbone (greenwashing climatique)¹³⁹.

3. Contester les projets « climaticides » en territorialisant la lutte climatique

- 7.36 La contestation des projets d'ouvrages publics ou privés ayant un impact potentiellement important sur la soutenabilité du système climatique s'est peu à peu développée attestant d'une diversification des questions traitées dans les procès climatiques¹⁴⁰. La construction d'un oléoduc¹⁴¹ entre le Canada et les États-Unis, l'extension d'un aéroport¹⁴² en Autriche ou au Royaume-Uni¹⁴³, des permis de production pétrolière et gazière dans la mer de Barents en Norvège¹⁴⁴, l'ouverture¹⁴⁵ de mines de charbon à ciel ouvert

138 Cette annonce fait suite à la demande d'inscription à l'ordre du jour de la prochaine AG de Total d'un projet de résolution émanant d'actionnaires détenant près de 1,37 % du capital de la société. Ce projet visait à modifier un article des statuts du groupe afin que soit inscrit dans la stratégie de la société le respect des objectifs de l'Accord de Paris sur le climat. Ce projet n'a pas été accepté par le conseil d'administration étant donné qu'une telle résolution rendrait, selon la direction, Total responsable des émissions indirectes de GES liées à l'utilisation des produits énergétiques. Disponible sous : <https://www.usinenouvelle.com/article/pourquoi-total-n-inscrira-pas-le-climat-dans-ses-statuts.N961521> (21.5.2021).

139 Assign. T.J. de Paris, 2 mars 2022.

140 COURNIL, Les grandes affaires climatiques, voir Titre 2 : Les actions préventives contre des décisions exacerbant le changement climatique.

141 CASSAN-BARNEL.

142 Tribunal administratif fédéral autrichien, arrêt *Vienna-Schwechat Airport Expansion* du 2.2.2017, n°W109 2000179-1/291^E. Cour constitutionnelle autrichienne, décision *Vienna Schwechat Airport expansion* du 29.6.2017, n° E 875/2017-32, E 886/2017-31. MOUGEOLLE, Chapitre 24.

143 Cour d'appel d'Angleterre, arrêt du 27.2.2020, n°C1/2019/1053 (rejet de l'agrandissement de l'aéroport de London-Heathrow).

144 LE DYLIO.

145 Tribunal des affaires foncières et environnementales de l'État de Nouvelle-Galles du Sud, arrêt *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning* du 8.2.2019, disponible sous : <http://climateca.sechart.com/non-us-case/gloucester-resources-limited-v-minister-for-planning/> (21.5.2021).

en Nouvelle-Galles du Sud ou une extension de mines près de Gunnedah¹⁴⁶ en Australie ou encore d'une centrale thermique à charbon à Lephalale en Afrique du Sud¹⁴⁷ ont été portées à l'appréciation de juges nationaux qui a dû en apprécier directement ou indirectement l'augmentation des émissions de GES sur le système climatique. S'il est encore trop tôt pour tirer un véritable bilan sur la réussite de cette stratégie contentieuse menée souvent par des ONGE cette tendance à contester les projets « climaticides » se dessine bel et bien. Elle va sans doute s'intensifier dans les prochaines années y compris en France ; ce qui n'a pas échappé à l'association *Notre Affaire à Tous* qui en fait un nouvel axe de son répertoire d'action juridique.

En France, le juge administratif est amené à apprécier l'impact environnemental des projets d'urbanisation en examinant par exemple la qualité de l'étude d'impact¹⁴⁸ ou encore les justifications d'une déclaration d'utilité publique. Certains requérants l'invitent de plus en plus à contrôler les impacts climatiques dans les documents administratifs ou d'urbanisme au plan local. Par exemple, le juge a apprécié la valeur juridique et la portée des objectifs de réduction des émissions de GES en statuant sur un recours dirigé contre la déclaration d'utilité publique de travaux d'aménagement à 2 × 2 voies d'une route nationale et a été amené à vérifier si l'étude d'impact du projet comportait bien un volet consacré aux émissions de GES¹⁴⁹. Néanmoins, ces types de contentieux ont été freinés par le manque de normativité des objectifs de réduction des GES¹⁵⁰ ; le juge administratif estimant que l'objectif de réduction fixé par la loi « Grenelle 1 » du 3 août 2009 était dépourvu de portée normative. Dès lors, l'acquis des jurisprudences *L'affaire du siècle* et *affaire Grande-Synthe* ouvre incontestablement de nouvelles possibilités contentieuses dues à la consécration jurisprudentielle d'une nouvelle normativité de ces objectifs de réduction initiée par le juge administratif.

En France, la contestation d'un récent projet d'aménagement et d'urbanisation a particulièrement attiré l'attention des juristes¹⁵¹ de *Notre Affaire à Tous*. Situé dans la com-

146 Federal Court of Australia, décision Sharma by her litigation representative Sister Marie Brigid Arthur v. Minister for the Environment du 27.5.2021.

147 High Court of South Africa, décision *Earthlife Africa Johannesburg c. Minister of environmental affairs et autres* du 8.3.2017, case number 65662/16, disponible sous : <http://climatecasechart.com/non-us-case/4463> (21.5.2021) ; OWONA.

148 Voir plus largement HUGLO, Chapitre 10.

149 CE, décision du 10.7.2019, n° 423751, « (...) il ressort des pièces du dossier que l'étude d'impact étudie de façon suffisamment précise les impacts du projet, notamment sur les émissions de gaz à effet de serre et sur la qualité de l'air, sur les nuisances sonores et sur la sécurité routière. Sur ce dernier point, elle analyse les effets du projet sur l'organisation des déplacements et sur les infrastructures de transport, puis ses effets sur la sécurité des usagers et les mesures envisagées ».

150 CE, décision du 18.6.2014, n° 357400 (recours contre une autorisation commerciale) § 18 ; CE, décision du 17.10.2013, n° 358633 (recours contre la déclaration d'utilité publique du projet d'aéroport à Notre-Dame des Landes) § 10.

151 La juriste Chloé Gerbier a animé ce travail pendant près de 2 ans puis Céline Le Phat Vinh a repris cette activité.

mune de Gonesse dans le Val-d'Oise, le projet appelé « EuropaCity » (aujourd'hui abandonné) consistait à l'artificialisation de 300 hectares de terres agricoles situées au sud de Triangle de Gonesse par la construction d'un ensemble d'ouvrages¹⁵², d'un centre commercial et de loisirs. Estimant que ce projet constituait un modèle de développement économique consumériste à fort impact climatique, des associations¹⁵³ ont saisi le juge administratif pour contester cette opération d'urbanisation en soulevant non sans mal des arguments climatiques. Les juridictions administratives¹⁵⁴ ont pu apprécier *via* le contrôle de légalité de l'étude l'impact de cet argumentaire climatique¹⁵⁵ et lors de l'appréciation de la légalité interne du Plan local d'urbanisme, à travers l'application de l'article L. 101-2 - 7° du Code de l'urbanisme. Toutefois, en appel¹⁵⁶ et en cassation¹⁵⁷, l'argument climatique a été balayé attestant de sa fragilité en l'espèce. Il ne semble de surcroît tenir que d'une « fonction auxiliaire dans la justification de la juridiction »¹⁵⁸.

- 7.39 Dans cette dynamique contentieuse, l'association *Notre Affaire à Tous* s'est associée à d'autres ONG et « influenceurs »¹⁵⁹ pour lancer, ensemble, un projet intitulé *SuperLocal*¹⁶⁰ qui a eu pour fonction de lutter contre les projets polluants en France et mettre en réseau des luttes locales contre toutes sortes de projets¹⁶¹. Si cette campagne est d'abord médiatique et développe une forme singulière de mobilisation sociale et environnementale en fédérant des collectifs de riverains, elle a permis à *Notre Affaire à Tous* d'identifier des projets permettant d'être contestés devant le juge et de développer ainsi un nouvel argumentaire climatique. Il s'agit pour elle de porter l'attention du juge sur la nécessité pour les autorités locales d'adopter une lecture climatique des décisions locales d'urba-

152 800 000 m² de bureaux, 200 000 m² d'activités technologiques, 75 000 m² d'activités hôtelières, 20 000 m² d'équipements d'enseignement et de centres de formation, 15 000 m² d'équipements sportifs et culturels, 15 000 m² de commerces et de services, 760 000 m² d'activités de loisirs, de culture et de commerce.

153 Le Collectif pour le triangle de Gonesse, de Val-d'Oise environnement, de France nature environnement Île-de-France, des Amis de la terre Val-d'Oise et France, de l'association Des terres, Pas d'hypers ! du collectif Les Amis de la confédération paysanne, du Mouvement national de lutte pour l'environnement 93, d'Environnement 93.

154 TA de Cergy Pontoise, décision *Collectif pour le triangle de Gonesse et al.* du 6.3.2018, n° 1610910 et 1702621 ; BRAUD, 29.

155 FLEURY ; BRAUD, 29.

156 CAA de Versailles, décision *Ministre de la Cohésion des Territoires c. France nature environnement et le Collectif pour le triangle de Gonesse et al.* du 11.7.2019, n° 18VE01634-18VE01635-18VE02055 ; Voir aussi plus récemment, CAA de Versailles, 2^e chambre, décision du 17.12.2020, n° 19VE01707-19VE03808, Inédit au recueil Lebon.

157 Décision non publiée ; PIFFARETTI ALAIN, Le Conseil d'État approuve la ZAC du Triangle de Gonesse, Les échos, 6.7.2020.

158 FLEURY.

159 Le mouvement et la chaîne YouTube *Partager C'est Sympa*.

160 Campagne *Superlocal*, disponible sous : <https://notreaffaireatous.org/actions/lancement-de-super-local/> (21.5.2021).

161 Extensions d'aéroports, nouveaux centres commerciaux, fermes usines, autoroutes, complexes touristiques, fermetures de petites lignes de train et de services publics, etc.

nisme et ainsi d'amener ces dernières à une progressive « climatisation du droit de l'urbanisme » à travers les différents documents territoriaux (SCOT, PLU, permis de construire, etc.). De surcroît, il s'agit d'inciter les porteurs de projets à réaliser des études d'impacts plus fournies intégrant pleinement les impacts négatifs au regard de la soutenabilité climatique.

Ainsi, aux côtés de l'Association Contre l'Allongement de la Piste Caen-Carpiquet, *Notre Affaire à Tous* a alors déposé en 2019 un recours gracieux et un recours pour excès de pouvoir¹⁶² afin d'annuler le schéma de cohérence territoriale de Caen métropole prévoyant l'allongement de la piste de l'aéroport de Caen-Carpiquet. De la même façon, *Notre Affaire à Tous* a soutenu un recours gracieux contre un projet d'extension de centre commercial¹⁶³ ou est venu en appui d'un recours gracieux visant au retrait d'un permis de construire sur un projet local¹⁶⁴. En mai 2020, 14 associations déposaient, à côté de *Notre Affaire à Tous*, un recours demandant l'annulation du Schéma de Cohérence territoriale de Roissy définissant l'aménagement du territoire de Roissy Pays de France¹⁶⁵ qui vise à la fois l'urbanisation du triangle de Gonesse et l'aménagement d'un Terminal 4 à l'aéroport de CDG. En février 2021, le gouvernement a demandé au groupe ADP d'abandonner ce projet d'extension aéroportuaire et de lui en présenter un nouveau, plus cohérent avec les objectifs de lutte contre le changement climatique et de protection de l'environnement. Au succès aléatoire, ces « contentieux locaux » permettent de discuter l'action locale en la replaçant dans un contexte d'enjeux globaux.

D'autres associations se sont également engagées dans cette voie des « procès locaux »^{7.41} en contestant avec succès la décision préfectorale autorisant la société Total raffinage France à poursuivre l'exploitation de la raffinerie de Provence située sur la plateforme de La Mède comprenant la transformation de la raffinerie de pétrole brut en une bioraffinerie¹⁶⁶. Le tribunal administratif a enjoint au préfet de fixer une limitation quantita-

162 Communiqué de presse, disponible sous : <https://notreaffaireatous.org/cp-depot-du-recours-gracieux-contre-le-projet-dallongement-de-piste-daeroport-de-caen-carpiquet> (21.5.2021).

163 Soutien au recours gracieux porté par les associations *Alternatiba Rosny*, *Bondy Ecologie*, *Le Sens de l'Humus*, *Murs à Pêches-Map* et le *MNLE 93 Nord Est Parisien* contre le projet d'extension du centre commercial Rosny 2 en mars 2020.

164 Soutien au recours gracieux et REP pour obtenir le retrait du permis de construire du projet Tropicalia (création d'une serre tropicale de 20 000 m² sur les communes de Rang du Fliers et Verton dans le Pas-de-Calais).

165 Communiqué de presse, disponible sous : <https://notreaffaireatous.org/cp-face-a-la-betonisation-du-triangle-de-gonesse-et-lextension-de-laeroport-de-roissy-15-associations-deposent-un-recours-en-contentieux-contre-le-schema-de-coherence-territoriale/> (21.5.2021).

166 TA Marseille, jugement *Les Amis de la Terre France et autres* du 1.4.2021, requête n° 1805238, § 50 « Compte tenu de l'impact sur le climat que l'utilisation d'huile de palme dans la production de biocarburants est susceptible de générer et des quantités substantielles susceptibles d'être utilisées pour le fonctionnement de la bioraffinerie de La Mède, l'étude d'impact du projet devait ainsi comporter une analyse de ses effets directs et indirects sur le climat, notion qui ne saurait être entendue de manière strictement locale dans le seul périmètre immédiat du projet ».

tive annuelle plus restrictive de l'utilisation d'huile de palme mais surtout a demandé à l'exploitant de compléter le volet climat de son étude d'impact¹⁶⁷.

- 7.42 Ce nouvel axe laisse augurer de futures actions contentieuses menées par *Notre Affaire à Tous* et d'autres collectifs. Si ces annonces sont moins médiatiques que les recours engagés contre l'État et la multinationale Total, elles n'en sont pas moins intéressantes quant aux objectifs contentieux qu'elles visent.

IV. Conclusion

- 7.43 Cette contribution a permis d'illustrer une forme d'« activisme juridique » à la française pensée par une association partie en « croisade »¹⁶⁸, comme d'autres dans le monde, pour accélérer la lutte climatique. Consciente de son pouvoir communicationnel notamment vers la jeunesse et de sa marge de manœuvre dans une société qui se judiciarise très fortement et particulièrement dernièrement sur les enjeux environnementaux, *Notre Affaire à Tous* est devenue en moins de dix ans l'une des associations de défense de l'environnement les plus actives en matière de justice climatique en France.
- 7.44 Les leviers tactiques que l'association déploie nous en disent beaucoup sur la façon dont elle perçoit et conçoit le droit¹⁶⁹ « *right consciousness* ». Le travail réalisé par cette association a servi de « caisse de résonance »¹⁷⁰ aux débats juridiques complexes jusqu'ici confinés dans les cercles de spécialistes (révision constitutionnelle). Son plaidoyer autour de la « contribution extérieure » et son activisme constitutionnel ont ouvert des espaces singuliers de publicisation de la cause climatique qu'elle défend avec d'autres.
- 7.45 En contestant devant les juges administratif et judiciaire stratégiquement et très médiatiquement l'inaction de l'État et le « *business model* » de la multinationale Total, elles soulèvent aussi des questions juridiques techniques, inédites et essentielles : accès au juge, normativité des engagements climatiques, performativité des droits de l'Homme dans le contentieux climatique, réparation et indemnisation du préjudice écologique, émergence de la notion de vigilance climatique dans le droit français. Peu nombreuses encore, les victoires contentieuses concourent à questionner le juge sur ces enjeux en l'obligeant à apprécier les objectifs et les ambitions climatiques qu'il peut durcir au cours du procès.
- 7.46 Ces actions contentieuses sont néanmoins très discutées, car elles réactivent les critiques anciennes de « *jurocracy* » ou « *judge-made policy-making* » en ce qu'elles laisseraient au juge un rôle (trop) considérable. Elles questionnent la légitimité de l'autorité

167 Il ne suit néanmoins pas totalement la demande des associations quant à l'insuffisance de l'étude d'impact sur les effets de l'approvisionnement en huile de palme et donc l'analyse des effets de la production d'huile de palme jusqu'en Asie et en particulier en Indonésie et en Malaisie.

168 Voir sur la symbolique du Saint Graal, BOUWER, 1 - 32.

169 MCCANN.

170 MALJEAN-DUBOIS, 94.

judiciaire dans l'orientation des changements de paradigme, lesquelles devraient relever du politique soumis au contrôle du peuple par les urnes. Cet activisme judiciaire¹⁷¹ très varié selon les pays n'a toutefois pas encore montré une avancée significative de la cause climatique.

Ces actions contentieuses activent inévitablement des tensions¹⁷² entre le droit (l'auto- 7.47
rité judiciaire) et le politique. Et, dans l'entre-deux, les ONGE deviennent alors tout à la fois des « garde fous », des vigies de la justice climatique et de robustes contre-pouvoirs.

171 LAVOREL, 37-62.

172 BURGERS, 55-75.

Quatrième partie : Le levier des droits politiques

§ 8 La législation climatique en mutation : place aux principes de cohérence, d'évaluation et de mobilisation du public.

« La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. »

(Déclaration de Rio, principe 10)

Thierry Largey*

Table des matières

I.	Introduction	203
II.	Éléments de stratégies climatiques, en Suisse et dans l'Union européenne	206
	1. L'objectif climatique ultime	206
	2. La stratégie climatique à long terme de la Suisse	207
	3. Les stratégies européennes en matière de climat et d'environnement	209
III.	Le principe de cohérence climatique	213
	1. Notion	213
	2. Concrétisation du principe	216
IV.	Le principe d'évaluation	221
	1. Notion	221
	2. Concrétisation du principe	222
V.	La mobilisation du public	223
	1. Les citoyens, moteur déterminant de la transition climatique	223
	2. Le principe de transparence	225
	3. La participation du public au sens large	231
	4. L'accès à la justice en matière de transparence et de participation du public	237
VI.	Remarques conclusives	241

Bibliographie

AITAMURTO TANJA, La production participative dans l'élaboration des politiques publiques, *Pouvoirs* 2020/4, 89 ss ; BOVERKET, Regulation on climate declarations for buildings proposal for a roadmap and limit values, *Karlskrona* 2020 ; CONFÉRENCE DES DIRECTEURS CANTONAUX DE L'ÉNERGIE (ENDK), *Modèle de prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC)*, Edition 2014, Berne 2015 ; BRAIG KATHARINA F./BRILLAT MANUELLA, En marge de l'initiative « Aînées pour la protection du climat » : franchir le pas de l'environnement aux droits humains, *RDS* 2020 I, 473 ss ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Quelle pourrait être l'importance des émissions négatives de CO₂ pour les futures politiques climatiques de la Suisse ?*, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 18.4211 Thorens Goumaz du 12 décembre 2018, Berne 2020 (cité : NET) ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Le développement durable dans le secteur financier en Suisse, État des lieux et positionnement focalisés sur les aspects environnementaux*, Berne 2020 (cité : Secteur financier) ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Stratégie climatique à long terme de la Suisse*, Berne 2021 (cité : Stratégie) ;

* Professeur en droit public à l'Université de Lausanne.

CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie pour le développement durable 2030, Berne 2021 (cité : Durable) ; DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES DU PARLEMENT EUROPÉEN, Ouverture, transparence et accès aux documents et à l'information dans l'UE, Bruxelles 2013 ; EPINEY ASTRID/DIEZIG STEFAN/PIRKER BENEDIKT/REITEMEYER STEFAN, Aarhus-Kommentar, Handkommentar, Baden-Baden 2018 ; EPINEY ASTRID/SCHEYLI MARTIN, Aarhus-Konvention : Rechtliche Tragweite und Implikationen für das schweizerische Recht, Fribourg 2000 ; FAVRE ANNE-CHRISTINE, La participation populaire aux grands projets d'infrastructure lancés par les pouvoirs publics, Annuaire ADSPO 2016/2017, 3 ss ; FLÜCKIGER ALEXANDRE, La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale, DEP 2009 749 ss ; FRANZIUS CLAUDIO/KLING ANNE, The Paris Climate Agreement and liability issues, in Kahl/Weller (éd.), Climate Change Litigation, A Handbook, München 2021, 197 ss ; GARCIA DE ENTERRIA EDUARDO, Principes et modalité de la participation à la vie administrative, in Deléprée (éd.), la participation directe du citoyen à la vie publique et administrative, Bruxelles 1986, 251 ss ; GAUDIN JEAN-PIERRE, La démocratie participative, Informations sociales 2010/2, 42 ss ; GRIFFEL ALAIN/RAUSCH HERIBERT, Kommentar zum Umweltschutzgesetz : Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011 ; GRIFFEL ALAIN, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zurich 2001 ; IPBES/IPCC, Biodiversity and climate change, Workshop report, 2021 ; LARGEY THIERRY, Développements du droit européen en matière climatique, Annuaire suisse de droit européen 2019/2020, 463 ss (cité : Annuaire 2019/2020) ; LARGEY THIERRY, Développements du droit européen en matière climatique, Annuaire suisse de droit européen 2020/2021, (cité : Annuaire 2020/2021) ; LARGEY THIERRY, Développements du droit européen en matière climatique, Annuaire suisse de droit européen 2023/2024, à paraître (cité : Annuaire 2023/2024) ; LARGEY THIERRY, La législation climatique doit-elle être davantage environnementale ?, ZBl 7/2020, 67 ss (cité : Contrôle) ; LARGEY THIERRY, Le contrôle juridictionnel des actes matériels, PJA 1/2019, 349 s (cité : ZBl) ; LARGEY THIERRY/DUPONT VALÉRIE, La législation européenne sur le climat dans le contexte des limites planétaires. Des fondements juridiques à l'allocation de quotas, Annuaire suisse de droit européen 2021/2022, 301 ss (cité : Annuaire 21/22) ; LARGEY THIERRY/FANTI SÉBASTIEN, L'obligation de transparence en matière d'aménagement du territoire, Le cas des zones réservées, PJA 2/2021, 194 ss ; MAGNON XAVIER, L'accès à la justice dans la théorie générale du droit, in Bétaille (éd.), Le droit d'accès la justice en matière d'environnement, Toulouse 2016, 27 ss ; MAHON Pascal, Droit constitutionnel Vol. II, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Bâle 2015 ; MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES, Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : CR Cst. – AUTEUR) ; MEILLAND PHILOMÈNE, Caractéristiques des lois sur l'accès à l'information en Suisse, in : Pasquier (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, 19 ss ; MEYNIER ADELIN, Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement, Paris 2020 ; MICHEL HÉLÈNE, La transparence dans l'Union européenne : réalisation de la bonne gouvernance et redéfinition de la démocratie, RFAP 165/2018, 109 ss ; MOLINER-DUBOST MARIANNE, Démocratie environnementale et participation des citoyens, AJDA 2011, 259 ss ; MONÉDIAIRE GÉRARD, La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte, Participations 2011/1, 134 ss ; MOOR PIERRE, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris 2005 ; MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Vol.1, Les Fondements, 3^e édition, Berne 2021 ; NAIR GIREESH/FRANSSON ÅKE/OLOFSSON THOMAS, Perspectives of building professionals on the use of LCA tools in Swedish climate declaration, Cold Climate HVAC & Energy 2021 ; OFFICE FÉDÉRAL DE L'AGRICULTURE (OFAG), Stratégie Climat pour l'agriculture, Protection du climat et adaptation au changement climatique pour une agriculture et une économie alimentaire suisses durables, Berne 2011 (cité : Stratégie) ; OFFICE FÉDÉRAL DE L'AGRICULTURE (OFAG), Stratégie Climat pour l'agriculture, Résumé, Berne 2011 (cité : Résumé) ; PASQUIER MARTIAL, Introduction, in : Pasquier (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013 ; PETERS BIRGIT, Unpacking the Diversity of Procedural Environmental Rights : The European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention, Journal of Environmental Law 30/2018, 1 ss ; PRIEUR MICHEL, Droit de l'environnement, droit durable, Bruxelles 2014 (cité : Durable) ; PRIEUR MICHEL, Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation, RJE 4/1988, 397 ss (cité : Participation) ; SIDLER SALOME/BALLY JÜRIG, La ratification projetée par la

Suisse : impact et enjeux de la Convention d'Aarhus pour le droit fédéral, DEP 2009, 725 ss ; SIFONTOS DAVID, La consommation propre d'électricité : Fondements juridiques, mise en œuvre pratique et modèles de contrats, Lausanne 2023 ; SOHNLE JOCHEN, Les éléments territoriaux naturels mobiles subissant les conséquences du changement climatique : esquisse d'un régime de droit international en devenir, VertigO 18 (1) ; STRUILLOU JEAN-FRANÇOIS, La participation du public en matière d'environnement : le changement dans la continuité, AJDA 24/2018, 1392 ss ; TRUCHET DIDIER, Le droit public, 4^e édition, Paris 2018 ; THURNHERR DANIELA, Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts – Eine Spurensuche, DEP 2017, 510 ss (cité : THURNHERR, Aarhus) ; THURNHERR DANIELA, *Öffentlichkeit und Geheimhaltung von Umweltinformationen. Weiterentwicklung des Umweltvölkerrechts durch die Aarhus-Konvention und deren Bedeutung für das schweizerische Recht*, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : THURNHERR, *Öffentlichkeit*) ; VAN CALSTER GEERT/REINS LEONIE, The Paris Agreement on Climate Change, A Commentary, Cheltenham 2021 ; WISARD NICOLAS, La participation en aménagement du territoire après la Convention d'Aarhus – Quelques observations conceptuelles et d'expérience, in : Hottelier/Hertig/Randall/Flückiger, *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Zurich 2019, 317 ss.

Travaux préparatoires

Message concernant l'évolution future de la politique agricole dans les années 2014 à 2017, du 1^{er} février 2021, FF 2012 1857 (cité : Message Politique agricole) ; Message portant approbation de la convention d'Aarhus et de son application ainsi que son amendement, du 28 mars 2012, FF 2012 4027 (cité : Message Aarhus) ; Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (Loi sur la transparence, LTrans), du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : Message LTrans.) ; Message relatif à la révision totale de la loi sur le CO₂ pour la période postérieure à 2020, du 1^{er} décembre 2017, FF 2018 229 (cité : Message Révision LCO₂) ; Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 (cité : Message Cst.) ; Projet de Message relatif à la révision de la loi sur le CO₂ pour a période postérieure à 2024 (cité : Projet de message LCO₂) ; Projet de message du Conseil fédéral du 18 juin 2021 concernant la loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables (cité : Projet de message LEne).

I. Introduction

Tel qu'il ressort notamment de l'art. 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme 8.1 du 10 décembre 1948, l'accès à la justice constitue l'une des conditions essentielles pour qu'une personne puisse faire valoir les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. En son absence, les citoyennes et les citoyens ne peuvent se faire entendre, exercer leurs droits, contester des actes arbitraires, discriminatoires ou plus généralement contraires au droit, ni engager la responsabilité des autorités. Ce droit procédural permet de saisir l'organe chargé de veiller à la régularité dans un système juridique, de sorte que les particuliers « ne soient pas simplement assujettis à un pouvoir exécutif de plus en plus puissant », mais puissent accéder à une autorité indépendante¹. Il s'inscrit dès lors dans un litige entre deux parties, que le juge doit résoudre en tranchant un différend relatif à l'application du droit².

1 Message Cst., FF 1997 I 1, 511.

2 MAGNON, 28.

- 8.2 Le besoin accru de protection juridique dans le domaine de l'environnement souligne la dichotomie grandissante entre ce qui est attendu par les justiciables – au regard de leur propres aspirations, de l'urgence ou des promesses qui leur sont faites – et ce qu'ils perçoivent de l'action publique et de la mise en œuvre des exigences légales. En d'autres termes, il souligne qu'une partie de la population considère l'action climatique des autorités exécutives, voire législatives, comme insuffisante, non pertinente et bien plus encore comme illégale. L'insuffisance peut concerner la concrétisation des intentions et des engagements internationaux dans des actes concrets, la prise en compte partielle ou tronquée des intérêts en jeu ou encore l'inadéquation entre le cadre scientifique et juridique et les mesures engagées. Elle concerne tant l'intensité des mesures telle que des seuils d'émissions inadéquats, leur étendue lorsque des activités ne font l'objet d'aucune mesure ou le type des mesures. Les administrés attendent alors de la justice qu'elle constate cette insuffisance et rappelle les autorités à leur devoir, de manière à infléchir ou contraindre la formation des politiques climatique et environnementale.
- 8.3 Le thème de l'accès à la justice interroge sur la place et le rôle réservés aux citoyennes et aux citoyens en matière de protection de l'environnement et de lutte contre le changement climatique. Lorsque leur avis ou leurs intérêts n'ont pas été suffisamment pris en considération, que leurs droits fondamentaux – droit à la vie, à la santé, à un environnement sain – sont négligés, elles et ils les défendent par la voie contentieuse. Le public se situe toutefois dans une position de relative faiblesse, pour le moins son action climatique reste-t-elle avant tout réactive et indirecte.
- 8.4 Une décision judiciaire n'a pas pour vocation de définir la politique climatique d'un État; elle constitue en revanche une étape qui peut conduire à l'influencer et à faire prendre conscience aux décideurs de la nécessité d'agir davantage ou différemment. Pour l'exemple, le gouvernement allemand entreprend de renforcer la loi sur la protection du climat, par nécessité, car le coup porté par la Cour constitutionnelle fédérale le 24 mars 2021 ne lui laisse guère le choix. Celle-ci a établi que certaines dispositions de la loi allemande du 12 décembre 2019 relative à la lutte contre le changement climatique n'étaient pas conformes aux droits fondamentaux; le législateur était alors tenu d'ajuster, jusqu'au 31 décembre 2022, les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour la période postérieure à 2030³.
- 8.5 Dans l'affaire des *KlimaSeniorinnen*, le Tribunal fédéral faisait le constat que « Ces préoccupations [protection du climat] ne doivent pas être mises en œuvre par des moyens juridiques, mais par des moyens politiques, pour lesquels le système suisse, avec ses instruments démocratiques [initiative populaire, motion parlementaire, pétition, protection des droits fondamentaux, c. 4.3], offre suffisamment de possibilités »⁴. Bien qu'incomplet et par trop restrictif, ce propos n'est toutefois pas dénué de fondement. La

3 BVerfG, arrêt du 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

4 ATF 146 I 145, c. 5.5.

lutte contre le changement climatique est une affaire politique ; la réponse à l'urgence climatique appartient ainsi au législateur et au pouvoir exécutif, bien plus qu'au juge. Ce constat repose sur la distinction qui existe entre les fonctions législative et administrative, lesquelles établissent puis appliquent la règle de droit, et la fonction judiciaire qui en contrôle la légalité. Il procède d'une répartition des responsabilités et des moyens. La responsabilité juridique vise à une application correcte du droit, dont le juge est garant. Elle comprend une seconde responsabilité, de nature « politico-administrative »⁵, ayant pour objectif l'efficacité et l'adéquation de la norme. Celle-ci échappe au juge, qui n'est pas responsable d'une politique publique et dont le pouvoir d'examen se limite en principe à la seule légalité. Elle constitue alors le domaine d'action réservé du législateur et de l'administration, balisé par l'indétermination et la liberté d'appréciation que l'ordre juridique leur offre. Il importe par conséquent de placer la question de la protection de l'environnement et du climat devant la société et les choix qu'elle doit faire – par le biais des tribunaux s'il le faut.

Dans cette perspective, la présente contribution ouvre la réflexion sur une refonte de la manière de penser les politiques climatiques, non pas dans ses fondements juridiques, mais dans la manière de les concevoir et de les concrétiser dans des règles de droit. Le refus en scrutin populaire⁶ de la révision de la LCO₂⁷ le 13 juin 2021 a montré en Suisse combien les instruments démocratiques ordinaires dont parle le Tribunal fédéral ne sont pas forcément garants de succès. L'enjeu est double. D'une part, il s'agit dans la mesure du possible de faire converger ceux qui jugent que les mesures vont trop loin et ceux qui les jugent trop timides ; pour cela, le rôle des expertes et experts est essentiel en tant qu'il permet d'exposer les faits et de proposer des moyens d'agir. D'autre part, l'action climatique ne peut plus être sectorielle et miser sur quelques instruments, notamment les taxes ; elle doit être globale et user de tous les mécanismes à disposition. Les développements récents du droit européen offrent à notre sens une excellente source d'inspiration, bien qu'ils soient encore en phase de construction. Ils permettent de positionner certains principes généraux d'une importance cardinale destinés à gouverner les politiques climatiques, de leur élaboration à leur mise en œuvre. Ces principes soudent des stratégies environnementales de l'Union, mais également de celles de la Suisse – bien que de manière plus évanescence (*infra* II). Le principe de cohérence ouvre la voie à une vision intégrée et globale de la réponse à apporter à l'urgence climatique (*infra* III). Cette vision est indissociable d'une approche dynamique impliquant l'évaluation continue de l'efficacité et de l'effectivité des mesures (*infra* IV). Finalement, les instruments de la transparence et de la démocratie participative permettent de repenser l'action citoyenne dans le débat climatique (*infra* V). 8.6

5 Voir dans ce sens MOOR, 72 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 7753-754.

6 <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210613/can644.html>> (23.09.2023).

7 Loi fédérale sur le CO₂ (LCO₂) du 23 décembre 2011 (RS 641.71).

II. Éléments de stratégies climatiques, en Suisse et dans l'Union européenne

1. L'objectif climatique ultime

- 8.7 L'objectif ultime de l'action climatique mondiale est énoncé à l'art. 2 CCNUCC⁸, disposition fondamentale mais par trop oubliée. Il consiste à « stabiliser [...] les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique »⁹. Le système climatique est défini, à l'art. premier par. 3 CCNUCC, comme un ensemble englobant l'atmosphère, l'hydrosphère, la biosphère et la géosphère, ainsi que leurs interactions. Concrètement, les émissions anthropiques ajoutées aux émissions naturelles de gaz à effet de serre doivent être inférieures ou égales aux puits anthropiques ajoutés aux puits naturels. Il en découle une « équation climatique »¹⁰ qui contraint les Parties à porter leur action simultanément et prioritairement sur deux termes de cette équation : la stabilisation et la réduction des émissions de gaz à effet de serre, mais également l'augmentation de la capacité anthropique d'absorption du carbone par le renforcement des « puits »¹¹.
- 8.8 L'art. 4 par. 1 de l'accord de Paris¹² précise la trajectoire à suivre afin d'atteindre l'objectif ultime fixé dans la CCNUCC. Il s'agit de rapidement stabiliser les émissions, puis de les réduire afin d'atteindre la neutralité climatique « au cours de la deuxième moitié du siècle »¹³. Cette trajectoire doit permettre d'éviter une perturbation dangereuse du système climatique, objectif qui est concrétisé par le biais d'une élévation maximale admissible de la température formulé à l'art. 2 par. 1 let. a de l'accord de Paris. Pour y parvenir, chaque Partie doit établir et communiquer les contributions successives et décroissantes dans le temps, déterminées au niveau national ; elles sont en outre tenues de prendre des mesures internes « en vue de réaliser les objectifs desdites contributions »¹⁴.
- 8.9 Tant la Suisse que l'Union européenne (UE) ont élaboré des stratégies à moyen et long terme destinées à définir un cadre au développement à faible émission de gaz à effet de

8 Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) du 21 mars 1994 (RS 0.814.01).

