

**GROUPE EUROPÉEN
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
EUROPEAN GROUP
FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

**Sixième réunion, Venise
20 - 22 septembre 1996**

PAR

Marc FALLON

Le Groupe a étudié la question de la loi applicable aux obligations non contractuelles dans la perspective d'une harmonisation du droit international privé dans l'Union européenne, sur rapport de F. Pocar au nom du groupe de travail composé de MM. Droz, Fallon, Giardina et Lando. Il a également examiné l'évolution du droit communautaire dérivé (rapports de E. Jayme, C. Kohler et C. Kessedjian), après avoir entendu un exposé de A. Borrás sur les travaux de l'Union en vue d'une convention de Bruxelles II en matière familiale.

Ont participé aux travaux : M. Pocar, Président, MM. Beaumont, Bogdan, M^{me} Borrás, MM. Bucher, Droz, Duintjer Tebbens, Fallon, MM^{me} Forlati Picchio, Gaudemet-Tallon, MM. Giardina, Gonzalez Campos, Jayme, Jessurun d'Oliveira, M^{me} Kessedjian, MM. Kohler, Kreuzer, Lagarde, Lando, Möller, Moura Ramos, M^{me} Reichelt, MM. Siehr, Struycken, Terry, von Bar.

**I. — LA LOI APPLICABLE
AUX OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES**

Le débat a porté successivement sur les règles générales de rattachement et sur les règles spéciales. La détermination de l'ordre d'examen de ces questions s'est avérée délicate, dans la mesure où leurs contenus sont interdépendants.

La détermination du contenu de ces règles ne peut faire abstraction de l'acquis.

D'un côté, celui-ci est constitué, dans l'Union européenne et à des degrés variables, des conventions de Rome du 19 juin 1980 et de Bruxelles du 27 septembre 1968 : la première propose, pour les contrats, une structure de rattachements déterminée, centrée sur un rattachement principal consacrant le principe d'autonomie et sur un rattachement subsidiaire de type localisateur alliant la souplesse de la méthode de localisation objective et la précision d'une présomption favorable à un facteur de rattachement territorial de type rigide. La seconde propose une règle de compétence pour l'ensemble de la matière délictuelle et quasi délictuelle.

D'un autre côté, le droit comparé montre une convergence à propos de la règle générale de rattachement, où le facteur du lieu du fait dommageable continue de jouer un rôle significatif. En revanche, pour les règles spéciales, les disparités sont plus marquantes et la Conférence de La Haye a élaboré deux conventions relatives, respectivement, aux accidents de la circulation routière et à la responsabilité du fait des produits.

A. — *Règle générale de rattachement*

L'élaboration de règles générales soulève diverses questions relatives, notamment, au choix entre un facteur de type rigide et un facteur de type souple — qui pourrait être fonction de la portée de la prévisibilité de la loi applicable —, à la place d'une politique de droit matériel à propos de la responsabilité civile, au rôle de l'autonomie de la volonté, à la concrétisation du fait dommageable et à la structure d'un mécanisme éventuel de présomptions.

Le facteur de prévisibilité de la loi applicable peut avoir plusieurs incidences. D'abord, il encourage certainement à retenir un facteur de type rigide plutôt qu'un facteur de type souple. Ensuite, il conduit à limiter la place du facteur du fait dommageable : celui-ci n'est guère pertinent lorsque la responsabilité n'est pas fondée, en droit matériel, sur le concept de faute, qu'elle résulte d'une omission, ou lorsque sa concrétisation est rendue aléatoire ou artificielle par un éparpillement de ses éléments constitutifs. De plus, dans certains cas de délits, il peut être un facteur de fraude, en incitant le responsable à localiser son comportement dans le pays le plus favorable : une telle manœuvre peut se présenter à propos d'activités dangereuses pour l'environnement. Enfin, la prise en compte du facteur de prévisibilité amène à éviter l'amalgame avec le rattachement contractuel : la convention de Rome présente certes un modèle tentant, mais il ne faut pas négliger le rôle que peut jouer l'autonomie de la volonté pour permettre aux parties de gérer l'imprévisibilité. Or, la place de l'autonomie sera nécessairement plus réduite en matière de responsabilité civile.

