

## 22

**INDIGENOUS ENVIRONMENTAL NETWORK  
C. US DEPARTMENT OF STATE (2018-2019)**Sandy CASSAN-BARNEL<sup>1</sup>

La question climatique est, encore aujourd'hui, un sujet qui ne fait pas nécessairement consensus selon l'État dans lequel il est débattu. Alors qu'en Europe on ne débat pas de l'existence du changement climatique et de son origine anthropique, puisque ce phénomène est accueilli comme un fait scientifiquement prouvé, aux États-Unis, la question semble encore relever, pour certains, de la croyance. Par ailleurs, le fait que ce pays soit exportateur d'énergies fossiles, notamment avec le développement croissant de la production de pétrole de schiste<sup>2</sup> et la forte dépendance de sa population à ces combustibles sont un frein notable à l'édiction de mesures strictes qui permettraient de limiter ou d'atténuer l'empreinte carbone du pays.

L'élection de Donald Trump à la Présidence américaine n'a pas permis de dépasser ce problème puisqu'il est allé jusqu'à qualifier la crise climatique de « hoax »<sup>3</sup>, de canular. Le pays, sous l'administration Obama, a été signataire des Accords de Paris. Mais, le Président Donald Trump a fait du retrait du pays de ces Accords, un argument de campagne qu'il tend à concrétiser avec la notification récente aux Nations unies de son intention de les quitter<sup>4</sup>.

Dans ce contexte, la construction de l'oléoduc par l'entreprise canadienne TransCanada, du secteur énergétique, a suscité de nombreux débats au sein de la population et de la classe politique américaine. Les actions contre cet ouvrage apparaissent comme un symbole fort de la lutte contre les énergies fossiles aux États-Unis.

L'oléoduc a été construit entre le Canada et le sud des États-Unis pour alimenter le pays en pétrole non raffiné. La construction a été exécutée en trois phases successives. Dès les premières phases de construction, un recours a été déposé par une association de protection de l'environnement contre le Département d'État. Il lui était reproché de ne pas avoir terminé l'évaluation environnementale

---

1 Juriste, Notre Affaire à Tous (NAAT).

2 NPR, 20 novembre 2019, <https://www.npr.org/2019/11/20/780879474/as-oil-prices-drop-and-money-dries-up-is-the-u-s-shale-boom-going-bust>.

3 Time, 9 juillet 2019, <https://time.com/5622374/donald-trump-climate-change-hoax-event/>.

4 BBC news, 5 novembre 2019, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-50297029>.

du projet avant d'autoriser sa construction<sup>5</sup>, mais les demandeurs se sont désistés. Aujourd'hui, la construction de la quatrième phase du projet, un projet d'oléoduc d'envergure qui permettrait de relier directement l'Alberta (Canada) à l'État du Nebraska aux États-Unis par une route plus courte et des tuyaux d'une taille plus grande, bien qu'abandonnée par l'administration Obama, est à nouveau l'objet de multiples batailles avec la promesse de campagne de Donald Trump de relancer le projet.

On peut recenser huit recours liés à la construction de cet oléoduc<sup>6</sup>. Ce sont le plus souvent des associations de protection de l'environnement ou de protection des minorités qui contestent la délivrance de permis de construire de l'oléoduc. En plus, on peut citer une décision rendue suite au recours d'une association de propriétaires qui contestait la constitutionnalité du large pouvoir octroyé par l'État du Nebraska à la société TransCanada, dans l'exercice du droit d'expropriation<sup>7</sup>, pour la construction de l'oléoduc. D'autres recours ont été déposés cette fois par la société TransCanada contre la lenteur du Gouvernement américain à édicter des autorisations de construction<sup>8</sup> ou contre les manifestants qui entravent leurs travaux<sup>9</sup>.

L'affaire qui nous intéresse ici concerne une demande déposée le 23 mars 2017 par deux associations américaines : l'*Indigenous Environmental Network* (IEN) et la *North Coast River Alliance* (NCRA), devant la Cour de District du Montana. L'IEN est une association de natifs américains qui entend protéger sa communauté, ses terres et ses traditions. La NCRA a, quant à elle, pour objectif de protéger les espaces naturels de l'Ouest et du Nord des États-Unis. Le projet porterait atteinte aux activités de la communauté de l'IEN (activités spirituelles et sportives), mais aussi aux terres et aux cours d'eau protégés par la NCRA. Toutes deux contestent la validité du permis de construire d'une portion de l'oléoduc, entre le Nebraska et le Montana. Les défendeurs sont le Département d'État américain, son sous-secrétaire d'État, Thomas A. Shannon Jr. ; le secrétaire d'État américain à l'intérieur, Ryan Keith Zinke ; le Directeur du service de la vie sauvage et des pêcheries, James W. Kurth et le service de la vie sauvage et des pêcheries.

La décision d'accorder ou refuser un permis pour la construction d'un oléoduc traversant la frontière américano-canadienne est conditionnée d'une part, par une décision du Département d'État et d'autre part, par la nature du projet qui doit servir un « intérêt national » pour être validé. Pour être réputé servir « un intérêt national », le projet doit remplir plusieurs critères comme ceux liés à la sécurité énergétique, à la politique étrangère et environnementale, aux impacts socio-économiques et être compatible avec les réglementations fédérales. Le département d'État doit alors adopter une déclaration des potentiels impacts environnementaux et culturels du projet<sup>10</sup>. La première version de

5 Complaint for declaratory and injunctive relief, 11 mai 2010, Center for biological diversity c. US Department of State, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2011/20111005\\_docket-811-cv-00345\\_complaint.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2011/20111005_docket-811-cv-00345_complaint.pdf).

