

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

**Septième et huitième réunions
La Haye, 26-28 septembre 1997
Luxembourg, 25-27 septembre 1998**

PAR

Marc FALLON

Au cours de 1997 et 1998, le Groupe européen de droit international privé a achevé ses travaux en vue de l'élaboration d'une proposition de règles uniformes sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Un compte rendu du début de ces travaux a été publié dans cette Revue, 1996, p. 677-686.

Ont participé à ces travaux : M. Kreuzer, Président, M. Fallon, Secrétaire, M. Bogdan, Mme. Borrás, MM. Bucher, Droz, Quintjer Tebbens, MMme. Forlati Picchio, Gaudemet-Tallon, MM. Giardina, Gonzalez Campos, Hartley, Jayme, Jessurun d'Oliveira, Mme Kessedjian, MM. Kinsch, Kohler, Lagarde, Lando, Morse, Möller, Moura Ramos, Pocar, Mme. Reichelt, MM. Siehr, Struycken, Terry, Thue, van Loon, Vrellis.

Le texte de la proposition de convention est publié ci-dessous, en même temps que le commentaire préparé par le Groupe.

La structure du texte s'inspire de celle de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette inspiration se retrouve à la fois dans la formulation du rattachement objectif et dans l'évocation des lois de police.

A la différence de l'approche traditionnelle, le rattachement objectif glisse d'un principe territorial vers un principe de proximité. Le critère du fait dommageable ne constitue plus un facteur déterminant. La règle retient le critère des liens les plus étroits, précisé à l'aide d'un mécanisme de présomptions, où la résidence des parties dans le même pays reçoit la préférence. Elle consacre également la thèse du rattachement accessoire, en permettant de soumettre à la loi qui régit une relation préexistante ou envisagée entre parties une obligation qui se rattache à cette relation.

La règle générale est complétée de présomptions spéciales, concernant la réparation de dommages causés respectivement par l'atteinte aux droits de la personnalité, par un acte de concurrence déloyale et par une atteinte à l'environnement. Ces présomptions tendent à privilégier le lieu de survenance du dommage. A propos de l'atteinte aux droits de la personnalité, le débat a été vif entre ce facteur et celui de la résidence de la personne lésée. Le texte établit à ce propos des présomptions en cascade, le lieu de survenance du dommage étant présumé être au lieu de la résidence de cette personne. Le souci a été d'établir une règle suffisamment souple et d'éviter l'application de lois multiples. Ces règles spéciales couvrent également l'action civile en cessation.

Le rattachement objectif est complété par le principe d'autonomie de la volonté. Considérant cependant le caractère plutôt exceptionnel du choix du droit applicable et la nécessité de protéger la personne lésée, le texte présente cette hypothèse en second rang et limite l'autonomie au choix postérieur à la naissance du différend.

Les règles proposées comportent encore l'originalité de comprendre un rattachement des quasi-contrats, tâche rendue ardue par la rareté de la jurisprudence. La structure du texte est comparable à celle des dispositions concernant les obligations dérivant d'un fait dommageable. Des présomptions spéciales portent sur l'enrichissement sans cause, se référant au critère classique du lieu de l'enrichissement, et sur la gestion d'affaires, où prédomine le souci de protéger les intérêts du maître de l'affaire.

**Proposition pour une convention européenne
sur la loi applicable aux obligations
non contractuelles**

*Texte adopté lors de la réunion de Luxembourg
du 25-27 septembre 1998*

TITRE PREMIER

CHAMP D'APPLICATION

ARTICLE 1^{er}

Champ d'application

1. Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles.
2. Elles ne s'appliquent pas :
 - a) aux obligations non contractuelles découlant des relations de famille ou de relations assimilées, dans la mesure où des règles spécifiques les gouvernent ;

- b) à la responsabilité personnelle légale des associés, des organes et des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables, pour les dettes de la société, association ou personne morale ;
- c) à la responsabilité du fait de l'exercice de la puissance publique ;
- d) en matière de dommage dans le domaine nucléaire.

ARTICLE 2

Caractère universel

La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant.

TITRE II

OBLIGATION DÉRIVANT D'UN FAIT DOMMAGEABLE

ARTICLE 3

Droit applicable — Règle générale

1. L'obligation non contractuelle dérivant d'un fait dommageable est régie par la loi du pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits.

2. Lorsque l'auteur du fait dommageable et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment du fait dommageable, il est présumé que l'obligation présente les liens les plus étroits avec ce pays.

