

19

**EARTHLIFE AFRICA JOHANNESBURG C. MINISTÈRE DES AFFAIRES
ENVIRONNEMENTALES ET AUTRES (2017)**

Daniel OWONA¹

Tout comme dans plusieurs États du monde, le phénomène de « judiciarisation du changement climatique »² se développe progressivement dans les États africains. La base de données du *Sabin Center for Climate Change Law*³ recense actuellement sept affaires de justice climatique⁴ dans quatre pays anglo-saxons en l'occurrence, le Nigéria⁵, l'Ouganda⁶, l'Afrique du Sud⁷ et le Kenya⁸. Aucun pays francophone sur le continent n'a encore enregistré de contentieux climatiques à ce jour⁹.

1 Doctorant en droit international à l'Université Catholique d'Afrique Centrale (UCAC), Juriste à Field Legality Advisory Group (FLAG). L'auteur entend préciser que les opinions émises dans le présent commentaire n'engagent en aucune manière Field Legality Advisory Group (FLAG).

2 C. COUNIL et L. VARISON, *Les procès climatiques. Entre le national et l'international*, Éditions A. Pedone, Paris, 2018, p. 19.

3 Ce centre de recherche tient à jour une base de données des affaires de justice climatique dans le monde, <http://climatecasechart.com/>. Outre cette base de données l'on peut aussi consulter celle du *Grantham Research Institute for Climate Change and the Environment* <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/climate-change-laws-of-the-world/> (consulté le 16 avril 2020).

4 Dans le cadre de la présente recherche, les expressions « contentieux climatiques », « affaires climatiques » ou encore « affaires de justice climatique » seront utilisées indifféremment. Elles renvoient à « tout litige administratif ou judiciaire, fédéré, fédéral, tribal ou local dans lequel les moyens des parties ou les décisions du tribunal soulèvent directement et expressément une question de fait ou de droit concernant les causes et effets, la substance ou la politique du changement climatique ». Cf. Traduction libre de la définition anglaise de D. MARKELL et J-B RUHL faite par C. COUNIL, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », C. COUNIL et L. VARISON, *op. cit.*, p. 85.

5 Federal High Court of Nigeria, 14 novembre 2005, Suit NO : FHC/B/CS/53/05, *Jonah Gbemre c. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd et autres*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/gbemre-v-shell-petroleum-development-company-of-nigeria-ltd-et-al/> (consulté le 11/04/2020).

6 High Court of Uganda Holden, Suit NO. 283, 2012, *Mbabazi et autres c. Attorney General et National environmental management authority*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/mbabazi-et-al-v-attorney-general-et-al/> (consulté le 11 avril 2020).

7 High Court of South Africa, 8 mars 2017, Case number 65662/16, *Earthlife Africa Johannesburg c. Minister of environmental affairs et autres*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/4463/> (consulté le 11 avril 2020) ; High Court of South Africa, Petition 05/09/2017, Case n° 61561/17, *Trustees for the Time being of Groundwork c. Minister of environmental affairs, ACWA Power Khanyisa thermal power station RF (Pty) Ltd et autres*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/groundwork-v-minister-environmental-affairs-others/> (consulté le 11/04/2020); High Court of South Africa, Petition 09/05/2017, Case n° 54087/17, *Trustees for the Time being of Groundwork c. Minister of environmental affairs, KiPower (Pty) Ltd, et autres*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/trustees-time-groundwork-trust-v-minister-environmental-affairs-others/> (consulté le 11 avril 2020); High Court of South Africa, 17 février 2020, Case No: 16779/17, *Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign, et al. c. MEC for Local Government, Environmental Affairs et Development Planning: Western Cape, et al.*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/philippi-horticultural-area-food-farming-campaign-et-al-v-mec-for-local-government-environmental-affairs-and-development-planning-western-cape-et-al/> (consulté le 12 avril 2020).

8 National Environmental Tribunal, 26 juin 2019, Tribunal appeal NO. NET 196 of 2016, *Save Lamu et al. C. National Environmental Management Authority and Amu Power Co. Ltd*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/save-lamu-et-al-v-national-environmental-management-authority-and-amu-power-co-ltd/> (consulté le 12 avril 2020).

9 Ni la base de données du *Sabin Center for Climate Change* <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/> (consulté le 12 avril 2020), ni celle du *Grantham Institute* https://climate-laws.org/cclow/litigation_cases?geography%5B%5D=33&geography%5B%5D=165®ion%5B%5D=Middle%20East%20%26%20North%20Africa®ion%5B%5D=Sub-Saharan%20Africa (consulté le 12/04/2020) ne contiennent des affaires jugées dans un pays africain francophone.

Le développement de ces contentieux sur le continent africain a tout d'abord été marqué par le bilan mitigé de la première affaire de justice climatique qui a été recensée au Nigéria en 2005. Opposant Jonah Gbemre (requérant pour lui-même et pour la communauté Iwherekan) aux entreprises Shell Petroleum et Nigerian National Petroleum devant la *Federal High court of Nigeria*, cette affaire portait sur la reconnaissance d'un droit à un environnement propre et sain, sans poison ni pollution¹⁰ qui serait inévitablement inclus dans les droits à la vie et à la dignité humaine consacrés, entre autres, par la Constitution de la République fédérale du Nigéria de 1999¹¹. Selon le requérant, la pratique de torchage de gaz¹² effectuée par les défendeurs constituait une violation de ce droit. Bien que le juge ait reconnu le droit à un environnement propre et sain, sans poison ni pollution, cette décision n'a pas pu être appliquée¹³. Cet échec a sans doute empêché cette reconnaissance jurisprudentielle inédite de faire écho tant au niveau national qu'à l'échelle régionale¹⁴.

Par la suite, une deuxième affaire a été répertoriée en Ouganda en 2012. En l'espèce, *Nsi Mbabazi, Jonathan Aruho, Matayo Natumanya et Kind David Tandeka* sont des mineurs ougandais qui, avec l'organisation non gouvernementale ougandaise Greenwatch, ont saisi la *High Court of Uganda Holden* pour faire reconnaître les lacunes du gouvernement dans l'application de mesures adéquates de lutte contre les changements climatiques¹⁵. Ils lui reprochent entre autres, de n'avoir pas effectué d'inventaires de ses émissions de gaz à effet de serre (GES) depuis 1994, ni implémenté des mesures d'adaptation majeures proposées par les scientifiques et décideurs politiques¹⁶. Ainsi, ils relèvent une carence fautive du gouvernement ougandais qui porte préjudice au peuple au regard de la multiplication des catastrophes naturelles liées au changement climatique¹⁷. Ils demandent alors à la juridiction d'ordonner à l'autorité nationale de gestion de l'environnement et au procureur général (défendeurs) de prendre des mesures qui atténueront les impacts du changement climatique¹⁸. Intéressante de par le recours à la doctrine du *public trust*, cette affaire n'a toutefois pas été jugée à ce jour. La *High Court of Uganda Holden* avait ordonné aux parties d'entamer une procédure de médiation pendant

10 « Right to clean poison-free, pollution-free and healthy environment ». V. D. OWONA, « Droits de l'Homme et justice climatique en Afrique », in *African Human Rights Yearbook*, vol. 3, 2019, Pretoria University Law Press, p. 165-168.

