

25

AMERICAN ELECTRIC POWER COMPANY C. CONNECTICUT (2011)Pauline ABADIE¹

Quatre ans après *Massachusetts c. EPA*², l'arrêt *American Electric Power Company (AEP) c. Connecticut*³ offre à la Cour Suprême des États-Unis une nouvelle occasion de poursuivre la construction de sa jurisprudence sur le droit du changement climatique. Malgré la disparité des problèmes juridiques soulevés, mais aussi la différence de qualité des parties défenderesses, l'arrêt *AEP c. Connecticut* prend expressément appui et prolonge la solution dégagée par son vénérable prédécesseur. En réalité, le sort d'AEP se trouvait dès l'origine tributaire de l'issue de *Massachusetts*. Tandis qu'AEP interroge le bien-fondé d'un recours en responsabilité délictuelle dirigé contre cinq entreprises exploitantes de centrales à charbon dans un contexte d'inaction de l'État fédéral, l'arrêt *Massachusetts* précisément questionne la légalité de cette inaction. Or, la sanction du refus de réglementer les émissions de CO₂ formulée par la Cour dans l'arrêt *Massachusetts*, et l'obligation corrélative faite à l'agence fédérale de protection de l'environnement (EPA) d'agir, risquait de sonner le glas de l'action en responsabilité. En effet, les plaignants d'*AEP* n'entendaient aucunement obtenir le versement de dommages et intérêts, mais sollicitaient du juge une ordonnance fixant, pour chaque entreprise défenderesse, un plan de réduction des émissions faute d'y être contraintes par la loi. En somme, ce qu'ils demandaient à la Cour d'ordonner à titre individuel, la Cour de *Massachusetts* le prescrirait à l'autorité réglementaire à titre collectif.

Sur le fond, et sans surprise, donc, l'arrêt *AEP c. Connecticut* fut rendu à l'unanimité des huit juges siégeant⁴, aucun n'ayant même jugé bon de rédiger une opinion concordante. Sous la plume de la juge Ruth B. Ginsburg, la Cour fit droit à la requête des entreprises, demandeurs au pourvoi, et infirma la décision de la Cour d'appel du 2nd circuit rendue en 2009⁵. Au motif que le Congrès a « déplacé » ou « neutralisé » le pouvoir des juges fédéraux en matière de *common law* en déléguant à l'EPA la mission de réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES), la Cour non seulement confirme que la voie réglementaire constitue le moyen privilégié pour lutter contre le réchauffement

1 Maître de conférences en droit privé, Université Paris Saclay, IDEP.

2 127 S. Ct. 1438 ; 167 L. Ed. 2d 248 ; 549 U.S. 497 (2007).

3 131 S. Ct. 2527 ; 180 L. Ed. 2d 435 ; 564 U.S. 410 (2011).

4 La juge Sonia M. Sotomayor, ancienne juge fédérale du 2nd circuit et tout juste nommée à la Cour Suprême par Barak H. Obama, avait dû se déporter en raison de sa participation au collège de juges ayant statué en appel sur l'arrêt déféré.

5 *Connecticut c. Am. Elec. Power Co.*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009).

climatique, mais elle indique en outre, et dans le prolongement, que si contentieux il y a, celui-ci sera essentiellement de nature administrative. Sur fond de séparation des pouvoirs, comme souvent aux États-Unis, la Cour signifie qu'il n'appartient pas au juge de la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire au juge de *common law* auguste créateur de droit, d'empiéter sur le domaine de compétence du Congrès, et par délégation des agences, à moins bien sûr qu'il ne revête sa casquette de juge de l'administration dans le cadre d'un contrôle juridictionnel enserré par la loi.

Si la position de la Cour dans *AEP* fait sens au regard de l'affaire *Massachusetts* inscrite au rôle des tribunaux inférieurs à peu près au même moment⁶, fermer la porte, tout au moins en apparence, à la responsabilité délictuelle interroge tant sur les plans politique, qu'éthique et juridique.

Politiquement d'abord, il n'est pas certain que les agences administratives sous l'autorité du pouvoir exécutif soient seules à même de mener efficacement la lutte contre le réchauffement climatique. De fait, l'histoire enseigne que les plus grands obstacles rencontrés pour contrôler la pollution tiennent à la réticence de dirigeants politiques et de leurs administrations à mettre en œuvre des politiques susceptibles de déplaire aux industriels locaux. Dans les lignes tracées par la jurisprudence *Brown c. Board of Education*⁷, la déségrégation aux États-Unis doit moins aux femmes et hommes politiques devant faire face à leurs électeurs, qu'elle n'a été l'œuvre des juges... C'est pourquoi, à l'abri dans leurs prétoires, éloignés des pressions politiques, les juges peuvent sans doute plus sereinement formuler des trajectoires de réduction que ne le peuvent des agences sujettes aux changements d'administration à la Maison Blanche et agissant sous mandat d'un Congrès jusqu'ici largement paralysé dans ses velléités de réformes. Certes, *AEP* ne consacre pas l'immunité juridictionnelle des agences. C'est même le contraire que la Cour affirma dans son arrêt *Massachusetts*. Cependant, le contentieux administratif que la Cour préconise présente des inconvénients notamment relatifs à la déférence que le juge accorde aux agences en vertu de la célèbre jurisprudence *Chevron*⁸. Expertes au savoir technique et scientifique reconnu, arbitres tenus d'intégrer des intérêts économiques et sociétaux au moment d'élaborer ses normes, la sphère décisionnelle des agences échappe de fait largement au contrôle du juge.

Sur un plan éthique ensuite, il est à craindre qu'en rejetant l'action en responsabilité délictuelle au motif que le Congrès a expressément investi l'EPA, la Cour ne mette en péril l'une des finalités premières de la lutte contre le changement climatique, à savoir celle de corriger les injustices causées par un phénomène affectant de manière disproportionnée les populations les plus vulnérables. Les tenants de la justice climatique placent au cœur de leurs réflexions et de leurs actions les interdépendances pouvant exister entre race, indigénité et/ou pauvreté, et changements climatiques. Or, quelle que soit la tradition juridique considérée, le droit de la responsabilité délictuel (*tort law*) s'est toujours construit sur les fonts baptismaux de l'idée de justice, elle-même traversée par ses courants distributif, correctif, punitif ou réparateur, etc. Même si le contentieux administratif permet

6 Les plaidoiries devant la Cour du 2nd circuit se sont déroulées en juin 2006, soit plus d'un an avant que ne fut décidée l'affaire *Massachusetts*.

7 347 U.S. 483 et 349 U.S. 294.

8 *Chevron USA Inc. c. NRDC Inc.*, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778 (1984), et nos développements en *infra*.

d'obtenir des normes d'émissions plus restrictives, et donc de réduire les impacts du changement climatique, il n'offre aucune possibilité aux victimes de confronter les auteurs de leurs préjudices. Dans le prolongement, il n'est pas certain que la voie réglementaire puisse répondre à certaines préoccupations de justice complexes. Par exemple, comment articuler un système d'autorisations administratives reposant sur des valeurs limites d'émission aussi ambitieuses soient-elles ou sur la mise en place des dernières technologies disponibles, et la nécessité d'accompagner les efforts des victimes pour leur permettre de s'adapter aux effets du changement climatique ? Comment intégrer dans un « plan climat », qu'il soit décliné aux échelles nationale ou locale, l'indemnisation des dommages allant au-delà d'un soutien financier à l'adaptation (par exemple les dommages causés à certaines populations autochtones ayant perdu à jamais la jouissance de leurs terres ancestrales) ? Et qui doit en supporter le coût ? Ces enjeux fondamentaux de justice ne peuvent être adéquatement pris en compte dans un système de normes de performance, de valeurs limites et d'autorisations administratives.

