

RESPONSABILITÉS – TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

Partie préliminaire – Livre 4

La loi applicable à la responsabilité

Marie Dechamps¹

Assistante à l'Université catholique de Louvain (Cedie)

1. L'auteur peut être contactée à l'adresse suivante: marie.dechamps@uclouvain.be. L'auteur remercie le Professeur Stéphanie Francq pour sa relecture attentive et ses conseil avisés.

Copyright - for internal use only

Table des matières

INTRODUCTION	6
CHAPITRE 1. LA LOI APPLICABLE EN VERTU DE LA SOURCE EUROPÉENNE: LE RÈGLEMENT ROME II	7
Section 1. Le champ d'application	7
§ 1. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL	7
A. Les situations comportant un conflit de lois, mettant en jeu des obligations non contractuelles et relevant de la matière civile et commerciale	8
1. Les obligations non contractuelles	8
i. La distinction entre les obligations contractuelles et extracontractuelles	8
ii. Les définitions	9
iii. Les questions pendantes	9
2. La matière civile et commerciale	10
B. Les matières exclues du règlement	11
§ 2. LE CHAMP D'APPLICATION SPATIAL ET TEMPOREL	12
Section 2. Les relations avec d'autres instruments	12
§ 1. LES RELATIONS ENTRE LE RÈGLEMENT ET LE DROIT MATÉRIEL EUROPÉEN PRIMAIRE ET DÉRIVÉ	12
§ 2. LES RELATIONS ENTRE LE RÈGLEMENT ET LES CONVENTIONS INTERNATIONALES PRÉEXISTANTES	14
Section 3. L'autonomie de la volonté	15
§ 1. LES EXCLUSIONS	16
§ 2. LE CHOIX EX ANTE ET LE CHOIX <i>POST ANTE</i>	16
A. La distinction entre les parties n'exerçant pas d'activité commerciale et les parties exerçant une activité commerciale	16
B. Le concept d'activité commerciale	17
C. Le choix <i>ex ante</i>	18
§ 3. LES CONDITIONS ENCADRANT LE CHOIX	19
A. Le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances de l'espèce	19
B. Le choix ne peut porter préjudice aux droits des tiers	20
C. La possibilité de désigner un droit non étatique	20
D. La possibilité de modifier le choix	21
§ 4. LES LIMITES	22

§ 5. LES RELATIONS ENTRE L'ARTICLE 14 ET LA CLAUSE D'EXCEPTION	22
Section 4. La loi applicable aux atteintes découlant d'un fait dommageable, à défaut de choix	23
§ 1. LA LOI DE L'ÉTAT DANS LEQUEL L'AUTEUR ET LA VICTIME ONT LEUR RÉSIDENCE HABITUELLE LORS DE LA SURVENANCE DU DOMMAGE	24
§ 2. LA LOI DU PAYS OÙ LE DOMMAGE SURVIENT	25
A. La notion de dommage	25
B. Les hypothèses de dommage survenant dans différents États	26
§ 3. LA CLAUSE D'EXCEPTION	26
Section 5. La loi applicable aux atteintes résultant d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une <i>culpa in contrahendo</i>, à défaut de choix	28
§ 1. LA RÈGLE GÉNÉRALE RELATIVE À L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE ET À LA GESTION D'AFFAIRES	29
A. La loi régissant les relations existantes entre les parties	29
B. Les critères subsidiaires	30
C. La clause d'exception	31
§ 2. LA RÈGLE GÉNÉRALE RELATIVE À LA <i>CULPA IN CONTRAHENDO</i>	31
A. La notion de <i>culpa in contrahendo</i>	31
1. La définition	32
2. La frontière entre la matière contractuelle et la matière extracontractuelle	33
B. Les règles de rattachement	33
1. Le critère de rattachement principal: la loi applicable au contrat	34
2. Les critères subsidiaires	34
Section 6. Le domaine de la loi applicable	35
§ 1. LES ASPECTS RELATIFS À L'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITÉ	35
A. Les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent (art. 15, a))	35
B. Les causes d'exonération, de limitation et de partage de la responsabilité (art. 15, b))	36
C. La transmissibilité du droit à réparation (art. 15, e))	36
D. Les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi (art. 15, f))	37
E. La responsabilité du fait d'autrui (art. 15, g))	37

§ 2. LES ASPECTS RELATIFS À LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ	37
§ 3. LES AUTRES DISPOSITIONS DÉLIMITANT LE CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT	38
Section 7. Les mécanismes correcteurs	38
§ 1. LES LOIS DE POLICE	38
§ 2. LES RÈGLES DE SÉCURITÉ ET DE COMPORTEMENT	40
A. 'En tant qu'élément de fait'	41
B. 'Pour autant que de besoin'	41
C. Quelles normes de sécurité et de comportement?	42
§ 3. L'ORDRE PUBLIC	42
§ 4. L'EXCLUSION DU RENVOI	44
CHAPITRE 3. LA LOI APPLICABLE EN VERTU DE LA SOURCE NATIONALE (CODIP)	46
Section 1. L'autonomie de la volonté	46
Section 2. La loi applicable aux obligations dérivant d'un fait dommageable	47
§ 1. LES RÈGLES DE RATTACHEMENT	47
§ 2. LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE	48
Section 3. La loi applicable aux obligations quasi contractuelles et à l'engagement par déclaration unilatérale de volonté	49
Section 4. Les mécanismes correcteurs	49
Section 5. Les questions connexes au statut de la responsabilité civile	50
§ 1. LA SUBROGATION LÉGALE	50
§ 2. L'ACTION DIRECTE DE LA PERSONNE LÉSÉE CONTRE L'ASSUREUR DU RESPONSABLE	51
§ 3. L'ACTION RÉCURSIVE DE L'ASSUREUR CONTRE L'ASSURÉ	51
INDEX	52

Introduction

1. Les règles désignant la loi applicable à la responsabilité non contractuelle ont connu une évolution importante depuis la dernière publication de ce cahier en 2002². Cette évolution a tout d'abord été marquée par l'adoption du règlement (CE) 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (ci-après 'règlement Rome II') qui harmonise les règles de conflit de lois dans cette matière³. Une deuxième innovation importante, inscrite cette fois au niveau national, est l'entrée en vigueur, en 2004, du Code de droit international privé (ci-après 'CODIP'). Ce code contient plusieurs dispositions relatives à la loi applicable aux obligations non contractuelles⁴.

2. L'objet de ce cahier est d'éclairer le praticien sur l'application et le contenu des règles de conflit de lois générales en abordant les questions dans l'ordre dans lequel elles se présentent à lui. Ainsi, c'est en priorité les dispositions du règlement Rome II qui sont examinées (Chapitre 1). Dans un deuxième temps, les règles de conflit de lois du CODIP, applicables lorsque le litige n'entre pas dans le champ d'application du règlement Rome II, sont analysées (Chapitre 2).

Les règles spéciales contenues dans ces instruments ainsi que dans d'autres sources internationales feront l'objet d'un examen particulier dans un prochain cahier.

2. C. TUBEUF et L. MERTENS, 'Loi applicable à la responsabilité', *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Partie préliminaire, Dossier 4, Bruxelles, Kluwer, 2002.

3. Règlement (CE) 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *J.O.*, L. 177, 4 juill. 2008, p. 6.

4. Loi portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juill. 2004, p. 57344.

Chapitre 1. La loi applicable en vertu de la source européenne: le règlement Rome II

3. Face à une source internationale, la première question qui se présente au praticien est celle de savoir si le litige dont il doit connaître entre dans son champ d'application (Section 1). Les relations entre le règlement et les autres instruments européens ou internationaux font également l'objet d'une analyse à ce stade (Section 2).

Dès que le litige entre dans le champ d'application du règlement et n'est pas soumis à d'autres sources européennes ou internationales, le droit applicable au litige peut être désigné. A ce titre, une distinction doit être faite selon que les parties ont ou n'ont pas désigné le droit applicable à leur litige. Dans l'affirmative, la validité de ce choix est contrôlée (Section 3). Si les parties n'ont pas désigné le droit applicable ou que leur choix n'est pas valide, il est fait appel à une règle de rattachement dont l'objet est de désigner, parmi les lois potentiellement applicables au litige, celle qui le sera effectivement. Le règlement établit deux catégories de règles de rattachement, basées sur l'origine de l'atteinte. La première catégorie de règles, visées au chapitre II du règlement, s'applique lorsque l'atteinte découle d'un fait dommageable (Section 4). La deuxième catégorie de règles, reprises au chapitre III du règlement, porte sur l'atteinte découlant d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une *culpa in contrahendo* (Section 5).

L'examen du domaine de la loi applicable s'avère utile pour identifier les aspects qui pourront être réglés par la loi désignée (Section 6).

Quelle que soit l'origine de l'atteinte, certains mécanismes correcteurs sont susceptibles d'intervenir. Ceux-ci ont pour objet d'évincer ou de compléter, en tout ou en partie, les dispositions de la loi normalement applicable (Section 7).

SECTION 1. LE CHAMP D'APPLICATION

4. Avant d'entamer l'analyse des trois volets du champ d'application du règlement, soulignons que celui-ci a force obligatoire dans tous les Etats membres, à l'exception du Danemark⁵.

§ 1. Le champ d'application matériel

5. En vertu de l'article 1, § 1, le règlement Rome II s'applique à toutes les situations comportant un conflit de lois et mettant en jeu des obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale (A). Cette disposition énumère, dans un second paragraphe, les matières exclues de son champ d'application (B).

5. Le Danemark ne participe en effet pas aux actes adoptés sur le fondement du titre IV du traité CE en vertu des articles 1 et 2 du protocole annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne.

A. LES SITUATIONS COMPORTANT UN CONFLIT DE LOIS, METTANT EN JEU DES OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES ET RELEVANT DE LA MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

6. Le champ d'application matériel du règlement impose la réunion de trois éléments: une situation comportant un conflit de lois, un litige mettant en jeu des obligations non contractuelles qui, au surplus, relèvent de la matière civile et commerciale. Les notions d'obligations non contractuelles et de matière civile et commerciale appellent quelques précisions. Elles sont successivement examinées ci-dessous.

1. Les obligations non contractuelles

7. La notion d'obligation non contractuelle peut être comprise plus aisément lorsqu'on la compare à la notion d'obligation contractuelle. L'enjeu de cette distinction est important puisque, selon que l'on se trouve en matière contractuelle ou en matière extracontractuelle, on appliquera le règlement (CE) 864/2007 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après 'règlement Rome I')⁶ ou le règlement Rome II (i). Les contours de cette notion, dont l'interprétation est autonome (considérant 11), sont en partie dressés par l'article 2 qui définit certains termes y relatifs (ii). Au terme de cette analyse, force est de constater que certaines situations telles que les actes unilatéraux, la rupture d'une offre et le concours d'actions restent difficiles à qualifier (iii).

i. La distinction entre les obligations contractuelles et extracontractuelles

8. Dans le contexte de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et sur l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après 'convention de Bruxelles') et du règlement (CE) 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après 'règlement Bruxelles I')⁷, la Cour de justice a été amenée à distinguer et à définir les notions d'obligations contractuelles et d'obligations extracontractuelles. En déclarant qu'un litige porte sur la matière extracontractuelle lorsqu'il met en jeu la responsabilité du défendeur et qu'il ne relève pas de la matière contractuelle, la Cour considère la matière extracontractuelle comme résiduaire⁸. Un litige relève de la matière contractuelle lorsqu'il y a '*un engagement librement assumé d'une des parties envers l'autre*'⁹. Cette jurisprudence, bien que

6. Règlement (CE) 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, L. 199, 31 juill. 2007, pp. 40-49.

7. Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et sur l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L. 299, 31 déc. 1972, pp. 32-42; règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L. 12, 16 janv. 2001, pp. 1-23.

8. C.J., 27 sept. 1988, Kalfelis, aff. 189/87, *Rec.*, 1989, p. I-5565; C.J., 26 mars 1992, Reichert et Kockler, aff. C-261/90, *Rec.*, 1992, p. I-2149, pt. 17. Voir également H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, L.G.D.J., Paris, 4^e éd., 2010, n° 211.

9. C.J., 17 juin 1992, Jacob Handie, aff. C-26/91, *Rec.*, 1992, p. I-3697, pt. 16; C.J., 27 oct. 1998, Réunion européenne SA, aff. C-51/97, *Rec.*, 1998, p. I-6511, pt. 22; C.J., 19 sept. 2002, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi, aff. C-344/00, *Rec.*, 2002, p. I-7357, pt. 23.

rendue dans le cadre de la compétence judiciaire, peut être transposée pour l'interprétation du règlement Rome II¹⁰.

ii. Les définitions

9. L'article 2, intitulé '*obligations non contractuelles*' apporte d'utiles précisions pour permettre de comprendre la notion d'obligations extracontractuelles. Il définit tout d'abord le dommage comme étant '*toute atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une culpa in contrahendo*'¹¹. Le règlement vise donc les délits, les quasi-délits, les quasi-contrats et la culpa in contrahendo¹². Il précise ensuite qu'il s'applique également aux obligations non contractuelles susceptibles de survenir ou de se produire¹³. Par conséquent, il s'applique aux actions en cessation, ce qui pourra s'avérer particulièrement utile, notamment en matière de dommages environnementaux¹⁴.

iii. Les questions pendantes

10. Malgré ces précisions, plusieurs situations restent difficiles à qualifier.

11. Tout d'abord, l'on peut se demander si les actes unilatéraux et la rupture d'une offre par un particulier relèvent de la matière contractuelle ou plutôt de la matière extracontractuelle. Une partie de la doctrine semble considérer que le concept d'*'obligations contractuelles*' doit être appréhendé largement et inclure, par conséquent, les obligations découlant d'un acte unilatéral¹⁵. Pourtant, l'article 21 du règlement Rome II énonce une règle de conflit de lois applicable à '*un acte unilatéral relatif à une obligation non contractuelle*'. La question reste donc ouverte. La rupture d'une offre par un particulier peut également soulever des questionnements relatifs à sa classification dans les obligations contractuelles ou non contractuelles. Il ressort en effet d'une analyse de droit comparé que les Etats qualifient cet acte tantôt de contractuel, tantôt d'extracontractuel¹⁶. Il n'est cependant pas nécessaire de s'attarder trop longtemps sur cette question, au stade de la détermination du droit applicable. En effet, cette question se posera bien souvent en amont, lors de la détermination des juridictions compétentes. A ce stade-là en effet, il conviendra de se demander si l'on fonde la compétence des

10. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), COM (2003) 427 final, p. 7 et considérant 7 du règlement Rome II. En ce sens, notamment H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, o.c. (note 8), n° 213; C. NOURISSAT, 'Le champ d'application du règlement Rome II', in *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (dir S. CORNELOUP, N. JOUBERT), Paris, LexisNexis, Litec, 2008, pp. 13 et 20. *Contra*, voir notamment M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2007, n° 252; B. HAFTTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse, Paris II, 2008, n° 44 et s.

11. Il s'aligne ainsi sur la jurisprudence de la Cour qui, dans le contexte de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I (C.J., 19 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi*, o.c. (note 9), pt. 26), enseigne que la culpa in contrahendo relève de la matière extracontractuelle.

12. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', in *Actualité de droit international privé*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 69 et s., spéc. p. 78.

13. C. BRIÈRE, 'Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II')', *J.D.I.*, 2008, pp. 31 et s., spéc. p. 40. En travaillant de la sorte, les auteurs du règlement assurent la concordance entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle: l'article 5, 3° du règlement Bruxelles I prévoit en effet que sont compétentes les juridictions du lieu où le fait dommageable risque de se produire.

14. R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1^{re} partie)', *R.G.A.R.*, 5/2008, pp. 14386 et s., spéc. n° 14 citant un arrêt de la Cour de justice (C.J., 5 févr. 2004, *Torline*, aff. C-18/02, *Rec.*, 2004, p. I-1417).

15. Voir notamment les discussions dans le cadre de la Convention de Rome: P. MANKOWSKI, 'Die qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IPR und IPR', *IPRax*, 2003, pp. 127 et s.

16. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', o.c. (note 12), p. 80.

juridictions sur la base de l'article 5, 1^o ou sur la base de l'article 5, 3^o du règlement Bruxelles I.

12. La seconde question concerne les litiges comportant des aspects contractuels et extracontractuels et, plus exactement, la question du concours d'actions. La difficulté découle du fait que les Etats n'appréhendent pas ce litige de la même façon. Alors que certains Etats admettent que ce type de litige soit considéré comme portant sur la matière délictuelle pour déterminer le droit applicable, d'autres Etats considèrent que ce droit doit être déterminé sur la base des règles applicables à la matière contractuelle¹⁷.

2. La matière civile et commerciale

13. Le règlement limite son application aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Les situations relevant de la matière civile et commerciale doivent être entendues par opposition à celles relevant des matières publiques. Plus précisément, il doit être tenu compte de deux éléments pour interpréter ces termes de manière autonome.

14. Le premier élément est directement tiré de l'article 1^{er} du règlement qui indique que les matières fiscales, douanières et administratives et la responsabilité encourue par l'Etat pour les actes et omissions commis dans l'exercice de la fonction publique ne relèvent pas de la matière civile et commerciale¹⁸.

15. Le second élément à prendre en considération est la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation à donner à ces termes, dans le contexte de la convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I. Conformément aux travaux préparatoires et au considérant 7 du règlement Rome II, cette jurisprudence peut être transposée à l'interprétation de ce dernier¹⁹. Dans ses arrêts, la Cour a indiqué qu'on ne se trouvait pas en matière civile et commerciale lorsqu'une autorité publique est partie à un litige et que ce dernier est survenu alors qu'elle agissait dans l'exercice de la puissance publique²⁰. Une autorité agit dans l'exercice de la puissance publique lorsqu'elle exerce '*des pouvoirs exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers*'²¹. A cet égard, la Cour considère qu'un litige né à la suite d'un dommage causé par un fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction publique, bien qu'agissant pour le compte de l'Etat, ne relève pas toujours de la puissance publique mais bien de la matière civile dès lors que des poursuites auraient également pu être engagées à l'encontre d'un particulier placé dans les mêmes circonstances²².

17. I. BACH, 'Article 1 Rome II', in *Rome II Regulation. Pocket commentary* (dir. P. HUBER), Munich, Sellier, 2011, p. 37.

18. Voir également le considérant 9 qui précise que '*les actions fondées sur des actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (acta iure imperii) devraient englober les cas où sont mis en cause des fonctionnaires agissant au nom de l'Etat ainsi que la responsabilité de l'Etat, y compris lorsqu'il s'agit d'actes commis par des agents publics officiellement mandatés. Par conséquent, ces cas devraient être exclus du champ d'application du règlement*'.

19. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), pp. 8 et 9. En ce sens, notamment H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *o.c.* (note 8), n° 213; C. NOURISSAT, 'Le champ d'application du règlement Rome II', *o.c.* (note 10), pp. 13 et 20. *Contra*, voir notamment M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *o.c.* (note 10), n° 252; B. HAFTEL, *o.c.* (note 10), n° 44 et s.

20. C.J., 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, aff. C-29/76, *Rec.*, 1976, p. I-1541, pt. 4; C.J., 16 déc. 1980, *Reinhold Rüffer*, aff. 814/79, *Rec.*, 1980, p. I-3807; C.J., 21 avril 1993, *Sonntag*, aff. C-172/91, *Rec.*, 1993, p. I-1963, pt. 20.

