



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Discussion
Citation	新世代法政策学研究, 5, 117-150
Issue Date	2010-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43725
Type	other
File Information	5_117-150.pdf



Discussion

Katsumi Yoshida : Je tiens à remercier Monsieur le professeur N. Segawa et, comme vous l'avez dit à la fin de votre intervention, il est possible que la distinction entre responsabilité civile et la responsabilité pénale soit caractéristique du droit japonais, de même que l'absence de réparation en nature qui le distingue aussi clairement du droit français.

Géraldine Goffaux-Callebaut : Je souhaiterais revenir sur certains points de l'intervention de M. N. Segawa afin d'apporter quelques précisions sur le droit français. Lorsque j'ai commencé mon travail, j'ai décidé de limiter mon propos en m'en tenant à une conception étroite du droit de la concurrence qui est une vision centrée sur le marché. Je ne disposais à ce moment que des seuls éléments contenus dans le programme de l'Université d'Hokkaido. Lorsque j'ai reçu, il y a une semaine, l'article que M. Kanayama qu'il a consacré à la concurrence déloyale et qu'il m'a très gentiment transmis, j'ai pu constater qu'il y avait beaucoup de rapprochements à faire entre le droit japonais et le droit français bien qu'il existe parfois certaines différences entre les fondements des solutions retenues dans les deux pays. Il était néanmoins très intéressant de constater cela car ces rapprochements ne peuvent généralement pas être faits avec d'autres droits censés être plus proches du nôtre, du moins géographiquement. Je croyais que l'approche de la concurrence déloyale était quelque chose de typiquement français, maintenant je dirais qu'il s'agit de solutions typiquement françaises et japonaises. Il existe cependant de petites différences entre ces deux droits si l'on remarque que le droit français construit son droit de la concurrence sur le fondement de l'article 1382 du Code civil – c'est-à-dire l'équivalent de l'article 709 du MINPO –, alors qu'il fait

l'objet d'une loi spécifique au Japon. Par ailleurs, le droit français comporte plusieurs lois relatives aux rapports entre les professionnels et, plus spécifiquement, entre les distributeurs et les fournisseurs. Si notre droit de la sous-traitance n'est généralement pas perçu comme une branche du droit de la concurrence, il existe en revanche un droit de la distribution, ou de la concurrence au sens large, qui comporte de nombreuses dispositions ayant pour but d'enrayer des pratiques des professionnels que l'on pourrait qualifier d'immorales. Je ne sais pas si le mouvement est identique en droit japonais, mais on a l'impression, lorsque l'on observe l'actualité du droit français, que le législateur n'arrive pas à donner une définition générale des comportements illicites et qu'il se cantonne à édicter une nouvelle loi à chaque fois qu'il constate un comportement qu'il estime être néfaste. Nous avons donc, tous les ans, une loi pour définir de nouveaux comportements illicites ce qui révèle que la pratique a beaucoup plus d'imagination que le législateur. Cela donne l'impression que le législateur court toujours derrière la pratique pour essayer, chaque fois, de trouver des sanctions adaptées et éviter des comportements déloyaux au sens général du terme. Il s'agissait pour ces premières lois de sanctions concernant des comportements délétères relatifs au prix et j'ai vu qu'il y avait des questions similaires en droit japonais. Ces lois concernent aujourd'hui d'autres types de pratiques telles que celle que l'on appelle la « corbeille de la mariée » - quand deux entreprises de la grande distribution fusionnent, il était courant qu'elles demandent aux producteurs de payer, de mettre de l'argent dans la « corbeille de la mariée » au motif qu'ils auront peut être à terme plus de débouchés sur les marchés. En réalité, il n'y a pas plus de débouchés mais c'est une façon pour les distributeurs de faire financer leur fusion par les producteurs. Le législateur a constaté cette pratique et il l'a sanctionnée mais il avait un, deux, voire trois ans de retard sur la pratique.

K. Yoshida : Peut-être que Madame Boutonnet a quelque chose à ajouter ?

Mathilde Boutonnet : Oui peut être sur le système de réparation. D'après ce que j'ai compris, la réparation au Japon n'est qu'une réparation pécuniaire et il n'existe pas de réparation en nature. Il s'agit alors d'une différence très importante avec le droit de l'environnement français puisque le juge français choisira en priorité la réparation en nature. Il pourra même, par exemple, faire cesser des travaux qui pourraient être dangereux pour la nature. Plus précisément, il utilise la théorie du trouble anormal de voisinage qui permet de réparer les dommages qui ont déjà été subis et aussi, et surtout, de faire cesser le dommage. Le juge peut imposer certaines mesures de prévention dites matérielles. Si, pendant longtemps, la doctrine a peu fait de distinction entre les mesures de cessation du dommage et les mesures de réparation, cette distinction est aujourd'hui beaucoup mieux établie et on redécouvre l'importance de distinguer, au sein de ces mesures de prévention ce qui relève de la réparation pécuniaire, ce qui relève de la réparation matérielle et ce qui relève plus précisément des mesures de prévention elles-mêmes. D'ailleurs, dans la loi relative au régime de police administrative, les mesures de prévention ne sont pas confondues avec les mesures de réparation. Une claire distinction entre réparation et prévention se retrouve dans la loi bien que ces deux types de mesures soient toutes les deux qualifiées de régimes de réparation en nature.

K. Yoshida : On constate ainsi que la notion de réparation en nature est l'un des sujets centraux de cette journée d'étude. Si vous avez des questions à poser n'hésitez pas afin que l'on puisse en discuter.

Soraya Amrani-Mekki : J'aurais une question à poser à M. N. Segawa à propos de l'action de groupe. Je sais que c'est un sujet qui vous intéresse beaucoup et il me semble qu'en droit japonais si j'ai bien compris, vous n'avez pas véritablement ce que l'on appelle en droit français une action de groupe ? Puisque, d'une part, dans l'exemple que vous avez donné de la loi de 2005 - l'action en droit de la consommation -, cela correspondra en France non pas à une action de groupe mais à une action d'associations de consommateurs parce que c'est la loi, votre loi de 2005,

qui a habilité une association dans le but de défendre l'intérêt des consommateurs ce qui existe en France depuis la loi du 5 janvier 1988. En France, on ne considère pas que c'est une action de groupe puisque l'on va faire cesser un comportement – des comportements de démarchage dans l'exemple que vous donnez si j'ai bien compris.

Nobuhisa Segawa : Alors quelle est la différence ?

S. Amrani-Mekki : En France, on parle d'action de groupe lorsqu'il s'agit d'indemniser les membres d'un groupe sans que les membres du groupe ne se soient réunis dans une entité ayant la personnalité juridique. Or, dans la loi japonaise de 2005 il ne s'agit pas d'indemniser chaque consommateur. Ce qui est très intéressant dans votre intervention c'est qu'on réalise qu'aucun pays n'a la même définition de l'action de groupe et donc que personne ne parle de la même chose. Il arrive ainsi que, vu de l'étranger, certains nous disent que ce qui est bien en France c'est que l'on a admis l'action de groupe alors qu'on est en train en réalité de se demander si on va l'accepter. On constate qu'il y a vraiment un problème de définition. Vous devez avoir, en droit japonais, une autre définition de l'action de groupe et je voulais justement savoir quelle était votre définition de l'action de groupe.

K. Yoshida : Je voulais ajouter quelque chose. Le système de l'action d'associations de consommateurs créé en 2005 a pour but, d'une part, la suppression des clauses abusives dans les contrats de consommateurs et, d'autre part, la suppression des comportements déloyaux des entreprises. Il n'y a pas de possibilité d'allouer des dommages et intérêts pour les associations ou pour les consommateurs. On envisage seulement la possibilité de permettre l'allocation de dommages et intérêts dans le but de motiver les associations sachant qu'elles n'ont pas d'actionnaires et qu'elles ne dégagent aucun revenu de leur activité. Cependant, on constate que les sept associations existantes sont très actives bien qu'elles ne bénéficient pas d'allocation de dommages et intérêt. Cependant, pour que les associations soient en mesure d'être encore plus

actives on se demande s'il ne faut pas autoriser l'allocation de dommages et intérêt à ces groupes. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas de ce que l'on appelle en France l'action de groupe.

S. Amrani-Mekki : Et s'agissant de l'action ayant pour but d'éviter les ententes dans l'attribution de marchés publics j'ai entendu que vous aviez parlé de collusion .

