

LES LITIGES CONTRACTUELS TRANSFRONTALIERS LE DOMAINE RÉSIDUEL DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ: LE DROIT BELGE

Patrick WAUTELET

I. Introduction

Le contentieux contractuel transfrontalier fait l'objet d'une attention soutenue de la part des autorités européennes. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir la liste des instruments portant soit sur les conflits de lois, soit sur les conflits de juridictions, dont certains sont d'ailleurs en voie d'être révisés. Ces interventions, auxquelles il faut ajouter l'existence d'un substantiel corps de règles d'origine internationale, au premier rang desquelles l'on rangera la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, réduisent d'autant le domaine potentiel des spécificités belges susceptibles de justifier l'examen qu'on leur consacre.

L'intervention européenne n'a toutefois pas diminué l'intérêt d'une approche nationale du sujet. Comme pour toutes les entreprises d'harmonisation du droit, l'expérience nationale demeure importante dans la mesure où les acteurs nationaux, au premier rang desquels figurent les cours et tribunaux, demeurent en première ligne pour la mise en œuvre concrète des règles uniformes. Il serait dès lors intéressant de se pencher sur la pratique de ces cours et tribunaux, pour y déceler d'éventuelles particularités. Un tel travail dépasserait cependant les limites assignées à la présente contribution.

Au-delà de ces particularités, nombreuses, qui peuvent donner une couleur « locale » aux règles uniformes, l'attention portera dès lors, de façon plus modeste, sur les règles proprement nationales adoptées en Belgique et visant les questions délaissées par l'entreprise d'harmonisation. C'est évidemment le Code de droit international privé, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004, qui

retiendra principalement l'attention à ce titre. Le Code, qui a déjà fait l'objet de nombreux et savants commentaires¹, met en place une réglementation complète des relations internationales privées : outre des règles délimitant la compétence internationale des juridictions belges, le Code prévoit un ensemble cohérent de dispositions permettant de déterminer le droit applicable aux relations internationales. L'ensemble est complété par un régime détaillé des décisions étrangères.

Deux moments du raisonnement de droit international privé retiennent l'attention lorsque l'on analyse le sort du contentieux contractuel sous l'empire du Code : il y a d'une part quelques règles spécifiques permettant d'asseoir la compétence des juridictions belges (II) et d'autre part une disposition dont l'objectif est de permettre la détermination du droit applicable aux contrats internationaux (III).

II. La compétence internationale des juridictions belges en matière contractuelle

Le Code de droit international privé définit de façon précise les limites de la compétence des juridictions belges. Pour ce faire, le Code prévoit deux ensembles de règles : à côté de règles générales, applicables quel que soit l'enjeu concret du litige (art. 5 et s.), des règles particulières s'attachent à délimiter de façon plus précise la compétence dans certaines matières².

L'examen des règles pertinentes pour le contentieux contractuel met en lumière un schéma classique : à côté d'une règle de principe fondée sur la liberté des parties (A), le Code prévoit également une règle par défaut permettant de saisir un for en l'absence d'accord entre parties sur le juge compétent (B).

Ces deux règles seront examinées successivement. L'accent sera mis sur les similarités mais aussi les différences qui séparent les textes adoptés par le législateur belge des textes européens.

¹ On consultera en particulier l'ouvrage collectif qui y a été consacré : *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds), Bruxelles, Intersentia-Bruylant, 2006, 722 p., qui comprend une importante bibliographie (pp. 717-722).

² Pour un examen d'ensemble de ces dispositions, voy. A. NUYTS, « Les bases de compétence générales dans le Code de droit international privé », *R.D.J.P.*, 2004, pp. 175-188 et notre étude : « Le Code de droit international privé et le procès international », in *Actualités en droit judiciaire*, G. DE LEVAL (éd.), CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 304-412, spéc. pp. 307-376.

A. Le régime des clauses d'élection de for

Le premier point de repère pour déterminer le tribunal compétent lorsque le litige concerne un contrat est évidemment l'éventuelle clause d'élection de for. L'on connaît la rigueur de la réglementation européenne sur ce point : dès que la volonté (réelle ou présumée) des parties s'est manifestée selon l'une des modalités retenues par l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001, le juge que les parties ont élu possède une compétence exclusive que ne peut remettre en question l'application de dispositions nationales³. En outre, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que la validité d'une clause d'élection de for n'est pas subordonnée à l'exigence que le juge retenu par les parties possède un lien quelconque avec le litige⁴. L'autosuffisance de l'article 23 a permis de mettre fin à bon nombre de singularités nationales – en Belgique, l'on pense notamment à la revendication de compétence au profit des concessionnaires exclusifs dont la concession a été résiliée par le concédant⁵.

Le système retenu aux articles 6 et 7 du Code est d'une portée sensiblement différente. Le respect accordé par ces dispositions à l'autonomie de la volonté n'est en effet pas sans limites. L'on verra que ces dispositions originales permettent au juge d'exercer un pouvoir d'appréciation quant à la mise en œuvre de l'accord des parties.

Avant d'examiner plus en détail ces règles, il convient de préciser qu'elles comblent une lacune importante du système belge des conflits de juridiction. Si la Belgique disposait depuis la loi du 25 mars 1876 (*infra*) d'un ensemble raisonnablement sophistiqué de règles de compétence internationale autonomes, aucune règle écrite n'avait jamais confirmé le principe de la liberté des parties de se saisir et de régler à leur convenance la question de la compétence⁶. L'absence de soutien écrit n'avait certes pas empêché une jurispru-

³ Sur ce principe, voy. les explications de H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence 1991-1998*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 260 et s., n° 142 et s.

⁴ C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c/ Hugo Trumpy SpA*, aff. C-159/97, *Rec.*, 1999, p. I-1597, § 50 (la Cour indique que « [...] l'article 17 de la convention fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné [...] »).

⁵ Article 4 de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Il ne fait pas de doute que cette disposition, qui confère au concessionnaire la possibilité de saisir les juridictions belges dès lors que la concession portait au moins partiellement sur le territoire belge, doit céder la priorité devant une clause valable au regard de l'article 23 du règlement. Voy., dans la jurisprudence récente, Gand, 7 mars 2005, *Tijdschrift@ipr.be*, 2006/2, 60 et les commentaires. Adde les observations de A. NUYTS, *La concession exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 11, n° 7.

⁶ Le Code judiciaire ne prévoyait aucune disposition spécifique relative aux clauses d'élection de for dans les espèces internationales. La doctrine en était dès lors réduite à travailler sur la base d'hypothèses, en devinant si une règle de compétence spécifique entendait conférer aux juridic-

dence et une doctrine unanimes de reconnaître la validité de telles clauses. Il n'en demeurerait pas moins qu'il était difficile, pour certains domaines, de déterminer avec précision les limites et surtout les conditions de cette admissibilité⁷.

Ce n'est qu'en 2002 que la Cour de cassation était intervenue pour dégager un principe général de validité des clauses dérogeant à la compétence des juridictions belges⁸. Le Code complète utilement ce principe général par des règles précises qui visent tant les conditions de l'exercice de l'autonomie de la volonté (*a*) que les effets des clauses d'élection de for (*b*). En vertu de la subsidiarité des règles nationales, les articles 6 et 7 du Code ne pourront jouer que dans la mesure où la clause échappe à l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001. Ceci suppose, pour l'article 6, soit qu'aucune des parties ne soit domiciliée dans un État membre – hypothèse peu fréquente –, soit que la clause figure dans un contrat exclu du champ d'application matériel du règlement européen. L'article 7 trouvera plus souvent à s'appliquer puisqu'il a vocation à déterminer dans quelles circonstances une juridiction belge peut faire droit à une exception d'incompétence fondée sur une clause au bénéfice d'un juge hors UE.

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

Lorsque l'on examine le régime de la validité des clauses d'élection de for mis en place par le Code, le contraste avec l'exemple européen est saisissant. Au contraire de l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001, qui prévoit des règles européennes précises sur les exigences formelles auxquelles ces clauses doivent satisfaire, le Code se contente de préciser que la clause doit avoir été conclue « valablement »⁹. Les travaux préparatoires indiquent que dans la mesure où

tions belges une compétence exclusive qui empêcherait la conclusion d'une clause d'élection de for. Voy. par ex. F. RIGAUX, *Droit international privé*, II, *Droit positif belge*, Bruxelles, Larcier, 1979, p. 390, n° 1162.

⁷ C'était notamment le cas en matière de contentieux du contrat de travail, voy. M. FALLON, « Autonomie de la volonté et rattachement du contrat international du travail au droit belge », *JTT*, 1984, pp. 265-271.

⁸ Cass., 2 novembre 2001, *R.C.J.B.*, 2003, p. 263, note M. FALLON. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que « sauf dans le cas d'une compétence internationale exclusive », l'article 635 du Code judiciaire « ne s'oppose pas à ce qu'il soit donné effet, sur le déclinatoire de juridiction régulièrement élevé par la partie appelée en intervention, à une clause attribuant compétence aux seules juridictions d'un État étranger licitement convenue entre cette partie et le demandeur en intervention ».

⁹ Les articles 6 et 7 adoptent la même formule lapidaire à cet égard. Les deux dispositions doivent dès lors être interprétées en parallèle.

se pose la question de la validité de la clause, il faut avoir égard aux exigences posées par la loi applicable au contrat qui contient la clause¹⁰.

Pour résoudre la question de la validité formelle de la clause, un détournement s'impose dès lors non pas par d'éventuelles règles matérielles imposées par le Code, mais bien par la *lex contractus*. Celle-ci sera déterminée conformément aux règles applicables aux contrats (*infra*). L'on peut déjà souligner à ce propos que, le Code ayant opté pour l'extension des dispositions de la Convention de Rome aux questions que celle-ci exclut de son champ d'application, la loi du contrat devra être déterminée à l'aide des règles de rattachement européennes. C'est en particulier l'article 9 de la Convention de Rome qui fournira le rattachement approprié¹¹.