6 [http://climatecasechart.com/search/?fwp\\_search=transcanada](http://climatecasechart.com/search/?fwp_search=transcanada) (consulté le 20 décembre 2019).

7 District Court of Lancaster county, 19 février 2014, *Thomson c. Heineman*, n° CI 12-2060, <https://www.dominalaw.com/documents/LB-1161-Court-Order-Feb-19-2014.pdf> (consulté le 20 décembre 2019).

8 Notice of intent to submit a claim to arbitration under chapter 11 of the North American free trade agreement, 6 janvier 2016, *TransCanada corporation c. The Government of United States*, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2016/20160106\\_docket-none\\_notice-of-intent-to-sue.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2016/20160106_docket-none_notice-of-intent-to-sue.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

9 District Court of Wood county Texas, 25 janvier 2013, *TransCanada keystone pipeline LP c. Beebe*, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2013/20130125\\_docket-2012-605\\_judgment.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2013/20130125_docket-2012-605_judgment.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

10 EIS-0433 : keystone XL Pipeline, <https://www.energy.gov/nepa/eis-0433-keystone-xl-pipeline> (consulté le 20 décembre 2019).

ce document a été publiée le 1<sup>er</sup> mars 2013 et sa version définitive le 31 janvier 2014. Ce texte identifie et anticipe les impacts directs et indirects du projet tel qu'il est proposé par l'entreprise TransCanada et présente les différentes alternatives possibles dont l'alternative « no action ». Pour recenser les différents impacts environnementaux, est alors mis en place l'*Environmental Impact Statement* (EIS) qui mesure notamment les émissions de gaz à effet de serre (GES) du projet.

Le 25 juin 2013, le Président Obama a annoncé un « plan d'action climatique »<sup>11</sup> dont l'objectif était de réduire l'émission de GES ainsi que d'encourager l'adaptation au changement climatique. Durant son discours de présentation du plan, il a rappelé que le projet d'oléoduc Keystone XL ne pourrait servir « l'intérêt national » qu'à la condition qu'il n'exacerbe pas l'émission de GES. Déclarant qu'en l'état, la construction de l'oléoduc ne pouvait servir aucun « intérêt national », le 6 novembre 2015 le secrétaire d'État John Kerry refuse l'octroi du permis en application de l'*Executive Order*<sup>12</sup>. Si d'aucuns pensaient en rester là, c'était sans compter l'élection de Donald Trump à la Présidence des États-Unis et sa promesse de campagne de relancer la construction de l'oléoduc puisque le 23 janvier 2017, le Département d'État a accordé un permis présidentiel à la société TransCanada pour la poursuite du projet. C'est la validité de ce permis que contestent les requérants<sup>13</sup>.

Le 27 mars 2017, *L'Indigenous Environmental Network* (IEN) et la *North Coast River Alliance* dénoncent, devant la Cour fédérale du District du Montana, la validité du permis de construction octroyé à la TransCanada. En réponse, le Gouvernement fédéral a déposé une requête en irrecevabilité le 9 juin de la même année. Le 22 novembre, la Cour y répond négativement en refusant de recevoir l'argument selon lequel la décision présidentielle d'octroi du permis serait irrévocable. Elle reconnaît également que les préjudices invoqués peuvent être réparés par la voie procédurale au regard du *National Environmental Policy Act*<sup>14</sup> (NEPA).

Le 15 août 2018, la Cour rend un jugement partiel sur la conformité du permis au NEPA. Elle décide que l'étude d'impact présentée par les défendeurs doit être complétée pour y intégrer celle d'un autre tracé approuvé par la Commission du service public du Nebraska<sup>15</sup>. Le 8 novembre 2018, dans un jugement partiel sommaire, la Cour constate l'incompatibilité de l'approbation de la construction de l'oléoduc avec le NEPA et l'*Administrative Procedure Act* (APA). Elle ordonne la production d'un examen environnemental supplémentaire et, dans l'attente du document, demande la suspension des travaux liés à l'oléoduc<sup>16</sup>. Le 7 décembre 2018, la Cour rend une ordonnance de jugement supplémentaire, dans laquelle elle interdit à la société TransCanada de poursuivre les travaux de pré-construc-

11 Obama white house : <https://obamawhitehouse.archives.gov/president-obama-climate-action-plan> (consulté le 20 décembre 2019).

12 N°13337.

13 Complaint for declaratory and injunctive relief, 27 mars 2017, *Indigenous environmental network and north coasts river alliance*, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327\\_docket-417-cv-00029\\_complaint-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

14 Summary of the National Environmental Policy Act (consulté le 20 décembre 2019) <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-national-environmental-policy-act>.

15 US District Court for the district of Montana, 15 août 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv0009, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180815\\_docket-417-cv-00029\\_order-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180815_docket-417-cv-00029_order-1.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

16 US district Court for the district of Montana, 11 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181108\\_docket-417-cv-00029\\_order-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181108_docket-417-cv-00029_order-1.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

tion de l'oléoduc jusqu'à ce que le Département d'État présente son examen environnemental supplémentaire, car ils pourraient « fausser l'analyse et la prise de décision future de la Cour concernant le projet »<sup>17</sup>. Le 21 décembre, l'entreprise TransCanada interjette appel des décisions du 8 novembre et du 7 décembre et demande une suspension de leur exécution, notamment, en ce qui concerne la réalisation des travaux de pré-construction.