Sur le plan juridique enfin, l'accueil du pourvoi et l'infirmité de l'arrêt d'appel jettent une lumière crue sur les difficultés propres au droit des États-Unis, à la fois État fédéral et pays de *common law*. En effet, dans un pays où le fond du droit est constitué pour l'essentiel par des règles issues de précédents, la structure fédérale du système de gouvernement a-t-elle des conséquences sur la conception de la *common law* ? Autrement dit, en sus de la question simple et propre à tous les États fédéraux de l'attribution des compétences entre autorités fédérales et États, se pose celle plus complexe et réservée aux seuls pays de *common law* d'une *common law*, par définition œuvre du juge, dont la construction serait alternativement ou cumulativement soit celle des juridictions des États, soit celle des juridictions fédérales. Sur fond de responsabilité des industriels et de changement climatique, c'est de cette double difficulté technique que traite l'arrêt *AEP c. Connecticut*.

Dans l'espèce rapportée, les plaignants – États fédérés, ville de New York et associations – fondaient leur action en responsabilité sur un *tort* issu de la *common law* anglaise, mais un *tort* d'application controversée dès lors que le juge appelé à statuer est un juge fédéral, et qu'agissant en tant de juridiction de *common law*, il lui est demandé de sécréter une *common law* fédérale parallèle à celle des États, mais surtout concurrente au Congrès. Les entreprises défenderesses entendirent immédiatement obtenir le rejet de la demande sans même qu'une discussion au fond ne soit engagée. Pour ce faire, elles firent valoir plusieurs arguments dont seul le dernier est discuté par la Cour dans l'arrêt commenté. Les deux premiers moyens de défense reposaient, d'une part, sur la doctrine de la question politique⁹ brandie avec succès par les constructeurs automobiles dans l'affaire *People of the State of California c. General Motors et. al.*¹⁰, et d'autre part, sur l'absence d'intérêt à agir (*standing*), argument

9 La doctrine de la question politique est une construction jurisprudentielle dont l'essentiel des règles a été posé par l'arrêt *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). La doctrine postule que certains types de sujets relèvent des pouvoirs constitutionnellement élus (législatif ou exécutif), ce qui conduit à l'incompétence des tribunaux fédéraux. La question s'est posée de l'appartenance du contentieux climatique à cette catégorie de sujets. V. généralement, J. R. MAY, « Climate Change, Constitutional Consignment, and the Political Question Doctrine », *Denv. U. L. Rev.* n° 85, 2008, p. 919, et dans le contexte de *AEP c. Connecticut*: J. R. MAY, « *AEP c. Connecticut* and the Future of the Political Question Doctrine », *The Yale Law Journal Online*, 2011, p. 127.

10 No. C06-05755 MJJ, (N.D. Cal. Sept. 17th 2007).

qui serait largement discuté et âprement tranché dans l'arrêt *Massachusetts*¹¹. Le troisième moyen de défense entendait frontalement faire échec au recours en responsabilité fondé sur la *common law* fédérale. Invoquant la théorie du *displacement*, les entreprises défenderesses arguèrent qu'en adoptant la loi sur la protection de l'air (*Clean Air Act*) le Congrès avait « déplacé » ou « neutralisé » le droit des plaignants de fonder leur action sur la *common law* fédérale.

En répondant à ce troisième argument, la Cour peaufine sa conception de la *common law* fédérale, tout en clarifiant la place de la protection de l'environnement au sein de cette source prétorienne du droit (I). Mais surtout, elle apporte un éclairage bienvenu à la théorie du *displacement*, et plus précisément au critère régissant l'examen de la neutralisation, dans un contexte où l'agence n'a encore promulgué aucune règle (II). La Cour laisse aussi subsister certaines zones d'ombre, tenant à la fois à l'étendue exacte du pouvoir judiciaire fédéral neutralisé, et à la validité des recours non pas fondés sur la *common law* fédérale, mais sur la *common law* des États. C'est aujourd'hui au cœur de cette brèche ouverte que se déploient les actions en responsabilité dirigées contre les *carbon majors*¹².

I. La *common law* fédérale, une source clair-obscur du droit américain

Il est un principe fermement établi, consacré par la jurisprudence et repris de manière inaugurale par la juge Ginsburg dans la décision *AEP* selon lequel : « Il n'existe pas de *common law* fédérale générale »¹³. La forme proclamatoire ne semblant souffrir aucune exception, le commentateur aurait pu s'en satisfaire. Cette source du droit n'existe tout simplement pas. Mais une lecture plus attentive immédiatement interroge. S'il n'y a pas de *common law* fédérale générale, subsiste-t-il alors une *common law* fédérale spéciale ? Dans l'affirmative, que recouvre-t-elle et quels liens entretient-elle avec la protection de l'environnement ? (B). Y répondre suppose au préalable de rappeler les termes du débat sur la *common law* fédérale (A).

A. Le débat sur la *common law* fédérale

Le débat sur la *common law* fédérale naît d'une difficulté soulevée par une disposition de la Constitution américaine relative à la compétence des juridictions fédérales. Selon l'article III section 2 clause 1, le pouvoir judiciaire fédéral s'étend, outre « tous les cas [...] ressortissant à la présente Constitution, aux lois des États-Unis [et] aux traités » [...], « aux différends [...] entre citoyens de différents États ». Dans le premier cas, la compétence des juridictions fédérales est fondée sur le fond du droit (*subject-matter jurisdiction*). Matériellement, dès lors qu'un litige soulève une question de droit fédéral car relative à l'application ou à l'interprétation de la Constitution, d'une loi du Congrès ou d'un traité, les juridictions fédérales sont par principe compétentes¹⁴. Dans le second

11 V. notre commentaire dans cet ouvrage sous l'arrêt *Massachusetts c. EPA*.

12 V. *infra* nos développements en conclusion de ce commentaire.

13 *Erie Railroad Corporation. c. Tompkins*, 304 U.S. 64, p. 78 ; 58 S.Ct. 817 ; 82 L.Ed. 1188 (1938) cité dans *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.* p. 2535.

14 Ce qui ne veut pas dire que les juridictions des États ne le sont pas. Elles ont au contraire une compétence concurrente et, sauf à être dessaisies à la demande d'un plaideur, pourront toujours trancher des questions de droit fédéral.

cas, la compétence des juridictions fédérales est fondée sur la qualité des parties au litige en tant que personnes (*personal jurisdiction*). Dans cette hypothèse, le litige oppose deux citoyens de différents États, mais ne soulève pas de question de droit fédéral, c'est-à-dire n'est pas relative à des matières que la Constitution a spécifiquement attribuées aux autorités fédérales et particulièrement au Congrès. Mais alors, quel droit les juridictions fédérales doivent-elles appliquer en pareil cas ? Si le litige porte sur une matière échappant à la compétence des autorités fédérales, les juridictions fédérales sont-elles libres de formuler leurs propres règles prétorienne, autrement dit libres de sécréter leur propre *common law* fédérale ?

Le *Judiciary Act*, célèbre loi promulguée en 1789 et toujours en vigueur, s'est efforcé d'y apporter une réponse, mais une ambiguïté rédactionnelle eut pour effet d'accentuer la confusion. La section 34 de cette loi impose aux juridictions fédérales compétentes saisies d'un litige civil, en dehors des hypothèses où une question de droit fédéral est soulevée, de faire application des « lois » (*laws*) des différents États pour trancher le litige¹⁵. Autrement dit, une juridiction fédérale compétente en raison de la diversité de citoyenneté des parties (*personal jurisdiction based on diversity of citizenship*) doit appliquer les lois qui auraient été appliquées au cas d'espèce par les juridictions d'État, c'est-à-dire celles désignées par la règle de conflit en vigueur au lieu où est établie la juridiction fédérale saisie. La règle ainsi posée n'aurait pas soulevé de difficulté si le mot « *laws* », au pluriel, n'était susceptible de plusieurs interprétations. En effet, s'il est vite apparu incontestable qu'il recouvrait les lois au sens strict (*statutes*), c'est-à-dire le droit *légiféré* des différents États, auquel s'ajoutent les décisions de justice prises en application de ces lois, un doute subsistait sur le droit *déclaré* par les tribunaux étatiques dans des matières non-législatives, c'est-à-dire dans des matières de *common law*. Jusqu'au célèbre revirement de l'arrêt *Erie Railroad*¹⁶, et avec plus ou moins de fluctuations, l'interprétation stricte du mot « *laws* » prévalut. Ainsi, jusqu'en 1938, les juridictions fédérales saisies de questions de droit non fédéral développèrent librement une *common law* fédérale générale toutes les fois où la solution du litige n'était pas régie par une loi (*statute*) étatique¹⁷. Mais reconnaître aux juridictions fédérales un pouvoir autonome de créer du droit fédéral, de manière concurrente aux États et au Congrès, allait essuyer de nombreuses critiques et soulever des craintes pour l'essentiel légitimes¹⁸. C'est pourquoi, depuis plus de 80 ans, les « lois » (*laws*) de la section 34 englobent le droit légiféré *et* le droit déclaré des États. C'est pourquoi, donc, depuis plus de 80 ans, il n'existe plus formellement de *common law* fédérale générale¹⁹.