Dès lors que les parties ont soumis leur contrat au droit belge par exemple, l'on peut imaginer qu'une clause soit opposable à un commerçant par le simple fait qu'elle figure dans un document commercial qu'il n'a pas contesté, et ce même si le différend est né à l'occasion du premier contact commercial entre les parties¹². L'on notera que dans cette hypothèse, il n'est pas certain que la clause puisse être validée au regard des exigences européennes¹³.

L'absence dans le Code de règles matérielles déterminant directement les exigences formelles minimales auxquelles doivent satisfaire les conventions de juridiction tranche avec la méthode suivie en droit uniforme. Tant les textes européens, comme l'article 23 déjà cité, que les exemples internationaux – l'on pense à l'article II-2° de la Convention de New York du 10 juin 1958 en matière d'arbitrage – préfèrent en effet une approche *directe* des exigences de validité formelle. L'on peut se demander si l'approche conflictuelle retenue par le législateur belge, qui se contente d'un simple renvoi au droit national applicable au contrat, ne risque pas à la fois d'alourdir la résolution des questions de compétence, mais aussi de conduire à l'application d'exigences formelles déduites du droit commun qui ne sont dès lors pas nécessairement adaptées au cas particulier des clauses d'élection de for.

Si les articles 6 et 7 sont loin de fournir le même degré de précision que la règle européenne, le texte belge se montre par contre sur un autre point plus précis que l'exemple européen. Ces deux dispositions réservent en effet l'exercice de l'autonomie de la volonté aux situations dans lesquelles les parties disposent librement de leurs droits. Cette condition, qui rappelle l'exigence posée pour les clauses d'arbitrage par l'article 1676 du Code judiciaire, s'ap-

¹⁰ Exposé des motifs accompagnant la Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sénat, 2003, n° 3-27/1, p. 33 (ci-après « Exposé des motifs »).

¹¹ En ce sens, M. PERTEGÁS SENDER et L. SAMYN, « Article 6 », in *Le Code de droit international privé commenté*, précité, p. 36 et A. HEYVAERT, *De internationale rechtsmacht van de gerechten na het W.I.P.R.*, Malines, Kluwer, 2005, p. 25.

¹² Voy. l'article 25 du Code de commerce.

¹³ Voy. sur ce point les réflexions de H. BORN, « Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles », *J.T.*, 1995, (p. 353), p. 360, n° 33.

précie, selon les articles 6 et 7, « en vertu du droit belge ». La précision est importante. Elle permettra d'éviter les controverses qui ont pu faire peser une lourde épée de Damoclès sur les conventions d'arbitrage à propos desquelles l'on s'est longtemps demandé, notamment dans le cadre du contentieux des contrats de distribution, si l'arbitrabilité devait être appréciée selon la loi applicable au contrat ou selon la loi du for¹⁴.

Le contraste avec l'absence, en droit européen, de précision sur cette importante question, s'explique aisément. En réalité, lorsque la relation qui a donné lieu à la conclusion d'une clause d'élection de for tombe sous l'empire du Règlement Bruxelles I, il existe un principe général d'admissibilité des clauses d'élection de for. Ce principe a pu être accepté sans difficulté en raison de l'exclusion du champ d'application du Règlement des matières sensibles comme les relations familiales. Point n'est donc besoin d'avoir recours aux services d'une loi nationale pour apprécier l'admissibilité d'une clause. Au contraire, le Code de droit international privé a vocation à régir l'ensemble du contentieux civil et commercial, en ce compris le contentieux familial.

Selon les travaux préparatoires, il faut tenir compte, dans le droit belge, non seulement de la nature du rapport juridique en cause, mais également de l'existence éventuelle de règles de protection, pour apprécier si les parties disposent librement de leurs droits. Pour illustrer le premier cas, l'on peut se référer à l'ensemble du droit familial qui est considéré comme indisponible et dès lors insusceptible d'accord entre parties sur le juge compétent¹⁵.

¹⁴ Voy. récemment Cass., 16 novembre 2006, *Van Hopplynus Instruments c/ Coherent Inc.*, J.L.M.B., 2007, p. 472. Voy. également Cass., 15 octobre 2004, *Colvi c/ Interdica*, NjW, 2005, p. 630, note M. PIERS et H. VERBIST; R.W., 2004-2005, 1063, note M. PIERS; R.D.C., 2005, 488, notes M. TRAEST et P. HOLLANDER; et, en général, M. NEUT, « De beoordeling door de Belgische rechter, ten tijde van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid, van de arbitreerbaarheid van een geschil inzake de eenzijdige beëindiging van een alleenverkoopconcessie », R.W., 1999-2000, 1304-1308.

¹⁵ Voy. le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme NYSENS et M. WILLEMS, *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, p. 33 – ci-après « Rapport Sénat » (intervention du professeur Marc FALLON selon qui la matière familiale n'est pas « disponible »). Le Code introduit toutefois un facteur d'incertitude dans la mesure où il permet, sous certaines conditions, aux parties de choisir la loi applicable à certains rapports qui appartiennent à la sphère familiale. Il en va ainsi du divorce (art. 55, § 2 du Code) ou des pensions alimentaires (art. 75). L'autonomie de la volonté ainsi reconnue ne l'est cependant que dans des limites très étroites, à telle enseigne que l'on aurait peine à la comparer à l'autonomie consacrée par exemple par la Convention de Rome. Partant, il nous semble que l'on ne peut tirer argument des avancées de l'autonomie de la volonté en matière familiale pour décréter que ces questions sont dorénavant « disponibles » au sens des articles 6 et 7 du Code. *Comp.* sur ce point, l'interprétation proposée par M. J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2005, (p. 11), n° 21. Selon M. CARLIER, « le code faisant partie du droit belge, il faut également en tenir compte et considérer que lorsqu'une part d'autonomie de la volonté a été introduite dans les règles de droit applicable, il y va de droits disponibles pour lesquels les parties peuvent également choisir la compétence du juge belge [...] ». Dans le même sens, A. HEYVAERT, *op. cit.*, p. 27 (uniquement

Quant à l'existence de règles de protection, les travaux préparatoires font référence, sans grande surprise, aux contrats de distribution et aux dispositions du droit belge qui dans cette matière visent à protéger certaines parties¹⁶. Ceci laisse augurer d'une approche moins généreuse vis-à-vis des clauses d'élection de for que celle imposée par l'espace judiciaire européen. Le sort d'une clause d'élection de for prévue dans un contrat de concession exclusive de vente pourrait ainsi différer selon que les parties ont accordé compétence à une juridiction d'un État membre ou d'un État tiers. Dans le premier cas, la rigueur européenne contraindra les juridictions belges à s'incliner sans réserve aucune devant le choix des parties. Dans l'autre cas de figure, le Code de droit international privé n'exclut pas que la juridiction belge, saisie malgré l'existence d'un accord en faveur d'une juridiction étrangère, procède à un examen de l'admissibilité de la clause.

Aucune difficulté ne surgira dans ce contexte lorsqu'il apparaît que le juge étranger désigné par les parties est tenu d'appliquer le droit belge. À l'instar d'une jurisprudence constante en matière de convention d'arbitrage, il nous semble que dans ce cas de figure, il faut nécessairement conclure à la validité de la clause de juridiction. Le droit conféré au concessionnaire par l'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 n'est en effet pas remis en question puisque le concessionnaire bénéficiera devant le juge étranger des dispositions de cette loi.

L'appréciation est plus délicate lorsque le contrat n'impose pas au juge étranger choisi par les parties de faire application des dispositions de la loi belge. Sans doute faudra-t-il d'abord examiner le niveau de protection offert par le droit étranger applicable. La comparaison peut s'avérer délicate. Peut-on se contenter de constater que le concessionnaire bénéficie selon les dispositions du droit étranger d'une protection qui n'est pas celle du droit commun des contrats, pour conclure à la validité de la clause d'élection de for ou doit-on au contraire, pour admettre le jeu de l'autonomie de la volonté, déterminer que la protection offerte par le droit étranger se rapproche du régime dont bénéficie le concessionnaire en droit belge ? Le critère de libre disponibilité retenu par le législateur belge n'offre pas de solution précise à cette question. Le Code apporte enfin certaines précisions sur l'admissibilité des clauses d'élection de for. Adoptant une approche plus radicale que celle retenue par le législateur européen, l'article 97, § 3 prévoit en effet que les clauses d'élection de for n'ont pas d'effet à l'égard des consommateurs et des employés

en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel). Sur ce point également les commentaires de V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het echtscheidingsrecht in het Wetboek van internationaal privaatrecht », *Not. Fisc. M.*, 2005, (p. 41), p. 49, n° 29 et de M. PERTEGÁS SENDER et L. SAMYN, « Article 6 », in *Le Code de droit international privé commenté*, précité, p. 34 (qui limitent le jeu de l'article 6 au divorce par consentement mutuel).

¹⁶ Exposé des motifs, p. 33. Voy. aussi Rapport Sénat, pp. 32-33 (intervention de M. VAN HOUTTE).

lorsqu'elles sont conclues avant la naissance du différend. La solution est radicale. Elle se justifie à notre sens dans la mesure où les contrats visés posséderont une dimension extra-européenne. Il serait difficilement acceptable d'imposer à un consommateur ou à un employé de saisir les juridictions d'un État situé en dehors de l'Union européenne.

Au total, le régime des conditions de l'exercice de l'autonomie de la volonté tel qu'établi par le Code ne diffère pas substantiellement du régime en vigueur en droit européen. Les différences qui séparent les deux régimes concernent en réalité des hypothèses limitées.

2. Effets des clauses d'élection de for

C'est sans doute sur le plan des *effets* des clauses d'élection de for que le Code de droit international privé s'éloigne de la façon la plus visible du modèle européen. Le principe retenu par le législateur belge n'est pas différent de celui en vigueur dans le cadre du Règlement Bruxelles I: dès lors que les parties ont valablement convenu du tribunal compétent, leur accord fait loi.

