

Analyse des réponses au questionnaire concernant la proposition pour une convention sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

(Convention Rome II)

préparée par le Groupe de travail ¹ composé de G. DROZ, M. FALLON, A. GIARDINA, O. LANDO, F. POCAR

Point 1 – Règles générales (A. GIARDINA)

Le Questionnaire qui a été soumis aux Membres du Groupe européen de droit international privé posait des questions initiales sur les règles générales de rattachement adoptées dans les différents pays. La première question concernait l'application de la *lex loci commissi delicti* et, en particulier, les solutions fournies aux cas de dispersion de ses éléments constitutifs. On demandait, en suite, si les droits nationaux connaissent une règle subsidiaire portant application à la loi de l'État avec lequel les personnes impliquées ont un lien plus étroit. La troisième question générale concernait l'autonomie de la volonté et son rôle en matière de loi applicable aux obligations non contractuelles.

1. 1 Le rattachement au lieu du délit

Dans tous les pays représentés dans le Groupe européen de droit international privé et pour lesquels des réponses ont été obtenues, le rattachement au lieu de commission du délit joue un rôle fondamental.

La jurisprudence de tous les pays y fait recours très fréquent. Le fait est tellement pacifique que les références sont superflues. Il faut ajouter à cet égard qu'aussi le Royaume Uni, 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*.

Diversités existent entre droits nationaux quant aux solutions des cas où les éléments constitutifs d'une obligation non contractuelle se réalisent dans de pays différents.

Certains systèmes donnent priorité 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 (article 132, n° 2 LDIP).

D'autres systèmes donnent priorité à la loi du lieu où le dommage s'est réalisé.

C'est la solution qui semble adoptée par la jurisprudence française. La même préférence à la loi du lieu du dommage est exprimée par l'article 62 de la loi italienne de 1995 ; la partie lésée peut cependant demander l'application de la loi du lieu de l'action ayant produit le dommage.

La solution du droit allemand est celle de donner priorité à la loi 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. Dans ce sens les systèmes Danois, Hollandais et Suédois, ainsi que le Royaume Uni à la suite de l'Acte de 1995.

Il est à remarquer, presque dans tous les pays, 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 de la liaison la plus étroite.

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

1. 2 L'existence de règles subsidiaires

Quant à l'emploi d'un rattachement accessoire à celui du lieu du fait illicite, les droits nationaux offrent, en principe, des solutions favorables, mais variées.

Des solutions plutôt rigides sont offertes par les droits allemand, suisse et italien.

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'article 133, al. 1 LDIP prévoit l'application de la loi du pays où l'auteur et le lésé ont leur résidence commune, et duquel elles ont aussi la nationalité.

D'autres pays emploient comme règle accessoire une règle axée sur un critère de rattachement plus souple tel que le lien le plus étroit. Il s'agit de la solution offerte par les jurisprudences belge et danoise. Il s'agit aussi de la solution autrichienne fondée sur l'article 48, n. 1 de la loi de 1978 qui prévoit une clause échappatoire en faveur de la loi du pays avec lequel les liens sont les plus étroits. Une solution analogue s'impose, en principe, au Royaume Uni en application de l'article 12 de l'Acte de 1995 et sauf toute une série d'exceptions dans de différentes hypothèses particulières.

Il est à ajouter que dans certains pays, lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et partie endommagée, 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 (article 133, n. 3 LDIP) ; en Hollande, la règle jurisprudentielle correspondante semble avoir caractère accessoire (arrêt COVA de 1993).

1. 3 Le rôle de l'autonomie de la volonté

Quant à la loi de l'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 (article 48 de la Loi de 1978) avec les mêmes modalités prévues pour toutes les

¹ Le groupe de travail s'est réuni à Milan les 25 et 26 novembre 1995 et les 11 et 12 mai 1996. Les chapitres de ce document ont été rédigés par les membres du groupe à la suite d'une discussion collégiale et reflètent partant le résultat du débat. Le document analyse les réponses au questionnaire concernant les pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse. D'autres réponses, parvenues en retard, n'ont pas pu être prises en considération.

obligations (article 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 en Hollande 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 endommagée 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 (article 62, 1^{er} al., 2^e phrase de la loi de 1995). En Suisse, l'article 132 LDIP limite le choix à la seule loi du for.

Il faut enfin rappeler la possibilité de choix de la loi du for qui est toujours possible dans un pays comme le Royaume Uni, où ce résultat peut être atteint en ne plaçant pas l'application d'une loi étrangère.

Perpectives de solution selon le groupe de travail

Le rattachement du locus commissi delicti est très généralement utilisé et devrait conserver un rôle important dans une Convention future. De même le rattachement au lieu avec lequel la situation présente les liens les plus étroits est de plus en plus utilisé ; soit pour déterminer la loi applicable en cas de dispersion des éléments du fait illicite et de ses conséquences ; soit comme exception à la règle de base axée sur la lex loci commissi delicti.

Le Groupe considère qu'il serait souhaitable de renverser les rapports entre ces deux règles. A la règle utilisant comme critère de rattachement le lien le plus étroit devrait être reconnu un rôle principal et fondamental et au lieu de l'acte illicite devrait être reconnu la valeur d'une simple présomption générale.

En effet, le critère du rattachement le plus étroit est au fondement de la règle traditionnelle fondée sur le lieu du fait illicite : la véritable raison d'être de cette règle étant l'opinion sous-jacente que la lex loci delicti commissi est celle plus rapprochée à la situation litigieuse à régler.

L'adoption de cette approche et, par conséquent, de la règle de base fondée sur les liens les plus étroits permettrait de mieux fournir une discipline de conflit analogue au fait illicite et aux autres obligations non-contractuelles. Pour ces dernières, le critère de rattachement fondé sur les liens les plus étroits serait plus approprié et utilisable du lieu où le fait qui donne naissance à ces obligations s'est accompli.

La Convention Rome II aurait ainsi une structure parallèle de celle de Rome I, avec comme règle principale une règle fondée sur le lien le plus étroit et avec une présomption générale pour la détermination de ce lieu. Cette similitude structurelle des deux Conventions permettrait de résoudre plus facilement les problèmes posés par des cas où responsabilité contractuelle et responsabilité non contractuelle pourraient être mises en jeu de façon cumulative ou alternative, ou et par de cas de qualification douteuse ou divergente dans les différents droit nationaux.

Règle de base et présomption pourraient interagir dans le sens que la règle de base pourrait être utilisée pour résoudre les alternatives d'application de la présomption, entre lieu du fait illicite et lieu de ses conséquences. Sur cette alternative, par ailleurs, la majorité du Groupe de travail est favorable à donner une priorité à la loi du lieu des effets dommageables.

L'approche suggérée pourrait faciliter la rédaction de règles spéciales relatives à des obligations non contractuelles particulières. Ces règles pourraient être formulées comme de présomptions spéciales dans certains cas d'espèce.

Le Groupe considère qu'une certaine application devrait être faite à la loi de l'autonomie. Le choix de la loi applicable devrait être limité aux cas de droits disponibles des parties et une certaine protection devrait être accordée à la partie faible (le consommateur, par exemple) qui ne devrait pas être privé de la protection qui lui est fournie par la loi applicable en absence de choix. De toute manière le choix de la loi applicable et le changement de ce choix ne devrait nuire aux droits des tiers.

Une dernière observation touche à la question du dommage indirect et conséquent. En considération du fait que la tendance des juges à faire prévaloir la loi du for pourrait être renforcée par la prise en considération du dommage indirect ; et en considération des développements de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de conflits de juridictions², il semble opportun au Groupe de travail d'exclure que le dommage indirect puisse être pris en considération pour déterminer la loi applicable,

Point 2 – Special rules (O. LANDO)

Some of the replies do not address all the torts dealt with in Question 2. It is assumed that silence on an issue implies that the tort is covered by the general rules on the law applicable.

