



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MODULE II

THÈME 6

**LE RÈGLEMENT 864/2007 DU 11 JUILLET
2007 SUR LA LOI APPLICABLE AUX
OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES
(ROME II)**

AUTEUR

Mónica HERRANZ BALLESTEROS
Maître de conférences en Droit International
Privé de l'Université Nationale d'Education à
Distance (UNED)

COURSE VIRTUEL
ETUDE SYSTEMATIQUE DE L'ESPACE
JUDICIAIRE EUROPEEN EN MATIERE CIVIL ET
COMMERCIALE
2009-2010



Con el apoyo de la Unión Europea
With the support of The European Union
Avec le soutien de l'Union Européenne

LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES : LE *RÈGLEMENT (CE) N° 864/2007 DU PARLEMENT ET DU CONSEIL DU 11 JUILLET 2007 (ROME II)*¹

SOMMAIRE : 1. INTRODUCTION. 2. CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT (CE) N° 864/2007 : (A) TEMPOREL, (B) SPATIAL, (C) MATERIEL. 3. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ : SON IRRUPTION DANS LE DROIT A REPARATION DE DOMMAGE. 4. FONCTIONNEMENT DE LA NORME GÉNÉRALE. 5. NORMES SPÉCIALES. 6. RESPONSABILITÉ CIVILE NON DÉLICTUELLE. 7. ASPECTS LIÉS AU CHAMP D'APPLICATION DE L'ORDRE JURIDIQUE DESIGNÉ. 8. AUTRES DISPOSITIONS : PROBLÈMES D'APPLICATION. RELATION AVEC D'AUTRES INSTRUMENTS COMMUNAUTAIRES ET CONVENTIONS INTERNATIONALES.

1. INTRODUCTION

L'unification des règles de conflit instaurée par le *Règlement (CE) N° 864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007* (ci-après, Rome II) suppose un important progrès dans le cadre législatif du Droit international privé européen. Diverses initiatives avaient tenté d'inclure la détermination de la loi applicable aux obligations non contractuelles dans la propre *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles de 1980* ; or, comme nous le savons, ces initiatives n'ont pas abouti.

Les antécédents ou origines du texte actuel résident dans la Proposition de la Commission du 22 juillet 2003², sur laquelle le Parlement présente de nombreux amendements rejetés par la Commission. Une *Position Commune (CE) N° 22/2006* est présentée le 28 novembre 2006, puis *arrêtée par le Conseil le 25 septembre 2006 en vue de l'adoption du Règlement CE n°.../2006 du Parlement européen et du Conseil, du... sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« ROME II »)*³ ; le texte Rome II est finalement publié le 31 juillet 2007⁴.

Cet instrument communautaire suppose l'unification des règles de conflits de lois du droit applicable aux obligations non contractuelles, tandis que subsiste la diversité matérielle des différents ordres juridiques en la matière.

Il convient de signaler qu'en vertu des dispositions de l'article 1.1 du texte, le Règlement n'est applicable qu'aux situations présentant un conflit de lois, et doit donc mettre en cause plusieurs systèmes juridiques.

La notion d'internationalité soulève sans doute les incertitudes que suscitait déjà la *Convention de Rome de 1980*, qui recueille la même norme dans son article 1.1.⁵ du *Règlement (CE) N° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*.

2. CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT (CE) N° 864/2007 : (A) TEMPOREL, (B) SPATIAL, (C) MATERIEL

(A) CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL

¹ Par Mónica Herranz Ballesteros, Maître de conférences en Droit international privé à l'UNED.

² COM 2003 427 final

³ JO C 289E/68 du 28 novembre 2006.

⁴ JO L 199/40.

⁵ Sur les difficultés soulevées par la référence à l'internationalité du contrat, voir *Derecho internacional privado* Vol. II, UNED COLEX, 4^e édition, décembre 2004, pp. 304-305.

Conformément aux dispositions de son article 32, le Règlement entrera en vigueur le 11 janvier 2009. La date à prendre en compte, pour déterminer si le litige relève ou non du champ d'application temporel de Rome II, selon les dispositions de l'article 31, sera celle du moment où le fait générateur du dommage se produit, une date qui peut être antérieure ou simultanée au moment de la manifestation de celui-ci, selon les cas.

Il faut signaler que les dispositions de l'article 29, en vertu duquel les États communiqueront à la Commission la liste des Conventions visées à l'article 28.1 ainsi que leur dénonciation, entreront en vigueur le 11 juillet 2008⁶.

(B) CHAMP D'APPLICATION SPATIAL

Le caractère universel du texte établi à l'article 3 suppose que le droit matériel applicable dans le cadre d'un litige sur les obligations non contractuelles, relevant du champ matériel de Rome II, pourra même être la loi d'un État qui n'aura pas ratifié le texte. Le dispositif de Rome II sera toujours applicable, indépendamment du lieu où s'est produit le dommage, lorsque le tribunal d'un État membre (ci-après, EM) est compétent⁷.

En vertu de l'article 1^{er} paragraphe 4, les EM sont tous les EM, à l'exception du Danemark qui – faisant usage de la clause d'*opting out* visée à l'article 69 du Traité d'Amsterdam et du Protocole sur la position de cet État annexé au Traité sur l'UE de 1997 – n'est pas soumis à ce texte communautaire⁸.

Par conséquent, l'unification des conflits de lois n'est pas totale dans l'espace communautaire, étant donné que les règles de conflits danoises continueront d'être applicables lorsque les tribunaux de cet État seront saisis d'un litige en la matière.

