

URGENDA : QUELLES LEÇONS POUR LA BELGIQUE ?

par

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Isabelle HACHEZ

Cécile JADOT

Amélie DAVID

Arnaud PICQUE

Nicolas BERNARD

Claire LANGLOIS

Basil GOMES

*Chercheuses et chercheurs au Centre interdisciplinaire de recherches
en droit constitutionnel et administratif (C.I.R.C)
de l'Université Saint-Louis-Bruxelles**

SOMMAIRE

I. La décision du Hoge Raad et ses rétroactes.....	3
II. Le locus standi	6
A. Le droit d'action collectif selon l'article 3:305a du Code civil des Pays-Bas	6
B. Le droit d'action collectif en matière environnementale : les données classiques du droit judiciaire commun en droit belge.....	7
C. Les données nouvelles en droit belge relatives au droit d'action collectif en matière de droits fondamentaux : quels apports au contentieux environnemental ?.....	8
D. Les ressources de la loi du 12 janvier 1993.....	10
III. Le fondement : la mobilisation du droit de la Convention européenne des droits de l'homme « éclairé » par le soft law	11
A. La protection de l'environnement par les articles 2 et 8 de la Convention.....	12
1. Considérations générales.....	12
2. La protection offerte par l'article 8 de la Convention.....	13
3. La protection offerte par l'article 2 de la Convention.....	15
B. La concrétisation via le <i>soft law</i>	15
C. En l'absence de précédents, point d'avancées ?	18
1. L'impossible action d'intérêt collectif devant la Cour européenne des droits de l'homme.....	19
2. Du bon usage de la marge nationale d'appréciation.....	23

* L'écriture du présent texte a été achevée le 30 octobre 2020. Une remise à jour limitée à l'essentiel a été effectuée au 15 mars 2021.

IV. Les remèdes	25
A. Outre Moerdijk : pas d'injonction de légiférer prohibée.....	25
B. Quid en Belgique ?	27
V. Le destinataire de l'injonction	32
VI. La question des astreintes	34
Conclusion	35

« In deze zaak doet zich een uitzonderlijke situatie voor. Er bestaat immers de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn [...]. De Staat is verplicht om in dit verband “het zijne” te doen [...]. Jegens de ingezetenen van Nederland, voor de belangen van wie Urgenda in dit geding opkomt, volgt die plicht uit de art. 2 en 8 EVRM, op grond waarvan de Staat is gehouden om het recht op leven en op privé-, familie- en gezinsleven van zijn ingezetenen te beschermen [...]. Dat in dit verband een reductie noodzakelijk is met minimaal 25% in 2020 door Annex I-landen, waaronder Nederland, volgt uit de door rechtbank en hof vastgestelde, algemeen in de klimaatwetenschap en in de internationale gemeenschap gedeelde opvatting [...]. Het beleid dat de Staat sinds 2011 voert en voornemens is te voeren [...], waarbij maatregelen voor langere tijd worden uitgesteld, is daarmee, zoals het hof heeft vastgesteld, evident niet in overeenstemming, althans heeft de Staat niet inzichtelijk kunnen maken dat dit wel het geval is [...] ».

C'est en ces termes que le Hoge Raad des Pays-Bas conclut, le 20 décembre 2019¹, l'une

des décisions les plus marquantes de la décennie², non seulement pour les environnementalistes, mais également pour les spécialistes du droit de la responsabilité civile, du droit constitutionnel et du droit des droits de l'homme. En l'occurrence, la haute juridiction batave, sur conclusions conformes de son Parquet général³, rejeta le pourvoi qui avait été introduit par l'État hollandais à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de La Haye du 9 octobre 2018⁴ qui lui avait ordonné de réduire de 25 %, d'ici à 2020, l'émission de ses gaz à effet de serre, confirmant sur ce point un jugement du 24 juin 2015⁵.

disponible en ligne sur : <https://plus.lesoir.be/269895/article/2019-12-30/carte-blanchelarret-historique-de-la-cour-supreme-des-pays-bas>.

² Voy. O. DE SCHUTTER, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire Urgenda », *op. cit.*, p. 567.

³ Parquet général de la Cour suprême des Pays-Bas, 13 septembre 2019, n° 19/00135, ECLI:NL:PHR:2019:887 : Les conclusions sont disponibles en ligne sur : <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2019:1026>.

⁴ Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018, n° 200.178.245/01, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, disponible en anglais en ligne sur : https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI_NL_GHDHA_2018_2610.pdf. Voy. les commentaires de cet arrêt, not. Y. KERBAT, note sur Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018, *Pays-Bas c. Fondation Urgenda, R.G.D.I.P.*, 2018, pp. 1086-1089 ; T. R. BLEEKER, « Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM », *N.T.B.R.*, 2018/39 (afl. 9/10), p. 292 ; T. BARKHUYEN et M. L. VAN EMMERIK, « Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van LINDENBAUM/Cohen via Kelderluik en Oneryildiz naar Urgenda? », *RMThemis* 2019 (afl. 1), pp. 43 et s. ; D. G. J. SANDELIK, « Positieve verplichtingen als redders van het klimaat », *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2019 (afl. 1), pp. 64-69 ; J. W. A. FLEUREN, « Urgenda en niet(?) – rechtstreeks werkend internationaal (klimaat) recht », *N.J.B.*, 2019/475 (afl. 9), pp. 604-605 ; L. BESSELINK, « De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing », *N.J.B.*, 2018/2154 ; F. HAUMONT, « Environnement et développement durable – Urgenda et la Convention européenne des droits de l'homme », *E.E.I.*, n° 5, mai 2019 ; N. DE SADELEER, « Mise en cause de la politique climatique néerlandaise au regard du droit à la vie et du respect de la vie privée et familiale et du domicile, observations sous l'arrêt de la cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018, Urgenda », *Amén.*, 2019, liv. 1 ; A. ADAM, « Une nouvelle ère judiciaire pour le climat. Entre le juge et le politique, la Terre balance », *J.L.M.B.*, 2019/40.

⁵ Tribunal civil de La Haye, 24 juin 2015, n° C/09/45668 / HA ZA 13-1396, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, disponible en anglais en ligne sur : <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/VerdictDistrictCourt-Urgenda-Staat-24.06.2015.pdf>. Sur cette décision, voy. les commentaires, parmi beaucoup d'autres, de C. BACKES, noot onder Rechtbank Den Haag, 24 juin 2015, *A.B.*, 2015/36, pp. 212-216 ; R. SCHUTGENS, « Urgenda en detrias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter », *N.J.B.*, 2015, p. 2272 ; R. A. J. VAN GESTEL et M. A. LOTH, « Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0 », *NJB*, 2015, p. 2599-2604 ; N. J. SCHRIJVER, « De reflexwerking van het internationale recht in de klimaatzaak van Urgenda », *Milieu en Recht*, 2016, p. 270-272 ; M. A.

¹ Hoge Raad, 20 décembre 2019, n° 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 disponible en anglais en ligne sur : <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf> (consulté le 18 septembre 2020) ; voy. la traduction libre en français en ligne sur : https://equal-academy.eu/uploads/resources_files/URGENDA_ARRET_COUR_SUPREME_PB_201219.pdf. Voy. not., parmi les nombreux commentaires de cet arrêt, et outre les commentaires cités plus ponctuellement ci-après : A. ADAM, « La décision Urgenda de la Cour suprême des Pays-Bas : la science du climat au service des droits humains », *J.L.M.B.*, 2020/22, p. 1016 ; D. MISONNE, « Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, Pays-Bas c. Urgenda, l'arrêt colibri », in C. COUNIL (éd.), *Les grandes affaires de la justice climatique*, 2020 ; N. DE SADELEER, « Quand la science climatique s'invite au prétoire. Décryptage de l'affaire Urgenda », *Blogdroit-europeen Working Paper*, 3/2020, mai 2020 ; O. DE SCHUTTER, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire Urgenda », *Rev. Trim. Dr Homme*, 2020, pp. 567 et s. ; P. GILLIAERTS, « Mijlpaalarrest Hoge Raad in Urgendazaak : to share is (to create a duty of) care? », *T.M.R.*, 2020, pp. 79 et s. ; C. BACKES et C. A. VAN DER VEN, « Noot onder Hoge Raad, 20 december 2019 », *A.B.*, 2020/24, pp. 170 et s. ; A. BURNIAT, Y. CARTUYVELS, A. DE KERCHOVE, O. DE SCHUTTER, V. ENGEL, J. FIERENS, M. GEVERS, O. KLEIN, Y. MOREAU, A. SCHAUS et D. VAN RAEMDONCK, « Carte blanche : L'arrêt historique de la Cour suprême des Pays-Bas », *Le Soir*, 30 décembre 2019,



Qu'ils en aient chanté les louanges ou, au contraire, dressé une sévère critique⁶, les commentaires de cette décision n'ont d'ores et déjà pas manqué, outre Moerdijk et ailleurs. L'objet des lignes qui suivent ne consistera pas à dupliquer l'ensemble de ce qui s'est déjà dit, ni même à tenter de le synthétiser, mais à livrer à une analyse critique de certains des enseignements marquants de la décision du *Hoge Raad* et ce, dans l'optique d'en établir l'« exportabilité », *vel non*, dans un contexte belge. Seront ainsi passés en revue, tout d'abord, la question du *locus standi* (II) et de l'appui que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété à la lumière d'instruments de *soft law*, est en mesure d'offrir à l'établissement de l'illégalité des insuffisances de l'action étatique en matière de lutte contre le réchauffement climatique (III). Nous examinerons par la suite la question des remèdes : une injonction adressée à la puissance publique de prendre les mesures requises pour réduire ses émissions de gaz à effet de serre, éventuellement assortie d'astreintes (VI), est-elle compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs (IV), de manière générale, et avec la situation fédérale belge de « partage » des compétences en matière climatique (V), de manière particulière ? Articulé autour des questions ci-avant recensées, le présent commentaire s'abstiendra – en renvoyant à ce qui a d'ores et déjà pu être écrit sur la question⁷ – d'entrer dans l'analyse, de fait et de droit, des aspects proprement « environnementaux » de l'affaire. En quoi le réchauffement climatique est-il avéré, en quoi constitue-t-il un danger, et quels sont les engagements précis des États dans la lutte

contre le réchauffement climatique, au-delà des ressources qu'offre la Convention européenne des droits de l'homme ? Faute d'espace et non d'intérêt, nous ne rentrerons pas dans l'analyse de ces questions.

Au préalable à toute entrée en matière, il paraît indispensable de résumer, de manière succincte, les différentes étapes qu'a connues l'affaire *Urgenda* devant les juridictions hollandaises (I).

I. LA DÉCISION DU *HOGHE RAAD* ET SES RÉTRO-ACTES

L'action fut, en l'occurrence, introduite en 2013 par la fondation *Urgenda*⁸ et 886 citoyens néerlandais. Au fondement de celle-ci, figure l'affirmation que les émissions de gaz à effet de serre des Pays-Bas contribuent à un réchauffement climatique dangereux, que la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992 (ci-après, la « CCNUCC ») – que les Pays-Bas ont ratifiée – vise à empêcher⁹. Les requérants sollicitaient, en l'occurrence, que l'État défendeur soit condamné à réduire le volume de ses émissions de gaz à effet de serre émises au départ de son territoire, de 40 %, ou du moins de 25 %, par rapport au volume de 1990 d'ici à la fin de l'année 2020.

De manière assurément remarquable¹⁰, les données factuelles sur lesquelles reposait ainsi la demande ne furent – d'un bout à l'autre de la procédure – pas réellement contestées par l'État défendeur. On se permettra donc de faire l'économie de leur exposition, et du traitement que leur réservèrent les juridictions saisies. Seul le

LOTH, « Climate Change Liability After All: A Dutch Landmark Case, *Tilburg Law Review*, 2016, p. 25 ; R. COX, « A Climate Change Litigation Precedent: *Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands* », *Journal International and Comparative Law*, vol. 21, 2016, pp. 5-30 ; M. TORRE-SCHAUB, « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 », *R.I.D.C.*, 2016, pp. 672-693 ; S. FIKKERS, « *Urgenda*, de zorgplicht en toekomstige Generaties », *Nederlands Juristenblad*, 2015, pp. 2289-2293 ; L. BERGKAMP et J. C. HANEKAMP, « Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies ? », *European Energy and Environmental Law Review*, 2015, pp. 102-114 ; A. SOETE et H. SCHOUKENS, « Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherp-rechter bij een falend milieubeleid ? », *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2016, pp. 186-203 ; J. VAN ZEBEN, « Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation : Will *Urgenda* Turn the tide ? », *Transnational Environmental Law*, 2015 ; A.-S. TABAU et C. COUNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation *Urgenda* contre Pays-Bas, *Revue juridique de l'environnement*, 2015/4, vol. 40 ; R. VANDERBECK, « Tribunal de La Haye, 24 juin 2015, *Urgenda Foundation et al. c. État néerlandais* », *Amen.*, 2016, liv. 4, p. 255.

⁶ Parmi les commentaires critiques des positions des juges adoptées en l'espèce, voy. not. L. BERGKAMP et J. C. HANEKAMP, « Climate Changes litigation against States : The Perils of Court-Made Climate Policies », *European Environmental Law Review*, 2015, vol. 24, pp. 102-114

⁷ Voy. *supra*, et plus particulièrement : O. DE SCHUTTER, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire *Urgenda* », *op. cit.*

⁸ Dans la description qu'en fait la Cour d'appel de La Haye, *Urgenda* est une « plateforme citoyenne [...] qui participe à l'élaboration de plans et de mesures de prévention du changement climatique. *Urgenda* est une fondation dont le but, selon ses statuts, est de stimuler et d'accélérer les processus de transition vers une société plus durable, en commençant aux Pays-Bas » (point 3.1 de l'arrêt de la Cour d'appel ; traduction libre).

⁹ Art. 2 de la CCNUCC : « L'objectif ultime de la présente Convention et de tous instruments juridiques connexes que la Conférence des Parties pourrait adopter est de stabiliser, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique. Il conviendra d'atteindre ce niveau dans un délai suffisant 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 ».

¹⁰ Voy. le point 4.8 de l'arrêt de la Cour d'appel : « Les Pays-Bas sont parties à la Convention des Nations Unies sur le climat et à l'Accord de Paris ; l'État reconnaît les faits susmentionnés. L'État ne conteste pas la conclusion de la cour d'appel [...] et approuve la nécessité urgente de prendre des mesures pour réduire les émissions de G.E.S. L'État ne conteste pas non plus qu'il est obligé de contribuer à cette réduction des émissions » (traduction libre). Voy. encore C. BACKES et C. VAN DEN VEEN, « *Noot onder Hoge Raad*, 20 december 2019 », *op. cit.*, p. 171.

raisonnement retenu par ces dernières sur les points énumérés dans notre introduction sera brièvement relaté.

En première instance, le Tribunal de district de La Haye fit droit à la demande d'Urgenda par jugement du 24 juin 2015, en l'estimant recevable et fondée.

La question de la recevabilité de l'action devait s'analyser sous deux angles. Premièrement, l'intérêt de la Fondation Urgenda, en sa qualité de personne morale, et deuxièmement, l'intérêt d'Urgenda en sa qualité de représentante légale et mandataire de 886 personnes¹¹.

Le Tribunal jugea l'action recevable sous le premier angle, en tant qu'Urgenda agit en son nom sur la base d'une disposition du Code civil néerlandais permettant d'introduire des actions d'intérêt collectif (art. 3.305a)¹². S'appuyant sur les statuts d'Urgenda, qui stipulent notamment qu'elle vise à « atteindre un développement durable et à prévenir les conséquences des changements climatiques sur les sociétés humaines, particulièrement aux Pays-Bas mais pas seulement », le Tribunal reconnut son intérêt collectif et estima qu'il lui confère un intérêt à agir suffisant¹³. Sous le deuxième angle, le Tribunal n'examina pas l'intérêt à agir d'Urgenda en tant qu'elle agissait au nom de 886 citoyens mandants, estimant qu'ils n'apparaissent pas avoir un intérêt propre suffisant outre celui que le Tribunal a déjà reconnu à Urgenda, et que de toute façon, à considérer que cette action soit recevable, cela ne pourrait aboutir à un autre dispositif¹⁴.

Sur le fond cette fois-ci, le Tribunal considéra en premier lieu, en se basant largement sur les rapports du GIEC (le « Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat »)¹⁵,

que « *Bij een temperatuurstijging van meer dan 2 °C ten opzichte van het pre-industriële niveau ontstaat een zeer gevaarlijke situatie voor de mens en het milieu* »¹⁶. Sur la base du régime juridique international en matière de réchauffement climatique, le Tribunal déduisit que pour éviter une telle augmentation de plus de 2 °C, les pays repris à l'annexe 1 de la CCNUCC [...] devaient réduire leurs émissions annuelles de gaz à effet de serre de 25 à 40 % en 2020 par rapport au niveau de 1990¹⁸. Le Tribunal examina ensuite la question de savoir s'il pouvait être conclu à une obligation légale pour l'État néerlandais de réduire d'une telle manière ses émissions. À cette fin, il mobilisa le droit international et européen dans le cadre de son interprétation du droit national, et principalement de la norme de prudence et de diligence contenue à l'article 6.162 du Code civil néerlandais, considérant qu'une règle de droit interne doit, dans la mesure du possible, être interprétée conformément aux obligations internationales de cet État¹⁹. Ainsi, il souligna l'effet « réflexe » du droit international dans le droit interne²⁰. La mobilisation du droit des droits de l'homme ne fut, dans cette perspective, qu'indirecte. Le Tribunal jugea en effet qu'en raison de sa qualité de personne morale, Urgenda ne pouvait se prévaloir de la violation des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 34 de ce même instrument²¹ et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme y relative²². Ces dispositions

GIEC (IPCC en anglais) : <https://www.ipcc.ch/languages-2/francais/> ; voy. point 12 de l'arrêt de la Cour d'appel.

¹⁶ Voy. le point 4.18 du jugement du Tribunal (traduction libre : « en cas d'une augmentation de la température de plus de 2 °C par rapport au niveau préindustriel naît une situation très dangereuse pour l'homme et l'environnement »).

¹⁷ Art. 4 de la CCNUCC.

¹⁸ Voy. le point 4.31 du jugement du Tribunal.

¹⁹ Voy. les points 4.43 et 4.44 du jugement du Tribunal.

²⁰ Voy. le point 4.43 du jugement du Tribunal. Par « effet réflexe », on vise l'obligation d'interpréter la règle interne de manière conforme à l'obligation internationale, la première devenant ainsi, de manière indirecte, le véhicule de la norme de comportement portée par la seconde.

²¹ Article 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». Voy. ci-après, III.3.

²² Voy. le point 4.45 du jugement du Tribunal : « En appréciant la question de savoir si l'État, avec sa politique climatique actuelle, enfreint ou non l'un des droits subjectifs d'Urgenda, le Tribunal considère qu'Urgenda elle-même ne peut pas être désignée comme victime directe ou indirecte, au sens de l'article 34 de la CEDH, d'une violation des articles 2 et 8 de la CEDH. Après tout, contrairement à une personne physique, une personne morale ne peut se plaindre de la violation de son intégrité physique ni de sa vie privée (cf. Cour eur. D.H., 12 mai 2015, *Idetoba et al./Georgia*, n° 73235/12). Les objectifs, formulés dans ses statuts, sont expliqués de manière à inclure également la protection de la société nationale et internationale contre une violation des

¹¹ Ainsi, la citation introductive d'instance du 20 novembre 2013 est introduite par : « *de stichting Urgenda [...], als in haar hoedanigheid van procesgevolmachtigde en vertegenwoordiger van de personen die zijn vermeld op bijlage A* ».

¹² Art. 3 :305a du Code civil néerlandais, qui peut se traduire comme suit : « une fondation ou association avec une capacité juridique complète peut introduire une action en justice qui vise la protection d'intérêts similaires d'autres personnes, pour autant qu'elle défende ces intérêts en vertu de ses statuts » (traduction libre de R. VANDERBECK, « Tribunal de La Haye, 24 juin 2015, Urgenda Foundation et al. c. État néerlandais », *Amen.-Env.*, 2016, liv. 4, p. 255).

¹³ Voy. les points 4.4 à 4.10 du jugement du Tribunal. Pour aller plus loin : A. S. TABEAU et C. COUNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas, *Revue juridique de l'environnement*, 2015/4, vol. 40, p. 677.

¹⁴ Voy. le point 4.109 du jugement du Tribunal.

¹⁵ Le GIEC (« le Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat ») est un organisme intergouvernemental et scientifique établi en 1988 par l'OMM et le PNUE, qui a pour mission d'examiner et d'évaluer les données scientifiques, techniques et socio-économiques les plus récentes publiées dans le monde et utiles à la compréhension des changements climatiques, en vue de les mettre à la disposition des responsables politiques, voy. le site du

et leurs interprétations données par la Cour européenne des droits de l'homme ne pouvaient donc être utilisées qu'aux fins d'interprétation du droit national²³. Il en allait d'autant plus ainsi que le Tribunal estimait qu'il ne disposait pas de suffisamment de détails concernant la situation des 886 co-demandeurs pris individuellement et que cela ne lui permettait pas de conclure à une violation des droits de l'homme dans leur chef²⁴.

En conséquence, c'est en se basant sur le devoir de diligence consacré dans le Code civil néerlandais (art. 6:162)²⁵, tel qu'éclairé par le droit international et européen²⁶, que le Tribunal imposa à l'État néerlandais de prendre les mesures nécessaires pour que l'objectif d'une augmentation de la température moyenne de maximum 2 °C soit atteint. Afin de respecter la marge d'appréciation de l'État, le Tribunal décida de ne lui imposer que le minimum (25 %) de la fourchette de réduction des émissions de gaz à effet de serre à atteindre en 2020, par rapport à 1990²⁷. Le Tribunal jugea ainsi que « [...] *de Staat – afgezien van het hierna nog te bespreken verweer – tegenover Urgenda onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld door voor het jaar 2020 uit te gaan van een reductiedoelstelling van minder dan 25% ten opzichte van het jaar 1990* »²⁸. *Last but not least*, la juridiction de première instance rejeta l'argument avancé par l'État néerlandais, qui estimait que l'injonction demandée impliquerait une violation du principe de la séparation des pouvoirs : on y reviendra par la suite (*infra* point IV).

Saisie à son tour, la Cour d'appel de La Haye rejeta l'appel de l'État néerlandais par un arrêt du 9 octobre 2018. Tout en confirmant la responsabilité de l'État pour violation de son devoir de

diligence, la Cour fonde par contre sa décision directement sur les articles 2 et 8 de la CEDH²⁹, et ce, contrairement au Tribunal de district qui n'avait fait usage de ces dispositions qu'à de pures fins d'interprétation. La Cour d'appel estime que c'est de manière non pertinente que le Tribunal avait fait une application des exigences de l'article 34 de la Convention, dont le seul objet est en effet de conditionner la recevabilité du droit de requête devant la Cour européenne des droits de l'homme elle-même³⁰. La Cour reconnut tout au contraire que Urgenda pouvait fonder son action devant les juridictions néerlandaises sur les articles 2 et 8 de l'instrument précité³¹ : le *locus standi* devant les juridictions néerlandaises devait être analysé sous l'angle exclusif du droit national néerlandais³².

La Cour estima par ailleurs qu'Urgenda avait un intérêt suffisant à sa demande en ce qu'il existait une menace réelle de réchauffement climatique dangereux, non seulement aujourd'hui mais certainement aussi dans un avenir proche³³.

Sur cette base, et quoique sur un fondement juridique distinct de ce dernier, la Cour d'appel rejoignit en substance le raisonnement du Tribunal, et confirma la condamnation entreprise.