Nobuhisa Segawa : Il s'agit de l'action d'habitants de la municipalité qui estiment être victimes d'une collusion.

S. Amrani-Mekki : En France, on appelle cela l'action populaire parce que c'est un citoyen qui va agir. Cependant, cette action n'existe en France qu'au profit des contribuables qui peuvent agir pour défendre l'intérêt de la commune pour ce qui est des impôts. Il faut alors respecter une procédure très particulière puisque c'est le tribunal administratif qui donnera au contribuable une habilitation. Ma question était de savoir si vous avez aussi une procédure particulière. Est-ce qu'il vous faut une autorisation du juge ou peut-on agir sans autorisation de quiconque ?

N. Segawa : Les habitants de la municipalité peuvent agir sans autorisation. Il suffit qu'ils soient habitants. Il n'est pas non plus nécessaire d'être contribuable pour participer à l'action.

Naoki Kanayama : Si je peux revenir sur la conférence de Madame Boutonnet, à l'aide de la distinction présentée par Madame Amrani-Mekki, je constate que vous avez parlé d'une action menée par une association et non d'une action de groupe. Donc, si j'ai bien compris, il n'est pas possible de demander des dommages et intérêts pour les particuliers qui composent cette association.

M. Boutonnet : L'action de groupe n'existe pas, et il n'est donc pas possible d'obtenir une réparation de toutes les personnes concernées. Cependant, en droit de l'environnement, deux techniques sont utilisées

afin d'y remédier. Il est tout d'abord possible de former un comité de défense. Ainsi, par exemple, lorsqu'une usine polluante indispose trop son voisinage, les habitants se réunissent afin de créer un comité de défense et chacun donnera mandat au président de l'association pour qu'il demande en leur nom une indemnisation. Il existe ensuite – ce que l'on retrouve aussi en matière de consommation – ce que l'on appelle l'action en représentation conjointe. Dans ce cas aussi, il est nécessaire qu'un mandat soit donné par l'intéressé et il faut bien constater qu'en matière d'environnement c'est un échec total. Pour tout dire on ne trouve qu'une seule décision au fond qui ait mis en œuvre cette action. On peut donc dire que la loi qui l'a introduite était mal conçue.

N. Kanayama : Est-ce que n'importe quelle association sera recevable ou y a-t-il un filtre tel qu'un agrément ?

M. Boutonnet : Dans un premier temps, le législateur a tenté de limiter l'action des associations en posant cette condition de l'agrément. Mais très vite, dans le domaine de l'environnement, beaucoup plus que dans les autres domaines, les juges du fond ont jugé recevables les demandes et tranché au fond alors que les associations ayant introduit l'action n'étaient pas agréées. La seule exigence qui subsiste en pratique, c'est que les statuts eux-mêmes aient bien pour objet la défense de l'environnement même si on peut constater, à ce sujet, que certains juges du fond ont accepté qu'une commune était recevable à agir alors même qu'une commune n'a pas *a priori* vocation à défendre la protection de l'environnement. Cette solution ne peut s'expliquer que par la référence à un intérêt général environnemental. On constate qu'il n'y aura peut être bientôt plus de limite à ces actions.

N. Kanayama : Partons d'un cas plus concret. Prenons une forêt susceptible d'être exploitée par une entreprise. Trois habitants forment une association de défense de l'environnement afin de l'en empêcher. Dans ce cas, qui sera partie au procès ? Et que se passera-t-il s'il y a d'autres habitants qui sont en faveur de l'exploitation de la forêt par

l'entreprise afin de favoriser le développement économique dans cette zone géographique pour lutter contre le chômage, par exemple ? Comment cela se passera-t-il ?

M. Boutonnet : L'association de protection de l'environnement pourra aller devant le juge pour défendre les intérêts collectifs, la défense de l'environnement, sachant que cette association va pouvoir agir en référé pour prévenir ici le dommage et ensuite effectivement, sur le fond, si le dommage est déjà réalisé, elle va obtenir réparation de son préjudice personnel puisque l'atteinte – la destruction de la forêt – atteint les intérêts collectifs qu'elle défend.

S. Amrani-Mekki : S'agissant de l'autre association réunissant les habitants qui souhaitent l'exploitation de la forêt, on peut imaginer qu'elle ait dans la procédure le statut d'intervenant. Il s'agirait d'un tiers qui deviendrait partie à la procédure et qui pourrait être un groupement économique qui porterait ce type d'intérêt à la connaissance du juge, par exemple. Ce groupement ne serait pas une partie principale à l'instance mais une partie accessoire au procès, c'est-à-dire quelqu'un qui est tiers et qui vient au procès pour soutenir l'entreprise dans votre exemple. Il ne demande rien pour lui spécifiquement mais il vient soutenir l'entreprise.

Mustapha Mekki : Il y a une petite chose qu'il faut ajouter et qui a été évoquée. Il faut souligner les effets pervers de ces comités de défense, qu'on appelle aux Etats-Unis les NIMBY (not in my back yard) et qui, très souvent, derrière l'intérêt général de l'environnement protègent leurs intérêts particuliers, dans cette mesure où ils ne veulent absolument pas avoir une vue sur une ville ou une autoroute mais ils veulent continuer d'avoir une vue sur la forêt, par exemple. Est-ce que c'est encore protéger l'environnement que de vouloir avoir une vue agréable plutôt que d'avoir une vue sur des bâtiments ? Cet exemple me permet de penser qu'effectivement, en matière d'environnement, il est parfois difficile de faire la distinction entre l'intérêt purement égoïste et un intérêt général, derrière lequel on se cache et qui permet justement de

rendre plus vertueuse l'action qui est engagée par ces comités de défense.

Sylvain Bollée : Une petite remarque qui rejoint celle de M. Mekki. En réalité, cet exemple montre bien que, au-delà de l'aspect procédural, il y a de toute façon un problème de conciliation entre ce que chacun veut faire de l'environnement et la question, me semble-t-il, n'est pas être de savoir s'il y a ou non atteinte à l'environnement mais si cette atteinte est légitime ou illégitime parce que si on considère que toutes les atteintes à l'environnement doivent être empêchées et bien on n'aurait jamais construit de villes, par exemple, ou on cesserait d'en construire.

M. Boutonnet : En tout état de cause, la recevabilité de l'action d'une association suppose encore de démontrer qu'il y a un dommage qui résulte de l'atteinte aux intérêts collectifs environnementaux et non à un intérêt individuel.

K. Yoshida : A propos des actions de groupe, je voudrais poser une question à G. Goffaux-Callebaut. Selon votre exposé, vous n'êtes pas favorable aux actions de groupe. La raison principale est notamment due à votre réserve à l'égard des idées anglo-saxonnes. Vous avez évoqué les effets pervers de ces actions. Vous vous êtes notamment demandé s'il fallait « demander au consommateur de tenir le rôle de gardien de l'intérêt général dans le cadre d'une telle action alors qu'il représente au mieux un intérêt collectif ». Ce qui me paraît particulièrement intéressant dans cette remarque, c'est tout la nécessité de distinguer l'intérêt général de l'intérêt collectif. Est-ce exact et pourriez-vous nous en dire davantage ?

G. Goffaux-Callebaut : Ma réponse va être relativement longue. Tout d'abord, de façon générale, je suis méfiante lorsqu'il s'agit d'intégrer en l'état une institution anglo-saxonne dans un système de droit civil. Il faut donc être prudent. Je ne suis pas totalement hostile. J'apprécie spécialement le système québécois que j'ai étudié et qui prouve qu'il est possible d'opérer une greffe en évitant certaines dérives à l'américaine.

