

Le règlement «Rome II» concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles. Entre droit communautaire et droit international privé¹

Stéphanie Francq²

L'année 2009 sera riche en événements pour le droit international privé européen puisqu'elle verra l'entrée en vigueur des règlements Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles³. Ces deux textes importants constituent désormais la source principale de détermination de la loi applicable en matière d'obligations. Ils ont pour ambition de former, avec le règlement Bruxelles I⁴, un ensemble cohérent et appellent à ce titre une lecture commune sur bien des points⁵. Celle-ci révélera que demeurent inévitablement des facteurs d'incohérence, des difficultés de qualification, des rattachements hasardeux. Mais, dans l'ensemble, les deux textes améliorent le confort du juriste pratiquant le droit des affaires internationales en proposant des solutions communes pour tous les États membres (à l'exception du Danemark).

Le second avantage de l'acte européen sur la forme conventionnelle est lié à la compétence interprétative de la Cour de justice (article 234, *b*), CE). On notera toutefois que pour les actes adoptés sur le fondement du titre IV du Traité CE, comme les règlements Rome I et II, la procédure préjudicielle est réservée aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (article 68 CE), dans l'attente de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui rétablit la procédure ordinaire. Les arrêts de la Cour de justice rendus dans le cadre de la Convention

¹ Le présent article paraît également au *Journal de droit européen (J.D.E.)*, 2008, pp. 289-296.

² Professeur, chaire de droit européen, chercheur qualifié honoraire du F.N.R.S.

³ Règlement 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.U.E.*, 2008, L 177/6 (applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009; articles 28 et 29); règlement 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *J.O.U.E.*, 2007, L 199/40 (applicable aux faits générateurs survenus après le 11 janvier 2009; articles 31 et 32).

⁴ Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, 2001, L 12/1.

⁵ Considérant 7 du règlement Rome II; considérant 7 du règlement Rome I.

de Bruxelles, puis du règlement Bruxelles I, guideront, sur bien des points, l'interprétation des règlements Rome I et II.

Des deux textes, le règlement Rome II est le plus original⁶. Il constitue pour le praticien une nouveauté complète, alors que le règlement Rome I offre une version actualisée de la Convention de Rome⁷. Le règlement Rome II est le premier acte de droit européen entièrement consacré au conflit de lois⁸. Il propose des règles générales de rattachement (articles 4 et 14) et une série de règles spéciales (articles 5 à 13). L'ensemble est accompagné de règles communes (articles 15 et s.) qui intéressent essentiellement le fonctionnement des règles de rattachement et les exceptions qui peuvent y être apportées. Il est impossible, dans le cadre de cette contribution, de présenter l'ensemble des dispositions du règlement⁹. Les lignes qui suivent tendront à attirer l'attention du lecteur sur quelques

⁶ Et celui pour lequel les négociations ont été les plus difficiles. Adopté selon la procédure de codécision, il a finalement fait l'objet d'une procédure de conciliation. Voy. les phases les plus importantes de l'évolution des négociations : proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) présentée le 22 juillet 2003, COM(2003)427 final; proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) présentée le 21 février 2006, COM(2006)83 final; position commune n° 22/2006 arrêtée par le Conseil le 25 septembre 2006, *J.O.U.E.*, 2006, C 289E/68; résolution du Parlement européen du 18 janvier 2007, non encore parue au *Journal officiel* (disponible sur le site du Parlement : www.europarl.europa.eu).

⁷ La proposition initiale de la Commission pour le règlement Rome I (COM(2005)650 final) proposait quelques changements radicaux, que le texte finalement adopté n'a pas retenus. Sur le règlement Rome I, voy. : S. FRANCO, «Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles – De quelques changements», *J.D.I.*, à paraître; F.-J. GARCIMARTIN, «The Rome I Regulation : Much ado about nothing?», *The European Legal Forum*, 2008, n° 2, I-77.

⁸ Le règlement 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (*J.O.C.E.*, 1971, L 149/2; version consolidée : *J.O.C.E.*, 1997, L 28/1) est essentiellement constitué de règles de conflit de lois mais sort de la matière civile.

⁹ On renverra pour plus de détails à une autre contribution rédigée par le même auteur qui effectue une présentation générale de l'ensemble des dispositions du règlement («Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles – Présentation générale», in *Actualités de droit international privé*, Anthemis, 2009, à paraître), mais aussi aux nombreux commentaires déjà parus : C. BRIÈRE, «Le règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)», *J.D.I.*, 2008, pp. 31-74; S. CORNELOUP et N. JOUBERT (éd.), *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008; F. GUERCHON et S. PIEDELIÈVRE, «Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)», *Gaz. Pal.*, 21-21 octobre 2007, pp. 4 et s. (1^{re} partie), 28-30 octobre 2007, pp. 9 et s. (2^e partie); R. JAFFERALI, «Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles», *R.G.A.R.*, 2008, nos 14386 et 14399; G. LÉGIER, «Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», *J.C.P.*, 2007, I-207; S. LEIBLE et M. LEHMANN, «Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche

points importants et, surtout, sur la difficulté qu'il y a, pour la Communauté, à rédiger un règlement portant sur les conflits des lois : celui-ci est inévitablement tirailé entre des considérations propres au droit international privé et des considérations liées au contenu du droit primaire et dérivé. On verra que les relations entretenues par le règlement avec ce que l'on appelle le droit matériel européen sont mitigées. Les difficultés commencent avec la définition du champ d'application du règlement.

I. CHAMP D'APPLICATION

Le champ d'application matériel et spatial du règlement Rome II est particulièrement étendu. Cette extension mérite d'être ici soulignée car elle comporte une conséquence directe sur la définition des compétences communautaires. L'avis 1/2003 rendu par la Cour de justice à la suite de l'adoption du règlement Bruxelles I, dont les termes sont transposables au règlement Rome II, signifie que la Communauté européenne est désormais titulaire d'une compétence exclusive pour toutes les questions liées à la détermination de la loi applicable aux obligations non contractuelles, tant sur le plan interne que sur le plan externe, c'est-à-dire pour la négociation d'accords avec les États tiers¹⁰. Les conventions internationales ratifiées avant l'entrée en vigueur du règlement par les États membres ne sont évidemment pas affectées par ce transfert de compétence (article 28 et considérant 36).

Les termes retenus pour la définition du domaine matériel et spatial du règlement sont directement inspirés de la Convention de Rome et du règlement Bruxelles I (et avant lui, de la Convention de Bruxelles) et certains d'entre eux ont été, entre-temps, repris dans le règlement Rome I.

Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rome II)», *RIW*, 2007, 721-735; G. WAGNER, «Die neue Rom II-Verordnung», *IPRax*, 2008, pp. 1-17. On notera encore la parution d'un numéro de la *R.D.C.* entièrement consacré aux différents aspects du règlement : *R.D.C.*, 2008/6.

¹⁰ C.J.C.E., 7 février 2006, avis 1/2003, *Rec.*, 2006, I-1145 (concernant la compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle Convention de Lugano relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dont les motifs peuvent être appliqués par analogie dans le cadre des règlements Rome I et II). Voy. toutefois le considérant 37.

A. *Domaine matériel*

Comme la Convention de Rome avant lui, et comme le règlement Rome I après lui, le règlement Rome II définit son domaine matériel de manière tantôt positive, tantôt négative.

De manière positive, le règlement commande son application «dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale» (article 1^{er}, § 1^{er}). Chaque terme de cette définition appelle une explication rapide et révèle l'influence de la Convention de Rome ou de la Convention de Bruxelles.