The question considered is whether national laws contain a special rule in the form of a rule for a connecting factor, or in the form of a rule of immediate application, or otherwise in the form of a particular interpretation of a general rule in the matters enumerated below.

An attempt is made to suggest how these matters should be treated in a Preliminary Draft Rome Convention II.

It should be mentioned that the same act may involve more than one of the "torts" treated below. Examples are a husband who by negligent driving injures his wife, and a workman who is injured by a defective machine. A cumulative or alternative application of rules may then be considered. This issue has not been dealt with.

On the drafting technique see the remarks at the end.

2.1 Traffic accidents

In the revolt against the hegemony of the *lex loci delicti* rule as a general rule governing the choice of law respecting torts examples have often been taken from traffic accidents, see for instance the critical remarks by professor Morse³ (hereinafter Dicey-Morris). To some extent the Hague Convention of 4 May 1971 on the Law

² CJ, 11 janvier 1990, aff. 220/88, *Dumez France* et CJ, 19 septembre 1995, aff. 364/93, *Marinari*.

³ in DICEY & MORRIS, *Conflict of Laws*, 12th ed. 1993 1484 f.

Applicable to Traffic Accidents (hereinafter the TAC) takes this criticism into account by providing hard and fast rules for certain situations where the accident has a closer connection to another law than the law of the place of the commission of the tort.

The following countries in Western Europe have ratified the TAC : Austria, Belgium, France, Luxembourg, Netherlands, Switzerland and Spain.

Under Article 3 of the TAC the applicable law is the internal law of the State where the traffic accident occurred. However, Article 4 provides exceptions to this rule when the persons or the motor vehicles involved belong to the same State and this is a State other than the State where the accident occurred. In the Netherlands the TAC also applies when there is a contractual relationship between the victim and the person liable.

In Denmark, Germany, Italy, Norway and the United Kingdom the general choice-of-law rules respecting torts are applied. This has also been the case in Sweden, where the Supreme Court has applied Dutch law to an accident which occurred in the Netherlands, although the tortfeasor, the victim and the insurer were Swedish, see *Cronsjö v. National Ins Co*, N.J.A. 1969 163. However, as a reaction to this decision section 8 of the Traffic Damages Act 1975 now provides that the insurer will have to pay damages under the rules of this Act if the damage was caused by a motor vehicle in Sweden, or if the damage was caused abroad by a motor vehicle registered in Sweden or is owned by the Swedish State, provided that the victim is a Swedish citizen or has his habitual residence in Sweden. However, under section 18 of the Act the victim may also claim damages under general tort rules, and in that case the *lex loci delicti* will probably govern.

In a Danish case decided on 17 February 1966 by the Eastern High Court a grouping-of-contact approach was applied. A Danish guest passenger on board a lorry registered in Denmark and driven by the Danish owner was killed in an accident in Poland. In an action for negligence brought by the widow of the deceased against the owner the court held that "the issue whether and to which extent the owner of the vehicle, a Danish citizen domiciled in Denmark who had taken out his third party insurance in Denmark, is liable for an accident to a person who also was a Danish citizen domiciled in Denmark, and with whom the defendant had made an agreement in Denmark to carry him from Denmark to a country abroad and back is to be decided according to Danish law". The court emphasised that "the situation in several important respects has connection with the Danish system of law". The court's mention of the agreement of the parties made the issue "sound in contract", but some authors consider the case to be one of tort.

After the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995⁴ has been put into force in the United Kingdom the rules governing traffic accidents will, it is submitted, not differ fundamentally from those of the Convention of 4 May 1971, see sections 11 and 12 of the Act.

Perspectives of solutions according to the working group

The GEDIP may choose between :

1. *leaving out traffic accidents of the Rome Convention II (hereinafter RC II) since six Member States have ratified the 1971 Convention ;*
2. *incorporating the rules of the 1971 Convention in the RC II ;*
3. *letting general rules (of presumption ?) of RC II which are not very different from the 1971 Convention govern traffic accidents. The six Member States would then probably keep the TAC, see Article 21 of the present Rome Convention ;*
4. *drafting special rules for traffic accidents. The six Member States would then probably also keep the TAC. It would be preferable not to leave out this important question, and have a preference for solution 3. Rules of presumption are more in line with the system of the present RC than with that of the 1972 Convention.*

2.2 Products liability

The following countries in Western Europe have ratified the Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability : Finland, France, Luxembourg, Netherlands, Norway and Spain.

In Austria, Belgium, Germany, Denmark, and the United Kingdom the general rules on torts are held to be applicable. In Austria the general rule on the *lex loci delicti* applies when the victim has no direct contractual relationship with the producer. In case of a contractual relationship the law applicable to the contract applies as being the law to which the situation has the closest connection.

In Sweden it is assumed that the Product Liability Act of 1992 applies to products imported into Sweden.

In Switzerland and Italy the plaintiff-victim may choose between the law of the manufacturer's place of business and the law of the place where he acquired the product, see Italian Act of 31 May 1995 Article 63 and Swiss Act on private international law of 18 December 1987. In Switzerland, however, further damages than those recoverable under Swiss law can not be awarded, and in Italy the law of the place of acquisition does not apply if the producer can prove that the product was marketed in that country without his consent.

Perspectives of solution according to the working group

The GEDIP has here the same options as in 2. 1.

Five Member States have adopted the 1972 Hague Convention.

It would be preferable to let product liability and liability for services be governed by the rules of presumption of the RC II, see solution 3 of 2. 1.

2.3 Protection of the environment

Article 3 of the Nordic Convention on the Protection of the Environment of 1974 (Denmark, Finland, Norway and Sweden) provides that the victim may choose to claim damages either under the law of the place where the act

⁴ Professor MORSE has told me that the Act came into force in the U.K. on 1 May 1996.

was committed or under the law of the place where the harm is suffered. A similar solution applies under Swiss law as far as damages caused by immovable property is concerned.

In a criminal case decided on 14 April 1989⁵ involving pollution causing damage in the Netherlands due to acts committed in Germany by the accused who from there had assisted two other persons polluting the environment in the Netherlands, the Dutch Hoge Raad held Dutch law applicable.

Spain is a member of the Brussels Convention of 29 November 1969 on civil liability for the pollution of sea and air by hydrocarbons which provides substantive rules applicable to pollution occurring on the territory of the Member States. Pollution abroad is covered by Article 10 paragraph 9 of the Spanish Civil Code.

In the absence of special statutory provisions in Austria (?) Belgium, France, Italy, Germany, and the United Kingdom the general rules applying to torts are believed to be applicable.

Perspectives of solution according to the working group

It is proposed to let the general rules to be drafted cover the question.

It is believed that polluting acts are most closely connected with the country where the harmful effect occurred, and a rule of presumption may be considered.

It may also be considered to give the victim an option to invoke either the law where the act was done or the act or the law of place where the harmful effect occurred. I am however reluctant to provide a rule which leaves it to the plaintiff to choose the "better" law.

2. 4. Restrictions on competition⁶

The subject is peculiar in as far as is known that there is only one European country whose private international law statute (the Swiss) provides a special bilateral choice-of-law rule on damages in tort for violation of restrictions of competition laws. There are no European cases I know of which have applied foreign restriction of competition laws to impose tort liability. The legislators and the courts have, so it seems, only been concerned with the tort aspects of violations of the restrictions of competition laws of the forum.

Some laws have unilateral choice-of-law rules only.

The German Law against Restrictions of Competition provides in § 98(2) that it "shall apply to all restraints of competition having effects within the area of operation of this Law even if such restraints are caused outside the operation of this Law".

Article 1 of the Spanish law 16/1989 on Defence of Competition prohibits acts which have as their object to affect, or which produce and may produce effects on, the national market.

The German cartel law lends support to a unilateral rule under which liability for restrictive trade practices is governed by the law of the forum to the extent these practices have produced effects on the territory. Following Article 85 of the European Union Treaty, Article 1 of the Spanish Act prohibits acts which have as their object to affect, or which produce and may produce effects on, the national market. This, it is submitted, expresses an extended effects doctrine.