Le facteur de prévisibilité permet de mettre en avant la résidence commune des parties. En raison de la faiblesse du lieu du fait dommageable, elle pourrait occuper une place déterminante dans une éventuelle hiérarchie

de rattachements. Sa pertinence n'est pourtant pas certaine en matière de délits économiques, où le facteur du marché concerné occupe traditionnellement une place prépondérante. De plus, pour les personnes morales, se pose la question de la prise en compte de l'établissement d'une filiale ou d'une succursale.

La résidence commune semble en tout cas avoir plus de titre que la nationalité commune, dans le contexte de l'Union européenne.

La place de l'autonomie de la volonté, de même que la prise en compte d'une politique de droit matériel favorable à la victime, semble résider moins dans la formulation d'une règle générale que dans celle de certaines règles spéciales. La faveur à la victime pourrait se concevoir, notamment, en matière de protection de la vie privée ou de protection de l'environnement, hypothèses dans lesquelles l'intention de l'auteur du comportement dommageable peut jouer un rôle déterminant.

La mise en avant de la résidence commune des parties ne doit pas nécessairement conduire à une disparition de la place du facteur du fait dommageable. Plusieurs questions sont posées à ce propos : une règle générale doit-elle contenir des précisions sur son mode de concrétisation ? Une option devrait-elle être réservée à la victime en cas d'éparpillement des éléments constitutifs ? L'application de la loi du lieu de l'acte devrait-elle n'avoir lieu que si celle du lieu de survenance du dommage est imprévisible, ou en cas de pluralité de lieux de survenance du dommage ? La localisation du fait dommageable devrait-elle varier d'une matière spéciale à l'autre ?

La formulation d'une règle générale soulève encore la question de l'interaction de facteurs souples et rigides au moyen d'une présomption, et celle de l'interaction, au sein même de cette présomption, des facteurs de résidence et du fait dommageable. Certains membres du Groupe expriment leur préférence pour l'établissement d'une simple liste de critères à prendre en considération pour l'appréciation de la localisation objective de la situation, tout en admettant un jeu de présomptions dans le cadre de règles spéciales. D'autres proposent une structure comparable à celle de l'article 4 de la convention de Rome, avec l'établissement d'une hiérarchie de présomptions, où la résidence commune des parties prévaudrait sur le fait dommageable, lequel ne serait pris en compte que si l'acte et le dommage se localisent dans le même Etat.

B. — *Règles spéciales de rattachement*

Le Groupe a examiné deux matières particulières, à savoir la protection de la vie privée et la protection de l'environnement, à titre de test pour les discussions futures et sans préjudice de la détermination définitive de la règle générale. Tout au plus est-il certain que l'opportunité de règles spéciales dépend du contenu de la règle générale, étant entendu que celle-ci a vocation à régir toute matière n'entrant pas dans le domaine d'une règle

spéciale. De plus, la règle générale céderait devant une règle spéciale prévue par une convention internationale.

— *Protection de la vie privée*

La protection de la vie privée se caractérise par l'importance du dommage moral mais aussi des actions en cessation et des demandes de mesures provisoires. De plus, l'intérêt de la victime doit être mis en balance avec le droit constitutionnel à la liberté d'expression. Enfin, l'élaboration d'une règle commune ne peut faire abstraction de l'interprétation donnée à l'article 5 de la convention de Bruxelles par l'arrêt Shevill de la Cour de justice du 7 mars 1995, qui indique une règle souple tendant à limiter l'impact du lieu du dommage et à privilégier le lieu de l'établissement de l'éditeur.

Les discussions ont permis de dégager une certaine préférence pour le facteur du lieu de diffusion ou de distribution du support d'information, dans la mesure où il peut correspondre à l'environnement social de la personne lésée tout en préservant un équilibre entre la protection de celle-ci et celle de la liberté d'expression. Ce facteur présente certes des limites : il faudrait éviter tout risque de manipulation frauduleuse par l'auteur de l'acte, et sa localisation pourrait être impraticable en cas de diffusion mondiale ou en chaîne. Dans le cas de l'utilisation de données servies sur un réseau international, ce lieu pourrait être celui de la réception par un appareil terminal.