Ce principe, qui fait l'objet d'utiles précisions pour les clauses prorogatoires¹⁷ et dérogatoires¹⁸, est cependant assorti d'une importante limitation qui singularise le régime belge.

¹⁷ Selon l'article 6 du Code, ces clauses ont pour effet que les juridictions belges sont « *seules compétentes* ». L'expression utilisée traduit bien l'idée d'exclusivité. L'on peut toutefois penser que le législateur belge n'a pas entendu interdire aux parties de prévoir que leur clause ne serait que permissive et non pas exclusive. Ce type de clause se rencontre en effet souvent dans la pratique. À titre de comparaison, l'article 5 de la Convention de La Haye sur les clauses d'élection de for du 25 novembre 1965 précise que les tribunaux élus par les parties sont seuls compétents « à moins que les parties n'en aient autrement décidé ». *Comp.* également avec l'article 3(b) de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. L'exclusivité évoquée par l'article 6 est d'abord *contractuelle*. Elle impose aux parties de ne pas saisir une autre juridiction que celle désignée dans la convention. Elle pourrait le cas échéant également avoir un effet dans le cadre du contrôle de la compétence indirecte.

¹⁸ L'article 7 étale dans le temps les effets d'une clause qui déroge à la compétence des juridictions belges. Dans un premier temps, le législateur a en effet prévu que les tribunaux belges doivent « *surseoir à statuer* ». Ce n'est que lorsque le juge étranger a prononcé une décision et que celle-ci est susceptible d'être reconnue en Belgique que le juge belge peut se dessaisir.

Le choix d'étaler dans le temps l'effet accordé à une clause dérogatoire se comprend puisque les clauses visées sont celles qui accordent compétence à une juridiction située en dehors de l'Union européenne. Cette distance introduit un facteur d'incertitude qui justifie que l'on procède avec prudence en se contentant dans un premier temps d'un simple sursis à statuer. L'on peut toutefois regretter que le juge belge ne puisse se dessaisir que si le juge étranger a prononcé une décision susceptible d'être reconnue en Belgique. Il est en effet parfaitement envisageable que le différend dont a eu à connaître le juge belge ne connaisse pas de suite devant le juge étranger une fois la clause d'élection de for validée par le juge belge. La décision du juge belge d'accorder effet à la clause pourrait en effet inciter les parties à transiger. De même, il n'est pas exclu que le demandeur qui a saisi les juridictions belges n'ait pas les moyens, ni l'envie de financer une procédure devant la juridiction étrangère. Dans ce cas, le juge belge restera saisi d'une procédure « suspendue ».

Les articles 6 et 7 permettent en effet au juge belge de s'écarter dans certaines circonstances de la volonté des parties. Il pourra selon l'article 6 refuser de donner effet à une clause rédigée au bénéfice des juridictions belges lorsqu'il estime que le litige « ne présente aucun lien significatif avec la Belgique ». De même, les juridictions belges pourront, selon l'article 7, passer outre à l'accord de volonté des parties et retenir leur compétence malgré l'existence d'une clause qui déroge à la compétence des juridictions belges dans deux situations qui seront examinées plus en détail ci-après.

Le contraste avec le régime européen est saisissant. L'on sait l'insistance mise par la Cour de justice, lorsqu'elle interprète l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001, sur la sécurité juridique que permet d'atteindre la conclusion par les parties d'une clause d'élection de for¹⁹. La Cour a notamment puisé dans cette préoccupation la justification du rejet d'une exigence d'un élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné par les parties²⁰. Il ne fait pas de doute que dans le régime européen, le juge choisi par les parties ne possède aucun pouvoir d'appréciation lui permettant de passer outre au choix des parties²¹.

La différence est notable avec le régime retenu par le Code de droit international privé. Certes, le Code peut s'appuyer sur certains précédents, notamment celui de l'ancienne Convention de La Haye relative aux clauses d'élection de for, qui permettaient également aux juridictions de s'éloigner de l'accord des parties²². Certes encore, les dispositions du Code limitent le pouvoir d'appréciation du juge en subordonnant celui-ci à certaines conditions que l'on examinera ci-après.

L'on peut néanmoins être surpris par l'hypothèque que fait peser le régime dérogoire des articles 6 et 7 sur des accords auxquels les parties ont précisément recours pour éviter l'incertitude qui peut accompagner, dans le conten-

Sous réserve de l'omission du rôle après trois ans d'inactivité, sur la base de l'article 730 C. jud., la question n'est pas dénuée d'importance notamment en raison du point de départ du délai de prescription de la responsabilité de l'avocat en vertu de l'article 2276bis C. civ.

¹⁹ Voy. par exemple l'arrêt *Castelletti*: C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c/ Hugo Trumpy SpA*, aff. C-159/97, *Rec.*, 1999, p. I-1597, § 48, dans lequel la Cour souligne le « souci de garantir la sécurité juridique par la possibilité de prévoir avec certitude le for compétent [...] ».

²⁰ C.J.C.E., 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG c/ Les Gravières Rhénanes SARL*, aff. C-106/95, § 3.

²¹ Pour plus de détails sur ce point, voy. nos développements in *Les conflits de procédures. Étude de droit international privé comparé*, thèse, K U Leuven, 2002, p. 168 et s., n° 138 et s.

²² *Comp.* avec l'article 15 de la Convention de La Haye du 25 novembre 1965 qui permettait de ne pas reconnaître les accords d'élection de for « si le litige n'a aucun rattachement avec le tribunal élu, ou si compte tenu des circonstances, il y aurait grave inconvénient à ce que la cause soit jugée par le tribunal élu ». L'on notera que cette réserve ne figure plus dans la Convention du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for.

tieux international privé, le processus de détermination du juge compétent²³.

La liberté que s'autorise le législateur belge vis-à-vis de l'exercice par les parties de leur autonomie de la volonté, s'explique sans doute par le caractère subsidiaire du Code, appelé à s'appliquer avant tout aux relations extra-européennes. L'on peut comprendre la prudence du législateur belge devant la grande diversité des appareils judiciaires susceptibles d'être sélectionnés par les parties. En l'absence de présomption d'équivalence des systèmes judiciaires nationaux²⁴, il n'est pas inopportun pour un législateur national de se réserver une marge de manœuvre permettant dans des circonstances exceptionnelles de ne pas donner suite à l'expression de la volonté des parties. L'essentiel est de conserver un équilibre entre le respect de la volonté des parties d'une part et le souci d'assurer une bonne administration de la justice d'autre part. C'est à l'aune de cet équilibre qu'il convient d'apprécier la pertinence du régime mis en place par le législateur belge.

Pour ce faire, il convient de distinguer entre les deux facettes du régime des clauses d'élection de for. La possibilité retenue par le législateur belge de déroger à la volonté des parties ne s'exprime en effet pas de la même façon à l'endroit des clauses prorogatoires et des clauses dérogatoires.

Quant aux premières, l'article 6, § 2 prévoit que le juge belge peut ne pas donner suite au choix des parties « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique ».

L'intention est sans doute louable. Les ressources mises à disposition de l'appareil judiciaire sont en effet limitées. Un impératif de bonne gouvernance impose dès lors d'en réserver l'usage aux litiges liés au for. En outre, l'on mesure bien qu'il n'est pas opportun, sous l'angle de la bonne administration de la justice, de confier la résolution d'un litige aux juridictions belges alors qu'aucun élément du litige qui oppose les parties n'est situé sur le territoire belge. L'administration concrète de la preuve pourrait en effet être délicate²⁵. Enfin, il n'est pas contestable que la résolution d'un litige est plus lourde lorsque les juridictions belges sont appelées à appliquer des dispositions étran-

²³ Voy. également les critiques formulées par Mme GAUDEMET-TALLON à la suite de la présentation du projet de Code par M. VERWILGHEN, *Vers un code belge de droit international privé. Présentation de l'avant-projet de loi portant Code de droit international privé*, Travaux du comité français DIP, 1998-1999, (p. 123), p. 162.

²⁴ Présomption qui fonde, au sein de l'espace judiciaire européen, le principe de reconnaissance mutuelle de plein droit et l'accueil favorable réservé à l'exécution des jugements étrangers.

²⁵ Ces considérations sont tout aussi pertinentes en matière pénale. Elles n'empêchent pas un législateur d'accorder compétence à ses juridictions pour des litiges portant sur des infractions commises à l'étranger alors même que victime et auteur n'ont pas de lien avec le for, lorsque des considérations importantes liées à la répression de crimes d'une certaine nature justifient que le for ouvre ses portes malgré l'absence de lien significatif avec le litige.

gères, ce qui pourrait être le cas lorsque le litige ne présente pas de lien significatif avec la Belgique.

L'on peut cependant s'interroger sur la pertinence de la formule retenue par le législateur. L'article 6, § 2 semble suggérer qu'il ne suffit pas, pour exclure le pouvoir d'appréciation du juge, que le litige présente un lien quelconque avec le for. Encore faut-il que ce lien soit « significatif ». Ceci ne risque-t-il pas de mettre en danger la solidité d'une clause en faveur des juridictions belges lorsque le seul motif véritable qui justifie le choix des parties est la volonté de recourir à une juridiction neutre ? L'hypothèse ne sera certes pas fréquente. L'on ne peut cependant exclure que des parties à un contrat international accordent leur confiance aux juridictions belges parce que celles-ci leur semblent offrir la neutralité, voire l'expertise souhaitée. Faut-il dans ce cas considérer que la volonté des parties constitue un lien « significatif » au sens de l'article 6, § 2 ?

Les travaux préparatoires suggèrent une lecture large de la condition du lien significatif. Il suffirait qu'une des parties concernées réside en Belgique ou que le différend appelle l'application du droit belge pour empêcher le juge belge d'écarter la clause d'élection de for²⁶. L'on se réjouira de ces précisions, qui n'apportent toutefois pas de réponse à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge élu lorsqu'il apparaît que seule la neutralité des juridictions belges explique le choix des parties.