11 Federal High Court of Nigeria, *op. cit.*, p. 2.

12 Cette pratique consiste à brûler le gaz issu d'une production pétrolière. Lors de son extraction, le pétrole est généralement ramené à la surface avec des gaz associés comme le méthane dont il est séparé pour obtenir une meilleure qualité. Ces gaz associés sont souvent torchés puisque leur traitement équivaut sensiblement aux sommes investies pour l'extraction du pétrole. Cette pratique est très néfaste pour l'environnement puisqu'elle conduit au changement climatique à travers l'émission de tonnes de dioxyde de carbone et d'autres polluants. Cf. A. R. EJIUGU, « Gas flaring in Nigeria: Costs and policy », *Energy & Environment*, vol. 24, n° 6, 2013, p. 984 ; Initiative to Reduce Global Gas Flaring : Zero Routine Flaring by 2030⁶, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjPzc6d-a7oAhVK5eAKHfGBA7sQFjADegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fpubdocs.worldbank.org%2Fen%2F984231518029901708%2FZRF-Initiative.pdf&usq=AOvVaw2V3YhUCZMcKM_u6ZliFO1o (consulté le 22/03/2020) ; ECOFIN Hebdo, *Comment en 15 ans le Nigéria est devenu un modèle dans la lutte contre le torchage de gaz*, [En ligne], <https://www.agenceecofin.com/la-une-de-lhebdo/1608-68417-comment-en-15-ans-le-nigeria-est-devenu-un-modele-dans-la-lutte-contre-le-torchage-de-gaz> (consulté le 28 mars 2020).

13 V. en ce sens D. OWONA, *op. cit.*, p. 175-176 ; E. UKALA, « Gas flaring in Nigeria's Niger Delta : Failed Promises and Reviving Community Voices », *Washington and Lee Journal of Energy, Climate, and the environment*, vol. 2, Issue 1, 2011, p. 97-126 ; K. G. KINGSTON, « Shell Oil Company in Nigeria : Impediment or Catalyst of Socio-Economic Development ? », *African Journal of Social Sciences*, vol. 1, n° 1, 2011, p. 14-34.

14 Depuis lors, aucune affaire de justice climatique n'a été recensée au Nigéria. Par ailleurs, sous réserve d'évolutions futures, cette affaire aurait sans doute pu inspirer des contentieux africains des droits de l'homme en matière climatique. Sur la question du contentieux africain des droits de l'homme, v. D. OWONA, *op. cit.*

15 Les changements climatiques se définissent comme des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables. V. Article 1^{er} (2), Convention Cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), 9 mai 1992.

16 High Court of Uganda Holden, *op. cit.*, p. 2.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*, p. 3.

90 jours, mais elle n'a pris aucune action supplémentaire depuis octobre 2017¹⁹. Dans le cadre de cette action en justice, l'organisation Greenwatch a reçu l'aide des juristes de l'organisation non gouvernementale *Our Children's Trust*, qui porte le contentieux climatique sur la doctrine du *public trust* aux États-Unis²⁰.

Il a fallu attendre le 8 mars 2017 pour voir sur le continent l'une des décisions les plus retentissantes en matière climatique en l'occurrence, celle de la *North Gauteng High Court* d'Afrique du Sud²¹ dans l'affaire *Earthlife Africa Johannesburg contre Ministère des affaires environnementales et autres*²².

L'Afrique du Sud est le treizième plus grand émetteur de GES dans le monde²³ du fait de la place significative de l'industrie minière dans son économie et de son système énergétique reposant fortement sur le charbon²⁴. Les centrales thermiques à charbon représentent la plus grande source de GES en Afrique du Sud²⁵. C'est d'ailleurs l'une des principales causes de la vulnérabilité de cet État au changement climatique²⁶. En plus de cette dépendance énergétique, il fait face à la variabilité du climat ainsi qu'à l'augmentation de la fréquence et de l'intensité des phénomènes météorologiques extrêmes²⁷. Bien plus, l'Afrique du Sud est confronté à un stress hydrique causé par des cycles de sécheresse et de pluies excessives soudaines²⁸.

Dans ce contexte, différents documents de la politique énergétique sud-africaine prévoient de résoudre la question du changement climatique. Tel est par exemple le cas du *White paper*²⁹ qui propose que la lutte contre le changement climatique soit effectuée à travers des interventions qui construisent et maintiennent la résilience sociale, économique et environnementale du pays tout en contribuant équitablement à l'effort mondial de stabilisation des concentrations de GES dans l'atmosphère³⁰. Pour concrétiser cette vision, le département des affaires environnementales (DAE) du ministère en charge de l'environnement fait des avancées significatives dans le développement et l'implémentation d'une stratégie nationale d'adaptation au changement climatique, d'un système de réduction des émissions de GES ou encore dans l'adoption d'un cadre national d'atténuation

19 Climate Change Litigation Databases, *Mbabazi and Others c. The Attorney General and National Environmental Management Authority*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/mbabazi-et-al-v-attorney-general-et-al/> (consulté le 12 avril 2020).

20 C. COUNIL, « Étude comparée sur l'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », *op. cit.*, p. 101.

21 Le système judiciaire sud-africain est composé de diverses juridictions notamment la Cour constitutionnelle, la *Supreme Court of Appeal*, la High Court d'Afrique du Sud, les *Magistrates' Courts* et les juridictions spécialisées (*Labour Courts, Land Claims Court, Water Tribunal*). La *High Court of South Africa* est constituée de divisions établies dans plusieurs provinces par un acte du Parlement. Elle est une juridiction de première instance, mais elle peut tout de même connaître des appels interjetés contre des décisions d'une *Magistrates' Court*. V. Section 169 (2), Constitution de la République d'Afrique du Sud, 8 mai 1996 ; *The South African Judiciary, High Court*, [En ligne], <https://www.judiciary.org.za/index.php/about-us/100-high-court> (consulté le 12 avril 2020).

22 High Court of South Africa, *op. cit.*

23 Global Carbon Atlas, *CO₂ emissions*, [En ligne], <http://www.globalcarbonatlas.org/fr/CO2-emissions> (consulté le 12/04/2020).

