

3

*L'acquisition d'un immeuble
dans les relations franco-belges :
questions choisies
de droit international privé*

Patrick WAUTELET

Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Liège

Avocat

Table des matières

**L'acquisition d'un immeuble
dans les relations franco-belges :
questions choisies
de droit international privé**

Chapitre 1. L'acquisition de l'immeuble : la vente	261
Section 1. Le droit applicable à la vente	262
Section 2. Les exigences formelles du contrat de vente	266
§1. <i>L'intervention du notaire et le recours à la forme authentique</i>	266
§2. <i>Les exigences linguistiques</i>	269
Section 3. Les parties à l'acte	271
Chapitre 2. Le financement de la vente	274
Section 1. Le contrat d'emprunt	275
§1. <i>L'application du raisonnement classique</i>	275
§2. <i>Les éléments perturbateurs</i>	278
1. L'application impérative de dispositions nationales	278
2. L'impact du régime particulier des contrats de consommation	285
Section 2. Les garanties du financement	287
§1. <i>La sûreté reine : l'hypothèque</i>	288
1. Les principes : l'hypothèque entre loi réelle et loi d'autonomie	290
2. La circulation d'une hypothèque conférée à l'étranger	294
§2. <i>Les autres garanties du financement</i>	299

Les opérations immobilières ne sont plus, depuis longtemps, limitées aux frontières nationales¹. A ce titre, elles suscitent en pratique de nombreuses questions qu'il appartient au praticien de résoudre sur base de différents instruments. Par facilité, l'on abordera ces opérations dans le cadre bien défini des relations franco-belges. Si certaines des solutions qui seront esquissées ci-après se révéleront propres aux relations entre ces deux pays, les principes qui fondent ces solutions et la méthodologie pourront sans difficulté être transposés dans d'autres contextes.

Les opérations immobilières peuvent avoir des conséquences dans de nombreux domaines du droit. Ceci tient d'abord au fait que ces opérations s'inscrivent dans une perspective longue. Outre l'acquisition de l'immeuble, il faudrait, pour être complet, également évoquer la gestion de celui-ci ainsi que sa transmission, tant à titre gratuit qu'onéreux. Ce faisant, c'est en réalité l'ensemble du droit privé qu'est susceptible de mobiliser l'opération immobilière. Il est illusoire de prétendre aborder dans le cadre de la présente contribution chacune des questions susceptible de se poser à propos des opérations immobilières.

Aussi celle-ci sera limitée aux questions soulevées par l'acquisition d'un bien immeuble². Une autre limitation importante doit être soulignée : l'objet du présent rapport est avant tout d'éclaircir les questions de droit international privé. Ceci explique pourquoi, sauf quelques brèves incursions dans le droit interne français, il ne sera pas fait mention dans les lignes qui suivent des règles propres à chacun des systèmes juridiques. Compte tenu de l'importance de la matière, il a paru préférable de se limiter à un panorama général des règles de droit international privé.

En tout état de cause l'on constatera qu'à bien des égards non seulement les raisonnements sont identiques, mais en outre les deux Etats partagent un certain nombre de règles issues des efforts européens d'harmonisation. L'on notera que ces efforts pourraient s'intensifier à l'avenir. A l'heure actuelle, peu de chose ont été réalisées. Outre quelques directives³, l'on re-

1. Voy. déjà les réflexions de W. SNIJDERS, «Buitenlandse notaris en Nederlands onroerend goed», in *Offerhauskring vijftienvintig jaar : feestbundel ter gelegenheid van het vijftienvintigjarig bestaan van de Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer, Kluwer, 1987, 173-184.
2. L'on ne s'interrogera pas dans la présente contribution sur les questions soulevées par le contrat dit de *time share*. L'on sait que cette figure fait l'objet de dispositions spécifiques, adoptées à l'initiative du législateur communautaire (voy. Directive 94/47 du 26 octobre 1994 relative à la protection des acquéreurs de l'utilisation à temps partiel des biens immobiliers). En général, les commentaires de B. VAN BRABANT, «Time-sharing», *Rép. Not.*, T. VI – 1 2, 2006 et, sous l'angle particulier du droit international privé, A. NUYS, «Les contrats relatifs aux immeubles en droit international privé conventionnel européen : le cas du time sharing», *RDIC*, 2000, 143-185.
3. Et certaines résolutions non contraignantes, par ex. une Résolution adoptée par le Parlement européen le 23 juin 1986 sur la protection du consommateur lors de l'achat d'une maison ou d'un appartement. Voy. également le rapport dit *McMillan Scott* du Parlement européen, 1989 et la résolution adoptée par le Parlement le 14 septembre 1989 à la suite de ce rapport (Résolution A3-14/89, *J.O.C.E.*, 1989, C-256/125).

cense surtout le système Eulis – *European Land Information Service* – qui préfigure un véritable service européen d’information foncière. Ce projet, mis sur pied par l’organisation cadastrale et foncière suédoise, n’a pour l’instant pas abouti⁴. Les efforts se poursuivront dans les années à venir⁵. L’on comprend cependant que les obstacles sont importants. Pour n’en citer qu’un, l’on sait que les Etats membres n’ont pas la même appréhension du transfert de propriété de la chose vendue. Alors qu’en France et en Belgique, la rencontre de volontés suffit pour entraîner le transfert de propriété, du moins entre parties, du vendeur à l’acheteur, les droits allemands et néerlandais retardent ce transfert après la signature et l’enregistrement d’un acte translatif de propriété⁶.

En droit interne, l’acquisition d’un immeuble constitue sans nul doute une opération complexe. Elle nécessite de distinguer entre plusieurs éléments distincts. L’analyse de droit international privé n’est pas différente. Il s’impose dès lors dans un premier temps d’aborder la vente de l’immeuble, qui fera l’objet d’un premier chapitre (1). A côté de cette première dimension, il faudra également aborder le financement de l’acquisition, qui appelle des commentaires tant sous l’angle de l’emprunt que sous l’angle des garanties diverses qui peuvent être fournies par l’emprunteur (2).

-
4. En général, voy. J. DE JONG et B. VAN LOENEN, «EULIS : op weg naar harmonisatie van grondboekhoudingen in Europa», *W.P.N.R.*, 2003, n° 6528, pp. 333 et s. et H.D. PLOEGER et B. VAN LOENEN, «Eulis : At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe», *Eur. Rev. Priv. L.*, 2004, 379 et s.
 5. Voy. l’important travail réalisé par M. van den Haute (E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, thèse ULB 2008, à paraître aux Editions Bruylant – C.H. Beck, 2009), qui fait le point sur l’acquis existant et propose des pistes d’évolution pour un futur droit européen du crédit hypothécaire.
 6. Voy. les informations rassemblées par l’Institut Européen de Florence, sous l’égide duquel est mené un projet intitulé *Real Property Law and Procedure in the European Union*. Dans le cadre de ce projet, des rapports nationaux ont été rédigés qui font le point sur le droit de la propriété. Ces rapports sont disponibles à l’adresse www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml.

Chapitre 1.

L'acquisition de l'immeuble : la vente

L'opération première de tout projet immobilier transfrontalier est bien entendu l'achat de l'immeuble⁷. Celui-ci peut prendre différentes formes. A côté du contrat classique de vente-achat entre deux parties, la pratique a multiplié les innovations. Il est fréquent que les acheteurs, personnes physiques, préfèrent à l'achat en nom propre, l'acquisition par une société civile immobilière. L'on sait par ailleurs que pour des raisons liées à la transmission par voie successorale, de nombreux acquéreurs souhaitent opérer un démembrement dès l'achat – une personne se portant acquéreur de l'usufruit du bien alors qu'un ou plusieurs de ses héritiers se porte acquéreur de la nue-propriété. Dans une perspective de planification successorale, cette acquisition conjointe permet de bénéficier d'un régime successoral favorable, à condition de renverser la présomption établie par l'article 751 du Code général des impôts⁸.

Ces méthodes particulières ne modifient pas les données fondamentales du raisonnement de droit international privé. Celui-ci se fonde sur la nature contractuelle de l'opération. Partant, le contrat d'achat-vente, qu'il soit conclu entre des personnes physiques, morales, porte sur le droit de propriété ou sur une ou plusieurs de ses composantes, est soumis aux règles classiques.

Ces règles trouvent pour l'instant leur concrétisation la plus connue dans les dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980⁹. A brève

7. Sur l'intervention du notaire dans la *négociation* immobilière internationale, voy. M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, «La vente immobilière dans les relations internationales», in *Les relations contractuelles internationales – le rôle du notaire*, Maklu, Anvers, 1995, (263), 265, n^{os} 7 et s. Ces auteurs rappellent à juste titre qu'à défaut d'indications contraires dans le contrat, l'intervention du notaire à qui est confiée la mise en vente d'un immeuble situé sur le territoire belge relève de la loi belge, au titre de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.
8. Voy. les renseignements fournis par A. LACOURT, «Éléments fiscaux et patrimoniaux de la détention d'un immeuble en France par un résident belge», in *L'optimisation fiscale du patrimoine immobilier. Applications pratiques en Belgique et en France*, Anthemis, 2007, (255), 320 et s. *Adde* les difficultés liées à la jurisprudence récente de la Cour de cassation française et en particulier l'arrêt du 23 janvier 2007.
9. Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome, *JOUE*, 26 janvier 1998, C-27/34 (version consolidée). Cette convention était entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. Elle fut modifiée de nombreuses reprises lors de l'accession de nouveaux Etats membres à l'Union européenne. La dernière convention de modification a été signé à Luxembourg le 14 avril 2005 à l'occasion de l'adhésion de la République Tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République de Slovaquie (*JOUE*, 2005, C-169).

échéance, ces dispositions seront remplacées par celles qui figurent dans le Règlement 593/2008, dit Règlement «Rome I». Ce Règlement, qui a déjà fait l'objet de nombreux commentaires¹⁰, a vocation à régir les contrats conclus à partir du 19 décembre 2009. Il ne diffère que sur peu de points du régime mis en place par la Convention. Dans la suite de l'exposé, des références seront faites aux nouveautés introduites par le Règlement Rome I lorsque ceci est pertinent pour les opérations immobilières.

Avant d'examiner ces deux aspects, il convient de noter que la distinction qu'opère la pratique belge entre le compromis de vente et l'acte authentique de vente n'affecte pas le raisonnement de droit international privé. Les règles pertinentes sont en effet identiques dans les deux cas¹¹. Seule la question des exigences formelles auxquelles les deux documents doivent répondre, peut appeler une réponse différente. L'on y sera attentif dans le paragraphe consacré à cette question ci-après. Les actes qui précèdent l'acquisition, comme par exemple une promesse de vente, ne sont par contre pas nécessairement soumis au même régime¹².

Section 1. Le droit applicable à la vente

L'on sait que cette convention pose comme principe que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Un choix de loi peut donc figurer tant dans le compromis que dans l'acte de vente. L'on sera attentif à préférer une rédaction claire et simple de la clause d'*electio iuris*.

En pratique, il est probable que dans la plupart des situations, les parties feront porter leur choix sur la loi du lieu de situation de l'immeuble¹³. Rien n'interdit aux parties de choisir une autre loi que celle de l'Etat où est situé l'immeuble. Le choix de loi visant essentiellement les aspects contractuels de

10. Voy. par exemple C. NOURRISSAT *et al.*, «Le nouveau droit des contrats internationaux : le Règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *R.L.D.A.*, juillet/août 2008, n° 1752, pp. 61 et s.; J. DE MEYER, «Verbintenissen uit grensoverschrijdende overeenkomsten», *N.j.W.*, 2008, pp. 854-869; S. FRANCO, «Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Dernier né de l'espace 'Liberté Sécurité Justice'», *Europe*, oct. 2008, étude n° 8; S. FRANCO, «Le Règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles – de quelques changements...», *J.D.I.*, 2009, 2 et s.; F. MÉLIN, «Le règlement 'Rome I' du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Aperçu rapide», *J.C.P.*, éd. Entreprise et Affaires, 24 juillet 2008, act. 368.

11. En ce sens, M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, 269, n° 13.

12. Pour autant, ces actes qui précèdent l'acquisition ne seront pas exclus de la Convention de Rome. Le Règlement 593/2008 qui remplacera la Convention de Rome exclut les questions liées à la responsabilité précontractuelle. L'on acceptera facilement que les promesses de vente ne sont pas nécessairement visées par cette exclusion (sur ce point, J.-F. SAGAUT, «Regard notarial sur la loi applicable à la vente immobilière : à propos de la proposition de Règlement 'Rome I'», *Droit & patrimoine*, juin 2007, (58), 59).

13. En ce sens, M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique communautaire : pratique notariale*, 6^e éd., Defrénois, 2006, 465, n° 815.

l'opération, il n'est pas nécessaire de soumettre l'opération au droit local. Ainsi, une opération relative à un immeuble situé en France peut fort bien être soumise au droit belge. Les questions visées par la *lex contractus*, qui sont énumérées à l'article 10 de la Convention, se prêtent fort bien à un tel choix¹⁴.

A défaut pour les parties d'avoir précisé expressément quel droit régit l'opération, deux solutions s'offrent à l'interprète. L'article 3 de la Convention de Rome indique d'abord que l'interprète peut essayer de découvrir l'intention des parties. L'on connaît les limites de l'exercice. Il faut en effet décerner dans des éléments concrets, tels des références qui figurent dans le contrat à telle ou telle disposition d'une loi donnée, des signes relatifs à la volonté des parties alors qu'il est patent que cette volonté ne s'est pas exprimée expressément. A notre sens, le simple fait que les parties se soient adressé à un notaire belge ou français pour rédiger le contrat de vente, ne suffit pas pour déduire que les parties ont entendu que leur contrat soit régi par la loi belge ou française. L'intervention d'un officier public ne peut en effet à elle seule faire présumer que les parties ont choisi la loi de cette autorité¹⁵. Une autre interprétation ferait l'impasse sur les règles de rattachement qui lient le notaire et peuvent le conduire à appliquer une autre loi que celle dont il tire son autorité¹⁶.

Bien souvent cependant, le contrat de vente contiendra de nombreuses références à des dispositions légales particulières, soit de droit administratif, soit de droit fiscal. Dans le contexte belge, les exemples les plus connus concernent la législation relative à la coordination des chantiers temporaires ou mobiles¹⁷, certaines dispositions relatives à l'urbanisme et à la protection de l'environnement¹⁸ ou encore certaines dispositions fiscales¹⁹.

14. Il n'est pas exclu que le contrat de vente soit conclu entre un acheteur agissant sans aucun but professionnel et un vendeur qui au contraire, fait sa profession de la vente d'immeubles. L'hypothèse ne sera cependant pas fréquente. Dans ce cas, le régime particulier applicable aux contrats de consommation dans la Convention de Rome ne pourra s'appliquer et permettre au consommateur de bénéficier de la protection des dispositions de la loi de l'Etat de sa résidence habituelle. L'article 5 n'est en effet pas applicable au contrat d'acquisition d'un immeuble (en ce sens par ex. B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^e éd., *Economica*, 670, n° 831). Sous le régime du Règlement Rome I, qui entre en vigueur fin 2009, les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier sont exclus du régime dérogatoire favorable aux consommateurs (art. 6, §4 lit. c).
15. En ce sens par ex. B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^e éd., *Economica*, 659, n° 820. M. Audit réserve l'hypothèse de l'intervention d'un officier public qui agit en dehors de son pays, tel un consul.
16. En ce sens, H. PEROZ, «L'acquisition d'un bien en France par des époux étrangers», *J.C.P.*, N, 4 juin 2004, 1264, qui fait référence aux écrits de Pierre CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*.
17. Voy. spécialement l'article 48 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, *M.B.*, 7 février 2001, (qui stipule que «*Afin de permettre au nouveau propriétaire de répondre à ses obligations futures en tant que maître d'ouvrage d'éventuels travaux ultérieurs à l'ouvrage, la personne ou les personnes qui cèdent l'ouvrage, remettent, lors de chaque mutation totale ou partielle de l'ouvrage, le dossier d'intervention ultérieure au nouveau propriétaire*»).
18. Pour la Région de Bruxelles Capitale, voy. par ex. l'article 28 de l'Ordonnance du 13 mai 2004 relative à la gestion des sols pollués (*M.B.*, 24 juin 2004).
19. Voy. par exemple l'article 184bis du Code des droits d'enregistrement XXX ou encore certaines dispositions (notamment les articles 13 à 19) de l'Arrêté Royal du 20 décembre 1996 portant des mesures fis-

Ces diverses dispositions ne nous semblent pas pouvoir être utilisées pour déduire un quelconque choix implicite des parties pour la loi locale. Le plus souvent en effet, les références à ces dispositions auront été intégrées d'office au contrat de vente par le notaire. Elles s'imposeront par la localisation du bien, sans que les parties puissent y déroger. Il sera dès lors difficile d'y déceler une quelconque intention des parties.

A défaut de pouvoir identifier, avec la certitude requise, une volonté implicite des parties, il faudra se reporter à la règle applicable par défaut. Celle-ci est fondée sur une présomption. Le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec l'Etat où est établi le débiteur de la prestation caractéristique. En matière de vente, il fait peu de doute que c'est le vendeur qui fournit la prestation caractéristique. Il faudra cependant être attentif à la règle dérogatoire qui figure à l'article 4, §3 de la Convention. Cette règle vise les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier. Elle soumet les contrats à la loi du pays «*où est situé l'immeuble*»²⁰. L'on notera que la règle ne constitue qu'une présomption, susceptible d'être renversée. Pour ce faire, il faudrait démontrer qu'une autre loi que la loi du pays où l'immeuble est situé, «*présente des liens plus étroits*» avec le contrat. L'hypothèse sera peu fréquente. Le rattachement immobilier est en effet fondamental. Il nous semble en particulier que la circonstance que tant l'acheteur que le vendeur soient établi dans un autre Etat que celui où l'immeuble est situé, ne suffit pas en tant que telle, à déplacer la présomption. Ainsi si un propriétaire établi en Belgique cède la propriété d'un bien situé en France à un acheteur situé en Belgique, il ne suffira pas d'alléguer que les deux parties sont établies en Belgique pour renverser la présomption²¹. Un tel renversement suppose en effet dans un premier temps que soit démontré que le contrat ne présente qu'un lien très faible avec l'Etat

cales diverses en application des articles 2, §1^{er}, et 3, §1^{er}, 2^o et 3^o de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne (*M.B.*, 31 décembre 1996).