9 LARGEY/DUPONT, *Annuaire 21/22*, 310 ss avec les Figures 1 et 2.

10 LARGEY/DUPONT, *Annuaire 21/22*, 310 s. et 314 avec la Figure 3 ; LARGEY, ZBl, 349.

11 Les puits sont définis, à l'art. premier par. 8 CCNUCC, comme tout processus, comme tout processus, toute activité ou tout mécanisme, naturel ou artificiel, qui élimine de l'atmosphère un gaz à effet de serre, un aérosol ou un précurseur de gaz à effet de serre.

12 Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015 (RS 0.814.012).

13 Voir à ce propos, avec des considérations critiques, LARGEY/DUPONT, *Annuaire 21/22*, 320 ss avec la Figure 4.

14 Ni la CCNUCC ni l'accord de Paris ne comprennent d'objectif de réduction des émissions ou de quota mondial d'émissions annuelles. C'est ainsi sur la base d'un objectif d'élévation de la température mondiale maximale que les États doivent se fonder pour définir leur contribution nationale. On perçoit ici la difficulté de garantir un budget carbone mondial stabilisé ou réduit, quand bien même l'accord de Paris introduit certains critères d'allocation telles que l'équité ou la responsabilité commune différenciée. Voir à ce propos FRANZIUS/KLING, 212.

serre¹⁵. Celles-ci sont nécessaire afin de coordonner l'action climatique au niveau national, de sorte que les contributions annoncées soient effectivement respectées et qu'elles soient compatibles avec l'objectif climatique ultime. Les stratégies indiquent la voie à suivre pour atteindre la neutralité climatique à l'horizon 2050, autrement dit le seuil du zéro net émission¹⁶. Elles formulent les principes destinés à guider et déterminer l'action des autorités en matière de politique climatique ; dit autrement, elles « servent de base à la définition des conditions-cadres juridiques futures »¹⁷. Il n'est pas question de faire le détail des stratégies climatiques suisses (*infra* 2) et européennes (*infra* 3), mais de mettre en évidence les principes généraux que nous avons qualifiés de cardinaux en introduction, aux fins d'atteindre la stabilité du système climatique.

2. La stratégie climatique à long terme de la Suisse

La Suisse s'est dotée d'une stratégie climatique en janvier 2021. Suivant les connaissances scientifiques actuelles et se fondant sur le « niveau d'ambition le plus élevé possible » mentionné à l'art. 4 par. 3 de l'accord de Paris, la Suisse s'est fixé l'objectif de parvenir à la neutralité climatique à l'horizon de la moitié du siècle¹⁸. Selon la trajectoire définie par cette stratégie, il est envisageable de réduire les émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2050 de 90 % par rapport à 1990. En outre, les émissions restantes doivent être compensées par le biais de technologies d'émission négative (NET, *Negative Emission Technologies*)¹⁹. Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2025, de la loi fédérale du 30 septembre 2022 sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique (LCl)²⁰, l'utilisation des NET deviendra l'un des objectifs/instruments à la neutralité carbone en 2050, mais également à la réduction de la concentration atmosphérique de CO₂ dans la seconde moitié du XXI^e siècle (art. 3 al. 1 let. b LCl, respectivement 3 al. 2 LCl)²¹.

La stratégie climatique à long terme formule dix principes visant à orienter et à façonner les actions qu'entreprendra la Suisse ces prochaines années en matière de politique

15 Art. 4 par. 19 de l'Accord de Paris. La CCNUCC précise que les stratégies climatiques à long terme doivent être soumises d'ici fin 2020 et doivent s'inscrire dans un horizon temporel allant jusqu'au milieu du siècle (ch. 3, par. 35, de la décision 1/CP.21 CCNUCC).

16 Une société climatique neutre signifie de parvenir à une économie où les émissions nettes de gaz à effet de serre sont réduites à zéro – les émissions étant compensées par les absorptions. Voir à ce propos LARGEY, *Annuaire 2019/2020*, 463.

17 CONSEIL FÉDÉRAL, *Stratégie*, 4 et 16.

18 CONSEIL FÉDÉRAL, *Stratégie*, 14.

19 A propos des NET, voir CONSEIL FÉDÉRAL, *NET*, 7 ss ; LARGEY, *Annuaire 2019/2020*, 479 ss.

20 La LCl a été adoptée en votation populaire le 18 juin 2023, le projet de loi ayant été accepté par 59.1 % de la population. <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/climat/dossiers/loi-climat.html>> (23.09.2023)

21 L'art. 2 let. a LCl désigne les NET comme les « procédés biologiques et techniques visant à extraire de l'atmosphère du CO₂ et à le fixer durablement dans les forêts, les sols, les produits en bois ou d'autres puits de carbone ».

climatique. Elle couvre tous les secteurs définis dans l'inventaire issus des directives de la CCNUCC²² : ceux de l'énergie, des processus industriels et de l'utilisation des produits, de l'agriculture, de l'utilisation des terres, des changements d'affectation des terres et de la foresterie, des déchets, ainsi que d'autres domaines tels que les transports, l'aviation internationale, l'alimentation, les déchets, les gaz synthétiques et le marché financier. L'action climatique de la Suisse devrait dès lors être globale, chaque domaine d'activité devant contribuer à l'effort de stabilisation et de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

- 8.12 Plusieurs principes formulés dans la stratégie climatique de la Suisse méritent une attention particulière dans le cadre de la présente contribution. Le premier d'entre eux évoque une « transition cohérente » vers le zéro net émission. Selon les prévisions, mises en œuvre de manière cohérente, les mesures adoptées pourrait ainsi permettre de réduire les émissions de GES en Suisse de près de 38 % d'ici 2030 par rapport à 1990²³. La notion de cohérence n'est pas toutefois pas explicitée par le Conseil fédéral. Tout au plus comprend-on qu'il s'agit d'une opportunité pour l'innovation et la recherche, dans le sens où la neutralité climatique n'est envisageable qu'en recourant à de nouvelles technologies ou de nouveaux instruments. Au demeurant, la notion de cohérence de la transition doit probablement être mise en lien avec l'approche globale adoptée par la stratégie climatique ; nous y reviendrons plus largement par la suite²⁴.
- 8.13 Les principes 7 et 8 énoncent que la transition vers la neutralité climatique doit être socialement et économiquement supportable. Les charges financières supplémentaires qui incombent aux ménages à faible revenu ou à certaines régions doivent être autant que possible évitées ou compensées par des mécanismes appropriés (principe 7). La transition doit être efficace en termes de coûts et ne pas désavantager les entreprises suisses actives sur le marché international ; elle doit simultanément contribuer à l'internalisation des coûts externes. Ces deux principes font implicitement référence à une forme de cohérence devant veiller à ce que les mesures engagées afin de lutter contre le changement climatique ou de s'y adapter n'engendrent pas de dommages collatéraux tout aussi insupportables du point de vue social ou économique.
- 8.14 Selon le quatrième principe de la stratégie climatique suisse, la réduction des émissions doit intervenir tout au long des chaînes de valeur ajoutée. Tant la production que la demande de biens et de services doivent avoir un impact environnemental aussi faible que possible. Il convient alors de prendre en considération l'intégralité du cycle de vie d'un produit ou d'un service et d'agir à chaque étape.

22 CCNUCC, Directives pour l'établissement des communications nationales des Parties visées à l'annexe I de la Convention, première partie : Directives FCCC pour la notification des inventaires annuels, FCCC/SBSTA/2004/8, 3 septembre 2004, notamment 25 - 26.

23 CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie, 23.

24 *Infra* III.

3. Les stratégies européennes en matière de climat et d'environnement

a) Le pacte vert pour l'Europe

Le 11 décembre 2019, la Commission européenne présentait le pacte vert pour l'Europe (European Green Deal), sa feuille de route censée rendre l'économie de l'Union européenne durable. Cette stratégie vise l'objectif de « transformer l'UE en une société juste et prospère, dotée d'une économie moderne, efficace dans l'utilisation des ressources et compétitive, caractérisée par l'absence d'émission nette de gaz à effet de serre d'ici 2050 et dans laquelle la croissance économique sera dissociée de l'utilisation des ressources »²⁵. Comme l'a affirmé en 2018 la Commission européenne, une « action pour le climat immédiate et décisive est essentielle »²⁶; le pacte vert jette les bases de cette action, dans un contexte globalisé visant également à préserver et consolider le patrimoine naturel de l'UE, ainsi qu'à protéger la santé et le bien-être des citoyens des risques et incidences liés à l'environnement. Suivant l'adoption du pacte vert, la Commission a élaboré plusieurs instruments stratégiques et juridiques devant permettre d'atteindre les objectifs mondiaux en matière de lutte contre le changement climatique définis dans l'accord de Paris et de définir la trajectoire à suivre vers la neutralité climatique à l'horizon 2050.

Deux catégories d'instruments ressortent de la stratégie européenne. La première s'inspire d'une approche stratégique climatique globale et générale visant à établir un cadre pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre et l'augmentation de l'absorption par les puits. La seconde procède de stratégies sectorielles de durabilité, par exemple dans les domaines des bâtiments, de la mobilité, des systèmes énergétiques ou encore de l'économie; dans ces cas, il ne s'agit pas de stratégies purement climatiques, mais d'approches environnementales plus larges comprenant des considérations relatives au changement climatique²⁷.

En septembre 2020, la Commission a présenté le plan cible en matière de climat à l'horizon 2030 dans lequel est défini un objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre par rapport à 1990 d'au moins 55 % d'ici à 2030. Ce plan porte tant sur les émissions que sur les absorptions de gaz; il a pour fonction de fixer la trajectoire nécessaire pour atteindre la neutralité climatique à l'horizon 2050²⁸. La stratégie d'adaptation

25 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 11 décembre 2019, Le pacte vert pour l'Europe, COM(2019) 640 final, 2.

26 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Comité des régions, au Comité économique et social et à la Banque européenne d'investissement du 28 novembre 2018, Une planète propre pour tous. Une vision européenne stratégique à long terme pour une économie prospère, moderne, compétitive et neutre pour le climat, COM(2018) 773 final, 1.

27 Pour des développements, voir LARGEY, Annuaire 2020/2021.

28 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 17 septembre 2020, Accroître les ambitions de l'Europe en matière de climat pour 2030, Investir dans un avenir climatiquement, COM(2020) 562 final, 2.

au changement climatique répond au second objectif de l'art.2 par.1 de l'accord de Paris ; elle vise à renforcer les capacités de l'Union au changement climatique en développant une adaptation plus intelligente, plus systématique et plus rapide – inscrite dans l'action internationale²⁹. Le pacte européen pour le climat de novembre 2019 tend à faire coopérer, dans un objectif commun, le public et les organisations, qu'il s'agisse d'autorités nationales, régionales et locales ou d'entreprises, de syndicats, d'organisations de la société civile, d'établissements d'enseignement, d'organismes de recherche et d'innovation, de groupements de consommateurs et de particuliers. Pour ce faire, il s'appuie sur des dialogues avec les citoyens et les assemblées de citoyens³⁰. Les stratégies sectorielles de durabilité complètent les axes de la stratégie globale de durabilité, en concourant collectivement à transformer l'économie de l'UE et la société européenne³¹.

b) Une première concrétisation dans la loi européenne sur le climat

- 8.18 Afin d'établir clairement les conditions d'une transition à la fois efficace, équitable et irréversible, la Commission a proposé en mars 2020 l'adoption de la première « législation européenne sur le climat ». Par le biais d'un règlement, elle a souhaité ancrer dans un acte contraignant l'objectif de neutralité climatique d'ici à 2050. La réglementation vise également une certaine sécurité juridique et politique, en garantissant par un texte contraignant à l'échelle de l'Union européenne que toutes les politiques publiques contribueront effectivement à l'accomplissement de cet objectif – ceci dans l'ensemble des domaines concernés. Elle vise enfin à améliorer la transparence et la responsabilité³².
- 8.19 La « loi européenne sur le climat »³³ a été publiée le 9 juillet 2021 ; elle est entrée en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne, soit à fin juillet 2021. Le règlement « loi climat » est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre. Il définit le cadre juridique de l'ensemble des mesures du « Paquet climat » qui ont été présentées par la Commission européenne le 14 juillet 2021, lesquelles sont destinées à réaliser les objectifs du nouveau règlement. Ce « Paquet climat » répond à l'obligation qui figurait à

29 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 24 février 2021, Bâtir une Europe résiliente – la nouvelle stratégie de l'Union européenne pour l'adaptation au changement climatique, COM(2021) 82 final, 5ss.

30 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 9 décembre 2020, Pacte européen pour le climat, COM(2020) 788 final, 4 ss ; COM(2019) 640 final, 27.

31 COM(2019) 640 final, 6-18. Voir pour des détails LARGEY, *Annuaire 2020/2021*.

32 Projet de règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 mars 2020 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant le règlement (UE) 2018/1999, COM(2020) 80 final.

33 Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) no 401/2009 et (UE) 2018/1999 (« loi européenne sur le climat »).

l'art. 2 par. 4 de la proposition de loi européenne sur le climat³⁴ et qui est reprise à l'art. 4 par. 3 du nouveau règlement. Elle enjoint la Commission de déterminer, au 30 juin 2021, les modifications qu'il convient d'apporter à la législation de l'Union européenne mettant en œuvre l'objectif de réduction des émissions atteignant 50 à 55 % par rapport à 1990, de même que l'objectif de neutralité climatique formulé à l'art. 2 par. 1 du règlement. Le paquet législatif, baptisé « *Fit-for-55* » ou « Ajustement à l'objectif 55 », vise à aligner la législation de l'UE en matière de climat et d'énergie sur l'objectif climatique fixé pour 2030 ; il ne contient pas moins de treize propositions de textes allant de la révision de certaines directives à la mise en place de nouveaux outils³⁵.

c) *Les principes d'action*

Dans la théorie juridique, les principes existent par la règle légale pour orienter de manière générale la mise en œuvre du droit. Ils tendent à soutenir l'application du droit en structurant et renforçant son fondement dogmatique³⁶. Ils se manifestent à tous les niveaux de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un régime juridique, tant au stade législatif que décisionnel, ainsi que dans d'éventuelles étapes planificatrices. Les principes présentent l'avantage d'une indétermination normative qui convient particulièrement à une démarche qui est à la recherche d'un régime juridique en devenir³⁷. En posant une maxime commune à toute l'action climatique d'un État ou d'un ensemble d'États, ils permettent une concrétisation graduelle sous la forme de règles de droit précises, puis de mesures concrètes, adaptées à la situation et issues d'une même idée. En d'autres termes, ils garantissent une unité³⁸ d'action à tous les niveaux de l'élaboration et de la mise en œuvre d'une politique publique. En avril 2023, le Conseil européen a adopté cinq actes législatifs destinés à réduire les émissions de GES dans les principaux secteurs de l'économie, tout en veillant à ce que les citoyens et les micro-entreprises les plus vulnérables, ainsi que les secteurs exposés à un risque de fuite de carbone, bénéficient d'un soutien réel dans le cadre de la transition climatique. Ceux-ci concernent respectivement le système d'échange des quotas d'émission (SEQE-UE), les émissions du secteur du transport maritime, les secteurs du bâtiment et du transport routier, le secteur de l'aviation, le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières et le fonds social pour le climat³⁹.

34 COM(2020) 80 final, 16.

35 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3541 (23.09.2023). Pour un exposé des mécanismes d'action climatique prévu dans la loi européenne et des modifications législatives adoptées ou envisagées dans le cadre de l'ajustement à l'objectif 55, voir LARGEY, *Annuaire 2023/2024*, ch. C.

36 GRIFFEL, N 4.

37 SOHNLE, N 20.

38 Voir dans ce sens MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 75.

39 <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2023/04/25/fit-for-55-council-adopts-key-pieces-of-legislation-delivering-on-2030-climate-targets/> (23.09.2023).

- 8.21 L'analyse des textes adoptés par les organes de l'UE depuis 2019, notamment les multiples communications de la Commission européenne, met en lumière plusieurs principes généraux destinés à garantir la cohésion de la politique climatique européenne à travers l'ensemble des ordres juridiques et de leurs actes de mise en œuvre. Trois principes nous paraissent particulièrement prégnants et inspirants pour les législateurs en cela qu'ils posent le cadre politico-juridique de la trajectoire vers la neutralité climatique en 2050 au plus tard. La résolution du défi climatique et environnemental ne dépend en effet pas uniquement des instruments technologiques ou juridiques choisis, mais réside d'abord dans l'instauration d'un cadre adéquat qui sache favoriser et organiser leur efficacité et leur effectivité. Ce cadre doit être en premier lieu cohérent, comme le suggère aussi la stratégie climatique suisse, de sorte à éviter les mesures contradictoires et une forme de paralysie de l'action climatique (*infra* III). Au regard de la complexité du système climatique, il doit inclure un processus d'évaluation régulière de manière à adapter les mesures aux nouvelles connaissances acquises (*infra* IV). Il doit enfin favoriser la mobilisation publique et sociale ainsi que la transparence, compte tenu des incidences sociétales et économiques que la lutte contre le changement climatique implique (*infra* V). Ces principes, de portée tant locale, nationale que supranationale, méritent à notre sens une concrétisation accrue dans les ordres juridiques nationaux – en veillant toutefois à ne pas les considérer isolément, mais dans le cadre d'un système homogène et interdépendant⁴⁰.
- 8.22 Consacrés dans la loi européenne sur le climat, ces principes généraux constituent des règles de droit, avec tous les caractères qu'on leur attribue. Ces règles se distinguent par une place élevée dans la hiérarchie des normes, un champ d'application large, ainsi qu'un caractère avant tout programmatique ; elles expriment souvent un objectif ou une valeur politique et sociale davantage qu'une réalité⁴¹. Les principes identifiés n'ont pas pour vocation de se substituer aux principes « classiques » du droit de l'environnement tels que ceux de causalité ou de prévention⁴², mais d'apporter une réponse au contexte spécifique de la lutte et de l'adaptation au changement climatique. Le défi est en effet majeur par l'ampleur de la réponse à apporter, par l'urgence des mesures à prendre, par l'incertitude qui règne encore quant à la capacité à atteindre l'objectif climatique ultime et par le changement de paradigme social profond qu'il suppose – incarné par une transition à multiple facettes (énergétique, économique, ...). L'élaboration des politiques publiques, des instruments législatifs et des mesures de concrétisation nécessite de satisfaire à des impératifs cumulativement et simultanément de globalité, d'adaptation et d'évolution sociale.

40 Pour des développements sur les principes considérés, voir LARGEY, *Annuaire 2020/2021*.

41 TRUCHET, 56.

42 Le par. 9 du préambule de la loi européenne sur le climat rappelle à cet égard que les actions de l'Union et des États membres devraient reposer sur le principe de précaution et le principe du pollueur-payeur, établis dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que sur le principe de la primauté de l'efficacité énergétique de l'union de l'énergie.

III. Le principe de cohérence climatique

1. Notion

a) Une approche holistique de la protection du climat

La cohérence évoque usuellement une absence de contradiction ou un rapport étroit d'idées ou d'actes qui s'accordent entre eux. Le principe de cohérence en matière climatique conduit à éviter, réduire ou éliminer les contradictions au sein de l'action climatique des États, les relations de normes et d'actes de puissance publique devant s'accorder entre elles. Le principe de cohérence relève alors d'une approche holistique de l'urgence climatique et plus généralement de la transition vers une société juste et prospère⁴³. La lutte contre le réchauffement climatique n'est plus seulement une affaire de valeurs limites d'émissions de CO₂, mais une préoccupation qui concerne l'ensembles des secteurs⁴⁴ tels que les investissements publics et privés, les modes d'exploitation du sol, la foresterie, l'industrie ou encore la manière de consommer. La cohérence climatique doit être ainsi garantie à tous les niveaux d'une politique publique – au stade de l'élaboration des stratégies ou de l'établissement de plan ou de concepts directeurs, lors de l'édiction de règles de droit ou de leur mise en œuvre par des mesures concrètes⁴⁵. Le défaut de cohérence dans la lutte et l'adaptation au changement climatique rend illusoire la poursuite, dans les délais requis, d'un objectif aussi global, lointain et ardu que l'équilibre du système climatique à l'horizon de la moitié de ce siècle ; du moins diminue-t-il drastiquement la probabilité de l'atteindre. Bien entendu, la cohérence n'est pas pur exercice de style destiné à satisfaire les juristes les plus méticuleux. Elle est un *processus* et une *finalité* incontournables permettant une mise en œuvre efficace et effective de l'objectif ultime de la CCNUCC, en tant qu'elle instille de manière transversale et systématique ce dernier dans l'ordre juridique et ses actes d'exécution. 8.23

La cohérence climatique implique une double cohésion. Elle vise d'une part celle des *intérêts*. Les différents intérêts privés et publics, potentiellement divergents, doivent être coordonnés entre eux afin d'offrir les bases d'une transition juste et inclusive. Il ne s'agit alors plus de confronter ces intérêts et de procéder à des choix des uns à l'encontre des autres, mais de rassembler des intérêts autour d'un projet social commun impliquant une transition collective et individuelle dans tous les domaines de la société. D'autre part, elle envisage la *cohésion des actions* privées et publiques menées aussi bien sur le territoire étatique qu'à l'extérieur par des ressortissants de l'État considéré. La cohérence doit être en outre réalisée *matériellement*, mais également *temporellement*. Il s'agit d'assurer matériellement la cohésion des politiques sectorielles, en garantissant que ces 8.24

43 Voir à ce propos l'objectif visé par le pacte vert pour l'Europe, COM(2019) 640 final, 2.

44 Par. 6 du préambule de la proposition de loi européenne sur le climat, COM(2020) 80 final, 11.

45 Voir dans ce sens COM(2019) 640 final, notamment 2, 6, 7, 28.

dernières soient élaborées et mises à œuvre de sorte à atteindre temporellement l'objectif de neutralité climatique en 2050⁴⁶.

- 8.25 Fonctionnellement, la notion de cohérence peut être appréhendée et définie selon deux objectifs ou effets recherchés *A minima* et négativement, elle vise à éviter ou éliminer les contradictions dans l'action climatique des pouvoirs publics ; positivement, elle tend à favoriser ou créer des synergies favorables à l'efficacité et l'efficience de cette même action.

b) Portée du principe

- 8.26 Considérée à l'échelle d'un État, la cohérence doit être envisagée dans des perspectives à la fois externe (internationale) et interne. Du point de vue externe, la politique climatique et les mesures qui l'accompagnent doivent effectivement et efficacement contribuer à l'objectif climatique ultime, en tenant compte de la situation particulière du pays considéré (responsabilités communes mais différenciées, équité, exemplarité). Elle doit autant que possible se départir des éventuelles contradictions avec les instruments internationaux et les politiques climatiques des autres États ; elle devrait en outre s'efforcer de favoriser les complémentarités et les synergies⁴⁷. À l'interne, le principe de cohérence exprime la nécessité d'éliminer les contradictions en matière climatique au sein des politiques elle-même et des instruments qui les soutiennent ; il peut être à notre sens décliné en trois maximes distinctes.
- 8.27 En premier lieu doit être garantie une *cohérence globale de l'action publique en matière climatique*. Celle-ci ne doit pas se limiter à certaines activités spécifiques, mais couvrir l'ensemble des secteurs émetteurs de gaz à effet de serre. Plus encore, elle ne doit pas seulement être envisagée du point de vue purement climatique, mais dans une perspective environnementale plus large. La lutte contre le changement climatique ne peut plus être envisagée indépendamment de la politique énergétique, de la préservation de la biodiversité et des ressources naturelles ou de la protection de l'air et des eaux⁴⁸. En

46 La détermination d'objectifs climatiques intermédiaires apparaît à ce titre nécessaire. Voir à ce propos l'art. 4 par. 1 de la loi européenne sur le climat qui fixe un objectif de réduction des émissions nettes de gaz à effet de serre d'au moins 55 % d'ici à 2030 par rapport aux niveaux de 1990, ainsi que l'art. 4 par. 3 qui charge la Commission de déposer une proposition législative de sorte à introduire dans le règlement un objectif de réduction pour 2040 ; dans une communication du 6 février 2024, la Commission européenne propose un objectif recommandé pour 2040 correspondant à une réduction des émissions nettes de gaz à effet de serre de 90 % par rapport aux niveaux de 1990. Voir à ce propos LARGEY, Annuaire 2023/2024, ch. C.II. La LCO₂ prévoit également un objectif intermédiaire, pour 2020, à l'art. 3 al. 1 ; le projet de révision de la loi refusée en 2021 envisageait une réduction des émissions de gaz à effet de serre de 55 % par rapport à 1990 d'ici à 2030 (art. 3 al. 1 pLCO₂).

47 On peut citer à titre d'exemple le couplage des systèmes suisse et européen d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre (SEQE) approuvé en décembre 2019. À ce propos, voir LARGEY, Annuaire 2019/2020, 475.

48 Selon le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC/IPCC) et la Plateforme intergouvernementale scientifique et politique sur la biodiversité et les services écosystémiques.

Suisse, la stratégie pour le développement durable 2030 du Conseil fédéral fait implicitement référence au principe de cohérence globale des politiques publiques touchant à l'environnement. L'une des tâches qui incombe à la communauté internationale est d'assurer à long terme et de manière durable la préservation des bases de la vie et de l'économie ainsi que de maintenir et promouvoir des écosystèmes fonctionnels et donc performants pour l'économie et la société. A ce titre, les « domaines du climat, de l'énergie et de la biodiversité sont étroitement liés et s'influencent mutuellement »⁴⁹. Si chacun d'entre eux prévoit des mesures spécifiques, les objectifs sectoriels visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre, à diminuer la consommation d'énergie et à développer les énergies renouvelables, ainsi qu'à favoriser la biodiversité sont transversaux. La stratégie énergétique 2050 de la Suisse rappelle de surcroît les synergies incontournables qui doivent être recherchées entre les politiques énergétiques et climatiques⁵⁰. En outre, le principe 9 de la stratégie climatique suisse prévoit que la transition vers le zéro net s'accompagne d'une amélioration de la qualité de l'environnement.

En deuxième lieu, l'État doit veiller à la cohérence du système d'actes publics (de 8.28 l'ordre juridique notamment) ayant une incidence directe ou indirecte sur le climat. Une telle *cohérence systémique* vise au premier chef l'action climatique *per se*. Les mesures prises à la faveur de la neutralité climatique ne doivent pas voir leurs effets annulés ou contrecarrés par d'autres mesures contraires ou paralysantes. La cohérence doit alors être garantie tant au niveau législatif qu'institutionnel. En substance, elle suppose la compatibilité des normes juridiques sectorielles issues de lois de même rang et de rangs différents⁵¹ ; elle implique de surcroît une complète coordination administrative à un même niveau institutionnel, de même qu'entre les différents niveaux institutionnels. En pratique, elle signifie notamment que la réduction des émissions de gaz à effet de serre doit intervenir tout au long des chaînes de valeur ajoutée⁵². La cohérence systémique tend plus largement à un équilibre incluant les autres intérêts publics ou privés revêtant une importance de même niveau. A ce titre, les principes 7 et 8 de la stratégie climatique suisse prévoient que la transition vers la neutralité climatique soit socialement et économiquement supportable. Les charges financières supplémentaires qui incombent aux ménages à faible revenu ou certaines régions doivent être autant que possible évitées ou compensées ; les entreprises suisses ne doivent en outre être désavantagées sur le marché international. Dans une autre perspective, la protection du climat ne doit pas se faire au détriment des autres domaines environnementaux (pro-

miques (IPBES), la lutte contre le dérèglement climatique et celle contre l'effondrement de la biodiversité sont à mener de pair ; ces crises sont « inextricablement connectées ». IPBES/IPCC, 14 ss.

49 CONSEIL FÉDÉRAL, Durable, 18.

50 Message LEne, FF 2013 6771, 6813.

51 En ce sens, s'agissant des mesures d'adaptation au changement climatique, voir Message Révision LCO, 247 : « Les activités d'adaptation devront être planifiées et mises en œuvre de manière coordonnée aussi bien à l'échelon fédéral qu'entre la Confédération et les cantons et reposer sur une base commune permettant de créer des synergies et de prévenir les incohérences et les conflits ».

52 Principe 4 de la stratégie climatique à long terme de la Suisse, CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie, 17-18.

tection des biotopes, ...); elle doit être réalisée en accord avec ces derniers et soutenir des mesures permettant d'obtenir des améliorations, en favorisant les synergies⁵³.

- 8.29 En troisième lieu, un acte étatique pris individuellement doit être *intrinsèquement cohérent*. Il ne devrait pas contenir de contradictions implicites ou explicites en matière d'action climatique ou préteriter des intérêts de même niveau, mais au contraire veiller à favoriser la complémentarité entre les instruments et les mécanismes qu'il contient.

2. Concrétisation du principe

a) Dans l'Union européenne

- 8.30 Le préambule de la loi européenne sur le climat souligne l'importance de veiller à la « cohérence des instruments » de l'Union en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre (par. 39) et à la « cohérence politique » dans l'ensemble de la législation et des politiques en matière d'adaptation au changement climatique (par. 31)⁵⁴. Suivant ce principe, l'ordre juridique européen est contraint de devenir climato-compatible, dans chacun de ses domaines d'action et à tous les niveaux. Bien qu'elle repose sur la coordination des politiques publiques environnementales instaurée par le pacte vert, l'intention reste ambitieuse; elle suppose des efforts de mise en œuvre constants – impliquant une souplesse et une réactivité des institutions européennes et nationales propres à prendre les mesures d'ajustement et d'adaptation afin de suivre la trajectoire requise pour atteindre la neutralité climatique au plus tard en 2050. A ce titre, tous les secteurs économiques pour lesquels les émissions ou absorptions de gaz à effet de serre sont réglementées dans le droit de l'Union devraient contribuer à la réalisation de la neutralité climatique⁵⁵. Est notamment concerné le domaine de la finance durable et des flux financiers visés à l'art. 2 al. 1 let. c de l'accord de Paris. Cette matière est régie par le règlement (UE) 2020/852⁵⁶, lequel établit les critères permettant de déterminer si une activité économique est considérée comme durable sur le plan environnemental, aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement.
- 8.31 L'exigence de cohérence climatique ne vise pas uniquement les institutions européennes, mais également les États membres tant individuellement que dans le cadre de l'objectif commun de neutralité climatique. En d'autres termes, chaque État membre doit veiller à la cohérence climatique de ses propres actions et politiques, mais également à la cohérence de ces dernières avec la politique générale de l'Union.

53 CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie, 19.

54 La cohérence figure déjà comme principe général de rédaction de la législation de l'UE. Voir à ce propos le ch. I par. 2 de l'accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer » du 13 avril 2016 (Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »).

55 Préambule de la loi européenne sur le climat, par. 10.

56 Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/208.

Le principe de cohérence climatique s'inscrit plus largement dans le serment vert « ne pas nuire » (*do no harm/neminem laedere*) énoncé dans le pacte vert⁵⁷. Afin de veiller à ce que toutes les initiatives liées à celui-ci atteignent leurs objectifs aussi efficacement que possible, l'ensemble des politiques européennes doivent se conformer à ce serment. Elles sont par conséquent tenues de ne pas nuire à la mise en œuvre du pacte vert et des actes qui en découlent, mais également de ne pas nuire aux buts du pacte vert lui-même. La cohérence climatique effective de l'ordre juridique dépend alors de plusieurs conditions cumulatives :

- *Détecter et corriger les incohérences* qui limitent la mise en œuvre du pacte et des objectifs climatiques, dans les pratiques et la législation en vigueur. Conformément à l'art. 4 par. 2 de la loi européenne sur le climat, la Commission a présenté le « Paquet climatique » du 14 juillet 2021 afin de rendre possible la réalisation de l'objectif contraignant de l'Union en matière de climat pour 2030.
- Veiller à ce que *les nouvelles dispositions législatives adoptées ne nuisent pas* aux buts et à la mise en œuvre des objectifs climatiques fondés sur le pacte vert. La Commission doit alors évaluer, avant son adoption, la cohérence de tout projet de mesure ou de proposition législative, y compris les propositions budgétaires, au regard de l'objectif de neutralité climatique (art. 6 al. 4 de la loi européenne sur le climat). Cette évaluation doit être rendue publique au moment de l'adoption de l'acte. À cet effet, l'exposé des motifs accompagnant chaque proposition législative et chaque acte délégué devra comporter une section spécifique expliquant comment chaque initiative respecte le serment vert⁵⁸.

b) Une mise en œuvre perfectible dans le droit suisse

La nécessité de cohérence au sein des politiques publiques ayant une incidence ou un rapport avec le climat ressort des différentes stratégies établies récemment par la Confédération suisse. Il ne s'agit toutefois que de lignes directrices pour la politique fédérale qui n'ont rien de contraignant pour le législateur fédéral. Force est de constater alors que la cohérence de la transition vers la neutralité climatique est encore largement timide, pour le moins perfectible, dans l'ordre juridique suisse. La situation pourrait néanmoins favorablement évoluer avec la prochaine entrée en vigueur de la LCL. En substance, l'art. 12 de cette loi prévoit que les prescriptions d'autres actes fédéraux et cantonaux « doivent être conçues et appliquées de sorte à contribuer à atteindre les objectifs de la présente loi ». La formulation empruntée, en particulier l'usage du terme « notamment » associé aux domaines cités, conduit à affirmer que l'ensemble de l'ordre juridique suisse doit être conçu et exécuté de sorte à mettre en œuvre les objectifs inscrits aux art. 3 et 4 LCL et ceux découlant de l'art. 11 LCL. A notre sens, cette tâche vise non

57 Préambule de la loi européenne sur le climat, par. 9. Voir à propos du serment vert LARGEY, *Annuaire* 2020/2021.

58 COM(2019) 640 final, 23.

seulement les textes adoptés postérieurement à l'entrée en vigueur la LCL, mais également les textes existants qui doivent être en conséquence adaptés. De surcroît, l'art. 1 LCL instaure une uniformité d'action dans le domaine de la protection du climat en prescrivant des buts – ou plus précisément des principes d'action – transversaux applicables à l'ensemble de l'ordre juridique et des politiques publiques : la réduction des émissions de GES, la production d'émissions négatives (let. a), l'adaptation aux changements climatiques (let. b), l'orientation des flux financiers (let. c).

- 8.34 La Stratégie climatique à long terme de la Suisse est – à ce jour et en l'état du droit positif – avant tout concrétisée dans la législation sur le CO₂ ; l'objectif de réduction des gaz à effet de serre doit être prioritairement atteint par les mesures définies par la LCO₂, bien que les effets des autres lois doivent également être pris en considération⁵⁹ – que l'on songe notamment à la législation sur l'énergie dont les modifications récentes visent en particulier à favoriser le développement des énergies renouvelables et de réduire le recours aux énergies fossiles. La législation climatique reste ainsi éminemment sectorielle et fragmentée⁶⁰, augmentant de la sorte le risque de contradictions explicites ou implicites dans les textes légaux et lors de leur mise en œuvre. La LCO₂ ne se comporte pas comme une loi transversale couvrant par certains de ses principes toute la législation relative au climat. Elle se limite à formuler un objectif général à atteindre, en reprenant de manière incomplète dans le texte en vigueur le but formulé à l'art. 2 par. 1 let. a de l'accord de Paris (art. 1 al. 1 LCO₂). Réservant d'autres lois, la législation sur le CO₂ ne porte que sur quelques domaines et instruments comme les bâtiments, les voitures de tourisme, la taxe carbone ou SEQE. La cohérence globale de la transition climatique a encore du chemin à faire. Ce constat est d'autant plus vrai que certains secteurs échappent encore à la régulation climatique. Tel est notamment le cas du domaine de la finance (durable). La loi actuelle n'en parle pas, alors que le projet de révision de la LCO₂ rejeté en votation populaire en 2021 l'évoquait en tant qu'objectif sans prévoir de mesures pour la mettre en œuvre⁶¹. Si le Conseil fédéral considère que le développement durable « joue un rôle central dans la politique en matière de marchés financiers »⁶², la transparence et l'engagement dans ce domaine reposent à ce jour sur une base exclusivement volontaire ; le Conseil fédéral souligne néanmoins que la solution la plus appropriée serait une réglementation étatique uniforme, ou du moins une autorégulation reconnue, pour une sécurité juridique maxi-

59 Art. 4 al. 1 LCO₂. Cette disposition restait inchangée dans le projet de révision législative refusée en votation populaire en juin 2021.