Le facteur de la résidence habituelle de la personne lésée a paru inapproprié à la plupart des membres, pour divers motifs : nécessité de prendre en compte les intérêts de l'auteur de l'acte, risque d'imprévisibilité pour celui-ci, caractère artificiel de certaines résidences, choisies notamment pour des motifs fiscaux. De plus, ce facteur paraît, aux yeux de certains, plus approprié pour le calcul du montant de la réparation, question qui, selon eux, relèverait davantage du droit matériel que du droit des conflits de lois.

De son côté, la solution d'une option réservée à la personne lésée, sans doute envisageable dans la mesure où la matière intéresse la protection des droits de la personnalité, n'a pas réuni d'arguments décisifs, non seulement en raison du souci de préserver un équilibre entre les intérêts des parties, mais encore parce que les éléments de l'option restent à clarifier : option entre la loi de résidence et celle de diffusion ? Ou entre la loi de diffusion et celle du dommage ? Ou entre la loi de diffusion et la loi du for ?

Les mérites de la loi du for sont également apparus à ceux qui mettent en avant l'implication de droits fondamentaux, tant de l'auteur de l'acte que de la personne lésée. Une telle solution est cependant difficilement envisageable dans un texte international. Au demeurant, elle accentue l'importance des règles de compétence juridictionnelle, dont la nature alternative risque de privilégier la victime en lui donnant un choix entre le lieu de l'édition et celui (ou ceux) de survenance du dommage.

Le facteur du lieu de l'acte n'a pas davantage retenu la préférence. Il sera souvent impraticable, notamment en cas d'utilisation d'un réseau international, et il s'expose au risque de fraude.

L'application de la loi du lieu de diffusion paraît avoir un titre à s'appliquer chaque fois qu'elle correspond à l'environnement social de la personne lésée et au lieu où se situe une atteinte dommageable. En d'autres termes, il serait pertinent lorsque la personne lésée prouve avoir subi un préjudice en ce lieu. L'hypothèse d'une pluralité de lieux de survenance du dommage est restée ouverte. Faut-il envisager en ce cas précis une option de la personne lésée, en faveur de la loi de sa résidence habituelle ou de la loi du lieu de l'acte ?

Enfin, l'incidence de lois d'application immédiate ne peut être négligée en cette matière.

— *Violation des règles de concurrence*

La matière de la concurrence présente certaines caractéristiques qui compliquent la détermination du droit applicable. D'un côté, la problématique intéresse largement le droit public en ce que le législateur pose une règle de comportement indépendamment d'une obligation de réparation du dommage subi par un concurrent. D'un autre côté, l'absence de jurisprudence relative à l'action en réparation ne contribue pas à clarifier la distinction classique entre le droit des pratiques restrictives et le droit de la concurrence au sens strict. Pourtant, il est indéniable que la question de l'action en réparation possède sa pertinence propre, comme en atteste une prise de position récente de la Commission des Communautés européennes, et que sa solution, par son appartenance au droit privé, passe normalement par la recherche de la loi applicable au rapport de droit. Enfin, l'incidence exacte du droit communautaire sur la détermination de la loi applicable n'est pas encore certaine, comme l'ont montré les travaux antérieurs du Groupe consacrés notamment à l'arrêt GB-INNO-BM de la Cour de justice du 7 mars 1990, justifiant l'applicabilité de la loi d'origine de l'entreprise, qui était aussi la loi du pays où se situait l'établissement vendeur, de préférence à la loi du pays où une annonce publicitaire avait été diffusée en violation de celle-ci.

Au vu de ces caractéristiques, il reste malaisé de déterminer la place exacte de la prise en considération de la volonté d'application de lois de police, ou du sens à donner au facteur du marché concerné, qui domine en la matière.

A vrai dire, aucun facteur de rattachement spécifique ne s'impose d'évidence. Le concept de « marché » conduit à des difficultés de concrétisation, non seulement lorsque le comportement affecte les activités d'une entreprise présente sur plusieurs marchés, mais encore plus fondamentalement parce qu'il a une portée plus économique que juridique. Au demeurant, son

utilisation dans le contexte de l'Union européenne pourrait être ambiguë puisqu'elle contraindrait à identifier un marché national pour les besoins de la désignation d'une loi nationale, alors que le droit communautaire s'efforce d'établir un marché unique. Le critère du lieu de l'acte peut également prêter à des difficultés de concrétisation, non moins que celui du lieu de la « mise en œuvre » du comportement anticoncurrentiel, utilisé par la Cour de justice pour déterminer l'applicabilité des règles communautaires de concurrence.