24 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 11.

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 National Climate change response White paper, 2012, https://www.environment.gov.za/sites/default/files/legislations/national_climatechange_response_whitepaper.pdf (consulté le 19/04/2020). Ce document pose la vision de l'Afrique du Sud concernant la réponse effective aux changements climatiques sur le long terme. Il propose également une transition vers une économie et une société plus résilientes à ces changements tout en émettant moins de carbone.

30 « It proposes that climate change be addressed through interventions that build and sustain its social, economic and environmental resilience and making a fair contribution to the global effort to stabilise GHG concentrations in the atmosphere. » V. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 12.

des GES³¹. Il est également envisagé la définition d'une taxe carbone à l'échelle des entreprises en activité dans les secteurs qui émettent fortement les GES³².

Toutefois, l'*Integrated Resource Plan for Electricity 2010-2030*³³ établit pour sa part que la continuité de l'approvisionnement en énergie de l'Afrique du Sud est conditionnée, entre autres, par la production de 6,3 gigawatt d'énergie thermique à charbon. Cela implique la poursuite de projets de centrales thermiques qui seront construits par des producteurs indépendants³⁴.

L'entreprise Thabametsi a soumis une offre au Département de l'énergie pour être sélectionnée comme producteur indépendant en charge de la réalisation du projet Thabametsi de construction d'une centrale thermique à charbon d'une capacité de 1200 megawatts³⁵ à Lephalale dans la province de Limpopo³⁶. Suite à sa sélection, l'entreprise devait souscrire à certaines obligations à l'instar de l'obtention d'une autorisation environnementale elle-même conditionnée par la réalisation d'une étude d'impact environnemental (EIE). Ladite autorisation est délivrée par le Directeur en chef en charge des autorisations environnementales dans le DAE. Pour ce faire, Thabametsi a désigné l'entreprise Savannah Environmental (Pty) Limited (ci-après Savannah) spécialisée sur cette question pour la réalisation de l'étude³⁷. Savannah a alors proposé un document de cadrage de l'EIE qui a été validé par le Directeur en chef sans imposer la prise en compte d'une évaluation climatique³⁸. Celle-ci fait référence à une étude des impacts climatiques du projet.

Le 25 février 2015, le Directeur en chef a attribué une autorisation environnementale au projet de construction de la centrale Thabametsi sur la base du rapport d'étude d'impact produit par Savannah³⁹. Le 17 mars 2015, le DAE a amendé l'autorisation environnementale délivrée en exigeant le respect de diverses conditions dont aucune ne faisait spécifiquement ou explicitement référence à une évaluation climatique⁴⁰. Il s'agissait entre autres de l'obtention d'une licence d'émission atmosphérique conformément à l'article 26 de loi sur la gestion de la qualité de l'air⁴¹ *National Environmental Management Air Quality Act*⁴². Dans l'autorisation environnementale, le DAE conclut que : (a) l'identification et l'étude des impacts du projet sont détaillées dans le rapport d'étude d'impact environnemental ; et qu'un examen suffisant des questions essentielles identifiées ainsi que des impacts a été effectué ; b) la procédure suivie pour l'étude des impacts est suffisante pour le processus de prise de décision ; c) les mesures d'atténuation proposées permettent effectivement de réduire les impacts identifiés ;

31 « The DEA has confirmed, in its affidavit, that it has taken steps to give effect to the policy objectives identified in the White Paper, including the development and implementation of a National Climate Change Response Adaptation Strategy ; the development and implementation of a GHG emission reduction system ; and the adoption of a national GHG mitigation framework ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 12.

32 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 12.

33 Ce document de politique présente les ambitions de l'Afrique du Sud en matière de production d'énergie électrique sur la période 2010-2030. *Ibid.*

34 *Ibid.*, p. 13.

35 *Ibid.*, p. 15.

36 *Ibid.*, p. 1.

37 *Ibid.*, p. 16.

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 Traduction libre du National Environmental Management Air quality Act. Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 17.

42 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 17.

d) la participation publique au processus a été suffisante et les obligations minimums requises par le règlement sur les EIE de 2010 satisfaites⁴³.

Organisation à but non lucratif créée pour mobiliser la société civile sur les questions environnementales⁴⁴, *Earthlife Africa Johannesburg* (requérant) n'a eu connaissance du projet Thabametsi qu'en mai 2014 lors de la publication de la mouture du rapport d'EIE réalisée⁴⁵. C'est la raison pour laquelle elle n'a pas pu présenter ses commentaires sur le document de cadrage de l'EIE, mais seulement sur la mouture du rapport⁴⁶. Elle demandait le rejet de cette dernière ou à tout le moins son renvoi à Savannah pour amendement, car elle la trouvait superficiel avec des détails insuffisants⁴⁷. Elle soulignait notamment l'absence d'information sur l'allocation en eau pour le projet⁴⁸. À ce stade, la contestation de la mouture du rapport par Earthlife relevait plusieurs problématiques en lien avec l'étude des impacts du projet sur la faune, la flore, l'eau de surface, les zones humides ou encore la qualité de l'air, mais ne traitait pas du changement climatique⁴⁹.

Le rapport final soumis par Savannah n'a abordé les changements climatiques qu'une seule fois et dans un seul paragraphe. Il relevait que « l'ampleur des impacts indirects associés aux scénarios opérationnels sont reliés à la contribution relative à l'acidification et au réchauffement planétaire. Bien que la quantification de cette contribution du projet Thabametsi Power Station soit difficile, elle est considérée comme relativement petite au plan national et global. L'importance de ces impacts indirects est donc anticipée comme étant faible pour tous les scénarios opérationnels »⁵⁰. C'est à la suite de ce rapport que la contestation d'Earthlife a essentiellement porté sur le manque d'évaluation climatique. Elle relevait que Savannah n'aurait pas dû se focaliser uniquement sur des questions spécifiques relatives à la qualité de l'air, mais aussi considérer plus largement les impacts du changement climatique⁵¹.

Considérant que le Directeur en chef avait commis une erreur matérielle dans la délivrance de l'autorisation environnementale du projet Thabametsi sans évaluation de ses impacts climatiques, Earthlife a saisi la Ministre des affaires environnementales le 11 mai 2015 d'un recours gracieux conformément à la section 43 (1) du *National Environmental Management Act*⁵² (NEMA)⁵³. Elle lui demandait d'écarter la décision du Directeur en chef attribuant cette autorisation. Par ailleurs, elle considérait qu'il n'avait pas tenu compte des obligations internationales et nationales relatives à l'atténuation et la nécessité de prendre des mesures positives contre les changements climatiques⁵⁴.

43 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 17.

44 *Ibid.*, p. 2.