This is probably also the Danish solution.

Some reports tell of bilateral rules.

In French law and in the law of the United Kingdom the general choice-of-law rules respecting torts are reported to apply and I conclude – albeit with some hesitation – from silence that the same holds true of Austria, Italy, Norway, Sweden and Portugal. In the Netherlands the law of the market affected (*la loi du pays du marché concerné*) governs. The Belgian report suggests an alternative application of the law of the place where the act is done and the law of the place where it produces effect.

It seems that these solutions which support bilateralisation are based on doctrinal views rather than on legislation and case law.

However, under Article 137(1) of the Swiss Act on private international law restrictive trade practices are governed by the law of the State on the market of which the practices directly produce their effect (the direct effects doctrine). It seems, however, that The Swiss Federal Law on Competition applies the extended effects doctrine to determine its own scope of application.

If foreign law is applicable the Swiss courts cannot award further damages than those which would have been awarded under Swiss law. This excludes, for example, the application of the American rules on treble damages.

One may ask whether the RC II should include a bilateral choice-of-law rule on tort liability for violations of restrictions of competition laws. These laws are closely linked with the economic policy of the Union and their Member States. Several of them only provide unilateral rules on the scope of application of their own laws on restrictions of competition. This may imply that they are not prepared to give effect to foreign rules. There are no precedents which may give guidance.

If a bilateral rule were to be enacted one would then ask : what should be the connecting factor ? Should there be parallelism between the scope of the rules imposing public sanctions (fines and injunctions) and the scope of rules imposing civil liability ?

The scope of the unilateral choice-of-law rule covering Article 85 of the Rome Treaty has been debated. Article 85 prohibits restrictions of competition which *may affect trade between the Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market* (emphasis added).

In the Wood Pulp case the Court of Justice of the EU tried to give guidelines for the territorial scope of the EU rules on restrictions of competition, see (1993) 4 CMLR 407. The case involved a conspiracy between 41 non-EC producers of wood pulp and two related non-EC trade associations which were accused of having engaged in

⁵ NJ 1990 712.

⁶ For literature see notably SCHWARTZ & BASEDOW, *Restrictions of Competition*, IECL Vol III, chapter 35.

concerted practices within the Common Market. Neither they nor their corporate affiliates were located within the Community.

The issue was whether Article 85 of the Rome treaty was applicable with the effect that the enterprises were to be penalised. It was not a case concerning their tort liability.

The Commission and the Advocate General had been in favour of an extended effects doctrine which several writers had supported.

The Court, however, did not adopt it. It found it decisive that the concerted practices and agreements which had been made between undertakings established outside of the Union had been “implemented” in the Union. The Court, however, did not explain what it meant by “implemented”, and in which respects this concept differed from the extended effects doctrine. Maybe it would not include omissions in the concept of “implementation”. Maybe it also wanted to use the word “implement” to explain why it wanted to exempt the U.S. trade association KEA from liability. KEA had sheltered and cooperated in the conspiracy but had not been directly involved in the sales of wood pulp in the Community.

It is, however, submitted that the Wood Pulp decision has not brought any acceptable refinement of the law. It would not be satisfactory to exclude from the scope of the choice-of-law rule omissions, which are decided or agreed upon abroad and which have effect on a territory.

It seems clear that only an enterprise which can show that it has been “directly” hit by the restriction of competition will have a claim in tort. There must be adequate causation (the remoteness criterium). This may be the background of the direct effects doctrine of the Swiss private international law. The question is whether the idea is well expressed. Enterprises may agree on or adopt concerted practices which, though they have only indirect effect on a territory, may still cause “direct” damage to certain enterprises. Export cartels may produce serious indirect effects and thus “directly” harm enterprises in the country where made.

The extended effects doctrine expressed in a specific bilateral rule would then perhaps be preferable. It would let the law of the country in which the restriction of competition has produced or may produce effects govern. One could perhaps, as the Commission in its Eleventh Report on Competition Policy, 1981 at p 36 ff use the term appreciable impact instead of effects so as to exclude minor effects.

For Europe a rule like the one in Article 137(2) of the Swiss private international law, under which courts can not award further damages than those which would have been awarded under the law of the forum country, does not appear to be appropriate. However, it seems doubtful whether a court which is to apply foreign law should apply particular foreign rules on the measure of damages. Should, for instance, a court in Europe allow treble damages under US antitrust rules? This problem, however, belongs under Question 4.

Perspectives of solution according to the working group

The present writers doubt whether it will be realistic to propose a bilateral choice-of-law rules in this field. The Group that produced the 1972 draft had chosen not to consider restrictions of competition⁷. It may not have known, or not been able to, agree on what to do.

It is submitted that the issue is so controversial and doubtful that, at least for the time being, the GEDIP should follow the motto of the surgeon : In dubio abstine.

It is therefore suggested to exclude restrictions on competition from the scope of the RC II.

2.5 Unfair competition

The prevailing view in Austria, Germany, the Netherlands and Switzerland seems to be that the law of the market which is affected governs, see Austrian Act § 48(1) and Swiss Act Article 136. The same rule would probably apply in Denmark. If several markets are affected by the same act the law of each of them will govern its effects on that market.

In Belgium it is believed that the law of the place governs where the act is done.

In the United Kingdom the general tort rules of the 1995 Act govern, and the general rules also apply in France and, I assume, in Italy, Norway, Portugal and Sweden.

The Spanish Act of 1989 on the Defence of Competition is applicable to “all acts of unfair competition which have or are capable of having substantial effects on the Spanish market”. This rule which applies to other than the “civil” tort law aspects cannot by way of an analogy be applied to acts done abroad. Here the general rule in Article 10(9) of the Civil Code applies.

Perspectives of solution according to the working group

Unfair competition and restrictions of competition are related, although public policy is not involved to the same extent in unfair competition as in restrictions of competition.

Unfair competition should be covered by the Rome Convention II. A rule of presumption in favour of the law of the country where the harm is suffered may be considered to be warranted.

It may be provided that in case of an act which has produced harm in several countries the law of each state would govern the harm done in that State. However, this problem is not peculiar for these torts only.

2.6. Protection of the person (against violation of privacy, libel and slander) and his name.

The United Kingdom Act of 1995 will not apply to acts of defamation, so that the general common law rules on torts remain applicable.

Also in Germany and Denmark the general rules on torts apply and the same is assumed to hold true of Austria, Norway, Portugal and Sweden.

The Dutch Act of 28 December 1988 on Personal Files provides rules – also on civil liability – for the protection of persons as far as the collections of personal data is concerned. Under Article 47 the Act applies to collection of

⁷ See footnote to Preliminary Draft Convention 1972 art 1 f.

data abroad by a collector who is established in the Netherlands on persons who have their habitual residence in the Netherlands.

In Belgium the law of the place where the act is done is assumed to govern.

Article 24(81) of the Italian Act of 1995 provides that the existence and contents of personal rights are governed by the national law of the (injured) person. However under Article 24(2) the consequence of a violation of these rights is governed by the law applicable to non-contractual liability.

For torts committed through the mass media Article 139 of the Swiss Act gives the victim a choice between the law of his own habitual residence, and the law of the place where the unlawful act is committed, provided that the tortfeasor should expect the act to produce effects in these countries, and the law of the place of business or the habitual residence of the wrongdoer. For other torts the general tort rules of the Act apply.

The general rule in Article 10(9) on the law applicable to torts apply in Spain. It is, however, modified by the fundamental right to the protection of the honour, personal and family intimacy and of the personal image which, as well as the freedom of speech and the free right to information are rules of fundamental public policy laid down in the Constitution and elsewhere. These rules apply whenever "the Spanish public space" is affected. Similar problems exist in Germany and other countries where personal rights are safeguarded in the constitution.