Il semblerait alors que la règle générale de rattachement soit la plus appropriée pour couvrir l'action en réparation d'un dommage causé par un comportement déloyal, quitte à assortir cette règle générale d'une disposition analogue à l'article 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980 pour couvrir l'applicabilité des lois impératives, dans l'attente éventuelle de la formulation ultérieure d'une règle bilatérale inspirée de l'expérience de l'application d'une telle disposition.

Reste à déterminer si les rattachements prévus par la règle générale sont satisfaisants. Plusieurs questions surgissent à cet égard.

D'un côté, la nécessité d'assurer une égalité entre les entreprises concurrentes sur un marché serait-elle conciliable avec le facteur de la résidence commune des parties à l'action, dans la mesure où les actions concernant des entreprises qui ne remplissent pas cette condition seraient soumises à une loi différente ? Le facteur du lieu de survenance du dommage pourrait mieux assurer cet impératif d'égalité.

D'un autre côté, la détermination du lieu de survenance du dommage pourrait être délicate, comme le montrerait l'exemple de deux entreprises européennes mises en concurrence sur le marché d'un Etat tiers. Si l'une adopte un comportement déloyal vis-à-vis de l'autre en diffusant des informations diffamatoires à propos de l'autre sur le marché étranger qui ont pour effet de faire perdre le marché à la seconde entreprise, on peut se demander si le dommage est survenu dans ce pays ou dans le pays de résidence de l'entreprise diffamée. Sans doute le dommage direct se situe-t-il à l'étranger, mais ce dommage n'est que potentiel, alors que le dommage économique est ressenti dans le pays de résidence tout en ayant un caractère indirect. Il reste à apprécier si, en cas d'éparpillement des lieux de survenance de dommages subis par une entreprise de dimension internationale, une présomption ne devrait pas être établie en faveur d'une localisation du dommage au lieu de l'établissement principal de cette entreprise. Il faudrait cependant vérifier si une telle solution reste compatible avec le principe d'égalité précité ou, en d'autres termes, quelle est la portée exacte de ce principe d'égalité en matière de réparation civile.

C. — *Poursuite des travaux*

La prochaine réunion plénière du Groupe sera consacrée à la poursuite de l'examen des réponses au questionnaire, ainsi qu'à l'examen d'une proposition de texte formulée par un groupe restreint sur la base des discussions de la présente réunion.

Le texte suivant pourrait servir de base aux travaux du groupe restreint :

1. L'obligation non contractuelle est régie par la loi du pays avec lequel elle présente le lien le plus étroit.
2. Lorsque l'auteur de l'acte dommageable et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays, l'obligation non contractuelle est régie par la loi de ce pays. Pour les personnes morales, il est tenu compte, en lieu et place de la résidence habituelle, de leur centre d'opérations affecté par l'acte.
3. Lorsque l'auteur de l'acte dommageable et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans des pays différents, l'obligation non contractuelle est régie par la loi du pays dans lequel l'acte et le dommage se sont produits.
4. L'application des paragraphes 2 et 3 est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation non contractuelle présente des liens [manifestement] plus étroits avec un autre pays.

II. — ÉVOLUTION DU DROIT DÉRIVÉ EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

Au cours de l'année écoulée, cinq thèmes ont connu un certain développement, à savoir la transposition de la directive n° 93/13 concernant les clauses abusives, la transposition de la directive n° 94/47 relative à l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (Timeshare), l'avancement des travaux en vue de l'adoption d'une directive sur le détachement des travailleurs, la publication d'un projet de communication de la Commission sur la notion d'intérêt général en matière de services bancaires et l'adoption par la Commission d'une proposition de directive concernant l'action collective des associations de consommateurs.