60 La Stratégie climatique l'admet expressément en évoquant les mesures prises dans « d'autres politiques sectorielles et législations ». CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie, 19. A notre sens, la mise en œuvre de la LCL doit impérativement veiller à réduire la fragmentation du droit en matière de protection du climat, du moins à éviter les effets indésirables sur cette dernière en garantissant une nécessaire cohérence entre les différents domaines du droit.

61 Art. 1 al. 1 let. d pLCO₂.

62 CONSEIL FÉDÉRAL, Secteur financier, 4.

male⁶³. Une étape préalable a été franchie avec l'adoption, le 18 août 2021, de lignes directrices pour le rapport climatique des grandes entreprises suisses⁶⁴; elles évoquent l'obligation de publier un rapport sur les questions climatiques à destination des sociétés ouvertes au public, des banques et des assurances à partir de 500 employés – dont le bilan excède 20 millions de francs ou le chiffre d'affaires est supérieur à 40 millions de francs. Le projet de révision de la LCO₂ proposée par le Conseil fédéral le 16 septembre 2022 (art. 40d pLCO₂)⁶⁵ prévoit que la FINMA évalue régulièrement les risques financiers liés au climat auxquels sont exposés les assujettis au sens de l'art. 3, let. a, de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA⁶⁶). Cette autorité aurait ainsi pour tâche d'examiner régulièrement et expressément les risques financiers liés au climat auxquels sont exposés les assujettis⁶⁷. Au demeurant, suivant l'art. 9 LCI, la place financière suisse devra apporter une contribution effective à la réalisation des objectifs climatiques.

La cohérence systémique offre des perspectives d'amélioration considérables, afin de 8.35
réduire les émissions de gaz à effet de serre tout au long du cycle de vie des produits. Si la stratégie pour le développement durable 2030 positionne l'économie circulaire en tant qu'axe stratégique national, ce concept ne connaît pas encore d'ancrage dans une règle de droit. Plusieurs initiatives parlementaires ont été déposées dans ce sens, puis retirées au profit d'une initiative parlementaire de la CEATE-CN; celle-ci a donné lieu à une proposition de révision de la LPE du 15 mars 2024 avec l'ajout de nouvelles dispositions relatives au renforcement de l'économie circulaire⁶⁸. Dans le domaine des bâtiments, l'art. 9 LCO₂ charge les cantons de veiller à la réduction des émissions de dioxyde de carbone pour ceux d'entre eux qui sont chauffés à l'aide d'agents énergétique. Les cantons sont également tenus de d'édicter des dispositions sur l'utilisation économe et efficace de l'énergie dans les bâtiments existants ou à construire, en vertu de l'art. 89 al. 4 de la Constitution fédérale (Cst.⁶⁹) et de l'art. 45 de la loi fédérale sur l'énergie (LEne⁷⁰). Pour garantir une certaine uniformité entre les différents cantons, ceux-ci devraient autant que possible reprendre le modèle de prescriptions énergétiques des

63 CONSEIL FÉDÉRAL, Secteur financier, 45.

64 <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-84741.html>> (23.09.2023).

65 <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-90389.html#:~:text=Berne%2C%2016.09.2022%20%2D%20Le.période%20de%202025%20à%202030>> (23.09.2023).

66 RS 956.1.

67 Projet de message LCO₂, 38.

68 Initiative parlementaire 20.433 du 19 mai 2020 « Développer l'économie circulaire en Suisse ». La proposition vise à modifier la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) du 7 octobre 1983 (RS 814.01) afin de favoriser une amélioration durable de l'efficacité dans l'utilisation des ressources et d'accroître la valorisation matière des déchets. Pour une visualisation de la proposition législative, voir FF 2024 682.

69 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) du 18 avril 1999 (RS 101).

70 Loi fédérale sur l'énergie (LEne) du 30 septembre 2016 (RS 730.0).

cantons (MoPEC 2014⁷¹). Ces prescriptions, avant tout techniques, concernent la conception des bâtiments et leur utilisation (matériaux et installations admises, isolation, ...). Une cohérence systémique suppose toutefois de s'intéresser à l'intégralité de leur cycle de vie, de la production des matériaux et produits à leur élimination. A cet égard, au premier janvier 2022 entre en vigueur en Suède une loi concernant l'efficacité énergétique des bâtiments. Celle-ci (*Klimatdeklaration för byggnader/Climate declarations for buildings*) charge les porteurs de projets de nouveaux bâtiments d'établir une « déclaration climatique », laquelle contient des informations sur l'impact climatique du bâtiment. Cela inclut *a minima* des informations sur l'approvisionnement en matières premières, le transport au stade du produit, la production au stade du produit, le transport pendant la phase de construction, ainsi que le processus de construction et d'installation au stade de la construction. Dès 2027, il est prévu d'introduire des valeurs limites pour les émissions climatiques dans les phases de construction des bâtiments et de les diminuer progressivement jusqu'en 2043. A terme, les informations devront couvrir l'intégralité du cycle de vie du bâtiment, le rapport devant également établir les informations environnementales relatives au stockage du carbone biogénique et aux exportations nettes d'électricité produite localement⁷².

- 8.36 La cohérence climatique globale est également perfectible en Suisse, en fonction du domaine considéré. En matière d'énergie, le Conseil fédéral a adopté le 18 juin 2021 la loi fédérale relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables. Ce projet comprend notamment une révision de la LEne de sorte à renforcer le développement des énergies renouvelables indigènes ainsi que la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse. En inscrivant des objectifs de consommation et de développement contraignants dans la loi, pour 2035 et 2050, il intègre l'objectif de neutralité climatique dans la politique énergétique de la Suisse⁷³. Ainsi, un bilan annuel équilibré 2050 suppose une valeur cible de 35 TWh (le Conseil fédéral envisageait 17 TWh) pour l'année 2035 en ce qui concerne le développement de l'électricité issue de nouvelles énergies renouvelables (art. 2 al. 1 pLEne) ou encore une consommation énergétique moyenne abaissée de 43 % d'ici à 2035 (art. 3 al. 1 pLEne), respectivement 45 TWh et 53 % en 2050 (le Conseil fédéral proposait 55 %)⁷⁴. En revanche, à titre d'exemple, la législation fédérale sur l'agriculture n'intègre pas la réduction des émissions de gaz à effet de serre ou le zéro émission dans ses objectifs. Le terme « climat » figure à l'art. 2

71 ENDK, 13.

72 Voir à ce propos *BOVERKET*, 12 ss; *NAIR/FRANSSON/OLOFSSON*, 1 s. Dans cette seconde publication, les auteurs examinent dans quelle mesure l'analyse de cycle de vie (LCA Tools) pourrait être une méthode pour quantifier l'impact climatique des bâtiments.

73 Projet de message LEne, 20.

74 Voir la loi fédérale relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables (Modification de la loi sur l'énergie et de la loi sur l'approvisionnement en électricité). <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20210047/Texte%20pour%20le%20vote%20final%201%20SN%20F.pdf>> (23.09.2023). Cet « acte unificateur unique » (*Mantelerlass*) a été accepté en votation populaire le 9 juin 2024 par 68.72 % des personnes votantes.

al. 1 let. b^{bis} LAgr⁷⁵ depuis le 12 janvier 2014, mais aucune mesure substantielle concrète n'est prescrite afin de mettre en œuvre la stratégie climatique suisse à long terme – dans un domaine relevant pourtant de l'inventaire de la CCNUCC. La Stratégie Climat pour l'agriculture de 2011 offre des pistes, qui n'ont toutefois guère été concrétisées dans des règles de droit⁷⁶. On peut néanmoins citer les contributions de réduction des émissions lors de l'épandage des engrais de fermes (fumier et lisier) prévue à l'art. 77 de l'ordonnance fédérale du 23 octobre 2013 sur les paiements directs (OPD⁷⁷) ; elles visent toutefois davantage les émissions d'azote que celles de CO₂ ou de méthane.

IV. Le principe d'évaluation

1. Notion

La lutte contre le changement climatique s'inscrit dans une approche dynamique symbolisée par l'image de la « trajectoire » vers la neutralité climatique⁷⁸. Cette trajectoire n'est pas prescrite une fois pour toute, mais doit être sans cesse ajustée et corrigée en fonction des nouvelles connaissances ; les impulsions à venir se fondent sur les mesures engagées par le passé. La complexité du système climatique, associée aux incertitudes quant aux effets des mesures exécutées jusqu'à présent, rend l'évaluation de la législation et des politiques publiques nécessaire. Il s'agit de surveiller et d'accompagner l'évolution de la trajectoire vers la neutralité climatique, de sorte à pouvoir la corriger si elle devait s'écarter de son objectif. ⁷⁹.

Le principe d'évaluation vise simultanément deux objectifs. En premier lieu, l'évaluation de l'effectivité des mesures porte sur l'examen de la réelle et concrète mise en œuvre de la législation ou de la politique climatique et environnementale. Dans l'hypothèse où les mesures prescrites ne sont pas ou pas suffisamment exécutées, il importe d'en connaître les motifs et l'ampleur afin d'adapter la réponse à l'inaction des autorités concernées. Celle-ci peut consister à modifier une mesure irréalisable ou source d'injustices ; elle peut conduire également à rappeler à l'ordre, sanctionner, contraindre ou inciter les pouvoirs publics récalcitrants. En second lieu, l'évaluation de l'efficacité des mesures prescrites identifie les résultats concrets obtenus et examine dans quelle mesure elles contribuent à atteindre l'objectif d'intérêt public visé. En substance, le niveau d'efficacité d'une mesure permet d'évaluer son aptitude à favoriser la trajectoire prescrite ou sa capacité à l'infléchir défavorablement ou favorablement. ^{8.38}

75 Loi fédérale sur l'agriculture (LAgr) du 29 avril 1998 (RS 910.1).

76 OFAG, Stratégie, 18 ss ; Message Politique agricole, 1919. Le résumé de la Stratégie Climat pour l'agriculture évoque expressément la nécessité de « mettre en place les conditions-cadre légales » (OFAG, Résumé, 4).

77 Ordonnance fédérale sur les paiements directs (OPD) du 23 octobre 2013 (RS 910.13).

78 COM(2019) 640 final, 2 ; COM(2020) 562 final, 2 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie, 7.

79 ATF 130 I 369, c. 6.1.

- 8.39 L'évaluation consiste à apprécier *a priori* ou plus fréquemment *a posteriori* les effets d'une loi ou de tout autre acte public, afin d'en tirer des enseignements et des conséquences. La démarche est par conséquent insuffisante, voire inutile à certains égards, lorsqu'elle se limite à analyser et constater sans ouvrir vers des perspectives d'amélioration ou d'optimisation futures. Le principe d'évaluation est à notre sens indissociable d'une obligation d'action continue et adaptative à charge des autorités ; identifiant des incohérences ou des insuffisances, elles sont tenues d'engager les mesures législatives et concrètes adéquates⁸⁰. A cet égard, l'évaluation de l'effectivité d'une mesure, en particulier législative, suppose le contrôle de la conformité de ses actes dérivés à la règle qui les ordonne pour en corriger l'éventuelle mauvaise application. S'appuyant sur la garantie de l'art. 8 CEDH⁸¹, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) reconnaît un devoir de surveillance de la conformité au droit environnemental des exigences légales et pratiques en vigueur ; les mesures de protection de l'État du domicile et de la vie privée contre les nuisances environnementales graves doivent être effective dans un délai raisonnable⁸².

2. Concrétisation du principe

- 8.40 L'évaluation de l'efficacité et de l'effectivité s'impose à l'ensemble des législations et des politiques des institutions européennes, conformément au ch. III par. 22 de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer ». Dans le domaine climatique, la Commission doit veiller à réaliser une évaluation rigoureuse et objective des progrès accomplis ; de même, les États membres sont tenus d'adopter des stratégies et des plans d'adaptation nationaux au changement climatique sur la base des « évaluations des progrès accomplis »⁸³. L'évaluation vise l'ensemble des mesures prescrites ou exécutées, qu'elles relèvent de la stratégie, de la planification, de la législation ou d'actes matériels. Concrètement, au plus tard le 30 septembre 2023, puis tous les 5 ans, la Commission est tenue d'évaluer :
- les progrès accomplis collectivement par les États membres et la cohérence des mesures en vue de la réalisation de l'objectif de neutralité climatique (art. 6 par. 1 let. a et art. 6 2 let. a de la loi européenne sur le climat) ;
 - les progrès réalisés collectivement par les États membres en matière d'adaptation au changement climatique et la capacité des mesures de l'améliorer (art. 6 par. 1 let. b et art. 6 par. 2 let. b de la loi européenne sur le climat) ;
 - *ex ante*, la cohérence de tout projet de mesure ou de proposition législative au regard de l'objectif de neutralité climatique (art. 6 al. 4 de la loi européenne sur le climat).

80 LARGEY, Annuaire 2020/2021.

81 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950 (RS 0.101), entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974.

82 CourEDH, arrêt *Leydyayeva et autre c. Russie* du 26.10.96, requête n° 53157/99, § 110 ; CourEDH, arrêt *Branduse c. Roumanie* du 7.4.2009, requête n° 6586/03, § 71.

83 LARGEY, Annuaire 2020/2021. Préambule de la loi européenne sur le climat, par. 31, 36 et 37.

- la cohérence des mesures nationales en vue de l'objectif de neutralité climatique et leur capacité à améliorer l'adaptation au changement climatique (art. 7 par. 1 de la loi européenne sur le climat).

Telle que prévue dans la loi européenne sur le climat, l'évaluation est associée à une obligation d'action. S'il ressort de l'évaluation que les mesures de l'Union sont incohérentes ou incompatibles avec l'objectif poursuivi, ou que les progrès accomplis sont insuffisants, la Commission doit prendre les mesures nécessaires (art. 6 al. 3) ; elle est en particulier tenue de le faire dans le cadre du réexamen de la trajectoire pour parvenir à la neutralité climatique en adoptant, s'il y a lieu, des propositions législatives visant à modifier le règlement (art. 11). Lorsque l'incohérence ou l'incompatibilité est consécutive des mesures adoptées par les États membres, la Commission peut émettre des recommandations (art. 7 al. 3). Celles-ci sont rendues publiques afin de garantir une transparence complète, mais également de sorte à inciter les États membres à se conformer aux exigences du règlement pour s'éviter une image négative sur le plan international. 8.41

La législation suisse ne connaît pas de disposition similaire au régime établi par le règlement européen. Seul l'art. 40 al. 1 LCO₂ charge le Conseil fédéral d'évaluer « périodiquement » l'efficacité des mesures prévues par la loi, ainsi que la nécessité de prévoir des mesures supplémentaires. Pour autant, aucune obligation n'est faite d'adopter ces dernières ou de les concrétiser ; la Confédération reste entièrement libre à ce propos. Il convient de surcroît de souligner que l'obligation d'évaluation ne concerne que les mesures dictées par la LCO₂, non pas l'ensemble des mesures destinées à favoriser la neutralité climatique ou l'adaptation au changement climatique. Cette lacune peut être toutefois comblée par l'art. 170 Cst., le parlement pouvant notamment mandater le Conseil fédéral d'entreprendre les évaluations nécessaires⁸⁴. 8.42

V. La mobilisation du public

1. Les citoyens, moteur déterminant de la transition climatique

En 1992 déjà, le principe 10 de la Déclaration de Rio⁸⁵ affirmait que « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient ». Compte tenu de l'universalité et de l'irréversibilité des problèmes environnementaux⁸⁶, mais également de leurs incidences directes sur le cadre de vie des individus, l'environnement n'est plus seulement une affaire de l'État, mais une affaire qui concerne tout le monde et dans laquelle tout le monde à un rôle à 8.43

84 CR Cst. – FLÜCKIGER, art. 170 N 22.

85 Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 12 août 1992, A/CONF 151/26. Élaborée à l'occasion du Sommet de la Terre de Rio du 3 au 14 juin 1992, la Déclaration de Rio est un ensemble de 27 principes définissant les droits et les responsabilités des États, ayant pour objectif d'assurer l'intégrité de l'environnement mondial lors processus de développement.

86 PRIEUR, Durable, 136.

jouer⁸⁷. Pour la Commission européenne, l'engagement du grand public et de toutes les parties prenantes est essentiel à la réussite du pacte vert pour l'Europe⁸⁸. Le Conseil fédéral est quant à lui d'avis que la démocratie est renforcée par la création de possibilités de « participer à l'évolution » de la société, notamment pour les personnes exclues de mêmes que les enfants et les jeunes⁸⁹. Chacune et chacun doit dès lors pouvoir disposer des moyens d'agir pour protéger l'environnement et le climat, pas seulement par la voie contentieuse, mais également à l'amont des décisions et des politiques publiques⁹⁰. Pour y parvenir, chaque personne doit impérativement et préalablement avoir accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, les États étant encouragés à faire participer le public sur la base de ces informations. Comme le relève MICHEL PRIEUR le droit à un environnement sain et équilibré suppose une information objective, ainsi que des formes diversifiées d'association des citoyens aux décisions qui engagent leur avenir⁹¹.

- 8.44 La notion de mobilisation du public se comprend comme la dévolution – généralement partielle – du pouvoir à la société civile en tant qu'acteur non institutionnel et en principe désintéressé⁹². Elle ne vise par conséquent pas la participation d'un individu à un organe institutionnel relevant du pouvoir législatif ou judiciaire, pas plus qu'à l'administration publique centralisée ou décentralisée. Les formes de mobilisation sont diverses et adaptables à l'infini aux circonstances rencontrées dans chaque cas d'espèce (*infra* Figure 1)⁹³. Ce que BIRGIT PETERS désigne par les droits procéduraux environnementaux (« *procedural environmental rights* ») comprend trois catégories : le droit à l'information, le droit à la participation et le droit d'accès à la justice environnemental⁹⁴. Ce dernier thème est largement développé par plusieurs auteurs dans le présent ouvrage ; nous n'y reviendrons pas. Notre attention est portée sur les deux autres catégories de droits procéduraux environnementaux. Le principe de transparence dans les activités étatiques est aujourd'hui incontournable ; il est perçu comme le droit⁹⁵ d'être informé et de s'informer (*infra* 2). Il en est de même de la participation du public *sensu lato* aux processus décisionnels et à la formation des politiques publiques environnementales et climatiques que l'on désigne par l'expression générique de démocratie participative (*infra* 3). Ces droits procéduraux ne sauraient trouver une pleine effectivité que si leurs détenteurs peuvent les invoquer et les défendre – on y revient – devant les autorités judiciaires (*infra* 4).

87 MEYNIER, N 737.

88 COM(2019) 640 final, 27.

89 CONSEIL FÉDÉRAL, Durable, 30.

90 MEYNIER, N 740.

91 PRIEUR, Citoyens, 398.

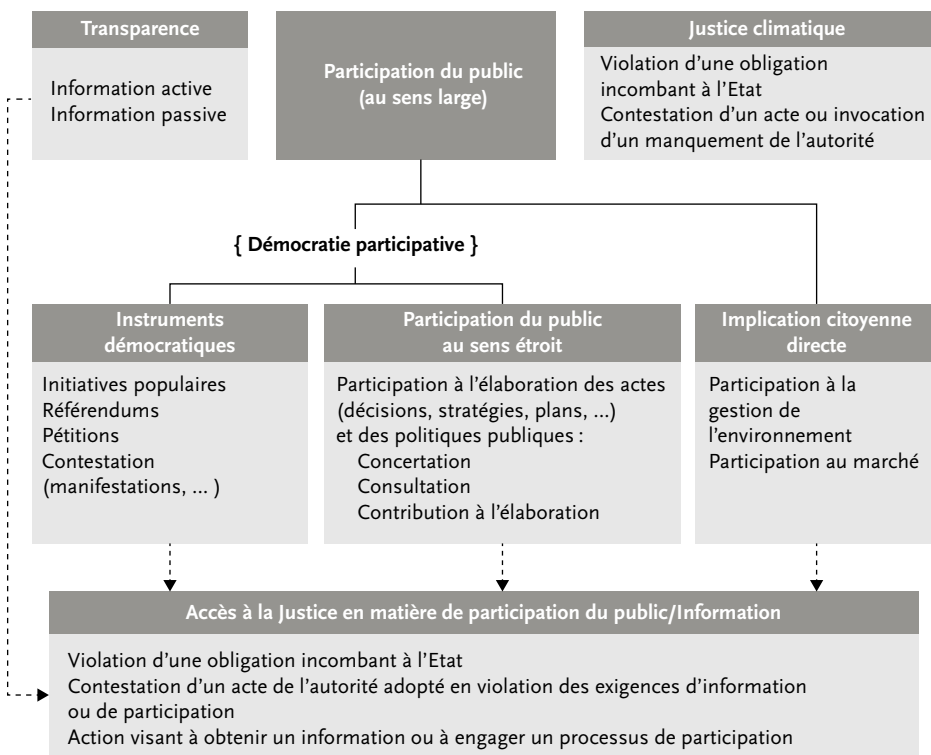
92 GARCIA DE ENTERRIA, 403.

93 Voir notamment la typologie proposée par PRIEUR, Citoyens, 404 ss.

94 PETERS, 2.

95 PASQUIER, xii. Cet auteur évoque l'émergence d'un « droit fondamental » à la transparence.

Figure 1 : Typologie des modes de mobilisation du public



2. Le principe de transparence

a) Objectifs et portée

La transparence représente une forme évoluée de la politique d'information menée par les autorités⁹⁶, inscrite notamment à l'art. 180 al. 2 Cst. ; elle la transcende en y ajoutant la possibilité pour le public d'accéder, à sa demande, aux informations qui l'intéressent. D'une revendication sociale, elle est devenue un principe juridique⁹⁷, autrement dit l'expression juridique de valeurs fondamentales d'un modèle déterminé d'organisation politique et sociale qui vaut dans tous les domaines du droit⁹⁸. La transparence répond à un besoin des administrés de lier de nouvelles relations avec l'administration et les administrés, dans une société marquée par l'accroissement des informations et des

96 Message LTrans, FF 2003 1807, 1816.

97 Voir l'art. 6 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans, RS 152.3).

98 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 76.

moyens de communication. A l'échelle mondiale, elle constitue un élément constitutif des régimes démocratiques ; elle apparaît comme un objectif de bonnes pratiques gouvernementales, un moyen pour susciter la confiance dans les institutions publiques⁹⁹ de sorte à favoriser la responsabilisation des autorités et d'entraver la suspicion. Paradoxalement, elle permet de faire mieux accepter le secret sur certaines affaires, celui-ci paraissant comme exceptionnel et dès lors justifié ou du moins justifiable.

- 8.46 Le principe de transparence constitue un instrument permettant de renforcer les droits démocratiques, en facilitant la formation de la libre opinion des citoyennes et citoyens et en favorisant le contrôle direct des activités de l'administrations par ceux-ci. Elle met à disposition du public des informations fiables et structurées permettant de coordonner les politiques publiques et de soutenir l'économie privée. Elle contribue en outre à faciliter la participation citoyenne aux processus politiques¹⁰⁰ ; plus exactement, l'information du public est un prérequis indispensable sans lequel toute participation aux processus décisionnels paraît vaine – si ce n'est contreproductive. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence résume les fonctions de la transparence de la manière suivante : « Le principe de transparence a vocation à mettre des informations à la disposition des citoyens, condition essentielle d'une participation véritablement démocratique au processus de décision politique et d'un contrôle efficace de l'activité de l'État. En cela, il contribue également à promouvoir la confiance des citoyens dans les institutions de l'État et dans leur fonctionnement »¹⁰¹. En matière environnementale et climatique, la mise à disposition d'informations suffisantes et fiables favorise « la compréhension du développement durable et respectueux du milieu naturel »¹⁰². Ce n'est qu'une fois en possession de ces informations que la population est en mesure d'identifier les problèmes, les répercussions qui en découlent et de se fonder une opinion à ce propos.
- 8.47 La notion d'information environnementale¹⁰³ recouvre deux aspects complémentaires¹⁰⁴. D'une part, l'*information active* veille à ce que les informations environnementales soient d'office rendues progressivement disponibles et diffusées auprès du public afin de parvenir à une mise à disposition et une diffusion systématique aussi larges que possible. D'autre part, l'*information passive* garantit le droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques ou pour leur compte et fixe les modalités de son exercice.

99 MICHEL, 111.

100 PASQUIER, xi-xii.

101 Recommandation du 19 décembre 2011 relative au tarif des primes (X c./OFSP), c. 3.1, mentionnant ATA SG B 2010/123 du 16 décembre 2010, ch. 2.2 avec renvoi à ATF 133 II 213, c. 2.3.1.

102 Message Aarhus, FF 2012 4027, 4032.

103 La notion d'information sur l'environnement est définie à l'art. 2 par. 3 de la Convention d'Aarhus. Voir sur cette notion SIDLER/BALLY, 729.

104 MEYNIER, N 803.

b) *Les sources*

aa) *Les conventions internationales*¹⁰⁵

La Convention d'Aarhus¹⁰⁶ vise à instaurer les bases de la démocratie participative dans l'ordre juridique international. Elle a été ratifiée par l'Union européenne le 17 février 2005 ; elle est entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} juin 2014¹⁰⁷. Ce texte part de l'idée qu'un meilleur accès à l'information et la participation accrue du public permettent de prendre de meilleures décisions et de les appliquer de manière plus efficace. Il défend que la transparence renforce la responsabilisation des consommateurs leur permettant d'opérer des choix écologiques en toute connaissance de cause. Au travers de la transparence, il reconnaît le rôle important que peuvent jouer le public et les organisations non gouvernementales dans la protection de l'environnement¹⁰⁸. En d'autres termes, une plus grande implication et sensibilisation des citoyens par rapport aux problèmes environnementaux conduit à une meilleure protection de l'environnement¹⁰⁹. La Convention d'Aarhus poursuit simultanément trois objectifs procéduraux¹¹⁰. Le premier d'entre eux (1^{er} pilier¹¹¹) énonce le droit d'accès à l'information sur l'environnement ; il distingue respectivement l'information active à l'art. 5 et l'information passive à l'art. 4. Selon ce droit, sous réserve des exceptions exhaustivement prévue aux par. 3 et 4, toute citoyenne et tout citoyen peut accéder sur demande aux informations environnementales sans faire valoir le moindre motif (art. 4 par. 1) ; dès lors que l'autorité détient l'information demandée (art. 4 par. 5), elle doit la mettre à disposition, aussitôt que possible en principe (art. 4 par. 2). Compte tenu du caractère très détaillé de l'art. 4 de la Convention d'Aarhus, la doctrine presque unanime lui reconnaît une application directe¹¹². La jurisprudence fédérale ne s'est pas encore prononcée à ce propos. Le Tribunal administratif fédéral a laissé la question ouverte dans une affaire concernant des atterrissages en montagne, non sans faire la liste des auteurs soutenant le caractère directement

105 Pour un aperçu des sources internationales de droits procéduraux environnementaux, voir PETERS, 4.

106 Convention sur l'accès à l'information, participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998 (RS 0.814.07).

107 S'agissant du délai de 16 ans qui a séparé la signature de la Convention en 1998 et sa ratification en 2014, voir les raisons invoquées dans THURNHERR, Aarhus, 512.

108 Préambule de la Convention d'Aarhus.

109 Message Aarhus, FF 2012 4027, 4032. Voir en doctrine THURNHERR, Öffentlichkeit, 92 ; EPINEY/SCHUYLI, 93.

110 Message Aarhus, FF 2012 4027, 4033-4034. Pour un exposé synthétique des éléments importants de la Convention, voir EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, ad art. 4, N 20.

111 Les deux autres piliers de la protection procédurale de l'environnement sont respectivement la participation du public (art. 6 à 8, *infra* 3) et l'accès à la justice en matière d'environnement (art. 9, *infra* 4 s'agissant de la mobilisation du public).

112 Voir notamment FLÜCKIGER, 786 ; THURNHERR, Aarhus, 524.

applicable de la norme. Il a néanmoins admis le principe de l'interprétation du droit interne conforme à la Convention d'Aarhus¹¹³.

- 8.49 Dans le domaine spécifique du climat, l'art. 6 let. a par. ii CCNUCC consacre expressément l'accès du public aux informations concernant les changements climatiques et leurs effets ; les Parties doivent y pourvoir dans le cadre de leur tâche de sensibilisation du public (art. 4 par. 1 i). L'art. 12 de l'accord de Paris précise en ce sens que les Parties sont tenues de prendre des mesures – notamment législatives – afin d'améliorer l'accès de la population à l'information active et passive dans le domaine des changements climatiques¹¹⁴.
- 8.50 La CEDH ainsi que le pacte ONU II¹¹⁵ limitent la liberté d'information au droit de s'informer à partir des sources accessibles à tous¹¹⁶. La CourEDH a toutefois déduit de l'art. 8 CEDH, dans certaines circonstances, un droit d'accès à des informations en lien avec les risques environnementaux¹¹⁷. L'importance de l'accès du public aux conclusions des études environnementales et aux informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait plus de doute¹¹⁸ ; il en découle pour l'État une obligation d'aménager son système d'information pour que les administrés puissent effectivement s'informer à ce propos.
- 8.51 Le Conseil de l'Europe a ouvert à la signature, le 18 juin 2009 à Tromsø en Norvège, la Convention sur l'accès aux documents officiels. Tout en réservant les normes plus larges (art. 1 al. 1), le texte considère que tous les documents publics sont en principe publics et communicables. Il tend à garantir un droit général d'accès aux documents officiels détenus par les autorités publiques. Ce droit est essentiel à la transparence, à la bonne gouvernance, à la liberté d'expression et à la démocratie participative et il facilite l'exercice d'autres droits de l'homme et libertés fondamentales. La convention est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2020. A ce jour, elle n'est ratifiée que par 11 pays ; la Suisse ne l'a pas signée.

bb) La mise en œuvre du principe de transparence dans l'Union européenne

- 8.52 L'origine de la politique de transparence de l'Union européenne se situe dans la déclaration relative au droit d'accès à l'information, annexée au Traité sur l'Union européenne (TUE) adopté à Maastricht le 15 décembre 1991. Selon cette déclaration, « la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institu-

113 ATAF 2016/9, c. 7.5.2 et 7.5.5.

114 BÄUMLER/SCHOMERUS, in Van Calster/Reins (éd.), art. 12 accord de Paris, N 12.57.

115 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

116 Message Aarhus, FF 2012 4027, 4035.

117 Voir à ce propos BRAIG/BRILLAT, 477.

118 CourEDH, arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2 novembre 2006, requête no 59909/00, § 83.

tions, ainsi que la confiance du public envers l'administration »¹¹⁹. L'art. 15 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) garantit expressément le droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union pour toute personne physique ou morale résidant ou ayant siège statutaire dans un État membre. Cet article a été mis en œuvre dans le règlement (CE) 1049/2001, lequel vise à conférer le plus large effet possible au droit d'accès du public aux documents, tout en définissant des limites (préambule, par. 4) telles que l'existence de registres répertoriant différents types de documents et d'informations ou la mise en place de procédures définit ce droit d'accès (art. 11 et 12)¹²⁰.

Dans le domaine du droit d'accès à l'information environnementale, l'Union européenne a adopté le règlement (CE) 1367/2006¹²¹. Celui-ci prévoit à la fois l'obligations de rendre les informations environnementales disponibles au public et le droit d'accès aux informations environnementales détenues par une institution ou un organe communautaire. La directive 2003/4/CE¹²² poursuit simultanément deux objectifs : garantir le droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques ou pour leur compte (information passive) et veiller à ce que les informations environnementales soient d'office rendues progressivement disponibles et diffusées auprès du public (information active). Le législateur des États membres est ainsi tenu d'organiser les conditions de la mise en œuvre du droit à l'information et en fixer les limites conformément au droit de l'Union¹²³. L'accès accru du public à l'information en matière d'environnement favorise « une plus grande sensibilisation aux questions d'environnement, le libre échange d'idées, une participation plus efficace du public à la prise de décision en matière d'environnement et, en définitive, l'amélioration de l'environnement » (préambule, par. 1).

cc) Le principe de transparence en droit suisse

En Suisse, l'art. 16 al. 1 Cst. garantit la liberté d'information. Celle-ci confère à toute personne le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles (art. 16 al. 3 Cst.). La jurisprudence du Tribunal fédéral a toutefois défini ce droit fondamental de manière étroite, les citoyennes et citoyens ne disposant pas d'un droit subjectif général à obtenir des informations sur les activités administratives. La liberté d'information est alors définie comme « le droit de recevoir

119 Voir à ce propos MICHEL, p. 112 ss.

120 Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

121 Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus.

122 Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil.

123 MOLINER-DUBOST, 262.

librement, sans contrôle des autorités, des nouvelles et des opinions et de se renseigner aux sources généralement accessibles ou disponibles »¹²⁴. Le droit à l'information n'a pas de portée autonome en droit Suisse et ne revêt pas de rang constitutionnel¹²⁵, à l'exception de la situation où il y aurait inégalité de traitement¹²⁶. Cette interprétation restrictive de l'art. 16 Cst. n'est pas contredite par l'art. 10 CEDH. La CourEDH a eu l'occasion de préciser que la liberté de recevoir des informations interdit à un gouvernement d'empêcher quelqu'un d'obtenir des informations que d'autres peuvent consentir à lui fournir, mais n'impose pas à l'État des obligations positives de collecte et de diffusion¹²⁷. De surcroît, la liberté d'information issues de la CEDH est limitée aux sources généralement accessibles¹²⁸.

- 8.55 Le Tribunal fédéral a rattaché le droit aux renseignements à la liberté d'information, mais également à la liberté personnelle de l'art. 10 Cst., ainsi qu'au droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Le droit de chacun d'être renseigné sur les données le concernant, ainsi que sur l'usage qui en a été fait doit être toutefois distingué du droit à l'information¹²⁹.
- 8.56 Nonobstant ces interprétations constitutionnelles restrictives, le principe de transparence est largement concrétisé dans la législation fédérale et cantonale¹³⁰. En particulier, la LTrans, a pour objectif de favoriser l'information collective, par opposition à l'information individuelle qui est plus restrictive dans sa portée. Elle contribue à ce titre à l'information du public et à l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans). Le principe de la transparence est alors consacré sous la forme d'un droit subjectif général à l'accès aux documents officiels des autorités fédérales telles que définies à l'art. 2 LTrans. A leur niveau, la plupart des cantons ont adopté leurs propres bases légales relatives à la transparence¹³¹. S'agissant de la transparence en matière environnementale, la révision de la LPE entrée en vigueur le 1^{er} juin 2014 a introduit un nouveau chapitre 4 dans la loi, consacré aux « Informations sur l'environnement ». Celui-ci traite de l'information active à l'art. 10e LPE, en lien avec l'art. 5 de la Convention d'Aarhus, alors que l'art. 10g LPE ancre dans la loi le droit d'accès aux informations environnementales et énergétiques. Le principe de transparence environnementale s'applique tant aux autorités fédérales que cantonales ; il concerne un vaste champ d'application : la législation sur la protection de l'environnement, la protection de la nature et du paysage, la protection des sites naturels, la protection des eaux, la protection contre les dangers naturels, la sauve-

124 CR Cst. – COTTIER, art. 16 Cst. N 37.

125 ATF 113 Ia 309, c. 4b.

126 MAHON, N 100 avec la référence citée.

127 CourEDH, arrêt *Autronic AG c. Suisse*, du 22 mai 1990, requête no 12726/87, § 47, 62.

128 CourEDH, arrêt *Guerra et autres c. Italie*, du 19 février 1998, requête no 14967/89, § 53.

129 ATF 113 Ia 257, c. 4d. Voir également dans un arrêt plus récent ATF 125 I 257, c. 3b.

130 COTTIER, Commentaire romand de la Constitution, art. 16 Cst. N 35. ATF 120 Ia 190, c. 2a ; ATF 105 Ia 181, c. 2a, ATF 104 Ia 88. L'absence de droit général à l'information est critiquée par la doctrine. Pour un aperçu, voir les références dans Message LTrans, FF 2003 1807, 1809.