En indiquant, comme la Convention de Rome, qu'il vise les situations comportant un *conflit de lois*, le règlement évite la distinction entre situations internes et internationales. Il implique qu'une situation purement interne puisse soulever un conflit de lois du simple fait du choix de la loi applicable qu'auraient exercé les parties (voy. article 14, § 2, *infra*). Le règlement prévoit encore qu'il vise les *matières civiles et commerciales*. L'insertion provient d'un alignement sur le texte de la Convention de Bruxelles, repris dans le règlement Bruxelles I et dans le règlement Rome I¹¹. Cette définition positive conduit à une exclusion, celle des matières fiscales, douanières et administratives et de la responsabilité de l'État pour les actes *jure imperii* (article 1^{er}, § 1^{er}, *in fine* et considérant 9)¹². Le règlement précise encore qu'il couvre le domaine des *obligations non contractuelles*. La notion variant en fonction des États, c'est à l'interprétation autonome exercée par la Cour de justice qu'il faudra se référer pour comprendre ce qu'il y a lieu d'entendre par «obligation non contractuelle», le règlement précisant seulement qu'il s'applique

¹¹ L'interprétation des termes «matière civile et commerciale» dans le cadre du règlement Bruxelles I est évidemment transposable aux règlements Rome I et II. Voy. entre autres : C.J.C.E., 14 octobre 1976, aff. 29-76, *Eurocontrol, Rec.*, 1976, p. 1541.

¹² Voy. à propos de l'exclusion des actes *jure imperii* du domaine de la Convention de Bruxelles : C.J.C.E., 15 février 2007, aff. C-292/05, *Lechouritou, Rec.*, 2007, I-1519 et les remarques de H. MUIR WATT et E. PATAUT («Les actes *jure imperii* et le règlement Bruxelles I – À propos de l'affaire *Lechouritou*», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, p. 61). Comp. C.J.C.E., 21 avril 1993, aff. C-172/91, *Sonntag, Rec.*, 1993, I-1963 (impliquant que la violation de son devoir de vigilance par un enseignant de l'État devrait relever du règlement Rome II). Sur la question de la loi applicable à la responsabilité de l'État : F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 15.21 ; M. FALLON, B. FAUVARQUE-COSSON et S. FRANCO, «Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale : en marche vers un droit spécial des conflits de lois?», in G. VINEY et B. DUBUISSON (ed.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Schultess, Bruylant, L.G.D.J., 2006, pp. 547-652, spéc. pp. 606-614, n°s 60-63 ; J. VON HEIN, «The Law applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in the World War II», *Yearb. PIL*, 2001, pp. 185-221.

également à la responsabilité objective (considérant 11). L'article 2, intitulé «obligations non contractuelles», contribue à circonscrire la portée du terme en définissant la notion de dommage comme «toute atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaire ou d'une *culpa in contrahendo*». Le règlement vise donc essentiellement les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats, auxquels il convient d'ajouter la *culpa in contrahendo*. L'interprétation du concept de matière délictuelle ou quasi délictuelle a jusqu'à présent été principalement exercée dans le cadre de la délimitation des hypothèses d'application respective de l'article 5, 1^o et 3^o de la Convention de Bruxelles, puis du règlement Bruxelles I, puisque l'article 5, 3^o, utilise ces termes. La Cour a, à cette occasion, conféré un rôle subsidiaire à cette catégorie¹³, en considérant que relève de la matière non contractuelle toute situation qui ne repose pas sur «un engagement librement assumé d'une des parties envers l'autre»¹⁴. Cette qualification large de la matière contractuelle réduit d'autant la portée de la matière délictuelle ou quasi délictuelle.

Le domaine du règlement est encore élargi de deux manières. Premièrement, il prévoit son application aux dommages susceptibles de se produire (article 2). La précision répond à celle introduite dans l'article 5, 3^o, du règlement Bruxelles I¹⁵. Le règlement Rome II permet donc de déterminer la loi applicable à une action tendant à éviter la survenance d'un dommage ou à en limiter la portée. Ensuite, toutes les questions relatives à la responsabilité précontractuelle relèvent du règlement Rome II. On connaît les différences de qualification réservées à la *culpa in contrahendo* en droit français (qualification extracontractuelle) et allemand (qualification contractuelle) par exemple. Les auteurs du règlement ont choisi de classer la *culpa in contrahendo* dans la matière extracontractuelle en se réclamant de

¹³ C.J.C.E., 27 septembre 1988, aff. 189/87, *Kalfelis, Rec.*, 1988, p. 5565.

¹⁴ C.J.C.E., 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Handte, Rec.*, 1992, I-3967; 27 octobre 1998, aff. C-51/97, *Réunion européenne, Rec.*, 1998, I-6511. Sur la notion d'obligation contractuelle, définissant par exclusion la notion d'obligation non contractuelle, voy. : M. PERTEGAS SENDER, «The notion of contractual obligation in Brussels I and Rome I», in M. PERTEGAS-SENDER, J. MEEUSEN et G. STRAETMANS (éd.), *Enforcement of International Contracts in the European Union – Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, 2004, pp. 175-190.

¹⁵ C.J.C.E., 1^{er} octobre 2002, aff. C-167/00 *Henkel, Rec.*, 2002, I-8111. Cet élargissement du domaine de la Convention qui visait uniquement les faits dommageables déjà survenus a été introduit dans le texte même de la disposition lors de la transformation de la Convention en règlement, avant d'influencer la formulation du domaine d'application du règlement Rome II.

l'arrêt *Tacconi* de la Cour de justice¹⁶. La solution présente des aspects contestables mais elle a le mérite de clore la discussion¹⁷.

L'on ne s'attardera pas sur la définition négative du domaine d'application du règlement si ce n'est pour souligner que, même si l'on pouvait penser qu'un acte portant sur les obligations contractuelles et un acte portant sur les obligations extracontractuelles appellent des exclusions différentes, la liste des matières exclues du domaine du règlement Rome II est directement inspirée des termes de la Convention de Rome¹⁸.

B. Domaine spatial

Le domaine d'application dans l'espace du règlement Rome II est dit universel. Cette caractéristique comporte deux aspects. Aucun critère relatif au rattachement de la situation à la Communauté européenne ne conditionne l'application du règlement. Il est donc applicable dès que les juridictions d'un État membre, à l'exception du Danemark, sont saisies d'une question de conflit de lois relative à une obligation non contractuelle, même si la situation est entièrement localisée hors de l'Union européenne. Le règlement peut être en ce sens qualifié d'universel quant aux situations couvertes. Le règlement est également universel quant à la loi désignée (article 2). En effet, ses règles de conflit peuvent désigner indifféremment la loi d'un État membre ou d'un État tiers. Ces deux aspects de l'universalité sont inspirés de la Convention de Rome et aujourd'hui partagés par le règlement Rome I (article 2 du règlement Rome I).

C. Relations avec le droit primaire et dérivé

Les relations qu'entretient le règlement Rome II avec le droit primaire et dérivé sont, nous l'avons annoncé d'emblée, mitigées.

¹⁶ C.J.C.E., 17 septembre 2002, aff. C-334/00, *Tacconi, Rec.*, 2002, I-7357, point 27 (la qualification effectuée dans cette affaire était fonction des circonstances de l'espèce et il n'est pas certain que la Cour ait voulu imposer un classement définitif de la *culpa in contrahendo* dans la matière des obligations non contractuelles).

¹⁷ Voy. les commentaires de l'Institut Max Planck sur la proposition de règlement Rome I : Max Planck Institute for Comparative and International Private law, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)», *RebelsZ.*, 2007, pp. 237-240.

¹⁸ Comp. les articles 1^{er}, § 2, du règlement Rome II et 1^{er}, § 2, de la Convention de Rome et du règlement Rome I.

La définition du domaine spatial du règlement illustre les difficultés du rapport existant entre le règlement Rome II et le droit primaire en particulier. Ces difficultés sont de natures diverses. L'une concerne la compétence communautaire et l'autre, le degré d'harmonie apporté par le règlement.