Il nous semble peu opportun de permettre au juge belge d'écarter l'accord des parties alors qu'elles ont fondé leurs espoirs sur la neutralité du for belge. Cette possibilité est d'autant moins opportune que l'on peut s'attendre à ce que ces parties aient également choisi de soumettre leur litige au droit belge, le parallélisme entre for élu et droit applicable constituant une des règles d'or de rédaction des contrats internationaux. En conclusion, force est bien de constater qu'il n'est pas possible d'exclure catégoriquement l'application de l'article 6, § 2 lorsque le choix des parties pour une juridiction belge s'explique par leur souci de faire appel à une juridiction neutre. On peut le regretter, la clause d'exception figurant à l'article 6, § 2 du Code contraignant les praticiens à émettre certaines réserves lorsqu'on leur demande de se prononcer sur l'efficacité d'une clause d'élection de for en faveur des juridictions belges²⁷.

Si l'on se tourne vers les clauses qui *dérogent* à la compétence des juridictions belges, l'on constate que l'article 7 permet aux juridictions belges saisies en violation d'une telle clause de passer outre à l'accord de volonté des parties

²⁶ Exposé des motifs, p. 34.

²⁷ M. NUYTS, qui a pourtant plaidé avec beaucoup de conviction, pour la reconnaissance d'un certain rôle aux mécanismes d'exception dans la matière des conflits de juridiction, regrette lui aussi que l'introduction d'une clause d'exception inspirée de la doctrine du *forum non conveniens* se soit concrétisée dans la matière des clauses d'élection de for (A. NUYTS, *loc. cit.*, R.D.J.P., 2004, p. 186, n° 22).

dans deux situations. La clause d'élection de for peut tout d'abord être écartée lorsqu'il apparaît que le jugement étranger à venir ne pourra être reconnu ou exécuté en Belgique. L'on comprend qu'imposer aux parties de saisir la juridiction contractuellement élue pourrait conduire à des difficultés proches du déni de justice lorsque la décision de cette juridiction ne pourra produire d'effet en Belgique.

L'intention est bonne. Le procédé utilisé pour atteindre l'objectif fixé n'en demeure pas moins sujet à critique²⁸. Le juge belge est en effet invité à se livrer à un véritable *pronostic* de reconnaissance – comme il peut l'être lorsqu'il doit se prononcer sur une exception de litispendance. L'expérience acquise à propos de cette dernière figure nous apprend qu'un tel pronostic est difficile à manier, d'autant qu'il interviendra souvent alors que la procédure étrangère n'en est qu'à ses débuts.

Au-delà de la mise en œuvre du test retenu par le législateur, c'est le principe même du lien qu'opère l'article 7 entre le sort à réserver à une clause d'élection de for et celui d'un futur jugement étranger qui est critiquable²⁹. Le régime des décisions étrangères mis en place par le Code comprend en effet une particularité qui est de nature à remettre en question la validité de toute clause en faveur d'une juridiction étrangère. Le Code a retenu comme motif de refus d'une décision étrangère la méconnaissance par le juge étranger de la saisine antérieure d'une juridiction belge³⁰. Ce motif, critiquable en soi, conduit à un résultat tout à fait insatisfaisant lorsqu'il est conjugué à l'article 7: dès lors qu'une partie soucieuse d'échapper à une clause d'élection de for conclue au bénéfice d'une juridiction étrangère, se montre plus rapide que son adversaire et saisit une juridiction belge avant toute procédure devant le for élu, il faudrait en effet accepter que la décision que pourrait rendre ultérieurement celui-ci ne serait pas susceptible d'être reconnue en Belgique puisqu'elle intervient en violation de la saisine antérieure du juge belge. Loin de garantir l'autonomie de la volonté, la combinaison du pouvoir d'appréciation accordé au juge belge par l'article 7 et de l'importance reconnue à la saisine antérieure de ce juge aboutit à créer les conditions permettant à une partie d'échapper à une clause valable à tous autres égards.

Pour prévenir une interprétation qui nuirait par trop aux accords des parties, il s'impose, comme le suggère fort justement M. Nuyts, de considérer que lorsque le juge belge sursoit à statuer en faveur de la juridiction étrangère comme l'invite à le faire l'article 7, il faut considérer que la demande n'est plus pendante devant une juridiction belge au sens de l'article 25, § 1^{er}, 6° du Code³¹. Au demeurant, la progressivité des effets attribués par le Code à une

²⁸ Voy. également les observations critiques de A. HEYVAERT, *op. cit.*, pp. 30-31.

²⁹ Comme le souligne A. NUYS, *loc. cit.*, *R.D.J.P.*, 2004, p. 186, n° 23.

³⁰ Article 25, § 1^{er} (6°).

³¹ A. NUYS, *loc. cit.*, *R.D.J.P.*, 2004, pp. 186-187, n° 23.

clause dérogatoire permet d'ailleurs de garder un moyen de contrôle efficace à l'égard de la procédure étrangère.

L'on peut être plus clément à l'égard de la possibilité reconnue par l'article 7 du Code au juge belge d'écarter une clause en faveur d'une juridiction étrangère lorsque les conditions posées par l'article 11 du Code sont remplies. Cette disposition permet au juge de revendiquer compétence alors qu'aucune règle de compétence ne justifie une telle revendication, lorsque l'exercice de cette compétence est nécessaire pour éviter un déni de justice. L'article 11 vise en particulier deux hypothèses précises : d'une part lorsqu'une procédure à l'étranger se révèle impossible et d'autre part lorsque l'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger³².

Que penser de la possibilité offerte au juge belge d'écarter, dans ces deux hypothèses, une clause en faveur d'un juge étranger, qui est à d'autres égards parfaitement valable ?

Dans son principe, la flexibilité offerte par l'article 7 mérite sans conteste d'être approuvée. Les circonstances mouvementées du XX^e siècle ont montré qu'il était opportun de fournir, dans des circonstances exceptionnelles, une échappatoire à une clause d'élection de for dont le respect était devenu impossible³³. La jurisprudence belge a aussi dû connaître de situations exceptionnelles dans lesquelles il était justifié de ne plus contraindre les parties à respecter leur engagement contractuel³⁴.

L'on peut cependant s'interroger sur l'opportunité de lier cette possibilité aux circonstances retenues par l'article 11 pour l'exercice du for de nécessité. Sans doute parce qu'il ne sera en pratique d'application que dans les espèces extra-européennes, le Code retient en effet une version assez large du for de nécessité. C'est en particulier le cas pour la seconde hypothèse visée par l'article 11 : les juridictions belges pourront passer outre à une clause d'élection de for valable non seulement lorsqu'une procédure à l'étranger se révélerait impossible, mais aussi lorsque l'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger.

Les termes utilisés pourraient permettre d'utiliser l'article 7 dans des circonstances diverses, dont certaines ne semblent pas justifier que l'on écarte l'ac-

³² Voy., sur cette disposition, les précisions de A. NUYTS, *loc. cit.*, R.D.J.P., 2004, pp. 181-184, n^{os} 16-18.

³³ Voy. en général C. KAUFMANN-KOHLER, « Compétence internationale et bouleversements politiques », in *Mélanges Frank Vischer*, Basel et Stuttgart, 1983, pp. 161-174.

³⁴ Dans des circonstances exceptionnelles, les tribunaux ont accepté de passer outre à une clause d'élection de for en cas de guerre ou de situation dangereuse dans le ressort du tribunal élu (Comm. Anvers, 9 septembre 1940, *Jur. Anvers*, 1940, p. 258). Une loi du 7 août 1961 avait même neutralisé les clauses d'élection de for dans les relations entre la Belgique et la République du Congo. Selon l'article unique de cette loi, qui modifiait la loi du 25 mars 1876, « Les dispositions conventionnelles attributives de compétence aux juridictions du Congo belge ne font pas obstacle à ce que les tribunaux belges soient saisis » (Loi du 7 août 1961, *M.B.*, 19 août 1961).

cord des parties. Il en va ainsi lorsque la partie qui prétend faire échec à une clause d'élection de for, s'appuie sur la circonstance que son impécuniosité l'empêche de saisir le juge étranger désigné dans le contrat ou encore qu'elle fait valoir l'existence d'obstacles procéduraux ou matériels qui alourdissent l'accès au for élu, alors même qu'elle connaissait ou aurait dû connaître ces obstacles au moment de la conclusion de la clause. Il nous semble que dans ces hypothèses, il n'est pas judicieux de permettre d'écarter l'autonomie de la volonté³⁵. Remettre en question un accord de volontés valablement formé ne doit en effet pouvoir être admis qu'en présence de circonstances imprévisibles et insurmontables.

Dans le même ordre d'idée, il faut, nous semble-t-il, bannir toute velléité de permettre à une partie d'écarter une clause d'élection de for au motif qu'elle bénéficie en droit belge d'une protection particulière. Lors des travaux parlementaires qui ont abouti à l'adoption du Code, l'idée a été émise que les parties réputées « faibles » pourraient s'appuyer sur la clause d'exception pour échapper à une clause d'élection de for³⁶. Comme on l'a fait remarquer, il ne saurait être question d'admettre de manière générale qu'une catégorie de justiciables puisse échapper à l'effet d'une clause d'élection de for sur la base de l'article 11³⁷. L'examen doit au contraire se faire *in concreto*, sur la base des difficultés réelles auxquelles une partie est confrontée devant le juge étranger. Il en va d'autant plus ainsi que le Code prévoit d'importants garde-fous qui permettent déjà d'écarter le jeu de l'autonomie de la volonté³⁸.

On le voit, le texte du Code réserve à notre sens un espace trop important à l'appréciation du juge qui pourrait se révéler nuisible pour l'autonomie de la volonté. L'on peut espérer que les juridictions belges réserveront l'application de cette possibilité aux situations véritablement exceptionnelles dans lesquelles il est manifeste que la juridiction élue par les parties n'est pas de nature à assurer le respect des garanties fondamentales du procès équitable.