— *Les clauses abusives*

La transposition allemande de la directive concernant les clauses abusives se singularise par une traduction du lien étroit en des termes analogues à ceux prévus par l'article 5 de la convention de Rome et inspirés de l'ancien § 12 de la loi de 1976 sur les conditions générales de contrat. La règle allemande ne contient cependant aucun élément de comparaison des contenus de la loi choisie et de la loi impérativement désignée, contraire-

ment à ce que prescrit la directive. En Italie, le concept des liens étroits se traduit par le cas où la loi objectivement applicable est celle d'un Etat membre.

— *Le Timeshare*

En matière de Timeshare, la loi allemande de transposition ajoute au critère d'applicabilité prévu par la directive — à savoir la localisation de l'immeuble dans la Communauté — des dispositions analogues à l'article 5 de la convention de Rome, permettant ainsi une extension du domaine d'application dans l'espace de la protection prévue par la directive, à des situations concernant des immeubles situés dans des Etats tiers, hypothèse que la directive n'entend pas régir. La loi néerlandaise est fidèle au texte de la directive, mais elle étend la protection au cas où la loi néerlandaise est la loi contractuelle, générant ainsi une manière d'Ersatzrecht dans la mesure où le juge néerlandais aura à élaborer le contenu de la loi nationale sur la base de celui de la directive.

— *Le détachement des travailleurs*

La position commune en vue de l'adoption d'une directive concernant le détachement des travailleurs (*JOCE*, 1996, C 220) a ajouté, par rapport à la version de la proposition de directive débattue lors de la réunion précédente, une règle de compétence judiciaire (art. 6) tendant à ajouter aux fors prévus par la convention de Bruxelles, celui du lieu du détachement afin de faire valoir le droit aux conditions de travail et d'emploi garanties par la directive. Manifestement, cette disposition entend établir une correspondance entre la compétence judiciaire et la compétence législative, traduisant ainsi un climat de méfiance à l'encontre de l'application de la loi étrangère. Autre est la question de savoir si la convention de Bruxelles devrait être modifiée en ce sens, comme l'Autriche en a exprimé le souhait à l'occasion de la convention d'adhésion, sans être toutefois suivie sur ce point.

— *L'action en cessation*

La proposition de directive concernant l'action en cessation appelle l'attention autant par son domaine que par son objet. Quant au domaine, il est regrettable qu'elle ne vise que certaines actions, excluant aussi bien celles qui ne concernent pas une prétention fondée sur une disposition de transposition d'une directive figurant en annexe, que les actions en représentation collective, alors que la problématique théorique est commune aux différentes actions d'intérêt collectif. Quant à l'objet, la proposition entend se limiter à une mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle, tout en se prononçant sur la qualité pour agir, à l'exclusion de l'intérêt et de la capacité. Mais elle va plus loin, par une disposition dont les termes

gagneraient à être améliorés. L'article 2, § 2, contient, sans doute à son corps défendant, une règle de conflit de lois conduisant à un dépeçage de la loi applicable au fond : évoquant le cas où l'action est introduite dans un Etat autre que celui « dont la législation a fait l'objet de l'infraction alléguée », il enjoint l'autorité saisie de prendre les mêmes mesures que celles prévues pour la violation de sa loi nationale. Ainsi, alors que la licéité du comportement peut être soumise à une loi étrangère, la détermination des sanctions relèverait de la loi du for. Cette disposition répond par un expédient à la pratique de juridictions allemandes refusant de statuer sur une action invoquant le comportement d'entreprises allemandes affectant les intérêts de consommateurs français. Il serait plus transparent de formuler une règle subsidiaire, par exemple selon les termes suivants : « La juridiction compétente ne peut déclarer l'action irrecevable pour le seul motif que le comportement illicite est soumis à une loi étrangère. Si elle ne peut mettre en œuvre sur son territoire les mesures prévues par la loi étrangère applicable, elle applique au moins les mesures prévues par la loi du for ». Il est relevé qu'aux Pays-Bas, le Hoge Raad accepte d'appliquer la loi étrangère tout en appliquant les seules mesures prévues par la loi du for, au titre de règles de procédure.