15 « *The laws of the several states, except where the Constitution or treaties of the United States or Acts of Congress otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in civil actions in the courts of the United States, in cases where they apply* », codifiée 28 U.S.C.A. § 1652 (1950).

16 *V. Erie*, 58 S.Ct *op. cit.* Cet arrêt constitue un revirement de la jurisprudence *Swift c. Tyson*, 41 U.S. 1, 10 L. Ed. 865, 1842 U.S. (1842).

17 Sur le plan de contenu, cette *common law* fédérale générale dénommée « *the general law* » a connu peu d'applications et son domaine est demeuré relativement imprécis. René David note que les juridictions fédérales qui ont eu à statuer en vertu de ces règles se sont généralement référées à la *common law* d'Angleterre en vigueur à la date de la Constitution américaine, l'idée étant de se départir au maximum de la *common law* développée par les États depuis l'indépendance : R. DAVID, *Introduction au droit des États-Unis d'Amérique – doctorat 1951-1952*, éd. Cours de droit, Paris, 1951-1952, p. 245-246. Elizabeth Zoller souligne également l'absence de contenu précis et fait référence à l'idée jus naturaliste d'une *common law* fédérale contenue en creux [de la Constitution] : E. ZOLLER, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour Suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2011/4, n° 33, p. 246.

18 V. A. TUNC, « L'application du droit des États par les juridictions fédérales », *RIDC*, vol. 3, n° 1, 1951, p. 5-35, 21 et. s.

19 Pour une lecture plus nuancée de cette apparente « mise en mort », v. R. DAVID, *Introduction au droit des États-Unis, op. cit.* p. 251-252.

B. La survivance d'une *common law* fédérale spéciale aux contours progressivement définis

Si la juge Ginsburg rappelle le principe selon lequel il n'existe pas de *common law* fédérale générale, elle ajoute immédiatement après que la jurisprudence *Erie* a aussi permis « l'émergence d'un droit judiciaire fédéral décisionnel dans des domaines d'enjeux nationaux »²⁰. En effet, *Erie* n'a pas signé l'arrêt de mort de la *common law* fédérale. Elle en a restreint le champ et l'a réorientée dans des domaines spécifiques. Désormais désignée « nouvelle » *common law* fédérale²¹, *common law* fédérale, tout court, ou *common law* fédérale spéciale²², cette source prétorienne du droit s'est néanmoins révélée difficilement saisissable²³.

1. La *common law* fédérale spéciale sous habilitation législative expresse

Pour tenter de présenter les choses le plus clairement possible, il faut partir de la qualité de juridiction attachée au tribunal saisi. Dans la majorité des arrêts rendus depuis 1938 où les juges fédéraux ont statué en se fondant sur la *common law* fédérale spéciale, les tribunaux avaient été saisis au motif que le litige soulevait une question de droit fédéral (*subject-matter jurisdiction*)²⁴. Dans les cas les plus simples, c'est à l'initiative du Congrès qu'ils développèrent des solutions de *common law* sur la base d'un mandat exprès de puiser des règles complémentaires en vue d'assurer à la loi votée une application saine et effective²⁵. Cette forme d'habilitation législative expresse correspond à l'une des deux formes de développement de la *common law* fédérale visées par la juge Ginsburg dans l'arrêt *AEP*. En effet, selon elle, « la "nouvelle" *common law* fédérale porte sur des sujets relevant des attributions du Congrès, mais dès lors qu'il l'a prévue »²⁶. Dans le prolongement, la Cour précise que « la protection de l'environnement compte assurément parmi les matières "relevant des attributions du Congrès" », ce qui laisse entrevoir la possibilité pour les juridictions fédérales de « combler "les interstices de la loi", et si nécessaire même "créer du droit fédéral" »²⁷. Mais ce pouvoir judiciaire se

20 « *Erie* also sparked "the emergence of a federal decisional law in areas of national concern" », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535.

21 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535, Ginsburg citant H. Friendly dans son article : H. FRIENDLY, « In Praise of *Erie* and of the New Federal Common Law », *N.Y.U. L. Rev.* n° 39, 1964, p. 383, 405.

22 *Id.*

23 Comme le résume M. A. FIELD, « *Les exemples* [d'affaires ayant reconnu l'existence d'une *common law* fédérale spéciale] révèlent une *common law* fédérale étendue, de variétés multiples, sans principe unificateur cohérent et aux contours largement incertains », dans « Sources of Law : The Scope of Federal Common Law », *Harv. L. Rev.* n° 99, 1986, p. 883, 909.

24 Lorsque les juridictions fédérales sont saisies en vertu de la diversité de citoyenneté des parties, le principe clairement affirmé par *Erie* est bien que seul le droit de l'État considéré régira la solution du litige.

25 V. La loi Labor Management Relations Act de 1947 et l'affaire *Textile Workers Union c. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957) ; la loi Employee Retirement Income Security Act et l'affaire *Pilot Life Ins. Co. c. Dedeaux*, 481 U.S. 41, 56 (1987) ou encore la loi Sherman Antitrust Act of 1890 et l'affaire *National Soc'y of Prof. Engineers c. United States*, 435 U.S. 679 (1978). Sont également souvent cités comme exemple de domaines où s'est développée la *common law* fédérale les droits d'auteur, des brevets d'invention et des marques de fabrique qui tous font l'objet de lois fédérales. Les États disposant toujours d'une compétence résiduelle dans les matières mêmes où le Congrès peut légiférer, la *common law* étatique appliquée par les juridictions fédérales subsistera si ces dernières sont saisies en raison de la diversité de citoyenneté des parties (v. par ex. *Pecheur Lozengre Co. c. National Candy Co.*, 315 U.S. 666 ; 62 S.Ct. 853, 86 L. Ed. 1103 (1942)). Cependant, si le domaine a été entièrement couvert ou « occupé » par le droit fédéral en vertu de la théorie de la *federal preemption*, l'autonomie des États ayant disparu, les juridictions fédérales pourront étendre la *common law* fédérale aux questions de droit étatique (type concurrence déloyale) qui présentent une connexité avec le droit fédéral. C'est notamment le cas en matière de droits d'auteur, marques et brevets, v. *Bulova Watch Co. c. Stolzberg*, 69 F. Sup. 543 (D. Mass. 1947).

26 « The "new" federal common law addresses "subjects within national legislative power where Congress has so directed [...]" », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535, Ginsburg citant FRIENDLY, « In praise of *Erie* », *op. cit.*, p. 408.

27 « *Environmental protection is undoubtedly an area "within national legislative power, " one in which federal courts may fill in "statutory interstices, " and, if necessary, even "fashion federal law."* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2535.

déployant dans les domaines d'attribution du Congrès n'est pas sans condition puisque la Cour le restreint aux hypothèses où le Congrès l'aurait spécifiquement envisagé. Hypothèse qu'elle sait ne pas être celle de la décision rapportée.