Au total, le régime, que l'on a pu comparer à la théorie du for inapproprié³⁹, fait à notre sens trop peu de cas de la volonté des parties. L'on sait qu'en pratique, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles une partie tente d'échapper, une fois le litige survenu, à un accord conclu antérieurement à propos de la juridiction compétente. Ces litiges sont source de frustration pour la partie qui entretenait l'espoir qu'au moins au sujet de la juridiction compétente aucun litige ne surviendrait. Il est regrettable que le Code permette

³⁵ En ce sens, A. NUYTS, *loc. cit.*, R.D.J.P., 2004, p. 187, n° 23. L'on sait que la question a également été soulevée à propos de l'arbitrage. Voy. par exemple J. DE COKER, « Blijft een onvermogen eiser gebonden door arbitrage? », R.D.C., 2003, pp. 801-810.

³⁶ Rapport Sénat, pp. 33-34 (interventions de MM. WILLEMS et VAN HOUTTE).

³⁷ A. NUYTS, *loc. cit.*, R.D.J.P., 2004, p. 187, n° 23.

³⁸ Voy. *supra* en ce qui concerne notamment l'admissibilité des clauses d'élection de for.

³⁹ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 403, n° 9.46.

trop largement à une partie de tenter de contourner un accord dont le but est précisément d'éviter toute difficulté.

B. Le for contractuel

À côté des articles 6 et 7 du Code, qui consacrent le primat de la volonté des parties dans la détermination du juge compétent, il faut également tenir compte de l'article 96 du Code de droit international privé qui prévoit une règle de compétence subsidiaire pour le contentieux contractuel. Cette règle, dont la vocation est de s'appliquer lorsque la volonté des parties ne s'est pas exprimée ou qu'elle ne s'est pas valablement exprimée, s'articule autour d'un double axe : les juridictions belges sont compétentes dès lors que soit l'obligation contractuelle est née en Belgique, soit qu'elle est ou doit être exécutée en Belgique.

La règle a assurément une vocation limitée : compte tenu de l'existence de règles de compétence européennes visant la matière civile et commerciale, elle ne s'appliquera en réalité que lorsque le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre de l'UE⁴⁰. Concrètement, les litiges visés sont ceux mettant aux prises une entreprise ou un particulier établi en Belgique avec un cocontractant établi hors de l'UE. À défaut de clause d'élection de for dans le contrat⁴¹, c'est l'article 96 qui s'impose si l'entreprise belge souhaite attirer son cocontractant en Belgique.

Ce qui frappe d'emblée à la lecture de l'article 96, c'est la parenté directe avec des dispositions plus anciennes. L'exposé des motifs qui accompagnait le projet de Code confirme d'ailleurs que cette disposition « [...] reprend sans le modifier, en ce qui concerne les obligations contractuelles, le texte de l'article 635, 3° du Code judiciaire »⁴². En réalité l'histoire est bien plus ancienne : comme le notait M. Rigaux à propos de cette dernière disposition⁴³ : « En ce qui concerne le droit international privé, la loi du 10 octobre 1967 s'est, pour l'essentiel, bornée à introduire dans le Code judiciaire les dispositions des lois antérieures »⁴⁴. Qui consulte les recueils de lois du XIX^e siècle pourra en effet constater que déjà en 1876, le législateur belge fondait la compétence du for

⁴⁰ En ce sens, T. KRUGER, « Article 96 », in *Le Code de droit international privé commenté*, Intersentia-Bruylant, 2006, p. 490.

⁴¹ Clause qui pourrait être appréciée sur la base de l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 puisque celui-ci connaît un champ d'application étendu pour les clauses d'élection de for. Il faut mais il suffit que l'une des parties soit établie sur le territoire d'un État membre. Dès lors que la clause est en faveur des tribunaux belges ou (hypothèse moins réaliste) des tribunaux d'un autre État membre, il faudra dès lors tenir compte de l'article 23 du Règlement.

⁴² Exposé des motifs, p. 121

⁴³ Introduite par la loi du 1^{er} octobre 1967, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1970.

⁴⁴ F. RIGAUX, *Droit international privé*, II, *Droit positif belge*, 1979, Bruxelles, Larcier, p. 155, n° 742.

contractuel sur la localisation en Belgique de la naissance du contrat ou de son exécution. L'article 52-3° de la loi du 25 mars 1876 permettait en effet d'assigner un défendeur étranger devant les juridictions belges lorsque l'obligation est née, a été exécutée ou devait être exécutée en Belgique⁴⁵.

La longue lignée d'antécédents est d'autant plus remarquable que si, formellement, la loi de 1876 mettait en place un système de règles de compétence internationale spécifiques qui permettait d'éviter le recours à l'extension des règles de compétence interne, il n'en restait pas moins qu'en substance « le système de la loi de 1876 consiste à projeter, dans l'ordre international, les principes qui sont à la base de la compétence dans l'ordre interne »⁴⁶.

Ainsi, pour le for contractuel, la règle de l'article 52-3° était manifestement inspirée par l'article 42 de la loi⁴⁷.

Le pedigree est impressionnant. L'expérience dont peut se targuer cette règle commande une certaine déférence. Elle n'empêche cependant pas de s'interroger sur la pertinence du maintien, en 2004, d'une formule déjà bien ancienne.

Sur un point au moins, le Code de droit international privé se démarque de ses prédécesseurs. L'article 635 du Code judiciaire énumérait onze chefs de compétence permettant d'attirer un étranger devant les juridictions belges. Le Code a fort heureusement abandonné la distinction entre Belges et étrangers pour régler la compétence internationale sans référence à la qualité des parties.

Cette amélioration ne doit pas empêcher de s'interroger sur la pertinence d'une formule déjà ancienne. A-t-on, pour l'écrire simplement, conservé une formule gagnante ? Pour le déterminer, il est opportun de soumettre le texte à l'épreuve des difficultés révélées par la pratique relative à l'ancienne disposition. Ces difficultés étaient bien documentées⁴⁸. Elles portaient tout d'abord sur la délimitation du *champ d'application* de la règle. À ce propos, le Code met fin à l'embarras né des déficiences de la rédaction du Code judiciaire. Le

⁴⁵ L'on notera que ce texte a inspiré les rédacteurs de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899, dont l'article 2 fait également référence au lieu de naissance et d'exécution de l'obligation. Voy. les commentaires de M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899. Étude critique à la lumière des jurisprudences française et belge comparées, avec propositions de réforme*, Paris-Bruelles, Sirey-Larcier, 1950, pp. 69-131.

⁴⁶ P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflit de juridictions*, Paris, Dalloz, 1961, p. 182, n° 238.

⁴⁷ La lecture des commentaires de cette disposition apprend d'ailleurs que son histoire est déjà très ancienne. DE PAEPE faisait remonter son origine à la tradition romaine (P. DE PAEPE, *Études sur la compétence civile*, Bruxelles, Bruylant, 1889, I, p. 77, n° 2).

⁴⁸ L'on se référera surtout aux chroniques successives de MM. BORN et FALLON parues dans le *Journal des Tribunaux*. Voy. successivement M. FALLON et H. BORN, « Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1978-1982) », *J.T.*, 1983, (p. 197), pp. 221-223, n°s 175-179; *id.*, « Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985) », *J.T.*, 1987, (p. 473), p. 484, n° 96 et *id.*, « Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1986-1990) », *J.T.*, 1992, (p. 425), pp. 431-432, n°s 108-112.

texte précise en effet clairement que la règle de compétence ne peut être utilisée que dans le domaine contractuel⁴⁹. Il n'est dès lors plus besoin de se demander si le for contractuel peut être utilisé lorsque l'obligation en jeu est une obligation légale issue d'une relation autre que contractuelle⁵⁰. La nécessité d'une telle interprétation extensive a en effet disparu avec l'adoption de règles de compétence visant les contentieux qui avaient, sous l'empire du Code judiciaire, suscité des difficultés.

Certaines difficultés subsistent néanmoins. L'on pense en particulier au contentieux de l'*annulation* d'un contrat. Est-il opportun de permettre à un plaideur d'asseoir la compétence des juridictions belges sur l'article 96 lorsqu'il sollicite, à titre principal, l'annulation du contrat? La difficulté peut être aisément surmontée lorsque la nullité du contrat litigieux est soulevée à titre *incident*, sous forme d'exception opposée à une demande principale. Comme la Cour de justice l'a confirmé sous l'empire de la Convention de Bruxelles, permettre à un plaideur d'éviter l'application du for contractuel au seul motif que le contrat est affecté d'une cause de nullité serait ouvrir la porte à des abus laissant un demandeur bien démuni⁵¹. Le même raisonnement peut-il toutefois s'imposer lorsque la nullité est l'objet principal du litige? Le texte de l'article 96 ne permet pas de répondre à cette question⁵². De même, ni le texte du Code, ni les travaux préparatoires ne permettent de se prononcer avec certitude sur l'application de l'article 96 à l'action du sous-acquéreur⁵³.

Une fois déterminé que l'article 96 peut s'appliquer, l'on peut se pencher sur sa mise en œuvre. Une des difficultés récurrentes soulevées par l'article 635 concernait la détermination de l'obligation pertinente. La jurisprudence hésitait à ce propos à s'aligner sur la méthode retenue par la Cour de justice dont on sait qu'elle impose, pour l'application du for contractuel européen, d'une part de retenir l'obligation à la base du litige, et non l'obligation caractéristique du contrat, et d'autre part d'exclure l'obligation d'indemnisation ou

⁴⁹ L'expression « obligation contractuelle » utilisée par le législateur est certainement inspirée de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Comme le fait remarquer à juste titre M. HEYVAERT (*op. cit.*, p. 135), le titre du chapitre IX du Code dans lequel s'insère l'article 96, est quelque peu malheureux puisqu'en droit, des obligations peuvent naître en dehors des matières contractuelles et délictuelles. Néanmoins,

⁵⁰ Sous l'empire de l'article 635, M. FALLON avait proposé de permettre l'application de cette disposition au contentieux du divorce en considérant qu'étaient en jeu les obligations légales nées du mariage : M. FALLON, « La compétence des tribunaux belges en matière de divorce d'époux de nationalité différente lorsque le demandeur est Belge », *J.T.*, 1986, pp. 245-251.