20. La règle s'applique également pour aux contrats ayant pour objet un «droit d'utilisation d'un immeuble», ce qui vise au premier chef les contrats de bail. La solution n'est pas nécessairement identique pour la cession d'un fonds de commerce. Voy. sur le statut du fonds de commerce en droit international privé P.-A. FORIERS et R. JAFFERALI, «La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées», in *La cession du fonds de commerce*, N. THIRION (éd.), Larcier, 2005, 19-22.
21. *Comp.*, plus hésitante, H. PEROZ, *art. cit.*, *J.C.P.*, N, 4 juin 2004, 1264 et aussi M. PERTEGAS SENDER et L. SAMYN, «Het toepasselijk recht op de verkoop van een in België gelegen onroerend goed», *Tijd. Verkoop Vastgoed*, 2006, (760), n° 17 (selon ces deux auteurs, lorsque deux personnes qui résident en Espagne, concluent un contrat relatif à la vente d'un immeuble situé en Belgique, la clause d'exception pourrait jouer). Dans le même sens, P. VLAS, «Over hypotheek op in het buitenland gelegen onroerend goed», in *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, A.A. VAN VELTEN *et al.* (éds.), Deventer, Kluwer, 1991, (239), 245 (M. Vlas indique que l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi néerlandais visant à ratifier la Convention de Rome se prononçait également en faveur de l'application de la clause d'exception lorsque la vente concerne deux personnes domiciliées aux Pays-Bas).

dont la loi est déclarée applicable²². Or le rattachement immobilier jouit par essence d'une assise importante.

A partir du 19 décembre 2009, les contrats de vente devront être examinés à la lumière des dispositions du Règlement Rome I. Le Règlement ne modifie pas les principes de base et en particulier la confiance accordée aux parties. Celles-ci pourront dès lors continuer à déterminer en toute liberté le droit applicable à leur convention. La règle applicable à défaut de choix subit par contre une modification, qui ne devrait toutefois pas avoir d'effet sur le résultat du raisonnement. Le Règlement «Rome I» écarte le recours au mécanisme de la présomption fondée sur la prestation caractéristique pour lui préférer la désignation directe du droit applicable. Selon l'article 4, § 1, al. 3 du Règlement, les contrats «ayant pour objet un droit réel immobilier» sont régis par la «*loi du pays dans lequel est situé l'immeuble*». Au contraire du mécanisme retenu par la Convention de Rome, cette règle ne constitue pas une présomption. Il s'agit d'une règle fixe, que ne peut écarter que la clause d'exception, par ailleurs confinée par le Règlement dans un rôle plus discret²³.

La loi ainsi déterminée a vocation à régir l'ensemble du statut contractuel. Parmi les questions visées, l'on notera classiquement les remèdes à disposition d'une partie en cas de défaillance de l'autre, les règles à suivre pour l'interprétation du contrat ou encore les règles relatives au paiement du prix – quel montant doit être payé, à quelle date et à quel lieu. Parmi les questions liées au paiement, l'on notera que la *lex contractus* gouverne également la possibilité de libeller le prix de vente dans une autre monnaie que l'euro²⁴. Ou encore, dans le cadre du compromis de vente, un acompte versé doit-il être tenu pour «*arrhes*» au sens de l'article 1590 du Code civil et faut-il considérer qu'il offre à l'acheteur une faculté de dédit?

Les modalités particulières de la vente seront également régies par la *lex contractus*. On pense par exemple à l'achat d'un bien immobilier avec pacte tontinier. Si deux personnes de nationalité belge souhaitent faire l'acquisition d'un immeuble situé en France et assortir cette acquisition d'une tontine ou d'une clause d'accroissement, il faudra se reporter à la loi applicable au contrat pour apprécier la validité et l'efficacité de la tontine²⁵.

22. Voy. les explications de P. REMY-CORLAY, «Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003, 37-76, spéc. pp. 41-53.

23. Sur les nouvelles limites de la clause d'exception, voy. P. LAGARDE et A. TENENBAUM, «De la Convention de Rome au règlement Rome I», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2009, (727), 738, n° 11.

24. A ce sujet, une distinction s'impose entre la monnaie de compte et la monnaie de paiement. La *lex contractus* n'a vocation à régir que la première question – à savoir si le contrat peut prévoir un prix libellé dans une autre monnaie que celle de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble. La monnaie de paiement échappe à la *lex contractus* proprement dite. Si une différence existe entre la monnaie de compte et la monnaie de paiement, l'on sera attentif à prévoir une clause de garantie de change.

25. En ce sens, M. REVILLARD, *op. cit.*, Defrénois, 2006, 465, n° 815 – exemple n° 208.

Le tout sous réserve bien entendu de l'ouverture de la succession de l'un des acquéreurs.

Par contre les aspects réels de la vente échappent à la *lex contractus*. L'exemple classique est celui du transfert de propriété, qui est réservé à la *lex rei sitae*²⁶.

Au total, en l'absence de choix par les parties, il est plus que probable que le contrat de vente suivra le sort fixé par les règles du lieu où l'immeuble est situé²⁷. Reste à déterminer quelle *forme* le contrat de vente international peut emprunter.

Section 2. Les exigences formelles du contrat de vente

§1. L'intervention du notaire et le recours à la forme authentique

Les conditions de forme des actes juridiques font l'objet d'une règle simple dans le droit international privé moderne. Le rattachement proposé et

26. On a parfois proposé de distinguer, à propos du transfert de propriété, les relations entre parties au contrat (qui pourrait continuer à bénéficier de la *lex contractus*) des relations entre tiers. Voy. par exemple les différentes règles retenues par la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, dont l'article 2 réserve à la loi du contrat certaines questions particulières relatives au transfert de propriété, tout en précisant en son article 3 que «le transfert à l'acheteur de la propriété sur les objets vendus à l'égard de toutes personnes autres que les parties au contrat de vente est régi par la loi interne du pays où sont situés ces objets au moment où se produit une réclamation les concernant». Voy. les explications de B. AUDIT, *op. cit.*, 619-620, n° 775 ainsi que P. LAGARDE, «Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem pour une convention mort-née», in *E Pluribus Unum. Liber Amicorum G.A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS *et al.* (eds.), The Hague, Martinus Nijhoff, pp. 135-151 et s.
27. A ce stade, il n'est point besoin de s'intéresser à l'impact possible des lois d'application immédiate. L'acquisition d'un immeuble ne fait pas en tant que telle l'objet de dispositions particulières qui mériteraient la qualification de loi de police. Toute autre est la situation de l'acquisition d'un immeuble à construire. L'on sait que dans de nombreux États, des dispositions impératives ont été adoptées pour protéger l'acquéreur (voy. l'aperçu comparatif magistral que livre B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe. Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, Bruylant/LGDJ, 2008, spéc. pp. 77-252). En Belgique, c'est la loi Breynne (Loi du 9 juillet 1971, *M.B.*, 11 septembre 1991) qui assure la protection de l'acquéreur sur plan. Selon la plupart des commentateurs, cette loi constitue une loi de police (voy. par ex. J.M. CHANTELE, «La Loi Breynne», in *Répertoire notarial*, t. VIII/6, 1996, Larcier, pp. 55-57 ainsi que J.-L. VAN BOXSTAEL et M. VERWILGHEN, 301, n° 81). Cette qualification de loi de police peut en appeler à l'économie générale de la loi (ainsi qu'à l'autorité de l'article 13, qui annule toutes les stipulations contractuelles contraires). Encore faut-il déterminer si elle s'applique à tous les immeubles situés en Belgique. L'article 1 de la loi Breynne énumère 5 conditions cumulatives pour que la loi s'applique. Il ne précise rien quant au champ d'application territorial de la loi. L'on peut cependant raisonnablement accepter que le législateur a voulu limiter l'application de la loi aux maisons ou appartements à construire en Belgique (en ce sens, M. PERTEGAS SENDER et L. SAMYN, *art. cit.*, n° 20). Pour une application, voy. Corr. Liège, 30 avril 1979, *J.L.M.B.*, 1978-79 (le juge refuse d'appliquer la loi Breynne à un immeuble situé en Espagne). *Comp.* avec les observations de J.-L. VAN BOXSTAEL et M. VERWILGHEN, 301, n° 81, note 122 – selon ces auteurs, l'on ne peut exclure que la loi Breynne puisse être appliquée à des contrats présentant d'autres liens étroits avec la Belgique que la localisation de l'immeuble.

en effet double : l'acte peut être validé par référence soit à la loi locale, soit à la loi qui lui est applicable²⁸. L'application de ce régime au contrat de vente d'un immeuble pourrait conduire à accepter que la vente d'un immeuble situé en Belgique pourrait valablement se faire sous seing privé, dès lors que la loi choisie par les parties pour régir la vente accepte ce formalisme restreint.

On conçoit qu'un tel libéralisme suscite d'importantes résistances. Celles-ci peuvent trouver appui sur une autre règle qui vise spécifiquement la forme des contrats portant sur un droit réel immobilier. L'article 9, §6 de la Convention de Rome prévoit en effet une règle dérogatoire, qui soumet de façon impérative le contrat aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé²⁹.

Est-ce à dire qu'il faudra nécessairement, s'agissant par exemple d'un contrat portant sur un immeuble situé en Belgique ou en France, faire appel aux services d'un notaire et faire constater la vente par acte authentique?

Pour s'en convaincre, il importe d'examiner de manière plus détaillée l'article 9, §6. Cette disposition limite de deux manières l'emprise des exigences de forme locales. D'une part, seules sont visées les règles de forme «*impératives*». Il faudra dès lors examiner parmi les exigences de forme celles qui peuvent prétendre à cette impérativité. En outre, seules s'imposent, en vertu de l'article 9, §6 de la Convention, les règles de forme qui «*s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond*». L'appréciation sera souvent délicate, notamment parce que dans bien des cas, le droit local qui impose le recours à une modalité formelle, ne se prononcera pas sur la question de savoir si la formalité imposée s'impose effectivement sans avoir égard au lieu de conclusion du contrat.

En pratique, il ne fait guère de doute que l'obligation d'adopter la forme authentique pour un contrat portant mutation immobilière – imposée tant en droit belge qu'en droit français³⁰ – répond à cette double condition. L'obligation de faire appel à un notaire et d'adopter la forme authentique pour un contrat de vente d'un bien immobilier ne peut être, ni en droit belge, ni en droit français, écartée par les parties. En outre, même si les dispositions imposant le recours à un acte authentique ne se prononcent guère sur ces questions, il est facile d'accepter que l'obligation de recourir à un acte authentique n'est fonction ni du lieu où le contrat est

28. Voy. par exemple l'article 9, §1 de la Convention de Rome.

29. La règle a été reprise en substance à l'article 11, §5 du Règlement Rome I. Cette disposition a substitué la référence aux règles de forme «*impératives*» par une description plus explicite puisque sont visées les règles de forme auxquelles il ne peut être dérogé par accord. Ce faisant, le risque de confusion avec les règles d'application immédiate, autrefois également désignées à l'aide de l'adjectif «*impératif*» est écarté.

30. En Belgique art. 1^{er} de la loi hypothécaire.

conclu, ni de la loi qui lui est applicable. Toute autre solution permettrait aux parties d'échapper trop aisément à l'obligation de recourir aux services du notariat.

L'on peut dès lors conclure que s'agissant de la vente d'un immeuble situé en Belgique ou en France, l'article 9, §6 de la Convention de Rome impose de faire constater la vente par acte authentique.

L'authenticité n'est toutefois pas le monopole d'un notariat particulier. Il est le privilège du notariat latin. Peut-on dès lors accepter qu'un acte de vente soit reçu par un notaire étranger, à condition, bien entendu, que selon le droit qui institue le notariat étranger, l'acte notarié possède un caractère authentique³¹? Avec M. Droz, l'on acceptera que s'il est possible de conclure un contrat de vente portant sur un immeuble situé en France par l'intermédiaire d'un notaire belge, cette possibilité présente d'importants inconvénients pratiques. Le notaire belge pourra en effet plus difficilement retracer l'origine du bien et s'assurer que le vendeur est bien propriétaire³². En outre, le notaire belge sera contraint de respecter les obligations imposées par la législation fiscale française. Enfin, comme le note Mme Révillard, il sera nécessaire de déposer l'acte au rang des minutes d'un notaire français pour qu'il puisse être publié en France³³. Convenons que ces obstacles pratiques rendent, sinon illusoire, du moins peu aisé le recours à un notaire belge. Il y a dès lors loin de la théorie – et en particulier de l'idée d'équivalence des actes reçu par un notaire latin – à la pratique.

Dès lors que l'acte authentique est reçu par un notaire, celui-ci devra impérativement respecter les règles de forme qu'impose sa loi organique³⁴. Ceci se déduit du principe général *auctor regit actum*, auquel la Convention de Rome, ni aucun instrument ultérieur n'a entendu déroger. C'est donc la loi de ventôse qui régira l'intervention du notaire belge³⁵.

Sans doute doit-on accepter que les exigences de forme imposées pour l'opposabilité d'un acte aux tiers, font l'objet d'un raisonnement différent. Comme l'écrit Mme Révillard, les formalités de publicité foncière suivront toujours le lieu de situation de l'immeuble³⁶. Ces exigences de

31. L'on sait que dans certains cantons suisses, un contrat relatif à un immeuble doit toujours être passé devant un officier public local. Là n'est pas la portée de l'article 9, §6 de la Convention.

32. G.A.L. DROZ, «L'activité notariale internationale», *Rec. Cours*, 1999, t. 280, (9-134), 52, n° 40.

33. M. REVILLARD, *op. cit.*, Defrénois, 2006, 467, exemple 210.

34. En ce sens, G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Story-scientia, 1989, 18, n° 30.

35. En France, l'on se référera surtout au décret du 2 novembre 1971, n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires (*J.O.*, 3 décembre 1971).

36. M. REVILLARD, *op. cit.*, Defrénois, 2006, 466, n° 816. Dans le même sens, J.-F. SAGAUT, *art. cit.*, 61.

forme imposées pour l'opposabilité aux tiers échappent à la catégorie contractuelle pour ressortir à la *lex rei sitae*^{37,38}.

Un régime différent est applicable au *compromis de vente*. Pour autant qu'une distinction soit faite entre deux stades dans l'acquisition, le droit comparé révèle que le premier instrument ne doit généralement pas emprunter la forme authentique. La forme est donc libre, ce qui exclu l'application de l'article 9, §6 de la Convention. A défaut, il convient de revenir au régime général qui donne aux parties le choix entre les exigences de forme du lieu de conclusion du compromis ou celles imposées par la loi qui le régit au fond³⁹. On en déduira qu'un compromis de vente signé en Belgique, mais relatif à un immeuble situé en France, peut valablement être conclu s'il répond aux exigences posées par la loi belge – qui n'en n'impose guère. Les parties peuvent également choisir de respecter les exigences formelles posées par la loi française si celle-ci régit le contrat⁴⁰.

L'on notera que l'article 9 de la Convention de Rome est également applicable aux actes juridiques unilatéraux, du moins ceux qui sont relatifs à un contrat à conclure⁴¹.

§2. Les exigences linguistiques

Les opérations immobilières franco-belges suscitent peu de difficultés sous l'angle des contraintes linguistiques, la langue française possédant dans les deux Etats une reconnaissance officielle. Il importe toutefois de rappeler quelques principes généraux; ne fut-ce que parce que certains intervenants pourraient ne pas posséder une maîtrise suffisante de la langue française⁴².

37. En ce sens M. PERTEGÁS SENDER et L. SAMYN, *art. cit.*, n° 27; I. COUWENBERG et H. VAN HOUTTE, «Recht van toepassing op specifieke aspecten van de overeenkomst», in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et al. (éds.), Leuven, 1997, (311), 313, n° 11.4.

38. L'emprise de la loi locale sera beaucoup plus importante dans les systèmes qui imposent le recours à un officier public local pour les contrats relatifs à un immeuble, comme dans certains cantons suisses. Voy. sur ce point G.A.L. DROZ, *op. cit.*, *Rec. Cours*, 1999, t. 280, (9-134), 52, n° 40. M. Droz distingue clairement les formalités relatives au transfert de propriété, qui requièrent l'intervention d'un officier public et pour lesquelles la force attractive de la *lex rei sitae* est très grande, du contrat lui-même, qui peut être rédigé à l'étranger.

39. Art. 9, §1^{er} de la Convention de Rome. L'article 11, §1 du Règlement Rome I n'a pas modifié cette solution.

40. Jusqu'au 31 décembre 2005, l'article 1840A du Code général des impôts en vigueur en France frappait de nullité «toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble... si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seings privés enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire». Pour une application de cette disposition aujourd'hui disparue, voy. Mons, 20 novembre 1991, *Rev. not. b.*, 1993, 300.

41. A. GIULIANO et P. LAGARDE, «Rapport sur la Convention de Rome du 19 juin 1980», *J.O.C.E.*, 31 octobre 1980, p. C-282/28, qui mentionne l'offre, l'acceptation ou encore la promesse de contrat.

42. Qui font l'objet de commentaires détaillés par M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, 276 et s., n^{os} 26 et s.

Le point de départ est que l'usage des langues est libre dans le notariat. Comme l'expliquent MM. Verwilghen et van Boxstael, les relations notariales sont d'abord et avant tout des rapports entre personnes privées qui sont dans cette mesure tout à fait libres et non soumises directement à la législation sur l'emploi des langues en matière judiciaire et administrative⁴³. Il s'en déduit, comme le soulignent ces mêmes auteurs, que «*les actes notariés, qui relèvent du commerce juridique privé, peuvent être rédigés indifféremment dans la langue choisie par les parties*»⁴⁴. L'on pourrait dès lors imaginer qu'un acte de vente reçu par un notaire belge et portant sur un immeuble situé en France, soit rédigé en anglais parce que tant le vendeur que l'acheteur maîtrisent cette langue et non l'une des langues nationales belges.