Le 15 décembre 2018, la Cour rend sa décision sur la demande de suspension<sup>18</sup> en accordant partiellement la poursuite de pré-travaux dans des zones déjà contrôlées, mais refuse de revenir sur la décision de suspendre leur réalisation pour les autres zones. Le 21 février 2019, la société TransCanada saisit le 9<sup>e</sup> Circuit d'appel contre la décision de suspension des travaux<sup>19</sup>. Le 15 mars, les juges du 9<sup>e</sup> Circuit rendent une décision confirmant le jugement de la Cour du Montana. Cependant, le 29 mars 2019, le Président Trump adopte un nouveau permis présidentiel, révoquant ainsi le permis de mars 2017, objet du contentieux. Le 8 avril 2019, les défendeurs et la société TransCanada demandent au 9<sup>e</sup> Circuit de rejeter leur appel en ce qu'il devient caduc par l'édiction d'un nouveau permis présidentiel<sup>20</sup>. Pour la même raison, ils réclament, l'annulation de la décision de la Cour fédérale et son injonction de suspendre les travaux de construction et pré-construction de l'Oléoduc. Finalement, le jugement de la Cour fédérale a été annulé le 6 juin 2019 par le 9<sup>e</sup> Circuit. La demande formulée auprès de la Cour fédérale concernait la validité du permis de construire octroyé, plus précisément, la validité du *Final Supplemental Environmental Impact Statement* (FSEIS), c'est-à-dire de l'étude d'impact attachée au projet. C'était, donc, principalement au regard de l'impact environnemental et climatique du projet que les requérants demandaient aux juges de se prononcer (I) et c'est favorablement que cette demande a été accueillie (II).

## **I. La question de l'impact climatique du projet, au centre de la demande des requérants**

Les requérants contestent la validité de l'étude d'impact attachée au permis de construire de l'oléoduc en ce qu'elle ne délivrerait pas d'informations suffisamment fiables sur la nature du projet. Même si les requérants fondent leur demande, de façon large, sur des questions socio-environnementales et procédurales (A) leur argumentaire confère une place importante à l'impact environnemental du projet (B).

17 US district Court for the district of Montana, 7 décembre 2018, *IEN c.US Department of State*, 417cv00039, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181207\\_docket-417-cv-00029\\_order.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181207_docket-417-cv-00029_order.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

18 US district Court for the district of Montana, 15 février 2019, *IEN c.US Department of State*, 417cv00029, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190215\\_docket-417-cv-00029\\_order.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190215_docket-417-cv-00029_order.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

19 9th Circuit Court of Appeals, 21 février 2019, *IEN c.US Department of State*, n° 18-36068, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190221\\_docket-18-36068\\_motion.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190221_docket-18-36068_motion.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

20 9th Circuit Court of Appeals, 8 avril 2019, *IEN c.US Department of State*, n° 18-36068, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190408\\_docket-18-36068\\_motion-to-dismiss.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190408_docket-18-36068_motion-to-dismiss.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

## A. Les demandes socio-environnementales et procédurales

Les requérants contestent la légalité du FSEIS<sup>21</sup> sur plusieurs points en se fondant, notamment, sur le NEPA qui impose l'obligation d'information des autorités publiques et des citoyens avant l'adoption de toute décision en matière environnementale<sup>22</sup>. En effet, pour toute « action fédérale majeure qui affecte de façon significative la qualité de l'environnement humain »<sup>23</sup>, le NEPA requiert de la part de toutes les agences fédérales, la préparation, par l'intermédiaire de l'EIS, d'une « déclaration détaillée ». Ce document doit contenir une « complète et équitable discussion » sur les effets directs, indirects et cumulatifs de l'action, ainsi qu'un débat sur la manière d'atténuer les impacts environnementaux négatifs de la mesure<sup>24</sup>. Le FSEIS est la dernière version de l'EIS. Les requérants dénoncent sa légalité en ce qu'ils le trouvent trop restrictif.

Premièrement, pour les requérants, le FSEIS ne fait référence qu'à l'exploitation d'énergies fossiles pour combler les besoins énergétiques du pays et donc qu'à la seule voie de l'oléoduc de la société TransCanada, et ce sans chercher à explorer d'autres pistes<sup>25</sup>. Les demandeurs contestent, non seulement, la validité du FSEIS, mais plus largement l'opportunité de la construction de l'oléoduc en ce qu'il ne ferait pas apparaître d'autres possibilités, pour le pays, de recourir de façon massive aux énergies renouvelables et alternatives à l'utilisation des énergies fossiles.

Deuxièmement, il lui est reproché de ne pas prendre en compte les effets extraterritoriaux du projet<sup>26</sup>. Aucune étude complète analysant les conséquences de l'extraction des sables bitumineux pour les sols canadiens n'apparaît dans le document. Il n'est pas fait, non plus, mention d'une analyse de la libération, par les rejets miniers, d'une importante quantité de dioxyde de soufre dans l'environnement canadien<sup>27</sup>, ni des dangers posés par les bassins de résidus<sup>28</sup>.

Troisièmement, les demandeurs s'intéressent à l'impact hydrologique de la construction de l'oléoduc sur l'environnement. Les risques des rejets de résidus toxiques sur les aquifères proches du tracé n'auraient pas fait l'objet d'une étude suffisamment précise et le manque d'informations à ce sujet serait fautif<sup>29</sup>.

Quatrièmement, l'absence de prise en compte des conséquences du projet sur les minorités locales<sup>30</sup>, la carence du document dans l'adoption de mesures d'atténuation<sup>31</sup>, les réponses imprécises données au public lors de l'enquête publique<sup>32</sup> et le conflit d'intérêts existant entre la société ayant

21 Complaint for declaratory and injunctive relief, 27 mars 2017, *Indigenous environmental network and north coasts river alliance*, [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327\\_docket-417-cv-00029\\_complaint-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf) (consulté le 20 décembre 2019).

