

2018

Expertise Scientifique et Lien de Causalité dans le Cadre du contentieux Climatique: le Point de Vue de la Doctrine Américaine

Michael Burger

Columbia Law School, Sabin Center for Climate Change Law, mhb2004@columbia.edu

Follow this and additional works at: https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change



Part of the [Environmental Law Commons](#)

Recommended Citation

Michael Burger, *Expertise Scientifique et Lien de Causalité dans le Cadre du contentieux Climatique: le Point de Vue de la Doctrine Américaine*, 8-9 *Énergie-Environnement-Infrastructures* 68 (2018).

Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change/184

This Article is brought to you for free and open access by the Research Centers & Programs at Scholarship Archive. It has been accepted for inclusion in Sabin Center for Climate Change Law by an authorized administrator of Scholarship Archive. For more information, please contact scholarshiparchive@law.columbia.edu, rwitt@law.columbia.edu.

33 Expertise scientifique et lien de causalité dans le cadre du contentieux climatique : le point de vue de la doctrine américaine



Michael BURGER,
*professor researcher, executive director of the Sabin Center
for Climate Change Law,
Columbia University, NY*

Au cours des dernières années, il y a eu une augmentation remarquable du nombre d'actions judiciaires visant à demander aux Gouvernements et aux acteurs privés de rendre des comptes de leur inaction face aux changements climatiques. La « science de l'attribution » du changement climatique – c'est-à-dire la capacité de détecter les changements environnementaux et de les attribuer à l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre – joue un rôle central dans bon nombre de ces actions : elle permet en effet de fonder à la fois l'attribution d'événements extrêmes au changement climatique et d'émissions de gaz à effet de serre à des acteurs particuliers. Armés d'un nombre croissant de preuves reliant les augmentations des concentrations atmosphériques de gaz à effet de serre à des impacts nocifs spécifiques, les plaignants poursuivent des revendications plus ambitieuses contre les Gouvernements et les émetteurs pour leur contribution ou leur incapacité à agir sur le changement climatique. Cette contribution offre une perspective générale sur l'utilisation de cette science de l'attribution dans le cadre des affaires contentieuses ainsi que dans l'élaboration des politiques climatiques.

1 - La capacité de détecter les changements de l'environnement et de les attribuer aux émissions anthropiques des gaz à effet de serre est utile et peut être appliquée sur le plan politique et juridique. Au sens le plus large, la détection et la causalité sont les outils scientifiques que peuvent utiliser les décideurs politiques et les avocats afin de démontrer l'existence, les causes et les effets du changement climatique. Ces informations peuvent influencer des décisions politiques, telles que par exemple la fixation d'un plafond d'émissions ou l'introduction d'une taxe carbone. Elles peuvent également aider les particuliers qui souhaitent introduire des actions judiciaires, telles que par exemple les actions en carence contre les Gouvernements. Cependant, la causalité scientifique n'est pas une panacée : les preuves/données scientifiques générées par ce champ ne sont pas toujours suffisantes pour convaincre les décideurs politiques, les tribunaux ou le public à adopter des mesures liées dans le domaine du climat. Cela est en partie dû à la complexité et aux limites des sciences du climat. Mais il est également dû à des obstacles qui relèvent des champs politique et juridique.

2 - La causalité scientifique possède trois fonctions principales : 1) elle influence les décisions politiques à différents niveaux de gouvernance ; 2) elle joue un rôle de plus en plus important dans la planification et l'évaluation des impacts environnementaux ; 3) elle a joué et continuera à jouer un rôle central dans les contentieux climatiques. Dans cette contribution, nous aborderons la première et la troisième fonction et analyserons les articulations de la causalité scientifique avec la décision politique (1) et les contentieux climatiques (2).

1. Causalité scientifique et décision politique

3 - Le rôle le plus important joué par la causalité scientifique est celui de renforcer le soutien du public et du politique en termes de mesures d'action climatique : la causalité scientifique permet en effet de démontrer que l'impact des activités humaines sur le climat est déjà manifeste et qu'il commence à produire des effets nocifs. La causalité scientifique renforce ainsi la légitimité des modèles de projections des changements climatiques liés aux émissions de gaz à effet de serre et leurs effets nocifs sur les humains et l'environnement dans les décennies à venir. Plus les données de la causalité scientifique avancent, plus il y aura gain de cause pour imposer des mesures de réduction de gaz à effet de serre, pour encourager la transition vers une économie qui s'éloigne des énergies fossiles et pour investir dans des projets d'adaptation au changement climatique.