Force est toutefois de reconnaître que la liberté de principe connaît d'importantes réserves en pratique. La première tient à un ancien arrêté royal du 4 juin 1830 sur l'emploi des langues usitées en Belgique, dont l'article 1^{er} précise que la langue employée dans l'acte doit être connue tant du notaire que des parties⁴⁵. Si le notaire prête son concours à un acte rédigé en langue anglaise, il faudra qu'il possède une maîtrise suffisante de cette langue.

En outre, le notaire doit tenir compte du sort que connaît l'acte qu'il reçoit. Un acte de vente est prioritairement destiné à être soumis aux formalités de l'enregistrement et de la transcription dans les registres de la conservation des hypothèques. Dans cette mesure, il faudra nécessairement tenir compte des limitations qu'impose la législation relative à l'emploi des langues dans le cadre de la conservation des hypothèques. Selon l'article 3 du Code des droits d'enregistrement, seuls les actes rédigés dans une des langues nationales sont reçus à la formalité de l'enregistrement sans traduction. Si l'acte n'a pas été rédigé en français, néerlandais ou en allemand, le conservateur a la possibilité d'exiger une traduction certifiée par un traducteur juré. Il en va de même des actes qui doivent être transcrits dans les registres de la conservation des hypothèques.

Dans cette mesure, il convient pour ces actes d'anticiper la difficulté et de prévoir, en temps utile, une traduction dans l'une des trois langues nationales⁴⁶.

43. M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (263), 277, n° 26.

44. M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (263), 277, n° 27.

45. A.R. du 4 juin 1830 contenant des modifications aux dispositions existantes au sujet des diverses langues en usage dans le Royaume, *Pas.*, 1830, 466. L'article 1^{er} dispose que «*Tous actes, soit authentiques, soit sous seing privé, sans distinction, pourront, à l'avenir, dans toute l'étendue du royaume, être rédigés dans la langue dont les parties intéressées désirent qu'il y soit fait usage, pourvu, quant aux actes authentiques, que cette langue soit connue tant des officiers publics devant lesquels ils sont passés, que des témoins.*»

46. L'on ajoutera que lorsque l'une des parties à l'acte est une administration publique ou une émanation de l'autorité publique, il s'impose (selon l'arrêté royal du 18 juillet 1966 portant coordination des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, *M.B.*, 2 août 1966), le notaire doit retenir pour la rédaction de l'acte la langue (ou l'une des langues) officielle(s) de l'administration concernée.

Enfin, lorsque l'acte que reçoit le notaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure judiciaire – par exemple la vente d'un immeuble sous le couvert d'une autorisation de justice ou en présence d'une autorité judiciaire – l'on peut se demander si le notaire doit être considéré comme un auxiliaire de justice, auquel cas il serait lié par les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire. Qu'en est-il par exemple de l'acte de partage que reçoit le notaire commis à cet effet par une décision judiciaire⁴⁷ ?

L'exigence posée par l'article 12 de la loi Ventôse, qui impose au notaire de commenter l'acte qu'il reçoit, ne constitue par contre pas une limitation à l'emploi des langues dans la rédaction des actes notariés, en tout pas une limitation directe. Rien n'empêche en effet le notaire de rédiger un acte dans une langue et d'en faire le commentaire aux parties dans une autre qu'ils comprennent. A ce titre, l'on ne voit d'ailleurs pas ce qui interdirait au notaire de se faire assister par un interprète pour effectuer le commentaire de l'acte⁴⁸.

L'on notera que le régime linguistique applicable en France est beaucoup plus strict. La rédaction des actes notariés dans une autre langue que le français est en effet interdite. L'interdiction est fondée sur les articles 110 et 111 de l'ordonnance de Villers-Cotterêt du 15 août 1539, et a été confirmée par un arrêté consulaire du 24 prairial an XI, toujours en vigueur aujourd'hui⁴⁹. Cette interdiction se justifie par l'obligation qui est faite à l'officier public de pouvoir vérifier personnellement la teneur des déclarations qu'il reçoit des parties. Le praticien notera cependant que la violation de ces dispositions n'entraîne pas la nullité de l'acte, qui vaudra comme acte sous seing privé⁵⁰.

Section 3. Les parties à l'acte

L'acte notarié de vente doit bien entendu identifier les parties et tenir compte des éventuelles restrictions à l'autonomie de celles-ci. La première opération, celle de l'identification précise des parties, voire de la certification de certains éléments d'identité, ne suscite pas de difficultés propres à la matière immobilière. Il peut dès lors être renvoyé, pour les principes qui

47. MM. Verwilghen et van Boxstael répondent par la négative : M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEEL, *art. cit.*, (263), 277, n° 28.

48. En ce sens déjà, voy. F. RIGAUX, «Le rôle social du notaire vis-à-vis de l'étranger», *Congrès des notaires de Belgique*, 1957, 135, n° 31. Voy. toutefois l'article 972 C. civ. à propos du testament authentique qui doit être dicté par le testateur et écrit par le notaire tel qu'il est dicté.

49. Et dont l'application s'impose au titre de l'article 9, §6 de la Convention de Rome, voy. J.-F. SAGAUT, *art. cit.*, 61.

50. Selon Mme M. REVILLARD, *op. cit.*, Defrénois, 2006, 468, n° 819, note 54.

y sont applicables, aux exposés généraux disponibles dans les manuels classiques⁵¹.

Il en va de même du régime matrimonial des parties à l'acte. Ce régime peut s'avérer déterminant lorsque l'acheteur et/ou le vendeur sont mariés et ce à deux titres. D'une part, certains systèmes imposent à tous les époux, qu'ils aient ou non conclu un contrat pour régir leurs relations patrimoniales, une limitation importante de la capacité de disposer, à titre gratuit ou à titre onéreux, de l'immeuble qui accueille la famille⁵². Ces dispositions ont vocation à s'emparer de manière directe de l'ensemble des opérations relatives aux familles établies sur le territoire national. Elles ne peuvent être écartées sur base du choix par les parties, dans le contrat de vente ou pour régir les relations patrimoniales entre époux, d'une loi étrangère. Le notaire belge devra dès lors être particulièrement attentif aux limites imposées. Il le sera d'autant plus que l'article 48, §3 du Code de droit international privé retient un rattachement territorial qui a pour résultat de soumettre au droit belge, et donc à l'article 215 du Code civil, l'ensemble des biens immobiliers situés en Belgique, qui servent de logement principal à la famille.

D'autre part, le régime applicable aux époux peut également contenir des restrictions. L'exemple le plus connu des praticiens belges est sans nul doute l'article 1418, §1 lit. a du Code civil⁵³. Cette disposition fait partie du régime légal. Pour déterminer si elle a vocation à limiter la liberté du vendeur, il faut tout d'abord s'interroger sur le régime matrimonial applicable aux époux. Les principes sont bien connus⁵⁴. Ils ne suscitent guère de difficultés propres à la matière immobilière.

Reste à se pencher sur la capacité des parties et en particulier sur la vente d'un immeuble appartenant à un incapable. La question est bien connue.

51. Voy. notamment l'exposé détaillé donné par M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (263), 278-285, n° 32 et s. Pour un exposé français, voy. Ch. BIDAUD-GARON, « Identité des parties et actes de l'état civil étrangers », *Droit & Patrimoine*, juin 2007, Dossier Acquisition d'un immeuble en France par un étranger, 44-51.

52. L'on pense évidemment à l'article 215 du Code civil belge. En France, voy. l'article 215, §3 du Code civil.

53. En France, l'article 1424 du Code civil limite son emprise aux seuls biens immobiliers qui dépendent de la communauté.

54. Ils ont fait l'objet de nombreux commentaires à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé. On se reportera principalement aux observations de J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le régime matrimonial dans l'espace-temps. Brève excursion à travers les planètes », *Rev. not. b.*, 2006, 310-336. *Adde* les commentaires de Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 647-690; F. DE BOCK, « Le régime matrimonial dans le nouveau Code de droit international privé » in X., *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, 2006, 11 p.; V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het huwelijksvermogensrecht in het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Not. Fisc. M.*, 2005, 227-250 et F. BOUCKAERT, « Het internationaal huwelijksvermogensrecht en het voorontwerp van IPR-Wetboek : oude wijn in nieuwe zakken of jonge wijn in nieuwe zakken? », in *Liber amicorum Christian de Wulf*, Die Keure, 2003, 373-393.

Elle a fait l'objet d'un grand nombre d'écrits⁵⁵. L'on notera que la question a fait l'objet de développements nouveaux avec l'entrée en vigueur d'une part du Règlement dit «Bruxelles II bis» – qui traite non seulement du divorce, mais aussi de la responsabilité parentale, et d'autre part du Code de droit international privé. Le premier instrument peut être utilement consulté pour déterminer si les juridictions belges peuvent connaître d'une demande d'autorisation de vente d'un bien appartenant à un mineur incapable⁵⁶. L'on retiendra que dès lors que le mineur réside habituellement en Belgique, l'article 8 du Règlement permet aux juridictions belges de se prononcer⁵⁷. Ceci laisser entier la question de la détermination de la compétence du juge belge lorsque le bien est situé en Belgique, mais que le mineur n'y réside pas. On notera aussi que le Code de droit international privé prévoit des règles de compétence plus larges.

Pour déterminer le droit applicable aux mesures de protection de l'incapable, mineur et majeur, l'article 35 du Code retient, non plus le droit de la nationalité de l'incapable, mais bien le droit de sa résidence habituelle⁵⁸. Ceci permettra, dans bien des cas, au notaire belge de retenir l'application de la loi belge⁵⁹.

55. Voy. notamment les travaux du Professeur Jean-Louis van Boxstael: J.-L. VAN BOXSTAEL, «L'administration de la personne et des biens des incapables», in *Relations familiales internationales*, Bruylant, 1993, 193-234 et du même, «Le patrimoine du mineur dans les relations internationales. D'un régression de la nationalité en droit international privé», *L'enfant et les relations familiales internationales*, J.-L. RENCHON (éd.), Bruylant, 2003, 265-291. *Addé*, toujours du même, «Sur la compétence internationale pour autoriser la vente d'un bien sis en Belgique appartenant à des mineurs français», *Rev. not. b.*, 2002, 622-626.
56. Il ne fait pas de doute que le Règlement vise non seulement les questions de droit familial proprement dites, mais aussi les «mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens (voy. l'article 1, 2° du Règlement). L'attendu n° 9 du Préambule du Règlement ajoute, pour dissiper tous les doutes, que «En ce qui concerne les biens de l'enfant, le présent règlement ne devrait s'appliquer qu'aux mesures de protection de l'enfant, c'est-à-dire : i) à la désignation et aux fonctions d'une personne ou d'un organisme chargé de gérer les biens de l'enfant, de le représenter et de l'assister et ii) aux mesures relatives à l'administration, à la conservation ou à la disposition des biens de l'enfant. Dans ce contexte et à titre d'exemple, le présent règlement devrait s'appliquer aux cas dans lesquels les parents sont en litige au sujet de l'administration des biens de l'enfant. Les mesures relatives aux biens de l'enfant qui ne concernent pas la protection de l'enfant devraient continuer à être régies par règlement (CE) n° 44/2001...».
57. L'on notera que cette compétence coïncidence avec la compétence territoriale interne en matière de tutelle puisque, selon l'article 390 C. civ., la compétence pour l'organisation et la surveillance de la tutelle incombe «au juge de paix du domicile du mineur, tel qu'il est déterminé par l'article 36 du Code judiciaire, ou, à défaut de domicile, au juge de paix de la résidence du mineur».
58. Il n'est donc plus nécessaire d'avoir recours à des solutions «créatives» pour contourner l'application de la loi nationale (recours au renvoi, qualification excessive de certaines dispositions du droit belge de lois d'application immédiate, etc.). De même il ne sera plus besoin de s'attarder sur les règles relatives aux conflits de nationalité (dans le cadre de la protection de l'incapable, ces règles avaient donné lieu à une jurisprudence intéressante qui permettait de retenir la nationalité étrangère d'une personne qui était également belge, au nom d'une solution dite «fonctionnelle» du conflit de nationalité, voy. Civ. Bruxelles, 28 février 2001, *J.T.*, 2001, 550, note H. BOULARBAH : application de la loi française pour se prononcer sur la vente de gré à gré d'un terrain situé en Belgique appartenant à un mineur ressortissant français qui possédait également la nationalité belge).
59. Sur les difficultés suscitées par l'application d'un droit étranger lorsque le mineur réside p. ex. habituellement en France, voy. l'avis n° 6350 du Comité d'études et de législation, *Travaux 2006-2007*, Bruylant, 2008, 580 et s.

Chapitre 2. *Le financement de la vente*

Le financement d'une opération immobilière se conçoit généralement, ne fut-ce que pour des raisons fiscales, par le biais d'un emprunt, portant sur la totalité ou au moins une partie de la valeur du bien faisant l'objet de l'acquisition. Pour des raisons évidentes, l'emprunteur souhaitera se réserver certaines garanties afin d'assurer le remboursement par le débiteur de ses obligations. Une double dimension se dégage dès lors : à côté du contrat de prêt (section 1), il faut également examiner les garanties du crédit (section 2).

Cette analyse doit tenir compte du développement croissant du crédit transfrontière. Poussé par une concurrence accrue, les établissements de crédit ont mis à profit la libre circulation des capitaux et surtout la liberté d'établissement garantie par le droit européen. Il n'est plus rare aujourd'hui qu'une opération immobilière à première vue strictement belge – acheteur et vendeur établi en Belgique où le bien est situé – se déroule à l'aide d'un crédit octroyé par un établissement de crédit étranger. Si la conclusion d'un contrat de prêt ne pose dans cette situation guère de difficultés, le volet « garanties » peut s'avérer plus délicat à mettre en œuvre puisque le prêteur étranger devra, en principe se satisfaire des garanties que connaît l'Etat du lieu de situation de l'immeuble. En outre, l'évaluation de la valeur du bien qui constitue le gage ainsi que de la solvabilité de l'emprunteur peut s'avérer plus difficile.

Une autre hypothèse est celle où l'emprunteur et le prêteur sont établis dans le même Etat, l'élément international étant la situation de l'immeuble. L'on pense à l'acquisition par une personne établie en Belgique, d'une maison située en France, grâce à l'appui d'un établissement bancaire belge⁶⁰. Il est sans doute plus facile à l'établissement de crédit d'évaluer dans cette hypothèse la situation financière de l'emprunteur – importance du patrimoine et des revenus – avant d'octroyer le prêt. Cette hypothèse soulève par contre d'autres difficultés, qui tiennent principalement à l'octroi par l'emprunteur d'une garantie liée au bien qui fait l'objet de l'opération.

60. Voy. par ex. l'offre d'un établissement bancaire néerlandais qui vise spécifiquement à permettre l'acquisition d'un bien immobilier situé à l'étranger : www.ing.nl/particulier/hypotheken/hypotheekvormen/speciale-hypothek/buitenlandhypothek.aspx.

Dans tous les cas de figure, il faudra tenir compte de l'importante diversité des réglementations nationales du crédit hypothécaire⁶¹, que l'entreprise d'harmonisation européenne n'a pas (encore?) contribué à réduire.

Section 1. Le contrat d'emprunt

Le contrat d'emprunt répond en principe aux canons du contrat international. A ce titre, il peut être analysé en faisant appel au raisonnement classique (§1). Cette analyse ne suffit toutefois pas à épuiser les difficultés nées. Il faut également tenir compte d'éléments susceptibles de perturber le raisonnement classique (§2).

§1. L'application du raisonnement classique

Comme tous les contrats internationaux, le contrat d'emprunt obéit à la loi d'autonomie⁶². Il faut dès lors examiner si les parties ont choisi de soumettre leur contrat expressément à une loi donnée. L'expérience apprend que dans la toute grande majorité des cas, c'est sur la loi de l'établissement de crédit que le choix des parties se sera porté⁶³. Rien n'interdit toutefois aux parties d'opter pour une autre loi, voire même de choisir la loi d'un Etat tiers pour régir le prêt.

A défaut de choix explicite par les parties d'une loi⁶⁴, il faut s'en remettre aux règles subsidiaires. Celles-ci prescrivent l'application de la loi du débiteur de la prestation caractéristique. Dans les relations bancaires, l'on enseigne souvent que c'est l'intervention de la banque qui singularise le contrat⁶⁵. Il faudrait dès lors retenir la loi de l'établissement bancai-

61. Voy. l'aperçu synthétique donné par P.-A. GIRARD et B. PACAUD, «Les crédits hypothécaires transfrontaliers», *J.C.P.*, N., 2000, 853 et s. Pour une comparaison détaillée du droit du crédit hypothécaire dans les pays européens, voy. les très riches observations de E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, thèse ULB 2008, à paraître aux Editions Bruylant – C.H. Beck, 2009, n^{os} 68 et s.
62. Nous n'aborderons pas la question de la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs au contrat d'emprunt. Voy. l'aperçu très complet des difficultés suscitées par le cadre européen en vigueur actuellement in E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire...*, *op. cit.*, thèse ULB 2008, à paraître aux Editions Bruylant – C.H. Beck, 2009, n^{os} 295 et s.
63. Voy. p. ex. Cass. fr., 1^{re} civ., 19 janvier 1999, *J.C.P.*, G, 2000, 256 (en l'espèce deux époux suisses avaient obtenu un important emprunt d'une banque suisse pour financer l'acquisition d'immeubles situés en France. L'emprunt était expressément soumis au droit suisse).
64. Selon Mme Revillard, il est rare en pratique qu'un contrat de prêt établi par une banque ne désigne pas la loi applicable au contrat : M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, (524), 525, n^o 10.
65. Voy. par ex. R. DE WIT, «Internationaal privaatrechtelijke aspecten van kredietovereenkomsten», in *Les relations contractuelles internationales – le rôle du notaire*, Maklu, Anvers, 1995, (337), 352, n^o 12 et J. STOUFFLET, «Banque et opérations de banque – statut bancaire en droit international – conflits de lois», in *JurisClasser Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 120, 2007, n^o 58 – qui évoque le «rôle primordial» de la loi de la banque.

re⁶⁶⁶⁷. La circonstance que les fonds prêtés sont immédiatement transférés à l'étranger, n'est pas de nature à modifier ce raisonnement⁶⁸.