3. Lorsque l'auteur du fait dommageable et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans des pays différents au moment du fait dommageable, il est présumé que l'obligation présente les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le fait générateur et le dommage se sont produits ou menacent de se produire.

4. Les présomptions des paragraphes 2 et 3 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation présente des liens plus étroits avec un autre pays.

5. Lors de l'appréciation des liens les plus étroits, il pourra être tenu compte d'une relation préexistante ou envisagée entre les parties.

ARTICLE 4

Présomptions spéciales

Nonobstant les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 3 et sous réserve des paragraphes 4 et 5 de l'article 3, il est présumé que l'obligation non contractuelle a les liens les plus étroits :

- a) cas d'atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, ou de diffamation, avec le pays dans lequel le dommage est survenu ou menace de survenir ; le dommage est présumé survenir dans le pays où la personne lésée a sa résidence habituelle au moment du fait dommageable ;
- b) en cas de concurrence déloyale ou de pratique commerciale restrictive, avec le pays dont le marché est concerné par le fait dommageable ;
- c) en cas de dommage causé aux biens ou aux personnes résultant d'une atteinte à l'environnement, avec le pays sur le territoire duquel le dommage est survenu ou menace de survenir.

ARTICLE 5

Domaine de la loi applicable

La loi applicable à l'obligation non contractuelle en vertu des articles 3, 4 et 8 de la présente convention régit notamment :

- 1° les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes engageant leur responsabilité pour les actes qu'elles commettent ;
- 2° les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et tout partage de responsabilité ;
- 3° l'existence et la nature des dommages susceptibles de réparation ;
- 4° dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les mesures que le juge peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation ;
- 5° l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la régissent ;
- 6° la mesure dans laquelle le droit de la personne lésée à réparation peut être exercé par ses héritiers ;
- 7° les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi ;
- 8° la responsabilité du fait d'autrui ;
- 9° les prescriptions et les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais.
- 10° la charge de la preuve et les présomptions légales.

ARTICLE 6

Action directe contre l'assureur

1. La personne lésée a le droit d'agir directement contre l'assureur du responsable, si un tel droit lui est reconnu par la loi applicable à l'obligation non contractuelle.

2. Si la loi applicable à l'obligation non contractuelle ne connaît pas ce droit, il peut néanmoins être exercé s'il est reconnu à la personne lésée par la loi applicable au contrat d'assurance.

TITRE III

OBLIGATION DÉRIVANT D'UN FAIT AUTRE QU'UN FAIT DOMMAGEABLE

ARTICLE 7

Droit applicable

1. L'obligation non contractuelle dérivant d'un fait autre qu'un fait dommageable est régie par la loi du pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits.

2. Lorsque l'obligation non contractuelle se rattache à une relation préexistante ou envisagée entre les parties, il est présumé que cette obligation présente les liens les plus étroits avec le pays dont la loi régit ou régirait cette relation.

3. Sous réserve du paragraphe 2, il est présumé que l'obligation de restitution fondée sur un enrichissement sans cause présente les liens les plus étroits avec le pays dans lequel l'enrichissement s'est produit.

4. Sous réserve du paragraphe 2, il est présumé que l'obligation résultant d'une gestion d'affaires présente les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le maître de l'affaire a sa résidence habituelle au moment de la gestion. Toutefois, il est présumé que l'obligation résultant d'une gestion d'affaires se rapportant à la protection physique d'une personne ou à la sauvegarde d'un bien corporel déterminé présente les liens les plus étroits avec le pays où se trouvait la personne ou le bien au moment de la gestion.

5. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation présente des liens plus étroits avec un autre pays.

TITRE IV

RÈGLES COMMUNES

ARTICLE 8

Liberté de choix

Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par une convention postérieure à la naissance du différend. Ce choix doit être exprès. Il ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers.

ARTICLE 9

Lois de police

1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant l'obligation non contractuelle. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle.

ARTICLE 10

Règles de sécurité et de comportement

Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de l'obligation, être tenu compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment du fait dommageable ou du fait dont dérive l'obligation.

ARTICLE 11

Subrogation

1. Lorsqu'en vertu d'une obligation non contractuelle, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.

2. La même règle s'applique lorsque plusieurs personnes sont tenues de la même obligation et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.

TITRE V

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE 12

Assimilation à la résidence habituelle

1. Pour les sociétés, associations ou personnes morales, l'administration centrale tient lieu de résidence habituelle.

2. Dans le cas où le fait générateur de l'obligation a été commis ou le dommage a été subi dans l'exercice d'une activité professionnelle, l'établissement professionnel tient lieu de résidence habituelle.

