

Guide de droit immobilier
L'acquisition immobilière internationale
Patrick Wautelet

CHAPITRE I L'ACQUISITION DE L'IMMEUBLE

Section 1 Le droit applicable au contrat de vente

§ 1. *Pourquoi et dans quelles circonstances est-il utile de s'interroger sur le droit applicable à la vente d'un immeuble?*

§ 2. *Quelle est la loi du contrat de vente d'immeuble?*

A. *Les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat*

B. *Quel régime à défaut de choix par les parties?*

Section 2 A quelles exigences formelles le contrat de vente doit-il répondre?

§ 1. *Le lien entre la localisation de l'immeuble et l'intervention d'un professionnel local du droit*

§ 2. *L'acte authentique, véhicule nécessaire de l'acquisition d'un immeuble ?*

§ 3. *Les exigences liées au régime de publicité foncière*

§ 4. *Le compromis de vente et autres actes préliminaires*

§ 5. *Les exigences linguistiques*

§ 6. *Les procurations et mandats*

Section 3 Les parties à l'acte – identification, régime matrimonial et capacité

CHAPITRE II LE FINANCEMENT DE LA VENTE

Section 1 Le contrat de crédit

§ 1. *L'application du raisonnement classique*

§ 2. *Les éléments perturbateurs*

A. *L'application impérative de dispositions nationales*

(i) *Les limites territoriales de la loi du 4 août 1992*

1. *La localisation de l'immeuble : une donnée indifférente*

2. *Les critères d'applicabilité*

a) *La résidence habituelle de l'emprunteur*

b) *Les exigences relatives au prêteur*

(ii) *Les limites européennes à l'application des dispositions impératives nationales*

B. *L'impact du régime particulier des contrats de consommation*

Section 2 les garanties du financement

§ 1. *La sûreté reine : l'hypothèque*

A. *Le régime général de l'hypothèque : entre loi réelle et loi d'autonomie*

(i) *La détermination des lois réelle et contractuelle*

(ii) *Le domaine des lois réelle et contractuelle*

B. *La circulation d'une hypothèque conférée à l'étranger*

§ 2. *Les autres garanties du financement*

Les opérations immobilières ne sont plus, depuis longtemps, limitées aux frontières nationales.¹ A ce titre, elles suscitent en pratique de nombreuses questions de nature diverse.² Outre les questions liées à l'*acquisition* de l'immeuble, le praticien peut aussi être confronté à des questions relatives à la *gestion* de celui-ci³ ainsi qu'à sa *transmission*, tant à titre gratuit qu'onéreux.⁴ 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 transfrontières.

Aussi celle-ci sera limitée aux questions soulevées par l'*acquisition* d'un bien immeuble.⁵ Une autre limitation importante doit être soulignée : l'objet du présent rapport est avant tout d'éclaircir les questions de droit international privé.⁶ Ceci explique pourquoi, sauf quelques incises, il ne sera pas fait mention dans les lignes qui suivent des incidences fiscales de l'acquisition d'un immeuble à l'étranger. Compte tenu de l'importance de ces questions, il paraît plus opportun qu'elle fasse l'objet d'une contribution spécifique.

Avant d'analyser les difficultés posées par l'acquisition internationale d'un immeuble, il convient d'indiquer que le raisonnement de droit international privé conserve dans cette matière toute sa pertinence. Les efforts européens d'harmonisation, qui pourraient s'intensifier à l'avenir, n'ont en effet pas été nombreux dans cette matière. A l'heure actuelle, peu de chose

1 Voy. déjà les réflexions de W. SNIJDERS, « Buitenlandse notaris en Nederlands onroerend goed », in *Offerhauskring vijftientig jaar : feestbundel ter gelegenheid van het vijftientigjarig bestaan van de Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer, Kluwer, 1987, 173-184.

Même en temps de crise économique, les opérations immobilières internationales se développent, voy. C. DELZANNO, « Les étrangers investissent en France », *Droit et Patrimoine*, avril 2009, 17.

2 Cette contribution s'appuie et prolonge une réflexion entamée à l'occasion d'un projet de recherche consacré à l'immobilier dans les relations internationales privées, qui a déjà abouti à plusieurs publications : voy. notamment « L'acquisition d'un immeuble dans les relations franco-belges : questions choisies de droit international privé », in *Chroniques notariales*, vol. 49, Larcier, 2009, 256-299 ainsi que « Champ d'application ratione loci LCH et crédit hypothécaire transfrontalier », in *Crédit hypothécaire*, E. TERRY et CH. BIQUET (éds.), La Charte, 2010.

3 En ce compris la mise en location. Voy. récemment sur les questions relatives à la détention d'un immeuble situé à l'étranger, J.-P. NEMERY DE BELLEVAUX, « L'immobilier dans un cadre familial : la possession de l'immeuble », in *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, Anthemis, 2009, (35), 52-60.

4 Des questions sont par exemple susceptibles de se poser à l'occasion de la transmission à cause de mort d'un immeuble situé à l'étranger. Voy. sur cet aspect L. BARNICH, « La transmission successorale des biens situés à l'étranger », in *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, Anthemis, 2009, 257-268. Dans le même ouvrage, voy. les réflexions de I. DE STEFANI et PH. DE PAGE sur la transmission par donation d'un immeuble situé à l'étranger : « La transmission successorale (ou à perspective successorale) du patrimoine immobilier », pp. 251-256.

5 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. Adde dans cet ouvrage la contribution de C MOSTIN, « Time sharing », *Guide de droit immobilier*, Kluwer, VI.2.2.-1 – VI.2.2.4-4.

6 Le lecteur pourra se reporter à la contribution de J.-L. VAN BOXSTAELE dans cet ouvrage, qui offre un panorama complet du raisonnement de droit international privé : « Aspects de droit international privé », *Guide de droit immobilier*, Kluwer, IX.2.1.-1 – IX.2.1.4-11.

ont été réalisées.⁷ Outre quelques directives,⁸ l'on recense 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, est pour l'instant dans une phase de démarrage.⁹ Les efforts se poursuivront dans les années à venir.¹⁰ 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 propriété.¹¹

L'analyse de droit international privé impose de distinguer l'*acquisition* de l'immeuble, qui fera l'objet d'un premier chapitre (I), du *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 (II).

CHAPITRE I. L'ACQUISITION DE L'IMMEUBLE

L'opération première de tout projet immobilier transfrontalier est bien entendu l'achat de l'immeuble.¹² Celui-ci peut prendre différentes formes. A côté du contrat classique de vente-achat entre deux personnes physiques, 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 – procédé très populaire lorsque le bien est situé sur le territoire français. 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

7 Voy. en général sur ce thème, A.A. VAN VELTEN, "Europese invloeden op ons privaatrechtelijk onroerend goed stelsel : een tussenbalans", *W.P.N.R.*, 2008, n° 6747, 231-239 et n° 6748, 251-260.

8 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).

9 L'on trouvera plus de renseignements sur le site www.eulis.org. L'administration belge de la documentation patrimoniale travaille à l'heure actuelle à réaliser la connection avec le système Eulis. 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, p. 333 e.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 e.s.

10 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.

11 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.eui.eu/Research/ResearchProjectsA-Z/ProjectRealPropertyLaw.aspx.

12 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° 7 e.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 du Règlement Rome I (Règlement 593/2008).

porte(nt) acquéreur de la nue-propriété. Dans une perspective de planification successorale, cette acquisition conjointe permet de bénéficier d'un régime successoral favorable.¹³

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 à des règles identiques.

Ces règles trouvent leur concrétisation dans les dispositions du Règlement 593/2008, dit Règlement 'Rome I'. Ce Règlement, qui a déjà fait l'objet de nombreux commentaires,¹⁴ 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 de Rome du 19 juin 1980 qu'il est destiné à remplacer.¹⁵

Avant d'examiner quel droit régit le contrat de vente d'un bien immobilier, tant dans ses aspects substantiels que formels, 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. Dans les deux cas, il s'agit en effet d'un contrat qui sera appréhendé comme tel par les règles de droit international privé.¹⁶ 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 régime.¹⁷

13 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 e.s. (à propos notamment de la présomption établie par l'art. 751 du Code français général des impôts). *Adde* les difficultés liées à la jurisprudence récente de la Cour de cassation française et en particulier l'arrêt du 23 janvier 2007.

14 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, p. 61 et s.; J. DE MEYER, « Verbintenissen uit grensoverschrijdende overeenkomsten », *NJW*, 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 e.s.; B. VOLDERS, « Nieuw verwijzingsrecht voor grensoverschrijdende overeenkomsten. De Rome I-verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst », *R.W.*, 2009, 642-666.

15 Il s'agit de la 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 est entrée en vigueur le 1er avril 1991. Elle fut modifiée à de nombreuses reprises lors de l'accession de nouveaux Etats membres à l'Union européenne. La dernière convention de modification a été signée 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 Slovénie et de la République Slovaque (*JOUE*, 2005, C-169). Dans la suite de l'exposé, des références seront faites à la Convention uniquement lorsque celle-ci diffère du Règlement Rome I.

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

17 Pour autant, ces actes qui précèdent l'acquisition ne seront pas exclus de la Convention de Rome. Le Règlement 593/2008 qui remplace 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).

SECTION 1 – LE DROIT APPLICABLE AU CONTRAT DE VENTE

§ 1. *Pourquoi et dans quelles circonstances est-il utile de s'interroger sur le droit applicable à la vente d'un immeuble?*

Les contrats de vente portant sur des biens immeubles sont généralement fort détaillés – on peut même parler d'une véritable inflation documentaire à ce propos. Ils le sont d'autant plus lorsque le contrat est reçu par un notaire – ce qui sera la règle lorsque l'immeuble est situé dans un pays de tradition latine. Il n'est pas rare qu'un tel document contractuel s'étende sur une dizaine de pages. L'on peut dès lors se demander dans quelle mesure il est encore utile de s'interroger sur la loi applicable au contrat. Le contrat ne se suffit-il pas en lui-même?

Pour mieux cerner l'importance du droit applicable, il convient de distinguer entre deux registres. Le premier a trait à l'ensemble des questions proprement contractuelles qui sont susceptibles d'être soulevées à propos de la vente d'un immeuble. L'on pense à la question de la validité du consentement des parties, à l'appréciation des limites de l'obligation de garantie qui pèse sur le vendeur ou encore aux sanctions éventuelles qui peuvent être imposées s'il apparaît que l'acheteur ne donne pas suite à son obligation de payer le prix de vente. Ce premier registre est entièrement soumis à la loi du contrat, dont on verra ci-après qu'elle dépend d'abord de la volonté des parties.

Une partie importante – sans doute la plus importante en pratique – des contrats portant sur des biens immeubles appartient à un registre fort différent. Par commodité on pourrait le désigner sous l'appellation de registre de la 'régulation'. Il comprend l'ensemble des prescriptions de diverses natures dont un législateur impose le respect de manière nécessaire à tous les contrats portant sur un immeuble. L'on trouve dans ce registre des dispositions de droit fiscal et de droit administratif – le volet urbanistique et environnemental de la vente. Il n'est pas contesté que ces questions ne font pas partie du domaine contractuel. A ce titre, elles échappent à toute détermination fondée sur la règle de rattachement relative au contrat. Il faut au contraire accepter que ces prescriptions sont indissociables du lieu de l'immeuble, s'imposant directement à toute opération portant sur un immeuble local.¹⁸ L'on peut dès lors déjà accepter que la question de la loi applicable au contrat de vente n'est d'aucune pertinence pour une partie substantielle de la documentation contractuelle qui accompagne les ventes immobilières. Quelle que soit la loi applicable au contrat de vente, les stipulations du contrat portant sur les questions visées par les dispositions de droit fiscal et administratif, pourront demeurer intactes.

Une fois précisé que la détermination de la loi du contrat de vente n'est pertinente que pour les questions proprement contractuelles, il faut encore cerner l'impact de la loi du contrat sur ces questions. Cet impact se décline selon plusieurs modes. Le droit applicable à un contrat est

¹⁸ L'on pourrait dire que ces dispositions constituent des lois d'application immédiate (telles que visées par l'art. 20 du Code de droit international privé). Voy. en droit allemand une qualification identique retenue à propos des dispositions relatives au droit de préemption ainsi qu'au sort des conduites et autres objets se trouvant dans le sous-sol : U. MAGNUS, "Art. 28 EGBGB", *Staudingers Kommentar zum BGB/EGBGB*, 12ème éd., Sellier, 1998, n° 105 et n° 147 et P. LIMMER, « Grundstückskauf - Bauträgervertrag », in *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, CH. REITHMANN et D. MARTINY (éds.), Otto Schmidt, 2010, 752, n° 1522.

d'abord et avant tout pertinent pour *valider* les dispositions que les parties ont arrêtées. Le régime de droit international privé impose en effet de se reporter à la loi qui gouverne le contrat pour en apprécier la validité. L'article 10 du Règlement Rome I prévoit à ce sujet que la loi applicable au contrat régit « l'existence ou la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci ». Ceci comprend également les questions relatives à la validité du consentement des parties.

Il appartient par exemple à la *lex contractus* de déterminer si le prix de vente peut être libellé dans une autre monnaie que l'euro.¹⁹ L'emprise de la loi du contrat s'étend également à la validité des modalités particulières de la vente. 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 tontine.²⁰ Le tout sous réserve bien entendu de l'ouverture de la succession de l'un des acquéreurs.

Par extension, la loi applicable au contrat permet de *compléter* la volonté des parties si celle-ci s'avérait lacunaire sur l'un ou l'autre point. Il faudra en effet consulter la loi applicable au contrat pour déterminer quelle solution apporter à une question pour laquelle les parties n'ont pas prévu de solution – soit que les parties ont été négligentes, soit que la question pertinente ne fasse généralement pas l'objet d'une disposition contractuelle.²¹ En outre, l'interprétation des dispositions du contrat se fera sur base de la loi qui le régit.²² L'on se reportera dès lors à la loi du contrat pour déterminer si, dans le cadre du compromis de vente, un acompte versé doit être tenu pour « *arrhes* » au sens de l'article 1590 du Code civil et s'il faut considérer qu'il offre à l'acheteur une faculté de dédit.

Par contre les aspects réels de la vente échappent à la loi du contrat. L'exemple classique est celui du transfert de propriété, qui est réservé à la *lex rei sitae*.²³

On le conçoit, malgré l'importance que revêt dans la pratique actuelle le statut fiscal et

19 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.

20 En ce sens, M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique communautaire : pratique notariale*, 6ème éd., Defrenois, 2006, 465, 465, n° 815 – exemple n° 208.

21 L'on pense à la prescription extinctive ou encore aux remèdes que peut utiliser le créancier en cas d'inexécution par le débiteur d'une de ses obligations. Voy. l'art. 12 § 1 du Règlement.

22 Ce que confirme l'article 12 § 1 lit. a du Règlement Rome I.

23 On a parfois proposé de distinguer, à propos du transfert de propriété, les relations entre parties au contrat (qui pourraient 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. (éds.), La Haye, Martinus Nijhoff, pp. 135-151 e.s.

administratif de l'immeuble, imperméable à toute stipulation contractuelle, il demeure important de s'interroger sur le droit applicable à ces contrats.

§ 2. *Quelle est la loi du contrat de vente d'immeuble?*

A. *Les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat*

Le Règlement Rome I pose comme principe que le contrat est régi par la loi choisie par les parties.²⁴ 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*. Il est par exemple préférable d'éviter les formules indirectes qui soumettent le contrat à la loi du vendeur ou du lieu de situation du bien.

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'immeuble.²⁵ Rien n'interdit cependant aux parties de choisir une autre loi.²⁶ Le choix de loi visant essentiellement les aspects contractuels de l'opération, il n'est pas nécessaire de soumettre l'opération au droit local.²⁷ 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 12 du Règlement, se prêtent à un tel choix.²⁸

On peut ainsi imaginer qu'un notaire belge soit invité à recevoir un contrat de vente, portant sur un immeuble situé en Belgique, entre deux personnes qui résident en France et souhaitent que le contrat soit soumis au droit français.²⁹ A quelles adaptations le notaire devra-t-il procéder avant de recevoir l'acte de vente? Pour apercevoir l'ampleur du travail à réaliser, il faut se souvenir de la distinction entre les aspects proprement contractuels des autres questions qui, bien qu'elles fassent l'objet d'une disposition contractuelle, font en réalité partie du statut public de l'immeuble (*supra*). La loi choisie par les parties est naturellement amenée à se prononcer sur les premiers. Elle n'a par contre pas vocation à régir les questions qui tombent en dehors du domaine contractuel – l'on pense au statut administratif ou fiscal du bien vendu,

24 Art. 3. Cette règle se trouvait déjà dans la Convention de Rome. Elle est acceptée dans la plupart des grands systèmes de droit international privé contemporains.

25 En ce sens, M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique communautaire : pratique notariale*, 6ème éd., Defrenois, 2006, 465, n° 815.

26 La doctrine allemande propose d'aller plus loin et de préciser que la loi choisie vise les questions contractuelles, les questions relatives au transfert de propriété ainsi que toutes les autres questions réelles demeurant soumises au droit du lieu de situation du bien (voy. le texte proposé en ce sens par G. SCHOTTEN et C. SCHMELLENKAMP, *Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, Beck, 2007, n° 381). Une telle distinction ne s'impose guère puisque les aspects réels échappent à la *lex contractus*. Elle se comprend toutefois dans le contexte allemand qui distingue le contrat de vente proprement dit du contrat portant sur le transfert de propriété.

27 La liberté offerte par la règle européenne est fort large : les parties au contrat peuvent sélectionner la loi d'un Etat membre, mais aussi la loi d'un Etat tiers.

28 Il n'est pas exclu, même si l'hypothèse ne sera pas fréquente, 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. Dans ce cas, le régime particulier applicable aux contrats de consommation dans le Règlement Rome I 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 6 § 4, lit. c exclut en effet du champ d'application du régime dérogatoire favorable aux consommateurs les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier.

29 Voy. ci-après les difficultés de circulation des actes portant sur un droit réel immobilier.

qui fait l'objet de nombreuses dispositions dans les actes de vente. Le choix de la loi française n'a par exemple aucune prise sur les dispositions du contrat relatives aux prescriptions urbanistiques, environnementales ou administratives relatives au bien.³⁰ Par contre, la loi applicable au contrat est susceptible d'avoir une emprise sur les dispositions relatives aux conditions de la vente – les garanties, servitudes, assurances, entrée en possession.³¹ C'est uniquement en relation avec ces aspects contractuels qu'il s'impose de vérifier la compatibilité des dispositions contractuelles proposées avec le droit français choisi pour gouverner le contrat.

B. *Quel régime à défaut de choix par les parties?*

A défaut pour les parties d'avoir précisé expressément quel droit régit l'opération, deux solutions s'offrent pour déterminer le droit applicable au contrat. L'article 3 du Règlement 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, telles 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 clairement.

Une question se pose à cet égard : peut-on déduire du fait que les parties se sont adressé à un notaire belge pour rédiger le contrat de vente, qu'elles ont entendu que leur contrat soit régi par la loi belge? Il nous semble que l'intervention d'un officier public ne peut à elle seule faire présumer que les parties ont choisi la loi de cette autorité.³² 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 autorité.³³

L'on ne peut cependant s'arrêter à ce premier constat. Bien souvent en effet, 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 mobiles,³⁴

30 L'on pense aux dispositions relatives à l'état des sols, aux chantiers mobiles, aux citernes à mazout ou encore aux obligations qui pèsent sur le propriétaire qui met un logement en location. L'ensemble de ces dispositions s'imposent sans qu'il soit besoin d'avoir égard à la loi du contrat.

31 Le plus souvent, cette emprise ne sera pas exclusive. La loi du contrat devra par exemple composer avec la loi du lieu de situation du bien dès lors qu'il s'agit de déterminer le sort des servitudes grevant le bien vendu : il appartiendra à la loi réelle de se prononcer sur l'existence d'une éventuelle servitude ainsi que sur sa survie en cas de vente du bien. La loi du contrat déterminera l'étendue de la garantie dont est redevable le vendeur s'il apparaît que le bien vendu est affecté d'une servitude qui n'a pas été communiquée à l'acheteur.