22 40 CFR § 1500.1(b), (c).

23 42 USC § 4332(2)(C).

24 42 USC § 1502.1, 1502.16(a), (b) & (h), 1508.25(c).

25 *Op. cit.* p. 8 § 35 et s.

26 *Ibid.*, p. 9 § 38 et s.

27 *Ibid.*, p. 12 § 44.

28 *Ibid.*, p. 12 § 45.

29 *Ibid.*, p. 12 § 47 et s.

30 *Ibid.*, p. 14 § 53 et s.

31 *Ibid.*, p. 18 § 65 et s.

32 *Ibid.*, p. 18 § 68 et s.

dirigé la rédaction du document et l'entreprise TransCanada s'ajoutent à la liste d'arguments qui tendent à démontrer la non-conformité du FSEIS au NEPA. Les requérants contestent, enfin, la validité du document au regard de l'*Endangered Species Act*<sup>33</sup> (ESA), en ce que la *Biologic Opinion* (BiOp) ne réussirait pas à évaluer correctement l'impact du projet sur les espèces animales protégées en ne prenant, par exemple, pas en compte ses effets sur les espèces canadiennes<sup>34</sup>. L'ESA requiert des agences fédérales qu'elles s'assurent de l'innocuité de leurs actions sur l'existence d'espèces menacées ou en voie de disparition. C'est pourquoi il leur appartiendrait de rédiger une *Biologic Opinion* qui énumère l'impact du projet sur ces espèces. Il en va de même pour le *Migratory Bird Treaty Act*<sup>35</sup> (MBTA), et le *Bald Eagle and Golden Eagle Protection Act*<sup>36</sup> en ce que le projet menacerait les oiseaux que ces textes protègent.

À ces arguments socio-environnementaux et procéduraux s'ajoutent ceux portant sur l'impact climatique du projet.

## B. Un argumentaire solide autour de l'impact climatique du projet

Les associations demanderesse soulèvent deux catégories d'arguments pour contester la validité du FSEIS au regard de l'impact climatique du projet. La première est relative aux carences de l'étude quant à l'analyse des émissions de GES du projet (1), la seconde repose sur l'absence de motivation, dans l'étude d'impact, du changement de politique du gouvernement en matière de lutte contre la crise climatique (2).

### 1. L'analyse des émissions de GES : un projet climaticide ?

Les demandeurs soulèvent les carences et inexactitudes de l'étude d'impact sur plusieurs points.

D'abord les requérants reprochent au document de minimiser l'impact climatique du projet, car il y est affirmé qu'il est « peu susceptible d'avoir un impact significatif sur le taux d'extraction de sables bitumineux ou sur la demande de pétrole brut dans les raffineries américaines »<sup>37</sup>. En effet, est contestée l'inexactitude de l'évaluation des émissions de GES en raison de sa documentation incomplète : le FSEIS mentionne seulement le fait que le projet pourrait émettre jusqu'à 0,24 million de mètres-tonnes d'équivalent dioxyde de carbone (MMTCO<sub>2</sub>e) pendant la construction de l'oléoduc et de 148 à 170 de MMTCO<sub>2</sub>e par année pour l'exploitation, la production, le raffinage, la combustion du sable bitumineux brut et le transport de l'huile<sup>38</sup>.

33 16 USC § 1531 et s.

34 *Ibid.*, p. 23 § 85.

35 16 USC sections 701 et s.

36 16 U.S.C. section 668.

37 FSEIS 1.4-10, « *unlikely to significantly impact the rate of extraction in the oil sands, or the continued demand for heavy crude oil at refineries in the U.S.* » <https://2012-keystonepipeline-xl.state.gov/documents/organization/221147.pdf>.

38 *Op. cit.* [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327\\_docket-417-cv-00029\\_complaint-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf) p. 15 § 56 et s.

Les requérants contestent ensuite l'affirmation présente dans le FSEIS selon laquelle l'Alberta resterait une région d'exploitation du sable bitumineux, que le projet soit réalisé ou non<sup>39</sup>. Ils dénoncent l'absence de fondement scientifique de l'argument en soutenant le contraire. Selon eux, en augmentant la capacité de transport de pétrole (jusqu'à 830000 barils de pétrole par jour), la quantité de pétrole sur le marché augmente également, ainsi que sa consommation. De même, en augmentant la capacité de transport, c'est aussi le taux d'extraction qui s'accroît.

Puis, les requérants reprochent au document d'ignorer d'autres facteurs qui tendent à augmenter l'impact carbone du projet : la consommation d'énergie de l'extraction est par exemple complètement absente du document. Pourtant, à cette étape du projet, la production de CO<sub>2</sub> peut dépasser les 230 gigatonnes<sup>40</sup>.

Enfin, les requérants rappellent que le NEPA exige que l'EIS « explore et évalue objectivement toutes les alternatives possibles afin que les examinateurs puissent évaluer leurs mérites comparatifs »<sup>41</sup>. La jurisprudence, en la matière, affirme l'inapplicabilité d'un EIS qui aurait omis d'examiner une alternative viable<sup>42</sup>. Or, le document ne mentionne pas le fait que la réalisation de l'oléoduc puisse empêcher le développement d'énergies alternatives<sup>43</sup>. Ainsi en permettant un transport à bas coût du pétrole, le projet entraînera surtout la baisse du coût de ce dernier. Le risque, ici, est d'assister à un effet désincitatif du recours aux énergies renouvelables et à une forte demande pour les énergies fossiles, en ce que ces dernières resteront toujours économiquement plus rentables et facilement disponibles. Or, cette analyse n'apparaît pas dans l'étude d'impact.