En cas de pluralité d'établissements, l'établissement à l'occasion de l'exploitation duquel le fait dommageable a été commis ou subi tient lieu de résidence habituelle.

ARTICLE 13

Exclusion du renvoi

Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé.

ARTICLE 14

Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

ARTICLE 15

Application dans le temps

La convention s'applique dans un Etat contractant aux obligations non contractuelles dérivant de faits qui se sont produits ou menacent de se produire après son entrée en vigueur pour cet Etat.

ARTICLE 16

Interprétation uniforme

1. Aux fins de l'interprétation et de l'application des règles uniformes qui précèdent, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'opportunité de parvenir à l'uniformité dans la façon dont elles sont interprétées et appliquées.

[2. La Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour statuer sur l'interprétation de la présente convention conformément aux dispositions du protocole établi par acte du Conseil de l'Union européenne du [...].]

ARTICLE 17

Systèmes non unifiés

1. Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations non contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon la présente convention.

2. Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations non contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer la présente convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

ARTICLE 18

Priorité du droit communautaire

La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes.

TITRE VI

CLAUSES FINALES

Proposition pour une convention européenne
sur la loi applicable aux obligations
non contractuelles

COMMENTAIRE

APERÇU DU DROIT DES ÉTATS MEMBRES
DE L'UNION EUROPÉENNE

En droit comparé, le rattachement au lieu de commission du délit joue un rôle fondamental. La jurisprudence y fait un recours très fréquent. Le fait est tellement constant que les références sont superflues. Il faut ajouter à cet égard que le Royaume-Uni aussi, avec l'Acte de 1995, s'est rallié à cette solution, abandonnant la règle traditionnelle de *common law* de la « *double actionability by the lex loci and the lex fori* ».

En revanche, des variations existent entre les droits nationaux quant aux solutions des cas où les éléments constitutifs d'une obligation non contractuelle se réalisent dans des pays différents. Certains systèmes donnent prio-

rité à la loi du lieu où l'action produisant le dommage a eu lieu. C'est la solution adoptée, en principe, en Autriche, en Belgique et en Suisse. Dans ce dernier pays cependant, si le résultat de l'acte illicite s'est produit dans un autre pays, le droit de cet autre pays devient applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait (art. 132, § 2 LDIP). D'autres systèmes donnent priorité à la loi du lieu où le dommage s'est réalisé. Cette préférence est exprimée par l'art. 62 de la loi italienne de 1995, mais la partie lésée peut également demander l'application de la loi du lieu de l'action ayant produit le dommage. La position de la jurisprudence française est incertaine à cet égard. Le droit allemand donne la priorité à la loi la plus favorable à la partie lésée. Dans un nombre croissant de pays, en cas de dispersion des éléments du fait illicite, préférence est donnée à la loi du pays avec lequel la situation litigieuse a les liens les plus étroits. Vont en ce sens les systèmes danois, et suédois, ainsi que le Royaume-Uni à la suite de l'Acte de 1995. On remarque aussi une certaine tendance à l'application de la *lex fori*, soit par le truchement du choix entre lieu de l'action et lieu du dommage, soit par le truchement du lien le plus étroit.

Les solutions diffèrent encore quant à l'importance du dommage indirect ou conséquent. Parfois ce dommage ultérieur est pris en considération (par ex. en Italie), mais cela conduit normalement à l'application de la loi du for.

Le droit comparé montre une tendance à nuancer l'application de la loi du délit par des règles subsidiaires, dont toutefois la formulation varie considérablement. Des solutions rigides apparaissent dans les législations allemande, suisse et italienne. En Allemagne les délits commis à l'étranger entre Allemands sont soumis au droit allemand à partir de la RAVO de 1942. En Suisse, l'art. 133, al. 1 LDIP prévoit l'application de la loi du pays où l'auteur et le lésé ont leur résidence commune, et dont ils ont aussi la nationalité, solution également consacrée en Italie (art. 62, § 2 LDIP). D'autres pays connaissent une règle subsidiaire axée sur un critère de rattachement plus souple, tel le lien le plus étroit. On trouve cette tendance dans les jurisprudences allemande et danoise, ainsi qu'en Belgique parmi les juridictions du fond. En Autriche aussi, l'art. 48, § 1, de la loi de 1978 prévoit une clause d'exception en faveur de la loi du pays avec lequel les liens sont les plus étroits, principe que l'on retrouve également en droit suisse (art. 15 LDIP). Une solution analogue prévaut, en principe, au Royaume-Uni en application de l'art. 12 de l'Acte de 1995, sauf une série d'exceptions dans différentes hypothèses particulières.