Les limites de la compétence communautaire exercent une influence certaine sur la délimitation du domaine d'application des actes de droit dérivé¹⁹. Il est rare qu'un acte communautaire affecte les situations entièrement localisées en dehors de l'Union, puisque la plupart des bases de compétence prévues par le Traité exigent un lien entre les situations visées et le fonctionnement du marché intérieur. Ce sera pourtant le cas du règlement Rome II et de son homologue Rome I. Cette singularité étonne puisque la base juridique sur le fondement de laquelle ces règlements ont été adoptés se réfère aux besoins du marché intérieur²⁰. Dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition initiale, la Commission fournit différentes justifications²¹. Elle se réfère au règlement Bruxelles I qui, bien que son domaine soit limité par l'exigence de la localisation du domicile du défendeur dans la Communauté, peut exceptionnellement être invoqué alors que ce critère n'est pas rempli. Ce premier argument ne fait que jeter le doute sur la compatibilité du règlement Bruxelles I avec le Traité CE. La Commission souligne encore que toutes les décisions adoptées dans un État membre font l'objet de la procédure de reconnaissance simplifiée prévue par ce règlement et que l'application systématique du règlement Rome II paraît cohérente de ce point de vue. Ce second argument n'explique pas en quoi les institutions sont autorisées à dépasser la lettre du Traité pour conférer un domaine d'application universel au règlement Rome II. La Commission évoque ensuite la potentielle distorsion de concurrence survenant si le litige introduit par une entreprise européenne est tranché sur le fondement du règlement alors que celui introduit par une autre entreprise européenne est traité sur le fondement d'une autre règle de conflit, en fonction de la localisation des éléments de fait des deux affaires. À nouveau, l'argument ne convainc guère car il est transposable à tout acte européen dont le domaine est limité à des situations présentant un lien avec la Communauté. La restriction du domaine d'application d'un acte implique toujours que les situations sortant de son domaine seront tran-

¹⁹ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant-L.G.D.J., 2005, spéc. pp. 481 et s.

²⁰ L'article 65 CE précise que les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire en matière civile seront adoptées «dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur».

²¹ COM(2003)427 final, pp. 10-11.

chées sur un autre fondement. L'argument plaiderait pour que tout acte européen s'applique à n'importe quelle situation, même entièrement localisée en dehors de l'Union. En outre, il est probable que la distinction fondée sur la différence de localisation des éléments de fait d'une situation constitue une raison objective de différenciation.

Les vraies raisons sont ailleurs et ne s'expriment qu'en termes de politique et d'opportunité. Elles sont liées à la complexité pratique qu'impliquerait le maintien de deux jeux de règles de conflit (l'un pour les situations intracommunautaires et l'autre pour les situations extracommunautaires) et à la difficulté qu'il y aurait à distinguer les situations relevant du marché intérieur des situations dites «externes»²². Enfin, si les États, la Commission et le Parlement s'accordent pour accepter l'idée d'un domaine d'application universel, qui peut les contredire? Aucun de ceux disposant d'un accès réaliste à l'action en annulation n'aura intérêt à engager la procédure (article 230 CE).

Le fondement légal de l'adoption du règlement pose un second problème. Le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ont formulé une déclaration spéciale par rapport au titre IV lors de son introduction par le Traité d'Amsterdam. Ces déclarations ont pour effet de maintenir ces trois États à l'écart des actes adoptés sur le fondement du titre IV. Leurs termes diffèrent, de sorte que le Danemark, à l'inverse du Royaume-Uni et de l'Irlande, ne peut formuler une demande de participation ponctuelle (considérants 39 et 40). Le Danemark n'est donc pas tenu par le règlement avec pour conséquence qu'il n'est pas considéré comme un État membre au sens du règlement (article 1^{er}, §4) et que les dispositions du règlement ne sont pas applicables devant ses juridictions. Il est possible que le Danemark signe avec la Communauté un accord reprenant les termes du règlement ou l'intègre dans une législation nationale²³. Aucune de ces deux solutions n'est réellement satisfaisante puisque des conséquences spécifiques sont attachées à la nature des actes.

Plus généralement, le nouveau règlement Rome II prend place aux côtés de nombreuses règles de droit communautaire primaire et dérivé qui influencent, voire

²² À ce propos, voy. E. PATAUT, «Qu'est-ce qu'un litige intracommunautaire? – Réflexions autour de l'article 4 du règlement Bruxelles I», in *Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 365; J.-S. BERGÉ, «La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé», *Travaux du comité français de droit international privé*, 2004-2006, Pédone, 2008, pp. 29-62.

²³ Sur la position du Danemark par rapport aux actes adoptés sur le fondement du titre IV, voy. : O. LANDO et P.-A. NIELSEN, «The Rome I Proposal», *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 29-51, spéc. pp. 48-51.

déterminent, la désignation de la loi applicable pour les obligations non contractuelles²⁴. L'article 27 du règlement résout la question en donnant la priorité aux règles communautaires qui dans des matières particulières règlent le conflit de lois. Cette disposition se limite, avec sagesse, à expliciter le principe *lex specialis generalibus derogant*. Ceci vaut pour les règles spéciales existantes et pour les règles futures (considérant 35).

Ces règles particulières sont nombreuses.

Premièrement, certains actes de droit dérivé contiennent des règles de rattachement en matière de responsabilité non contractuelle²⁵.

Ensuite, l'auteur de ces lignes a démontré que tous les actes de droit dérivé déterminent leur domaine d'application dans l'espace de manière unilatérale²⁶. Ils contiennent donc des règles ou critères d'applicabilité (explicites ou implicites) qui permettent de circonscrire les situations relevant de leur domaine au moyen d'un facteur de rattachement. Le règlement donne la priorité à ces règles ou critères d'applicabilité contenus dans les autres actes de droit dérivé, car ceux-ci règlent une question de conflit de lois (article 27). Ceci réduit considérablement la portée du domaine d'application du règlement²⁷. L'exemple de la directive R.C. produits, envisagé plus loin, illustrera la nature de la difficulté.

Enfin, le droit primaire lui-même peut produire un impact sur le droit international privé, puisque les règles de conflit, pas plus que n'importe quelle autre règle, ne peuvent constituer des entraves illégitimes. La nature de cet impact a fait l'objet de vives controverses qui ont rejailli sur les négociations du règlement Rome II²⁸ : s'agit-il d'un effet positif, imposant une règle de conflit désignant la loi du pays d'origine ou d'un simple correctif interdisant l'application d'une loi (désignée par une règle bilatérale ou par une règle unilatérale, comme le ferait une loi de police) lorsque cette application constitue une entrave

²⁴ Sur l'ensemble des questions liées à la coexistence du règlement avec d'autres règles de conflit issues de conventions internationales, du droit communautaire ou du droit national, voy. l'étude détaillée de M. FALLON : «La relation du règlement Rome II avec d'autres règles de conflit de lois», *R.D.C.*, 2008, pp. 549-564.

²⁵ Voy. les exemples cités par M. FALLON («La relation du règlement Rome II avec d'autres règles de conflit de lois», *op. cit.*, p. 558, n° 19).

²⁶ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, L.G.D.J., 2005.

²⁷ Sur le rapport entre les règles d'applicabilité du droit dérivé et les règlements Rome I et II, voy. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé...*, *op. cit.*, spéc. pp. 449 et s.

²⁸ J. MEEUSEN, «Rome II : nieuw Europees conflictenrecht voor niet-contractuele verbintenissen», *R.D.C.*, 2008, pp. 471-481, spéc. n° 29.

disproportionnée²⁹? Cette discussion s'est déjà cristallisée en droit dérivé avec l'insertion de clauses dites «marché intérieur» qui sont censées expliciter la portée du droit primaire dans le rapport entre législations de l'État d'origine et de l'État d'accueil³⁰. Aucune disposition du règlement Rome II ne s'inspire du prétendu «principe de la loi d'origine». Comme le montreront les sections suivantes, le règlement opère des rattachements bilatéraux tentant de réaliser le meilleur compromis entre les considérations qui sous-tendent classiquement l'élaboration des règles de conflits de lois, comme la sécurité juridique, le respect des attentes des parties et le principe de proximité. La seule référence explicite à cette controverse se trouve dans le considérant 35 qui précise que *l'application des règles matérielles* désignées sur le fondement du règlement ne peuvent constituer des entraves (rien n'indique donc que la source de l'entrave potentielle puisse se localiser dans la règle de rattachement elle-même) et que le règlement n'affecte pas le fonctionnement des clauses de marché intérieur. L'on se doute que la rédaction de ce considérant aura relevé de la haute diplomatie³¹...