## 2. *L'argument relatif au changement de politique du Gouvernement*

Comme l'avait rappelé le Président Obama dans son discours, un permis présidentiel ne peut être accordé qu'à la condition qu'il serve un « intérêt national<sup>44</sup> ». En effet, depuis le décret du 30 avril 2004<sup>45</sup>, lorsque le Secrétaire d'État constate que : « la délivrance d'un permis au demandeur servirait l'intérêt national, il prépare un permis »<sup>46</sup>. Si la délivrance de ce permis est conditionnée à l'existence d'un intérêt national, le décret n'en fournit pas une définition précise. L'une des études d'impact du Gouvernement américain en donne néanmoins quelques exemples<sup>47</sup>. Pour caractériser un projet d'intérêt national, plusieurs facteurs peuvent être pris en compte comme la sécurité énergétique, les impacts environnementaux, culturels et économiques, la politique étrangère et la conformité du projet avec les réglementations fédérales.

39 *Op. cit.* [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327\\_docket-417-cv-00029\\_complaint-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf) p. 15 § 57 et s.

40 *Ibid.* p. 17 § 67.

41 42 USC § 4332(2)(C)iii), (E); 40 CFR § 1502.14.

42 9th Circuit Court of Appeals, 27 mars 2008, *Friends of Yosemite valley c. Kempthorne*.

43 *Op. cit.* [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327\\_docket-417-cv-00029\\_complaint-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf) p. 9.

44 Obama White House, <https://obamawhitehouse.archives.gov/president-obama-climate-action-plan> (consulté le 20 décembre 2019).

45 Executive order 13337 section 1 <https://www.govinfo.gov/content/pkg/WCPD-2004-05-10/pdf/WCPD-2004-05-10-Pg723.pdf>.

46 Executive order 11423, section 1 (d), 16 août 1968 : « If the Secretary of State finds that issuance of a permit to the applicant would serve the national interest, the Secretary shall prepare a permit [...] ».

47 U.S. Department of State, Final Environmental Assessment for the Vantage Pipeline Project, mai, 2013, p. ES-1.

Dans le *Record of Decision* (ROD) de 2015<sup>48</sup>, le Département d'État avait conclu que l'oléoduc ne servait pas un intérêt national, car sa construction diminuerait le leadership des États-Unis en matière de lutte contre le changement climatique tout en ayant un impact négligeable sur la sécurité énergétique du pays. Au contraire, dans le ROD de 2017, le Département d'État avait conclu différemment en qualifiant d'intérêt national l'oléoduc sans en apporter de justification<sup>49</sup>. Or, en se fondant sur l'APA et la jurisprudence de la Cour Suprême américaine qui avait affirmé que « l'administration doit examiner les données pertinentes et formuler une explication satisfaisante de son action »<sup>50</sup>, les requérants rappellent, qu'une « justification plus détaillée est requise lorsqu'une agence change de cap et adopte une nouvelle politique qui repose sur des constatations factuelles qui contredisent celles qui sous-tendent sa politique antérieure »<sup>51</sup>. Le débat repose, ici, sur l'étendue du contrôle que peut opérer le juge, en vertu de la jurisprudence Fox<sup>52</sup>, sur des actes découlant du changement de politique d'une agence fédérale<sup>53</sup>.

Par ailleurs, les demandeurs réclament l'adoption d'une injonction interdisant aux défendeurs d'effectuer toute action qui aurait pour conséquence de modifier physiquement l'environnement en lien avec le projet<sup>54</sup>. De surcroît, ils demandent le retrait du FSEIS et le retrait de l'approbation du projet, permis présidentiel compris, en ce qu'ils seraient, notamment, contraire au NEPA et aux autres normes susmentionnées et adoptées de façon arbitraire.

À ces nombreuses demandes, la Cour a, principalement, répondu positivement.

## II. L'existence de fondements juridiques aux arguments relatifs à l'impact climatique du projet constatée par la Cour

La Cour a accepté de recevoir les arguments liés à l'impact climatique du projet (A) et c'est essentiellement au regard du NEPA qu'elle a pu effectuer son contrôle (B).

### A. La réception, par la Cour, des arguments liés à l'impact climatique du projet

La Cour, a reconnu, d'une part, le manque d'analyse concernant les effets cumulatifs des GES qui porte atteinte au droit à l'information du public et à la prise de décision de l'agence (1). D'autre part, elle a sanctionné l'absence de motivation du changement de politique climatique du Gouvernement (2).

48 Le ROD est un document public concis qui résume les conclusions de l'EIS et les fondements de la décision.

49 Mémoire complémentaire, 9 février 2019, p. 37 [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180209\\_docket-417-cv-00029\\_memorandum-2.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180209_docket-417-cv-00029_memorandum-2.pdf).

50 US Supreme Court, 24 juin 1983, *Motor Veh. Mfrs. Ass'n c. State Farm Ins.*, n° 82-354.

51 US Supreme Court, 28 avril 2009, *FCC c. Fox Television Stations, inc.*, n° 07-582.

52 *Ibid.*

53 "National district court hold State's department national interest determination for Keystone XL pipeline violated APA by disregarding prior factual findings", *Harvard law review*, 2019, vol. 132:2368, p. 2373.

54 *Op. cit.* [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327\\_docket-417-cv-00029\\_complaint-1.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2017/20170327_docket-417-cv-00029_complaint-1.pdf) p. 27.