In its ruling of 3 March 1995 (*Fiona Shevill*) the European Court of Justice held that the victim of a libel could sue either at the domicile of the tortfeasor under Article 2 of the Brussels and Lugano Conventions or, under Article 5 (3), at the place where the harm was done, but then only for the harm done in that State. This will probably limit the application of foreign tort rules by the Courts of the Brussels/Lugano network.

Perspectives of solution according to the working group

The proposed (flexible) general tort rules would probably be appropriate. It may be provided that in case of multi State violation of personal right the law of each state would govern the harm done in that state. However, as mentioned above at 2. 5, this problem is of a general nature.

The constitutional problems could be taken care of by the provisions on "directly applicable rules" (RC I, Article 7) and public policy to be provided in the RC II.

2. 7. Nuclear accidents

The following countries have ratified the Paris Convention of 1960 and later Conventions : Belgium, Denmark, Germany and the United Kingdom.

For damage not covered by the Conventions the general rules on torts will probably apply. In Switzerland a unilateral rule in an Act of 1983 on Civil Liability for Nuclear Material provides for damages to harm caused in Switzerland by nuclear installation or by transport of nuclear material. This Act also covers damage in foreign countries for which a Swiss nuclear installation is liable.

Perspectives of solution according to the working group

As in the 1972 Preliminary Draft (Article 1[f]) nuclear accidents should be left out of the RC II.

2. 8. Accidents linked with means of transport which are not (road) traffic accidents

The following deals with cases not covered by the international conventions on rail, sea and air traffic.

In the absence of statutory provisions and case law the Belgian report advocates the *lex loci actus*.

In English law these collisions at the High Sea are governed by the law of the forum even in cases where the colliding ships carry the same flag. In French, German, Danish and (seemingly) Norwegian law these collisions are governed by the law of the flag if it is common to the two ships. In Denmark and Germany there is no established rule if the flag is not common. The French courts will then apply the *lex fori*.

The Danish author Allan Philip (Dansk International Privat og Procesret 1976 378f) recommends the law of the forum. The German author Kropholler (Internationales Privatrecht, 1994 54 VI 2c) considers this to the least recommendable solution. As other possible solutions he mentions the law of the flag of the ship which has suffered damage, the law of the flag of the ship which has caused the damage, and that of the two laws which the plaintiff chooses. One could also think of applying the "common core", if any, of the two laws instead of the law of the forum.

For collisions in territorial waters the *lex loci* would apply although here a famous Norwegian Decision in the *Irma Mignon Case* (NrT 1923 II 58), see the Norwegian Report p I, applied the law of the Norwegian flag common to the colliding ships. For torts committed on board a ship at the High Sea or when sailing in territorial waters the law of the flag will apply, and the same holds true of torts committed by one crew member against the other on board a ship lying in port.

German authors seem to recommend these rules to apply also for collisions and other torts committed by aircrafts.

In the other laws the general tort rules seem to apply. This holds true of Spain, and may be inferred from the silence of the Austrian, Italian, Portuguese, Swiss, Swedish and Norwegian reports.

Perspectives of solution according to the working group

To these torts the general (flexible) rules of RC II should be applied.

This rule would also cover collisions of ships and aircrafts of different nationality on and over the High Sea. To provide for the application of the law of the forum may not be advisable as it would encourage forum shopping.

2. 9. Government liability for civil servants

The Austrian and German reports mention that the liability of the Austrian *viz.*, German state for its civil servants is governed by the law of the state. No mention is made of the liable of foreign states. The Dutch report mentions the NATO Treaty on the status of the members of the armed forces.

The liability of the Belgian State is in general governed by Belgian law, and this even if the tortious act was committed abroad. However one Belgian case is mentioned where the foreign *lex loci actus* was applied, and a

protocol annexed to the Benelux Convention of 27 June 1962 on Extradition provides for the application of the law of the place where the damage was suffered.

In French and Spanish law acts committed by French or Spanish officials in the exercise of public functions (*puissance publique*) are governed by French or Spanish law. For other acts the general choice-of-law rules apply.

Perspectives of solution according to the working group

Immunity will generally prevent foreign states from being sued for acts done by their civil servants in the exercise of public functions. It may be considered to exclude liability of foreign governments for such acts from the scope of the Rome Convention II, but this may not be necessary.

*It is submitted that acts done abroad by the civil servants of the forum country in the exercise of public functions should presumably be governed by the law of the forum if the injured person is a national of the forum country, and (seemingly) by the *lex loci actus* if the injured person is a foreigner. This, however, means that the rules of the RC II would apply to these torts.*

And the same choice-of-law rules which apply to torts committed by the employees of private enterprises should govern when civil servants have acted for government enterprises which do not exercise public functions.

2. 10. Work accidents

The Austrian, Norwegian and Swedish reports are silent.

Danish, Dutch, French, Portuguese, German and Swiss authors seem to be in favour of applying the general choice-of-law rules on torts. A Belgian law of 10 April 1971 provides for the application of the law governing the employee's social security. The criterion is here the employment in Belgium by an employer having his main seat or having established a *siège d'exploitation* in Belgium. Also the rules regarding the French social security services are "d'application strictement territoriale" and apply only French law, but the report does not state whether French social security may be extended to French employees working abroad in the service of French enterprises.

In The United Kingdom the law does not appear to be settled. The new Act does not seem to deal with the problems. The cases do not provide a clear picture. An employee's claim against his employer for injury suffered may be brought either in contract or tort. In *Sayers v. International Drilling Co.*, [1971] 1 W.L.R. 1176 (C. A) the English Court of Appeal upheld an exemption of liability clause which was valid under the Dutch law which was applicable to an employment contract between an English employee and a Dutch employer. The accident had happened on an oil rig off the Nigerian coast. A UK Act of 1948 would have set aside the exemption clause, but was held only to apply to contracts governed by English law. However, a Scottish court applied the said Statute to set aside an exemption clause in a contract governed by Norwegian law, which would have upheld the clause. The accident had happened in Scotland⁸.

It seems to follow from the Spanish report that work accidents are governed by the law applicable to the employment contract.

Perspectives of solution according to the working group

It may be considered to let the employee's claims against the employer for damage suffered in a work accident be governed by the law applicable to the contract. Article 6 of the Rome Convention will probably provide adequate protection of the employee.

*Claims which an injured workman has against a colleague may be considered also to be governed by the *lex contractus*, so as to provide parallelism in cases where the employer and the colleague are sued together.*

2. 11 Family relations

Most of the reports only deal with the breaking off of a family relation, one spouse or a fiancé or a concubinary leaving the other party or causing the other party to leave him or her, and adultery.

The UK report treats torts committed in the family, for example one spouse negligently (or intentionally) injuring the other.

As for the breaking off of a marriage there seems to be a preference for the law governing the matrimonial relationship. This solution is supported by the Belgian (?), Danish, Dutch (?), French, German, Italian, Norwegian, Spanish, Swedish and Swiss (?) reports.

Under German, Portuguese and Swedish law the same would apply to the breaking off of an engagement, whereas Spanish and French law will treat the breaking off of an engagement, and Spanish law leaving a concubinage, as a delict. German law considers the leaving of a concubinage to be a tort. Swiss law would tend to regard the concubinage and the engagement as contracts and apply the law applicable to the contract.

Although there is no authority for any solution in England professor Morse would apply the law of the common domicile of the spouses to govern torts committed in a marriage, for instance when one spouse is injured in a car accident caused by the other, see *Dacey-Morris* 1523 f. The UK report mentions that there is authority in Australia for that solution and Morse invokes American cases. The common law provides for immunity whereas the English Law Reform (Husband and Wife) Act 1962 has lifted the immunity between spouses.

Perspectives of solution according to the working group

It is submitted that claims for alimony or compensation due to a breaking off of a marriage, engagement or concubinage should be considered family relationships and be excluded from the scope of the RC II.

The other family torts should be covered by the flexible rules of a RC II.