131 MEILLAND, 21 - 23 ; Message Aarhus, FF 2012 4027, 4044.

garde des forêts, la chasse, la pêche, le génie génétique et la protection du climat (art. 7 al. 8 LPE). En matière de mesures de prévention prises dans le cadre de la protection du climat, une obligation d'information active incombe de surcroît à l'ensemble des autorités fédérales comme cantonales, en vertu de l'art. 41 al. 2 LCO₂.

3. La participation du public au sens large

a) Fondements

Dans sa stratégie pour le développement durable, le Conseil fédéral relève que la réalisation des objectifs de développement durable constitue une tâche qui incombe à l'ensemble de la société : pour être mis en œuvre avec succès, l'agenda nécessite la participation de tous les acteurs et actrices, dans le cadre de leurs attributions ; la société civile est alors invitée à participer à la réalisation de ces objectifs¹³². Ces considérations s'appliquent pleinement à la protection du climat, celle-ci faisant partie intégrante des objectifs de durabilité retenus par le gouvernement¹³³. L'Union européenne relève quant à elle le rôle moteur déterminant que les citoyens et les communautés peuvent jouer dans la transition vers la neutralité climatique, rôle qu'il convient d'encourager et de faciliter à tous les niveaux, y compris au niveau national, régional et local¹³⁴. 8.57

Le deuxième pilier de la Convention d'Aarhus consacre le droit du public à participer aux décisions relatives aux activités susceptibles de porter atteinte à l'environnement mentionnées à l'annexe I (art. 6), à l'élaboration des plans et des programmes relatifs à l'environnement (art. 7), ainsi qu'à l'élaboration à un stade approprié des dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants (art. 8)¹³⁵. Le caractère directement applicable (*self-executing*) des exigences figurant aux art. 6 et 7 de la Convention n'a pas été reconnu en Suisse et dans l'Union européenne, bien qu'une partie de la littérature y souscrive¹³⁶. Il est en revanche admis que le droit interne doit être interprété conformément aux dispositions de la Convention¹³⁷, dans le sens d'une transparence à assurer le plus tôt possible dans la procédure. Pour être conforme aux prescriptions de la Convention d'Aarhus, la procédure de participation du public doit en substance remplir certaines conditions cumulatives : 8.58

- *Participation effective*. Il convient de laisser assez de temps au public pour qu'il se prépare et participe effectivement (art. 6 par. 3, art. 8 let. a). S'agissant des décisions et plans, cette exigence s'applique « tout au long du processus décisionnel ».

132 CONSEIL FÉDÉRAL, Durable, 6.

133 CONSEIL FÉDÉRAL, Durable, 18 ss.

134 Préambule de la loi européenne sur le climat, par. 18.

135 Voir à ce propos SIDLER/BALLY, 739 s.

136 FLÜCKIGER, 786 avec les références citées ; THURNHERR, Aarhus, 524. Voir également WISARD, 318-319. Pour un avis contraire MEYNIER, Aarhus, N 749 ss, avec les références citées.

137 FAVRE, 9. L'interprétation conforme a été admise dans l'Union européenne. CJUE, affaire *Jozef Krizhan e.a. c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, 15 janvier 2013, § 77.

- *Information*. Le public doit avoir accès à toutes les informations présentant un intérêt pour le processus décisionnel et qui peuvent être obtenues au moment de la procédure de participation (art. 6 par. 6). Lors de l'élaboration des instruments normatifs, le projet de règles doit être mis à disposition du public (art. 8 let. b).
- *Participation à temps*. La participation doit être initiée lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence (art. 6 par. 4). Cette condition est implicite en matière d'instruments normatifs dès lors que la participation intervention « durant la phase d'élaboration » (art. 8).
- *Être entendu*. Le public doit pouvoir soumettre toutes observations, informations, analyses ou opinions qu'il estime pertinentes ; la prise en considération des résultats du processus doit être en outre garantie dans la mesure du possible (art. 6 par. 7 et 8, art. 8 let. c).

8.59 La participation de la société civile figure parmi les engagements formulés dans la CCNUCC. Les Parties sont tenues d'encourager et faciliter, au niveau national, la participation publique à l'examen des changements climatiques et de leurs effets, mais également à la mise au point de mesures appropriées pour y faire face (art. 6 let a iii). Le public, en particulier les organisations non gouvernementales, est également encouragé à contribuer au processus d'éducation, de formation et de sensibilisation dans le domaine des changements climatiques (art. 4 par. 1 let. i). Le principe de participation étant posé, les Parties disposent d'une très large marge de manœuvre pour l'organiser et la mettre en œuvre, en tenant compte de leurs responsabilités communes mais différenciées et de la spécificité de leurs priorités nationales et régionales de développement, de leurs objectifs et de leur situation (art. 4 par. 1 CCNUCC).

8.60 Si l'importance de la participation du public dans la réponse à apporter au changement climatique fait l'unanimité, cet instrument ne se décrit pas aisément ; il se décline en une multiplicité de mécanismes, de processus ou de procédures mettant à contribution la population, ceci avec plus ou moins d'intensité et plus ou moins de succès. Au sens large, la participation du public désigne toute forme d'engagement de citoyennes et citoyens dans le processus d'élaboration d'un acte de l'autorité (stratégie, plan, décision, règle de droit, ...) ou d'une politique publique. Elle suppose un partage du pouvoir avec la société civile, partage qui peut être concrétisé de diverses manières et avec une générosité variable. Un premier type de participation est évoqué par le Tribunal fédéral dans l'affaire des *KlimaSeniorinen* ; il s'agit des instruments démocratiques que sont l'initiative populaire, la motion parlementaire, la pétition, ou la protection des droits fondamentaux¹³⁸. Il convient d'y ajouter les moyens de contestation populaire¹³⁹ comme les manifestations, les actions de sensibilisation du public ou l'utilisation des réseaux sociaux. Ces instruments ont prioritairement pour vocation d'initier ou de sanctionner

138 TF, arrêt du 5.5.2020, 1C_37/2019, c. 4.3.

139 Voir à ce propos PRIEUR, *Citoyens*, 404.

une politique ou un acte public, guère d'en accompagner la formation. Nous n'y reviendrons pas dans le cadre de la présente contribution. Deux autres formes de participation du public méritent en revanche d'être explorées plus avant, en cela qu'elles ont pour vertu et but d'associer la population aux processus d'élaboration des actes et des actions des pouvoirs publics en matière climatique (*infra* b), parfois de l'impliquer directement à leur mise en œuvre et à la gestion de l'environnement (*infra* c).

b) *La participation active du public à l'élaboration des actes relatifs au climat*

aa) *Vers un renforcement démocratique de la protection du climat*

La participation du public, dans un sens étroit, comprend l'ensemble des instruments, processus et procédures formelles ou informelles associant le public aux processus décisionnels et, plus généralement, à l'élaboration ou la formation des politiques et actes publics – décisions, stratégies, plans, instruments normatifs. Elle constitue l'objet des art. 6 à 8 de la Convention d'Aarhus, s'agissant des activités ayant une incidence sur l'environnement. C'est dans ce sens qu'il faut également comprendre la participation envisagée à l'art. 6 let a iii CCNUCC, ainsi qu'à l'art. 12 de l'accord de Paris, lesquels se réfèrent au principe 10 de la déclaration de Rio de 1992¹⁴⁰. Avec les instruments démocratiques évoqués précédemment, la participation du public au sens étroit définit la notion de « démocratie participative » fréquemment rencontrée dans la littérature. Bien que faisant figure de pléonasme, tant il est vrai que la démocratie implique par essence la participation citoyenne¹⁴¹, cette notion permet néanmoins d'opérer une distinction – maladroite, mais pratique – avec la démocratie représentative caractérisées par les instruments parlementaires classiques. 8.61

Associée à l'information, la participation du public contribue au renforcement démocratique de l'acte adopté, à sa légitimation et son acceptation en cela que la population a pu en saisir les enjeux et les buts tout en exerçant une influence institutionnelle et politique lors du processus d'élaboration et d'adoption¹⁴². Elle n'ôte pas le pouvoir décisionnel de l'autorité, sous la réserve de la satisfaction de l'obligation de rendre compte des motifs de la décision et de sa justification au regard des apports du public¹⁴³. La participation permet de révéler des connaissances, utiles à chaque étape du processus décisionnel – de la définition du problème à celle des solutions¹⁴⁴. Selon les effets juridiques qu'elle déploie, la notion de participation peut être déclinée en plusieurs formes, les- 8.62

140 BÄUMLER/SCHOMERUS, in Van Calster/Reins (éd.), art. 12 accord de Paris, N 12.41 ss.

141 GAUDIN, 42. Cet auteur précise que la démocratie suppose l'implication de chaque citoyen dans les choix collectifs.

142 ATF 143 II 467, c. 2.1 ; TA ZH, arrêt du 26.5.2020, VB.2019.00601, c. 4.5. En doctrine, voir FAVRE, 6 ; AITAMURTO, 95-96.

143 MONÉDIAIRE, 152.

144 AITAMURTO, 91.

quelles peuvent à leur tour prendre de multiples apparences selon les circonstances¹⁴⁵. Dans une approche peu formalisée et située à l'amont de la décision ou de son élaboration, la *concertation* permet aux parties d'échanger leur avis de sorte à s'entendre sur les éléments principaux d'un projet commun. La *consultation* conduit à une participation passive du public, celui-ci pouvant émettre un avis ou des observations à la demande l'autorité. La participation proprement dite au processus décisionnel suppose que le public *contribue* directement et activement à la formation de l'acte ou la politique public. On peut citer à cet égard la Convention Citoyenne pour le Climat en France qui a réuni 150 personnes tirées au sort. Ces dernières ont débattu d'octobre 2019 à juin 2020 afin de définir une série de mesures permettant d'atteindre une baisse d'au moins 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 par rapport à 1990, dans un esprit de justice sociale. La Convention a élaboré le projet de loi « Climat et Résilience »¹⁴⁶, laquelle a été adoptée en première lecture, partiellement modifiée suite à une décision de non-conformité du Conseil constitutionnel, avant d'être promulguée le 22 août 2021.

bb) La pratique dans l'UE et en Suisse

- 8.63 L'Union européenne a adopté plusieurs instruments législatifs mettant en œuvre les exigences de la Convention d'Aarhus. Les institutions et organes de l'Union sont tenus d'offrir au public une réelle possibilité de participer au plus tôt à l'élaboration, à la modification ou au réexamen des plans et programmes relatifs à l'environnement par le biais de dispositions pratiques et/ou autres (art. 9 par. 1 du règlement (CE) 1367/2006). De surcroît, un réexamen interne auprès de l'institution ou de l'organe communautaire qui a adopté un acte administratif au titre du droit de l'environnement, respectivement qui a omis de l'adopter peut être introduite par une organisation non gouvernementale (art. 10 par. 1 du règlement (CE) 1367/2006). Les États membres sont quant à eux tenus de veiller à ce que soient données au public, en temps voulu, des possibilités effectives de participer à la préparation et à la modification ou au réexamen des plans ou des programmes énumérés à l'annexe I (art. 2 par. 2 de la directive 2003/35/CE¹⁴⁷)¹⁴⁸.
- 8.64 La situation est sensiblement différente dans l'ordre juridique suisse. Les exigences de participation du public aux décisions et aux plans figurant aux art. 6 et 7 de la Convention d'Aarhus n'ont guère été transcrites en droit interne – quoi qu'en dise le Conseil fédéral

145 Voir à ce propos PRIEUR, *Citoyens*, 404 ss. Voir également GAUDIN, 43.

146 Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets.

147 Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil.

148 A propos de la transposition des exigences en matière de participation du public en droit français, voir STRUILLON, 1392 ss.

à ce propos¹⁴⁹. Ni la législation sur l'environnement ni celle sur le CO₂ ne prévoient la participation au sens étroit de la population à l'élaboration des politiques et actes publics dans ces domaines ; la LCI ne change en rien ce constat. L'obligation de mise à l'enquête publique ainsi que la possibilité de faire recours les concernant constituent des garanties de procédure qui s'attachent davantage au droit d'accès à la justice visé à l'art. 9 al. 2 de la Convention d'Aarhus qu'à la participation du public *stricto sensu*. Au demeurant, elles ne satisfont pas aux exigences de participation effective et à temps formulées à l'art. 6 de la Convention dès lors qu'elles interviennent à un stade où les décisions sont déjà largement formées¹⁵⁰. Le droit de pétition prévu à l'art. 33 Cst. ne présente pas non plus la portée de la participation du public établie par la convention d'Aarhus. S'il permet une certaine participation à la vie politique du pays – par l'envoi de requêtes, de propositions, de critiques ou de réclamations aux autorités¹⁵¹ – celle-ci reste limitée et peut contraignante¹⁵². Le droit de pétition n'implique de surcroît aucun droit d'obtenir une réponse ou de voir la demande examinée au fond ni même prise en considération¹⁵³.

En droit suisse, seule la LAT¹⁵⁴ établit un droit, pour le public, de participer à l'élaboration des plans ; la manière de le régler et de le concrétiser relève toutefois de l'attribution des cantons. Outre la coopération des organisations de protection de l'environnement à l'élaboration des plans directeurs de l'art. 10 al. 2 LAT, la participation du public réside exclusivement à l'art. 4 al. 2 LAT : les autorités chargées de l'aménagement du territoire doivent veiller à ce que la population puisse participer de manière adéquate à l'établissement des plans. Cette disposition a pour objectif de créer les conditions dans lesquelles des décisions objectives en matière d'aménagement du territoire peuvent être prises. La participation adéquate (*geeigneter Weise*) est garante d'un véritable dialogue entre l'autorité et la population, en faisant droit à cette dernière d'apporter ses arguments et en obligeant la première à y répondre ; elle ne se limite ainsi pas au simple droit de s'exprimer, mais s'étend au droit de voir ses opinions personnelles et propositions examinées par les autorités – sans que ces dernières n'y soient liées¹⁵⁵. Le champ d'application objectif de l'art. 4 al. 2 LAT reste toutefois limité aux plans prévus par la LAT et ne s'étend en aucune façon aux décisions, plans, décisions ou concepts relevant de la législation climatique ou environnementale¹⁵⁶. A cet égard, on ne saurait considérer que cette disposition couvre le champ d'application visé aux art. 6 et 7 de la Convention d'Aarhus, lequel inclut aussi bien les domaines de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie.

8.65

149 Réponse du Conseil fédéral du 26 mai 2021 à l'interpellation 21.3265 du 18.3.2021 « Convention d'Aarhus. A quand une véritable application ? ».

150 Voir à ce propos LARGEY/FANTI, 203 s.

151 ATF 119 Ia 53, c. 3, JdT 1995 I 305.

152 CR Cst. – DUBÉY/DI CICCÒ, art. 33 N 8, 40.

153 CR Cst. – DUBÉY/DI CICCÒ, art. 33 N 29.

154 Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT) du 22 juin 1979 (RS 700).

155 LARGEY/FANTI, 200 avec les références citées.

156 LARGEY/FANTI, 201.

c) *L'implication directe de la population*

- 8.66 La participation de la société civile ne se limite plus seulement à participer à l'élaboration des politiques et des actes publics ; elle contribue également à leur mise en œuvre concrète. De la sorte, on peut évoquer l'existence d'une implication directe de la population en tant qu'acteur, parfois même en tant que déléataire de tâches publiques, et non pas seulement en tant que consommateur. Tel est en particulier la situation d'organisations de protection de la nature¹⁵⁷ qui sont chargées – par décision, contrat ou acte normatif – d'assurer la gestion et l'entretien de biotopes d'importance nationale ou régionale dévolus aux autorités cantonales en vertu des art. 18a et 18b LPN¹⁵⁸.
- 8.67 L'art. 6 par. 8 de l'accord de Paris reconnaît l'importance de disposer d'approches holistiques, globales, intégrées et non fondée sur le marché afin de contribuer à mettre en œuvre la contribution des Parties déterminées au niveau national¹⁵⁹. Ces approches visent en particulier à renforcer la participation du secteur public et du secteur privé, ce dernier devenant de la sorte un acteur de la stabilisation et de la réduction des émissions de gaz à effet de serre. La notion de « secteur privé » concerne au premier chef les grandes entreprises émettrices, mais n'exclut toutefois pas les individus qu'il convient d'encourager dans leurs actions individuelles ou collectives qui ne ressortent pas de leurs activités commerciales ou professionnelles principales.
- 8.68 Les mécanismes de partage de biens ou de service, tels que le covoiturage, entrent dans la perspective d'une action directe de la population sur la préservation des ressources naturelles et la réduction de l'impact climatique de leurs activités. Le secteur de l'approvisionnement en électricité offre également des perspectives considérables en matière d'implication directe de la population, s'agissant de la transition vers les énergies renouvelables et décarbonées. Dans l'Union européenne, le paquet « Une énergie propre pour tous les Européens »¹⁶⁰, dont les derniers dossiers ont été achevés en 2019, consacre le rôle déterminant que les consommateurs ont à jouer pour apporter au système électrique la souplesse dont il a besoin pour s'adapter à une production variable et décentralisée d'électricité à partir de sources renouvelables. La directive sur le marché intérieur de l'électricité¹⁶¹ reconnaît que tous les consommateurs devraient pouvoir participer directement au marché, notamment en adaptant leur consommation en fonction des

157 Voir à cet égard les art. 3 et 7 de la Décision cantonale valaisanne concernant la protection du marais des Rigoles à Vionnaz du 11 septembre 1991 (RSVS 451.23). La ligue valaisanne pour la protection de la nature et la Murithienne, deux organisations privées, sont chargées d'établir un plan de gestion du site, d'assumer le financement de sa mise en valeur et de de son entretien, ainsi que sa surveillance. Voir en outre PRIEUR, *Citoyens*, 414-415.

158 Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN) du 1er juillet 1996 (RS 451).

159 WEMAËRE, in Van Calster/Reins (éd.), art. 6 accord de Paris, N 6.78 ss.

160 Communication de la Commission du 30 novembre 2016, Une énergie propre pour tous les Européens, COM(2016) 860 final.

161 Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE.

signaux du marché ; ils devraient avoir la possibilité de prendre part à toutes les formes de participation active de la demande (préambule, par. 37). Tous les consommateurs devraient également pouvoir consommer, stocker et vendre l'électricité qu'ils produisent, en apportant de la flexibilité au système (préambule, par. 42). Les clients finaux doivent pouvoir ainsi se comporter comme des « clients actifs »¹⁶² en agissant directement ou collectivement, en particulier en vendant l'électricité autoproduite (art. 15). Ils doivent pouvoir participer d'une manière non discriminatoire, aux côtés des producteurs d'électricité, à tous les marchés de l'électricité (participation active à la demande par agrégation, art. 17 par. 1). Les communautés énergétiques citoyennes, dont l'objectif est de proposer des avantages communautaires environnementaux, économiques ou sociaux à ses membres ou actionnaires ou aux territoires locaux où elle exerce ses activités, doivent être favorisées (art. 16).

En Suisse, le législateur fédéral a inscrit dans LEne, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, le droit à la « consommation propre », de sorte que tout exploitant d'installation puisse consommer ou vendre l'électricité qu'il a autoproduite (art. 16 et 17 LEne). Ce droit constitue une incitation à produire de l'énergie individuellement ou par regroupement¹⁶³, en garantissant aux client/producteurs la possibilité d'en disposer – y compris en participant au marché de l'électricité. L'objectif est de favoriser simultanément la décentralisation de la production d'énergie (autoproduction) et d'accroître l'auto-provisionnement (autoconsommation), au travers de l'implication directe du public dans le domaine de l'approvisionnement électrique¹⁶⁴. 8.69

4. L'accès à la justice en matière de transparence et de participation du public

a) *Le droit à un recours effectif selon la CEDH et la convention d'Aarhus*

Le droit d'accès à la justice selon la CEDH et la convention d'Aarhus fait l'objet d'une analyse détaillée dans la contribution au présent ouvrage de la prof. DANIELA THURNHERR. Y sont examinées les dispositions applicables de ces conventions en matière d'environnement, ainsi que les conditions auxquelles le droit national doit satisfaire pour s'y conformer. Tout en renvoyant à ce texte, la présente contribution la complète avec quelques aspects spécifiques relatifs au droit à l'information et à la participation du public, à l'aune de la jurisprudence rendue en la matière. 8.70

Au préalable, il convient de souligner que la CEDH et la convention d'Aarhus ne sont juridiquement pas liées, biens qu'elles confèrent toutes deux des droits procéduraux environnementaux. Elles appartiennent à des catégories distinctes du droit et pour- 8.71

162 Le client actif est défini comme un client final qui consomme, stocke ou vend l'électricité qu'il a lui-même produite ou qui participe à des programmes de flexibilité ou d'efficacité énergétique, à condition que ces activités ne constituent pas son activité commerciale ou professionnelle principale (art. 2 ch. 8 de la directive sur le marché intérieur de l'électricité).

163 Message LEne, FF 2013 6771, 6840.

164 Voir à ce propos SIFONTOS.

suivent des buts différents. La CEDH a pour unique but la protection des droits et libertés des individus qu'elle prévoit contre les atteintes illégales causées par les activités publiques de l'État. Elle ne défend pas le droit à un environnement sain, contrairement à la convention d'Aarhus qui vise des objectifs plus spécifiques et multiples tendant à la reconnaissance de droits environnementaux de portée générale. Les droits procéduraux environnementaux diffèrent entre les deux conventions. En matière de droit à l'information et à la participation sont plus difficilement invocables devant la CourEDH que devant le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus¹⁶⁵.

- 8.72 Dans l'affaire *Guerra*¹⁶⁶, la CourEDH reconnaît qu'une information essentielle inadéquate ou absente sur les risques liés à l'environnement encourus par un individu est constitutive d'une violation du droit au respect de la vie privée et familiale consacré à l'art. 8 CEDH ; ce droit jouit d'un caractère procédural et fonde un droit à l'information en matière de risques environnementaux. Le public doit avoir effectivement accès aux études et informations permettant d'évaluer le risque généré par une activité pour l'environnement et pour la santé de la population auquel il est exposé¹⁶⁷. Dans l'affaire *Tătar*¹⁶⁸, la Cour rappelle l'importance du droit du public à l'information environnementale, lequel comprend l'accès du public aux conclusions des études environnementales préliminaires ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé. En l'espèce a été admise la violation du devoir d'information au motif que les enquêtes et études appropriées n'ont pas été effectuées de sorte à évaluer et prévenir l'atteinte à l'environnement et aux droits des individus. A cet égard, dès lors qu'un État s'engage dans une activité dangereuse, il a le devoir de collecter l'ensemble des informations pertinentes et appropriées sur l'environnement et de mettre en place une procédure effective et accessible afin que leur communication puisse être demandée ; dès lors que les informations en cause peuvent aider des individus à évaluer le danger auquel elles sont exposées pour s'en prémunir ou s'y adapter, elles disposent d'un intérêt protégé par l'art. 8 CEDH¹⁶⁹. Bien que ces arrêts concernent des activités polluantes et les risques environnementaux au sens strict, il n'y a toutes les raisons de penser qu'ils s'appliquent dans les mêmes termes et conditions à l'obligation d'informer sur les risques liés au changement climatique¹⁷⁰.
- 8.73 Si le droit à l'information s'inscrit dans le cadre des obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH, la CourEDH n'a, à ce jour, pas consacré un droit à la participation du public aux processus décisionnels. Il s'en approche néanmoins, dans l'hypothèse où la mesure étatique est susceptible de porter atteinte au droit protégé par l'art. 8 CEDH.

165 Voir à ce propos PETERS, 11 - 15.

166 CourEDH, arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19.2.1998, requête n° 14967/89, § 60.

167 CourEDH, arrêt *Branduse c. Roumanie* du 7.4.2009, requête n° 6586/03, § 74.

168 CourEDH, arrêt *Tătar c. Roumanie* du 27.1.2009, requête n° 67021/01, § 113.

169 CourEDH, arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9.6.1998, requête n° 21825/93 et 23414/94, § 99, 101.

170 Dans ce sens BRAIG/BRILLAT, 477.

Dans l'affaire *Giacomelli*¹⁷¹, il est reconnu en substance l'obligation des États de veiller que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts de l'individu protégés par l'art. 8 CEDH ; il y a alors lieu d'examiner la mesure dans laquelle « les points de vue des individus ont été pris en compte tout au long du processus décisionnel ». A cet égard, les personnes concernées doivent pouvoir former un recours devant les tribunaux contre toute décision, tout acte ou toute omission, si elles considèrent que leurs intérêts ou leurs observations n'ont pas été suffisamment pris en compte dans le processus décisionnel¹⁷². S'agissant encore de participation du public, dans l'affaire *Tatar* mentionnée précédemment, la CourEDH opère un renvoi à la convention d'Aarhus¹⁷³.

Troisième pilier de la convention d'Aarhus, son art. 9 consacre de droit d'accès à la justice dans trois situations distinctes, dont les deux premières concernent la mobilisation du public. Il s'agit de la violation du droit à l'information prescrit à l'art. 4 (par. 1) et la contestation de toute décision, tout acte ou omission tombant sous le coup des dispositions de l'art. 6 consacré à la participation du public (par. 2)¹⁷⁴. L'art. 9 par. 1 et 2 de la convention d'Aarhus charge chaque Partie d'inscrire, dans sa législation nationale, le droit d'accès à la justice en matière d'information et de participation. Ces dispositions ne sont toutefois pas directement applicables dès lors qu'elles doivent être transcrites en droit interne. En revanche, le troisième pilier de la convention d'Aarhus doit être considéré comme un principe directeur ou une maxime d'interprétation dans l'application des règles internes de procédure ; dit autrement, ces dernières doivent être interprétées conformément à la convention¹⁷⁵. Tel est également le point de vue adopté par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) pour laquelle les dispositions des directives de l'Union relatives à la participation du public doivent être interprétées à la lumière et compte tenu des objectifs de la Convention d'Aarhus¹⁷⁶. 8.74

b) La transcription en droit européen

Les actes normatifs de l'Union européenne consacré au droit à l'information et à la participation du public prévoient tous des dispositions relatives à l'accès à la justice. S'agissant des obligations qui s'imposent aux institutions et organes de l'Union, le règlement (CE) 1367/2006 habilite certaines organisations non gouvernementales à demander le réexamen interne d'un acte administratif (art. 10), puis à saisir la CJUE. Tel 8.75

171 CourEDH, arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2.11.2006, requête n° 59909/00, § 82-83.

172 CourEDH, arrêt *Taşkin et autres c. Turquie* du 10.11.2004, requête n° 46117/99, § 119.

173 § 118.

174 S'agissant de l'art. 9 de la convention d'Aarhus, voir le chapitre qui lui est dédié par THURNHERR dans le présent ouvrage. Voir également EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, ad art. 9 N 1-33.

175 TF, arrêt du 25.3.2021, 2C_206/2019, c.20.2 ; ATF 141 II 233. Voir en doctrine THURNHERR, Aarhus, 524.

176 CJUE, 12 mai 2011, aff. C-115/09, § 41.

peut être notamment le cas lorsque la demande de réexamen n'est pas prise en considération ou que la réponse qui y est apportée n'est pas motivée (art. 12). Les États membres sont quant à eux tenus d'inscrire dans leur législation nationale le droit d'accès à une instance juridictionnelle ou à un autre organe indépendant et impartial établi, tant à propos de l'accès du public à l'information (art. 6 directive 2003/4/CE¹⁷⁷) que de la participation de celui-ci lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement (art. 15^{bis} directive 2003/35/CE).

c) *La transcription en droit interne suisse*

- 8.76 Au niveau fédéral, le droit d'accès aux documents officiels (information passive) est garanti à l'art. 6 LTrans ; la demande formulée par l'intéressé fait l'objet d'une décision de l'autorité saisie sujette à recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 16, avec un renvoi aux dispositions de la PA¹⁷⁸). Ce régime s'applique au droit de consulter les informations sur l'environnement prévu à l'art. 10g LPE, par renvoi à la LTrans du deuxième alinéa. La situation est sensiblement identique dans les cantons, une voie de recours étant ouverte à l'encontre d'un refus d'accès aux informations officielles¹⁷⁹. La situation est en revanche différente s'agissant de l'information active. Ni l'art. 10e LPE ni l'art. 41 al. 2 LCO₂ n'envisagent qu'une autorité judiciaire puisse être saisie en cas d'omission d'informer de la part de la Confédération ou en cas d'information inadéquate ou lacunaire. Dans ce cas de figure, il est à notre sens possible d'emprunter le mécanisme de l'art. 25a PA – ou de l'art. 29a Cst. – afin d'exiger de l'autorité compétente qu'elle rende une décision relative à un acte matériel : l'information passive ou active due par l'autorité, dont l'omission de diffuser constitue un acte illicite¹⁸⁰. Cette décision peut alors faire l'objet d'un recours auprès des autorités judiciaires. On ajoute que lorsque la question se pose à l'occasion d'une procédure spéciale (autorisation, approbation de plans), la violation de du droit d'être informé et de participer est directement invocable dans le cadre du recours à l'encontre de l'objet de la procédure. Tel est également le cas en présence d'une violation de l'obligation de participation adéquate à l'établissement des plans prévue à l'art. 4 al. 2 LAT¹⁸¹.

177 La directive prévoit en outre une procédure de réexamen ou de recours administratif en cas de refus d'accès à l'information.

178 Loi fédérale sur la procédure administrative fédérale (PA) du 20 décembre 1968 (RS 172.021).

179 Par exemple, art. 21 de la loi vaudoise sur l'information (LInfo-VD) du 24 septembre 2002 (RSVD 170.21).

180 Voir ATF 140 II 315, à propos de documents relatifs à la surveillance nucléaire de la centrale de Mühleberg dont les activités ont cessé depuis. Voir également LARGEY, *Contrôle*, 73 ss.

181 Voir par exemple TF, arrêt du 10.12.2020, 1C_94/2020.

VI. Remarques conclusives

La lutte et l'adaptation au changement climatique constituent deux des défis majeurs du XXI^e siècle. Pour faire obstacle à une hausse de la température planétaire supérieure à 2° C, la société doit opérer une profonde mutation. Celle-ci implique une transition économique, énergétique et sociale caractérisée par la décarbonation, la gestion durable des ressources, la justice et l'inclusivité. Face aux enjeux du réchauffement climatique, les citoyennes et citoyens ont collectivement intérêt à ce que les mesures engagées puissent effectivement et efficacement les prévenir, mais individuellement intérêt à ce qu'elles prêterent le moins possible leur cadre de vie et ne conduisent pas à renforcer les inégalités sociales. En découle un conflit d'intérêt susceptible de paralyser l'action des États, par lequel un objectif global collectivement partagé s'accompagne néanmoins de divergences individuelles sur les moyens et les instruments à prescrire et exécuter – au risque de ne pas atteindre l'objectif en question. Dans ce contexte, l'accès à la justice environnementale et climatique a pour vocation de transférer la résolution du conflit à une autorité judiciaire indépendante. Celle-ci ne peut toutefois pas imposer sa propre solution, mais se limite à dire si les mesures se conforment aux engagements climatiques internationaux. Malgré les vertus indéniables de la justiciabilité dans ce domaine, celle-ci apparaît à certains égards comme un constat d'échec – pour le moins provisoire : soit la politique climatique suivie est considérée comme inapte à atteindre l'équilibre du système climatique et à répondre aux besoins de la population (en particulier la plus sensible), de sorte que l'urgence d'agir se fait encore plus pressante ; soit cette politique ne satisfait individuellement pas à une partie de la population en tant qu'elle la juge trop contraignante ou illégitime, au risque d'affaiblir de la sorte son effectivité. 8.77

Bien que les mesures concrètes de lutte contre le changement climatique constituent le cœur de la transition vers la neutralité climatique, la présente contribution postule que le cadre juridique, institutionnel et social dans lequel elles sont choisies, élaborées, décidées puis mises en œuvre est tout autant capital. Comme l'encadrement d'un sportif agit sur ses résultats en influençant l'expression de ses qualités individuelles, un cadre adéquat de la formation des politiques publiques environnementales favorise son effectivité et l'efficacité des mesures qu'elles prévoient. Les principes juridiques issus du droit international ou interne jouent à cet égard un rôle déterminant. Les principes de cohérence et d'évaluation contribuent à éliminer matériellement et temporellement les mesures contradictoires, sans effet ou insuffisantes. Le principe de mobilisation du public part du constat que l'objectif ultime de la CCNUCC ne peut être atteint sans une contribution de chacune et chacun, au niveau qui convient. En particulier, la participation du public permet une approche inclusive de la lutte contre le changement climatique. Il ne s'agit certes pas d'une panacée, certaines démarches pouvant s'apparenter à un gadget démocratique, mais la participation active des citoyens et la confiance qu'ils mettent dans la transition qu'ils ont eux-mêmes choisie seront déterminantes dans la réussite des politiques climatiques et leur acceptation. Pour que le dialogue entre les 8.78

autorités et le public puisse effectivement vivre, les procédures de participation doivent être toutefois fixées dans des règles de droit, leur violation devant pouvoir être déférée devant les juges aux fins d'annuler les décisions illégales ou inadéquates ou de sanctionner l'omission d'informer ou de faire participer¹⁸².

182 Voir à ce propos MONÉDIAIRE, 152.

§ 9 L'état de nécessité climatique face aux droits politiques

Véronique Boillet*

Table des matières

I. Introduction	244
II. L'affaire pénale vaudoise	245
III. L'initiative populaire – un outil utile contre le dérèglement climatique ?	247
1. Fonctionnement de l'initiative populaire	248
2. Limites de l'initiative populaire	249
IV. Conclusion	259

Bibliographie

ALIG JONAS/GRIFFEL ALAIN, Commentaire de l'article 75b, in Waldmann/Belser/Epiney (éd.), *Basler Kommentar der Bundesverfassung*, 1^{ère} éd., Bâle 2015 (cité: BSK BV-AUTEUR, art.X N Y); BESSE MARC-OLIVIER, Commentaire de l'article 75b, in Martenet/Dubey (éd.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, 1^{ère} éd., Bâle 2021; BOILLET VÉRONIQUE, L'initiative « Contre l'immigration de masse » : analyse du vote sous l'angle de la démocratie directe, RDS 2016, 105 ss; BOILLET VÉRONIQUE/LAMMERS GUILLAUME, La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales, ZBl 2016, 511 ss; LE BOT OLIVIER, Le contentieux administratif au service de l'environnement ?, in Hautereau Boutonnet/Truillhé (éd.), *Le procès environnemental – du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, 2021, 45 ss; BOURG DOMINIQUE, Des fondement et fonction de la désobéissance civile, in Bourg/Demay/Favre (dir.), *Désobéir pour la Terre : Défense de l'état de nécessité*, Paris 2021, 13 ss; COUNNIL CHRISTEL, Notre Affaire à Tous et « l'arme du droit ». Le combat d'une ONG pour la justice climatique, dans cet ouvrage; GRIFFEL ALAIN, Volksinitiative : auf dem Weg zur allgemeinen Anregung ?, ZBl 2014, 401 ss; HERTIG RANDALL MAYA, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives, RDS II 2010, 221 ss; KERN MARKUS, Commentaire de l'article 84, in Martenet/Dubey (éd.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, 1^{ère} éd., Bâle 2021; KLEY ANDREAS, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus politisch-historischer Sicht, LeGes 2015, 497 ss; MAHAÏM RAPHAËL, Les aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse (2018), in Cournil (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Aix-en-Provence 2020, 169 ss; MAHAÏM RAPHAËL, Commentaire de l'article 73, in Martenet/Dubey (éd.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, 1^{ère} éd., Bâle 2021 (cité: CR Cst-AUTEUR, art.X N Y); MARTENET VINCENT, La validité des initiatives populaires fédérales : le salut par des limites autonomes à la révision de la Constitution fédérale ?, in Good/Platipodis (éd.), *Direkte Demokratie : Herausforderungen zwischen Politik und Recht : Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag*, Berne 2013, 149 ss; MUSLIU NAGIHAN, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Thèse, Zurich 2019; PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité, Thèse, Berne 2015; PETEL MATTHIAS, La désobéissance civile climatique : menace pour l'Etat de droit ou stratégie légitime face à l'urgence ?, J.L.M.B 2020/22, 1051 ss; RHINOW RENÉ., Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber ?, ZBl 2015, 345 ss; SEFEROVIC GORAN, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Thèse d'habilitation, Berne 2018; STUCKI SASKIA, In Defence of Green Civil Disobedience : Judicial Courage in the Face of Climate Crisis and State Inaction, *VerfBlog*, 2020/10/30.; TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2019, 101 ss.