Fort de 46 pages, le pourvoi en cassation de l'État néerlandais est rejeté par une décision du *Hoge Raad* du 20 décembre 2019 – qui en alignait quant à elle 43, le tout sur des conclusions conformes denses et fouillées – 152 pages, 597 notes de bas de page – de MM. Langemeijer et Wissink, représentants du Parquet général près le *Hoge Raad*. L'État néerlandais est définitivement obligé de réduire les émissions de gaz à effet de

articles 2 et 8 CEDH, cela ne donne pas à Urgenda le statut de victime potentielle au sens de l'article 34 CEDH (cf. Cour eur. D.H., 29 septembre 2009, *Van Melle et al./ Pays-Bas*, n° 19221/08). Par conséquent, Urgenda elle-même ne peut pas invoquer directement les articles 2 et 8 de la CEDH (néerlandais) » (traduction libre) ; voy. égal. les points 4.44 et 4.46 du jugement du Tribunal.

²³ Voy. le point 4.46 du jugement du Tribunal.

²⁴ Voy. le point 4.109 du jugement du Tribunal ; voy. A. S. TABEAU et C. COUNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas, *op. cit.*, p. 680.

²⁵ L'article 6:162 du Code civil néerlandais dispose en son alinéa 1^{er} que « *Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden* ».

²⁶ Voy. les points 4.53 et 4.54 du jugement du Tribunal ; voy. égal. A. SOETE et H. SCHOUKENS, « Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid », *N.J.W.*, 2016, p. 192, et R. VANDERBECK, « Tribunal de La Haye, 24 juin 2015, Urgenda Foundation et al. c. État néerlandais », *op. cit.*, p. 256.

²⁷ Voy. les points 4.83 à 4.93 du jugement du Tribunal.

²⁸ Voy. le point 4.93 du jugement du Tribunal (Traduction libre : « L'État [...] a agi à l'égard d'Urgenda de façon imprudente et, partant, illicite en suivant pour l'année 2020 un objectif de réduction de moins de 25 % par rapport à l'année 1990 »).

²⁹ Voy. les points 40 à 43 de l'arrêt de la Cour d'appel.

³⁰ Voy. le point 35 de l'arrêt de la Cour d'appel : « *De rechtbank heeft, in navolging van de Staat, aan artikel 34 EVRM ontleend dat Urgenda geen rechtstreeks beroep toekomt op de artikelen 2 en 8 EVRM. Hiermee miskent de rechtbank dat artikel 34 EVRM (slechts) gaat over de toegang tot het EHRM. Blijkens dit artikel hebben burgers, NGO's en groepen personen (en wel voor zover zij schending van hun in het EVRM gewaarborgde rechten claimen), toegang tot het hof in Straatsburg. (...) Dit betekent dat artikel 34 EVRM geen grondslag kan bieden voor ontzegging aan Urgenda in deze procedure van een beroep op de grondrechten van de artikelen 2 en 8 EVRM* » ; traduction officielle en anglais : « *Like the State, the district court derived from Article 34 ECHR that Urgenda cannot directly invoke Articles 2 and 8 ECHR. In doing so, the district court fails to acknowledge that Article 34 ECHR (only) concerns access to the European Court of Human Rights (ECtHR) [...] Article 34 ECHR cannot serve as a basis for denying Urgenda the possibility to rely on Articles 2 and 8 ECHR in these proceedings* ». Voy. N. DE SADELEER, « Quand la science climatique s'invite au prétoire. Décryptage de l'affaire Urgenda », *Blogdroiteuropeen Working Paper*, 3/2020, mai 2020, p. 2, disponible en ligne sur : <https://wp.me/p6OBGR-3Hn>.

³¹ Voy. le point 36 de l'arrêt de la Cour d'appel.

³² En l'espèce sur la base de l'article 3:305a du Code civil néerlandais ; voy. le point 36 de l'arrêt de la Cour d'appel.

³³ Voy. le point 38 de l'arrêt de la Cour d'appel ; voy. également le point 37 à propos de l'intérêt des générations futures.

serre à partir du sol néerlandais d'au moins 25 % par rapport à 1990 d'ici à la fin de 2020.

II. LE *LOCUS STANDI*

Dans une thèse résolument pionnière³⁴, Olivier De Schutter invitait à réinterroger les données et raisonnements classiques en matière d'effectivité des droits fondamentaux. Plutôt que de borner cette effectivité par les ressources procédurales disponibles *hic et nunc*, « à droit constant », il conviendrait de repenser ces ressources – qu'elles concernent l'accès à la Justice ou les pouvoirs reconnus au juge –, pour accroître l'effectivité recherchée. La reconnaissance d'un droit d'action collectif est, dans cette perspective, une conquête de toute première importance³⁵.

Ci-avant résumé, le raisonnement du Tribunal de district de La Haye, est, à cet égard, éloquent. Dût-on même en avoir su davantage sur leurs *curriculum vitae* respectifs, il est fort peu probable que l'un quelconque des 886 citoyens demandeurs se serait vu individuellement reconnaître l'intérêt direct et personnel normalement requis pour ester en justice. L'article 3:305a du Code civil néerlandais permettait de circonvenir cette difficulté, en autorisant *Urgenda* à agir (A). Qu'en serait-il par contre en Belgique ? La question sera traitée à un triple niveau : les données classiques dans lesquelles le Code judiciaire enserme le droit d'action collectif, telles qu'interprétées par la Cour de cassation (B), les données nouvelles issues de la modification du Code judiciaire intervenue le 21 décembre 2018 (C), et, enfin, les ressources offertes par la loi du 12 janvier 1993 « concernant un droit d'action en matière d'environnement » (D).

A. LE DROIT D'ACTION COLLECTIF SELON L'ARTICLE 3:305A DU CODE CIVIL DES PAYS-BAS

L'article 3:305a du Code civil néerlandais, sur le fondement duquel *Urgenda* a saisi les juridictions des Pays-Bas, dispose (*traduction libre*) qu'« Une fondation ou une association dotée de la pleine capacité juridique peut intenter une action visant la protection d'intérêts similaires d'autres

personnes, dans la mesure où elle promeut ces intérêts en vertu de ses statuts »³⁶.

Cette disposition permet ainsi à une fondation ou association d'intenter une action d'intérêt collectif telle que celle d'*Urgenda*. Selon les travaux préparatoires, les intérêts susceptibles d'être protégés par ce genre d'action peuvent se situer dans n'importe quel domaine, pour autant qu'il y aille de la mise en cause des intérêts d'un certain nombre de personnes. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que toutes ces personnes aient un droit à agir en justice propre et que l'action collective regroupe ces potentielles demandes. Faisant référence à un arrêt de la Cour suprême du 27 juin 1986³⁷, le législateur néerlandais précise qu'il arrive souvent qu'une organisation défende des intérêts qui touchent de grands groupes de citoyens ensemble, alors même que les conséquences d'une éventuelle violation pour chaque citoyen individuellement est souvent difficile à percevoir. C'est précisément dans ces cas, pour lesquels les citoyens n'ont souvent pas de droit d'action, que le droit d'agir octroyé aux organisations sur base de l'article 3:305a démontre toute son utilité, en ce qu'il permet de regrouper les intérêts diffus (c'est-à-dire pour lesquels il n'est pas clair à l'avance qui sera lésé en cas de préjudice) de nombreux citoyens³⁸.

Si l'article 3:305a du Code civil néerlandais permet une action collective, l'alinéa 3 de cette disposition limite néanmoins les mesures susceptibles d'être demandées dans ce cadre, en excluant expressément toute action visant à obtenir des dommages et intérêts. La *ratio legis* de cette interdiction réside dans le principe selon lequel une indemnisation ne doit être versée qu'aux personnes ayant subi le préjudice en question, le législateur néerlandais estimant qu'il n'existe dès lors aucune possibilité pour les fondations ou associations de demander cette indemnisation au nom d'autrui. D'autres arguments, tels que le caractère inconcevable d'une indemnisation exempte de toutes formes de restrictions destinées à garantir les intérêts des personnes concernées, ou encore la multitude de complications juridiques et techniques auxquelles serait confrontée une telle possibilité, ont été avancés par les travaux parlementaires³⁹.

Comme indiqué précédemment, l'objet social d'*Urgenda* consiste notamment à « stimuler et

³⁴ Voy. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

³⁵ P. MARTENS, « Vers quelle action d'intérêt collectif ? », note sous C.C., 10 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/8, p. 358.

³⁶ Traduction libre.

³⁷ HR, 27 juin 1986, *De Nieuwe Meer*, *N.J.*, 1987, p. 743.

³⁸ Exposé des motifs, *Kamerstukken II*, 1991-92, 22486, nr. 3, pp. 21 et s.

³⁹ Exposé des motifs, *Kamerstukken II*, préc., p. 29.



accélérer la transition vers une société durable, à commencer par les Pays-Bas »⁴⁰. Sur cette base, le Tribunal de district de La Haye, dans sa décision du 24 juin 2015, estima qu'*Urgenda* satisfaisait aux conditions ainsi posées par l'article 3:305a. En effet, le Tribunal considère que l'action introduite contre l'État appartient bien au groupe des réclamations que le législateur néerlandais a voulu rendre possible avec la disposition susmentionnée. À cet égard, le juge néerlandais renvoie à l'exposé des motifs de l'article 3:305a, lequel indique que l'action d'une organisation environnementale visant à protéger l'environnement, même hors le cas de la protection d'un groupe identifiable de personnes, est admissible dans le cadre du régime proposé⁴¹.

En réalité, le *locus standi* d'*Urgenda* et la recevabilité de l'action n'ont pas posé de difficultés lors des procédures aux Pays-Bas, que ce soit en première instance, en appel ou à l'occasion du pourvoi en cassation. En effet, les différentes juridictions concernées ont toutes conclu assez rapidement à la recevabilité de l'action, d'autant plus que le droit d'action de l'association n'était pas contesté par l'État (si ce n'est pour la défense par *Urgenda* des droits et intérêts de personnes dans d'autres pays)⁴².

Ce qui a, au contraire, occasionné plus de débats lors des différentes procédures, est la possibilité pour *Urgenda* de se prévaloir directement des articles 2 et 8 de la CEDH pour fonder sa demande : nous y avons déjà fait allusion, et la position adoptée sur ce point par la Cour d'appel, et ensuite endossée par le *Hoge Raad*, nous semble pouvoir être suivie sans réserve⁴³.

B. LE DROIT D'ACTION COLLECTIF EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE : LES DONNÉES CLASSIQUES DU DROIT JUDICIAIRE COMMUN EN DROIT BELGE

Une action en justice ayant un objet identique à celle qu'introduisit *Urgenda* relève, en droit belge, des attributions des cours et tribunaux de

l'ordre judiciaire. Les conditions du droit d'action devant ceux-ci – par exemple dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle, qui semble être le véhicule le plus évident de ce type d'action – sont énoncées aux articles 17 et 18 du Code judiciaire⁴⁴.

Selon la jurisprudence classique de la Cour de cassation, l'intérêt requis par le Code judiciaire fait obstacle – sauf exception légale⁴⁵ – à la recevabilité de l'*actio popularis* ainsi que – toujours sous réserve d'exceptions légales⁴⁶ – à la recevabilité des actions d'intérêt collectif. Par action d'intérêt collectif, il y a lieu d'entendre, selon la définition doctrinale classique, « l'action en justice introduite par un groupement, afin de protéger la finalité en vue de la défense de laquelle il s'est constitué »⁴⁷.

Selon un arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 1996⁴⁸, les principes encore et toujours applicables à la recevabilité de l'action d'intérêt collectif sont les suivants :

« [...] aux termes de l'article 17 du Code judiciaire, une demande ne peut être admise si le demandeur n'a pas intérêt pour la former ; qu'à moins que la loi n'en dispose autrement, la demande formée par une personne physique ou morale ne peut être admise si le demandeur n'a pas un intérêt personnel et direct, c'est-à-dire un intérêt propre ;

[...] l'intérêt propre d'une personne morale ne comprend que ce qui concerne l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux et ses droits moraux, spécialement son patrimoine, son honneur et sa réputation ; que le seul fait qu'une personne morale ou une personne physique poursuit un but, fût-il statutaire, n'entraîne pas la naissance d'un intérêt propre ».

La Cour considère dans ce sens que l'intérêt collectif autour duquel elle s'est constituée ne constitue pas un « intérêt propre » sur la base duquel une personne morale pourrait justifier son intérêt à agir.⁴⁹

⁴⁰ Traduction libre.

⁴¹ Voy. le point 4.6 du jugement du Tribunal.

⁴² À cet égard, le Tribunal de district de La Haye a jugé que le terme « société durable », utilisé par *Urgenda* dans ses statuts, a une dimension internationale inhérente, impliquant dès lors que l'association défend un intérêt qui, par nature, dépasse les frontières nationales. Par conséquent, le Tribunal en conclut qu'*Urgenda* peut partiellement fonder son action sur le fait que les émissions néerlandaises ont également des conséquences pour les personnes se trouvant en dehors des frontières nationales des Pays-Bas, puisque cette action vise de telles émissions.

⁴³ En ce sens égal., voy. P. GILLAERTS et W. NUNINGA, « Klimaatzaken via mensenrechten of buitencontractuele aansprakelijkheid : wat je van (noorder) burens leren kan », *R.W.*, 2019, p. 610.

⁴⁴ G. DE LEVAL, « Chapitre 1 – L'action en justice », *Droit judiciaire – Tome 2*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 78.

⁴⁵ Rappelons que la loi du 12 août 1911 « pour la conservation de la beauté des paysages », qui institue une action au profit de « tout citoyen belge », sans plus ample exigence d'intérêt, institue une manière d'*actio popularis*.

⁴⁶ Voy. p. ex. la loi du 12 janvier 1993 « concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement ».

⁴⁷ C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020, n° 6807, p. 189 ; O. DE SCHUTTER, « Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative », note sous Cass., 19 septembre 1996, *R.C.B.J.*, 1997, p. 113.

⁴⁸ Cass., 19 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 830.

⁴⁹ Cass., 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 338.

Ancrée dans l'interprétation d'une norme de rang législatif, l'exclusion des actions d'intérêt collectif est néanmoins appelée à céder, non seulement face à une *lex specialis* établie en sens contraire (comme le précise au demeurant la Cour), mais aussi, dans la droite ligne des enseignements de l'arrêt *Le Ski*⁵⁰, en cas de conflit avec une norme internationale dotée d'effet direct. Tel est le constat auquel parvint la Cour de cassation dans un arrêt du 11 juin 2013⁵¹, s'agissant, précisément, du droit d'action collectif en matière environnementale.

En effet, en son article 9.3, la Convention d'Aarhus, ratifiée par la Belgique, dispose que

« [...] chaque Partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent 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 ».

Dans un arrêt du 8 mars 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'il appartenait, dans le cadre de la mise en cause du droit européen, « au juge national, afin d'assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union de l'environnement, de donner de son droit national une interprétation qui, dans toute la mesure du possible, soit conforme aux objectifs fixés à l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus »⁵².

L'interprétation étroite de la condition d'intérêt à agir mettait la Belgique dans l'impossibilité d'honorer les engagements ainsi souscrits, tels qu'interprétés par la juridiction européenne. En conséquence, la Cour de cassation lui consentit une exception (dans le cadre de la constitution de partie civile d'une association environnementale). Selon les termes de l'arrêt du 11 juin 2013 précité :

« (s)i une telle action est introduite par une personne morale qui, en vertu de ses statuts, a pour objectif la protection de l'environnement et vise à contester les agissements et négligences de personnes privées et instances publiques jugés contraires aux dispositions du droit de

l'environnement national, cette personne morale satisfait à cette condition de recevabilité relative à l'intérêt [direct et personnel] pour introduire une action en justice »⁵³.

Un pas vers le droit d'action collectif en matière de protection de l'environnement était ainsi réalisé⁵⁴.

C. LES DONNÉES NOUVELLES EN DROIT BELGE RELATIVES AU DROIT D'ACTION COLLECTIF EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX : QUELS APPORTS AU CONTEN-TIEUX ENVIRONNEMENTAL ?

Nous l'avons dit : le législateur lui-même est en mesure de prévoir des exceptions à l'interdiction des actions d'intérêt collectif qui se déduit de l'article 17 du Code judiciaire. Ce faisant, il dispose d'une marge de manœuvre qui n'est cependant pas infinie, étant bornée par les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution. Ces dispositions, selon la Section de législation du Conseil d'État⁵⁵ et la Cour constitutionnelle⁵⁶, ne vont certes pas jusqu'à exiger que l'action d'intérêt collectif soit, dans tous les cas de figure, admise. Elles n'en requièrent pas moins que les distinctions de traitement qu'opérerait le législateur, dans sa distribution des exceptions, soient susceptibles de justification objective et raisonnable.

Dans un arrêt 133/2013 du 10 octobre 2013, la Cour constitutionnelle estima que l'état du droit processuel applicable à l'époque – soit en octobre 2013 – ne répondait pas à l'exigence de justification précitée. Ainsi, et selon la Cour,

« B.10. Certaines lois ont permis qu'une action soit intentée devant les cours et tribu-

⁵³ Cass., 11 juin 2013, RG n° P. 12.1362.N.

⁵⁴ Voy. not. C.-H. BORN, « L'accès à la justice en matière d'environnement en Belgique : la révolution d'Aarhus enfin en marche ? » in A. BRAEN (dir.), *Droits fondamentaux et environnement*, Montréal, Wilson Lafleur, 2013, p. 307 ; F. TULKENS, note sous Cass., 11 juin 2013, *Amén.*, 2014/2, p. 95 ; P. LEFRANC, « Eikendaal doctrine moet wijken voor Aarhus », note sous Cass., 11 juin 2013, *T.M.R.*, 2013, liv. 4, p. 393 ; J. PUTZ, « Quand le juge constitutionnel se prononce sur le dommage moral d'une association environnementale », obs. sous C.C., 21 janvier 2016, n° 7/2016, *Amén.*, 2016/3, p. 192.

⁵⁵ Voy. l'avis n° 55588/2 donné le 19 mars 2014 sur des amendements à une proposition de loi « modifiant les Lois coordonnées sur le Conseil d'État, en vue d'accorder aux associations le droit d'introduire une action d'intérêt collectif », disponible en ligne sur : www.raadvst-consetat.be.

⁵⁶ C.C., 10 octobre 2013, n° 133/2013. Voy. sur cet arrêt : C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020, n° 6807, pp. 195 et 196 ; C. DE BOE et R. VAN MELSEN « Vers une action d'intérêt collectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire ? », *A.P.T.*, 2014/3, pp. 383-391 ; P. MARTENS, « Action d'intérêt collectif et droits fondamentaux », *J.L.M.B.*, 2013/27, pp. 1428-1430 ; P. MARTENS, « Vers quelle action d'intérêt collectif ? », *J.L.M.B.*, 2014, n° 8, pp. 356 et s. ; J. THEUNIS, Noot onder C.C., 10 octobre 2013, *R.W.*, 2013-2014, pp. 1098 et 1099 et B. VAN KEIRSBIJCK, « Droit d'action des associations – Un pas significatif vers une meilleure reconnaissance des droits fondamentaux en Belgique », *J.D.J.*, 2013, pp. 28 et 29.

⁵⁰ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971.

⁵¹ Cass., 11 juin 2013, RG n° P. 12.1362.N.

⁵² C.J.U.E. (GC), 8 mars 2011, arrêt *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, § 50.

naux de l'ordre judiciaire pour des associations invoquant un intérêt collectif lié à la protection des libertés fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie. Il en va ainsi de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (article 32), de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale (article 4), de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (article 30) et de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes (article 35).

B.11. Les personnes morales qui, comme en l'espèce, exercent une action qui correspond à un de leurs buts statutaires afin de faire cesser des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui est jugée irrecevable parce qu'elle ne porte pas sur l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux ou ses droits moraux se trouvent dès lors discriminés par rapport aux associations visées en B.10 : les unes et les autres invoquent en effet un intérêt collectif lié à la protection des libertés fondamentales ».

En termes de dispositif, la Cour constitutionnelle « renvoya la balle » au législateur, en estimant que le juge de renvoi ne peut pas combler cette lacune lui-même : « (c)'est toutefois au législateur qu'il appartient de préciser à quelles conditions un droit d'action peut être reconnu aux personnes morales souhaitant exercer une action correspondant à leur but statutaire et visant à la protection des libertés fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie »⁵⁷.

En exécution de l'arrêt ainsi intervenu, et sous la menace d'une action en responsabilité qui lui faisait le reproche de tarder excessivement⁵⁸, le législateur compléta l'article 17 du Code judiciaire par un alinéa 2⁵⁹, qui dispose :

« L'action d'une personne morale, visant à protéger des droits de l'homme ou des libertés fondamentales reconnus dans la Constitution et dans les instruments internationaux qui lient la Belgique, est également recevable aux conditions suivantes :

1° l'objet social de la personne morale est d'une nature particulière, distincte de la poursuite de l'intérêt général ;

2° la personne morale agit en justice dans le cadre de cet objet social, en vue d'assurer la défense d'un intérêt en rapport avec cet objet ;

3° la personne morale agit en justice dans le cadre de cet objet social, en vue d'assurer la défense d'un intérêt en rapport avec cet objet ;

4° seul un intérêt collectif est poursuivi par la personne morale à travers son action ».

Le dispositif ainsi adopté – entré en vigueur le 10 janvier 2019 – a-t-il vocation à bénéficier aux associations environnementales agissant à des fins identiques à celles d'*Urgenda* ?

Textuellement, rien ne pourrait l'exclure à partir du moment où l'on accepte que de telles actions sont effectivement mues par la protection « des droits de l'homme ou des libertés fondamentales reconnus dans la Constitution et dans les instruments internationaux qui lient la Belgique », au sens de l'article 17, alinéa 2, du Code judiciaire. Le droit à l'environnement sain est garanti par l'article 23 de la Constitution ; il est également, nous le verrons (*infra*, point III), protégé « par ricochet » par les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

À cette approche textuelle s'oppose cependant l'intention, manifestée au cours des travaux préparatoires de la loi du 21 décembre 2018⁶⁰, de tenir le droit d'action en matière environnementale à l'écart du nouveau dispositif d'action d'intérêt collectif mis en place, à tout le moins lorsque le premier peut, à suffisance, trouver ancrage dans les exigences spécifiques de la Convention d'Aarhus :

« Au vu des développements dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble préférable de ne pas prévoir de disposition légale explicite pour les associations environnementales qui conformément à la Convention d'Aarhus doivent toujours pouvoir bénéficier d'un accès effectif. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les associations envi-

⁵⁷ C.C., 10 OCTOBRE 2013, n° 133/2013.

⁵⁸ C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020, n° 6807, pp. 197 et 198.

⁵⁹ Sur cette réforme, voy. e.a. *ibid.* ainsi que P. LEFRANC, « Artikel 17, tweede lid, GerW : Hooflief van algemene collectief vorderingsrecht voor de hoven en rechtbanken of de zwanenzang van de Eikendaal-doctrine », *T.M.R.*, 2019, pp. 239 et s.

⁶⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n° 3303/001, p. 99.

ronnementales qui répondent aux exigences de la Convention d'Aarhus bénéficient déjà d'un accès effectif à la justice.

Ainsi, dans son arrêt du 11 juin 2013, la Cour a estimé qu'il résulte des articles 3.4, 9.3 et 2.4 de la Convention que la Belgique s'est engagée à garantir aux associations qui ont pour objectif la protection de l'environnement l'accès à la justice dans le cas où elles désirent contester les agissements contraires aux dispositions du droit de l'environnement national et les négligences de personnes privées et d'instances publiques, pour autant qu'elles satisfassent aux critères établis par le droit national. Ces critères ne peuvent être décrits ou interprétés en ce sens qu'en pareille occurrence, ces associations n'auraient pas accès à la justice. «Le juge peut interpréter les critères établis par le droit national conformément aux objectifs de l'article 9.3 de la Convention d'Aarhus».

Pour le surplus, les associations de protection de l'environnement qui ne satisferaient pas aux conditions de la Convention d'Aarhus pourraient, le cas échéant, introduire une action d'intérêt collectif en vertu du droit commun ».