⁵¹ C.J.C.E., 4 mars 1982, *Effer c/ Kantner*, aff. 38/81, *Rec.*, p. 825.

⁵² Voy., sous l'empire de l'article 635-3° C. jud., Comm. Bruxelles, 8 janvier 1986, *R.D.C.B.*, 1987, p. 440 et les commentaires appratifs de MM. FALLON et BORN in *J.T.*, 1992, p. 431, n° 108.

⁵³ Voy. récemment (sous l'angle du droit applicable et en particulier de l'application de la Convention de Vienne sur la vente de marchandises), Cass., 15 décembre 2006, *Tijdschrift@ipr. be*, 2008/2, p. 45.

toute autre sanction contractuelle pour ne fonder la compétence que sur l'obligation autonome ou première. La tendance récente des cours et tribunaux semblait porter vers un alignement sur la solution prônée par la Cour de justice, ce qui n'était d'ailleurs pas à l'abri de critique⁵⁴.

La question ne semble pas avoir fait l'objet de débats importants lors de l'adoption du Code. L'adoption de l'article 96 a cependant été l'occasion d'un changement de rédaction : alors que l'article 635, 3^o du Code judiciaire se référait à la notion de l'obligation « qui sert de base à la demande », l'article 96 vise la demande qui « concerne » une obligation née ou exécutée en Belgique⁵⁵. Il n'est pas certain que ce changement de rédaction ait eu pour objectif de mettre fin à la querelle relative à l'interprétation à retenir pour l'application du for contractuel. En tout état de cause, force est de constater que le texte nouveau ne permet pas de se prononcer avec certitude sur la méthode à retenir.

À bien y réfléchir, le texte retenu exclut à notre sens de considérer que la compétence doit s'apprécier au regard de l'obligation caractéristique du contrat. L'article 96 n'impose en effet aucune qualification à l'obligation qui fonde la compétence. C'est donc l'option « pointilliste » qui a été retenue, imposant de disséquer le contrat pour s'appuyer sur l'obligation fondant la demande, et non sur l'obligation principale ou caractéristique du contrat⁵⁶. Cette option a fait naître, au sein de l'espace judiciaire européen, d'importantes difficultés, que l'hostilité de la Cour de justice envers toute forme de connexité a contribué à aggraver. L'un des mérites du Code est d'avoir permis l'utilisation de la connexité comme chef de compétence. L'article 9 permettra ainsi au demandeur de rassembler les morceaux du contentieux contractuel que l'article 96 a contribué à éparpiller.

Une dernière difficulté soulevée par le for contractuel concerne bien entendu la détermination du lieu de naissance ou d'exécution de l'obligation pertinente. Les termes du débat sont connus. L'on peut opter pour une approche directe, matérielle, qui fonde la détermination du lieu d'exécution sur les éléments propres au contrat ou à son exécution par les parties. À côté de cette première approche, il est possible de s'en référer à la loi applicable au contrat qui servira de cadre de référence pour déterminer le lieu d'exécution ou de naissance.

Le moins que l'on puisse dire c'est que le silence du législateur sur cette question est assourdissant. L'exposé des motifs qui accompagnait le projet de Code

⁵⁴ Voy. notamment H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, pp. 565-566, n^o 298.

⁵⁵ N. WATTÉ, « Le contentieux économique et social », *R.D.J.P.*, 2004, (pp. 199-207), p. 201, n^o 13.

⁵⁶ L'article 96 visant les obligations contractuelles, il est permis de penser que seules sont pertinentes les obligations que fait naître le contrat, à l'exclusion des sanctions ou remèdes que prévoit le droit applicable en cas d'inexécution contractuelle.

ne contenait aucune indication sur cette question pourtant bien connue⁵⁷. Lors de l'examen du projet, les spécialistes invités par la Commission Justice ont reconnu les difficultés relatives à la détermination du lieu d'exécution de l'obligation. Le professeur Fallon a toutefois relevé que la pratique jurisprudentielle relative à l'ancienne disposition figurant dans le Code judiciaire « n'a pas soulevé de difficulté particulière »⁵⁸. Comme guide d'interprétation, l'on avait alors évoqué l'idée que « les juges belges interprétant ces notions le fassent de façon raisonnablement extensive, pour permettre au plaideur l'accès à la justice »⁵⁹.

M. Erauw, un des experts consultés par le Sénat, avait fait part, sans la justifier, de sa préférence pour une approche conflictuelle⁶⁰, rejoignant l'interprétation majoritaire retenue par la jurisprudence avant l'adoption du Code⁶¹.

La détermination du lieu de naissance ou d'exécution d'une obligation nous semble au vrai constituer une question juridique. L'on ne peut dès lors se contenter de plaider pour une approche fondée uniquement sur les faits de la cause. Celle-ci se révélerait nécessairement insuffisante pour appréhender des concepts qui sont des constructions de l'esprit. Pour l'application de l'article 96 et la détermination du lieu de naissance ou d'exécution de l'obligation retenue, l'alternative nous semble donc se limiter à l'application de la *lex fori* et de la *lex contractus*⁶². Sans doute sous l'influence des canons en vigueur en

⁵⁷ Exposé des motifs, p. 121 : « L'article reprend sans le modifier, en ce qui concerne les obligations contractuelles, le texte de l'article 635, 3°, du Code judiciaire. Se référant autant au lieu de naissance de l'obligation qu'au lieu d'exécution, le texte est assez large pour permettre une compétence des juridictions belges sur une base objective. La référence au lieu de naissance de l'obligation permet notamment de situer en Belgique un litige portant sur l'existence ou la validité d'un contrat qui y a été conclu ou est réputé l'y avoir été ».

⁵⁸ Rapport Sénat, p. 170.

⁵⁹ Rapport Sénat, p. 170.

⁶⁰ Le professeur ERAUW avait, lors de la discussion, suggéré que « c'est toujours le droit applicable qui détermine si le contrat est né, quand il est né et où il doit être exécuté » : Rapport Sénat, p. 172. Le professeur ERAUW donnait l'exemple suivant : « un contrat belgo-chinois est signé par exemple à Hongkong ; la règle de rattachement amène à constater qu'il s'agit d'un contrat chinois. En droit chinois, on vérifie où est né le contrat. S'il est né en Belgique, ce sont les juridictions belges qui sont compétentes » (Rapport Sénat, p. 172).

⁶¹ Sur cette jurisprudence, voy. H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, pp. 566-570, n^{os} 299 et 300.

⁶² *Comp.* avec l'opinion défendue par Mme WATTÉ, qui écrit que : « Il faudrait dès lors admettre de déterminer le lieu de la naissance ou de l'exécution de l'obligation de manière factuelle d'après les circonstances de l'espèce, sans avoir à rechercher la *lex contractus*. Ce ne serait qu'à défaut de pouvoir ainsi le préciser qu'il faudrait se référer à la loi contractuelle » (*R.D.J.P.*, 2004, p. 201, n^o 14).

Europe, la doctrine semble accorder la préférence à cette dernière solution⁶³. Il reste à voir si les cours et tribunaux vont s'aligner sur cette proposition.

Ce bref aperçu montre que le for contractuel constitue une occasion pour le moins manquée : alors que la pratique avait révélé une série de questions et difficultés, le législateur s'est contenté de reproduire, avec quelques maigres aménagements, une formule classique sans chercher à l'améliorer. Ce faisant, c'est sans doute la tradition qui l'a emporté sur le souci de perfection. Certes, l'imprécision qui caractérise la version belge du for contractuel pourra se révéler utile puisqu'elle permettra aux cours et tribunaux de faire valoir de larges revendications de compétence. Appelé à se déployer dans un contexte extra-européen, le for contractuel ne pouvait être conçu de manière restrictive. Au total, la règle, qui s'efface devant certaines dispositions particulières⁶⁴, ne satisfait cependant pas à l'idéal d'une détermination rapide et efficace de la compétence internationale.

III. Le droit applicable

Lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à un contrat international, le domaine résiduel du droit international privé belge est plus réduit encore. Le caractère universel des règles de rattachement prévues par la Convention de Rome, qui subsistera heureusement dans le (futur) Règlement Rome I, ne laisse en effet que peu de place à une intervention nationale.

La modestie est dès lors de mise eu égard à la place revendiquée par les règles communautaires. Au vrai, celles-ci peuvent revendiquer le titre de droit commun des contrats internationaux dans tous les États membres.

Au rang des espaces de liberté que conservent les États, deux éléments peuvent être mentionnés. Le premier concerne les questions contractuelles délaissées par la Convention de Rome. L'on sait en effet que cette Convention, pas plus que le Règlement appelé à lui succéder, n'entend régir l'ensemble de la matière

⁶³ Voy. par exemple S. FRANCO, « Le nouveau droit international privé belge. Les obligations », *J.T.*, 2005, p. 195, n° 186 (« Le lieu de naissance ou d'exécution de l'obligation sur laquelle porte le différend sera déterminé conformément à la loi applicable au contrat »); A. HEYVAERT, *op. cit.*, p. 136 (qui écrit que si le contrat ne permet pas de déterminer le lieu d'exécution de l'obligation, « zal men het op de overeenkomst (de verbintenis) toepasselijke recht moeten consulteren om uit te maken waar de verbintenis moet uitgevoerd [...] »); T. KRUGER, « Article 96 », in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds), Intersentia-Bruylant, 2006, 492 et P. SAERENS, « Le Code de DIP et le droit des obligations », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. VII.1.2.-3, n° 2.11.