2. 12. Company relationships

The Austrian and the Norwegian reports are silent. I am not clear as to whether the UK report answers the question.

⁸ *Brodin v. A/R Seljan*, 1973 S.C. 213. See on the issue *DICEY-MORRIS* (-COLLINS) 1198-1199 and (-MORSE) 1314ff.

The Danish, French, German, Italian, Swedish and Swiss reports are unanimous in holding that the law governing the company (*lex societatis*) will apply to the personal liability of the officers or employees of a company for torts committed by these persons. However, under Swiss law acts committed in Switzerland by officers of a foreign company will be governed by Swiss law. The same applies in Belgian law.

The German report states that the liability of a parent company for its subsidiary is governed by the law of the subsidiary. In French law the law applicable to the “group of companies”, if any, would govern. However, the (French?) public policy may lead to the application of French rules imposing liability on the parent company in case the law of “the group” would allow exemptions.

Perspectives of solution according to the working group

Corporate liability in tort should, if submitted, be covered by the rules of RC II.

These rules would in most cases lead to the application of the lex societatis.

As has been seen it is proposed that most of the torts treated should be covered by the general rules of the RC II. This may be expressed in several ways.

1. One is only to mention the torts where special presumptions or rules, if any, should govern, it being implied that the other torts are to be covered by the general rules.

2 Another way is to say that the general rules cover all torts not mentioned in the exceptions under 1, notably (and then mention the torts covered).

Method no 1 would be preferable, leaving to the Comments to mention the torts covered by the general rules, and how the “grouping of contacts” approach will operate.

Point 3 – Relations entre obligations non contractuelles et obligations contractuelles (M. FALLON)

La plupart des réponses indiquent la difficulté de la matière, pour deux motifs. D'un côté, la qualification de l'action est souvent délicate en droit interne. D'un autre côté, la jurisprudence est très rare. Il en découle notamment que plusieurs rapports préfèrent évoquer des réponses multiples à une question donnée plutôt qu'une réponse catégorique.

Il est possible que les réponses à ces questions résident dans certaines règles générales de la convention de Rome II. Les rapports concernant des droits nationaux connaissant de telles règles suggèrent à cet égard les mérites de la clause d'exception et de la règle du rattachement accessoire.

3. 1. La ligne de partage entre le rattachement des obligations contractuelles et celui des obligations non contractuelles

3. 1. 1. La responsabilité précontractuelle

Les réponses présentent deux types d'orientation.

Les unes évoquent la qualification *lege fori*. La juridiction saisie se réfère à la manière dont le droit du for définit la nature de l'action en cas de rupture de négociations précontractuelles.

Les autres évoquent un rattachement à la loi du contrat, tantôt *de lege lata* (Allemagne, Danemark, Norvège, Portugal, Suisse), tantôt *de lege ferenda*. Cette dernière solution est préconisée en France, alors que, dans ce pays, l'action recevrait actuellement une qualification plutôt quasi délictuelle (comme c'est le cas aussi en Belgique, en Italie ou aux Pays-Bas), non sans nuances : la qualification quasi délictuelle frapperait notamment la violation de l'obligation générale de renseignement, due en phase précontractuelle, comme aussi une rupture abusive (voy. sur ce point également la réponse espagnole, évoquant le cas du *dol*) ; la qualification contractuelle vaudrait en revanche pour la violation du devoir de conseil, qui se rattacherait à l'exécution du contrat.

Il est cependant signalé (France) qu'une qualification contractuelle pourrait être artificielle si les négociations n'ont pas été suivies de la conclusion d'un contrat. Sous un angle théorique, la solution peut pourtant se justifier. Il appartient en effet à la loi du contrat, celui-ci fût-il hypothétique, de déterminer les conditions d'existence – et donc d'inexistence – d'un contrat. Si la question de l'existence entre dans le domaine de la loi du contrat, il parut logique d'y inclure aussi les causes de l'inexistence et ses conséquences. Mais il est vrai qu'à l'occasion de la ratification de la convention de Rome I plusieurs États (Italie, Royaume-Uni) ont émis la réserve qu'autorise l'article 22, permettant d'exclure du domaine de la loi contractuelle « les conséquences de la nullité du contrat ».

Le rapport britannique évoque encore, non sans un doute, un rattachement possible de la question aux problèmes de preuve (estoppel). Le rapport autrichien évoque les mérites de la clause d'exception et de la théorie du rattachement accessoire.

Il faut encore mentionner (France) le caractère artificiel d'une localisation de la responsabilité précontractuelle au « lieu du délit », ainsi que l'incidence éventuelle des lois de police imposant une obligation légale d'informer (France, Italie).

La synthèse des réponses incite à inclure l'action en réparation liée aux négociations précontractuelles plutôt dans le domaine d'application de la convention de Rome I tout en admettant que la rupture puisse aussi avoir de soi un caractère quasi délictuel, tantôt par son caractère abusif, tantôt en raison de l'absence de conclusion du contrat. La question est alors de savoir si la convention de Rome II doit se taire à ce propos, s'il suffit d'une précision dans le rapport explicatif, ou s'il convient d'introduire une disposition explicite – par exemple dans l'article sur le domaine de la loi applicable – dans le texte de la convention de Rome II voire dans celui de la convention de Rome I.

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

Indépendamment de savoir s'il convient d'inclure ou non la question dans le domaine d'une convention de Rome II, le groupe de travail suggère qu'en substance :

– les parties devraient pouvoir convenir de la loi applicable à leurs négociations et aux conséquences de leur rupture éventuelle ;

– une présomption devrait jouer en faveur de la loi du contrat conclu ou que les parties envisageaient ou auraient pu envisager de conclure.

3. 1. 2. L'engagement par acte unilatéral

Peu de réponses traitent explicitement de la question du rattachement de l'engagement par acte unilatéral.

L'application de la loi de la résidence habituelle du déclarant est avancée par le Portugal. D'autres réponses (Allemagne et France) concluent à l'inopportunité d'inclure une règle de rattachement à ce sujet. La raison est double : les engagements en cause sont de nature très variable et la jurisprudence semble inexistante.

Il est possible que la présence dans la convention de Rome II d'une disposition consacrant la thèse du rattachement accessoire puisse suffire à résoudre la question.

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

Malgré les incertitudes qui affectent la question de l'inclusion ou non de cette problématique, le groupe de travail estime qu'une convention de Rome II pourrait prévoir, en termes de complémentarité, le cas inverse de celui couvert par la convention de Rome I à propos de la loi applicable aux conditions de forme (article 9, § 4), en visant les conséquences dommageables d'un « acte unilatéral qui n'est pas relatif à un contrat conclu ou à conclure ». La disposition pourrait figurer dans un article liminaire définissant le domaine matériel de la convention.

3. 1. 3. L'action directe du sous-contractant

Peu de réponses traitent du rattachement de l'action directe, et elles le font en des sens divergents. La constatation vient sans doute de la situation en droit comparé. Peu de pays connaissent l'action directe contractuelle du sous-acquéreur ; certains connaissent l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage en récupération de créance. Dans les pays qui ne connaissent pas l'action directe, la question de son rattachement ne se pose pas d'emblée. Pourtant, elle y paraît pertinente chaque fois que le demandeur invoque une action de ce type fondée sur un droit étranger.

Alors que le rapport allemand estime que, dans l'état actuel du droit positif, l'action directe reçoit une qualification quasi délictuelle, la plupart des rapports qui examinent la question (Belgique, Danemark, Espagne, France, Portugal) avancent prudemment un rattachement contractuel, tout en signalant que d'autres voies restent possibles, par exemple un rattachement de type cumulatif (admission de l'action selon la loi, contractuelle ou quasi délictuelle, la plus restrictive). Alors que le rapport allemand ne voit pas la nécessité d'une règle de rattachement uniforme, le rapport français plaide pour une qualification uniforme, afin de supprimer la disparité de qualifications dans l'Union européenne.