21. C.J., 15 févr. 2007, *Lechouritou*, aff. C-292/05, *Rec.*, 2007, p. I-1519, pt. 34.

22. C.J., 21 avril 1993, *Sonntag*, *o.c.* (note 20), pt. 21; I. BACH, 'Article 1^{er}', *o.c.* (note 17), p. 34.

Plusieurs informations découlent de cette définition donnée par la Cour. La nature de la juridiction saisie importe peu pour pouvoir déterminer si nous sommes en matière civile et commerciale²³. Le fait que l'action soit intentée contre l'Etat ou contre un fonctionnaire agissant au nom de l'Etat n'est pas déterminante puisqu'il faut encore que l'autorité publique ait agi dans l'exercice de la puissance publique²⁴. Finalement, lorsque la responsabilité d'aucune autorité publique est mise en cause, on peut présumer être en matière civile et commerciale²⁵.

B. LES MATIÈRES EXCLUES DU RÈGLEMENT

16. L'article 1^{er}, § 2 du règlement énumère les matières ne devant pas être considérées comme relevant des obligations non contractuelles au sens du règlement.

- 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;*

Cette exclusion porte sur la responsabilité d'un administrateur pour violation des statuts ou du droit des sociétés. Par contre, la responsabilité aquilienne de la société en elle-même et la responsabilité d'un administrateur vis-à-vis des tiers en raison d'un manquement au devoir général de prudence entrent dans le champ d'application du règlement²⁶.

- e) *les obligations non contractuelles 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;*
- g) *les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation.*

17. La loi applicable aux litiges portant sur des matières exclues du règlement sera donc déterminée sur la base d'une autre source internationale, telle que la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, ou sur la base de la source nationale, à savoir le CODIP, en ce qui concerne, par exemple, la diffamation.

23. Dans l'arrêt *Sonntag* (C.J., 21 avril 1993, *Sonntag*, o.c. (note 20)), la procédure était menée devant des juridictions pénales.

24. Considérant 9 du règlement Rome II. Voir également A. JUNKER, 'Art. 1', *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (F. SÄCKER, R. RIXECKER), C.H. Beck, Band 10 et 11, 5^e éd., 2010, n° 12; W. WURMNEST, Art. 1^{er}, § 38.

25. I. BACH, 'Article 1^{er}', o.c. (note 17), p. 31.

26. R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1^{re} partie)', o.c. (note 14), n° 15; *Ibid.*, 'L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*', *R.D.C.*, 2004, pp. 764 et s., spéc. p. 784.

§ 2. *Le champ d'application spatial et temporel*

18. Comme l'annonce l'intitulé de l'article 3, le règlement a un champ d'application dans l'espace universel. Cette universalité s'inscrit à deux niveaux. D'une part, le règlement est applicable à toutes les situations soumises à la juridiction d'un Etat membre, à l'exception du Danemark. En d'autres termes, il n'exige aucun rattachement de la situation à l'Union européenne. Ainsi, si un Belge cause un dommage à un touriste lors d'un voyage en Turquie, la loi applicable au litige est déterminée en vertu du règlement Rome II par les juridictions belges compétentes en vertu de l'article 2 du règlement Bruxelles I. D'autre part, les règles de rattachement du règlement peuvent désigner la loi d'un Etat tiers²⁷. Ainsi, dans notre exemple, la loi applicable est la loi turque (conformément à l'art. 4, § 1 du règlement).

19. En vertu des articles 31 et 32, le règlement s'applique aux faits générateurs survenus après le 11 janvier 2009²⁸.

SECTION 2. LES RELATIONS AVEC D'AUTRES INSTRUMENTS

20. Le règlement Rome II n'a pas été adopté dans un désert législatif. D'autres instruments portant sur des matières également couvertes par le règlement étaient déjà applicables dans tous ou dans certains Etats membres et de nouveaux instruments pourraient encore être adoptés à l'avenir. Les articles 27 et 28 régissent les relations entre, d'une part, le règlement et le droit matériel européen (§ 1^{er}) et, d'autre part, le règlement et les conventions internationales préexistantes (§ 2).

§ 1. *Les relations entre le règlement et le droit matériel européen primaire et dérivé*

21. L'article 27 énonce que '*le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles*'. Faisant application du principe *lex specialis generalibus derogant*, le règlement donne priorité aux dispositions de droit européen réglant le conflit de lois dans des matières déterminées²⁹. Le considérant 35 précise que ce principe s'applique tant aux règles existantes qu'aux règles futures. Une correcte interprétation de l'article 27 appelle une distinction entre les règles de droit primaire et les règles de droit dérivé.

27. Cette disposition a fait l'objet de nombreux débats durant les travaux préparatoires. Alors que certains considéraient que l'article 65, TFUE (ex-art. 65, TCE) limitait l'applicabilité des textes adoptés par l'Union aux situations purement intra-européennes, d'autres estimaient que cet article autorisait l'adoption de textes à caractère universel. A cet égard, voir notamment O. REMIEN, 'European private international law, The European community and its emerging area of freedom, security and justice', *Common market law review*, 2001, pp. 53 et s., spéc. p. 75 et J. BASEDOW, 'The communautarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam', *Common market law review*, 2000, pp. 701 et s.

28. Cette interprétation des articles 31 et 32 du règlement a été récemment confirmée par la Cour de justice. Selon elle, ces articles doivent être interprétés en ce sens qu'une juridiction nationale est tenue d'appliquer ce règlement uniquement aux faits, générateurs de dommages, survenus à partir du 11 janv. 2009 et que la date de l'engagement de la procédure en indemnisation ou celle de la détermination de la loi applicable par la juridiction saisie n'ont pas d'incidence aux fins de la définition du champ d'application dans le temps de ce règlement (C.J., 17 nov. 2011, *Deo Antonio Homawoo c. GMF assurances SA*, aff. C-412/10, non encore publiée au *Recueil*).

29. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 74.

22. Le respect de la primauté du droit primaire sur les règles de conflit de lois contenues dans le règlement impose que la mise en œuvre de ces règles ne constitue pas une entrave à l'une des quatre libertés fondamentales³⁰. Ce n'est pas la règle de conflit de lois en tant que telle qui doit être conforme au droit au droit primaire mais bien l'effet produit par la loi désignée par cette règle³¹. Si l'application de la loi désignée devait constituer une gêne sensible à l'exercice d'un droit tiré du traité (tel que la liberté de circulation des marchandises, des services, des personnes ou des capitaux), ce droit peut être perçu comme un *'mécanisme correcteur de la règle de conflit de lois, jouant un rôle similaire à celui d'ordre public'*³².

23. Quant au droit dérivé, il se compose de dispositions de natures variées. Ainsi comporte-t-il des actes contenant des règles de rattachement dans un domaine précis et des actes qui, sans contenir de règles de conflit de lois, délimitent unilatéralement leur champ d'application dans l'espace.

Parmi les actes contenant des règles de rattachement dans un domaine précis, on pense notamment à la directive 2004/80 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité³³. Cette directive prévoit, en son article 12, § 1 que *'les dispositions relatives à l'accès à l'indemnisation dans les situations transfrontalières établies par la présente directive fonctionnent sur la base des régimes en vigueur dans les Etats membres pour l'indemnisation des victimes de la criminalité intentionnelle violente commise sur leurs territoires respectifs'*. Elle désigne donc la loi de l'Etat sur le territoire duquel ont été commis les actes de criminalité intentionnelle violente. On peut également se demander si les clauses dites de 'marché intérieur' sont des règles de rattachement. Ces clauses sont insérées dans des directives qui contiennent deux éléments: d'une part, ces directives imposent aux Etats membres d'harmoniser leur droit matériel à ce qui est essentiel, c'est-à-dire à ce qui est requis pour obtenir une 'équivalence' des droits dans la matière couverte par la directive en cause (domaine coordonné)³⁴. D'autre part, elles contiennent une clause dite de 'marché intérieur' selon laquelle c'est le droit matériel de l'Etat membre, Etat d'origine, qui s'applique au prestataire de services établi dans cet Etat et aux services qu'il fournit, à l'exclusion des dispositions nationales des autres Etats membres, Etats d'accueil, venant restreindre la liberté de prestation de ces services³⁵. La proposition initiale du règlement prévoyait de donner la priorité à ces directives³⁶. La version finale se contente finalement de les évoquer

30. R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1^{re} partie)', *o.c.* (note 14), n° 7.

31. Pour écarter l'application de cette loi, il faut évidemment une véritable entrave à la liberté de circulation, que cette entrave ne poursuive pas un objectif légitime et ne soit pas proportionnée à la réalisation de ce but (R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1^{re} partie)', *o.c.* (note 14), n° 7 renvoyant à M. AUDIT, 'Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois', *J.D.I.*, 2004, pp. 1333 et s., spéc. p. 1349; S. BARIATTI, 'Restrictions resulting from the EC Treaty provisions for Brussels I and Rome I', *Enforcement of international contracts in the European Union – Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, (J. MEEUSEN, M. PERTEGAS et G. STRAETMANS), Antwerp, Oxford and New York, Intersentia, 2004, p. 80.

32. R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1^{re} partie)', *o.c.* (note 14), n° 7.

33. Directive 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, *J.O.*, L. 261, 6 août 2004, pp. 15-18.

34. M. FALLON, 'Les relations du règlement Rome II avec d'autres règles de conflit de lois', *R.D.C.*, 2008, pp. 549 et s., spéc. p. 562, n° 26.

35. *Ibid.*, p. 562, n° 26.

36. La proposition prévoyait en effet de donner la priorité aux dispositions *'qui s'opposent à l'application d'une disposition ou des dispositions de la loi du for ou de la loi désignée par le présent règlement'* (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *o.c.* (note 10), p. 41). Cette catégorie renvoyait aux *'principes propres au marché intérieur relatifs à la libre circulation des biens et services, communément désignés par les expressions 'principe de reconnaissance mutuelle' et 'principe de contrôle par le pays d'origine'* (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *o.c.* (note 10), p. 41).

dans le considérant 35³⁷. Dès lors, la portée à donner à cette clause est controversée. Afin de préserver l'effet utile de cette clause, faudrait-il que la loi de l'Etat d'origine trouve toujours à s'appliquer, dans les limites du domaine coordonné de la directive, quelle que soit la loi désignée par le règlement Rome II³⁸? Ou cette clause peut-elle simplement jouer le rôle d'un correctif, interdisant l'application de la loi désignée par le règlement Rome II au motif que cette dernière constituerait une entrave disproportionnée³⁹? Le récent arrêt *eDate advertising* donne des pistes de réponse puisqu'il présente une clause de marché intérieur comme un correctif de l'application de la loi du for⁴⁰.

Le droit dérivé se compose également d'actes qui, sans contenir de règles de conflit de lois, délimitent unilatéralement leur champ d'application dans l'espace⁴¹. Par conséquent, dès qu'une situation entre dans ce champ d'application, ce sont les règles matérielles énoncées par cet acte qui s'appliquent. La directive 85/374/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ainsi que le règlement 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important de vol constituent deux exemples⁴². Cette directive délimite son champ d'application spatial en indiquant qu'elle s'applique dès que la mise du produit sur le marché se fait sur le territoire de l'Union. Elle sera examinée dans un prochain cahier.

§ 2. Les relations entre le règlement et les conventions internationales préexistantes

24. L'article 28 régit ces relations et énonce que '*le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs Etats membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les*

37. '*Le présent règlement ne devrait pas affecter l'application d'autres instruments fixant des dispositions destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur, dans la mesure où ces dispositions ne peuvent s'appliquer conjointement avec la loi désignée par les règles du présent règlement. L'application des dispositions de la loi applicable désignée par les règles du présent règlement ne devraient pas restreindre la libre circulation des biens et des services telle qu'elle est réglementée par les instruments communautaires, par exemple la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ('directive sur le commerce électronique')*'.

38. M. FALLON, 'Les relations du règlement Rome II avec d'autres règles de conflit de lois', *o.c.* (note 36), p. 562, n° 26.

39. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 75 renvoyant, pour exemple, à M. AUDIT, 'Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois', *o.c.* (note 31), p. 1333; M. FALLON, 'Liberté communautaire et règles de conflit de lois', in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT), Paris, Dalloz, 2004, p. 31; M. WILDERSPIN et X. LEWIS, 'Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres', *R.C.D.I.P.*, 2002, pp. 1-38 et pp. 289-341. L'auteur S. FRANCO renvoie également aux deux articles fondateurs sur cette question: J. BASEDOW, 'Der kollisionsrechtliche gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis', *RabelZ*, 1995, pp. 1 et s.; M. FALLON, 'Variation sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé', in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommages à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 187 et s.

40. C.J., 25 oct. 2011, *eDate Advertising GmbH*, aff. C-509/09, non encore publiée au Recueil; S. FRANCO, 'Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet: affaires *eDate Advertising et Martinez*', *La semaine juridique*, 9 janv. 2012, pp. 35 et s., spéc. pp. 37 et 38.

41. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 74 renvoyant à S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, dans lequel il est démontré que tous les actes de droit dérivé déterminent leur domaine d'application dans l'espace.

42. Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juill. 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.*, L. 210, 7 août 1985, pp. 29-33; règlement (CE) 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 févr. 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important de vol, *J.O.*, L. 46, 17 févr. 2004, pp. 1-8.

conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles. Toutefois, le présent règlement prévaut entre les Etats membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement. Cette disposition distingue les conventions internationales portant sur des domaines couverts par le règlement auxquelles sont parties des Etats membres et des Etats tiers et celles auxquelles ne sont parties que des Etats membres. Dans la première situation, la convention internationale prévaut sur l'application du règlement. C'est notamment le cas de la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière. Dès lors, le juge belge applique cette convention pour déterminer la loi applicable dans cette matière. Dans la deuxième situation, le règlement Rome II prévaut sur la convention internationale à laquelle ne sont parties que des Etats membres.

SECTION 3. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

25. L'introduction du principe de l'autonomie de la volonté dans un règlement relatif à la loi applicable aux obligations extracontractuelles est une nouveauté au niveau européen⁴³. Ce principe est en effet traditionnellement réservé à la matière contractuelle⁴⁴. En vertu de l'article 14, § 1 du règlement, *'les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ou lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage'*.

26. Autorisée, l'autonomie de la volonté n'en est pas moins encadrée. Ainsi, faut-il d'emblée préciser que tous les domaines couverts par le règlement ne peuvent faire l'objet d'un accord (§ 1) et que le choix ne peut, en principe, être formulé avant la survenance du litige. Ce principe est néanmoins assorti d'une exception (§ 2). L'article 14 impose que le choix soit exprès ou résulte de façon certaine des circonstances de l'espèce et qu'il ne porte pas atteinte aux droits des tiers mais ne précise pas si le droit désigné peut être un droit non étatique (§ 3). Il faut finalement examiner les limites du choix ainsi formulé par les parties (§ 4) et envisager les relations entre l'article 14 et la clause d'exception de l'article 4, § 3 (§ 5).

43. E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', in *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (dir S. CORNELOUP, N. JOUBERT), Paris, LexisNexis, Litec, 2008, p. 49. Cette possibilité existait en Belgique depuis l'adoption du CODIP en 2004.

44. Différents éléments ont plaidé en faveur de cette introduction. Plusieurs auteurs ont ainsi préconisé l'extension de la liberté de choix au domaine des obligations non contractuelles dès lors que celle-ci est vectrice de prévisibilité et de sécurité juridique (Voir notamment L. DE LIMA PINHEIRO, 'Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of the EC Regulation Rome II', *Riv. Dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 5 et s., spéc. p. 13). Le considérant 31 justifie d'ailleurs cette avancée par la nécessité de respecter le principe de l'autonomie des parties et de renforcer la sécurité juridique. De plus, il n'était pas très cohérent de permettre aux parties de désigner les juridictions compétentes dans le cadre d'un litige en matière extracontractuelle, sans les autoriser à désigner le droit applicable (Th. M. DE BOER, 'Party autonomy and its limitations in the Rome II regulation', *Yearbook of private international law*, 2008, pp. 22 et s., spéc. p. 23). Finalement, la législation nationale de plusieurs Etats autorisait déjà le choix de lois en matière extracontractuelles (voir notamment l'art. 101 du CODIP, l'art. 42 du EGBGB, l'art. 6 de la loi néerlandaise du 11 avril 2001 et l'art. 132 du LDIP suisse). Sur la tendance à offrir aux parties une liberté de choix, voir notamment A. VON OVERBECK, 'L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé', in *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 627 et s.; E. JAYME, 'Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne', *R.C.A.D.I.*, 1995, pp. 152 et s.; D. BUREAU, 'L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois', *Etudes offertes à F. Terré*, p. 285.

§ 1. *Les exclusions*

27. Certains domaines couverts par le règlement ne peuvent faire l'objet d'un choix de loi. Ainsi, les articles 6 et 8, qui contiennent, respectivement, des règles spéciales relatives à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence et aux droits de propriété intellectuelle, excluent expressément cette possibilité⁴⁵. Un choix formulé dans ces matières ne peut être pris en compte par le juge. Dès lors, si le contrat signé entre une maison de disques française et un chanteur belge portant sur les droits d'auteurs désigne le droit anglais, le juge devra, en cas de litige, ignorer la clause et déterminer le droit applicable sur la base de l'article 8 du règlement.

§ 2. *Le choix ex ante et le choix post ante*

28. L'article 14 attache une importance particulière au moment auquel le choix est fait. Un choix formulé avant la survenance du fait générateur est davantage exposé aux risques d'abus dès lors que, par hypothèse, les parties n'ont pas, à ce moment-là, connaissance de la nature et de l'étendue du dommage. Le considérant 31 du règlement prévoit d'ailleurs que le choix doit être entouré de certaines conditions visant à protéger les parties faibles, en particulier les travailleurs et les consommateurs. Combinant ces deux éléments, le législateur européen a adopté une disposition distinguant deux hypothèses. La première hypothèse concerne les litiges dans lesquels toutes les parties n'exercent pas une activité commerciale. Cette catégorie est considérée comme plus exposée aux risques d'abus et, partant, voit son autonomie de la volonté limitée au choix *post ante*. La deuxième hypothèse vise les litiges dans lesquels les parties exercent toutes une activité commerciale. Moins exposée aux risques d'abus, cette catégorie est libre de formuler un choix *ex ante*.

29. Cette distinction est critiquable en raison de l'inadéquation de sa formulation au regard de son objectif (A). L'interprétation des termes 'activité commerciale' font par ailleurs l'objet de nombreux débats (B). Enfin, il ne suffit pas que toutes les parties exercent une activité commerciale pour que le choix puisse être formulé *ex ante*. Ce choix doit encore respecter certaines conditions spécifiques, reprises à l'article 14, § 1^{er}, b) (C).

A. LA DISTINCTION ENTRE LES PARTIES N'EXERÇANT PAS D'ACTIVITÉ COMMERCIALE ET LES PARTIES EXERÇANT UNE ACTIVITÉ COMMERCIALE

30. Pour plusieurs auteurs, la distinction entre les parties qui exercent une activité commerciale et celles qui n'en exercent pas ne permet pas d'atteindre l'objectif de protection des parties faibles visé par le règlement pour deux raisons.

31. La première raison touche à l'idée même de distinguer les parties à la cause. Un mécanisme de protection similaire à celui proposé aux articles 6, § 2 et 8, § 1^{er} du règlement Rome I semble plus approprié en vue de protéger les parties faibles, même lorsque le choix est formulé après la survenance du fait générateur. Ces articles prévoient que le choix de loi ne peut '*avoir pour résultat de priver le travailleur (ou le consommateur) de la protection que lui assurent les dispositions*

45. L'article 6, § 4 et l'article 8, § 3 énoncent qu'*'il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14'*. Sur les raisons de cette exclusion, voir notamment K. KREUZER, 'Tort liability in General', in *The Unification of Choice of Law rules on Torts and Other Non-Contractual obligations in Europe. The 'Rome II' proposal*, (A. MALATESTA), Padova, Sedam, 2006, pp. 45 et s.

auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable'. Cette disposition impose au juge de comparer le contenu du droit désigné par les parties avec le contenu du droit normalement applicable afin d'assurer à la partie faible la protection à laquelle elle aurait eu droit si aucun choix n'avait été formulé.