Il ressort de ce qui précède, et des modifications que la même loi apporte de manière spécifique à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 janvier 1993 (voy. *infra*, D), que le nouveau régime mis en place par l'article 17, alinéa 2, du Code judiciaire œuvrera de manière subsidiaire, comme un « filet de sécurité » minimal de l'action d'intérêt collectif en matière environnementale. Celle-ci, lorsqu'elle découle directement de la Convention d'Aarhus, ne pourra jamais être subordonnée à des conditions de recevabilité « moins libérales » que celles désormais fixées par l'article 17, alinéa 2, du Code judiciaire⁶¹. Toute autre solution aboutirait au demeurant à une distinction de traitement condamnable au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, tels qu'interprétés par l'arrêt n° 133/2013 précité de la Cour constitutionnelle. Indirectement, un message très clair est ainsi adressé aux Cours et tribunaux.

D. LES RESSOURCES DE LA LOI DU 12 JANVIER 1993

Tel que modifié par la loi du 21 décembre 2018, l'article 1^{er} de la loi du 12 janvier 1993

« concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement » prévoit que, « sans préjudice des compétences d'autres juridictions en vertu d'autres dispositions légales, le président du tribunal de première instance, à la requête [...] d'une personne morale ayant dans son objet social la protection de l'environnement, ayant défini dans ses statuts le territoire auquel s'étend son activité et remplissant les conditions prévues à l'article 17, alinéa 2, 1° à 4°, du Code judiciaire, constate l'existence d'un acte même pénalement réprimé, constituant une violation manifeste ou une menace grave de violation d'une de plusieurs dispositions des lois, décrets, ordonnances, règlements ou arrêtés relatifs à la protection de l'environnement » et « peut ordonner la cessation d'actes qui ont formé un commencement d'exécution ou imposer des mesures visant à prévenir l'exécution de ces actes ou à empêcher des dommages à l'environnement ».

Le droit d'action collectif ainsi consacré⁶², et la procédure en cessation qu'il met en mouvement, pourraient-ils se mettre au service d'une demande ayant un objet et une cause identique à celle qui présida à l'affaire *Urgenda*, à savoir : une injonction faite à la puissance publique de diminuer l'émission de gaz à effet de serre mettant en péril les droits garantis par les articles 2 et 8 de la Convention ?

Il y a, selon nous, matière à discussion.

Une certaine jurisprudence retient en effet une conception large de la notion de « lois, décrets, ordonnances, règlements ou arrêtés relatifs à la protection de l'environnement », à laquelle fait référence l'article 1^{er} précité⁶³.

Statuant dans une affaire *Greenpeace c. Région flamande*, un jugement du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles du 10 octobre 2018⁶⁴ estime que :

« De wetgever heeft met die opsomming de bedoeling gehad een vorderingsrecht te openen zodra de schending van een regel betreffende de bescherming van het leefmilieu wordt aan-gevoerd, ongeacht de bron van die regel. De onderdelen van de opsomming mogen bijgevolg niet formalistisch-beperkend ingevuld worden als zijnde regelgevende instrumenten die stam-

⁶¹ C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020, n° 6807, pp. 200 et 201. Voy. aussi P. LEFRANC, « Artikel 17, tweede lid, GerW : Hooflief van algemene collectief vorderingsrecht voor de hoven en rechtbanken of de zwanenzang van de Eikendaal-doctrine », *T.M.R.*, 2019, p. 255.

⁶² Pour une synthèse très récente et très complète en la matière, voy. G. SCHAIKO et Y. STERNOTTE, « 25 jaar Milieutakingswet : enkele recente evoluties en commentaar », *M.E.R.*, 2019/2, pp. 67-101.

⁶³ *Ibid.*, pp. 91 et s.

⁶⁴ Civ. Bruxelles, 10 octobre 2018, *Juristenkrant* 2018 (reflet P. GIL- LAERTS), afl. 376, 1 en 16 ; *T.M.R.* 2018, afl. 6, p. 706, et note A. CARETTE.

men van Belgische wetgevende organen (wetten, decreten, ordonnances) of instrumenten die de benaming “verordeningen” of “besluiten” dragen.

De algemene draagwijdte van die laatste twee begrippen en de diverse regelgevers waar zij kunnen ontspringen, noopt daartoe – het valt bijvoorbeeld niet in te zien waarom verordeningen of besluiten van de Europese regelgever wel te toetsen normen zouden zijn maar richtlijnen niet. Ook de bindende kracht en de voorrang van het internationaal recht en verdragsrechtelijke verplichtingen vereisen een ruime invulling van de normen waaraan kan getoetst worden, zo niet, zouden rechtsregels die stammen van een internationale of supranationale bron in tegenstelling tot Belgische rechtsregels niet afdwingbaar zijn op grond van de Milieustakingswet 1993, hoewel zij hiërarchisch hoger geplaatst zijn ».

Il ne saurait être exclu, à l’aune de cette définition large, que les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l’homme puissent compter parmi les sources de droit « protégées » par l’action en cessation qu’institue la loi du 12 janvier 1993. Que ces dispositions conventionnelles n’aient pas été dédiées exclusivement à la protection de l’environnement ne fait, selon nous, pas obstacle à une telle qualification. Un lien plus distendu, fondé sur un recoupement pragmatique, nous semble également pouvoir convenir. Comme le soulignent en effet G. Schaiko et Y. Sternotte, « *Om onder het toepassingsgebied van artikel 1 Milieustakingswet te vallen, blijkt het [...] voldoende dat een bepaalde norm is ingegeven door de bescherming van het leefmilieu. Het is daarbij wel niet vereist dat de norm uitsluitend de bescherming van het leefmilieu tot doel heeft* »⁶⁵. La circonstance que les dispositions conventionnelles précitées n’imposent pas un comportement totalement déterminé à l’autorité publique, ne peut davantage exclure, à notre estime, leur mobilisation dans le cadre de l’action en cessation. La détermination d’une norme n’est en effet pas un donné immuable, fixé une fois pour toutes. L’interprétation qui lui est donnée dans un contexte spécifique peut lui conférer une détermination particulière, qui lui fait défaut dans d’autres contextes. Par ailleurs, la détermination requise de la norme de comportement est fonction de l’injonction que l’on entend en déduire.

⁶⁵ G. SCHAIKO et Y. STERNOTTE, « 25 jaar Milieustakingswet : enkele recente evoluties en commentaar », *op. cit.*, p. 95.

S’agit-il « simplement » d’ordonner d’agir en vue de réaliser un résultat déterminé, en laissant au destinataire le choix des moyens aptes à y parvenir, ou s’agit-il, au-delà, d’ordonner l’adoption de telle ou telle mesure précise ? Dans la seconde hypothèse, un degré de détermination plus fort sera, logiquement, attendu de la norme qui fonde l’injonction.

Les propositions qui précèdent sont, reconnaissons-le, sujettes à discussion. L’enjeu de la qualification n’est cependant pas mince. Applicable, la loi du 12 janvier 1993 offre le bénéfice de la rapidité : la cause sera jugée comme en référé, l’urgence étant présumée de manière irréfragable⁶⁶. Elle pourra par ailleurs déboucher sur un « remède » que le droit de la responsabilité civile éprouve, à ce stade, plus de timidité à envisager (voy. *infra*, B) : la cessation ordonnée peut en effet parfaitement prendre les formes d’une injonction positive⁶⁷, équipollente à une réparation en nature.

III. LE FONDEMENT : LA MOBILISATION DU DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME « ÉCLAIRÉ » PAR LE *SOFT LAW*

Ainsi qu’il a été rappelé ci-dessus, les décisions successives intervenues dans l’affaire *Urgenda* ont mobilisé les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l’homme à l’appui de leur constat d’illégalité du comportement des Pays-Bas. Cette mobilisation, indirecte, s’agissant du Tribunal de district, et directe, pour ce qui concerne la Cour d’appel et le *Hoge Raad*, est, en son principe même, assurément remarquable, et s’inscrit parfaitement dans un horizon jurisprudentiel tracé par la Cour européenne des droits de l’homme depuis le début des années 90⁶⁸ (A). Non moins digne d’intérêt est l’emprunt, à cette même Cour, de ses techniques interprétatives consistant à puiser, dans des « sources externes » *soft*, les indications aptes à éclairer l’interprétation conventionnelle (B). Certes, nul ne contestera que, en raisonnant de la sorte, les juridictions hollandaises

⁶⁶ Article 3 de la loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d’action en matière de protection de l’environnement, *M.B.*, 19 février 1993. Voy. *Ibid.*, p. 73.

⁶⁷ Article 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d’action en matière de protection de l’environnement, *M.B.*, 19 février 1993. Voy. G. SCHAIKO et Y. STERNOTTE, « 25 jaar Milieustakingswet : enkele recente evoluties en commentaar », *op. cit.*, p. 74, et jurisprudence citée.

⁶⁸ P. GILLAERTS, « Noot – Mijlpaalarrest Hoge Raad in Urgendazaak: to share is to (create a duty of) care ? », *T.M.R.*, 2020, p. 80.

se sont placées à la pointe d'un mouvement jurisprudentiel, en position de pionnières, plutôt que dans les ornières bien tracées par d'autres juges. À notre sens cependant, il ne saurait en tout cas être fait reproche au *Hoge Raad* d'avoir statué comme il l'a fait en l'absence d'un « précédent » strasbourgeois imposant la marche à suivre (C).

A. LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT PAR LES ARTICLES 2 ET 8 DE LA CONVENTION

1. Considérations générales

Ainsi que le rappelle un arrêt *Atanasov c. Bulgarie*⁶⁹, aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'homme ni de ses protocoles additionnels⁷⁰ ne consacre en tant que tel le droit à un environnement sain, ce qui est sans doute compréhensible au regard d'un texte rédigé à une époque où la prise de conscience des problèmes environnementaux faisait encore largement, voire totalement défaut⁷¹.

Déployant une interprétation essentiellement dynamique et évolutive de la Convention, le juge européen s'est toutefois employé, à partir du début des années 1980, à faire progressivement entrer la question de l'environnement et celle de sa protection au sein de sa jurisprudence, et ce, « par ricochet », c'est-à-dire lorsque des atteintes à l'environnement peuvent être liées à ou déboucher sur des violations des droits fondamentaux dont la Cour est la gardienne.

Par incrémentation, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi développé une jurisprudence offrant la Convention en « relais » juridique de préoccupations environnementales⁷². Les articles 2 et 8 de cet instrument ont, entre autres⁷³, été mobilisés à cet effet.

En effet, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 2 de la CEDH – qui protège le droit à la vie – et l'article 8 de la CEDH – qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale – obligent un État lié par cet instrument à prendre des mesures appropriées s'il existe un « risque réel et immédiat »⁷⁴ pour la vie ou le bien-être des personnes, risque dont l'État avait ou aurait dû avoir conscience.

La protection offerte par les dispositions de la CEDH s'applique non seulement à des individus spécifiques, mais aussi à la société ou à la population dans son ensemble⁷⁵. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit de risques environnementaux⁷⁶.

Les articles 2 et 8 de la CEDH ne doivent pas conduire à imposer aux États une charge impossible ou disproportionnée⁷⁷. Si un État a pris des mesures raisonnables et appropriées, le simple fait que ces mesures n'auraient pas pu éviter le danger ne signifie pas qu'il a manqué à son obligation. Les obligations découlant des articles 2 et 8 de la CEDH portent sur les mesures à prendre, et non sur un résultat à atteindre⁷⁸. En effet, la Cour, prudente, rappelle que les autorités nationales sont les mieux placées pour appréhender les aspects sociaux et techniques des questions environnementales. Pour cette raison, elle reconnaît une large marge d'appréciation⁷⁹ aux États dans l'évaluation de l'équilibre qui doit être ménagé entre les intérêts divergents que peuvent constituer l'économie, l'environnement et la santé. Dans une décision *Greenpeace E.V. et autres c. Allemagne*, intervenant à propos du défaut d'adoption de mesures suffisantes pour réduire les émissions nocives produites par les véhicules au diesel, la Cour énonce de la sorte que :

« [...] the Convention has a fundamentally subsidiary role and the national authorities are in principle better placed than an international

⁶⁹ Voy. e.a. Cour eur. D.H., 2 décembre 2010, arrêt *Ivan Atanasov c. Bulgarie*, § 66 ; Cour eur. D.H., 9 juin 2005, arrêt *Fadeieva c. Russie*, § 68 ; Cour eur. D.H., 22 mai 2003, arrêt *Kyrtatos c. Grèce*, § 52.

⁷⁰ Nonobstant une recommandation n° 1614 (2003) du 27 juin 2003 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invitant les États membres à reconnaître un « droit de l'homme à un environnement sain, viable et digne », ce que la Cour a elle-même rappelé dans son arrêt *Atanasov c. Bulgarie* (Cour eur. D.H., 2 décembre 2010, arrêt *Ivan Atanasov c. Bulgarie*).

⁷¹ P. BAUMANN, « Le droit à un environnement sain en droit de la convention européenne des droits de l'homme », *R.D.L.F.*, 2019, thèse, n° 12.

⁷² Voy. la fiche thématique « Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, Fiche thématique – Environnement et CEDH », février 2021, disponible en ligne sur : www.echr.coe.int.

⁷³ Le droit à un environnement sain est garanti à travers d'autres droits, ses articles 3 – interdiction des traitements inhumains ou dégradants –, 6 – procès équitable –, 10 – liberté d'expression et d'information –, 11 – liberté de réunion et d'association, 13 – droit à un recours effectif –, voire par l'article 1 du Protocole n° 1 relatif au droit de propriété. Nombreux sont ainsi les articles de la Convention susceptibles de participer à ce mouvement. Voy. la fiche thématique « Environnement et Convention européenne des droits de l'homme,

Fiche thématique – Environnement et CEDH », février 2021, disponible en ligne sur : www.echr.coe.int.

⁷⁴ Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, arrêt *Zammit Maempel et autres c. Malte*, § 67.

⁷⁵ En ce qui concerne l'article 2 de la CEDH, voy. not. Cour eur. D.H., 12 janvier 2012, arrêt *Gorovenky et Bulgarie c. Ukraine* et Cour eur. D.H., 13 avril 2017, arrêt *Tagayeva et autres c. Russie*. En ce qui concerne l'article 8 de la CEDH, voy. not. Cour eur. D.H., 26 juillet 2011, arrêt *Stoicescu c. Roumanie*.

⁷⁶ Cour eur. D.H., 10 janvier 2012, arrêt *Di Sarno et autres c. Italie*, § 110 et Cour eur. D.H., 24 janvier 2019, arrêt *Cordella et autres c. Italie*, § 172.

⁷⁷ Cour eur. D.H., 20 mars 2008, arrêt *Budayeva et autres c. Russie*, § 135 et Cour eur. D.H., arrêt *Brincat et autres c. Malte* du 24 juillet 2014, § 101.

⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Stoicescu c. Roumanie* du 26 juillet 2011, § 59.

⁷⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Luginbühl c. Suisse* du 17 janvier 2006 ; Cour eur. D.H., 2 mai 2009, décision *Greenpeace e.V. et autres c. Allemagne* ; Cour eur. D.H., 8 juillet 2003, arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni*.

court to evaluate local needs and conditions [...]. The complexity of issues regarding environmental protection renders the Court's role primarily a subsidiary one and its power of review is necessarily limited [...].

The choice of means as to how to deal with environmental issues is a matter falling within the Contracting State's margin of appreciation in environmental matters [...].

La Cour européenne des droits de l'homme a davantage construit sa jurisprudence autour de l'article 8 de la CEDH. En effet, malgré le fait que de nombreuses requêtes en matière d'environnement soient fondées sur l'article 2 de la CEDH, la Cour les requalifie souvent en substituant l'article 8 à l'article 2 de la CEDH.

2. La protection offerte par l'article 8 de la Convention

L'article 8 de la Convention protège le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que du domicile. La texture ouverte des notions qui en configure le champ d'application – l'on songe particulièrement à la « vie privée », aux frontières particulièrement élastiques⁸⁰ – ont rendu cette disposition très accueillante pour toute une série de problématiques situées *a priori* hors du champ conventionnel tracé par les Pères fondateurs. Il en fut ainsi pour les questions environnementales. En effet, dans les cas où la réalisation de risques environnementaux a un impact direct sur la vie privée et est suffisamment grave, une protection peut être tirée de l'article 8 de la CEDH. L'obligation de prendre des mesures existe ainsi s'il y a un risque de pollution grave de l'environnement susceptible d'altérer le bien-être des personnes et de les empêcher de jouir de leur foyer de manière à nuire à leur vie privée et familiale⁸¹.

L'arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990⁸² a posé les premiers jalons en la matière, s'agissant de la pollution sonore à laquelle sont exposés les riverains d'un aéroport.

Dans l'affaire *Fadeïeva c. Fédération de Russie*⁸³, la Cour a relevé que « les éléments de preuve indirecte et les présomptions concordent si étroitement qu'il est possible d'en déduire que l'exposition prolongée de l'intéressée aux émissions industrielles rejetées par le complexe Severstal est la cause de la dégradation de son état de santé ». Ayant estimé que les autorités avaient laissé s'installer une activité polluante enfreignant les normes écologiques définies par l'État dans une zone fortement peuplée, la Cour condamna l'État défendeur pour avoir manqué à l'obligation positive de prévention découlant de l'article 8. Le même raisonnement a été tenu dans l'arrêt *Dubetska et autres c. Ukraine*⁸⁴ au sujet de l'exploitation d'une mine de charbon.

Dans la logique de la « protection par ricochet », le secours de l'article 8 ne sera cependant mobilisable qu'en présence d'une atteinte environnementale occasionnant une « blessure » suffisamment concrète des droits individuels garantis par l'article 8. L'arrêt *Kyrtatos* rappelle ainsi qu'en l'absence de preuve d'une telle blessure, l'atteinte générale à la qualité de l'environnement – résultant par exemple de la mise en péril d'un écosystème ou d'une espèce animale ou végétale – demeurera « hors champ » de la protection conventionnelle qui, pour cette raison, demeure résolument « anthropocentrée »⁸⁵. Par ailleurs, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la mise en jeu de l'article 8 de la CEDH suppose le franchissement d'un certain seuil de gravité⁸⁶. Ainsi a-t-elle considéré, dans l'arrêt *Denisov c. Ukraine*, que :

« §116. Si l'approche fondée sur les conséquences est suivie, le seuil de gravité à atteindre pour chacun des aspects susmentionnés revêt une importance cruciale. C'est au requérant qu'il incombe d'établir de manière convaincante que ce seuil a été atteint dans son cas. Il doit produire des éléments prouvant les conséquences de la mesure en cause. La Cour ne reconnaîtra l'applicabilité de l'article 8 que si ces conséquences sont très graves et touchent sa vie privée de manière particulièrement notable.

⁸⁰ Cour eur. D.H., 28 novembre 2006, arrêt *Murillo Saldias et autres c. Espagne* ; Cour eur. D.H., 5 février 2019, arrêt *Di Caprio et autres c. Italie* ; Cour eur. D.H., 24 mars 2015, arrêt *Smaltini c. Italie* ; Cour eur. D.H., 9 juin 1998, arrêt *L.C.B. c. Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 17 novembre 2015, arrêt *Özel et autres c. Turquie*.

⁸¹ Cour eur. D.H., 10 novembre 2004, arrêt *Taskin et autres c. Turquie*, §§ 107 à 111-114 (l'article 8 de la CEDH s'applique également à la menace de pollution de l'environnement qui ne se concrétisera pas avant 20 à 50 ans) et Cour eur. D.H., 27 janvier 2009, arrêt *Tatar c. Roumanie*, §§ 89-97 (risques sanitaires possibles à long terme dus aux émissions de métaux lourds provenant de l'extraction de l'or).

⁸² Cour eur. D.H., 21 février 1990, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*.

⁸³ Cour eur. D.H., 9 juin 2005, arrêt *Fadeïeva c. Russie*, § 88.

⁸⁴ Cour eur. D.H., 10 février 2011, arrêt *Dubetska et autres c. Ukraine*.

⁸⁵ N. DE SADELEER, « Les droits fondamentaux au secours de la protection de l'environnement : examen du droit de l'UE et de la CEDH », *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 119 ; M. PÂQUES et B. JADOT « Diversité des dispositions qui font de l'environnement l'objet d'un droit fondamental », *Amén.*, 2008, p. 203 ; voy. égal. N. DE SADELEER, « Quand la science climatique s'invite au prétoire. Décryptage de l'affaire Urgenda », *Blogdroiteuropeen Working Paper*, 3/2020, mai 2020, p. 4, disponible en ligne sur : <https://wp.me/p6OBGR-3Hn>.

⁸⁶ Cour eur. D.H., 25 septembre 2008, arrêt *Denisov c. Ukraine*.

§117. La Cour a énoncé des critères permettant d'apprécier le sérieux ou la gravité des violations alléguées dans le cadre de différents régimes. Le préjudice subi par le requérant s'apprécie par rapport à sa vie avant et après la mesure en question. La Cour estime en outre que, pour déterminer la gravité des conséquences dans un litige professionnel, il convient d'analyser au regard des circonstances objectives de l'espèce la perception subjective que le requérant dit être la sienne. Pareille analyse englobe les conséquences tant matérielles que non matérielles de la mesure en cause. Il reste toutefois que c'est au requérant de définir et préciser la nature et l'étendue de son préjudice, lequel doit avoir un lien de causalité avec la mesure en cause. La règle de l'épuisement des voies de recours internes veut que les éléments essentiels des allégations de ce type doivent avoir été suffisamment exposés devant les autorités internes saisies du litige ».

Fort logiquement, la Cour exige donc qu'un lien suffisamment direct existe entre la victime et le dommage⁸⁷, sur la base d'éléments statistiques suffisants et convaincants. Dans certaines affaires, ce sont principalement des riverains qui se plaignent d'une atteinte à leur domicile causée par des nuisances environnementales. Dans son premier arrêt de condamnation intervenu en la matière⁸⁸, la Cour a jugé que l'Espagne avait méconnu l'article 8 de la CEDH en considérant que les nuisances olfactives causées par une station d'épuration avaient porté atteinte à la vie privée et familiale, ainsi qu'au respect du domicile de la requérante.

Quant au type d'atteinte susceptible d'être sanctionné sur la base de l'article 8, la Cour estime que la diversité des situations permet qu'elles ne soient pas seulement matérielles ou corporelles. Les odeurs, les nuisances sonores⁸⁹, les rayonnements, les émissions atmosphériques⁹⁰ sont également considérées comme des atteintes susceptibles d'être prises en compte.

Que ce soit sous l'angle des obligations négatives qu'il génère – ne pas porter atteinte lui-même aux droits garantis – ou des obligations positives qui en découlent – œuvrer à la protection

des individus contre les atteintes auxdits droits, notamment par des particuliers –, l'article 8 de la Convention n'est pas le siège de droits absolus : la satisfaction d'un « juste équilibre », d'une exigence de proportionnalité permet de justifier qu'ils soient restreints. Comme le rappelle l'arrêt *Taskin*⁹¹, cette exigence de proportionnalité comporte un volet substantiel – attaché au *fond* des décisions prises – et un volet procédural, attentif au processus décisionnel. Selon ledit arrêt,

« 119. Lorsqu'il s'agit pour un État de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus et à permettre ainsi l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu (*Hatton et autres*, précité, § 128). L'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 228, § 60, et *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III, p. 1362, § 97). Enfin, les individus concernés doivent aussi pouvoir former un recours contre toute décision, tout acte ou toute omission devant les tribunaux, s'ils considèrent que leurs intérêts ou leurs observations n'ont pas été suffisamment pris en compte dans le processus décisionnel (voir, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres*, précité, § 127) ».

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'obligation positive prévue à l'article 8 de la CEDH recoupe largement l'obligation prévue à l'article 2 de la CEDH en ce qui concerne les activités dangereuses pour l'environnement. La jurisprudence relative à la première obligation s'applique donc également à la seconde⁹². Dans le cas d'activités dangereuses pour l'environnement au sens de l'article 8 de la CEDH, un État est censé prendre les mêmes mesures que celles qu'il est tenu de prendre en vertu de l'article 2 de la CEDH⁹³.