II. RÈGLES GÉNÉRALES

Le règlement propose deux règles générales. La première consacre un rattachement objectif en cascade désignant la loi de survenance du dommage direct ou la loi de l'État dans lequel résident le responsable et la victime (A). La seconde introduit l'autonomie de la volonté dans la matière extracontractuelle (B).

²⁹ La littérature sur ce point est considérable. Voy. entre autres en français : M. AUDIT, «Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois», *J.D.I.*, 2006, p. 1333; M. FALLON, «Libertés communautaires et règles de conflit de lois», in A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT (éd.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 31; M. WILDERSPIN et X. LEWIS, «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002, pp. 1-38 et 289-341. Les deux articles fondateurs sur cette question sont les suivants : J. BASEDOW, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis», *RabelsZ.*, 1995, pp. 1-54; M. FALLON, «Variation sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé», in *Nouveaux Itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant 1993, pp. 187-221.

³⁰ Sur la clause «marché intérieur» de la directive «services» (directive 2006/123 du 12 décembre 2006, *J.O.U.E.*, 2006, L 376/36) et sur le principe du pays d'origine en général, voy. : O. DE SCHUTTER et S. FRANCO, «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflit de lois dans l'Europe élargie», *C.D.E.*, 2005, pp. 603 et s.

³¹ Comp. l'article 27 du règlement avec la formulation complexe de la proposition initiale (article 23 de la proposition) : COM(2003)427 final, p. 41.

A. Loi du dommage ou loi de résidence commune

La règle de base établie par l'article 4 constitue une règle de rattachement classique. Son contenu n'est pas dicté par la volonté de faciliter la réalisation d'une politique communautaire. En cela, le règlement Rome II se démarque de tout autre acte de droit dérivé. Les seuls impératifs ayant guidé sa rédaction semblent être, d'une part, celui de la sécurité juridique, qui a poussé à établir une règle fixe, de préférence à des présomptions, assortie d'un critère de rattachement aisément localisable et, d'autre part, la volonté de réaliser un compromis entre les intérêts divergents des parties³². La disposition peut se lire en trois temps correspondant à la démarche qui sera adoptée par la juridiction saisie.

1. Le responsable et la personne lésée résident dans le même État

Lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée résident habituellement dans le même État au moment de la survenance du dommage, la loi de cet État est applicable (article 4, §2). Il s'agit d'une règle fixe, même si elle déroge à la règle principale désignant la loi du lieu de survenance du dommage direct. Par conséquent, pour la juridiction saisie, la première étape du raisonnement consistera à vérifier le lieu de résidence habituelle des protagonistes.

L'article 23 définit la notion de résidence habituelle. Pour les personnes morales, la résidence habituelle est localisée au lieu de l'administration centrale. Le texte implique donc que certaines personnes morales (une société incorporée au Royaume-Uni par exemple, qui retient ce critère pour attribuer sa nationalité aux personnes morales, et ayant établi son administration centrale aux États-Unis) pourraient posséder la nationalité d'un État membre au sens du Traité sans pour autant disposer d'une résidence habituelle dans la Communauté³³.

2. Le lieu de survenance du dommage direct

Les cas de responsabilité complexe dont les éléments sont éparpillés dans plusieurs ordres juridiques ont mis en lumière la difficulté qu'il y a à identifier un rattachement répondant à la fois aux exigences de la sécurité juridique et de la proximité. Ces hypothèses ont d'ailleurs donné lieu, outre-Atlantique, à une réflexion fondamentale sur le rôle et la teneur des règles de conflit de lois.

³² COM(2003)427 final, p. 12.

³³ Comp. article 48 CE.

Lors de la rédaction de l'article 4, § 1^{er}, la priorité a été donnée à la sécurité juridique en sélectionnant un seul facteur connu, selon toute probabilité, de toutes les parties au litige³⁴ : la survenance du dommage. La disposition souligne en effet que la localisation du dommage s'entend indépendamment de la localisation du fait générateur et de la localisation des dommages indirects. La rédaction de l'article 4 a subi l'influence des arrêts interprétatifs de la Cour de justice rendus dans le cadre de l'article 5, 3^o, de la Convention de Bruxelles. Celle-ci a progressivement limité doublement la notion de dommage : le dommage pris en considération est le dommage direct et local. Ces limitations ont été transférées dans le règlement Bruxelles I avant d'influencer la rédaction du règlement Rome II.

Après avoir établi que le fait dommageable pouvait recouvrir le fait générateur et le dommage, la Cour de justice a limité la conception du dommage au dommage direct³⁵. Le lieu de survenance du dommage direct est celui où le fait causal produit «directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate»³⁶. Dans le cas d'un accident de circulation survenu dans un État A, alors que la victime habite dans un État B et y subira les conséquences de l'accident (préjudices financiers et moraux), le dommage direct se localise au lieu de la collision³⁷.

La Cour de justice a également précisé que lorsque la juridiction saisie n'était pas celle du pays de domicile du responsable, sa compétence devait se limiter à la portion du dommage subie sur le territoire du for³⁸. Cette précision intéresse l'hypothèse d'un

³⁴ Comp. avec la formulation proposée par le rapporteur chargé de la négociation pour le Parlement européen (rapport au Parlement européen, 27 juin 2005, A6-0211/2005) qui, sous l'influence des théories anglo-saxonnes, cherchait à introduire plus de flexibilité dans les rattachements proposés. De manière générale sur le thème de la flexibilité dans le règlement Rome II : S. SYMEONIDES, «Rome II and Tort Conflicts : A Missed Opportunity», *A.J.C.L.*, 2008, pp. 173 et s. Comp. : Ph.-J. KOZYRIS, «Rome II : Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "Missed Opportunity"», *A.J.C.L.*, 2008, pp. 471 et s.

³⁵ C.J.C.E., 30 novembre 1976, aff. 21/76, *Mines de potasse d'Alsace, Rec.*, 1976, 1735; C.J.C.E., 11 janvier 1990, aff. C-220/88, *Dumez, Rec.*, 1990, I-49.

³⁶ C.J.C.E., 11 janvier 1990, aff. C-220/88, *Dumez*, point 20 (concernant le dommage subi par ricochet par la société mère à la suite du dommage direct subi par la filiale). Pour d'autres exemples, voy. : C.J.C.E., 10 juin 2004, aff. C-168/02, *Kronhofer, Rec.*, 2004, I-6009 (le dommage direct subi à la suite d'une faute commise par un conseiller en investissements se localise au lieu de situation du compte concerné et non dans l'État de localisation du centre des intérêts financiers de la victime); F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 921, n° 15.5.

³⁷ COM(2003)427 final, p. 12. Voy. également le considérant 17. Pour d'autres exemples, voy. : F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op. cit.*, p. 921, n° 15.5.

³⁸ C.J.C.E., 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Shevill, Rec.*, 1995, I-415.

dommage survenant dans plusieurs États. L'exposé des motifs accompagnant la proposition de règlement précise que, dans un tel cas, «il y a lieu d'appliquer de manière distributive la loi de tous les pays concernés»³⁹. Deux cas de figure peuvent concrètement se présenter. Si la juridiction est celle du domicile du défendeur (article 2 du règlement Bruxelles I) ou celle du lieu de survenance du fait générateur du dommage (article 5, 3^o, du règlement Bruxelles I), elle peut connaître de l'entière du dommage et il lui incombera d'appliquer à chaque portion du dommage la loi du pays où elle est survenue. Si la juridiction est saisie sur le fondement de l'article 5, 3^o, en tant que for du lieu de survenance du dommage direct, elle ne peut connaître que de la portion du dommage survenue sur son propre territoire et appliquera la loi du for.

Ainsi des considérations propres au conflit de juridictions ont déterminé la rédaction de la règle de rattachement générale du règlement Rome II. La désignation de la loi applicable peut cependant devoir répondre à des impératifs distincts de ceux guidant l'identification de la juridiction compétente. L'impératif de sécurité juridique, par exemple, même s'il préside généralement la détermination de la loi applicable, ne s'impose pas en termes absolus lorsqu'il s'agit d'événements dont les parties ne peuvent, par nature, prédire la survenance. Il se peut que le lieu de survenance du dommage indirect s'avère plus pertinent du point de vue de la loi applicable que le lieu de survenance du dommage direct. Le règlement prévoit, pour de telles hypothèses, une clause d'exception⁴⁰ (iii).