32. La seconde raison porte sur le choix des catégories à distinguer, à savoir les personnes exerçant une activité commerciale et celles qui n'exercent pas d'activité commerciale. L'objectif de cette distinction est de protéger les parties faibles. Pourtant, il peut arriver qu'entre parties exerçant une activité commerciale, les rapports soient inégaux. C'est notamment le cas du contrat de distribution ou du contrat de franchise. Certains auteurs pensent qu'il aurait été plus avisé de laisser au juge le soin de déterminer si les rapports entre les parties sont ou non égaux pour avaliser un éventuel choix *ex ante*⁴⁶. D'autres suggèrent que la distinction porte sur une catégorie plus générale, telle que les professionnels⁴⁷. Cette dernière opinion s'explique par la difficulté pour déterminer ce que recouvre la notion de 'commerçant' ou d'activité commerciale'.

B. LE CONCEPT D'ACTIVITÉ COMMERCIALE

33. Le moment auquel le choix peut être formulé varie selon que les parties exercent ou non une activité commerciale. Le règlement ne définit pas les termes d'activité commerciale et ne précise pas la nature des liens qui doivent unir les parties en litige.

34. En ce qui concerne la définition même de l'activité commerciale, plusieurs pistes d'interprétation sont envisagées par la doctrine dans l'attente d'un arrêt interprétatif de la Cour de justice⁴⁸. Un auteur suggère ainsi que ce concept soit interprété à la lumière de la définition d'entreprise donnée par l'article 2, 1^o de la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, applicable dans les relations entre entreprises et entre entreprises et pouvoirs publics⁴⁹. Cette disposition définit le concept d'entreprise comme étant 'toute organisation agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne'⁵⁰. Un autre auteur suggère que ce concept soit compris à la lumière de l'interprétation donnée au terme 'professionnel' dans le contexte du règlement Rome I⁵¹. Une partie de la doctrine se prononce en faveur de l'inclusion des professions libérales dans cette catégorie⁵².

46. En ce sens, voir notamment S. SYMEONIDES, 'Rome II and tort conflicts: a missed opportunity', *The American Journal of comparative law*, 2008, pp. 173 et s., spéc. p. 216.

47. En ce sens, voir E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', in *Le règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, o.c. (note 43), p. 52; O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *Dalloz*, 2009, n° 24, p. 1640.

48. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', o.c. (note 47), p. 1640.

49. Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *J.O.*, L. 200, 8 août 2000, pp. 35-38.

50. R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', *R.G.A.R.*, 6/2008, pp. 14399 et s., spéc. n° 46.

51. I. BACH, 'Article 14', in *Rome II Regulation. Pocket commentary* (dir. P. HUBER), Munich, Sellier, 2011, p. 335.

52. En faveur d'une telle inclusion, voir notamment R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', o.c. (note 50), n° 46; C. HAHN, 'La liberté de choix dans les instruments communautaires récents: Rome I et Rome II. L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général', *Travaux du comité français de droit international privé - années 2006-2008*, Paris, Pedone.

35. Suffit-il, pour pouvoir appliquer l'article 14, § 1^{er}, b), que toutes les parties exercent une activité commerciale ou faut-il, au surplus, que les parties au litige soient contractuellement liées⁵³? Alors que la proposition initiale du règlement l'exigeait expressément, le texte final reste silencieux. L'on peut néanmoins douter que la clause s'applique en l'absence de relations contractuelles préexistantes dans la mesure où ce n'est pas l'interprétation habituellement retenue dans le contexte de la convention de Rome ou du règlement Bruxelles I⁵⁴. Au surplus, il semble raisonnable d'exiger que le dommage soit lié à cette activité commerciale⁵⁵.

36. Une précision doit finalement être apportée en ce qui concerne le choix de loi applicable à la *culpa in contrahendo*. Lorsqu'aucun choix de loi n'est formulé, la loi applicable à l'atteinte découlant de la *culpa in contrahendo* est déterminée par l'article 12. Cette disposition renvoie à la loi applicable au contrat. Dans la majorité des cas, il faudra déterminer la loi applicable au regard des dispositions du règlement Rome I. Or, l'article 3 du règlement Rome I autorise le choix de loi *ex ante*, peu importe la qualité des parties. La limitation de l'article 14, § 2 n'a donc pas d'effet dans ce contexte⁵⁶.

C. LE CHOIX *EX ANTE*

37. Lorsque le choix de loi est formulé avant la survenance du fait générateur, les parties n'ont, par hypothèse, pas connaissance de la nature et de l'étendue du dommage. Bien que le législateur européen réserve la possibilité de formuler un choix *ex ante* aux parties dont les rapports sont présumés être égaux, les risques d'abus ne sont pas à exclure⁵⁷. Pour éviter cet écueil, le législateur européen impose que l'accord soit '*librement négocié*'⁵⁸. Deux remarques relatives à cette condition peuvent être formulées. Tout d'abord, il n'est pas certain que l'exigence d'avoir un accord librement négocié permette de protéger la partie faible contre les risques d'abus. *In fine*, il lui appartiendra de rapporter la preuve de ce que l'autre partie a abusé de son pouvoir, ce qui peut s'avérer fastidieux en pratique⁵⁹. La deuxième remarque porte sur l'interprétation à donner aux termes '*accord librement négocié*'. Cette condition interdit-elle de prendre en compte la clause de choix de loi contenue dans un contrat d'adhésion? Certains auteurs répondent par l'affirmative⁶⁰. Il faut néanmoins nuancer cette position. Le règlement impose que l'accord soit *librement* négocié mais n'exige pas qu'il soit *individuellement* négocié. Compte tenu du prescrit de la disposition, il semble que son intention ait simplement été d'assurer que la clause ne soit pas imposée par une partie à une autre⁶¹. Dès lors, si la clause est contenue dans un contrat

53. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1640. Ce serait notamment le cas d'une entreprise exploitant une usine potentiellement polluante et d'un horticulteur installé à proximité. Ces deux acteurs pourraient conclure un accord sur la loi applicable avant même qu'un litige ne survienne.

54. *Ibid.*, p. 1640.

55. En ce sens, voir notamment L. DE LIMA PINHEIRO, 'Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of the EC Regulation Rome II', *o.c.* (note 44), p. 12; I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 329; E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', *o.c.* (note 43), p. 52; O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1642.

56. I. THOMA, 'Culpa in contrahendo in the Rome II regulation', *R.H.D.I.*, 2008, pp. 669 et s., spéc. p. 682.

57. Notamment parce que les parties, même lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, ne sont pas toujours sur un pied d'égalité. Voir *supra*, n° 32.

58. I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 336 renvoyant à S. RUGULLIS, *IPRax*, 2008, pp. 319 et s., spéc. pp. 319 et 322 et au considérant 31 du règlement Rome II.

59. I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 336 renvoyant à G. WAGNER, 'Die neue Rom-II Verordnung', *IPRax*, 2008, pp. 1 et s., spéc. p. 13.

60. *Ibid.* (note 59), p. 13; L. DE LIMA PINHEIRO, 'Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of the EC Regulation Rome II', *o.c.* (note 44), p. 12; R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', *o.c.* (note 50), n° 46.

61. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1641.

d'adhésion ou dans des conditions générales de vente auxquels l'autre partie a librement adhéré, l'on peut considérer que la condition est respectée, pour autant bien entendu que les parties puissent rapporter la preuve de ce consentement⁶².

§ 3. Les conditions encadrant le choix

38. Quel que soit le moment auquel le choix est formulé, il doit respecter plusieurs conditions. Il doit être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances de l'espèce (A) et ne peut porter préjudice aux droits des tiers (B). La question de savoir si le droit désigné doit nécessairement être un droit étatique est discutée (C), de même que l'est la possibilité de modifier ce choix (D).

39. Avant d'examiner ces conditions, il faut observer que le texte ne dit rien sur la loi applicable à la validité de la clause. Il semble que, par analogie à l'article 8 de la convention de Rome et à l'article 10 du règlement Rome I, il faille appliquer la loi choisie par la clause litigieuse⁶³.

A. LE CHOIX DOIT ÊTRE EXPRÈS OU RÉSULTER DE FAÇON CERTAINE DES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

40. L'article 14, § 1^{er}, *in fine* exige que le choix soit exprès ou résulte de façon certaine des circonstances de l'espèce. Cette expression est directement tirée de la version française de la convention de Rome et devrait donc, *mutatis mutandis*, recevoir la même interprétation dans le contexte du règlement Rome II⁶⁴.

41. Le choix est exprès lorsqu'il résulte d'un contrat ou d'un accord verbal explicite, pour autant que la preuve de cet accord puisse être rapportée⁶⁵.

42. La mesure dans laquelle un choix implicite '*résulte de façon certaine des circonstances de l'espèce*' est plus difficile à évaluer. Cette expression doit, semble-t-il, recevoir une interprétation restrictive⁶⁶. Cela permet d'exclure d'emblée la possibilité pour le juge d'interpréter une clause de juridiction comme désignant également le droit du for⁶⁷. L'attitude des parties durant la procédure ou la négociation à l'amiable peut par contre constituer un indice de la volonté des

62. En ce sens, voir notamment P. HAY, 'Contemporary Approaches to non contractual obligations in private international law (conflict of laws) and the European community's Rome II regulation', *EuLF*, 2007, pp. 137 et s., spéc. p. 151; G. WAGNER, *o.c.* (note 59), p. 13; O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1641; I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 337; P. MANKOWSKI, *IPrax*, 2010, pp. 389 et s., spéc. p. 400.

63. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1643. En ce sens également, R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', *o.c.* (note 50), n° 46; I. 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 328; T. K. GRAZIANO, 'Freedom to choose the applicable law in tort', in *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations. A new international litigation regime*, (J. AHERN, W. BINCHY), Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 123; le recours à cette loi peut néanmoins être écarté si une partie souhaite établir qu'elle n'a pas consenti et qu'il résulte des circonstances de l'espèce qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du consentement d'après la loi désignée par les parties. Dans cette hypothèse, la loi applicable est celle du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle.

64. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 96. Voir également O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1641 qui renvoie au Livre vert de la Commission européenne relatif à la transformation de la convention de Rome en règlement montrant des divergences entre Etats membres dans l'appréciation du choix tacite, résultant des circonstances.

65. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 96.

66. I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 331; E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', *o.c.* (note 43), p. 52.

67. E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', *o.c.* (note 43), p. 52.

parties de désigner un droit particulier⁶⁸. Se pose finalement la question de savoir si le choix d'une loi applicable en matière contractuelle permet de déduire qu'il 'résulte de façon certaine' que les parties entendaient appliquer ce même droit à leur litige en matière délictuelle? Un auteur considère que si la clause énonce que 'le droit désigné régit toutes les relations entre les parties' ou 'toutes les obligations entre les parties sont régies par la loi choisie', le choix résulte de façon certaine des circonstances de l'espèce⁶⁹.

B. LE CHOIX NE PEUT PORTER PRÉJUDICE AUX DROITS DES TIERS

43. L'article 14 indique que le choix ne peut pas porter préjudice aux droits des tiers. En d'autres termes, il ne peut porter atteinte aux droits de l'assureur du responsable, de l'éventuel coresponsable et d'une autre victime. L'exemple type est l'obligation qui pèse sur l'assureur de rembourser les dommages que doit payer le responsable. La clause de choix de loi conclue entre la victime et le responsable ne peut porter atteinte aux droits de l'assureur du responsable. Ainsi, le choix ayant pour effet d'augmenter le montant de l'indemnisation que l'assureur est appelé à verser ne respecte pas la condition de l'article 14. Un autre exemple est celui dans lequel deux personnes sont responsables du dommage. Si la victime et le premier responsable désignent un droit privant la victime de tout droit à la réparation à son égard, ce choix ne peut avoir pour effet de priver le deuxième responsable de tout recours contre le premier⁷⁰. Cette possibilité est confirmée par l'article 20 qui prévoit que c'est la loi régissant les rapports entre la victime et le deuxième responsable qui s'applique au recours du deuxième responsable contre le premier. Si, à l'inverse, la victime et le premier auteur désignent une loi en vertu de laquelle ce dernier est responsable (mais pas le second auteur), la condition de l'article 14 protège le second auteur contre toute action du premier.

C. LA POSSIBILITÉ DE DÉSIGNER UN DROIT NON ÉTATIQUE

44. La question de savoir si les parties peuvent désigner un droit non étatique est discutée⁷¹. Celles-ci pourraient par exemple désigner les Principes de droit européen de la responsabilité civile⁷². Alors qu'une partie de la doctrine admet cette possibilité en l'assortissant de certaines limitations, une autre la rejette formellement.

68. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1642; S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 96 qui vise notamment les échanges de correspondances ou de conclusions. L'auteur attire toutefois l'attention sur le fait que, dans ce cas, la distinction entre un choix de loi et un accord procédural n'est pas aisée et renvoie à F. CHERNOU et S. PIEDÉLIÈVRE, 'Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)', *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2007, pp. 4 et s. (1^{re} partie), 28-30 oct. 2007, pp. 9 et s. (2^e partie), spéc. p. 17. *Contra*, I. BACH, 'Article 14 Rome II', *o.c.* (note 17), p. 330 selon lequel le fait que les parties se réfèrent au même droit durant la procédure ne peut automatiquement être interprété comme un choix implicite. Il est en effet possible que les parties aient simplement interprété erronément les règles de conflits de lois. Cette référence ne peut valoir que si les parties sont conscientes de ce qu'elles ont choisi un autre droit que le droit normalement applicable. Dans ce sens également, A. JUNKER, *o.c.* (note 24), n° 32; S. LEIBLE, 'Rechtswahl im IPR der außervertraglichen schuldverhältnisse nach der Rom II- Verordnung', *R.I.W.*, 2008, pp. 257 et 261. Ce dernier auteur considère, dans cette même hypothèse, que lorsque les parties ont désigné un droit qui n'est pas celui de leur résidence habituelle, ni celui du for, le choix implicite doit être admis.

69. T. K. GRAZIANO, 'Freedom to choose the applicable law in tort', *o.c.* (note 63), p. 122.

70. Voir notamment I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 338.

71. Voir notamment J. CARRUTHERS et E. CRAWFORD, 'Variations on a theme of Rome II. Reflections on proposed choice of law rules for non-contractual obligations: part I', *EdinLR*, 2004-2005, p. 86; S. LEIBLE, *o.c.* (note 68), p. 261.

72. Ces principes ont été établis par le European Group on Tort Law sur la base d'une étude comparative des ordres juridiques européens (les travaux du groupe sont disponibles sur le site <http://www.egtl.org/>).

45. Les auteurs favorables à la désignation d'un droit non étatique entendent limiter cette possibilité au motif que l'article reprend le terme 'loi'⁷³. Selon eux, une telle désignation ne peut être envisagée que dans les limites des dispositions impératives de la loi normalement applicable⁷⁴. En d'autres termes, comme le préconise le considérant 13 du règlement Rome I, le droit non étatique ne peut s'appliquer qu'en lieu et place des dispositions étatiques qui ne sont pas impératives.

46. Les auteurs qui rejettent la possibilité de désigner un droit non étatique estiment que cette difficulté particulière ne doit pas recevoir le même traitement que dans le règlement Rome I⁷⁵. Selon eux, cette solution est justifiée en matière de droit des contrats parce qu'il existe des principes, tels que les principes UNIDROIT, internationalement reconnus. Or, en 2007, lors de l'adoption du règlement Rome II, il n'existait pas de droit non étatique applicable à la matière délictuelle aussi abouti que les principes UNIDROIT⁷⁶. Le législateur n'a donc pas pu vouloir admettre la désignation d'un droit non étatique. Ces auteurs appuient également leur position sur la lettre de l'article 14. Celui-ci utilise en effet les termes 'loi' et 'pays'⁷⁷.

D. LA POSSIBILITÉ DE MODIFIER LE CHOIX

47. L'article 14 n'évoque pas la possibilité de modifier le choix. Par conséquent, plusieurs interprétations sont envisageables. Le prescrit de l'article 14 s'inspire largement du texte de la convention de Rome qui prévoit la possibilité de modifier le choix. Dès lors, selon certains, le fait que l'article 14 ne prévoit pas expressément cette possibilité signifie que le législateur européen a entendu l'interdire⁷⁸. Cependant, soulignent d'autres auteurs, la consécration du principe de l'autonomie de la volonté n'induit-elle pas justement que les parties puissent modifier leur choix à tout moment⁷⁹? L'importance pratique de cette controverse doit être nuancée dans la mesure où il semble difficile, en pratique, d'empêcher les parties de modifier leur choix, celles-ci pouvant toujours prétendre qu'il s'agit de leur premier choix⁸⁰. De plus, la possibilité de modifier le choix peut s'avérer utile dans l'hypothèse où celui-ci aurait été formulé longtemps avant la survenance du litige⁸¹.

73. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1640. En faveur de la désignation des principes de droit européen de la responsabilité civile, voir également T. K. GRAZIANO, 'Freedom to choose the applicable law in tort', *o.c.* (note 63), p. 119.

74. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1640; T. K. GRAZIANO, *o.c.* (note 63), p. 119.

75. J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', *RabelZ*, 2009, pp. 461 et s., spéc. p. 491; R. PLENDER et M. WILDERSPIN, *The European Private International law of obligations*, Londres, Sweet&Maxwell, Thomas Reuters, 2009, p. 768, n° 29-015; I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 329 renvoyant à S. LEIBLE, *o.c.* (note 68), pp. 257 et 261; A. JUNKER, 'Art. 14', *o.c.* (note 24), n° 15.

76. J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', *o.c.* (note 75), p. 491.

77. I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 329 renvoyant à S. LEIBLE, *o.c.* (note 68), pp. 257 et 261; A. JUNKER, 'Art. 14', *o.c.* (note 24), n° 15.

78. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 97.

79. I. BACH, 'Article 14', *o.c.* (note 51), p. 334 renvoyant à A. JUNKER, 'Art. 9', *o.c.* (note 24), n° 24.

80. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 97.

81. *Ibid.*, p. 96.

§ 4. *Les limites*

48. Le choix des parties est en principe illimité, en ce sens qu'elles peuvent même désigner un droit ne présentant aucun lien avec le litige⁸². Cependant, dans deux situations précises, dites 'internes' et 'intraeuropéenne', l'application du droit ne présentant aucun lien avec le litige est limitée.

49. La première hypothèse est reprise à l'article 14, § 2 qui indique que '*lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord*'. Ce paragraphe vise par exemple la situation dans laquelle un Belge cause un dommage à un autre Belge à Bruxelles et que les parties décident de désigner le droit français. En introduisant ces limitations, le législateur a simplement voulu éviter que les parties puissent soumettre une situation purement interne au règlement uniquement parce qu'elles ont désigné la compétence de la loi d'un autre Etat⁸³. Un auteur interprète cette limitation comme signifiant que la loi choisie par les parties s'applique dans les limites des dispositions impératives du droit normalement applicable⁸⁴. Le juge belge devra donc appliquer les dispositions impératives de droit belge.

50. La seconde hypothèse, prévue par l'article 14, § 3 dispose que '*lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs Etats membres, le choix, par les parties, de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'Etat membre du for*'. On vise ici la situation dans laquelle un Belge cause un dommage à un Italien lors d'un voyage en Espagne et dans laquelle les parties décident de désigner le droit turc. Le législateur européen a ici souhaité assurer l'application des dispositions européennes impératives dès que tous les éléments du litige sont localisés dans un ou plusieurs Etats membres. Précisons que le choix de loi ne peut porter atteinte aux dispositions impératives du droit européen telles que mises en œuvre dans l'Etat membre du for.