Si ce raisonnement peut s'avérer juste dans le cas d'un crédit simple – opération par laquelle l'établissement bancaire met à disposition d'un emprunteur une somme d'argent à charge pour cette dernière de rembourser le montant sur une période donnée⁶⁹ – il appelle certaines nuances. La première tient au fait que dans d'autres opérations bancaires, le rôle décisif ne sera pas assumé par la banque, mais par la contrepartie⁷⁰. Cette nuance n'a que peu de prises sur la plupart des opérations de crédit destinées à financer un immeuble, qui se déclinent sur un mode somme toute assez simple – remise des fonds contre obligation de rembourser sur une période plus ou moins longue le capital avec des intérêts. La seconde nuance, plus importante pour la question des opérations immobilières transfrontières, tient au fait que l'article 4, §2 de la Convention de Rome permet de modaliser le rattachement selon l'établissement qui est directement concerné par l'opération. En principe, c'est la loi de l'établissement principal de la banque qui est décisif⁷¹. Lorsque le contrat appelle cependant l'intervention d'un autre établissement, il est permis de rattacher le contrat à cette loi.

Cette possibilité pourra utilement s'appliquer lorsqu'un crédit est octroyé à l'intervention d'une succursale d'un établissement de crédit étranger. Imaginons qu'un ressortissant allemand qui réside en Belgique, souhaite acquérir une maison de vacances en France. S'il fait appel pour le financement à la succursale bruxelloise d'un établissement de crédit allemand, il n'est pas exclu que le prêt soit *in fine* régi par le droit belge⁷². Les fonds

66. L'on aura soin de ne pas se laisser influencer par la destination du montant emprunté. Que l'emprunteur souhaite utiliser le montant faisant l'objet de l'emprunt pour procéder à l'acquisition d'un immeuble, ne permet pas de conclure que le contrat d'emprunt a pour objet un droit réel immobilier au sens de l'art. 4, §3 de la Convention de Rome. En ce sens notamment J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 161 – qui note que «Le crédit immobilier n'a pas pour objet un droit réel. Il ne vise pas plus un droit d'utilisation de l'immeuble qui le ferait tomber dans le champ de la présomption en faveur de la loi du pays de l'immeuble», conformément à l'article 4, paragraphe 3, de la Convention de Rome».

67. Voy. par. ex. CA Aix-en-Provence, 24 nov. 2005, *Sté Zem Investissement Holding Berhard c. Sagun*, cité par J. STOUFFLET, *op. cit.*, in *JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 120, 2007, n° 161 (application de la loi malaisienne à un contrat de prêt consenti par une banque située en Malaisie).

68. En ce sens, M. REVILLARD, *op. cit.*, Defrénois, 2006, 491, n° 859.

69. Dans ce cas, la prestation caractéristique est incontestablement la remise des fonds ou leur mise à disposition de l'emprunteur, comme le notent par exemple F. BOUCKAERT, «Les prêts transfrontaliers garantis par hypothèque. Esquisse de solution», in *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer à l'occasion du 125^{ème} anniversaire de la revue du notariat belge*, D. STERCKX et J.-L. LEDOUX (éds.), Bruylant, 2000, (79), 81, n° 3 et E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire... op. cit.*, thèse ULB 2008, à paraître aux Editions Bruylant – C.H. Beck, 2009, n° 307. Voy. aussi J.-M. JACQUET, v° Prêt, *Rép. Internal. Dalloz*, 1998, n° 11-1.

70. Voy. les explications de B. SOUSI-ROUBI, «La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires», *D.*, 1993, Chron., (183), 185.

71. La Convention utilise le critère de «l'administration centrale».

72. En ce sens, B. SOUSI-ROUBI, *art. cit.*, *D.*, 1993, Chron., (183), 185.

seront en effet directement mis à disposition de l'emprunteur par la succursale. C'est d'ailleurs cette succursale qui s'emploiera le plus souvent à constituer le dossier et à vérifier la solvabilité de l'emprunteur.

Doit-on nuancer encore le raisonnement et tenir compte, comme le proposent certains, du pouvoir d'attraction du lieu de situation de l'immeuble? M. Vignal en particulier, a suggéré que la «*soumission pure et simple du contrat à la loi de l'établissement principal du débiteur de la prestation caractéristique, c'est-à-dire de l'établissement de crédit, méconnaît qu'il s'agit d'un contrat immobilier, dans lequel... le lieu de situation de l'immeuble ne constitue pas un critère exclusif... mais joue tout de même un rôle essentiel*»⁷³. Sur cette base, M. Vignal propose de ne pas exclure que le contrat d'emprunt puisse être, à défaut de choix par les parties, soumis à une autre loi que celle de l'établissement de crédit, notamment lorsque les emprunteurs résident dans l'Etat où est situé l'immeuble qu'ils souhaitent acquérir. Cette suggestion peut s'appuyer sur la clause d'exception que retient l'article 4, §5 de la Convention de Rome. Il faut cependant garder à l'esprit que l'application de cette clause suppose, en premier lieu, que soit démontré que la loi normalement applicable, par hypothèse, la loi de l'établissement de crédit, ne possède qu'un rattachement très faible à l'opération contemplée. Or la règle de rattachement permet déjà de tenir compte de la réalité du rattachement à la loi de l'établissement bancaire puisque lorsque celui-ci intervient par le biais d'une succursale locale, il est permis de retenir la loi de cette dernière. Le mécanisme de la clause d'exception ne pourrait dès lors intervenir, si l'on comprend bien la suggestion de M. Vignal, que lorsque le contrat de prêt a été conclu directement par l'établissement de crédit. Avant même de déterminer si le rattachement à la loi du lieu de l'immeuble présente une force particulière, il faut encore convaincre que l'application de la loi de l'établissement bancaire ne répond pas à l'impératif de proximité. En outre, il est généralement accepté que la recherche de la loi applicable au contrat d'emprunt doit être faite indépendamment de la loi applicable au contrat d'hypothèque⁷⁴. Au total, la suggestion de M. Vignal ne convainc donc guère⁷⁵.

La solution ne sera pas modifiée par l'entrée en vigueur du Règlement Rome I. Si celui-ci confine la doctrine de la prestation caractéristique du contrat à un rôle subsidiaire, la solution retenue de façon générale pour les contrats de prestation de service, au rang desquels il faut compter le

73. T. VIGNAL, note sous Cass. fr. 1^{re} civ., 19 janvier 1999, *J.C.P.*, G, 2000, 256.

74. *Infra* sur la distinction entre les deux opérations. *Adde* sur ce point J. STOUFFLET, *op. cit.*, JurisClassEUR, Banque – Crédit – Bourse, 2007, n° 161.

75. M. Vignal a par ailleurs suggéré de *lege feranda* des solutions nouvelles pour le rattachement du crédit hypothécaire à défaut de choix de loi, voy. T. VIGNAL, «Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé», in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz/Litec, 1999, (545-557), spéc. pp. 547-555.

contrat de prêt⁷⁶, coïncide avec la solution en vigueur sous l'empire de la Convention de Rome. C'est en effet la loi du prestataire de services qui est retenue par l'article 4, §1 lit. b. du Règlement. La définition de la résidence habituelle qui figure à l'article 19 du même Règlement permettra de tenir compte du rôle joué par une succursale locale de l'établissement bancaire, comme c'était déjà le cas sous l'empire de la Convention de Rome⁷⁷.

§2. Les éléments perturbateurs

La présentation générale qui précède doit faire l'objet d'importantes nuances. Les prêts servant à financer l'acquisition d'un bien immobilier font en effet l'objet, dans de nombreux Etats, de règles particulières destinées à protéger l'emprunteur. Ces règles ont vocation à s'imposer aux contrats d'emprunt, même lorsqu'ils possèdent une dimension internationale. Il faut dès lors s'interroger sur l'impact des lois d'application immédiate en vigueur tant en Belgique qu'en France (1). Pour compléter l'analyse, l'on se demandera ensuite si l'emprunteur peut bénéficier, en tant que consommateur, d'un régime de protection particulier (2).

1. L'application impérative de dispositions nationales

Quiconque se penche aujourd'hui sur le crédit immobilier doit tenir compte de dispositions particulières dérogatoires du droit commun du crédit⁷⁸. En Belgique, il est communément accepté que les dispositions de la loi du 4 août 1992 ont vocation à s'appliquer de façon directe et immédiate dans les espèces internationales⁷⁹. L'article 1^{er} de la loi traduit bien cette revendication d'application immédiate, qui précise que les dispositions s'appliquent dès lors que l'emprunteur réside habituellement en

76. Voy. par exemple les commentaires de T. AZZI, «La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I», *D.*, 2008, (2169), 2172, n° 12, qui explique que la qualification du contrat de prêt est incertaine dans la mesure où au-delà du service, ce contrat porte sur une chose. M. Azzi convient cependant qu'il est opportun d'opter pour une acceptation large de la catégorie des contrats de service.

77. Quant à la forme que doit revêtir le contrat d'emprunt, il faut s'en référer à la règle générale de l'article 9 de la Convention de Rome, qui se démarque d'une conception stricte fondée sur l'adage *locus regit actum*. *Comp.* avec T. VIGNAL, «Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé», in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz/Litec, 1999, (545), 547 (selon M. Vignal, le crédit immobilier a pour objet un droit réel immobilier «si on le considère dans ses liens avec la vente», ce qui justifie l'application de la solution dérogatoire prévue à l'article 9, §6).

78. Pas encore d'harmonisation européenne.

79. Voy. par ex. R. DE WIT, *art. cit.*, Maklu, Anvers, 1995, (337), 356, n° 15; F. BOUCKAERT, *art. cit.*, 82, n° 5. *Comp.* toutefois avec E. BODSON et W. DEVROE, «Tweespraak. Internationale privaatrechtelijke aspecten van de nieuwe Belgische Wet op het Hypothecair Krediet», *T.R.V.*, 1993, 320-325, spéc. pp. 324-325 – ces deux auteurs estiment que les dispositions de la loi sur le crédit hypothécaire ne sont pas nécessairement d'application immédiate au sens de l'article 7 de la Convention de Rome.

Belgique, pour autant que l'organisme de financement soit lui aussi établi en Belgique ou qu'il ait diffusé en Belgique une publicité qui ait attiré l'attention du candidat-emprunteur⁸⁰. Il est intéressant de noter que le législateur belge n'a pas entendu limiter l'application de la loi aux seules opérations portant sur des biens situés en Belgique.

En France, c'est à la loi *Scrivener* qu'il revient d'avoir imposé un cadre contraignant pour les opérations de crédit hypothécaire⁸¹. La jurisprudence accepte sans difficulté que les dispositions de cette législation constituent des lois d'application immédiate⁸². Pour autant, le champ d'application international de cette loi se laisse difficilement cerner. Les dispositions relatives au champ d'application ne permettent en effet pas de déterminer avec précision à quelles situations la loi entend être appliquée⁸³. On trouve certes dans la loi une disposition aux termes de laquelle les règles qu'elle met en place sont d'ordre public⁸⁴. La seule disposition qui s'intéresse aux opérations à dimension internationale, concerne la publicité qui peut être faite pour un emprunt immobilier⁸⁵. L'absence de précision expresse dans le texte a soulevé de nombreuses questions⁸⁶. Il

80. Le législateur a justifié cette délimitation du champ d'application de la loi du 4 août 1992 en expliquant que « *Ratione personae*, les règles de la Convention de Rome régissant le droit applicable aux relations contractuelles... ont été reprises de façon explicite. Cela rend possible la coordination européenne... Comme un régime de protection présente un caractère lié à la personne, il a été pris comme point de départ la résidence habituelle de l'emprunteur et non la localisation du bien donné en hypothèque... la législation belge peut également être d'application aux crédits dont le gage est situé à l'étranger. Les prêteurs étrangers sont soumis à cette législation quand l'emprunteur est sollicité en Belgique sur le plan commercial et lorsque l'emprunteur a accompli en Belgique les transactions précontractuelles » (Exposé des motifs, projet de loi relatif au crédit hypothécaire, *Doc. Parl.*, Chambre, n° 1742/1, SO 1990-1991, 28 août 1991, p. 3).
81. Relevons que la loi dite « *Scrivener* » du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection de l'emprunteur dans le domaine immobilier (*J.O.*, 14 juillet 1979) a été intégrée dans le Code de la consommation (art. L-312-1 et s.). Cette loi impose un formalisme certain pour la conclusion du contrat – l'offre de prêt doit contenir une information précise et complète sur le prêt et notamment un échéancier des amortissements, une information sur le coût total du crédit, son taux effectif global et le coût des garanties. Ces informations doivent être adressées par voie postale au candidat emprunteur qui ne peut accepter l'offre qu'après un délai de réflexion de dix jours. Le contrat fait également l'objet de nombreuses stipulations. Relevons que l'indemnité de remboursement anticipé est plafonnée à 3% du capital restant dû. Enfin, les différentes dispositions font l'objet de sanctions importantes, qui prennent d'une part la forme de sanctions pénales et d'autre part de sanctions civiles – notamment la déchéance du droit aux intérêts.
82. Voy. par exemple CA Colmar, 17 octobre 2001, *D.*, *Jurisp.*, 2002, 2932 et CA Colmar, 18 févr. 2004, *Raspiller et Eurohypo*, *D.*, 2004, *Jurisp.*, 1898, obs. V. AVENA-ROBARDET – la Cour précise que la loi *Scrivener* « est incontestablement une loi de police en droit français ». En doctrine, cette qualification ne semble pas être contestée, voy. par ex. M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Défrenois*, 1999, 526, n° 13. Selon plusieurs décisions françaises, cette même loi ne relèverait pas de l'ordre public international (par ex. : TGI Strasbourg, 13 sept. 2001, *D.*, *Jurisp.*, 2002, 2933).
83. Art. L312-1 à 312-3 du Code de la consommation. Ces dispositions se contentent de définir les concepts utilisés (acquéreur, vendeur, etc.) et de préciser les opérations visées par la loi (acquisition en propriété ou en jouissance d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel d'habitation etc.), tout en excluant certaines opérations (p.ex. les prêts consentis à des personnes morales de droit public).
84. Art. L313-16 du Code de la consommation (anciennement art. 36 de la loi *Scrivener*).
85. L'article L312-4 du Code se veut fort large puisqu'il vise toute publicité « faite, reçue ou perçue en France ».
86. Que la jurisprudence n'a apparemment pas encore éclairci. Mme Révillard ne cite qu'une décision du tribunal d'instance de Niort, qui ne semble par ailleurs pas décisive (*op. cit.*, 492, n° 862).

semble que la pratique ait accepté de subordonner l'application des dispositions impératives à la circonstance que l'immeuble objet de l'opération soit situé en France⁸⁷.

L'existence d'une loi d'application immédiate modifie fondamentalement le raisonnement de droit international privé. Il n'est plus question, du moins dans un premier temps, de rechercher la loi applicable au contrat de prêt. La nature particulière des dispositions de la loi du 4 août 1992 en Belgique et de la loi Scrivener en France impose au contraire qu'il y soit fait référence de manière directe et immédiate, à condition bien sur que le contrat concerné satisfasse aux conditions particulières retenues par le législateur.

A ce titre, il est intéressant de constater que les deux législateurs n'ont pas adopté la même approche pour délimiter l'application des dispositions de leurs lois respectives. La différence tient surtout à la localisation de l'immeuble sur le territoire national. Alors qu'en Belgique, la localisation de l'immeuble est indifférente – cet élément n'étant pas retenu comme élément permettant de justifier l'application de la loi –, en France, la localisation de l'immeuble semble jouer un rôle certain, bien que cet élément ne soit pas à lui seul décisif.

Ceci se traduit par le fait que la loi belge peut s'appliquer dès lors que les emprunteurs résident en Belgique, quel que soit le lieu où se concrétisent leurs espoirs immobiliers. L'on peut dès lors accepter que la loi du 4 août 1992 s'applique à une opération d'emprunt, même lorsque l'immeuble concerné est situé en France, à condition bien entendu que l'emprunteur et le prêteur soient établis en Belgique, ou que le prêteur étranger dirige ses activités vers le marché belge⁸⁸.

Pour justifier l'application immédiate de la loi française par contre, il est nécessaire, mais non suffisant, que l'immeuble, objet du contrat, soit situé en France. Il faut en outre que la résidence de l'emprunteur soit également localisée en France. Ceci se déduit de diverses réponses ministérielles qui ont tenté d'éclaircir l'application internationale de la loi Scrivener⁸⁹. Cette loi entend en effet protéger l'acquéreur-emprunteur et cette protection ne peut bénéficier qu'aux candidats à l'acquisition qui résident en France⁹⁰.

87. En ce sens, par ex. Ph. PELLETIER, « Propositions pour l'application dans l'espace de la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection de l'emprunteur dans le domaine immobilier », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1981, (247), 253, n^{os} 10 et s.

88. En ce sens, R. DE WIT, *art. cit.*, Maklu, Anvers, 1995, (337), 357, n^o 15.

89. Voy. les références citées par M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 526, note 6.

90. Il semble cependant que la doctrine accepte de retenir l'application de la loi Scrivener dès lors que l'établissement bancaire est établi en France et que l'immeuble y est également situé. Dans cette hypothèse l'application de la loi Scrivener est justifiée au motif que le prêteur est soumis aux règles françaises régissant sa profession du fait de son activité en France. En ce sens, M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 527, n^o 16.

Il n'en demeure pas moins que dans les deux Etats, ce n'est pas tant le marché immobilier local qui est visé, mais bien plus les emprunteurs qui présentent un lien significatif avec l'ordre juridique national. Ceci explique que lorsqu'un ressortissant suisse qui y réside, fait appel à un établissement bancaire suisse pour financer l'acquisition d'un immeuble en Belgique ou en France, ni la loi du 4 août 1992, ni la loi Scrivener n'ont vocation à s'emparer de la relation contractuelle.