⁸⁷ F. HAUMONT, « Urgenda et la Convention européenne des droits de l'homme », *Lexis Nexis*, mai 2019, n° 5. Cour eur. D.H., 27 janvier 2009, arrêt *Tătar c. Roumanie* ; Cour eur. D.H., 2 décembre 2010, arrêt *Atanasov c. Bulgarie*.

⁸⁸ Cour eur. D.H., 9 décembre 1994, arrêt *Lopez-Ostra c. Espagne*.

⁸⁹ Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, arrêt *Moreno Gomez c. Espagne*.

⁹⁰ Cour eur. D.H., 9 juin 2005, arrêt *Fadejeva c. Russie*.

⁹¹ Cour eur. D.H., 10 novembre 2014, arrêt *Taskin et autres c. Turquie*.

⁹² Cour eur. D.H., 20 mars 2008, arrêt *Budayeva et autres c. Russie*, § 133.

⁹³ Cour eur. D.H., 24 juillet 2014, arrêt *Brincat et autres c. Malte*, § 102.

3. La protection offerte par l'article 2 de la Convention

La Cour européenne des droits de l'homme considère, de manière constante, que l'article 2 de la Convention – qui protège le droit à la vie – inclut l'obligation d'un État lié par la Convention de prendre des mesures appropriées et nécessaires en vue de protéger la vie de toute personne relevant de sa juridiction. Cela implique la mise en place d'une politique préventive⁹⁴. À plusieurs reprises, la Cour a jugé qu'il existait une violation de l'article 2 de la CEDH en cas d'actes ou d'omissions imputables à un État dans le cas d'une catastrophe naturelle ou environnementale⁹⁵. L'obligation existe s'il y a un risque réel et immédiat pour les personnes et si l'État concerné est conscient de ce risque. Dans ce contexte, le concept d'« immédiateté » ne se réfère pas à l'immédiateté du danger au sens où il doit y avoir un court laps de temps avant sa réalisation, mais bien au sens où il doit y avoir un danger qui menace directement les personnes concernées. La protection offerte par l'article 2 recouvre également des dangers qui peuvent se manifester à long terme.

Les mesures adoptées par les États doivent être raisonnables et appropriées⁹⁶, s'inscrire dans une politique cohérente et intervenir en temps utile. Un État doit faire preuve de diligence raisonnable dans sa politique⁹⁷.

Le manquement aux obligations positives ainsi imparties a par exemple été sanctionné dans l'arrêt *Öneriyildiz c. Turquie* concernant l'explosion de méthane survenue dans une décharge municipale⁹⁸. Se fondant sur les rapports d'experts qui avaient attiré l'attention des autorités sur un

tel risque, la Cour a considéré que l'État avait manqué à son obligation positive de prendre des mesures préventives pour protéger les personnes vivant à proximité de la décharge. Il a également été reproché à la Turquie de ne pas avoir informé les résidents sur le risque qu'ils encouraient ainsi que les lacunes de sa législation.

B. LA CONCRÉTISATION VIA LE SOFT LAW

S'appuyant sur les conclusions particulièrement fouillées de son Parquet général, le *Hoge Raad* énonce :

« *De verplichting om op grond van de art. 2 en 8 EVRM passende maatregelen te nemen, houdt mede in dat staten gehouden zijn om preventief maatregelen te nemen tegen het gevaar, ook als niet zeker is dat het gevaar zich zal verwezenlijken [...] Dit strookt met het voorzorgsbeginsel [...] Als duidelijk is dat het [...] bedoelde "real and immediate risk" bestaat, hebben de staten, zonder dat hun daarbij een "margin of appreciation" toekomt, een verplichting tot het nemen van passende maatregelen. De staten hebben wel vrijheid bij de keuze van de te nemen maatregelen, zij het dat deze daadwerkelijk redelijk en geschikt moeten zijn [...]*

De verplichting op grond van de art. 2 en 8 EVRM om passende maatregelen te nemen tegen een dreigend gevaar, kan zien op zowel zogenoemde mitigatiemaatregelen (maatregelen om de verwezenlijking van het gevaar te voorkomen) als adaptatiemaatregelen (maatregelen om de gevolgen van die verwezenlijking op te vangen of te verzachten). Welke maatregelen in het gegeven geval passend zijn, hangt blijkens de rechtspraak van het EHRM af van de omstandigheden van dat geval [...] ».

Au regard de ce qui précède, et mise à part la précision relative à la « marge d'appréciation étatique » (voy. *infra*, C), l'énonciation de ces principes nous paraît à l'abri de toute discussion et *a fortiori* de toute surprise. Encore faut-il cependant constater que lesdits principes sont caractérisés par une grande généralité : « *daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord wat deze verplichting van de Staat concreet inhoudt* », ajoute le *Hoge Raad*. C'est d'autant moins le cas que, ni à l'époque ni aujourd'hui, la jurisprudence strasbourgeoise n'offre un « précédent » mobilisable dans le contentieux précis de la lutte contre le réchauffement climatique (voy. *infra*, C). Une

⁹⁴ N. DE SADELEER, « Les droits fondamentaux au secours de la protection de l'environnement : examen du droit de l'UE et de la CEDH », *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁹⁵ Cour eur. D.H., 30 novembre 2004, arrêt *Öneriyildiz c. Turquie*, §§ 98-101 (explosion de gaz dans une décharge, le risque qu'elle se produise à tout moment existait déjà depuis des années et était connu des autorités depuis des années) ; Cour eur. D.H., 20 mars 2008, arrêt *Budayeva et autres c. Russie*, §§ 147-158 (coulee de boue mortelle ; les autorités étaient conscientes du danger de coulée de boue sur le sol et de la possibilité qu'elle se produise à un moment donné) et Cour eur. D.H., 28 février 2012, arrêt *Kolyadenko et autres c. Russie*, §§ 165 et 174-180 (inondation à partir d'un réservoir rendu nécessaire par des pluies exceptionnellement fortes ; les autorités étaient conscientes qu'en cas de pluies exceptionnellement fortes ; la nécessité d'un débordement pourrait se poser).

⁹⁶ En ce qui concerne l'article 2 de la CEDH, voy. Cour eur. D.H., 20 mars 2008, arrêt *Budayeva et autres c. Russie*, § 134 ; Cour eur. D.H., 24 juillet 2014, arrêt *Brincat et autres c. Malte*, § 101. En ce qui concerne l'article 8 de la CEDH, voy. entre autres la Cour eur. D.H., 9 juin 2005, arrêt *Fadeyeva c. Russie*, § 96.

⁹⁷ Cour eur. D.H., 30 novembre 2004, arrêt *Öneriyildiz c. Turquie*, § 128 ; Cour eur. D.H., 9 juin 2005, arrêt *Fadeyeva c. Russie*, § 128 ; Cour eur. D.H., 26 juillet 2011, arrêt *Stoicescu c. Roumanie*, § 59.

⁹⁸ Cour eur. D.H., 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turquie*.

« concrétisation » des exigences conventionnelles devait donc être opérée par le juge national lui-même, de sorte à pouvoir statuer sur l'(il)légalité du comportement des Pays-Bas.

La démarche du *Hoge Raad* a ceci de remarquable que, pour opérer cette concrétisation, elle importe explicitement un raisonnement qui, depuis 2008, imprègne de plus en plus les délibérés de Strasbourg⁹⁹ : la référence, aux fins d'interprétation de la Convention, aux « consensus » européens et internationaux que révèlent des « sources externes » à la Convention elle-même, qu'elles gisent dans des instruments pourvus (*hard law*) ou non (*soft law*) d'efficacité juridique intrinsèque, ou même dans des études scientifiques ou des conclusions de comités d'experts.

C'est sans doute la mobilisation du *soft law* qui, de ce point de vue, est la plus marquante. Comme l'énoncent C. Backes et G. A. van der Veen¹⁰⁰,

« *Het lijkt er [...] op dat de artikelen 2 en 8 EVRM in zekere zin het onderscheid tussen juridisch bindende verplichtingen en (breed gedragen) international beleidsverklaringen nivelleren. Dat is een stap van zeer principiële aard* ».

Classiquement, le *soft law* – littéralement « droit mou » – renvoie aux « règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »¹⁰¹. Dans l'arrêt commenté, la mollesse du *soft law* procède principalement de l'absence d'effet juridiquement contraignant de l'*instrumentum* des actes auxquels le *Hoge Raad* fait référence¹⁰². D'un point de vue strasbourgeois,

la technique n'est pas neuve : il est fréquent que la Cour européenne des droits de l'homme interprète les dispositions de la Convention à l'aune de ce « droit mou », pour leur donner de la substance, surtout dans sa jurisprudence relative aux questions environnementales. Exemple paradigmatique¹⁰³ : dans la décision *Fägerskiöld c. Suède* du 26 février 2008, la Cour analyse la conformité d'émissions sonores d'une turbine éolienne à l'article 8 de la Convention. Dans son examen, elle utilise le *soft law* de l'Organisation mondiale de la Santé pour déterminer si le seuil d'ingérence a été franchi ou non, et apporte finalement une réponse négative à cette question¹⁰⁴. C'est dans la lignée de ces arrêts que le *Hoge Raad* entend placer son raisonnement. Le *Hoge Raad* interprète donc les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de différents instruments non contraignants, et, ce, en deux temps.

Tout d'abord, le *Hoge Raad* effectue une lecture combinée de la Convention européenne des droits de l'homme avec la Convention-cadre des Nations-unies sur les changements climatiques, de différentes décisions prises à la suite des conférences annuelles sur le climat depuis 1992, des articles 3 et suivants de l'accord de Paris de 2015 et de l'article 47 du Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. Il en conclut que ces instruments établissent la responsabilité individuelle des Pays-Bas pour lutter contre les changements climatiques dangereux¹⁰⁵. Ensuite, la combinaison des articles 2 et 8 avec le quatrième rapport d'évaluation AR4 du GIEC, du Plan d'action de Bali de 2007, du préambule de la décision prise à la suite de la Conférence de Cancun de 2010, du préambule de la Conférence sur le climat de Durban de 2007, d'une décision prise lors de la Conférence de Doha de 2012 et d'un engagement sous condition de l'Union européenne lors de la Conférence de Cancun¹⁰⁶ amène le *Hoge Raad* à considérer l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 25 à 40 % par rapport à 1990 comme obligatoire d'un point de vue juridique¹⁰⁷. Autrement dit, par recours au *soft law*, les articles 2 et 8 de la CEDH imposent l'obligation individuelle

⁹⁹ Voy. Cour eur. D.H. (GC), 12 novembre 2008, arrêt *Demir & Baykara c. Turquie*. Sur cette technique interprétative, voy. e.a. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme : questions nouvelles et difficultés récurrentes », in M. BOUMGHAR (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, à paraître ; F. LATTY, « De la tendresse dans le monde des juges : la *soft law* devant les juridictions internationales », in P. DEUMIER et J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la *soft law* en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2018 ; M. AILINCAI, « La *soft law* est-elle l'avenir des droits fondamentaux ? », *R.D.L.F.*, 2017, chron. n° 20.

¹⁰⁰ C. BACKES et G. A. VAN DER VEEN, « Noot onder Hoge Raad, 20 december 2019 », *op. cit.*, p. 171.

¹⁰¹ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1039.

¹⁰² F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 438 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme », in

M. A. AILINCAI (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 185 et s.

¹⁰³ Voy. aussi Cour eur. D.H., 10 novembre 2004, arrêt *Taskin et autres c. Turquie* ; Cour eur. D.H., 27 janvier 2009, arrêt *Tatar c. Roumanie*.

¹⁰⁴ Cour eur. D.H., 26 février 2008, décision *Fägerskiöld c. Suède*.

¹⁰⁵ Hoge Raad, 20 décembre 2019, *Pays-Bas c. Urgenda*, points 5.7.1. à 5.8.

¹⁰⁶ *Ibid.*, points 7.2.1 à 7.2.6.

¹⁰⁷ *Ibid.*, point 7.3.6.

des Pays-Bas de réduire leurs émissions d'une manière très concrète.

Cette prise de position audacieuse appelle plusieurs commentaires et soulève diverses questions.

Qu'en est-il, en effet, du *fondement juridique*, et donc de la légitimité, de semblable mobilisation de « sources externes » – y compris de sources *molles* – à l'appui de l'interprétation conventionnelle ? S'appuyant sur l'arrêt *Nada c. Suisse*¹⁰⁸, le *Hoge Raad* affirme que cette manière de procéder est conforme aux principes établis par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969¹⁰⁹ – qui a par ailleurs valeur coutumière. Dans l'interprétation des dispositions conventionnelles, la Convention de Vienne autorise le recours à « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, § 3, *c*, de la Convention de Vienne¹¹⁰), mais aussi à « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »¹¹¹. Pour le *Hoge Raad*, le recours aux instruments de *soft law* précités recouvre l'une et l'autre catégories¹¹². L'argument laisse cependant songeur¹¹³, ainsi que l'on a tenté de le démontrer par ailleurs¹¹⁴.

Il ne nous semble en effet pas correct de présenter les choses comme si la Convention de Vienne « imposait » aux interprètes de la Convention – qu'il s'agisse de la Cour ou de juridictions nationales – de prendre en considération, aux

fins de « dire le sens » de celle-ci, des « sources externes » issues du *soft law*. Il s'indiquerait, tout au contraire, d'abandonner cette présentation car elle expose la Cour à des critiques aussi aisées que meurtrières¹¹⁵. Clairement en effet, la pratique interprétative de la Cour et des juges nationaux qui s'en inspirent, se situe au-delà de ce qu'envisage l'article 31, § 3, *c*, de la Convention de Vienne¹¹⁶, même dans ses interprétations les plus généreuses. Entre autres considérations¹¹⁷, il convient d'observer que l'article 31, § 3, *c*, de la Convention de Vienne ne reconnaît de pertinence interprétative qu'aux seules références faites à des « règles de droit international ». Sous cette expression, sont visées les règles issues des sources formelles classiques du droit international, telles qu'énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice¹¹⁸. Traités, coutumes et principes généraux du droit sont ainsi des références possibles pour « l'interprétation systémique » fondée sur l'article 31, § 3, *c*, précité. Il n'en va par contre pas de même pour tous les textes de *soft law*, internationaux ou européens, auxquels la Cour fait pourtant abondamment référence¹¹⁹...

Il faut donc, selon nous, définitivement en finir avec cette référence à la lettre de l'article 31, § 3, *c*, de la Convention de Vienne comme fondement obligatoire de la pratique de mobilisation de sources externes – *hard* ou *soft* – pour interpréter la Convention¹²⁰. La mention de cette disposition est un « chiffon rouge » inutilement offert aux détracteurs de la Cour. Il est nettement préférable, à notre estime, de mettre à l'avant-plan l'autre fondement que l'arrêt *Demir et Baykara* assigne à la mobilisation de « sources externes » par le raisonnement strasbourgeois,

¹⁰⁸ Voy. aussi Cour eur. D.H. (GC), 15 mars 2018, arrêt *Naït Liman c. Suisse*, § 174 ; Cour eur. D.H. (GC), 4 avril 2018, arrêt *Correia De Matos c. Portugal*, § 134.

¹⁰⁹ Convention sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 septembre 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980 (ci-après « Convention de Vienne sur le droit des traités »).

¹¹⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31, § 3, *c*).

¹¹¹ *Ibid.*, *b*).

¹¹² *Hoge Raad*, 20 décembre 2019, *Pays-Bas c. Urgenda*, préc., points 5.4.1 à 5.4.3.

¹¹³ *Contra* : O. DE SCHUTTER, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire Urgenda », *op. cit.*, p. 598 : « Cette démarche est parfaitement orthodoxe au regard des règles qui gouvernent l'interprétation des traités en droit international. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit qu'il peut être tenu compte, dans l'interprétation d'un traité, de "toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties" (article 31, § 3, *c*) [...] La Cour européenne des droits de l'homme ne procède pas autrement [...] En interprétant les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière des engagements pris par les Pays-Bas et de l'Union européenne dans le cadre du régime international de lutte contre le changement climatique, le Hoge Raad n'innove pas : il copie plutôt ».

¹¹⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 196-199 ; S. VAN DROOGHENBROECK, F. KRENC et O. VAN DER NOOT, « Questions of Method : the Use of "external sources" in *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom (ECtHR)* », in E. BREMS et E. DESMET (dir.), *Integrated Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 38 et s.

¹¹⁵ K. ISTREFI, « *R.M.T. v. The UK*: Expanding Article 11 of the ECHR Through Systemic Integration », disponible en ligne sur : <http://www.ejiltalk.org>. Comp. P. MERKOURIS, « Keep Calm and Call (no, not Batman but ...) Articles 31-32 VCLT: A Comment on Istrefi's Recent Post on R.M.T. v. The UK », disponible en ligne sur : <http://www.ejiltalk.org>.

¹¹⁶ Sur cette disposition, et outre les références citées ci-après, voy. P. MERKOURIS, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato's Cave*, Leiden, Martinus Nijhoff/Brill, 2015.

¹¹⁷ Voy., pour le surplus, F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *op. cit.*, pp. 433 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, F. KRENC et O. VAN DER NOOT, « Questions of Method: the Use of external sources in *R.M.T. v. United Kingdom* », in E. BREMS et E. DESMET (dir.), *Integrated Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions*, *op. cit.*, pp. 31-70.

¹¹⁸ C. McLACHLAN, « The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3)(c) of the Vienna Convention », *op. cit.*, p. 290.

¹¹⁹ Voy. F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *op. cit.*, pp. 433 et s.

¹²⁰ F. LATTY, « De la tendresse dans le monde des juges : la *soft law* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 396.

à savoir l'interprétation évolutive et consensuelle¹²¹. L'« environnement normatif » de la Convention – qu'il soit fait de *hard law*, de *soft law*, de *hard jurisprudence* ou de *soft jurisprudence* (comprise comme la production d'organes de surveillance dépourvue d'effets juridiquement contraignants) – donne des « indications » sur les consensus émergents à la lumière desquels la Convention est interprétée. Cette approche déborde assurément de la *lettre* de l'article 31, § 3, *c*, de la Convention de Vienne, tout en demeurant malgré tout compatible avec l'*esprit* de cette disposition. D'une certaine manière, le recours aux sources externes s'inscrit dans une logique « probatoire », comme facteur d'objectivation des tendances qui traversent l'environnement normatif de la Convention.

La légitimité du recours au *soft law* nous semble ainsi pouvoir être « sauvée » sur un autre fondement qu'un introuvable impératif issu de la Convention de Vienne. On embrasse cependant ici une toute autre logique juridique¹²², qui astreint la Cour européenne des droits de l'homme, et les juridictions nationales qui en prolongent la jurisprudence, à un impérieux devoir de transparence : à peine de s'exposer à l'objection de *cherry picking*, il est essentiel que la sélection des instruments *hard* ou *soft* qui « impacteront » l'interprétation conventionnelle, ainsi que la « pondération » de cet impact, s'effectuent de manière motivée et cohérente.

À cette condition – et l'on reconnaîtra sans difficulté que la Cour européenne des droits de l'homme peine parfois à y satisfaire¹²³ –, la mobilisation interprétative du droit « mou » nous semble plus acceptable, et la pratique en fera plus volontiers école auprès de juridictions nationales.

S'agissant de la Belgique, une évolution est au demeurant perceptible. Ainsi a-t-on vu la Cour constitutionnelle, dans un arrêt n° 101/2017 du 26 juillet 2017, se référer *expressément* à la « jurisprudence » du Comité européen des droits

sociaux pour interpréter la portée du droit de grève¹²⁴. Le Conseil des ministres, qui soulignait que ce Comité « n'est pas une juridiction » mais un « simple organe d'avis » dont les positions sont « souvent critiquées par la doctrine »¹²⁵, en fut donc pour ses frais. Dans un arrêt n° 62/2018 du 31 mai 2018, cette même Cour constitutionnelle abreuva explicitement son interprétation du principe de la légalité en matière judiciaire, constitutionnellement et conventionnellement consacré, d'un généreux cocktail de *soft law* où se croisaient, entre autres, des recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ainsi que des prises de position de la Commission européenne pour la Démocratie par le droit (« Commission de Venise »)¹²⁶ et de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice¹²⁷. Voici donc que le *soft law* et la *soft jurisprudence* faisaient leur entrée dans le raisonnement de l'une de nos juridictions suprêmes. Sans doute n'atteint-on pas le niveau d'*Urgenda*, mais on en n'est pas non plus aux antipodes.

C. EN L'ABSENCE DE PRÉCÉDENTS, POINT D'AVANCÉES ?

Le *Hoge Raad* a le mérite de la sincérité lorsque, en préambule du raisonnement qu'il déploie pour « concrétiser » les principes issus de la jurisprudence strasbourgeoise, il énonce que, « *zoals de Staat heeft aangevoerd, heeft het EHRM nog geen uitspraken gedaan die betrekking hebben op klimaatverandering of op gevallen die de bijzondere kenmerken hebben die bij klimaatverandering aan de orde zijn* » (point 5.6.3.). C'est indubitable : ni à l'époque, ni à l'heure actuelle d'ailleurs, on ne peut épingler un arrêt de la Cour européenne qui se soit prononcé sur la question de l'obligation positive d'un État de « faire sa part » pour atteindre une réelle réduction des émissions de gaz à effet de serre et ainsi protéger ses ressortissants des dangers du changement climatique. Est-ce pour autant que les juges néerlandais auraient fait montre d'une interprétation trop ambitieuse – voire excessive – des dispositions de la Convention européenne ?

À notre estime, cette absence de précédent ne saurait, en elle-même, fonder une critique de la décision intervenue. Pareille critique ferait en

¹²¹ C. PITEA, *op. cit.* ; K. DZEHSTARIOU et C. O'MAHONY, « Evolutive Interpretation of Rights Provisions : a Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court », *Colum. Human Rights L. Rev.*, 2012-2013, pp. 347 et s. ; E. BREMS, « Should Pluriform Human Rights Become One ? Exploring the Benefits of Human Rights Integration », *E.J.H.R.*, 2014, p. 457.

¹²² F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2017, chron. n° 20, pp. 10 et 11.

¹²³ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2008) », *A.F.D.I.*, 2008, vol. 58, p. 533 ; F. LATTY, « De la tendresse dans le monde des juges : la *soft law* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 400. Voy. aussi encore que l'on n'en partage pas toutes les conclusions, l'opinion dissidente jointe par le Juge Wojtyczek à Cour eur. D.H., 25 mars 2021, arrêt *Smiljanic c. Croatie*.

¹²⁴ C. const., 26 juillet 2017, n° 101/2017, point B.22.6. Voy. égal. C. const., 14 mai 2020, n° 67/2020, points B.6.5 et B.6.8.

¹²⁵ Voy. le point A.16.2 de l'arrêt.

¹²⁶ C. const., 31 mai 2018, n° 62/2018, point B.15.3.

¹²⁷ Voy. le point B.17.2 de l'arrêt.

effet fi du fait que les caractéristiques propres du contentieux strasbourgeois et du contentieux national sont différentes. D'une part, les actions d'intérêt collectif ne sont pas admises devant le juge strasbourgeois (III.C.1.) et, d'autre part, le juge national n'est pas tenu de laisser une large marge d'appréciation identique à celle reconnue devant le prétoire strasbourgeois (III.C.2.). Ces deux différences principales rendent peu probable la survenance d'un précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui non seulement reconnaîtrait l'application de la protection offerte par les articles 2 et 8 pour obliger les États à prévenir les risques en matière de changement climatique mais, en plus, condamnerait les omissions étatiques en la matière. Partant, ces différences plaident indirectement pour le caractère tout à fait admissible de la posture pionnière adoptée par le *Hoge Raad* dans l'interprétation évolutive donnée aux dispositions commentées.

1. L'impossible action d'intérêt collectif devant la Cour européenne des droits de l'homme

Un contentieux climatique initié par une action d'intérêt collectif n'aurait très probablement pas passé le stade de la recevabilité devant la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, l'association *Urgenda*, dans l'hypothèse où il n'aurait pas été fait droit à sa demande dans le cadre interne, ne se serait certainement pas vue reconnaître le *locus standi* requis pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme.