32 En ce sens par ex. B. AUDIT, *Droit international privé*, 4ème 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. *Comp.* avec la jurisprudence allemande citée par P. LIMMER (« Grundstückskauf - Bauträgervertrag », in *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, CH. REITHMANN et D. MARTINY (éds.), Otto Schmidt, 2010, 747, n° 1508), qui déduisait un choix de loi implicite pour la loi allemande, de la circonstance que des ressortissants allemands faisaient appel à un notaire allemand.

33 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*. Sur la possibilité d'arriver au même résultat par le biais de la clause d'exception, voy U. MAGNUS, "Art. 28 EGBGB", *Staudingers Kommentar zum BGB/EGBGB*, 12ème éd., Sellier, 1998, n° 144.

34 Voy. spécialement l'article 48 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant le chantiers temporaires ou mobiles, *M.B.*, 7 février 2001, (qui stipule que « Afin de permettre au nouveau propriétaire de répondre à ses

certaines dispositions relatives à l'urbanisme et à la protection de l'environnement³⁵ ou encore certaines dispositions fiscales.³⁶ L'on peut se demander si ces multiples références à la loi locale peuvent permettre de déduire que les parties ont entendu soumettre leur contrat à cette loi, à défaut pour celles-ci d'avoir précisé la loi applicable à leurs relations. A notre sens, une réponse négative s'impose. 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 d'ailleurs pour la plupart par la localisation du bien, sans que les parties puissent y déroger.³⁷ Il sera dès lors difficile d'y déceler une quelconque intention des parties.

L'on ne peut pas non plus se contenter, pour déterminer quelle a été la volonté des parties, de s'en remettre au lieu de situation de l'immeuble. Ce lieu possède une importance certes considérable.³⁸ Il serait cependant par trop réducteur de prétendre que les parties ont toujours souhaité soumettre implicitement leur contrat à la loi du lieu de situation du bien.³⁹ Une telle généralisation du choix implicite ne respecterait ni les limites imposées par le Règlement à ce mécanisme, ni même la possibilité pour les parties de choisir librement la loi acceptable au contrat de vente.

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 a connu une évolution avec l'entrée en vigueur du Règlement Rome I. Alors que sous l'empire de la Convention de Rome, les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier étaient présumés être soumis à la loi du pays « où est situé l'immeuble »,⁴⁰ le Règlement 'Rome I' écarte le recours au mécanisme de la présomption 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 discret.⁴¹ On peut douter que la clause

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 »).

35 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).

36 Voy. par exemple l'article 184bis du Code des droits d'enregistrement ou encore certaines dispositions (notamment les articles 13 à 19) de l'Arrêté Royal du 20 décembre 1996 portant des mesures fiscales diverses en application des articles 2, § 1er, et 3, § 1er, 2° et 3° 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).

37 Ceci est certainement vrai des nombreuses références aux dispositions administratives et fiscales, dont l'application n'est pas subordonnée au jeu des règles de rattachement (*supra*).

38 Comme l'explique J. SCHRÖDER, "Zur Anziehungskraft der Grundstücksbelegenheit im internationalen Privat- und Verfahrensrecht", *IPRax*, 1985, 145-147.

39 Comme le remarque fort justement U. MAGNUS, "Art. 28 EGBGB", *Staudingers Kommentar zum BGB/EGBGB*, 12ème éd., Sellier, 1998, n° 105 et n° 143.

40 Art. 4 § 3 de la Convention. La règle s'appliquait également aux contrats ayant pour objet un « droit d'utilisation d'un immeuble », ce qui visait 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.

41 Sur les nouvelles limites de la clause d'exception, voy. P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la Convention de

d'exception joue un rôle important en matière de contrat de vente d'immeuble. Plus précisément, il nous semble difficile d'accepter que le rattachement opéré par le Règlement du contrat de vente à la loi du lieu de situation de l'immeuble puisse être écarté au profit de la loi de l'Etat où résident le vendeur et l'acheteur. Il n'est pas rare en effet que les parties soient établies dans un autre Etat que celui où est situé le bien – il suffit de penser à l'hypothèse de la vente, par un vendeur belge à un acheteur également belge, d'un bien situé en France. L'on a pu envisager, sous l'empire de la Convention de Rome, le renversement de la présomption dans cette hypothèse.⁴² A notre sens le jeu de la clause d'exception ne se justifie pas. Il faudrait en effet démontrer que le contrat ne présente qu'un lien très faible avec la loi du lieu où est situé l'immeuble. Or le rattachement immobilier jouit par essence d'une assise importante.⁴³

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 situé.⁴⁴ Il en ira également ainsi, mais par un autre biais, de l'opération portant sur un immeuble à construire. L'on sait en effet que ces opérations font l'objet de dispositions particulières qui ont été adoptées pour protéger l'acquéreur.⁴⁵ En Belgique, c'est la loi Breyne qui assure la protection de l'acquéreur sur plan.⁴⁶ Selon la plupart des commentateurs, cette loi constitue une loi d'application immédiate.⁴⁷ Cette qualification 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 Breyne 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

Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2009, (727), 738, n° 11.

42 Une partie importante de la doctrine envisageait la possibilité de renverser la présomption dans cette hypothèse : voy. H. PEROZ, *art. cit.*, *J.C.P.*, N, 4 juin 2004, 1264 et M. PERTEGÁS 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).

43 Sur ce point, voy. les explications toujours d'actualité de P. REMY-CORLAY, « Mise en oeuvre 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. *Comp.* P. VLAS, « Over 'Rome I' en onroerende zaken », *WPNR*, 2009, n°6781, (29), 33.

44 Il en ira de même en cas de donation d'un immeuble : la donation est avant tout un contrat. Si les parties ne prennent pas soin de préciser dans leur contrat quelle est la loi pertinente, la donation sera, en vertu de l'article 4 § 1 lit. c du Règlement Rome I, soumise à la loi du lieu de situation de l'immeuble.

45 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).

46 Loi du 9 juillet 1971, *M.B.*, 11 septembre 1991.

47 Voy. par ex. J. M. CHANTELLE, « La Loi Breyne » in *Rép. Not.*, t. VII/6, 1996, Larcier, pp. 55-57 ainsi que J.-L. VAN BOXSTAEL et M. VERWILGHEN, *art. cit.*, 301, n° 81.

48 En ce sens, M. PERTEGÁS SENDER et L. SAMYN, *art. cit.*, n° 20. Pour une application, voy. *Comp. Liège*, 30 avril 1979, *J.L.M.B.*, 1978-79 (le juge refuse d'appliquer la loi Breyne à un immeuble situé en Espagne). *Comp.* avec les observations de J.-L. VAN BOXSTAEL et M. VERWILGHEN, *art. cit.*, 301, n° 81, note 122 – selon ces auteurs, l'on ne peut exclure que la loi Breyne puisse être appliquée à des contrats présentant d'autres liens étroits avec la Belgique que la localisation de l'immeuble.

Reste à déterminer quelles sont les exigences de forme dont le respect s'impose.

SECTION 2 – A QUELLES EXIGENCES FORMELLES LE CONTRAT DE VENTE DOIT-IL RÉPONDRE ?

§ 1. *Le lien entre la localisation de l'immeuble et l'intervention d'un professionnel local du droit*

L'intervention d'un notaire lors de l'acquisition d'un immeuble fait partie de ces règles de droit si familières et si bien ancrées dans la pratique qu'elle paraît évidente, à tel point que l'on n'éprouve pas le besoin de la justifier. Le droit comparé apprend cependant que le rôle du notaire n'est pas universellement reconnu.⁵⁰ L'on doit dès lors se demander quel rôle le notariat belge peut jouer dans les opérations immobilières internationales. Cette question peut être examinée sous deux angles : d'une part, il importe de déterminer si l'acquisition d'un immeuble situé en Belgique nécessite l'intervention d'un notaire belge, d'autre part, l'on peut également s'interroger sur la possibilité de solliciter le concours d'un notaire belge lorsque l'acquisition porte sur un immeuble situé à l'étranger.⁵¹

Dans les deux cas, la réponse à la question nécessite une distinction entre les exigences formelles *sensu stricto* – par laquelle l'on entend essentiellement la question de savoir si le contrat doit revêtir la forme authentique ou si un contrat sous seing privé peut s'avérer suffisant - et l'ensemble des démarches qu'il s'impose de suivre pour garantir l'effectivité de la mutation immobilière. Ces démarches, qui peuvent porter sur le statut urbanistique de l'immeuble, l'incidence fiscale de la vente ou encore sur l'existence d'un droit de préemption attribué à une autorité, ne constituent pas à proprement parler des exigences formelles. Elles n'en sont pas moins indispensables pour garantir que l'acte de vente pourra sortir pleinement ses effets.

A l'instar de la distinction qui a été opérée plus haut, à propos du contenu du contrat, entre le registre 'contractuel' et le registre 'régulation', l'on apercevra que si le raisonnement de droit international privé relatifs aux exigences formelles *sensu stricto* permet une certaine souplesse, qui autorise d'envisager de dissocier l'immeuble et le lieu où l'acte y relatif est reçu, il n'en va pas de même pour les démarches et autres formalités qui ne se conçoivent que fort difficilement de façon délocalisées.

Il n'est guère besoin de démontrer que ces démarches et formalités ne se conçoivent véritablement que dans l'Etat où le bien est situé. Les professionnels du droit connaissent l'importance de ces démarches.⁵² Ils en mesurent aussi les conséquences – et notamment si

49

50 Voy. par ex. sur la pratique anglaise et le rôle joué par les sollicitors : N. TROUSSET-FAWCETT et H. LETELLIER, "L'acquisition immobilière en Angleterre et au Pays de Galle", *JCP*, N, 2007, 1217, spéc. n° 12 e.s.

51 L'on notera que ni les règles de compétence particulières liant le notaire ni la déontologie professionnelle ne lui interdisent de prêter son concours à une opération portant sur un bien situé à l'étranger. Voy. sur ce point, les observations de J.-L. VAN BOXSTAEL et M. VERWILGHEN, *art. cit.*, 312, n° 102.

52 L'aide éventuelle que peuvent procurer les nombreux sites internet et autres forum de discussion en ligne peut sans doute s'avérer utile. Elle ne remplacera cependant jamais, même pour les menus aspects pratiques liés à l'acquisition, l'intervention d'un professionnel du droit.

une mutation devait être effectuée sans garantie quant au bon accomplissement de ces démarches. Et surtout, ils sont conscients qu'elles ne peuvent réellement s'envisager que dans l'Etat où l'immeuble est situé. Qu'il s'agisse de vérifier la situation urbanistique d'un bien immobilier, d'examiner les éventuelles dette fiscales dont il serait grevé, de dresser le tableau des sûretés mises à sa charge, de retracer l'origine du bien pour s'assurer que le vendeur est bien le propriétaire ou encore de fournir à l'acheteur les garanties nécessaires sur l'état du bien, l'ensemble de ces démarches ne se conçoit aisément que dans l'Etat où le bien est situé. C'est qu'il faudra faire appel à diverses administrations locales, les unes liées au régime de publicité foncière, les autres chargées de la gestion des perceptions fiscales, les dernières encore chargées de la bonne application des prescriptions urbanistiques. De telles démarches peuvent sans doute être effectuées par un professionnel du droit étranger, depuis l'Etat où l'acheteur et/ou le vendeur résident.⁵³ Elles n'en demeurent pas moins délicates et nécessitent une très bonne connaissance des usages et pratiques locaux. Au minimum, l'intervention d'un professionnel du droit étranger entraînera des coûts supplémentaires, voire un allongement des délais.⁵⁴

Le lien qui se crée de cette manière entre l'immeuble et le régime juridique de l'Etat où il est situé, constitue dès lors, comme le constatait déjà avec pertinence M. Droz,⁵⁵ un obstacle de taille à l'intervention d'un notaire belge lorsque l'immeuble est situé à l'étranger.⁵⁶ Si cette intervention n'est en principe pas exclue, elle représente un véritable tour de force et ne se conçoit au vrai qu'avec l'assistance d'un conseil local.⁵⁷ Le corollaire est tout aussi vrai : si l'on

53 Leur accomplissement sera facilité par la publication de guides qui détaillent les différentes étapes du processus d'acquisition immobilière. Voy. p. ex. S. FRANCK, T. WACHTER et J. ADAM (éds.), *Handbuch Immobilienrecht in Europa. Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien*, 2004, CF Müller, 1717 p.. Des études se concentrant sur un pays ont également vu le jour : p. ex. I. PFLIEDERER et A. SCHMUTZ, *Einführung in das französische Immobilienrecht*, Beck, 2003, 189 p. Voy. aussi les importantes informations recueillies par le notaire Limmer et publiées sous le titre 'Länderübersicht' in P. LIMMER, « Grundstückskauf - Bauträgervertrag », in *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, CH. REITHMANN et D. MARTINY (éds.), Otto Schmidt, 2010, 783-804.

54 C'est la conclusion à laquelle aboutit M. Limmer, notaire allemand qui a beaucoup écrit sur les opérations immobilières internationales. M. Limmer note qu'en principe un acte de vente reçu par un notaire allemand sera reconnu comme équivalent à un acte local par les autorités étrangères du lieu de situation du bien. Il conseille néanmoins de faire appel à un professionnel local au vu des "praktischen Problemen" que soulève l'inscription dans les registres fonciers locaux (P. LIMMER, « Grundstückskauf - Bauträgervertrag », in *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, CH. REITHMANN et D. MARTINY (éds.), Otto Schmidt, 2010, 769, n° 1574-1575).

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

56 Sur ce thème, voy. aussi les très pertinentes observations de J.-L. VAN BOXSTAEEL et M. VERWILGHEN, *art. ait.*, 318-320, n° 120 e.s. MM. van Boxstael et Verwilghen écrivent que « l'attraction immobilière est ... si puissante qu'il faut déconseiller au notaire belge de passer l'acte de vente d'un immeuble sis à l'étranger, même si toutes les parties sont belges et demeurent en Belgique ». La pratique allemande conseille également le recours à un notaire ou un professionnel local du droit : p. ex. G. SCHOTTEN et C. SCHMELLENKAMP, *op. cit.*, n° 383. M. van Velten arrivait à la même conclusion dans ses premiers écrits sur la question. Dans un article rédigé en 1988, il expliquait que « Op praktische gronden is echter het passeren van een akte met betrekking tot een in een ander land gelegen onroerend goed niet aan te bevelen » (A. A. VAN VELTEN, « Koop en levering van onroerend goed : internationale aspecten », in *De internationale aspecten van het notariaat*, K. FRIELINK (éd.), Gouda Quint, 1989, (15), 20).

57 Les difficultés soulevées par l'intervention d'un professionnel du droit étranger s'agissant de la vente d'un bien situé en Belgique n'empêchent pas l'apparition, récente, en Europe, d'une catégorie particulière de professionnels du droit spécialisés dans les opérations immobilières internationales. On a vu certains avocats revendiquer une expertise spécifique dans les opérations portant sur des immeubles situés dans un autre Etat membre, principalement les Etats au climat ensoleillé comme la France et l'Espagne. C'est le cas de

ne peut, en théorie, exclure qu'un professionnel du droit établi à l'étranger prenne en charge la rédaction d'un contrat de vente portant sur un immeuble situé en Belgique, le réalisme devrait conduire à réserver cette intervention à des situations exceptionnelles.⁵⁸

Sans doute le lien entre l'immeuble et l'intervention d'un professionnel local du droit se fait-il moins sentir lorsque les parties souhaitent procéder à la donation d'un immeuble et non à la vente. L'emprise du prescriptions locales du lieu de situation de l'immeuble est en effet moins grande lorsque l'immeuble fait l'objet d'une donation. Ainsi, il ne sera pas souvent nécessaire de s'attarder sur le statut urbanistique du bien donné, ni d'entreprendre de longues recherches sur le passif fiscal affectant le bien. Dans cette mesure, il semble plus aisé d'envisager de confier à un professionnel du droit étranger la rédaction d'un acte de donation portant sur un bien immeuble situé en Belgique – et inversement de solliciter un professionnel belge du droit alors que la donation porte sur un immeuble situé à l'étranger.

Il n'en demeure pas moins que la prudence reste de mise même s'agissant d'une donation. Il faut en effet rester conscient que des difficultés pourraient surgir dès lors que l'acte de donation doit intégrer un registre foncier étranger. Cette question est sans nul doute essentielle pour les parties concernées puisqu'elle concerne l'effectivité de la mutation immobilière. Il faudra dès lors respecter les conditions posées par le droit local du lieu de situation de l'immeuble et spécialement les exigences relatives au régime de publicité foncière.⁵⁹ Or la politique d'accueil des registres fonciers vis-à-vis d'actes reçus à l'étranger est pour le moins variable. Pour se limiter aux Etats qui subordonnent le transfert d'un droit réel immobilier à l'acte authentique, l'on peut noter que certains Etats ne requièrent qu'une simple traduction et

l'association *Heering*, installée aux Pays-Bas, qui revendique une spécialisation dans l'acquisition immobilière en France (www.heeringassociates.eu). En Angleterre, plusieurs associations sont également spécialisées dans les opérations immobilières, soit en Espagne (par ex. Manuel Martin & Associates, www.mmlawyers.co.uk), soit en France (par ex. Sykes Anderson, www.sykesanderson.com/service_france/french_property.asp). Des ouvrages fleurissent également qui offrent des conseils sur les opérations immobilières internationales voy. par ex. C. H. KÄLIN, *International Real Estate Handbook: Acquisition, Ownership and Sale of Real Estate Residence, Tax and Inheritance Law*, Wiley & Sons, 2005, 770 p.

58 MM. van Boxstael et Verwilghen évoquent une autre difficulté liée à la dissociation entre le lieu de situation d'un immeuble et le professionnel du droit. Il tient à la distinction qu'opèrent certains systèmes juridiques, et notamment les droits allemands et néerlandais, entre le contrat de vente et l'acte portant transfert de propriété. (voy. J.-L. VAN BOXSTAEEL et M. VERWILGHEN, *art. Ait.*, 318, n° 119). Dans ces deux droits, le contrat de vente ne suffit pas à lui seul pour opérer un transfert de propriété, même entre parties. Encore faut-il que les parties s'accordent sur un contrat distinct dont le seul objet est d'opérer le transfert de propriété. Cette dissociation rend impossible l'utilisation d'un contrat de vente conçu dans un système unitaire tel que le droit belge, pour opérer valablement un transfert de propriété dès lors que l'immeuble est situé dans un Etat dualiste. On remarquera que les juristes allemands n'envisagent l'application des règles européennes (Règl. 593/2008) que pour le seul contrat de vente, refusant son application au contrat portant transfert de propriété (voy. par ex. U. MAGNUS, "Art. 28 EGBGB", *Staudingers Kommentar zum BGB/EGBGB*, 12ème éd., Sellier, 1998, n° 99-100).

59 Si l'on devait justifier l'application des exigences locales liées à la publicité foncière, l'on pourrait sans doute faire appel à la règle *auctor regit actum*, selon laquelle une autorité publique ne peut fonctionner que selon ses propres règles. Pour autant que de besoin, l'on pourrait également justifier la solution sur base de l'art. 11 § 5 du Règl. 593/2008 (*infra* sur cette disposition). Sur ce que les formalités de publicité foncière suivront toujours le lieu de situation de l'immeuble, voy. M. REVILLARD, *op. cit.*, Defrenois, 2006, 466, n° 816. Dans le même sens, J.-F. SAGAUT, *art. cit.*, 61.

la légalisation de l'acte.^{60 61} D'autres Etats vont plus loin et exigent tantôt le dépôt de l'acte authentique étranger au rang des minutes d'un notaire local,⁶² ou d'un organisme nationale de conservation,⁶³ tantôt que l'acte étranger soit visé par une juridiction.⁶⁴ Enfin, un certain nombre d'Etats opposent un refus catégorique. C'est le cas par exemple de la principauté monégasque. L'article 1426 al. 2 du Code civil monégasque dispose que « ... lorsque la convention a pour objet un immeuble situé dans la Principauté d'une valeur supérieure à cent cinquante francs, elle ne produit ses effets qu'à partir du moment où elle est constatée par acte authentique passé devant un notaire monégasque ». Ce monopole accordé au notariat monégasque pour les opérations portant sur l'immobilier local ⁶⁵ n'est pas isolé en droit comparé.⁶⁶

Au total, il faut bien constater que même si l'évolution de l'harmonisation européenne pourrait modifier les choses, il n'est pas conseillé de dissocier à l'heure actuelle le lieu de situation de l'immeuble et le professionnel du droit à qui l'on s'adresse pour recevoir l'acte portant transfert de propriété. Même lorsque l'on fait appel à un professionnel du droit local, il n'en demeure pas moins utile de s'interroger sur les exigences formelles applicables au contrat portant transfert de propriété d'un immeuble.