La différence entre les deux régimes doit en outre être nuancée. Si en principe la loi française ne peut s'appliquer immédiatement que lorsque l'immeuble objet du crédit est situé en France, il faut tenir compte du fait que la loi Scrivener peut également régir le contrat au titre de *lex contractus*. Dès lors que le prêteur est établi en France, l'on peut supposer qu'il entendra soumettre le contrat de crédit à la loi française. Dans ce cas, le lieu de situation de l'immeuble est indifférent⁹¹. Au total dès lors, il est peu de scénarios dans lesquels des divergences apparaîtront entre les deux régimes. Ainsi lorsque l'on est face à un emprunt octroyé par un établissement de crédit à une personne résidant soit en Belgique, soit en France, destiné à permettre l'acquisition d'un bien situé dans l'autre pays, la loi belge pourra s'appliquer au titre de loi de police (hypothèse de l'emprunteur qui réside en Belgique et dont l'emprunt octroyé par un établissement de crédit situé en Belgique, est destiné à financer l'achat d'un bien situé en France), alors que la loi française interviendra au titre de loi du contrat – sauf à imaginer que le contrat de prêt aurait expressément été soumis à une autre loi, ce qui paraît peu probable.

La différence entre les deux régimes se marquera plus nettement lorsque l'ensemble des éléments déterminants de la relation de prêt sont éclatés dans divers Etats. Ainsi, si un emprunteur résidant en Belgique souhaite financer l'acquisition d'un immeuble situé en France avec un emprunt obtenu après d'un établissement bancaire néerlandais, le contrat d'emprunt n'échappera pas à l'application des dispositions impératives belges si le prêteur a démarché activement l'emprunteur en Belgique. La solution sera différente dans une perspective française : un emprunteur résidant en France qui souhaite financer l'achat d'une maison en Belgique au moyen d'un prêt obtenu auprès d'un établissement bancaire allemand, ne pourra sans doute pas bénéficier du soutien de la loi Scrivener.

Deux remarques doivent être faites pour terminer cette présentation succincte des régimes impératifs. La première concerne la question de savoir si un consommateur peut bénéficier de la protection des lois de police, alors qu'il bénéficiait déjà d'une protection au titre de l'article 5 de la Convention de Rome. Une partie importante de la doctrine répondait par

91. Comme le note Mme. M. REVILLARD, *op. cit.*, 493-494, n° 863.

la négative à cette question⁹². La question ne présentait toutefois qu'un intérêt académique dans la mesure où l'on acceptait que le crédit hypothécaire échappe à l'article 5 (*infra*).

L'on sera également attentif au fait que l'application immédiate des dispositions de la loi relative au crédit hypothécaire peut faire l'objet d'une appréciation quant à sa conformité avec la libre circulation des services bancaires effectués en libre prestation de service ou par l'intermédiaire d'une succursale. L'application par un Etat membre des dispositions de sa loi nationale peut constituer une entrave non justifiée par l'intérêt général au sens du droit communautaire⁹³.

L'intervention de l'impératif communautaire de libre circulation impose un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, l'interprète doit vérifier si l'application des dispositions impératives du for est de nature à constituer une entrave aux échanges. L'on sait que ce concept a reçu une interprétation fort large par la Cour de justice, ce qui autorise à considérer qu'en pratique, la plupart des différences entre les exigences réglementaires en vigueur dans l'Etat d'origine du prestataire de services et celui où réside le consommateur peuvent constituer une entrave⁹⁴.

Une fois déterminé qu'il y a entrave, celle-ci ne peut être tolérée que moyennant le respect de conditions strictes. Parmi celles-ci figurent, outre la nécessité de démontrer que la règle incriminée poursuit un objectif d'intérêt général, une exigence de non-discrimination ainsi qu'un test de proportionnalité – l'atteinte portée à la liberté des échanges ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé⁹⁵.

L'exigence de proportionnalité suppose également que l'on s'interroge sur l'adéquation entre l'objectif visé et la mesure restrictive. Si l'on constate que l'opérateur étranger est déjà soumis à un commandement imposé par l'auto-

92. P. ex. J. STOUFFLET, *op. cit.*, *JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 120, 2007, n° 157 (pour M. Stoufflet, « À partir du moment où les conditions d'application de l'article 5 sont satisfaites, il ne peut y avoir, en principe, application cumulative de l'article 7 relatif aux lois de police »). En général sur cette question, voy. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.*, 2006, 2464 et s.

93. Comme l'a précisé la Cour de justice dans la désormais célèbre affaire *Arblade* : C.J.C.E., 23 nov. 1999, aff. C-369-96, *Arblade, Rec.*, 1999, I, 8453; *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2000, p. 710, note M. FALLON. Voy. aussi sur ce thème, L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt C.J.C.E., 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98 », *J.C.P.*, G 2001, I, 328 et s.

94. Voy. notamment la définition retenue par la Cour dans l'arrêt *Portugaia Construcoes* (C.J.C.E., 22 janvier 2002, aff. C-164/99, *Portugaia Construções Ld, Rec.*, 2002, I-787). A propos de l'article 59 du Traité [aujourd'hui article 49], la Cour note que cette disposition « exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre Etat membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues » (attendu n° 16 – nous soulignons).

95. Voy. de façon générale C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, 1999, 8453.

rité étrangère, il s'impose de vérifier s'il n'y a pas *équivalence* entre les deux contraintes. Si la réponse s'avère positive, la restriction imposée par le for perd toute légitimité puisqu'elle n'est pas utile pour atteindre l'objectif poursuivi – elle est même superflue. A ce titre, cette appréciation conduit à dégager une obligation de reconnaissance mutuelle des normes auxquelles l'opérateur bancaire est déjà soumis dans son Etat d'origine, puisque l'Etat du for ne peut ajouter aux contraintes déjà subies par l'opérateur étranger de nouvelles entraves de nature équivalente⁹⁶. Ce que l'on a appelé la clause de reconnaissance mutuelle interdit à l'Etat du for d'ajouter au commandement étranger son propre commandement. L'on ne peut dès lors plus parler de blanc seing que laisserait à l'Etat du for l'article 7, paragraphe 2 de la Convention.

Pour illustrer ce raisonnement, l'on peut utilement s'inspirer d'une espèce tranchée par la cour d'appel de Colmar⁹⁷. En l'espèce deux époux résidant en France avaient conclu un emprunt avec un établissement bancaire allemand, destiné à financer l'acquisition d'un immeuble⁹⁸. Après avoir été dans l'impossibilité de rembourser le prêt et s'être vu notifier un commandement de payer, les emprunteurs assignèrent l'établissement bancaire devant les juridictions françaises, afin d'obtenir l'annulation des contrats de prêt au motif que ceux-ci ne respectaient pas certaines contraintes de la loi Scrivener. Après avoir constaté que les contrats étaient soumis au droit allemand, en vertu d'une clause de choix de loi et que les emprunteurs ne pouvaient par ailleurs bénéficier de la protection offerte par l'article 5 de la Convention de Rome, la cour s'interrogea sur la possibilité pour les emprunteurs de se réfugier derrière la protection offerte par diverses dispositions du droit français au titre de lois de police.

Faisant référence de façon expresse à la jurisprudence *Arblade* de la Cour de justice, la cour d'appel se demanda si l'application des dispositions de la loi Scrivener ne se heurtait pas à la libre circulation des services. Plus précisément, la Cour examina d'une part si l'application de ces dispositions n'était pas discriminatoire, si elle répondait à l'impératif de protection des consommateurs et si elle était absolument nécessaire pour assurer la protection d'un consommateur avisé.

Cette décision est exemplaire. Elle permet de circonscrire l'impact des libertés communautaires et singulièrement de la libre prestation de services sur la réglementation du crédit à la consommation. L'on retiendra à ce

96. Sur cette « clause de reconnaissance mutuelle », voy. surtout M. FALLON et J. MEEUSEN, « Private International Law and the Exception of Mutual Recognition », *Yearb. Priv. Intl. L.*, 2002, 37-66.

97. CA Colmar, 18 février 2004, *D.*, 2004, Juris., 1898, note V. AVENA-ROBARDET.

98. Il s'agissait de produits bancaires sophistiqués, à savoir un emprunt remboursable *in fine* moyennant la souscription d'une assurance de capitalisation dont le bénéfice était cédé à la banque. Le degré de sophistication du produit financier s'expliquait sans doute par la nature des fonctions professionnelles de l'emprunteur, qui travaillait dans le monde bancaire. L'on remarquera que le prêt étant destiné à financer un investissement purement privé, rien ne s'opposait à considérer qu'il s'agissait d'une relation de consommation.

propos que la plupart, sinon l'ensemble des dispositions impératives que les États membres peuvent souhaiter appliquer de façon immédiate, visent à protéger le consommateur. Or il n'est pas contesté que cet objectif figure en bonne place parmi les buts d'intérêt général que peuvent poursuivre les mesures nationales⁹⁹. Quant à l'exigence d'équivalence, il faudra apprécier le contenu de la règle du for en fonction de celui de la réglementation de l'État membre auquel le service s'est conformé. Les exigences de ce dernier État seront suffisantes si elles offrent une protection globalement équivalente à celle recherchée par la loi du for. A cet égard, l'absence d'harmonisation européenne des règles relatives au crédit hypothécaire permet au juge national de procéder à une vérification large¹⁰⁰.

En l'espèce, après avoir constaté qu'elle ne pouvait appliquer les dispositions de la loi Scrivener du 13 juillet 1979 «que si elles sont non discriminatoires, si la loi applicable au contrat ne répond pas suffisamment à l'impératif de protection, si elles sont absolument nécessaires pour assurer la protection d'un consommateur avisé et si elles sont proportionnées à l'intérêt protégé», la cour d'appel de Colmar a observé que la seule différence notable entre les droits allemand et français portait sur la reconnaissance par ce dernier d'un délai de réflexion de 10 jours. En l'espèce, cette différence ne prêtait pas à conséquence puisque la banque allemande avait pris soin d'intégrer le délai de réflexion au contrat qu'elle proposait.

Il est intéressant de se demander comme la cour aurait réagi s'il s'était avéré que l'établissement bancaire allemand n'avait pas pris la précaution d'intégrer à ses documents contractuels le délai de réflexion prévu par le droit français. L'on peut douter que cette seule différence entre les droits français et allemand aurait permis de conclure à l'absence d'équivalence entre les droits. Une telle conclusion signifierait en effet immanquablement que le test d'équivalence impose de comparer point par point les lois en présence pour tirer argument de chaque différence. Il nous semble au contraire que l'équivalence que la Cour de justice a intégrée au raisonnement fondé sur les libertés communautaires s'entend d'une équivalence *globale* de la protection offerte par les législations en présence¹⁰¹. Partant,

99. Voy. par exemple l'attendu n° 8 de la célèbre décision «Cassis de Dijon», C.J.C.E., 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, 1979, 649.

100. Sur la portée du test d'équivalence dans les domaines coordonnés, v. M.-N. JOBARD-BACHELIER, «La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel», in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, (475), 485-491 et dans le même ouvrage, H. GAUDEMET-TALLON, «De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé», (303), 321-322.

101. Voy. toutefois les explications de Mme GAUDEMET-TALLON («De nouvelles fonctions...», *art. cit.*, 322-324), qui souligne à juste titre que la jurisprudence de la Cour de justice ne permet pas de déduire avec certitude si le test d'équivalence impose de procéder à un bilan global des lois ou au contraire à une appréciation ponctuelle. Dans son article précité, M. Nuyts semble également suggérer une analyse ponctuelle et non globale de la condition d'équivalence suffisante, qui devrait se faire pour chaque question litigieuse considérée individuellement.

l'existence en droit français d'un délai de réflexion, même s'il constitue un mécanisme utile de protection des consommateurs, ne peut être retenue que comme un élément parmi d'autres pour fonder l'appréciation du juge. Ce n'est que si cet élément est confirmé par d'autres que l'on pourra conclure à l'absence d'équivalence entre les lois en cause.

On le voit, l'exercice est pour le moins délicat. Il est cependant indispensable de s'y soumettre lorsque l'on souhaite faire intervenir une loi d'application immédiate.

2. L'impact du régime particulier des contrats de consommation

Pour compléter cet aperçu du régime international du contrat de prêt, il faut, au-delà de l'impact des dispositions de la loi du 4 août 1992, également tenir compte du statut particulier des contrats de consommation en droit international privé. Tant la Convention de Rome que le Règlement 593/2008, qui a vocation à lui succéder, réservent en effet un traitement particulier aux contrats conclu par une personne agissant en dehors de son activité professionnelle.

Comme on le sait, ce régime de protection vise à permettre au consommateur de bénéficier de l'application des dispositions impératives de l'Etat de sa résidence habituelle. L'effet d'une clause de choix de loi est dans cette mesure réduit, voire inexistant. Encore faut-il que le contrat puisse bénéficier du régime mis en place par la Convention de Rome.

Or, on le sait, l'article 5 de la Convention de Rome ne visait que certaines catégories de contrats de consommation. Les difficultés étaient doubles. D'une part, les contrats de financement n'étaient expressément visés par les dispositions relatives aux contrats de consommation que pour autant que ces contrats soient adossés à un contrat ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers ou de services¹⁰². L'on avait pu déjà à ce titre douter de la possibilité pour l'emprunteur immobilier de s'appuyer sur l'article 5 de la Convention de Rome afin de réclamer le bénéfice des dispositions protectrices de l'Etat de sa résidence. Pour retenir l'application de l'article 5 au crédit hypothécaire, il était nécessaire d'utiliser une autre catégorie, à savoir celle des contrats ayant pour objet une fourniture de services. A ce propos, un débat opposait les commentateurs sur la question de savoir si un prêt hypothécaire pouvait être considéré comme un contrat de service¹⁰³.

102. C'est l'hypothèse du *crédit affecté*, c.-à-d. à l'octroi d'un crédit destiné à financer l'achat d'un objet mobilier corporel ou la fourniture de services.

103. Pour un compte-rendu fouillé et informé du débat, voy. surtout l'importante synthèse offerte par L. BERNARDEAU, «Droit international privé et services financiers de détail – 1^{re} partie – les conflits

D'autre part, le bénéficiaire du régime particulier relatifs aux contrats de consommation était réservé aux contrats conclus dans des circonstances précises, dont le rapport de MM. Giuliano et Lagarde apprend qu'elles sont censées viser la situation d'un consommateur « passif », sollicité par un professionnel étranger¹⁰⁴. Parmi les hypothèses visées, la troisième – qui concerne les ventes effectuées dans le cadre d'excursions transfrontières – était déjà manifestement inadaptée au crédit hypothécaire.

Si l'on examine les deux autres hypothèses retenues par l'article 5, § 2, force était de constater qu'elles ne permettaient qu'à certains consommateurs de bénéficier d'un régime dérogatoire.

Au total, l'application au prêt hypothécaire du régime particulier mis en place par l'article 5 de la Convention de Rome suscitait d'importants débats¹⁰⁵. A ce titre d'ailleurs, la question du cumul des régimes de protection offerts par les articles 5 et 7 de la Convention de Rome ne se posait pas, puisque le crédit immobilier n'était pas visé par l'article 5¹⁰⁶.

L'entrée en vigueur prochaine du Règlement Rome I modifiera sensiblement la donne. Le nouvel article 6 du Règlement diffère en effet de son prédécesseur par l'abandon de la méthode casuistique qui avait conduit à ne faire bénéficier du régime de protection que certaines catégories de

de juridictions», *Euredia*, 2001-2002, pp. 334-339, n^{os} 24-27 (et du même, «Droit international privé et services financiers de détail – 2^e partie : les conflits de lois», *Euredia*, 2003, (59), 80, n^o 88).

104. A ce titre, l'on peut dire que la solution retenue par l'article 5 s'appuie sur le principe du respect des attentes légitimes des parties. Voy. par exemple M.-L. NIBOYET, «Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Principes concurrents du principe d'autonomie», *Juris-classeur Dr. Int.*, Fasc. 552-40, 1998, 5, n^o 14.

105. Ces débats divisaient tant la doctrine que la jurisprudence. Dans la doctrine, voy. les arguments avancés pour chacune des positions par E. BODSON et W. DEVROE, «Tweespraak. Internationale privaatrechtelijke aspecten van de nieuwe Belgische Wet op het Hypothecair Krediet», *T.R.V.*, 1993, 320-325 – M. Bodson étant d'avis que l'article 5 de la Convention de Rome ne peut s'appliquer à un prêt hypothécaire et M. Devroe estimant au contraire que rien n'empêche l'article 5 de régir un tel prêt. Alors que certaines juridictions avaient refusé d'accepter que le crédit immobilier constitue un contrat de consommation au sens de l'article 5 de la Convention de Rome (par ex. : TGI Strasbourg, 2 avril 2001, *D.*, *Jurispr.*, 2002, 2935 et les observations critiques de J. FRANCK et CA Colmar, 18 févr. 2004, *Raspiller c/ Eurohypo*, *D.*, 2004, *Jurispr.*, 1898, obs. V. AVENA-ROBARDET – la Cour précise que «il ressort très clairement des termes de l'article 5.1 que ce texte ne peut s'appliquer aux contrats de prêt qui ne sont pas destinés au financement de la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de service, ce qui est le cas en l'espèce puisqu'il s'agit de prêts immobiliers»), la cour d'appel de Colmar a décidé que l'article 5 de la Convention s'applique également aux crédits immobiliers au motif que ces contrats constituent des contrats ayant pour objet la fourniture de services (CA Colmar, 1^{re} ch. civ., 12 mai 2005, cité par J. STOUFFLET, *op. cit.*, n^o 162).

En outre, certaines juridictions françaises ont retenu l'application de l'article 13 de la Convention de Bruxelles – qui a fortement inspiré la rédaction de l'article 5 de la Convention de Rome – à un crédit hypothécaire. Voy. Colmar, 24 février 1999, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2001, 135, note H. GAUDEMET-TALLON. *Addé* à propos de l'article 13 de la Convention de Bruxelles Cass. fr., 18 juillet 2000, *Euredia*, 2000, 411, note C. NOURISSAT, *D.*, 2000, *Juris.*, 374, note C. RONDEY (la Cour considère implicitement que cette disposition ne peut être invoquée à propos d'un crédit hypothécaire).