La formulation d'une disposition soulèverait trois questions :

A quelle loi soumettre la qualification ?

Quelle loi appliquer à l'action ?

Comment tenir compte de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 ?

La question de la loi applicable à la qualification surgit lorsque, par exemple, la loi désignée par la qualification *lege fori* – par hypothèse loi contractuelle – donne une qualification autre – par hypothèse quasi délictuelle – à l'action. On peut aussi concevoir une qualification à deux degrés, primaire selon la *lex fori*, secondaire selon la *lex causae*, celle-ci pouvant opérer un « renvoi de qualification » dans le cas évoqué (rapport suisse). Une manière d'éviter le problème consisterait à donner une définition uniforme par une disposition précisant au moyen de concepts matériels le contenu de la catégorie de rattachement. Ainsi la convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la responsabilité du fait des produits utilise deux critères matériels, relatifs au mode de transfert, direct ou indirect, de la propriété ou de la jouissance de la chose, et à la nature du dommage (exclusion du dommage au produit sauf s'il s'ajoute à d'autres dommages).

La question de la loi applicable à l'action est délicate en cas de qualification contractuelle : quel contrat faut-il considérer, celui conclu en amont de la chaîne ou celui conclu à la fin de la chaîne, ou encore l'ensemble des contrats cumulativement ? Le rapport britannique suggère que cette question-ci ne se pose pas pour ce pays, dès lors que les cas connus d'action directe reposent sur l'idée d'un contrat existant directement entre le sous-acquéreur et le producteur, chaque fois que celui-ci a, par son comportement, donné une garantie implicite au sous-contractant.

Une autre voie, signalée par le rapport belge, consisterait à considérer l'objectif du législateur qui institue l'action directe. Une loi protégeant l'acquéreur est une loi de police qui affecte la relation contractuelle nouée par cet acquéreur. Aussi la loi applicable à ce contrat paraît-elle avoir un titre à s'appliquer. Mais la question revient aussi à déterminer le domaine d'application dans l'espace d'une loi de police, au moyen d'une règle d'applicabilité qui peut déroger à la règle de rattachement pertinente. Dans une convention de Rome II, la solution pourrait être trouvée par une disposition analogue à celle de l'article 7 de la convention de Rome, ou, si la convention de Rome II devait contenir une disposition relative à la responsabilité du fait des produits, par une disposition analogue à celle de la convention de La Haye sur ce point.

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

Le groupe de travail estime que différentes options s'offrent au législateur à propos de l'action directe, à savoir :

*– ne rien dire à cet égard, comme le fait la convention de Rome I : cette option pourrait se justifier par une dramatisation de la problématique en raison d'une convergence des contenus des conventions de Rome I et de Rome II ; elle signifierait pratiquement une qualification *lege fori* de l'action ;*

*– exclure, par une disposition expresse figurant dans l'article liminaire relatif à la définition du domaine de la convention, l'action directe selon des termes inspirés, tantôt de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la responsabilité du fait des produits (exclusion de l'action lorsque la propriété ou la jouissance d'une chose a été transférée directement à la personne lésée par celle dont la responsabilité est invoquée), tantôt de l'arrêt *Handle* de la Cour de justice du 17 juin 1992 (inclusion de l'action introduite par le sous-acquéreur d'une chose contre le fabricant, qui n'est pas le vendeur, en raison des défauts de la chose ou de l'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle est destinée) ;*

– préciser que le droit applicable à l'action relève de la loi applicable à la relation contractuelle et qu'il appartient à la convention de Rome I de déterminer quel contrat il convient de considérer pour mettre en œuvre ce rattachement.

3. 1. 4. La fourniture d'informations inexactes

Peu de rapports évoquent la question des conséquences de la fourniture d'informations inexactes. La plupart estiment que l'action en réparation recevrait une qualification quasi délictuelle (Allemagne, Italie, Royaume-Uni). D'autres nuancent en précisant la nature contractuelle de l'action si le comportement est lié à un contrat (Danemark, Portugal), ou en indiquant que si le comportement est lié à la rupture de négociations, la qualification adoptée à propos de cette rupture doit s'étendre à la présente action (France). De plus, une qualification de l'obligation d'informer en tant que loi de police pourrait impliquer l'applicabilité des règles impératives du for dès que les informations, ont été diffusées sur le territoire national (Pays-Bas).

L'ensemble des réponses suggère qu'il n'y aurait pas lieu d'établir une règle de rattachement spécifique.

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

Le groupe de travail propose de se rallier à la tendance des réponses à ne pas introduire de disposition spécifique sur cette question.

3. 2. Le concours des actions contractuelle et non contractuelle

Dans leur ensemble, les rapports conviennent de l'importance de la question.

La plupart des droits nationaux feraient dépendre la solution d'une qualification *lege fori*, alors que le rapport français refuse d'y voir un problème de qualification puisqu'il n'y a pas hésitation entre deux qualifications, toutes deux étant en cause. Le rapport suisse justifie la qualification *lege fori* par un souci d'égalité des justiciables devant les tribunaux nationaux. Deux nuances apparaissent : le rapport britannique estime que la solution dépend de la cause de l'action qui est invoquée, à savoir que, si deux causes sont invoquées, le rattachement serait alternatif, dans un sens favorable au demandeur ; les rapports allemand et suisse évoquent les mérites de la thèse du rattachement accessoire, qui a pour effet de soumettre pratiquement la question à la loi du contrat.

Le rapport britannique rappelle deux difficultés notoires : celle de la solution à trouver lorsque les deux droits en présence s'entendent pour attribuer une réparation mais que l'un, applicable au quasi-délit, donne à l'action une qualification contractuelle sans possibilité d'option alors que l'autre, applicable au contrat, donne une qualification quasi délictuelle tout en niant également l'option. La seconde difficulté tient à l'appréciation de la portée d'une clause exonératoire de responsabilité convenue dans le cadre de relations contractuelles mais dans l'intention de régir aussi une hypothétique action quasi délictuelle.

Plusieurs pistes sont envisagées pour résoudre le problème du concours. Celles du rattachement contractuel sont citées le plus souvent, tantôt directement (France, pour un motif de simplicité), tantôt indirectement par le biais du rattachement accessoire (Allemagne, Pays-Bas, Suisse). On trouve aussi plusieurs allusions à une règle à caractère substantiel, tantôt de type cumulatif (France, Italie), tantôt de type alternatif donnant une option à la personne lésée (Danemark, Portugal Royaume-Uni, Suède). Une référence à la loi de la responsabilité quasi délictuelle paraît plus isolée (Belgique, France, Royaume-Uni) : elle consiste à admettre un rattachement distributif, en ce sens que la loi de la responsabilité quasi délictuelle décide de l'admissibilité de l'action, notamment en cas d'existence d'une relation contractuelle, tandis que la loi du contrat décide de la validité du contrat ou d'une clause contractuelle. De même, il appartiendrait à la loi de la responsabilité quasi délictuelle de décider si une exonération de responsabilité est permise, mais à la loi du contrat de décider si celle-ci a été valablement acceptée.

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

Selon le groupe de travail plusieurs options s'offrent au législateur, à savoir

- soumettre l'admissibilité du concours des actions à la loi de la responsabilité quasi délictuelle ;*
- utiliser la règle du rattachement accessoire, au cas où celle-ci serait adoptée plus généralement par la convention de Rome II ; cette méthode aurait l'avantage de résoudre en même temps les problèmes liés aux divergences de qualifications ;*
- laisser à chaque loi – contractuelle et quasi délictuelle – le soin de décider de l'admissibilité du concours des actions, ce qui reviendrait pratiquement à opérer un rattachement à caractère substantiel de type cumulatif.*

Point 4 – Domaine de la loi applicable (F. POCAR)

4. 1. Il s'agit de préciser, si les droits nationaux coïncident avec la liste des articles 11 et 15 de l'avant-projet de 1972, ou s'ils excluent certaines de ces questions ou en incluent d'autres.