§ 5. *Les relations entre l'article 14 et la clause d'exception*

51. Les relations entre l'article 14, qui permet aux parties de choisir le droit applicable à leur litige, et la clause d'exception, qui permet d'écarter le droit normalement applicable au profit d'un droit qui présente des liens manifestement plus étroits avec l'atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaire ou d'une *culpa in contrahendo* sont complexes⁸⁵. Selon certains, l'article 14 fait double emploi avec la clause d'exception. Ils

82. E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', *o.c.* (note 43), p. 52. En ce sens également, F. GARCIMARTIN ALFÉREZ, 'The Rome II regulation: on the way towards a European Private International Law Code: European Legal Forum', *EuLF*, 2007, pp. 77 et s., spéc. p. 82. Selon certains, l'autonomie de la volonté aurait dû, dans ce domaine, prendre la forme d'une option de droit. Voir notamment O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1640.

83. L'article 1^{er}, § 1^{er} indique en effet que '*le présent règlement s'applique dans les situations comportant un conflit de lois (...)*'.

84. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 99 évoquant la figure de l'incorporation et renvoyant à J.-Ch. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé contemporain*, Paris, Economica, 1992, p. 139.

85. La clause d'exception se trouve aux articles 4, § 3; 5, § 2; 10, § 3; 11, § 4 et 12, § 2, c). Cette clause fait l'objet d'une analyse spécifique aux n° 1.59 et s.

considèrent que la clause d'exception permet d'atteindre le résultat escompté par la clause de choix de loi conclue avant la survenance du litige puisque les liens manifestement plus étroits peuvent découler d'une relation contractuelle préexistante⁸⁶. Cette position ne peut être suivie pour deux raisons⁸⁷. D'une part, la mise en œuvre de la clause d'exception dépend du pouvoir d'appréciation du juge. Il n'est donc pas certain qu'elle soit appliquée alors que le choix de loi doit nécessairement être examiné. D'autre part, il peut arriver que les relations contractuelles soient soumises à un instrument ne réglant pas les aspects délicats, comme par exemple la convention du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

Certains auteurs vont plus loin dans le raisonnement en considérant que l'article 14 interdit même au juge d'écarter le droit désigné par les parties au profit d'une loi présentant des liens manifestement plus étroits avec les circonstances du litige⁸⁸. Il est vrai que l'article 14 n'impose pas aux parties de désigner un droit en lien avec leur litige. Ce serait donc aller à l'encontre de leur volonté que d'écarter le droit choisi au profit d'une telle loi.

SECTION 4. LA LOI APPLICABLE AUX ATTEINTES DÉCOULANT D'UN FAIT DOMMAGEABLE, À DÉFAUT DE CHOIX

52. Lorsque le litige entre dans le champ d'application du règlement, que les parties n'ont pas désigné le droit applicable à leur litige ou que ce choix n'est pas valide et que l'atteinte découle d'un fait dommageable, le juge belge, en vue de déterminer le droit applicable, recourt au chapitre II du règlement. Ce chapitre contient une règle générale (art. 4) et des règles spéciales relatives à la responsabilité du fait des produits (art. 5), à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence (art. 6), aux atteintes à l'environnement (art. 7), aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle (art. 8) et à la responsabilité du fait de grève et de *lock out* (art. 9). Ces règles spéciales ont pour objet de confirmer, d'explicitier ou de déroger à la règle générale⁸⁹. Lorsque le litige concerne une des matières énumérées ci-dessus, le juge applique la règle spéciale y relative. L'étude de ces règles spéciales fait l'objet d'un prochain cahier. L'analyse est donc ici limitée à la règle générale. Celle-ci se décline en trois paragraphes.

53. Conformément au premier paragraphe, la loi applicable est celle '*du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent*' (§ 2).

54. Le second paragraphe apporte une dérogation à cette règle en indiquant que lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même Etat au moment de la survenance du dommage, c'est la loi de cet Etat qui s'applique. Dès lors, il appartient au juge de vérifier en priorité si ce critère est rencontré (§ 1^{er}).

55. S'il s'avère finalement qu'une loi autre que celle désignée par le premier ou le deuxième paragraphe présente des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable, le juge l'applique (§ 3).

86. Voir notamment P. HUBER et I. BACH, 'Die Rom II-VP Kommissionsentwurf und aktuelle entwicklungen', *IPRax*, 2005, pp. 73 et s., spéc. p. 73.

87. O. BOSKOVIC, 'L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II', *o.c.* (note 47), p. 1641.

88. E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', *o.c.* (note 43), p. 49. C'est d'ailleurs la solution prônée par l'article 19, § 2 du CODIP.

89. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 113.

§ 1. *La loi de l'Etat dans lequel l'auteur et la victime ont leur résidence habituelle lors de la survenance du dommage*

56. L'article 14, § 2 énonce que '*lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique*'. Il apporte une dérogation au critère de rattachement du premier paragraphe et impose au juge de d'abord vérifier si les parties avaient leur résidence habituelle dans le même Etat au moment de la survenance du dommage. Ainsi, par exemple, si lors d'un voyage en Italie, un Belge blesse un autre Belge et que ce dernier doit être hospitalisé à Rome, la loi applicable sera la loi belge et non la loi italienne, lieu de survenance du dommage, puisque l'auteur et la victime ont leur résidence habituelle dans le même pays.

57. L'article 23 définit la résidence habituelle en distinguant, d'une part, les sociétés, les associations et personnes morales et, d'autre part, les personnes physiques agissant dans l'exercice de leur activité professionnelle. Pour les premières, la résidence habituelle est celle où est établie leur administration centrale⁹⁰. Pour les personnes physiques agissant dans l'exercice de leur activité professionnelle, la résidence habituelle se situe au lieu de leur établissement principal. La définition ainsi offerte par l'article 23 contient plusieurs lacunes. Tout d'abord, elle ne définit pas les notions d'administration centrale et d'établissement principal. Ensuite, elle ne donne pas de précisions relatives à la localisation de la résidence habituelle d'une personne physique agissant en dehors de l'exercice de son activité professionnelle. Dans le cadre d'un instrument européen, ces notions doivent recevoir une interprétation autonome. On renvoie donc à la jurisprudence de la Cour de justice qui a déjà eu l'occasion de se prononcer sur ces notions dans d'autres contextes⁹¹.

58. Une question pratique se pose encore dans les litiges impliquant une victime par ricochet. L'article 15 relatif au domaine de la loi applicable prévoit en son point e) que ce domaine comprend la réparation du dommage des victimes par ricochet⁹². Dès lors, lorsque le règlement donne compétence à la loi du pays de la résidence habituelle commune de l'auteur et de la victime, vise-t-il la victime directe ou la victime par ricochet⁹³? Si l'on est *a priori* tenté de dire que la résidence habituelle à prendre en compte est celle de la victime par ricochet, la solution inverse s'impose pour trois raisons. Prendre en compte la résidence habituelle de la victime directe permet en effet d'assurer la réparation du dommage subi par les deux catégories de victimes et assure la prévisibilité pour le défendeur⁹⁴. Cette solution présente finalement l'avantage de correspondre à l'esprit du texte, à savoir localiser le dommage direct. Ainsi, lors de vacances au ski, un Belge entre en collision sur les pistes avec un jeune adulte de nationalité luxembourgeoise mais résidant habituellement en Belgique. Ce dernier est gravement handicapé. Ses enfants, résidant habituellement au Luxembourg chez leur mère subissent un préjudice moral pour lequel ils peuvent demander réparation.

90. Toutefois, lorsque le fait générateur a été commis ou que le dommage a été subi dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle.

91. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 89 renvoyant, pour la notion d'administration centrale, à l'arrêt C.J., 28 juin 2007, *Planzer Luxemburg*, aff. C-73/06, *Rec.*, 2007, p. I-5655, pts. 60-63. Cet auteur renvoie, pour la notion de résidence habituelle, à C.J., 25 févr. 1999, *Swaddling*, aff. C-90/97, *Rec.*, 1999, p. I-1075, pts. 28-30 et C.J., 15 sept. 1994, *P. Magdalena Fernandez*, aff. C-452/93, *Rec.*, 1994, p. I-4295, pt. 22.

92. Voir *infra* n° 96.

93. O. BOSKOVIC, 'Le domaine de la loi applicable', in *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (dir S. CORNELOUP, N. JOUBERT), LexisNexis, Litec, 2008, p. 186.

94. *Ibid.*, p. 186.

L'existence et le montant de la réparation de ce préjudice seront évalués conformément à la loi belge puisque c'est la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'auteur et de la victime directe dont il faut tenir compte.

§ 2. La loi du pays où le dommage survient

59. Aux yeux du législateur européen, la loi du pays où le dommage survient semble être la loi la plus à même de concilier les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et les intérêts de la personne lésée⁹⁵. Par ailleurs, elle assure, d'une part, une grande sécurité juridique dès lors qu'elle trouve à s'appliquer quel que soit le type de dommage à l'origine du litige⁹⁶ et, d'autre part, une plus grande prévisibilité du droit applicable que la loi du lieu de la survenance du fait dommageable⁹⁷. En effet, l'article 5, 3^o du règlement Bruxelles I dont l'objet est de désigner les tribunaux compétents retient comme critère de rattachement le lieu de la survenance du fait dommageable. Or, selon l'interprétation de la Cour de justice, cette règle est susceptible de désigner deux lieux distincts: le lieu du fait générateur et le lieu du préjudice subi⁹⁸. L'article 4, § 1^{er} tranche et ne désigne plus qu'un seul de ces deux lieux. Malgré tout, cette disposition recèle d'autres difficultés. L'interprétation de la notion de dommage soulève des interrogations (A) et des précisions relatives aux hypothèses dans lesquelles le dommage survient dans différents pays doivent être apportées (B).

A. LA NOTION DE DOMMAGE

60. Puisque le litige est en principe régi par la loi du pays dans lequel le dommage survient, il faut se demander ce que couvre exactement la notion de dommage. Il ressort expressément de l'article 4, faisant écho à la jurisprudence élaborée par la Cour de justice dans le contexte du règlement Bruxelles I, que seul le dommage direct soit visé, à l'exclusion du dommage indirect⁹⁹. Les contours de la notion de dommage direct peuvent être dressés à l'aide de plusieurs exemples, inscrits dans le règlement lui-même ou issus de la doctrine et de la jurisprudence. Ainsi, le considérant 17 indique qu'*en cas de blessures physiques causées à une personne ou de dommage aux biens, le pays où les blessures ont été subies ou les biens endommagés devrait être entendu comme celui où le dommage survient*¹⁰⁰. Dans le cadre de l'article 5, 3^o du règlement Bruxelles I, il avait été suggéré qu'en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne, la blessure initiale soit considérée comme le dommage direct alors qu'une éventuelle aggravation de cette blessure, entraînant, par exemple, le décès, relève de la catégorie dommage

95. Considérant 16 du règlement Rome II.

96. A. NUYTS, 'La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II', *R.D.C.*, 2008, pp. 489 et s., spéc. p. 492.

97. C. BRIÈRE, 'Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II')', *o.c.* (note 13), p. 41.

98. C.J., 30 nov. 1976, *Mines de potasse d'Alsace SA*, aff. 21/76, *Rec.*, 1976, p. I-1735, pts. 24 et 25; C.J., 7 mars 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd*, aff. C-68/93, *Rec.*, 1995, p. I-415, pt. 20; C.J., 19 sept. 1995, *Antonio Marinari*, aff. C-364/93, *Rec.*, 1995, p. I-2719, pt. 11.

99. C.J., 30 nov. 1976, *Mines de potasse d'Alsace SA*, *o.c.* (note 98), pt. 25; C.J., 11 janv. 1990, *Dumez France SA*, aff. C-220/88, *Rec.*, 1990, p. I-00049, pt. 20; C.J., 19 sept. 1995, *Antonio Marinari*, *o.c.* (note 98), pt. 14; C.J., 27 oct. 1998, *Réunion européenne SA*, *o.c.* (note 9), pts. 28, 30 et 31; C.J., 10 juin 2004, *Kronhofer*, aff. C-168/02, *Rec.*, 2004, p. I-6009.

100. Dans son exposé des motifs, la Cour précise qu'en matière d'accidents de la circulation, le lieu à prendre en considération est celui de la collision (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 12).

indirect¹⁰¹. Certains auteurs proposent de transposer cette interprétation dans le cadre du règlement Rome II¹⁰².

B. LES HYPOTHÈSES DE DOMMAGE SURVENANT DANS DIFFÉRENTS ÉTATS

61. Pour comprendre la difficulté que génère l'hypothèse dans laquelle le dommage survient dans différents Etats membres, il faut mettre la question de la loi applicable en rapport avec les règles de compétence. En matière extracontractuelle, les règles de compétence sont notamment inscrites à l'article 5, 3^o du règlement Bruxelles I. Cette disposition désigne la compétence du '*tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire*'. Ce facteur de rattachement, qui a fait l'objet de nombreux débats en doctrine, vise, enseigne la Cour de justice, deux lieux distincts: le lieu du fait générateur et le lieu du préjudice¹⁰³. Elle précise par ailleurs qu'en cas de dommage survenu dans plusieurs Etats membres, la solution varie selon que l'on saisit les juridictions du lieu du fait générateur ou du lieu du préjudice¹⁰⁴. Si les juridictions saisies sont celles du lieu du fait générateur, celles-ci sont compétentes pour connaître de l'ensemble du litige. Par contre, les juridictions du lieu où le dommage est survenu ne peuvent connaître que de la portion du dommage survenu dans cet Etat. Ce raisonnement peut être repris dans le contexte de la loi applicable¹⁰⁵. Ainsi, si les juridictions saisies sont celles du lieu du fait générateur, elles sont compétentes pour connaître de l'intégralité du préjudice et elles appliqueront la loi de chaque Etat dans lequel une partie du dommage est survenue¹⁰⁶.

§ 3. La clause d'exception

62. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec une loi autre que celle désignée par le premier ou le deuxième paragraphe, cette autre loi s'applique. La clause d'exception a été adoptée en vue d'introduire une certaine flexibilité et de rendre la justice en fonction de cas individuels¹⁰⁷. Trois conditions doivent être respectées pour pouvoir y faire appel.

101. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et effets des jugements en Europe*, o.c. (note 8), p. 175.

102. A. NUYTS, 'La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II', o.c. (note 96), p. 495.

103. C.J., 30 nov. 1976, *Mines de potasse d'Alsace SA*, o.c. (note 98), pts. 24 et 25; C.J., 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, o.c. (note 97), pt. 20; C.J., 19 sept. 1995, *Antonio Marinari*, o.c. (note 98), pt. 11.

104. C.J., 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, o.c. (note 98).

105. En ce sens, notamment J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', o.c. (note 75), p. 475; F. GARCIMARTIN ALFÉREZ, 'The Rome II regulation: on the way towards a European Private International Law Code: European Legal Forum', o.c. (note 82), p. 84; H. HEISS, L. D. LOACKER, 'Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II', *JBl*, 2007, pp. 750 et s.; G. HOHLOCH, 'Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope, the Basic Principles', *Yearbook of private international law*, 2007, pp. 1 et s., spéc. p. 10; A. NUYTS, 'La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II', o.c. (note 96), p. 495.

106. On peut d'ailleurs lire dans l'exposé des motifs qu'*'en cas de survenance de dommages dans plusieurs pays, il y a lieu d'appliquer de manière distributive les lois de tous les pays concernés, conformément à la thèse de la 'Mosaikbetrachtung' connue en droit allemande'* (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), o.c. (note 10), p. 12).

107. Le considérant 14 fait état de cet équilibre nécessaire. L'exposé des motifs énonce que l'objectif de cette clause est '*d'introduire une certaine flexibilité, permettant au juge d'adapter la règle rigide à un cas individuel pour appliquer la loi qui correspond au centre de gravité de la situation*' (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), o.c. (note 10), p. 12).

63. Premièrement, il faut qu'une loi présente des liens plus étroits avec le litige. Cette disposition ne permet donc pas au juge d'écarter le droit normalement applicable au profit de la loi du for, sans que cette dernière ne présente des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable.

64. Deuxièmement, ces liens doivent être *manifestement* plus étroits. L'usage du terme '*manifestement*' indique que le recours à cette clause doit rester exceptionnel¹⁰⁸. L'article 4, § 3 précise que ces liens pourraient notamment découler d'une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat¹⁰⁹. La formulation de l'article 4, § 3 montre que la disposition ne limite pas son application aux relations de nature contractuelle, ni au fait qu'une relation préexistante existe. D'une part, il ne s'agit que d'un exemple, si bien que certains auteurs considèrent que cette relation préexistante peut être de nature factuelle ou sociale¹¹⁰. Toutefois, puisque c'est la loi applicable à cette relation qui va écarter l'application du droit normalement désigné, il est nécessaire qu'une loi régie cette relation¹¹¹. Si la relation n'est régie par aucune loi, elle peut encore être prise en considération comme indice de ce que la loi de l'Etat où prend place cette relation présente des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable¹¹². D'autre part, l'article 4, § 3 énonce que les liens les plus étroits pourraient découler d'une relation préexistante mais ne l'imposent pas. C'est pourquoi certains auteurs considèrent qu'il peut y être fait recours pour appliquer la loi du lieu où le fait dommageable est survenu, au motif que l'application de cette loi était plus prévisible¹¹³. On peut encore s'interroger sur la question de savoir si la réduction des coûts de procédure pourrait être invoquée pour motiver l'application de la clause d'exception. Au regard du prescrit du 6^e considérant, qui rappelle que le bon fonctionnement du marché intérieur exige que les règles de conflit de lois en vigueur dans les Etats membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite, l'on peut prévoir que la réduction

108. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 13; A. NUYTS, 'La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II', *o.c.* (note 96), p. 498. C'est pourtant un risque dont la Commission était consciente lorsqu'elle a rejeté la proposition du Parlement de préciser davantage les hypothèses dans lesquelles la clause d'exception pouvait s'appliquer. Voir à ce sujet le Rapport du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), A6-0211/2005, p. 20: '*Les facteurs pouvant être pris en compte comme établissant manifestement un lien entre une obligation non contractuelle et un autre pays sont: a) en ce qui concerne la ventilation des pertes et la capacité juridique, le fait que la/les personne(s) réputée(s) responsable(s) et la/les victime(s) d'un dommage ont leur résidence habituelle dans le même pays ou que les dispositions applicables de la loi du pays de la résidence habituelle de la/des personne(s) réputée(s) responsable(s) et du pays de résidence habituelle de la/des victime(s) d'un dommage sont substantiellement identiques; b) une relation préexistante, en droit ou en fait, entre les parties, comme par exemple un contrat, étroitement liée à l'obligation non contractuelle concernée; c) la nécessité d'assurer la certitude, la prévisibilité et l'uniformité des résultats; d) la protection des attentes légitimes; e) les politiques qui sous-tendent la loi étrangère applicable et les conséquences de l'application de cette loi*'. Pour résoudre la question de la loi applicable, 'le tribunal saisi soumet, si nécessaire, chaque point spécifique du litige à une analyse séparée'. Voir également la Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II') présentée par la Commission conformément à l'article 250, § 2 du traité CE, COM (2006) 83 Final.

109. Cette clause d'exception est similaire à celle contenue à l'article 4, § 5 de la convention de Rome et à l'article 4, § 4 du règlement Rome I.