## 1. *La reconnaissance d'une carence dans l'analyse des effets cumulatifs des GES*

Dans sa décision du 15 février 2019, la Cour confirme le manque d'analyse de l'étude d'impact quant aux effets cumulatifs des émissions de GES des deux oléoducs<sup>55</sup>. Le Code des Régulations Fédérales a défini les effets cumulatifs comme « des impacts sur l'environnement qui résulteraient d'une augmentation des effets de l'action lorsqu'elle est ajoutée à d'autres, passées, présentes ou raisonnablement prévisibles, quelle que soit l'agence, ou la personne, qui entreprend ces actions »<sup>56</sup>. Or, en parallèle de la construction de l'oléoduc Keystone XL, un autre projet d'extension d'oléoduc était en cours : l'Alberta Clipper expansion. Il est alors reproché au FSEIS élaboré pour l'oléoduc Keystone XL de ne pas avoir pris en compte l'extension de l'autre oléoduc dans le calcul des émissions des GES du pays. La Cour a rappelé que le NEPA impose justement que l'EIS comporte une analyse des effets cumulatifs des actions qu'il propose<sup>57</sup>. Elle cite alors la jurisprudence *Kleppe c. Sierra Club* qui précise que « lorsque plusieurs projets qui peuvent avoir des impacts cumulatifs sur l'environnement sont en attente simultanément, le NEPA requiert que les conséquences environnementales des projets doivent être considérées ensemble »<sup>58</sup>. La Cour ajoute que cette omission ne permet pas une prise de décision éclairée et une bonne participation du public sur la base d'informations complètes sur les émissions potentielles de GES<sup>59</sup>. Enfin, alors que dans la décision de novembre 2018, le Département justifiait cette omission comme « une erreur inoffensive »<sup>60</sup>, la Cour rappelle qu'en plus de porter atteinte à la prise de décision et à la participation du public, cette erreur « affecte substantiellement la décision de l'agence »<sup>61</sup>.

Sur la question de l'impact climatique du projet, la Cour ne se borne pas à relever la carence dans l'analyse des effets cumulatifs des GES, elle sanctionne également le fait que le gouvernement américain n'ait pas entendu motiver, dans le FSEIS, son changement de politique en matière de lutte contre la crise climatique.

## 2. *La sanction de l'absence de motivation du changement de politique en matière de lutte contre le changement climatique*

Concernant le changement de politique de l'administration Trump, la Cour confronte les ROD de 2015 et 2017<sup>62</sup>. Elle cite, d'abord, la jurisprudence *Kake*<sup>63</sup>: selon laquelle « même lorsqu'une politique est annulée après une élection, une agence ne peut pas simplement rejeter les constatations

55 US District Court for the district of Montana, 15 février 2019, IEN c. US Department of State, 417cv00029, p. 11-13. ([http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190215\\_docket-417-cv-00029\\_order.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20190215_docket-417-cv-00029_order.pdf)).

56 « Cumulative impact is the impact on the environment which results from the incremental impact of the action when added to other past, present, and reasonably foreseeable future actions regardless of what agency (federal or non-Federal) or person undertakes such other actions ». Art. 40 CFR § 1508.7.

57 *Ibid.* p. 12.

58 « when several projects that may have cumulative environmental impacts are pending concurrently, NEPA requires that the environmental consequences should be considered together », US Supreme Court, 28 juin 1976, *Kleppe c. Sierra Club*, n° 75-552.

59 « This error precluded informed decision-making and public participation based on complete information about potential greenhouse gas emission », *op. cit.*, p. 13.

60 « The Department equates this omission to harmless error », US District Court for the district of Montana, 8 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031, p. 21.

61 « Materially affected the substance of the agency's decision », *Ibid.*, p. 22.

62 Le Record of Decision est un document public concis qui résume les conclusions de l'EIS et les fondements de la décision.

63 United States Court of Appeal, 9th Circuit, 16 décembre 2014, *Organized village of Kake c. Department of Agriculture*, n° 1135717.

factuelles antérieures sans explication motivée»<sup>64</sup>. Ensuite, la Cour rappelle que le ROD 2015 précisait que le leadership des États-Unis en matière de changement climatique fournissait une base suffisante pour refuser le permis<sup>65</sup>. Elle ajoute qu'en adoptant cette position, « le Département d'État a reconnu, en se fondant sur la science, la nécessité de maintenir la température de la planète en dessous des 2 degrés Celsius par rapport à l'ère préindustrielle et la preuve scientifique que l'activité humaine représente la cause principale du changement climatique »<sup>66</sup>. Or, la Cour relève qu'alors que le ROD 2017 reprend mot pour mot celui de 2015, la section « *Climate Change-Related Foreign Policy Considerations* » a tout bonnement disparu. Elle précise que « la volonté du Département de donner plus de poids à la politique énergétique, ne l'excuse pas d'avoir ignoré les décisions factuelles du ROD 2015 »<sup>67</sup>, ni d'avoir remplacé les conclusions de 2015 par un simple paragraphe reconnaissant que depuis 2015 il y a eu de « nombreux développements liés à une action mondiale pour lutter contre le changement climatique, y compris les annonces de nombreux pays de leur intention d'en faire autant »<sup>68</sup>.