45 *Ibid.*, p. 18.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

50 « The magnitude of indirect impacts associated with the operational scenarios relates to the relative contribution to acidification and global warming. While quantification of the relative contribution of the Thabametsi Power Station is difficult, the contribution is considered to be relatively small in the national and global context. The significance of the indirect impacts is therefore anticipated to be low for all operational scenarios. » Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 18.

51 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 19.

52 Cette loi a pour objectif de réglementer la gouvernance de l'environnement en établissant des principes que doivent respecter les autorités compétentes sur des questions qui affectent l'environnement. V. NEMA, Act n° 107, 1998.

53 *Ibid.*, p. 22.

54 *Ibid.*

Le 7 mars 2016, la Ministre, Edna Molewa, a transmis sa décision sur le recours gracieux introduit⁵⁵. Elle convient avec Earthlife que les impacts des changements climatiques du projet Thabametsi n'ont pas été entièrement évalués et/ou considérés préalablement à la délivrance de l'autorisation environnementale⁵⁶. Toutefois, elle maintient l'autorisation en y insérant une condition obligeant l'entreprise Thabametsi à réaliser une évaluation climatique avant le début du projet⁵⁷.

N'ayant pas eu gain de cause devant l'administration, Earthlife a alors saisi la *North Gauteng High Court* afin qu'elle écarte les décisions de la Ministre et du Directeur en chef⁵⁸. Elle sollicitait un nouvel examen de l'autorisation environnementale par le Directeur en chef ainsi qu'une injonction de la *North Gauteng High Court* à ce dernier de tenir compte du rapport d'évaluation climatique ainsi que des commentaires y relatifs formulés par les parties intéressées et affectées⁵⁹. Les défendeurs pour leur part, soutenaient le maintien des deux décisions querellées. Le juge devait alors déterminer si l'évaluation climatique d'un projet est une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale. Il y répond par l'affirmative. Partant du constat de l'irrégularité de la décision du Directeur en chef (I), le juge relève l'incohérence de la décision de la Ministre (II).⁷

I. L'irrégularité de la décision du Directeur en chef

Le juge considère que la décision du Directeur en chef est entachée d'irrégularité. Il souligne que le principe de l'évaluation climatique constitue une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale (A) avant de conclure à sa non-prise en compte lors de l'autorisation du projet Thabametsi par le Directeur en chef (B).

A. L'évaluation climatique : une condition préalable à la délivrance de l'autorisation environnementale du projet Thabametsi

Pour démontrer que l'évaluation climatique est une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale, le raisonnement du juge repose tout d'abord sur une interprétation littérale de la section 24O (1) du NEMA mettant en exergue son caractère obligatoire (1). Par la suite, il interprète cette disposition à la lumière de la Constitution sud-africaine (2). Enfin, il convoque également des instruments internationaux pertinents en matière climatique (3).

1. L'interprétation du juge sur le caractère obligatoire de l'évaluation climatique

La détermination du caractère obligatoire de la réalisation d'une évaluation climatique dans le cas d'espèce repose sur l'interprétation de la section 24O (1) du NEMA. Il dispose entre autres que l'autorité chargée de sa délivrance doit prendre en considération tous les facteurs pertinents qui

55 *Ibid.*, p. 25.

56 *Ibid.*, p. 27.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*, p. 45.

59 *Ibid.*

pourraient par exemple inclure toute pollution, impact environnemental ou dégradation de l'environnement que causerait le projet s'il était approuvé ou rejeté⁶⁰.

Pour donner son interprétation, le juge a tout d'abord recours à l'exégèse⁶¹. En effet, il a recherché la signification de cette disposition par l'entremise de son analyse littérale.

Concernant l'analyse littérale, le juge fait savoir qu'une lecture simple de cette section confirme que le changement climatique est en effet un facteur pertinent à considérer⁶². Il relève que l'injonction de considérer toute pollution, impacts environnementaux ou dégradations environnementales prennent logiquement en compte les changements climatiques⁶³ puisque, comme le reconnaissent toutes les parties au procès, les émissions de GES d'une centrale thermique à charbon entraînent des changements dans l'environnement avec des effets négatifs qui peuvent s'étendre sur la durée⁶⁴. Il ajoute également que les conditions énumérées à la section 24O (1) du NEMA sont obligatoires⁶⁵. De ce fait, en omettant l'évaluation climatique du projet Thabametsi, le Directeur en chef n'a pas considéré tous les facteurs pertinents qui ressortent de la lettre de la section 24O(1) du NEMA. Or, pour prendre en compte un facteur pertinent comme les changements climatiques dans l'examen d'une demande d'autorisation environnementale, il faut nécessairement avoir connaissance des impacts du projet envisagé par le biais d'une évaluation climatique qui proposera par ailleurs des mesures pour les éviter, les réduire ou y remédier⁶⁶.

Cette interprétation est d'une importance capitale pour contester la réalisation de « projets climaticides ». Dès lors que l'évaluation climatique est obligatoire, ses résultats peuvent par exemple conduire au rejet de la demande d'autorisation environnementale d'un projet lorsque ses impacts attendus sont très grands. Cela permet de protéger l'environnement et surtout de participer à la réduction d'émission de GES. Cette décision pourrait également inspirer des requérants dans d'autres pays africains engagés dans des « projets climaticides ». Au Cameroun par exemple, Samuel Nguiffo, Secrétaire général du Centre pour l'Environnement et le Développement (CED)⁶⁷, relève la nécessité d'imposer une analyse de l'impact sur le changement climatique dans toutes les EIE des grands projets⁶⁸. C'est dire le potentiel de cette interprétation du juge au-delà des frontières de l'Afrique du Sud. L'interprétation de la section 24O (1) du NEMA par le juge est également fondée sur l'article 24 de la Constitution sud-africaine.

60 « [...] (b) take into account all relevant factors, which may include- (i) any pollution, environmental impacts or environmental degradation likely to be caused if the application is approved or refused ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 6.

61 L'exégèse renvoie à une méthode d'interprétation des textes juridiques consistant à rechercher leur signification et leur portée par la seule analyse de ces textes eux-mêmes, à l'aide, au besoin des travaux préparatoires. Cf. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2012, p. 280.

62 « A plain reading of section 240 (1) of NEMA confirms that climate change impacts are indeed relevant factors that must be considered ». Cf. High Court, *op. cit.*, p. 31.

63 « The injunction to consider any pollution, environmental impacts or environmental degradation logically expects consideration of climate change ». Cf. High Court, *op. cit.*, p. 31.

64 « All the parties accepted in argument that the emission of GHGs from a coal-fired power station is pollution that brings about a change in the environment with adverse effects and will have such an effect in the future. » Cf. High Court, *op. cit.*, p. 31.