3. Présence de liens manifestement plus étroits avec un autre État et relation préexistante

Le paragraphe 3 de l'article 4 confère une certaine marge d'appréciation à la juridiction saisie. Celle-ci peut en effet prendre en considération l'ensemble des circonstances du fait dommageable. S'il en résulte que le fait dommageable présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui sur le territoire duquel se localise le dommage direct ou la résidence commune des protagonistes, la loi de cet autre pays sera applicable. Le texte précise que la juridiction ne prendra en considération que des liens *manifestement* plus étroits résultant de *l'ensemble* des circonstances. Elle n'est donc pas autorisée à écarter d'emblée certains éléments de fait en les considérant comme non pertinents mais doit, au contraire, s'enquérir de

³⁹ COM(2003)427 final, p. 12.

⁴⁰ Sur les origines théoriques de la clause d'exception, voy. A. NUYTS, «La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le règlement Rome I», *R.D.C.*, 2008, pp. 489-501, n^o 7.

l'ensemble de ces éléments pour privilégier la localisation de la majorité d'entre eux.

Le texte du règlement fournit un exemple précis de situation pouvant légitimer l'intervention de la clause d'exception. Dans l'hypothèse où il existe entre les parties une relation préexistante qui présente un lien étroit avec le fait dommageable, la juridiction pourra apprécier l'intensité relative de ce lien et appliquer éventuellement la loi régissant cette relation au fait dommageable.

Le rattachement accessoire établi par le règlement Rome II constitue une simple faculté (à l'inverse de celui établi par l'article 100 du Code belge de droit international privé). Il appartiendra à la juridiction concernée de décider de l'opportunité de cet éventuel rattachement sachant que la prise en considération d'une relation préexistante n'interviendra qu'à propos d'une relation juridique présentant un lien suffisamment étroit avec le fait dommageable⁴¹. Le juge sera guidé dans cette appréciation par les objectifs de ce rattachement⁴². Outre l'objectif d'unicité de la loi applicable et de respect de l'attente légitime des parties, le rattachement accessoire permet de surmonter deux difficultés évoquées dans le rapport explicatif de la Commission⁴³. La première concerne le cas de cumul entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle autorisé dans certains ordres juridiques. L'application d'une même loi aux deux actions permet d'éviter l'application d'une loi autorisant le cumul à l'une des formes de responsabilité et d'une loi refusant le cumul à l'autre forme de responsabilité. La seconde dérive des divergences de qualification pouvant exister au sein des États membres. En dépit du principe de l'interprétation (et donc de la qualification) autonome des termes de l'acte communautaire, il est possible que certaines situations soient comprises comme relevant de la matière contractuelle dans un État et de la matière extracontractuelle dans un autre. Le rattachement accessoire permet alors de contourner la difficulté liée à l'application d'instruments différents puisqu'il devrait permettre d'assurer l'unicité de loi applicable. De manière générale, le rattachement accessoire assure la coexistence harmonieuse des règlements Rome I et II.

⁴¹ Sur la nécessité d'une relation sanctionnée légalement, voy. S. FRANCO, «Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles – Présentation générale», *op. cit.*

⁴² COM(2003)427 final, p. 14.

⁴³ COM(2003)427 final, pp. 13-14.

B. Autonomie de la volonté

L'article 14 autorise les parties à choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par un accord postérieur ou même, dans certaines conditions, par un accord antérieur à la survenance du fait générateur. Le choix de droit est entouré de conditions et de limites.

L'autonomie de la volonté demeure un rattachement relativement marginal en droit comparé pour les obligations extracontractuelles⁴⁴. Sa consécration dans le règlement Rome II confirme l'importance de ce principe en droit communautaire. Le respect de l'autonomie de la volonté constitue sans doute l'un des principes directeurs du droit européen⁴⁵. Il est présenté dans le règlement Rome I comme «l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles» (considérant 11 du règlement Rome I). La localisation de la disposition en fin de texte n'affecte pas la généralité de ses hypothèses d'application, soumises aux seules conditions de l'article 14 et aux exclusions prévues dans certaines règles spéciales, et indique au contraire que le choix de la loi applicable concerne autant les faits dommageables que les quasi-contrats⁴⁶.

1. Conditions de l'exercice de l'autonomie de la volonté

Que le choix soit exercé avant ou après la survenance du fait générateur, il doit être formulé de façon expresse ou résulter de façon certaine des circonstances. Cette formulation, tirée de la version française de la Convention de Rome, devrait recevoir, *mutatis mutandis*, une interprétation similaire à celle qui prévaut dans le cadre de la Convention où l'existence d'un écrit facilite généralement les choses. En matière extracontractuelle, la condition du choix exprès sera remplie dans l'hypothèse où les protagonistes rédigerait un contrat de choix de loi pour le dommage extracontractuel ou encore dans le cas d'un choix oral explicite, le problème résidant alors au niveau de la preuve. À la différence de la matière contractuelle où les

⁴⁴ T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé*, Bâle, Bruxelles, Paris, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J., 2004, p. 27.

⁴⁵ J. BASEDOW, «A common Contract Law for the Common Market», *CMLR*, 1996, pp. 1169-1195, spéc. p. 1179. Dans le même sens, voy. E. STEINDORF, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 42; T. REPGEN, *Kein Abschied von der Privatautonomie*, Paderborn, Munich, Vienne, 2001; H. MUIR WATT, «Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets : a Matter of Political Economy», *Jus Commune Lectures on European Private Law*, n° 7, 2003.

⁴⁶ Dans la proposition modifiée datant de 2006 (COM(2006)83 final, p. 15), l'autonomie de la volonté constituait la première règle de rattachement.

parties peuvent conformer leur action (en matière de délais, d'exécution des obligations...) à une législation donnée, le choix tacite peut difficilement résulter du comportement des parties en matière extracontractuelle, sauf dans l'hypothèse d'un dédommagement volontaire dont le calcul aurait été effectué en fonction d'une législation identifiable. C'est plus probablement l'attitude des parties durant la négociation d'un compromis amiable ou durant la procédure qui renseignera sur l'existence d'un choix tacite (échange des correspondances et des conclusions, plaidoiries effectuées sur le fondement de la même loi par les deux parties).

Le choix de droit, indépendamment du moment de sa formulation, ne peut porter atteinte aux droits des tiers. Cette précision constitue un rappel du principe de la relativité des conventions⁴⁷. L'accord conclu entre les responsables n'affecte pas les victimes, l'accord conclu entre le responsable et une autre victime n'affecte pas les autres victimes ni l'assureur du responsable⁴⁸.

L'autonomie de la volonté est exclue dans certaines *matières* limitativement énumérées et faisant l'objet de règles spéciales. Il s'agit de la concurrence et des pratiques du commerce, des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle et de la responsabilité environnementale. La proposition de règlement précise sans plus que l'autonomie de la volonté n'a pas été jugée appropriée dans ces matières⁴⁹.

Deux conditions spécifiques entourent le choix de loi formulé avant la survenance du fait générateur. Ce choix doit résulter d'un accord librement négocié. Cette précision a pour but d'exclure le choix inclus dans des conditions générales de vente ou dans un contrat d'adhésion⁵⁰. Il ne peut en outre être formulé qu'entre parties qui exercent toutes une activité commerciale. L'objectif annoncé étant de protéger les salariés et les consommateurs⁵¹, la possibilité d'exercer un choix antérieur ne devrait exister que pour les commerçants agissant dans le cadre de leur activité professionnelle. Le texte ne définit pas la notion de commerçant,

⁴⁷ Dans le même sens à propos du droit belge : K. COX, « Artikel 101 », in J. ERAUW et M. FALLON entre autres (éd.), *Le Code de droit international privé commenté*, Bruxelles, Anvers, Bruylant, Intersentia, 2006, pp. 522-527, spéc. p. 527.

⁴⁸ COM(2003)427 final, p. 24.