Je suis hostile à une acculturation. Je pense qu'il faut veiller au respect de la cohérence des systèmes. On peut prendre cela pour du pessimisme. Si on introduit une action de groupe, elle sera très efficace, j'en conviens. Là où je suis plus critique, c'est l'idée générale d'efficacité économique que véhicule cette question des actions de groupe. On soutient qu'il n'y a pas suffisamment en France d'actions privées. Il en faut davantage et moins d'actions publiques. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle actuellement en France, la tendance générale est à la dépénalisation du droit des affaires signe d'un recul de l'action publique. C'est un mouvement dangereux qui consiste aussi à soutenir qu'il n'y a pas à raisonner en termes de morale ou d'éthique en droit des affaires. J'avoue que la crise mondiale confirme, au contraire, que l'éthique des affaires est indispensable et que cela aurait évité quelques catastrophes. L'idée de dépénaliser à tout prix n'est donc pas une bonne chose. Il faudrait, selon les défenseurs de cette idée, en cas de dépénalisation, donner plus de place aux actions privées pour moraliser le monde des affaires. Ce sont ces actions privées qui vont permettre de défendre l'intérêt général. Or, je pense que ce n'est pas aux actions privées de défendre l'intérêt général. Chacun peut défendre ses propres intérêts, voire un intérêt collectif lorsqu'il y a une communauté d'intérêts. Mais l'intérêt général, a priori, c'est à l'Etat de le sauvegarder. Et quand de nombreux auteurs soutiennent que l'action de groupe est une bonne chose qui permet notamment de protéger l'intérêt général, je me dis qu'on veut lui faire jouer un rôle qui n'est pas le sien.

S. Amrani-Mekki : Sur ce rôle ci, en réalité, cette question dépend de la procédure de cette action. Prenons le Livre blanc de l'Union européenne qui veut, pour défendre l'intérêt général, l'intérêt du marché, l'intérêt de la concurrence, s'appuyer sur une action de groupe pour l'obtention de dommages et intérêts au profit de chaque membre du groupe. Que se passe-t-il ? Le Livre blanc n'a pas choisi entre un système d'opt-in et un système d'opt-out. Pour respecter les principes procéduraux, l'idée est plutôt de privilégier un système d'opt-in, à l'américaine, c'est-à-dire que font parties du groupe ceux qui ont manifesté la volonté de faire partie de

ce groupe. Si on exige cette démarche active de la part d'un consommateur, ce groupe sera restreint ; surtout s'il s'agit d'un problème tel qu'une entente en matière de téléphonie mobile où les préjudices individuels sont d'un montant peu élevé. Est-ce que pour 1000 Yens je vais manifester ma volonté pour faire partie du groupe ? C'est-à-dire que si j'accepte un système d'opt-in, cela signifie qu'au total le montant des dommages et intérêts sera faible et l'intérêt pour la protection de l'intérêt général également. Pour que le système soit efficace et pour que l'on puisse, effectivement, s'appuyer sur les intérêts privés pour défendre l'intérêt général, il faut un système d'opt-out. Cela suppose qu'on comprenne dans le groupe des personnes qui ne se sont pas manifestés et qui n'ont pas manifesté leur volonté de sortir du groupe. Et là, économiquement, on a une sanction plus efficace. Mais, alors en droit français, on va se heurter à des principes procéduraux essentiels en France, qui font que finalement on se « mord la queue », on tourne en rond, et on a du mal à trouver une solution idéale sur le plan européen.

K. Yoshida : Je voudrais continuer cette discussion sur l'intérêt collectif et l'intérêt général. J'aimerais poser une question à Madame Boutonnet. Dans votre exposé, vous avez souvent parlé de l'intérêt collectif, mais vous ne semblez pas avoir utilisé le vocable de l'intérêt général, sauf dans quelques citations. En outre, de la notion d'intérêt collectif vous avez déduit des conséquences importantes. Par exemple, vous en avez déduit la recevabilité des actions des associations de défense de l'environnement car le dommage environnemental lèse des intérêts collectifs. Mais il me semble que ce dommage lèse plus l'intérêt général que l'intérêt collectif. De surcroît, ces deux notions n'ont pas la même signification. Notamment, M. Mekki, dans sa thèse sur *l'intérêt général et le contrat*, a analysé la distinction entre ces deux concepts. Si ces deux notions sont différentes, en passant de l'intérêt collectif à l'intérêt général, il manque un maillon au raisonnement. Il conviendrait, me semble-t-il d'ajouter un raisonnement complémentaire pour expliquer ce passage de l'intérêt collectif à l'intérêt général.

M. Boutonnet : Vous avez raison. Cependant, je me méfie de la distinction entre intérêt collectif et intérêt général. Concernant les associations de protection de l'environnement, l'intérêt collectif se présente davantage comme une notion de procédure par opposition à la démonstration d'un intérêt personnel. En se référant à l'intérêt collectif, on exige la démonstration de l'atteinte à un intérêt collectif car il est porté atteinte à l'intérêt défendu par les statuts des associations. Les associations, à mon sens, ne défendent pas un intérêt collectif, elles défendent un intérêt général. Peut-être que M. Mekki n'est pas d'accord, mais à mon sens, les associations de défense de l'environnement peuvent défendre l'intérêt général devant le juge par le biais, c'est là que c'est ambigu, d'une action exercée dans l'intérêt collectif. Mais en utilisant le terme d'intérêt collectif, il y a un risque de confusion avec la représentation d'une somme d'intérêts individuels. En protégeant l'environnement, on protège, et le terme est moins ambigu, l'intérêt général. C'est le but que s'est fixée l'association.

M. Mekki : Je ne suis pas en désaccord. Il me semble lorsqu'on aborde la distinction entre intérêt collectif et intérêt général, qu'il y a deux aspects : statique ou substantiel et dynamique ou processuel. Je précise. L'intérêt collectif par rapport à l'intérêt général, sur un plan statique ou substantiel, permet d'affirmer qu'il n'y a pas d'intérêt général distinct des intérêts particuliers. L'intérêt général est une addition, une somme d'intérêts collectifs. Sur le plan dynamique ou processuel, la question est de savoir si des groupements qui représentent un intérêt collectif peuvent agir pour défendre un intérêt général et est-ce efficace. Autrement dit, sur le plan procédural, la question à résoudre est de savoir si une association qui repose sur un intérêt collectif peut agir dans l'intérêt général ou est-ce un monopole de l'Etat. Oui, je pense, qu'il est possible et nécessaire, dans certains domaines, et notamment en droit de la concurrence et en droit de l'environnement, que des associations agissent dans l'intérêt général car on s'est rendu compte que c'était le moyen le plus efficace et parce que conceptuellement il n'y a pas d'intérêt général qui appartiendrait exclusivement à l'Etat. Cela est spécialement vrai en droit

de l'environnement, où ce sont chaque individu ou citoyens qui se sent concerner par des questions d'environnement.

Benjamin Rémy : J'aurai deux questions à poser. Tout d'abord, si des associations peuvent défendre l'intérêt général pourquoi ne pas admettre qu'un individu puisse aussi agir dans l'intérêt général ? Ensuite, si je me souviens bien de la lecture de la thèse de M. Mekki, l'intérêt général ne se confond pas avec l'intérêt public ou l'intérêt privé mais c'est plus le produit d'une hiérarchisation entre les intérêts. Et un autre point de la thèse est de montrer que cette hiérarchisation est opérée de manière différente, soit qu'il s'agisse d'une hiérarchisation dogmatique, soit qu'elle est le fruit d'un échange, d'une négociation donc d'une approche contractuelle. Est-ce qu'on aurait pas ici une troisième voie qui serait une hiérarchisation fruit d'une dialectique que le juge viendrait trancher ? Car finalement, la protection de l'environnement, et M. Kanayama le montre bien, n'est qu'un des intérêts. Il peut y avoir un intérêt économique. Et donc l'intérêt collectif d'une association n'est pas le seul intérêt à prendre en compte et le juge va devoir les hiérarchiser.

M. Mekki : Il n'y a pas de troisième voie, me semble-t-il, parce qu'il y aura une combinaison entre les intérêts, on va faire prévaloir un intérêt sur un autre et c'est le juge qui va opérer cette hiérarchisation. Il n'y a donc pas de troisième voie car le juge, dans l'exemple de M. N. Kanayama où il faut détruire une forêt, va pondérer les intérêts en présence, de l'entreprise, des voisins qui sont favorables à la destruction et des voisins qui s'y opposent. Il devrait rendre une décision conforme à l'intérêt général car il a pris tous les intérêts en présence de manière équitable. Ce ne semble pas être une troisième voie. Ensuite, quant aux individus qui agiraient dans l'intérêt général, c'est une possibilité. Cependant, il y a des effets pervers tels que l'engorgement des tribunaux. Il faut donc être prudent pour éviter certaines dérives, notamment éviter que cela ne devienne une action lucrative. Il faut éviter que les individus ne tirent un avantage financier, de même que les associations ne devraient pas pouvoir tirer un profit de ces actions. A défaut, ces actions

ne seraient pas engagées pour défendre l'intérêt général mais pour faire fonctionner une activité économique et donner naissance à « un marché du procès » comme cela a pu être dit.