65 *Ibid.*

66 « [...] and this naturally, in my judgment, entails an assessment of the project's climate change impact and measures to avoid, reduce or remedy them ». V. High Court, *op. cit.*, p. 31.

67 Le Centre pour l'environnement et le développement (CED) est une organisation de la société civile œuvrant pour la protection de l'environnement en Afrique centrale.

68 S. NGUIFFO, « Droit des ressources naturelles et efficacité climatique en Afrique », O. C. RUPPEL et E. D. KAM YOGO, *Droit et politique de l'environnement au Cameroun. Afin de faire de l'Afrique l'arbre de vie*, Presses de l'UCAC, Yaoundé, juin 2018, p. 545.

2. *L'interprétation du NEMA à la lumière de la section 24 de la Constitution : l'évaluation climatique, un outil de protection intergénérationnelle des individus*

Outre l'exégèse, le juge a également eu recours à la méthode d'interprétation systémique⁶⁹. En effet, il a analysé la cohérence de son interprétation avec les textes juridiques nationaux notamment la Constitution sud-africaine de 1996.

Dans l'affaire *Cool Ideas 1186 CC c. Hubbard et autres*⁷⁰, la Cour constitutionnelle relevait déjà que toute loi devait être interprétée de manière à rechercher son intention, laquelle doit être conforme à la Constitution⁷¹. Cette interprétation doit alors tenir compte de la lettre et du contexte de la loi⁷². Le juge de la *North Gauteng High Court* se fonde sur cette jurisprudence pour interpréter le NEMA. Soulignant tout d'abord que la section 2 du NEMA pose des principes directeurs qui promeuvent le développement durable et l'atténuation des effets néfastes sur l'environnement, il relève que la section 39 (2) de la Constitution sud-africaine oblige les juridictions à promouvoir l'esprit et l'objet du *Bill of Rights* dans le processus d'interprétation⁷³. Cette obligation est activée pour l'interprétation des droits consacrés dans le *Bill of Rights* y compris le droit fondamental à l'environnement consacré à la section 24 de la Constitution⁷⁴. Cette dernière dispose que « toute personne a droit à un environnement qui ne soit pas nocif pour sa santé et son bien-être »⁷⁵. Par ailleurs, toute personne a « le droit d'avoir un environnement protégé, pour le bénéfice des générations présentes et futures à travers des lois et mesures appropriées permettant de prévenir la pollution ou la dégradation écologique, promouvoir la conservation et garantir un développement écologique durable ainsi que l'utilisation des ressources naturelles tout en promouvant un développement économique et social légitime »⁷⁶. Cette disposition matérialise bien la recherche de conciliation des velléités de développement économique et social avec l'impératif de protection de l'environnement.

Sur la base de cet article, notamment son alinéa 24 (b) (iii), le juge sud-africain relève que le changement climatique pose un risque substantiel pour le développement durable de l'Afrique du Sud en ce qu'il conduit à l'élévation des températures, à la raréfaction de l'eau ou encore à l'augmentation de la fréquence des catastrophes naturelles⁷⁷. Il affirme que le développement durable est en

69 La méthode d'interprétation systémique ou systématique est fondée sur le contexte immédiat des dispositions à interpréter ou sur leur insertion dans l'ensemble d'une institution, voire dans l'ensemble du système juridique auquel elles appartiennent. V. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 285.

70 Cour constitutionnelle, 5 juin 2014, 99/13, *Cool Ideas 1186 CC c. Hubbard et autres*.

71 « NEMA, like all legislation, must be interpreted purposively and in a manner consistent with the Constitution [...] ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 32.

72 « [...] paying due regard to the text and context of the legislation. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 32.

73 « As a matter of general principle, the courts when interpreting legislation are duty bound by section 39 (2) of the Constitution to promote the purport, spirit and objects of the Bill of Rights in the process of interpreting the provision in question ». V. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 32.

74 « The approach mandated by section 39(2) is activated when the provision being interpreted implicates or affects rights in the Bill of Rights, including the fundamental justiciable environmental right in section 24 of the Constitution ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 33.

75 « Everyone has the right- (a) to an environment that is harmful to their health or well-being; ». Section 24, Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996.

76 « (b) to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that- (i) prevent pollution and ecological degradation; (ii) promote conservation; and (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development ». Section 24, Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996.

77 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 33.

même temps lié au principe de justice intergénérationnel qui nécessite que l'État prenne des mesures raisonnables pour protéger l'environnement et une prise en compte adéquate des changements climatiques⁷⁸. De ce fait, les besoins à court terme doivent être évalués et considérés par rapport à leurs conséquences sur le long terme⁷⁹. Par cette analyse le juge met en exergue l'utilité de l'évaluation climatique pour mieux planifier un développement durable puisqu'elle permettra de relever les impacts du projet tant sur le court terme que sur le long terme. Ainsi, la lecture de la section 24 de la Constitution sud-africaine permet au juge de présenter l'évaluation climatique comme un outil de protection des générations présentes et futures contre les effets néfastes du changement climatique.

Cette conclusion est similaire à celle effectuée par le tribunal administratif autrichien dans l'affaire *Vienna-Schwechat Airport Expansion*⁸⁰ relative au projet de construction d'une troisième piste à l'aéroport international de Vienne⁸¹. Invoquant notamment la loi constitutionnelle fédérale sur la durabilité, le bien-être des animaux, la protection de l'environnement global, le juge recherche l'intérêt public de ce projet à travers une analyse des intérêts économiques et leur mise en balance avec l'évaluation environnementale et climatique⁸². Étant donné que le projet contribuera à une augmentation des émissions de GES, il estime alors que l'intérêt public doit, entre autres, prioriser la protection contre les conséquences négatives des changements climatiques⁸³. Bien que cette décision ait par la suite été remise en cause par la Cour constitutionnelle autrichienne⁸⁴, il n'en demeure pas moins que le juge de la *North Gauteng High Court* n'est pas le seul⁸⁵ à utiliser la constitution comme un fondement supplémentaire pour la protection des justiciables contre les effets de projets climaticides.

3. *L'apport du droit international : le principe de précaution en appui*

Hormis la Constitution sud-africaine, le juge relève également que l'interprétation du NEMA doit être constamment réalisée avec le droit international⁸⁶. En effet, la section 233 de la Constitution dispose que les cours doivent privilégier toute interprétation cohérente avec le droit international plutôt qu'une interprétation alternative qui ne le serait pas⁸⁷. Dans le cas d'espèce, le juge se réfère à la Convention-cadre des Nations unies sur les Changements Climatiques (CCNUCC) de 1992. Il note que son article 3 (3) institue un principe de précaution pour les États parties consistant à prendre

78 *Ibid.*

79 « [...] needs must be evaluated and weighed against long-term consequences ». High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 33.