⁴⁹ COM(2003)427 final, p. 24. Comp. avec la proposition du Gedip qui n'excluait l'autonomie de la volonté dans aucune matière mais ne l'admettait qu'après la survenance du dommage (disponible sur le site du Gedip (www.gedip-egpil.eu), sous l'onglet « documents » voy. les documents 8 et 9).

⁵⁰ Proposition modifiée, COM(2006)83 final, p. 3; 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, à paraître.

⁵¹ Proposition modifiée, COM(2006)83 final, p. 3.

notion qui ne correspond à aucune catégorie classique en droit européen⁵² et fait l'objet d'interprétations diverses entre les États membres. Demeure ouverte en particulier la question de savoir si les professions libérales peuvent être rangées dans cette catégorie⁵³.

2. Limites apportées à l'exercice de l'autonomie de la volonté

À titre préliminaire, on notera que le règlement ne limite pas l'exercice de l'autonomie du point de vue de l'objet du choix. Les parties peuvent choisir une loi applicable ne présentant aucun lien pertinent avec le fait dommageable. Les limites imposées à l'autonomie de la volonté concernent la portée du choix et comme cela a été expliqué plus haut, la matière concernée.

La portée du choix est limitée en fonction de la configuration factuelle de la situation. Lorsque tous les éléments de la situation sont, au moment de la survenance du fait générateur, localisés dans un seul État, le choix de la loi d'un autre État ne porte pas atteinte à l'application des dispositions impératives du premier État. Ces dispositions sont définies par le règlement comme étant celles auxquelles il est interdit de déroger par accord. On reconnaît l'idée soutenant l'article 3, §3, de la Convention de Rome, reprise par l'article 3, §3, du règlement Rome I. Les motivations présidant à son introduction dans le règlement Rome II sont identiques. Puisque le règlement commande son application aux «situations comportant un conflit de lois» (article 1^{er}, §1^{er}), les parties sont en mesure de susciter un tel conflit en désignant une loi étrangère alors même que la situation est purement interne. Pour éviter l'utilisation de l'autonomie de la volonté dans de telles situations dans le seul but d'échapper aux dispositions naturellement applicables de la loi de l'État dont relève la situation, le règlement assure l'application des règles impératives de cet État même dans l'hypothèse de la désignation de la loi d'un autre État. L'intérêt d'une clause de choix de loi applicable dans une telle situation est diminué d'autant. Selon l'opinion majoritaire, les parties à un contrat interne ne font qu'incorporer dans le contrat (régé par le droit de l'État sur le territoire duquel se situent tous les éléments de la situation) certaines clauses matérielles issues d'une

⁵² Pour une proposition de définition au regard des directives 2000/35 concernant les retards de paiement dans les relations commerciales et 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales : R. JAFFERALI, «Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles», *op. cit.*, n° 46, note 320.

⁵³ Voy. en faveur de l'inclusion des professions libérales : R. JAFFERALI, «Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles», *op. cit.*, n° 46, note 320 ; C. HAHN, «La liberté de choix dans les instruments communautaires récents...», *op. cit.*

loi étrangère⁵⁴. Ce mécanisme d'incorporation n'est alors plus celui de l'autonomie de la volonté du droit international privé.

Ce mécanisme d'incorporation est étendu, par les règlements Rome I et II, aux situations intra-communautaires (article 14, §3, du règlement Rome II, article 3, §4, du règlement Rome I)⁵⁵. Lorsque tous les éléments de la situation sont localisés dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties de la loi d'un État tiers ne peut porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par accord. Puisque ces dispositions peuvent être issues de directives, le règlement précise utilement qu'elles seront applicables dans la version de la loi de transposition de l'État du for. Parmi les nombreuses questions soulevées par cette disposition, on relèvera avant tout que pour de nombreuses situations intra-communautaires, elle équivaut à supprimer l'autonomie de la volonté. Elle tend aussi à assigner aux directives qui interdisent une dérogation contractuelle un champ d'application déterminé. Celles-ci sont *de facto* automatiquement applicables à toutes les situations intra-communautaires, sans qu'aucune attention soit prêtée à la manière dont la directive elle-même pourrait déterminer son propre domaine d'application. Ce problème est manifeste dans les règles spéciales.

III. UN EXEMPLE PARMIS LES RÈGLES SPÉCIALES : LA R.C. PRODUITS

L'article 5 portant sur les règles spéciales révèle pour la plupart une réelle difficulté de coordination avec le droit matériel. L'article portant sur la responsabilité du fait des produits servira d'exemple⁵⁶.

⁵⁴ Voy. entre autres J.-Ch. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé contemporain*, Paris, Economica, 1992, p. 139.

⁵⁵ Ces dispositions constituent l'aboutissement d'un débat entamé par O. LANDO («The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations», *C.M.L.R.*, 1987, pp. 159-214, spéc. pp. 180-182) et poursuivi par R. MICHIELS et H.-G. KAMANN («Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR», *JZ*, 1997, p. 601, spéc. p. 604). Ces auteurs proposaient une application analogique de l'article 3, §3, de la Convention de Rome aux situations purement intracommunautaires, proposition qui avait été reprise et précisée par le Gedip dans le cadre des travaux portant sur la modernisation de la Convention de Rome, Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sa modernisation (troisième commentaire consolidé, treizième réunion, Vienne, septembre 2003, point III des propositions de modifications à apporter à la convention (disponible sur le site du Gedip : www.gedip-egpil.eu). Pour une discussion de ces propositions, voy. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé...*, spéc. pp. 441-446.

⁵⁶ Pour le commentaire des règles spéciales, on renverra à différentes études portant sur les règles spéciales (voy. en particulier le n° 2008/6 de la *R.D.C.*) ainsi qu'à notre étude générale sur le

D'un point de vue matériel, la définition du domaine de cette disposition se réfère à la directive 85/374 sur la responsabilité du fait des produits⁵⁷. C'est elle qu'il faudra consulter pour définir la notion de «produit». Par contre, l'exposé des motifs précise que l'expression «personne dont la responsabilité est invoquée» vise non seulement le fabricant du produit fini, mais aussi celui d'une partie composante, un intermédiaire, un vendeur final ou l'importateur⁵⁸. L'article 5 lui-même prévoit qu'il vise uniquement le «dommage causé par un produit», ce qui exclut vraisemblablement le dommage causé au produit, dès lors soumis aux règles générales du règlement.

La directive R.C. produits exerce une profonde influence sur le domaine d'application de l'article 5, bien au-delà de la simple définition de la notion de produit. Selon nous, toutes les situations relevant du champ d'application de la directive R.C. produits échappent à l'application de l'article 5 du règlement. On a précisé plus haut que l'article 27 du règlement Rome II rappelle la priorité naturelle des règles spéciales de droit international privé contenues dans d'autres actes de droit international privé. Ceci implique qu'échappe à la règle bilatérale contenue dans le règlement une situation qui relèverait d'une règle de conflit spéciale contenue dans un règlement ou une directive. Or la directive 85/374 se comprend comme ayant son propre domaine d'application dans l'espace et identifie, de la sorte, les situations internationales qui sont soumises à ses dispositions. La détermination de ce domaine s'effectue par le moyen d'un mécanisme de droit international privé, à savoir l'introduction de critères ou d'une règle d'applicabilité circonscrivant de manière unilatérale le domaine d'application de l'acte dans l'espace. En résumé, on pourrait dire que le critère choisi est celui de la mise sur le marché qui recouvre la mise en libre pratique et la mise en circulation du produit sur le territoire de la Communauté européenne. Ce critère résulte de différentes dispositions de la directive et de son contexte d'adoption⁵⁹. Ainsi, la question de savoir si la

règlement : S. FRANCO, «Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles – Présentation générale», *op. cit.*

⁵⁷ COM(2003)427 final, p. 15; directive 85/374 du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et législatives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.C.E.*, 1985, L 210/29.

⁵⁸ COM(2003)427 final, p. 16.