§ 2. *L'acte authentique, véhicule nécessaire de l'acquisition d'un immeuble ?*

60 L'on rappellera que de nombreuses conventions internationales adoucissent ou dispensent de l'exigence de légalisation. C'est notamment le cas de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 et de la Convention de Bruxelles de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à la suppression de l'exigence de légalisation d'actes des les Etats membres de la Communauté européenne (loi du 27 novembre 1996, *M.B.*, 18 avril et 10 juin 1997, en vigueur dans certains Etats membres de l'UE, à savoir le Danemark, la France, l'Italie, Chypre, Lettonie et l'Irlande).

61 C'est apparemment le cas de l'Angleterre, qui accepte sans autre formalité les actes de mutation reçus à l'étranger, voy. T. ALDRIDGE, "Le sollicitor anglais", in *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaire*, L. RAUCENT (éd.), Bruylant, 1991, (21), 37.

62 C'est le cas en France, selon le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Selon l'article 4 de ce décret, "... les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers [...] 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. Ils doivent être accompagnés, s'ils sont rédigés en langue étrangère, d'une traduction en français, certifiée soit par le fonctionnaire susvisé, soit par un interprète habituellement commis par les tribunaux. Les expéditions, copies, extraits ou bordereaux déposés pour être conservés au bureau des hypothèques doivent, en outre, porter toutes les mentions exigées par les articles 5 à 7 du présent décret et les articles 2428 et 2434 nouveaux du code civil". Sur cette obligation, voy. M. REVILLARD, *op. cit.*, Defrénois, 2006, 467, exemple 210.

63 L'art. 106-4° de la loi organique du notariat italien (loi n° 89 du 16 février 1913 (*ordinamento del notariato e degli archivi notarili*)) prévoit que les actes authentiques étrangers doivent être déposés auprès de l'Archive notariale italienne, s'ils n'ont pas été déposés auprès d'un notaire, avant de pouvoir être utilisés en Italie. Voy. les précisions fournies par P. ZANELLI, "Le notaire dans l'ordre juridique italien", in *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaire*, L. RAUCENT (éd.), Bruylant, 1991, 201-202.

64 C'est le cas du Luxembourg : l'article 2, al. 5 de la loi du 25 sept. 1908 sur la transcription des droits réels immobiliers dispose que pour pouvoir être présenté à la transcription, les actes authentiques reçus en pays étranger devront être revêtu du visa du Président du tribunal d'arrondissement du lieu de situation des biens. Voy. les observations de A. SCHWACHTEN, "Le notariat au Grand-Duché de Luxembourg", in *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaire*, L. RAUCENT (éd.), Bruylant, 1991, 457.

65 Il n'est pas exclu que cette disposition s'applique également à la donation d'un immeuble.

66 L'on peut citer certains cantons suisses ainsi que les Pays-Bas qui opposent également un refus constant à la transcription d'actes authentiques étrangers portant sur l'immobilier local.

Si l'on fait abstraction des difficultés causées par le lien quasiment intangible qui existe entre le lieu de situation de l'immeuble et les diverses démarches qui conditionnent le succès et la solidité juridique de l'opération de vente immobilière, il reste à examiner dans quelle mesure les exigences formelles proprement dites sont elles aussi nécessairement subordonnées au droit du lieu de situation de l'immeuble. Cette question n'est pas sans importance lorsque l'on se souvient que si de nombreux Etats exigent que le transfert d'un droit réel immobilier soit concrétisé dans un acte juridique répondant à des exigences de qualité particulières, d'autres se contentent d'un acte sous seing privé.⁶⁷

Comme on le sait, le principe de rattachement pour la forme des actes juridiques est en droit international privé contemporain relativement souple. Le rattachement proposé est en effet double : l'acte peut être validé par référence soit à la loi locale (à savoir la loi du lieu où l'acte est conclu), soit à la loi qui est applicable à la validité substantielle de l'acte.⁶⁸ 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 – par exemple loi anglaise - accepte ce formalisme restreint.

Un tel libéralisme susciterait d'importantes résistances. Ceci explique que le droit international privé retient un régime dérogatoire pour la forme des contrats portant sur un droit réel immobilier. L'article 11 § 5 du Règlement Rome I prévoit en effet une règle particulière, qui soumet de façon impérative le contrat aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé.⁶⁹

Est-ce à dire qu'il faudra nécessairement, s'agissant par exemple d'un contrat portant sur un immeuble situé en Belgique, faire appel aux services d'un notaire pour que le contrat revête la forme authentique et puisse dès lors être opposé aux tiers ?

Pour s'en convaincre, il importe d'examiner de manière plus détaillée l'article 11 § 5. Cette disposition limite de deux manières l'emprise des exigences de forme locales. D'une part, seules sont visées les règles de forme auxquelles il « *ne peut être dérogé [...] par accord* ». Il faudra dès lors examiner, parmi les exigences de forme, celles qui peuvent prétendre à cette impérativité. En outre, seules s'imposent, en vertu du même article 11 § 5, les règles de forme qui « *s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et 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,⁷⁰ ne se prononcera pas sur la question de savoir si la formalité visée s'impose effectivement sans avoir égard au lieu de conclusion du contrat.

67 Voy. l'étude réalisée par un consortium de recherche, à la demande de la Commission européenne, à propos des coûts engendrés par les différents systèmes de transmission des biens immobiliers : *Summary of the comparative legal and economic study into the EU conveyancing services market*, Etude COMP/2006/D3/003, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/csm_standalone_en.pdf.

68 Voy. par exemple l'art. 11 § 1 du Règlement Rome I (anciennement l'art. 9 § 1 de la Convention de Rome).

69 La règle reprend en substance l'art. 9 § 6 de la Convention de Rome. L'on notera une évolution entre les deux textes : le Règlement a substitué à la référence aux règles de forme « impératives », qui figurait dans la Convention de Rome, une description plus explicite puisque sont dorénavant 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.

70 Comme l'intervention d'un notaire.

En pratique, il ne fait guère de doute que l'obligation d'adopter la forme authentique pour un contrat portant mutation immobilière – imposée notamment en droit belge⁷¹ - répond à cette double condition. L'obligation d'adopter la forme authentique pour un contrat de vente d'un bien immobilier ne peut être, en droit belge, 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 conclu, ni de la loi qui lui est applicable.⁷² Toute autre solution permettrait aux parties d'échapper trop aisément à l'obligation de recourir aux services du notariat. Seule est pertinente la localisation en Belgique de l'immeuble objet de l'acte.

L'on peut dès lors conclure que s'agissant de la vente d'un immeuble situé en Belgique, l'article 11 § 5 du Règlement Rome I 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.⁷³ 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 authentique?⁷⁴ L'on a déjà esquissé ci-dessus les multiples raisons qui rendent quelque peu illusoire le recours à un notaire belge dès lors que la vente porte sur un immeuble situé à l'étranger. Les mêmes raisons, qui tiennent tant aux difficultés liées à la transcription qu'aux devoirs qu'accomplit le notaire à l'occasion de la vente et notamment des obligations fiscales auquel est soumis le notaire, justifient que l'intervention d'un notaire étranger soit accueillie avec beaucoup de précaution lorsque la vente porte sur un immeuble situé en Belgique. Il y a dès lors loin de la théorie – et en particulier de l'idée d'équivalence des actes reçus par le notariat latin – à la pratique.⁷⁵

71 Art. 1er de la loi hypothécaire.

72 *Comp.* avec la situation en Allemagne où il semble qu'aucune exigence de forme réponde aux exigences de l'art. 11 § 5 : U. MAGNUS, "Art. 28 EGBGB", *Staudingers Kommentar zum BGB/EGBGB*, 12ème éd., Sellier, 1998, n° 145 et P. LIMMER, « Grundstückskauf - Bauträgervertrag », in *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, CH. REITHMANN et D. MARTINY (éds.), Otto Schmidt, 2010, 759, n° 1552 (à propos du statut du § 311b § 1 BGB qui impose le recours à un acte notarié pour les ventes immobilières).

73 Sauf erreur de notre part, les dispositions qui imposent en Belgique le recours à la forme authentique n'imposent pas en outre, pour obtenir l'authenticité, le recours à un notaire de résidence en Belgique. Aux Pays-Bas, il semble qu'une disposition du nouveau Code civil exige un détour par un notaire néerlandais. L'article 31 du Livre 3 du NBW précise en effet 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* ». Il semble que cette disposition impose d'avoir recours aux services du seul notariat néerlandais à chaque fois qu'une opération porte sur un bien immobilier situé aux Pays-Bas. Voy. les commentaires de W.H.M. REEHUIS et A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, série Nederlands Burgerlijk Recht, Kluwer, 2006, 57. Avant même l'adoption de cette règle, la pratique néerlandaise était établie en ce sens que seul un acte authentique pouvait permettre le transfert d'un droit réel immobilier (voy. A. A. VAN VELTEN, *art. cit.*, 20-21).

74 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 11 § 5 du Règlement.

75 Ceci explique sans doute que l'on rencontre en pratique des dénonciations du 'monopole' dont jouiraient par exemple les notaires français dans l'achat et la vente de biens immobiliers situés en France. Voy. par ex. M. SMULIAN, "Seal of Approval", *Law Society Gazette* (www.lawgazette.co.uk), février 2006 et dans la même revue "French notaries operating protectionist pricing system", *Law Society Gazette*, janvier 2006. Sur l'ensemble de la question, voy. G. SHAW, "Notaires in France – an unassailable profession. Or are they?", *Intl. J. Legal Profession*, 2006, 243-271. Il s'agit en réalité d'un monopole de fait. Les autorités espagnoles ont par

Dès lors que l'acte authentique est reçu par un notaire, celui-ci devra impérativement respecter les règles de forme qu'imposent sa loi organique.⁷⁶ Ceci se déduit du principe général *auctor regit actum*, auquel ni le Règlement Rome I, ni aucun instrument ultérieur n'a entendu déroger. C'est donc la loi de ventôse qui régira l'intervention du notaire belge.⁷⁷

§ 3. *Les exigences liées au régime de publicité foncière*

Au-delà des exigences formelles imposées à l'acte portant transfert de propriété, qui sont visées par l'article 11 § 5 déjà cité, l'on peut également s'interroger sur les exigences de forme imposées pour l'opposabilité d'un acte aux tiers, et en particulier les exigences posées pour l'accueil dans les divers registres de publicité foncière.

Avec Mme Révillard, l'on peut intuitivement accepter que les formalités de publicité foncière suivront toujours les règles du lieu de situation de l'immeuble.⁷⁸ Cette coïncidence peut s'expliquer si l'on accepte que ces exigences échappent à la catégorie contractuelle pour ressortir à la *lex rei sitae*.^{79 80}

Il s'en déduit qu'il n'est pas permis d'échapper aux exigences posées par le droit du lieu de situation de l'immeuble.

§ 4. *Le compromis de vente et autres actes préliminaires*

L'attraction qu'exerce le droit et le régime du lieu de situation du bien immeuble est-elle aussi forte s'agissant du compromis de vente?

Lorsque la pratique distingue, comme c'est le cas en Belgique, entre l'écrit préliminaire des parties et le contrat définitif, il faut d'abord s'interroger sur l'application de l'article 11 § 5 du Règlement 593/2008 déjà évoqué, puisque le compromis, tout autant que le contrat définitif, a pour objet un droit réel immobilier.

contre tenté d'introduire un véritable monopole de droit au bénéfice de leurs notaires : par une disposition adoptée en 2006, les autorités espagnoles ont précisé que les opérations portant sur des immeubles situés en Espagne, ne pouvaient faire l'objet d'un enregistrement en Espagne sur présentation d'actes reçus par un *notariados* espagnol. Cette mesure, qui a créé une vive polémique (notamment en Angleterre, voy. "Spain Warned over Notaries Law", *Law Society Gazette*, Janvier 2006), a semble-t-il été supprimée sous la pression de la Commission européenne.

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

77 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).

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

79 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.

80 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.

Encore faut-il, pour que la règle dérogatoire de l'article 11 § 5 s'applique, que la loi de l'Etat où l'immeuble est situé, impose le respect d'exigences formelles particulières qui soient impératives. Il faudra dès lors interroger le droit de l'Etat de situation de l'immeuble pour déterminer le régime formel du compromis. S'il s'avère que le droit pertinent, à l'instar du droit belge, n'impose pas le recours à des formes spécifiques, l'article 11 § 5 ne s'appliquerait pas. Il conviendrait dès lors 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 fond.⁸¹ 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 formelles 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 contrat.⁸²

Ce n'est que si le droit du lieu de situation de l'immeuble imposait des exigences formelles particulières, que les parties perdraient la liberté que leur accorde la règle générale. Ces exigences devraient alors être respectées pour satisfaire au prescrit de l'article 11 § 5.

L'on notera que l'article 11 du Règlement Rome I est également applicable aux actes juridiques unilatéraux, du moins ceux qui sont relatifs à un contrat à conclure.⁸³ L'on pense à une promesse de vente ou d'achat. Pour autant, rares sont les Etats qui imposent le respect de formes particulières pour ces actes. L'article 11 § 5 devra dès lors le plus souvent céder la place à la règle de droit commun qui permet aux parties de conclure valablement un acte à condition que soient respectées les exigences formelles soit du lieu où la promesse est faite, soit de la loi qui y est applicable.⁸⁴ Cette solution est confirmée par l'article 11 § 3 du Règlement 593/2008 qui retient un triple rattachement alternatif pour ces actes juridiques unilatéraux : outre les exigences formelles classiques de la loi de l'Etat où l'acte est intervenu ou celles du pays dans lequel la personne qui l'a accompli résidait habituellement, cette disposition permet de valider l'acte unilatéral s'il répond aux conditions de forme de la loi qui régit le contrat auquel l'acte se rapporte.

§ 5. *Les exigences linguistiques*

Il n'est pas rare que les parties à une opération immobilière internationale ne parlent pas la même langue. Bien souvent, l'anglais fera office de langue de communication, plus ou moins bien maîtrisée par les intervenants. Si des discussions et négociations entre parties ne sont soumises à aucune contrainte linguistique légale, il n'en va pas nécessairement de même des contrats que les parties pourraient conclure. Il importe dès lors de rappeler quelques principes

81 Art. 11 § 1 du Règlement Rome I.

82 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.

83 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.

84 Qui sera le plus souvent le droit de la personne qui s'engage unilatéralement. *Cons.* l'article 105 du Code de droit international privé.

généraux, en particulier à propos de l'intervention d'un notaire.⁸⁵

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 administrative.⁸⁶ 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* ». ⁸⁷ L'on pourrait dès lors imaginer qu'un acte de vente reçu par un notaire belge et portant sur un immeuble situé en Belgique, 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 1er précise que la langue employée dans l'acte doit être connue tant du notaire que des parties.⁸⁸ Si le notaire prête son concours à un acte rédigé en langue anglaise, il faudra qu'il ou elle possède une maîtrise suffisante de cette langue et ce d'autant plus qu'il appartient au notaire de vérifier le consentement des parties.

En outre, le notaire doit tenir compte du sort que connaîtra 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 nationales.⁸⁹

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

85 Qui font l'objet de commentaires détaillés par M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEEL, *art. cit.*, 276 e.s., n° 26 e.s.

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

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

88 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 1er 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* ».

89 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), de retenir pour la rédaction de l'acte la langue (ou l'une des langues) officielle(s) de l'administration concernée.

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 judiciaire?⁹⁰

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'acte.⁹¹

L'on notera à titre de comparaison 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'hui.⁹² 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.⁹³ Le praticien notera cependant que la violation de ces dispositions n'entraîne pas la nullité de l'acte, qui vaudra comme acte sous seing privé.⁹⁴

§ 6. *Les procurations et mandats*

Une dernière question doit être abordée à propos des exigences formelles qui entourent la conclusion d'un contrat de vente. Elle concerne les exigences à respecter lorsque l'une des parties à l'acte n'est pas présente à la signature de l'acte et souhaite se faire représenter. La situation est fréquente. Voici l'administrateur d'une société de droit néerlandais qui souhaite se faire représenter lors de la signature d'un acte de vente portant sur un immeuble situé en Belgique, par un employé de la société qu'il dirige. Quelle(s) formule(s) peut-on lui proposer pour garantir une procuration valable qui ne mette pas en péril la solidité juridique de l'acte de vente?

L'on sait que dès lors que la procuration ou le mandat est destiné à permettre la transmission d'un droit réel sur un bien immeuble, l'article 2 de la loi hypothécaire impose, lorsqu'on le lit avec la première disposition de cette loi, que la procuration soit donnée sous forme authentique.⁹⁵ Cette exigence s'impose-t-elle avec la même force lorsque la partie représentée

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

91 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.

92 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.

93 Les autorités françaises ne semblent pas souhaiter modifier l'interdiction de recevoir des actes dans une autre langue que le français, qui a été qualifiée de "multiséculaire" par le Garde des sceaux (Rép. Min. Question n° 8156 de Mme Chantal Robin-Rodriguo, *J.O.*, 10 mars 2003, p. 1857).

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

95 Il est bien entendu possible de solliciter une juridiction ou encore de faire reconnaître en justice ou devant notaire une procuration sous seing privé.

ne réside pas en Belgique? Et qu'en est-il de la procuration reçue en Belgique et visant à permettre l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé à l'étranger?

Pour bien cerner les exigences formelles qui s'imposent à la procuration, il faut tout d'abord tenir compte de la nature contractuelle de cet acte. Une procuration est d'abord et avant tout un mandat. A ce titre, elle est soumise à la règle générale prévue à l'art. 11 § 1 du Règlement Rome I. Il est dès lors permis aux parties, pour valider la procuration, de suivre les exigences formelles prévues par le droit de l'Etat où la procuration est donnée. Les parties peuvent également préférer se conformer aux exigences du droit applicable à la procuration.^{96 97} Lorsque la procuration est donnée *in absentia*, le mandant et le mandataire n'étant pas présent sur le territoire du même Etat, il est permis de respecter les exigences formelles de chacun des Etats sur le territoire duquel se trouvent l'une et l'autre partie.⁹⁸ Le choix très ample laissé par les règles générales de l'article 11 permettrait de se prévaloir d'une procuration reçue par acte sous seing privé alors même qu'elle est destinée à permettre la conclusion d'un contrat portant sur un immeuble situé en Belgique.

La procuration revêt cependant une seconde dimension : elle est destinée à permettre la conclusion d'un acte juridique particulier et est, à ce titre, étroitement liée à cet acte. Le droit international privé ne devrait-il dès lors pas s'incliner devant le parallélisme des formes entre l'acte principal et le mandat? Pour répondre positivement à cette question, MM. Verwilghen et van Boxstael évoquent l'art. 2 de la loi hypothécaire. Ils déduisent de cette disposition que la procuration établie à l'étranger ne sera formellement valable en Belgique que si elle a été passée en forme authentique.⁹⁹ Il faut, semble-t-il, comprendre que les exigences formelles du lieu de situation du bien déteignent sur la procuration destinée à permettre la conclusion d'un tel acte. On peut analyser cette solution de deux manières : soit qu'il faut voir dans l'exigence particulière d'une procuration authentique non pas une question de forme, mais bien une question de fond,¹⁰⁰ soit encore que la question soit soumise à la *lex rei sitae*.¹⁰¹

96 En règle, le contrat de mandat sera soumis au droit de l'Etat du mandant – voy. I. COUWENBERG, “De *lex contractus* onder het Europees Overeenkomstenverdrag”, in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE (éd.), Leuven, 1997, (201), 225, n° 7.60 et H. JACOBS, “De lastgeving in het ipr”, *T. Not.*, 1998, (57), 60, n° 5. Anciennement il était admis que le mandat était régi par la loi de l'opération principale.

Il ne nous semble pas permis de faire appel à la présomption particulière prévue par l'art. 4 § 1 lit. c du Règlement Rome I, s'agissant d'une procuration donnée aux fins de procéder à l'achat ou à la vente d'un immeuble. Certes, le résultat final de l'opération sera bien le transfert d'un droit réel portant sur un bien immobilier. Il reste que l'objet du mandat est l'obligation de représentation d'une partie. Sur les limites de la présomption particulière prévue par l'art. 4 § 1 lit. c., *cons.* U. MAGNUS, “Art. 28 EGBGB”, *Staudingers Kommentar zum BGB/EGBGB*, 12ème éd., Sellier, 1998, n° 102-103.