80 Austria Bundesverwaltungsgericht (Administrative Court), case W109 2000179-1/291E, décision du 2 février 2017. (V. commentaire dans cet ouvrage de Paul MOUGEOLLE).

81 C. COUNIL, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'État. Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in M. TORRE-SCHAUB *et al.*, *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, Mare et Martin, Paris, 2018, p. 205.

82 *Ibid.*

83 *Ibid.*

84 Cour constitutionnelle, n° E 875/2017, 29 juin 2017.

85 Il est également loisible de citer d'autres contentieux similaires notamment Court of appeal, 27 février 2020, Case No: C1/2019/1154, *R (Friends of the Earth) v Secretary of State for Transport and others*, <https://www.judiciary.uk/judgments/r-friends-of-the-earth-v-secretary-of-state-for-transport-and-others/> (consulté le 19/04/2020) et en Australie l'affaire *Gloucester* et de l'affaire jugée au Royaume-Uni sur l'agrandissement de l'aéroport Heathrow, V. commentaire dans cet ouvrage de Paul MOUGEOLLE.

86 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 33.

87 *Ibid.*

des mesures pour anticiper, prévenir ou minimiser les causes du changement climatique⁸⁸. En outre, il souligne que l'article 4(1) (f) de cette Convention impose aux États parties de prendre en compte les changements climatiques dans leurs politiques environnementales et d'employer des méthodes appropriées pour minimiser les effets néfastes sur la santé publique et sur l'environnement qui en découleront⁸⁹.

Sur cette base, le juge contredit l'argument des défendeurs selon lequel il n'existe aucun cadre juridique national ou international qui prescrive expressément la réalisation d'une évaluation climatique avant la délivrance d'une autorisation environnementale⁹⁰. Il fait savoir que l'absence de dispositions établissant expressément le caractère obligatoire de l'évaluation climatique n'implique pas qu'il n'y a aucune obligation légale de considérer le changement climatique comme un facteur pertinent à prendre en compte⁹¹.

Par ailleurs, à l'argument des défendeurs selon lequel le projet de centrale est conforme à la Contribution nationale déterminée au niveau national (CND) du pays prescrite dans l'Accord de Paris⁹², il note que la véritable question est plutôt celle de la détermination du caractère obligatoire de l'évaluation climatique avant la délivrance de l'autorisation environnementale⁹³. Cette dernière est d'ailleurs nécessaire et importante pour s'assurer que le projet de Thabametsi respecte la trajectoire des émissions exposée dans la CND de l'Afrique du Sud⁹⁴.

Le principe de précaution permet donc au juge de dégager l'existence d'une obligation internationale de l'Afrique du Sud de mettre en œuvre des mesures telles que les évaluations climatiques pour prévenir et réduire les effets des changements climatiques.

Ainsi, la méthode d'interprétation systémique revêt une grande importance dans le raisonnement du juge, car elle permet d'apporter des fondements juridiques supplémentaires à son interprétation de l'article 24O (1) du NEMA. Grâce à cette méthode, il a eu recours à des principes extérieurs au NEMA relevant tant de l'échelle nationale que du niveau international. L'article est alors interprété dans son contexte et de façon à s'assurer de la cohérence de l'analyse avec le système juridique auquel il appartient. Cela conduit le juge à constater la non-prise en compte des impacts climatiques par le Directeur en chef.

88 « Article 3(3) of the UN Framework Convention enacts a precautionary principle requiring all states parties to take precautionary measures to anticipate, prevent or minimise causes of climate change ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 34.

89 « Article 4(1)(f) of the UN Framework Convention imposes an obligation on all states parties to take climate change considerations into account in their relevant environmental policies and actions, and to employ appropriate methods to minimise adverse effects on public health and on the environment. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 34.

90 « As explained earlier, the DEA argued that there is no provision in our domestic legislation, regulations or policies that expressly stipulates that a climate change impact assessment must be conducted before the grant of an environmental authorisation and no such express provision exists as part of South Africa's obligations under international law to reduce GHG emissions, which are broadly framed and do not prescribe particular measures ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 34.

91 « The absence of express provision in the statute requiring a climate change impact assessment does not entail that there is no legal duty to consider climate change as a relevant consideration ».

92 L'Accord de Paris n'avait pas encore été internalisé pendant le déroulement de l'espèce. Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 15.

93 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 36.

94 « A climate change impact assessment is necessary and relevant to ensuring that the proposed coal-fired power station fits South Africa's peak, plateau and decline trajectory as outlined in the NDC ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 36.

B. La non-prise en compte des impacts climatiques du projet Thabametsi

Pour établir la non-prise en compte des impacts climatiques du projet par le Directeur en chef, le juge constate qu'ils ont été faiblement considérés dans le rapport d'EIE produit par Savannah (1). Par ailleurs, il confirme la possibilité d'examiner ladite décision (2).

1. *Le constat de la faible considération des impacts climatiques dans le rapport d'EIE*

À la suite de la décision de la Ministre des affaires environnementales maintenant l'autorisation environnementale, Savannah a réalisé une évaluation climatique qui permet de constater que le Directeur en chef ne disposait pas de toutes les informations pertinentes sur les impacts climatiques du projet avant de délivrer l'autorisation environnementale⁹⁵. En effet, le premier rapport d'EIE considérait que les impacts climatiques du projet seraient relativement faibles pourtant ce nouveau rapport estimait que la centrale thermique générerait environ 8,2 millions de tonnes de dioxyde de carbone par an soit 246 millions de tonnes pendant toute sa durée de fonctionnement⁹⁶. Le rapport d'évaluation climatique établissait lui que les émissions attendues pourraient constituer 1,9 % à 3,9 % du total produit par l'Afrique du Sud, ce qui représenterait l'un des pourcentages les plus importants après 2025⁹⁷. En outre, ce rapport révèle que le projet contribuera à la raréfaction de l'eau dans le district de Lephalale et que cet impact ne peut pas être entièrement atténué⁹⁸.

Sur cette base, le juge constate que le Directeur en chef ne disposait que d'une faible information sur les impacts climatiques du projet qui ne tenaient que sur un paragraphe dans le premier rapport, ce qui était insuffisant⁹⁹. À ce propos, les défendeurs arguaient que les considérations sur les changements climatiques avaient été pris en compte conformément à la réglementation en matière d'électricité (*Integrated Resource Plan for electricity (IRP) 2010-2030* et le *Department of energy's binding determination (Determination)*)¹⁰⁰. Le juge convoque alors une décision de la Cour constitutionnelle pour rejeter cet argument. Il s'agit de celle relative à l'affaire *Fuel Retailers Association of Southern Africa v Director-General : Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province*¹⁰¹. Dans cette affaire, l'autorité compétente pour la délivrance des autorisations environnementales avait soulevé un argument similaire à celui des défendeurs dans l'affaire *Thabametsi* concernant la construction d'une station de pétrole. Elle affirmait qu'il n'était pas nécessaire de considérer les impacts socio-économiques du projet exigés par le NEMA étant donné que cela avait déjà été entièrement analysé par l'autorité locale lorsqu'elle délivrait l'approba-

95 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 19.