⁵⁹ Pour plus de détails sur le domaine d'application dans l'espace de la directive R.C. produits : S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé ...*, *op. cit.*, spéc. pp. 349-352. Ce critère découle de différentes dispositions matérielles de la directive R.C. produits ainsi que du lien étroit existant entre la directive R.C. produits et la directive sécurité générale des produits (voy. article 1^{er} de la directive 2001/95 du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, *J.O.C.E.*, 2002, L 11/4).

directive (ou l'une de ses transpositions) est applicable à une situation internationale dépend de la question de savoir si le produit a été mis en circulation dans l'Union européenne. Si c'est le cas, la directive, ou plutôt la transposition pertinente, est applicable⁶⁰. La règle de rattachement de l'article 5 du règlement Rome II n'entre donc pas en jeu. Il est difficile d'identifier ce que les auteurs du règlement ont pensé de cette question. Les travaux préparatoires n'en font pas mention.

Quoi qu'il en soit, la difficulté soulevée par le rapport existant entre la règle de conflit générale portant sur la responsabilité du fait des produits et l'acte de droit dérivé portant sur le rapprochement du droit matériel des États membres en la matière est atténuée de deux façons. En premier lieu, le règlement couvre certainement toutes les questions non réglées par la directive. C'est le cas par exemple de la responsabilité invoquée sur un autre fondement que la directive, comme la responsabilité fondée sur le régime général de la faute en droit national, cette question échappant au domaine d'application matériel de la directive. L'article 5 s'appliquera également à toutes les situations sortant du domaine d'application dans l'espace de la directive, dans l'hypothèse par exemple d'un produit uniquement mis en circulation aux États-Unis que la victime se serait procuré dans cet État. En second lieu, le conflit entre la directive 85/374 et l'article 5 du règlement est amoindri du fait de la convergence des facteurs de rattachement choisis de part et d'autre. Comme cela a été évoqué plus haut, la directive repose sur le critère de la mise sur le marché recouvrant la mise en libre pratique et la mise en circulation du produit⁶¹. L'article 5 du règlement assortit la plupart des critères de rattachement proposés de la condition que le produit ait été commercialisé dans l'État de concrétisation de ce facteur (État de résidence habituelle de la victime, d'achat du produit...). Ce faisant, le règlement assure, dans la plupart des cas, que la loi désignée soit celle d'un État sur le territoire duquel le produit a été officiellement commercialisé. Or la Cour de justice a eu l'occasion de définir la notion de mise en circulation en se référant à la commercialisation du produit, c'est-à-dire à sa sortie du processus de fabrication en vue de sa mise à disposition

⁶⁰ Sur la question de l'identification de la transposition pertinente : S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé ...*, op. cit., spéc. pp. 462-474.

⁶¹ La notion de mise en libre pratique est utilisée par l'article 23 CE et définie par l'article 24 CE ainsi que par le Code des douanes communautaire (règlement n° 450/2008 du 23 avril 2008 établissant le code des douanes communautaire, *J.O.*, 2008, L 145/1, article 129, §2). La notion repose sur l'accomplissement de formalités douanières ainsi que sur l'acquittement de l'impôt douanier.

du public⁶². Ainsi, la désignation opérée sur le fondement du règlement Rome II devrait désigner la loi d'un État membre (et donc la loi de transposition de la directive) dans des cas où la directive commande sa propre application. Cette convergence est évidemment abandonnée lorsque le règlement établit un critère de rattachement indépendant du lieu de commercialisation. En outre, il n'est pas certain que les notions de mise sur le marché et de commercialisation se recourent parfaitement. Enfin, malgré une convergence apparente, la juridiction saisie doit identifier le fondement légal de l'application de la directive : est-elle effectuée en vertu des termes de la directive elle-même ou en vertu de l'article 5 du règlement ?

Concrètement, l'article 5 établit une règle de rattachement en cascade, mécanisme que connaissent bien les praticiens belges depuis l'adoption du Code de droit international privé⁶³. Il consiste à proposer une série de facteurs de rattachement dans un ordre de priorité, le facteur suivant étant appelé à intervenir lorsque le premier n'est pas praticable. Le premier facteur de référence est celui du lieu de résidence habituelle de la victime et de la personne dont la responsabilité est invoquée. Lorsque toutes deux résident dans le même État, la loi de cet État est applicable⁶⁴. À défaut de localisation commune de la résidence habituelle, la disposition désigne successivement la loi du pays de résidence habituelle de la victime (article 5, § 1^{er}, *a*), celle du lieu d'achat du produit (article 5, § 1^{er}, *b*) et celle du lieu de survenance du dommage (article 5, § 1^{er}, *c*). Ces désignations sont chaque fois soumises à la condition que le produit ait été commercialisé dans l'État dont la loi est désignée. Il convient toutefois que ce lieu de commercialisation corresponde aux prévisions de la personne dont la responsabilité est invoquée. Lorsque cette personne « ne pouvait raisonnablement pas prévoir la commercialisation du produit ou d'un produit du même type dans le pays dont la loi est applicable en vertu des points *a*), *b*) ou *c*) », la loi applicable est celle du pays dans lequel se situe sa résidence habituelle (article 5, § 1^{er}, alinéa 2). Enfin, l'ensemble des désignations proposées par l'article 5 (et par ricochet, par l'article 4, § 2) est soumis à une clause d'exception formulée dans les mêmes termes que celle de l'article 4, § 3. En fonction de l'appréciation de la juridiction saisie, l'existence d'une relation préexistante entre les parties pourra donc influencer la désignation et favoriser la

⁶² C.J.C.E., 9 février 2006, aff. C-127/04, *Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur, Rec.*, 2006, I-1313.

⁶³ Ce mécanisme est, par exemple, retenu par l'article 99, § 1^{er}, du Code belge de droit international privé.

⁶⁴ Le texte de l'article 5 commence par la formule suivante : « Sans préjudice de l'article 4, § 2 ».

convergence de désignation de loi applicable dans le cas de parties qui sont ou ont été en relations contractuelles.

Les difficultés liées à l'article 5 dérivent de ses rapports avec le droit dérivé plus que du contenu des rattachements proposés⁶⁵. D'autres dispositions du règlement évoquent la difficulté qu'éprouvent les rédacteurs d'un acte européen à traiter ponctuellement de questions relevant de la théorie générale du droit international privé.

IV. QUESTIONS DE THÉORIE GÉNÉRALE

Le règlement contient une série de règles portant sur le fonctionnement de la règle de conflit. Il prévoit ainsi l'exclusion du renvoi (article 24), l'intervention automatique des lois de police du for (article 27) et celle de l'ordre public du for (article 26). On trouve également une disposition réservant l'intervention des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu de survenance du fait générateur (article 17), une disposition générale relative au domaine de la loi applicable (article 15) et une disposition précisant l'objet de la désignation pour les systèmes non unifiés (article 25). D'autres dispositions constituent en réalité des règles de rattachement particulières⁶⁶. Dans les limites de cette contribution, nous nous contenterons de deux remarques.

L'article 16 du règlement Rome II diffère sur plusieurs points de son équivalent dans le règlement Rome I, l'article 9. Le premier concerne les «dispositions impératives dérogatoires», alors que le second évoque les «lois de police». L'article 9 du règlement Rome I contient une définition de la notion de loi de police, alors que le règlement Rome II n'en contient pas. Enfin, à la différence du règlement Rome I, le règlement Rome II ne réserve aucune place à l'intervention des lois de police étrangères, c'est-à-dire des lois de police d'un État dont les juridictions ne sont pas saisies et dont la loi n'est pas désignée comme applicable à la situation⁶⁷. Seules les lois de police du for sont autorisées à perturber la désignation opérée

⁶⁵ Sur les difficultés d'interprétations liées à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2 : S. FRANCO, «Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles – Présentation générale», *op. cit.*

⁶⁶ Article 18 sur l'action directe contre l'assureur; article 19 sur la subrogation; article 20 sur la responsabilité multiple; article 21 sur la validité formelle des actes juridiques unilatéraux.

⁶⁷ Sur la controverse relative au sort des lois de police étrangères dans le règlement Rome I : S. FRANCO, «Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles – De quelques changements», *op. cit.*

par le règlement (article 16). Ces différences, malencontreuses, résultent pour partie du hasard des négociations⁶⁸. Il reste qu'elles affectent gravement la cohérence de l'ensemble formé par les règlements Rome I et II à propos d'un concept clé du droit international privé, particulièrement difficile à manier pour les juridictions.