S'agissant du champ d'application spatial, en dépit de l'importante polémique soulevée – et aujourd'hui surmontée – sur la compétence communautaire lors de l'élaboration d'un texte de portée universelle, cette universalité a été privilégiée, comme l'explique le professeur GARCIMARTIN, pour des raisons de différente nature : en raison de la difficulté de distinguer dans le champ de la loi applicable des hypothèses *intra ou extra* communautaires, et du double système qui serait instauré par le maintien de deux textes d'application distincte, selon qu'il existe une hypothèse *intra ou extra* communautaire⁹.

(C) CHAMP MATERIEL

Conformément aux dispositions de l'article 1^{er}, les prévisions de Rome II seront applicables aux matières civile et commerciale. La Cour de justice des communautés européennes a rendu de nombreux arrêts définissant la matière civile et commerciale dans le cadre du *Règlement (CE) N° 44/2000* (ci-après, Règlement Bruxelles I), et qui ont sans aucun doute servi de référence à la délimitation de ces deux concepts dans le

⁶ Comme nous le verrons dans la section 8, cet article vise les conventions déjà ratifiées par des EM et des États tiers.

⁷ À moins qu'il ne s'agisse de conflits internes, auquel cas Rome II ne serait pas obligatoire.

⁸ Il n'en va pas de même pour le Royaume-Uni et l'Irlande, auxquels Rome II est bien applicable.

⁹ Voir GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., « *La unificación del derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (« Roma II »>)* », *La Ley* n° 6798, jeudi 11 octobre 2007

cadre du nouvel instrument communautaire. D'après son Considérant 8, c'est la matière objet du litige qui devrait importer, et non la nature de la juridiction compétente.

Comme le dispose l'article 1.1, et en concordance avec le Considérant 9, les prévisions du Règlement ne s'appliquent pas à la responsabilité de l'État née d'accidents ou d'omissions lorsqu'il s'agit d'actes *jure imperii* ; en revanche, les dispositions réglementaires seront applicables aux actions d'un particulier à l'encontre d'un État fondées sur des actes *jure gestionis*.

Comme pour la définition civile et commerciale, l'interprétation de ce qui est considéré comme une *obligation non contractuelle* dans le cadre du Règlement Bruxelles I sert de référence pour Rome II. En vertu de la jurisprudence de la CJCE, la définition de la matière non contractuelle comprend toutes les actions destinées à exiger les responsabilités du défendeur et qui ne relèvent pas de la matière contractuelle¹⁰. Il est vrai que l'interprétation de la matière non contractuelle a toujours revêtu un caractère résiduel vis-à-vis de la matière contractuelle¹¹.

Le champ d'application de Rome II s'étend également aux actions dites préventives, et comprend donc les dommages susceptibles de se produire.

L'article 1.2 énumère une longue liste de matières exclues. Cette liste a été très critiquée par la doctrine, qui a souligné que ce qui est réellement important n'est pas que Rome II n'étende pas son domaine matériel d'application à de telles matières, mais qu'il serait important de déterminer que la loi applicable à ces matières soit le régime qui régit une telle relation¹². Les matières exclues sont les suivantes :

a) les obligations non contractuelles découlant de relations de famille ou de relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables, y compris les obligations alimentaires ; b) les obligations non contractuelles découlant des régimes matrimoniaux, des régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables au mariage et aux successions ; c) les obligations non contractuelles nées de lettres de change, de chèques, de billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable ; d) les obligations non contractuelles découlant du droit des sociétés, des associations et des personnes morales concernant des matières telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, des associations et des personnes morales, de la responsabilité personnelle des associés et des organes pour les dettes de la société, de l'association ou de la personne morale et de la responsabilité personnelle des auditeurs vis-à-vis de la société ou vis-à-vis de ses organes chargés du contrôle légal des documents comptables ; e) les obligations non contractuelles

¹⁰ Affaire C-189/1987, Kalfelis, du 27 septembre 1988 ; affaire C-26/1991, Hadte, du 17 juin 1992 ; affaire C-51/1997, Réunion, du 27 octobre 1998.

¹¹ Bien que le *modus operandi* de la CJCE n'ait pas toujours été le même. À ce propos, voir l'affaire Tacconi C-334/00, l'affaire Henkel C-167/00, et un commentaire sur celles-ci dans REQUEJO ISIDRO, M., « *Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 1968: método de delimitación y determinación del Tribunal competente* », *La Ley* n° 5709 vendredi 31 mars 2003. Pour connaître la doctrine espagnole sur la définition des obligations non contractuelles visée dans le texte communautaire, voir AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., « *XI Tesis sobre el Estatuto delictual* », dans *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, sur le site www.reei.org.

¹² HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations", *Rebels* 2003, pp. 1-56, en espec., pp. 5-6. *Ibid*, AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E.,

découlant des relations entre les constituants, les *trustees* et les bénéficiaires d'un trust créé volontairement ; f) les obligations non contractuelles découlant d'un dommage nucléaire.

Enfin – mais il s'agit sans doute, à notre avis, de l'exclusion la plus importante – le champ d'application de Rome II exclut les atteintes à la vie privée ou aux droits de la personnalité, y compris la diffamation. Leur exclusion affaiblira considérablement l'application pratique du texte communautaire. Cette matière était incorporée dans la Proposition de la Commission, mais les amendements du Parlement l'ont supprimée du champ d'application matériel, suite à une campagne de lobby, d'après la doctrine. Finalement, la *Position commune (CE) N° 22/2006 arrêtée par le Conseil le 25 septembre 2006 en vue de l'adoption du Règlement CE n°.../2006 du Parlement européen et du Conseil, du... sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (« Rome II ») l'exclut du champ matériel d'application. Les atteintes internationales les plus fréquentes – a fortiori avec le développement actuel de la société de l'information dans laquelle nous vivons – seront les atteintes aux droits de la personnalité¹³.

3. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE : SON IRRUPTION DANS LE DROIT A REPARATION DES DOMMAGES

La faculté pour les parties de désigner l'ordre juridique régissant la responsabilité non contractuelle est visée à l'article 14 de Rome II comme principale connexion dans le cadre de l'instrument communautaire. Les connexions déterminant les ordres juridiques applicables sont, par ordre de fonctionnement, les suivantes : (1) l'autonomie de la volonté des parties ; (2) la résidence habituelle commune des parties ; (3) le critère des rattachements les plus étroits s'ils existent ; (4) la *lex loci delicti*.

Voici les différents aspects d'analyse sur le régime juridique de la clause d'attribution : (A) *portée*, (B) le *moment du choix*, (C) les *limites à ce choix*, et (D) le *mode* à travers lequel les parties expriment un tel choix.

(A) S'agissant de la portée de l'autonomie de la volonté dans le choix du droit applicable, elle s'étend aux dommages extracontractuels, à la *culpa in contrahendo* et aux quasi-contrats. En outre, il convient de signaler, comme dans l'analyse de l'application universelle de Rome II, que les parties pourront désigner l'ordre juridique d'un EM ou celui d'un pays extracommunautaire.

Cette dernière possibilité – choix de l'ordre juridique d'un État tiers – est à mettre en rapport avec l'article 14.3, qui tente de sauvegarder l'application des dispositions du Droit communautaire lorsque tous les éléments de la relation sont localisés dans un ou plusieurs EM. De même, l'article 14.2 établit l'impossibilité de déroger, par accord des parties, à l'application des normes impératives de l'État où tous les éléments pertinents de la relation sont localisés, même lorsqu'elles ont choisi l'ordre juridique d'un autre État¹⁴.

¹³ Voir notamment en rapport avec cette matière, la Clause de révision de l'article 30 de Rome II. Sur de tels dommages, notamment sur le Net, voir DE MIGUEL ASENSIO, P.A., « *Derecho privado de Internet* », Cívitas, 3^e édition, 2002, pp. 529-578.

¹⁴ Cet aspect soulève les mêmes interrogations qu'avec la *Convention de Rome de 1980*, dans la mesure où l'on se demande si la relation peut ne pas devenir internationale en vertu de l'autonomie des parties en choisissant un ordre juridique étranger lorsque tous les éléments de la relation sont localisés dans un même État. À ce propos, la doctrine fait preuve d'un grand scepticisme.

(B) Le moment du choix, dans le Règlement Rome II, peut être soit *ex ante*, soit *ex post* au fait générateur du dommage, contrairement à ce que prévoyait la Proposition de la Commission, qui n'admettait pas le choix *ex ante* du droit applicable en vertu de l'autonomie de la volonté des parties. Quant au choix *ex post*, deux conditions cumulatives ont été incorporées pour que le choix de l'ordre juridique en vertu de l'autonomie des parties soit possible : que *les deux parties exercent une activité commerciale*, et que *l'accord soit librement négocié*. La première condition exclut l'implication de consommateurs ou de travailleurs ; quant à la négociation individualisée elle exclut qu'un tel choix puisse avoir lieu dans les clauses comprises dans les conditions générales.

(C) Les limites au choix du droit applicable par les parties pourraient être qualifiées de deux types : (a) quant aux *matières* auxquelles l'article 14 ne s'applique pas, et (b) quant au *contenu* du droit choisi par les parties.

(a) S'agissant des matières, les parties ne pourront pas convenir du droit applicable en cas d'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle ou industrielle, ni en cas d'atteinte au droit à la libre concurrence. Par conséquent, les ordres juridiques applicables en vertu de ces dispositions – article 8 dans la première hypothèse, et article 6 dans la seconde – seront obligatoires. L'argument avancé pour ne pas admettre l'autonomie de la volonté dans ces deux matières réside dans la défense des intérêts publics présents dans leur réglementation matérielle, qui incitent à les soustraire de l'autonomie de la volonté des parties¹⁵.

(b) S'agissant du contenu du droit choisi par les parties. L'article 14 dispose que cet ordre juridique ne peut porter préjudice aux tiers¹⁶.

Le fait que les parties aient à convenir de l'application d'un droit avec lequel elles présentent un rattachement ne suppose en aucun cas une limite au choix de la loi applicable, et cet ordre juridique peut d'ailleurs leur être complètement étranger.

(D) Le mode ou la manière par lesquels les parties expriment le choix du droit applicable peut être de manière *expresse ou découler des éléments de l'affaire*. Bien que dans la première des options, de manière expresse, il ne semble pas y avoir de difficultés d'interprétation, la deuxième permet de choisir la loi de manière implicite, le juge devant interpréter sur la base de circonstances de différente nature à quel système juridique est soumise la responsabilité extra-contractuelle..

Bien que l'incorporation de l'autonomie de la volonté dans le droit de la responsabilité non contractuelle ait reçu de bonnes critiques, son applicabilité est cependant remise en cause dans la pratique¹⁷.

4. FONCTIONNEMENT DE LA NORME GENERALE

¹⁵ AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., p. 15. ont émis de vives critiques à l'égard de cet argument.