M. Boutonnet : Je voudrais rebondir sur les dérives évoquées par M. Mekki. On le voit clairement, s'agissant des associations de protection de l'environnement, dans les actions civiles spécialement. Il y a eu trois jugements, cette année, qui sont allés assez loin. De quoi s'agit-il brièvement ? Vous avez des associations de protection de l'environnement qui exercent une action civile alors que l'exploitant a certes commis une infraction mais a remis rapidement en l'état le sol. Pourtant, deux ans après, des associations entendent dire, auprès du ministère, que telle entreprise a violé les règles relatives aux établissements classés et en profitent pour agir en justice. Dans ces trois jugements, les associations ont obtenu réparation alors qu'il n'y avait plus aucun intérêt à agir actuel. Il est dit que le simple fait de commettre une infraction est préjudiciable alors qu'il n'y avait aucun dommage à l'environnement. On peut penser que l'action est également ici un moyen de recevoir de l'argent pour ensuite agir dans l'intérêt de l'environnement.

K. Yoshida : Je vais demander maintenant aux collègues japonais de poser des questions.

N. Kanayama : Je voudrais revenir sur ce schéma. Dans mon exemple, la forêt est le bien concerné. Selon moi, l'environnement n'est pas le bien. Si je comprends bien, l'intérêt de ce bien se rapporte à l'environnement. Mais il y a d'autres intérêts. Ce bien peut servir par exemple l'économie. Il y a donc plusieurs intérêts qui se rapportent à ce bien.

M. Boutonnet : Plusieurs services donc.

S. Bollée, B. Rémy et M. Mekki : En matière d'analyse économique, on parle d'utilités du bien.

N. Kanayama : L'association protégeant l'environnement veut protéger cette utilité environnementale du bien sans être le propriétaire de ce bien. Il y aurait une sorte de « mandat légal ». Cependant, il ne faut pas faire prévaloir de manière exclusive cet intérêt à l'occasion d'un litige car il y a d'autres intérêts, d'autres utilités à prendre en considération. Par ailleurs (s'adressant à M. Boutonnet), une fois que le juge condamne l'auteur du dommage à réparer en nature en cas d'atteinte à l'environnement, vous avez fondé cette action sur le droit de la responsabilité civile. Mais il me semble qu'il s'agit plutôt d'une question se rapportant au droit de la propriété.

M. Boutonnet : c'est-à-dire que la nature elle-même va se remettre en état ?

N. Kanayama : Oui. Quand un propriétaire revendique une chose ne peut-on pas faire le parallèle avec une association qui revendique une utilité de ce bien, à savoir la protection de l'environnement. L'action de l'association serait aussi une action en revendication ?

M. Boutonnet : Dans votre exemple, on suppose qu'il y a un propriétaire de la forêt ? Alors ce n'est pas vraiment la même action car le propriétaire obtient réparation de son dommage personnel en sa qualité de propriétaire de la forêt. Ce que propose le droit français, maintenant, c'est la reconnaissance de la nature, que celle-ci peut elle-même souffrir et peut obtenir réparation de son propre préjudice par l'intermédiaire d'une association.

N. Kanayama : Cette situation est ambiguë ?

M. Boutonnet : Absolument.

N. Kanayama : Et bien, c'est insupportable !

S. Amrani-Mekki : L'action en justice, c'est demander au juge de

reconnaître le bien-fondé d'une prétention. Le propriétaire en tant que propriétaire du bien, il va agir dans son intérêt personnel sur le fondement du droit des biens. Cette action peut se télescoper avec une action différente d'une association par exemple qui, en plus, pourra être exercée devant un juge différent.

K. Yoshida : Je vais donner la parole à S. Bollée.

S. Bollée : J'étais extrêmement intéressé par la présentation du Professeur N. Kanayama. Cela montre, d'une part, qu'il y a un problème de conflit d'usages. La question est de savoir ce que l'on va faire de l'environnement. Etant entendu que l'on ne peut pas tout en faire à la fois. L'un des usages possibles est de nature économique. Et l'autre usage possible est de le laisser dans un état d'esthétique idéal. L'une des tentations est de raisonner en termes de bien. Cela me fait penser à une théorie développée par des tenants de l'analyse économique du droit. Un exemple a été développé : c'est celui d'un dentiste qui veut avoir son activité de dentiste et, par ailleurs, un entrepreneur qui veut ouvrir une grosse usine à côté. Le problème c'est que si cette usine ouvre, elle causera des nuisances qui empêcheront le dentiste d'exercer sa profession. Ce que disent ces tenants de l'analyse économique, c'est que l'approche simple est de dire que l'activité du dentiste rapporte 100 par an. L'usine rapporte 10000 par an. Donc il vaut mieux laisser l'usine fonctionner quitte à ce que l'entrepreneur paye 100 chaque année au dentiste. Mais on sent bien que cette approche est, pour des raisons instinctives notamment, difficile à transposer à l'environnement. Quelle est la valeur de l'environnement, valeur au sens monétaire ? Par ailleurs, à supposer qu'on décide d'empêcher la grosse usine de s'installer parce qu'on considère que la valeur de l'environnement est supérieure, on ne va pas demander à chaque citoyen moyen de payer chaque année une dime à l'entrepreneur pour conserver leur environnement ! D'un point de vue politique, cela serait inacceptable. Et je me demandais ce que vous en pensiez de ces limites de l'analyse économique.

N. Kanayama : Concernant la problématique de l'analyse économique, je partage absolument votre point de vue. J'ai étudié la question aux Etats-Unis où toutes ces questions sont rattachées au marché. Tout a été « marchandisé ». C'est un monde insupportable, plus insupportable encore que votre théorie sur l'environnement. En tout cas, en ce qui concerne la théorie des utilités ou des usages, elle m'intéresse moins. Ce qui m'importe, c'est de comprendre le pouvoir accordé à certaines associations de protection de l'environnement afin de déterminer dans quel but ce pouvoir est-il exercé.

K. Yoshida : C'est une discussion passionnée. Je voudrais désormais demander à d'autres participants d'intervenir. Quelqu'un voudrait-il poser une question ?

Takehisa Awaji : Lors de la discussion qui a eu lieu précédemment, un des mots clés est l'intérêt collectif. Supposons qu'une association se constitue partie civile, si elle peut prouver qu'elle agit dans l'intérêt collectif, son action sera déclarée recevable par le tribunal. Alors pour prouver l'existence d'un intérêt, quels sont les éléments de fait qu'elle doit établir à cette fin ? Est-ce qu'il est suffisant de produire les statuts de l'association ou doit-on produire d'autres éléments de fait ?

G. Goffaux-Callebaut : En principe, si l'association n'est pas agréée en droit de la consommation, l'action ne devrait pas être possible, mais la jurisprudence a sur ce point fortement évolué. La conformité à l'objet social donc aux statuts devrait suffire à fonder une action en justice dans l'intérêt collectif.

M. Boutonnet : En matière environnementale, la jurisprudence est en effet plus souple car elle admet qu'une association n'a pas besoin d'être agréée pour pouvoir agir dans l'intérêt collectif. La seule limite c'est de vérifier que dans les statuts elle défend bien l'environnement. Les juges, en l'occurrence, sont plus ou moins précis. Par exemple, ils vont vérifier si l'association de protection de l'environnement avait spécialement dans

son objet de défendre tel élément environnemental tel que l'eau, l'air, le sol... ou dans telle région (la Bretagne ou le sud de la France...). Mais il y a aussi des juges plus laxistes qui ne vont pas se préoccuper de la « localisation » des statuts de l'association. Il me semble que la plus grande évolution c'est le fait, depuis un arrêt du 18 septembre 2008, que le juge délaisse l'établissement préalable d'une infraction. Il y avait des infractions très précises en matière environnementale et on ne pouvait obtenir réparation que des dommages directement causés par l'infraction concernée. Dorénavant, cette existence de l'infraction n'est plus nécessaire et l'association de protection de l'environnement peut s'épanouir devant le juge pour obtenir véritablement une réparation de l'ensemble des dommages causés à l'environnement. Désormais, tout sera non plus une question de recevabilité de l'action, mais une question de bien-fondé de l'action exercée par ces associations. Pour moi, la barrière qui existait il y a quelques années était la recevabilité, maintenant ce sera le bien-fondé. Le but, c'est que les juges du fond aient des possibilités de se référer à une nomenclature de préjudices environnementaux. Ce serait une nomenclature, par exemple, qui ressemblerait à celle du droit français, appelée « dintilhac », en matière de dommage corporel. Peut-être que dans le domaine environnemental, il faudra être plus précis. Mais il faudra admettre de donner un coût à la nature. Or, les analyses économiques sur ce point sont, d'une part, très difficiles à comprendre pour les juristes et, d'autre part, peuvent être réellement arbitraires. Une dernière théorie économique dont j'ai pu prendre connaissance est celle qui consiste à demander à la population quel prix elle serait prête à accorder pour ne pas toucher à ce parc ou à ce bois... On s'aperçoit que tout dépend de l'importance que telle population accorde à la nature. Il est évident qu'un parisien, par exemple, qui a très peu de forêt et qui tient à son bois de Vincennes, va accorder un prix très important au bois qui se situe à côté de chez lui. Les économistes utilisent aussi une autre théorie que Mustapha Mekki ou Sylvain Bollée a évoqué qui est la théorie du « bonheur », « l'happyness » environnemental.