4 - La causalité scientifique peut en outre contribuer à la résolution de la question des « pertes et dommages », qui anime les négociations internationales depuis leur début et qui n'a jamais été portée devant les tribunaux. « Contribuer » car, afin de développer un cadre approprié pour ce mécanisme, les pays doivent répondre aussi à d'autres questions. Premièrement, quels sont les pays qui ont déjà ressenti et qui continueront à ressentir les impacts négatifs du changement climatique et deuxièmement, dans quelle mesure les autres pays sont-ils responsables de ces impacts ? Deuxièmement, quels sont les autres facteurs humains qui contribuent à produire ces impacts négatifs ? Pensons par exemple aux pratiques d'aménagement et de construction dans une zone côtière : ces pratiques peuvent en effet accroître la vulnérabilité des personnes et des infrastructures aux effets de

tempêtes et de la hausse du niveau de la mer. De nombreux facteurs, y compris le degré de cohésion socio-économique, peuvent également réduire leurs résiliences aux effets des changements climatiques.

5 - Pour cette même raison, il est important de comprendre la panoplie d'aspects qui relie la causalité scientifique et la détection des impacts. La causalité scientifique appliquée aux changements climatiques s'est longtemps focalisée sur la température moyenne globale. Toutefois, en raison des progrès réalisés en termes de connaissances retranscrites dans les modèles climatiques, dans les systèmes d'observation et dans des sciences physiques, la causalité scientifique s'élargit à présent aux conséquences du changement climatique sur les systèmes humains et naturels : les modifications moyennes d'autres variables, telles que la montée du niveau des eaux, l'élévation du niveau des mers et la diminution de la surface des glaces polaires (1) ; les événements météorologiques extrêmes (par exemple, les vagues de chaleur, les précipitations extrêmes et la sécheresse), ainsi que les statistiques des événements extrêmes/majeurs d'une manière plus générale (2) ; les impacts climatiques sur certains secteurs et systèmes (par exemple, l'agriculture et écosystèmes) (3).

6 - Ainsi, l'expression « attribution des impacts » peut-elle générer de la confusion dans la mesure où elle comprend à la fois les impacts climatiques (3) et l'attribution d'événements extrêmes (1 et 2). Mais il existe également une quatrième catégorie d'attribution climatique qui commence à se développer : l'attribution de pourcentages spécifiques aux changements climatiques, et l'attribution des impacts/conséquences aux acteurs individuels. Cette attribution joue un rôle central dans les actions en réparation introduites contre le *Carbon Majors*¹.

7 - Pour résumer, l'on peut identifier quatre niveaux d'attribution en matière climatique, chacun se caractérisant par un différent degré de certitude scientifique.

(1) Il existe un degré très élevé de certitude en ce qui concerne les effets des émissions de gaz à effet de serre d'origine anthropique sur le réchauffement de la planète, l'élévation du niveau de la mer et la diminution de la masse de glace. Il existe également un haut degré de certitude en ce qui concerne l'attribution au changement climatique des variations en fréquence et en intensité des événements climatiques majeurs.

(2) L'attribution des événements extrêmes particuliers – tels que les ouragans qui se sont produits l'automne dernier aux États-Unis – demeure en revanche moins certaine : bien que ceci soit un domaine en voie de développement, il manque encore une méthodologie commune.

(3) Le degré de certitude de l'attribution des impacts climatiques dépend quant à lui de l'échelle prise en considération. À une échelle plus large, l'attribution des impacts se caractérise par un degré assez élevé de certitude et de fiabilité : nous savons que le changement climatique donne lieu et continuera à donner lieu à une variabilité d'impacts sur l'agriculture, les forêts, et les espèces animales et végétales. Cependant, plus on devient précis en termes d'échelle géographique, plus le degré de certitude de l'attribution des impacts devient faible. Il existe plusieurs raisons pour cela, notamment le fait que la diminution des impacts climatiques demeure compliquée et que les décisions humaines jouent un rôle important dans la manière dont nos systèmes socio-écologiques s'adaptent aux risques et aux impacts. Ceci peut paraître familier aux avocats de la responsabilité délictuelle à travers la doctrine de la *contributory negligence* (qui permet d'exclure la responsabilité du défendeur dans le cas où le demandeur a contribué au préjudice par son comportement

négligeant). Nous sommes à même de mieux nous adapter aux impacts et dans une certaine mesure, de diriger les effets.