La Cour finit par conclure à l'absence de base factuelle et de motivation de cette explication. Dans son argumentation de 2018, le Département expliquait que son changement de politique concernant l'oléoduc serait sans conséquence sur le changement climatique. La Cour relevait qu'au lieu d'apporter des « explications raisonnables »<sup>69</sup> à son argumentation, il ne faisait qu'écarter les conclusions antérieures relatives au climat pour justifier son changement de cap<sup>70</sup>. La question implicite soulevée par cet argument est de connaître l'étendue du pouvoir des agences fédérales dans l'adoption d'actes post-électorales : dans quelle mesure peuvent-elles adopter des actes en totale opposition à ceux pris lors de mandats précédents ? Le juge effectue un « contrôle de rationalité », et s'attache à examiner scrupuleusement les justifications avancées. Certains auteurs ne trouvent pas pertinent de refuser l'octroi d'un permis pour des raisons politiques liées à la perception, à l'étranger, de la construction du pipeline<sup>71</sup>, c'est oublier trop vite, que l'élément essentiel de la décision est la carence de motivation. Ainsi, « tout comme une agence ne peut contredire ses constatations factuelles sans explication motivée, elle ne peut ignorer ses précédentes constatations sans explication motivée<sup>72</sup> ».

Par ailleurs, la Cour accorde une place essentielle au NEPA dans son raisonnement.

64 « Even when reversing a policy after an election, an agency may not simply discard prior factual findings without a reasoned explanation », *op. cit.*, p. 16.

65 « That the United States's climate change leadership provided a significant basis for denying the permit », US District Court for the district of Montana, 15 février 2019, *IEN c. US Department of State*, 417cv00029, p. 17.

66 « The Department recognized science supporting a need to keep global temperature below two degrees Celsius above pre-industrial levels, and scientific evidence that human activity represents a dominant cause of climate change », *Ibid.* p. 17.

67 « The Department's discretion to give more weight to energy security does not excuse it from ignoring the 2015 ROD's factually-based determinations », *Ibid.* p. 17.

68 « Numerous developments related to global action to address climate change, including announcements of many countries of their plans to do so », *Ibid.*, p. 17.

69 « Reasoned explanation », US District Court for the district of Montana, 8 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031, p. 35.

70 « The Department instead simply discarded prior factual findings related to climate change to support its course reversal », *Ibid.* p. 35.

71 « National district court hold State's department national interest determination for Keystone XL pipeline violated APA by disregarding prior factual findings », *Harvard law review*, 2019, vol. 132:2368, p. 2377: « Rationality review under the APA – aimed at pre-venting arbitrariness by technocratic agencies – should not ossify a prior decision to deny a pipeline permit for political reasons related to foreign perceptions of the pipeline ».

72 « Just as an agency may not contradict its prior factual findings without a reasoned explanation, it may not ignore its previous factual findings without a reasoned explanation », Ross A. Stansberry, « The APA as an environmental law », *Environmental law*, vol. 49:3, p. 831.

## B. La place importante du *National Environmental Policy Act* dans les décisions de la Cour

Puisque la Cour s'est essentiellement, fondée sur le NEPA pour rendre ses décisions (1), l'administration Trump, tente, aujourd'hui, d'adopter une nouvelle stratégie pour en écarter l'application (2).

### 1. *Le caractère déterminant du NEPA dans le contrôle effectué par la Cour*

Le NEPA est un outil central, dans le contentieux climatique américain. Pour preuve, à ce jour, pas moins de 230 recours climat se fondent sur ce texte<sup>73</sup>.

Dans sa décision de 2018, la Cour conclut que « l'analyse des effets cumulatifs des émissions de GES de l'expansion de l'Alberta Clipper et du projet Keystone, par le Département d'État est insuffisante et doit être revue pour être compatible avec le NEPA »<sup>74</sup>. De même, dans la décision de 2019, le contrôle opéré se fonde sur la compatibilité du projet avec le NEPA. La Cour va jusqu'à affirmer qu'il en va de « l'intérêt du public »<sup>75</sup>.

Le raisonnement de la Cour se fonde sur l'analyse de la compatibilité entre le FSEIS et le NEPA. Si, comme le rappellent James Salzman et Barton H. Thomson Jr, il « peut paraître curieux que la demande inoffensive de rédiger un EIS a abouti à mener à l'existence de plus de recours que toute autre norme environnementale »<sup>76</sup>, aujourd'hui, ce document peut constituer et constitue ici, un outil juridique de référence dans le contentieux climatique américain.

C'est dans la décision *Calvert Cliffs*<sup>77</sup> que les juges américains ont, pour la première fois, accepté d'interpréter le NEPA et expliqué qu'il nécessitait l'adoption d'une étude d'impact environnemental lorsqu'il était applicable<sup>78</sup>.

Dès lors, pour les juges, le NEPA s'applique à toute action fédérale à impact environnemental<sup>79</sup>. Il impose aux agences fédérales d'étudier toutes les alternatives possibles d'un projet<sup>80</sup>. Le NEPA s'applique aussi aux actions internationales lorsqu'elles ont un impact aux USA<sup>81</sup>. Certes, le NEPA

73 Sabin Center, US Climate Change litigation, <http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/> (consulté le 20 décembre 2019).

74 « The Department's analysis of the following issues fell short of a « hard look » and requires a supplement to the 2014 SEIS in order to comply with its obligations under NEPA: The cumulative effects of greenhouse gas emissions from the Alberta Clipper expansion and Keystone », « The Department equates this omission to harmless error », US District Court for the district of Montana, 8 novembre 2018, *IEN c. US Department of State*, 417cv00031, p. 51.

75 « The public interest rightfully weighs in favor of a complete NEPA review. The preparation of storage yards and construction camps in areas not yet surveyed for cultural resources when the Department issued the 2014 SEIS have the potential to impact adversely the public's interest in an informed NEPA process », US District Court for the district of Montana, 15 février 2019, *IEN c. US Department of State*, 417cv00029, p. 30.

76 « Perhaps surprisingly, there have been thousands of NEPA suits. It might seem strange that NEPA's seemingly innocuous requirement of preparing an EIS has led to more lawsuits than any other environmental statute », J. SALZMAN and B. H. THOMSON, Jr. *Environmental Law and Policy*, Foundation Press, 2014, p. 334.