¹⁶ Le professeur F.J., GARCIMARTIN offre un exemple sur les compagnies d'assurance. En effet, l'article 18 de Rome II prévoit la possibilité d'une action directe de la victime à l'encontre de l'assureur du responsable lorsque la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou à l'assurance le prévoit ; par conséquent, l'article 14.1 ne leur permet pas de choisir un ordre juridique qui serait plus favorable ou qui, en définitive, permettrait cette action directe ; voir « *La unificación del derecho conflictual en Europa...* », *op. cit.*,

¹⁷ *Ibid.*,

La norme générale figure à l'article 4 de Rome II, un précepte qui recueille dans son premier paragraphe la *lex loci delicti commissi* ; le second paragraphe dudit article incorpore le critère de la résidence habituelle commune des parties ; enfin, le paragraphe 3 établit celui des liens manifestement plus étroits. Bien que la rédaction du texte parte de la norme générale de la *lex loci delicti commissi*, une lecture complète de l'article permet d'en déduire un résultat différent. En effet, le premier des rattachements énoncés s'appliquera en réalité en dernier lieu, à défaut d'une résidence habituelle commune des parties et d'un ordre juridique avec lequel le fait dommageable présenterait des liens manifestement plus étroits. Voici une analyse succincte de chacun des rattachements prévus par la norme générale, par ordre d'application :

(A) La loi de la résidence habituelle commune des parties : son origine réside dans le célèbre principe *Jackson*¹⁸. Dans le cadre de l'article 4 de Rome II, ce critère intervient comme une exception à la *lex loci* et jouit d'une primauté absolue sur celle-ci. Le lieu de résidence habituelle à considérer est celui de la personne dont la responsabilité est mise en cause (elle peut être différente de la personne ayant causé le dommage) et de celle qui subit le fait dommageable.

Voici certains des avantages attribués à cette norme : le choix de l'ordre juridique de la résidence habituelle commune des parties est plus prévisible pour celles-ci ; il sera en outre plus connu ; et ceci peut conduire – lorsque le litige est porté devant les tribunaux les plus proches – à une corrélation *forum-jus*. Cependant, une situation compliquée pourrait se produire lorsqu'il existe davantage de sujets et que ceux-ci n'ont pas leur résidence habituelle commune dans le même État, de sorte que différents ordres juridiques seront applicables et pourront donner lieu à des résultats matériels différents¹⁹.

Rome II définit dans son article 23 le lieu de résidence habituelle des personnes morales, et le situe là où elles ont établi leur administration centrale. Lorsqu'il existe une succursale, une agence ou tout autre établissement, le lieu de résidence habituelle est celui où ceux-ci sont situés²⁰. Le même article fait une référence au lieu de résidence des personnes physiques agissant dans le cadre de leur activité professionnelle, de sorte que cette résidence sera le lieu de l'établissement principal où elles exercent leur activité professionnelle.

(B) Le critère des liens manifestement plus étroits : la clause ouverte des liens manifestement plus étroits apparaît, comme le critère de l'autonomie de la volonté, dans le cadre de Rome II, à l'article 4 paragraphe 3.

Le critère des liens plus étroits doit être appliqué à titre exceptionnel, à en juger par la rédaction de l'article, qui emploie l'adverbe « ... *manifestement* plus étroits ». Il convient en outre d'observer que cette clause n'est pas applicable aux hypothèses

¹⁸ Arrêt de la *Court of Appeals* de New York, dans l'affaire *Babcock v. Jackson*, et dans lequel elle décide d'abandonner le critère de la *lex loci delicti* en raison du détachement de toutes les parties avec le lieu de l'accident, pour appliquer le critère de la résidence habituelle commune.

¹⁹ AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., « *XI Tesis sobre el estatuto...* », p. 10.

²⁰ Voir la différence existant avec la réglementation faite dans le Règlement Bruxelles I en matière de compétence judiciaire internationale, en vertu duquel il est possible de saisir soit les tribunaux du domicile de la société mère, soit, conformément à l'article 5, les tribunaux du lieu où la succursale, agence ou tout établissement sont établis. La différence n'est pas sans importance, dans la mesure où l'option de Rome II permettra aux sociétés d'ouvrir des lieux de production dans des États où les ordres juridiques offrent des niveaux de protection plus faibles que dans l'État où est exercée l'administration centrale, lieu où les décisions sont d'ailleurs adoptées, l'ordre juridique du premier État étant applicable.

régies par les normes spécifiques, à moins qu'elle n'apparaisse expressément dans le précepte à appliquer (par exemple, dans les articles 5, 10, 11 et 12).

Le propre précepte signale que l'existence d'un lien manifestement plus étroit pourrait découler d'une relation préexistence entre les parties, d'un contrat par exemple, présentant un lien étroit avec le fait dommageable. Par conséquent, la juridiction peut interpréter que l'ordre juridique régissant la relation contractuelle présente un lien manifestement étroit avec le fait dommageable, et étendre ainsi l'application de cet ordre à la responsabilité non contractuelle découlant du dommage.

(C) *Locus damni* : l'article 4, paragraphe 1 consacre l'application de la loi du lieu du fait dommageable. Bien que ce principe figure en premier lieu dans cet article, son application revêt un caractère subsidiaire par rapport aux rattachements tels que l'autonomie de la volonté, la loi de la résidence habituelle commune, ou la possible application de l'ordre juridique avec lequel la situation présente les liens manifestement plus étroits s'ils existent. Il faut aussi signaler que l'application du rattachement *locus damni* sera également subsidiaire face aux normes spéciales fixées dans Rome II.

Le choix de la loi du lieu du dommage écarte l'application de l'ordre juridique où survient le fait ayant donné lieu au dommage ainsi que des ordres des États où des dommages indirects sont occasionnés²¹. S'agissant du premier aspect, nous observons que Rome II exclut la possible ubiquité (application soit de la loi où l'événement dommageable s'est produit, soit du lieu du dommage), en s'écartant de la jurisprudence de la CJCE qui interprète l'article 5.3 du Règlement Bruxelles I ; en effet, cette solution en matière de dommage à distance dans Rome II opte pour l'application de l'ordre juridique du lieu du dommage. Il en va autrement lorsque l'action occasionne des dommages directs dans plusieurs États, puisque chacune des lois matérielles des États où les dommages directs se sont produits sera alors applicable.