(4) Enfin, un nouveau champ de recherche dans le domaine de l'attribution émerge dans les sciences climatiques : il est ici question de relier les émissions de gaz à effet de serre aux sources individuelles. Un tel critère ne se base pas seulement sur les acquis scientifiques mais aussi sur une approche « de responsabilité civile » qui peut ou pas convaincre les tribunaux d'instance ou les acteurs politiques. Le raisonnement est radical – il identifie la source d'origine des émissions, à savoir les industries qui produisent les énergies fossiles et vise à considérer ces industries comme « responsables ».

2. Causalité scientifique et contentieux climatiques

8 - Ceci nous amène aux contentieux climatiques, qui s'appuient sur les acquis de la science de l'attribution et de la détection. En effet, les preuves établissant un lien de causalité juridique entre l'influence humaine sur le climat et les effets néfastes du changement climatique jouent un rôle fondamental dans la caractérisation des responsabilités. Elles peuvent également permettre la défense juridique des programmes et réglementations visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre ou à promouvoir les objectifs d'adaptation. La manière dont les preuves sont utilisées et la mesure dans laquelle elles affectent les résultats d'une action en justice dépendent du type de recours. Elles reposent également sur le stade du litige.

9 - Dans le cadre des contentieux climatiques, l'on peut attribuer sept finalités différentes à la science de l'attribution : fonder l'admissibilité d'une action en justice devant les tribunaux états-uniens (qui se caractérisent par des conditions d'admissibilité parmi les plus strictes au monde) (1) ; contester les échecs du Gouvernement en terme de régulation des émissions de gaz à effet de serre (2) ; défendre juridiquement les normes existantes des émissions de gaz à effet de serre (3) ; renforcer les actions en responsabilité contre les industries grandes émettrices pour les dommages climatiques (4) ; contester les échecs en matière d'adaptation (5) ; défendre les mesures d'adaptation adoptées (6) ; renforcer les recours relatifs à la divulgation d'informations climatiques et de fraude boursière (7).

10 - Dans le cadre de cette contribution nous allons nous focaliser sur les actions en justice qui visent à caractériser la responsabilité civile des industries émettrices – et plus particulièrement des industries du fossile – sur la base de doctrines de « Common Law », telles que la nuisance publique, la nuisance privée et la négligence. Afin d'y parvenir, nous analyserons les conditions d'une telle responsabilité : l'existence d'un devoir des défendeurs vis-à-vis des demandeurs, une violation de ce devoir, une relation de cause à effet entre la violation et le dommage subit par les demandeurs.

11 - Il y a eu une richesse d'études sur la perspective d'utilisation de la *Tort law* en matière de changement climatique².

1. V. les contributions de Luca d'Ambrosio et François Guy Trébulle dans ce dossier.

2. V. Michael Byers ; Kelsey Franks ; Andrew Gage, *The Internationalization of Climate Damages Litigation*, 7 Wash. J. Envtl. L. & Pol'y 264 (2017) ; R. Henry Weaver and Douglas A. Kysar, *Courting Disaster, Climate Change and the Adjudication of Catastrophe*, 93 N. D. L. Rev 295 (2017) ; *Climate Change Liability : Transnational Law And Practice* (Richard Lord et a. eds., Cambridge University Press 2012) ; *Climate Change Liability* (Michael Faure & Marjan Peeters, eds., Edward Elgar 2011) ; David Hunter & James Salzman, *Negligence in the Air : The Duty of Care in Climate Change Litigation*, 155 U. PA. L. REV. 1741 (2007) ; Myles Allen et al., *Scientific Challenges in the Attribution of Harm to Human Influence on Climate*, 155 U. PA. L. REV. 1353 (2007) ; Thomas W. Merrill, *Global Warming as a Public Nuisance*, 30 COLUM. J. ENVTL. L. 293 (2005) ; David A. Grossman, *Warming Up to a*

Plusieurs approches émergent de ces études. Pour les plus optimistes, les dommages climatiques ne sont pas fondamentalement distincts d'autres types de dommages déjà reconnus, par la jurisprudence, comme base d'une responsabilité. Pour d'autres, les concepts juridiques existants pourraient *a priori* fonder des actions dans le domaine du climat, mais la mise en œuvre de telles actions rencontrerait un bon nombre d'obstacles souvent centrés autour du concept de causalité. Enfin, les plus pessimistes soulignent que telles actions n'ont aucun espoir de passer le filtre de l'admissibilité et que, par conséquent, elles ne pourront jamais être jugées au fond.