2. *La common law fédérale spéciale hors habilitation et la nécessité de préserver l'intégrité du système de gouvernement fédéral*

À côté des habilitations législatives expresses, la *common law* fédérale s'est également développée dans des cas où la compétence des juridictions fédérales est fondée sur une question de droit fédéral (*subject-matter jurisdiction*), mais ici sans qu'une loi du Congrès n'ait été votée²⁸. La question de droit posée par le litige est bien de nature fédérale, c'est-à-dire qu'elle entre *a priori* dans les attributions du pouvoir fédéral, mais ce dernier n'a jamais établi de règles en la matière. Dans ces hypothèses, et une fois leur compétence vérifiée, les juridictions fédérales peuvent-elles développer leurs propres règles de *common law* pour résoudre le litige au fond ? C'est le cas de figure envisagé par l'arrêt *AEP* puisque, pour rappel, au moment où le recours est introduit, l'arrêt *Massachusetts* n'a pas encore été rendu et l'EPA s'estime incompétente pour réglementer les GES. La question est délicate, car sans mandat du Congrès, ni cadre législatif aucun, l'autonomie des juges fédéraux est à son maximum et que les juges se posent comme concurrents directs du Congrès. C'est pourtant dans ce contexte qu'ont été rendus les principaux arrêts sur le *tort* de nuisance publique basé sur la *common law* fédérale, c'est-à-dire à une époque où le droit moderne de l'environnement, fédéral et légiféré, n'existait pas encore²⁹. Il faut dire que les circonstances tenant aux intérêts en jeu et à la qualité des parties, militaient en faveur d'un traitement juridique uniforme. En effet, à notre connaissance, tous les cas où la théorie de la nuisance publique basée sur la *common law* fédérale a été invoquée, et avec un succès inégal, concernent des différends liés à des pollutions de nature transfrontière et des parties ayant, pour l'une au moins, la qualité d'État agissant dans sa capacité corporative, c'est-à-dire agissant en tant que personne publique garante des intérêts de ses habitants³⁰. Avec les différends frontaliers et fluviaux, les litiges liés à des pollutions transfrontières exacerbent les conflits entre États et menacent la paix et la tranquillité intérieure de l'Union. Présentant un risque pour l'intégrité du système de gouvernement fédéral, ils ne peuvent désintéresser la Cour et doivent être tranchés selon des règles uniformes³¹. Ces affaires correspondent au second cas de figure envisagé par la juge Ginsburg. Selon elle, à côté des habilitations législatives expresses, les juges fédéraux peuvent être amenés à développer des règles de *common law* fédérale « lorsque la structure fondamentale de la Constitution l'exige »³².

28 Et donc nécessairement sans mandat exprès du Congrès.

29 Les principales lois environnementales ont été adoptées par le Congrès à la fin des années 1960 et pendant les années 1970.

30 Décisions antérieures à *Erie*: *Missouri c. Illinois*, 180 U.S. 208, 241–243, 21 S.Ct. 331, 45 L.Ed. 497 (1901), *New Jersey c. City of New York*, 283 U.S. 473, 477, 481–483, 51 S.Ct. 519, 75 L.Ed. 1176 (1931); *Georgia c. Tennessee Copper Co.*, 240 U.S. 650, 36 S.Ct. 465, 60 L.Ed. 846 (1916). Décisions postérieures à *Erie*: *Texas c. Pankey*, 441 F.2d 236 (10th Cir. 1971), *Illinois c. Milwaukee*, 406 U.S. 91, 93, 92 S.Ct. 1385, 31 L.Ed.2d 712, (1972) (*Milwaukee I*) et *Milwaukee c. Illinois*, 451 U.S. 304, 316–319, 101 S.Ct. 1784, 68 L.Ed.2d 114 (1981).

31 E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », in *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, vol. 294, 2002, p. 130, note 136.

32 « *Where the basic scheme of the Constitution so demands.* »

C. La *common law* fédérale spéciale et la lutte contre le changement climatique

Le Connecticut et autres plaignants de l'affaire *AEP* soutenaient qu'étant donné les graves conséquences attachées au changement climatique et la lourde part contributive des cinq entreprises défenderesses³³, leur litige s'inscrivait dans la ligne jurisprudentielle tracée par les affaires de pollution transfrontière, et qu'en conséquence, ils étaient en droit d'invoquer l'application du *tort* de nuisance publique. L'argument tiré de la menace pour l'intégrité du système de gouvernement et la paix intérieure causée par le changement climatique pouvait, dans un contexte d'inaction de l'État fédéral, présenter une certaine force de conviction. Mais pour la Cour, « Il est de la responsabilité première du Congrès, et non pas des juges fédéraux, d'élaborer une politique nationale dans un domaine présentant un intérêt fédéral particulier »³⁴. Faisant le choix d'une politique juridique sanctifiant le rôle du Congrès au détriment des juges, la Cour concentre le débat autour de l'intervention du législateur, fût-elle hypothétique, et des risques d'atteinte à la séparation des pouvoirs qu'engendrerait l'action des juges.

Selon la juge Ginsburg, « Dire qu'un sujet soulève un enjeu de droit fédéral ne signifie pas forcément qu'il appartient aux juridictions de cet ordre de créer le droit applicable. À moins que les demandeurs ne démontrent la nécessité de puiser dans le droit fédéral la règle décisionnelle pour trancher le litige au fond (*federal rule of decision*), la Cour adopte la position prudente que cette règle fédérale décisionnelle est issue du droit étatique, et ce, jusqu'à ce que le Congrès prenne, le cas échéant, une position contraire »³⁵. Et la juge de poursuivre : « lorsque le droit étatique n'est pas adapté, comme c'est le cas en l'espèce, la Cour demeure consciente de ce qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir créateur de droit semblable à celui du Congrès »³⁶. Par un raisonnement en deux temps, la Cour relègue la *common law* fédérale au rang de source d'exception derrière le droit des États, et le cas échéant, devant se déployer *a minima...* ou ne pas être de tout.

1. Le principe contestable du recours au droit étatique comme règle de fond

La Cour s'appuie d'abord sur la différence entre règle de compétence juridictionnelle et règle de fond pour affirmer que le droit fédéral, au regard duquel le litige présente un enjeu et qui fonde la compétence des juridictions fédérales au sens de l'article III section 2 clause 1 de la Constitution (*subject-matter jurisdiction*), n'est pas synonyme du droit fédéral décisionnel régissant le fond du litige au sens de la section 34 du *Judiciary Act* (*rule of decision*). Sur cette base, elle pose le principe

33 Selon les plaignants, les émissions annuelles cumulées des défendeurs représentent 25% de celles produites par l'ensemble des acteurs du réseau d'électricité domestique, 10% des émissions produites par les activités humaines tout secteur confondu à l'échelle nationale, et 2,5% des émissions d'origine anthropique à l'échelle planétaire.

34 « [f] or it is primarily the office of Congress, not the federal courts, to prescribe national policy in areas of special federal interest », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.

35 « Recognition that a subject is meet for federal law governance, however, does not necessarily mean that federal courts should create the controlling law. Absent a demonstrated need for a federal rule of decision, the Court has taken "the prudent course" of "adopt [ing] the readymade body of state law as the federal rule of decision until Congress strikes a different accommodation" ». *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2536.

36 « And where, as here, borrowing the law of a particular State would be inappropriate, the Court remains mindful that it does not have creative power akin to that vested in Congress », *Id.*

selon lequel, sauf utilité démontrée d'une *common law* fédérale, le droit étatique est présumé régir la solution du litige jusqu'à l'intervention du législateur. Si la distinction entre règles de compétence et règles de fond est classique et doit être approuvée, soumettre la *common law* fédérale à l'épreuve de la démonstration de son utilité en tant que règle de fond interroge. En effet, à partir du moment où le litige présente des enjeux de droit fédéral et où le Congrès n'est pas intervenu, pourquoi recourir au droit matériel étatique ? N'est-il pas plus cohérent de laisser les instances fédérales – Congrès, agences administratives et tribunaux fédéraux – en charge des questions d'intérêt national ? En agissant ainsi, la Cour semble étendre la solution de la jurisprudence *Erie* en matière de diversité de citoyenneté aux cas où la compétence des juridictions fédérales est fondée sur une question de droit fédéral. Cette faveur au droit étatique n'est toutefois que relative puisqu'à son tour, celui-ci doit s'effacer devant le Congrès s'il se révèle inadapté pour traiter le problème juridique soulevé.