96 « [...] the power station will generate over 8.2 million tonnes of carbon dioxide per year and over 246 million tonnes of carbon dioxide over its lifetime ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 20.

97 « The expected emissions could constitute 1,9 % to 3,9 % of South Africa's total GHGs – the larger percentage hopefully reflecting a higher ratio of a declining emissions rate after 2025 when other coal fired power stations are decommissioned ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 20.

98 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 20.

99 High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 37.

100 *Ibid.*, p. 38.

101 *Ibid.*

tion relative au zonage de la station par le biais d'une ordonnance¹⁰². La Cour a alors mentionné que l'autorité compétente a mal interprété la nature de ses obligations dans le cadre du NEMA, car elle était censée considérer l'impact économique de la station¹⁰³. Le juge de la *North Gauteng High Court* considère alors que les défendeurs ont mal interprété la nature de leurs obligations prescrites par la section 24O(1) du NEMA¹⁰⁴ et qu'il y a nécessité de considérer les impacts climatiques du projet en dehors des actions déjà menées dans le cadre du régime de l'électricité.

Cette analyse du juge pourrait servir d'argument dans des affaires où les autorités tenteraient de couvrir leur manque de considération de mesures pertinentes pour la protection de l'environnement.

2. *La confirmation de la possibilité d'examen de la décision du Directeur en chef*

Les défendeurs allèguent que la plainte d'Earthlife ne porte pas sur le fait que les impacts climatiques n'ont pas été pris en compte par le Directeur en chef, mais plutôt sur leur insuffisante considération¹⁰⁵. Ils relèvent alors que cela ne constitue pas un motif d'examen de la décision du Directeur en chef car relevant du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente¹⁰⁶. Ils invoquent l'affaire *MEC for Environmental Affairs and Development Planning v Clairison's* au soutien de leur assertion. En l'espèce, la *Supreme Court of Appeal* relève que la considération à accorder à certains facteurs ou l'évaluation du niveau avec lequel un facteur particulier a affecté la détermination d'une question consiste pour le fonctionnaire à décider et agir avec bonne foi obligeant ainsi une juridiction à ne pas interférer¹⁰⁷.

Cependant, le juge note tout d'abord que l'affaire ne porte pas sur le fait que la considération des facteurs était raisonnable ou pas¹⁰⁸. Il s'agit plutôt de l'incapacité du Directeur en chef à effectuer cet examen parce qu'il ne disposait pas d'informations pertinentes sur les facteurs climatiques qui lui auraient permis de les mettre en balance avec les autres facteurs identifiés¹⁰⁹. Sur cette base, le Directeur en chef n'a pas entièrement respecté la section 24O(1) du NEMA¹¹⁰. Cela constitue donc un motif d'examen de la décision du Directeur en chef conformément à la section 6(2)(e)(iii) du *Promotion of Administrative Justice Act*¹¹¹.

102 *Ibid.*

103 « They misconstrued the nature of their obligations under NEMA and as a consequence failed to apply their minds to the economic impact of the proposed filing station, a matter which they were required to consider ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 38.

104 *Ibid.*, p. 39.

105 « The DEA argued that Earthlife's complaint is not that the climate change impacts of the project were not considered but rather that insufficient weight was placed on these impacts ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 39.

106 *Ibid.*

107 « [...] the weight to be attached to particular factors, or how far a particular factor affects the eventual determination of the issue, is a matter for the functionary to decide, and as he acts in good faith (and reasonably and rationally) a court of law cannot interfere ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 39.

108 *Ibid.*

109 *Ibid.*, p. 40.

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*

Par cette analyse, le juge relève la légalité de l'examen de la décision du Directeur en chef. Des décisions d'autorisations environnementales délivrées pour d'autres projets peuvent donc être contestées dès lors qu'une négligence dans la considération de facteurs pertinents a été constatée. De même, cela pourrait contribuer au renforcement de la prise en compte des impacts climatiques dans l'examen des demandes d'autorisation environnementales pour de futurs projets.

Ainsi, l'irrégularité de la décision du Directeur en chef est manifeste. En effet, ce dernier n'a pas tenu compte des impacts climatiques du projet Thabametsi, car une évaluation climatique appropriée n'a pas été menée. Pourtant, à la lecture de la section 24O(1) du NEMA, de la Constitution sud-africaine et des instruments internationaux ratifiés par l'État, l'évaluation climatique est une condition préalable à la délivrance d'une autorisation environnementale. Au-delà de ce constat, le juge relève également l'incohérence de la décision de la Ministre des affaires environnementales.

II. L'incohérence de la décision de la ministre des Affaires environnementales

La décision de la Ministre est incohérente au regard de son incompétence en matière d'annulation de l'autorisation environnementale qu'elle a confirmé (A). Fort de cela, le juge propose donc le réexamen de l'autorisation environnementale comme solution au cas d'espèce (B).

A. L'incompétence de la Ministre en matière d'annulation d'une autorisation environnementale confirmée

La décision confirmant l'autorisation environnementale pose la question de savoir ce que la Ministre peut légalement faire dans le cas où l'évaluation climatique recommande l'arrêt du projet de construction de la centrale Thabametsi. Selon Earthlife, la Ministre n'a pas une compétence automatique de retrait d'une autorisation environnementale après le recours gracieux¹¹². En effet, le NEMA ne contiendrait pas de dispositions expresses habilitant la Ministre à révoquer une autorisation environnementale précédemment confirmée¹¹³. Les défendeurs reconnaissent également que le retrait ne pourrait pas être retiré, mais qu'un résultat similaire pourrait être obtenu en utilisant les pouvoirs d'amendement dont ils disposent conformément au NEMA et au *Environmental Impact Assessment Regulations*¹¹⁴.

Analysant la doctrine du *functus officio*, le juge fait savoir que la décision de maintenir l'autorisation environnementale malgré l'absence d'une évaluation des impacts climatiques du projet est une décision finale qui octroie des droits à Thabametsi¹¹⁵. Bien que le NEMA contienne plusieurs dispositions permettant l'amendement et la suspension d'une autorisation environnementale, il reste qu'aucune ne peut fonder son annulation si le rapport d'évaluation climatique démontre que la

112 *Ibid.*, p. 43.