106. C'est donc à juste titre que M. Jacquet a pu écrire que l'article 7 de la Convention «redevient le vecteur normal de l'application des lois de police» en matière de crédit immobilier (J.-M. JACQUET, v^o Prêt, *Rép. Internal. Dalloz*, 1998, n^o 34).

contrat – fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services et contrats destinés au financement d'une telle fourniture – obligeant l'interprète à un délicat travail d'appréciation. Dorénavant, le régime dérogatoire en faveur des consommateurs concerne *a priori* tous les contrats touchant à la sphère de la consommation. Ceci permettra au consommateur qui contracte un emprunt non directement lié au financement d'une fourniture de service ou de marchandises, de bénéficier de la protection de l'article 6. L'exclusion des contrats visant un droit réel immobilier n'aura pas pour effet d'écarter l'application du nouveau régime des contrats de consommation au crédit immobilier puisque le contrat d'emprunt ne porte pas directement sur un droit réel immobilier¹⁰⁷.

L'extension suppose cependant que le consommateur soit visé par l'activité d'un établissement de crédit. L'article 6 reprend en effet à son compte l'idée que le consommateur actif, qui sollicite de sa propre initiative un établissement de crédit étranger, ne mérite pas d'être protégé. Pour que le régime particulier mis en place par l'article 6 soit susceptible de s'appliquer, encore faut-il que l'établissement de crédit soit exerce son activité dans le pays de la résidence habituelle du consommateur, soit dirige cette activité vers ce pays. Pour raisonner sur un exemple courant, dès lors que l'établissement de crédit étranger dispose en Belgique ou en France d'une succursale qui constitue l'interlocuteur direct du consommateur, l'application de l'article 6 est pleinement justifiée.

L'entrée en vigueur du Règlement Rome I devrait dès lors simplifier considérablement l'analyse des opérations de crédit transfrontalières, du moins sous l'angle de la protection du consommateur. Il faudra toutefois composer avec certaines difficultés, et non des moindres, que le Règlement n'a pas pu résoudre. Parmi celles-ci l'on relèvera la lancinante question des rapports entre le régime particulier de protection institué par l'article 6 et la possibilité pour le consommateur de bénéficier de l'application d'une loi de police.

Section 2. Les garanties du financement

L'opération de crédit est inévitablement liée, du moins pour la toute grande majorité des emprunteurs, à l'octroi de garanties visant à conforter la position de l'établissement de crédit. Le couple crédit-garantie suscite en droit international privé d'intéressantes questions. Pour l'aborder, nous analyserons dans un premier temps la sûreté reine en matière de crédit immobilier, à savoir l'hypothèque (§ 1). Cette analyse sera suivie de quelques

107. En ce sens, J.-Fr. GOJON, «Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire : un concours encore incertain», in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard : liber amicorum*, 2007, (169), 171, n° 3.

paragraphe consacré à une particularité du droit français, le privilège du prêteur de deniers (§2).

Nous n'aborderons pas dans les paragraphes qui suivent le projet de l'Eurohypothèque. Comme on le sait, il s'agit d'un instrument paneuropéen apte à circuler dans l'espace européen, fondé sur le modèle de la *Grundschild* allemande, à savoir une charge non-accessoire affectant un immeuble et donnant à son titulaire le droit au paiement d'une somme d'argent¹⁰⁸. S'il voit le jour, ce projet ambitieux viendrait se superposer aux régimes nationaux existant¹⁰⁹. Des études récentes ont toutefois démontré qu'un tel régime, proposé déjà en 1987 par l'Union internationale du notariat latin¹¹⁰, pourrait s'avérer à la fois inutile, au vu des évolutions récentes du droit de nombreux Etats membres et peu efficace, notamment parce que l'harmonisation sera sans doute loin d'être complète, entraînant de multiples références au droit national¹¹¹. Ce projet, pas plus que les autres avancées européennes en matière de crédit hypothécaire¹¹², n'ont dès lors qu'au mieux un intérêt prospectif.

§1. La sûreté reine : l'hypothèque

L'hypothèque constitue sans nul doute la garantie reine en matière de crédit immobilier. Elle sera le plus souvent constituée parallèlement à la vente et à l'emprunt octroyé par l'établissement de crédit, même si dans la rigueur des principes la constitution d'une hypothèque sur le bien, ne peut se faire qu'après la vente puisqu'il faut en effet être propriétaire du bien pour affecter un immeuble en hypothèque¹¹³.

Les principes applicables à l'hypothèque comme sûreté réelle sont essentiellement similaires en France et en Belgique. Dans les deux pays, le

108. Le Professeur van Velten s'est montré l'un des plus ardents défenseurs du projet, voy. par exemple A.A. VAN VELTEN, «Hypotheek en Europese Gemeenschap», *T. Not.*, 1991, (276-285), spéc. pp. 281-283. Plus récemment, voy. H.D. PLOEGER et B. VAN LOENEN, «EuroTitle : onmisbaar voor Europese vastgoedmarkt», *W.P.N.R.*, 2006, n° 6677, 593-594.

109. Voy. notamment les «Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque» rédigées par la Mortgage Credit Foundation (Pologne) et disponibles sur le site du Verbund Deutscher Pfandbriefbanke (www.pfandbrief.org).

110. Voy. surtout le Rapport de la Commission des Affaires de la Communauté européenne au sein de l'Union internationale du notariat latin à propos du projet d'Eurohypothèque, publié en 1992 avec le concours de la Stichting tot bevordering der notariële wetenschap.

111. Voy. dernièrement E. VAN DEN HAUTE, «Intégration du marché européen du crédit hypothécaire : retour de l'Euro-hypothèque au banc de touche?», *Euredia*, 2007-2008, 417-436 et plus généralement la thèse de cet auteur (*Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, dont on annonce la publication en 2009 chez Bruylant).

112. Tels que répercutés dans le Livre vert sur le crédit hypothécaire dans l'Union européenne du 19 juillet 2005, COM(2005) 327. Livre blanc.

113. Selon MM. Verwilghen et van Boxstael (*art. cit.*, 271, note 23), il appartient à la loi applicable au contrat d'emprunt de déterminer qui peut affecter un bien en hypothèque. Il nous semble que cette question doit par préférence être résolue sur base de la loi applicable à l'hypothèque elle-même.

créancier peut grâce à l'hypothèque recouvrer sa créance, en cas de défaillance du débiteur, par la vente du bien grevé. Il peut en outre trouver appui dans deux caractéristiques fondamentales de cette sûreté, d'une part la possibilité de poursuivre le bien en quelques mains qu'il se trouve – le droit de suite – et d'autre part un droit de préférence sur le prix qui lui accorde un rang privilégié par rapport aux autres créanciers. Enfin, tant en Belgique qu'en France, l'hypothèque est constituée dès signature de l'acte notarié d'affectation, qui devra faire l'objet d'une inscription sur un registre public pour être opposable aux tiers, l'inscription déterminant également le rang de la sûreté.

On notera toutefois que le droit de l'hypothèque a fait en France l'objet d'une révision récente, qui creuse quelque peu les différences avec le droit belge. L'ordonnance n° 2006-346¹¹⁴ a par exemple introduit deux nouvelles variétés d'hypothèque : d'une part l'hypothèque rechargeable¹¹⁵, qui donne la possibilité de réutiliser l'hypothèque à hauteur des remboursements déjà effectués au profit du créancier originaire, et ce pour garantir des créances autres que celles prévues à l'acte constitutif et au profit d'un autre créancier, et d'autre part l'hypothèque inversée, appelée parfois *viager hypothécaire*, qui permet d'obtenir un prêt dont le capital et les intérêts sont remboursables au moment du décès du constituant ou lors de la vente du bien hypothéqué. Ces innovations intéressantes ne modifient pas l'analyse de droit international privé. Dans les deux cas en effet, il s'agit d'hypothèques conventionnelles qui nécessitent des stipulations expresses dans l'acte constitutif.

Deux questions doivent être distinguées à propos de l'hypothèque comme sûreté dans le cadre d'un crédit transfrontalier¹¹⁶. Dans la plupart des cas, l'hypothèque sera constituée dans l'Etat où l'immeuble est situé. Cette coïncidence simplifie grandement les choses. Il n'en reste pas moins nécessaire de déterminer quel est le régime de la sûreté (1), ce qui conduit à explorer le couple « loi réelle – loi d'autonomie ». Il n'est pas exclu que les parties souhaitent constituer une hypothèque dans un autre Etat que celui

114. Ordonnance n° 206-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés en matière de publicité foncière, *J.O.*, 24 mars. Cette ordonnance doit beaucoup aux travaux de la Commission présidée par le Professeur Michel Grimaldi. Le rapport de la Commission est disponible à l'adresse <http://lesrapports.ladocumentation-francaise.fr/BRP/054000230/0000.pdf>.

115. Art. 2422 C. civ. français.

116. L'on ne s'attardera pas sur la détermination du juge compétent pour connaître des litiges relatifs à une hypothèque. Dans le contexte européen, l'article 22, §1 du Règlement 44/2001 constitue la règle de principe, qui conduit à retenir la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble grevé. Voy. les explications de P. VLAS, *art. cit.*, in *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, A.A. VAN VELTEN *et al.* (éds.), Deventer, Kluwer, 1991, (239), 241-244. *Addé* sur l'opportunité d'inclure dans les contrats une clause d'élection de for malgré l'existence d'une compétence exclusive, Chr. A.J.E.M. HENSEN, «De notaris et internationale onroerend goed transacties», *T. Not.*, 1991, (241), 244.

de l'immeuble grevé. Cette dissociation soulève la question de l'exportation d'un acte d'affectation hypothécaire (2).

1. Les principes : l'hypothèque entre loi réelle et loi d'autonomie

L'hypothèque est une sûreté réelle qui vise à garantir une créance par une revendication directe et énergique sur un bien immobilier. Elle a, dans les droits de tradition française, un caractère accessoire dans la mesure où l'hypothèque accompagne une créance qu'elle entend garantir. Celui-ci pourrait faire penser que le raisonnement de droit international privé va procéder par décalque du statut de l'hypothèque sur celui de la créance garantie. Il n'en est rien. Comme l'écrivait le professeur Audit, «*l'obligation garantie par l'hypothèque se distingue de l'obligation hypothécaire elle-même*»¹¹⁷. Il s'impose dès lors de déterminer le statut spécifique de l'hypothèque en droit international privé¹¹⁸.

L'hypothèque conventionnelle est directement liée à l'immeuble sur lequel elle porte. A ce titre, l'on pourrait être tenté de ne retenir que la loi réelle, loi du lieu de situation du bien, pour déterminer les contours de la sûreté. Il est vrai que le rattachement à la loi réelle constitue une évidence en matière d'hypothèque. Ce rattachement n'a toutefois rien d'exclusif¹¹⁹. L'hypothèque conventionnelle présente en effet plusieurs dimensions. A côté de la dimension réelle, il est une dimension conventionnelle que l'on ne peut oublier¹²⁰.

Il est en effet incontestable que l'hypothèque conventionnelle nécessite un accord de volontés pour naître. A ce titre, l'hypothèque possède une dimension contractuelle qui appelle l'application de la loi d'autonomie¹²¹. Deux

117. B. AUDIT, *D.*, 1999, somm. p. 293.

118. Contrairement au contrat d'emprunt, le contrat d'hypothèque porte directement sur un droit réel immobilier. A ce titre, il ne fait pas de doute que le contrat d'hypothèque est exclu du régime particulier mis en place par le Règlement Rome I. Sur ce point, P. MANKOWSKI, «*Consumer contracts under Article 6 of the Rome I Regulation*», in *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, A. CASHIN RITAINE et A. BONOMI (éds.), Schulthess, 2008, (121), 148-149.

119. Comme le rappelle J.-Fr. GOJON, «*Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire : un concours encore incertain*», in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard : liber amicorum*, Defrénois, 2007, (169), 170, n° 2.

120. On retiendra bien entendu que l'hypothèque est susceptible d'intéresser d'autres catégories de rattachement, notamment celle de la capacité. La Cour de cassation française a par exemple décidé que le pouvoir d'un dirigeant social de constituer hypothèque sur un bien appartenant à la société s'apprécie selon la loi nationale de celle-ci (Cass. fr., 19 mai 1992, *J.D.I.*, 1992, 954, note Ph. KAHN).

121. *Comp.* avec l'opinion de F. BOUCKAERT, *art. cit.*, 83-84, n°s 7-8 (M. Bouckaert distingue également la dimension réelle de la dimension contractuelle de l'hypothèque. S'il soumet la première à la *lex rei sitae*, il ne retient pas, pour la seconde, la loi d'autonomie imposée par la Convention de Rome. Selon M. Bouckaert, cette convention n'a en effet pas de titre à intervenir dans la mesure où il s'agit d'un contrat réel).

questions se posent alors : d'une part, quelle est la loi d'autonomie et d'autre part, quelle est son emprise sur l'hypothèque?

Pour déterminer la loi applicable à la dimension contractuelle de l'hypothèque, il s'impose de distinguer deux situations. Lorsque, comme c'est souvent le cas, l'hypothèque est conférée à l'établissement de crédit dans le contrat d'emprunt, il faudra se reporter à ce contrat pour déterminer la loi applicable à l'hypothèque conventionnelle. C'est dès lors la loi du contrat d'emprunt qui régira l'hypothèque dans sa dimension contractuelle. Le choix effectué par les parties dans le contrat d'emprunt a dans cette hypothèse une double portée : il vise à la fois l'emprunt en tant que tel et la constitution par accord de volontés d'une hypothèque.

A défaut de choix par les parties, une difficulté surgit. Puisque l'hypothèque fait partie du contrat d'emprunt, il est tentant de faire appel à la loi de l'emprunteur pour régir l'hypothèque. Cette solution se heurte toutefois à la présomption spéciale visant les contrats portant sur un droit réel. Or l'hypothèque entre manifestement dans cette catégorie. En vertu de l'article 4, §3 de la Convention de Rome, ces contrats sont rattachés, à défaut de choix par les parties, à la loi du lieu de situation du bien. Faut-il en conclure que l'accord de volontés des parties à l'emprunt, qui est créateur de l'hypothèque, sera soumis à une autre loi que le contrat d'emprunt en tant que tel?

La question n'est pertinente que lorsque l'emprunt est destiné à permettre l'acquisition d'un bien situé dans un autre État que celui où est établi l'emprunteur. Dans ce cas de figure en effet, il n'y aura pas concordance entre la loi applicable par défaut au contrat d'emprunt et la loi qui vise l'hypothèque. Plusieurs solutions sont possibles. L'on peut tout d'abord considérer que l'acte d'emprunt comprend en réalité deux contrats distincts, chacun soumis à sa propre loi – le contrat d'emprunt à la loi de l'établissement bancaire et le contrat d'hypothèque à la loi du lieu de situation du bien. Cette dissociation peut en appeler à l'autorité de la jurisprudence de la Cour de cassation française, qui a accepté que la loi applicable au contrat de prêt ne coïncide pas nécessairement avec la loi applicable à l'hypothèque garantissant le prêt. Il est vrai que dans cette espèce, il y avait deux instrumentum puisqu'à côté d'un contrat de prêt reçu en Suisse, la constitution de l'hypothèque avait donné lieu à l'établissement d'un acte notarié en France¹²².

Une autre lecture de l'accord entre parties conduit à soumettre l'ensemble des relations à la loi de l'établissement bancaire – la présomption au profit de la loi du lieu de situation du bien hypothéqué étant écartée sur base de

122. Cass. fr., 1^{re} civ., 19 janvier 1999, *J.C.P.*, G, 2000, 255, note T. VIGNAL; *Defrénois*, 1999, 523, note M. REVILLARD.

la clause d'exception. Enfin, il n'est pas exclu de considérer que l'ensemble du contrat, tant dans sa dimension emprunt qu'en tant qu'il vise à constituer une hypothèque, est régi par le droit du lieu de situation de l'immeuble¹²³. La question est sans doute théorique. Elle n'en demeure pas moins fort délicate.

Dans une seconde hypothèse, l'hypothèque fait l'objet d'un acte distinct. La convention d'hypothèque sera alors soumise à sa loi propre. Cette hypothèque peut se produire lorsque l'emprunt est conclu entre parties établies sur le même Etat, pour financer l'acquisition d'un bien situé à l'étranger. Dans ce cas, il ne sera pas rare que, pour faciliter l'opposabilité de la garantie, les parties décident de passer l'acte constituant les garanties hypothécaires devant un notaire de l'Etat où le bien est situé. Prenons un emprunteur belge, qui obtient un crédit en Belgique. Ce crédit est garanti par un immeuble situé en France. Les parties peuvent légitimement souhaiter que l'acte constituant la garantie hypothécaire soit passé devant un notaire français – notamment pour faciliter son inscription (*infra* sur ce point). A quelle loi l'hypothèque, dans sa dimension contractuelle, est-elle dans ce cas soumise? Il faut distinguer deux hypothèses. Dans la première, l'acte de constitution d'hypothèque contient un choix de loi. L'autonomie des parties joue à plein et celles-ci peuvent choisir la loi applicable¹²⁴. On conviendra cependant qu'il est préférable pour les parties de choisir la loi du lieu de situation de l'immeuble¹²⁵. Il n'est pas exclu que les parties négligent de désigner la loi applicable au contrat d'hypothèque. Dans ce cas, la loi du lieu de situation de l'immeuble s'imposera naturellement, sur le fondement de l'article 4, §3 de la Convention de Rome. Il ne peut être question dans cette hypothèse de soumettre le contrat d'hypothèque à la loi du contrat d'emprunt¹²⁶.

Il faut en outre s'entendre sur la *portée* du rattachement de l'hypothèque à la loi d'autonomie. Cette loi n'a pas vocation à régir l'ensemble des questions que peut faire naître l'hypothèque. En matière d'hypothèque, le statut contractuel se limite en effet à peu de choses – l'essentiel des questions étant gouvernées par la *lex rei sitae* applicable à l'hypothèque dans sa dimension réelle. M.M. Batiffol et Lagarde écrivaient que la loi contractuelle

123. Voy. l'ancienne jurisprudence française en ce sens citée par G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 8.

124. P. ex. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 7.

125. En ce sens, M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 529, n° 26. Mme Révillard explique que si les parties conservent la possibilité de soumettre le contrat d'hypothèque à une autre loi que la loi du lieu de situation du bien, cette possibilité «*reste théorique vu l'importance de la lex rei sitae en ce domaine*». Adde E. KERCKHOVE, «*Sûretés – droit international privé – sûretés réelles*», *Juris Classeur Notarial – formulaire*, Fasc. 20, 1994, n° 20.