12 - Selon le professeur Douglas Kysar de l'université de Yale, les obstacles du recours à la *Tort law* dans le domaine du climat peuvent être ainsi résumés : « Le droit de la responsabilité délictuelle semble mal adapté aux causes et impacts du changement climatique. Les émissions anthropiques de gaz à effet de serre ont un caractère diffus et leurs effets sont retardés et latents. Ils représentent donc un paradigme, un problème d'action collective omniprésent et doté d'une telle complexité qu'on est tous à la fois responsables et innocents. Ainsi, les tribunaux auront de nombreuses raisons, voire seront même une arme doctrinale, pour empêcher que les poursuites en responsabilité délictuelle pour changement climatique n'arrivent devant un jury »³.

13 - Pour revenir aux conditions de la responsabilité délictuelle, plusieurs considérations s'imposent.

14 - S'agissant tout d'abord de l'obligation, force est de reconnaître qu'aux États-Unis, la notion d'obligation liée à la responsabilité délictuelle n'est pas clairement définie : elle relève encore des opinions contradictoires rendues il y a 90 ans par les juges Cardozo et Andrews dans l'affaire *Palsgraf contre Long Island Railroad Company*⁴. Selon le juge Cardozo, « La conduite antisociale ne déclenche une obligation de responsabilité délictuelle que lorsque ses effets nocifs potentiels peuvent être directement liés à des victimes particulières et identifiables ». Selon le juge Andrews « une notion de responsabilité commune devant laquelle tous les acteurs ont l'obligation d'éviter un comportement irrégulier, indépendamment du fait que ce comportement peut impliquer une relation de responsabilité envers les plaignants ». Les tribunaux fédéraux et étatiques qui sont confrontés à des actions en justice pour négligence ou nuisance tombent quelque part dans cette catégorie. L'identification d'une obligation juridique selon l'approche du juge Cardozo est complexifiée par les données du changement climatique. Après tout, le changement climatique est un problème géophysique, en cours depuis des siècles, ayant des origines diverses telles que les volcans, les feux de forêts, la déforestation, et la combustion d'énergies fossiles. De plus, le spectre des effets est global. Un individu raisonnable, exerçant une vigilance normale, peut-il être à même de présager qu'une activité donnée, telle que celle d'une industrie qui exploite les énergies fossiles, pourrait causer ces problèmes pour ces personnes spécifiques ? Et si c'est le cas, à quel moment pouvons-nous lui imputer cette connaissance ? Serait-ce plus avantageux si les requérants sont des villes ou des États, plutôt que des individus ? À noter que la compréhension libérale de l'obligation ne comprend pas l'élément de prévisibilité – cette prévisibilité survient plus tard, lorsqu'il s'agit d'établir une cause directe.

15 - Venons, en deuxième lieu, à la violation. Une fois que l'obligation a été établie, la responsabilité délictuelle ne peut s'ensuivre qu'en cas de violation, sous quelque forme, de cette obligation. L'élément clé de l'évaluation d'une violation, dans le cadre d'une analyse conventionnelle, est la mise en équilibre des valeurs concurrentes afin de déterminer le caractère raisonnable des activités du défendeur. Dans les deux cas, il y a l'élément du « test du coût-bénéfice du bien-être social ». La science de l'attribution est évidemment centrale dans le calcul des coûts associés aux impacts climatiques. Dans certains cas, la science de l'attribution peut aussi jouer un rôle dans le calcul des bénéfices liés au changement climatique. Tel qu'on l'a longtemps reconnu, le changement climatique peut générer certains « gagnants ». Toutefois, de nombreux avantages des activités des défendeurs se situent en dehors du champ de la science de l'attribution.

16 - S'agissant, en troisième lieu, de la causalité, il incombe au demandeur de démontrer que le comportement du défendeur était à la fois la cause directe et factuelle du dommage. La causalité factuelle concerne la relation scientifique entre l'action ou le comportement du défendeur et le dommage allégué. Afin de démontrer cette dimension de la causalité, il est nécessaire de démontrer à la fois la causalité générale ou générique et la causalité individuelle ou spécifique. Un commentateur⁵ a formulé un résumé utile : « La causalité générale se réfère à la question de savoir si l'action concernée pourrait avoir causé le dommage allégué, alors que la causalité spécifique se réfère à la question de savoir si l'action concernée a vraisemblablement causé le dommage allégué ». Ce sont deux approches différentes, qui entraînent des questions distinctes relatives à la science de l'attribution.

17 - En ce qui concerne la causalité générale, la question déterminante est de savoir si, et dans quels cas, les tribunaux tiendront un acteur responsable même s'il n'est pas la seule cause du préjudice. La question est de savoir si et comment les tribunaux peuvent répartir la responsabilité parmi les nombreux émetteurs de GES. Comme dans les cas de dommages dérivant de l'exposition à des substances toxiques, il existe plusieurs moyens de répartir la responsabilité parmi les parties concernées, notamment l'appui d'études statistiques, de probabilités et épidémiologiques. Lorsque la probabilité qu'une substance utilisée par le défendeur a causé une partie importante d'un préjudice atteint un certain seuil, alors les tribunaux peuvent être à même de tenir ces parties responsables du préjudice.