2. Une *common law* fédérale résiduelle et a minima

La Cour envisage ensuite l'éventualité d'un droit étatique inadéquat dont elle affirme, sans le justifier, que le cas d'espèce relève. En pareille circonstance, la Cour formule une mise en garde. Sans indication complémentaire sur la marche à suivre, elle se contente d'indiquer que le pouvoir du juge de créer des normes n'est pas analogue à celui du législateur. La Cour ne ferme ainsi pas la porte à la *common law* fédérale mais l'assujettit à la condition que le juge agisse avec retenue. Cependant, cette exigence de modération paraît *a priori* incompatible avec le pouvoir créateur du juge de *common law* qu'Elizabeth Zoller décrivait comme la propension à « extrapoler à partir de concepts aussi vagues que “liberté” ou “propriété” des règles forgées au gré des affaires [...] pour nourrir les principes généraux d'un droit privé transcendantal »³⁷. Deux raisons peuvent néanmoins expliquer cette mise en garde. D'une part, la Cour anticipe sa conclusion que le champ législatif est occupé par le Congrès. De là, soit le pouvoir du juge fédéral rivalise frontalement avec celui du Congrès ce qui le conduit à être « neutralisé » ou « déplacé »³⁸, soit le pouvoir du juge fédéral ne fait qu'accompagner celui du Congrès pour lui donner un supplément d'efficacité, et dans ce cas il est autorisé à subsister. D'autre part, et dans le prolongement, rappeler au juge qu'il n'est pas un législateur prend tout son sens eu égard au type de réparations demandé par les plaignants dans l'arrêt *AEP*, mais aussi dans ceux cités par la Cour en matière de pollution transfrontière. En effet, dans toutes ces affaires, les victimes requièrent du juge qu'il recoure à son pouvoir de façonner des remèdes en équité (*injunctive relief*), remèdes consistant à enjoindre les parties défenderesses à diminuer ou cesser leurs nuisances. Pour rappel, dans l'affaire *AEP*, les plaignants demandent plus spécifiquement au juge qu'il fixe par ordonnance un plan de réduction des émissions pour chacune des cinq entreprises défenderesses. Or, dès lors qu'il s'agit de prescrire à titre individuel des mesures pour réguler un comportement ou une activité, la ressemblance avec l'activité normative du législateur s'intensifie. Le risque de télescopage augmente encore si l'objet de l'intervention de chacun est le même. D'où l'importance de minutieusement confronter le domaine exact couvert par la loi à l'objet du remède judiciaire recherché. C'est

37 E. ZOLLER, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour Suprême », *op. cit.*, p. 246.

38 V. nos développements en *infra* sur la théorie du *displacement*.

pourquoi, à l'issue de ce premier temps de la décision, la Cour conclut : « savoir si, en l'absence de loi fédérale, les plaignants peuvent ou non maintenir leur recours basé sur la *common law* fédérale pour obtenir une injonction judiciaire de réduction des émissions de CO₂, demeure une question purement académique »³⁹. Car la Cour sait bien que conformément à ce qu'elle a décidé dans l'arrêt *Massachusetts*, une loi fédérale est bien présente en l'espèce. Reste désormais à examiner l'étendue précise de l'intervention du Congrès et de l'EPA en matière de réduction des émissions de CO₂. C'est l'analyse au cœur de la théorie du *displacement*.

II. Le juge fédéral de *common law* enserré dans la théorie du *displacement*

L'application faite par la Cour d'appel du 2nd circuit de la théorie du *displacement* dans son arrêt de 2009 constitue le motif central de la censure de la Cour Suprême. Dire que le pouvoir des juges de statuer conformément à la *common law* fédérale a été « déplacé » ou « neutralisé » (*displaced*) est un moyen de défense qui, s'il est accueilli, met prématurément un terme au litige. Dans le cas contraire, l'action se poursuit au fond, et c'est alors que sont discutés les éléments constitutifs, causes d'exonération et modes de réparation du *tort* allégué. En faisant droit à la demande des entreprises défenderesses, la Cour manque l'opportunité d'éprouver l'efficacité du *tort* de nuisance publique en tant que moyen de lutte contre le changement climatique, mais elle apporte à la théorie du *displacement* des éclaircissements bienvenus. Essentiellement fondée sur les affaires *Milwaukee I* et *II* de 1972 et 1981, la jurisprudence de la Cour sur le *displacement* repose sur des arrêts anciens. Or, si la notion générale de *displacement* est aisée à saisir – elle renvoie à la situation où « une loi fédérale régit une question antérieurement gouvernée par la *common law* fédérale »⁴⁰ – tout comme les conséquences qu'emporte l'intervention de ladite loi – « faire disparaître le besoin de recourir à cet exercice singulier de création de normes par un juge fédéral »⁴¹ – l'objet du contrôle exercé par la Cour et conduisant à la neutralisation est, quant à lui, demeuré incertain. Dans *AEP*, la Cour tranche en faveur d'un contrôle facilitant la neutralisation du pouvoir judiciaire et donc favorisant l'éviction de la *common law* fédérale (A). Par ailleurs, en étendant l'examen de la neutralisation, au-delà de l'intervention du Congrès, à celle de l'EPA, elle érige l'agence en premier décideur de la politique nationale de contrôle des émissions de CO₂. Il en découle un affaiblissement du juge fédéral de *common law* créateur de droit, au profit du juge de l'administration aux pouvoirs moins étendus (B).

39 « For it is an academic question whether, in the absence of the Clean Air Act and the EPA actions the Act authorizes, the plaintiffs could state a federal common law claim for curtailment of greenhouse gas emissions because of their contribution to global warming », *AEP*, 131 S. Ct. *op. cit.*, p. 2537.

40 « A federal statutory law governs a question previously the subject of federal common law », *v. Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S. p. 316, que la Cour distingue de l'analyse relevant de la théorie de la *federal preemption*.

41 « [...] the need for such an unusual exercise of law-making by federal courts disappears », *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S. p. 314.

A. La neutralisation du pouvoir judiciaire fondée sur l'objet direct (*speak directly*)

1. La pluralité de contrôles possibles et leurs incidences sur l'éviction de la *common law* fédérale

L'objet du contrôle de la neutralisation (*displacement test*) peut osciller entre plusieurs formulations possibles. Selon la terminologie retenue, la Cour sera conduite à conclure plus ou moins facilement à l'éviction de la *common law* au profit de la règle légiférée. Les arrêts *Milwaukee I* et *II* font état d'une variété de rhétoriques, ce qui modifie à chaque fois l'objet et donc l'intensité du contrôle. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Milwaukee I*, la Cour évoque comme possible objet celui portant sur la demande des plaignants en énonçant que la règle de *common law* fédérale n'est pas neutralisée « si la réparation recherchée n'est pas précisément prévue par le Congrès ou l'EPA »⁴². Mais il se peut aussi que la Cour porte son examen sur l'exhaustivité de la loi ou de la stratégie réglementaire mise en place, sous un angle qualitatif. Dans cette hypothèse, la neutralisation ne saurait se produire à moins que les actions législatives et réglementaires « se suffisent à elles-mêmes », c'est-à-dire « que leur complétude est telle qu'il ne reste aucune place au juge pour qu'il puisse apporter des améliorations »⁴³. Dans le même ordre d'idées, si « le problème [...] a été pleinement et dûment traité par le programme administratif mis en place »⁴⁴, alors il ne reste à la *common law* fédérale aucun « interstice à combler »⁴⁵, et la loi pourra valablement l'évincer. Dans une autre version, le contrôle effectué par la Cour peut porter sur le respect de la finalité de la loi, et plus précisément sur le risque que cette finalité ne se trouve entravée par l'action du juge. Sous cet angle, « le juge ne saurait compléter la solution législative au point de vider la loi de son sens »⁴⁶. En dernier lieu, et en s'éloignant de la rhétorique du contrôle proprement dite, il se peut que l'examen de la Cour se porte sur l'exigence d'une intention clairement exprimée par le législateur de neutraliser le pouvoir judiciaire. Dans ce cas, si une telle volonté explicite fait défaut, la *common law* fédérale ne pourra être évincée⁴⁷. De ces diverses formulations, s'évince un contrôle tendant à présumer la *common law* fédérale établie, à moins qu'elle ne gêne ou n'obère l'action législative ou réglementaire, ou à moins que son éviction n'ait été expressément voulue. Mais inversement, d'autres formulations conduisent à une présomption inverse. Ainsi par exemple, la neutralisation du pouvoir judiciaire sera facilitée si, de par sa formulation, l'objet du contrôle consiste à examiner si « le champ est occupé, peu importe la manière dont il l'est »⁴⁸. Contrairement à l'hypothèse envisagée plus haut visant l'exhaustivité de

42 « The remedy sought [...] is not within the precise scope of remedies prescribed by Congress », *Milwaukee I*, *op. cit.*, 406 U.S. p. 103.