⁶⁴ Voy. en particulier l'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et l'article 27 de la loi sur le contrat d'agence commerciale de 1995.

contractuelle⁶⁵. En outre, la technique des lois de police permet aux États membres de conserver une certaine marge de manœuvre, que limite cependant l'évolution récente de la jurisprudence communautaire.

Avant d'examiner ces deux éléments, il convient de signaler que la Belgique a quelque peu rattrapé ces dernières années le retard qu'elle accusait dans la ratification des instruments internationaux régissant les contrats internationaux. La Convention de Vienne est ainsi entrée en vigueur en Belgique le 1^{er} novembre 1997 et elle a déjà donné lieu à une abondante jurisprudence⁶⁶. La Belgique a également ratifié, avec un retard certain, le protocole accordant compétence à la Cour de justice pour interpréter la Convention de Rome, ce qui a permis son entrée en vigueur⁶⁷. La négligence des autorités fédérales n'a pas empêché la pratique de s'emparer de ces instruments internationaux et notamment de la Convention de Rome, qui fait l'objet d'applications régulières par les cours et tribunaux⁶⁸.

Les principes et solutions de la Convention de Rome sont bien connus des praticiens belges. Ceci contribue à expliquer pourquoi le législateur s'est contenté, lors de l'adoption du Code de droit international privé, de renvoyer à la Convention. L'article 98 du Code précise en effet que « Le droit applicable aux obligations contractuelles est déterminé » par cette Convention.

La technique n'est pas neuve, ni originale. D'autres dispositions du Code se contentent de manière identique d'un renvoi à l'acquis conventionnel⁶⁹. Le

⁶⁵ Voy. les remarques en ce sens du professeur Marc FALLON lors de la discussion du projet de Code de droit international privé à la Commission Justice du Sénat belge (Rapport Sénat, p. 169).

⁶⁶ Voy. l'analyse de R. PEETERS, « Overzicht van rechtspraak van het Weens Koopverdrag in België », *R.D.C.*, 2003, pp. 111-127 et plus récemment K. COX et T. MERTENS, « Recente rechtspraak inzake het Weens Koopverdrag », in *Internationaal privaatrecht*, H. VAN HOUTTE (éd.), Bruges, Die Keure, coll. Themis, 2008, pp. 85-96.

⁶⁷ Loi du 25 avril 2004, *M.B.*, 17 juin 2004. Il n'y a malheureusement pas d'explication rationnelle pour ce retard inquiétant qui a paralysé la saisine de la Cour et pourrait avoir été néfaste pour l'uniformité de l'interprétation. Voy. les commentaires de M. TRAEST, « La Cour de justice des Communautés européennes enfin compétente pour répondre aux questions préjudicielles relatives à la Convention de Rome », *R.D.C.*, 2004, pp. 724-726.

⁶⁸ Cette pratique a fait l'objet d'analyses intéressantes. L'on mentionnera surtout la chronique de M. FALLON et S. FRANCO, « Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1986-1997) », *J.T.*, 1998, pp. 683-700 et celle de N. WATTÉ, « Examen de jurisprudence (1990 à 2001). Droit international privé (conflit de lois) (2^e partie) », *R.C.J.B.*, 2005, (p. 251), spéc. pp. 254-299. Adde le numéro spécial de la *Revue de droit de l'U.L.B.*, 1994, 2^e numéro.

⁶⁹ Voy. par exemple l'article 83 du Code à propos de la forme des testaments ou l'article 98, § 2 à propos des obligations contractuelles nées de lettres de change, de billets à ordre ou d'autres instruments négociables. Sur un mode différent, d'autres dispositions du Code s'inspirent directement des solutions adoptées dans certains textes conventionnels, qui sont introduites dans l'ordre juridique belge moyennant quelques adaptations (voy. par exemple les articles 122 et s. à propos du trust).

législateur belge a par ailleurs pu s'inspirer d'exemples étrangers – l'on pense notamment à l'incorporation de la Convention de Rome en droit allemand par le biais de la loi introductive au BGB⁷⁰.

Au vrai, l'on peut s'interroger sur l'opportunité d'un renvoi exprès dans le Code à un texte international ratifié de longue date et dont la force obligatoire commandait déjà l'application. L'article 98 qui rappelle aux praticiens l'existence de la Convention de Rome, a sans doute d'abord et avant tout une fonction *pédagogique*. À ce titre, l'on pourrait qualifier cette disposition de « règle de signalisation », dans la mesure où elle signale l'existence d'un texte dont l'application s'impose⁷¹. Le détour qu'impose le Code de droit international privé par l'article 98 pour l'application de la Convention de Rome ne prive aucunement celle-ci de ses caractéristiques. *In fine*, le juge belge appliquera, lorsqu'il est confronté à une obligation contractuelle qui entre dans le champ d'application de la Convention, les solutions conventionnelles en faisant entièrement abstraction de l'article 98. Concrètement, ceci signifie que le juge pourra, le cas échéant et selon les conditions posées par le Protocole du 19 décembre 1988 concernant l'interprétation par la Cour de justice de la Convention de Rome, solliciter l'aide de la Cour de justice – ce qu'il ne pourra pas faire lorsque les règles conventionnelles s'appliquent par l'effet de l'extension donnée par l'article 98 à la Convention.

L'article 98 ne se limite cependant pas à ce rôle de « signalisation ». Cette disposition précise en effet qu'il faut également faire application des dispositions de la Convention de Rome pour déterminer le droit applicable aux « obligations contractuelles que cette convention exclut de son domaine d'application ». Plus précisément, le Code invite l'interprète à se saisir des articles 3 à 14 de la Convention de Rome lorsqu'il est confronté à une obligation contractuelle que la Convention n'entend pas régir.

Il s'agit là d'une véritable *extension* du champ d'application des règles européennes. Encore une fois, la solution n'est pas unique⁷², ni propre à la matière contractuelle⁷³. Le principe de l'extension des solutions conventionnelles se recommande à plusieurs titres : outre qu'elle permet de faciliter la mission des praticiens, qui ne seront pas contraints de manier plusieurs ensembles de règles différentes pour une même matière, l'extension se justifie également dans la mesure où dans la plupart des cas, les règles conventionnelles sont de bonne,

⁷⁰ Voy. le § 27 EGBGB.

⁷¹ Dans le même sens, H. VAN HOUTTE, « Article 98 », in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds), Intersentia-Bruylant, 2006, p. 502, qui insiste fort justement sur la valeur informative de l'article 98.

⁷² Lors de la codification du droit international privé italien, une formule semblable avait été utilisée. Voy. l'article 57 de la loi italienne, qui précise que les obligations contractuelles sont « en tous les cas » régies par la Convention de Rome.

⁷³ Voy. à nouveau l'article 83 *in fine* du Code qui étend les dispositions de la Convention de La Haye sur la forme des testaments « aux autres dispositions à cause de mort ».

voire d'excellente facture, ce qui s'explique par la tradition, quelque peu délaissée aujourd'hui, de faire appel à des experts pour composer les délégations nationales chargées des négociations.

Il faut cependant admettre que le renvoi direct dans une codification nationale à une convention internationale fait naître un risque de confusion sur la portée de la règle et son interprétation⁷⁴. À ce propos, l'on ne pourra éviter de se demander quelle autorité reconnaître à la jurisprudence, notamment celle des cours et tribunaux d'autres États contractants, relative à la Convention de Rome, lorsqu'une juridiction belge doit interpréter une disposition de la Convention qui s'applique en vertu de l'extension que lui confère l'article 98. L'esprit internationaliste qui anime la plupart des juridictions belges rend la question quelque peu théorique. L'on peut en effet s'attendre à ce que les cours et tribunaux accueillent favorablement des références à la jurisprudence française, allemande ou anglaise relative à la Convention de Rome, même lorsque les dispositions de cette Convention sont appelées à s'appliquer par le biais de l'article 98. Il n'en reste pas moins qu'on ne trouvera pas dans le Code l'équivalent de l'article 18 de la Convention, qui invite les cours et tribunaux à tenir compte du caractère international des dispositions de la Convention et de l'opportunité de parvenir à l'uniformité dans l'interprétation de celles-ci. Une position strictement légaliste pourrait dès lors tenter de remettre en question l'opportunité, voire même la possibilité d'une référence à des précédents étrangers.

Enfin, en ce qui concerne plus précisément l'article 98, l'on est en droit de se demander pourquoi le législateur a limité la référence aux articles 3 à 14 de la Convention de Rome. Ces dispositions constituent certes le cœur de l'acquis conventionnel. Il n'était certainement pas nécessaire, il aurait même été dangereux que l'extension porte sur les dispositions finales de la Convention qui ne peuvent être comprises et appliquées que dans le contexte particulier d'une convention internationale. Il n'en va pas de même pour les articles 15 et 16 de la Convention : le premier rappelle qu'il n'y a pas de place pour le mécanisme du renvoi dans la détermination du droit applicable à un contrat, le second permet au juge d'écarter l'application du droit étranger lorsque cette application est manifestement contraire à l'ordre public du for.

Les limites qu'impose l'article 98 à l'extension du champ d'application des solutions européennes signifient-elles qu'il est permis, lorsque se pose une question relative à une obligation contractuelle exclue du champ d'application de la Convention de Rome, de tenir compte du renvoi ? Et le juge ne peut-il dans ce cas refuser d'appliquer la loi étrangère désignée par les articles 3 à 14 de la Convention même s'il estime qu'une telle application contreviendrait aux principes fondamentaux du for ?

⁷⁴ En ce sens, F. RIGAUX, « Codification and Private International Law. The Pros and Cons », *Louisiana Law Rev.*, 2000, p. 1326.

La première question n'a qu'un intérêt pratique fort limité. Il ne sera pas fréquent, en effet, qu'une loi étrangère permette le renvoi en matière contractuelle. De même, l'exception d'ordre public international joue un rôle singulièrement limité dans le domaine des contrats. Il n'en reste pas moins que l'on peut s'interroger sur les raisons qui justifient le choix, apparemment arbitraire, réalisé parmi les dispositions de la Convention de Rome.