Il faut ajouter que dans certains pays, lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre l'auteur et la partie lésée, le caractère illicite de l'acte et ses conséquences sont soumis à la loi régissant ce rapport juridique. En Suisse, il s'agit d'une règle principale (art. 133, § 3 LDIP) ; aux Pays-Bas, la règle jurisprudentielle correspondante semble avoir un carac-

tère subsidiaire (projet de loi sur les actes illicites en droit international privé de la Commission d'Etat, art. 3).

Quant à la loi d'autonomie en matière obligations non contractuelles, les solutions nationales sont variées, mais semblent, dans leur majorité, orientées à en admettre une certaine application. En Allemagne, le choix de la loi applicable est admis, mais seulement *post delictum*. En Autriche le choix explicite ou implicite des parties est admis (art. 48 de la loi de 1978) avec les mêmes modalités prévues pour toutes les obligations (art. 11 de la loi). Une certaine ouverture en faveur de la loi de l'autonomie semble montrée par la jurisprudence belge. Le choix est possible au Danemark avant et après l'acte illicite ; cependant les consommateurs ne peuvent pas être privés de la protection qui leur est fournie par la loi antérieurement applicable. En France et aux Pays-Bas, le choix est admis par la jurisprudence dans le cas où la matière litigieuse relève de la libre disposition des parties. La même solution semble s'appliquer en Espagne et en Suède. Un choix plus limité est admis dans d'autres pays. En Italie, un choix restreint est offert à la partie lésée qui, dans un contexte général privilégiant la loi du lieu où les dommages se sont produits, peut opter pour l'application de la loi du lieu de l'action illicite (art. 62, al. 1, 2^e phrase de la loi de 1995). En Suisse, l'art. 132 LDIP limite le choix à la seule loi du for. A une telle possibilité de choix s'ajoute celle d'une référence des parties à la loi du for, qui sera appliquée si les parties ne plaident pas l'application d'une loi étrangère. Dans un pays comme le Royaume-Uni, ce résultat découle plus généralement de la condition du droit étranger, qu'il n'appartient pas au juge d'appliquer d'office.

ORIENTATIONS GÉNÉRALES

Le texte présenté prend appui sur l'acquis du droit comparé et de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il prend acte de la tendance à tempérer la désignation d'un facteur territorial par la méthode de la localisation objective de la situation, tout en tenant compte des nécessités d'une prévisibilité des solutions. A cet égard, il s'inspire de la méthode suivie par la convention de Rome, consistant à établir un jeu de présomptions se référant à des facteurs de type territorial.

Le système de rattachement retenu prend en compte divers impératifs, concernant la prévisibilité de la loi applicable et la prise en compte de valeurs matérielles.

Le facteur de prévisibilité milite en apparence pour l'application de la loi du lieu du fait dommageable. La pratique montre qu'en réalité, ce facteur n'est guère significatif chaque fois qu'un éparpillement de ses éléments significatifs rend sa localisation aléatoire ou artificielle. De plus, dans cer-

tains cas, il peut être un facteur de fraude, en incitant le responsable à localiser son comportement en fonction du contenu de la loi du lieu du délit. Le facteur de prévisibilité se satisfait tout autant de l'application du principe de proximité, à condition que celui-ci reçoive une précision. C'est ce à quoi tend la préférence accordée au facteur de la résidence habituelle des parties dans le même pays.

La prise en considération de valeurs matérielles soulève la question de la place qu'il convient de reconnaître à une politique de faveur à la victime. Le texte proposé tend à prendre en compte de telles valeurs dans le contexte de délits spéciaux plutôt que dans celui de la règle générale de rattachement. Dans ce contexte aussi toutefois, la préférence donnée au principe de proximité sur un rattachement territorial basé sur la localisation du fait générateur de responsabilité, traduit l'idée que le droit contemporain de la responsabilité n'est pas fondé exclusivement sur le concept de faute, mais que le souci d'une compensation patrimoniale du déséquilibre provoqué par le fait générateur y occupe une place tout aussi déterminante.

L'établissement de rattachements spéciaux (protection de la vie privée, concurrence, protection de l'environnement) s'explique à la fois par l'inadéquation, dans des contextes particuliers, du facteur de la résidence habituelle des parties et par l'importance qu'il convient de reconnaître au lieu où le dommage est survenu dans de tels contextes.