126. Sur le fait que l'acte constitutif d'hypothèque n'est pas nécessairement soumis à la même loi que le contrat d'emprunt, voy. M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 529, n° 27 et G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 7.

avait vocation à gouverner les conditions de validité du contrat dans toute la mesure où elles ne concernent pas la création du droit réel¹²⁷. Ces auteurs réservaient à la loi réelle non seulement le contenu du droit réel, mais aussi les conditions de création de droits réels qui, même par contrat sont propres à ces droits. D'autres auteurs plaident pour une application systématique de la loi réelle¹²⁸.

Le partage des rôles entre loi d'autonomie et loi réelle est tout aussi classique que délicat¹²⁹. L'on retiendra que le rôle de la loi d'autonomie est plus que restreint. Dans le meilleur de cas, cette loi vise essentiellement l'acquisition du droit réel et éventuellement son transfert. Par acquisition, l'on entend ici l'acquisition par effet de la volonté des parties – par opposition aux modes d'acquisition des droits réels qui leur sont propres, comme la possession ou la prescription acquisitive.

A côté de la dimension contractuelle, l'hypothèque conférée par l'emprunteur possède évidemment une importante dimension réelle. Il n'est pas contesté que sous cet angle, c'est la loi du lieu de situation de l'immeuble objet de l'hypothèque – *lex rei sitae* – qui intervient. Cette loi régit l'ensemble des aspects réels liés à l'hypothèque. Selon l'article 94 du Code de droit international privé, la loi réelle régit d'abord la *constitution* du droit réel¹³⁰. On consultera la loi du lieu de situation du bien pour déterminer si le bien est susceptible d'être hypothéqué, quelle est l'étendue de l'assiette (quid des accessoires ou des améliorations?) ou les transformations qu'elle est susceptible de subir (notamment la question de la subrogation au bien grevé des indemnités d'assurance), pour ou encore pour identifier les causes d'extinction et les modes d'exécution – l'on pense à la nullité éventuelle de la clause de voie parée.

C'est aussi à la loi du lieu de situation de déterminer les effets qui reviennent à l'hypothèque. Parmi ceux-ci, l'on note l'ensemble des mesures que peut prendre le créancier hypothécaire pour sauvegarder l'efficacité de la garantie réelle et ce tant avant l'exercice de l'action hypothécaire qu'au

127. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, T. II, LGDJ, 1983, 178, n° 518 et aussi p. 193, n° 524. Cons. aussi les remarques de J.-Fr. GOJON, *art. cit.*, (169), 170, n° 2, qui utilise la distinction entre l'acquisition du droit et son contenu pour départager la loi réelle et la loi d'autonomie.

128. P. ex. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internat. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 19 et les références citées.

129. Voy. récemment M.-E. ANCEL, « Crédit hypothécaire transfrontière, ou comment dessiner l'empire des lois », *Revue Lamy Droit civil*, 2005/16, n° 654, pp. 28 et s. Aux Pays-Bas la distinction se déduit aussi de la terminologie utilisée. Ainsi, pour désigner la dimension contractuelle du contrat d'hypothèque, l'on parle de « obligatoire overeenkomst », voy. P. VLAS, *art. cit.*, in *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, A.A. VAN VELTEN *et al.* (éds.), Deventer, Kluwer, 1991, (239), 244 et s.

130. Il ne faut pas confondre la constitution et l'acquisition. La première relève de la loi réelle alors que la seconde fait partir des questions soumises à la loi d'autonomie. La constitution vise l'ensemble des procédés d'acquisition qui sont propres aux droits réels (tel que l'occupation, l'accession, la perception des fruits, la prescription acquisitive ou encore la possession pour les meubles). Ces modes d'acquisition qui sont propres aux droits réels, sont régis par la *lex rei sitae* (en ce sens, B. AUDIT, 615, n° 770). Toute autre est l'acquisition par accord de volontés. Dans ce cas, on est dans le statut contractuel.

moyen de cette dernière. Le premier stade est essentiellement lié à la limitation des pouvoirs du débiteur – droits de jouissance, d'administration et de disposition – sur le bien grevé. Le second stade concerne les modalités d'exercice de l'action hypothécaire. En outre la loi réelle s'impose pour déterminer si le créancier hypothécaire dispose d'un droit de préférence et d'un droit de suite. La mise en œuvre de la garantie hypothécaire est essentiellement liée à la *lex rei sitae*¹³¹.

La dissociation entre loi réelle et loi contractuelle ne suscitera pas toujours d'inextricables difficultés. En effet, d'une part, dans un grand nombre de cas, il y a aura coïncidence en pratique entre les deux, les parties optant de soumettre leur contrat à la loi du lieu de situation de l'immeuble. D'autre part, lorsque les deux lois ne sont pas identiques, ceci ne devrait pas porter atteinte aux intérêts de tiers et notamment des tiers de bonne foi. Ceux-ci sont en effet protégés par l'inopposabilité d'une acquisition d'un droit réel qui n'aurait pas fait l'objet de mesures de publicité adéquates.

2. La circulation d'une hypothèque conférée à l'étranger

Il n'est pas exclu, on l'a vu, qu'un acheteur fasse appel à établissement de crédit étranger pour obtenir le financement nécessaire à l'acquisition d'un immeuble. Telle une personne résidant en Belgique, qui obtient, pour financer l'acquisition d'un immeuble en France, un crédit auprès d'un établissement belge. Dans cette situation, l'acte d'affectation hypothécaire peut être dressé en Belgique¹³². Quelle sera sa réception en France et inversement¹³³? Il est frappant de constater que les deux droits élèvent des obstacles importants à la circulation des actes d'affectation hypothécaire¹³⁴. En droit belge, l'obstacle provient de l'article 77

131. Pour plus de détails, voy. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n°s 43 et s.

132. On notera que l'acte d'affectation hypothécaire doit en principe répondre aux exigences posées par l'Etat où est situé l'immeuble grevé. Ceci se déduit de l'article 9, §6 de la Convention de Rome, qui est applicable à la forme du contrat d'hypothèque (en ce sens, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II – Partie spéciale, PUF, 2007, 64, n° 662). S'agissant tant du droit belge que du droit français, l'on sait que le contrat constitutif d'hypothèque doit revêtir la forme authentique. Voy. l'article 2127 ancien du Code civil, français, actuel art. 2416 (suite à l'ordonnance du 23 mars 2006). S'il n'était pour le régime spécial mis en place par l'article 77 de la loi hypothécaire belge et l'article 2417 du Code civil français, un acte authentique reçu par un notaire de tradition latine suffirait dès lors pour constituer l'hypothèque, sous la seule réserve d'une éventuelle exigence de traduction ou de légalisation.

133. Il semblerait que dans les relations belgo-néerlandaises, cette question ne se pose pas en raison de directives adoptées conjointement par la Fédération des notaires de Belgique et le Broederschap van Notarissen néerlandais, aux termes desquelles un acte de mutation d'un droit réel immobilier ou un acte visant à constituer sur un bien immobilier un droit réel, ne devrait être reçu que par un notaire du pays où le bien immobilier concerné est situé. C'est du moins ce que rapporte M. Vlas : P. VLAS, *art. cit.*, in *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, A.A. VAN VELTEN *et al.* (éds.), Deventer, Kluwer, 1991, (239), 247.

134. *Comp.* avec la situation en droit néerlandais où l'article 3 :260 du NBW se contente d'exiger un acte authentique, sans imposer un détour par un notaire néerlandais. Combiné avec l'article 31 du Livre 3 du NBW, cette disposition semble cependant exiger l'intervention d'un notaire néerlandais, puisqu'elle

de la loi hypothécaire, qui impose d'obtenir le visa du président du tribunal de première instance du lieu où les biens sont situés¹³⁵. En France, c'est à l'article 2417 du Code civil qu'il faut se reporter pour apprécier la validité d'une hypothèque reçue à l'étranger¹³⁶. Cette disposition précise que :

«Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités».

Si dans les deux cas, le texte restreint la possibilité de faire usage d'une hypothèque constituée à l'étranger, la portée des deux dispositions est cependant sensiblement différente. L'article 77 de la loi hypothécaire n'interdit en effet pas de se prévaloir en Belgique d'une hypothèque reçue à l'étranger¹³⁷. Cette disposition se contente d'imposer un détour préalable par le tribunal de première instance, qui visera l'acte étranger pour lui permettre de sortir ses effets en Belgique¹³⁸. La disposition française est bien plus contraignante puisqu'elle interdit de recourir aux services d'un notaire étranger. Sauf existence d'une convention ou d'un traité, l'article 2147 impose, comme l'écrit M. Khairallah, *«un monopole au profit des notaires français pour recevoir des contrats constitutifs d'hypothèques portant sur un immeuble situé en France»*¹³⁹. Inutile de souligner que l'article 2417 fait l'objet de nombreuses critiques en tant qu'il exige l'intervention d'un notaire français pour la constitution d'une hypothèque sur un immeuble situé en France¹⁴⁰ – selon M. Callé par exemple, il s'agit

précise que *«Waar een wetsbepaling die betrekking heeft op registergoederen, een notariële akte of een notariële verklaring voorschrijft, is een akte of verklaring van een Nederlandse notaris vereist»*. Avant l'introduction du NBW, l'article 1218 de l'ancien Code civil contenait une disposition inspirée des exemples français et belge.

135. En général, voy. nos observations in «Le Code de droit international privé et le visa présidentiel en matière hypothécaire : une épée de Damoclès pour le marché hypothécaire européen?», *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Larcier, 2005, 573-586.
136. Anciennement article 2128 du même Code, le déplacement a été effectué par l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.
137. Pour une étude générale de l'article 77, voy. I. PEETERS, «Art. 77 Hyp.W.», in *Artikelsgewijze commentaar Voorrechten en hypothequen*, Kluwer, Anvers, 1992, 15 p.
138. Ceci explique que les parties qui ont obtenu un emprunt à l'étranger, sollicitent parfois qu'un notaire français réitère en la forme authentique un acte de prêt déjà reçu à l'étranger. P. ex. Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 523 (des époux suisses avaient obtenu un prêt d'un établissement suisse. Ils ont procédé à la réitération de l'acte de prêt en la forme authentique devant un notaire de Saint-Tropez) et CA Colmar, 18 février 2004, *D.*, 2004, Jurisp., 1898 (en l'espèce, des époux français avaient obtenu un prêt auprès d'un établissement bancaire allemand. Le contrat de prêt avait été reçu sous seing privé en Allemagne. Les époux ont ensuite consenti une hypothèque conventionnelle sur un bien situé en France par acte authentique reçu par un notaire français).

d'un « territorialisme dépassé et inopportun »¹⁴¹ – et pourrait d'ailleurs faire l'objet de reproches sous l'angle européen.

Une autre différence sépare les régimes belge et français : on accepte en droit belge depuis un arrêt de la Cour de cassation 1853 – sur un pourvoi introduit dans l'intérêt de la loi par le ministère public – que le formalisme imposé par l'article 77 s'impose également aux procurations reçues à l'étranger¹⁴². En l'espèce, une dame de nationalité française s'était adressée au président du tribunal de première instance pour obtenir qu'il vise une procuration passée devant notaire à Paris, à l'effet de constituer hypothèque sur des biens situés en Belgique. Tant le tribunal de première instance que la cour d'appel refusèrent de faire droit à la demande, estimant que l'article 77 ne visait que les actes constitutifs d'hypothèque et non les simples procurations.

Le Ministère public, dont les motifs ont été adoptés par la Cour de cassation, a au contraire estimé que la procuration et l'acte constitutif d'hypothèque formaient un tout indissociable. La procuration devait dès lors, comme l'acte lui-même, recevoir le visa. Il en va ainsi même si seule la procuration a été établie à l'étranger et l'acte de base de l'hypothèque est dressé en Belgique¹⁴³.

Partant, les administrateurs d'une société de droit néerlandais qui souhaitent conférer à un établissement de crédit irlandais un droit d'hypothèque sur un immeuble situé à Bruxelles, devront en principe faire viser par le président du tribunal une procuration dressée par un notaire néerlandais. À défaut, la procuration ne pourra faire l'objet de l'inscription nécessaire à son opposabilité, ce qui pourrait mettre en péril l'acte même de constitution d'hypothèque.

Il en ira de même lorsque ces mêmes administrateurs souhaitent obtenir la radiation ou la réduction d'une hypothèque portant sur un immeuble situé en Belgique. En vertu de l'article 93 de la loi hypothécaire, l'article 77 s'applique en effet aux actes de consentement à radiation ou à réduction d'une hypothèque passés en pays étranger et relatifs à un immeuble sis en Belgique¹⁴⁴.

141. P. CALLÉ, « L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2005, (377), 391, n° 23. Voy. également les critiques de G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 13.

142. Cass., 15 janvier 1853, *Pas.*, 1853, I, 104; reproduit in *Les grands arrêts de la jurisprudence belge. Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 1981, 117.

143. I. PEETERS, *o.c.*, n° 5.

144. L'on comprend dès lors que le conservateur des hypothèques exige le visa présidentiel sur l'acte notarié étranger, comprenant un mandat, en vue d'une mainlevée d'une inscription sur un immeuble sis en Belgique, comme le relate C. DE BUSSCHERE, « Questions de la pratique notariale. Droit international privé », *Notarius*, 1997, 531.

Par contre, l'article 77 ne s'applique pas à la simple *transcription* d'un acte. La transcription vise en effet l'opposabilité de l'acte aux tiers, alors que le visa présidentiel est relatif à la force exécutoire¹⁴⁵.

En France par contre, la doctrine écarte l'application de l'article 2417 pour le mandat de constituer hypothèque et la procuration, qui peuvent dès lors valablement être reçus par un notaire étranger alors même que l'immeuble est situé en France¹⁴⁶. Cette interprétation restrictive du prescrit légal doit sans doute se comprendre comme un aveu que la solution légale radicale peut encore difficilement être défendue aujourd'hui¹⁴⁷.

Le parallélisme n'est dès lors pas parfait. Il n'empêche que l'on relève une certaine similitude entre les deux réglementations. Dans les deux ordres juridiques, la question se pose de savoir si le texte légal, déjà vieux, a survécu aux modifications du cadre législatif. En Belgique, on a pu se demander si l'entrée en vigueur du Code de droit international privé n'avait pas mis fin à l'obligation d'obtenir le visa préalable¹⁴⁸. En France, c'est l'adoption du décret du 4 janvier 1955 relatif à la publicité foncière qui a suscité des questions. Selon l'article 4, al. 3 de ce décret, « *les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions rendues par les juridictions étrangères ne peuvent être publiés ou constituer le titre d'une inscription de privilège ou d'hypothèque que s'ils ont été légalisés par un fonctionnaire qualifié du ministère français des affaires étrangères et déposés au rang des minutes d'un notaire français ou s'ils ont été rendus exécutoires en France* ». Ce texte laisse entendre qu'il suffirait de faire légaliser une hypothèque reçue par un notaire étranger pour permettre de l'inscrire sur les registres *ad hoc*. L'interprétation de cette disposition fait l'objet de discussions. Il semble que la majorité des commentateurs refusent de con-

145. En ce sens, E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Rép. Not.*, t. X, L. I, 193, n° 255.

146. Voy. par exemple G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 15; M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 528, n° 23. Voy. cependant les nuances apportées par E. KERCKHOVE, « Sûretés – droit international privé – sûretés réelles », *Juris Classeur Notarial – formulaire*, Fasc. 20, 1994, n° 17.

147. C'est certainement pour les mêmes raisons que la doctrine souligne que l'article 2417 ne s'applique qu'à la constitution d'hypothèque et ne peut être étendu aux conventions de cession, de subrogation et de renonciation. Voy. les explications de G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 14 qui évoque également la non-applicabilité de l'article 2147 à la promesse de constituer hypothèque sur un immeuble français. Sur l'ensemble de la question, voy. G. DROZ, « Problèmes soulevés par l'établissement en Angleterre et aux Etats-Unis d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français », *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 93 et s.

148. L'on sait que la pratique a apporté une réponse négative à cette question, voy. not. J. DECUYPER, « Visumplicht afgeschaf of niet? That's the question! », *Not. Fisc. M.*, 2005, 28-32, spéc. p. 32 : « Gelet op artikel 2 van de Wet en op artikel 77 en 93 van de Hypotheekwet moeten wij, niettegenstaande het feit dat het indruist tegen de geest van de nieuwe Wet, toch het visum blijven vragen voor de authentieke akten die de vestiging van een hypotheek inhouden of die de doorhaling of de vermindering van een hypothecaire inschrijving toestaan, evenals voor de volmachten die erop betrekking hebben ». Dans la jurisprudence, voy. Prés. Civ. Gand, 15 juillet 2005, *T.G.R.*, 2006, 169.

sidérer que le décret de 1955 a mis fin au monopole des notaires français¹⁴⁹.

Enfin, l'on peut encore relever deux similitudes entre les deux ordres juridiques : d'une part, tant en France qu'en Belgique, la disposition concernée s'efface devant les traités internationaux¹⁵⁰; d'autre part, dans les deux pays, il est possible de contourner l'obstacle en faisant appel aux compétences spéciales des autorités consulaires belge ou française en poste à l'étranger¹⁵¹.

L'on ajoutera que l'article 27 du Code de droit international privé ajoute d'autres exigences à celle posée par l'article 77. Selon ce texte, les actes authentiques étrangers ne peuvent être reconnus que si ces actes réunissent les conditions nécessaires à leur authenticité selon la loi du pays dans lequel ils ont été établis¹⁵². Dans les relations franco-belges, cette condition ne soulève pas de difficultés particulières en raison de l'équivalence fonctionnelle existant entre le notariat belge et le notariat français. Dès lors que l'acte d'affectation a été reçu par un notaire français, il faut accepter qu'il réponde à l'exigence d'authenticité. Il est parfois plus difficile de se prononcer, notamment lorsqu'un acte a été reçu par un *notary public* de droit anglais ou américain¹⁵³.