113 *Ibid.*

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*, p. 44.

centrale causera des dommages irréversibles¹¹⁶. Ainsi, la Ministre n'a aucun pouvoir de retrait de l'autorisation environnementale. Elle a commis une erreur matérielle de droit en maintenant l'autorisation dans l'optique d'une potentielle révocation sur la base des résultats de l'évaluation climatique. Cette conclusion du juge confirme le constat de l'incohérence de la décision de la Ministre. Bien qu'elle reconnaisse la non-prise en compte des impacts climatiques par le Directeur en chef, elle a tout de même confirmé sa décision. Pourtant elle aurait pu renvoyer l'affaire à ce dernier pour une considération effective du changement climatique¹¹⁷. Cette analyse du juge a le mérite de clarifier la compétence du Ministre en la matière.

B. Le réexamen de l'opportunité de délivrance de l'autorisation environnementale

Earthlife demandait l'annulation des décisions du Directeur en chef et de la Ministre des affaires environnementales afin que la demande d'autorisation environnementale soit de nouveau examinée par le Directeur en chef¹¹⁸. L'organisation ajoute que ce dernier devra, dans ce cas, être obligé de considérer le rapport d'évaluation climatique ainsi que les commentaires qui seront effectués sur ce dernier¹¹⁹. Cependant, cela équivaut à lancer un nouveau processus de demande d'autorisation environnementale¹²⁰. En application du *Promotion and Administrative Justice Act* (PAJA), le juge a décidé d'écarter uniquement la décision de la Ministre afin qu'elle réexamine l'autorisation environnementale. Il affirme que, conformément aux principes d'indemnisation et de proportionnalité, une juridiction ne doit pas déclarer l'ensemble de l'action administrative invalide, mais uniquement la partie inacceptable¹²¹. Fort de cela, le juge relève que, malgré l'irrégularité de la décision du Directeur en chef, celle de la Ministre est la plus viciée¹²². En effet, elle aurait pu renvoyer l'affaire au Directeur en chef ou ajourné l'appel en demandant à Thabametsi d'obtenir un rapport d'évaluation climatique et sur la base des résultats réexaminer la demande d'autorisation environnementale conformément à la section 43 du NEMA¹²³. C'est la raison pour laquelle, le juge a considéré que la solution la plus appropriée n'était pas d'écarter l'autorisation environnementale, mais plutôt celle de la Ministre remettant ainsi le processus au stade du recours gracieux pour réexamen sur la base des résultats du rapport d'évaluation climatique¹²⁴.

116 *Ibid.*, p. 45.

117 *Ibid.*, p. 42.

118 *Ibid.*, p. 45.

119 *Ibid.*

120 *Ibid.*

121 « In accordance with the principles of severance and proportionality a court, where appropriate, should not declare the whole of the administrative action in issue invalid, but only the objectionable part ». Cf. High Court of South Africa, *op.cit.*, p. 47.

122 « Although the decision of the Chief Director was irregular, the essential and most consequential defect was the Minister's treatment of Earthlife's fourth ground of appeal during the appeal process. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 47.

123 « Either she could have referred the matter back to the Chief Director, to whom she had delegated the function in the first place, or more appropriately, she could have adjourned the *de novo* appeal, directed Thabametsi to obtain a climate change impact report, and on the basis of the new evidence reconsidered the application for environmental authorisation afresh- something she would have been entitled to do in terms of section 43 of NEMA ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 47.

124 « Consequently, the more proportional remedy is not to set aside the authorisation, but rather to set aside the Minister's ruling on the fourth ground of appeal and to remit the matter of climate change impacts to her for reconsideration on the basis of the new evidence in the climate change report. ». Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 47.

Bien qu'aucune des parties n'ait plaidé pour cette solution, elle apparaît plus juste et équitable. Le juge se fonde sur la section 8 du PAJA qui oblige les juridictions à faire ce qui est juste et équitable¹²⁵. Par ailleurs, il justifie cette décision par le fait que le rapport d'évaluation climatique a déjà été rédigé et accessible pour les commentaires publics¹²⁶. Le recours aura alors pour objectif de déterminer si l'autorisation environnementale doit être délivrée à la lumière des impacts climatiques potentiels du projet¹²⁷.

L'affaire *Earthlife Africa Johannesburg contre Ministère des affaires environnementales et autres* est l'un des premiers contentieux de ce type visant à exiger une évaluation climatique de projet potentiellement attentatoire à la soutenabilité du système climatique. Elle pose l'évaluation climatique comme une « obligation de faire » dans l'avenir des études d'impact environnemental en Afrique du sud¹²⁸. Depuis d'autres affaires ont vu le jour sur cette question en Afrique. Il s'agit notamment des affaires relatives aux projets de centrales thermiques à charbon Ki power¹²⁹ et Acwa power¹³⁰. Toutefois, malgré les résultats alarmants du rapport final d'évaluation climatique produit après la décision de la *North Gauteng High Court*, la Ministre Edna Molewa a décidé de maintenir l'autorisation environnementale du projet Thabametsi¹³¹. Selon elle, bien que les impacts économiques et sociaux de ce projet sont relativement élevés, sa réalisation ne constitue pas nécessairement une erreur fatale au regard de son apport dans la satisfaction des besoins en énergie de l'Afrique du Sud¹³². La décision de la Ministre des affaires environnementales tend ainsi à relativiser l'impact du jugement de la *North Gauteng High Court* mais ouvre de nouveau la voie à un possible contentieux climatique¹³³. La contestation des autorisations environnementales délivrées à la suite d'EIE ayant ou non pris en compte les impacts climatiques d'un projet présente donc une opportunité avérée de développement du contentieux climatique en Afrique du Sud, voire sur le continent africain qu'*Earthlife* pourrait de nouveau saisir.

125 *Ibid.*

126 *Ibid.*

127 « The reconstituted appeal process can proceed with requisite speed to the advantage of all parties and will be restricted to consideration of whether environmental authorisation should be granted in light of the potential climate change impacts. » Cf. High Court of South Africa, *op. cit.*, p. 47-48.

128 TORRE-SCHAUB M., *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport final de recherche, décembre 2019, p. 90.

129 High Court of South Africa, Petition 04/08/2017, *op. cit.*

130 High Court of South Africa, Petition 05/09/2017, *op. cit.*

131 EE Publishers, *Thabametsi coal plant given go ahead despite staggering climate impacts*, [En ligne], <https://www.ee.co.za/article/thabametsi-coal-plant-given-go-ahead-despite-staggering-climate-impacts.html> (consulté le 19/04/2020).

132 *Ibid.*

133 *Ibid.*