Jusqu'à présent en effet, la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas la qualité de victime aux associations lorsqu'elles agissent dans l'intérêt collectif. Les atteintes portées à leur objet social ne sont pas suffisantes pour satisfaire la condition de l'article 34 de la Convention sans démontrer qu'elles sont directement affectées par la nuisance environnementale en cause. Seules les atteintes directes à leur patrimoine, leurs droits propres, leur siège social ou leur réputation justifient la qualité de victime¹²⁸. La jurisprudence européenne n'est ainsi pas favorable à voir une association se prétendre victime d'une violation de l'article 2 et l'article 8 de la Convention européenne consacrant le droit à la vie et le respect de la vie privée dès lors que ces dispositions

concernent directement la sphère privée des personnes et que l'association ne dispose pas d'une telle sphère privée qui se verrait directement affectée¹²⁹.

Très exceptionnellement, la Cour européenne a admis la qualité de victime à une association dans l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, alors même que l'association en l'espèce ne pouvait démontrer une atteinte directe à ses droits propres. Dans son arrêt, après avoir rappelé les conditions strictes d'accès à son prétoire¹³⁰, la Cour reconnaît le *locus standi* de l'association par un raisonnement volontairement rivé sur le cas d'espèce :

« Dans le contexte qu'elle vient d'exposer, la Cour est convaincue qu'eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce et à la gravité des allégations formulées, le CRJ doit se voir reconnaître la faculté d'agir en qualité de représentant de M. Câmpeanu, même s'il n'a pas reçu procuration pour agir au nom du jeune homme et si celui-ci est décédé avant l'introduction de la requête fondée sur la Convention. Conclure autrement reviendrait à empêcher que ces graves allégations de violation de la Convention puissent être examinées au niveau international, avec le risque que l'État défendeur échappe à sa responsabilité découlant de la Convention par l'effet même de la non-désignation par lui, au mépris des obligations qui lui incombent en vertu du droit interne, d'un représentant légal chargé d'agir au nom du jeune homme [...] »¹³¹.

Le juge Pinto De Albuquerque critiqua l'approche casuistique ainsi adoptée par la Cour européenne vis-à-vis du *locus standi* reconnu aux associations :

¹²⁹ N. DE SADELEER, « Les droits fondamentaux au secours de la protection de l'environnement : examen du droit de l'UE et de la CEDH », *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 119 ; Cour eur. D.H., 29 juin 1999, décision *Asselbourg et autres ainsi que Greenpeace- Luxembourg c. Luxembourg*.

¹³⁰ Cour eur. D.H., 17 juillet 2014, arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, § 101 : « Pour qu'un requérant puisse se prétendre victime, il faut qu'il produise des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard ». Pour un commentaire de cet arrêt, voy. L. VAN DEN EYNDE, « Requêtes d'ONG à la Cour européenne des droits de l'homme : la Cour tente (trop) prudemment d'élargir l'accès à son prétoire en contournant ses propres embûches », obs. sous Cour eur. D.H. (GC), préc., *Rev. trim. dr. h.*, 2016, n° 105, pp. 227-243.

¹³¹ Cour eur. D.H., 17 juillet 2014, arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, § 112. Voy. égal. Cour eur. D.H., 20 septembre 2016, arrêt *Kondrulin c. Russie*, §§ 28-34. Voy. égal., par analogie mais cette fois-ci au niveau national, Cour eur. D.H., 14 janvier 2020, arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, § 81.

« Le motif de mon insatisfaction tient au fait que la majorité a choisi d'aborder la question juridique en cause de manière casuistique et limitée, passant outre à la nécessité d'une déclaration ferme sur une question de principe, à savoir les conditions en matière de représentation dans le droit international des droits de l'homme. L'arrêt est tout simplement ramené au rang d'acte d'indulgence de la part de la Cour, laquelle a accepté de fermer les yeux, dans les "circonstances exceptionnelles de l'espèce" (paragraphe 112 et 160 de l'arrêt), sur la rigidité des exigences liées à la notion de représentation juridique découlant de la Convention européenne des droits de l'homme ("la Convention") et du règlement de la Cour, et d'admettre le CRJ comme "représentant *de facto* de M. Câmpeanu" (paragraphe 114 de l'arrêt). Pour reprendre les termes employés par le juge Bonello, il s'agit là d'un nouvel exemple de la "jurisprudence disparate" par laquelle la Cour traite quelquefois les questions de principe »¹³².

La réticence relative à la reconnaissance d'un *locus standi* aux associations d'intérêt collectif se faisait déjà ressentir dans la décision de la Cour européenne *Greenpeace E.V. et autres*, qui concernait la compatibilité, avec l'article 8, du refus de l'Allemagne de prendre les mesures nécessaires à la réduction des émissions nocives liées à l'utilisation du diesel :

« *The Court considers, at the outset, that it is not prima facie persuaded that the applicant Greenpeace E.V., in the specific circumstances of the case, can claim to be a victim of a violation of Article 8 of the Convention.*

The applicants allege in essence a violation of Article 8 on the grounds that the State authorities failed to protect their health sufficiently. An association is in principle not in a position to rely on health considerations to allege a violation of Article 8. The Court considers, however, that it need not decide this issue as the application is, in any event, inadmissible for the following reason.

¹³² Cour eur. D.H., 17 juillet 2014, arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* opinion concordante du juge Pinto De Albuquerque § 3. Lorsqu'elle rappelle sa jurisprudence sur le statut de victime qui donne accès à son prétoire, la Cour européenne reconnaît elle-même la brèche qu'elle a ouverte : « *Accordingly, in order to be able to lodge an application in accordance with Article 34, an individual must be able to show that he was "directly affected" by the measure complained of. This is indispensable for putting the protection mechanism of the Convention into motion, although this criterion is not to be applied in a rigid, mechanical and inflexible way throughout the proceedings (see Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu, cited above, § 96)* » (Cour eur. D.H., 4 décembre 2015, arrêt *Roman Zakharov c. Russie*, § 164).

[...]

*It follows that, even assuming that the applicants may claim to be victims within the meaning of Article 34 of the Convention, the complaint under Article 8 is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention »*¹³³.

On ne peut donc pas reprocher à l'arrêt commenté d'aller plus loin dans la protection offerte par les articles 2 et 8 de la Convention, précisément parce que la demande telle qu'elle a été formulée par *Urgenda* devant le juge national n'aurait pu être portée de cette façon devant le juge européen.

Pour le dire plus simplement, l'on ne peut attendre de la Cour de Strasbourg plus ce qu'elle ne pourrait donner.

Faute pour le groupement de pouvoir agir lui-même, seuls les individus pourraient saisir la Cour. La logique de « protection par ricochet » et d'individualisation du risque, que nous évoquons ci-avant, réduira cependant considérablement l'angle d'attaque de la Cour européenne. Dans une affaire *Balmer-Schafroth c. Suisse*, les requérants avaient invoqué le droit d'obtenir devant les autorités suisses une protection adéquate de leur intégrité physique contre les risques engendrés par l'utilisation de l'énergie nucléaire¹³⁴, et, sous visa de l'article 6, se plaignaient de ne pas avoir disposé d'un recours juridictionnel interne pour faire valoir ce droit. La Cour jugea à cette occasion comme suit :

« Cependant, (les requérants) 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 juris-

¹³³ Cour eur. D.H., 12 mai 2009, décision *Greenpeace E.V. et autres c. Allemagne*.

¹³⁴ Cour eur. D.H., 16 août 1997, arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, § 33.

prudence 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 »¹³⁵.

La protection offerte par les dispositions de la Convention est, on le voit clairement, conditionnée au lien suffisamment direct entre l'atteinte environnementale et l'atteinte individuelle causée aux requérants. Le *dictum* précité, et d'autres précédents du même ordre¹³⁶, illustrent bien toute la difficulté à laquelle se trouve confronté le requérant individuel qui doit prouver le lien direct et non hypothétique entre l'atteinte environnementale et son préjudice (ou en tout cas, le risque réel et immédiat de ce préjudice) sur le plan de son droit à la vie et au respect de sa vie privée et familiale. Cette « exigence probatoire forte »¹³⁷ à faire correspondre le lien de causalité entre le comportement environnemental et l'atteinte ou le risque de préjudice individuel, rend très complexe et fastidieux l'aboutissement des actions introduites individuellement. On trouvera encore une illustration de ce qui précède, non pas dans la problématique environnementale mais à propos de celle de la lutte contre la COVID-19, dans la récente décision *Le Mailloux c. France* du 5 novembre 2020. En l'espèce, le requérant dénonçait sous le visa des articles 2 et 8 de la Convention l'insuffisance des mesures françaises pour faire face à la pandémie. Non sans affirmer, au passage, que « les États ont l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction et de protéger leur intégrité physique, y compris dans le domaine de la santé publique », la Cour n'en contesta pas moins que ledit requérant puisse, *hic et nunc*, se prétendre « victime » d'une atteinte aux droits précités. Entre autres considérations, la Cour :

« note que le requérant ne fournit aucune information sur sa pathologie et s'abstient d'expliquer en quoi les manquements allégués des autorités nationales seraient susceptibles

d'affecter sa santé et sa vie privée. Il ne produit aucun indice raisonnable et convaincant rendant vraisemblable que l'application des mesures prises par le législateur et le gouvernement caractériserait, à son égard, une carence susceptible de conduire aux manquements qu'il dénonce. Dans ces conditions, la Cour considère que M. Le Mailloux dont la requête doit être regardée comme ayant pour seul but de contester de manière générale les textes et les mesures prises en France pour lutter contre la pandémie, ne fait valoir aucune circonstance de nature à lui conférer la qualité de victime potentielle »¹³⁸.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Balmer-Schafroth c. Suisse*, ci-avant évoqué, n'avait pas été adopté par une majorité écrasante. Dans son opinion dissidente, le juge Pettiti écrivait notamment que « l'appréciation de la Cour sur la prétendue ténuité du lien ou l'absence de péril imminent n'est pas fondée, à mon avis. Faudrait-il attendre que la population subisse les premières irradiations pour pouvoir prétendre à l'exercice d'un recours ? ».

Les minorités d'hier sont parfois les majorités de demain. Récemment, une première évolution, propre aux litiges environnementaux et portant sur la qualité de victime, s'est signalée dans la jurisprudence européenne. L'on vise, en particulier, l'arrêt *Cordella c. Italie*. En l'occurrence, la Cour européenne a jugé qu'elle « ne peut que constater la prolongation d'une situation de pollution environnementale mettant en danger la santé des requérants et, plus généralement, celle de l'ensemble de la population résidant dans les zones à risque, laquelle reste, en l'état actuel, privée d'informations quant au déroulement de l'assainissement du territoire concerné, notamment pour ce qui est des délais de mise en œuvre des travaux y afférents »¹³⁹.

Dans cet arrêt, la Cour européenne constate la violation de la Convention dans le cas d'espèce et reconnaît la qualité de victimes potentielles des personnes qui résident dans la zone concernée par cette affaire¹⁴⁰. Force est d'observer que

¹³⁵ *Ibid.*, §40.

¹³⁶ Voy. not. Comm. Eur. D.H., 4 décembre 1995, décision *Taura et autres c. France* : « Pour que dans une telle situation le requérant puisse se prétendre victime, il faut toutefois qu'il produise des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard ».

¹³⁷ B. DE BOYSSON, « Le droit au respect de la vie privée et l'environnement », in L. ROBERT (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 36.

¹³⁸ Cour eur. D.H., 5 novembre 2020, req. n° 18108/20, § 13.

¹³⁹ Cour. eur. D. H., 24 janvier 2019, arrêt *Cordella et autres c. Italie*, § 172 ; C. COUNIL, C. COLARD-FABREGOULE, A. POMADE, R. BENTIROU MATHLOUTHI et J. BÉTAILLE (dir.), « Environnement et droits de l'homme, chronique », *J.E.D.H.*, 2019/3, p. 221 (on ne manquera pas de noter que les auteurs de ce commentaire y voient l'émergence d'une « *actio regionalis* » dans les litiges environnementaux à la suite de cet arrêt).

¹⁴⁰ C. COUNIL, C. COLARD-FABREGOULE, A. POMADE, R. BENTIROU MATHLOUTHI et J. BÉTAILLE (dir.), « Environnement et droits de l'homme, chronique », *op. cit.*, p. 222. Comp. E. LAMBERT, « Comment rendre crédible

la position adoptée par la Cour de Strasbourg dans cet arrêt relève davantage d'un contentieux de nature objectif – plus encore que le contentieux subjectif initialement mis à la cause –, vu le constat d'illégalité qui conclut le dispositif de l'arrêt. Si cet arrêt se situe certainement dans le cadre du phénomène d'« objectivation » du contentieux européen des droits de l'homme relevé par Fr. Krenc et S. Van Drooghenbroeck¹⁴¹, il conforte en effet l'idée d'une évolution jurisprudentielle admettant que les violations des droits fondamentaux constatées – et donc la mise en œuvre de mesures découlant d'obligations positives en la matière – profiteront en réalité à la collectivité concernée¹⁴².

Certains auteurs relèvent ainsi une évolution dans la notion de qualité de victime qui serait propre aux litiges environnementaux¹⁴³. Néanmoins, cette évolution reste pour l'heure limitée à la condition préalable de la démonstration individuelle d'un lien direct suffisant entre la nuisance environnementale et l'atteinte aux droits fondamentaux individuels – ce qui n'est pas chose aisée¹⁴⁴. Seulement alors, la reconnaissance d'une violation des droits fondamentaux est susceptible de profiter aux autres habitants de la zone concernée, dans le sens de cette évolution jurisprudentielle amorcée.

Gageons cependant que l'affaire *Claudia Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États*, introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme le 7 septembre 2020, donnera à celle-ci l'occasion de montrer si elle est disposée, ou non, à faire évoluer ses positions classiques sur la reconnaissance de la qualité de victime. En l'occurrence, les requérants se plaignent précisément, sous l'angle des articles 2 et 8 de la Convention, de l'insuffisance des mesures prises par les 33 états défendeurs dans la lutte contre le réchauffement climatique. Contrairement à ce que certains médias ont un peu vite annoncé, la requête formée n'a pas encore été déclarée recevable par la Cour ; tout juste a-t-elle été communiquée aux

États défendeurs, le 13 novembre 2020¹⁴⁵, ce qui n'est assurément pas insignifiant¹⁴⁶.

On peut par ailleurs se poser, pour l'avenir, la question d'une plus grande ouverture du prétoire strasbourgeois aux actions d'intérêt collectif en matière environnementale dès lors que les juges européens prendront acte des différentes décisions nationales – en premier lieu, il va de soi, de l'affaire commentée – qui mobilisent les droits fondamentaux dont ils assurent la garde au fil des arrêts rendus quotidiennement.

Par un phénomène d'émulation positive, les juges nationaux – et particulièrement le juge néerlandais en l'espèce – ne viennent-ils pas d'une certaine manière « titiller » les juges européens, qui pourraient décider de se considérer compétents également pour connaître de recours introduits par des associations en matière environnementale ? Deux éléments pourraient annoncer cette ouverture, outre celui déjà relevé dans le point précédent.

Il s'agit premièrement du projet de protocole additionnel à la Convention, encore sur la table du Conseil de l'Europe¹⁴⁷, qui a pour ambition

¹⁴⁵ Disponible en ligne sur : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-206535"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Sur ceci, voy. disponible en ligne : <https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-portuguese-youth-case/>. S'agissant de l'affaire *Climat* suisse portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, disponible en ligne sur : <https://klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2020/12/Beschwerde-der-KlimaSeniorinnen-gegen-die-Schweiz-beim-Europaischen-Gerichtshof-fur-Menschenrechte-eingereicht-1.pdf>.

¹⁴⁶ Disponible en ligne sur : <https://www.ejiltalk.org/the-ecthrs-pending-climate-change-case-whats-ill-treatment-got-to-do-with-it/>.

¹⁴⁷ Comme la Cour européenne, elle-même, l'a rappelé dans son arrêt *Ivan Atanasov c. Bulgarie* du 7 décembre 2010, ce protocole additionnel à la Convention n'est qu'au stade de projet, la Convention européenne ne consacre, en tant que tel, pas le droit à un environnement sain :

« 56. On 4 November 1999 a standing committee acting on behalf of the Council of Europe's Parliamentary Assembly adopted Recommendation 1431 (1999), entitled "Future action to be taken by the Council of Europe in the field of environment protection". Point 8 of the recommendation said that "[i]n the light of changing living conditions and growing recognition of the importance of environmental issues, ... the Convention could include the right to a healthy and viable environment as a basic human right". It urged the Committee of Ministers to, among other things, "instruct the appropriate bodies within the Council of Europe to examine the feasibility of ... drafting an amendment or an additional protocol to the [Convention] concerning the right of individuals to a healthy and viable environment".

57. On 27 June 2003 the Parliamentary Assembly adopted Recommendation 1614 (2003), entitled "Environment and human rights". Point 3 of the recommendation stated that "in view of developments in international law on both the environment and human rights as well as in European case-law, especially that of the [Court], the time has now come to consider legal ways in which the human rights protection system can contribute to the protection of the environment". Point 8 referred to "the case-law of the [Court] concerning States' positive obligations in the area of protection against environmental nuisances which are harmful or dangerous to health" and said that it "wishes[d] to encourage this process by adding provisions concerning the recognition of individual procedural rights, intended to enhance environmental protection, to the rights set out in the [Convention]". It therefore recommended to the governments of the Member States to "ensure appropriate protection of the life, health, family and private life, physical integrity and private property of persons in accordance with Articles 2, 3 and 8 of the [Convention] and by Article 1 of its Additional Protocol, by also taking particular account of the need for environmental protection". It also called upon

et effective la protection des droits humains écologiques par le Conseil de l'Europe ? », *Rev. Trim. Dr Homme*, 2020, p. 619

¹⁴¹ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'affaire des 'minarets suisses' devant la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2012, p. 179.

¹⁴² C. COUNIL, C. COLARD-FABREGOULE, A. POMADE, R. BENTIROU MATHLOUTHI et J. BÉTAILLE (dir.), « Environnement et droits de l'homme, chronique », *op. cit.*, p. 222.

¹⁴³ Voy. N. KOBYLARZ, « The European Court of Human Rights : an Under-rated Forum for Environmental Litigation », H. TEGNER ANKER et B. EGELUND OLSEN (dir.), *Sustainable Management of Natural Resources. Legal Instruments and Approaches*, Anvers, Intersentia, 2018, pp. 104 et s.

¹⁴⁴ Voy. *supra* quant à ceci.

d'intégrer expressément et directement le droit à un environnement sain parmi les droits fondamentaux consacrés et protégés par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁸.

Le second concerne l'hypothèse de l'intégration jurisprudentielle d'une évolution de la qualité de victime en matière environnementale, au regard de la mise en œuvre de la Convention d'Aarhus (*supra*). La Cour européenne des droits de l'homme a volontiers utilisé cette dernière Convention comme fondement juridique pour déduire, notamment dans les flancs des articles 2 et 8¹⁴⁹, le droit à l'information et le droit à la participation en matière environnementale¹⁵⁰. Or, les limitations au droit d'action d'intérêt collectif contrarient, précisément, la mise en œuvre concrète et effective de la Convention d'Aarhus.

the Committee of Ministers to "draw up an additional protocol to the [Convention] concerning the recognition of individual procedural rights intended to enhance environmental protection, as set out in the Aarhus Convention" and to "draw up, as an interim measure in preparation for the drafting of an additional protocol, a recommendation to member states setting out the ways in which the [Convention] provides individual protection against environmental degradation, proposing the adoption at national level of an individual right to participation in environmental decision making, and indicating a preference, in cases concerning the environment, for a broad interpretation of the right to an effective remedy guaranteed under Article 13". » (Cour eur. D.H., 2 décembre 2010, arrêt *Ivan Atanasov c. Bulgarie*, §§ 56 et 57).

¹⁴⁸ Pour une vue plus pessimiste de l'aptitude de ce protocole à fournir les ressources adéquates à la protection du droit à l'environnement sain, voy. E. LAMBERT, « Comment rendre crédible et effective la protection des droits humains écologiques par le Conseil de l'Europe ? », *Rev. Trim. Dr Homme*, 2020, spéc. pp. 616 et s.

¹⁴⁹ On n'oublie pas que, sur cette question, les articles 6 et 13 de la Convention sont également généralement mobilisés.

¹⁵⁰ M. PÂQUES et B. JADOT « Diversité des dispositions qui font de l'environnement l'objet d'un droit fondamental », *Amén.*, 2008, pp. 222 et 223. La jurisprudence de la Cour européenne connaît-elle une avancée vers un *locus standi* plus étendu des associations d'intérêt collectif lorsqu'elles se plaignent dans un « contexte Aarhus » (griefs procéduraux soulevés sous l'angle de l'article 6 de la Convention européenne, liés au droit à l'information et à la participation en matière environnementale) ? La lecture de l'arrêt *L'Erablière ASBL c. Belgique* (Cour. eur. D.H., 24 février 2009, arrêt *L'Erablière ASBL c. Belgique*, §§ 26 et 29) est révélatrice sur ce point : « 26. Une nouvelle étape a été franchie par la Cour dans l'affaire *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif stop Melox et Mox c. France* ((déc.), n° 75218/01, 28 mars 2006), dans laquelle elle a affirmé que l'article 6, § 1, était applicable à une procédure engagée par une association de protection de l'environnement ne se présentant pas comme une association de riverains visant spécifiquement à la défense des droits et intérêts de ses membres. La Cour a conclu que, si l'objet de la procédure litigieuse était essentiellement la défense de l'intérêt général, la « contestation » soulevée par l'association requérante avait en sus un lien suffisant avec un « droit » dont elle pouvait se dire titulaire en tant que personne morale pour que l'article 6, § 1, de la Convention ne soit pas d'office jugé inapplicable. En fait, au cœur des revendications de l'intéressée se trouvait la question du droit du public à l'information et à la participation au processus décisionnel lorsqu'il s'agissait d'autoriser une activité présentant un danger pour la santé ou l'environnement. [...] 29. Si la Convention ne permet pas l'*actio popularis*, c'est pour éviter la saisine de la Cour par des individus se plaignant de la simple existence d'une loi applicable à tout citoyen d'un pays ou d'une décision de justice auxquels ils ne sont pas parties (*Ada Rossi et sept autres requêtes c. Italie*, n° 55185/08, 16 décembre 2008). La Cour considère cependant que l'intérêt "général" défendu en l'espèce par le recours de la requérante ne peut pas être assimilé à une *actio popularis*, compte tenu des circonstances de l'espèce, notamment la nature de l'acte attaqué, la qualité de la requérante et de ses fondateurs ainsi que le but matériellement et géographiquement limité pour-suivi par celle-ci ».

2. Du bon usage de la marge nationale d'appréciation

Subordonner l'audace du juge national à l'existence d'un « précédent » strasbourgeois surestime la possibilité pour la Cour, *hic et nunc*, de connaître d'un litige semblable : tel est l'enseignement des lignes qui précèdent. Pareil attentisme futile également, de manière injustifiée, les pouvoirs que le juge national peut et doit se reconnaître dans la mise en œuvre de la Convention¹⁵¹.

Si la Cour de Strasbourg reconnaît, en matière environnementale, une large marge d'appréciation aux États¹⁵², celle-ci correspond à la spécificité même du contrôle européen, qui s'exerce dans un cadre distant des réalités nationales, conformément au principe de subsidiarité inhérent au contrôle strasbourgeois¹⁵³. Ainsi, la critique faite à l'arrêt commenté consistant à soutenir que la Haute juridiction néerlandaise aurait dû copier l'attitude du juge strasbourgeois, c'est-à-dire reconnaître à l'État néerlandais une large marge d'appréciation de l'État dans sa politique environnementale, négligerait la nature différente du contrôle européen et du contrôle national. La marge d'appréciation reconnue par la Cour européenne n'est pas transposable dans les relations nationales internes et, partant, devant le juge national¹⁵⁴. La principale intéressée ne dit pas autre chose :

« La théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'État au niveau interne »¹⁵⁵.