43 « The establishment of such a self-consciously comprehensive program strongly suggests that there is no room for courts to attempt to improve on that program with federal common law », *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S. p. 319.

44 « The problem [...] has been thoroughly addressed through the administrative scheme established by Congress », *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S., p. 320.

45 « There is no "interstice" here to be filled by federal common law », *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S., p. 323.

46 « [T]he courts are not free to "supplement" Congress' answer so thoroughly that the Act becomes meaningless », *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S., p. 315.

47 « Where the possible extinction of federal common law is at issue, a [...] court is obligated to look [...] to the evidence of specific congressional intent », *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S., p. 339 (Blackmun, diss.)

48 « The question is whether the field has been occupied, not whether it has been occupied in a particular manner », *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S., p. 324.

la loi et la place restante laissée au juge pour la perfectionner, ici le contrôle de la loi ne comporte aucune dimension qualitative. N'importe quelle mesure, même mal conçue et dont on pourrait assurément anticiper l'échec, suffirait à évincer l'application de la *common law* dès lors qu'elle a trait au même sujet que celui sur lequel porte le litige. Dans une version analogue, la *common law* fédérale est présumée devoir s'effacer « dès que la question est “directement abordée” [speak directly] par le dispositif législatif, et que le problème fait l'objet de “l'intervention” du Congrès »⁴⁹.

Au final, il ressort de ces diverses formulations une tension inhérente à la théorie du *displacement*. Cette tension tient aux présomptions conflictuelles qu'elle n'a jamais officiellement tranchées. En effet, d'un côté, l'attachement à la *common law* en tant que *corpus* de règles secrétées au fil du temps, fruit de l'accumulation progressive de raisonnements juridiques prudents et aux contours méticuleusement délimités par chaque précédent, conduit à envisager la neutralisation dans les seules hypothèses où le Congrès l'aurait explicitement indiquée. De l'autre, l'attachement au respect des institutions et à leurs attributions respectives conduit à favoriser la neutralisation dès que le Congrès ou les agences proposent une solution.

S'il est évident que la lutte contre le changement climatique commande de placer le Congrès, en tant qu'institution démocratiquement élue et politiquement responsable, au centre du contrôle, il est tout autant manifeste que l'immensité et la complexité que pose le défi climatique appellent une action concertée entre les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et non pas à l'abdication de l'un au profit des deux autres...

Ce n'est, toutefois, pas le choix retenu par la Cour dans l'arrêt *AEP* puisque parmi tous les contrôles possibles, elle reprend celui dégagé dans l'arrêt *Milwaukee II*. En effet, la neutralisation opère dès lors que la loi a pour objet direct la question soulevée par le litige (*speak directly*). C'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

2. La réduction des émissions de CO₂ “directement abordée” par la loi sur la protection de l'air et son dispositif réglementaire

Sans ambages, la Cour Suprême confirme puis précise en l'appliquant au cas d'espèce, le critère de contrôle régissant la théorie du *displacement*. « Pour dire si la loi du Congrès évince la règle de *common law* fédérale, il faut simplement se demander si ladite loi “aborde directement la question” enjeu du litige »⁵⁰. Sur cette base, elle entreprend une analyse des principales dispositions de la loi sur l'air, comprenant les dispositifs de mise en œuvre et de contrôle de l'exécution prévus par le texte, suivis des recours juridictionnels disponibles⁵¹. De manière liminaire, elle rappelle la solution de l'arrêt *Massachusetts* qualifiant les GES de « polluants aériens » au sens de la loi sur l'air. Consciente

49 « [We are to conclude that federal common law has been preempted as to] every question to which the legislative scheme “spoke directly,” and every problem that Congress has “addressed”», *United States v. Oswego Barge Corp.*, 664 F.2d 327, 336 (2d Cir. 1981) § 15. V. également, *Milwaukee II*, *op. cit.* 451 U.S., p. 315.

50 « The test for whether congressional legislation excludes the declaration of federal common law is simply whether the statute “speak[s] directly to [the] question” at issue », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.

51 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537-2538.

de ce que ledit arrêt ne portait que sur les sources mobiles d'émissions, elle ajoute « qu'il est pareillement manifeste que la loi sur l'air aborde aussi directement les émissions de CO₂ issues des installations à charbon des entreprises défenderesses »⁵². Ainsi, précise-t-elle que ces émissions relèvent des « sources fixes » (*stationary sources*), catégorie visée à l'article 7411 (b) (1) de la loi et englobant à la fois les sources fixes nouvelles, modifiées et existantes. En procédant par analogie avec les autres polluants aériens déjà réglementés (ozone, dioxyde d'azote, particules, etc.), la Cour propose une description de l'architecture de la loi. Pour les émissions issues de sources existantes, quelle que soit leur nature, la Cour présente le rôle joué par l'agence consistant à établir des recommandations (*guidelines*) sur la base desquelles les États fédérés adoptent des normes limites de performance sur leur territoire respectif. La Cour souligne ensuite la variété de moyens de contrôle instaurés par la loi, et rappelle que c'est à l'EPA qu'il appartient, en dernier lieu, de surveiller et inspecter les installations soumises à la réglementation, et au besoin, de prononcer des sanctions administratives et civiles. Prolongeant cette description, la Cour envisage enfin le risque d'inaction de l'agence. Mais elle l'écarte aussitôt en rappelant que, d'une part, conformément à la jurisprudence *Massachusetts*, le refus d'agir est soumis au contrôle du juge, et d'autre part, qu'un accord transactionnel ayant été conclu entre l'agence et certains des plaignants d'*AEP* dans le cadre d'une requête qu'ils avaient introduite aux fins de réglementation (*petition for rulemaking*), l'EPA a pris l'engagement d'achever l'édiction des normes limites litigieuses au plus tard en mai 2012. La Cour y voyant le même type de réparation que celui demandé par les plaignants dans l'affaire *AEP*, elle conclut : « Il n'y a pas de place pour une voie parallèle »⁵³.

Au final, il est vrai que « du berceau à la tombe », c'est-à-dire de l'édiction de normes limites à leur mise en œuvre, et du contrôle de l'exécution conforme aux possibilités de sanctions, la loi a pour objet direct les émissions de CO₂. Cependant, à bien y regarder, la loi couvre non pas la *réduction* de ces émissions, question au cœur du litige, mais leur *contrôle*. Autrement dit, elles seront désormais réglementées, mais rien ne garantit que cette réglementation empruntera la trajectoire de baisse présentée par les plaignants comme une nécessité pour répondre à l'enjeu national du changement climatique. Mais la Cour ne se soucie pas de ce détail puisqu'elle conçoit l'examen du *speaks directly* comme dépourvu d'analyse qualitative basée sur l'efficacité. Seule compte, en effet, la délégation confiée par le Congrès à l'EPA.

B. La neutralisation fondée sur la seule délégation à l'EPA

1. L'indifférence aux mesures effectivement prises au titre de la loi

Dans son arrêt rendu en septembre 2009, la Cour d'appel justifiait son refus de neutraliser le pouvoir des juridictions fédérales et d'évincer la *common law* par une lecture de l'objet direct (*speaks directly*) prenant en compte les mesures d'application effectivement prises au titre de la loi. En effet,

⁵² « And we think it equally plain that the Act "speaks directly" to emissions of carbon dioxide from the defendants' plants », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2537.