S'agissant du second aspect – les dommages indirects – la jurisprudence de la CJCE s'applique bien, dans la mesure où elle a déclaré : « *La notion de "lieu où le fait dommageable s'est produit", figurant à l'article 5, point 3, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne vise pas le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État contractant* »²².

5. NORMES SPECIALES

Les normes spéciales ont été prévues pour les hypothèses où le critère du *locus damni* est considéré inapproprié pour s'appliquer à certaines catégories d'actes illicites, avec une tendance à la spécialisation par matières. Les catégories mentionnées sont les suivantes : (A) responsabilité du fabricant du produit, (B) concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence, (C) atteinte à l'environnement, (D) atteinte aux droits de la propriété industrielle et intellectuelle et (E) la responsabilité du fait de grève ou de lock out.

(A) Responsabilité du fabricant du fait des produits : la solution spéciale visée à l'article 5 n'écarte pas entièrement les prévisions de la norme générale de l'article 4. En effet, c'est la règle générale, *locus damni* qui, conformément à l'article 5 paragraphe 1, ne sera pas applicable ; toutefois, les dispositions de ce précepte permettent l'application de la loi de la résidence habituelle commune des parties visée à l'article 4.2. Ce dernier

²¹ Voir considérants 15, 16 et 17.

²² Aff. Antonio Marinari contre Lloyds Bank Plc et Zubaidi Trading Company C-364/93.

ordre juridique cessera d'être applicable lorsque : (a) la commercialisation du produit s'effectue dans l'État de la résidence habituelle de la personne lésée, auquel cas il sera fait application de la loi de ce dernier ; (b) l'acquisition du produit a lieu dans l'État où il est commercialisé, auquel cas l'ordre juridique de ce dernier est applicable ; (c) lorsque le lieu de survenance du dommage correspond au lieu de commercialisation, auquel cas il sera fait application de la loi de ce dernier pays.

Le texte maintient sans doute une remarquable neutralité de la règle de conflit destinée à fixer la loi applicable à la responsabilité du fait de produits défectueux, et ce en vertu de l'objectif visé, qui n'est autre que l'équilibre entre les intérêts des parties. Il prétend en effet que l'ordre juridique applicable soit proche de la personne lésée, mais également que le responsable du fait dommageable puisse prévoir sa soumission à ladite loi. Celle-ci réside dans la clause de prévisibilité visée dans le précepte, de sorte que si le responsable du produit n'a pas pu prévoir raisonnablement que le produit serait commercialisé dans le pays dont l'ordre juridique s'avère applicable conformément aux alinéas a), b) et c), la loi applicable sera celle de la résidence habituelle du responsable.

Enfin, Rome II prévoit dans son article 5.2 une clause d'exception spécifique pour cette catégorie d'actes illicites qui étend la possible application de l'ordre juridique avec lequel le fait dommageable présenterait des liens manifestement plus étroits. Il convient de signaler que pour désigner la loi la plus étroitement rattachée, le texte propose une présomption fondée sur l'existence d'une relation juridique préexistante ; de sorte que l'ordre juridique qui la régit – il s'agira normalement d'une relation contractuelle – s'étendra à la responsabilité découlant des dommages causés par des produits défectueux²³.

Dans cette catégorie d'actes illicites, il ne faut pas oublier la *Convention sur la loi applicable à la responsabilité des fabricants du fait des produits*, conclue à La Haye le 2 octobre 1973, et son incidence sur l'application du Règlement, comme nous le verrons dans la section 8 du présent thème.

(B) Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence : hypothèses visées à l'article 6 dans ses différents paragraphes. Comme l'a observé la doctrine, en réalité les dispositions de cet article ne créent pas une nouvelle norme, mais précisent la norme générale de l'article 4. Ainsi, il fixe le *locus delicti* pour cette matière dans le marché affecté²⁴, et l'article 6 rejette le jeu du rattachement de la résidence habituelle commune des parties, le critère des liens plus étroits, et comme nous l'avons vu, le rattachement de l'autonomie de la volonté. L'article 6 distingue deux hypothèses : concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence²⁵.

Pour la première hypothèse, il prévoit deux cas distincts, selon que l'acte affecte les intérêts collectifs des consommateurs, c'est-à-dire le marché en général, ou un consommateur en particulier. Ainsi, tandis que dans le premier cas la loi applicable est

²³ Cette circonstance sera habituelle, voir TORRALBA MENDIOLA, E., « *El Proyecto de Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad por productos* », *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 13, p. 63.

²⁴ Ce type de normes a été fortement critiqué par certains courants de la doctrine, qui ont défendu sa disparition, AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., « *XI Tesis sobre el estatuto...* », pp. 19-21.

²⁵ La Commission a élaboré à ce propos un *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* ; Bruxelles, le 19 décembre 2005, COM (2005) 672 final. Quant au Parlement européen, il a adopté une Résolution le 25 avril 2007, sur le Livre vert intitulé : *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*. Finalement, la Commission élabore un *Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante* ; Bruxelles, le 2 avril 2008, COM (2008) 165 final.

celle de l'État sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts des consommateurs sont affectés, dans le second, c'est l'article 4 qui est applicable.