La plupart des réponses affirment que le droit national correspond dans son ensemble aux articles 11 et 15 de l'avant-projet de 1972, et que ces articles répondent adéquatement aux besoins actuels. Les quelques exceptions seront examinées ci-après.

Une question d'ordre général mérite toutefois d'être indiquée, à savoir la question de la capacité délictuelle. Celle-ci ne rentre pas dans la liste de l'article 11, car elle était de toute manière exclue du domaine d'application de l'avant-projet, mais pourrait y rentrer dans la perspective d'une convention future, spécifique à la responsabilité non contractuelle. Des réponses qui se réfèrent à ce problème se prononcent en faveur de la soumission de la capacité délictuelle à la loi du délit (Italie, Suisse), d'autres font mention de la loi personnelle (Danemark).

Questions exclues

a) Tout en reconnaissant que l'étendue de la réparation fait partie du domaine de la loi applicable, certains droits nationaux présentent des nuances à ce sujet, en faveur d'une référence à la *lex fori*. Ainsi, en Belgique on observe une tendance à déterminer le montant de la réparation selon la *lex fori*, et au Danemark les tribunaux auraient des difficultés à attribuer des dommages triples ou punitifs. Il n'est pas clair, toutefois, si ces tendances doivent être regardées en tant que dérogation au domaine de la loi applicable, ou en tant qu'application de principes d'ordre public. D'autres différences concernent la réparation en nature ou par équivalent, la réparation par tranches ou avec une somme forfaitaire.

b) Quelques problèmes sont posés par la question de la transmissibilité du droit à la réparation aux héritiers. Si la plupart des réponses se réfèrent à la loi du délit, en France c'est la loi successorale qui tranche la question, tandis qu'en Suède elle dépend de la loi du domicile du demandeur.

Autres questions incluses

Peu de réponses indiquent des questions non incluses dans les articles 11 et 15, mais qui sont soumises à la loi du délit :

- a) l'action civile jointe à une action pénale reste soumise à la loi du délit (France) ;
- b) la cession entre vifs des obligations délictuelles et la subrogation légale – visées par les articles 16 et 17 de l'avant-projet – sont incluses dans les questions soumises à la loi du délit (France).

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

En principe, la liste des questions figurant aux articles 11 et 15 de l'avant-projet de 1972 devrait être confirmée dans la définition du domaine de la loi applicable dans une convention Rome II. A la liste on pourrait ajouter la capacité délictuelle, qui devrait également relever de la loi applicable au délit.

*Quant à l'étendue de la réparation, il semblerait que l'appréciation du dommage doive être laissée à la *lex fori*, car il paraît difficile de persuader un juge de liquider les dommages sur la base de critères suivis dans un autre système juridique. Pour ce qui est de la transmissibilité du droit à la réparation aux héritiers, le groupe estime qu'elle devrait être réglée par la loi successorale ou par la loi du délit.*

Enfin, la liste pourrait contenir une référence à l'action civile jointe à une action pénale, en la soumettant à la loi du délit. Il semble au contraire peu souhaitable de régler expressément la question de la cession entre vifs des obligations délictuelles et la subrogation légale.

4. 2 Question de savoir si les articles 11 et 15 répondent adéquatement aux besoins actuels.

Une série de suggestions ont été faites, sur la base de l'expérience des pays respectifs, par les collègues qui ont répondu au questionnaire, et notamment les suivantes :

- a) problématique de l'action en cessation introduite par une association, qui semble poser plusieurs questions, à résoudre selon de lois différentes (Belgique) ;
- b) question de la loi régissant la détermination du montant des dommages en cas de lésion personnelle, pour laquelle on suggère la loi de la résidence habituelle de la victime (Danemark) ;
- c) question des conventions sur la responsabilité (France) ;
- d) question liées à la monnaie de compte et de paiement des dommages-intérêts (France) ;
- e) question des prestations de personnes tierces et recours de ces personnes contre le responsable du délit (Allemagne) ;
- f) question des règles de comportement, au cas où la loi applicable ne serait pas la loi du lieu du délit (Allemagne) ;
- g) question de la condamnation à une astreinte, qui devrait relever de la *lex fori* (France).

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

Le groupe de travail a examiné les susmentionnées suggestions, et considère approprié d'en retenir quelques unes, de la manière suivante :

- a) *La détermination du montant des dommages en cas de lésion personnelle devrait être régie par la loi de la résidence habituelle de la personne lésée, cette solution pourrait être nuancée, en disant que le juge devrait seulement « prendre en considération » les critères pour la liquidation du dommage du lieu de la résidence habituelle. Mais on pourrait laisser au juge de résoudre la question, car il est probable que des problèmes d'ordre public puissent surgir à cet égard*
- b) *Les questions liées aux modalités d'exécution de l'obligation de réparation (en particulier, de la monnaie de paiement) pourraient être résolus au moyen d'une règle parallèle à l'article 10. 2 de la convention de Rome, qui déclare applicable la loi du lieu d'exécution.*
- c) *La question de la condamnation à une astreinte ne concerne pas le fond de l'obligation, mais l'exécution du jugement et relève partant de la *lex fori* ; il ne paraît pas nécessaire d'en faire mention dans une convention Rome II.*
- d) *Les autres questions évoquées sont sûrement intéressantes et importantes, mais semblent poser des problèmes de difficile solution dans le cadre d'une convention et le groupe estime préférable qu'une convention Rome II ne s'en occupe pas.*

Point 5 – Actions affectant des intérêts multiples (F. POCAR)

5. 1. Pluralité de défendeurs (loi applicable à la responsabilité solidaire)

La plupart des réponses évitent le problème, et ne se réfèrent qu'en termes généraux à l'application de la loi du délit. Toutefois, certaines réponses se posent le problème de l'alternative entre unité (Allemagne) ou pluralité du statut délictuel (Belgique, Royaume-Uni, Suisse). On suggère également de considérer la question de l'action récursoire du responsable solidaire contre les autres responsables (France).

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

Le groupe de travail a largement discuté de cette question, qui ne se pose que lorsque la loi applicable au délit est déterminée au moyen d'un rattachement subjectif, qui implique l'application de lois différentes pour les personnes tenues à la réparation. Deux solutions sont possibles :

- a) *critère alternatif : la solidarité est admise si elle est prévue par une des lois applicables ;*
- b) *critère cumulatif : la solidarité est admise si elle est prévue par toutes les lois applicables.*

La première solution favorise la personne lésée, la deuxième l'auteur du délit. Attendu que la responsabilité solidaire consiste à obliger une personne qui n'est pas directement responsable du

dommage, le groupe exprime une préférence vers l'adoption d'un critère alternatif. Le débiteur qui a payé aura toujours une action vers la personne directement responsable.

5. 2. Pluralité des victimes et action de groupe ou collective

L'existence d'une pluralité de victimes ne semble pas poser de problèmes spécifiques, étant entendu que la détermination de la responsabilité doit se faire séparément pour chacune d'elles. En ce sens s'exprimait également l'article 10(4) de l'avant-projet de 1972.

Quant à l'action de groupe, les réponses qui s'y réfèrent se prononcent dans le sens qu'il s'agit d'une question de procédure qui devrait être soumise à la *lex fori*.

Le groupe de travail n'estime pas opportun de se prononcer sur un sujet tellement délicat.

5. 3. Action directe de la victime contre l'assureur du responsable

La question de l'admissibilité de l'action directe de la victime est résolue de manière différente. A côté de systèmes qui se réfèrent à la loi du délit (Allemagne, Belgique, Danemark, France, Royaume-Uni), d'autres indiquent la loi du contrat d'assurance (Suède), d'autres encore font une référence alternative aux deux lois (Suisse). L'étendue de la responsabilité relèverait de la loi du contrat d'assurance pour certains systèmes d'après lesquels l'admissibilité de l'action se fonde sur la loi du délit (Belgique, France), tandis qu'elle relèverait de la loi du délit dans le cas inverse (Suède). Une tendance vers l'alternative du droit suisse se dégage de certaines réponses (Allemagne, Italie).