97 On sera attentif au fait qu'il appartient à la loi applicable au mandat de déterminer si le mandataire peut se substituer un sous-mandataire. Il s'agit en effet manifestement d'une question contractuelle. Certains droit se montrent sur ce point plus strict que le régime prévu par l'art. 1994 C. civ. Ainsi, en droit néerlandais, un mandataire ne peut se substituer un sous-mandataire que si ceci est expressément autorisé par le mandat

98 Art. 11 § 2 Règl. Rome I.

99 M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (263), 299, n° 76. Dans le même sens, G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Story-scientia, 1989, 192-193, n° 390.

100 Comme l'évoque Mme Revillard, *op. cit.*, 484, n° 845 – qui relève cependant que “le principe du parallélisme des formes entre l'acte principal et le mandat heurte les principes de droit international privé et particulièrement la règle *locus regit actum*”.

101 Opinion défendue par H. JACOBS, *art. cit.*, 65, n° 12 et retenue in “Hypothèques et transcription” (G. de Leval, A. Genin, R. Poncet et M. Renard-Declairfayt), *Rép. Not.*, T. X, 11, 1987, 192, n° 254.

Quoi qu'il en soit, la rigueur – quelque peu mystérieuse¹⁰² - du raisonnement n'empêche pas la pratique de proposer des solutions raisonnables. C'est ainsi qu'il est possible d'obtenir une procuration authentique non seulement auprès d'un notaire belge, mais aussi en faisant appel soit à un notaire d'un pays de tradition latine,¹⁰³ soit encore à un consul belge. Il est en effet bien connu que les consuls belges en poste à l'étranger peuvent exercer, en vertu de la loi du 10 juillet 1931, certaines compétences notariales, à condition que l'acte qu'ils reçoivent se rapporte à un bien situé en Belgique.¹⁰⁴

Enfin, l'on notera que la pratique révèle une certaine tolérance des procurations reçues dans des pays où l'authenticité au sens du notariat latin n'existe pas. Ainsi une procuration reçue en Angleterre par un *solicitor* ou un *scrivener notary*, pourra valablement être invoquée en Belgique.

SECTION 3 – LES PARTIES À L'ACTE – IDENTIFICATION, RÉGIME MATRIMONIAL ET CAPACITÉ

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 y sont applicables, aux exposés généraux disponibles dans les manuels classiques.¹⁰⁵

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 famille.¹⁰⁶ 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 à cette question. 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 une famille.

D'autre part, le régime applicable aux époux peut également contenir des restrictions.

102 Sans chercher à percer ce mystère, MM. Rigaux et Fallon indiquent qu'il est "prudent" de s'aligner sur l'exigence particulière posée par la loi qui régit l'acte à accomplir (*op. cit.*, 874, n° 14.139). C'est au même impératif de prudence que fait appel P. Wery pour justifier le respect des exigences posées par la *lex rei sitae* (P. WERY, "Le mandat", *Rép. Not.*, t. IX, Larcier, 317-318).

103 Le cas échéant, l'on aura soin d'obtenir la légalisation de la procuration, voire d'en fournir une traduction.

104 Art. 5-6° de la loi du 10 juillet 1931. Voy. dernièrement l'arrêté ministériel du 5 février 2010 portant attribution de compétence notariale (*M.B.*, 11 février 2010).

105 Voy. notamment l'exposé détaillé donné par M. VERWILGHEN et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (263), 278-285, n° 32 e.s. ainsi que CH. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten*, Kluwer, 2003, 110-116, n° 134 e.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.

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

L'exemple le plus connu des praticiens belges est sans nul doute l'article 1418 § 1 lit. a du Code civil.¹⁰⁷ 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 connus.¹⁰⁸ 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. Elle a fait l'objet d'un grand nombre d'écrits.¹⁰⁹ 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 incapable.¹¹⁰ L'on retiendra que dès lors que le mineur réside habituellement en Belgique, l'article 8 du Règlement permet aux juridictions belges de se prononcer.¹¹¹ Lorsque le bien est situé en Belgique, mais que le mineur n'y réside pas, il faut s'en remettre à l'article 12 § 3 du Règlement, qui permet de saisir les juridictions belges moyennant le respect de plusieurs conditions.¹¹²

107En France, l'article 1424 du Code civil limite son emprise aux seuls biens immobiliers qui dépendent de la communauté.

108Ils 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.

109Voy. 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. *Adde*, 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.

110Il 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) no 44/2001. . . ».

111L'on notera que cette compétence coïncide 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 ».

112Il est notamment nécessaire que le mineur présente un lien étroit avec le territoire belge, que l'ensemble des parties concernées marquent leur accord avec la compétence des juridictions belges et que celle-ci soit dans l'intérêt de l'enfant. Sur l'ensemble de ces conditions, voy. nos observations in « Le patrimoine de l'incapable en droit international privé », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix 2010*, P. LECOCQ (éd.), La Charte,

Le Code de droit international privé prévoit des règles de compétence plus larges. Celles-ci s'appliquent dès lors que la question intéresse un incapable majeur ou, de manière exceptionnelle, à l'endroit d'un mineur que rien en relie à l'Union européenne.

Que ce soit pour déterminer la compétence dans une affaire intéressant un incapable majeur ou un mineur dont la situation particulière ne justifie pas l'application des règles européennes, ce sont les articles 32 et 33 du Code de droit international privé qui s'avèrent pertinents – sauf à retenir, dans les relations franco-belges et belgo-néerlandaises, les dispositions des deux conventions bilatérales qui subsistent avec ces pays. La lecture de ces deux dispositions doit se faire de façon combinée. L'article 33 incorpore en effet les chefs de compétence retenus par l'article 32, qui, ce faisant, ne concernent pas seulement la matière de l'état et de la capacité, mais aussi l'autorité parentale, la tutelle et la protection de l'incapable.

Les chefs de compétence retenus aux articles 32 et 33 du Code ne se démarquent guère de ceux qui figurent dans le Règlement Bruxelles IIbis. C'est ainsi que la résidence habituelle de la personne concernée figure en bonne place parmi les critères retenus. Partant, dès lors qu'un incapable majeur – ou une personne dont la capacité est sujette à interrogation – réside en Belgique, la compétence des juridictions belges est acquise.¹¹³

L'on retiendra deux règles intéressantes qui étendent singulièrement la compétence des juridictions belges : d'une part, l'article 32-2° permet aux juridictions belges de se saisir d'une demande lorsque la personne est belge lors de l'introduction de la demande.¹¹⁴ Cette règle permet aux juridictions belges de connaître de demandes intéressant des ressortissants belges vivant à l'étranger – l'on pense à une famille belge vivant au Togo, qui souhaite qu'une juridiction belge se prononce sur le statut d'un des enfants majeurs.

D'autre part, l'article 33 al. 2 permet de saisir les juridictions belges dès lors que la demande concerne « l'administration des biens d'un incapable », à condition que la demande porte sur un bien situé en Belgique. Cette règle offre d'intéressantes ressources. L'on mesure en effet immédiatement les avantages qu'offre cette règle, qui lie la compétence à la situation du bien, lorsqu'on la compare au système mis en place par le Règlement Bruxelles IIbis. Imaginons qu'une juridiction belge soit saisie d'une demande visant à obtenir l'autorisation de vendre un immeuble situé en Belgique et appartenant pour partie à un incapable, ressortissant belge, qui vit en Italie. Si l'incapable est mineur, le Règlement Bruxelles IIbis impose de saisir par priorité les juridictions italiennes. Le recours à la justice belge n'est possible qu'aux conditions (onéreuses) posées par l'article 12 § 3 (*supra*). Au contraire, lorsque l'incapable est majeur – une personne âgée ayant perdu l'essentiel de ses facultés mentales, la localisation de l'immeuble en Belgique suffira à asseoir la compétence des juridictions belges

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 habituelle.¹¹⁵ Ceci permettra, dans bien des cas, au notaire belge de

2010, 15-19.

113On se reportera à l'art. 4 du Code pour la définition de la résidence habituelle.

114L'on se souviendra qu'en vertu de l'article 3 du Code, la nationalité belge doit être retenue par priorité sur la ou les autres nationalités que l'intéressé(e) possède.

115Il 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

retenir l'application de la loi belge.¹¹⁶

Parmi ces mesures de protection, l'on pense, s'agissant d'opérations portant sur des immeubles, aux démarches souvent imposées par le droit lorsque l'opération a trait à un immeuble appartenant à un mineur ou un autre incapable. Dans de nombreux droits en effet, les actes relatifs à un droit réel immobilier appartenant à un incapable sont soumis à des formalités particulières – que l'on a coutume d'appeler les formes habilitantes.¹¹⁷ Si ces règles particulières s'appliquent aux opérations portant sur des immeubles, l'on se trouve toujours dans le statut de l'incapable, et non dans le statut des biens immobiliers. L'appartenance des formes habilitantes au statut de l'incapable et non au statut de l'immeuble ou des formes – qui justifierait l'application de la règle *locus regit actum* - est acquise de longue date. Elle justifie dès lors l'application de la loi de la résidence habituelle.

Ainsi, si l'on s'interroge à propos de la vente d'un immeuble situé en Belgique, qui appartient pour partie à un incapable réside à l'étranger, il faudra se référer à la loi étrangère de la résidence habituelle de l'incapable, même s'il possède la nationalité belge. Si cette loi devait ne pas imposer le respect de formes particulières et autoriser par exemple une vente de gré à gré sans passage préalable par une juridiction, l'on ne pourra imposer le respect de l'article 1186 C. jud.¹¹⁸

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).

116 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 e.s.

117 En droit belge les articles 1186 et 1187 C. Jud.

118 Si l'incapable réside en France, l'article 459 du Code civil français prévoit que le conseil de famille peut autoriser la vente de gré à gré : *“La vente des immeubles et des fonds de commerce appartenant à un mineur se fera publiquement aux enchères, en présence du subrogé tuteur, dans les conditions prévues aux articles 953 et suivants du code de procédure civile. Le conseil de famille peut, toutefois, autoriser la vente à l'amiable soit par adjudication sur la mise à prix qu'il fixe, soit de gré à gré, aux prix et stipulations qu'il détermine. En cas d'adjudication amiable, il peut toujours être fait surenchère, dans les conditions prévues au code de procédure civile. L'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce a lieu à l'amiable. Il est autorisé par le conseil de famille sur le rapport d'un expert que désigne le juge des tutelles. Les valeurs mobilières qui sont inscrites à une cote officielle sont vendues par le ministère d'une société de bourse. Les autres valeurs mobilières sont vendues aux enchères par le ministère d'une société de bourse ou d'un notaire désigné dans la délibération qui autorise la vente. Le conseil de famille pourra néanmoins, sur le rapport d'un expert désigné par le juge des tutelles, en autoriser la vente de gré à gré aux prix et stipulations qu'il détermine ».*

CHAPITRE II. LE FINANCEMENT DE LA VENTE

L'acquisition d'un immeuble ira le plus souvent de pair avec l'octroi d'un financement à l'acheteur. Il n'en va pas autrement dans les relations internationales. Lorsque le crédit est octroyé dans un contexte international, plusieurs situations peuvent se présenter.

Le crédit peut d'abord accompagner une acquisition purement interne. Un acheteur qui réside en Belgique peut en effet solliciter un établissement de crédit étranger pour financer l'acquisition d'un bien situé en Belgique. Dans ce cas, c'est le crédit qui possède une dimension internationale, l'acquisition étant confinée aux frontières nationales. Le droit européen et les principes cardinaux de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement, constituent les principaux vecteurs du développement de ce type de crédit à dimension internationale. Le plus souvent, c'est par le biais d'une succursale située en Belgique que l'établissement agira.¹¹⁹ Il faudra tenir compte de ce mode particulier d'intervention de l'établissement de crédit étranger, qui n'ira pas sans influencer l'applicabilité de certaines normes.

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 oeuvre 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 belge.

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. Ceci explique sans doute que seul un nombre limité d'établissements bancaires offrent jusqu'à présent des services de ce type. Il s'agit généralement de grandes institutions, soucieuses d'accompagner une clientèle aisée.¹²⁰ On a vu également apparaître récemment des offres d'établissements bancaires spécialisés, qui visent le plus souvent un marché spécifique.¹²¹ Dans ce cas, le produit d'emprunt aura été étudié pour permettre à

119 On trouvera sur le site de la CBFA une liste des établissements de crédit étranger qui opèrent en Belgique, soit par le biais d'une inscription, soit par le biais d'un enregistrement.

120 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 (en Belgique, France et en Allemagne) : www.ing.nl/particulier/hypotheek/speciale-hypotheek/buitenlandhypotheek/index.aspx.

121 Deux exemples parmi d'autres : la banque de droit néerlandais DHB offre, par le biais de sa succursale belge, un produit destiné à permettre l'acquisition d'un bien situé en Turquie (<https://www.dhbbank.com/Belgium/NL/Products/3431.aspx>). Cette acquisition est garantie par une hypothèque sur le bien. La banque franco-belge Dexia a mis sur le marché, par le biais de sa filiale *Elantis*, un produit innovant ('Cap Sud') destiné à permettre l'acquisition d'un bien en France (www.elantis.be/content/commun/ch/CapSud.asp?Zone=TreeParticulier). Ce produit, réservé aux personnes déjà propriétaires d'un

l'établissement bancaire de bénéficier à moindre coût d'une garantie idoine. Dans tous les cas, l'offre de crédit s'accompagne de services particuliers destinés à faciliter l'acquisition – l'on pense au choix d'un notaire ou d'un autre intermédiaire local ou encore à des conseils sur l'impact fiscal de l'acquisition ou sur les possibilités de planification successorale.¹²²

Dans tous les cas de figure, il faudra tenir compte de l'importante diversité des réglementations nationales du crédit hypothécaire,¹²³ que l'entreprise d'harmonisation européenne n'a pas (encore?) contribué à réduire.

L'analyse de droit international privé impose de distinguer l'opération de crédit d'une part et l'octroi de l'hypothèque d'autre part. Les garanties du crédit appartiennent en effet au statut réel. Ces deux dimensions seront examinées successivement.

SECTION 1 – LE CONTRAT DE CRÉDIT

Le statut du contrat de crédit a fait l'objet d'importantes recherches en droit international privé.¹²⁴ A ce titre, l'on peut s'inspirer, pour l'analyse qui suivra, des raisonnements classiques de droit international privé (1).

Cette analyse ne suffit toutefois pas à épuiser les difficultés. Lorsque le contrat de crédit vise à financer l'acquisition d'un bien immobilier, d'autres dimensions doivent être prises en compte qui sont susceptibles de perturber le raisonnement classique (2). L'on sera en particulier attentif à l'impact que possèdent certaines législations nationales visant le crédit immobilier, qui peut s'avérer déterminant pour le contenu du contrat de crédit. A l'instar du pouvoir d'attraction qu'exerce l'immeuble, et le droit qui y est lié, sur le contenu du contrat de vente, ces législations contribueront de façon décisive à façonner le visage du contrat de crédit.

§ 1. *L'application du raisonnement classique*

Comme tous les contrats internationaux, le contrat d'emprunt obéit à la loi d'autonomie.¹²⁵ Il

bien en Belgique, permet l'acquisition d'un bien en France sans inscription hypothécaire. Le prêt accordé par l'établissement bancaire est garanti par une assurance caution souscrite auprès d'un assureur français.

122L'offre proposée par la banque néerlandaise ING (www.ing.nl/particulier/hypotheeken/speciale-hypotheek/buitenlandhypotheek/index.aspx) permet, selon les renseignements fournis par le site de l'établissement bancaire, de faire appel à un notaire néerlandais spécialisé qui accompagne le client, examine le projet d'acte, le traduit et se charge des contacts avec le notaire français.

123Voy. l'aperçu synthétique donné par P.-A. GIRARD et B. PACAUD, « Les crédits hypothécaires transfrontaliers », *JCP*, N., 2000, 853 e.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° 68 e.s.

124L'ouvrage classique est dû à la plume de G. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2ème éd., Brill, 1964, 332 p.

125Nous 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° 295 e.s. Pour une application, voy. Prés. Trib. Middelburg, 25 février 2008, *N.I.P.R.*, 2008, n° 217, p. 383 (le tribunal fait droit à un déclinatoire de compétence internationale et refuse de prendre connaissance d'une demande formée par un établissement bancaire néerlandais visant à faire condamner un emprunteur à concéder une hypothèque sur un immeuble situé en

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 porté.¹²⁶ 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 loi,¹²⁷ il faut s'en remettre aux règles subsidiaires. Celles-ci prescrivent l'application de la loi de l'établissement bancaire. Sous l'empire du Règlement Rome I, qui permet de déterminer la loi applicable aux contrats internationaux, cette solution apparaît incontestable, même si son fondement peut donner lieu à quelques hésitations. Sans doute faut-il considérer que le contrat de prêt d'argent appartient à la catégorie des contrats de prestation de service,¹²⁸ qui sont soumis, selon l'article 4 § 1 lit. b, à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le prestataire de services a sa résidence habituelle. Il ne fait aucun doute que l'établissement de crédit qui met une somme d'argent à la disposition de l'emprunteur, contre obligation de rembourser celle-ci, est bien le prestataire des services pertinents. 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 Rome.¹²⁹

Si l'on devait considérer que le contrat de prêt est un contrat non nommé, parce qu'il consiste

France. Le tribunal note que si l'acte d'emprunt contient une clause d'élection de for au bénéfice des juridictions néerlandaises, cette disposition ne peut être appliquée en l'espèce, la demande intéressant directement la matière des droits réels pour lesquels l'article 22 du Règlement confère compétence exclusive aux juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel l'immeuble est situé).

126Voy. p. ex. Cass. fr., 1ère civ. 19 janvier 1999, *JCP*, 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).

127Selon 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° 10.

128Voy. en ce sens 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. En général sur ce que le contrat de prêt à intérêts constitue bien un contrat de prestation de services, voy. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, 114, n° 162 et 362, n° 457.

L'on notera que selon la considération n°17 du Préambule du Règlement, la notion de prestation de services doit s'entendre de manière identique dans les Règlements Rome I et Bruxelles I. Une analyse récente et très fouillée a montré que le contrat de prêt d'argent devait être qualifié de fourniture de services au sens de l'article 5(1)(b) du Règlement 44/2001 : P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du Règlement 'Bruxelles I' », *J.D.I.*, 2008, (675), 692-693, n° 71-75. Si l'on applique le critère retenu par la Cour de justice dans sa jurisprudence *Falco Privatstiftung* (C.J.C.E, 23 avril 2009, aff. C-533/07, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*), il semble possible de ranger le contrat de prêt d'argent dans la catégorie des contrats de fourniture de services. Selon la cour, la notion de service implique « que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération » (attendu n° 29). L'activité de l'établissement bancaire n'est pas purement négative, elle consiste à mettre à disposition de son cocontractant une somme d'argent.

129Quant 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 11 § 5 – cette extension du domaine de l'art. 11 § 5 ne se justifie à notre sens pas).

en un faisceau de droits et d'obligations qu'il est possible de rattacher à différents types de contrat, le résultat n'en serait pas sensiblement modifié. Il faudrait en effet dans ce cas se reporter à la règle subsidiaire, qui fait confiance à la doctrine de la prestation caractéristique.¹³⁰ Comme sous l'empire de la Convention de Rome, qui retenait déjà la doctrine de la prestation caractéristique, il faudrait conclure que c'est l'établissement bancaire qui est le débiteur de la prestation caractéristique.^{131 132} La circonstance que les fonds prêtés sont immédiatement transférés à l'étranger, n'est pas de nature à modifier ce raisonnement.¹³³

Ce raisonnement n'est pas contesté 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 donnée. Doit-on craindre que des nuances s'imposent lorsque l'opération de prêt prend un visage quelque peu différent? L'on sait que l'imagination des établissements bancaires a permis l'introduction sur le marché de produits nouveaux. A côté du prêt classique, l'on pense au contrat de prêt hypothécaire assorti d'une clause d'affectation hypothécaire pour toutes sommes¹³⁴ ou à l'ouverture de crédit-cadre, à l'hypothèque sur plus-value, ou encore à l'hypothèque inversée ('*opeethypotheek*' ou '*reverse mortgage loan*').