110. S. SYMEONIDES, 'Rome II and Tort conflicts: a missed opportunity', *o.c.* (note 46), pp. 203-204: il prévoit dans ce cas que la loi applicable soit celle du pays où est physiquement centrée cette relation. A. NUYTS souligne que, dans cette hypothèse, grandes sont les chances que les parties aient leur résidence habituelle dans le même Etat et qu'on puisse recourir à l'article 4, § 2 (A. NUYTS, 'La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II', *o.c.* (note 96), p. 498).

111. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 93.

112. *Ibid.*, p. 94.

113. J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', *o.c.* (note 75), p. 485; L. DE LIMA PINHEIRO, 'Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of the EC Regulation Rome II', *o.c.* (note 44), p. 20.

des coûts de procédure ne sera pas admise pour évincer l'application de la règle générale¹¹⁴. En outre, l'objectif de la clause d'exception est la proximité et non la réduction des coûts de procédure.

65. Troisièmement, tous les aspects du dommage doivent être pris en considération dans l'examen des liens plus étroits avec cette autre loi¹¹⁵.

66. On peut se demander si, en plus de la réunion de ces conditions, la loi normalement applicable doit, de son côté, ne pas présenter de liens avec le fait dommageable, comme l'exige l'article 19 du CODIP. La réponse devrait être négative dans la mesure où les deux premiers critères de rattachement ont été choisis par le législateur parce qu'ils assuraient justement l'existence de liens avec le litige¹¹⁶. Exiger que la loi normalement applicable puisse être évincée pour autant qu'elle ne présente aucun lien avec le fait dommageable reviendrait à priver la clause d'exception de tout effet utile¹¹⁷.

SECTION 5. LA LOI APPLICABLE AUX ATTEINTES RÉSULTANT D'UN ENRICHISSEMENT SANS CAUSE, D'UNE GESTION D'AFFAIRES OU D'UNE *CULPA IN CONTRAHENDO*, À DÉFAUT DE CHOIX

67. Les règles de rattachement relatives à l'enrichissement sans cause, la gestion d'affaires et la *culpa in contrahendo* sont inscrites au chapitre III du règlement. Ce chapitre réunit toutes les obligations résultant d'un fait autre qu'un fait dommageable¹¹⁸. Le juge applique ces règles si aucun choix n'a été formulé par les parties ou si ce choix ne peut être validé. Les règles relatives à l'enrichissement sans cause et à la gestion d'affaires sont similaires et sont donc examinées conjointement (§ 1). Sont concernés par ces dispositions notamment le paiement réalisé par erreur ou le fait pour une personne de rendre un service qui évite à une autre personne de subir un dommage corporel ou patrimonial¹¹⁹. La *culpa in contrahendo* fera quant à elle l'objet d'une analyse distincte. La phase de négociations d'un contrat peut en effet donner naissance à des obligations non contractuelles (§ 2).

68. L'on peut d'emblée signaler que ces règles de rattachement présentent un point commun, les distinguant toutes de la règle générale de l'article 4, en ce qu'elles donnent priorité à la loi régissant les relations préexistantes entre les parties. L'article 4 permet l'intervention de cette loi uniquement à titre de clause d'exception, pour autant qu'elle présente des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable¹²⁰. Ce choix s'explique par le fait qu'il est fréquent, dans le

114. J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', *o.c.* (note 75), p. 485.

115. L'article prévoit expressément que les liens manifestement plus étroits avec la loi d'un autre Etat doivent résulter de 'l'ensemble des circonstances'. T. C. HARTLEY, 'Choice of law for non-contractual liability: selected problems under the Rome II regulation', *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 899 et s., spéc. p. 900. En ce sens également, J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', *o.c.* (note 75), p. 484.

116. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 93.

117. *Ibid.*, p. 93.

118. Considérant 29 du règlement Rome II.

119. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 29.

120. Voir *supra*, n° 62 et s.

cadre de ces trois institutions, que les parties entretiennent des relations préalablement au litige¹²¹.

§ 1. La règle générale relative à l'enrichissement sans cause et à la gestion d'affaires

69. Les articles 10 et 11 du règlement, régissant respectivement l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires, prévoient, en substance, que la loi applicable est celle du lieu régissant la relation existante entre les parties. A titre subsidiaire, ils prévoient l'application de la loi de la résidence habituelle commune des parties et, le cas échéant, celle de l'Etat dans lequel l'enrichissement sans cause ou la gestion d'affaires s'est produit. Contrairement à ce que prévoit l'article 4, la loi de la résidence habituelle commune des parties ne s'applique que si la loi régissant la relation préexistante entre les parties ne peut être déterminée¹²². Les articles 10 et 11 contiennent finalement une clause d'exception permettant d'évincer la loi normalement applicable au profit de la loi présentant les liens manifestement plus étroits avec l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause ou d'une gestion d'affaires.

70. La détermination de la loi régissant les relations existantes entre les parties appelle quelques précisions (A), avant d'aborder les critères subsidiaires (B) et d'examiner la clause d'exception (C).

A. LA LOI RÉGISSANT LES RELATIONS EXISTANTES ENTRE LES PARTIES

71. Les articles 10 et 11 prévoient que *'lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause [ou d'une gestion d'affaires] se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable présentant un lien étroit avec cette obligation non contractuelle, la loi applicable est celle qui régit cette relation'*. Ces dispositions fournissent peu d'informations relatives à la relation qu'elles visent. Elles se contentent d'indiquer qu'il peut s'agir de relation existante en vertu d'une *'obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable'*. Bien que ces dispositions n'exigent pas nécessairement une relation contractuelle, elles seront probablement les plus fréquentes¹²³. Il est néanmoins tout à fait envisageable que la relation découle d'un délit¹²⁴. Prenons le cas d'une personne condamnée en première instance à verser des dommages et intérêts à l'autre partie, qui les paie, mais qui voit le montant diminué en appel¹²⁵. Cette personne est alors en droit de demander la répétition de la différence entre les deux montants. Les relations qui ne sont pas juridiques, telles que les relations amicales, doivent probablement être exclues du règlement dans la mesure où les articles 10 et 11 préconisent

121. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*, in *Le règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT), Actes du Colloque du 20 sept. 2007, Paris, LexisNexis, 2008, p. 149.

122. Voir *supra*, n° 56.

123. Le commentaire 7 de la proposition de convention du GEDIP donne l'exemple d'une relation contractuelle dans laquelle une partie fait davantage que ce à quoi elle est tenue. Dans sa proposition initiale, la Commission visait également l'hypothèse dans laquelle le contrat est nul.

124. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 121), p. 158.

125. *Ibid.*

l'application de la loi régissant cette relation¹²⁶. Or, 'pour que la relation puisse être gouvernée par une loi, encore faut-il qu'elle s'insère dans une catégorie juridique'¹²⁷.

72. Un lien étroit doit exister entre la relation existante et l'enrichissement sans cause ou la gestion d'affaires¹²⁸. En l'absence de lien entre ces deux éléments, on comprendrait en effet mal pourquoi le second est régi par la loi applicable au premier¹²⁹.

B. LES CRITÈRES SUBSIDIAIRES

73. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base de l'article 10, § 1 ou 11, § 1^{er}, ceux-ci prescrivent l'application de la loi de la résidence habituelle commune des parties, et, le cas échéant, de la loi du pays dans lequel l'enrichissement sans cause ou la gestion d'affaires s'est produit.

74. En ce qui concerne le premier critère subsidiaire de la résidence habituelle commune des parties, il est renvoyé à ce qui a été développé dans la section relative à la loi applicable aux atteintes découlant d'un fait dommageable¹³⁰.

75. Le rattachement au lieu de la survenance de l'enrichissement sans cause ou de la gestion d'affaires entraîne des difficultés pratiques.

76. En ce qui concerne l'enrichissement sans cause, ce critère de rattachement vise potentiellement trois lieux distincts: le lieu du fait générateur de l'enrichissement, le lieu de la perte et le lieu de l'enrichissement¹³¹. Pour parer à cette difficulté, deux solutions sont envisagées en doctrine. Une partie de doctrine, à laquelle nous adhérons, se prononce en faveur de l'application de la loi du lieu où l'enrichissement s'est réalisé, puisque cet enrichissement injuste constitue le fondement prédominant de l'action¹³². D'autres auteurs se prononcent en faveur de la compétence de la loi du lieu où l'appauvrissement s'est produit. Ces auteurs considèrent que la restitution de ce dont l'un des patrimoines a été dépouillé est l'élément central de l'enrichissement sans cause¹³³.

126. Dans le cadre de la clause d'exception de l'article 4, § 3, les relations non juridiques semblent pouvoir être admises à titre d'indice de ce qu'une autre loi présente des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable. Cette possibilité ne peut être admise ici puisque les articles 10 et 11 prévoient que c'est la loi régissant cette relation qui s'applique. Cette relation doit donc pouvoir s'insérer dans une catégorie juridique.

127. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 121), p. 160.

128. A. CHONG, 'Choice of law for unjust enrichment/restitution and the Rome II Regulation', *ICLQ*, 2008, pp. 863 et s., spéc. p. 877.

129. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 121), p. 165.

130. Voir *supra*, n° 56 et s.

131. A. CHONG, 'Choice of law for unjust enrichment/restitution and the Rome II Regulation', *o.c.* (note 128), p. 877. Ce rattachement peut notamment se révéler être inapproprié car, contrairement aux atteintes résultant d'un fait dommageable, les atteintes résultant de l'enrichissement sans cause émanent d'une opération en droit et non d'un acte ou d'une omission comme les premiers. A ce sujet, voir J. G. COLLIER, 'The draft convention and restitution or quasi-contract', in *Harmonisation of private international law by the EEC, Institute of advanced legal studies* (K. LIPSTEIN), Londres, Institute of Advanced Legal Studies, 1978, pp. 83-84; G. PANAGOPOULOS, *Restitution in private international law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 160.

132. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 121), p. 165. En ce sens également, J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, n° 1145; P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, LGDJ, 1961, p. 89; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2004, n° 688.

133. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. IX, Paris, Marchal et Billard, 1917, § 578, note 9 *in fine*.

77. Cette difficulté se présente également dans le contexte de la gestion d'affaires¹³⁴. L'exemple type est celui par lequel le gérant exerce ses activités dans l'Etat A mais produit ses résultats dans l'Etat B. Plusieurs solutions sont envisageables. Une partie de la doctrine, à laquelle nous nous rattachons, prône l'application de la loi du lieu des effets, à savoir celle de l'Etat B, au motif qu'une gestion d'affaires tire sa raison d'être de son résultat¹³⁵. Certains auteurs suggèrent toutefois l'application du droit du lieu de l'activité du gérant, à savoir celui de l'Etat A. Selon eux, c'est de cette activité que dépend la mise en œuvre des règles du quasi-contrat¹³⁶. Le texte ne permet pas de trancher en faveur de l'une ou l'autre solution¹³⁷. Il faut donc attendre un arrêt interprétatif de la Cour de justice sur ces questions.

C. LA CLAUSE D'EXCEPTION

78. Finalement, les articles 10 et 11 prévoient que la loi normalement applicable peut être écartée au profit de la loi présentant des liens manifestement plus étroits avec l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause ou d'une gestion d'affaires. La difficulté de cette disposition est d'assurer que le recours à la clause reste exceptionnel. La clause contient en elle-même des garde-fous permettant d'éviter cet écueil. Il faut en effet qu'il existe une multitude de liens, que ces liens soient *manifestement* plus étroits et qu'ils découlent de *toutes* les circonstances de l'espèce. Ces termes semblent prôner une interprétation stricte des termes de la clause d'exception¹³⁸. Il faut d'ores et déjà exclure le recours à cette clause pour poursuivre un objectif d'équité ou pour assurer l'application de la *lex fori*¹³⁹. Il y a de bonnes raisons de croire que le recours à cette clause ne sera pas fréquent, les trois premiers critères de rattachement permettant déjà d'assurer une certaine proximité¹⁴⁰.

§ 2. La règle générale relative à la *culpa in contrahendo*

79. L'article 12, intitulé '*culpa in contrahendo*' porte sur les '*obligations non contractuelles découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat*'. Cet article ne permet cependant pas, à lui seul, de cerner la notion de *culpa in contrahendo* (A). L'article 12 contient plusieurs règles de rattachement dont l'articulation doit être expliquée (B).

A. LA NOTION DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

80. Aucune définition de la *culpa in contrahendo* n'est fournie par le règlement. Pour cerner les contours de cette institution, il faut s'appuyer sur les indices contenus dans le règlement et sur la doctrine (1). Dans le tracé de la frontière entre la matière contractuelle et la matière extracontractuelle, la *culpa in contrahendo* présente une réelle difficulté puisqu'elle mêle des questions d'ordre contractuel – la

134. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 121), p. 173.

135. En ce sens, voir notamment P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, *o.c.* (note 132), n° 688.

136. En ce sens, voir notamment R. BOUT, 'Gestion d'affaires – conditions d'existence', *J.-Cl.*, n° 101.

137. Ce silence est d'autant plus regrettable que les termes, repris dans l'avant-projet de règlement et dans la proposition de la Commission, étaient dépourvus de toute ambiguïté puisqu'ils visaient respectivement '*la loi du pays dans lequel la gestion a été effectuée*' et la '*loi du pays dans lequel le gérant a agi*'.

138. A. CHONG, 'Choice of law for unjust enrichment/restitution and the Rome II Regulation', *o.c.* (note 128), p. 890.

139. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 121), p. 180 renvoyant à H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1998, n° 82 et s.

140. G. LÉGIER, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 121), p. 180.

rupture est-elle efficace? Le contrat est-il formé malgré elle? – et délictuel – en l'absence de contrat, peut-on quand même invoquer une responsabilité (2)¹⁴¹?

1. La définition

81. C'est à travers les informations contenues dans le règlement et les interprétations données par la doctrine que l'on peut tenter de donner une esquisse de la notion de *culpa in contrahendo*.

82. Les informations fournies par le règlement sont reprises au 30^e considérant et à l'article 12. Le 30^e considérant donne deux indications. Tout d'abord, il indique qu'il s'agit d'un concept autonome et en fournit deux exemples: la violation du devoir d'informer et la rupture des négociations précontractuelles. Cette liste pourrait être complétée par la divulgation d'informations confidentielles obtenues au cours de ces négociations et le refus ou l'omission de s'enquérir de formalités nécessaires à la conclusion du contrat¹⁴². Ensuite, il exige que les obligations non contractuelles visées par l'article 12 présentent '*un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat*'¹⁴³.

83. En doctrine, certains auteurs suggèrent de s'inspirer de deux sources d'inspiration européenne: les principes du droit européen des contrats et le 'Draft common frame of Reference' (ci-après 'DCFR'). Bien que ces documents ne soient pas juridiquement contraignants, ils reflètent la pensée d'un certain nombre d'universitaires européens et peuvent servir de point de départ dans la réflexion¹⁴⁴. Ainsi, l'article 2:301 de la section 3 des Principes du droit européen des contrats prévoit que '*(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord. (2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. (3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre*'. Cette disposition vise notamment l'hypothèse dans laquelle une partie entre en négociation sans avoir l'intention de conclure un accord avec l'autre partie¹⁴⁵. L'article 2:302 ajoute que '*lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations, l'autre est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser à ses propres fins, qu'il y ait ou non conclusion du contrat. Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre partie*'. Ces dispositions aident à la compréhension de l'article 12 et fournissent des exemples dans lesquels une rupture des négociations peut intervenir¹⁴⁶. La deuxième source, le DCFR, est un outil utilisé par la Commission européenne pour revoir l'acquis en matière de droit des contrats¹⁴⁷. Son article 3:301 de la section 3 reprend, en substance, l'article 2:301 du PECL.

141. S. BOLLÉE, 'A la croisée des règlements Rome I et Rome II: la rupture des négociations contractuelles', *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 2161 et s., spéc. p. 2161.

142. I. THOMA, 'Culpa in contrahendo in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 679.

143. Le considérant 30 cité précise que si une personne subit des dommages corporels au cours des négociations d'un contrat, l'article 4 ou d'autres dispositions du règlement devraient s'appliquer.

144. I. THOMA, 'Culpa in contrahendo in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 674 renvoyant à C. VON BAR et U. DROBNIG, *Study on property law and non contractual liability law as they relate to contract law*, disponible sur le site <ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf>. En ce sens également, C. TUBEUF, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et culpa in contrahendo', *R.D.C.*, 2008, pp. 535 et s., spéc. p. 539, n° 16.

145. I. THOMA, 'Culpa in contrahendo in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 675.

146. *Ibid.*, p. 675.

147. *Ibid.*, p. 675.

2. La frontière entre la matière contractuelle et la matière extracontractuelle

84. Dans le contexte de la convention de Bruxelles, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si les obligations précontractuelles relevaient de la matière contractuelle ou extracontractuelle¹⁴⁸. En l'espèce, elle considère que les obligations précontractuelles relèvent de la matière extracontractuelle. Toutefois, nuance-t-elle, dès qu'il existe un engagement librement assumé d'une partie envers l'autre, les obligations précontractuelles relèvent de la matière contractuelle¹⁴⁹. Il n'est pas certain que, par cet arrêt, la Cour établisse un principe à ce propos puisqu'elle précise que son interprétation est basée sur les circonstances de l'espèce¹⁵⁰. Certains auteurs proposent néanmoins d'interpréter le champ d'application des règlements Rome I et Rome II à la lumière de cette jurisprudence, en adoptant le raisonnement suivant¹⁵¹: *a priori*, les obligations précontractuelles semblent relever exclusivement du champ d'application du règlement Rome II. En effet, l'article 1^{er}, § 2, i) du règlement Rome I exclut expressément les '*obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat*' et l'article 2 du règlement Rome II précise qu'il s'applique à la *culpa in contrahendo*. Toutefois, comme l'a souligné la Cour, les négociations précontractuelles peuvent faire naître deux types d'obligations: d'une part, les obligations de nature non contractuelles prévues par la loi ou les coutumes et, d'autre part, les obligations précontractuelles de nature quasi-contractuelle, telles que les obligations découlant d'une lettre d'intention¹⁵². Dès que ces documents, i.e. lettre d'intention, deviennent contraignants, conformément à la volonté des parties, la responsabilité découlant de la rupture des négociations régularisées par ces documents devrait relever de la matière contractuelle¹⁵³.

B. LES RÈGLES DE RATTACHEMENT

85. L'article 12 contient des règles de rattachement qui s'appliquent à l'exclusion de l'article 4¹⁵⁴. L'article 12 porte uniquement sur les dommages qui découlent directement de la *culpa in contrahendo*. Ainsi, si une partie subit un dommage personnel au cours des négociations, la loi applicable au dommage sera celle désignée par l'article 4 ou par toute autre disposition pertinente¹⁵⁵.

86. L'article 12 désigne la loi applicable au contrat ou celle qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu (1). Si cette loi ne peut être déterminée, il contient deux critères de rattachement subsidiaires. Il s'agit de la loi du pays dans lequel le dommage survient ou de la loi du pays dans lequel les parties ont

148. C.J., 19 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi*, *o.c.* (note 9); *R.C.D.I.P.*, 2003, p. 663, note P. RÉMY-CORLAY; I. THOMA, '*Culpa in contrahendo* in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 675.

149. C.J., 19 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi*, *o.c.* (note 9), pt. 22; I. THOMA, '*Culpa in contrahendo* in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 676. En ce sens également, B. VOLDERS, '*Culpa in contrahendo* in the conflict of laws – a first appraisal of Article 12 of the Rome II Regulation', *Netherlands Internationaal Privatrecht*, 2008, pp. 464 et s., spéc. p. 465; P. MANKOWSKI, '*Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR*', *IPRax*, 2003, pp. 127 et s., spéc. pp. 133-135.