Selon le groupe de travail, la solution alternative semble préférable, en vue de l'intérêt à protéger, à savoir l'intérêt de la personne lésée.

5. 4. Action paulienne

La plupart des réponses indiquent la *lex concursus* comme applicable à l'action paulienne (v. Danemark, Italie, Norvège, Suède, Suisse). Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une action liée à une faillite – la seule hypothèse qui mérite d'être prise en considération, à mon avis – on fait référence à la loi de l'acte attaqué (Allemagne), ou à celle-ci cumulée avec la loi de la créance protégée (France). On doute aussi que l'action puisse rentrer dans la matière non contractuelle (Royaume-Uni).

Le groupe de travail estime que la question ne devrait pas être réglée dans une convention Rome II.

5. 5. Action basée sur un dommage causé à un tiers (dommage par ricochet)

La plupart des réponses considèrent qu'il n'y a pas ici un problème important.

Celles qui se prononcent sur la question font référence à la loi du fait dommageable (France, Italie, Suède).

Il est douteux qu'une convention Rome II se prononce sur le sujet.

5. 6. L'article 17 de l'avant-projet correspond-il à l'état du droit national et répond-il adéquatement aux besoins actuels (notamment en comparaison avec l'article 13 de la convention de Rome) ?

En général, et tout en admettant que l'article 17 de l'avant-projet est adéquat, on montre une préférence pour l'extension de la formulation de l'article 13 de la convention de Rome aux obligations non contractuelles.

5. 7. Autres actions

Seule la réponse française mentionne l'action oblique, soumise en droit français à la loi de la créance protégée, mais ajoute qu'il ne semble pas nécessaire d'établir une disposition à cet égard.

Le groupe de travail en convient.

Point 6 – Action en réparation ou en restitution non liée à une obligation résultant d'un fait dommageable (G. DROZ)

Ont pu être étudiées les réponses relatives au droit des pays suivants : Autriche, Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse.

Comparée à l'ensemble des réponses aux autres questions la part accordée au point 6 est assez restreinte, les réponses des pays nordiques étant des plus succinctes.

6.1. Gestion d'affaires

6. 2. Enrichissement sans cause

6. 2. Paiement de l'indu

La question posée était : comment se détermine la loi applicable à l'action en réparation en restitution liée à la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause (par exemple en cas de nullité d'un contrat), le paiement de l'indu ? On peut relever une solution de base dominante, à savoir : l'application de la loi du lieu de la gestion pour la gestion d'affaires, de la loi du lieu de l'enrichissement pour l'enrichissement sans cause, la loi du lieu du paiement en cas de paiement indu (Autriche, Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni).

Les pays nordiques préfèrent toutefois adopter une approche flexible fondée sur la *closest connection*. En Suisse on se référerait à la loi de résidence habituelle du gérant d'affaires plutôt qu'à la loi du lieu de gestion, mais cela se situe dans la ligne du point suivant.

En effet une autre prise de position dominante émerge lorsque la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause ou le paiement indu est lié à un rapport juridique préexistant (cela est particulièrement sensible en cas de paiement indu ou de nullité du contrat). Dans ces cas on préconise généralement l'application de la loi applicable au rapport juridique préexistant, loi de la dette, loi du contrat (Autriche, Allemagne, Belgique, Danemark, France, Norvège, Suède, Suisse). En Espagne pour la gestion d'affaires la loi est en faveur de la loi du lieu mais la doctrine regrette une telle rigidité.

Toutefois, on relèvera la position contrastée de l'Italie et du Royaume-Uni. On y estime que ces matières sont autonomes, indépendantes de la matière contractuelle et cela même en cas de nullité de contrat, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les deux pays ont fait la réserve de l'article 10, point 2, lettre e de la Convention de Rome. Au Royaume-Uni on traite les matières de gestion d'affaires, d'enrichissement sans cause et de l'indu dans le cadre des restitutions indépendantes du contrat et l'on recherche la *proper law* pour régir de telles restitutions. Le résultat ne s'éloigne pas quant au fond du système préconisé dans les autres pays. En effet, on estime (Dicey-Morris-Collins) que si la restitution est basée sur un contrat nul ou reliée à un contrat, la *proper law* pourrait être la loi qui s'applique au contrat ! Sinon on se référera à la loi du lieu de l'enrichissement de la gestion, etc. En Italie la solution est rigide et le recours à la loi du contrat est exclu.

Sur le plan du résultat concret ces réponses démontrent donc une certaine unité de vue.

Bien entendu on relèvera dans les réponses diverses nuances. Ainsi en Allemagne on fait une différence entre la prestation *sine causae*, soumise à la loi de la prestation ou à l'article 10, 2, e, de la Convention de Rome et l'ingérence soumise à la loi du lieu de l'enrichissement. La réponse allemande souhaite l'insertion d'une clause échappatoire pour rendre la situation plus flexible. La réponse française reconnaît que les règles françaises sur la gestion d'affaires ont pu être appliquées en jurisprudence comme institution d'équité sans que le titre d'application de la loi française apparaisse clairement.

6. 4. Autres actions

Pour ce qui est des « autres questions », la réponse allemande suggère que l'on se penche sur les problèmes des *punitives damages*, dédommagements exorbitants octroyés par la jurisprudence des États-Unis et rappelle que selon l'article 38, EGBGB tout dédommagement peut être limité à la somme qui pourrait être octroyée au demandeur sur la base du droit allemand si le défendeur a la nationalité allemande et estime que la règle devrait être appliquée de façon que tout ressortissant d'un État membre de l'Union européenne soit traité comme un Allemand. Une telle règle permettrait donc au niveau de l'*executur* de repousser certains jugements excessifs. La question ressort plutôt au point 4 et à l'étendue de la responsabilité.

La réponse italienne attire l'attention sur le problème des promesses unilatérales régies selon le droit italien par la loi de l'État dans lequel la promesse est rendue manifeste (article 58 de la loi italienne sur le droit international privé).

Perspectives de solutions selon le groupe de travail

I. Du fait de la diversité des obligations non contractuelles

Il semble que l'article 13 du Projet de 1973 soit trop elliptique. Si un projet devait voir le jour il est suggéré que son article premier porte :

« les règles de droit international privé de la présente Convention sont applicables, dans les situations ayant un caractère international

a aux obligations non contractuelles dérivant d'un fait dommageable

b aux obligations non contractuelles dérivant d'un fait autre qu'un fait dommageable, tel que la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause, le paiement de l'indu, les restitutions ».

L'article correspondant à l'article 13 du Projet de 1973 pourrait porter que : « des obligations non contractuelles prévues à l'article 1, b, sont régies, etc. ».

II. Sur le fond on peut prendre plusieurs attitudes

a calquer la solution de principe sur celle qui est suggérée en matière délictuelle : prévoir la compétence de la loi la plus appropriée et l'illustrer par une présomption en faveur de la loi du pays où s'est produit le fait, la gestion, l'enrichissement, le paiement, etc. Étant entendu que cette présomption pourra céder dans certains cas, par exemple en faveur de la loi du contrat ou d'une loi plus appropriée au rapport entre les parties lorsqu'il existe un rapport juridique préexistant.

b On peut renverser le système en posant le principe de l'application de la loi du lieu et en prévoyant une clause d'exception qui permettrait de couvrir l'application de la loi du lieu du contrat où est le rapport juridique préexistant.

c On pourrait enfin, vu les tendances majoritaires qui se dégagent des réponses, prévoir la compétence de la loi la plus appropriée en l'illustrant de deux présomptions alternatives : la loi du lieu de la gestion, de l'enrichissement, etc., ou, s'il échet, la loi du contrat ou du rapport juridique préexistant.

III Pour ce qui est du point 6, 4, il n'est pas suggéré de régler expressément le problème des promesses unilatérales.