18 - En ce qui concerne la causalité individuelle, la question centrale est celle de savoir « si les actions ou comportement du défendeur ont constitué " un facteur essentiel " qui a contribué au préjudice ». Dans la mesure où l'on veut démontrer que le changement climatique est la cause d'un événement climatique local dommageable, et avant même d'évoquer la contribution des demandeurs dans le dommage (selon la doctrine de la *contributory negligence*), la difficulté de prouver les dommages climatiques est claire : il sera en effet difficile de qualifier les émissions de tout acteur, et même celles d'un groupe d'acteurs, de *condicio sine qua non* du changement climatique. Certains tribunaux ont pour l'instant invoqué les tests de « facteur déterminant » et de « contribution matérielle », mais un tel test peut être difficilement satisfait en ce qui concerne des émetteurs particuliers, tels que les entreprises du fossile.

19 - Contrairement à la causalité factuelle, centrée sur la connaissance scientifique, la causalité directe permet de déterminer si le préjudice est suffisamment proche de l'action liti-

Not-So-Radical Idea : Tort-Based Climate Change Litigation, 28 COLUM. J. ENVTL. L. 1 (2003) ; Eduardo M. Peñalver, *Acts of God or Toxic Torts ? Applying Tort Principles to the Problem of Climate Change*, 38 NAT. RESOURCES J. 563 (1998).

3. Douglas A. Kysar, *What Climate Change Can Do About Tort Law*, 41 Env'tl. L. 1, 3-4 (2011).

4. 162 N.E. 99 (N.Y. 1928).

5. Byers et al., *The Internationalization of Climate Damages Litigation*, note 1, at 279-280.

gieuse pour caractériser la responsabilité du défendeur. Afin de répondre à cette question, les tribunaux peuvent choisir de prendre en compte les facteurs tels que la proximité géographique et temporelle entre l'activité dite néfaste et le dommage/préjudice, et si le préjudice était un résultat prévisible du comportement. Ceci nous renvoie au problème d'attribution de la responsabilité en se fondant sur la science : à quel moment spécifique, un acteur individuel était-il conscient que sa conduite/ses activités contribueraient au changement climatique ? Les tribunaux peuvent-ils tenir les entreprises individuelles responsables de leurs contributions à un phénomène global qu'est le changement climatique ?

20 - Enfin, le dommage. Les requérants doivent pouvoir démontrer le dommage causé. S'ils souhaitent réclamer des dommages et intérêts suite à un événement du passé ou suite à une situation en cours, le dommage est ainsi relativement évident. Cependant, pour ce qui est des actions en cours en Californie⁶, les requérants réclament un fond de compensation qui

6. V. les contributions de Michael Gerrard et de Luca d'Ambrosio dans ce dossier. Les documents relatifs à ces actions sont disponibles sur le site web du Sabin Center for Climate Change Law and Arnold & Porter, U.S. Climate Change Litigation Database, *Common Law Claims* (<http://climatecasechart.com/case-category/common-law-claims/>).

réglera l'avenir projeté. Le rôle de la science du climat est clair : ces réclamations se basent sur des projections des impacts futurs du changement climatique sous une gamme de scénarios d'émissions. Le droit jurisprudentiel peut servir à examiner ces réclamations sous l'angle de la doctrine de nuisance anticipée. Toutefois, ce ne sont pas tous les tribunaux qui adoptent cette approche. Le tutoriel sur le changement climatique tenu par le juge Alsup dans le district nord de la Californie il y a quelques semaines a reçu beaucoup d'attention. Il y a plusieurs manières de l'interpréter. Le résultat le plus important est que les industries qui exploitent les énergies fossiles s'appuient sur les rapports et expertises du GIEC comme étant au fondement de la science du climat.

21 - Pour conclure, nous parlons fréquemment aux journalistes aux États-Unis, surtout après la saison d'ouragans l'automne dernier et lorsque ces actions en justice ont été intentées. Ils cherchent à savoir si la science peut soutenir la responsabilité juridique. Ma réponse brève est, peut-être. Si les demandeurs peuvent passer le seuil des enjeux préliminaires et d'admissibilité. Mais cela reste un grand « SI » conditionnel.

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Développement durable - Changement climatique - Responsabilité