150. C.J., 19 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi*, *o.c.* (note 9), pts. 25-27.

151. Voir notamment I. THOMA, '*Culpa in contrahendo* in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 678 et T. AZZI, '*Bruxelles I, Rome I, Rome II: regard sur la qualification en droit international privé communautaire*', *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 1621 et s., spéc. p. 1623.

152. I. THOMA, '*Culpa in contrahendo* in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 678.

153. *Ibid.*, p. 678 renvoyant à P. LAGARDE, '*La culpa in contrahendo à la croisée des règlements communautaires*', *Liber Fausto Pocar – New instruments of private international law*, Milan, Giuffrè, 2009, p. 584 et B. VOLDERS, '*Culpa in contrahendo* in the conflict of laws – A commentary on article 12 of the Rome II Regulation', *o.c.* (note 149), p. 130.

154. I. THOMA, '*Culpa in contrahendo* in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 681 renvoyant à J. LÜTTRINGHAUS, '*Das internationale privatrecht der culpa in contrahendo nach den EG-Verordnungen Rom I und Rom II <0148>*', *R.I.W.*, 2008, p. 196.

155. L. DE LIMA PINHEIRO, '*Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of EC regulation Rome II*', *o.c.* (note 44), p. 29.

leur résidence habituelle au moment où le fait générateur se produit. S'il existe cependant une autre loi que celles désignées par les deux rattachements subsidiaires, présentant des liens manifestement plus étroit avec l'obligation non contractuelle découlant de la *culpa in contrahendo*, cette loi s'applique (2).

1. Le critère de rattachement principal: la loi applicable au contrat

87. En vertu de l'article 12, § 1^{er}, c'est en principe la loi applicable au contrat ou celle qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu qui trouve à s'appliquer. Pour déterminer la loi qui aurait été applicable au contrat s'il avait été conclu, le juge examine les circonstances de l'espèce¹⁵⁶. Le choix des parties doit donc ressortir d'un choix exprès ou de l'économie générale des négociations entamées entre les parties.

88. Lorsqu'un choix de loi avait déjà été formulé par les parties, comment s'assurer que leur intention était définitive? Cette clause doit être interprétée à la lumière des faits de la cause¹⁵⁷. Ainsi, par exemple, lorsque les parties s'étaient déjà entendues sur la plupart des clauses du projet de contrat, dont celle de choix de lois, et que les négociations sont interrompues pour un motif étranger à ce choix, il est probable que le juge puisse en tenir compte¹⁵⁸.

89. Si aucun choix n'a été formulé par les parties, la question de savoir si l'on peut recourir aux règles de conflit de lois du règlement Rome I pour déterminer la loi applicable au contrat est controversée¹⁵⁹.

2. Les critères subsidiaires

90. Lorsque la loi applicable au contrat ne peut être déterminée, les facteurs de rattachement subsidiaires de l'article 12, § 2 s'appliquent¹⁶⁰. Ce sera notamment le cas lorsque le différend né entre les parties lors des négociations porte sur la clause de choix de loi. Ces critères renvoient à la loi du pays dans lequel le dommage survient et à la loi de la résidence habituelle commune des parties au moment où le fait générateur du dommage se produit¹⁶¹. L'article 12 n'établit pas de hiérarchie entre ces deux critères. Dans l'hypothèse où les deux lois peuvent être désignées, l'on peut se demander s'il faut laisser les parties choisir ou s'il faut appliquer la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige?

91. Si une loi présente des liens manifestement plus étroits avec l'obligation non contractuelle découlant de la *culpa in contrahendo* que les lois désignées par les deux critères subsidiaires, cette loi s'applique. Deux remarques relatives à cette clause d'exception: d'une part, il ne peut être fait appel à cette clause uniquement pour évincer la loi désignée par un des critères subsidiaires. Elle ne permet donc

156. I. THOMA, 'Culpa in contrahendo in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 681; R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1^{re} partie)', *o.c.* (note 14), n° 15.

157. R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1^{re} partie)', *o.c.* (note 14), n° 15.

158. *Ibid.*, n° 15.

159. Contre le recours aux règles de rattachement du règlement Rome I: V. B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé – étude dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris II, 2008, n° 1216. En faveur de ce recours: I. THOMA, 'Culpa in contrahendo in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 682.

160. Ce pourrait être le cas par exemple lorsque les termes du contrat ne sont pas clairs. Comp. A. DICKINSON, *Rome II regulation: a commentary*, Oxford, OUP, 2009, pp. 532 et 535: cet auteur considère que l'article 12, § 2 ne peut s'appliquer lorsqu'un contrat a été conclu.

161. En ce qui concerne le critère relatif à la résidence habituelle commune des parties, il doit s'agir de la résidence habituelle commune au moment où le fait générateur se produit et non, comme le prévoit l'article 4, au moment de la survenance du dommage. Un auteur explique cette différence par le fait que le législateur européen ait pu voir un lien entre cette loi et le dommage (I. THOMA, 'Culpa in contrahendo in the Rome II regulation', *o.c.* (note 56), p. 684).

pas d'écarter la loi applicable au contrat ou celle qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu. D'autre part, la clause d'exception ne peut être invoquée que par rapport à une loi présentant des liens manifestement plus étroits avec un des deux critères retenus à l'article 12, § 2, a) et b). Les règles encadrant la mise en œuvre de cette clause d'exception sont similaires à celles prévues par l'article 4, § 3¹⁶².

SECTION 6. LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE

92. L'article 15 relatif au domaine de la loi applicable est une disposition présentant une grande utilité pratique puisque, d'un Etat membre à l'autre, les différents aspects couverts par la loi applicable à la responsabilité varient¹⁶³. L'article 15 énonce les aspects qui devront être réglés par la loi désignée en vertu du règlement. Ces aspects sont illustrés dans les travaux préparatoires¹⁶⁴. Bien que non exhaustive, la liste donnée à l'article 15 assure que la loi applicable régira pratiquement toutes les questions pouvant survenir dans ce type de litige¹⁶⁵. Cette liste contient des aspects relatifs à l'existence de la responsabilité (§ 1^{er}) ainsi que des questions relatives à sa mise en œuvre (§ 2). D'autres dispositions du règlement permettent de préciser davantage le domaine de la loi applicable (§ 3).

§ 1. Les aspects relatifs à l'existence de la responsabilité

93. Parmi les aspects relatifs à l'existence de la responsabilité, on retrouve les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent (art. 15, a)); les causes d'exonération, de limitation et de partage de la responsabilité (art. 15, b)); la transmissibilité du droit à réparation (art. 15, e)); les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi (art. 15, f)); la responsabilité du fait d'autrui (art. 15, g)); les modes d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance (art. 15, h)). Certains de ces aspects sont analysés ci-après.

A. LES CONDITIONS ET L'ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ, Y COMPRIS LA DÉTERMINATION DES PERSONNES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE DÉCLARÉES RESPONSABLES DES ACTES QU'ELLES COMMETTENT (ART. 15, a))

94. Sur ce premier aspect du domaine de la loi applicable, deux précisions doivent être apportées. D'une part, la définition de la faute est celle contenue dans le droit applicable à l'obligation non contractuelle, sous réserve de la prise en considération des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait ayant entraîné la responsabilité prévue par l'article 17¹⁶⁶. D'autre part, les termes '*y compris la détermination des personnes susceptibles*

162. Voir *supra* n° 62 et s.

163. Ainsi, certaines législations considèrent que les questions relatives à la prescription ou à la charge de la preuve relèvent non pas de la loi applicable à la responsabilité mais de la loi du for (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 24). Ces variations favorisaient le *forum shopping* mais, surtout, étaient sources d'insécurité juridique (R. WEINTRAUB, 'International litigations and *forum non conveniens*', *Texas Int'l.L.J.*, 2008, p. 410).

164. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 25.

165. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 110.

166. Voir *supra*, n° 111 et s.

d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent' font référence tant à la capacité des personnes physiques qu'à celle des personnes morales à être déclarées responsables. S'il est vrai que l'article 1^{er}, § 2, d) du règlement exclut de son champ d'application la responsabilité des associations et des personnes morales, cette exclusion vaut uniquement lorsque l'obligation non contractuelle émane du droit des sociétés¹⁶⁷. Tous les dommages causés par une association ou une personne morale qui auraient pu l'être par une personne physique relèvent du champ d'application du règlement.

B. LES CAUSES D'EXONÉRATION, DE LIMITATION ET DE PARTAGE DE LA RESPONSABILITÉ (ART. 15, b))

95. Ce point relatif aux causes d'exonération, de limitation et de partage de la responsabilité vise plusieurs situations particulières dont le *hardship*, la force majeure, l'état de nécessité, le fait d'un tiers, la faute de la victime, de même que l'irrecevabilité des actions entre époux et l'exclusion de la responsabilité de l'auteur vis-à-vis de certaines catégories de personnes¹⁶⁸. Il vise également les litiges réunissant une pluralité de responsables. Dans ce cas, la loi applicable régit la question de savoir si la victime peut s'adresser à un seul responsable ou si elle doit réclamer la réparation du dommage à tous les responsables, chacun en ce qui le concerne¹⁶⁹. Si elle autorise la victime à s'adresser à un débiteur pour la totalité du dommage, ce dernier pourra se tourner vers les autres responsables, en application de l'article 20 du règlement. Le point b) prévoit encore que la loi applicable régit les accords par lesquels les parties excluent ou limitent leur responsabilité. Certains critiquent le fait que cet accord ne soit pas plutôt soumis à la *lex contractus*¹⁷⁰. Il faut nuancer cette critique: il est possible que cet accord soit repris dans une clause contractuelle mais il peut également avoir été simplement fait oralement ou résulter des circonstances de l'espèce. Si la loi applicable en vertu du règlement Rome II exige l'existence d'un contrat pour considérer l'accord comme étant valide, alors ce contrat sera soumis à la *lex contractus*¹⁷¹. En effet, l'article 15 reste silencieux sur les questions de forme et de validité d'un tel accord. Il serait donc plus logique de soumettre un tel accord à la loi applicable au contrat.

C. LA TRANSMISSIBILITÉ DU DROIT À RÉPARATION (ART. 15, e))

96. La transmissibilité du droit à la réparation est également réglée par la loi applicable à l'obligation non contractuelle, que cette transmissibilité se fasse entre vifs ou à cause de mort. Il semble que la loi applicable à l'obligation non contractuelle ne règle que la question de savoir si le droit à la réparation peut être transmis et non la manière dont celui-ci doit l'être¹⁷². La dévolution

167. Voir *supra* n° 16.

168. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 23.

169. I. BACH, 'Article 15', in *Rome II Regulation. Pocket commentary* (dir. P. HUBER), Munich, Sellier, 2011, p. 346 renvoyant à J. CARRUTHERS, P. NORTH, J. FAWCETT, *Private international law*, Oxford, Oxford University Press, 14^e éd., 2008, pp. 842 et s.

170. R. PLENDER et M. WILDERSPIN, *The European Private international law of obligations*, Sweet&Maxwell, 3^e éd., 2009, n° 16-029.

171. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 573, n° 14.14.

172. I. BACH, 'Article 15', *o.c.* (note 169), p. 349. En ce sens également, R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', *o.c.* (note 50), n° 48.

successorale proprement dite est quant à elle régie par le droit désigné par les articles 78 et suivants du Code de droit international privé¹⁷³.

D. LES PERSONNES AYANT DROIT À RÉPARATION DU DOMMAGE QU'ELLES ONT PERSONNELLEMENT SUBI (ART. 15, f))

97. Le point f) se distingue du point a) en ce qu'il porte sur la question de savoir si une personne autre que la victime directe peut obtenir la réparation du dommage qui lui est causé par ricochet, à la suite du dommage subi par la personne lésée¹⁷⁴. Les travaux préparatoires donnent l'exemple du dommage moral, tel que l'affliction causée par le décès d'un proche et du dommage financier, causé aux enfants ou au conjoint d'une personne décédée¹⁷⁵. Le point a) désigne quant à lui quelles personnes peuvent être reconnues responsables.

98. Certains auteurs considèrent que le dommage visé par le point f) s'étend au-delà des exemples fournis par les travaux préparatoires, i.e. le dommage moral et financier¹⁷⁶. Ils considèrent que le dommage physique indirect devrait également entrer dans le domaine de la loi applicable¹⁷⁷.

E. LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI (ART. 15, g))

99. Ce point vise notamment la responsabilité des parents du fait de leurs enfants ou la responsabilité de l'employeur du fait de ses employés. Il exclut cependant du domaine de la loi applicable la responsabilité du dirigeant d'une société, personne physique, pour les faits de cette société¹⁷⁸.

100. La loi applicable régit uniquement les conditions dans lesquelles une personne peut être tenue responsable pour le fait d'une autre personne¹⁷⁹. Elle ne règle donc pas les questions préalables, telles que la question de savoir si la relation sur laquelle est fondée la responsabilité existe¹⁸⁰. Ces questions sont soumises à la loi désignée par l'article 99 du CODIP.

§ 2. Les aspects relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité

101. Les questions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité sont également largement envisagées par l'article 15.

102. Sont ainsi régies par la loi applicable l'existence, la nature et l'évaluation du dommage, ou la réparation demandée (art. 15, c)). Les termes '*réparation du dommage demandé*' semblent signifier que le juge peut avoir à accorder des dommages et intérêts punitifs ou à calculer le montant de la réparation sur la

173. Dans l'attente de l'adoption du règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Voir à cet égard la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009) 154 Final.

174. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 24.

175. *Ibid.*, p. 24.

176. I. BACH, 'Article 15', *o.c.* (note 169), p. 350.

177. *Ibid.*, p. 350.

178. L'article 1^{er}, § 2, d) exclut cette responsabilité du champ d'application du règlement.

179. I. BACH, 'Article 15', *o.c.* (note 169), p. 351.

180. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 587, n° 14.47.

base d'autres principes que celui de la compensation du dommage¹⁸¹. En ce qui concerne les dommages visés, il s'agit notamment du dommage corporel, matériel, moral ou environnemental, des pertes financières ou de la perte d'une chance¹⁸².

103. Sont également régies par la loi applicable les mesures que peut prendre le tribunal pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation, dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par le droit procédural de l'Etat dont il relève (art. 15, d)). Ce point-ci signifie concrètement que la loi applicable régit des mesures, telles que la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation, pour autant que ces mesures existent dans le droit du for.

§ 3. *Les autres dispositions délimitant le champ d'application du règlement*

104. L'article 15 n'est pas la seule disposition du règlement à délimiter le domaine de la loi applicable. L'article 22, § 1^{er} ajoute que cette loi régit les présomptions légales et la répartition de la charge de la preuve. L'article 18 prévoit que l'action directe est également régie par la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou à la loi applicable au contrat d'assurance. La subrogation est également soumise à la loi applicable à l'obligation non contractuelle. Enfin, l'article 20 prévoit que '*si un créancier a des droits à l'égard de plusieurs débiteurs responsables au titre de la même obligation et que l'un de ceux-ci l'a désintéressé en totalité ou en partie, le droit qu'a ce dernier d'exiger une compensation de la part des autres débiteurs est régi par la loi applicable à son obligation non contractuelle envers le créancier*'.

SECTION 7. LES MÉCANISMES CORRECTEURS

105. Tout au long du processus de désignation de la loi applicable, différents mécanismes correcteurs peuvent être amenés à intervenir. Il s'agit plus précisément des lois de police (art. 16), des règles de sécurité et de comportement (art. 17), du renvoi (art. 24) et de l'exception d'ordre public (art. 26). Les lois de police interviennent en amont (§ 1^{er}), tandis que les normes de sécurité et de comportement (§ 2), l'exception d'ordre public (§ 3) et le renvoi (§ 4) interviennent en aval de la procédure. Ces mécanismes ont pour effet d'écarter ou de compléter, en tout ou en partie, les dispositions de la loi normalement applicable.

§ 1. *Les lois de police*

106. L'intervention des lois de police est réglementée par l'article 16 intitulé '*dispositions impératives dérogatoires*'. Celui-ci prévoit que '*les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle*'. Avant d'examiner les modalités relatives à l'intervention de ce premier mécanisme correcteur, il importe de définir la notion de disposition impérative dérogatoire ou de loi de police.

107. Le règlement ne comporte pas de définition des lois de police mais le considérant 7 encourage à se tourner vers la définition par l'article 9 du règlement

181. O. BOSKOVIC, 'Le domaine de la loi applicable', *o.c.* (note 93), p. 187.

182. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 23.

Rome I¹⁸³. Cet article précise qu'il s'agit d'*'une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement'*. Le considérant 37 du règlement Rome I complète cette définition en indiquant que *'la notion de 'loi de police' devrait être distinguée de celle de 'dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord' et devrait être interprétée de façon plus restrictive'*. Il ressort de ces considérations que trois conditions doivent être réunies: l'objectif de la disposition doit être la sauvegarde des intérêts publics du for; elle doit contenir une règle d'applicabilité: elle est amenée à intervenir quelle que soit par ailleurs la loi normalement applicable. Ces conditions appellent deux observations. Pour apprécier l'objectif de sauvegarde des intérêts publics du for, le juge aura égard aux termes de la disposition, à son interprétation ainsi qu'à sa *ratio legis*¹⁸⁴. La deuxième condition démontre que l'existence d'une loi de police dans l'ordre juridique du for ne suffit pas à légitimer son application. Toutes les lois de police sont en effet pourvues d'une règle d'applicabilité, c'est-à-dire d'une règle délimitant leur champ d'application dans l'espace. Pour que la deuxième condition soit respectée, il est donc nécessaire que le litige entre dans le champ d'application défini explicitement ou implicitement par la règle d'applicabilité de la loi de police¹⁸⁵.

108. Les termes de l'article 16 semblent suggérer qu'il appartient au juge de déterminer s'il existe des lois de police au sein de son ordre juridique, applicables au cas d'espèce¹⁸⁶. En présence d'une loi de police, le juge écarte donc les dispositions normalement applicables qui lui sont contraires¹⁸⁷. Il peut arriver que la loi de police ne règle pas tous les aspects du litige. Dans ce cas, le juge fait application de la loi de police et de la loi normalement applicable¹⁸⁸.

183. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 100 qui justifie le recours au règlement Rome I par le fait que cette définition reprend les termes d'un arrêt de la Cour de justice, eux-mêmes empruntés à FRANCESCOAKIS (C.J., 23 nov. 1999, C-369/96 et C-374/96, *Arblade*, *Rec.*, 1999, p. I-8453, pt. 30 et PH. FRANCESCOAKIS, 'v° Conflit de lois', *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 1968, n° 137). Par ailleurs, le considérant 7 du règlement II insiste sur le fait que l'interprétation des dispositions du règlement soit cohérente par rapport au règlement Bruxelles I, à la convention de Rome et au règlement Rome I. En ce sens également, voir notamment A. JUNKER, 'Art. 16', *o.c.* (note 24), n° 1; J. VON HEIN, 'Article 16', in *Rome Regulations. Commentary on the European rules of Conflict of laws* (G. CALLIES), Londres, Kluwer Law International, 2011, n° 12.

184. A. FUCHS, 'Article 16', *Rome II Regulation. Pocket commentary* (dir. P. HUBER), Munich, Sellier, 2011, p. 356.

185. R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', *o.c.* (note 50), n° 48. Sur l'autolimitation des lois de police, voir notamment P. KINSCH, 'L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel', *R.C.D.I.P.*, 2003, pp. 403 et s.

186. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 633, n° 15.15. Voir également A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 365.

187. A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 353.

188. *Ibid.*, p. 354.