Le juge national, en raison de sa proximité géographique, est le mieux placé pour offrir la

¹⁵¹ Voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK, « Plus vite que la musique. Quelques réflexions sur la subsidiarité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in A. WIRTGEN et J. DUJARDIN (dir.), *Liber amicorum Marnix Van Damme*, Bruges, La Charte, 2021 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Du bon usage de la jurisprudence de Strasbourg. Quelques réflexions sur la jurisprudence belge relative aux signes convictionnels », *R.I.E.J.*, 2020/2, pp. 151-154.

¹⁵² Voy. B. DE BOYSSON, « Le droit au respect de la vie privée et l'environnement », *op. cit.*, p. 34 : « Sur le fond, la Cour a souvent répété qu'elle "n'entendait pas donner un statut spécial [...] aux droits environnementaux de l'homme". Elle considère que, en matière de politique environnementale, la marge d'appréciation nationale doit être étendue » ; Cour eur. D.H., 8 juillet 2003, arrêt *Hatton c. Royaume-Uni*, § 122 ; Cour eur. D.H., 2 novembre 2006, arrêt *Giacomelli c. Italie*.

¹⁵³ G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 341.

¹⁵⁴ Cour eur. D.H., 17 décembre 2012, arrêt *A. c. Royaume-Uni*.

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., 19 février 2009, arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni*, § 184. Voy. M. ANDENAS et E. BJØRGE, « L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme : quel rôle pour le juge interne ? », *R.I.D.C.*, 2012, pp. 392 et s.

protection la plus adéquate des droits fondamentaux en cause devant lui¹⁵⁶. G. Rosoux avance que « la protection nationale doit ainsi devancer la protection internationale »¹⁵⁷.

Le *Hoge Raad* a, visiblement¹⁵⁸, parfaitement perçu la légitimité qui était la sienne – voire l’obligation qui lui incombait – de « danser plus vite que la musique strasbourgeoise »¹⁵⁹.

Certaines décisions belges, et avis de la Section de législation du Conseil d’État, vont très exactement en ce sens, certes dans des domaines très éloignés du contentieux environnemental¹⁶⁰.

Dans une très belle note de bas de page d’un avis donné en Assemblée générale, le 20 mai 2008¹⁶¹, sur une proposition de loi « visant à appli-

¹⁵⁶ G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, op. cit., p. 342.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 342.

¹⁵⁸ On peut se référer, sur ce point, aux conclusions très fouillées de MM. F. F. Langemeijer et M. H. Wissink datant du 13 septembre 2019, et précédant l’arrêt du *Hoge Raad* des Pays-Bas dans l’affaire *Urgenda* (ECLI:NL:PHR:2019:887) : « 2.39. Het EHRM leidt uit art. 1 EVRM af dat de bescherming van EVRM-rechten primair door de nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechters, moet worden geboden. Het EHRM kent zichzelf in dezen een subsidiaire rol toe [...] Het hier bedoelde subsidiariteitsbeginsel ('Principle of subsidiarity') vormt mede de achtergrond van de hierna nog te bespreken margin of appreciation-doctrine, die het EHRM gebruikt om aan nationale autoriteiten in voorkomende gevallen beleidsruimte toe te kennen [...] Hoewel dit associaties kan oproepen met het staatsrechtelijke beginsel van machtscheiding, staat het subsidiariteitsbeginsel niet in het teken van rechterlijke terughoudendheid [...] Integendeel, het EHRM eist juist dat nationale rechters een beroep op mensenrechten beoordelen met bijzondere gestrengheid en zorgvuldigheid ("with particular rigour and care"), als uitvloeisel van het subsidiariteitsbeginsel ("as a corollary of the principle of subsidiarity") [...] De margin of appreciation-doctrine kan daarom niet – of hoogstens naar analogie – dienen als grondslag voor een terughoudende opstelling van de nationale rechter in mensenrechtenkwesaties ». Voy. aussi le point 2.69 : « Nationale rechters zijn om deze reden niet gehouden om terughoudendheid te betrachten op die terreinen waar het EHRM aan de nationale autoriteiten een margin of appreciation toekent [...] In de vakliteratuur wordt juist het tegendeel beweerd: waar het EHRM zich vanwege het subsidiariteitsbeginsel terughoudend opstelt, moet de nationale rechter indringender toetsen [...] Het arrest Fabris/Frankrijk biedt steun voor die benadering [...] Overigens mag daaruit niet worden afgeleid dat het arrest Fabris/Frankrijk aanspoort tot extensieve materiële uitleg van het EVRM. Het voorgaande laat bovendien onverlet dat er andere redenen kunnen bestaan voor een terughoudende opstelling van de rechter (bijv. op grond van de nationale verhouding tussen de staatsmachten, te bespreken in hoofdstuk 5 hierna). Het begrip margin of appreciation krijgt dan een andere betekenis, waarin niet meer de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechter centraal staat. Bij toepassing door de nationale rechter gaat het om de vraag, welke beleids- en beoordelingsruimte de nationale rechter aan de autoriteiten in zijn eigen land toestaat ».

¹⁵⁹ Voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK, « Plus vite que la musique. Quelques réflexions sur la subsidiarité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », op. cit. ; S. Van Drooghenbroeck, « Du bon usage de la jurisprudence de Strasbourg. Quelques réflexions sur la jurisprudence belge relative aux signes convictionnels », *R.I.E.J.*, 2020/2, pp. 151 et s.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Avis n° 44521/AG du 20 mai 2008 sur une proposition de loi « visant à appliquer la séparation de l’État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles » (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-351/1). Voy. en effet la note de bas de page n° 27. Voy. égal. Avis 46.520/AG sur une proposition de loi « relative à l’accouchement discret » (*Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4-1138/2) à propos de l’accouchement dans la discrétion. Le Conseil d’État rappelle que, dans la matière, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (arrêt *Odièvre c. France*) concède aux États une large marge d’appréciation. Il ajoute cependant que : « En ce qui concerne la Belgique, c’est le législateur qui devra en premier lieu se livrer à une appréciation ; plus tard, la Cour constitutionnelle devra

quer la séparation de l’État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles », la Section de législation énonçait :

« Il importe d’insister sur le fait que la marge d’appréciation que la Cour européenne des droits de l’homme paraît reconnaître aux États en matière de relation entre l’État et les religions et les conceptions philosophiques doit être appréhendée dans le contexte du contrôle subsidiaire qu’exerce cette juridiction européenne par rapport à des pratiques internes et qu’elle ne signifie donc pas nécessairement en droit interne que, dans le cadre du contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d’État et celui exercé éventuellement *a posteriori* par la Cour constitutionnelle, une exigence plus stricte quant au respect des principes constitutionnels attachés à la liberté de pensée, d’expression et de religion ne soit pas mise en œuvre ».

Dans son arrêt n° 49/2019 du 14 mars 2019, et à propos des exigences déduites du droit au respect de la vie privée en termes de « notification » aux personnes des mesures de surveillance dont elles ont fait l’objet, la Cour constitutionnelle énonça pour sa part :

« B.11. Lorsqu’elles mettent en balance l’intérêt de l’État défendeur à protéger la sécurité nationale au moyen de méthodes de surveillance secrète, d’une part, et la gravité de l’ingérence dans l’exercice du droit au respect de la vie privée, d’autre part, les autorités nationales disposent d’une certaine marge d’appréciation dans le choix des moyens propres à atteindre le but légitime que constitue la protection de la sécurité nationale (CEDH, 13 septembre 2018, *Big brother watch et autres c. Royaume-Uni*, § 308 ; 19 juin 2018, *Centrum för Rättvisa c. Suède*, § 104 ; (GC), 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, § 232. Voir aussi : CEDH, 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, § 57 ; 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, §§ 153-154 ; décision, 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, § 106 ; 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, §§ 49, 50 et 59).

éventuellement examiner l’appréciation faite par le législateur à la lumière des droits fondamentaux garantis par la Constitution, sans que cette Cour doive à cette occasion se limiter à un contrôle marginal, comme la Cour européenne des droits de l’homme. [...] Les motifs précités qui conduisent la Cour européenne à accorder aux États une large marge d’appréciation n’existent en effet pas au niveau national » (notre accent).

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il incombe au premier chef aux États, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la Convention, les autorités nationales, en particulier les juges nationaux, étant en principe mieux placées pour évaluer la proportionnalité d'une limitation aux droits et libertés au regard des faits et des réalités qui caractérisent la société concernée.

Il en découle que l'appréciation d'une limitation à un droit fondamental par le juge national peut conduire à ce que le niveau de protection imposé au regard de la situation nationale soit supérieur à celui que la Cour européenne des droits de l'homme prévoit ».

Pareilles démarches doivent, selon nous, être approuvées en leur principe même¹⁶². Partant, il n'y a pas lieu de regretter que le *Hoge Raad* n'ait pas sollicité, de la part de la Cour européenne des droits de l'homme et sur le fondement du Protocole n° 16 à la Convention, un avis consultatif sur la question en litige. Il n'avait aucune obligation en ce sens¹⁶³, de manière générale. Et quand bien même l'aurait-il fait, il lui aurait toujours été loisible de conclure à la violation de la Convention,

¹⁶² Non sans que des difficultés ne puissent survenir lorsque le « dépassement » du plancher fixé par la Cour européenne pour la protection d'un droit, aboutit à la moindre protection d'un autre droit. Voy. S. VAN DROOGENBROECK, « Plus vite que la musique. Quelques réflexions sur la subsidiarité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

¹⁶³ Il faut rappeler que le mécanisme mis en place par le Protocole n° 16 est facultatif. Le *Hoge Raad* mettait en avant le fait que le détour par la Cour européenne des droits de l'homme aurait par ailleurs privé la décision d'intervenir d'utilité. Voy. en effet le point 5.6.4 : « *Het antwoord op deze vraag acht de Hoge Raad voldoende duidelijk. Hij zal dan ook zelf het antwoord op deze vraag geven en deze niet voor een zogeheten "advisory opinion" voorleggen aan het EHRM, zoals op grond van het op 1 juni 2019 in werking getreden Protocol nr. 16 bij het EVRM mogelijk is, maar niet verplicht. Daarbij komt dat beide partijen de Hoge Raad hebben verzocht om nog in 2019 uitspraak te doen, dit met het oog op het tijdstip waarop het door het hof bekrachtigde bevel van de rechtbank betrekking heeft, het einde van 2020* ». Voy., plus en détail, le point 6.15 des conclusions du Ministère public en l'affaire : « *Zoals wij schreven in alinea 6.7, is niet zeker hoe het EHRM zelf over een zaak als de onderhavige zou oordelen. Nu kan de Nederlandse rechter sinds 1 juni 2019 het EHRM verzoeken om een advies ("advisory opinion") over principiële vragen inzake de uitlegging of toepassing van rechten en vrijheden die zijn omschreven in het verdrag en de bijbehorende protocollen. De rechter is hiertoe niet verplicht. Op zichzelf zou deze zaak in aanmerking kunnen komen voor een verzoek om een advies van het EHRM, maar overwegingen van praktische aard pleiten daartegen. In haar brief van 8 januari 2019 heeft mr. Teuben namens de Staat verzocht om de zaak met voortvarendheid te behandelen "opdat, voor zover mogelijk, uiterlijk eind 2019 op het cassatieberoep is beslist". Urgenda had daartegen geen bezwaar. Het reductiebevel betreft door de Staat met het oog op de emissies in 2020 te nemen maatregelen. Ook indien de procedure bij het EHRM en daarna het vervolg van deze cassatieprocedure bij de Hoge Raad zo spoedig mogelijk zouden worden afgewikkeld, is daar geruime tijd mee gemoeid, in ieder geval (het grootste deel van) het jaar 2020. Het vragen van een advies aan het EHRM zou meebrengen dat het reductiebevel dient te worden uitgevoerd, zonder dat de Hoge Raad een oordeel heeft gegeven over de daartegen in cassatie gerichte klachten van de Staat. Het bevel is immers "uitvoerbaar bij voorraad" verklaard* ».

là où la Cour s'en serait, pour sa part, abstenue. Alors, ... à quoi bon ?

IV. LES REMÈDES

Les articles 2 et 8 de la Convention requièrent qu'à l'horizon 2020, l'État hollandais réduise l'émission des gaz à effet de serre de 25 % par rapport à la situation de 1990 : telle est la conclusion à laquelle aboutit le *Hoge Raad*. Restait alors la question – sans doute la plus controversée de celles qui se sont posées : appartenait-il au juge lui-même d'ordonner qu'il en soit ainsi ? Le *Hoge Raad* y répond de manière affirmative (A). Le juge belge pourrait-il, sur ce point, l'imiter ? Avec toute la prudence qui s'impose, nous pensons qu'il y a au moins matière à plaider¹⁶⁴ (B).

A. OUTRE MOERDIJK : PAS D'INJONCTION DE LÉGIFÉRER PROHIBÉE

La question des frontières du droit et de la politique fut, tout au long de la procédure *Urgenda* et des étages juridictionnels successifs qu'elle emprunta, âprement débattue¹⁶⁵. Pour le *Hoge Raad* cependant, le juge ne sortait pas de son rôle en tirant l'oreille de l'État défendeur. Certes revient-il au Gouvernement et au Parlement, dans le système institutionnel des Pays-Bas, de prendre les décisions relatives à la réduction des émissions des gaz à effet de serre. L'un et l'autre disposent d'une grande marge de liberté pour se livrer aux appréciations politiques qu'impose cette prise de décision. Mais, ajoute le *Hoge Raad*, c'est au juge qu'il revient de décider si, dans la mise en œuvre de cette liberté, Gouvernement et Parlement sont demeurés dans les limites tracées par le Droit, qui s'imposent à eux. Et la décision du 20 décembre 2019 de poursuivre¹⁶⁶ :

« *Tot de [...] bedoelde grenzen behoren die welke voor de Staat voortvloeien uit het EVRM.*

¹⁶⁴ Les réflexions développées ci-après sont inspirées de S. VAN DROOGENBROECK (avec la collaboration de A. PICQUÉ), « Aux confins de la responsabilité civile de la puissance publique : l'injonction de légiférer », in P. FORTIERS, R. JAFERALI et E. VAN DEN HAUTE (dir.), *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum P.-A. Fortiers* Bruxelles, Laricr, 2021, pp. 689 et s., ainsi que de *id.*, « *Flandria, Anca, Ferrara ... Urgenda ?* Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.*, 2020, pp. 750 et s.

¹⁶⁵ R. A. J. VAN GESTEL et M. A. LOTH, « *Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0* », *N.J.B.*, 2015, pp. 2599-2604 ; L. BERGKAMP et J. C. HANEKAMP, « *Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies ?* », *European Energy and Environmental Law Review*, 2015, p.p 102-114 ; O. DE SCHUTTER, « *Changements climatiques et droits humains : l'affaire Urgenda* », *op. cit.*, pp. 604-608.

¹⁶⁶ Point 8.3.3. de l'arrêt commenté.

Zoals hiervoor [...] is overwogen, heeft Nederland zich aan het EVRM gebonden en is de Nederlandse rechter op grond van de art. 93 en 94 Grondwet gehouden de bepalingen daarvan toe te passen overeenkomstig de uitleg daarvan door het EHRM. De bescherming van mensenrechten die hiermee wordt geboden, vormt een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat ».

Le raisonnement n'est pas sans rappeler celui de notre Cour de cassation dans l'arrêt *Ferrara Jung* – nous y reviendrons (*infra*, B) –, ou encore celui qui, quelques semaines plus tôt (septembre 2019), avait conduit la Cour suprême du Royaume-Uni¹⁶⁷ à censurer l'illégalité de la « mise en sommeil » du Parlement britannique entre le 9 septembre et le 14 octobre 2019¹⁶⁸. Toutes ces décisions ont en commun une même parade face au grief d'un débordement du juge sur le terrain politique : les juges ne sortent pas de leurs sphères et de leur *business* légitimes, puisqu'il y a des règles de droit en jeu, des règles qu'il convient d'appliquer, qu'il s'agisse de règles constitutionnelles non écrites – dans le cas britannique – ou de la Convention européenne des droits de l'homme, dans les affaires *Ferrara Jung* ou *Urgenda*. Certes. Mais l'affirmation de l'existence de ces règles et leur interprétation est elle-même, de part en part, une œuvre très largement prétorienne. Le juge ne franchit donc pas les limites... que lui-même ou un autre juge a tracées¹⁶⁹. On reconnaîtra que tout ceci n'a finalement rien d'évident. Mais rien non plus d'imbuvable, comme nous avons tenté de le démontrer ci-dessus.

Un simple « dire pour droit » (*verklaring voor recht*) affirmant l'illégalité des abstentions hollandaises impliquait déjà, en soi, un certain tour de force. Mais les décisions du fond, nous l'avons vu, ne s'y cantonnaient pas, et s'exposaient donc à un second écueil : l'illicéité de l'injonction de

légiférer, clairement affirmée par la jurisprudence du Hoge Raad.

Dans un arrêt du 21 mars 2003¹⁷⁰, celui-ci avait en effet jugé que :

« Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Grondwet vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn ».

Toujours selon cet arrêt de 2003, l'obligation faite au juge par l'article 94 de la Constitution de faire primer le droit international sur la loi nationale contraire, en laissant celle-ci inappliquée, ne conduisait pas *de facto* à rendre constitutionnellement admissible l'injonction de légiférer :

« Het buiten toepassing laten van formele wetgeving op deze grond heeft een ander karakter dan een bevel wetgeving tot stand te brengen: het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemeen, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen ».

À l'estime de l'arrêt du 20 décembre 2019, la décision du tribunal de La Haye, confirmée en appel, ne pouvait cependant être analysée en une « injonction de légiférer » ainsi proscrire.

Pareille interdiction n'existe en effet qu'en présence d'une injonction portant obligation d'adopter une législation ayant un contenu *déterminé*

¹⁶⁷ UK Supreme Court, 24 septembre 2019, (2019)UKSC 41, *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) et Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant)* (Scotland), disponible en ligne sur : <https://www.supremecourt.uk>.

¹⁶⁸ *Ibid.*, point 36 : « As we have explained, no question of justiciability, whether by reason of subject matter or otherwise, can arise in relation to whether the law recognises the existence of a prerogative power, or in relation to its legal limits. Those are by definition questions of law. Under the separation of powers, it is the function of the courts to determine them ».

¹⁶⁹ Voy. P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 59 et 62 : « il est vrai que la notion d'opportunité, traditionnellement tenue pour le rempart contre le gouvernement des juges, s'est prêtée à tant de contorsions sémantiques qu'elle apparaît plus souvent comme un alibi que comme une frontière [...]. Il est vrai qu'alors, l'opportunité devient une notion pragmatique, adaptable, existentielle, qu'elle est ce que le juge refuse d'apprécier tandis qu'il appelle légalité ce qu'il décide de contrôler. Fixant lui-même les limites de son intervention, il exerce la "compétence de la compétence" ».

¹⁷⁰ Hoge Raad, 21 mars 2003, n° C01/327HR, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *N.J.*, 2003/691, met noot van T. KOOPMANS, *A.B.*, 2004/39, de Ch. BACKES. Voy. à cet égard : R. A. J. VAN GESTEL et M. S. GROENHUISEN, « Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch ...? », *N.J.B.*, 2006/1573, p. 2050 ; J. E. M. POLAK, « Zit er nog muziek in verbodsen gebodsacties ter zake van wetgeving? », *Od&A*, 2004/90 ; R. J. B. SCHUTGENS, *Onrechtmatige wetgeving*, diss. Nijmegen, Deventer, Kluwer, 2009, hoofdstuk 15 ; G. BOOGAARD, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*, diss. UvA, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2013.

et *spécifique*. Porteuse d'une telle injonction, la décision judiciaire réduirait à néant la marge de manœuvre du législateur, et, à l'instar d'un « arrêt de règlement », déploierait nécessairement un effet « normatif » vis-à-vis de tiers à l'instance, en méconnaissance de la relativité de la chose jugée par le juge judiciaire. Rien ne s'oppose, par contre, à ce que le juge se borne à ordonner à la personne morale de droit public défenderesse l'adoption des mesures nécessaires, non autrement précisées, pour atteindre un but déterminé issu d'obligations internationales. L'objectif est sans doute imposé – par le Droit, et pas par le Juge –, mais les moyens d'y parvenir demeurent au choix de l'autorité. Tel est le cadre admissible et, selon le *Hoge Raad*, ni le Tribunal de première instance ni la Cour d'appel ne l'ont outrepassé en enjoignant à l'État de réduire de 25 % l'émission de gaz à effet de serre :

« *Dit bevel komt immers niet neer op een bevel om specifieke wetgevende maatregelen te nemen, maar laat de Staat vrij in de keuze van de te nemen maatregelen teneinde een reductie in de uitstoot van broeikasgassen van 25% in 2020 te bereiken. Dit wordt niet anders doordat voor veel van de mogelijk te nemen maatregelen wetgeving nodig zal zijn, zoals de Staat aanvoert. Het blijft immers aan de Staat om te bepalen welke maatregelen worden getroffen en welke wetgeving tot stand wordt gebracht om die reductie te bereiken* »¹⁷¹.

Ainsi, le pouvoir judiciaire néerlandais n'agit pas en troisième chambre législative, mais tout au plus en antichambre du Parlement. Par son incitation à agir, la juridiction suprême réfute certes le droit du législateur au « déni de législation », et reconnaît le bon droit des victimes de l'omission législative ; elle respecte malgré tout la marge de manœuvre des députés et des membres du gouvernement¹⁷².

B. QUID EN BELGIQUE ?

L'injonction de légiférer demeure donc, au Pays-Bas, un tabou. Mais force est de constater que ses contours font l'objet d'une interprétation très restrictive, et que l'interdiction qui en résulte se réduit finalement à très, très peu de choses.

¹⁷¹ Voy. le point 8.2.7. de la décision. On rapprochera volontiers l'analyse de celle de D. RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 264 et 265.

¹⁷² *Idem*, pp. 258 et 259.

Qu'en est-il en Belgique ?

Flandria, Anca, Ferrara Jung... Les conquêtes successives du droit de la responsabilité civile sur chacune des fonctions de la puissance publique – administrer, juger, légiférer – ont été maintes fois décrites¹⁷³, et récemment récapitulées à l'occasion du centenaire du premier arrêt cité¹⁷⁴. On ne retracera donc pas ici une fois de plus la saga ; tout juste en photographiera-t-on l'état le plus récent et le plus avancé, en empruntant la lentille d'un arrêt remarquablement motivé rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 14 novembre 2019¹⁷⁵ :

« Le principe de séparation des pouvoirs n'implique pas que l'État serait “*de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative*” (Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 1996, pp. 594 et s. avec les conclusions du premier avocat général J.-F. LECLERCQ).

Sans préjudice de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de la responsabilité, le législateur commet en effet une faute lorsqu'il adopte une réglementation qui méconnaît une norme supérieure, qu'elle soit conventionnelle ou constitutionnelle, qui lui impose d'agir ou de s'abstenir d'agir de manière déterminée (en ce sens, voy. Cass., 30 avril 2015, *Pas.*, I, p. 1077) ou lorsqu'il n'a pas agi comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent (Cass., 10 septembre 2010, *Pas.*, I, p. 2226).

La seule circonstance que la Cour constitutionnelle a établi l'inconstitutionnalité d'une loi ne suffit cependant pas à établir une faute dans le chef du législateur et ne dispense donc pas le juge de se livrer à une appréciation propre du caractère fautif dénoncé (*ibid.*).

Il faut donc vérifier si la règle supra législative imposait au législateur d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une manière déterminée. À cet égard,

¹⁷³ P. VAN OMMESELAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (coord.), *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, coll. UB3, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 8 et s. ; D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIèmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur : une très remarquable construction jurisprudentielle », *J.T.*, 2018, pp. 600-603 ; T. COPPÉE et M. LAMBERT DE ROUVROIT, « La responsabilité des pouvoirs publics : vers un régime unique ? », in P.-O. DE BROUX, Br. LOMBAERT, T. LÉONARD, J. VAN MEERBEECK (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 307 et s.