Une hypothèse peut être faite à ce propos : l'on pourrait considérer que l'application des articles 15 et 16 de la Convention était inutile dans la mesure où les dispositions générales du Code de droit international privé prévoient déjà des règles visant ces questions. Tel qu'elle est formulée à l'article 98, § 1^{er} du Code, l'extension des solutions de la Convention ne constituerait dans cette hypothèse pas un véritable système fermé, qui se suffit à lui-même. Il faudrait au contraire, lorsque l'on est confronté à un contrat appelant l'application des règles européennes par le truchement de l'article 98, § 1^{er}, permettre l'application de mécanismes empruntés aux règles générales du Code, au rang desquelles figure évidemment l'exception d'ordre public. L'hypothèse est séduisante, même si elle se heurte aux termes utilisés par l'article 98, § 1^{er}, qui semblent au contraire suggérer que les articles 3 à 14 de la Convention se suffisent à eux-mêmes. En outre, si l'on retient l'hypothèse d'une véritable insertion des solutions conventionnelles dans l'ensemble du Code, force est de relever l'existence d'un doublon puisque l'on trouverait un fondement pour l'application des lois de police tant dans le Code (art. 20) que dans la Convention (art. 7). On le voit, l'extension des solutions conventionnelles suscite bien des questions, qui auraient mérité quelques explications dans les documents accompagnant le projet de Code⁷⁵.

Il reste à s'interroger sur la portée de l'extension conférée aux règles européennes. L'article 98 vise expressément les obligations contractuelles que la Convention de Rome exclut de son domaine d'application. La liste des exclusions qui figure à l'article 1^{er} de la Convention est bien connue. Elle compte pas moins de huit hypothèses différentes.

L'extension opérée par le Code ne sera cependant pas nécessairement pertinente pour chacune de ces hypothèses. L'article 98, § 1^{er} prend en effet soin de rappeler que cette extension vaut « hormis les cas où la loi en dispose autrement ». D'autres règles de rattachement du Code pourront dès lors prévaloir sur les solutions de la Convention de Rome. Ceci sera notamment le cas pour l'ensemble des conventions qui intéressent les relations familiales. L'on pense notamment aux conventions relatives aux aliments, aux contrats de mariage

⁷⁵ L'on ajoutera qu'il ne faut pas craindre, si l'on accepte que le Code permette de retenir l'application de ses dispositions générales lorsqu'une obligation contractuelle est soumise, par le biais de l'article 98, § 1 *in fine*, aux solutions de la Convention de Rome, que celles-ci soient paralysées, notamment sur la base de la clause d'exception (art. 19) ou encore de la théorie de la fraude à la loi (art. 18). Ces deux techniques n'ont en effet pas vocation à s'appliquer, la première lorsque les parties ont choisi le droit applicable à leur contrat, la seconde lorsque les parties disposent librement de leurs droits, ce qui est la règle en matière contractuelle.

ou encore aux conventions préalables à un divorce par consentement mutuel. Ces trois domaines – les aliments, les régimes matrimoniaux et le divorce – sont expressément exclus du champ d'application de la Convention de Rome. Ils font par ailleurs l'objet de règles de rattachement spécifiques dans le Code, règles qui l'emportent sur l'application par extension des dispositions de la Convention de Rome⁷⁶.

En dehors du domaine familial, il faut également noter que les questions liées à la représentation et surtout à l'effet de la représentation à l'égard de tiers, questions qu'exclut l'article 1^{er}, 2^o, f) de la Convention de Rome, font aussi l'objet d'une règle de rattachement spécifique. Le rattachement retenu par l'article 108 du Code rend inutile le jeu, par le biais de l'extension, des règles de la Convention de Rome à ce propos⁷⁷.

Parmi les autres domaines exclus du champ d'application de la Convention de Rome, certaines questions échappent au Code de droit international privé en raison de l'existence d'autres dispositions conventionnelles. C'est certainement le cas pour les obligations contractuelles nées de lettres de change, de billets à ordre ou d'autres instruments négociables. L'on sait que ces instruments font l'objet de conventions déjà anciennes mais toujours en vigueur, qui prévoient des règles de rattachement spécifiques. L'article 98, § 2 du Code fait d'ailleurs expressément référence à cette convention.

Dans d'autres cas, l'extension se heurte à l'existence de règles matérielles qui rendent inutile en pratique l'interrogation sur le droit applicable à une obligation contractuelle. L'exemple le plus frappant est sans doute celui des clauses d'élection de for et des conventions d'arbitrage. L'article 1^{er}, 2^o d) de la Convention de Rome exclut ces conventions de son champ d'application. Pour autant, l'article 98, § 1^{er} ne constituera qu'exceptionnellement le point de départ du raisonnement. Il faut en effet compter avec les importantes règles matérielles qui figurent d'une part, en ce qui concerne les clauses d'élection de for, dans le règlement (CE) n° 44/2001 et d'autre part, en ce qui concerne les conventions d'arbitrage, dans les dispositions de la Convention de New York de 1958. Ces dispositions permettent déjà de répondre à la plupart des questions que pourrait poser une clause d'élection de for ou une clause d'arbitrage, tant en ce qui concerne l'admissibilité d'une telle clause que sa validité formelle ou matérielle. À dire vrai, la méthode conflictuelle ne possède plus, à l'égard de ces deux types de clause, qu'un domaine résiduel fort restreint⁷⁸.

⁷⁶ Il s'agit des articles 49 (régimes matrimoniaux), 55 (divorce) et 75 (aliments) du Code.

⁷⁷ Lorsque le représentant est un organe d'une société, la *lex societatis* a vocation à s'appliquer en vertu de l'article 111, § 1, 10^o du Code.

⁷⁸ *Comp.* avec S. FRANCO, « Le nouveau droit international privé belge. Les obligations », *J.T.*, 2005, p. 196, n° 190, selon qui « cette extension du domaine d'application matériel de la Convention concerne essentiellement la validité des clauses d'élection de for. La loi désignée par la Convention de Rome pour régir le contrat déterminera donc la validité de la clause d'élection de for en tant que stipulation contractuelle ».

Au total, seul un nombre fort limité de questions est susceptible de justifier l'application, par extension, des règles de la Convention de Rome⁷⁹. Ceci n'est pas à dire qu'il était inutile d'étendre les solutions de cette Convention. Si cette extension n'aura en pratique que peu de conséquences, elle n'en demeure pas moins importante puisqu'elle permet d'éviter la futile coexistence de deux corps de règles distincts pour la matière contractuelle.

Il est un autre registre dans lequel les États membres conservent une autonomie certaine. Par le biais des lois d'application immédiate, les États peuvent en effet imposer le respect de certaines normes qu'ils jugent fondamentales, en écartant le résultat normal de la règle de rattachement communautaire. Comme dans d'autres États membres, la pratique belge a depuis longtemps intégré cette technique qui connaît quelques applications célèbres. Ainsi, en matière de contrat de distribution, il sera fort peu fréquent qu'une juridiction belge soit amenée à utiliser les dispositions d'un droit étranger. Que ce soit pour le contrat d'agence⁸⁰, le contrat de concession⁸¹ ou encore le contrat de franchise⁸², la pratique a en effet de longue date considéré que les dispositions particulières adoptées par le législateur belge possédaient l'impérativité nécessaire pour s'opposer à l'application en Belgique de normes de droit étranger.

Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de la liberté dont disposent les États membres. D'une part, la marge de manœuvre des États est prévue par la Convention elle-même dont l'article 7, § 2 impose aux juridictions des États membres l'application des « règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat ». À ce titre, la Cour de justice peut être appelée à exercer un contrôle sur l'application par un État membre de dispositions de son droit national au titre de loi de police. Par ce biais, les États doivent déjà tenir compte de la dimension communautaire du contentieux contractuel.

En outre, la technique des lois d'application immédiate ne permet pas aux États de se libérer entièrement du jeu des contraintes communautaires. La jurisprudence récente apprend en effet que les lois d'application immédiate doivent céder sous l'influence des libertés communautaires qui imposent aux États de retenir l'application d'une norme étrangère alors même qu'ils disposent d'une législation particulière sur la question, qui possède une dimension

⁷⁹ Voy. aussi implicitement en ce sens, H. VAN HOUTTE, *op. cit.*, pp. 504-505 ;

⁸⁰ Voy. la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale (*M.B.*, 2 juin 1995).

⁸¹ Voy. la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (*M.B.*, 5 octobre 1961) et en particulier son article 4.

⁸² Voy. la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial (*M.B.*, 18 janvier 2006).

impérative internationale⁸³. Les contours de cette jurisprudence – et les questions qu'elle pose – sont trop connus pour nécessiter un quelconque rappel. L'on retiendra que la codification du droit international privé belge n'a en rien modifié la perspective.

*
* *

En conclusion, l'impression qui subsiste au terme de ce survol du droit international privé belge des contrats est la grande attirance exercée par les solutions communautaires et internationales. La plus grande partie des règles adoptées par le législateur belge pour combler les interstices des réglementations européennes et internationales s'inspire directement de ces dernières. Les différences et particularités qui subsistent ne concernent en tout cas pas les principes généraux, mais au mieux les formulations retenues pour traduire ces principes. L'on s'en réjouira, l'ambition du Code n'étant pas de mettre à mal l'entreprise d'unification du droit international privé.

⁸³ Voy. sur ces questions les travaux de M. FALLON et notamment « Lois de police et conflits de lois en droit communautaire », note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96, *Rev. crit. DIP*, 2000, pp. 728-737 ainsi que « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. FUCHS et al. (éds), Paris, Dalloz, 2004, pp. 32-100. À propos des dispositions belges relatives aux contrats de distribution, l'on consultera à profit la contribution de A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) (suite) », *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 31-74 et pp. 245-265.