109. Il faut finalement noter que, contrairement à l'article 9, § 3 du règlement Rome I, le règlement Rome II ne prévoit pas expressément la possibilité d'appliquer les lois de police étrangères¹⁸⁹.

110. Le droit belge contient plusieurs lois de police. A titre d'exemples¹⁹⁰, l'on peut citer la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial¹⁹¹.

§ 2. Les règles de sécurité et de comportement

111. En vertu de l'article 17, il est tenu compte, '*pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin, des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour du fait qui a entraîné la responsabilité*'¹⁹². Comme tout mécanisme correcteur, l'intervention des normes de sécurité et de comportement est soumise à des conditions. Ainsi, l'article 17 se réfère aux normes de sécurité et de comportement '*en tant qu'élément de fait*' et '*pour autant que de besoin*'. Ces deux conditions doivent être précisées (A et B). Il faudra finalement s'attarder sur les normes qui sont précisément visées par le règlement (C).

112. Ces normes n'interviennent évidemment pas lorsque la loi désignée par le règlement est celle du lieu du fait générateur, à moins que les règles de sécurité et de comportement aient été modifiées depuis le jour du fait ayant entraîné la responsabilité. Elles n'interviendront pas non plus lorsqu'aucune faute n'est requise pour fonder la responsabilité¹⁹³.

189. Cette interprétation est controversée. En faveur de l'application des lois de police étrangères, voir notamment: T. GRAZIANO, 'Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II – Verordnung', *RabelsZ*, 2009, pp. 1 et s., spéc. p. 72; A. JUNKER, 'Art. 16', *o.c.* (note 24), n° 25-28; F. GARCIMARTIN ALFÉREZ, 'The Rome II regulation: on the way towards a European Private International Law Code: European Legal Forum', *o.c.* (note 82), p. 90; H. HEISS, L. D. LOACKER, 'Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II', *o.c.* (note 105), p. 644; A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 365. Contre l'application des lois de police étrangères: C. BRIÈRE, 'Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II')', *o.c.* (note 13), p. 66; G. WAGNER, 'Die neue Rom-II Verordnung', *o.c.* (note 59), p. 15; S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 101; L. DE LIMA PINHEIRO, 'Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of EC regulation Rome II', *o.c.* (note 44), p. 32; R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', *o.c.* (note 50), n° 48; C. TUBEUF, 'Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*', *o.c.* (note 144), p. 535, n° 51.

190. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 102.

191. Loi du 19 déc. 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, *M.B.*, 18 janv. 2006, p. 2732. L'article 9 prévoit ainsi que 'la phase précontractuelle de l'accord de partenariat commercial relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges, lorsque la personne qui reçoit le droit exerce l'activité à laquelle se rapporte l'accord principalement en Belgique'. L'information précontractuelle sera donc soumise à la loi belge dès que la 'partie faible' est principalement établie en Belgique. Pour une analyse de cette loi, voir J. TORO, 'L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial en droit international privé', *R.D.C.*, 2006, pp. 923 et s.

192. Cet article est inspiré par l'article 7 de la convention de La Haye du 4 mai 1971 relative à la loi applicable aux accidents de la circulation routière et par l'article 9 de la convention de La Haye du 2 oct. 1973 relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits.

193. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 108 renvoyant à F. JAULT-SESEKE, C. LEGROS, D. COCTEAU-SENN, F. MELIN, 'Chronique de droit international privé: le règlement (CE) n° 864/2007 de Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit règlement 'Rome II')', *Petites Affiches*, 2008, n° 155, pp. 8-27; n° 156, pp. 3-17; n° 157, pp. 10-17; spéc. n° 155, p. 26. Voir également E. LOQUIN, 'La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juill. 2007 (Rome II)', *o.c.* (note 43), p. 43.

A. 'EN TANT QU'ÉLÉMENT DE FAIT'

113. Contrairement aux lois de police et à l'exception d'ordre public, les règles de sécurité et de comportement ne se substituent pas aux dispositions de la loi normalement applicable mais viennent la compléter. Comme l'indique l'article 17, le juge tient compte de ces normes en tant qu'*'élément de fait'*¹⁹⁴. Ainsi, par exemple, si la loi désignée par le règlement Rome II soumet la responsabilité à l'accomplissement d'une faute lourde, les règles de comportement du lieu du fait générateur permettront d'évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée¹⁹⁵. En d'autres termes, *'la loi applicable à la responsabilité définit les conditions de la responsabilité, alors que les règles de sécurité et de comportement du lieu de survenance du fait générateur participent à la qualification du comportement au regard de ces conditions'*¹⁹⁶.

B. 'POUR AUTANT QUE DE BESOIN'

114. L'article 17 prévoit que le juge tienne compte des règles de comportement et de sécurité *'pour autant que de besoin'*. L'interprétation de ces termes est controversée.

Pour certains auteurs, les termes 'pour autant que de besoin' attestent de ce que la prise en compte de ces normes est facultative. Toutefois, le juge peut-il réellement faire abstraction de ces normes et déclarer l'auteur responsable alors que ces normes autorisent le comportement fautif¹⁹⁷?

Cette difficulté explique pourquoi un auteur préconise une interprétation différente des termes *'pour autant que de besoin'*. Selon lui, il faut distinguer deux types de litiges. Dans le premier type de litige, le fait générateur et le dommage surviennent dans le même Etat. La prise en compte des règles de sécurité et de comportement est alors uniquement envisageable si le règlement désigne la loi d'un autre Etat¹⁹⁸. Dans le deuxième type de litige, le fait générateur et le dommage surviennent dans deux Etats distincts¹⁹⁹. Dans ce cas, il faut observer que tant les règles de l'Etat de la survenance du fait générateur que celles de la survenance du dommage ont un intérêt à être appliquées²⁰⁰. Cet auteur propose alors d'appliquer les règles de sécurité et de comportement les plus strictes.

Enfin, une partie de la doctrine interprète ces termes à la lumière de l'objectif visé par l'article 17 qui est de protéger les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée²⁰¹. Sur la base de cet objectif, ils proposent de

194. L'exposé des motifs de la Commission énonce également que *le juge appliquera exclusivement la loi désignée par la règle de conflit, mais il doit prendre en considération une autre loi comme un simple fait, par exemple lorsqu'il s'agit d'apprécier, pour déterminer le montant des dommages et intérêts, la gravité de la faute commise ou la bonne ou mauvaise foi de l'auteur* (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *o.c.* (note 10), p. 25).

195. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 108.

196. *Ibid.*, p. 108. En ce sens également, voir I. BACH, 'Article 17', in *Rome II Regulation. Pocket commentary* (dir. P. HUBER), Munich, Sellier, 2011, p. 367.

197. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 108.

198. I. BACH, 'rticle 17', *o.c.* (note 197), p. 369 qui relève des cas dans lesquels même si la loi désignée est celle d'un autre Etat que celui de la survenance du fait générateur et du dommage, les règles visées par l'article 17 ne seront pas prises en considération. Il vise notamment l'hypothèse dans laquelle le litige naît entre deux personnes, voyageant ensemble à l'étranger, et dans laquelle le dommage n'affecte aucune autre personne et le litige ne présente pas de liens étroits avec les règles de sécurité et de comportement de l'Etat étranger.

199. *Ibid.*, p. 368.

200. *Ibid.*, p. 370 qui souligne que l'Etat dans lequel le fait générateur est survenu a un intérêt à réguler les comportements des personnes agissant sur son territoire tandis que l'intérêt de l'Etat dans lequel le dommage est survenu de voir appliquer ses règles de sécurité et de comportement est de protéger les personnes résidant habituellement ou temporairement sur son territoire.

201. S. SYMEONIDES, 'Rome II and Tort conflicts: a missed opportunity', *o.c.* (note 46), p. 213.

distinguer deux situations. Dans la première situation, les règles de sécurité et de comportement sont plus strictes dans l'Etat de la survenance du dommage que dans celui du fait générateur. L'application de l'article 17 est alors soumise à la condition que le défendeur ait prévu ou ait raisonnablement pu prévoir les effets de son action dans un autre pays. Dans la seconde situation, les règles de sécurité et de comportement sont plus strictes dans l'Etat du fait générateur que dans l'Etat du dommage. Dans ce cas, l'application de l'article 17 irait à l'encontre de son propre objectif si bien qu'il convient de ne pas l'appliquer²⁰².

115. La formulation de l'article 17 laisse entendre que les normes qu'il vise servent uniquement à examiner le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée. Il est cependant envisageable que, dans certaines hypothèses, le comportement de la victime soit également analysé au regard de ces règles²⁰³.

C. QUELLES NORMES DE SÉCURITÉ ET DE COMPORTEMENT?

116. La question de savoir quelles normes de sécurité et de comportement sont visées par l'article 17 génère deux sous-questions: le type de normes visées et l'identification spatio-temporelle de ces normes.

117. En ce qui concerne le type de normes, il semble que le juge doive prendre en compte les règles nationales mais également d'éventuelles règles organisationnelles ou privées auxquelles la personne dont la responsabilité est invoquée était soumise²⁰⁴. Il s'agit, par exemple, des règles FIA en Formule 1 ou des règles de la Fédération Internationale du Ski (FIS) applicables aux sports d'hiver²⁰⁵. Un auteur propose de prendre en compte d'éventuels standards éthiques²⁰⁶.

118. Les règles de sécurité et de comportement à prendre en considération sont celles du lieu et du jour de la survenance du fait générateur. En cas de responsabilité du fait des produits, ce sont donc les règles au jour de la production ou de la mise en vente du produit défectueux dont il faut tenir compte²⁰⁷.

§ 3. L'ordre public

119. Le mécanisme de l'ordre public est inscrit à l'article 26 du règlement, dont la rédaction fut largement inspirée par l'article 16 de la convention de Rome. L'article 26 énonce que *'l'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for'*. Ce mécanisme met à mal le système de règles de conflit de lois unifié²⁰⁸. En effet, l'objectif d'un tel système est d'assurer l'application de la même loi, quel que soit l'Etat dont les juridictions

202. *Ibid.*, pp. 214 et s.; G. WAGNER, 'Die neue Rom-II Verordnung', *o.c.* (note 59), p. 6; L. DE LIMA PINHEIRO, 'Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of the EC Regulation Rome II', *o.c.* (note 44), p. 33.

203. En ce sens, voir notamment I. BACH, 'Article 17', *o.c.* (note 197), p. 368; A. DICKINSON, 'The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations', *o.c.* (note 160), n° 15.34; G. WAGNER, 'Die neue Rom-II Verordnung', *o.c.* (note 59), p. 7; A. JUNKER, 'Art. 9', *o.c.* (note 24), n° 25.

204. I. BACH, 'Article 17', *o.c.* (note 197), p. 371. En ce sens également, G. WAGNER, 'Die neue Rom-II Verordnung', *o.c.* (note 59), p. 6.

205. I. BACH, 'Article 17', *o.c.* (note 197), p. 371.

206. A. DICKINSON, 'The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations', *o.c.* (note 160), n° 15.32.

207. I. BACH, 'Article 17', *o.c.* (note 197), p. 374.

208. J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', *o.c.* (note 75), p. 504 renvoyant à J. VON HEIN, 'Recent German jurisprudence on cooperation with the United States in civil and commercial matters: a defense of sovereignty or judicial protectionism?', in *Conflict of laws in a globalized world* (GOTTSCALK), Cambridge, 2007, pp. 110 et s.

sont saisies. Ce mécanisme est néanmoins prévu en raison du caractère universel du règlement qui entraîne la possibilité que soit désigné le droit d'un Etat tiers. L'application de certains droits étrangers avait suscité de vives inquiétudes au sein de l'Union²⁰⁹.

120. Dès lors que ce mécanisme porte atteinte au système unifié du règlement, la mesure dans laquelle il peut être appliqué doit faire l'objet de contours clairs. Ceux-ci peuvent être tracés à la lumière de l'article 26 et du considérant 32 qui le précise, ainsi que des travaux préparatoires et de la jurisprudence de la Cour de justice. L'intervention de l'exception d'ordre public doit, avant tout, rester exceptionnelle²¹⁰. Cette nécessité est exprimée par les termes '*manifestement incompatible avec l'ordre public du for*' de l'article 26 et '*circonstances exceptionnelles*' du considérant 32, ainsi que par la jurisprudence de la Cour de justice²¹¹. En cas de doute sur l'atteinte manifeste à l'ordre public du for, la loi normalement applicable doit l'emporter²¹². Ensuite, ce n'est pas tant la loi qui doit être manifestement contraire à l'ordre public du for mais bien son application *in concreto*²¹³. Il n'est cependant pas requis que le litige présente des liens étroits avec le droit du for pour que puisse jouer l'exception d'ordre public²¹⁴. Pour évaluer si l'application d'une loi est contraire à l'ordre public, le juge doit se référer à l'ordre public de droit international privé de son Etat et non l'ordre public au sens du droit interne, le premier étant entendu de manière plus restrictive²¹⁵. L'exception d'ordre public peut être invoquée tant par les parties que par le juge²¹⁶. Précisons que si l'exception d'ordre public est soulevée par les parties, il appartient au juge national de décider si, *in fine*, il écarte l'application du droit normalement

209. J. VON HEIN, 'Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law', *o.c.* (note 75), p. 504.

210. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 28.

211. Voir C.J., 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-798, *Rec.*, 2000, p. I-11935, pts. 21-23; C.J., 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault*, aff. C-38/98, *Rec.*, 2000, p. I-2973, pt. 30. Cette jurisprudence a encore été confirmée par l'arrêt C.J., 2 avril 2009, *Gambazzi*, aff. C-394/07, *Rec.*, 2009, p. I-2563. Voir également L. DE LIMA PINHEIRO, 'Choice of law on non-contractual obligations between communitarisation and globalization. A first assessment of EC Regulation Rome II', *o.c.* (note 44), p. 35 et proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 28; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 629, n° 15.10; A. BRIGGS et P. REES, *Civil jurisdiction and judgments*, 4^e éd., 2005, n° 7.13: le terme '*manifestement*' a été repris aux conventions de La Haye relatives au droit international privé et requiert que l'atteinte aux principes fondamentaux soit évidente et spécifiquement justifiée.

212. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 629, n° 15.10.

213. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 28. Voir également A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 626, n° 15.04; A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 429.

214. A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 429; A. JUNKER, 'Art. 26', *o.c.* (note 25), n° 20.

215. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 28.

216. Cette possibilité fut discutée pendant les travaux préparatoires: le rapport du parlement en première lecture, en son amendement 50, justifiait le fait que le juge ne puisse pas soulever lui-même l'exception d'ordre public comme suit: '*dans le droit fil du règlement 44/2001 qui empêche qu'un pareil motif de non reconnaissance puisse être d'application ex officio, il paraît peu pertinent que l'instance judiciaire puisse faire valoir cette exception d'ordre public ex officio par rapport à la loi applicable*'. Cette interprétation des articles 34 et 35 est contestée notamment par S. FRANCO, 'Article 34', in *Brussels I Regulation* (U. MAGNUS et P. MANKOWSKI), 2007, n° 7-8. Cette possibilité doit être saluée car, comme l'a indiqué la Commission, les parties ne devraient pas être les derniers arbitres à décider de l'impact des valeurs fondamentales du droit du for qui relèvent, par nature, de l'intérêt public (A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 630, n° 15.11). Dans la proposition modifiée de règlement (*o.c.* (note 108)), la Commission a rejeté l'amendement proposé par le Parlement au motif qu'il appartient à l'office du juge de veiller au respect des valeurs fondamentales du for et cette tâche ne saurait être déléguée aux parties, d'autant que celles-ci ne sont pas toujours représentées par un avocat'.

applicable²¹⁷. Finalement, lorsque le mécanisme d'ordre public est appelé à intervenir, ce n'est pas tout le contenu du droit normalement applicable qui est écarté mais uniquement les dispositions concernées. Par ailleurs, ces dispositions ne sont pas nécessairement évincées au profit du droit du for²¹⁸.

121. Compte tenu de ces informations, l'on peut citer certains exemples dans lesquels le mécanisme de l'exception d'ordre public peut jouer ou, au contraire, ne peut être valablement invoqué. Le premier exemple est directement repris du considérant 32 qui prévoit que les dommages et intérêts punitifs entrent dans le champ d'application matériel de l'article 26²¹⁹. Ainsi, lorsque la loi normalement applicable prévoit l'octroi de dommages et intérêts non compensatoires excessifs, l'application de l'article 26 est justifiée²²⁰. L'on peut aisément imaginer que le juge belge écarte la loi établissant une discrimination basée sur le sexe ou sur la race pour déterminer le montant de la réparation du préjudice, de même que celle qui prive la victime de tout droit à la réparation²²¹. Il ne peut cependant être fait appel à l'exception d'ordre public lorsque la loi normalement applicable se veut plus restrictive pour la victime que la loi du for²²².

§ 4. L'exclusion du renvoi

122. Le mécanisme du renvoi consiste pour le juge non pas à appliquer le droit matériel de l'ordre juridique désigné mais plutôt les règles de rattachement de ce dernier qui le renverront vers le droit matériel du for ou d'un autre Etat²²³. Ce mécanisme est déjà exclu par l'article 16 du CODIP et le droit européen semble s'orienter dans la même direction²²⁴. C'est ainsi que l'article 24 du règlement Rome II précise que '*lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit international privé*'.

217. A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 430 renvoyant à J. VON HEIN, *o.c.* (note 75), p. 624. *Contra*, R. WEINTRAUB, 'Rome II: will it prevent forum shopping and take account of the consequences of choice of law', in *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations. A new international litigation regime* (J. AHERN, W. BINCHY), Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 52: 'the court should dismiss the action without affecting the merits'.

218. A. FUCHS, 'Article 16', in P. HUBER, *o.c.* (note 184), p. 430. En ce sens également, A. JUNKER, 'Art. 26', *o.c.* (note 24), n° 26.

219. A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 427. Contre cette inclusion, voir notamment J. MÖRSDORF-SCHULTE, 'Spezielle Vorbehaltsklausel im Europäischen Internationalen Deliktsrecht?', *ZVglRWiss*, 2005, pp. 192 et s., spéc. p. 249. Plus précisément, le considérant 32 stipule que '*l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'Etat membre de la juridiction saisie*'.

220. Cette précision n'est pas superflue dans la mesure où la question de savoir si ces dommages et intérêts entraient dans le champ d'application matériel du règlement était discutée en doctrine. Contre cette inclusion, voir notamment J. MÖRSDORF-SCHULTE, 'Spezielle Vorbehaltsklausel im Europäischen Internationalen Deliktsrecht?', *o.c.* (note 220), p. 249.

221. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 104 qui renvoie à Cass., 17 mai 1957, *Bologne c. Sainte, Pas.*, 1957, I, p. 1111 et aux conclusions de l'avocat général HAYOT DE TERMICOURT (p. 1114) en soulignant que le juge ne peut activer l'exception d'ordre public lorsque la loi normalement applicable prévoit des conditions plus strictes pour obtenir la réparation d'un dommage.

222. En ce sens, voir notamment S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 104; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, *o.c.* (note 160), p. 626, n° 15.04; A. FUCHS, 'Article 16', *o.c.* (note 184), p. 428.

223. Sur le mécanisme du renvoi, voir DICEY, MORRIS, COLLINS, *The conflict of laws*, Londres, Sweet&Maxwell, 14^e éd., 2010, chap. 4; J. CARRUTHERS, P. NORTH, J. FAWCETT, *Private international law*, *o.c.* (note 169), pp. 57-73.

224. S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 106.

123. La raison pour laquelle le renvoi est exclu est double. D'une part, les règles de rattachement poursuivent souvent des objectifs précis, tels que la protection de la partie faible ou l'équilibre entre les intérêts de l'Etat et des parties, que le renvoi permettrait de déjouer s'il était admis²²⁵. D'autre part, le renvoi porte atteinte à l'objectif de sécurité juridique²²⁶.