La proposition contient encore des dispositions propres aux quasi-contrats. Celles-ci empruntent à la même structure que les dispositions concernant les obligations dérivant d'un fait dommageable. Le principe du rattachement par les liens étroits est tempéré par un jeu de présomptions spéciales.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

ARTICLE 1^{er}

Champ d'application

La structure de cet article s'inspire de celle de l'article correspondant de la convention de Rome.

Les termes de l'exclusion des relations de famille s'inspirent de ceux utilisés par la convention de Rome. Ils concernent uniquement un fait couvert par des règles spéciales relevant du droit de la famille. Ils n'affectent donc pas un délit ou quasi-délit commis, par exemple, entre époux, indépendamment de l'existence de leurs relations personnelles. En revanche, le texte ne concerne pas les dispositions qui excluent toute action entre conjoints ou organisent toute autre forme d'immunité en matière d'état des personnes. De même, le texte régit les actions intentées contre les parents d'un mineur

pour les actes commis par celui-ci, mais non la détermination des rapports entre les parents et l'incapable.

L'exclusion de la responsabilité personnelle des associés et organes d'une société correspond à celle que comprend la convention de Rome. Elle est pourtant moins évidente en la présente matière. En effet, l'exclusion de la qualification contractuelle de l'action du tiers est certaine ; celle d'une qualification non contractuelle l'est moins, et la question revient à s'interroger sur l'opportunité d'une soumission de l'action à la loi applicable au droit des sociétés plutôt qu'à celle qui régit la responsabilité civile.

L'exclusion de la responsabilité dans le domaine nucléaire s'explique moins par l'existence de conventions internationales — puisque de telles conventions recevraient la priorité sur les présentes règles uniformes — que par l'importance des intérêts étatiques et économiques en jeu.

ARTICLE 2

Caractère universel

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier. Il s'aligne sur la pratique des conventions internationales, notamment de la convention de Rome.

ARTICLE 3

Droit applicable à l'obligation dérivant d'un fait dommageable

La structure du texte s'inspire de l'article 4 de la convention de Rome. Elle allie la souplesse de la méthode de localisation objective à la sécurité que peut apporter un mécanisme de présomptions.

Le texte prévoit deux présomptions générales en cascade, la première se référant à la localisation de la résidence des parties dans le même pays, la seconde reprenant le critère du fait dommageable, du moins pour le cas où les éléments constitutifs de celui-ci se situent dans le même pays. Lorsque cette condition n'est pas rencontrée, le juge revient à la méthode indiciaire. Des deux présomptions, celle qui désigne le lieu de la résidence des parties prévaut sur celle qui désigne le lieu du fait dommageable. Malgré la place centrale de ce facteur dans le droit positif actuel, les auteurs du texte ont estimé devoir donner la préférence au facteur de la résidence dans le même pays, car cette convergence ne sera généralement pas fortuite. Cette préférence, qui correspond à une proximité de la situation avec l'ordre juridique ainsi désigné, se retrouve également dans les pays qui connaissent la méthode indiciaire.

En cas de délit complexe affectant des parties qui résident dans des États différents, l'article s'en remet à la méthode indiciaire.

L'utilisation du terme « fait dommageable » correspond à une pratique conventionnelle, par exemple de la convention de La Haye sur la responsabilité du fait des produits ou de la convention de Bruxelles (art. 5, 3°). De soi, le terme est susceptible de couvrir à la fois le lieu du « fait générateur » et celui de « survenance du dommage », comme le montre le paragraphe 3 de l'article 3. Le texte évoque le cas de la « menace » d'un dommage. Ce terme vise l'hypothèse où le fait s'est réalisé sans que ses conséquences dommageables se soient encore manifestées.

La question de savoir si, pour déterminer le lieu de survenance du dommage, il y a lieu de considérer le dommage direct seulement ou également le dommage indirect, ne peut être résolue sans référence à la loi applicable à l'action. Si la personne lésée invoque la réparation d'un dommage indirect, c'est à la loi applicable à cette action qu'il appartient de déterminer si cette distinction est pertinente, et si ce dommage est réparable. Mais la concrétisation du lieu d'un dommage prétendu, qu'il soit indirect ou direct, relève de l'opération de mise en œuvre de la règle de rattachement du for saisi et, partant, d'une interprétation autonome. Dans cette perspective, il ne semble pas judicieux de prendre en considération la localisation de la perte économique de l'entreprise, dans la mesure où celle-ci se confondra généralement avec l'établissement de l'entreprise lésée.