N. Kanayama : Imaginons deux associations publiques qui veulent protéger une forêt. Une association veut protéger la forêt alors que l'autre veut protéger certes cette forêt mais veut augmenter l'activité économique de la région. Deux associations travaillent dans un sens différent. Les deux associations engagent une action en justice. Comment régler cette difficulté ? Où se situe l'intérêt public ? Où se trouve l'intérêt collectif ?

M. Boutonnet : Il y a deux associations l'une qui défend l'environnement, purement et simplement, et l'autre qui défend le développement durable, c'est-à-dire l'environnement incluant des considérations économiques ?

N. Kanayama : C'est cela, oui.

M. Boutonnet : Soraya nous a expliqué cela tout à l'heure.

S. Amrani-Mekki : Si deux associations agissent, même devant deux juges différents, en procédure civile, il n'y a pas litispendance car ce ne sont pas les mêmes parties mais il y a connexité. Si le premier juge a connaissance de l'autre action, il devra opérer une jonction d'instance pour traiter toute l'affaire lors d'une même procédure et qu'il y ait un seul jugement. Mais le plus souvent, il n'en a pas connaissance et le risque c'est qu'on va avoir deux décisions inconciliables. Cela est d'ailleurs un motif de recours devant la Cour de cassation.

M. Boutonnet : On aurait donc finalement une entreprise qui serait en procès contre deux associations, une qui défend l'environnement et l'autre qui défend le développement durable ? Elles s'opposeraient en opposant leurs intérêts collectifs.

N. Segawa : Dans le domaine de la concurrence, nous rencontrons les mêmes difficultés. Actuellement, cette situation de « conflit » n'est pas prévue en droit japonais. Cependant, le législateur y réfléchit. Il est

envisagé, lorsque deux ou plusieurs associations agissent contre une même entreprise pour le même dommage, les litiges font l'objet d'une jonction d'instance pour discuter devant le même juge.

Hiroyasu Nakata : La distinction entre intérêt collectif et intérêt général est intéressante. Cependant, dans notre système, c'est plutôt la place de l'intérêt privé qui importe. Est-ce qu'il existe un cumul possible de l'intérêt général et de l'intérêt privé ? Egalement, une question pour Madame G. Goffaux-Callebaut : le marché en tant que victime dans les pratiques anticoncurrentielles est-ce envisageable ? Est-ce que des intermédiaires commerciaux, distributeurs, concessionnaires, agents commerciaux, pourraient agir en qualité de représentants du marché ? En effet, les distributeurs sont généralement en accord avec leurs fournisseurs mais ils peuvent parfois se rebeller lorsque les fabricants demandent aux intermédiaires d'adopter, par exemple, des comportements illégaux. Les intermédiaires demanderaient des dommages et intérêts pour eux mêmes et des dommages et intérêts pour le dommage causé au marché. Que pensez-vous du rôle de l'intermédiaire comme défenseur et représentant de l'intérêt général du marché ?

G. Goffaux-Callebaut : C'est une question intéressante car elle combine les deux sens du droit de la concurrence. Dans votre exemple, on retrouve, ainsi, le droit de la concurrence entendu comme un droit de protection des entreprises et le droit de la concurrence entendu comme un droit de protection du marché. Il est évident que, lorsqu'il y a des comportements déloyaux entre entreprises, il peut y avoir une atteinte au marché. Ainsi on peut effectivement penser que lorsque l'entreprise victime agit contre l'auteur de la faute, elle le fait pour obtenir réparation de son préjudice personnel. On aurait ici une action de « personne à personne ». Et il peut y avoir aussi une faute qui constitue une atteinte au marché. Cependant, on ne va pas cumuler les actions. On va avoir une combinaison qui va donner lieu à une seule réparation. Mais dans ce cadre là celui qui agit, agit dans un intérêt personnel et individuel. Il n'a

pas comme motivation la protection du marché. Le comportement de l'entreprise victime est un comportement égoïste. Cela ne veut pas dire que cela n'a pas d'intérêt pour le marché car, indirectement, il y a un effet positif sur le marché. Mais dans ses intentions, la victime veut obtenir la réparation de son préjudice personnel et non obtenir la réparation ou la sanction de l'atteinte à la concurrence. Il peut y avoir une autre action en vue d'obtenir une sanction devant les autorités de concurrence.

K. Yoshida : Je voudrais maintenant que nous abordions un autre sujet qui est la notion de réparation en nature. Pour cela, je voudrais poser une question à chaque rapporteur. La question concerne la distinction entre le dommage et le préjudice. Il me semble que cette distinction occupe une place importante dans le rapport de Madame M. Boutonnet. Vous avez justifié la présence du préjudice écologique par référence à cette distinction. En revanche, Madame G. Goffaux-Callebaut n'a pas mis l'accent sur cette distinction mais vous en faites mention. Cette distinction est préconisée notamment par M. Ph. le Tourneau. Selon lui, *« une chose est la lésion. Autres choses sont les répercussions de la lésion. La première correspond à la notion de dommage et la deuxième au préjudice »*. En plus, cette distinction correspond à la distinction entre la réparation en nature et la réparation par équivalent : *« la réparation en nature est, à proprement parler, la remise en état, le rétablissement. Elle agit sur la lésion, sur le siège de l'atteinte au dommage. La réparation par équivalent n'est pas, à proprement parler, une réparation. C'est sur les conséquences de la lésion, sur l'atteinte en tant que préjudice qu'elle agit »*. En ce sens, on comprend l'importance de la distinction pour Madame Boutonnet pour qui la réparation en nature a une importance majeure. En revanche, Madame Goffaux n'y attache pas une grande importance, ce qui doit expliquer son attitude à l'égard de la distinction. Ma première question : est-ce que cette analyse est exacte ? Deuxièmement, quels sont les résultats pratiques de cette distinction de manière plus détaillée ? Enfin, cette distinction est étroitement liée à celle qu'on opère entre réparation en nature et réparation par équivalent, mais

existe-t-il d'autres implications ?

M. Boutonnet : La distinction que j'ai utilisée entre préjudice et dommage, est une distinction encore très débattue et n'est pas beaucoup utilisée. Une partie de la doctrine pense également qu'elle est inutile. Mais pour ma part, cette distinction m'est très utile. Elle me sert car elle permet de passer du domaine du fait au domaine du droit. On accorde une importance au fait car il existe des victimes qui se situent en dehors du droit. C'est le cas de la nature mais c'est aussi le cas, même si cela peut être discuté sur le plan éthique, de l'embryon, du fœtus et d'autres questions relatives à la bioéthique. Jusqu'au jour où de la lésion dans les faits on passe à une reconnaissance en droit car il y a des conséquences préjudiciables. Il y a ainsi une évolution de la notion de préjudice car là ce sont les conséquences juridiques qui sont appréhendées. Quant à la distinction entre la réparation en nature et la réparation sous forme pécuniaire appliquée au dommage et préjudice, je vous l'avoue que je ne l'ai pas bien appréhendé dans le droit français. Cette réparation en nature est privilégiée dans le domaine de l'environnement. Le juge s'il le peut va réparer en nature, mais encore faut-il qu'elle soit encore possible. Dans certains jugements, on le voit, la nature fait son travail et se réparer d'elle-même et qu'il n'y a plus rien à réparer en nature. C'est ce qui s'est passé par exemple dans l'affaire Nexxon/Valdez. Il n'y avait plus rien à réparer en nature au moment où le procès a eu lieu.