Il nous semble que dans tous ces cas, la physionomie de l'opération demeure semblable : elle repose sur la mise à disposition à l'emprunteur, par l'établissement bancaire, d'une somme d'argent (sous forme de capital ou de rentes mensuelles). Cette obligation nous semble décisive pour caractériser la relation entre parties, quelles que soient les modalités particulières que peuvent prévoir par ailleurs les parties et qui sont, notamment, inspirées par des considérations liées à l'application de la loi fiscale. Certes, dans le cas d'une ouverture de crédit-cadre, l'accord général des parties ne porte sur le principe de leur relation, qu'il faut distinguer de l'utilisation effective de l'ouverture. Il est possible, même si ceci ne sera pas fréquent, que les parties s'accordent sur une telle ouverture tout en reportant à un stade ultérieur la première utilisation. Dans ce cas, il ne sera pas encore question de mise à

130Art. 4 § 2 du Règlement.

131Voy. par ex. F. BOUCKAERT, « Les prêts transfrontaliers garantis par hypothèque. Esquisse de solution », in *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer à l'occasion du 125ème anniversaire de la revue du notariat belge*, D. STERCKX et J.-L. LEDOUX (éds.), Bruylant, 2000, (79), 81, n° 3 (qui note que la prestation caractéristique est incontestablement la remise des fonds ou leur mise à disposition de l'emprunteur) 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. Voy., sous l'empire de la Convention de Rome, 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).

132L'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 du Règlement Rome I. 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 ».

133En ce sens, M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique communautaire : pratique notariale*, 6ème éd., Defrenois, 2006, 491, n° 859.

134Voy. l'article 51bis de la loi sur le crédit hypothécaire, qui prévoit que « Une hypothèque peut être constituée pour sûreté de créances futures, à la condition qu'au moment de la constitution de l'hypothèque, les créances garanties soient déterminées ou déterminables ; son rang est fixé au jour de son inscription, sans égard aux époques auxquelles les créances garanties prennent naissance ».

disposition d'une somme d'argent par l'établissement de crédit, celle-ci n'intervenant qu'avec la première utilisation du cadre. Il demeure que même dans cette configuration particulière, l'élément central de la relation nous semble être l'accord de principe de l'établissement bancaire, qui accepte de répondre positivement, selon les modalités convenues entre parties, aux sollicitations de l'emprunteur.¹³⁵

Il en va de même des formules sophistiquées qui permettent à l'emprunteur de jouer sur les diverses modalités de l'emprunt (charges mensuelles, taux, etc.) – l'on pense au prêt à mensualité progressive, avec amortissement linéaire à la carte (ALAC) ou amortissement volontaire libre (AVL). Ici encore, il est difficile de faire abstraction du rôle central joué par l'obligation principale de l'établissement de crédit, qui met à disposition de la contrepartie le montant initial formant l'objet de l'obligation de remboursement. Dans tous les cas de figure, c'est donc la loi de la banque qui l'emportera.

Si une nuance s'impose, elle concerne le prêt conclu par l'intermédiaire d'une succursale – configuration fréquente aujourd'hui compte tenu de l'ouverture des marchés du crédit. La règle de rattachement européenne permet en effet de tenir compte de l'intervention d'une succursale. En principe, c'est la loi de l'établissement principal de la banque qui est décisif.¹³⁶ Lorsque le contrat appelle cependant l'intervention d'un autre établissement, il est permis de rattacher le contrat à la loi de celui-ci. L'article 19 § 2 permet en effet de soumettre le contrat à la loi non pas de l'administration centrale, mais bien de la succursale, à condition que celle-ci ait joué un rôle actif dans la conclusion du contrat ou encore qu'elle intervienne dans l'exécution par la banque de ses engagements.

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 faudra examiner le rôle joué par la succursale.¹³⁷ S'il apparaît que cette succursale constitue le seul point de contact de l'emprunteur et qu'elle s'emploie à constituer le dossier et à vérifier la solvabilité de l'emprunteur, il faudra en conclure que le contrat est régi, à défaut de choix par les parties, par le droit belge. Il en ira également ainsi lorsque les fonds seront directement mis à disposition de l'emprunteur par la succursale.¹³⁸

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*

135 Dans le cas d'une hypothèque pour toute somme, une même garantie hypothécaire peut servir d'appui à plusieurs contrats de crédit distincts. Dans une perspective conflictualiste, chaque contrat de crédit doit faire l'objet d'une analyse distincte pour déterminer par quel droit il est régi. La circonstance que l'ensemble des contrats sont garantis par une même hypothèque ne permet pas de considérer que les contrats doivent faire l'objet d'une analyse globale.

136 Le Règlement utilise le critère de « *l'administration centrale* » (art. 19 § 1).

137 En ce sens, B. SOUSI-ROUBI, « La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires », *D.*, 1993, Chron., (183), 185.

138 Encore pourrait-on dans ce cas se demander si la succursale se limite à faire transiter des fonds qu'elle reçoit spécialement pour cette opération de la maison mère. Dans ce cas, l'on ne pourrait sans doute retenir comme décisif le rôle joué par la succursale.

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 ». ¹³⁹ 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. ¹⁴⁰

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 – comme il a déjà été indiqué. 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'hypothèque. ¹⁴¹ Au total, la suggestion de M. Vignal ne convainc donc guère. ¹⁴²

§ 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. Le droit belge connaît des dispositions de ce type depuis l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936. L'arrêté royal n° 225 a été remplacé, sans être abrogé, par la loi du 4 août 1992.

L'on sait que ces législations exercent une influence décisive sur le contenu des relations de crédit. L'espace laissé à l'autonomie contractuelle par ces législations est en effet fort réduit. Il faut dès lors s'interroger sur l'impact de ces lois dans les relations internationales. Un établissement de crédit belge est-il lié par les dispositions de la loi du 4 août 1992 lorsqu'il propose un prêt destiné à financer une acquisition à l'étranger? Et qu'en est-il d'un établissement de crédit étranger qui offre, par le biais d'une succursale installée en Belgique, des prêts sur le marché belge? Il est évident que les établissements de crédit tiendront compte de ces dispositions dans la confection des produits qu'ils offrent.

Il faut dès lors s'interroger sur l'impact des législations nationales visant les prêts immobiliers

139T. VIGNAL, note sous Cass. fr. 1ère civ., 19 janvier 1999, *JCP*, G, 2000, 256.

140Voy. du même auteur, la récente contribution "Réflexions sur le rattachement des immeubles en droit international privé", *Travaux comité fr. dip 2006-2008*, Pedone, 2009, 15-39.

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

142M. 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.

pour examiner si ces règles ont vocation à s'imposer aux contrats d'emprunt, même lorsqu'ils possèdent une dimension internationale (a). Pour compléter l'analyse, l'on se demandera ensuite si l'emprunteur peut bénéficier, en tant que consommateur, d'un régime de protection particulier (b).

A. 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 crédit. L'on a déjà évoqué la loi du 4 août 1992 qui entoure le contrat de prêt d'importantes limitations. Les législateurs étrangers ne sont pas en reste. Pour ne prendre qu'un exemple, le législateur français est intervenu dès 1979 avec la loi dite 'Scrivener', qui a imposé un cadre contraignant pour les opérations de crédit hypothécaire.¹⁴³

A première vue, l'existence de ces législations spéciales simplifie le raisonnement de droit international privé. Il n'est en effet pas contesté que la loi du 4 août 1992 constitue une loi de police ou loi d'application immédiate.^{144 145} L'on pouvait lire dans les travaux préparatoires une indication claire en ce sens.¹⁴⁶ A ce titre, 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 impose au contraire qu'il y soit fait référence de manière directe et immédiate, à condition bien sur que le contrat concerné satisfasse aux

143Relevons que la loi '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 e.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.

144Voy. par ex. R. DE WIT, *art. cit.*, Maklu, Anvers, 1995, (337), 356, n° 15; F. BOUCKAERT, *art. cit.*, 82, n° 5 et P. SOURBRON, « De ruimtelijke werkingssfeer van de wet » in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, D. MEULEMANS et G. SCHEPERS (éds.), Kluwer, 1993, (45), 46, n° 4; P. D'HAEN, « Champ d'application *ratione loci* », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XVIII (crédit hypothécaire), 1993, (41), 52, n° 21 (plus hésitant). *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. Curieusement, une partie de la littérature spécialisée qui aborde le crédit hypothécaire, ne mentionne pas cette qualification. Voy. par ex. : G. JAKHIAN et J.-P. SCHUERMANS, « Le crédit hypothécaire octroyé au consommateur », in *Traité pratique de droit commercial*, T. V, CH. JASSOGNE et G. BLOCK (dirs.), Kluwer, 2007, 489-495.

145En France, la jurisprudence accepte sans difficulté que les dispositions de la loi Scrivener constituent des lois d'application immédiate. Voy. par exemple CA Colmar, 17 octobre 2001, *D.*, *Jurisp.*, 2002, 2932 et CA Colmar, 18 févr. 2004, *Raspiller c/ 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. Defrénois*, 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).

146Le rapport rédigé par M. de Clerck précisait que « Le gouvernement a choisi de rendre l'ensemble de la loi, y compris les dispositions afférentes à la variabilité des taux, impérative tant pour les prêteurs nationaux que pour les prêteurs étrangers démarchant des consommateurs belges et concluant en Belgique des contrats hypothécaires avec ceux-ci » (Rapport De Clerck, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. extra. 1991/92, n° 375/8, p. 30).

conditions particulières retenues par le législateur. Un simple de choix en faveur d'une loi étrangère ne saurait permettre d'échapper à l'application des dispositions particulières. L'article 9 du Règlement Rome I impose d'ailleurs aux juridictions de donner priorité aux stipulations prévues par le législateur national sur le raisonnement conflictualiste classique.¹⁴⁷

Est-ce à dire que tout établissement de crédit étranger qui souhaite étendre son activité de crédit hypothécaire en Belgique, doit nécessairement tenir compte du risque de voir les opérations conclues soumises à la loi du 4 août 1992? Pour le savoir, il faudra interroger les critères d'applicabilité qui délimitent le champ d'action de cette loi. La tâche est grandement facilitée puisque – la chose est suffisamment rare pour être soulignée – le législateur a pris soin de préciser ces critères. L'article 1er de la loi de 1992 précise en effet, entre autres choses, que les dispositions de la loi s'appliquent dès lors que l'emprunteur réside habituellement en Belgique, pour autant que l'organisme de financement soit lui aussi établi en Belgique ou que certaines conditions particulières soient remplies.

Une lecture rapide des critères retenus ne suffit cependant pas pour déterminer si l'opération de crédit envisagée relève ou non de la loi du 4 août 1992. En réalité, le texte se révèle d'une application délicate. Il n'est dès lors pas toujours aisé de déterminer avec précision les limites de l'application géographique de cette loi (i). En outre, il faut tenir compte des restrictions imposées par le droit européen à l'application des dispositions impératives internationales (ii).

(i) Les limites territoriales de la loi du 4 août 1992

Comme son prédécesseur, l'arrêté royal n° 255, la loi du 4 août 1992 précise les limites de son champ d'application territorial. Cette démarche du législateur belge ne peut que réjouir les praticiens et commentateurs, qui, ce faisant, échapperont à l'exercice difficile de délimitation – l'on pourrait même dire de divination - auquel leurs collègues français sont par exemple contraints, faute pour le législateur français d'avoir effectué un travail similaire.¹⁴⁸

147L'observateur attentif se demandera si un consommateur peut bénéficier de la protection des lois de police, alors qu'il bénéficie déjà d'une protection au titre de l'article 6 du Règlement Rome I. Une partie importante de la doctrine répondait par la négative à cette question sous l'empire de la Convention de Rome- 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-SOMMIÈRES, « Sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.*, 2006, 2464 e.s. La question ne présentait toutefois qu'un intérêt académique dans la mesure où l'on acceptait que le crédit hypothécaire échappait à l'article 5 (*infra*).

148Les dispositions de la loi française qui délimitent son champ d'application (art. L312-1 à 312-3 du Code de la consommation) 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). Elles ne permettent pas de déterminer avec précision à quelles situations la loi entend être appliquée. On trouve certes dans la loi une disposition aux termes de laquelle les règles qu'elle met en place sont d'ordre public (art. L313-16 du Code de la consommation (anciennement art. 36 de la loi *Scrivener*). Cette disposition ne permet cependant pas de préciser le champ d'application territorial de la loi. La seule disposition qui s'intéresse aux opérations à dimension internationale, concerne la publicité qui peut être faite pour un emprunt immobilier – il s'agit de l'article L312-4 du Code, qui se veut fort large puisqu'il vise toute publicité « faite, reçue ou perçue en France ». L'absence de précision expresse dans le texte a soulevé de nombreuses questions 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 (M.

Les commentaires spécialisés ont cependant très tôt relevé que l'existence de critères précis dans le texte même de la loi ne suffisait pas à résoudre l'ensemble des questions soulevées par l'application de la loi dans un contexte international.¹⁴⁹

1. La localisation de l'immeuble : une donnée indifférente

Le premier point qui retient l'attention lorsque l'on considère l'article 1er de la loi du 4 août 1992 est que le législateur belge n'a pas entendu limiter l'application de la loi aux seules opérations portant sur des biens situés en Belgique. La localisation de l'immeuble est en effet indifférente, cet élément n'étant pas retenu comme permettant de justifier l'application de la loi, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser l'approche classique de droit international privé qui accorde, comme on le sait, un poids important à la localisation du bien immeuble.

La circonstance que l'immeuble financé soit situé en France ne permet dès lors pas d'écartier l'application de la loi du 4 août 1992.¹⁵⁰ De même, la localisation du bien sur lequel repose l'hypothèque ou le privilège qui garantit le crédit (au sens de l'article 2 de la loi), n'est pas pertinente.¹⁵¹

Cette approche, qui tranche avec celle retenue par l'arrêté royal n° 225,¹⁵² permet l'application des dispositions belges à des opérations immobilières qui ne possèdent pas d'assise réelle avec le territoire belge.¹⁵³ Ce faisant, le législateur indique de manière assez limpide que l'objectif visé n'est pas la protection du marché immobilier belge, mais bien la protection des emprunteurs qui présentent un lien significatif avec la Belgique. Ceci explique que lorsqu'un ressortissant belge qui réside habituellement en Suisse, fait appel à un établissement bancaire suisse pour financer l'acquisition d'un immeuble en Belgique, la loi du 4 août 1992 n'a pas vocation à s'emparer de la relation contractuelle.

L'on passe, pour utiliser les catégories bien connues de la méthode conflictualiste, d'une logique de statut réel à un raisonnement de protection. L'ampleur considérable donnée par le législateur belge à sa législation, commande que l'on s'interroge sur sa compatibilité avec les mécanismes fondamentaux du droit européen. Avant de ce faire, il s'impose d'examiner les critères d'application retenus par l'article 1er.

REVILLARD, *Droit international privé et pratique communautaire...*, 492, n° 862). Il 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 France - 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° 10 e.s.

149Voy. en particulier les observations de G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire. Examen de la loi du 4 août 1992*, Larcier, 1994, 15-18.

150En ce sens, R. DE WIT, *art. cit.*, Maklu, Anvers, 1995, (337), 357, n° 15.

151En ce sens, E. CASIER, « Artikel 1 Wet Hypothecair Krediet », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, E. DIRIX et A. VAN OEVERLEN (éds.), Kluwer, 6.

152Pour rappel, l'article premier de l'arrêté royal de 1936 précisait que « Sont hypothécaires, au sens et en vue de l'application du présent arrêté, le prêt à intérêt et l'ouverture de crédit garantis, soit par une hypothèque sur un **immeuble situé en Belgique** ou sur un navire ou bateau immatriculé en Belgique, soit par le nantissement d'une créance garantie de la même manière » (nous soulignons).

153Ce que l'on a pu regretter. M. Jakhian considérait par exemple que l'approche adoptée par le législateur de 1992 était « incohérente » (G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire...*, 16, n° 18). Il plaidait pour un retour aux conditions d'application territoriale de l'arrêté n° 225.

2. Les critères d'applicabilité

Le législateur de 1992 a retenu à titre principal des exigences relatives à la localisation des deux parties au contrat pour déterminer l'emprise de la législation qu'il adoptait. Les conditions posées par la loi sont cumulatives : tant l'emprunteur que le prêteur doivent répondre à certaines exigences, qui traduisent un lien suffisant avec l'ordre juridique belge, pour justifier l'application de la loi du 4 août 1992.

a) La résidence habituelle de l'emprunteur

Ces exigences tiennent, en ce qui concerne l'emprunteur, à sa résidence habituelle, qui doit être localisée en Belgique.¹⁵⁴ L'exigence légale vise la seule résidence de l'emprunteur.¹⁵⁵ L'on ne saurait dès lors en déduire, sauf à donner à la loi une portée que son texte ne justifie pas, que cette résidence coïncide avec l'immeuble qui fait l'objet de l'opération envisagée. L'on a pu regretter l'absence de définition légale du concept de résidence habituelle.¹⁵⁶ Cette absence ne devrait pas soulever de difficultés considérables dans la mesure où le concept est bien connu en droit international privé. Il fait partie des acquis du droit conventionnel, qui n'a jamais cherché à le définir.¹⁵⁷ L'on notera que le Code de droit international privé donne d'ailleurs une définition précise du concept.¹⁵⁸ Même si cette définition a sans doute été rédigée d'abord et avant tout pour servir à la bonne application des règles de rattachement retenues par le Code, rien n'interdit de s'en inspirer pour l'application de la loi du 4 août 1992, dont l'article 1er constitue une règle spéciale d'applicabilité au sens de l'article 20 du Code.¹⁵⁹

La résidence habituelle ne nécessite aucune inscription administrative dans les divers registres tenus par les autorités. A ce titre, il n'est pas exclu que la résidence habituelle de l'emprunteur ne coïncide pas avec son domicile, notamment lorsque celui-ci se définit sur base d'une

154En France il est également exigé que la résidence de l'emprunteur soit localisée en France, pour que l'application de la loi Scrivener soit justifiée. Ceci se déduit de diverses réponses ministérielles qui ont tenté d'éclaircir l'application internationale de la loi Scrivener. Cette loi entend en effet protéger l'acquéreur-emprunteur et cette protection ne peut bénéficier qu'aux candidats à l'acquisition qui résident en France. Voy. les références citées par M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 janvier 1999, *Rép. Defrénois*, 1999, 526, note 6. 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° 16.

155Il va de soi que la nationalité de l'emprunteur est entièrement indifférente et ne saurait influencer, dans un sens ou un autre, l'application des dispositions de la loi du 4 août 1992.

156Voy. not. G. JAKHIAN, *op. cit.*, 15, note 54 et P. D'HAEN, *art. cit.*, 45, n° 8.

157Voy. les nombreuses conventions de La Haye qui font référence au concept de résidence habituelle, sans le définir, par exemple la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et dernièrement, le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

158Art. 4 § 2 CODIP.

159Peut-on envisager qu'une même personne physique possède plusieurs résidences habituelles? M. Lettany ne l'exclut pas (cité par P. D'HAEN, *art. cit.*, 46, n° 8). Nous estimons que le concept même de résidence habituelle commande qu'elle soit univoque.

inscription dans les registres administratifs.¹⁶⁰ Il ne suffira dès lors pas à l'établissement de crédit d'exiger la production par le candidat emprunteur d'une attestation renseignant les données figurant sur tel ou tel registre, pour s'assurer de la localisation de la résidence habituelle.¹⁶¹

Une comparaison avec les exigences relatives au prêteur fournit une autre indication qui pourrait, dans des situations marginales, s'avérer utile pour l'appréhension de la notion de résidence habituelle. Celle-ci ne se confond en effet pas avec la résidence principale, notion retenue concernant le prêteur. Il faut néanmoins reconnaître que la distinction entre les deux notions est délicate et ne se révélera utile que dans certaines hypothèses.¹⁶² Lorsque le contrat rassemble plusieurs emprunteurs, dont seul un réside habituellement en Belgique, il n'est pas exclu que la loi ne s'applique qu'à ce dernier.¹⁶³ Le dépeçage des relations contractuelles qui en serait la conséquence, sera toutefois difficile à mettre en oeuvre.