* Professeure en droit public à l'Université de Lausanne.

L'auteure remercie vivement M^{mes} Clémence Demay, assistante diplômée, et Ella Volz, assistante-étudiante, des recherches qu'elles ont effectuées et de leur relecture attentive du manuscrit.

nossenschaft, 4ème éd., Berne 2016; UEBERSAX PETER, Zur Zulässigkeit der Durchsetzungsinitiative – eine Einladung zur Reflexion, ZBl 2014, 600 ss; UHLMANN FELIX, Commentaire de l'article 95, in Waldmann/Belser/Epiney (éd.), Basler Kommentar der Bundesverfassung, 1^{ère} éd., Bâle 2015 (cité: BSK BV-AUTEUR, art. X N Y); VOUTAT BERNARD, Suisse : réflexions sur les droits politiques et la citoyenneté, *Mouvements* 2002/5 n° 24, 128 ss; WYSS KARL-MARC, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Thèse, Zurich/St-Gall 2020.

I. Introduction

- 9.1 Dans un ouvrage consacré au procès environnemental, Olivier le Bot relevait que « les actions contentieuses se multiplient devant le juge administratif pour essayer d'infléchir les politiques publiques, regardées comme ne prenant pas suffisamment en compte les exigences environnementales. Ce mouvement trouve son origine dans un double phénomène : d'une part une défiance à l'égard du politique, accusé d'inertie face à la dégradation de l'environnement, voire de collusion avec les intérêts économiques ; d'autre part une sacralisation du juge, des études ayant prouvé qu'il pouvait traduire l'état de l'opinion d'avantage que les mécanismes représentatifs. Dans ce contexte, des ONG et de simples particuliers se tournent vers la juridiction administrative afin de chercher à conquérir, par la voie contentieuse, des changements qu'ils ne peuvent obtenir en agissant par la voie politique »¹.
- 9.2 Si ce mouvement de saisine de la justice administrative ne peut pas, à ce jour, être constaté en Suisse – une seule action ayant été portée au Tribunal fédéral et sans succès² –, l'on peut en revanche constater la multiplication des jugements pénaux relatifs à des activités de désobéissance civile visant à défendre la cause climatique.
- 9.3 L'objectif de cette contribution est d'offrir un pont entre les domaines du droit pénal et du droit public en confrontant les exigences du Code pénal relatives aux motifs justificatifs tels que l'état de nécessité ou les faits justificatifs extralégaux aux instruments démocratiques et, plus particulièrement, à l'outil de l'initiative populaire.
- 9.4 Face au constat des activistes du climat selon lequel l'urgence justifie le recours à des moyens d'action extralégaux, il s'agira d'examiner dans quelle mesure un moyen légal tel que l'initiative populaire permet véritablement de contraindre le Parlement à agir, soit, plus précisément, à adopter une législation ambitieuse en matière de dérèglement climatique.
- 9.5 Pour procéder à cette analyse, il s'agira tout d'abord de revenir sur le principal jugement pénal rendu à ce jour dans le canton de Vaud. Dans un deuxième temps, nous traiterons de l'initiative populaire au niveau fédéral en examinant les initiatives qui ont été adoptées et le résultat auquel elles ont permis d'aboutir. Il s'agira en d'autres termes d'examiner les limites de la démocratie directe susceptible de justifier – ou non – le recours à la désobéissance civile.

1 LE BOT, 45.

2 ATF 146 I 145 ; A noter toutefois que cette affaire a entraîné la condamnation de la Suisse devant la CourEDH, aff. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, 9 avril 2024.

II. L'affaire pénale vaudoise

Le 22 novembre 2018, un petit groupe d'individus a organisé un rassemblement ainsi qu'une partie de tennis dans les locaux de la banque Crédit Suisse afin de manifester contre le dérèglement climatique³. L'objectif de ce rassemblement était d'attirer l'attention du grand public sur les investissements faits par ladite banque dans les énergies fossiles et de dénoncer le soutien publicitaire dont elle bénéficie de la part du joueur de tennis suisse Roger Federer. La manifestation n'ayant pas été préalablement autorisée, elle a donné lieu à une plainte pénale puis à une condamnation par ordonnance pénale. A la suite de leur opposition, les prévenus ont été déférés devant le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne qui les a acquittés sur la base de l'art. 17 CP⁴ qui consacre l'état de nécessité. En substance, le Tribunal a jugé que l'état des connaissances scientifiques ne laisse non seulement aucun doute quant à l'origine anthropique du dérèglement climatique et l'existence d'un danger pour la vie et la santé, mais également quant à l'imminence de ce danger. S'agissant de la nécessité de protéger des biens juridiques individuels, il a souligné que la sauvegarde du climat implique en parallèle la protection des droits à la santé et la vie des activistes. Finalement, le Tribunal a jugé sous l'angle du principe de proportionnalité que « la pesée des intérêts en présence est indiscutablement en faveur des biens que les prévenus ont cherché à protéger » et que ces derniers n'avaient pas d'autres moyens à disposition. A cet égard, le Tribunal s'est penché sur les moyens d'actions légaux à disposition des activistes et a considéré qu'une manifestation sur la voie publique n'aurait pas eu le même effet, que l'interpellation de la banque n'a rien donné – au contraire, il a fallu attendre la couverture médiatique du procès pour que la banque émette ses premières considérations relatives à la finance durable – et que les moyens juridiques ne permettent pas aux activistes d'exiger le respect des dispositions légales en matière de climat. Finalement, et c'est là le point qui nous intéresse en l'espèce, le Tribunal évoque les moyens politiques : il se réfère ici au seul arrêt de principe rendu en la matière dans une action de désobéissance civile menée par Greenpeace, plus particulièrement à la situation envisagée par le Tribunal fédéral d'une action qui pourrait théoriquement être admise en présence d'un bien juridiquement protégé d'une valeur particulièrement importante et dont la protection ne pourrait pas être assurée par les autorités⁵. Sur cette base, le Tribunal de première instance a jugé que le climat constituait un tel bien, qu'il y avait lieu d'admettre la carence des autorités suisses dans leur lutte contre le dérèglement climatique et finalement, s'agissant plus particulièrement de la possibilité pour les activistes de faire usage de leurs droits politiques, que « le temps politique, lent de par sa nature démocratique, n'est plus compatible avec l'urgence climatique avérée »⁶.

3 Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne, jugement du 13.1.2020, PE19.000742/PCL/IIb.

4 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (Code pénal, CP ; RS 311.0).

5 ATF 129 IV 6, c. 3.5.

6 Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne, jugement du 13.1.2020, PE19.000742/PCL/IIb.

- 9.7 Sur appel du Ministère public, le Tribunal cantonal vaudois a rendu, le 22 septembre 2020, un jugement de condamnation des activistes. Relativement à un éventuel fait justificatif, la Cour vaudoise a retenu que « les agissements des prévenus n'étaient pas directement aptes à réduire ni même freiner les émissions de CO² à l'origine du dérèglement climatique, que l'objectif de propagande qu'ils poursuivaient pouvait être atteint de manière licite et qu'ainsi, le principe de la subsidiarité absolue, dont le respect s'impose pour reconnaître tant l'existence d'un état de nécessité licite (art. 17 CP) que le fait justificatif extra légal de la sauvegarde d'intérêts légitimes, n'a pas été respecté »⁷.
- 9.8 Si nous sommes d'avis que les considérations de la Cour relatives à l'aptitude de l'action des activistes – selon lesquelles il tomberait « sous le sens que les infractions commises n'étaient manifestement pas de nature à avoir une incidence directe sur le dérèglement climatique. On ne voit en effet pas comment une violation de domicile suivie d'une manifestation non autorisée puis d'un empêchement d'accomplir un acte officiel auraient pu conduire à une réduction des émissions de CO² en Suisse ou ailleurs »⁸ – sont trop limitées, en ce sens que le critère de l'aptitude est une notion juridique indéterminée sujette à interprétation que l'on ne peut se contenter d'appréhender selon son sens littéral, nous examinerons ci-après uniquement le dernier argument avancé par le Tribunal cantonal, soit celui de la subsidiarité de la mesure par rapport aux droits politiques. Le Tribunal avance ainsi que la Suisse offrirait, contrairement à d'autres pays, des instruments démocratiques particulièrement aptes à permettre la participation politique et, par-là même, à contribuer de manière légale et démocratique à la lutte contre le dérèglement climatique⁹.
- 9.9 Soulignons finalement que le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation des activistes. Après avoir souligné que la notion d'état de nécessité « ne vise pas à rendre licite[s] les comportements en principe punissables car l'auteur estime devoir agir pour sauvegarder ce qu'il considère comme constitutif d'un intérêt légitime ou supérieur, mais concerne la situation spécifique dans laquelle celui-ci se voit par hasard confronté à un péril devant se concrétiser à brève échéance et choisir de sacrifier un bien juridique afin de le parer ». Par conséquent, le danger doit menacer concrètement et de manière pressante le bien juridique concerné, et non seulement peser sur des biens indéfinis dans un horizon temporel incertain »¹⁰. En définitive, le TF a jugé que « bien que chaque individu puisse – un jour ou l'autre – être individuellement concerné par une manifestation naturelle causée par le réchauffement climatique, on ne peut considérer qu'une action visant à infléchir une évolution planétaire s'apparenterait à la défense d'un bien juridique défini appartenant à l'auteur ou à un tiers »¹¹. La première condition d'application de l'art. 17 CP

7 Tribunal cantonal/VD, arrêt du 22.9.2020, Jug/2020/333, CAPE, c. 6.3.

8 Tribunal cantonal/VD, arrêt du 22.9.2020, Jug/2020/333, CAPE, c. 6.3.

9 Tribunal cantonal/VD, arrêt du 22.9.2020, Jug/2020/333, CAPE, c. 6.3.

10 TF, arrêt du 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.3.4.

11 TF, arrêt du 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.5.

n'étant dès lors pas remplie, le TF a renoncé à examiner les autres conditions. S'agissant ensuite des faits justificatifs extralégaux, le TF a souligné qu'ils ne pouvaient être invoqués en l'espèce dès lors qu'ils ne constituaient pas « l'unique moyen possible pour défendre les intérêts légitimes visés, soit la baisse des émissions de CO² et la préservation du climat ». Selon le TF, les activistes avaient à leur disposition « une kyrielle d'autres méthodes, licites, (...) pour atteindre cet objectif, en particulier des manifestations autorisées, des marches, des interventions médiatiques ou culturelles »¹².

En définitive, on le voit donc, tant le Tribunal cantonal vaudois que le Tribunal fédéral 9.10 condamnent l'action des activistes en se référant aux outils légaux qu'ils ont à leur disposition, cela d'autant plus dans un pays tel que la Suisse qui se caractérise par ses instruments de la démocratie directe.

L'objectif de cette contribution n'est pas de revenir sur les conditions d'application des 9.11 motifs justificatifs en matière pénale. Il s'agit plutôt de partir de ces trois jugements, et plus particulièrement de la problématique qu'ils soulèvent, pour questionner l'efficacité des instruments démocratiques face à l'urgence climatique. Pour rappel, si l'autorité de première instance a jugé que « le temps politique, lent de par sa nature démocratique, n'est plus compatible avec l'urgence climatique avérée », le Tribunal cantonal vaudois et le Tribunal fédéral ont quant à eux loué l'efficacité des outils démocratiques suisses. L'objectif de ma présentation est donc de soumettre à un examen critique l'instrument spécifique de la démocratie suisse qu'est l'initiative populaire afin de déterminer dans quelle mesure il est suffisamment efficace au regard de l'urgence climatique.

III. L'initiative populaire – un outil utile contre le dérèglement climatique ?

S'il est vrai que le système juridique suisse se caractérise par ses instruments de la 9.12 démocratie directe, nous allons voir qu'il n'est pas pour autant plus à même de garantir la mise en place de politiques publiques propres à lutter contre le dérèglement climatique. A cet égard, comme annoncé, il y a lieu de se pencher sur l'initiative populaire fédérale qui, de prime abord, pourrait paraître particulièrement apte à offrir un moyen d'action au peuple.

En Suisse, l'initiative populaire au niveau fédéral permet notamment à 100'000 citoyens 9.13 et citoyennes ayant le droit de vote de proposer une révision partielle de la Constitution fédérale (art. 139 Cst. féd.¹³). Comme l'a relevé la Cour d'appel du Tribunal cantonal vaudois, il pourrait paraître tout à fait légitime de renvoyer les activistes à ce type d'outils démocratiques. Les raisons susceptibles de justifier le recours à une activité illégale – l'occupation des locaux d'une banque en l'espèce – peuvent sembler difficiles à admettre de prime abord lorsque de tels outils permettent au peuple de formuler des propositions.

12 TF, arrêt du 26.5.2021, 6B_1295/2020, c. 2.7.

13 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst. féd., RS 101).

- 9.14 Il s'agira tout d'abord de rappeler brièvement le fonctionnement de cet outil (1.). Nous examinerons dans un deuxième temps ses limites susceptibles de justifier – ou non – le recours à des moyens extralégaux (2.).

1. Fonctionnement de l'initiative populaire

- 9.15 Comme évoqué préalablement, la Constitution fédérale permet à 100'000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote de proposer une révision partielle de la Constitution fédérale (art. 139 Cst. féd.). Il s'agit là d'un outil permettant au peuple de s'impliquer dans la vie politique et de faire des propositions de changement. A ce jour, 532 initiatives populaires ont été lancées, 365 ont abouti et 233 ont été soumises au vote¹⁴.
- 9.16 Les initiatives peuvent être formulées en termes généraux ou être rédigées (art. 139 al. 2 Cst. féd.). En pratique, elles sont rédigées dans la majorité des cas¹⁵, c'est-à-dire que le comité d'initiative se charge de la rédaction de la proposition de révision constitutionnelle. Selon une typologie des initiatives définie par la doctrine, le texte d'une initiative peut viser à consacrer des droits et obligations ou principes directement applicables, un mandat législatif avec ou sans directives matérielles, une norme attributive de compétences, une norme programmatique ou à caractère organisationnel (*Organisationsbestimmung*), toutes les combinaisons étant par ailleurs possibles faute de *numerus clausus*¹⁶.
- 9.17 Finalement, les exigences relatives au contenu d'une initiative – soit ses conditions de validité que sont les exigences d'unités de la forme et de la matière, de caractère exécutable et de respect des règles impératives du droit international (art. 139 al. 3 Cst. féd.)¹⁷ – ne soulèvent que peu de difficultés pratiques, seules quatre initiatives ayant été déclarées nulles et une partiellement nulle à ce jour¹⁸. Relevons à cet égard que le comité d'initiative bénéficie d'une importante marge de manœuvre quant à la détermination du contenu de l'initiative et, par là même, de la formulation de la disposition constitutionnelle, dès lors qu'aucune limite autonome inférieure ou supérieure ne s'impose¹⁹. En d'autres termes, le texte de l'initiative ne doit pas nécessairement avoir un contenu de rang constitutionnel (être matériellement constitutionnel) et peut contrevenir à d'autres dispositions constitutionnelles.
- 9.18 En définitive, les conditions et la procédure qui réglementent l'initiative populaire au niveau fédéral sont peu contraignantes et offrent une marge de manœuvre impor-

14 <<https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home.html>> > Droits politiques > Initiatives populaires > Tableau en chiffres (6.8.2024).

15 <<https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home.html>> > Droits politiques > Initiatives populaires > Ayant abouti (6.8.2024).

16 MUSLIU, 26 et les références citées.

17 TSCHANNEN, § 51, N 24 ss.

18 <<https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home.html>> > Droits politiques > Initiatives populaires > Tableau en chiffres (6.8.2024).

19 MARTENET, 149.

tante au comité d'initiative. Malgré tout, nous verrons que cet outil ne permet pas de garantir la mise en place de politiques publiques propres à lutter contre le dérèglement climatique.

2. Limites de l'initiative populaire

a) *Aboutissement des initiatives*

Il y a tout d'abord lieu de rappeler que les initiatives populaires sont rarement acceptées 9.19 par la majorité du peuple et des cantons. Si la tendance semble plutôt favorable dès lors que 14 initiatives ont été adoptées depuis la révision de la Constitution fédérale de 1999, il y a néanmoins lieu de relever que seules 27 initiatives ont été acceptées depuis que la première a été lancée en 1892²⁰.

De ce point de vue, certains observateurs sont d'avis que la démocratie directe permet 9.20 certes de réduire « le monopole des professionnels de la politique », mais n'accroît pas pour autant la force politique de la société civile²¹. Au contraire, le recours à cet outil implique d'importantes ressources²², des soutiens politiques et le respect de procédures codifiées²³, de manière à tenter de vaincre – le plus souvent sans succès – le lobbysme des milieux économiques au bénéfice de relais politiques et de financements sans commune mesure, ces derniers ne faisant l'objet d'un contrôle limité en Suisse²⁴. A cela s'ajoute par ailleurs que la majorité parlementaire opposée à une éventuelle initiative sait habilement utiliser les outils dont elle dispose pour éviter l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition constitutionnelle contraire à ses intérêts. On pense plus particulièrement au contre-projet²⁵ ou à l'activité d'information qu'exerce le Parlement avant un vote populaire²⁶.

b) *Mise en œuvre des initiatives*

Malgré les réserves exprimées préalablement, supposons qu'une initiative populaire en 9.21 faveur de la lutte contre le dérèglement climatique soit acceptée par le peuple et les cantons et que la Constitution fédérale contienne donc une disposition en la matière, les émissions de CO² risquent de ne pas baisser pour autant. La baisse des émissions va en effet logiquement dépendre de la mise en œuvre de la nouvelle disposition constitu-

20 <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_1.html?lang=fr> (6.8.2024).

21 VOUTAT, 132.

22 SEFEROVIC, 114.

23 VOUTAT, 133.

24 BOURG, 22. Voir les nouvelles dispositions de la Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1) ainsi que la nouvelle Ordonnance du 24 août 2022 sur la transparence du financement de la vie politique (RS 161.18), entrées en vigueur le 23 octobre 2022.

25 Voir sur ce point ci-dessous 9.29.

26 SEFEROVIC, 349.

tionnelle. Ce processus soulève différentes difficultés qu'une comparaison avec les initiatives acceptées à ce jour permet d'illustrer.

- 9.22 Au vu de la typologie préalablement présentée et de l'expérience passée, deux types d'initiatives semblent particulièrement pertinents pour permettre aux activistes du climat de consacrer leurs objectifs au niveau constitutionnel : le contenu de l'initiative pourrait soit consacrer des droits et obligations ou principes directement applicables, soit contenir un mandat législatif avec directives matérielles – voire une combinaison des deux. Il s'agit dès lors d'examiner et de présenter les difficultés que de telles initiatives sont susceptibles d'impliquer.

aa) Initiative consacrant des droits et obligations ou principes directement applicables

- 9.23 Une première option possible serait que le comité d'initiative formule une disposition constitutionnelle calquée sur le modèle de l'initiative sur l'interdiction des minarets (cf. art. 72 al. 3 Cst. féd.) formulant un principe général de lutte contre le dérèglement climatique directement applicable. Sur le modèle de la revendication du Collectif français « Notre Constitution Écologique »²⁷, il s'agirait par exemple de consacrer les principes de non-régression et de limites planétaires.
- 9.24 Cette approche suscite deux remarques préalables : il y a tout d'abord lieu de relever qu'une telle disposition n'est, à notre sens, pas nécessaire. En effet, l'art. 73 Cst. féd. selon lequel « La Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain » consacre déjà des principes comparables. Comme le relève Mahaim, il y a en effet lieu de déduire de cette disposition le principe constitutionnel de durabilité dont le contenu normatif implique une perspective intergénérationnelle et un principe de préservation des ressources naturelles²⁸. Bien que cette disposition soit en vigueur depuis la révision totale de la Constitution fédérale de 1999²⁹, elle n'a pas permis de limiter de manière suffisante les émissions de la Suisse³⁰.
- 9.25 Pour le surplus, il est fort probable que tant le Parlement et le Gouvernement que le Tribunal fédéral³¹ soient réticents à reconnaître le caractère directement applicable et justiciable d'une telle disposition³². En effet, en pratique, de très rares initiatives ont été

27 Ce collectif regroupe Notre Affaire à Tous, CliMates, le REFEDD et WARN. Cf. Notre affaire à tous, Communiqué de presse du 18.6.2020, disponible sur internet: <<https://notreaffaireatous.org/cp-une-revolution-juridique-defendue-par-la-convention-citoyenne-pour-le-climat/>> (6.8.2024).

28 CR Cst- MAHAIM, art. 73 N 19 ss.

29 CR Cst- MAHAIM, art. 73 N 1.

30 Rappelons ici que le projet de loi fédérale sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre (Loi sur le CO₂) a été rejeté en votations populaires le 13.6.2021, cf. <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210613/can644.html>> (6.8.2024).

31 Pour une analyse de cette question par le Tribunal fédéral, cf. ATF 139 I 16 c. 4; ATF 139 II 243 c. 8.

32 MUSLUU, 27.

jugées directement applicables³³. Une telle approche est due au fait que si le caractère directement applicable d'une disposition constitutionnelle est admis, sa concrétisation ne relève alors plus de la compétence des organes élus démocratiquement, mais des organes d'application du droit, tels que l'administration et la justice, ce qui est qualifié de nuisible à la séparation des pouvoirs³⁴. Par comparaison, telle est actuellement l'approche du Tribunal fédéral relativement à l'art. 73 Cst. féd³⁵.

A cela s'ajoute par ailleurs une autre problématique. A supposer qu'une telle disposition soit justiciable, ses effets risquent néanmoins d'être limités en raison d'une disposition propre au système juridique suisse : l'art. 190 Cst. féd., selon lequel les autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales. Selon cette clause d'immunité des lois fédérales, notre Cour suprême n'est pas en mesure de refuser l'application d'une loi fédérale au motif qu'elle serait contraire à la Constitution fédérale. En ce sens, si l'on démontrait que l'adoption d'une nouvelle législation amplifierait les émissions de CO² et serait, par là même, contraire aux principes de non-régression et de limites planétaires, l'inconstitutionnalité de cette loi ne pourrait pas être sanctionnée par le Tribunal fédéral en raison de son immunité. Le Tribunal fédéral devrait alors se contenter de relever son inconstitutionnalité. Seules les lois cantonales seraient alors susceptibles de faire l'objet de telles sanctions³⁶. 9.26

Au vu de ces considérations, si l'adoption d'une nouvelle disposition constitutionnelle consacrant un principe de non-régression ou de limites planétaires devrait bien sûr être saluée, elle n'entraînerait aucune avancée majeure en termes de lutte concrète contre le dérèglement climatique. 9.27

bb) Initiative consacrant un mandat législatif

Bien que la Suisse soit déjà contrainte, de par ses engagements internationaux, de mettre en place une politique publique visant à lutter contre le dérèglement climatique³⁷, les activistes pourraient, par le biais d'une initiative, donner une assise constitutionnelle à ces objectifs. 9.28

Deux remarques préalables doivent être formulées à cet égard : il y a tout d'abord lieu de rappeler qu'une disposition existe déjà dans la Constitution. En effet, l'art. 74 al. 1 précise que « la Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes » et l'al. 2 pré- 9.29

33 MUSLIU, 27.

34 MUSLIU, 27 s.

35 CR Cst- MAHAHM, art. 73 N 21.

36 Art. 190 Cst. féd. *a contrario*; art. 82 let. b de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

37 La Suisse s'estime « légalement tenue de prendre des mesures d'atténuation et d'adaptation aux changements climatiques », Message du 1er décembre 2017 relatif à la révision totale de la loi sur le CO² pour la période postérieure à 2020, FF 2018 241.

voit des directives matérielles pour ce faire, selon lesquelles il y a lieu de « prévenir ces atteintes » et « les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent ». L'on pourrait néanmoins imaginer que le comité d'initiative tente de formuler un texte contenant des directives matérielles plus précises à l'attention du législateur, de manière à cadrer au maximum le futur travail parlementaire pour qu'il adopte des mesures plus audacieuses que celles qui avaient par exemple été développées dans le cadre de la loi fédérale sur le CO² rejetée en votation populaire³⁸ ou la loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique acceptée le 18 juin 2023³⁹. Par comparaison, de telles dispositions existent dans la Constitution en matière de procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst. féd.) ou en matière de migration (cf. art. 121 et 121a Cst. féd.). Ces deux dernières dispositions ont été adoptées à la suite d'une initiative populaire et pourraient, de prime abord, laisser penser que le comité d'initiative est non seulement en mesure d'initier l'adoption d'une politique publique en matière climatique, mais également de définir ses grandes lignes qui pourront alors être suffisamment ambitieuses au regard des objectifs définis par les accords internationaux. Sur cette base, il appartiendrait alors au Parlement de légiférer conformément à la nouvelle disposition constitutionnelle. Tel était l'objectif de l'initiative « Pour un climat sain (initiative pour les glaciers) »⁴⁰. L'initiative visait à ancrer dans la Constitution (art. 74a nCst.) l'objectif de zéro émission nette de gaz à effet de serre d'ici à 2050 dans la Constitution fédérale et précisait à cet égard qu'à partir de cette date, les émissions devraient être compensées par des puits de gaz à effet de serre et qu'aucun combustible ou carburant fossile ne devrait être mis en circulation en Suisse, à moins qu'il n'existe pas de substitution technique. L'initiative précisait par ailleurs dans une disposition transitoire (art. 197 ch. 12 nCst) qu'une législation d'exécution devrait être adoptée dans un délai de 5 ans et que ladite législation devrait notamment déterminer la trajectoire de réduction des émissions jusqu'en 2050, fixer des objectifs intermédiaires permettant au moins une réduction linéaire et définir les instruments nécessaires au respect de la trajectoire de réduction⁴¹. L'initiative a été retirée au profit d'un contre-projet – la loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique – élaboré par le Parlement fédéral, qui propose des objectifs moins ambitieux et renonce à interdire la nouvelle mise en circulation des énergies fossiles⁴².

38 FF 2020 7607

39 FF 2022 2403.

40 FF 2019 3075

41 FF 2019 8104.

42 FF 2022 2403. A noter que cette loi n'a pas été jugée suffisante pour répondre à la crise climatique par la CourEDH, CourEDH, aff. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, 9 avril 2024, § 564 ss.

Si cette voie semble de prime abord prometteuse, elle risque en réalité également de rencontrer certains écueils comme l'a démontré la mise en œuvre d'initiatives comparables. L'entrée en vigueur d'un tel article constitutionnel implique en effet, dans un deuxième temps, que le législateur le concrétise par l'adoption ou la révision de dispositions législatives (art. 164 Cst. féd.). Par comparaison, les différentes initiatives populaires acceptées ces dernières années ont entraîné l'adoption⁴³ et/ou la révision⁴⁴ de plusieurs lois fédérales⁴⁵. Or ce processus est tout sauf automatique. Plusieurs problèmes sont susceptibles de survenir, les deux principaux étant l'absence de mise en œuvre (aaa) et la mise en œuvre non conformes aux directives matérielles définies par le constituant (bbb).

aaa) Absence de mise en œuvre

(1) Causes et exemples

Il est tout d'abord envisageable que le législateur ne réussisse pas à adopter une législation de mise en œuvre. Avant de traiter plus avant de ce point, il y a encore lieu de rappeler qu'un projet de loi peut toujours faire l'objet d'un référendum et être refusé par le peuple (art. 141 al. 1 Cst. féd.). De nombreux exemples d'importants projets législatifs peuvent être mentionnés à titre d'exemples⁴⁶. A cela s'ajoute qu'il peut arriver que le législateur ne parvienne pas – pour des raisons partisans, une influence des lobbys, ou toute autre raison – à trouver un compromis susceptible de permettre à la procédure législative d'aboutir (cf. art. 93 al. 2 LParl⁴⁷).

Tel avait été le cas de l'initiative populaire pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit (dite initiative des alpes) qui a donné lieu à l'adoption de l'art. 84 Cst. féd. Alors même que l'initiative avait prévu un délai d'exécution de l'obligation de transfert de la route au rail de dix ans, soit jusqu'au 20 février 2004, la législation d'exécution s'est contentée de prévoir une mise en œuvre des objectifs d'ici à 2018⁴⁸, soit 14 ans plus tard, et il est admis que ces objectifs n'ont pas encore été atteints à ce jour⁴⁹. Les spécialistes en la matière jugent en effet que « malgré les progrès réalisés ces dernières années,

43 Voir la Loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires (LRS ; RS 702).

44 Le Code pénal a par exemple été révisé à la suite de l'adoption des initiatives « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables » (RO 2008 2961), « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine » (RO 2012 5951) et « Pour le renvoi des étrangers criminels » (RO 2016 2329).

45 BOILLET/LAMMERS, 517.

46 Par ex. les projets de Loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 (FF 2017 7399) ou de Loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales en vue de renforcer la compétitivité du site entrepreneurial suisse (Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises III) (FF 2017 3213) et, tout récemment, le projet de loi sur le CO² (<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210613/can644.html>, 8.8.2021).

47 Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl ; RS 171.10).

48 CR Cst-KERN, art. 84 N 11.

49 SEFEROVIC, 178 et les références citées.

le volume de transport est actuellement encore loin d'atteindre les exigences constitutionnelles, et représente donc une violation de ces dernières »⁵⁰. Au final, la portée de la législation de mise en œuvre est avant tout symbolique, les autorités n'étant pas disposées à proposer l'adoption des mesures nécessaires⁵¹.

- 9.33 L'assurance maternité peut également être citée à titre d'exemple, dès lors que le législateur a mis 60 ans pour l'adopter à partir de l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle (art. 116 Cst. féd.) lui imposant sa mise en place – disposition constitutionnelle qui a été adoptée au titre de contre-projet à une initiative populaire⁵².

(2) Existence de moyens de contrainte ?

- 9.34 Au regard de ces exemples, il y a alors lieu de s'interroger sur l'existence de moyens susceptibles de contraindre le Parlement à légiférer. Plusieurs comités d'initiative ont tenté d'anticiper cette problématique en joignant à la disposition constitutionnelle principale une disposition transitoire instituant, d'une part, un délai à respecter par le Parlement et, d'autre part, une compétence réglementaire subsidiaire du Gouvernement dans le cas où le Parlement n'aurait pas légiféré dans le délai imparti.

- 9.35 *Délai*. Plusieurs initiatives populaires ont tenté d'imposer un délai au Parlement dans le cadre duquel la législation de mise en œuvre nécessaire devait être adoptée. Tel était le cas des initiatives populaires « Pour le renvoi des étrangers criminels »⁵³, « pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires »⁵⁴ et « Contre l'immigration de masse »⁵⁵. Les conséquences du non-respect d'un tel délai doivent être prévues par le texte de l'initiative⁵⁶, à défaut de quoi, aucune sanction n'est prévue par la Constitution fédérale⁵⁷. Certains comités d'initiative ont ainsi expressément prévu une compétence subsidiaire du Gouvernement d'adopter une réglementation par la voie de l'ordonnance⁵⁸.

50 CR Cst-KERN, art. 84 N 15. Dans le même sens, SEFEROVIC, 176 ss.

51 SEFEROVIC, 178 et les références citées.

52 PERRENOUD, 327 ; SEFEROVIC, 176.

53 « Dans les cinq années qui suivent l'acceptation par le peuple et par les cantons de l'art. 121, al. 3 à 6, le législateur définit les faits constitutifs des infractions en vertu de l'art. 121, al. 3, il les complète et il édicte les dispositions pénales relatives à l'entrée illégale sur le territoire visée à l'art. 121, al. 6 » (art. 197 ch. 8 Cst. féd.).

54 « Le Conseil fédéral édicte par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires sur la construction, la vente et l'enregistrement au registre foncier si la législation correspondante n'est pas entrée en vigueur deux ans après l'acceptation de l'art. 75b par le peuple et les cantons » (art. 197 ch. 9 Cst. féd.).

55 « Si les lois d'application afférentes ne sont pas entrées en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation de l'art. 121a par le peuple et les cantons, le Conseil fédéral édicte provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance. ».

56 BOILLET/LAMMERS, 521.

57 BOILLET/LAMMERS, 521 et la référence citée.

58 Voir par ex. art. 197 ch. 9 al. 1 et ch. 11 al. 2 Cst. féd.

Compétence subsidiaire du Gouvernement. L'instauration d'une telle compétence subsidiaire permet non seulement d'exercer une certaine pression sur le Parlement⁵⁹, mais également d'assurer une mise en œuvre alternative immédiate par la voie réglementaire en cas d'échec de la procédure législative⁶⁰. Si une telle clause peut paraître adaptée à l'urgence climatique en ce sens qu'elle devrait permettre une mise en œuvre immédiate de l'initiative populaire, elle soulève néanmoins également un certain nombre de difficultés. Il y a tout d'abord lieu de rappeler que si le Gouvernement n'a pas la volonté politique d'adopter une réglementation ambitieuse conforme aux directives matérielles, aucun recours abstrait n'est ouvert à l'encontre de l'ordonnance (art. 189 al. 4 Cst. féd. et 82 LTF *a contrario*)⁶¹. Pour le surplus, ladite réglementation n'est que provisoire. Il ne fait pas de doute que le Parlement voudra exercer sa compétence législative. Or il n'a pas l'obligation de se calquer sur les solutions adoptées par le Conseil fédéral⁶² et l'éventuelle succession de régimes légaux distincts risque d'entraîner une insécurité juridique⁶³. Finalement, cette mise en œuvre subsidiaire par la voie d'ordonnances du Conseil fédéral fait l'objet de critiques plus générales quant à l'agencement horizontal du pouvoir et, plus particulièrement, à la perte des garanties offertes par la procédure législative en termes de qualité et de légitimation démocratique : la procédure réglementaire affaiblit les droits du peuple et des cantons en contournant le principe du bicamérisme et la procédure de référendum facultatif⁶⁴. A cela s'ajoute par ailleurs une potentielle violation du principe de la séparation des pouvoirs. En effet, selon les mesures envisagées pour combattre le dérèglement climatique, il est probable qu'une ordonnance ne suffise pas, mais qu'une base légale au sens formel soit nécessaire conformément à l'art. 36 al. 1 Cst. féd. (en cas d'atteinte aux droits fondamentaux), à l'art. 31 Cst. féd. (en cas de sanctions pénales) ou à l'art. 127 Cst. féd. (en cas d'obligations fiscales)⁶⁵.