L'article 26 permet aux juridictions nationales d'écarter l'application de la loi désignée si elle est «manifestement incompatible avec l'ordre public du for». L'introduction d'une référence à l'origine de l'ordre public (l'ordre public *du for*) sème le doute sur une disposition qui, dans la Convention de Rome, n'avait pas vraiment posé problème⁶⁹. L'exposé des motifs de la proposition de règlement aborde la question du rapport entre l'ordre public national et l'ordre public communautaire. Selon celui-ci, la référence à l'«ordre public *du for*» prévue par l'article 26 exclut de son domaine les principes qui seraient d'ordre public communautaire, eux-mêmes visés par l'article 27 qui concerne les dispositions de droit international privé contenues dans d'autres actes de droit dérivé⁷⁰. Faut-il vraiment, lorsque l'application de la loi désignée entraînerait une discrimination sur la base du sexe par exemple (sachant que l'interdiction d'une telle discrimination ferait probablement partie de l'ordre public communautaire), invoquer l'article 27 plutôt que l'article 26? Il nous semble que cette proposition contenue dans l'exposé des motifs repose sur une confusion des rôles respectifs des deux articles. L'article 27 établit (ou confirme) une règle de hiérarchie des normes : il vise donc des *règles de conflit de lois* spécifiques auxquelles une priorité est reconnue. Or, d'une part, le mécanisme de l'exception d'ordre public ne concerne pas un problème de hiérarchie des normes et, d'autre part, les valeurs ou les principes sous-tendant l'exception d'ordre public ne sont pas des règles de conflit de lois, mais des principes ou valeurs substantiels qui ne peuvent à ce titre être visés par l'article 27. Cette dernière remarque soulève l'intéressante question de la différence entre le mécanisme et le contenu de l'ordre public. Une chose est d'autoriser le recours à l'exception d'ordre public et d'en définir les conditions (l'exception est-elle autorisée? l'opposition doit-elle être manifeste? doit-on tenir compte du lien

⁶⁸ Sur l'intitulé de l'article 16 du règlement Rome II : C. HAHN, «La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II...», *op. cit.* ; sur la controverse relative au sort des lois de police étrangères dans le règlement Rome I : S. FRANCO, «Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles – De quelques changements», *op. cit.*

⁶⁹ Cette précision ne se trouve pas dans la Convention de Rome, mais a été introduite dans l'intitulé de la disposition correspondante du règlement Rome I (article 21).

⁷⁰ COM(2003)427 final, p. 30.

de la situation avec le for?), tâche qu'accomplit l'article 26, une autre est d'identifier les valeurs qui appellent la mise en œuvre de l'exception, tâche que n'accomplit pas l'article 26. L'identification de ces valeurs et principes reste à charge des ordres juridiques nationaux (sous le contrôle de la Cour de justice) lorsqu'ils sont d'origine nationale, et de l'ordre juridique communautaire lorsqu'ils sont d'origine communautaire. Une fois identifié, le *contenu* de l'ordre public communautaire s'impose en vertu du principe de primauté et sa *mise en œuvre*, assurée en première ligne par les juridictions nationales, peut s'effectuer dans le cadre de l'article 26 exactement comme pour l'ordre public national. D'autant plus que les conditions de mise en œuvre de cette exception ne font pas, à ce stade, l'objet d'une définition propre au niveau communautaire.

V. CONCLUSION

La rédaction d'un règlement général portant sur la loi applicable aux obligations non contractuelles constitue un exercice périlleux. Il s'agit pour le législateur de trouver le moyen d'allier des considérations propres à l'ordre juridique communautaire puisqu'il rédige un règlement et des considérations découlant d'une branche du droit, le droit international privé, faisant l'objet d'un appareillage technique et théorique complexe. Quelques exemples cités ci-dessus ont permis d'identifier certaines difficultés concrètes. Elles concernent autant le droit communautaire que le droit international privé.

Dans les rapports avec le droit primaire, la vraie question (celle de l'impact de la limitation des compétences sur le domaine spatial du règlement) est évacuée, alors que les fausses questions (celles entourant l'impact du «principe de la loi d'origine») ont pris beaucoup de place en négociation avant d'être sagement reléguées à un considérant. La relation du règlement avec le droit dérivé est délicate : tout en reconnaissant la priorité des actes de droit dérivé contenant des règles de conflit spécifiques, le règlement aborde de nombreuses matières pour lesquelles de telles règles existent, dans une indifférence parfaite à leur égard. Mais à d'autres égards, le droit matériel européen peut jouer un rôle important dans la compréhension d'une disposition du règlement⁷¹. On a encore relevé que le règlement Rome II lui-même influence la définition des compétences communautaires

⁷¹ C'est le cas de la rédaction de l'article 6, §3, concernant la concurrence dont l'application est conditionnée par le considérant 23 du règlement. À ce propos : S. FRANCO, «Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles – Présentation générale», *op. cit.*

puisque son existence confère à la Communauté une nouvelle compétence exclusive.

Du point de vue du droit international privé, on note que les deux règles générales du règlement (articles 4 et 14) semblent, à première vue, détachées de toute considération propre au droit communautaire. Tout au plus, a-t-on remarqué l'impact grandissant du principe d'autonomie de la volonté en droit communautaire. Par contre, la Convention de Bruxelles portant sur la compétence internationale a exercé une influence considérable sur la rédaction de plusieurs dispositions, en particulier sur celle de l'article 4, ainsi que sur la définition du domaine d'application du règlement, par exemple en y rangeant la matière de la *culpa in contrahendo*. Si la cohérence entre les textes paraît nécessaire, on peut s'étonner que des considérations propres aux conflits de juridictions (en particulier, la volonté d'éviter le *forum shopping*) influencent aussi profondément le règlement du conflit de lois. L'importante influence de la Convention de Rome paraît moins étonnante.

Par ailleurs, certaines dispositions du règlement témoignent de la difficulté qu'il y a à faire coexister harmonieusement certains outils de droit international privé avec le droit communautaire. L'article 14, §3, qui assure l'application des règles «impératives» communautaires aux situations intra-communautaires, projette sur le droit dérivé un mécanisme de droit international privé (l'incorporation) qui ne répond peut-être pas à ses préoccupations. L'article 26 relatif à l'exception d'ordre public révèle une tentative maladroite de prendre en considération les impératifs du droit communautaire dans un mécanisme classique de droit international privé. La comparaison des articles 9 du règlement Rome I et 16 du règlement Rome II souligne les incohérences que peut susciter l'absence de théorie générale du droit international privé dans la rédaction de ce type de texte. Cette absence est pourtant congénitale en droit communautaire.

En raison du principe d'attribution des compétences, les institutions européennes ne peuvent légiférer que sur des points spécifiques. Ceci explique le caractère impressionniste de la construction, composée par touches successives. Ceci explique également que, malgré la foison d'actes adoptés et de projets annoncés en matière de droit international privé, la théorie générale du droit international privé ne soit pas envisagée comme un ensemble logique. Certains principes ou problèmes classiques de droit international privé sont néanmoins abordés, mais uniquement sous l'angle de l'acte législatif en cours d'élaboration. Cette contingence est source de répétitions (certaines dispositions se retrouvent trait pour trait dans le

règlement Rome I) et potentiellement, d'incohérence (puisque la modification d'un seul terme risque de perturber la cohérence entre les textes).

Il reste que, partiellement, les règlements Rome I et II portent sur des questions de théorie générale. Seule une étude comparant l'ensemble des actes européens de droit international privé avec d'autres actes de droit dérivé harmonisant le droit matériel ainsi qu'avec les dispositions du droit primaire, permettrait de révéler le niveau de cohérence atteint aujourd'hui sur les questions de théorie générale du droit international privé dans l'ordre juridique communautaire. Mais une chose est probable : cette théorie est en cours de construction, sujette à une élaboration spontanée, qui n'est pas sans rapport avec la genèse de la théorie actuelle fondée sur les décisions judiciaires et statuts qui ont marqué les premiers siècles du droit international privé.