La résidence habituelle de l'emprunteur doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat.¹⁶⁴ Classiquement, l'on enseigne que le contrat de prêt est formé non pas par le seul échange de consentements, mais bien par la remise des fonds à l'emprunteur. C'est donc à ce moment qu'il faut se placer pour déterminer où se situe la résidence habituelle de l'emprunteur.¹⁶⁵ Il en ira cependant autrement lorsque l'opération consiste dans une simple ouverture de crédit puisque dans ce cas, la rencontre des consentements des parties est suffisante.¹⁶⁶ L'on se reportera dès lors au moment où un accord intervient entre prêteur et emprunteur sur le montant des sommes mises à disposition, le taux d'intérêt et les modalités de remboursement.¹⁶⁷

Dans les deux cas, l'établissement de crédit ne pourra pas ignorer à quel moment le contrat est formé.¹⁶⁸ Il pourra dès lors pleinement vérifier où se situe la résidence habituelle de

160En tout état de cause, le domicile de l'emprunteur est indifférent, comme le note G. JAKHIAN, *op. cit.*, 15, n° 15.

161M. D'Haen donne l'exemple d'un ressortissant belge dont la famille demeure à Liège mais qui enseigne 10 mois par an à Paris : pour M. D'Haen, il n'est pas exclu que cette personne conserve son domicile en Belgique, tout en ayant sa résidence habituelle en France (*art. cit.*, 46, n° 8).

162Casier note à ce propos que « Het verschil tussen hoofdverblijfplaats en gewone verblijfplaats is moeilijk. De gewone verblijfplaats vereist een minder diepgaande en blijvende band met een bepaald land dan de hoofdverblijfplaats ». Et l'auteur de conclure que « De Wet Hypothecair Krediet is dus reeds van toepassing wanneer de kredietnemer zijn gewone verblijfplaats in België heeft, ook wanneer die in het concrete geval niet zou samenvallen met de hoofdverblijfplaats » (E. CASIER, *art. cit.*, 16).

163Comme le note M. D'Haen, *art. cit.*, 46, n° 8.

164Avec M. Jakhian, l'on acceptera que la résidence habituelle de l'emprunteur au moment des négociations qui ont conduit à la conclusion du contrat n'est pas pertinente (G. JAKHIAN, *op. cit.*, 15, n° 15). Il n'est en effet pas exclu que l'intéressé déménage peu avant la conclusion du contrat d'emprunt, par exemple pour s'installer dans le bien dont il a fait l'acquisition.

165Comp. cependant avec la suggestion de MM. Cattaruzza et Joisten, qui estiment qu'il n'est pas logique d'apprécier à un moment différent la résidence habituelle, selon que l'opération porte sur une ouverture de crédit ou un prêt. Ces auteurs proposent dès lors, en reconnaissant prendre une certaine liberté avec l'enseignement classique, de retenir, en cas de prêt, non pas la remise effective des fonds, mais bien la conclusion de la promesse de prêt qui précède le prêt proprement dit (J. CATTARUZZA et P. JOISTEN, « Le crédit hypothécaire soumis à la loi du 4 août 1992 », *Guide de droit immobilier*, Kluwer, 8).

166En ce sens, P. SOURBRON, *art. cit.*, in *De nieuwe Wet op het Hypothecair Krediet*, D. MEULEMANS et G. SCHEPERS (éds.), Kluwer, 1993, 45, n° 2.

167J. CATTARUZZA et P. JOISTEN, *art. cit.*, *Guide de droit immobilier*, Kluwer, 7.

168Comme le notent MM. Cattaruzza et Joisten, lorsque l'établissement de crédit ouvre un crédit-cadre ou marque son accord sur un prêt hypothécaire assorti d'une affectation hypothécaire pour toutes sommes, toute

l'emprunteur au moment crucial, afin d'apprécier si le crédit justifie l'application de la loi du 4 août 1992. Dans la mesure où le concept de résidence habituelle laisse une certaine place à l'appréciation,¹⁶⁹ le critère retenu par le législateur ne permet pas d'exclure des difficultés d'interprétation. Pour éviter toute équivoque, il est dès lors recommandé d'inclure dans le contrat de crédit une clause par laquelle l'emprunteur déclare où se situe sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat.

b) Les exigences relatives au prêteur

L'article 1er de la loi du 4 août 1992 ajoute aux exigences relatives à l'emprunteur, un critère déduit de la situation du prêteur. Ce critère se décline en deux versions distinctes.

B1) Le prêteur est établi en Belgique

Dans une première déclinaison, la loi s'applique si le prêteur possède son siège ou sa résidence principale en Belgique. Comme pour l'emprunteur, ces concepts ne font l'objet d'aucune définition dans la loi. On a certes pu regretter que le législateur innove au lieu d'emprunter à l'arsenal, déjà fort large, de concepts permettant de localiser les personnes morales.¹⁷⁰ Il est vrai que les deux concepts retenus par le législateur ne manquent pas d'étonner. L'on peut ainsi se demander si l'on peut assimiler le siège principal au siège réel, notion reçue classiquement en droit international privé.¹⁷¹ L'assimilation ne nous semble pas entièrement convaincante, le siège réel, entendu comme centre du pouvoir de décision d'une personne morale, procède d'une méthode particulière qui vise à déterminer le droit applicable au fonctionnement d'une personne morale. Il n'est pas certain que ce critère, qui n'est pas le seul à être reçu pour localiser les activités d'une entreprise,¹⁷² puisse être utilement transposé lorsqu'est en jeu l'assise territoriale d'une loi d'application immédiate. En outre, des zones d'ombre subsistent sur la notion même de siège réel,¹⁷³ qui ne permettront guère d'élucider avec certitude l'application territoriale de la loi du 4 août 1992.

Une chose paraît certaine : il ne suffit pas que le siège statutaire d'une personne morale soit localisé en Belgique pour qu'elle y possède son siège principal. Il faut sans doute examiner, au-delà des données formelles, la localisation de l'activité du prêteur et spécialement son

reprise d'encours constitue un nouveau crédit. Avec ces auteurs (J. CATTARUZZA et P. JOISTEN, *art. cit.*, *Guide de droit immobilier*, Kluwer, 8), l'on acceptera dès lors qu'il s'impose de vérifier à chaque nouvelle mise à disposition de sommes où se situe la résidence habituelle de l'emprunteur.

¹⁶⁹Sans pour autant que l'on puisse écrire qu'il s'agisse d'une « notion de pur fait » (comme le font MM. Jakhian et Schuermans (G. JAKHIAN et J.-P. SCHUERMANS, *op. cit.*, in *Traité pratique de droit commercial*, T. V, Ch. JASSOGNE et G. BLOCK (dirs.), Kluwer, 2007, 493, n° II.671). N'y-a-t-il pas là un raccourci de raisonnement? Le concept de résidence habituelle est une notion juridique, voire même une construction juridique et non une donnée naturelle (comme le temps qu'il fait), même s'il est vrai que, contrairement au domicile par exemple, cette notion s'appuie largement sur des éléments concrets empruntés à la vie réelle.

¹⁷⁰Not. G. JAKHIAN, *op. cit.*, 16, n° 19.

¹⁷¹Comme semblent le suggérer p. ex. J. CATTARUZZA et P. JOISTEN, *art. cit.*, *Guide de droit immobilier*, Kluwer, 8 - ces auteurs évoquent le concept de 'siège de direction effective des affaires ». Voy. également G. JAKHIAN, *op. cit.*, 17, n° 20, qui évoque plusieurs notions différentes pour aboutir à la conclusion qu'il s'agit du « siège réel » du prêteur. *Comp.* avec P. D'HAEN, qui retient le critère du « siège principal » (*art. cit.*, 47, n° 10).

¹⁷²On pense notamment au concept de 'centre des intérêts principaux » tel qu'utilisé par l'article 3(1) du Règlement 1346/2000 sur l'insolvabilité.

¹⁷³Voy. nos commentaires in « Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé », *R.P.S.*, 2006, n° 6948, 5-56, spéc. pp. 38-41, n° 29 e.s.

activité de crédit. Le flou qui entoure la notion de siège principal a sans doute un mérite. Il permet d'appréhender un nombre plus grand de situations sans risquer de heurter le texte de la loi.

Quant à la résidence principale du prêteur, ne faut-il pas comprendre que ce critère alternatif a été retenu pour permettre l'application de la loi aux prêts consentis par des non-professionnels? ¹⁷⁴ Contrairement à la loi sur le crédit à la consommation, la loi sur le crédit hypothécaire s'applique, au moins partiellement, aux contrats de crédit consentis par un prêteur particulier, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une personne morale ou d'une personne physique. Dans ce dernier cas, il aurait été délicat de s'en tenir au critère du 'siège principal'. Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par 'résidence principale', notamment pour les personnes physiques. A tout prendre, la différence avec la résidence habituelle nous semble minime. Dans les deux cas, c'est le lieu de vie principal qui est visé, le lieu de l'établissement primaire.

Lorsque le crédit est consenti par une personne morale, il nous semble que seul le critère du siège principal doit être retenu. Il se confond en réalité avec la résidence principale. L'on aura soin d'éviter la confusion entre résidence principale d'une personne morale et succursale. Si un établissement de crédit étranger possède en Belgique une succursale, grâce à la liberté d'établissement, celle-ci ne peut constituer une résidence principale justifiant l'application de la loi. La succursale occupe par nature une position secondaire dans l'organisation de la personne morale. Sauf cas extrême de phagocytage des activités d'une entreprise par une succursale, celle-ci ne pourra dès lors être prise en considération pour justifier l'application de la loi.

B2) Le prêteur n'est pas établi en Belgique

La loi sur le crédit hypothécaire peut-elle trouver à s'appliquer lorsque le contrat est conclu par un établissement de crédit qui n'est pas installé en Belgique? L'on sait que cette situation se rencontre de plus en plus fréquemment. La plupart du temps, l'établissement de crédit ouvrira une succursale en Belgique pour y être représenté. Un établissement de crédit étranger peut également être actif sur le marché belge sans y disposer d'une succursale, en déployant des activités bancaires en 'libre prestation de services'. La loi du 4 août 1992 pourrait-elle s'appliquer dans ces circonstances, lorsqu'il apparaît que l'emprunteur est établi en Belgique ?

L'article 1er de la loi prévoit que lorsque le prêteur n'est pas établi en Belgique, l'application de la loi est subordonnée aux circonstances qui entourent la conclusion du contrat de crédit. Pour que la loi s'applique, il est nécessaire que deux conditions particulières soient remplies. Il faut d'une part que le contrat ait été précédé en Belgique d'une proposition particulière ou d'une publicité. D'autre part, il est nécessaire que l'emprunteur ait accompli en Belgique les actes nécessaires à la conclusion du contrat.¹⁷⁵

¹⁷⁴Comme le suggère par exemple P. D'HAEN, *art. cit.*, 47, n° 10.

¹⁷⁵Comme l'a noté M. van den Haute (E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire...*, *op. cit.*, 364-365, n° 318), dans la plupart des cas, le consommateur aura tendance, en matière de crédit hypothécaire, à s'adresser à un prêteur de proximité. M. van den Haute relève donc à juste titre que si un emprunteur s'adresse à un prêteur étranger, « ce sera probablement le plus souvent à la suite d'une initiative ou d'une démarche de ce prêteur sur le territoire du pays où le consommateur a sa résidence habituelle ». Le crédit hypothécaire transfrontalier rencontrera dès lors assez souvent les conditions posées par l'article 1er de la loi/

Ces exigences ne sont pas originales. Le législateur a reconnu qu'il s'était directement inspiré des dispositions bien connues de la Convention de Rome, et en particulier de son article 5 relatif aux contrats de consommation.¹⁷⁶ Au demeurant, le législateur avait déjà trouvé inspiration dans le texte européen lorsqu'il s'était agi de délimiter le champ d'application territorial de la loi relative au crédit à la consommation. Dans les deux cas, le législateur pose, pour que la loi s'applique, des exigences relatives aux circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat. L'on verra cependant que des différences sensibles séparent les deux textes.

En substance, le législateur a entendu imposer l'application de la législation belge dès lors qu'un prêteur étranger démarche un consommateur belge et conclut avec lui, en Belgique, un contrat hypothécaire.¹⁷⁷ Pour traduire concrètement cette intention, l'article premier de la loi s'attache d'une part aux démarches publicitaires entreprises par le prêteur en Belgique et d'autre part à la conclusion du contrat. Contrairement au système retenu par la loi relative au crédit à la consommation,¹⁷⁸ les exigences posées par l'article premier de la loi relative au crédit hypothécaire sont cumulatives.

Si l'on s'attache avec plus d'attention aux deux exigences retenues par le législateur, il fait peu de doute que la première s'entend des démarches publicitaires entreprises par le prêteur. L'exigence se décline selon deux modes : soit le prêteur a fait parvenir à l'emprunteur une « proposition particulière », ce qui semble indiquer que le candidat emprunteur doit avoir été spécifiquement visé, soit le prêteur s'est contenté d'une publicité générale. Dans ce dernier cas, la publicité doit présenter un lien certain avec la Belgique puisque le texte indique que c'est sur le territoire belge que la publicité doit avoir précédé le contrat. En outre, la publicité doit avoir précédé la conclusion du contrat. Il ne saurait dès lors être question de se rattacher à une campagne publicitaire menée en Belgique par l'établissement bancaire après la conclusion du contrat. L'application du critère légal ne sera pas sans soulever des difficultés d'interprétation lorsque l'établissement bancaire entreprend des démarches publicitaires par le biais des moyens modernes de communication – l'on pense à l'envoi de courriers électroniques, aux liens sponsorisés qui apparaissent sur les sites de moteur de recherche ou encore aux bannières déroulantes qui fleurissent de nombreux sites internet. La difficulté est cependant atténuée puisque l'interprète pourra faire appel aux commentaires et à la

176Le 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, sess. ord. 1990-1991, 28 août 1991, p. 3).

177Le rapport de M. De Clerck résume bien cette exigence : Rapport De Clerck, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. extra. 1991/92, n° 375/8, p. 30.

178Du moins dans la version telle que modifiée par la loi du 24 mars 2003. L'on sait qu'à l'origine, le texte de la loi sur le crédit à la consommation ne précisait pas les relations entre les deux exigences, ce qui avait conduit certains commentateurs à estimer que les conditions devaient être appréciées de façon cumulative. Sur l'évolution du texte, voy. nos commentaires in « Quelques réflexions sur l'application de la loi sur le crédit à la consommation dans les relations internationales », in *Handboek consumentenkrediet*, E. TERRY (éd.), La Charte, 2007, (537), 563, note 91. L'article 5 § 2 de la Convention de Rome retient également la formule cumulative.

jurisprudence éventuelle à laquelle la Convention de Rome a donné lieu.¹⁷⁹

Quant aux actes matériels posés pour la conclusion du contrat, la loi reprend à son compte la formule initiée par la Convention de Rome, qui posait déjà comme exigence que le consommateur accomplisse sur le territoire de l'Etat de sa résidence les « actes nécessaires à la conclusion du contrat ».¹⁸⁰ Comme pour la Convention de Rome, l'on évitera une lecture trop stricte de cette condition, qui exigerait que le contrat ait été conclu sur le territoire belge. Une telle lecture, qui nécessiterait un passage par les règles relatives à la localisation du lieu de conclusion du contrat, réduirait sensiblement le champ d'application de la loi. On lui préférera une lecture plus large, qui retient comme suffisante la localisation en Belgique de toute démarche quelconque entreprise par l'emprunteur en vue de permettre la conclusion du contrat.¹⁸¹

Au total, les crédits hypothécaires octroyés à des emprunteurs qui résident en Belgique seront très souvent soumis directement aux dispositions de la loi du 4 août 1992. Ce sera tout d'abord le cas dès lors que l'établissement de crédit est principalement installé en Belgique. Lorsque le crédit est octroyé par un établissement étranger qui possède une succursale en Belgique, l'application de la loi sera également la règle. L'on peut en effet supposer que dans ce cas, l'emprunteur aura traité exclusivement avec la succursale, accomplissant les démarches nécessaires à la conclusion du contrat auprès de celle-ci. Il faudra cependant, dans ce cas, vérifier que l'emprunteur a été mis en relation avec l'établissement de crédit par le biais d'une démarche publicitaire (individuelle ou générale) de ce dernier, démarche qui, lorsqu'elle est générale, doit viser au moins également le territoire belge.¹⁸²

Reste l'hypothèse d'un contrat de crédit liant un emprunteur résidant en Belgique et un établissement de crédit étranger qui ne possède pas de succursale en Belgique. L'application de la loi sera plus difficile à justifier dans ce cas. La charge de la preuve reposant sur l'emprunteur sera lourde : non seulement il devra démontrer qu'il est entré en contact avec l'établissement bancaire étranger suite à une démarche publicitaire menée par ce dernier en Belgique, il devra en outre apporter la preuve qu'il a entamé en Belgique des démarches visant à conclure le contrat de prêt.

179Voy. les références in « Quelques réflexions sur l'application de la loi sur le crédit à la consommation dans les relations internationales », in *Handboek consumentenkrediet*, E. TERRY (éd.), La Charte, 2007, (537), 546-549.

180La formule retenue par la loi relative au crédit à la consommation est différente puisqu'elle s'attache non pas à la conclusion du contrat proprement dite, mais bien à la réception en Belgique par le prêteur de la demande de crédit formulée par le consommateur. Il est difficile d'apprécier si cette divergence prête à conséquence puisque les deux textes ne reposent pas (ou du moins, plus) sur la même logique, la loi sur le crédit à la consommation ayant abandonné la méthode cumulative pour lui préférer une méthode alternative, plus souple et susceptible d'étendre le champ d'application de la loi.

181Les commentateurs s'accordent généralement pour prôner une lecture large de l'exigence légale, voy. par ex. P. D'HAEN, *art. cit.*, 50, n° 15 et J. CATTARUZZA et P. JOISTEN, *art. cit.*, *Guide de droit immobilier*, Kluwer, 8. Ces derniers expliquent qu'il est permis de retenir, au titre des actes nécessaires à la conclusion du contrat, la réception de l'offre de crédit et la réponse à celle-ci: acceptation ou contre-offre.

182En d'autres termes, la loi du 4 août 1992 ne pourra s'appliquer, du moins au titre de loi de police, lorsqu'un emprunteur qui réside en Belgique, a pris connaissance, lors d'un séjour en France, d'une offre de crédit émanant d'un établissement bancaire français, par le biais d'une campagne publicitaire menée par ce dernier dans la presse française. Il faudra dans ces circonstances constater que la publicité ne possède pas le lien requis avec le territoire belge. La circonstance que l'établissement bancaire posséderait en Belgique une succursale, ne permettrait pas à elle seule de justifier l'application de la loi.

On le constate, il est fort possible que les produits de crédit offerts par un établissement de crédit étranger soient soumis aux dispositions de la loi belge. Ceci pourrait susciter d'importantes difficultés lorsqu'un produit a été conçu en fonction des exigences d'une législation étrangère. La double charge que représente l'obligation de satisfaire aux prescrits de deux lois nationales, peut constituer une contrainte importante. Pour y échapper, l'établissement de crédit pourrait avoir égard à l'impact du droit européen, qui limite sensiblement la possibilité pour un Etat d'avoir recours à ses dispositions d'application immédiate.

(ii) Les limites européennes à l'application des dispositions impératives nationales

Le contexte européen n'a pas été sans influencer la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire. L'un des objectifs poursuivis par le législateur belge lors de l'adoption de cette loi était en effet d'adapter la réglementation existante du crédit hypothécaire aux exigences du marché européen, notamment à propos de la variabilité du taux d'intérêt.

La dimension européenne dans laquelle s'inscrivait la rénovation du droit belge du crédit hypothécaire, s'est également manifestée dans un autre registre. Dès l'examen du projet de loi, il est en effet apparu que le texte législatif devrait subir un examen critique au regard des exigences du droit européen et plus particulièrement de la libre prestation de services. Le rapporteur De Clerck relevait déjà à ce propos qu'il n'était pas exclu que la législation belge, qui fixait les conditions de la variabilité des taux d'intérêt hypothécaire, apparaisse trop restrictive au regard de la jurisprudence européenne.¹⁸³

Ce risque de contradiction, relevé par les premiers commentateurs de la loi,¹⁸⁴ ne peut être écarté en s'appuyant sur la nature particulière des dispositions de la loi sur le crédit hypothécaire, dont on a vu qu'elle s'impose directement dans l'ordre international au titre de loi d'application immédiate. L'élucidation, somme toute assez récente, des rapports qui peuvent exister entre les libertés communautaires primaires et l'application par un Etat membre de ses dispositions impératives, a en effet montré que l'application par un Etat membre des dispositions impératives de sa loi nationale peut constituer une entrave non justifiée par l'intérêt général au sens du droit communautaire.¹⁸⁵ Il faut dès lors être 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'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

183Rapport De Clerck, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. extra. 1991/92, n° 375/8, p. 31-32.