9.36

Au final, il ressort donc de notre analyse que malgré la créativité des comités d'initiative, aucun des outils imaginés à ce jour n'a permis de contraindre le législateur à mettre en œuvre une initiative.

9.37

Au-delà du problème de l'absence de mise en œuvre, il existe également le risque que le Parlement adopte une législation dont le contenu ne respecte pas les directives matérielles définies par l'initiative.

9.38

59 BOILLET, 106 ; MUSLIU, 323.

60 BOILLET/LAMMERS, 522.

61 Il est en revanche possible d'invoquer dans certains cas l'inconstitutionnalité de l'ordonnance à titre préjudicielle dans le cadre d'un recours concret, cf. art. 82 let. b et 95 let. a LTF, ainsi que 190 Cst. féd. *a contrario*.

62 Uhlmann considère que lors de la mise en œuvre, le Conseil fédéral doit se limiter aux directives définies par l'initiative populaire, alors que le législateur est libre d'aller plus loin conformément à ses compétences plus générales octroyées par les art. 122 s. Cst. féd., BSK BV- UHLMANN, art. 95 N 28, cité in : BOILLET/LAMMERS, 519.

63 BOILLET/LAMMERS, 519.

64 WYSS, 302 ss.

65 WYSS, 82, 187 et 249 s.

bbb) Mise en œuvre non conforme à la Constitution fédérale

(1) Exemples et conséquences

- 9.39 Alors même que la disposition constitutionnelle définirait, dans ce cas précis, des directives matérielles visant à guider le législateur dans la détermination de mesures susceptibles de lutter contre le dérèglement climatique, il n'en demeure pas moins qu'aucun outil juridique ne permettrait de sanctionner l'éventuelle inconstitutionnalité des choix du législateur en raison d'une particularité du système juridique suisse: la clause d'immunité consacrée par l'art. 190 Cst. féd., selon laquelle « Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales ». Selon cette disposition, le Tribunal fédéral ne peut pas refuser, dans le cadre d'un recours concret, d'appliquer une loi fédérale en raison de son inconstitutionnalité⁶⁶. A cela s'ajoute par ailleurs que les actes du Parlement ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral (art. 189 al. 4 Cst. féd. et 82 LTF a contrario). Ce dernier ne peut dès lors ni procéder à un contrôle abstrait de la constitutionnalité des actes normatifs fédéraux, ni refuser, dans le cadre d'un recours concret, l'application d'une loi fédérale jugée inconstitutionnelle. En d'autres termes, c'est au Parlement qu'appartient non seulement le pouvoir de définir les politiques publiques, mais également celui de veiller au respect de la Constitution fédérale⁶⁷. Fort de ce constat, si le Parlement n'a pas la volonté politique de légiférer de manière conforme aux directives matérielles qui seraient contenues dans la nouvelle disposition constitutionnelle, aucun outil juridique ne permet de le contraindre au niveau national⁶⁸. Or il a été constaté, dans le cadre d'une recherche relative aux initiatives ayant abouti dans le passé, qu'à la suite de l'acceptation d'une initiative par le peuple et les cantons, le Conseil fédéral et le Parlement tentent, lors de l'élaboration du matériel visant à sa mise en œuvre, de nuancer la nouvelle disposition constitutionnelle par la voie législative⁶⁹. Il appartient alors au comité d'initiative de faire jouer son réseau parlementaire et médiatique pour tenter de continuer à exercer une pression politique. A défaut d'une telle pression, il a été démontré⁷⁰ que le Parlement va « corriger » la portée de la nouvelle disposition constitutionnelle dans le cadre de son travail législatif⁷¹.
- 9.40 Par comparaison, si l'on examine le processus de mise en œuvre des initiatives populaires « Pour le renvoi des étrangers criminels » et « pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires », l'on peut relever avec la doctrine que les législations qui ont été adoptées pour les mettre en œuvre s'écartent sur certains points des directives matérielles contenues dans les dispositions constitutionnelles qu'elles

66 HERTIG RANDALL, 237 ss.

67 MUSLIU, 320.

68 RHINOW, 345.

69 SEFEROVIC, 183.

70 SEFEROVIC, 183 et les références citées.

71 SEFEROVIC, 183.

doivent concrétiser⁷². Ainsi, bien que l'art. 121 al. 3 et 5 Cst. féd. exige un renvoi automatique des criminels étrangers, le législateur a privilégié le respect du principe de proportionnalité en préservant une certaine marge de manœuvre à l'égard des autorités administratives et pénales⁷³. Dans le même sens, la législation de mise en œuvre de l'art. 75b Cst. féd. a été critiquée, en ce sens qu'elle vise essentiellement à réduire les objectifs poursuivis, à définir des exceptions aux principes consacrés par l'art. 75b Cst. féd. et ne respecte pas, par là même, le cadre constitutionnel⁷⁴.

Se pose alors la question des suites à donner à un tel cas de figure : à supposer que les 9.41
activistes du climat aient lancé une initiative populaire contenant des directives matérielles que le législateur n'aurait pas respectées dans le cadre de la législation de mise en œuvre, quelles en seraient les conséquences possibles ? Le régime légal bien que ne respectant pas la Constitution fédérale bénéficierait de la protection de l'art. 190 Cst. et devra donc être appliqué⁷⁵. En principe, le seul moyen à disposition des partisans du respect de la nouvelle disposition constitutionnelle serait de demander un référendum et militer pour le refus de la nouvelle loi fédérale au motif qu'elle ne respecte pas la disposition constitutionnelle (art. 141 al. 1 let. a Cst.)⁷⁶. On le constate cependant immédiatement, un tel procédé ne permettrait pas de faire avancer la cause du climat : il anéantirait alors tout le travail législatif de mise en œuvre et impliquerait de recommencer le processus législatif depuis le début, ce qui serait logiquement contraire à l'objectif de lutte contre le dérèglement climatique. Relevons néanmoins que tel a été le choix des grévistes du climat qui se sont associés à un comité référendaire « économique » pour s'opposer à la révision de la loi sur le CO², jugeant que la loi était « antisociale » et « renfor[çait] les structures climaticides »⁷⁷.

Une autre approche a récemment été développée par le parti conservateur agrarien 9.42
suisse (UDC) : craignant que l'initiative sur le renvoi des criminels étrangers qu'il avait préalablement lancée s'enlise au Parlement et ne soit pas mise en œuvre conformément à son texte, le parti a lancé une deuxième initiative « de mise en œuvre » visant à directement ancrer dans la Constitution fédérale le régime de mise en œuvre⁷⁸.

72 BOILLET/LAMMERS, 523 ss ; MUSLIU, 106 ss et 169 ss.

73 « Le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse. » (art. 66a al. 2 CP), BOILLET/LAMMERS, 523.

74 CR Cst-BESSE, art. 75b N 74 ; RHINOW, 345.

75 BSK BV- ALIG/GRIFFEL, art. 75b N 48 cité in : BOILLET/LAMMERS, 524.

76 BOILLET/LAMMERS, 524.

77 Brochure explicative du Conseil fédéral – votation populaire du 13 juin 2021, 63.

78 FF 2015 2487.

(2) Existence de moyens de contrainte ?

- 9.43 De manière à éviter la problématique de la mise en œuvre, le comité d'initiative pourrait être tenté d'élaborer une disposition constitutionnelle détaillée contenant un catalogue de mesures suffisamment précises pour être directement applicables, sans qu'il ne soit nécessaire d'attendre l'adoption d'une législation de mise en œuvre par le Parlement. Dès lors que la procédure d'initiative ne prévoit pas de limites autonomes inférieures, un tel procédé est théoriquement admissible⁷⁹. Dans un tel cas, il s'agirait pour les activistes de ne pas se limiter à la consécration d'objectifs climatiques généraux – ces derniers existant et liant déjà la Suisse –, mais d'introduire dans la Constitution, par la voie de l'initiative, des mesures comparables à celles qui avaient été définies par la loi sur le CO² ou la loi sur le climat et l'innovation, mais plus ambitieuses.
- 9.44 Comme évoqué, une telle initiative a été expérimentée à une reprise en Suisse. Il s'agissait de l'initiative populaire « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) », dont l'art. 197 ch. 9 al. 1 visait à contenir une réglementation détaillée sur les conditions d'expulsion des criminels dangereux et l'al. 2 du projet consacrait sa propre application directe⁸⁰. La doctrine a jugé ce projet de façon très critique. Il a tout d'abord été rappelé que le fait que le comité d'initiative consacre dans le texte même de l'initiative son application directe n'était pas suffisant pour lier les autorités d'application⁸¹. Il appartient en effet aux tribunaux de trancher une telle question⁸². A cela s'ajoute qu'une telle initiative a été jugée problématique tant au regard du principe de la séparation des pouvoirs qu'au regard des fonctions respectives de la Constitution fédérale et de la loi⁸³. Uebersax a considéré que l'Assemblée fédérale n'aurait pas dû admettre la validité d'un tel projet. Selon cet auteur, il s'agissait en réalité d'une initiative législative dont l'inconstitutionnalité aurait dû être relevée par le Parlement fédéral⁸⁴.
- 9.45 Il paraît par ailleurs difficilement envisageable, d'un point de vue pragmatique, d'inclure dans la Constitution une disposition contenant un arsenal de mesures précises visant à constituer une véritable politique climatique dès lors qu'une telle disposition impliquerait de définir des mesures précises, leur financement, les procédures, etc.⁸⁵ et qu'elle serait par ailleurs susceptible de poser des difficultés au regard de l'exigence de l'unité de la matière. Elle serait également problématique au regard du principe démocratique, la formulation ouverte d'une disposition constitutionnelle permettant, selon Tschannen, la recherche d'un consensus politique par étapes et garantissant la possibilité d'actualiser le sens donné à la disposition constitutionnelle⁸⁶. En d'autres termes, s'il

79 MARTENET, 149 ss, 156 ss.

80 FF 2015 2487.

81 KLEY, 514; SEFEROVIC, 187.

82 SEFEROVIC, 187.

83 BOILLET/LAMMERS, 524 et les références citées ; UEBERSAX, 602 s.

84 UEBERSAX, 609 ss.

85 UEBERSAX, 608.

86 TSCHANNEN, § 4, N 9.

est vrai que ce type d'initiatives limite la marge de manœuvre et de concrétisation du Parlement, il implique également que la concrétisation passe de la compétence du législateur au juge⁸⁷. Or si le juge s'écarte du contenu de l'initiative, le peuple n'a alors pas de possibilité de demander un référendum, comme il en aurait eu le droit si le législateur s'était écarté de la disposition constitutionnelle⁸⁸.

IV. Conclusion

En conclusion, nous avons pu constater que les instruments de la démocratie directe et, plus particulièrement le droit d'initiative, sont certes des outils aptes à susciter le débat public et à initier le processus législatif⁸⁹, mais ils ne permettent pas de contraindre le Parlement à adopter une politique climatique ambitieuse, si telle n'est pas sa volonté. En d'autres termes, l'examen des initiatives populaires adoptées à ce jour nous permet de confirmer qu'elles constituent un outil démocratique efficace pour donner des impulsions, mais elles n'ont, à ce jour, pas permis de contraindre le Parlement à adopter un acte législatif spécifique. 9.46

Par comparaison à la France, où l'Association Notre Affaire à Tous, pour défendre « un argumentaire sur le manque d'ambition de la loi pour faire face à l'urgence climatique »⁹⁰ a dû commencer par « trouver un fondement juridique contraignant à l'action de l'État »⁹¹, un tel fondement peut très facilement être créé en Suisse par la voie de l'initiative populaire. L'enjeu se trouve en revanche ailleurs, soit au stade de la mise en œuvre de ce fondement. Il manque en effet les moyens judiciaires susceptibles de garantir la mise en œuvre des initiatives – et plus largement des dispositions constitutionnelles fédérales. Par le jeu des art. 189 al. 4 Cst. féd. et 190 Cst. féd., il n'est pas possible de sanctionner le travail parlementaire au regard des normes constitutionnelles. L'exclusion du contrôle abstrait des normes fédérales et la clause d'immunité empêchent le juge de confronter le Parlement à ses obligations constitutionnelles. A cela s'ajoutent par ailleurs des difficultés procédurales, comme l'a démontré l'affaire des Aînés pour le climat⁹². Au final, « la saisine de la justice n'est donc pas admise en Suisse pour qui veut uniquement faire valoir un intérêt public ou la «bonne application du droit supérieur», hormis dans des cas très spécifiques et limitativement énumérés dans la loi. Seuls des justiciables particulièrement atteints, de façon directe et personnelle, par le réchauffement climatique, peuvent imaginer porter la cause climatique devant la justice, cela pour y faire valoir leurs droits propres.⁹³ » C'est donc finalement à la Cour européenne des droits de l'homme qu'il est revenu de trancher la question de l'inaction 9.47

87 MUSLIU, 310.

88 MUSLIU, 310.

89 GRIFFEL, 401.

90 COUNIL, § 7.10.

91 COUNIL, § 7.25.

92 COUR EDH, aff. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, 9 avril 2024.

93 MAHAIM, 175.

du Parlement fédéral, non pas au regard des exigences qui se déduisent de la Constitution fédérale – et éventuellement consacrées par le biais d’une initiative fédérale – mais au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l’homme qui imposent aux États des obligations positives visant à protéger la vie ainsi que la vie privée et familiale⁹⁴.

- 9.48 Fort de ce constat, et si l’on veut conclure en lien avec la condamnation pénale des activistes du climat, l’on rejoint les conclusions de Matthias Petel dans son article sur la désobéissance civile climatique : la Cour cantonale vaudoise et le Tribunal fédéral ont proposé une lecture littérale de la notion d’état de nécessité qui ne se justifie pas en l’espèce pour les raisons qui suivent. Comme le relève Matthias Petel, un acte de désobéissance civile doit pouvoir être qualifié d’état de nécessité non pas uniquement s’il est le seul qui puisse permettre d’éviter l’événement redouté, mais s’il est nécessaire à un mouvement dont l’hétérogénéité des stratégies – légales et illégales – permettent d’éviter la réalisation du danger⁹⁵. En l’espèce, il a été démontré que l’ensemble des moyens légaux ne suffisaient pas, l’État refusant de prendre des mesures satisfaisantes pour atteindre l’objectif de 1,5°C. En ce sens, l’action illégale peut se justifier face à l’inaction de l’État⁹⁶. Cette appréhension de l’état de nécessité ne remet pas en question l’État de droit dans la mesure où la légalité de l’acte reste encadrée par le principe de proportionnalité⁹⁷ et se justifie par cette inaction étatique⁹⁸. A cela s’ajoute que l’on peut admettre la spécificité des actions de désobéissance civile en matière climatique dans la mesure où tant l’urgence que le manque d’actions sont établis scientifiquement et permettent dès lors sans autre de justifier la nécessité de l’action qui ne vise pas à remettre en question l’État de droit, mais à désobéir pour rétablir le droit⁹⁹.

94 CourEDH, aff. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, 9 avril 2024.

95 PETEL, 1055 s.

96 Dans le même sens, STUCKI.

97 PETEL, 1056.

98 STUCKI.

99 PETEL, 1057 ss ; STUCKI.

**Cinquième partie :
Principe de non-refoulement en matière
climatique et droits**

§10 Under What Circumstances Could a « Climate Refugee » Facing Deportation Invoke the Non-Refoulement Principle? An Analysis Essentially Drawn from the United Nations Human Rights Committee’s Practice, with a focus on its *Teitiota v New Zealand* case.

Gregor T. Chatton*

Table of Content

I.	Introduction	266
II.	The Principle of <i>Non-Refoulement</i>	268
	1. The principle of <i>non-refoulement</i> in asylum law	268
	2. The extended principle of <i>non-refoulement</i>	271
III.	<i>Non-Refoulement</i> According to the Human Rights Committee	274
	1. The principle of <i>non-refoulement</i> according to the HRC’s general practice	274
	2. The <i>Teitiota</i> case eventually brought before the HRC	275
	3. The principle of <i>non-refoulement</i> seen through the lens of the <i>Teitiota</i> case	278
IV.	Which Pathways to Non-Refoulement Protection for « Climate Refugees’ ? »	280
	1. <i>Teitiota</i> ’s overall consistency with the <i>non-refoulement</i> standards	280
	2. Then why is <i>Teitiota</i> a landmark case ?	282
	3. What may <i>Teitiota</i> bring in terms of future <i>non-refoulement</i> cases ?	286
V.	Conclusion	292

Abstract

Les migrations induites par le changement climatique sont déjà une réalité pour des millions de personnes dans le monde. Elles s’intensifieront à mesure que les catastrophes et événements indésirables augmenteront en fréquence et en intensité, obligeant les populations à s’adapter et les États à prendre des mesures efficaces pour protéger leur population contre les conséquences du dérèglement climatique. La dégradation de l’environnement affecte particulièrement les personnes et les communautés vivant déjà dans la précarité et souvent confrontées à diverses formes de violations des droits de l’homme. Cet article examine dans quelle mesure et sous quelles conditions les « réfugiés climatiques » peuvent se prévaloir du principe de *non-refoulement*, c’est-à-dire du droit de ne pas être renvoyés dans un pays où ils seraient confrontés à un niveau insupportable de dégradation de l’environnement. Le Comité des droits de l’homme, organe conventionnel du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a été confronté à la question du *non-refoulement* et du changement climatique. En 2019, il a rendu son avis dans l’affaire *Teitiota contre Nouvelle-Zélande*, qui sera commentée plus en détail. Le Comité des droits de

* Lecturer (*chargé de cours*) at the University of Lausanne (Swiss Graduate School of Public Administration, IDHEAP). Judge with the Swiss Federal Administrative Court, currently presiding its 6th Division. This study constitutes a slightly adapted version of the author’s 2022/2023 dissertation submitted for the Master of Science Degree in International Human Rights Law, awarded by the University of Oxford’s Faculty of Law in collaboration with the Bonavero Institute of Human Rights (MSc IHRL Oxon, New College).

l'homme n'a pas seulement reconnu le lien entre la dégradation de l'environnement et les mouvements migratoires. Il a également prudemment recadré les critères du principe de *non-refoulement* afin de les adapter aux défis plus récents pouvant découler des atteintes à l'environnement : tout d'abord, en assouplissant le critère d'« imminence » à la lumière de la prévisibilité, puis en élargissant qualitativement le droit à la vie pour en faire un « droit à la vie dans la dignité », en combinant les droits à la vie et à ne pas être soumis à un traitement dégradant, ainsi qu'en demandant à l'individu, à l'État et à la communauté internationale d'assumer leurs responsabilités en vue de résoudre ensemble le nouveau fléau du changement climatique. À l'avenir, *Teitiota* pourrait même contenir des voies plus audacieuses vers une garantie de *non-refoulement* procéduralement et matériellement plus protectrice et plus « verte ».

Bibliography

ABEBE TSION TADESSE/ABEBE ALLEHONE/SHARPE MARINA, The 1969 OAU Refugee Convention at 50, 19 Africa Report 1/2019; ALBERTO ACHERMANN, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit fluchtverursachender Staaten, Bern 1997; ACHIUME EMILY TENDAYI, Migration as Decolonization, 71 SLR 1509/2019; ANTONELLI CARLOTTA, Climate Refugees and Non-Refoulement: Can Climate Refugees Be Returned? Case Study on Ioane Teitiota, Vienna 2020; ATAPATTU SUMUDU, Migrating with Dignity. Protecting the Rights of « Climate Refugees » with the Non-refoulement Principle, in Behrman/Kent (eds), Climate Refugees. Global, Local and Critical Approaches, CUP 2022; BATES DIANE C., Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change, 23 Population & Environment 465/2002; BEHRMAN SIMON/KENT AVIDAN, Prospects for Protection in Light of the Human Rights Committee's Decision in *Teitiota v New Zealand*, 6 PMR 24/2021; BÉTAILLE JULIEN, Les déplacements environnementaux: un défi pour le droit international, 90 L'encyclopédie du développement durable 1/2009; BLASER GAËTAN, Le phénomène des déplacés environnementaux et leur statut en droit international et européen, 26 Asyl 15/2011; BOILLET VÉRONIQUE/DEMAY CLÉMENCE, L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses, 135 Rev. Trim. dr. h. 675/2023; BOWERS MIKE, Waiting for the Tide to Turn: Kiribati's Fight for Survival, in The Guardian, London 23.10.2017, <<https://www.theguardian.com/world/2017/oct/23/waiting-for-the-tide-to-turn-kiribatis-fight-for-survival>>, (29.5.2023); BOYLE ALAN/REDGWELL CATHERINE, International Law and the Environment, 4th edn, OUP 2021; BUCHANAN KELLY S., New Zealand « Climate Change Refugee » Case Overview, Law Library of the United States Congress, July 2015, <<https://www.loc.gov/collections/publications-of-the-law-library-of-congress/?q=climate+change+refugee+Buchanan>> (25.4.2023); BURKETT MAXINE, Justice and Climate Migration: The Importance of Nomenclature in the Discourse on Twenty-First-Century Mobility, in Behrman/Kent (eds), Climate Refugees: Beyond the Legal Impasse?, Routledge 2018; BURSON BRUCE/KÁLIN WALTER/MCADAM JANE/WEERASINGHE SANJULA, The Duty to Move People Out of Harm's Way in the Context of Climate Change and Disasters, 37 RSQ 379/2018; ÇALI BAŞAK/COSTELLO CATHRYN/CUNNINGHAM STEWART, Hard Protection through Soft Courts: Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies, 21 GLJ 355/2020; CHÉTAIL VINCENT, Moving Towards an Integrated Approach of Refugee Law and Human Rights Law, in Costello/Foster/McAdam (eds), The Oxford Handbook of International Refugee Law, OUP 2021; COUNIL CHRISTEL/MAZZEGA PIERRE, Réflexions prospectives sur une protection juridique des réfugiés écologiques, 23 Revue européenne des migrations internationales 1/2007; COURTOY MARIE, Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies face à l'homme qui voulait être le premier réfugié climatique: une avancée mesurée mais bienvenue, 124 Rev. Trim. dr. h. 941/2020; DIEZIG STEFAN, Umweltvertriebene im flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Kontext, Zurich 2018; DURIEUX JEAN-FRANÇOIS, The Vanishing Refugee: How EU Asylum Law Blurs the Specificity of Refugee Protection, in Lambert/McAdam/Fullerton (eds), The Global Reach of European Refugee Law, CUP 225/2013; EDWARDS ALICE, Human Rights, Refugees, and The Right « To Enjoy » Asylum, 17 IJRL 293/2005; EDWARDS ALICE, Refugee Status Determination in Africa, 14 AJICL 204/2006; EINARSEN TERJE, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum, 2 IJRL 361/1990; EL-HINNAWI ESSAM, Environmental Refugees, UN Doc. UNEP(02)/E52, 1985,

<https://digitallibrary.un.org/record/121267>, (3.6.2023); FAHNER JOHANNES HENDRIK, Judicial Defe-
 rence in International Adjudication – A Comparative Analysis, Hart 2022; FISCHER DE ANDRADE JOSÉ
 H., Regional Refugee Regimes : Latin America, in Costello/Foster/McAdam (eds), *The Oxford Handbook
 of International Refugee Law*, OUP 2021; FREDMAN SANDRA, Challenging the Divide : Socio-Economic
 Rights as Human Rights, in Fredman (ed.), *Comparative Human Rights Law*, OUP 2018; GAMMEL-
 TOFT-HANSEN THOMAS/HATHAWAY JAMES C., Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence,
 53 CJTL 235/2015; GONIN PATRICK/LASSAILLY-JACOB VÉRONIQUE, Les réfugiés de l’environnement.
 Une nouvelle catégorie de migrants forces?, 18 *Migrations et environnement* 1/2002; GOODWIN-GILL
 GUY S./MCADAM JANE, *The Refugee in International Law*, 4th edn, OUP 2021; HASSINE KHALED,
 Coping with Climate Change: A Critical Review of the Link between the Human Rights System and
 Climate Displacement, in Behrman/Kent (eds), *Climate Refugees. Global, Local and Critical Approaches*,
 CUP 2022; HERMANN ELFRIEDE/KEMPF WOLFGANG, Climate Change and the Imagining of Migration :
 Emerging Discourses on Kiribati’s Land Purchase in Fiji, 29 *TCP* 231/2017; PÖRTNER H.-O./ROBERTS
 D.C./POLOCZANSKA E.S./MINTENBECK K./TIGNOR M./ALEGRÍA A./CRAIG M./LANGSDORF S./
 LÖSCHKE S./MÖLLER V./OKEM A. (eds), IPCC, Summary for Policymakers, in Pörtner/Roberts/Polocz-
 zanska/Mintenbeck/Tignor/Alegria/Craig/Langsdorf/Löschke/Möller/Okem (eds), *Climate Change
 2022 : Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment
 Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, CUP 2022, <[https://www.ipcc.ch/report/ar6/
 wg2/chapter/summary-for-policymakers](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/chapter/summary-for-policymakers)> (8.7.2023); JAKOBSSON ELIN, Lessons from the Past Momen-
 tum Going Forward : Norm Dynamics and the Process of Protection for Climate-Induced Migration and
 Displacement, in Behrman/Kent (eds), *Climate Refugees. Global, Local and Critical Approaches*, CUP
 2022; JENSEN STEVEN L. B./WALTON CHARLES, Not « Second-Generation Rights ». Rethinking the His-
 tory of Social Rights, in Jensen/Walton (eds), *Social Rights and the Politics of Obligation in History*, CUP
 2022; JOSEPH SARAH/CASTAN MELISSA, *The International Covenant on Civil and Political Rights :
 Cases, Materials, and Commentary*, OUP 2014; KENT AVIDAN/BEHRMAN SIMON, Mind the Gap :
 Addressing the Plight of Climate Refugees in International Law, in Ahmad/Heinrich Böll Foundation
 (eds), *Climate Justice and Migration – Mobility, Development, and Displacement in the Global South*,
 vol. 57, Heinrich Böll Stiftung : Democracy 2020; KIBREAB GAIM, Environmental Causes and Impact of
 Refugee Movements : A Critique of the Current Debate, *Disasters* 21(1) 20/1997; KNODEL MARISSA S.,
 Wet Feet Marching : Climate Justice and Sustainable Development for Climate Displaced Nations in the
 South Pacific, *VermTJEL* 127/2012; LAUTERPACHT ELIHU/BETHLEHEM DANIEL, The Scope and Content
 of the Principle of Non-Refoulement : Opinion, in Feller/Türk/Nicholson (eds), *Refugee Protection in
 International Law : UNHCR Global Consultations on International Protection*, CUP 2003; LENTON
 TIMOTHY M./XU CHI/ABRAMS JESSE F./GHADIALI ASHISH/LORIANI SINA/SAKSCHESKI BORIS/
 ZIMM CAROLINE/EBI KRISTIE L./DUNN ROBERT R./SVENNING JENS-CHRISTIAN/SCHAEFFER MARTEN,
 Quantifying the Human Cost of Global Warming, *Nature Sustainability* 1/2023, [https://doi.org/10.1038/
 s41893-023-01132-6](https://doi.org/10.1038/s41893-023-01132-6) (23.3.2023); LESTER EVE, Socio-Economic Rights, Human Security and Survival
 Migration : Whose Rights ? Whose Security ?, in Edwards/Ferstman (eds), *Human Security and Non-Ci-
 tizens – Law, Policy and International Affairs*, CUP 2010; LIMON MARC, Human Rights and Climate
 Change : Constructing a Case for Political Action, 33 *HELR* 439/2009; LOPEZ AURELIE, The Protection
 of Environmentally-Displaced Persons in International Law, 37 *Environmental Law* 365/2007; MCADAM
 JANE, Complementary Protection, in Costello/Foster/McAdam (eds), *The Oxford Handbook of Interna-
 tional Refugee Law*, OUP 2021; MCADAM JANE, Current Developments – Protecting People Displaced by
 the Impacts of Climate Change : The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoule-
 ment, 114 *AJIL* 708/2020; MCADAM JANE, Displacement in the Context of Climate Change and Disas-
 ters, in Costello/Foster/McAdam (eds), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, OUP 2021 ;
 MCADAM JANE, Rethinking the Origins of « Persecution » in Refugee Law, 25 *IJRL* 667/2013; MCADAM
 JANE, The Emerging New-Zealand Jurisprudence on Climate Change, Disasters and Displacement, 3
MSt 131/2015; MCADAM JANE/SAUL BEN, An Insecure Climate for Human Security? Climate-Induced
 Displacement and International Law, in Edwards/Ferstman (eds), *Human Security and Non-Citizens –
 Law, Policy and International Affairs*, CUP 2010; MARKS STEPHEN, The Past and Future of the Separ-

tion of Human Rights into Categories, 24 MJIL 209/2009; MATHEW PENELOPE, Non-Refoulement, in Costello/Foster/McAdam (eds), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, OUP 2021; MICHELOT AGNÈS, Enjeux de la reconnaissance du statut de réfugié écologique pour la construction d'une nouvelle responsabilité internationale, 4 *Revue européenne de droit de l'environnement* 428/2006; MOECKLI DANIEL, Equality and Non-Discrimination, in Moeckli/Shah/Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, 4th edn, OUP 2022; MORRISSEY JAMES, Rethinking the <Debate on Environmental Refugees>: From <Maximalists and Minimalists> to <Proponents and Critics>, 19 JPE 36/2012; NI XING-YIN, A Nation Going Under: Legal Protection for Climate Refugees, 38 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 329/2015; PERLUSS DEBORAH/HARTMAN JOAN F., Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm, 26 *VirgJIL* 551/1986; PRECHTL ALINA/QISTAURI QETEVAN/UERPMMANN-WITZACK ROBERT, Klimamigration an den Grenzen des Individualrechtsschutzes – Die Auffassungen des UN-Menschenrechtssausschusses in der Sache Teitiota, 58 AVR 349/2020; PURRINGTON ROLIFF/WYNE MICHAEL, Environmental Racism: Is a Nascent Social Science Concept a Sound Basis for Legal Relief?, 35 *Hous. Law* 34/1998; ROSIGNOLI FRANCESCA, Environmental Justice and Climate-Induced Migration, in Behrman/Kent (eds), *Climate Refugees. Global, Local and Critical Approaches*, CUP 2022; ROTHWELL DONALD R., Islands and International Law, Hart 2022; SCHLOSS CAMILLA, Climate Migrants – How German Courts Take the Environment into Account When Considering Non-refoulement, *Völkerrechtsblog* 3.3.2021, <<https://voelkerrechtsblog.org/climate-migrants>> (2.2.2023); SCOTT MATTHEW, Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention, CUP 2020; SCOTT MATTHEW, Finding Agency in Adversity: Applying the Refugee Convention in the Context of Disasters and Climate Change, 35 *RSQ* 26/2016; SCOTT MATTHEW, Natural Disasters, Climate Change and Non-Refoulement: What Scope for Resisting Expulsion under Articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?, 26 *IJRL* 404/2014; SHACKNOVE ANDREW E., Who Is a Refugee?, 95 *Ethics* 274/1985; SHARPE MARINA, Regional Refugee Regimes: Africa, in Costello/Foster/McAdam (eds), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, OUP 2021; UNHCR, Note on International Protection, UN Doc. A/AC.96/830, 7.9.1994, <<https://www.refworld.org/docid/3f0a935f2.html>> (2.5.2023); WEISS KENNETH R., The Making of a Climate Refugee, *Foreign Policy*, Washington D.C., 28.1.2015, <<https://foreignpolicy.com/2015/01/28/the-making-of-a-climate-refugee-kiribati-tarawa-teitiota/>> (30.4.2023); WEWERINKE MARGARETHA/ANTONIADIS MELINA, Vessel for Drowning Persons? The Standard-Setting Potential of International Human Rights Litigation in Addressing Climate Displacement, *Yearbook of International Disaster Law* 238/2022; WOOD TAMARA, Protection and Disasters in the Horn of Africa: Norms and Practice for Addressing Cross-Border Displacement in Disaster Contexts, *The Nansen Initiative* 2015, <https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2015/03/190215_Technical_Paper_Tamara_Wood.pdf> (2.5.2023); CORNELIUS W. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Leiden University 2009.

I. Introduction

- 10.1 Although human beings have over time been able to adapt <physiologically and culturally to a wide range of local climates>, their optimal conditions of living – which are, incidentally, similar to those for crops and livestock – range between 22–26°C, <with well-being declining above 28°C>.¹ Exposure outside this niche due to global warming consequently puts humanity under an ongoing stress, which might incite whole groups to seek more amenable living conditions elsewhere.
- 10.2 In 1970, Lester Brown for the first time coined the term of <climate migrant>.² A few years later, this notion gained great popularity under the label of <environmental refu-

1 LENTON et al., 1f.

2 Morrissey.

gee», of which UNEP-mandated author Essam El-Hinnawi delivered a working definition as referring to : those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By «environmental disruption» in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life.³

Scholars in general and scientists in particular today agree that some causal association of mass displacement of people with climate change exists, in that «[c]limate change is contributing to humanitarian crises where climate hazards interact with high vulnerability».⁴ As a «threat multiplier», it is not the only reason compelling people to move – in fact, some vulnerable people disproportionately affected by it will not be able to relocate and will have to adapt and/or become IDPs –, but it definitely has a hand in such displacements.⁵ Climate-related migration has even been discussed within the Security Council as a potential threat to global security.⁶ 10.3

Climate-induced migration is not exclusively a question of man-made environmental deterioration. It also epitomises environmental injustice or discrimination.⁷ Whereas «the poorest half of the world's population (...) is the least responsible (just 10 per cent) for carbon emissions», it currently takes the brunt of the environmental risks «likely to reproduce sacrifice zones at a global scale», while additionally lacking the capacity to prevent, mitigate or adapt to climate change on its own.⁸ 10.4

Bearing in mind these factors, this contribution will consider the extent to which and the conditions under which «climate refugees» may prevail themselves of the narrow 10.5

3 EL-HINNAWI, 4. In fact, states KIBREAB, 21, the term was used for the first time in a brief by the International Institute for Environment and Development (IIED). See also BURKETT, 73; JAKOBSSON, 87. For a critique of the trope of «climate refugee»: MCADAM, *Current Developments*, 725.

4 IPCC, 6th Assessment Report: Summary for Policy Makers (2022), § B.1.7, <<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/chapter/summary-for-policymakers/>> (8.7.2023); LENTON et al., 2; MCADAM/SAUL, 362; NI, 333; ATAPATTU, 127 f. & 130; KNODEL, 132. Cf. also UNGA res. 71/1 (19.9.2016), New York Declaration for Refugees and Migrants, § 1.

5 ATAPATTU, 130 f.; BATES, 467 ff.; BÉTAILLE, 4; COURNIL/MAZZEGA, 4; DIEZIG, 176; HASSINE, 321 f.; JAKOBSSON, 93 f.; LOPEZ, 369; MCADAM, *Displacement*, 833.

6 UNSC, With Climate Crisis Generating Growing Threats to Global Peace, Security Council Must Ramp Up Efforts, Lessen Risk of Conflicts, Speakers Stress in Open Debate, SC/15318, 13.6.2023, <https://press.un.org/en/2023/sc15318.doc.htm> (7.7.2023); cf. also ACHERMANN, 225 ff.; LESTER, 320 ff. & 328; MICHELOT, 433 ff.