G. Goffaux-Callebaut : Si j'ai écarté la distinction entre dommage et préjudice, c'est d'abord parce que la question du dommage relève du droit de la concurrence alors qu'il était surtout question ici de parler du droit de la responsabilité civile. En outre, la réparation en nature en droit de la concurrence ne se pose pas selon moi. Toutes les réparations se font en équivalent. Cette distinction est donc inutile. J'ai fait la distinction mais je l'ai écartée car elle n'apportait rien aux développements.

N. Kanayama : La cessation des actes illicites, n'est-ce pas une forme de réparation en nature ?

G. Goffaux-Callebaut : Selon moi, la cessation de l'illicite n'est pas une réparation. C'est éviter qu'il y ait un dommage supplémentaire.

K. Yoshida : Je suis d'accord avec G. Goffaux-Callebaut.

T. Awaji : J'ai bien entendu et compris votre définition du préjudice et du dommage. Autrement dit, le préjudice est le dommage protégé par le droit ?

M. Boutonnet : Oui et tout préjudice est un dommage mais tout dommage n'est pas un préjudice.

T. Awaji : Deuxième question : depuis longtemps au Japon nous étudions votre système de responsabilité civile qui fait de la réparation en nature l'objectif premier du droit de la réparation. Or, aujourd'hui vous avez expliqué que, toutes les deux, que la réparation en nature est dominante. Mais est-ce que la réparation en nature est réellement dominante et effective ? En effet, si le défendeur refuse de s'exécuter en nature, est-ce qu'une astreinte pourrait-être ordonnée, par exemple ?

K. Yoshida : Je donne la parole à M. Mekki et vous répondrez à M. Awaji après.

M. Mekki : Une première chose est la distinction faite par M. le Tourneau. Il me semble que ce qu'il veut dire c'est que dans la réparation en nature, il y a une véritable réparation car il y a une remise en état alors que dans la réparation par équivalent, il s'agit d'une compensation et non d'une réparation parce qu'on ne supprime pas ce qui a été causé. La réparation en nature serait en ce sens la seule vraie réparation, celle de la remise en état. Ensuite, quant à la question de la réparation en nature, on peut y intégrer la cessation de l'illicite. Même si on peut distinguer, au sens large, on peut analyser certaines décisions de cessation de l'illicite prises par des autorités, notamment en droit de la concurrence, comme des mesures de réparation en nature. Par exemple, les injonctions de

modifier les contrats qui portent atteinte à la concurrence, les injonctions de faire, les procédures d'engagement par lesquelles les entreprises pourraient s'engager à cesser tel comportement qui porte atteinte à la concurrence... Je pense que dans une acception très large on pourrait y voir des modes de réparation en nature. Cependant, si on adopte une conception stricte de la réparation en nature, elle devient plus difficilement concevable, notamment en droit de la concurrence.

G. Goffaux-Callebaut : C'est vrai qu'en droit des affaires en général, il s'agit le plus souvent de réparation en équivalent et très rarement il est question de réparation en nature. On a parfois quelques exemples en droit des sociétés, notamment en matière de pactes d'actionnaires. On s'est demandés si la réparation en nature ne serait pas envisageable. En droit des affaires, le principe est donc semble-t-il inversé : la réparation par équivalent l'emporte.

M. Boutonnet : Puis-je poser une question à nos amis japonais ? J'aimerais savoir pourquoi le système japonais refuse la réparation en nature ? Quelle est la justification ?

N. Segawa : Les rédacteurs du Code civil actuel, le Minpo, à la fin du 19^{ème} siècle, ont décidé dans un article que la réparation doit se faire par équivalent. C'est pour commodité. Ils ne leur paraissaient pas utile d'admettre la réparation en nature. Je pense que les rédacteurs ont pensé à trouver un équilibre entre la réparation et la liberté par l'octroi d'une somme d'argent. Ce système existe depuis plus d'un siècle et demi. Cependant, les choses ont évolué et l'octroi d'une simple somme d'argent au nom de la liberté est une idée qui commence à être remise en cause. Par exemple, dans les litiges relatifs à l'environnement, on commence à évoquer l'idée d'une cessation de l'illicite.

M. Boutonnet : Mais il existe un moyen de contourner l'impossible réparation en nature, c'est de réparer soi-même en nature pour ensuite aller devant le juge et demander le remboursement du coût de la

réparation. Au bout du compte, la nature est réparée.

N. Segawa : Tout à fait. Si la victime se borne à éliminer la détérioration causée dans son domaine, elle n'a qu'à réparer soi-même et en demander le coût. La réparation par équivalence suffit. Mais, la réparation en nature est nécessaire pour le cas où la victime veut éliminer la détérioration causée en dehors de son domaine, ou cesser les activités nuisibles dans le domaine de l'auteur. C'est des cas de l'émission des eaux polluées. Dans ma parole précédente, je vous ai fait part des idées soutenues par les rédacteurs du Code civil. Ainsi l'article 709 du Code civil japonais évoque uniquement la réparation en cas d'atteinte aux droits. Dans le même esprit, l'article 823 du droit allemand dit la même chose et on s'est ainsi débarrassé de l'atteinte aux autres intérêts.

M. Boutonnet : Mais cet article ne serait pas un obstacle en droit français et pourrait être contourné par le droit japonais. Car l'atteinte au droit en France peut être traduit comme une atteinte au droit à l'environnement ou au droit de vivre dans un environnement sain, en se fondant sur la Charte de l'environnement.

N. Segawa : Oui, la restriction de la responsabilité délictuelle au cas d'atteinte aux droits est une autre chose que la restriction à la réparation par équivalence. Mais ce sont du même esprit qui voulait limiter la responsabilité délictuelle.

Quant au mode de la réparation, le Code civil prévoit l'exécution en nature de l'obligation. L'article 414 al.2 dit « s'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier peut demander au tribunal de faire accomplir le fait par un tiers aux frais du débiteur. » L'article 3 dit « Quand il s'agit d'une obligation qui a pour objet une abstention, le créancier peut demander de faire détruire, aux frais du débiteur, ce qui a été fait par celui-ci et de prendre pour l'avenir telles mesures qu'il convient. » Mais l'exécution en nature est limitée à l'obligation de faire ou ne pas faire. Le créancier à une somme d'argent ne peut pas en demander le paiement. Or, la responsabilité délictuelle du Code civil ne reconnaît

aux victimes que la réparation par équivalent.

K. Yoshida : Le droit civil japonais a admis une seule hypothèse de réparation en nature, c'est lorsqu'il est question de diffamation. L'article 723 du Code civil japonais admet cette réparation.

N. Segawa : il s'agit souvent de réparer l'atteinte à la réputation par une publication des excuses. C'est un des cas où la victime veut éliminer la détérioration causée en dehors de son domaine et il ne peut donc pas réparer soi-même.

Alors, en écoutant le développement des discussions, je trouve que mon commentaire est trop limitée aux droits de concurrence et de l'environnement. Je voudrais le compléter ici en parlant de l'élargissement de l'injonction au Japon.

Comme je vous ai dit, à la différence du droit français, le Code civil japonais ne reconnaît pas l'action de la suppression de l'illicite comme effet de la responsabilité civile. Mais, il la reconnaît dès l'origine aux droits réels. Il prévoit les actions possessoires, et il est considéré de reconnaître l'action d'enjoindre aux droits réels tels que ceux de propriété, de superficie, d'emphytéose et de servitude. La jurisprudence et la doctrine ont élargie le droit de la suppression au droit de captage des eaux et au droit de passage. On pourrait voir une ressemblance avec la théorie française de trouble de voisinage. D'autre part, la jurisprudence la reconnaît depuis une vingtaine d'années aux certains droits de la personnalité tels que le droit de l'honneur, le droit au respect de la vie privé. Il faut noter aussi qu'il y a des lois spéciales qui reconnaissent le droit d'injonction aux victimes. Ce sont les lois relative à la concurrence et celles pour la protection de l'environnement dont j'ai parlé dans mon commentaire.

T. Awaji : En ce qui concerne les injonctions, c'est-à-dire la décision qui consiste à faire cesser les actes illicites, Monsieur M. Mekki a évoqué la possibilité d'intégrer la cessation de l'illicite dans la réparation en nature au sens large. Est-ce vrai ? Est-ce que dans ce cas, lorsqu'on demande

d'arrêter un comportement illicite on doit prouver une faute des acteurs ?