184Voy. surtout P. D'HAEN, *art. cit.*, 51-4, n° 16 e.s.

185Comme 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. À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98 », *JCP,G* 2001, I, 328 e.s.

l'Etat d'origine du prestataire de services et celui où réside le consommateur peuvent constituer une entrave.¹⁸⁶

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 visé.¹⁸⁷

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'autorité étrangère, il s'impose de vérifier s'il n'y a pas *équivalence* entre les deux contraintes. Dès lors que 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 équivalente.¹⁸⁸ Ce que l'on a appelée 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 9 paragraphe 2 du Règlement.

Pour illustrer ce raisonnement, l'on peut utilement faire référence à une espèce tranchée par la Cour d'Appel de Colmar.¹⁸⁹ En l'espèce deux époux résidant en France avaient conclu un emprunt avec un établissement bancaire allemand, destiné à financer l'acquisition d'un immeuble situé en France.¹⁹⁰ 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,¹⁹¹ 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 loi

186Voy. 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 État 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 États membres, lorsqu'elle est de nature à *prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes* les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues » (attendu n° 16 – nous soulignons).

187Voy. de façon générale C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, 1999, 8453.

188Sur 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.

189CA Colmar 18 février 2004, *D.*, 2004, *Juris.*, 1898, note V. AVENA-ROBARDET.

190Il 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.

191Aujourd'hui art. 6 du Règlement Rome I – *infra* sur cette disposition.

d'application immédiate.

Faisant référence à la jurisprudence *Arblade* de la Cour de justice, la Cour d'Appel s'est demandée si l'application des dispositions de la loi *Scrivener* ne se heurtait pas à la libre circulation des services. Plus précisément, la Cour a examiné si l'application de ces dispositions n'était pas discriminatoire, si elle répondait à l'impératif de protection des consommateurs et, enfin, 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 propos que la plupart, sinon l'ensemble des dispositions impératives que les Etats 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 nationales.¹⁹²

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'Etat membre auquel le service s'est conformé. Les exigences de ce dernier Etat 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 large.¹⁹³

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 intégré au raisonnement fondé sur les libertés communautaires s'entend d'une équivalence *globale* de la protection offerte par les législations en présence.¹⁹⁴ Partant,

192Voy. 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.

193Sur 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.

194Voy. toutefois les explications de Mme GAUDEMET-TALLON (« De nouvelles fonctions... », *art. cit.*, 322-324),

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, absence permettant de retenir l'application de la loi locale.

On le voit, l'exercice est pour le moins délicat. Il est cependant indispensable de s'y soumettre lorsque l'on souhaite invoquer les dispositions de la loi sur le crédit hypothécaire au titre de loi d'application immédiate, à l'encontre par exemple de la loi choisie dans le contrat de crédit.

B. 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. Le Règlement 593/2008 réserve en effet un traitement particulier aux contrats conclus 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 le Règlement Rome I.

Cette question avait suscité beaucoup d'interrogations sous l'empire de la Convention de Rome. On le sait, l'article 5 de cette Convention ne visait que certaines catégories de contrats de consommation. Les difficultés étaient doubles.¹⁹⁵ 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 services.¹⁹⁶ L'on avait déjà pu 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 service.¹⁹⁷

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.

195Voire triples, si l'on ajoute la question de savoir si les dispositions de la Convention de Rome relatives aux contrats de consommation pouvaient s'appliquer aux contrats dits 'mixtes', le financement obtenu par un emprunteur étant destiné principalement à des besoins privés, mais également à son activité professionnelle. Sur cette hypothèse, voy. E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire...*, *op. cit.*, 356, n° 311.

196C'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.

197Pour 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 – 1ère partie – les conflits de juridictions », *Euredia*, 2001-2002, pp. 334-339, n° 24-27 (et du même, « Droit international privé et services financiers de détail – 2ème partie : les conflits de lois », *Euredia*, 2003, (59), 80, n° 88). *Adde* E. VAN DEN

D'autre part, le bénéfice du régime particulier relatif 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 étranger.¹⁹⁸ Parmi les hypothèses visées, la troisième – qui concerne les ventes effectuées dans le cadre d'excursions transfrontières – était déjà manifestement inadaptée au crédit hypothécaire.

Lorsque l'on examinait 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 débats.¹⁹⁹ 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 se posait pas avec moins d'acuité que dans d'autres domaines, puisqu'il n'était pas certain que le crédit immobilier était visé par l'article 5.²⁰⁰

L'entrée en vigueur du Règlement Rome I a sensiblement modifié 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 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

HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire...*, *op. cit.*, 354-363.

198A 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° 14.

199Ces 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, 1re ch. civ., 12 mai 2005, cité par J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 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. *Adde* 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).

200C'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° Prêt, *Rép. Internal. Dalloz*, 1998, n° 34).

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'écartier 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 immobilier.²⁰¹

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.

Par contre, lorsqu'un établissement de crédit belge accorde un crédit à une personne qui réside en Belgique en vue de financer l'acquisition d'un immeuble en France ou dans un autre Etat membre, le raisonnement dérogatoire de l'article 6 du Règlement n'a pas à intervenir. En effet, le contrat de crédit sera, sauf circonstances proprement exceptionnelles, déjà soumis au droit de la résidence habituelle du consommateur, soit que les parties aient expressément opté pour ce droit, soit qu'il s'applique, à défaut de choix par les parties (*supra*). Le jeu des règles normales de rattachement permet déjà de faire bénéficier le consommateur de la protection des dispositions impératives du pays où il a sa résidence habituelle.

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.²⁰²

201En 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.

202Sur cette question, voy. récemment E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire...*, *op. cit.*, 381 e.s., n° 334 e.s.

SECTION 2 – LES GARANTIES DU FINANCEMENT

L'opération de crédit est inévitablement liée, du moins pour la 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. En matière de crédit immobilier, l'hypothèque est sans nul doute la sûreté reine. La pratique révèle cependant que d'autres mécanismes sont envisageables, qui permettent de fournir à l'établissement de crédit les garanties exigées. Nous aborderons l'un de ces mécanismes, qui s'inscrit dans le contexte français.

Dans un souci de brièveté, que conforte un principe de réalité, nous n'aborderons pas le projet de l'Eurohypothèque, instrument paneuropéen susceptible de circuler librement 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'argent.²⁰³ L'on notera à ce propos que les récents travaux de l'Union européenne en matière de crédit hypothécaire, s'ils relèvent les difficultés suscitées par les questions de droit international privé, n'envisagent pas directement la création d'une sûreté européenne.²⁰⁴

§ 1. La sûreté reine : l'hypothèque

L'hypothèque constitue assurément le mécanisme le plus utilisé pour garantir un crédit destiné à permettre l'acquisition d'un immeuble. En règle, l'hypothèque sera constituée dans l'Etat où est situé le bien sur lequel elle porte. Cette coïncidence simplifie grandement le raisonnement. Lorsque l'hypothèque est en outre constituée au profit d'un établissement de crédit installé dans l'Etat où est situé le bien hypothéqué,²⁰⁵ les difficultés liées à la mise à exécution de la sûreté se résorbent.

Tel n'est cependant pas le seul scénario imaginable. Un établissement de crédit belge qui accepte de financer l'acquisition, par un résident belge, d'un bien situé en France, peut se contenter, pour garantir le prêt, d'une hypothèque accordée en France sur l'immeuble objet de

203Le 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. Voy. aussi 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). Des études récentes ont démontré qu'un tel régime, proposé déjà en 1987 par l'Union internationale du notariat latin, 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 national (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).

204Voy. surtout le Livre vert sur le crédit hypothécaire dans l'Union européenne du 19 juillet 2005, COM(2005) 327.

205L'on pense à l'octroi par un établissement de crédit belge d'un crédit à un emprunteur étranger, visant à permettre l'acquisition d'un immeuble situé en Belgique et garanti par une hypothèque portant sur cet immeuble.

l'acquisition.²⁰⁶ Dans cette hypothèse, il faut s'interroger sur l'impact que peuvent avoir les liens entre le contrat de crédit et l'acte d'affectation hypothécaire, sur le sort de ce dernier en droit international privé. Pour ce faire, il convient d'examiner le régime de l'hypothèque (A), ce qui conduit à explorer le couple 'loi réelle – loi d'autonomie'. En outre, des difficultés pourront naître lors de la mise à exécution de l'hypothèque. Celles-ci étant principalement liées à l'application du droit étranger du lieu de situation de l'immeuble, elles ne seront pas abordées ci-après.

Dans un troisième et dernier scénario, l'hypothèque est accordée à l'établissement de crédit dans un Etat différent de celui où est situé l'immeuble sur lequel elle porte. Ainsi, le propriétaire d'un immeuble situé en France peut accorder, par un acte reçu devant un notaire belge, une hypothèque sur cet immeuble. Cette configuration est plus exceptionnelle en pratique. Elle nécessite de s'interroger sur l'exportation d'un acte d'affectation hypothécaire (B).²⁰⁷

A. Le régime général de l'hypothèque : entre loi réelle et loi d'autonomie

Il est tentant, lorsque l'on s'interroge sur le régime de l'hypothèque comme sûreté visant à garantir les engagements d'un acquéreur immobilier, de se laisser guider par le caractère accessoire de ce mécanisme de sûreté : l'hypothèque est, dans les droits de tradition française, une sûreté réelle qui possède un caractère accessoire dans la mesure où elle vise à garantir une créance par une revendication directe et énergique sur un bien immobilier. Elle accompagne dès lors la créance qu'elle entend garantir. Cette donnée, essentielle pour l'appréhension de l'hypothèque conventionnelle en droit civil, pourrait laisser 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'écrit le professeur Audit, « *l'obligation garantie par l'hypothèque se distingue de l'obligation hypothécaire elle-même* ». ²⁰⁸ Il s'impose dès lors de déterminer le statut spécifique de l'hypothèque en droit international privé. ²⁰⁹

206 La pratique révèle que les établissements bancaires tenteront par priorité d'obtenir une garantie sur un immeuble 'local', pour éviter les difficultés liées à la mise à exécution d'une garantie à l'étranger. Dès lors que le prêt vise à permettre l'acquisition d'une résidence secondaire à l'étranger, le prêteur pourra par exemple obtenir une hypothèque (ou une promesse d'hypothèque) sur un immeuble appartenant à l'emprunteur et situé en Belgique, soit que cet immeuble soit libre d'hypothèque, soit qu'il soit possible d'étendre l'hypothèque existante à une nouvelle dette contractée par le propriétaire.

207 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 et E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, thèse ULB 2008, 390-392. *Adde* sur l'opportunité d'inclure dans les contrats une clause d'élection de for malgré l'existence d'une compétence exclusive, CHR. A.J.F.M. HENSEN, « De notaris et internationale onroerend goed transacties », *T. Not.*, 1991, (241), 244.

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

209 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, pour les consommateurs, 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*

Ce statut est idéniablement lié à l'immeuble sur lequel porte l'hypothèque conventionnelle. Celle-ci est en effet directement liée à l'immeuble sur lequel elle porte. Le rattachement à la loi réelle constitue dès lors une évidence en matière d'hypothèque. Ce rattachement n'a toutefois rien d'exclusif.²¹⁰ L'hypothèque conventionnelle présente en effet plusieurs dimensions. A côté de la dimension réelle, il est une dimension conventionnelle que l'on ne peut oublier.²¹¹ Lorsque l'hypothèque est utilisée comme garantie dans le cadre d'un crédit immobilier, elle trouve incontestablement son origine dans un accord de volontés.²¹² A ce titre, l'hypothèque possède une dimension contractuelle qui appelle l'application de la loi d'autonomie.²¹³ L'essentiel des difficultés en la matière consiste à dessiner l'empire respectif des lois réelle et conventionnelle.²¹⁴

Avant d'examiner quelle est l'emprise respective de la loi réelle et de la loi d'autonomie sur l'hypothèque, il convient de préciser comment ces deux lois sont déterminées.

(i) La détermination des lois réelle et contractuelle

A s'en tenir aux principes, la détermination des lois applicables à l'hypothèque ne suscite guère de difficulté : dans sa dimension contractuelle, l'hypothèque sera soumise à la loi choisie par les parties. 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 présentation ne suffit cependant pas pour épuiser les difficultés. C'est que, s'agissant de déterminer la loi applicable à la dimension contractuelle de l'hypothèque, il faut s'interroger sur la solution à retenir à défaut pour les parties d'avoir effectué un choix de loi. La question est rendue complexe par le voisinage, l'on pourrait même écrire l'intimité, qui existe entre l'acte d'affectation hypothécaire et le contrat de crédit. Si ce contrat prévoit un choix de loi exprès, peut-on étendre le domaine de la loi choisie aux questions contractuelles que soulève

aux obligations contractuelles, A. CASHIN RITAINE et A. BONOMI (éds.), Schulthess, 2008, (121), 148-149.

210 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.

211 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).

212 Ceci permet de distinguer l'hypothèque conventionnelle de l'hypothèque légale, cette dernière ne recevant pas nécessairement le même traitement en droit international privé.

213 *Comp.* avec l'opinion de F. BOUCKAERT, *art. cit.*, 83-84, n° 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).

214 Pour emprunter l'excellente expression de M.-E. ANCEL, « Crédit hypothécaire transfrontalier ou comment dessiner l'empire des lois », *Lamy Dr. Civil*, 2005, 28 e.s. Il nous semble que l'opération de délimitation du champ d'application respectif des lois réelle et personnelle se distingue d'une approche cumulative des lois en présence : il n'y a pas à proprement parler de cumul des deux lois, chacune d'entre elle visant des questions distinctes. *Comp.* avec les observations de E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire...*, *op. cit.*, 393, n° 347.

l'hypothèque? Ou faut-il au contraire considérer les deux opérations individuellement, sans tenir compte du lien essentiel qui les réunit? Pour examiner cette question, il convient de distinguer selon que l'hypothèque est constituée dans le contrat d'emprunt – pratique courante en Belgique, qui permet à l'établissement de crédit de disposer d'un titre exécutoire couvrant à la fois la constitution de l'hypothèque *et* l'ouverture de crédit - ou qu'elle fait l'objet d'un contrat distinct. Certes, dans les deux cas, le contrat de constitution de l'hypothèque est juridiquement distinct du contrat de crédit, même si les deux contrats font l'objet d'un seul *instrumentum*. Il n'empêche que lorsque les deux *negotium* sont rassemblés dans un instrument unique, l'on est en droit de se demander si l'on peut encore réserver un traitement distinct, sous l'angle du droit international privé, aux deux contrats.

Dans une première situation, le contrat de crédit fait l'objet d'un acte distinct de la constitution d'une hypothèque. Cette dualité d'*instrumentum* 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 la garantie hypothécaire devant un notaire de l'Etat où le bien est situé. Prenons un emprunteur belge, qui obtient un crédit d'un établissement bancaire local.²¹⁵ Ce crédit est garanti par un immeuble situé en France. Les parties peuvent légitimement souhaiter que l'acte constituant la garantie hypothécaire soit reçu par un notaire français – notamment pour faciliter son inscription, puisque la circulation des actes d'affectation hypothécaire est soumise à d'importantes restrictions (*infra* sur ce point).²¹⁶

A quelle loi l'hypothèque, dans sa dimension contractuelle, est-elle dans ce cas soumise? La solution à cette question est aisée lorsque 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 applicable.²¹⁷ On conviendra qu'il est préférable de choisir la loi du lieu de situation de l'immeuble.²¹⁸ Dans ce cas, il faudra constater que le contrat de crédit est soumis à une autre loi que celle qui régit l'hypothèque.²¹⁹

215Qu'il s'agisse d'un contrat de crédit 'simple', d'une ouverture de crédit-cadre ou encore d'une autre formule plus sophistiquée ne modifie pas, à notre sens, l'analyse.

216Le professeur van Velten fait état d'une pratique des établissements bancaires allemands et néerlandais qui octroient des crédits à des ressortissants allemands et néerlandais, crédits garantis, pour les premiers par une hypothèque portant sur un immeuble situé aux Pays-Bas et pour les seconds par un immeuble situé en Belgique. Dans les deux cas, M. van Velten indique que les établissements bancaires optent pour une dualité d'acte, l'acte d'affectation hypothécaire étant reçu par un notaire de l'Etat où se situe l'immeuble qui tient lieu de garantie (voy. A.A. VAN VELTEN, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Kluwer, 2009, 613, § 17.18).

En Allemagne, les *Pfandbriefbanken* ont été autorisées dans le courant des années 1990 à opérer sur les marchés étrangers. Ces banques, spécialisées dans l'émission de titres garantis notamment par des hypothèques, ont dès lors pris l'habitude d'émettre des titres garantis par des hypothèques portant sur des immeubles situés dans des pays étrangers. Le Professeur Rolf Stürner a consacré un grand nombre d'études à cette pratique, examinant les difficultés causées par la dissociation entre la garantie hypothécaire, localisée à l'étranger, et l'émission de titres. Voy. notamment R. STÜRNER et A. STADLER, *Deutsche Pfandbriefe und Deckungswerte in den Niederlanden. Ein Gutachten*, Fritz Knapp Verlag, 2000.

217Comme l'indique p. ex. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 7.

218En 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.

219Sauf dans l'hypothèse, singulière à notre avis, dans laquelle les parties choisissent de soumettre expressément le contrat de crédit à la loi du lieu de situation de l'immeuble. Il nous semble qu'en règle, l'on peut s'attendre à

Il n'est cependant 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 § 1 lit. c du Règlement Rome I. Cette règle, qui figurait déjà dans la Convention de Rome, soumet, à défaut pour les parties d'avoir effectué un choix de loi, les contrats portant sur un droit réel, à la loi du lieu de situation de l'immeuble sur lequel porte le droit.²²⁰

Dans cette situation, l'hypothèque, dans sa dimension conventionnelle, ne subit pas l'influence du contrat de crédit. En particulier, il ne saurait être question de soumettre le contrat d'hypothèque à la loi du contrat d'emprunt, au motif que le premier ne comprend pas de choix de loi alors que le second prévoit bien un tel choix.²²¹ Lorsque les parties à un contrat de crédit, choisissent une loi nationale pour le régir, leur volonté est en effet limitée, sauf stipulation contraire, aux droits et obligations qui découlent du contrat de crédit. Le choix de loi ne peut dès lors 'déteindre' sur l'hypothèque conventionnelle.²²²

L'analyse est-elle différente lorsque les parties se contentent, comme souvent dans la pratique belge, d'un seul instrumentum pour les deux negotium, l'hypothèque étant conférée à l'établissement de crédit dans le contrat d'emprunt? Encore une fois, il convient de tenir compte de la présence dans le contrat d'un choix de loi. Si les parties ont expressément soumis le contrat à une loi déterminée, il sera le plus souvent rédigé de façon large et visera l'ensemble des droits et obligations naissant du contrat. Si la généralité des termes utilisés le permet, il faut accepter que le choix de loi couvre à la fois le contrat d'emprunt et le contrat de constitution de l'hypothèque. Le caractère général des termes utilisés par les parties ne permettra pas en effet de limiter la portée du choix qu'elles ont effectué à l'un des deux contrats – emprunt et constitution d'hypothèque.²²³

A défaut de choix par les parties, une difficulté surgit. Puisque l'hypothèque est conférée dans un document qui rassemble à la fois le contrat de crédit et la constitution de l'hypothèque, il est tentant de faire appel à la loi du prêteur pour régir l'hypothèque, cette loi étant appelée à gouverner le contrat d'emprunt à défaut de choix par les parties (*supra*). Cette solution se heurte toutefois à l'existence d'une présomption spéciale visant les contrats portant sur un droit

ce que le contrat de crédit soit soumis à la loi de l'établissement de crédit. Voy. les exemples donnés par A.A. VAN VELTEN, *op. cit.*, 613, § 17.18.