Des dispositions spéciales, analogues à celles que prévoit l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome, assimilent à la résidence habituelle l'établissement de personnes morales ou de professionnels. Elles ont été placées dans le titre concernant les dispositions générales, pour ne pas alourdir le texte de l'article 3.

Le paragraphe 5 permet de donner des indications au juge à propos, notamment, des faits commis lors de négociations précontractuelles, ou de tenir compte de l'existence d'un contrat ou d'une relation de famille entre parties, dans la ligne de la thèse du rattachement accessoire connue dans certains pays. La question de la qualification de la responsabilité précontractuelle ne paraît pas pouvoir recevoir de solution catégorique, vu la variété des situations possibles. Ainsi, on ne pourrait pas parler d'une qualification contractuelle lorsque les négociations n'aboutissent pas. Pour ces motifs, il a paru opportun d'inclure cette question dans le domaine de la convention, tout en offrant au juge la solution la plus souple possible.

ARTICLE 4

Présomptions spéciales

Les présomptions spéciales couvrent les cas dans lesquels la présomption générale se référant à la résidence des parties n'est pas appropriée. Elles

reviennent à donner la préférence à la loi du lieu de survenance du dommage, qu'il y ait ou non éparpillement des éléments constitutifs du fait dommageable. Le dommage à prendre en considération pour la détermination des éléments de localisation est le dommage direct, comme le précise le commentaire de l'article 3.

La règle implique que, en cas de survenance de dommages dans des pays différents, il y a lieu d'appliquer de manière distributive les lois des pays concernés.

En ce qui concerne l'atteinte à la vie privée, aux droits de la personnalité ou en cas de diffamation, le texte adopte une position nuancée sur la question de la dualité entre la loi de survenance du dommage et la loi de la résidence habituelle de la personne lésée. L'objectif est de ne pas privilégier celle-ci, tout en soumettant l'auteur du dommage à une loi proche de l'environnement de cette personne. C'est pourquoi le lieu de résidence de la personne lésée n'est retenu qu'à titre de présomption de survenance du dommage en ce lieu.

Les termes « vie privée » et « atteinte à la personnalité » peuvent se chevaucher pour certains Etats contractants. Dans d'autres cependant, ils ne se recoupent pas. C'est pourquoi le texte a préféré les énoncer l'un et l'autre, dans un but de sécurité juridique.

Les termes « concurrence déloyale » et « pratiques commerciales restrictives » peuvent se chevaucher partiellement, d'un Etat contractant à l'autre. C'est pourquoi le texte a préféré les énoncer l'un et l'autre, dans un but de sécurité juridique. La circonstance que les règles sur la concurrence ont le plus souvent un aspect de droit public n'a pas paru suffire à exclure cette matière de la convention. Celle-ci, en effet, porte uniquement sur la matière « civile et commerciale » et possède donc un titre à régir l'action en réparation d'un dommage causé par un comportement anticoncurrentiel. L'applicabilité des règles de droit public fait l'objet des dispositions spéciales de l'article 10.

ARTICLE 5

Domaine de la loi applicable à l'obligation dérivant d'un fait dommageable

La disposition s'inspire du texte de l'avant-projet de 1972 et des articles correspondants des conventions de La Haye en matière d'accidents de la circulation routière et de responsabilité du fait des produits. Il précise cependant les termes affectant les modalités et l'étendue de la réparation, en s'inspirant de l'article 10, § 1^{er}, lettre c), de la convention de Rome.

La référence aux conditions de la responsabilité inclut, notamment, la question de la solidarité. La seconde partie du 1^o concerne les incapacités

spéciales. Il couvre la question du comportement de l'infans, d'un handicapé mental, d'une personne en état d'ébriété, etc.

Le texte inclut dans le domaine de la loi applicable la détermination de la nature de la réparation et des moyens susceptibles de prévenir le dommage.

La référence aux règles sur la preuve ne s'étend pas aux dispositions qui régissent le rôle du juge dans la conduite du procès. Elle n'inclut pas d'avantage la question de l'admissibilité des modes de preuve, à l'instar de l'article 14 de la convention de Rome.

La référence à l'évaluation du dommage ne vaut que dans la mesure où la loi désignée comporte des précisions à cet égard. Si celle-ci prévoit la réparation intégrale du préjudice réellement subi, en laissant au juge une liberté d'appréciation de ce préjudice, celui-ci procédera en fonction des circonstances de l'espèce. A cet égard, pour le dommage aux personnes, il pourra se référer naturellement au standard de vie prévalant dans le pays où vit la personne lésée.