¹⁷⁴ Voy. le numéro spécial récemment consacré par le *Journal des Tribunaux* au centenaire de l'arrêt *Flandria* (2020, n° 36, pp. 729 et s. et spéc. la contribution de F. BOUHON).

¹⁷⁵ Bruxelles, 14 novembre 2019, 2017/AR/1514.



la cour estime que “le degré de détermination d’un commandement juridique ne gît pas uniquement dans le seul libellé de la disposition qui le véhicule” et qu’il “ne peut s’éprouver qu’au travers d’une appréciation du contexte interprétatif qui lui donne son sens et sa signification à un moment précis” [...].

À défaut de violation d’une norme imposant un comportement déterminé, le juge doit contrôler si le législateur a été normalement prudent et diligent. Parmi les critères qui peuvent être pris en considération, on peut notamment évoquer le fait pour le législateur d’avoir ignoré l’avertissement de la section de législation du Conseil d’État ou le caractère manifeste de la violation d’une norme supérieure [...].

Dans un cas comme dans l’autre, c’est en principe au moment de l’adoption de la règle litigieuse qu’il convient de se placer pour apprécier le caractère fautif du comportement étatique, et non au moment où cette règle a été jugée inconstitutionnelle ou contraire à une norme de droit international ayant des effets directs [...]. Cependant, si une norme devait, postérieurement à l’adoption de la règle litigieuse, acquérir un degré de détermination suffisant pour conclure qu’elle impose dorénavant au législateur d’agir ou de s’abstenir d’agir d’une manière déterminée, celui-ci peut également être tenu fautif d’avoir omis de modifier ladite règle conformément au commandement ainsi précisé ».

« Dire pour droit » que l’État-législateur – ou l’État-administrateur – a commis une faute, par action ou omission, n’est donc plus inconcevable.

La question de la réparation demeure, par contre, source de difficultés.

Selon les principes du droit de la responsabilité quasi-délictuelle, tels que rappelés par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 avril 2017¹⁷⁶, « l’article 1382 du Code civil oblige celui qui, par sa faute, cause un dommage à autrui à le réparer intégralement, ce qui implique que le préjudicié doit être placé autant que possible dans la situation dans laquelle il serait demeuré si la faute n’avait pas été commise ». Toujours selon le même arrêt, « la réparation du dommage en nature est le mode normal de réparation du dommage » et « le juge est par conséquent tenu d’ordonner la réparation du dommage en nature lorsque la victime le demande ou que le responsable le propose et que le mode de réparation est en outre possible et

ne constitue pas l’exercice abusif d’un droit »¹⁷⁷. Dans un arrêt nettement plus ancien, la Cour de cassation, sur conclusions conformes de l’Avocat général J. Velu, avait précisé que « les cours et tribunaux ne s’immiscent pas dans l’exercice des pouvoirs légalement réservés à l’autorité administrative, lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée par un acte illicite de cette autorité, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à cette autorité des mesures destinées à mettre fin à l’illégalité dommageable »¹⁷⁸.

Comme le rappelle cependant P. Wéry, le droit à la réparation intégrale n’est pas illimité, et la victime doit se contenter d’une réparation par équivalent lorsque la réparation en nature est impossible. L’impossibilité peut résulter de considérations matérielles ou juridiques, telles que le principe de la séparation des pouvoirs¹⁷⁹.

Tel est très précisément l’écueil auquel s’est, jusqu’à présent, heurtée l’idée même d’une « injonction » adressée à l’État-législateur en réparation de ses absences fautives. Une réparation autre que par équivalent paraît en effet difficilement concevable¹⁸⁰, voire inconvenante : le juge de la responsabilité ne pourrait aller jusqu’à dicter sa conduite future au législateur et devrait donc se contenter, de manière purement rétrospective, de déclarer fautive sa conduite passée¹⁸¹.

¹⁷⁷ S. DE REY relevait encore récemment le caractère protéiforme de cette forme de réparation qui « est presque impossible à définir ». Il peut s’agir « de toute prestation envisageable en tant qu’objet d’une obligation légale ou contractuelle », laquelle consistera en une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, sous la forme d’actes matériels ou juridiques (S. DE REY, « La réparation en nature du dommage contractuel et extracontractuel – Revalorisation d’un remède sous-estimé ! », *R.G.D.C.*, 2019, liv. 9, p. 531).

¹⁷⁸ Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, p. 1356. D. Renders rappelle à ce titre que le juge n’est pas pour autant autorisé à adopter lui-même l’acte litigieux ou à prononcer son annulation. Il plaide par ailleurs pour une vision non étanche de la séparation des pouvoirs en soulignant que la répartition entre ces derniers « impose, au contraire, des liens entre les corps et les fonctions. Ces liens procèdent tantôt de la collaboration, tantôt du contrôle » (D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l’administration à réparer en nature le dommage cause par sa faute extracontractuelle ? », *R.G.D.C.*, 2015, liv. 10, p. 573).

¹⁷⁹ P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2012/3, p. 251. C’est également l’avis du regretté P. VAN OMMESSLAGHE qui faisait observer en 2013 que « la réparation en nature ne peut être ordonnée, en règle, lorsqu’elle implique une contrainte sur la personne, ni lorsqu’elle est contraire au principe de la séparation des pouvoirs » (*Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1653). Par ailleurs, S. De Rey note que la réparation en nature sera non seulement écartée lorsqu’elle est impossible mais également lorsqu’elle sera jugée « inutile » (S. DE REY, « La réparation en nature du dommage contractuel et extracontractuel – Revalorisation de remède sous-estimé ! », *op. cit.*, p. 531, où il expose l’hypothèse la perte de confiance entre cocontractants dans le cadre de laquelle une réparation par remplacement du débiteur s’impose).

¹⁸⁰ Voy. Civ. Bruxelles, 10 octobre 2018, *Juristenkrant*, 2018 (P. GIL-LEAERTS, *reflet*), afl. 376, 1 en 16 ; *T.M.R.*, 2018, afl. 6, 706, et note A. CARETTE.

¹⁸¹ Voy., de manière générale, T. COPPÉE et M. LAMBERT DE ROUVROIT, « La responsabilité des pouvoirs publics : vers un régime unique ? », *op. cit.*, n° 62-63. Voy. not., à propos de l’inexécution prolongée de l’arrêt *Bruxelles-Halle-Vivoorde* de la Cour constitutionnelle (C. const., 26 mai 2003,

¹⁷⁶ Cass., 3 avril 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 40.

Un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 4 octobre 2013¹⁸² constitue, sur ce point, une illustration particulièrement éclairante de cette obligation de s'arrêter « au milieu du gué ». En l'espèce, la juridiction saisie en vint à établir le caractère « fautif », au sens de l'article 1382 du Code civil, de l'abstention prolongée d'adoption des arrêtés royaux nécessaires à la mise en vigueur de certains pans de la loi dite « de principes » du 12 janvier 2005 « concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus ». Il refusa cependant de faire droit à la demande tendant à ce qu'il soit ordonné à la partie défenderesse de remédier *in nature* à l'illégalité constatée : « compte tenu de la marge de manœuvre laissée par le législateur de 2005 au pouvoir exécutif pour la mise en œuvre de la loi de principes, la condamnation sous astreinte de l'État belge à mettre en vigueur les dispositions litigieuses porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs ». En conséquence, la partie demanderesse (un détenu de la prison d'Andenne) dut se contenter d'une réparation par équivalent de son dommage moral, fixée *ex aequo et bono* à 2 500 euros. Ainsi, le tribunal s'est retranché « derrière le principe de la séparation des pouvoirs pour refuser de condamner l'État belge à une réparation en nature consistant à imposer au pouvoir exécutif de faire entrer en vigueur la loi de principes »¹⁸³.

n° 73/2003) ; E. MAES, « De wetgever in de greep van het Brussel-Halle-Vilvoorde-Arrest. En van de burger ? », in A. ALEN et J. VAN NIEUWENHOVE, *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, vol. 1, 2008, pp. 123-124. Comp. cependant Bruxelles, 22 février 2018, 2012/AR/1207 et autres, qui condamne l'État belge « à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire, tel celui reproduit (dans la motivation de l'arrêt lui-même) en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée visée par cet avant-projet ». La condamnation intervenue est fondée, non pas sur le droit de la responsabilité civile (1382-1383 du Code civil), mais bien sur la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale, effectué par la Ministre compétente de l'époque, et matérialisé dans un avant-projet de loi (finalement non déposé). La juridiction bruxelloise indique notamment qu'« à partir du moment où le gouvernement s'est engagé, alors qu'il a encore les pleins pouvoirs, à créer une fondation au profit des victimes de la thalidomide nées en Belgique et à soumettre à la Chambre un projet d'attribution à cette fondation d'une somme de 5 000 000 €, cet engagement a conservé et conserve, depuis qu'il a été porté à la connaissance des appelants qui l'ont accepté, sa force obligatoire ; la crise gouvernementale (de 2010-2011) n'a pas eu pour effet de l'éteindre, pas plus qu'elle ne met fin aux conventions valablement conclues ou aux engagements internationaux valablement contractés avant sa survenance ». L'arrêt a été signifié, mais l'État belge a introduit un pourvoi en cassation. Dans l'intervalle, une proposition de loi a été déposée, et a donné lieu à l'adoption de la loi du 5 mai 2019 « relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide » (*M.B.*, 16 mai 2019).

¹⁸² *Rev. Dr. Pén.*, 2014, pp. 863 et s. et obs. M.-A. BEERNAERT ; *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1032 et s. et obs. Q. PEIFFER.

¹⁸³ Q. PEIFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », note sous Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, liv. 22, p. 1060. L'auteur affirme que, paradoxalement, à vouloir trop bien appliquer la séparation des pouvoirs en ne condamnant pas l'État belge

La décision ci-avant commentée concernait, certes, la responsabilité de la fonction de régler. On se doute cependant de la réponse qui aurait été celle de la juridiction saisie s'il s'était agi de la responsabilité de l'État-législateur...

Qu'il nous soit cependant permis, dans les lignes qui suivent, d'aligner quelques arguments en faveur d'une relecture « hollandaise » des tabous qui, semble-t-il, empêchent encore de concevoir une réparation en nature, par injonctions, des fautes commises par l'État-législateur.

On notera, tout d'abord, que l'obligation faite de s'« arrêter » au milieu du gué – « dire pour droit » la « pathologie », mais sans enjoindre le « remède » – peut avoir quelque chose d'assez spécieux et artificiel, lorsque la thérapie se dégage plus ou moins nettement d'entre les lignes du diagnostic. Dans l'arrêt *Ferrera Jung*¹⁸⁴, la Cour de cassation a estimé en substance que la situation de l'arriéré judiciaire bruxellois avait conduit *in casu* à une méconnaissance de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme et que le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposait pas à ce que le juge judiciaire en déclare le caractère fautif. Un tant soit peu de réalisme conduit à pronostiquer que, pour réparer la faute ainsi commise, le législateur devra, d'une manière ou d'une autre, « rentrer en action ». Mais cette vraisemblance ne doit pas conduire, en amont, et au nom d'une conception pure et dure de la séparation des pouvoirs, à interdire au juge de poser le constat du caractère fautif de la

à mettre en œuvre la loi de principes, le tribunal a – « sans aucun doute involontairement » – méconnu, en son nom, ce principe.

¹⁸⁴ Cass., 28 septembre 2006. Sur cet arrêt, voy. not. M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire à l'ivresse du Pouvoir – Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation *Église universelle du Royaume de Dieu* et *F.J.* », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1554 et s. ; Y. THIELS et I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics. Le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou évolution », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1526 et s. ; J. WILDERMEERSCH, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 *versus* l'arrêt du 28 septembre 2006 : le loup était déjà dans la bergerie », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1550 et s. ; R. ERGEC, « Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile », *J.T.*, 2007, pp. 440 et s. ; J. VAN CAMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité de l'État-législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, pp. 433 et s. ; *R.W.*, 2006-2007, pp. 1124 et s. et note A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor het foutieve verzuim zijn wetgevende bevoegdheid uit te oefenen » ; C. VERBRUGGEN, « Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid : de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht », *R.A.G.B.*, 2007/5, pp. 323 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Arriéré judiciaire et responsabilité de l'État-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », obs. sous Cass., 28 septembre 2006, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 2007/3, pp. 367-431 ; E. MAES, « Wetgever aansprakelijk voor gerechtelijk achterstand in Brussel », *Juristenkrant*, 2006, liv. 135, pp. 1-5 ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten et de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving », *Tijdschrift voor wetgeving*, 2006/4, pp. 401 et s. ; F. BOUHON, « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.B.D.C.*, 2007/4, pp. 387-423 ; E. MAES, « Het Hof van Cassatie over de fout van overheidsorganen : streng, strenger, strengst... », *T.B.P.*, 2007, pp. 547 et s.

situation. En d'autres termes, et sauf à virer à une tartufferie juridique, il convient d'admettre que, sans pour autant se heurter au principe de la séparation des pouvoirs, certains diagnostics peuvent être accompagnés de la prescription explicite des « remèdes » qui en découlent de manière certaine.

Il en va d'autant plus ainsi – et c'est là notre deuxième argument – si la prescription ainsi faite demeure générale, dans l'ordre du résultat à atteindre aux fins de mise en conformité avec une norme supérieure, sans s'avancer dans l'indication précise et exhaustive des moyens pour y parvenir. Comme l'écrivait B. Jadot en 1991¹⁸⁵, « l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'administration n'empêche pas de manière absolue de lui adresser une injonction. Celle-ci peut porter sur le seul principe d'un comportement à adopter, l'administration condamnée en déterminant les modalités d'exécution ». La proposition¹⁸⁶ peut, sans difficulté, être transposée à la responsabilité des pouvoirs publics en général, et à la responsabilité de l'État-législateur en particulier. C'est au demeurant très exactement sur cette base que le *Hoge Raad* des Pays-Bas a décidé, nous l'avons vu, que l'injonction faite à l'État des Pays-Bas de réduire de 25 % les émissions des gaz à effet de serre, n'était pas une « injonction de légiférer » proscrite : « *Het blijft immers aan de Staat om te bepalen welke maatregelen worden getroffen en welke wetgeving tot stand wordt gebracht om die reductie te bereiken* »¹⁸⁷.

Pas davantage qu'une conception trop forte du principe de la séparation des pouvoirs, la prohibition de l'arrêt de règlement (art. 6 du Code judiciaire) et le principe de la relativité de la chose jugée (art. 23 du Code judiciaire) ne devraient faire obstacle à la relecture hollandaise de nos classiques. On en vient ici au troisième argument. Dans un arrêt du 21 février 2014¹⁸⁸, la cour d'appel de Bruxelles

rappelle certes qu'« une décision des cours et tribunaux, et en particulier une mesure de référé, prise contre les pouvoirs publics ne peut donc pas avoir une portée telle qu'elle en devienne générale ou réglementaire, c'est-à-dire qu'elle affecte directement les droits ou obligations des citoyens non parties au litige ». À strictement parler cependant, une injonction générale, telle celle qui se trouvait en litige dans l'affaire *Urgenda*, n'affecte pas directement les droits et les obligations des citoyens non parties au litige, ni ne prétend dicter une norme précise à qui que ce soit. Au surplus, et comme le soulignait récemment P. Martens¹⁸⁹, il n'est sans doute plus de mise de s'accrocher à une conception rigoriste de la prohibition de l'arrêt de règlement¹⁹⁰. Quant à la relativité de la chose jugée, elle mérite elle aussi d'être « relativisée », ou, plus exactement, « revisitée » suite à la reconnaissance de droits d'action collectifs devant le juge judiciaire. N'est-il pas inévitable que, lorsqu'une association de défense des droits de l'homme agit en justice conformément à ce que lui permet l'article 17, alinéa 2, nouveau du Code judiciaire¹⁹¹ (*supra*, C), la décision à intervenir puisse déployer ses effets au-delà du cercle étroit des parties litigantes *sensu stricto* ? Affirmer le contraire ne revient-il pas à nier le sens même de l'action d'intérêt collectif¹⁹² ?

Last but not least, une relecture « hollandaise » de nos tabous sur l'« injonction de légiférer » nous semble commandée par la nécessité d'honorer le droit à une protection juridictionnelle effective garanti, non seulement par la Convention d'Aarhus, mais aussi, et plus largement, notamment, par les articles 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans ses conclusions précédant un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2011¹⁹³, le Procureur général Jean-François Leclercq laissait entendre que le souci d'honorer le droit au recours effectif, garanti

¹⁸⁵ B. JADOT, « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature », *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 450-452.

¹⁸⁶ Voy. au demeurant, « L'administration qui prend une décision en vertu de son pouvoir discrétionnaire bénéficie d'une liberté d'appréciation qui lui permet de déterminer elle-même dans les limites de la loi les modalités d'exercice de ses compétences et les options qui lui semblent les plus adéquates » (Cass., 3 janvier 2008, C.06.0322.N). Voy. aussi Civ. Bruxelles, 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 631.

¹⁸⁷ D. MISONNE insiste également sur le fait que la décision du *Hoge Raad* ne consacre pas une injonction de légiférer à proprement dit : « la liberté de choix du gouvernement et du législateur reste entière [...] ». Le juge, en donnant une injonction au gouvernement, n'exerce que son rôle de contrôle de la bonne application de la CEDH, explique la Cour suprême des Pays-Bas. Un rôle caractéristique d'une saine démocratie ». Il est cependant difficile de nier que c'est l'outil législatif qui sera le plus efficace pour atteindre les objectifs GES sur le plan interne (D. MISONNE, « Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, Pays-Bas c. *Urgenda*, l'arrêt colibri », *op. cit.*, p. 13).

¹⁸⁸ Bruxelles, 21 février 2014, *J.T.*, 2015, pp. 79-82.

¹⁸⁹ P. MARTENS, « Que reste-t-il de l'article 6 du Code judiciaire ? », *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? Hommage à E. Krings et M. Storme*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 183 et s. Voy. égal. W. MINY, « Au nom de l'État de droit », obs. sous TP1 francophone de Bruxelles, (réf.), 5 août 2020, *A.P.T.*, 2020, pp. 625 et s.

¹⁹⁰ Ni d'ailleurs à une interprétation extensive de l'article 237 du Code pénal.

¹⁹¹ Il est piquant de constater que cette disposition a précisément été adoptée sous la menace d'une action en responsabilité civile dirigée contre l'État législateur, en raison du fait qu'il n'avait pas déféré à une « injonction de légiférer » qui lui avait été adressée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt 133/2013. Voy. C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020, p. 198.

¹⁹² Voy. en ce sens TPI Bruxelles (réf.), 31 mars 2021, n° 2021/14/C. À l'heure où les présentes lignes sont écrites, l'ordonnance est frappée d'appel.

¹⁹³ Cass., 23 mai 2011. Sur cet arrêt, voy. S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 360-362.

par la première décision citée, pouvait justifier une interprétation assouplie de certaines exigences constitutionnelles. Il s'agissait, en l'occurrence, de l'encadrement constitutionnel de la mission de la Cour de cassation (art. 147). Le raisonnement doit cependant pouvoir être transposé, en renfort des arguments ci-avant développés, au niveau de l'interprétation du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. La Cour de justice de l'Union européenne, de son côté, a récemment affirmé que « l'article 47 de la Charte se suffit à lui-même et ne doit pas être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel »¹⁹⁴, en sorte que le juge national doit laisser inappliquée toute disposition nationale qui lui est contraire. Entendons-nous bien : il ne s'agit pas de jeter le principe de la séparation des pouvoirs aux orties pour satisfaire au *requisits* européens, mais simplement, dans une démarche conciliante, d'en retenir l'interprétation la mieux à même de les rencontrer.

Aperçoit-on, dans la jurisprudence belge, quelque indice d'une avancée vers l'interprétation restrictive, ci-avant défendue, de l'interdiction des « injonctions de légiférer »¹⁹⁵ ? Quelques décisions pionnières méritent d'être versées au dossier.

Il en va ainsi du jugement rendu le 10 octobre 2018 par le tribunal de première instance de Bruxelles, en cause *Greenpeace c. Région Flamande*¹⁹⁶, ci-avant déjà évoqué (*supra*, D). L'action était diligentée sur le fondement de la loi du 12 janvier 1993 « concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement », mais les enseignements à en tirer, au chapitre des pouvoirs du juge, nous semblent cependant transposables au contentieux de la responsabilité quasi-délictuelle de la Puissance publique. En l'espèce, la juridiction saisie s'estima incompétente pour ordonner à la partie défenderesse l'adoption de toute une série de mesures supposées aptes à améliorer la qualité de l'air, à l'instar de l'interdiction progressive du diesel. Selon le Tribunal en effet,

« Het zou een overschatting van de rol en de capaciteit van de rechterlijke macht [...] uitmaken om de taken van de uitvoerende of wetgevende macht over te nemen. Het instrumentarium waarover de rechterlijke macht binnen de context van een juridische procedure beschikt [...] vormt geen geschikte Ersatz aangezien het onvermijdelijk leidt tot een veel smallere beslissingsbasis, een verenging van het maatschappelijk debat, en een gevaar voor de afwezigheid van een voldoende breed maatschappelijk draagvlak. Om die redenen kan de milieustakingsrechter het beleid van de wetgevende of uitvoerende macht niet overnemen en moet zich bij het opleggen van beleidsmaatregelen aan de overheid terughoudend opstellen. De beleidsvrijheid van de regelgevende overheid moet worden geëerbiedigd, wat wil zeggen dans de rechter de overheid niet mag verplichten deze of geen maatregel (niet) te nemen wanneer blijkt dat die maatregel niet de enige wijze is waarmee de overheid de wettelijkheid kan realiseren ».

La juridiction bruxelloise ne s'en tint cependant pas à ce rappel orthodoxe de la Séparation des pouvoirs puisque, au terme de constats et d'un raisonnement que nous ne résumerons pas ici, elle fit injonction à la Région flamande, sous astreinte, d'adopter un « plan de qualité de l'air » conforme à ce qu'exige l'article 23 de la directive 2008/50/EC « concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe ». L'injonction porte donc sur un résultat prescrit pas le droit objectif – l'adoption même d'un plan conforme à la législation européenne –, et non sur le contenu précis dudit plan : voilà qui évoque volontiers le raisonnement *Urgenda*. En l'occurrence, la Région flamande disposait d'un délai d'un an à compter de la signification du jugement pour s'exécuter, sous peine d'une astreinte de 1 000 euros par jour de retard (avec un maximum de 5 000 000 euros). Dans une ordonnance du 8 juillet 2020¹⁹⁷, le juge des saisies du tribunal de première instance de Bruxelles en vint au constat que le « Luchtsbeleidsplan 2030 » approuvé le 25 octobre 2019 par le Gouvernement flamand ne satisfaisait pas entièrement aux exigences européennes, et condamna par conséquent celui-ci au paiement des astreintes d'ores et déjà encourues entre le 7 novembre 2019 et le 6 janvier 2020.

¹⁹⁴ C.J.U.E., 14 mai 2020, arrêt *FMS e.a. c. Országos*, aff. jtes C-924/19 et 925/19.

¹⁹⁵ Voy. égal. A. SOETE, « De scheiding der machten als struikelblok voor de klimaatzaak ? », in A. HOC, S. WATTIER et G. WILLEMS (dir.), *Human rights as a basis for reevaluating and reconstructing the law*, Bruxelles, Bruylant, pp. 231 et s., § 201. On consultera également avec intérêt TPI Bruxelles (réf.), 31 mars 2021, N° 2021/14/C. À l'heure où les présentes lignes sont écrites, l'ordonnance est frappée d'appel.

¹⁹⁶ T.M.R., 2018, pp. 706 et s. et note A. CARETTE, « Op korte termijn naar Nox – Uitstoten conform de norm van de Luchtkwaliteitsrichtlijn in heel Vlaanderen ? ». Voy. égal. P. GILLAERTS, « Klimaatzaken tegen de overheid : balanceren tussen rechtstaat en rechterlijke activism », *Juristenkrant*, n° 376, 24 octobre 2018, p. 16.