7 ROSIGNOLI, 306 f.

8 ROSIGNOLI, 306 & 309; ATAPATTU, 129; MCADAM/SAUL, 366; LOPEZ, 384, quoting PURRINGTON/WYNNE, 35, points out that to «the extent minorities are disproportionately affected [environmentally], the problem may be that some minorities unfairly find themselves at the lower end of the economic spectrum, suggesting a deeper societal problem of which the environmental pollution component is but a symptom». Cf. HR Council, *Climate Change and Poverty: Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/41/39, 17.7.2019, § 51.

protection from *non-refoulement*. An analysis of this notion both in light of refugee law and IHRL (II) will be followed mainly by the specific stance taken by the HRC (III), as it has been confronted on different occasions with the topic of *non-refoulement* and climate change. In 2019, it thus delivered its views in the ground-breaking case *Teitiota v New Zealand*, which will be commented on in greater detail. I shall then examine what makes *Teitiota* a landmark case and formulate a few hypotheses on how this jurisprudence might still evolve and flesh out IHRL's *non-refoulement* obligation in procedural and substantive ways (IV).

II. The Principle of *Non-Refoulement*

- 10.6 According to Shacknove, «refugees are, in essence, persons whose basic needs are unprotected by their country of origin, who have no remaining recourse other than to seek international restitution of their needs, and who are so situated that international assistance is possible». ⁹ As Chetail justly recalls, «refugees are simultaneously protected by refugee law treaties as a specific category of international concern, as well as by generalist human rights treaties as a result of their applicability to all human beings». ¹⁰ *Non-refoulement* is a cardinal principle both of IHRL and of refugee law redesigned «as a subset of human rights law». ¹¹ I shall hence examine this notion under asylum law aspects (1), before turning to its enhanced variant in regional and IHRL treaties (2).

1. The principle of *non-refoulement* in asylum law

a) *The notion of non-refoulement*

- 10.7 The term *non-refoulement* derives from the French verb *refouler*, the translation of which is, in this context, to repulse or to drive back. Legal doctrine defines *refoulement* as «a term of art covering, in particular, summary reconduction to the frontier of those discovered to have entered illegally and summary refusal of admission of those without valid papers». ¹² The notion of *non-refoulement* has evolved over the past few centuries ¹³ to mean, within the ambit of asylum law and under the impulsion of ECOSOC's *Ad hoc* Committee on Statelessness and Related Problems, that «[n]o contracting State shall expel or return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality or political opinion». ¹⁴ This laid the foundation for the drafting of Art. 33(1) RC, which provides: No Contracting State shall expel or return («refouler») a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threat-

⁹ SHACKNOVE, 277.

¹⁰ CHETAİL, 203.

¹¹ CHETAİL, 203 & 207.

¹² GOODWIN-GILL/MCADAM, 241.

¹³ See GOODWIN-GILL/MCADAM, 241 ff; MCADAM, 667 ff.

¹⁴ UN Doc. E/1850 (1950), § 30. Cf. ÇALI/COSTELLO/CUNNINGHAM, 365.

ened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

Non-refoulement thus not only prohibits the (forcible) return of a refugee, but also includes «non-rejection at the frontier, since protection begins with the ability of the refugee to secure admission to territory» and to remain in security pending a solution.¹⁵ 10.8

b) *The principle's scope*

Under Art. 33 RC, the principle of *non-refoulement* applies to all refugees within the meaning of Art. 1 RC, such as read in light of the 1966 Protocol. Pursuant to its Art. 1A(2), the RC especially targets any person who: owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. 10.9

Lest the RC be deprived of its *effet utile*,¹⁶ the principle also applies to asylum seekers who have not (yet) been recognized as refugees.¹⁷ It therefore extends, as a general rule, «to every individual who has a well-founded fear of persecution (...), if returned to a particular country»,¹⁸ irrespective of this person's legal or migratory status or of the way by which he or she entered the «territory or jurisdiction» of the receiving State.¹⁹ A «serious risk» of persecution suffices in order to qualify for a refugee status; there is no need for «any more onerous standard of proof, such as the clear probability of persecution».²⁰ 10.10

Whereas no reservations to Art. 1 or 33 RC are permitted,²¹ the State Parties to the Convention inserted a national security and public order exception clause «on reasonable grounds» into Art. 33(2) RC, which leaves it to each State to determine whether there are sufficient grounds for regarding a particular refugee as a danger and whether the danger incurred by them upon refoulement «outweighed the menace to public security that would arise if they were permitted to stay».²² While several States understand this excep- 10.11

15 Cf. GOODWIN-GILL/McADAM, 245, who *inter alia* quote UNHCR, Note on International Protection' (UN Doc. A/AC.96/1145, 2.7.2015, § 39); GAMMELTOFT-HANSEN/HATHAWAY, 238.

16 In accordance with the «effectiveness principle» or the Latin adage «*ut res magis valeat quam pereat*», which does not explicitly flow out of Art. 31 VCLT, but is common in IHRL.

17 Cf. UNHCR Executive Committee, Conclusion No.6 (1977); UNGA res. 51/75 (12.12.1996), preamble, § 6.

18 GOODWIN-GILL/McADAM, 267.

19 Cf. GOODWIN-GILL/McADAM, 265 f.

20 GOODWIN-GILL/McADAM, 266.

21 Art. 42(1) RC.

22 Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the 16th Meeting, 23.11.1951 (UN Doc. A/CONF.2/SR.16 [1951] 8), «<https://www.refworld.org/docid/3ae68cdc14.html>» (12.4.2023).

tion clause <to involve an assessment of all the circumstances, including the nature of the offence, the background to its commission, the behaviour of the individual, and the actual terms of any sentence imposed>, other States exclude such proportionality test or balancing exercise entirely.²³

- 10.12 The broader Art. 33(2) RC has to be distinguished from Art. 32 RC, which specifically governs the expulsion on grounds of national security and public order of already recognized refugees who have heretofore been lawfully present on a State's territory. The latter enjoy the guarantees of due process of law and a right to appeal the expulsion decision. To minimise the risk of them being expelled to the country of persecution, they must additionally be allowed <a reasonable period within which to seek legal admission into another country>.²⁴ A strict *a contrario* reading of Art. 32 RC conveys the idea that such legal protections do not apply to unlawfully present refugees and asylum seekers under Art. 33 RC. This led the UNHCR's governing body, the Executive Committee, to call upon States <to refrain from taking such measures and in particular from returning or expelling refugees contrary to the principle of *non-refoulement*>.²⁵

c) *The protection of climate refugees by the RC ?*

- 10.13 As disasters present a <deeply social nature (...), within which existing patterns of discrimination and marginalisation are exacerbated>²⁶ and their drivers <are typically multi-causal, which means that disasters, conflict, and persecution are often intertwined>, the application of refugee law to the plight of so-called <climate refugees> should not be wholly dismissed.²⁷ Goodwin-Gill and McAdam identify three situations in which refugee law could apply in the context of climate change and disasters: first, <some people who flee across a border in the aftermath of a disaster may include Convention refugees persecuted for reasons unrelated to the disaster>; secondly, a State may persecute a group in a disaster situation, e.g. by restricting access to fresh water; thirdly, secondary impacts of a disaster, such as increases in gender-based violence in temporary shelters, could found a claim under the RC.²⁸
- 10.14 It should therefore be difficult for this category of people to meet all the conditions of the RC in order to be recognized as refugees: the underlying environmental causes will usually not constitute <persecution> as such, not even by State omission to protect; a

23 GOODWIN-GILL/MCADAM, 270; LAUTERPACHT/BETHLEHEM, §§ 173 ff.

24 Cf. Art. 32(3) RC.

25 UNHCR Executive Committee, General Conclusion on International Protection No. 102 (2005) §j.

26 SCOTT, Finding Agency in Adversity, 27.

27 McADAM, Current Developments, 712; ANTONELLI, 51; COURTOY, 946 f.; DIEZIG, 143; GOODWIN-GILL/MCADAM, 643; KIBREAB, 22; LOPEZ, 378 f.; McADAM, Displacement, 836; SHACKNOVE, 279.

28 GOODWIN-GILL/MCADAM, 643. See, for examples of deliberate environmental destruction as a tool of warfare: MICHELOT, 433; GONIN/LASSAILLY-JACOB, 3; LOPEZ, 374 f. & 384 ('environmental cleaning').

human agency behind the persecution (the polluting industrialised countries in which a person might take refuge?) is hard to identify; furthermore, it is doubtful whether the grounds attached to the well-founded fear would apply.²⁹ A causal link between the human agency and the persecution would often be difficult to prove.³⁰ Because of this quasi-dead end, scholars started exploring the more promising avenue of IHRL-based complementary protection.³¹

2. The extended principle of *non-refoulement*

The protection granted by the principle of non-refoulement, such as set out in the RC, 10.15 has been reinforced by both regional refugee instruments (a) and IHRL (b). We shall hereinafter focus on the human rights law issues.

a) *More protective regional refugee instruments*

Standing out from other regional refugee law instruments, the African OAU-C not only 10.16 enshrines the general *non-refoulement* principle in its Art. II(3) in parallel to the «classical» grounds that can also be found in the RC;³² it moreover extends in Art. I(2) the scope of the principle to the following additional grounds, of which the serious disturbance to public order-ground, although it is not supported in practice by the *opinio juris* of African States, may theoretically encompass events such as natural or man-made catastrophes.³³ «The term «refugee» shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.»

In the Americas, the principle of *non-refoulement* is reiterated as well as acknowledged 10.17 as a rule of *jus cogens* in conclusion No. 5 of the widely accepted Cartagena Declaration on Refugees, albeit this instrument is not as such an international treaty; it has been described by UNHCR as a «conceptual framework for refugee protection policy»³⁴ and «had an unprecedented impact in Latin America, both on policy, legal developments,

29 GOODWIN-GILL/MCADAM, 90ff. & 644; LOPEZ, 377 & 380: «the governmental entity must have been negligent or inactive “because of”, and not merely “in spite of” its adverse effects upon an identifiable group»; MCADAM, Displacement, 836; MCADAM, Current Developments, 712; MCADAM/SAUL, 371. SCOTT, Climate Change, 155, suggests to reframe «persecution» into a «condition of existence»; BLASER, 16f.

30 ANTONELLI, 58; COURTOY, 946f.

31 MCADAM/SAUL, 399.

32 Art. I(1) OAU-C.

33 SHARPE, 285; cf. EDWARDS, Refugee Status, 225ff.; MCADAM/SAUL, 372; ABEBE/ABEBE/SHARPE, 6f.; LOPEZ, 390; WOOD, *in toto*.

34 UNHCR, § 36.

and the conduct of protection policy advocacy.³⁵ Referring back to the OAU-C, the CDR explicitly recommends that the concept of a refugee be enlarged to include <persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order>, though it appears that an interpretative line is being drawn between ‘victims of natural disasters’ and those of ‘human-made events, such as accidents’, where only the latter (who would have to determine the causal role of human activities in a given environmental disruption) would qualify under the CDR.³⁶

- 10.18 The aforementioned regional refugee law instruments thus partly extend the principle of non-refoulement by widening the definition of a refugee respectively the events or situations under which a person may potentially seek asylum. For them to apply to climate disasters, it is widely felt among scholars, they would nevertheless need to be linked to a general <breakdown of public order or protection>.³⁷

b) Complementary protection

aa) The refugee instruments’ limited protection

- 10.19 As has been illustrated above, the 1969 RC’s scope solely applies to a particular category of persons who claim to fear persecution upon return to their country of origin and can prevail themselves of specific grounds. Even when these grounds are extended by certain regional asylum mechanisms in the Global South, the possibility for a person to be granted protection as a refugee remains scarce. Moreover, public security and other national issues can occasionally allow for exceptions to the right to avail oneself of the refugee status or lead to the exclusion of the application of the RC. The so-called complementary protection, that has developed in the past decades, can fill in some of these protective *lacunae*.³⁸

bb) The definition of complementary protection

- 10.20 Complementary protection is deeply rooted in IHRL. Besides, refugee law was not intended to be considered in isolation from IHRL, as Art. 14(1) UDHR proclaiming <the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution> illustrates.³⁹ In practice, complementary protection <refers to a status in domestic law that is granted to individuals who have been determined not to be refugees under the Refugee Convention, but who nonetheless have an international protection need based on the prin-

35 FISCHEL DE ANDRADE, 322 f.

36 Cf. CDR, Conclusion No. 3. Cfr., on the interpretative restriction, LOPEZ, 390.

37 McADAM, Displacement, 837, with references.

38 CHETAÏL, 212 ff.

39 EDWARDS, Human Rights, 300 f.

principle of *non-refoulement*.⁴⁰ According to legal doctrine, where IHRL and refugee law simultaneously apply, both must be construed in light of the other legal branch in order to promote «their cross-pollination and synergies into one single normative continuum of protection».⁴¹

cc) *The complementary protection's broader scope*

The complementary protection offered by the vast array of civil and social human rights instruments does not pretend to replace, but only to buttress those particular substantial and procedural rights and standards from which persons benefit once they have been granted the refugee status. One of its main assets however consists in its broadening of the *non-refoulement* principle's both personal and material scopes.⁴² 10.21

Ratione personae, IHRL not only prohibits *refoulement* with respect to the narrow category of persons considered by the RC and the temporally and geographically extended P-RC. It typically also extends to persons whose well-founded fear of persecution is not linked to one of the five RC grounds, who cannot be granted refugee status «owing to a domestic carve-out», who are «at risk of harm that does not reach the level of severity of «persecution» under the [RC]»,⁴³ or who apply for asylum in non-State parties to the RC or its Protocol.⁴⁴ 10.22

Ratione materiae, the complementary protection offered with respect to *non-refoulement* precludes, at a minimum and in an absolute way,⁴⁵ «removal to situations where individuals face a real risk of being arbitrarily deprived of life, or subjected to the death penalty or enforced disappearance».⁴⁶ Yet, the feared harm that is invoked in the majority of complementary protection claims relates to the IHRL concept of cruel, inhuman, or degrading treatment.⁴⁷ According to Goodwin-Gill and McAdam, a «general principle of refuge» has emerged from State practice that additionally protects «those who flee civil war or generalized violence».⁴⁸ The ECtHR has furthermore recognized (the possibility of) a *non-refoulement* obligation with respect to the prohibition of slavery and forced labour, the right of liberty and security, the right to a fair trial, the right to respect for 10.23

40 McADAM, *Complementary Protection*, 662.

41 CHETAIL, 211.

42 For a critique of complementary protection, in that its expansion «has diluted refugee protection and risked reducing international protection to non-refoulement alone», cf. McADAM, *Complementary Protection*, 676; DURIEUX, 251.

43 McADAM, *Complementary Protection*, 663 & 673; CHETAIL, 209; GOODWIN-GILL/McADAM, 353.

44 Cf. EDWARDS, *Human Rights*, 299.

45 GOODWIN-GILL/McADAM, 364f. & 397f.; ECtHR (G. Ch.), case *Chahal v UK* of 15.11.1996, Application no. 22414/93, § 80.

46 GOODWIN-GILL/McADAM, 352.

47 McADAM, *Complementary Protection*, 665. Cf. EDWARDS, *Human Rights*, 301; ECtHR, case *Soering v UK* of 7.7.1989, Application no. 14038/88, § 113.

48 GOODWIN-GILL/McADAM, 352, quoting *inter alia*: PERLUSS/HARTMAN, 551.

private and family life, and the right to freedom of thought, conscience, and religion,⁴⁹ which basically transforms it into <the idea that a person should not be sent to a country where she may face persecution or a serious human rights violation>.⁵⁰ The case-law regarding these rights requires a <flagrant denial of justice>, i.e. a breach <so fundamental as to amount to nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed>,⁵¹ a criterion which is difficult to meet. In general, however, the standard of proof developed under the complementary protection – there must be <substantial grounds for believing that [a person] would be in danger of being subjected> e.g. to torture⁵² or to face a <real risk> of harm if returned – seems to match the <well-founded fear>-test applicable in refugee law.⁵³

III. *Non-Refoulement* According to the Human Rights Committee

- 10.24 After having explored the HRC's general understanding of non-refoulement (1), this chapter will look into the factual underpinnings (2) and legal reasoning (3) made in the Committee's *Teitiota* case dealing with the impact of climate change on migration.⁵⁴

1. The principle of *non-refoulement* according to the HRC's general practice

- 10.25 In view of General Comment No. 31 (2004) on the nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant, the article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed.⁵⁵

49 Cf. e.g.: ECtHR, cases *Ould Barar v Sweden* of 19.1.1999, Application no.42367/98, § 1 (Art.4 ECHR); *El-Masri v Macedonia* of 13.12.2012, Application no.39630/09, § 239 (Art.5 ECHR); *Mamatkulov and Askarov v Turkey* of 4.2.2005, Applications no.46827/99 and 46951/99, § 88 (Art.6 ECHR); *Üner v Netherlands* of 18.10.2006, Application no.46410/99, § 54; *F. v UK* of 22.6.2004, Application no.17341/03, § 3 (Art.8 ECHR); *Z. and T. v UK* of 28.2.2006, Application no.27034/05 (Art.9 ECHR); ÇALI/COSTELLO/CUNNINGHAM, 380.

50 ÇALI/COSTELLO/CUNNINGHAM, 355, also quoting: WOUTERS, 58 & 533.

51 ECtHR, cases *Husayn (Abu Zubaydah) v Poland* of 24.7.2014, Application no.7511/13, § 553; *Othman (Abu Qatada) v UK* of 17.1.2012, Application no.8139/09, § 232 (Art.6 ECHR).

52 Cf. Art.3(1) CAT; GOODWIN-GILL/McADAM, 375.

53 Cf. McADAM, Complementary Protection, 674, who draws a comparison with the test in refugee law applying to Australia, New Zealand and the UK; EINARSEN, 372.

54 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016.

55 HRC, GC No. 31 (2004), The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant (29.3.2004), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 12. See also HRC, GC No. 36 (2019), Article 6, Right to life (3.9.2019), UN Doc. CCPR/C/GC/36, § 30.

In confirmation of what has been said regarding the scope of the complementary protection, the HRC points out that aforesaid obligation «may be broader than the scope of the principle of *non-refoulement* under international refugee law, since it may also require the protection of aliens not entitled to refugee status».⁵⁶ According to the HRC's jurisprudence on the right to life, the «real risk» referred to above «must be personal in nature and cannot derive merely from the general conditions in the receiving State, except in the most extreme cases».⁵⁷ The right to life may apply both to situations in which the risk to the life of the removed individual emanates from the authorities of the receiving State, but also from non-State actors or foreign States operating on the territory of the receiving State. When the receiving State is posing a threat to the individual, the situation of the removed individual and the conditions in the receiving States need to be assessed, inter alia, based on the intent of the authorities of the receiving State, the pattern of conduct they have shown in similar cases, and the availability of credible and effective assurances about their intentions.⁵⁸ 10.26

If, on the contrary, the alleged risk emanates from non-State actors or foreign States, the receiving State's authorities may be asked to give «credible and effective assurances for protection»; «internal flight options» could also be explored.⁵⁹ The main duty to assess whether there is «real risk» for the deportee belongs to the sending State, in the light of the facts and evidence of the case.⁶⁰ The HRC's intervention accordingly narrows down to situations in which the defending State's «assessment was clearly arbitrary or amounted to a manifest error or a denial of justice».⁶¹ 10.27

2. The *Teitiota* case eventually brought before the HRC

Given its geographic position in the South Pacific, in the relative vicinity of numerous island States the territory of some of which barely emerges above the (progressively rising) sea level, New Zealand has been confronted with «climate refugees» litigation for more than twenty years.⁶² However, the case which the I-Kiribati national Mr Teitiota raised before the NZ authorities and, ultimately, before the HRC would be the first to (thoroughly) delimitate the scope of protection that is available to persons fleeing from the consequences of climate change.⁶³ I shall summarily review the different 10.28

56 GC No. 36 (2018), § 31, the HRC requiring additionally that States «allow all asylum seekers claiming a real risk of a violation of their right to life in the State of origin access to refugee or other individualized or group status determination procedures that could offer them protection against refoulement».

57 HRC, GC No. 36 (2018), § 30.

58 HRC, GC No. 36 (2018), § 30.

59 HRC, GC No. 36 (2018), § 30.

60 HRC, *X. v Sweden* of 1.11.2011, UN Doc. CCPR/C/103/D/1833/2008, § 5.18.

61 HRC, *M.M. v Denmark* of 14.3.2019, UN Doc. CCPR/C/125/D/2345/2014, § 8.4.

62 BUCHANAN, 956.

63 McADAM, *New-Zealand Jurisprudence*, 131 ff.; COURTOY, 956.

stations of the claimant's (legal) journey through the national and international (quasi-) judicial authorities.

a) *Factual premises*

- 10.29 Situated in the South Pacific, the island State of Kiribati has a constantly growing population of about 100 000 inhabitants, of which a majority lives on the main island of South Tarawa. Kiribati, which is one of the world's 49 least developed countries,⁶⁴ consists of 33 atolls, the highest point of which rises two metres above the sea-level.⁶⁵ Affected by the so-called anthropogenic, i.e. man-made <sinking islands> phenomenon,⁶⁶ Kiribati is doomed to physically disappear by the year 2100 at latest, under the effect of increasingly destructive weather conditions such as storms, floods, coastal erosion, and the rise of the sea-level.⁶⁷
- 10.30 In 2007, Ioane Teitiota and his wife, both nationals of Kiribati, were granted visas for New Zealand, where they lived, had children and worked for eight years, until Mr Teitiota mistakenly overstayed his visa in 2011.⁶⁸ As the deadline for applying for an extension of the previous visa had expired, too, Mr Teitiota requested to be granted the refugee status under the 1951 RC, as well as the status of a protected person under the CAT and under the ICCPR.⁶⁹

b) *The national procedure*

- 10.31 The NZ Refugee and Protection Officer declined Mr Teitiota's request, who appealed this decision before the NZ Immigration and Protection Tribunal. The latter court dismissed his claim on June 25th, 2013. With respect to the claimed entitlement to be recognised as a refugee under the RC, NZIPT rejected the appellant's broader sociological signification of a refugee, as only the narrower legal definition contained in Art. 1A(2) RC and founding the persecution criterion on human agency permitted recognition as a refugee.⁷⁰ Yet, albeit his statements were considered as credible, Mr Teitiota failed to demonstrate, on the one hand, that, if returned to Kiribati, he would face « a real chance of suffering serious physical harm from violence » linked to violent land disputes arising out of the increasing scarcity of habitable land, and on the other hand, that he was or would be individually persecuted on one of the RC grounds, since environmental

64 NI, 333.

65 ANTONELLI, 71; BOWERS.

66 NI, 330.

67 ANTONELLI, 71 f. See, more generally: HERMANN/KEMPF, 231; ROTHWELL, 249 f.

68 WEISS, 83 ff.

69 *AF (Kiribati)* [2013] NZIPT 800413 (25.6.2013), 10.

70 *AF (Kiribati)* [2013] NZIPT 800413 (25.6.2013) § 52. NZIPT, however, underlined that the « requirement of some form of human agency does not mean that environmental degradation, whether associated with climate change or not, can never create pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction » (*idem*, § 55); COURTOY, 958.

degradation affected the Kiribati population generally and the island State's government were taking measures to protect said population.⁷¹

Concerning the prohibition of arbitrary deprivation of life invoked by the claimant, NZIPT accepted the existence of positive obligations on the states « to protect life from risks arising from known natural hazards and that failure to do so may, in principle, constitute an omission ».⁷² It ruled, however, that the claimant could not « point to any act or omission by the Kiribati Government which might indicate a risk that he [would] be «arbitrarily deprived» of his life within the scope of Article 6 of the ICCPR », that, on the contrary, it was taking « many steps at the regulatory and programme level in relation to these risks » as well as « building sea walls and providing potable water ».⁷³ Nor did the claimant « establish that there [was] a sufficient degree of risk to his life, or that of his family, at the present time », that the risk of violation would be « imminent ».⁷⁴ 10.32

Mr Teitiota sought leave to appeal NZIPT's decision before New Zealand's High Court. On October the 16th, 2013, the latter denied this faculty on the following grounds: For the reasons apparent in previous sections of this judgment, a «sociological» refugee or person seeking to better his or her life by escaping the perceived results of climate change is not a person to whom Article 1A (2) of the Refugee Convention applies [...]. By returning to Kiribati, he would not suffer a sustained and systemic violation of his basic human rights such as the right to life under Article 6 of the ICCPR or the right to adequate food, clothing, and housing under Article 11 of ICESCR.⁷⁵ 10.33

Mr Teitiota appealed this judgment before the NZ Court of Appeal, which also dismissed the case on the 1st of May, 2014.⁷⁶ Eventually, the NZ Supreme Court dismissed the application for leave to appeal introduced by Mr Teitiota, on April 1st, 2015.⁷⁷ While Kiribati «undoubtedly faces challenges», the NZ Supreme Court did not retain that Mr Teitiota would be subjected to «serious harm» upon return to Kiribati, and there was «no evidence that the Government of Kiribati [was] failing to take steps to protect its citizens from the effects of environmental degradation to the extent that it [could]».⁷⁸ Quite remarkably, however, the Court emphasised that the national decisions taken in Mr 10.34

71 *AF (Kiribati)* [2013] NZIPT 800413 (25.6.2013) § 72 f. & § 75 ; see also *COURTOY*, 957.

72 *AF (Kiribati)* [2013] NZIPT 800413 (25.6.2013) § 88.

73 *AF (Kiribati)* [2013] NZIPT 800413 (25.6.2013) § 88.

74 *AF (Kiribati)* [2013] NZIPT 800413 (25.6.2013) § 89, referring *inter alia* to HRC, *Aaldersberg et al. v Netherlands (inadmissibility)* of 14.8.2006, UN Doc. CCPR/C/87/D/1440/2005. Cf. *ATAPATTU*, 134 f.

75 *Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, CIV-2013-404-3528 [2013] NZHC 3125 (16.10.2013).

76 *Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, CA50/2014 [2014] NZCA 173 (1.5.2014), p.41.

77 *Ioane Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, SC 7/2015 [2015] NZSC 107 (1.4.2015).

78 *Ioane Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, SC 7/2015 [2015] NZSC 107, § 12.

Teitiota's instance did: <not mean that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could never create a pathway into the Refugee Convention or protected person jurisdiction. Our decision in this case should not be taken as ruling out that possibility in an appropriate case.>⁷⁹

- 10.35 With other words, New Zealand's Supreme Court did expressly not rule out that either the RC, or international human rights treaties could, in particular circumstances, apply their protection to persons leaving or fleeing from a country affected by environmental degradation to seek shelter in a safer receiving country.

c) *The HRC's decision*

- 10.36 On September the 15th, 2015, Ioane Teitiota lodged a communication with the HRC, claiming that: by removing him to Kiribati, New Zealand violated his right to life under the Covenant. Sea level rise in Kiribati has resulted in the scarcity of habitable space, which has in turn caused violent land disputes that endanger the author's life, and environmental degradation, including saltwater contamination of the freshwater supply.⁸⁰
- 10.37 In its views, adopted on October the 24th, 2019, the Committee members – with the exception of two dissenting opinions – arrived at the conclusion that the facts of the instance did not allow to hold the author's removal to Kiribati to be contrary to Art. 6 ICCPR.⁸¹

3. The principle of *non-refoulement* seen through the lens of the *Teitiota* case

- 10.38 The HRC's views with respect to *non-refoulement* are interesting in respect of the admissibility (a) and the merits (b).

a) *Decision on the admissibility*

- 10.39 Upon the State party's contention that the author's claim under Art. 6(1) ICCPR had not been <sufficiently substantiated to establish a prima facie case> of his being a victim of a human rights violation,⁸² the HRC stressed out that the question before it was whether the author <has substantiated the claim that he faced upon deportation a real risk of irreparable harm to his right to life.>⁸³ Having acknowledged the <imminence> of the decision to remove the author at the time of his communication, the HRC then explained its practice regarding the <real risk of harm> criterion in connection to admissibility. It considered that the conditions on the island of Tarawa did not concern <a

79 *Ioane Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, SC 7/2015 [2015] NZSC 107, § 13.

80 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, § 3.

81 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.14 & 10.

82 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 4.5.

83 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 8.5.

hypothetical future harm, but a real predicament caused by a lack of potable water and employment possibilities, and a threat of serious violence caused by land disputes», whereby Mr Teitiota «sufficiently demonstrated, for the purpose of admissibility, that due to the impact of climate change and associated sea level rise on the habitability of Kiribati and on the security situation on the islands, he faced a real risk of impairment to his right life».⁸⁴

b) *Decision on the merits*

In its decision on the merits, the HRC recalled that the scope of its analysis would be limited to the question whether there was clear arbitrariness, error or injustice in the evaluation by the State party's authorities of the author's claim that when he was removed to Kiribati he faced a real risk of a threat to his right to life.⁸⁵ 10.40

Applying this restrictive test, the Committee, firstly, approved of the New Zealand's authorities' meticulous assessment of the applicant's claims under the RC and the ICCPR. It, secondly, noticed that the NZ courts had «allowed for the possibility that the effects of climate change or other natural disasters could provide a basis for protection» and that the author had been held to be credible on the basis of the evidence that he had filed. The HRC, thirdly, concluded that the sending State's authorities had provided «the author with an adequate and individualized assessment of the risk of a threat to his right to life».⁸⁶ 10.41

The HRC then went on addressing some of the author's specific claims on violent land disputes on Tarawa due to the increasing scarcity of habitable land, overpopulation, water rationing, the destruction of Mr Teitiota's crops following the salinisation of his arable land, and more frequent and intense flooding and breaches of sea walls. 10.42

According to the HRC, a general situation of violence is only of sufficient intensity to create a real risk of irreparable harm under articles 6 or 7 of the Covenant *in the most extreme cases*, where there is a real risk of harm simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return, or where the individual in question is in a particularly vulnerable situation.⁸⁷ 10.43

In the author's case, neither had he personally faced such land disputes, nor were there generalised conflicts in Kiribati, nor had it been established that the State authorities would not be able to quell acts of violence; land disputes seemed to represent a risk to the whole population of Kiribati, not to Mr Teitiota individually.⁸⁸ As to the alleged lack of potable water in Kiribati, the HRC did not contest the hardship occasioned by water 10.44

84 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 8.5 f.

85 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.6.

86 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.6 f.

87 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.7 (emphasis added).

88 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.7.

rationing, but simultaneously noted that the author had not proved <that the supply of fresh water is inaccessible, insufficient or unsafe so as to produce a reasonably foreseeable threat of a health risk>.⁸⁹ The same argument applied, *mutatis mutandis*, to the author's alleged deprivation of his means of subsistence due to the destruction of his crops on Tarawa: the HRC held that most nutritious crops remained available in Kiribati and that the lack of alternative sources of employment or credit facilities had not been established before it, so that the risk of being <exposed to a situation of indigence, deprivation of food and extreme precarity that could threaten [the claimant's] right to life> had not been proved.⁹⁰

- 10.45 As to the author's argument that Kiribati was being confronted by overpopulation and increasingly intense flooding and breaches of sea walls threatening its very existence, the HRC accepted that sea level rise was <likely to render Kiribati uninhabitable>, however within 10 to 15 years.⁹¹ Such a time frame permitted the I-Kiribati authorities, assisted by the international community, <to take affirmative measures to protect and, where necessary, relocate its population>.⁹² Indeed, New Zealand had ascertained that Kiribati was already <taking adaptive measures to reduce existing vulnerabilities and build resilience to climate change-related harms>, so that the defendant State's assessment regarding Kiribati being willing and able to protect Mr Teitiota's right to life in the face of <the very serious situation of the islands> was neither arbitrary, nor erroneous, nor amounted to a denial of justice.⁹³ For all these reasons, the HRC found that the author's removal to Kiribati did not violate his right to life.⁹⁴

IV. Which Pathways to Non-Refoulement Protection for « Climate Refugees' ? »

- 10.46 This chapter will study whether *Teitiota* is in keeping with the HRC's ordinary criteria concerning non-refoulement (1), before surmising what makes this case special (2) and how it might still evolve over time (3).

1. *Teitiota's* overall consistency with the *non-refoulement* standards

- 10.47 Regarding the question whether the *Teitiota* case has established a specific practice with respect to climate change-induced harm, a comparison with the <ordinary> standards for *non-refoulement* reveals that, in reality, the HRC's consideration of the merits in the aforementioned views does not intrinsically differ from the Committee's general practice.

89 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.8.

90 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.9.

91 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.12.

92 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.12; *Billy et al. v Australia* of 21.7.2022, UN Doc. CCPR/C/135/D/3624/2019, § 8.7; HASSINE, 329.

93 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.12 f.

94 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 10.

Remaining in line with its General comments Nos 31 and 36, the HRC thus follows, in the *Teitiota* case, the same human rights *non-refoulement* definition, which obliges States not to remove a person from their territory when there are substantial grounds for believing that they would be facing a real risk of irreparable harms to their life or their integrity.⁹⁵ 10.48

The «classical» elements of the IHRL *non-refoulement* principle, which in the ICCPR context mainly derive from its Articles 6 and 7, thus emerge: 10.49

- firstly, the prospective assessment of the risk that an individual would face upon return to another country;
- secondly, the qualification of this risk, which should be «real», that is that it threatens to bring about «irreparable harm» to the person's life or (physical, psychical, sexual) integrity,⁹⁶ i.e. severe and irreversible consequences;⁹⁷
- thirdly, implicitly deriving from the real risk criterion, the personal nature of the risk, in the sense that, in general, except «in the most extreme cases»⁹⁸, e.g. those of generalised strife, adverse conditions affecting a whole or large parts of a country's population cannot serve as an impediment to a measure of expulsion to that State;
- fourthly and finally, the requirement that the State's removal order will not only produce a merely abstract risk of harm, but that it will have as a «necessary and foreseeable consequence (...) that that person's rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction».⁹⁹

Regarding the fourth condition, it may be true that the wording of «foreseeability» or «previsibility» slightly moderates the implications of a risk's «imminence», which can be described as the state of a pending danger going to happen very soon. Besides the fact that, as has been seen, such vocabulary has been used by the HRC in other cases, the latter does however not, contrary to what has been suggested,¹⁰⁰ entirely abandon the imminence criterion, but merely embeds it into the foreseeability of climate change-induced risks.¹⁰¹ 10.50

95 HRC, GC No. 36 (2018), § 30; GC No. 31 (2004), § 12; cf. also HRC *Kindler v Canada* of 30.7.1993, UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, §§ 13.1 f.

96 HRC, GC No. 31 (2004), § 12; McADAM, Complementary Protection, 668.

97 Cf., in relation to interim measures, HRC, *Stewart v Canada* of 1.11.1996, UN Doc. CCPR/C/58/D/538/1993, § 7.7.

98 HRC, GC No. 36 (2018), § 30, quoted in: HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.3.

99 HRC, *Kindler v Canada* of 30.7.1993, § 6.7; HRC, *Portillo Cáceres et al. v Paraguay* of 25.7.2019, UN Doc. CCPR/C/126/D/2751/2016, § 7.5.

100 ÇALI/COSTELLO/CUNNINGHAM, 377 f.; COURTOY, 962.

101 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 8.5: «the imminence of any anticipated harm in the receiving State influences the assessment of the real risk faced by the individual»; cf. also Annex II (dissenting opinion of Vasilka Sancin), § 4; ÇALI/COSTELLO/CUNNINGHAM, 368; compare with the ECtHR's case-law, which also tends to blend the notions of «temporal immediacy» and «foreseeability»: BOILLET/DEMAY, 687.