M. Boutonnet : Pas nécessairement car on a deux visions de la réparation en nature. Une très large au sein de laquelle on a notamment la remise en état. On peut alors y inclure les mesures de cessation de l'illicite, les mesures d'injonction. Cependant, on a aussi en France, depuis la thèse célèbre de Roujou de Boubée, une distinction plus nette entre réparation en nature et cessation de l'illicite puisque cette thèse a fait sortir les mesures de prévention, d'injonction, de la réparation en nature proprement dite. S'agissant des mesures préventives, à mon sens, il n'est pas nécessaire de démontrer la faute de l'exploitant et du pollueur. Il y a en effet une théorie, qui est de manière quantitative la plus appliquée en matière d'environnement, qui est la théorie des troubles anormaux de voisinage. Cette théorie conduit à prescrire des mesures de prévention, qu'on pourrait qualifier au sens large de mesures de réparation en nature, alors qu'il n'est pas utile de démontrer la faute de l'exploitant. C'est une théorie de la responsabilité sans faute.

T. Awaji : Et avant tout préjudice ?

M. Boutonnet : Oui, il s'agira souvent d'une action en référé avant que tout préjudice soit réellement causé.

S. Amrani-Mekki : Il faut un dommage imminent qui peut justifier l'action en référé.

M. Boutonnet : On retrouve cette notion de trouble.

Shun'ichiro Koyanagi : Vous avez parlé de la cessation du trouble et de la saisine du juge des référés. Alors, le demandeur doit-il établir la preuve de quelque chose ?

S. Amrani-Mekki : Oui, il doit prouver l'existence d'un trouble manifestement illicite. Mais il n'a pas à établir les conditions de fond. Il

n'a pas à prouver les conditions de la responsabilité civile (faute, préjudice, lien de causalité). Il doit seulement prouver une situation factuelle qui semble révéler un trouble manifestement illicite qui autorise le juge à bloquer la situation. Par exemple, arrêter des travaux qui nécessitent d'arracher des arbres en attendant une action au fond. On n'a même pas besoin de prouver l'urgence car dans le caractère imminent du dommage ou dans le caractère manifeste du trouble, l'urgence de l'article 809 du Code de procédure civile est présumée. L'action est donc plus facile à mettre en œuvre.

T. Awaji : Un projet de construction est en cours. Une association peut-elle arrêter les travaux ?

S. Amrani-Mekki : Oui. En droit des biens, il y a même des actions spécifiques telles que l'action en dénonciation de nouvel œuvre.

S. Koyanagi : C'est une action possessoire ?

S. Amrani-Mekki : Oui, c'est une action possessoire et non en référé et là on est face à un intérêt qui est éventuel et non né et actuel.

T. Awaji : Il s'agit d'un article qui figure au sein du Code de procédure civile ?

S. Amrani-Mekki : Non c'est du droit des biens. C'est une action devant le tribunal de grande instance.

S. Koyanagi : J'ai entendu dire qu'il y avait peu d'actions possessoires en France ? Une centaine de cas par an.

S. Amrani-Mekki : C'est vrai, elles sont rares pourtant elles sont facilitées car on n'a pas à prouver qu'on est propriétaire, *probatio diabolica* par excellence. Il suffit de prouver qu'on est possesseur depuis au moins un an.

M. Boutonnet : Ce sont de véritables actions préventives.

S. Koyanagi : L'avant-projet pour la réforme du droit des biens préparé par la commission de Périnet-Marquet va supprimer les actions possessoires. Est-ce que vous avez une opinion favorable à cette proposition?

S. Amrani-Mekki : Ce n'est qu'un avant-projet. En outre, en tant que processualiste, je pense, qu'à l'avenir, ce qu'on ne pourra pas obtenir sur le fondement du droit des biens, on pourra l'obtenir sur le fondement du référé. On va basculer d'un régime à l'autre. Avant, c'était une décision préventive au fond, avec le référé ce sera désormais une décision provisoire sans agir au fond. En pratique, ce sera la même chose.

M. Mekki : Il me semble que ce qui fait qu'une action est une action en réparation, c'est qu'il y a un préjudice. Or, dans l'hypothèse des troubles anormaux de voisinage, tu sembles, Mathilde, présenter la jurisprudence très récente qui admet qu'un simple risque de trouble puisse suffire pour obtenir réparation, pour absorber dans ce cas très particulier, tout le droit des troubles anormaux du voisinage. Alors qu'en matière de troubles anormaux du voisinage, en principe, il y a tout de même un trouble et ce trouble est un préjudice. Lorsqu'on demande la cessation d'un trouble, on a donc bien affaire à une action en réparation. Je pense qu'il faut distinguer ces deux hypothèses. En matière de troubles anormaux du voisinage, il y a des cas de réparation en nature, avec un trouble certain qui a été établi, et des cas, très récents et très contestés, de cessation de l'illicite qui n'ont rien à voir, où il s'agit d'un simple risque incertain de trouble, en ce qui concerne notamment les antennes relais de téléphonie mobile.

M. Boutonnet : Tout à fait. Il y a une distinction entre trois notions : le préjudice, le trouble et le risque. Le préjudice est définitif. On ne peut plus, à mon sens, le faire cesser. On le répare. Le trouble, il est concret, il continue, on peut encore le faire cesser. Pour une part, le trouble est

réparable parce qu'il contient une part de préjudice, tout ce qui a été ressenti. Là on peut évoquer la réparation. Mais on peut agir aussi de manière préventive pour faire cesser le trouble pour l'avenir. Et le droit français va encore plus loin. En amont du trouble et du préjudice, on trouve le risque et à plusieurs occasions, 5 jugements et deux arrêts sur ce point, on a admis que le juge puisse faire cesser un trouble alors qu'il s'agissait d'un simple risque. Ce sont tous les risques qui concernent, et je ne sais pas si c'est important au Japon, des antennes relais de téléphonie mobile. C'est une véritable mesure matérielle car on ne fait pas qu'indemniser puisqu'on demande à l'exploitant, Bouygues par exemple, de déplacer l'antenne. Effectivement, on va plus loin car il s'agit d'un risque. M dans ces décisions on va encore plus loin puisqu'il est même question d'un risque incertain non prouvé. La Cour de cassation est saisie de cette affaire et l'arrêt devrait être rendu en novembre 2009.

Benjamin Rémy : Je découvre cette séparation tripartite et je me demande si elle ne pourrait pas se réduire à deux. Il y a le préjudice, avant, le risque, après, et le trouble est un peu la fusion des deux ?

M. Boutonnet : La doctrine a tendance à confondre préjudice et trouble, mais moi je tiens à cette distinction que je trouve pertinente. Le préjudice est réalisé alors que le trouble continue et qu'on a l'opportunité de le faire cesser et qu'on a la possibilité de prescrire des mesures préventives, cela me semble important. On peut encore agir sur le trouble.

K. Yoshida : Nous allons aborder le dernier thème : les dommages et intérêts punitifs. Madame G. Goffaux-Callebaut ne semble pas très favorable aux propositions anglo-saxonnes, alors que Madame Boutonnet se montre plus accueillante. Pourriez-vous nous préciser quelle est votre position sur cette question ?

M. Boutonnet : Je suis assez accueillante avec le droit anglo-saxon et le droit américain. De bonnes lois sont mises en place par ces pays telles

que les lois qui nous viennent des Etats-Unis, les lois O.P.A. et CERCLA. Sur les dommages et intérêts punitifs dans le domaine de l'environnement, dans de nombreux projets sur l'introduction des dommages et intérêts punitifs, ce sont les atteintes à l'environnement qui étaient visées. On en parle actuellement en France car il y a un « projet de projet », fruit des diverses concertations qui ont eu lieu pendant les « Grenelle » de l'environnement. Sur ce point, Madame C. Lepage a proposé d'intégrer le système des dommages et intérêts punitifs pour dissuader les pollueurs. Ces derniers ne seraient pas seulement tenus de payer, pollueurs-payeurs, mais aussi ils seraient des pollueurs sanctionnés. Ce qui est en outre très intéressant dans le projet, c'est un contrôle du juge sur l'utilisation des sommes. Il y a même une limite temporelle car au bout d'un an les associations de protection de l'environnement devront apporter la preuve qu'elles ont dépensé l'argent dans des politiques de prévention. Ce sont d'importantes propositions car actuellement il n'y a aucun contrôle de ce type sur la manière d'utiliser les sommes octroyées. Cela me semble important car si l'association bénéficie des dommages et intérêts et ne démontre pas son utilisation en vue de la protection de l'environnement, les individus eux-mêmes devraient alors pouvoir aussi revendiquer la réparation et obtenir des dommages et intérêts punitifs. Cette différence de traitement entre groupes et individus ne se justifie que par l'affectation des sommes à la protection de l'environnement sans profit personnel pour les associations.