225. Considérant 6 du règlement Rome II; S. FRANCO, 'Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles', *o.c.* (note 12), p. 106; M. ALTENKIRCH, 'Article 24', in *Rome II Regulation. Pocket commentary* (dir. P. HUBER), Munich, Sellier, 2011, p. 418; S. SYMEONIDES, 'Rome II and tort conflicts: a missed opportunity', *o.c.* (note 46), p. 183; J. VON HEIN, 'Die Kodifikation des europäischen internationalen deliktsrechts', *ZVglRWiss*, 2003, pp. 538 et s., spéc. p. 551.

226. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *o.c.* (note 10), p. 29.

Chapitre 3. La loi applicable en vertu de la source nationale (CODIP)

124. Lorsque le litige n'entre pas dans le champ d'application du règlement Rome II ou d'une autre source internationale, le juge applique le CODIP.

125. Le raisonnement à adopter par le juge est similaire à celui du règlement Rome II. La clause de choix de loi des parties est examinée en priorité (Section 1). Si les parties n'ont pas fait de choix de loi, le droit applicable est déterminé sur la base des articles 99 et 100, lorsque l'obligation non contractuelle découle d'un fait générateur (Section 2), sur la base de l'article 104 lorsque l'obligation est quasi-contractuelle et sur la base de l'article 105 lorsque l'obligation dérive d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté (Section 3). Tout comme dans le règlement Rome II, l'application de la loi désignée par ces dispositions peut être mise à mal par l'intervention de certains mécanismes correcteurs (Section 4). Enfin, trois questions connexes au statut de la responsabilité civile sont examinées: la subrogation légale, l'action directe de la personne lésée contre l'assureur du responsable et l'action récursoire de l'assureur contre l'assuré (Section 5).

SECTION 1. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

126. A l'instar du règlement Rome II, le CODIP autorise les parties à choisir le droit applicable à leur litige. Cette liberté est régie par les articles 101, 104, § 2 et 105 du CODIP.

127. Les articles 101 et 104, § 2, applicables respectivement aux obligations dérivant d'un fait dommageable et aux obligations quasi-contractuelles, sont similaires. Ils prévoient en substance que *'les parties peuvent choisir, après la naissance du différend, le droit régissant l'obligation dérivant d'un fait dommageable/obligation quasi-contractuelle'* et que *'ce choix doit être exprès et ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers'*²²⁷. Le choix des parties est donc soumis à une triple condition: le choix doit être postérieur à la naissance du litige, exprès et ne peut porter atteinte aux droits des tiers²²⁸. Le prescrit de ces dispositions ne s'éloigne donc pas de l'article 14 du règlement Rome II, si ce n'est que le CODIP exclut la possibilité de formuler un choix *ex ante*.

128. L'article 105, applicable à l'obligation dérivant de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, laisse également une place à l'autonomie de la volonté. Il prévoit que cette obligation est régie par le droit choisi par la personne qui s'engage, sans préciser le moment auquel le choix doit être formulé, ni les éventuelles conditions qu'il doit respecter.

129. Dans un cas comme dans l'autre, la faculté de choix des parties est illimitée. Elles peuvent ainsi désigner une loi sans rapport avec l'obligation en litige. L'article 19 relatif à la clause d'exception prévoit d'ailleurs qu'il ne s'applique pas en cas de choix de loi effectué par les parties.

227. L'article 101 ajoute que le choix doit se faire *'sans préjudice de la Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, conclue à La Haye le 4 mai 1971'*.

228. Cette dernière condition a été instaurée en vue d'éviter que le choix ne désavantage l'assureur qui indemnise la victime en fonction du droit matériel régissant la réparation du dommage.

SECTION 2. LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS DÉRIVANT D'UN FAIT DOMMAGEABLE

130. Dans le cadre de cette section, les règles de conflit de lois contenues dans le CODIP sont d'abord examinées (§ 1) pour ensuite analyser le domaine de la loi applicable (§ 2).

§ 1. Les règles de rattachement

131. Les articles 99 et 100 contiennent des règles de rattachement permettant de désigner le droit applicable aux obligations dérivant d'un fait dommageable. L'article 99, § 1 énonce que *'l'obligation dérivant d'un fait dommageable est régie (1) par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la personne responsable et la personne lésée ont leur résidence habituelle au moment de la survenance du fait dommageable (2) à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le fait générateur et le dommage sont survenus ou menacent de survenir, en totalité (3), dans les autres cas, par le droit de l'Etat avec lequel l'obligation en cause présente les liens les plus étroits'*.

132. Tout comme l'article 4 du règlement Rome II, l'article 99, § 1^{er} fait appel à trois facteurs de rattachement: la loi de la résidence habituelle des parties au moment de la survenance du dommage, la loi de l'Etat sur le territoire duquel le fait générateur et le dommage sont survenus et, finalement, le droit de l'Etat présentant les liens les plus étroits. Il se distingue cependant de l'article 4 du règlement en ce qu'il établit un rattachement en cascade. Ainsi, le second critère ne trouve à s'appliquer que si la loi désignée par le premier critère ne peut être déterminée et ainsi de suite. De plus, l'article 99, § 1, 2^o se montre plus strict que l'article 4, § 1. Le CODIP prévoit en effet l'application de la loi de l'Etat dans lequel le fait générateur *et* le dommage sont survenus *en totalité* alors que l'article 4 n'exigeait pas que ces deux éléments soient réunis dans le même Etat. L'exposé des motifs précise que la localisation du dommage s'entend du lieu de la matérialisation de celui-ci²²⁹. Dans l'hypothèse d'un dommage causé à un tiers par ricochet, seul le dommage direct, causé à la victime, peut être pris en compte²³⁰. Pour comparer davantage ces dispositions, il faut se souvenir que l'article 4, § 3 contenait une clause d'exception permettant d'appliquer le droit présentant des liens manifestement plus étroits en lieu et place du droit normalement applicable. Si l'article 9, § 2, 3^o contient lui aussi un facteur de rattachement permettant de désigner la loi présentant les liens les plus étroits, l'application de cette loi est conditionnée par le fait que les lois désignées aux points 1^o et 2^o ne peuvent être déterminées. Cela ne signifie pas pour autant que le juge ne peut jamais écarter le droit normalement applicable au profit de la loi présentant les liens les plus étroits mais il doit le faire en application de l'article 19 du CODIP. Cet article prévoit que le droit désigné par le CODIP peut exceptionnellement être écarté lorsqu'il *'apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat'*.

133. L'article 99, § 2 et l'article 100 apportent des dérogations à l'article 99, § 1. D'une part, l'article 99, § 2 prévoit qu'en matière d'obligation dérivant d'un acte de diffamation ou d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, la

229. *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/1.

230. F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 924 renvoyant à Cass. civ. (France), 28 oct. 2003, *Pays-Fourvel*, *Revue*, 2004, p. 83, note D. BUREAU, *Clunet*, 2004, p. 499, note G. LÉGIER.

loi applicable est celle de l'Etat sur le territoire duquel le fait générateur ou le dommage est survenu ou menace de survenir, au choix du demandeur, à moins que la personne responsable n'établisse qu'elle ne pouvait pas prévoir que le dommage surviendrait dans cet Etat. D'autre part, l'article 100 prévoit qu'*'une obligation dérivant d'un fait dommageable ayant un lien étroit avec un rapport juridique préexistant entre parties est régie par le droit applicable à ce rapport'*. L'article 100 s'applique donc dès qu'il existe un rapport juridique préexistant entre les parties et que ce rapport présente un lien étroit avec l'obligation dérivant d'un fait dommageable. Par rapport au mécanisme de la clause d'exception, l'article 100 présente une différence majeure. En effet, dès que les conditions de l'article 100 sont remplies, la loi régissant le rapport juridique s'applique automatiquement. Dans le cadre de l'article 4, § 3, le rapport juridique préexistant n'est qu'un élément permettant au juge d'apprécier si la loi le régissant présente plus de liens avec le fait dommageable que le droit normalement applicable²³¹.

§ 2. *Le domaine de la loi applicable*

134. Le domaine de la loi applicable, désignée par les articles 99 à 101, est décrit à l'article 103 du règlement. Cette liste n'est pas exhaustive:

- les conditions et l'étendue de la responsabilité;
- la responsabilité du fait des personnes, des choses ou des animaux. La loi désignée ne couvre donc pas uniquement la responsabilité du dommage que l'on cause par son propre fait mais également celle des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde. Cette solution avait déjà été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt à l'occasion duquel était mise en cause la responsabilité d'un armateur en raison d'une faute commise par le capitaine lors d'un abordage survenu dans les eaux néerlandaises de l'Escaut²³²;
- les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et tout partage de responsabilité;
- l'existence et la nature des dommages susceptibles de réparation;
- les mesures que le juge peut prendre pour assurer la prévention ou la cessation du dommage;
- les modalités et l'étendue de la réparation;
- les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi;
- la mesure dans laquelle le droit de la victime à réparation peut être exercé par ses héritiers;
- les prescriptions et les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais;
- la charge de la preuve et les présomptions légales.

231. En ce sens, voir notamment R. JAFFERALI, 'Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (2^e partie)', *o.c.* (note 50), n° 21.

232. Cass., 23 nov. 1962, *Riemens c. Kulleberg*, *R.C.J.B.*, 1963, p. 223, note F. RIGAUX.

SECTION 3. LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS QUASI CONTRACTUELLES ET À L'ENGAGEMENT PAR DÉCLARATION UNILATÉRALE DE VOLONTÉ

135. La loi applicable aux obligations quasi contractuelles est désignée par l'article 104²³³. Cet article vise plus spécifiquement l'enrichissement sans cause, le paiement de l'indu et la gestion d'affaires²³⁴. En principe, le droit applicable est celui qui présente les liens les plus étroits avec l'obligation quasi-contractuelle. Pour déterminer cette loi, l'article 104 informe qu'il peut être tenu compte d'une relation préexistante ou envisagée par les parties. Il assortit également ce principe de deux présomptions réfragables. Tout d'abord, l'obligation est présumée avoir les liens les plus étroits avec l'Etat sur le territoire duquel le fait dont résulte cette obligation est survenu. Ensuite, l'obligation résultant du paiement d'une dette d'autrui est présumée avoir les liens les plus étroits avec l'Etat dont le droit régit la dette.

136. L'engagement par déclaration unilatérale de volonté est, à défaut de choix par la personne qui s'engage, régi par le droit de l'Etat sur le territoire duquel cette personne a sa résidence habituelle au moment de son engagement (art. 105).

SECTION 4. LES MÉCANISMES CORRECTEURS

137. A l'instar du règlement Rome II, le CODIP contient des mécanismes correcteurs.

138. L'article 102 du CODIP est le pendant de l'article 17 du règlement en ce qu'il prévoit la prise en compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment du fait dommageable. Toutefois, l'article 102 du CODIP se montre plus contraignant que le règlement puisqu'il impose ici au juge de tenir compte de ces normes²³⁵.

139. L'intervention des lois de police est prévue par l'article 20 du CODIP. Cette disposition prévoit que *'les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou d'ordre public du droit belge qui entendent régir une situation internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste. Lors de l'application, en vertu de la présente loi, du droit d'un Etat, il peut être donné effet aux dispositions impératives ou d'ordre public du droit d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier Etat, ces dispositions sont applicables quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application'*. Plusieurs exemples de règles spéciales d'applicabilité (loi de police), d'origine internationale ou nationale, peuvent être donnés: la loi du 1^{er} août 1985 sur l'indemnisation des victimes d'actes intentionnels de violence applicable aux victimes belges ou en séjour régulier en

233. Pour une analyse détaillée de l'article 104, voir C. CLIJMS, 'Recht toepasselijk op quasi-contractuele verbintenissen', in *Le code de droit international privé commenté* (J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, ET P. WAUTELET), Bruxelles, Intersentia, Bruylant, 2006, pp. 538 et s.; B. DOCQUIR, V. DE FRANQUEN, M. GRÉGOIRE, R. JAFFERALI, M. LAMENSCH, V. MARQUETTE, M.-D. WEINBERGER, 'Le droit international privé économique. Exposé général du nouveau droit positif belge', *R.G.D.C.*, 2005, pp. 573 et s.

234. S. FRANCO, 'Le nouveau droit international privé belge', *J.T.*, 2005, pp. 173 et s., spéc. n° 200.

235. Sur l'article 17, voir *supra* n° 111.

Belgique²³⁶ et la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique²³⁷ qui contient des règles sur la responsabilité du prestataire d'hébergement de fichiers²³⁸.

140. L'exception d'ordre public est prévue à l'article 21 du CODIP qui énonce que *'l'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée'*. La jurisprudence se montre prudente quant à l'application de l'exception d'ordre public²³⁹. Ainsi, elle a refusé d'écarter une disposition étrangère qui *'tout en reconnaissant à la victime le droit à la réparation du dommage causé par un fait illicite, ne donne pas à cette réparation la même étendue que la loi belge'*. L'intervention de l'exception d'ordre public peut néanmoins être envisagée lorsque le droit étranger normalement applicable prévoit un délai de prescription particulièrement court²⁴⁰.

SECTION 5. LES QUESTIONS CONNEXES AU STATUT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

141. Trois questions connexes au statut de la responsabilité civile peuvent apparaître. Leur régime est examiné dans cette section. Il s'agit de la subrogation légale (§ 1^{er}), de l'action directe de la personne lésée contre l'assureur du responsable (§ 2) et de l'action récursoire de l'assureur contre l'assuré (§ 3).

§ 1. La subrogation légale

142. La subrogation vise *'l'hypothèse dans laquelle l'assureur a indemnisé son assuré en lieu et place de l'auteur du dommage (dommage contractuel ou extracontractuel) et se retourne contre le responsable qui peut être soit un co-contractant de son assuré (dans le cas d'un dommage contractuel) soit un tiers responsable (dans le cas d'une responsabilité extracontractuelle)'*²⁴¹.

143. L'article 107 du CODIP est relatif à la subrogation légale et prévoit l'application du droit applicable à l'obligation du tiers de désintéresser le créancier. Cette solution avait déjà été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1969²⁴². En l'espèce, un militaire allemand avait subi un accident en Belgique. Il avait été indemnisé par la République Fédérale d'Allemagne et celle-ci a été autorisée à se prévaloir contre l'auteur de l'accident des dispositions du droit administratif allemand en vertu desquelles l'Etat fédéral est subrogé aux droits du militaire à concurrence des traitements payés durant

236. *M.B.*, 6 août 1985, p. 11305.

237. Directive (CE) 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, *J.O.*, L. 178, 17 juill. 2000, pp. 1-16.

238. Nous renvoyons également aux exemples repris *supra*, n° 110.

239. F. RIGAUX, M. FALLON, *o.c.* (note 231), p. 931, n° 15.16.

240. *Ibid.*, p. 931, n° 15.16.

241. S. FRANCO et C. HENRICOT, 'Loi applicable à la responsabilité civile', in *Internationale verzekeringscontracten in de Europese Unie: een nieuw juridisch kader – Les contrats d'assurance internationaux dans l'Union européenne: un nouveau cadre juridique* (B. DUBUISSON, C. VAN SCHOUBROECK), Antwerpen, Maklu, à paraître, au point IV, B. 1.

242. Cass., *R.F.A. c. Bureau belge des assureurs automobiles*, *R.C.J.B.*, 1971, p. 345, note F. RIGAUX.

l'incapacité de travail et des soins ou des autres prestations assurées par l'Etat en raison de l'atteinte à l'intégrité corporelle ou du décès de son agent.

144. La même solution s'applique lorsque c'est l'assureur qui subroge aux droits de la victime: la loi applicable au contrat d'assureur, en vertu de laquelle l'assureur a dû indemniser la victime, détermine si et dans quelle mesure ce droit lui est offert²⁴³.

145. Le droit applicable à l'obligation du tiers de désintéresser le créancier détermine si et dans quelle mesure le droit à la subrogation est permis mais ce rattachement ne peut jamais permettre d'obtenir davantage que ce que la victime aurait pu obtenir²⁴⁴.

§ 2. L'action directe de la personne lésée contre l'assureur du responsable

146. L'action directe est l'action offerte à la personne lésée d'agir contre l'assureur de l'auteur du dommage pour obtenir la réparation de son dommage. L'article 106 du CODIP prévoit que c'est la loi applicable à l'obligation en vertu des articles 98 à 105 qui détermine si une telle action est offerte à la victime. Toutefois, l'alinéa 2 de la disposition prévoit que si ce droit ne connaît pas l'action directe, celle-ci peut être exercée pour autant qu'elle soit reconnue par le droit applicable au contrat d'assurance. L'assureur ne pourra cependant pas être tenu, à l'égard de la victime, d'assurer une garantie à laquelle il n'est pas tenu à l'égard de l'assuré, soit parce que la garantie est limitée, soit parce que l'assureur peut opposer certains moyens à la défense de l'assuré²⁴⁵.

§ 3. L'action récursoire de l'assureur contre l'assuré

147. Cette situation n'étant pas envisagée par le CODIP, il y a lieu de s'en référer à la jurisprudence qui considère que cette action est régie par la loi du contrat car elle se fonde sur une violation par l'assuré de ses obligations contractuelles ou légales²⁴⁶.

243. F. RIGAUX, M. FALLON, *o.c.* (note 231), p. 938, n° 15.24.

244. *Ibid.*, p. 938, n° 15.24 renvoyant à un arrêt de la C.J., 21 sept. 1999, Dieter Kordel, Rainer Kordel et Frankfurter Allianz Versicherungs AG, aff. C-397/96, *Rec.*, 1999, p. I-5959.

245. F. RIGAUX, M. FALLON, *o.c.* (note 231), p. 939, n° 15.25.

246. F. RIGAUX, M. FALLON, *o.c.* (note 231), p. 938, n° 15.26 renvoyant à Bruxelles, 23 sept. 1965, *R.G.A.R.*, 1967, p. 7921, note M. MAHIEU; Liège, 19 nov. 1973, *Bull. ass.*, 1976, p. 151; Mons, 15 déc. 1976, *R.G.A.R.*, 1978, p. 9860; Bruxelles, 24 oct. 1977, *J.T.*, 1978, p. 9.

Index

A

Action directe 146
 Action récursoire 147
 Activité commerciale 33-36
 Assureur 43, 141, 146
 Autonomie de la volonté 25-51,
 126-129

C

Clause d'exception 51, 62-66, 78
 Clauses dites de 'marché
 intérieur' 23
 Convention de La Haye du 4 mai
 1971 sur la loi applicable en matière
 d'accidents de la circulation
 routière, 24
 Convention du 11 avril 1980 sur les
 contrats de vente internationale de
 marchandises 51
 Coresponsable 43
Culpa in contrahendo 36, 79-91

D

Diffamation 16, 133
 Directive 85/374/CEE relative au
 rapprochement des dispositions
 législatives, réglementaires et
 administratives des Etats membres
 en matière de responsabilité du fait
 des produits défectueux 23
 Dommage 9, 60
 Droit matériel européen primaire et
 dérivé 21-23

E

Enrichissement sans cause 69-78

G

Gestion d'affaires 69-78

L

Lois de police 106-110, 139

M

Matière civile et commerciale 13-15

O

Obligation non contractuelle 7-12
 Ordre public 119-121

P

Principes de droit européen de la
 responsabilité civile 44

R

Renvoi 122-123
 Règles de sécurité et de
 comportement 111-118, 138
 Résidence habituelle 57

S

Subrogation légale 142-145

V

Victime 43, 146
 Victime par ricochet 58