149. Voy. par exemple G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 12; M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 528, n° 21 et E. KERCKHOVE, *op. cit.*, *Juris Classeur Notarial – formulaire*, Fasc. 20, 1994, n° 15.

150. M. KHAIRALLAH fournit des renseignements sur les traités pertinents pour la France (*Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 18).

151. Pour le droit français, voy. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 16. L'on sera toutefois attentif au fait que depuis le 1^{er} janvier 2005, les consuls français en poste dans un Etat membre de l'Union européenne ont perdu leur compétence notariale. Voy. l'arrêté du 6 décembre 2004, relatif à l'exercice des attributions notariales des agents diplomatiques et consulaires, *J.O.*, 18 décembre 2004, modifié par l'Arrêté du 20 décembre 2004, *J.O.*, 6 janvier 2005. Selon le ministère des affaires étrangères, cette réforme est destinée à «encourager les Français établis en Europe à s'adresser directement aux administrations locales et aux officiers ministériels locaux» et «lancée par la France, cette mesure de suppression du notariat consulaire en Europe devrait, en fait, stimuler le rapprochement professionnel des notariats européens» (Rép. Min. n° 15690, affaires étrangères, *J.O.*, Sénat Q, 21 juillet 2005, 1953, reproduite in *J.C.P.*, N, 2005, act. 446. Voy. les commentaires de D. BOULANGER, «La suppression des activités notariales des consuls en Europe – Quelles alternatives pour le notaire français?», *J.C.P.*, N, 2005, n° 1442, pp. 1797 et s.

152. On pourrait cependant se demander si le visa requis par l'article 77 peut être assimilé à une reconnaissance au sens de l'article 27 du Code. Ne s'agit-il pas plutôt d'accueillir la force probante d'un acte étranger?

153. L'on constate une certaine souplesse à cet égard. En France notamment, il a été admis qu'une procuration reçue par un *public notary* américain pouvait être assimilée à un acte authentique et dès lors fonder la constitution d'une hypothèque : voy. la réponse donnée par le Garde des sceaux, reproduite in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1990, 403 à propos d'une procuration certifiée par un *notary public* anglais qui avait fait l'objet d'une légalisation. Selon le Garde des sceaux, une telle procuration peut être reçue pour consentir une hypothèque sur des biens sis en France au motif que le «notary public du Royaume-Uni peut être assimilé à un officier public». La jurisprudence néerlandaise a pu assimiler à un acte authentique une procuration dressée devant un *notary public* de l'Etat de Californie pour grever d'hypothèque un immeuble situé aux Pays-Bas (Hoge Raad, 21 novembre 1952, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1958, 512. Voy. les doutes sur cette solution de M. GORE, «L'acte authentique en droit international privé», *Travaux comité fr. dip.*,

On relèvera pour terminer qu'il n'est pas exclu que les règles en vigueur tant en France qu'en Belgique fasse l'objet de critiques sous l'angle du droit européen. Le monopole conféré au notaire français constitue certainement une entrave au sens du droit communautaire. La réponse est moins assurée pour l'obligation imposée par le droit belge d'obtenir un visa préalable. Elle n'en reste pas moins posée. Or on sait qu'une entrave doit être justifiée. La Cour de justice a déjà eu l'occasion de se prononcer sur une législation nationale relative à une hypothèque. Dans l'affaire *Trummer et Mayer*, un ressortissant allemand avait vendu un immeuble situé en Autriche à un ressortissant autrichien. Le prix de vente avait été libellé en marks allemands. Par convention, le vendeur accordait un délai à l'acheteur pour le paiement du prix, celui-ci s'engageant à constituer une hypothèque pour garantir le paiement du prix. La demande d'inscription de l'hypothèque au livre foncier autrichien fut rejetée au motif que l'hypothèque était libellée en marks allemands. Sans surprise, la Cour a décidé d'une part, que l'hypothèque, en tant qu'elle était indissolublement liée à un investissement immobilier, relevait des dispositions du Traité relatives aux mouvements de capitaux et d'autre part que l'obligation de transcrire en monnaie nationale une hypothèque affectée à la garantie d'une créance payable dans la monnaie d'un autre Etat membre, constitue une entrave injustifiée¹⁵⁴. Cette décision est lourde de conséquences pour le régime français, bien plus restrictif que l'obligation imposée par le droit autrichien.

§2. Les autres garanties du financement

Au titre des autres garanties possible, il importe d'évoquer principalement le privilège de prêteur de deniers du droit français. Ce privilège, introduit dans l'arsenal juridique français en 1971, sa concrétisation à l'article 2379 du Code civil¹⁵⁵. Il connaît un succès certain en France, principalement en raison de son traitement fiscal avantageux¹⁵⁶. L'on no-

1998-1999, (23), 28). Comme l'expliquait M. Droz, « il faut... choisir une 'approche fonctionnelle' et se demander si l'intervention de l'officier public étranger satisfait les besoins qui justifient l'exigence de l'authenticité dans le pays où l'acte principal doit être passé » (G.A.L. DROZ, « L'activité notariale internationale », *Rec. Cours*, 1999, t. 280, (9-134), spéc. p. 100, n° 99). Sur cette base, M. Droz conclut que si l'on doit reconnaître comme authentique les procurations dressées par un *notary* public anglais, il faut être beaucoup plus scrupuleux vis-à-vis des actes reçus par des *notaries* américains : alors que le premier a certifié l'acte afin qu'il ait force probante à l'étranger, enregistre l'acte dans son registre et peut, en sa qualité de juriste, prodiguer des conseils aux parties, les seconds ne sont pas des juristes et se contentent en réalité de contrôler l'identité des parties à la signature de l'acte.

154. C.J.C.E., 16 mars 1999, *Manfred Trummer et Peter Mayer*, aff. C-222/97, *Rec.*, 1999, I-1661.

155. Anciennement l'article 2108 du Code civil, numérotation modifiée par l'article 14, 2° III de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Voy. aussi l'article 2374-2° du Code civil.

156. L'inscription du privilège du prêteur de deniers ne donne pas lieu au paiement de la taxe de publicité foncière – qui s'élève à 0,715% sur le principal du prêt et ses accessoires. L'article 663 du Code général des impôts, qui concerne la taxe de publicité foncière, ne vise en effet que les « inscriptions d'hypothèques

tera que ce privilège, qui a la particularité de rétroagir à la date de la vente¹⁵⁷, possède des effets identiques à l'hypothèque. Il confère en effet un droit de suite et un droit de préférence sur l'immeuble acquis. Le privilège est accordé de plein droit au prêteur à condition que le montant prêté soit utilisé pour le paiement du prix de la vente¹⁵⁸. Ceci doit faire l'objet d'une constatation expresse dans l'acte d'emprunt, qui par ailleurs doit faire l'objet d'un acte authentique¹⁵⁹. En pratique, il n'est pas rare que l'acquéreur combine les avantages du privilège avec ceux de l'hypothèque. Ceci sera le cas lorsque le financement obtenu par l'acquéreur couvre non seulement l'acquisition, mais également le montant des travaux ou encore les frais liés à l'acquisition. Dans ce cas, l'établissement bancaire sollicitera, outre le privilège qui couvre l'essentiel de l'emprunt, une hypothèque conventionnelle qui vise à garantir le paiement des montants accessoires¹⁶⁰.

Le privilège du prêteur de deniers possède des attraits indéniables. Pourrait-il constituer une alternative valable pour garantir les emprunts octroyés par des établissements bancaires étrangers pour financer l'acquisition d'immeubles situés en France? Une telle dissociation entre contrat d'emprunt, reçu par exemple en Belgique, et privilège déduit du droit français se heurte apparemment à un principe classique selon lequel les privilèges ne peuvent être admis que pour autant qu'ils soient accordés par loi de la créance qu'ils concernent¹⁶¹. Dès lors que la créance garantie trouve son origine dans un contrat d'emprunt régi par le droit belge – ce qui sera le plus souvent le cas lorsque l'établissement de crédit est établi en Belgique –, il n'est dès lors pas possible de faire bénéficier l'emprunteur

judiciaires ou conventionnelles à l'exception des inscriptions en renouvellement» et les «décisions judiciaires, actes, attestations de transmission par décès et documents visés aux articles 28, 35, 36 2° et 37 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 modifié».

157. Selon l'article 2379 du Code civil, le «vendeur privilégié, ou le prêteur qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, conserve son privilège par une inscription qui doit être prise, à sa diligence, en la forme prévue aux articles 2426 et 2428 et dans le délai de deux mois à compter de l'acte de vente. Le privilège prend rang à la date dudit acte».
158. Le privilège ne couvre dès lors pas le prêt consenti pour le financement de travaux ou le financement des frais de la vente.
159. Ajoutons que le privilège doit être inscrit dans les deux mois de l'acte. A défaut, le privilège se transforme en hypothèque qui prend date au jour de l'inscription.
160. Voy. les observations de M. CAGNIART, «Financement de l'acquisition d'un immeuble en France par des étrangers», *Droit & Patrimoine*, juin 2007 (62), 64.
161. G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Story-scientia, 1989, 303, n°s 638 et 363, n° 792; R. VANDER ELST, «Les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé», in *Les sûretés*, A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (éds.), Feduci, 1984, (409), 422. *Comp.* avec les très intéressantes observations de I. PEETERS, «Droit international privé», in *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Kluwer, 2004, pp. 15 et s., n°s 13 et s. – qui suggère que plusieurs approches sont possibles et qu'il pourrait même être fait abstraction de la loi applicable à la cause de la créance si celle-ci ne reconnaît pas le privilège. *Comp.* R. VANDER ELST, «Droit international privé – règles générales des conflits de lois dans les différentes matières de droit privé», *Rép. Not.*, T. XV – I. XIV, Larcier, 1977, 79, n° 27.1 (qui semble suggérer que les privilèges sont soumis à la loi réelle).

du mécanisme du privilège du prêteur de deniers¹⁶². Ceci ne serait possible que si l'établissement de crédit accepte que le contrat de prêt soit soumis à la loi française. Un tel choix contraindrait toutefois l'établissement à un difficile exercice de réécriture du contrat habituellement utilisé. L'effort sera important et souvent trop onéreux pour être justifié¹⁶³. En outre, la soumission du contrat d'emprunt au droit français pourrait faire peser certains risques sur celui-ci eu égard à l'intervention plus que probable des dispositions françaises d'application immédiate – notamment la réglementation sur l'usure et le taux effectif global¹⁶⁴.

Ceci a pour résultat de priver les prêteurs étrangers de l'accès à ce privilège, puisqu'ils préféreront en général soumettre le contrat d'emprunt à leur propre loi¹⁶⁵.

La doctrine a cependant proposé plusieurs pistes pour contourner l'obstacle¹⁶⁶. La solution la plus efficace consiste à procéder à un *dépeçage* du

162. En ce sens, M. CAGNIART, *art. cit.*, *Droit & Patrimoine*, juin 2007 (62), 66 et M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 530, n° 29.

163. Si l'acte de prêt devait être soumis au droit français, l'on sera attentif à la responsabilité du notaire belge qui le reçoit. Une fois cet obstacle franchi, rien n'interdirait à l'établissement de crédit de bénéficier du privilège. En particulier, l'on ne pourrait s'opposer à ce privilège au motif que le contrat n'a pas été reçu par un notaire français. La loi française impose que le privilège doit être constaté par acte authentique. L'article 2374-2° du Code civil précise qu'il faut que soit « authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés ». Même si certains lisent dans cette disposition un véritable monopole au profit des notaires français (M. CAGNIART, *art. cit.*, *Droit & Patrimoine*, juin 2007 (62), 67), le régime de circulation des actes notariés rend parfaitement possible d'utiliser un acte authentique reçu par un notaire belge.

164. La soumission expresse du contrat d'emprunt au droit français a pu par le passé susciter des interrogations au regard de l'exigence posée par le droit français (art. L.510-10 du Code monétaire et financier) que l'établissement de crédit obtienne un agrément. De nombreux emprunteurs français ont tenté par le passé d'obtenir l'invalidation de contrats d'emprunt au motif qu'un établissement de crédit étranger qui leur avait accordé un emprunt, n'avait pas obtenu l'agrément nécessaire. La Cour de cassation française a mis fin à ces tentatives en 2005, par un arrêt de principe aux termes duquel « la méconnaissance par un établissement de crédit, de l'exigence d'agrément [...] n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus » (Cass. fr., ass. plénière, 4 mars 2005, en cause *Caisse hypothécaire anversoise (devenue Axa Bank) et Société d'aménagement immobilier de Gascogne (SAIG)* (en l'espèce, une banque belge avait consenti des prêts par actes sous seing privés souscrits en Belgique et ultérieurement déposés au rang des minutes d'un notaire à Paris, par un acte authentique comportant affectation hypothécaire, en vue de financer une opération de promotion immobilière à Biarritz. Les emprunteurs tentaient de s'opposer à la demande de remboursement des prêts au motif que la banque belge n'était pas agréée au moment des prêts. La Cour a décidé que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément... n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus »).

165. Mme Révillard fait observer que les conservateurs d'hypothèque acceptent parfois d'inscrire des privilèges de prêteur de deniers alors même que la créance garantie n'est pas soumise à la loi française (M. REVILLARD, *op. cit.*, 499, n° 871, note 131). Elle note à juste titre que cette inscription n'est pas décisive puisque le fait que le conservateur ait accepté de formaliser l'inscription ne préjuge pas de sa validité.

166. M. Droz fait référence à une intéressante construction destinée à permettre à des prêteurs non-français de bénéficier du privilège du prêteur de deniers : une banque française avait établi une filiale en Angleterre, où elle accordait des prêts à des ressortissants anglais souhaitant acheter des immeubles en France. Implantée en Angleterre, l'établissement de crédit n'éprouvait aucune difficulté à obtenir les renseignements nécessaires à l'octroi d'un prêt (et notamment les informations sur la surface financière de l'emprunteur). S'agissant cependant d'une banque française, elle pouvait aisément établir des contrats de prêt soumis à la loi française et bénéficier ainsi du privilège du prêteur de deniers (G.A.L. DROZ, « L'activité notariale internationale », *Rec. Cours*, 1999, t. 280, (9-134), 54-55, n° 43).

contrat d'emprunt. Ce contrat serait soumis à la loi du prêteur étranger – par exemple la loi belge. Il contiendrait cependant une clause particulière soumettant la garantie au droit français. Ce faisant, l'établissement de crédit pourrait bénéficier du privilège particulier institué par la loi française, tout en continuant à utiliser les contrats qui lui sont familiers¹⁶⁷.

Le dépeçage est une technique reconnue du droit des contrats internationaux¹⁶⁸, même s'il faut bien avouer qu'en pratique les exemples de mise en œuvre de cette technique sont fort rares. Elle semble pouvoir offrir une parade efficace au caractère national des privilèges¹⁶⁹. On a cependant pu émettre des doutes sur l'efficacité d'un tel découplage. Comme l'explique fort justement M. Gojon, «le caractère privilégié d'une créance participe de sa nature même»¹⁷⁰. A ce titre, l'on peut se demander s'il est possible de scinder le contrat en deux parties distinctes. Ne risque-t-on pas, en isolant les garanties de la créance, de rompre le lien entre les deux alors que c'est l'existence même de la créance qui justifie qu'elle soit munie d'un privilège¹⁷¹?

On le voit, le débat est loin d'être clos. On peut retenir à ce stade que la plus grande prudence s'impose dans le maniement du dépeçage comme technique permettant à l'établissement de crédit de bénéficier d'un privilège de droit français. La solution proposée par une partie de la doctrine ne semble en effet pas avoir été confirmée en jurisprudence. En outre, il est significatif que les auteurs qui plaident pour un dépeçage ne s'aventurent pas à proposer un modèle de clause permettant. Or la rédaction d'une telle clause s'avérera nécessairement délicate¹⁷².

167. Il semble que cette technique soit déjà utilisée en pratique lorsqu'un prêt est garanti par une hypothèque accordée sur un immeuble situé dans un autre Etat que celui où est établi l'établissement de crédit. Voy. par ex. CA Colmar, 18 février 2004, *D.*, 2004, jurispr., 1898 (en l'espèce, des époux français avaient obtenu un prêt auprès d'un établissement bancaire allemand. Le contrat de prêt avait été reçu en Allemagne. Il prévoyait, sous le titre «droit applicable», que «le présent contrat est régi par le droit allemand; la constitution d'hypothèque est régie par le droit français»).

168. Elle est consacrée expressément par l'article 3, § 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et reprise par la disposition correspondante du Règlement 593/2008 destiné à remplacer la Convention à partir de décembre 2009.

169. M. Peeters se demandait déjà «ce qui s'oppose à soumettre expressément dans un contrat, les garanties (parmi lesquelles les privilèges) de l'une ou l'autre partie, à un autre droit que celui régissant les autres aspects du contrat, afin de répondre à l'organisation strictement territoriale des privilèges et des sûretés réelles» (I. PEETERS, «Droit international privé», in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2004, pp. 15 et s., n° 16).

170. J.-Fr. GOJON, *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard : liber amicorum*, 2007, (169), 175, n° 8.

171. Voy. les interrogations en ce sens de M. Revillard, qui note que le dépeçage ne semble pas souhaitable «en raison des liens étroits qui unissent la créance et les sûretés contractuelles : il aboutirait en pratique à soumettre les garanties à une loi propre et autonome en niant qu'elles sont l'accessoire de la créance avec laquelle elles ont cependant un lien structurel. La qualité de la créance induit le privilège et dans l'application des éléments de qualité figure notamment la loi applicable au fond» (M. REVILLARD, *op. cit.*, 499, n° 872).

172. Par contre, l'un des auteurs de cette contribution a rencontré dans sa pratique une convention de prêt conclue entre un établissement de crédit établi en Allemagne et une société de droit belge, destinée à financer l'acquisition d'un immeuble situé en Belgique, qui prévoyait la clause suivante : «Attribution de juridiction – Pour l'exécution de la susdite convention de crédit..., les cours et tribunaux allemands seront compétents et le droit allemand sera d'application. Toutefois, pour l'exécution de la présente affectation hypothécaire..., l'exécution des sûretés, les saisies immobilières et la procédure, les Cours et Tribunaux belges seront compétents et le droit belge sera d'application».