⁵³ « We see no room for a parallel track », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2538.

pour les juges d'appel, dès lors qu'au jour du jugement l'EPA n'avait pas encore agi, il leur était impossible de dire si la réduction des émissions de CO₂ était « directement abordée » par la loi et son dispositif réglementaire⁵⁴. Autrement dit, ils estimaient que jusqu'à ce que l'agence intervienne effectivement, la *common law* fédérale n'était pas neutralisée. Mais la Cour Suprême censura cette lecture. Reprenant la formule de l'arrêt *Milwaukee II*, elle apporta une précision au critère de contrôle fondé sur « l'objet direct » en affirmant que « la question pertinente à se poser dans l'analyse de la neutralisation est celle de savoir si “le champ est occupé, peu importe la manière dont il l'est” »⁵⁵. Or, pour la Cour, ce champ est occupé dès l'instant où le CO₂ est qualifié de polluant aérien, même si en pratique, que ce soit en dessous des seuils qu'établira l'EPA ou jusqu'à ce que l'EPA en établisse, chacun peut continuer à émettre du CO₂. D'ailleurs, « n'en émettons-nous pas en respirant ? »⁵⁶. Alors certes, le champ semble en l'état inoccupé, ce qui n'était pas le cas de l'arrêt *Milwaukee II* puisque le Congrès avait dès l'origine posé un principe d'interdiction des rejets aquatiques, mais la Cour rappelle que celui-ci demeure maître de ses stratégies de mises en œuvre réglementaires, même s'il s'agit de privilégier des régimes plus permissifs. Au final, ce qui opère la neutralisation, ce n'est pas le moment ou le seuil d'intervention effective de l'EPA, et encore moins le caractère adéquat du programme réglementaire au regard de l'enjeu du litige. Ce qui opère la neutralisation du pouvoir judiciaire, c'est – comme l'énonce la Cour – « la délégation faite par le Congrès à l'EPA de décider tant de l'opportunité que de la manière de réglementer les émissions de CO₂ des installations de production d'électricité »⁵⁷.

2. L'agence, premier décideur en raison de son expertise

Dès lors que la loi aborde directement la question de la réduction des émissions de CO₂ issues de sources fixes existantes (*speak directly*), et qu'il importe peu que l'EPA ait ou non encore agi puisque seule compte la volonté du Congrès de transmettre des attributions à l'agence, la Cour s'emploie à justifier cette délégation. En se fondant sur les dispositions de la loi sur la protection de l'air, mais aussi sur les réglementations déjà adoptées par l'agence dans le contexte des autres polluants aériens, elle déduit un schéma décisionnel au sein duquel l'EPA est le premier décideur, et le juge fédéral le second, pour autant qu'il n'agisse pas en tant que juridiction de *common law*.

La Cour justifie sa lecture de l'ordre décisionnel prescrit par le Congrès par l'expertise que seule possède l'agence et que requiert l'établissement d'un programme de contrôle des polluants aériens⁵⁸. Comme le rappelle la juge Ginsburg en citant les dispositions législatives et réglementaires les plus pertinentes pour son propos, « la loi confie à l'EPA la responsabilité première [...] de réaliser les arbitrages complexes »⁵⁹ que nécessite la conciliation entre les besoins nationaux en énergie, les

54 *Connecticut, op. cit.*, 582 F.3d, p. 379-381.

55 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2538.

56 « *After all, we each emit carbon dioxide merely by breathing* », écrit la Cour non sans un brin d'ironie. *Id.*

57 « *The critical point is that Congress delegated to EPA the decision whether and how to regulate carbon-dioxide emissions from power plants; the delegation is what displaces federal common law.* », *Id.*

58 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2539.

59 « *The Clean Air Act entrusts such complex balancing to EPA in the first instance, in combination with state regulators* », *Id.*

avantages environnementaux et les coûts économiques, etc. Plus spécifiquement, l'EPA doit intégrer les coûts dans ses décisions, aussi bien au moment de l'édiction des normes de performance que lorsqu'elle autorise les États à déroger à ces normes si leur respect se révèle trop onéreux. Alors certes, la demande d'injonction des plaignants d'*AEP* invite le juge à établir un niveau de réduction des émissions de CO₂ des entreprises défenderesses qui soit « pratique, faisable et économiquement viable »⁶⁰, mais ce dernier est loin de disposer du même degré de connaissances scientifiques, technologiques, politiques ou économiques que l'EPA⁶¹.

3. *Le problème des émissions de CO₂ sous le seul contrôle du juge fédéral «juge de l'administration»*

Si la Cour relève que le Congrès a fait de l'EPA le premier décideur de la stratégie nationale de contrôle des émissions de CO₂, elle n'entend pas que l'agence puisse exercer sa mission en dehors de tout contrôle⁶². C'est pourquoi, elle s'empresse d'indiquer que dans le schéma décisionnel voulu par le Congrès, les juges fédéraux occupent la seconde place⁶³. Cependant, en contrepoids du rôle dominant dévolu à l'EPA, elle limite leur intervention au strict contrôle de l'action (et de l'inaction) de l'administration. Or, ce contrôle sera minimum dès lors qu'aux États-Unis, le juge de l'administration doit faire preuve de déférence vis-à-vis des agences⁶⁴ et qu'il ne peut que sanctionner l'exercice « arbitraire, fantasque, abusif ou plus généralement contraire à la loi »⁶⁵. Si la Cour érige le juge fédéral en tant que juge administratif au rang de second décideur, elle s'oppose vigoureusement à ce que le juge fédéral en tant que juge de *common law* statuant en équité puisse avoir un quelconque rôle à jouer. Pour étayer ce rejet, elle énonce, les unes après les autres, ses nombreuses défaillances⁶⁶. Manque de ressources techniques, scientifiques et financières pour se saisir d'enjeux complexes, impossibilité de requérir des études scientifiques, de convoquer des groupes d'experts, de recueillir l'avis éclairé du public lors des procédures de concertation et d'enquête publique ou encore les conseils des autorités étatiques sur le territoire desquelles sont implantées les installations litigieuses. Contrairement à l'EPA qui dispose de foule d'informations, le juge de *common law* statuant en équité ne peut établir de normes qu'à partir des seuls éléments de preuve que lui fournissent les parties au litige. A ses connaissances techniques et scientifiques limitées, s'ajoute le problème d'une intervention judiciaire nécessairement ponctuelle, *ad hoc* et dictée par les faits de l'espèce. Mais surtout, la solution judiciaire qui serait arrêtée ne vaudrait qu'*inter partes* puisque la règle du précédent obligatoire (*stare decisis*) ne s'applique pas aux tribunaux de première instance, et qu'en outre, cette solution serait privée des bénéfices de la collégialité puisque lesdits tribunaux siègent à juge unique. Étant donné les dizaines, voire centaines et peut-être même milliers de recours

60 « *Practical, feasible and economically viable* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2540.

61 V. nos développements ci-dessous.

62 « *EPA's judgment [...] would not escape judicial review* », *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2539.

63 « *The first decider under the Act is the expert administrative agency, the second, federal judges* », *Id.*

64 Et ce en application de la jurisprudence *Chevron*. V. notre analyse dans cet ouvrage sous l'arrêt *Massachusetts c. EPA*.

65 « *Arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law* » : section 706 (A) (2) de la loi Administrative Procedure Act, et § 7607 (d) (9) (A) de la loi sur la protection de l'air. Cité dans *Id.*

66 *AEP*, 131 S. Ct, *op. cit.*, p. 2539-2540.

similaires qui pourraient être introduits et les risques d'un patchwork de solutions particulières, la Cour conclut que le jugement auquel aspirent les plaignants est incompatible avec le schéma décisionnel voulu par le législateur, ce dont il découle l'infirmité de l'arrêt d'appel et la neutralisation consécutive du *tort* de nuisance publique basé sur la *common law* fédérale.