77 U.S. Court of Appeal for the District of Columbia Circuit, 23 juillet 1971, « *Calvert Cliffs' Coordinating Committee c. United States Atomic Energy Commission* », 449 F.2d 1109.

78 En l'espèce, il s'agissait d'une demande d'autorisation pour la construction d'une centrale nucléaire.

79 *Ibid.*, p. 337.

80 *Ibid.*, p. 343.

81 *Ibid.*, p. 345.

peut voir son application limitée par les lois spéciales qui peuvent l'écartier<sup>82</sup>. Si James Salzman et Barton H. Thomson Jr s'interrogent sur l'effectivité du NEPA en ce que souvent, il servirait à rationaliser des décisions déjà adoptées, force est de constater qu'ici, la décision de la Cour confère une véritable valeur au NEPA dans son rôle d'encadrement des décisions à impact climatique.

Toutefois, le rôle du NEPA dans l'affaire *Keystone* est désormais limité par l'adoption du nouveau permis et les menaces qui pèsent sur son contenu.

## 2. La stratégie de l'administration Trump pour écartier l'application du NEPA

Par la décision de 2019, la Cour a partiellement refusé la reprise des travaux de pré-construction de l'oléoduc.

Le 6 juin 2019, l'appel formé contre cette décision a été rejeté, car le Président Donald Trump a émis un nouveau permis autorisant la construction de l'oléoduc, rendant caduc le précédent. Un recours a été déposé contre le nouveau permis dans lequel les mêmes requérants contestent la constitutionnalité du nouveau document. Ils ont dû construire un nouvel argumentaire pour faire face à l'inapplicabilité du NEPA au nouveau permis. En effet, pour limiter les possibilités de recours contre ce nouveau document, le Président Trump n'a pas délégué son autorité à l'Agence fédérale en charge de l'environnement, mais l'a lui-même édicté. L'objectif de cette nouvelle stratégie était de soustraire l'acte du champ d'application du NEPA, qui ne peut viser que les agences fédérales et exclure de son contrôle les actes adoptés par le Président américain<sup>83</sup>. Dès lors, le nouveau permis ne peut être soumis aux exigences du NEPA, car le Président américain « n'est pas une agence fédérale »<sup>84</sup>.

Et pour faire face à l'impossibilité de pouvoir reprendre les arguments avancés contre le précédent permis, les demandeurs contestent, désormais, la compétence du Président pour l'édiction de l'acte<sup>85</sup>. Le Président Trump ne disposerait pas des pouvoirs nécessaires. Ils se fondent alors sur la *Property Clause* de la Constitution américaine qui prévoit, dans son article 4§ 2 que « le Congrès aura le pouvoir de disposer et d'adopter les règles et régulations nécessaires concernant les territoires et autres biens appartenant aux États-Uni et rien dans la Constitution ne doit être interprété de manière à porter préjudice aux revendications des États-Unis ou d'un État particulier »<sup>86</sup>. La *Property Clause* confère au Congrès le pouvoir d'adopter les décisions relatives aux territoires et propriétés des États-Unis. C'est sur cette question de compétence que devra, prochainement se prononcer la Cour<sup>87</sup>. Enfin, pour compléter sa stratégie visant à rendre le NEPA inapplicable à l'affaire en cours, l'administration Trump a récemment dévoilé un projet de réforme du NEPA. En effet, le but avoué de cette révision,

82 *Ibid.*, p. 346.

83 US Supême Court, 21 avril 1991, *Franklin c. Massachusetts* 505 US.788.

84 Congress website : <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11131> (consulté le 20 décembre 2020).

85 Environmental law at Harvard law school website, 2019), [https://eelp.law.harvard.edu/2019/04/energy-eos-in-depth-new-presidential-permit-for-keystone-xl-and-changes-to-presidential-permitting/#\\_ftnref1](https://eelp.law.harvard.edu/2019/04/energy-eos-in-depth-new-presidential-permit-for-keystone-xl-and-changes-to-presidential-permitting/#_ftnref1) (consulté le 20 décembre).

86 Article 4§ 2 US Constitution « The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State ».

87 Complaint for declaratory and injunctive relief, 5 avril 2019, *IEN c. Trump*.

est de faciliter l'adoption de projets d'infrastructures sans avoir à intégrer de paramètre climatique à la prise de décision<sup>88</sup>. L'adoption de cette réforme aura irrémédiablement des effets climaticides que l'on ne pourra que déplorer.

\*\*\*

Dans cette succession de décisions, la Cour fédérale retient les arguments liés à l'impact climatique du projet, en refusant à l'administration la possibilité de faire marche arrière sur les décisions adoptées par l'administration Obama sans réelle justification. Ces décisions, révèlent la place centrale du NEPA comme fondement juridique en matière environnementale aux États-Unis. Alors que le NEPA n'est, à l'origine, qu'un document-cadre, il se présente désormais comme un outil juridique particulièrement performant pour les questions environnementales. Même s'il ne trouvera plus à s'appliquer avec le nouveau permis encadrant la construction de l'oléoduc, il est certain qu'il constitue une norme juridique sûre, à laquelle pourront indéniablement avoir recours les protecteurs de l'environnement à l'avenir, à la condition que le projet de réforme de la loi, engagé par l'administration Trump, n'arrive pas à son terme.

---

88 <https://www.cnn.com/2020/01/09/trump-to-announce-sweeping-changes-to-the-national-environmental-policy-act.html>, consulté le 20 janvier 2020.