ARTICLE 6

Action directe contre l'assureur

Il paraît utile de prévoir un rattachement spécial pour l'action directe contre l'assureur du responsable, dans la mesure où certains droits nationaux prévoient une telle action de manière générale, en dehors du cas particulier des accidents de la circulation routière.

La disposition s'inspire de l'article correspondant de la convention de La Haye sur les accidents de la circulation routière, en posant une règle alternative en cascade. La loi applicable à l'obligation non contractuelle régit cette action si elle connaît l'action directe. Dans ce cas, il y a lieu d'emprunter à cette loi d'éventuelles limites affectant l'exercice du droit. En revanche, l'étendue des obligations de l'assureur relève de la loi applicable au contrat d'assurance.

A la différence de l'article correspondant de la convention de La Haye, la disposition n'inclut pas la loi du lieu de l'accident dans la règle de rattachement. Cette omission s'explique du fait de la place réduite qu'occupe ce facteur de rattachement dans la présente convention.

ARTICLE 7

Droit applicable à l'obligation dérivant d'un fait autre qu'un fait dommageable

Le texte prévoit un rattachement spécial en ce qui concerne les quasi-contrats. Il évite toutefois d'utiliser ce terme. Tout en couvrant l'ensemble

des questions traditionnellement rattachées au concept, il distingue le cas de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause. Ce dernier terme doit se comprendre comme incluant la répétition de l'indu.

La structure de la règle est comparable à celle qui affecte les obligations dérivant d'un fait dommageable. Le principe du rattachement en fonction des liens les plus étroits est précisé à l'aide d'un jeu de présomptions. Celles-ci tendent à laisser au juge un pouvoir d'appréciation indispensable en cette matière.

Une première hypothèse particulière vise le cas où l'obligation est liée à une relation entre parties, préexistante ou envisagée par elles. Par exemple, dans le cadre de l'exécution d'un contrat — tel un mandat —, une partie fait davantage que ce à quoi elle était tenue. Dans ce cas, l'obligation non contractuelle est régie par la loi applicable au contrat. La relation préexistante peut ne pas être contractuelle. La règle a un champ plus vaste, et peut concerner une relation de famille, de copropriété, etc. La relation peut n'avoir été qu'envisagée, par exemple en cas de rupture de négociations contractuelles.

La solution retenue rejoint celle qui est énoncée à propos de l'obligation dérivant d'un fait dommageable. Lorsque la relation préexistante est contractuelle, la référence à la loi du contrat ne contredit pas les dispositions de l'article 10, paragraphe premier, e), de la convention de Rome. Elle n'est pas non plus inconciliable avec la formulation, par l'Etat du for, d'une réserve relative à ce article. En effet, les hésitations formulées par certains Etats quant à la solution de l'article 10 relevaient d'une démarche de qualification. Dans le présent contexte, la référence à la loi du contrat ne procède pas d'une telle qualification, mais du choix de la solution la plus appropriée, à savoir un rattachement à une loi unique. La désignation ainsi opérée de la loi contractuelle ne découle pas de la convention de Rome, mais bien de la présente convention.

Une deuxième hypothèse porte sur l'enrichissement sans cause, à défaut de relation préexistante ou envisagée entre les parties. Dans ce cas, la préférence va à la loi du lieu de l'enrichissement, dans la ligne de ce que prévoit le droit comparé.

Une dernière catégorie de cas porte sur la gestion d'affaires, à défaut de relation préexistante entre les parties. Elle couvre en fait une série d'obligations éventuelles, celle du gérant d'exécuter correctement la gestion, celle du maître de l'affaire de désintéresser le gérant. Le texte distingue deux présomptions. L'une vise le cas particulier d'une aide ponctuelle, se traduisant par l'assistance à une personne — par exemple un sauvetage au cours d'un voyage — ou par des mesures de sauvegarde d'un bien déterminé — par exemple l'entretien d'un immeuble — : la préférence va alors au lieu du fait dont dérive l'obligation non contractuelle, dans la ligne de ce que prévoit le droit comparé. Dans tous les autres cas, le texte se réfère au lieu de

la résidence habituelle du maître de l'affaire. Les intérêts de celui-ci sont en effet dignes de protection face à une action interventionniste. Par exemple, si un généalogiste français a mené des investigations en France établissant la qualité d'héritier d'un Allemand, auquel il demande remboursement de ses frais, alors que celui-ci a par ailleurs contracté à cette fin avec une autre personne, la désignation du droit français pourrait aller à l'encontre de l'attente du maître de l'affaire et léser sérieusement ses intérêts si le droit étranger prévoit une protection particulière du gérant.