¹⁹⁷ 2020/381/A.

Autre domaine, autres exemples. Dans un jugement du 9 janvier 2019¹⁹⁸, le Tribunal de première instance francophone, saisi notamment par l'Ordre des Barreaux francophones et germanophones, a été amené à se pencher sur la situation de surpopulation carcérale dans les prisons de Saint-Gilles et de Forest. Longuement motivés, les constats furent cinglants : « l'État belge n'établit pas avoir pris les mesures nécessaires pour pallier une situation intolérable dont il a connaissance depuis trop longtemps. Tant sur le plan législatif – en ce compris dans ses aspects budgétaires – que sur le plan exécutif au sens large, l'État belge a, par ses carences, adopté un comportement fautif dont les conséquences dommageables doivent être indemnisées ». En guise de réparation du dommage subi, l'OBFG sollicitait, entre autres, la modification de la loi sur la détention préventive, l'extension des conditions d'octroi de la suspension du prononcé et du sursis, ou encore, l'adoption de dispositions légales relatives à la non-exécution des courtes peines ayant un impact sur la population carcérale. La juridiction bruxelloise se déclara cependant sans compétence pour faire droit à ces demandes. En effet, « les mesures précises sollicitées par l'OBFG à l'égard du législateur et qui visent à obtenir la condamnation de l'État belge à adopter ou à modifier des lois matérielles ou budgétaires ne peuvent être ordonnées par le tribunal sous peine d'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ». En revanche – et c'est là que s'aperçoit le dépassement des conceptions classiques, qu'incarnait le jugement du 4 octobre 2013 ci-avant commenté –, le jugement du 9 janvier 2019 enjoint bel et bien à l'État belge, sous peine d'astreinte, à « ramener (dans les six mois de la signification) le nombre des détenus au sein des établissements pénitentiaires de Forest et Saint-Gilles à la capacité maximale autorisée dans chacun des établissements [...] ». La séparation des pouvoirs n'interdit donc pas qu'un objectif très précis soit imposé, pourvu que l'État belge demeure libre dans le choix des moyens pour y parvenir. *Urgenda* à la sauce belge. Le Tribunal de première instance de Liège, statuant quant à lui à propos de la surpopulation de la prison de Lantin¹⁹⁹, avait retenu les mêmes prémisses dans son jugement du 9 octobre 2018²⁰⁰ : « s'il peut être imposé à l'État de prendre

des mesures afin de faire diminuer (cette surpopulation), il appartient à l'État de décider quelles mesures il adoptera à cette fin. De manière un peu caricaturale mais néanmoins réelle, rien ne permet à un tribunal d'imposer à l'État, pour y parvenir, de faire des modifications législatives tendant à diminuer le nombre de détenus plutôt que d'augmenter la capacité des établissements pénitentiaires ».

V. LE DESTINATAIRE DE L'INJONCTION

Le caractère global de l'injonction – elle porte sur un résultat à atteindre, et ne préjuge pas des moyens à déployer pour y parvenir – est ce qui la préserve de la qualification d'« injonction de légiférer » et, plus fondamentalement, amortit l'objection tirée de la séparation des pouvoirs (ci-avant, point IV).

Cette « indifférenciation » est cependant, et paradoxalement, un sérieux caillou dans la chaussure, une fois que l'on s'extrait du contexte constitutionnel de l'État « décentralisé » néerlandais – où l'État central a tous les leviers de l'action publique ou, en tous cas, peut s'en saisir – pour se projeter dans la réalité fédérale belge²⁰¹, où précisément, et en raison des principes d'exclusivité des compétences²⁰² et d'autonomie dans leur exercice²⁰³, aucune autorité ne peut prétendre détenir, directement ou indirectement, tous les leviers de l'action publique.

Dans ses avis 65.404/AG et 65.405/AG donnés le 4 mars 2019²⁰⁴ sur les propositions de lois spéciales dites « climat », l'Assemblée générale de la Section de législation du Conseil d'État a en effet rappelé que :

« Dans l'état actuel du droit constitutionnel, le climat (sa politique) *ne constitue pas une matière*

²⁰¹ Voy. D. MISONNE, « L'affaire *Klimaatzaak* (2015) », in C. CURNIL (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits (en ligne), Aix-en-Provence, Droit international, droit comparé et droit européen, 2020, pp. 99 et s., disponible en ligne sur : https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd10_-_les_grandes_affaires_climatiques_2.pdf.

²⁰² Voy. C. const., 11 décembre 2002, n° 184/2002, point B.7 : « La répartition des compétences entre l'État fédéral et les communautés repose sur un système de compétences exclusives qui implique que toute situation juridique soit en principe réglée par un seul législateur. Lorsqu'une réglementation a, comme en l'espèce, des liens avec plusieurs compétences, la Cour doit rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la relation juridique réglée ». Voy. encore, plus récemment, C. const., 17 décembre 2020, n° 165/2020, point B.11.1.

²⁰³ Voy. C. const., 28 octobre 2004, n° 168/2004, point B.3.2 : « Le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils ne disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées. Sauf dispositions contraires, le législateur spécial a transféré aux communautés et aux régions l'ensemble de la politique relative aux matières qu'il a attribuées ».

²⁰⁴ *Doc. Parl.*, Ch., Doc 54-3517/2 et *Doc. Parl.*, Ch., Doc 54-3520/2.

¹⁹⁸ Civ. Bruxelles, 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 414-427.

¹⁹⁹ À Mons, la juridiction saisie s'est, à ce stade, bornée à désigner un expert : Civ. Hainaut (div. Mons), 12 septembre 2019, 15/1963/A.

²⁰⁰ Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1917-1933. Le jugement a été confirmé par la cour d'appel de Liège dans un arrêt du 20 octobre 2020 (2019/RG/573).

qui est expressément attribuée à une ou plusieurs autorités. Il relève – certes pas exclusivement, mais bien en premier lieu – de la compétence des régions en matière d’environnement (article 6, § 1, II, de la loi spéciale du 8 août 1980 “de réformes institutionnelles” – nommée ci-après : LSRI)²⁰⁵. La politique menée dans d’autres matières régionales, notamment en ce qui concerne l’énergie et la mobilité, concerne également incontestablement le climat²⁰⁶. Dans ces matières, l’autorité fédérale a également conservé un certain nombre de compétences²⁰⁷. La politique climatique englobe ainsi un ensemble de domaines répartis entre l’autorité fédérale et les régions²⁰⁸. La politique des matières qui relèvent de la compétence des communautés peut également avoir une incidence sur la politique climatique²⁰⁹. Par conséquent, dans l’état actuel du droit constitutionnel, “le climat” ou “la politique en matière de changements climatiques” est une *compétence partagée* ».

Pareil partage²¹⁰ – « éclatement », diront certains²¹¹ – de compétences serait bien évidemment impuissant à décharger l’État belge de la responsabilité qu’il endosse sur la *scène internationale* ou dans les *prétoires internationaux*²¹² : ainsi le veut l’article 27 de la Convention de Vienne sur

les droits des traités, lorsqu’il dispose qu’« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d’un traité ». Comme l’énonce la Cour européenne des droits de l’homme²¹³ dans son arrêt *Assanidze c. Géorgie*,

« Contrairement à la Convention américaine relative aux droits de l’homme du 22 novembre 1969 (article 28), la Convention européenne ne renferme aucune “clause fédérale” qui relativiserait les obligations de l’État fédéral s’agissant des faits survenus sur le territoire d’un État fédéré. [...] Du reste, même si l’on inférait la présence dans la Convention européenne d’une clause fédérale tacite ayant un contenu semblable à celui de l’article 28 de la Convention américaine – ce qui est impossible –, pareil texte ne saurait être interprété comme exonérant l’État fédéral de toute responsabilité, puisqu’il exhorte cet État à « [prendre] immédiatement les mesures pertinentes, conformément à sa Constitution, [...] pour assurer que [les États fédérés] adoptent les dispositions nécessaires à l’exécution de la [...] Convention ».

Ainsi rendu « inopérant » sur le plan de la responsabilité internationale²¹⁴, le partage de compétence entre l’État, les Communautés et les Régions est par contre incontournable lorsqu’il s’agit, cette fois-ci *sur le plan national*, et, au besoin, *dans les prétoires nationaux*, de déterminer le ou les

²⁰⁵ Note 6 de l’avis cité : « Avis C.E. 62.995/1 du 9 mars 2018 sur une proposition de loi “visant à créer un fonds de compensation TVA pour les communes et les CPAS sur des investissements publics favorisant la transition vers une société bas carbone”, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-2915/002, observation 3.3. Dans le même sens : C. const., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.19 : “Sur la base de l’article 6, § 1, II, alinéa 1, 1°, de la même loi spéciale, la protection de l’environnement relève en principe également de la compétence des régions. Ce fondement de compétence comprend la protection du climat” ».

²⁰⁶ Note 7 de l’avis cité : « Pour un aperçu succinct des principales compétences exercées par l’État fédéral et les régions en matière de politique climatique (atténuation et adaptation) dans les domaines de l’“environnement”, de l’“énergie” et des “transports”, voir le Rapport d’information sur le processus décisionnel intrabelge en matière de répartition de l’effort climatique au regard des objectifs climatiques, *Doc. parl.*, Sénat, 2018-19, DOC 6-253/2, pp. 10 et suivantes https://www.senat.be/www/?MIval=index_senate&MENUID=28000&LANG=fr ».

²⁰⁷ Note 8 de l’avis cité : « Voir également les développements de la proposition académique relative à la loi spéciale climat ».

²⁰⁸ Note 9 de l’avis cité : « Voir entre autres P. POPELIER et W. VANDENBRUWAENE, “Hoofdstuk 20. Leefmilieu, klimaat en energie”, dans J. VELAERS e.a. (éd.), *De zesde staatshervorming : instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, (573) p. 579 ; P. GROBBEN, P. VAN HUMBEECK, J. BROUWERS et E. VAN DEN BROECK, “Basisnota Vlaamse klimaatconferentie”, *MER*, 2005, pp. 183-184 ».

²⁰⁹ Note 10 de l’avis cité : « Voir également les développements de la proposition académique relative à la loi spéciale climat ».

²¹⁰ Voy. L. LAVRYSEN, « Le fédéralisme belge et la politique de l’environnement : concertation, coopération et ... chacun pour soi dans un contexte européen », *Rev. Dr ULB*, 2009, pp. 119-167.

²¹¹ Voy. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l’épreuve du fédéralisme », *Amén.*, 2018/4, p. 62.

²¹² Voy. e.a., F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « E pluribus Unum ? Le Fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l’Homme », *Itinéraires d’une constitutionnaliste. Mélanges offerts à F. Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1517 et s.

²¹³ Cour eur. D.H., 8 avril 2004, arrêt *Assanidze c. Géorgie*, § 141. Voy. aussi la décision du Comité européen des droits sociaux du 18 mars 2013 sur le bien-fondé de la réclamation collective, *Fédération internationale des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH) c. Belgique* :

« 52. Le Comité rappelle les principes généraux du droit international public en matière de responsabilité internationale des États, parfaitement exposés tant par l’article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d’un traité [...] »), que dans le projet d’articles sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites, selon lesquels « le comportement de tout organe de l’État est considéré comme un fait de l’État d’après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autre, quelle que soit la position qu’il occupe dans l’organisation de l’État, et quelle que soit sa nature en tant qu’organe du Gouvernement central ou d’une collectivité territoriale de l’État » et « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d’un traité » (Projet d’articles sur la responsabilité internationale des États, approuvé par l’Assemblée générale des Nations Unies, A/RES.2001/56/83).

53. Le Comité considère que le principe de la mise en cause exclusive des États parties à la Charte est en lieu inspiré, comme la solution retenue par le droit international public, par un indispensable souci de neutralité à l’égard de l’organisation interne de chaque État partie indépendamment des choix constitutionnels de séparation des pouvoirs ou du caractère plus ou moins largement autonomisé ou décentralisé de leur organisation interne ».

²¹⁴ Il n’en va pas différemment devant la Cour de justice, à propos des obligations issues du droit de l’Union européenne : C.J.U.E., 1^{er} avril 2008, arrêt *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, § 58 ; C.J.U.E., 16 juillet 2009, arrêt *Horvath* (GC), C-428/07, § 50 ; voy. également : C.J.U.E., 10 novembre 1992, arrêt *Hansa Fleisch Ernst Mundi*, C-156/91, § 23.

débiteurs des initiatives nécessaires à l'exécution des engagements internationaux souscrits : le droit international n'a en effet pas à préjuger de cette question²¹⁵.

Or, dans le cadre du fédéralisme belge, le souci de préservation de l'autonomie des collectivités fédérées, et de l'exclusivité de leurs compétences respectives, a été poussé très loin²¹⁶. Si ce n'est dans les hypothèses extrêmes – et, en l'occurrence, non vérifiées en l'espèce – visées par l'article 169 de la Constitution, tel que prolongé par l'article 16 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980²¹⁷, l'État fédéral ne saurait se substituer aux Communautés et Régions pour mettre en œuvre les obligations internationales relevant de leurs compétences. *A fortiori* serait-il inconcevable qu'un juge interne soit saisi – sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, ou d'un quelconque autre fondement juridique – pour qu'il soit fait injonction à l'État fédéral d'agir en ce sens. Unique et indivisible dans le prétoire international, la responsabilité redevient multiple et partagée dans les prétoires nationaux.

Dans le cadre des procédures internes, chacune des autorités compétentes pour la matière concernée devra par conséquent être mise à la cause, et, en application des principes d'exclusivité des compétences et d'autonomie de leur exercice, tels que rappelés ci-avant, nul ne pourra être tenu *in fine* à faire plus ou autre chose que ce qui relève de « sa » part de responsabilité, telle que la déterminent les règles répartitrices de compétence.

Ici survient la difficulté : en matière de lutte contre le réchauffement climatique, la part de

responsabilité de l'État fédéral et des collectivités fédérées est, précisément, difficile à déterminer par avance, sur la base de considérations purement juridiques. La question se pose par conséquent de savoir si chacune des autorités actionnées peut s'appuyer sur cette indétermination, indépassable, pour échapper à la mise en cause de sa propre responsabilité.

Une question de ce type se posait dans l'affaire *Urgenda*, et y reçut une réponse négative : la circonstance que les Pays-Bas ne soient pas *seuls responsables* du réchauffement climatique, sur le plan mondial, ne saurait exclure qu'ils en endossent au moins *une part* de responsabilité²¹⁸. Avec toute la prudence voulue – on se meut en effet ici dans un terrain doctrinal et jurisprudentiel non balisé –, nous nous risquerons à une réponse identique. Aussi longtemps qu'elle ne s'avance pas dans l'identification précise des actions à entreprendre, une injonction générale d'agir, adressée à l'ensemble des collectivités (fédérale et fédérées) détentrices des compétences potentiellement pertinentes pour atteindre le résultat prescrit, ne nous semble pas condamnable au regard des canons du fédéralisme belge. L'engagement de responsabilité qu'implique une injonction globale, du type de celle qui a été prononcée dans l'affaire *Urgenda*, ne suppose pas nécessairement la résolution préalable de la question du *qui va (ou aurait dû) faire quoi* (telle collectivité va/aurait du consentir tel effort,...) et *comment* (par action législative ou réglementaire unilatérale, par accord de coopération,...) : il peut se satisfaire de l'identification de toutes les autorités qui, en termes de compétences, sont en mesure d'agir pour atteindre le résultat escompté. À elles, par la suite, de déterminer les actions à entreprendre.

VI. LA QUESTION DES ASTREINTES

Dans l'affaire *Urgenda*, aucune astreinte n'a été demandée, ni imposée. À l'estime de la doctrine, il faut y voir l'œuvre du « principe de courtoisie constitutionnelle » (« *het beginsel van constitutionele hoffelijkheid* »), qui repose lui-même sur un principe de « bonne foi constitutionnelle » (« *de constitutionele goede trouw* »)²¹⁹. Selon l'avocat-général près le *Hoge Raad*, F. F. Langemeijer, « *het is in Nederland reeds lang goed gebruik om bij*

²¹⁵ Voy. en effet l'ouvrage *Contraintes européennes et réforme de l'État/Europese voorschriften en staatshervorming* (E. VANDENBOSSCHE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruges, la Charte, 2013).

²¹⁶ Voy. J. VELAERS, « “*In foro interno et in foro externo*” : de internationale bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten », in F. JUDO et G. GEUDENS (dir.), *Internationale betrekkingen en federalisme*, Vlaamse Juristenverenigingen, Staatsrechtconferentie, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 3.

²¹⁷ L'article 16, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 prévoit la possibilité pour l'autorité fédérale de se substituer aux Communautés et Régions défaillantes dans la mise en œuvre de leurs obligations internationales, mais uniquement à titre curatif, en cas de condamnation préalable « par une juridiction internationale ou supranationale ». L'article 16, § 4, issu de la 6^e réforme de l'État et d'essence plus préventive, permet la substitution « quand, du fait du non-respect d'une obligation internationale ou supranationale par une communauté ou une région, soit l'instance instituée par ou en vertu de la Convention-Cadre des Nations unies sur les changements climatiques ou par ou en vertu de l'un de ses protocoles, a constaté que l'État ne respecte pas les obligations internationales qui en résultent, soit une région ou une communauté n'a pas réagi à l'avis motivé visé à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne vis-à-vis de l'État suite au non-respect d'une obligation de droit européen visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre en application de la Convention-Cadre des Nations unies sur les changements climatiques ou de l'un de ses protocoles, même lorsque ces obligations européennes sont plus strictes que les obligations internationales ». Sur ces mécanismes, voy. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, pp. 67 et s.

²¹⁸ Voy. les points 5.7.1 à 5.8.

²¹⁹ G. BOOGAARD et R. J. B. SCHUTGENS, « Na ons de zondvloed », *J.C.D.I.*, 12 juni 2019, p. 2.

een vordering tegen de Staat een nevenvordering tot vaststelling van een dwangsom achterwege te laten in het vertrouwen dat de Staat iedere veroordeling door een rechter stipt nakomt »²²⁰. Le postulat est donc que les pouvoirs législatif et exécutif hollandais se conforment de manière générale aux décisions lorsqu'ils sont condamnés par le pouvoir judiciaire²²¹.

Au cours de l'affaire, l'État hollandais avait indiqué à plusieurs reprises qu'il exercerait toutes les voies de recours, mais qu'il se conformerait aux injonctions du juge, si elles étaient confirmées²²². Néanmoins, la doctrine précitée indiquait que si, après le 1^{er} janvier 2021, l'État n'a pas atteint l'objectif de réduction imposé avec le *fiat* du *Hoge Raad*, le principe de courtoisie n'empêcherait pas l'imposition d'une sanction²²³. La Fondation *Urgenda* avait en toute hypothèse, à plusieurs reprises, évoqué l'éventualité de réclamer le prononcé d'astreintes. L'annonce gouvernementale de l'adoption de mesures, en avril 2020, rendra peut-être inutile tout débat sur cette question²²⁴.

La Belgique ne pratique pas la « courtoisie constitutionnelle » de sa voisine du Nord. La jurisprudence évoquée ci-dessus (*supra*, B) connaît au demeurant de notables précédents où des astreintes assortissant des injonctions d'« agir » adressées à l'autorité – élaboration d'un « plan de qualité de l'air » et réduction de la surpopulation carcérale – ont non seulement été sollicitées d'entrée de jeu, mais plus encore obtenues et finalement encourues. Si l'on admet que de telles injonctions puissent être adressées à la collectivité des « partenaires de la Fédération belge » détenteurs d'une part de compétence dans la lutte contre le réchauffement climatique (*supra*, point V), il n'y a pas de raison qu'elles ne puissent être, elles aussi, assorties d'astreintes.

CONCLUSION

Dans un ouvrage majeur de 2011²²⁵, Rob Nixon définit la « *slow violence* » comme la violence « *that occurs gradually and out of sight, a violence of delayed destruction that is dispersed*

across time and space, an attritional violence that is typically not viewed as violence at all ». La « violence », écrit l'auteur, est traditionnellement décrite comme « *an event or action that is immediate in time, explosive and spectacular in space, and as erupting into instant sensational visibility* ». Ici, cependant, nous avons affaire à une violence d'un genre différent, « *a violence that is neither spectacular nor instantaneous, but rather incremental and accretive, its calamitous repercussions playing out across a range of temporal scales* ».

Le changement climatique est, selon Nixon, le prototype de cette « *slow violence* ». La pandémie en constituerait volontiers un autre exemple. L'une et l'autre mettent les droits de l'homme au défi, en soulignant les limites des ressources classiques de leur mise en œuvre et des « remèdes » dont ils s'accompagnent. La dispersion des blessures, dans le temps et l'espace, complique, voire rend impossible l'identification d'une victime individuelle porteuse, *hic et nunc*, d'un intérêt à agir incontestable. Quant à la réaction appropriée, elle n'est pas de l'ordre de la censure, de l'invalidation et de l'indemnisation ponctuelle des torts de passé, mais bien de la prévention, par injonction, des préjudices du futur, parfois très lointains.

Au regard de ce défi, le *Hoge Raad* ouvre une voie importante. Pionnière, nous l'avons dit. Mais pas isolée, nous le constatons. D'autres juridictions nationales s'en inspirent²²⁶, dans un mouvement de circulation juridique et de « dialogue des juges » absolument impressionnant. Envisageant lui aussi que les droits de l'homme « classiques » – le droit à la vie, ou encore le droit au respect de la vie privée – puissent prêter leurs épaules aux victimes du réchauffement climatique, le Comité des droits de l'homme, dans ses constatations

²²⁰ *Ibid.*, p. 2, citant: Parket Hoge Raad, 21 maart 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AE8462, r.o. 2.3.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*, p. 4.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Disponible en ligne sur : <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/KamerbriefoveruitvoeringUrgenda-vonnissen.pdf> (consulté pour la dernière fois le 3 juin 2020).

²²⁵ R. NIXON, *Slow violence and the Environmentalism of the Poor*, Harvard, Harvard University Press, 2011, p. 2.

²²⁶ Voy. C. CURNIL, « Introduction », in C. CURNIL (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, op. cit., pp. 28-31. On notera également la référence à *Urgenda* dans la récente décision *Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland* (31 juillet) (*Friends of the Irish Environment v The Government of Ireland & Ors* (Approved) [2020] IESC 49 (31 July 2020)). Sur cette décision, voy. disponible en ligne sur : <https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/supreme-court/supreme-court-quashes-government-s-plan-to-reduce-greenhouse-gases-1.4318578>. Adde, en France, le Jugement rendu le 3 février 2021 dans l'*Affaire du Siècle*, disponible en ligne sur : <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Communiqués-de-presse/L-affaire-du-siècle>. S'agissant de l'affaire *Grande Synthe*, voy. disponible en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/contentieux-climatique-de-grande-synthe-une-decision-plus-prometteuse-qu-historique#YGBFpC2FAXo>. On notera que, dans les affaires « françaises », l'invocation des articles 2 et 8 de la Convention n'a pas été retenue : voy. Chr. CURNIL et M. FLEURY, « De "l'Affaire du siècle" au "casse du siècle" ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés. On notera, enfin, les abondantes références à l'arrêt *Urgenda* dans les décisions rendues le 24 mars 2021 (ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1bvr265618). Voy. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>).

*Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*²²⁷, affirme ce qui suit : « *environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life* ». Prêtant ici encore écho

²²⁷ CCPR, Constatations *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019, CCPR/C/127/D/2728/2016. Sur ces constatations, voy. M. COURTOY, « 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 (obs. sous Com. dr. h., constatations *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019) », *Rev. Trim. D.H.*, 2020/124, pp. 941-968.

à ce qui se dit « ailleurs », le Comité onusien poursuit : « *both it and regional human rights tribunals have established that environmental degradation can compromise effective enjoyment of the right to life, and that severe environmental degradation can adversely affect an individual's well-being and lead to a violation of the right to life* ». Une évolution est, ainsi, en train de se jouer sur de multiples scènes. Les longues lignes qui précèdent auront démontré, pensons-nous, qu'elle est importable dans les prétoires belges.