Quant aux actes restreignant la libre concurrence, il sera fait application de la loi de l'État où le marché est affecté. Lorsque le marché est susceptible d'être affecté dans plus d'un pays, le demandeur en réparation saisissant les tribunaux du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur l'ordre juridique du for, donnant ainsi lieu à une union *forum-jus* ; ceci est possible lorsque ce marché fait également partie de ceux qui sont directement affectés par l'acte restreignant la concurrence. En cas de pluralité de défendeurs, et lorsque le demandeur souhaite introduire la demande devant les tribunaux du domicile de l'un d'entre eux, cet ordre juridique pourra s'appliquer si ce marché fait également partie de ceux qui sont directement affectés par l'acte restreignant la concurrence.

(C) Atteinte à l'environnement : c'est l'article 7 de Rome I qui contient la norme relative à de telles atteintes²⁶. Le précepte prévoit en principe l'application de l'ordre juridique de l'État où le dommage est subi, toutefois si la victime le souhaite, la loi de l'État d'origine pourra s'appliquer. Cette option évite des situations où l'on prétendrait contourner des législations dont les contrôles seraient plus stricts, au profit de l'application d'ordres juridiques plus souples²⁷ ; en effet, la norme s'inspire d'un clair *favor laesi*, formellement défendu dans le Considérant 25 du texte.

Les hypothèses auxquelles s'étend ce précepte ne concernent pas uniquement les dommages environnementaux à caractère public, mais également les dommages privés, c'est-à-dire ceux causés aux personnes ou aux biens²⁸. Il faut également signaler que l'intervention de l'autonomie de la volonté n'est pas exclue dans cette matière, et que l'ordre applicable peut donc être modifié, bien que cela semble une option peu probable.

(D) Propriété intellectuelle et industrielle : la solution de l'article 8 du texte consiste en l'application de la loi du pays dans le territoire duquel la protection est revendiquée, une solution inspirée d'un principe territorialiste clair. Le fonctionnement de l'article 8 en rapport avec les autres préceptes est le suivant : la règle générale de l'article 4 n'est pas applicable, et quant à l'ordre juridique devant régir la responsabilité non contractuelle pour les atteintes à la propriété industrielle ou intellectuelle, il ne peut pas non plus être écarté par l'autonomie de la volonté, cette dernière option étant très critiquée par la doctrine.

Le choix de la *lex loci protectionis* présente des avantages incontestables, bien que les inconvénients d'une norme aussi rigide pour régler certains problèmes actuels aient également été dénoncés. S'agissant de ces derniers, nous estimons qu'il convient de signaler notamment – compte tenu de l'important essor que connaît à l'heure actuelle l'utilisation d'Internet – les atteintes aux droits d'auteur *plurilocalisées*, de plus en plus fréquentes dans la société de l'information. La multiplicité des lois appelées à

²⁶ Le Considérant 24 du texte offre une définition du dommage environnemental, entendu comme *une modification négative d'une ressource naturelle telle que l'eau, les sols ou l'air, une détérioration d'une fonction assurée par cette ressource au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public, ou une détérioration de la diversité biologique*. Le texte de la Proposition de Règlement Rome II renvoyait – pour la définition du concept de dommage environnemental – à la Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JO L143/56 du 30 avril 2004.

²⁷ Pour une analyse de celle-ci, voir, CRESPO HERNANDEZ, A., « *Daños al medio ambiente y regla de la ubicación en el art. 8 del futuro Reglamento Roma II* », InDret, juillet 2006, sur www.indret.com

²⁸ La règle de l'ubiquité dans cette dernière hypothèse a été fortement critiquée.

s'appliquer – autant que d'États où l'atteinte a eu lieu – entrave sérieusement l'action de toutes sortes d'opérateurs juridiques²⁹.

L'article 13 détermine l'application de l'ordre juridique appelé à résoudre le litige selon la solution de l'article 8, et non celui qui est applicable dans les normes visées au Chapitre III³⁰ (enrichissement sans cause, *culpa in contrahendo* et la gestion d'affaires).

Enfin, l'article 8, paragraphe 2 distingue les hypothèses où l'obligation non contractuelle résulte d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire. Dans ce cas, la loi applicable n'est plus la *lex loci protectionis*, mais la *lex loci delicti commissi* (la loi de l'État où l'atteinte a eu lieu). Toutefois, cet ordre juridique régira les questions qui ne sont pas déjà réglementées par les différents instruments communautaires³¹.

(E) Actions collectives : La définition de ce qu'il faut entendre par action collective dans l'article 9 de Rome II réside dans le Considérant 27, et a principalement trait à la grève et au *lock out*. L'article 9 rend applicable aux dommages non contractuels occasionnés par les actions collectives la loi de l'État où l'action est ou sera engagée. Cette norme n'est pas considérée comme une règle spéciale, mais comme une précision de l'article 4 ; de sorte qu'en cas de dommages non contractuels occasionnés à des entrepreneurs situés à l'étranger et résultant de telles actions, l'ordre juridique applicable ne sera pas celui du lieu où ils se trouvent, mais la loi de l'État où l'action est ou sera engagée³².

6. RESPONSABILITE CIVILE NON DELICTUELLE

Le Chapitre III, comprenant les articles 10, 11 et 12, est consacré aux obligations civiles non délictuelles, notamment (A) l'enrichissement sans cause, (B) la gestion d'affaires, et (C) la *culpa in contrahendo*.