2. Then why is *Teitiota* a landmark case?

10.51 It could be argued that, despite it remaining consistent with the HRC's former practice regarding *non-refoulement*, the *Teitiota* case constitutes a turning-point – though not a <revolution>¹⁰² – in the HRC's jurisprudence for so-called <climate refugees> or <climate migrants> on the account of, at a minimum, five reasons, which I shall succinctly broach hereafter.

a) *A certain loosening of the admissibility criteria*

- 10.52 In the *Bordes and Temeharo* case, two French citizens residing in French Polynesia claimed to be victims of Articles 6 (right to life) and 17 ICCPR (right to privacy and family life) violations due to France's intention to conduct a (last) series of underground nuclear tests on two of its atolls in the South Pacific.¹⁰³ Holding the authors' victimhood not to having been sufficiently substantiated, the HRC then nonetheless separately examined the contention that the nuclear tests would <deteriorate the geological structure of the atolls on which the tests are carried out (...) and thereby increase the likelihood of an accident of catastrophic proportions>.¹⁰⁴ The HRC emphasised the <highly controversial> nature of this assertion <even in concerned scientific circles> and declared itself incapable of ascertaining the contention's <validity or correctness>.¹⁰⁵ Part of legal doctrine interpreted this conclusion as undermining the chances that future complaints on the impact of climate change could overcome the restrictive admissibility criteria, due to <difficulties in proving precise causation>.¹⁰⁶ Curiously –, one might even argue: contradictorily, since a threat to mankind should a fortiori encompass a concrete threat to persons living in the relative neighbourhood of the testing area –, the Committee did not halt after having declared the communication inadmissible. It reiterated the findings of its General Comment No. 14, according to which <it is evident that the designing, testing, manufacture, possession and deployment of nuclear weapons are among the greatest threats to the right to life which confront mankind today>.¹⁰⁷ Concerning, specifically, nuclear tests, it thus remained to be seen whether the HRC was tentatively announcing a change of its jurisprudence, or whether it solely wished to underscore in an *obiter dictum* nuclear experiences' potential of wreaking havoc upon humanity.
- 10.53 Many years on, the HRC dissipated doctrine's fears on ICCPR's inability to deal with the human rights consequences of environmental issues, by stating that <climate change-in-

102 McADAM, *Current Developments*, 709.

103 HRC, *Bordes and Temeharo v France (inadmissibility)* of 22.7.1996, UN Doc. CCPR/C/57/D/645/1995, §§ 2.1 ff.

104 HRC, *Bordes and Temeharo v France* of 22.7.1996, § 5.6.

105 HRC, *Bordes and Temeharo v France* of 22.7.1996, §§ 5.6 f.

106 JOSEPH/CASTAN, 89; cf. COURTOY, 960.

107 HRC, *Bordes and Temeharo v France* of 22.7.1996, § 5.9 (the HRC even underlined the word <testing>); HRC, GC No. 14 (1984), Art. 6 (right to life), UN Doc. INT/CCPR/GEC/4723/E, § 4.

duced harm can occur through sudden onset events and slow onset processes», and that both kinds of events «can propel cross-border movement of individuals seeking protection from climate change-related harm». ¹⁰⁸ The Committee thus acknowledged the existence of a sufficient link between climate change, environmental harm and migratory movements, that might trigger the receiving State's *non-refoulement* obligation when planning on returning a person to a country (severely) affected by such alterations and that warrants, if all the other conditions are fulfilled, that a communication be examined on its merits. ¹⁰⁹ Even though Mr Teitiota, however genuine his narrative was held to be, did in the end not persuade the NZ courts, nor the majority of the HRC members of the necessity to grant him either asylum under the RC (at the national level), or a subsidiary IHRL protection flowing out of the *non-refoulement* principle, his case served as a cautious «door-opener» to future cases of litigation regarding the nefarious impact of climate change on human rights.

b) *Putting the environment onto the human right's priority agenda*

Story has it that, at times, the greatest progress undergone in case-law either occurs as a result of complaints filed by rather «unsavoury characters» or in the context of judgments with an unfavourable outcome to the complainant. ¹¹⁰ Beyond the merely anecdotal, the *Teitiota* case seems to fit into that vein of assumption. Even if, eventually, the HRC did not find against New Zealand, it was nevertheless able to operationalise its General Comments stating the causal link between «environmental degradation, climate change and unsustainable development» and the right to life, as well as connect to its own and regional jurisprudence which confirms «that severe environmental degradation can adversely affect an individual's well-being and lead to a violation» of said right if no adequate action is taken. ¹¹¹ Moreover, the Committee underlined the major threat that these issues constituted, the urgency to address them ¹¹² as well as, furtively, the principle of inter-generational equity with respect to the ability to enjoy the right to life. ¹¹³ In a way, this statement could be interpreted as an urgent appeal, maybe even as

108 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.10 f. : «sudden onset events are discrete occurrences that have an immediate and obvious impact over a period of hours or days, while slow-onset processes may have a gradual, adverse impact on livelihoods and resources over a period of months or years.» Cf. HASSINE, 329; ROSIGNOLI, 301; UNGA res. 73/195 (19.12.2018), Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, objective no 2, § 18(h).

109 Cf. COURTOY, 960f.

110 E.g. ECtHR, cases *Le Pen v France* of 10.4.2010, Application no. 18788/09, § 1; *Silver et al. v UK* of 25.3.1983, Application no. 5947/72, § 105.

111 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.5, citing, amongst other cases, *Portillo Cáceres et al. v Paraguay* of 25.7.2019, § 7.4; IACtHR, *Kawas Fernández v Honduras* of 3.4.2009, series C no. 196, § 148. Cf. ANTONELLI, 96; WEWERINKE/ANTONIADIS, 252.

112 Compare: UNGA res. 70/1 (25.9.2015), *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, § 14.

113 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.5; Stockholm Declaration and Action Plan on the Human Environment, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (16.6.1972) § 6. Cf., for a definition, BOYLE/

an ultimatum, to the institutional and State policymakers to take the situation seriously and to act upon it.

c) *The right to enjoy one's life with dignity*

- 10.55 At least since the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action, it appears to be widely agreed upon that: All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis.¹¹⁴
- 10.56 Implicitly, the Vienna Declaration inter alia called upon the States for the abandonment of the three-generations theory as well as other obsolete theoretical models translating into a strict separation of so-called civil and political rights, on the one hand, and of economic, social and cultural rights, on the other hand; these past categorisations even tended to found ESCR' allegedly inferior or non-justiciable nature.¹¹⁵ In this regard, already in their then budding case-law, IHRL bodies such as the HRC¹¹⁶ and the ECtHR had made clear that <the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the [ECHR]>.¹¹⁷
- 10.57 As a foundational principle of human rights law, the scope of which furthermore lays positive duties upon the States, the right to life reflects this permeable approach towards the different <variations> of human rights. Not only does it require that the authorities refrain from arbitrary killings and protect an individual or group against the threat to one's life emanating from private actors; it additionally encloses the obligation to <take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity>.¹¹⁸ In so doing, the right to life generates a broader array of positive duties; it also acquires a new qualitative dimension, as it takes interest into the underlying socio-economic conditions – amongst which (the right to) a healthy environment¹¹⁹ – that contribute to making a human life worth living. This innovative take on the right to life, which has been criticised as circumventing the States' will to maintain a strict legal division between protected <political refugees> and <economic migrants>,¹²⁰ effectively bridges

REDGWELL, 121 ff.

114 Vienna Declaration and Programme of Action, UN Doc. A/CONF.157/23 (12.7.1993) § 5.

115 Cf. FREDMAN, 59 ff.; JENSEN/WALTON; MARKS, 229 ff.

116 HRC, *Broeks v Netherlands* of 9.4.1987, UN Doc. CCPR/C/29/D/172/1984, § 6.3. Cf. MOECKLI, 156 f.

117 ACtHR, case *Airey v Ireland* of 9.10.1979, Application no. 6289/73, § 26.

118 HRC, GCh No. 36 (2018), § 26. See also: IACtHR, Advisory Opinion, *Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Persons Deprived of Liberty* of 30.5.2022, OC-29/22, § 33.

119 Cf. HRC, GC No. 36 (2018), § 62; Art. 24 ACHPR.

120 COURTOY, 961 & 964. Cf., however, ACHIUME, 1531 f. on the <normative and logical inconsistencies that underpin justifications for the national exclusion of many involuntary migrants.>

the gap between the «civil right» not to be deprived of one's life and a range of ESCR, such as the rights to health¹²¹ and to an adequate standard of living,¹²² from which (partially) derive the rights to adequate food,¹²³ to drinking water¹²⁴ and to housing.¹²⁵ By bringing together these two sets of human rights within the ambit of the right to life, the HRC strengthens, in a holistic fashion, the IHRL's protection of people affected by climate change and environmental degradation.

d) *Blurring the lines between Articles 6 and 7 ICCPR*

At the start of his judicial odyssey before the NZ courts, Mr. Teitiota prevailed himself of the RC, the right to life and CAT, claiming that returning him to Kiribati would also violate his right not to be submitted to an inhumane or degrading treatment. At some point, this contention, which is materially akin to Art. 7 ICCPR's guarantee, got lost on the route to the HRC.¹²⁶ Presumably due to the exhaustion of domestic remedies requirement, the Committee therefore focused on the right to life enshrined in Art. 6 ICCPR. Yet, this did not prevent the HRC from combining both human rights when considering the author's claim that he would face a general situation of violence upon return to Kiribati, nor when warning States that half-hearted endeavours to oppose the effects of climate change may expose returnees to a violation of Art. 6 and 7 ICCPR.¹²⁷ By this, the HRC acknowledges that climate change may bring about sudden-onset and slow-onset degradation of the environment.¹²⁸ It follows that the question whether to activate the protective scope of Art. 6 or of Art. 7 – the latter may come into play in situations of grave neglect, destitution and deterioration – depends more on the degradation's progress in time than it would be a question of legal nature.¹²⁹ 10.58

121 Art. 12 ICESCR; cf. CESCRC, GC No. 14 (2000), The Right to the Highest Attainable Standard of Health (11.8.2000), UN Doc. E/C.12/2000/4, §§ 1 & 23.

122 Art. 11 ICESCR.

123 Art. 11 ICESCR; cf. CESCRC, GC No. 12 (1999), The Right to Adequate Food (12.5.1999), UN Doc. E/C.12/1999/5, § 9.

124 Art. 11 and 12 ICESCR; cf. CESCRC, GC No. 15 (2002), The Right to Water (20.1.2003), UN Doc. E/C.12/2002/11, § 11.

125 Art. 11(1) ICESCR; cf. CESCRC, GC No. 4 (1991), The Right to Adequate Housing (13.12.1991), UN Doc. E/1992/23, § 9.

126 PRECHTL/QISTAURI/UERPMANN-WITZACK, 8f.

127 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.7 & 9.11; PRECHTL/QISTAURI/UERPMANN-WITZACK, 9.

128 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.11.

129 Cf., for instance: HRC, *A.H.G. v Canada* of 25.3.2015, UN Doc. CCPR/C/113/D/2091/2011, § 10.4; *O.A. v Denmark* of 7.11.2017, UN Doc. CCPR/C/121/D/2770/2016, §§ 8.9ff.; ECtHR (G. Ch.), case *M.S.S. v Belgium and Greece* of 2.1.2011, Application no. 3069/09, § 263; *Sufi and Elmi v UK* of 28.6.2011, Application no. 8319/07, 11449/07, § 283. Cf. BURSON/KÄLIN/MCADAM/WEERASINGHE, 389; GOODWIN-GILL/MCADAM, 648 & 651; PRECHTL/QISTAURI/UERPMANN-WITZACK, 10f.; SCOTT, Natural Disasters, Climate Change and Non-Refoulement, 415.

e) *The international community's duty of intervention*

- 10.59 Unlike the ICESCR's progressive realisation clause, the ICCPR does not openly demand that State Parties fulfil their obligations both <individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical>. ¹³⁰ In ICESCR, each State's commitment to seek international assistance furthermore echoes in the obligation of *all* States, especially of those in a position to assist others, to provide <international cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights>. ¹³¹
- 10.60 Since *Teitiota* and when confronted with highly complex, global climatic processes that represent a serious menace to mankind, the HRC seems to accept the need for <robust national and international efforts>, viz. for the <assistance of the international community>. ¹³² In consideration of General Comment No. 36, ¹³³ but also in line with the ILC's codification work, it becomes clear that, to a certain extent, this need for international assistance takes the shape of a full-fledged international obligation. ¹³⁴ Cogently, the HRC goes on pointing out some of the dire tangible consequences of procrastination: on a more individual level, the triggering of receiving countries' *non-refoulement* obligations vis-à-vis those persons who, if returned to their inhabitable country of origin, would be exposed to a violation of their rights to life and protection against inhumane or degrading treatment; as a collective repercussion, a massive increase in <cross-border movement of individuals seeking protection from climate change-related harm>, with all the social, economic and political challenges for the receiving States that this would involve. ¹³⁵

3. What may *Teitiota* bring in terms of future *non-refoulement* cases ?

- 10.61 Leaving behind the strict legal exegesis of the HRC's jurisprudence, especially in the matter of *Teitiota*, I shall now attempt to unravel what might be hidden within the HRC's case-law so as to draw a few prospective theses on how the concept of *non-refoulement* could evolve in the context of IHRL climate change litigation. Three main thrusts can be augured.

130 Art. 2(1) ICESCR; cf. also Art. 22 & 23.

131 CESCR, GC No. 3 (1991), The nature of States Parties' obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant) (14.12.1990), UN Doc. E/1991/23, § 13 f.; LIMON, 455.

132 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.11 f.; *Billy et al. v Australia* of 21.7.2022, § 8.7. Cf. ATAPATTU, 144; HASSINE, 329.

133 GC No. 36 (2018), § 62: <should>; for a more sceptical perception due to the vagueness of such international obligations: PRECHTL/QISTAURI/UERPMANN-WITZACK, 18 f.; BURSON/KÄLIN/McADAM/WEERASINGHE, 403.

134 ILC, <Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters> (2016), UN Doc. A/71/10, draft Art. 7 (duty to cooperate); BURSON/KÄLIN/McADAM/WEERASINGHE, 392 f. & 402 f.

135 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.11; PRECHTL/QISTAURI/UERPMANN-WITZACK, 18 f. Cf. on climate-induced migration: ATAPATTU, 127 f.

a) *Regarding the personal nature of the risk*

In *Teitiota*, the HRC endorsed the argument made by the NZ authorities pursuant to which the applicant had not so much proved that he would be subjected to «a risk of harm specific to him» and his family upon return to Kiribati as that they would rather have to deal with «a general risk faced by all individuals in Kiribati».¹³⁶ This view was, from my perspective rightly so, challenged by Committee members Mr Duncan Laki Muhumuza and Ms. Vasilka Sancin in their respective dissenting opinions which, for the latter, criticised that New Zealand had «failed to present evidence of a proper assessment of the author's and his dependent children's access to safe drinking water in Kiribati»¹³⁷ and, for the former, referred to the undisputed evidence adduced by the author of him and his family having suffered from «significant health issues» upon their return, one of which consisted in one of the children having contracted a «serious case of blood poisoning» caused by the «poor quality of drinking water».¹³⁸ 10.62

Aside from this controversy, which appears to be rather circumstantial in the sense that it mainly engages either with factual proof or with the HRC's procedural prerogative to take into account (or not) events having occurred once a communication has been filed, let us for a moment assume that the HRC's contention on the failure to establish personal injury or risk of harm was accurate. In this case, I do not see how the HRC could, even in the near future, «dispense with the requirement of personal injury», as has been suggested by Atapattu.¹³⁹ This would signify partly overthrowing a decade-long body of jurisprudence on *non-refoulement* in favour of the institution of a two-pronged legal regime, i.e. one for «ordinary» *non-refoulement* cases, and another for environment-inspired litigation. 10.63

Be it as it may, and although it holds generally true that «environmental disruptions hit groups, rather than individuals»¹⁴⁰ and that «the case of climate refugees, «will almost always derive «from the general conditions in the receiving State»,¹⁴¹ this should not be an invalidating impediment to bringing such individual cases «to court». In my view, the *Teitiota* jurisprudence comprises *in nuce* a significant potential for future climate displacement litigation. As a matter of fact, the latter case allows for exceptions to the condition of a «personal risk» not deriving from general conditions «in extreme cases»; it furthermore relativises a little the appreciation of such criterion by reminding us that «the threshold should not be too high or unreasonable».¹⁴² 10.64

136 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.7.

137 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, Annex II, §§ 1 & 3.

138 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 5 & Annex I, § 2; ATAPATTU, 141.

139 ATAPATTU, 143.

140 ROSIGNOLI, 315.

141 KENT/BEHRMAN, 31.

142 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 3. Sceptical: McADAM/SAUL, 379 f.

10.65 Moreover, as has been mentioned earlier, in cases related to the right to life, the Committee nowadays displays a propensity to elide the division that used to exist between said right and Article 7 ICCPR, meaning that the right to life has been reframed into the <right of a life with dignity>, itself giving rise to broader positive duties. Looking beyond the mere peril of death, the HRC's analysis also attaches to the question whether the returnee would be exposed to <conditions of life (...) incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized>, e.g. if he would be <exposed to a situation of indigence, deprivation of food and extreme precarity that could threaten his right to life>.¹⁴³ Had the claim before the Committee addressed in greater depth <the impact of the deportation on Teitiota's right to be free from torture or other cruel, inhuman or degrading treatment>, perhaps by procedurally including the applicant's children and drawing attention to their medical ailments and particular vulnerability, <[t]his may have prompted a different analysis than the right to life claim>.¹⁴⁴ By this, the author of the communication could have more confidently raised a claim of constituting a <most extreme case>, in order to temperate the <personal risk> condition.

b) *Concerning the imminence of the threat*

10.66 Though the HRC did not entirely abandon the exigency of the risk's imminence in the *Teitiota* case, it still daubed it with a new layer of meaning, at least when focusing on the slow-onset nature of many of the risks associated with climate change. In such situations, the imminence criterion loses its sense of immediacy or urgency¹⁴⁵ in favour of the legal prescription that the risk of a threat to the applicant's rights be reasonably foreseeable.¹⁴⁶ Without trivialising the risks to life, as has been feared,¹⁴⁷ this adaption does neither <imply that victims should wait until it becomes impossible to live there or until there is actual loss of life ?>¹⁴⁸ There is no need <that the risks already (...) materialise, that there has to be actual and widespread loss of life>,¹⁴⁹ nor should there be a <complete breakdown in the means of life>¹⁵⁰ for the *non-refoulement* obligation to emerge. On the contrary, the Committee assumed – in the face of the <extreme risk> that the population of island States incurs of being submerged within 10 to 15 years – that

143 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.9 & 9.11.

144 WEWERINKE/ANTONIADIS, 256 f.; MCADAM, Current Development, 716 f. Cf., about vulnerability; SCHLOSS. Compare with CRC, *Sacchi et al. v Argentina et al.* Of 22.9.2021, UN Doc. CRC/C/88/D/104/2019, § 10.13, and HRC, *Billy et al. v Australia* of 21.7.2022, § 8.13 f. (violation of Art. 27 ICCPR protection minority [indigenous] rights threatened by climate change).

145 KENT/BEHRMAN, 31.

146 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.7.

147 ATAPATTU, 140.

148 ATAPATTU, 140.

149 BEHRMAN/KENT, 30.

150 WEWERINKE/ANTONIADIS, 252.

«the conditions of life in such a country may become incompatible with the right to life with dignity *before the risk is realized*».¹⁵¹

The aforementioned conclusion takes an important hurdle in the treatment of climate migration. It indeed more readily accepts the forced (as opposed to volitional or deliberate) character of the movement «in relation to slow-onset environmental degradation, particularly in its early stages, whereas the involuntary character of displacement [was] more commonly accepted in relation to sudden-onset events, such as natural disasters».¹⁵² One subsequent hurdle yet remains the timing: when will the situation of foreseeable environmental degradation have irretrievably reached a turning point at which human rights (*non-refoulement*) protection will be imperatively called for, but still permitting to anticipate some of the effects of climate change as well as to plan in an orderly fashion an evacuation or even migratory measures?¹⁵³ Given the Committee's readiness to anticipate the actual materialisation of the risk, there might be a door for a more flexible approach towards «imminence» or «foreseeability» in its jurisprudence. 10.67

For this to happen withal, the HRC's take on the *onus probandi* threshold would need an overhaul. Generally, there seems to be a consensus that «the burden of proof lies principally on the author/complainant in *non-refoulement* cases».¹⁵⁴ In cases involving climate change and *non-refoulement*, a returnee must, as a matter of simplification, substantiate the following points: firstly, personal injury and/or a special vulnerability; secondly, that climate change is causing damage in the national State; thirdly, that the living conditions in the said State have become unbearable or, in the sense of a risk prognosis or forecast, are on the brink of threatening the person's livelihood, health or even life; fourthly, that the national State has not taken (enough) or been incapable of taking adaptive measures to reduce the existing vulnerabilities. While Mr Teitiota managed to establish his vulnerable condition, the causal link between climate change and the seriousness of the threat posed to the living conditions in Kiribati, which may in fact soon become uninhabitable and even physically disappear, he was not able to prove the personal character of the imminent risk, nor could he disprove New Zealand's contention that the I-Kiribati government had taken sufficient programmatic steps to provide for the basic necessities of life, in order to meet its positive obligation to fulfil the author's right to life'.¹⁵⁵ Some of these points, e.g. causality or challenging the effectiveness of 10.68

151 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.11 f. (emphasis added).

152 Cf. HASSINE, 321. See BATE, 468 ff. & 473, who conceptualises environmentally-induced migration as a 'continuum' between 'involuntary' (eg. 'disaster refugees') and 'voluntary' (eg. 'deterioration refugees') as a result of 'gradual, anthropogenic changes in their environments that were not intended to produce migrants', 'even though the disruption of the environment may be quite deliberate' decisions; cfr., too, DIEZIG, 157 ff.; GONIN/LASSAILLY-JACOB, 2.

153 Cf. COURTOY, 964.

154 ÇALI/COSTELLO/CUNNINGHAM, 375.

155 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.6 & 9.8 ff.

adaptive or mitigating measures taken by the receiving State,¹⁵⁶ demand thorough research work on scientific data and the impact of national policies on climate, which most potential victims of climate change won't be able to afford; dissenting HRC member Duncan Laki Muhumuza's assertion that these requirements are likely to place «an unreasonable burden of proof on the author to establish a real risk and danger of arbitrary deprivation of life» should thus be embraced.¹⁵⁷

- 10.69 Apart from there being a chance that the personal injury and immediacy criteria will be eventually softened, the Committee should, in my view, consider the author's degree of vulnerability whenever it comes to appreciating the burden placed onto the latter's shoulders. Mayhap, this would facilitate the shifting of at least a part of this burden onto the State when general and complex data on causation need to be dredged up. In the *Billy et al.* case concerning islanders whose private and cultural minority life are being threatened by climate change, the HRC seems to head into this direction when, on the basis of the sole indicia provided to it by the claimants, it blames Australia for its «failure to adopt timely adequate adaptation measures to protect the authors» collective ability to maintain their traditional way of life, to transmit to their children and future generations their culture and traditions and use of land and sea resources'.¹⁵⁸

c) *A chain of responsibilities*

- 10.70 It is possible to infer from the *Teitiota* case that climate change-propelled migration entails multi-layered, interdependent, yet in part subsidiary obligations. At the very centre, one finds the States' duties to respect, to protect and, foremost, to fulfil through programmatic steps its population's basic necessities of life.¹⁵⁹ Subsidiarily, that is if the State cannot accomplish its obligations (properly), e.g. for lack of resources, it may ask its neighbours, partner States or the international community as a whole (assembled within intergovernmental organisations) to assist it in its enterprise.¹⁶⁰
- 10.71 Implicitly, individuals also bear a duty to take responsibility for their own actions and lives within the limits of their abilities. Besides being the other side of the human rights coin,¹⁶¹ this duty flows out of the moral concept of personal autonomy, according to which individuals shall not only take responsibility for themselves, but also contribute to achieving the tasks of the state and society that they live in. In the remit of climate change and contemplated from the narrow angle of *non-refoulement*, of course as long

156 Cf. McADAM, *Current Development*, 719; WEWERINKE/ANTONIADIS, 254.

157 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, Annexe I, §§ 1 f.; ATAPATTU, 138 f.

158 HRC, *Billy et al. v Australia* of 21.7.2022, §§ 8.12 ff.

159 Cf. HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, § 9.6; cf. GOODWIN-GILL/McADAM, 655.

160 Cf. HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.11 f.

161 Cf., for instance, the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), chap. 2, <https://www.oas.org/dil/access_to_information_human_right_American_Declaration_of_the_Rights_and_Duties_of_Man.pdf> (8.7.2023).

as the general situation can be considered as objectively tolerable, this may bring about a duty for groups of people to try to adapt to a situation of environmental degradation in their national State. This duty may possibly go as far as having to accept their State's offer of temporary or permanent resettlement, – in which case their status as IDPs would entitle them to the specific protection proposed by international (soft) law –,¹⁶² or even an offer of displacement to a foreign territory catered for by the national State.¹⁶³ What could be branded as cynicism reflects, up to a certain degree, the Committee's way of tackling the issue of «climate refugees», when it counters almost every argument brought forward by the author by pointing out to the existence of qualitatively lower, but still acceptable substitutes regarding his alleged lack of adequate housing, potable water or crops.¹⁶⁴

From the perspective of a State harbouring «climate refugees» who prevail themselves of *non-refoulement*, this chain of responsibilities, as a matter of subsidiarity, considerably reduces the number of cases that may stand a chance of activating this restrictive obligation towards a foreign national. This might perhaps assuage wealthier countries' fears that climate-induced litigation might «open the floodgates» to uncountable groups of migrants, as the primary duty to protect rests with the national State, and, if any, a secondary obligation with the international community to assist an overwhelmed State requesting help.¹⁶⁵ 10.72

Given *non-refoulement's* restrictive angle and subsidiary nature, it would sound utopian to imagine it acquiring more substantive facets in the near future, but perhaps one: provided that she meets all the conditions, a person sojourning in the receiving State will be able to prevail herself of the *non-refoulement* protection. Due to a legal vacuum, this is not evident «upstream», i.e. *before* the she has reached the receiving State's shores. She could either apply for asylum, with very little chance of it being granted under the RC if environmental grounds were invoked; else, she would most likely have to enter the territory irregularly, since there would be no general right of entry to another country.¹⁶⁶ Having said that, it appears that a State duty has crystallised out of IHRL, especially out of the right to life, «to move people out of harm's way» through either temporary evacuations and/or – as an *ultima ratio* – permanent planned relocations, «as 10.73

162 Commission on Human Rights, «UN Guiding Principles on Internal Displacement», (UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 [1998]). About the internal flight option, cf. *E.P. and F.P. v Denmark*, UN Doc. CCPR/C/115/D/2344/2014 (2.11.2015), § 8.9; ANTONELLI, 91; cfr. BLASER, 17; ÇALI/COSTELLO/CUNNINGHAM, 374; GOODWIN-GILL/McADAM, 657.

163 Cf. HERMANN/KEMPF, 231; see also McADAM, Displacement, 834, on migration being «important climate change adaptation strategy»; DIEZIG, 164f.

164 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 2.6 & 9.8f.; HASSINE, 329.

165 Cf. COURTOY, 959; LESTER, 347.

166 ATAPATTU, 132; LESTER, 336. For a critique of sovereign states' «right to exclude», while «certain political strangers warrant discretionary admission and inclusion because some terrible event creates exceptional circumstances» («political stranger exceptionalism»), cf. ACHIUME, 1531f.

measures to address and mitigate disaster risk and/or adapt to the consequences of climate change on human settlement.¹⁶⁷ When combining this human rights obligation with the soft-law findings of Objective No. 5 of the ‘Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration’, it cannot be entirely excluded that the prohibition to refoul might one day be complemented by positive duties on neighbouring States or States that are better-off to, say:

- grant entry to their territory to persons or collectively to groups of persons alleging not to be able to live nor return anymore to their home country;¹⁶⁸
- issue, also via the receiving State’s consular services, humanitarian or compassionate visa for vulnerable (groups of) persons to take refuge on their territory, at least until a definite solution of resettlement has been found;¹⁶⁹
- provide them and their families ‘access to education for children, and temporary work permits, while adaptation in or return to their country of origin is not possible’;¹⁷⁰
- in cooperation with other States and organisations, devise (e.g. of burden-sharing) relocation solutions for migrants compelled to leave their countries of origin due to slow-onset natural disasters on a (more) durable basis.¹⁷¹

V. Conclusion

- 10.74 The *jus cogens* and customary international law principle¹⁷² of *non-refoulement* subdivides in two complementary branches: the *non-refoulement* obligation deriving from international refugee law and its IHRL-centred counterpart. Whereas the former concept may, due to the current interpretation of the RC’s scope, only seldom apply to persons escaping a country that has been hit by the effects of climate change, the human rights approach bears far greater potential.
- 10.75 Notwithstanding its imperfections, the *Teitiota* case decided by the HRC not only accepted that environmental degradation could, in conjunction with other factors, amplify migratory movements to safer areas or States. It also provided authoritative guidance as to ‘the application of the principle of *non-refoulement* in the context of climate change-related harms’.¹⁷³ It has additionally given rise to a subtle reframing of the traditional criteria governing *non-refoulement* in order to fit in the challenges deriving

167 BURSON/KÄLIN/McADAM/WEERASINGHE, 379, 382, 398 & 407; GOODWIN-GILL/McADAM, 665; ANTONELLI, 46. Cf. ROTHWELL, 249 f.

168 Cf. ATAPATTU, 133; KNODEL, 127: ‘facilitate their migration with dignity’.

169 UNGA res. 73/195 (n. 101), objective no 5, § 21(g).

170 UNGA res. 73/195 (n. 101), objective no 5, § 21(g).

171 UNGA res. 73/195 (n. 101), objective no 5, § 21(h); BURSON/KÄLIN/McADAM/WEERASINGHE, 380; JAKOBSSON, 104.

172 MATHEW, 904 f.

173 McADAM, Current Development, 724.

from environmental harm : to start with, by softening the «imminence» criterion in the light of predictability, then by qualitatively broadening the right to life's ambit which became the right to life with dignity, by conflating the rights to life and not to be subjected to a degrading treatment, as well as by requiring the individual, the State and also the international community to take responsibility in view of jointly solving the new scourge of climate change.

Bearing in mind that a «human rights-based approach to climate change seeks to empower climate-displaced persons to claim their rights and to hold States accountable in their role as duty bearers»,¹⁷⁴ *Teitiota* might even encapsulate more discreet future pathways towards a procedurally and materially more protective and «greener» *non-refoulement* guarantee. At any rate, both the *Teitiota* and the subsequent *Billy et al.* cases confirm that – in spite of the deference which is due to the «democratic legitimacy of domestic decision-making» and to the complexity of the matter at stake –¹⁷⁵ the HRC, alongside other human rights monitoring bodies, is able and willing to critically review the effectiveness and seriousness of State measures aiming at preventing, adapting as well as mitigating the negative impact of climate change.¹⁷⁶ 10.76

174 HASSINE, 331.

175 Cf. FAHNER, 181.

176 HRC, *Teitiota v New Zealand* of 24.10.2019, §§ 9.11 f. & 9.14; *Billy et al. v Australia* of 21.7.2022, §§ 7.8, 8.3 & 8.14.

Table of case law

CRC	case <i>Sacchi et al. v Argentina et al.</i> of 22.9.2021, UN Doc. CRC/C/88/D/104/2019
EctHR	case <i>Airey v Ireland</i> of 9.10.1979, Application no. 6289/73
ECtHR (G. Ch.)	case <i>Chahal v UK</i> of 15.11.1996, Application no. 22414/93
EctHR (G. Ch.)	case <i>El-Masri v Macedonia</i> of 13.12.2012, Application no. 39630/09
EctHR	case <i>F. v UK</i> of 22.6.2004, Application no. 17341/03
EctHR	case <i>Husayn (Abu Zubaydah) v Poland</i> of 24.7.2014, Application no. 7511/13
EctHR	case <i>Le Pen v France</i> of 10.4.2010, Application no. 18788/09
EctHR	case <i>Mamatkulov and Askarov v Turkey</i> of 4.2.2005, Applications no. 46827/99 and 46951/99
ECtHR (G. Ch.)	case <i>M.S.S. v Belgium and Greece</i> of 21.1.2011, Application no. 30696/09
EctHR	case <i>Othman (Abu Qatada) v UK</i> of 17.1.2012, Application no. 8139/09
EctHR	case <i>Ould Barar v Sweden</i> of 19.1.1999, Application no. 42367/98
EctHR	case <i>Silver et al. v UK</i> of 25.3.1983, Application no. 5947/72
EctHR	case <i>Soering v UK</i> of 7.7.1989, Application no. 14038/88
ECtHR (G. Ch.)	case <i>Üner v Netherlands</i> of 18.10.2006, Application no. 46410/99
EctHR	case <i>Z. and T. v UK</i> of 28.2.2006, Application no. 27034/05
HRC	<i>Aaldersberg et al. v Netherlands (inadmissibility)</i> of 14.8.2006, UN Doc. CCPR/C/87/D/1440/2005
HRC	<i>A.H.G. v Canada</i> of 25.3.2015, UN Doc. CCPR/C/113/D/2091/2011
HRC	<i>Billy et al. v Australia</i> of 21.7.2022, UN Doc. CCPR/C/135/D/3624/2019
HRC	<i>Bordes and Temeharo v France (inadmissibility)</i> of 22.7.1996, UN Doc. CCPR/C/57/D/645/1995
HRC	<i>Broeks v Netherlands</i> of 9.4.1987, UN Doc. CCPR/C/29/D/172/1984
HRC	<i>E.P. and F.P. v Denmark</i> of 2.11.2015, UN Doc. CCPR/C/115/D/2344/2014
HRC	<i>Kindler v Canada</i> of 30.7.1993, UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991
HRC	<i>M.M. v Denmark</i> of 14.3.2019, UN Doc. CCPR/C/125/D/2345/2014
HRC	<i>O.A. v Denmark</i> of 7.11.2017, UN Doc. CCPR/C/121/D/2770/2016
HRC	<i>Portillo Cáceres et al. v Paraguay</i> of 25.7.2019, UN Doc. CCPR/C/126/D/2751/2016
HRC	<i>Stewart v Canada</i> of 1.11.1996, UN Doc. CCPR/C/58/D/538/1993
HRC	<i>Teitiota v New Zealand</i> of 24.10.2019, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016
HRC	<i>X. v Sweden</i> of 1.11.2011, UN Doc. CCPR/C/103/D/1833/2008
IACtHR	<i>Kawas Fernández v Honduras</i> of 3.4.2009, series C no. 196

Les questions climatiques ou environnementales sont complexes. La défense de biens communs comme le climat, le cadre de vie ou la biodiversité nécessitent une implication forte de la population dans les processus démocratiques, sans que ces moyens permettent toujours de garantir l'effectivité des objectifs à atteindre.

Le contrôle de l'activité de l'Etat par le juge, mais aussi l'avis d'organes tel le Comité des droits de l'homme, constituent des moyens efficaces pour fixer les principes, obligations ou droits en la matière. Par les regards croisés d'autrices et auteurs suisses et français, le présent ouvrage explore les mécanismes liés à ces litiges très spécifiques, et les principales questions qui se posent, en droit interne ou international.

ÉDITRICES ET ÉDITEURS SCIENTIFIQUES

Véronique Boillet Professeure à l'Université de Lausanne

Anne-Christine Favre Professeure à l'Université de Lausanne

Thierry Largey Professeur à l'Université de Lausanne

Raphaël Mahaim Chargé de cours à l'Université de Lausanne, avocat (défenseur dans l'affaire Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse)

ISBN 978-3-7190-4881-5



9 783719 048815