— *L'intérêt général en matière de services bancaires*

Le projet de communication de la Commission sur l'intérêt général en matière de services bancaires (*JOCE*, 1995, C 291) met en doute la compatibilité de l'article 5 de la convention de Rome avec le principe communautaire de la reconnaissance mutuelle des normes, en ce que la disposition conduirait le juge à appliquer automatiquement la loi de la résidence habituelle du consommateur. Selon ce projet, ce principe établirait une préférence pour l'application de la loi d'origine de la banque tout en conditionnant l'applicabilité de la loi de l'Etat de commercialisation par le respect du principe de proportionnalité, étant entendu que la protection du consommateur figure bien comme un motif d'intérêt général dont le droit communautaire admet la légitimité.

Outre la question de l'opportunité d'une prise de position du Groupe sur un projet d'acte constitutif d'une simple communication, le débat a porté sur l'interprétation donnée à l'article 5 par le document de la Commission. Il a permis de mettre en évidence trois types de difficultés, dont il serait prématuré de dire qu'elles soient susceptibles d'une solution aussi ferme que celle proposée par la Commission.

Une question d'ordre théorique intéresse le type de mesure nationale visée par la prohibition communautaire : s'agit-il de la règle de rattachement du for, ou plutôt de la loi matérielle désignée par cette règle ? Les auteurs divergent sur ce point, notamment en Allemagne. Il est certes indubitable que, par sa nature, la règle de rattachement ne pourrait échapper

au contrôle communautaire : une telle règle pourrait certainement être déclarée contraire au traité CE, dans le domaine d'application de celui-ci, lorsqu'elle comporte un effet discriminatoire à raison de la nationalité, comme permet notamment de le suggérer le récent arrêt Boukhalfa de la Cour de justice (aff. C-214/94, 30 avril 1996). La qualification d'entrave d'une règle de rattachement indistinctement applicable paraît plus délicate. La gêne pour l'opérateur économique pourrait provenir davantage du contenu de la loi déclarée applicable, chaque fois que celle-ci est moins favorable que la loi d'origine, mais rien n'exclut que la loi de commercialisation désignée par la règle de rattachement soit finalement plus favorable que la loi d'origine. De plus, le contrôle des entraves indistinctement applicables est lié à l'existence d'une disparité de législations nationales, alors que la convention de Rome, qui est liée à l'article 220 du traité CE par l'intermédiaire de la convention de Bruxelles, tend précisément à établir un rapprochement au niveau des règles de rattachement.

La deuxième question tient à une appréciation exacte de la portée du principe de la reconnaissance mutuelle à propos du droit des contrats bancaires. Il est certes établi que ce principe tend à éviter les doubles contrôles par les autorités administratives sur l'exercice de l'activité bancaire et sur le respect des règles prudentielles. Une extension du principe à l'applicabilité du droit des contrats paraît moins certaine à plusieurs membres du Groupe.

Une troisième question concerne l'automaticité attribuée à l'application de la loi de la résidence du consommateur par l'interprétation que la Commission donne de la convention de Rome. Deux facteurs permettent de douter d'une telle automaticité. D'un côté, lorsqu'on considère l'article 5, consacré à certains contrats de consommation, l'on observe que l'application de cette loi ne vaut que dans la mesure où les parties n'ont pas fait usage de l'autonomie de la volonté. Lorsqu'elles ont choisi la loi contractuelle, le consommateur peut invoquer la loi qui lui est la plus favorable, ce qui pourra être la loi d'origine chaque fois que celle-ci aura été choisie dans le contrat — hypothèse fréquente. En d'autres termes, l'application de la loi de la résidence du consommateur dans le but de protéger celui-ci n'aura lieu que si c'est nécessaire en regard de la loi choisie par les parties. D'un autre côté, l'article 5 ne régit pas tous les contrats bancaires. Ceux qui sont exclus de son domaine relèvent d'un rattachement favorable à la banque, puisque la désignation de la loi de l'établissement principal de celle-ci bénéficie d'une présomption de proximité en l'absence de choix de la loi contractuelle et que la prise en considération de lois de police d'un autre Etat, que permet l'article 7 de la convention, est sujette à de multiples conditions qui encouragent à une appréciation affinée, par la juridiction saisie, du degré de nécessité d'une telle prise en considération.