K. Yoshida : Personnellement, je suis favorable à l'introduction des dommages et intérêts punitifs. Cependant, ce qui est problématique, c'est de savoir à qui bénéficiera cette somme. Si ce sont les associations qui en profitent, il y a certes une stimulation pour les actions de ces groupements dans l'intérêt de l'environnement mais un risque d'instrumentalisation des actions par ces groupements. Pour ma part, je pense que soit on octroie des dommages et intérêts symboliques, soit on attribue une somme plus importante qui doit absolument être utilisée dans l'intérêt de l'environnement. Il est donc très appréciable d'opérer un contrôle de l'utilisation des sommes obtenues suite à une action engagée

par une association dans l'intérêt de l'environnement. Il y a également d'autres possibilités. Je pense en particulier à l'attribution de ces sommes à un fonds public, « une caisse publique ».

M. Boutonnet : Il existe effectivement aux Etats-Unis le cas des Trustees. Le système américain est pertinent car ces Trustees doivent justifier de l'utilisation des sommes octroyées dans l'intérêt de l'environnement.

G. Goffaux-Callebaut : Je vais finalement passer pour quelqu'un de définitivement pessimiste et anti-américain. Personnellement, je suis prudente et méfiante. On retrouve en droit de la concurrence la même question. L'idée est de lutter contre les fautes lucratives est bonne en soi et il y a de célèbres exemples au Japon qui permettent d'en défendre l'introduction. On a laissé ainsi sur le marché des produits dangereux en calculant le coût des réparations qui seraient moindres que le retrait du produit du marché. Il est donc bien de trouver une solution à ces comportements immoraux. Cependant, il y a des questions d'ordre pratique. Que va faire l'association de cet argent ? Elle va probablement l'utiliser pour continuer à vivre. Elle va également utiliser cette somme pour tenter éventuellement d'autres actions qui n'auront rien à voir avec l'action initialement engagée. Certains auteurs présentent cela comme une instrumentalisation du droit de la responsabilité civile au service du droit de la concurrence. Mais, j'ai une haute opinion du droit de la responsabilité civile pour ne pas en faire un simple instrument. Ne peut-on pas arriver au même but par des mesures administratives par exemple, en dépassant le montant maximum de l'amende et en faisant varier son montant par rapport au profit réalisé ? Vous avez ce mécanisme là en droit japonais me semble-t-il.

S. Amrani-Mekki : Je tiens, tout d'abord, à souligner que je suis assez favorable aux dommages et intérêts punitifs. Ensuite, on pourrait résoudre la difficulté en n'attribuant pas les sommes aux associations qui doivent rester dans leur rôle d'impulsion, des « ministères publics au petit pied ». Les dommages et intérêts pourraient être versés à un fonds, à

l'instar du système canadien. Ce fonds, que vous avez effectivement appelé une « caisse publique », va redistribuer les sommes pour permettre l'exercice d'autres actions en justice. En effet, la difficulté des associations est qu'elles sont très pauvres et n'ont donc pas les moyens de faire des expertises pour constituer des preuves notamment. Si elles agissent, en outre, et qu'elles perdent leur procès, elles vont devoir financer cette action. Donc ces sommes redistribuées permettraient d'aider ces associations dans leurs différentes actions.

K. Yoshida : Je vais tenter d'expliquer la situation japonaise. Comme le disait M. Segawa, précédemment, nous avons une Commission de la concurrence. C'est une autorité administrative indépendante. Après la loi de 1977, la commission a obtenu le pouvoir d'infliger une amende administrative. Après la réforme de 2005, ce système a été renforcé. Actuellement, il y a de nombreuses interventions de cette commission. L'objectif de cette autorité est de dissuader des entreprises d'adopter un comportement anticoncurrentiel. Les mesures qui ont été prises étaient des mesures de suppression, de cessation de l'illicite en quelque sorte. Cependant, elles n'étaient pas très efficaces, parce que des entreprises pouvaient garder des profits obtenus par ces comportements anticoncurrentiels. C'est pour cette raison qu'en 1977 on a introduit ce système d'une amende administrative. Mais il fonctionnait mal car le montant n'était pas très élevé, ce qui a amené la réforme de 2005, et le montant des amendes a été considérablement augmenté. Un problème s'est alors posé : le cumul de sanctions. En effet, pour les comportements anticoncurrentiels, il y a des sanctions pénales qui sont prévues mais également des sanctions administratives. Or, l'article 39 de la Constitution japonaise interdit de sanctionner deux fois les mêmes comportements illicites (*non bis in idem* en France). La double peine est prohibée. Si on renforce trop les amendes administratives, il y aurait un risque de porter atteinte à ce principe.

M. Boutonnet : Dans le domaine de l'environnement la question se pose également dans ces termes. Est-ce que l'affaire de Minamata n'a pas

conduit la doctrine à proposer les dommages et intérêts punitifs ?

N. Kanayama : Dans l'affaire Minamata, les dommages et intérêts punitifs n'étaient pas directement concernés par l'affaire. En droit japonais, la jurisprudence n'a pas accordé à une décision américaine, qui a octroyé des dommages et intérêts punitifs la force exécutoire au Japon car ce serait contraire à un des principes fondamentaux de notre droit, celui de la réparation « intégrale, et pas plus ».

K. Yoshida : En droit international privé japonais, la décision étrangère n'aurait force exécutoire qu'à la condition qu'elle soit conforme à l'ordre public japonais (l'art.118 no.3 du Code de la procédure civile japonais). C'est en vertu de cette disposition que la Cour suprême japonaise a rendu un arrêt cité par M. Kanayama

N. Kanayama : En droit japonais, par exemple, l'association de consommateur n'a que le droit de demander la cessation de la pratique illicite, comme celle de la clause abusive, et pas le droit aux dommages et intérêts. Pour faire évoluer cet état du droit positif vers la reconnaissance du droit aux dommages et intérêts, même punitifs, on pourrait juxtaposer la commission de la Concurrence, création étatique, et l'association, initiative des particuliers. Si l'amende administrative ordonnée par la commission de la Concurrence revient à l'Etat, et peut être utilisée par ce dernier comme il le souhaite, cette somme peut alors être attribuée à une ou plusieurs associations. Ici la commission de la Concurrence, création étatique, agit au nom de l'intérêt public. Pareillement, quand l'association agit au nom de l'intérêt public défini par la loi, cette dernière ne peut-elle pas bien reconnaître la libre disposition de la somme obtenue au titre des dommages et intérêts purs et simples, ou même ceux punitifs, conçus comme une sorte de l'amende administrative qui est reconnue à l'association en tant que « police civile » ?

T. Awaji : Vous avez dit qu'une partie de la doctrine est favorable au système de peine privée. Au Japon, nous sommes également plutôt

favorables à l'introduction des dommages et intérêts punitifs.

K. Yoshida : Est-ce que d'autres personnes souhaiteraient intervenir dans le débat ?

N. Segawa : Concernant la situation actuelle des associations des consommateurs, comme Monsieur Yoshida le disait, il n'y a pas encore de réparation des dommages collectifs par les groupes mais la discussion est en cours. Les dommages et intérêts punitifs ne sont pas encore d'actualité. Pour l'injonction par les associations, le système actuel est restrictif. Les associations doivent avoir un capital de 2 000 000 de Yens pour être agréées. C'est considéré comme les ressources nécessaires pour poursuivre en justice. Mais c'est une limite pour limiter le nombre de groupes. L'Etat ne veut pas qu'il y ait trop de groupes. Il s'inquiète du trop grand nombre de groupes qui auraient une activité intéressée, ce qui explique ce contrôle très étroit.

K. Yoshida : Je remercie l'ensemble des participants. Je trouve que le débat en français a été intense et très intéressant. Nous avons beaucoup discuté. Le projet de GCOE de l'Université d'Hokkaido a motivé la réflexion de l'ensemble des participants.