La règle qui détermine le rattachement des quasi-contrats ne s'accompagne pas, dans la convention, d'une disposition sur le domaine de la loi applicable, analogue à celle de l'article 5. Il ne s'agit pas d'une lacune. En réalité, l'ajout d'une disposition de ce type ne s'impose qu'au titre d'une explicitation à l'adresse du juge, facilitant l'énoncé des points de droit qui relèvent de la règle de rattachement. Ce besoin ne s'impose pas à l'occasion des quasi-contrats. Il est clair que, à l'instar de ce qui est énoncé pour l'obligation dérivant d'un fait dommageable, la loi désignée détermine, notamment, les conditions et l'étendue de l'obligation, les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, ou encore la charge de la preuve.

ARTICLE 8

Liberté de choix du droit applicable

L'autonomie de la volonté est consacrée, même si son utilisation sera moins fréquente qu'en matière de contrats. Pour cette raison, la règle est énoncée à la suite du rattachement objectif, et non avant celui-ci. Il est précisé que le choix doit être exprès et qu'il doit être formulé après la naissance du différend. De ce fait, il n'y a pas lieu de prévoir de disposition spéciale de nature à protéger une partie faible.

La règle ne se confond pas avec le principe dispositif, qui permet aux parties de choisir, devant le juge, la loi du for, c'est-à-dire de renoncer à la loi étrangère applicable en vertu du rattachement objectif.

La règle n'affecte pas une action éventuelle concernant les aspects contractuels de la clause de désignation du droit applicable.

ARTICLE 9

Lois de police

Les termes de cet article sont analogues à ceux de l'article correspondant de la convention de Rome. Même s'il est appelé à jouer moins fréquemment qu'en matière de contrats, sa présence paraît nécessaire. Il permet de couvrir, notamment, des règles spéciales sur la limitation de la responsabilité, sur l'interdiction de la réparation de certains dommages, chaque fois que le

domaine de telles normes est fixé de manière immédiate par le législateur, en dérogation de la règle de rattachement bilatérale régissant la matière de la responsabilité.

Le terme « dispositions impératives » paraît avoir une portée suffisamment générale pour ne pas se limiter à la matière des contrats.

ARTICLE 10

Règles de sécurité et de comportement

Cet article s'inspire des dispositions correspondantes des conventions de La Haye concernant les accidents de la circulation routière et la responsabilité du fait des produits.

A la différence de l'article précédent, il couvre des dispositions relevant plutôt du droit public, le plus souvent assorties de sanctions de nature pénale. Il s'agit de normes de sécurité (circulation routière, fabrication de produits). Ce sont également des règles de comportement, selon l'expression utilisée par la loi suisse sur le droit international privé, par exemple, en matière de concurrence déloyale, les articles 85 et 86 du traité CE.

A la différence de l'article précédent, la prise en considération de telles règles est obligatoire.

Le terme « fait dommageable » peut être entendu comme une référence, soit au fait générateur, soit à la survenance du dommage. Le choix des termes de l'alternative dépend de la volonté d'application de la règle en cause. Par exemple, il se peut qu'une règle concernant la concurrence veuille s'appliquer en fonction du lieu de survenance du dommage (ou de prise d'effet du fait générateur).

Les termes « fait dont dérive l'obligation » concernent l'hypothèse d'une obligation quasi contractuelle.

ARTICLE 11

Subrogation

La disposition reprend en substance la disposition correspondante de la convention de Rome.

Elle couvre notamment le cas de l'assurance de dommage. Par exemple, savoir si l'assureur ne dispose pas de l'action subrogatoire en cas de faute légère, dépend de la loi du contrat d'assurance.

ARTICLE 12

Assimilation à la résidence habituelle

Cet article sert à l'interprétation de l'article 3, paragraphe 2, et de l'article 6, paragraphe 4. Il aurait pu être inclus dans cet article, mais cette inclusion aurait alourdi le texte.

A l'instar de ce que prévoit la convention de Rome, le texte adapte le facteur de la résidence habituelle au cas où la personne en cause est une société, association ou personne morale.

ARTICLE 13 À 18

Autres dispositions générales

Ces articles n'appellent pas de commentaire particulier. Ils s'inspirent de dispositions analogues présentes dans des conventions internationales, notamment la convention de Rome.

L'adoption de la présente proposition sous forme d'une convention internationale supposera encore l'élaboration d'une disposition particulière réglant les relations de l'instrument avec d'autres conventions internationales.