Étant donné la communion de destins entre les affaires *Massachusetts* et *AEP*, la censure de l'arrêt d'appel par la Cour Suprême était largement attendue. En jugeant en 2007 que les GES étaient des « polluants aériens » relevant de la compétence de l'EPA et que son refus d'agir était soumis au contrôle du juge fédéral, la Cour Suprême posait les jalons de son arrêt de 2011, lequel ferait respectivement de l'agence et du juge les premier et second décideurs de la stratégie nationale de contrôle des émissions de CO₂. Or, comme avec les émissions issues des véhicules automobiles, confier l'édiction de normes limites à l'EPA allait fragiliser l'exercice. En effet, suite à la promulgation en août 2015 de l'ambitieux *Clean Power Plan*, sous l'Administration Obama, applicable à toutes les installations de production d'électricité du pays, soit 29 % des émissions totales de CO₂, mais aussi suite à la pluie de contestations judiciaires que ce plan essuya et qui conduisit la Cour Suprême en 2016 à suspendre son exécution, le Président D. Trump – à peine investi – s'attela dès 2017 à détricoter l'œuvre de son prédécesseur. En juin 2019, le *Clean Power Plan*, jamais entré en vigueur, fut officiellement abrogé et remplacé par le nouveau programme de l'EPA dénommé *Affordable Clean Energy rule* dont de nombreux spécialistes déplorent le manque cruel d'ambition⁶⁷.

Près de dix ans après l'arrêt *AEP c. Connecticut*, le constat est cinglant. La stratégie de contrôle des émissions de CO₂ issues des sources fixes existantes, et notamment des centrales à charbon, est pour l'essentiel au point mort. Les craintes de laisser aux mains des seules instances politiques un sujet aussi sensible se sont avérées fondées. Mais elles sont d'autant plus grandes qu'en contentieux administratif américain, la plupart des recours juridictionnels contre les actes réglementaires des agences fédérales sont portés en premier ressort devant la seule Cour d'Appel des États-Unis pour le District de Columbia (D.C. Circuit)⁶⁸, laquelle a vu sa composition récemment modifiée par deux nominations du Président républicain⁶⁹. Et si ses décisions sont susceptibles d'appel devant la Cour Suprême, encore faut-il qu'elles passent le redoutable filtre du *writ of certiorari*⁷⁰ délivré à moins de 3 % des demandes....

67 V. par exemple, J. WENTZ, « 6 Important Points About the Affordable Clean Energy Rule », du Sabin Center for Climate Change Law, août 2018, disponible à l'adresse <https://blogs.ei.columbia.edu/2018/08/22/affordable-clean-energy-rule/>.

68 V. généralement, E. M. FRASER, *et. al.*, « *The Jurisdiction of the D.C. Circuit* », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, n° 1, 2013, p. 131.

69 Gregory G. Katsas en 2017 et Neomi J. Rao en 2019.

70 Le *writ of certiorari* peut se traduire par « ordonnance d'envoi de l'affaire pour examen ». Il s'agit du document qui oblige la cour inférieure (fédérale ou d'État) à envoyer à la Cour Suprême fédérale l'intégralité du dossier pour qu'elle puisse rejurer l'affaire aux fins de rendre le droit plus « certain » (*certiorari*). Délivré au bon vouloir de la Cour en tant que juridiction d'appel, il caractérise son pouvoir discrétionnaire de juger. V. généralement, E. ZOLLER, « États-Unis. Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour Suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 163-175, 166-167.

Mais en jugeant que la loi sur la protection de l'air et la délégation de pouvoir reconnue à l'EPA neutralisent la *common law* fédérale, la Cour Suprême a-t-elle pour autant complètement fermé la porte à la responsabilité délictuelle ? Certaines affaires actuellement en cours devant des tribunaux fédéraux révèlent que les plaignants continuent d'invoquer la *common law* fédérale en modifiant légèrement leurs arguments et leurs prétentions sur la base à la fois d'une lecture étroite de la solution de l'arrêt *AEP* et d'une exploitation de ses non-dits. Premièrement, dans une affaire opposant plusieurs villes californiennes à cinq des plus grandes sociétés commerciales exploitantes d'hydrocarbures, les collectivités demanderesses ont tenté de déjouer la jurisprudence *AEP* en en restreignant la portée⁷¹. Elles arguaient que l'éviction du *tort* de nuisance publique par la loi sur la protection de l'air ne pouvait trouver à s'appliquer en l'espèce, et ce pour deux raisons. D'une part, contrairement aux producteurs d'électricité de l'arrêt *AEP* dont les émissions de CO₂ étaient directement abordées par ladite loi, ce qui était reproché aux pétroliers n'était pas leurs émissions, mais leurs activités d'extraction et de commercialisation d'hydrocarbures, lesquelles ne sont pas couvertes par la loi sur la protection de l'air. D'autre part, les émissions de CO₂ produites à l'étranger, mais contribuant aux dommages localement causés aux plaignants, sont issues de la combustion d'hydrocarbures commercialisés par les entreprises défenderesses sur les marchés internationaux, et donc ne sont pas couvertes par le champ de la loi sur la protection de l'air qui ne s'applique que sur le territoire américain. Par ailleurs, et toujours dans cette espèce, les collectivités n'entendaient pas obtenir du juge des mesures individuelles de réduction prises conformément à son pouvoir de rendre la justice en équité, mais demandaient aux entreprises défenderesses qu'elles prennent part aux coûts qu'elles-mêmes doivent engager pour adapter les infrastructures publiques à l'inéluctable montée des eaux. Ces arguments ne furent pas accueillis par le juge de première instance, mais l'affaire suit actuellement son cours devant les juridictions d'appel. Deuxièmement, à côté de la stratégie visant à donner à la jurisprudence *AEP* une portée la plus étroite possible, d'autres plaignants s'attèlent à exploiter les non-dits de l'arrêt. Parmi ces derniers, figure la voie de la responsabilité délictuelle fondée sur le droit étatique et que la Cour Suprême a expressément laissée entrouverte. Sur le fond, qu'il soit issu de la *common law* fédérale ou de la *common law* étatique, le *tort* de nuisance publique est régi par les mêmes règles jurisprudentielles codifiées aux articles 822 et suivants de la deuxième édition du *Restatement of Torts*. Cependant, pour prospérer, les recours fondés en droit étatique sur le *tort* de nuisance publique devront surmonter l'obstacle, non plus de la neutralisation par la loi fédérale (*displacement*), mais de la préemption par la loi fédérale. Enjeu non pas de séparation des pouvoirs, mais de fédéralisme, la théorie de la préemption ne répond pas aux mêmes conditions que celle de la neutralisation⁷². Par ailleurs, les plaignants devront également parvenir à maintenir leurs recours devant les tribunaux étatiques, et donc faire échec aux stratégies de renvois des entreprises défenderesses devant les juridictions fédérales. Mais comment y parvenir dès lors que le changement climatique est un mal national, soulevant des questions de droit fédéral, critère de compétence des juridictions

71 V. *City of Oakland and People of the State of California c. BP p. l. c., et. al.* No. 3: 17-cv-06011, (N.D. Cal. June 25th, 2018) et *City of New York c. BP P.L.C. et al.* No. 1: 18-cv-00182, (S.D. N.Y., July 19th 2018). (V. commentaire dans l'ouvrage de L. CANALI)

72 « *Legislative displacement of federal common law does not require the "same sort of evidence of a clear and manifest [congressional] purpose" demanded for preemption of state law* », *AEP*, 131 S. Ct., *op. cit.*, p. 2537.

fédérales posé à l'article III section 2 clause 1 ? On le voit, le chemin de la justice climatique dans son versant contentieux contre les entreprises est encore long. Il l'est d'autant plus qu'aucune discussion sur le fond du droit de la responsabilité n'a encore été menée. D'ores et déjà, réunir les conditions classiques liées à la faute, au lien de causalité et au préjudice semble incertain. Comme s'interrogeait un auteur américain en 2011, au lieu de se demander ce que le droit de la responsabilité peut apporter à la lutte contre le changement climatique, peut-être faut-il mieux se demander ce que le changement climatique peut apporter au droit de la responsabilité⁷³ ? Alors qu'à la première question, l'auteur répond « pas grand-chose », à la seconde, le constat fuse « beaucoup » !

73 D. A. KYSAR, « What climate change can do about tort law », *Environmental Law*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 1.