(A) Enrichissement sans cause : l'article 10 de Rome II fixe une règle de conflit dont les rattachements fonctionnent de façon subsidiaire. Ainsi, en premier lieu, lorsque l'obligation non contractuelle est née dans le cadre d'une relation préexistante entre les parties, un contrat par exemple, c'est le même ordre juridique régissant cette relation qui s'appliquera aux dommages non contractuels résultant de l'enrichissement sans cause. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée conformément au rattachement du paragraphe 1, l'article 10.2 dispose que l'ordre applicable sera celui

²⁹ Sur cet aspect en particulier, et sur les différentes propositions doctrinales, voir LOPEZ-TARRUELLA, A., « *Ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la propuesta de Reglamento Roma II* », *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 235, 2005, pp. 38-41.

³⁰ Par exemple, comme l'expose F. J. GARCIMARTIN, les actions pour enrichissement sans cause résultant d'une atteinte aux droits de la propriété industrielle ou intellectuelle sont soumises à l'article 8 et non à l'article 10 ; voir « *La unificación del derecho conflictual en Europa...* ».

³¹ Dont : Règlement 40/1994 sur la marque communautaire, JO L11 du 14 janvier 1994 ; Règlement 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires, JO L3 du 5 janvier 2002 ; Règlement 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, JO L 227 du 1^{er} septembre 1994, modifié par le Règlement 873/2004 du Conseil, JO L162 du 30 avril 2004 ; Règlement 2081/92 du Conseil, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, JO L 208 du 24 juillet 1992.

³² Voir la différence existant en la matière lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence judiciaire internationale conformément au *Règlement Bruxelles I*, en permettant la règle de l'ubiquité, c'est-à-dire que le lieu où s'est produit le fait dommageable peut être le lieu où le dommage s'est produit ou le lieu de l'événement causal. Quant au droit applicable, ceci pourrait conduire à appliquer un droit différent de celui du lieu où l'action collective est suivie, une circonstance que l'article 9 tente d'éviter.

de la résidence habituelle commune des parties, le cas échéant. En troisième lieu, lorsque l'ordre juridique applicable ne peut être déterminé ni en vertu du paragraphe 1 ni selon le paragraphe 2, il sera fait application de la loi de l'État du lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit. Enfin, le paragraphe 4 prévoit une clause dérogatoire qui permet d'appliquer un ordre juridique distinct des précédents lorsqu'une loi présente des liens manifestement plus étroits avec cette relation.

(B) Gestion d'affaires : nous renvoyons aux dispositions de l'article 10, puisque l'article 11 reprend exactement les mêmes points de rattachement employés pour l'enrichissement sans cause, ainsi que leur fonctionnement.

C) *Culpa in contrahendo* : pour définir la *culpa in contrahendo*, le Considérant 30 de Rome II se réfère expressément à un concept autonome qui n'a pas à être inclus dans les législations nationales. Ce Considérant se réfère expressément à la violation du devoir d'informer et à la rupture de négociations contractuelles et n'inclut que les obligations non contractuelles présentant des liens directs avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat. L'ordre applicable à la responsabilité non contractuelle résultant de la *culpa in contrahendo* sera celui qui aurait régi le contrat si ce dernier avait été conclu. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la loi applicable, les rattachements prévus pour la responsabilité non contractuelle de tout autre dommage s'appliquent alors, c'est-à-dire la loi de la résidence habituelle commune des parties, le cas échéant, la loi où le dommage s'est produit, et enfin, la clause ouverte des liens manifestement plus étroits, s'il y a lieu.

7. ASPECTS LIES AU CHAMP D'APPLICATION DE L'ORDRE JURIDIQUE DESIGNÉ

Dans cette section, nous ferons référence à une liste de préceptes (articles 15 à 22) qui régissent des aspects distincts.

(A) Portée de la loi applicable : elle détermine le champ d'application de l'ordre juridique qui s'avère applicable conformément aux rattachements prévus par Rome II.

Elle régit notamment : a) le fonctionnement et la portée de la responsabilité, y compris la détermination des personnes pouvant être considérées responsables de leurs propres actes ; b) les causes d'exonération, ainsi que de limitation et de partage de la responsabilité ; c) l'existence, la nature et l'évaluation des dommages, ou la réparation demandée ; d) dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par son droit procédural, les mesures que ce tribunal peut adopter pour prévenir, mettre fin au dommage ou pour garantir sa réparation ; e) la transmissibilité du droit à réparation, y compris par succession ; f) les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont subi ; g) la responsabilité du fait d'autrui ; h) les modes d'extinction des obligations ainsi que la prescription et la déchéance, y compris les règles relatives au point de départ et à l'interruption des délais.

(B) Dispositions impératives dérogatoires : l'application de normes du for internationalement impératives s'effectue quel que soit l'ordre régissant la responsabilité. On entend par norme internationalement impérative l'ensemble réglementaire d'un pays essentiel à son organisation politique, sociale ou économique.

(C) Règles de sécurité et de comportement : il s'agit d'un ensemble de règles en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait ayant entraîné la responsabilité, et dont il faudra tenir compte pour apprécier le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée.

En vertu de la rédaction du précepte, le juge tiendra compte de ces normes pour autant que de besoin, et les seules qui devront être appliquées en réalité seront celles

auxquelles renvoie la règle de conflit applicable. En définitive, il s'agit de ne laisser aucun doute sur le fait que l'ordre juridique clé est celui désigné pour régir la responsabilité non contractuelle conformément à Rome II.

(D) Action directe contre l'assureur du responsable : l'article 18 permet à la personne lésée d'agir directement contre lui dans la mesure où la loi applicable à l'obligation non contractuelle, ou la loi applicable à l'assurance, le prévoit. Le fonctionnement des rattachements est alternatif, et c'est donc à la victime de choisir.

Il convient de rappeler à ce propos que lorsque les parties – faisant usage de l'autonomie de la volonté – ont désigné le droit applicable à la responsabilité non contractuelle, celui-ci ne pourra pas nuire aux intérêts de tiers, conformément aux dispositions de l'article 14 ; ainsi, l'auteur du dommage et la victime ne peuvent nuire à la compagnie d'assurance en vertu d'une action directe, lorsqu'une telle action n'est prévue ni par l'ordre juridique du lieu du dommage, ni par la loi applicable au contrat³³.

(E) Subrogation : le texte prévoit l'hypothèse où un tiers (une compagnie d'assurance, par exemple) a acquitté ou est tenu d'acquitter un paiement au créancier en vertu d'une responsabilité non contractuelle. La loi applicable à l'obligation de paiement du tiers déterminera dans quelle mesure ce dernier (le tiers) peut ou non utiliser les droits de la victime (le créancier) vis-à-vis du débiteur.

(F) Responsabilité multiple : en cas de pluralité de débiteurs, et lorsque le créancier ne s'est adressé qu'à un seul d'entre eux qui a en outre honoré la dette, le précepte prévoit que la loi applicable à la responsabilité non contractuelle sera celle qui régira le droit du débiteur d'exiger aux autres une compensation. En effet, cet ordre peut être distinct selon les débiteurs.

(G) Validité formelle : ce précepte prévoit la validité formelle d'un acte juridique unilatéral relatif à une obligation non contractuelle s'il s'effectue soit conformément à la loi du lieu où il est intervenu, soit conformément à la loi régissant l'obligation non contractuelle.

(H) La charge de la preuve : en vertu de l'article 22, lorsque la loi régissant l'obligation non contractuelle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve en matière d'obligations non contractuelles, cet ordre sera applicable à de tels aspects. Quant à l'admissibilité des moyens de preuve des actes juridiques, ils sont soumis soit à la loi du for, soit aux ordres juridiques régissant la validité formelle de cet acte (par la loi régissant l'obligation non contractuelle ou la loi du lieu d'intervention de l'acte).

8. AUTRES DISPOSITIONS : PROBLEMES D'APPLICATION. RELATION AVEC D'AUTRES INSTRUMENTS COMMUNAUTAIRES ET CONVENTIONS INTERNATIONALES

S'agissant des problèmes d'application, Rome II se réfère notamment aux suivants :

(A) L'article 24 exclut le renvoi puisqu'il écarte l'application des règles de conflit de l'ordre juridique auquel renvoie Rome II.

³³ F. J., GARCIMARTIN, « *La unificación del derecho conflictual en Europa:...* », *op. cit.* ; Pour une opinion contraire, c'est-à-dire l'impossibilité d'alléguer une telle limitation étant donné que l'action directe constitue une obligation pour la compagnie d'assurance et non un droit pour la victime, voir SEUBA TORREBLANCA, J. C., « *Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento « Roma II »* », In Dret, n° 269, février, 2005. p. 25.

(B) Pour les systèmes non unifiés, l'article 25 distingue deux situations : (a) le renvoi à des systèmes complexes, en adoptant la solution du renvoi direct ; (b) concernant l'application du Règlement aux conflits internes lorsqu'il existe des unités territoriales dans un même État dotées de leurs propres normes en matière d'obligations non contractuelles, l'application du Règlement ne sera pas obligatoire, et la possible extension de la règle communautaire à de tels cas relèvera donc de la volonté de l'État.

(C) Ordre public : comme dans d'autres instruments, l'article 26 de Rome II contient une clause d'ordre public qui écarte l'application de l'ordre juridique étranger lorsque celui-ci est *manifestement* contraire à l'ordre public du for.

Le Considérant 32 de Rome II donne comme exemple d'application de l'ordre public l'ordre étranger qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs excessifs.

Quant à la relation du Règlement Rome II avec d'autres dispositions du Droit communautaire et conventions internationales, nous allons examiner séparément ces deux hypothèses :

(A) S'agissant de la première hypothèse, relative à l'application de Rome II avec d'autres dispositions du Droit communautaire, l'article 27 reconnaît la supériorité du droit dérivé existant dans des matières particulières, vis-à-vis des dispositions de Rome II.

(B) La relation de Rome II avec d'autres conventions internationales offre deux situations :

(a) La première, portant sur les relations entre EM et États tiers lorsqu'il existe déjà une convention en la matière au moment de l'adoption du Règlement. Dans ce cas, les normes du Règlement n'affectent pas l'application de la convention existante. À titre d'exemple, des instruments tels que la *Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière*, signée à La Haye en 1971, ou la *Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, signée à La Haye en 1973, ratifiées par un grand nombre d'EM, continueront de s'appliquer pour ces matières entre un EM et un État tiers, ainsi que dans les relations entre EM. À ce propos, il faut tenir compte des dispositions de l'article 29 relatives à la communication devant être faite à la Commission concernant la liste de conventions visées à l'article 28.1 et leur éventuelle dénonciation.

(b) La seconde situation concerne les relations entre EM, et pour laquelle Rome II prime sur les conventions signées uniquement entre ces EM.

Il faut signaler que l'hypothèse a) comme l'hypothèse b) portent sur les conventions qui étaient déjà en vigueur avant que Rome II ne soit applicable. Toutefois, s'agissant des futures conventions, la matière s'est communautarisée, et les États ne peuvent donc pas signer de conventions avec d'autres États sur de telles matières. Afin d'atténuer les conséquences d'une telle situation, le Considérant 37 se réfère à l'adoption d'une procédure à travers laquelle les EM seront autorisés – dans des cas particuliers et exceptionnels – à négocier et à signer en leur propre nom avec des pays tiers des accords sur des matières sectorielles contenant des dispositions sur la législation applicable aux obligations non contractuelles.