220L'analyse est-elle différente lorsque, comme c'est souvent le cas, il s'agit d'une hypothèque 'pour toutes sommes'? La fonction première d'une hypothèque de ce type est d'élargir la garantie qui ne porte plus sur un seul crédit déterminé, mais peut servir de garantie à d'autres contrats de crédit. L'extension à d'autres contrats de crédit ne modifie donc en rien l'assiette de l'hypothèque qui demeure liée à un immeuble donné. La règle particulière posée à l'article 4 § 3 peut dès lors continuer à s'appliquer pour désigner le droit du lieu de situation de l'immeuble, qui s'appliquera quelle que soit l'extension que prend l'hypothèque en raison de la conclusion de nouveaux contrats de crédit.

221Sur 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.

222L'on réservera l'hypothèse, assurément exceptionnelle, dans laquelle les parties étendent expressément la portée de la clause de choix de loi figurant dans le contrat de crédit, pour y inclure tous les actes liés à ce dernier.

223On pourrait envisager d'inclure dans le document une double clause de choix soumettant le contrat de crédit à une loi et la constitution d'hypothèque à une autre. Un tel dépeçage est permis. L'on comprendra qu'il est d'un maniement difficile. Sur les dangers d'un tel découplage entre les deux actes, voy. nos commentaires in "L'acquisition d'un immeuble dans les relations franco-belges...", *art. cit.*, spéc. p. 299.

réel. Or l'hypothèque entre manifestement dans cette catégorie. En vertu de l'article 4 § 1 lit c du Règlement Rome I, ces contrats sont rattachés, à défaut de choix par les parties, à la loi du lieu de situation du bien. Faut-il en conclure qu'un même instrumentum est susceptible d'être soumis à deux lois différentes, la loi du prêteur s'appliquant à l'acte dans la mesure où il constate un contrat d'emprunt et la loi de la situation du bien s'appliquant au même acte en tant qu'il vise à la création d'une hypothèque sur un bien?

La question n'est pertinente que lorsque l'emprunt est destiné à permettre l'acquisition d'un bien situé dans un autre Etat que celui où est établi le prêteur. 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. L'on pense à l'acquisition par une personne résidant en Belgique d'un immeuble situé en France, acquisition financée par un crédit octroyé par un établissement bancaire belge. La dissociation entre l'acte de crédit et l'hypothèque peut dans ce cas 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 France.²²⁴

Rien ne permet cependant de penser que cette analyse dissociative ne pourrait être appliquée lorsque l'emprunt et la constitution de l'hypothèque coexistent au sein d'un même instrumentum. Cette coexistence ne remet en effet pas en question l'existence de deux actes juridiques distincts. Seule l'application de la clause d'exception, prévue par le Règlement Rome I, pourrait permettre d'écarter la présomption en faveur de la loi du lieu de situation du bien hypothéqué, pour soumettre l'ensemble des relations à la loi de l'établissement bancaire. Encore faudrait-il, pour ce faire, convaincre que le contrat constituant l'hypothèque n'a qu'un rapport marginal avec l'Etat sur le territoire duquel est situé le bien hypothéqué. Le simple énoncé de cette condition permet de mesurer la difficulté de l'exercice.²²⁵

(ii) Le domaine des lois réelle et contractuelle

On le voit, il ne suffit pas, pour déterminer la loi applicable à l'acte constitutif d'hypothèque, de s'interroger sur la loi applicable au contrat de crédit pour en conclure que cette loi gouverne également l'acte d'affectation hypothécaire.

Le raisonnement qu'il faut déployer pour identifier la loi applicable à l'hypothèque est complexe. Il ne sera cependant que rarement mis à contribution. La loi qui régit l'hypothèque dans ses aspects contractuels ne possède en effet qu'une vocation limitée. Elle n'a certainement pas vocation à régir l'ensemble des questions que peut faire naître l'hypothèque. En matière d'hypothèque, le statut contractuel se limite au vrai à peu de choses – l'essentiel des questions étant gouvernées par la *lex rei sitae* applicable à l'hypothèque dans sa dimension réelle. MM. Batiffol et Lagarde écrivaient que la loi contractuelle a vocation à gouverner les

224Cass. fr., 1ère civ., 19 janvier 1999, JCP, G, 2000, 255, note T. VIGNAL; *Defrénois*, 1999, 523, note M. REVILLARD.

225M. Kairallah rapporte qu'une ancienne jurisprudence française considérait que l'ensemble du contrat, tant dans sa dimension emprunt qu'en tant qu'il vise à constituer une hypothèque, était régi par le droit du lieu de situation de l'immeuble : G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 8.

conditions de validité du contrat dans toute la mesure où elles ne concernent pas la création du droit réel.²²⁶ 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 réelle.²²⁷

Le partage des rôles entre loi d'autonomie et loi réelle est tout aussi classique que délicat.²²⁸ L'on retiendra que le rôle de la loi d'autonomie est plus que restreint. Dans le meilleur des 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.

La *lex rei sitae*, dont on a déjà rappelé qu'elle régit l'hypothèque conférée par l'emprunteur dans sa dimension réelle, est appelée à se tailler la part du lion.²²⁹ Selon l'article 94 du Code de droit international privé, la loi réelle régit d'abord la *constitution* du droit réel.²³⁰ On consultera la loi du lieu de situation du bien pour déterminer si le bien est susceptible d'être hypothéqué,²³¹ 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), 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 qu'il revient 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 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

226H. 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.

227P. ex. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 19 et les références citées.

228Voy. récemment M.-E. ANCEL, "Crédit hypothécaire transfrontière, ou comment dessiner l'empire des lois", *Revue Lamy Droit civil*, 2005/16, n° 654, p. 28 e.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 e.s.

229Comme le note M. van den Haute (E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire...*, *op. cit.*, 396-397, n° 351), la distinction entre les aspects réels et les aspects contractuels se conçoit mieux dans un système comme le droit allemand qui distingue nettement entre le contrat portant sur un bien (par ex. un contrat de vente) et les conséquences réelles de ce contrat. L'on sait en effet que la simple conclusion d'un contrat de vente ne suffit pas en droit allemand à effectuer le transfert de propriété du vendeur à l'acheteur, ce transfert devant s'opérer par un contrat réel distinct (voy. par ex. les explications de M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001, 150, n° 297).

230Il 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, *Droit international privé*, Economica, 2006, 615, n° 770). Toute autre est l'acquisition par accord de volontés. Dans ce cas, on est dans le statut contractuel.

231On sait que certains systèmes juridiques permettent la constitution d'une hypothèque sur un bien meuble.

de préférence et d'un droit de suite. La mise en oeuvre de la garantie hypothécaire est essentiellement liée à la *lex rei sitae*.²³²

Que peut-on retenir du régime de l'hypothèque? Au premier chef qu'il n'est pas nécessairement lié à celui du contrat de crédit dont l'hypothèque entend assurer la garantie. L'hypothèque reçoit en droit international privé un traitement autonome. Celui-ci est en grande partie empreint de territorialité, l'hypothèque étant régie par la loi du lieu de situation de l'immeuble grevé. La loi d'autonomie, dont la détermination peut s'avérer délicate, joue dans cette matière un rôle marginal. En outre, la dissociation entre loi réelle et loi contractuelle ne suscitera que rarement des difficultés. C'est que dans un grand nombre de cas, il y a aura coïncidence en pratique entre les deux, les parties soumettant leur contrat à la loi du lieu de situation de l'immeuble. 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 selon les règles de l'Etat où est situé le bien.

B 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. Si le crédit est garanti par une hypothèque portant sur l'immeuble acquis,²³³ les parties auront en général soin de s'adresser à un notaire français pour recevoir l'acte de constitution d'hypothèque.²³⁴

Est-il envisageable de s'adresser à un notaire belge, par exemple celui qui reçoit l'acte de crédit? Cette solution aurait l'avantage d'éviter la multiplication des intervenants. Encore faut-il se demander comment l'acte d'affectation reçu en Belgique, serait accueilli en France.²³⁵ La question peut sembler théorique tant l'on peut s'attendre à ce que les professionnels engagés dans de telles opérations recommandent aux intéressés de faire appel à un notaire de l'Etat où le bien est situé pour dresser l'acte d'affectation hypothécaire. La dissociation entre l'acte de

232Pour plus de détails, voy. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 43 e.s.

233La pratique révèle que d'autres solutions sont possibles pour garantir le crédit, telle la constitution d'une hypothèque sur un autre immeuble appartenant déjà à l'emprunteur, le recours à une assurance-caution ou encore la piste du privilège de prêteur de deniers que connaît le droit français (*infra*).

234On 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 11 § 5 du Règlement Rome I, 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 (*infra*), 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.

235Il 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 la *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.), Kluwer, 1991, (239), 247.

crédit et l'acte d'affectation hypothécaire est sans doute la règle en la matière. Elle s'inscrit dans une tradition qui subordonne le régime des sûretés immobilières aux exigences locales, tradition qui ne pourra que difficilement être remise en cause.²³⁶

Il demeure que la question mérite d'être étudiée, ne fut-ce que pour attirer l'attention sur l'existence de certaines règles par lesquelles les Etats entendent limiter la possibilité d'invoquer un acte d'affectation hypothécaire établi dans un pays étranger. On retrouve des dispositions de ce type, en Belgique,²³⁷ en France²³⁸ au Luxembourg²³⁹ et aux Pays-Bas.²⁴⁰ Dans tous ces pays, la portée de la disposition, qui s'analyse comme une règle matérielle de droit international privé, est sensiblement la même : il s'agit de limiter, voire d'interdire le recours à un acte reçu par un notaire étranger pour constituer une hypothèque sur un bien situé sur le territoire national.

L'on ne s'étonnera pas de trouver des dispositions similaires dans ces pays aux histoires partagées. Il semble qu'elles possèdent un ancêtre commun, l'article 129 du *Code Michau* (ordonnance du 15 janvier 1629). Ce texte a subsisté avec plus ou moins de bonheur dans la législation des Etats concernés. Il est intéressant de comparer les textes pour bien en mesurer la portée. Par facilité, l'on se contentera de confronter les dispositions française et belge.

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'étranger. 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 Belgique.²⁴¹ La disposition française est bien plus contraignante puisqu'elle interdit, tout comme le fait la disposition néerlandaise, de recourir aux services d'un notaire étranger. Sauf

236 Cette dissociation est d'ailleurs recommandée par Mme M. Revillard pour les relations franco-belges, voy. M. REVILLARD, *op. cit.*, 503-504, n° 879, exemple 229.

237 Il s'agit de l'article 77 de la loi hypothécaire. L'article 2128 du Code civil a été abrogé par la loi hypothécaire du 16 novembre 1851. Voy. sur l'article 77 nos commentaires 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. 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.

238 En France, c'est à l'article 2417 du Code civil qu'il faut se reporter (anciennement l'article 2128) pour apprécier la validité d'une hypothèque reçue à l'étranger. 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* ». Le texte a reçu une nouvelle numérotation avec l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

239 L'art. 2128 du Code civil luxembourgeois dispose que « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens du Grand-Duché, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ».

240 L'article 3:260 du NBW se contente d'exiger pour la constitution d'une hypothèque un acte authentique, sans imposer un détour par un notaire néerlandais. Il faut cependant lire cette disposition en combinaison avec l'article 31 du Livre 3 du NBW, qui exige l'intervention d'un notaire néerlandais, puisqu'elle 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. Sur la justification de l'exigence posée par l'article 3:31, voy. J.C.H. MELIS, *De notariswet*, par B.C.M. Waaijer, Kluwer, 2003, 292.

241 L'on sera attentif au fait que l'article 77 de la loi hypothécaire exige un visa. Il ne suffit dès lors pas de faire légaliser l'acte étranger. Par contre, on peut accepter que lorsque l'acte étranger a fait l'objet d'un exequatur, il n'est plus nécessaire de solliciter le visa présidentiel.

existence d'une convention ou d'un traité, l'article 2417 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* ». ²⁴² 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 France ²⁴³ - selon M. Callé par exemple, il s'agit d'un « *territorialisme dépassé et inopportun* » ²⁴⁴ – et pourrait d'ailleurs faire l'objet de reproches sous l'angle européen (*infra* sur ce point). ²⁴⁵

Une autre différence sépare les régimes belge et français : on accepte en droit belge depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1853 que le formalisme imposé par l'article 77 s'impose également aux procurations reçues à l'étranger. ²⁴⁶ La procuration doit 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 Belgique. ²⁴⁷

Partant, les administrateurs d'une société de droit néerlandais qui souhaitent conférer à un établissement de crédit irlandais une hypothèque sur un immeuble situé à Bruxelles, devront en principe faire viser par le président du tribunal de Bruxelles une procuration dressée par un notaire néerlandais. A défaut de visa pour la procuration hypothécaire, l'hypothèque elle-même ne répondrait pas à la condition d'authenticité requise pour la validité du consentement du constituant. Elle ne pourrait dès lors pas non plus faire l'objet de l'inscription nécessaire à son opposabilité. ²⁴⁸

242G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 12.

243Ceci 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 seign 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).

244P. 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.

245En pratique, il semble que les conservateurs d'hypothèque ne s'en tiennent pas à la lettre du texte. Une notice publiée au *Bulletin de l'association mutuelle des conservateurs d'hypothèques* (et reproduite par M. REVILLARD, *op. cit.*, 500, n° 874) indique que « il es recommandé aux conservateurs de ne pas refuser l'inscription d'une hypothèque constituée par un acte passé dans un pays étranger quel qu'il soit, pourvu que cet acte soit légalisé et déposé au rang des minutes d'un notaire français ou rendu exécutoire en France et qu'il soit accompagné, le cas échéant, d'une traduction en langue française ».

246Cass., 15 janvier 1853, *Pas.*, 1853, I, 104 ; reproduit in *Les grands arrêts de la jurisprudence belge. Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 1981, 117. 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.

247I. PEETERS, *o.c.*, n° 5.

248L'on réservera toutefois la possibilité de rendre exécutoire, en vertu de l'article 57 du Règlement 44/2001 (qui remplace, dans les relations entre les Etats membres, notamment la convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925 et la convention belgo-française, qui prévoyaient toutes deux une disposition spécifique visant les actes constitutifs 'hypothèque) la procuration dressée par un notaire néerlandais. Il est en effet communément accepté qu'une fois un acte exequaturé, rien n'empêche son inscription sur les registres des conservateurs

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 Belgique.²⁴⁹

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 exécutoire.²⁵⁰

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 France.^{251 252} Cette interprétation restrictive du prescrit légal doit sans doute se comprendre comme un aveu que la solution légale peut encore difficilement être défendue aujourd'hui.²⁵³

Le parallélisme n'est dès lors pas parfait. Il n'empêche que l'on relève une certaine similitude entre les réglementations. Dans les deux ordres juridiques, la question se pose de savoir si le texte légal, déjà ancien, 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 préalable.²⁵⁴ En France, c'est l'adoption du décret n° 55-22 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*

d'hypothèque.

249L'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.

250En ce sens, E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Rép. Not.*, t. X, L. I, 193, n° 255.

251Voy. 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. La procuration devra cependant être établie sous la forme authentique puisque la loi française, applicable au titre de *lex rei sitae*, impose le recours à cette forme.

252Il en va de même aux Pays-Bas où l'on accepte que l'article 3:31 n'est pas applicable aux procurations, voy. J.C.H. MELIS, *op. cit.*, Kluwer, 2003, 293.

253C'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, p. 93 e.s.

254L'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 induist 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 hypothécaire 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.

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 considérer que le décret de 1955 a mis fin au monopole des notaires français.²⁵⁵

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 internationaux;²⁵⁶ 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'étranger.²⁵⁷

L'on notera 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 établis.²⁵⁸ 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 répond 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 américain.²⁵⁹

255Voy. 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..

256M. KHAIRALLAH fournit des renseignements sur les traités pertinents pour la France (*Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 18).

257Pour le droit français, voy. G. KHAIRALLAH, *Rép. Internal. Dalloz*, v° Hypothèques, 1998, n° 16. L'on sera toutefois attentif au fait que depuis le 1er 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 *JCP*, 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? », *JCP*, N, 2005, n° 1442, pp. 1797 e.s.

En droit néerlandais, une loi du 25 juillet 1871 confère également compétence aux consuls néerlandais en poste à l'étranger pour exercer certaines compétences notariales. Voy. J.C.H. MELIS, *op. cit.*, Kluwer, 2003, 295.

258On 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?

259L'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-

On relèvera pour terminer qu'il n'est pas exclu que les règles en vigueur tant en France qu'en Belgique fassent 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, relèvait 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 injustifiée.²⁶⁰ Cette décision est lourde de conséquences pour le régime français, bien plus restrictif que l'obligation imposée par le droit autrichien.

Au total, l'on retiendra que les actes d'affectation hypothécaire circulent difficilement, voire pas du tout. Le régime de publicité foncière, condition essentielle de l'efficacité de la garantie hypothécaire, est encore profondément empreint des spécificités nationales. Il faut dès lors se résigner à recourir aux services d'un professionnel local du droit, au fait des particularités imposées par la loi du lieu de situation de l'immeuble, pour recevoir l'acte d'affectation hypothécaire. Lorsque l'hypothèque vise à garantir la créance d'un établissement de crédit étranger, l'irrésistible attraction qu'exerce l'Etat du lieu de l'immeuble sur l'acte d'affectation hypothécaire, imposera de dissocier ce dernier de l'acte de crédit. Cette dissociation pourrait inciter l'établissement de crédit à explorer d'autres voies que l'hypothèque pour garantir sa créance.

§ 2. *Les autres garanties du financement*

Au titre des autres garanties possible, il importe d'évoquer principalement le privilège du prêteur de deniers du droit français. Ce privilège, introduit dans l'arsenal juridique français en

Bas (Hoge Raad, 21 novembre 1952, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1958, 512. Voy. les doutes sur cette solution de M. GORÉ, « L'acte authentique en droit international privé », *Travaux comité fr. dip.*, 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.

260C.J.C.E., 16 mars 1999, *Manfred Trummer et Peter Mayer*, aff. C-222/97, *Rec.*, 1999, I-1661.

1971, trouve sa concrétisation à l'article 2379 du Code civil.²⁶¹ Il connaît un succès certain en France, principalement en raison de son traitement fiscal avantageux.²⁶² L'on notera que ce privilège, qui a la particularité de rétroagir à la date de la vente,²⁶³ 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 vente.²⁶⁴ Ceci doit faire l'objet d'une constatation expresse dans l'acte d'emprunt, qui par ailleurs doit faire l'objet d'un acte authentique.²⁶⁵

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 accessoires.²⁶⁶

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 visant à 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 a priori 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 concernent.²⁶⁷ 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 du mécanisme du privilège du prêteur de

261 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.

262 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 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 ».

263 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 ».

264 Le privilège ne couvre dès lors pas le prêt consenti pour le financement de travaux ou le financement des frais de la vente.

265 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.

266 Voy. les observations de M. CAGNIART, « Financement de l'acquisition d'un immeuble en France par des étrangers », *Droit & Patrimoine*, juin 2007 (62), 64.

267 G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Story-scientia, 1989, 303, n° 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, p. 15 e.s., n° 13 e.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).

deniers.²⁶⁸ Ceci ne serait possible que si l'établissement de crédit accepte de soumettre le contrat de prêt à la loi française. Un tel choix, possible en théorie, contraindrait toutefois l'établissement à un difficile exercice de réécriture du contrat habituellement utilisé. L'effort sera important et souvent trop onéreux pour être justifié.²⁶⁹ 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 global.²⁷⁰

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 loi.²⁷¹

La doctrine a cependant proposé plusieurs pistes pour contourner l'obstacle.²⁷² La solution la plus efficace consiste à procéder à un *dépeçage* du 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

268En 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.

269Si 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.

270La 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 un terme 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 »).

271Mme Révillard fait cependant 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.

272M. 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).

utiliser les contrats qui lui sont familiers.²⁷³

Le dépeçage est une technique reconnue du droit des contrats internationaux,²⁷⁴ même s'il faut bien avouer qu'en pratique les exemples de mise en oeuvre de cette technique sont fort rares. Elle semble pouvoir offrir une parade efficace au caractère national des privilèges.²⁷⁵ 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 ».²⁷⁶ 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 privilège?²⁷⁷

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 étranger 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 délicate.²⁷⁸

En guise de conclusion

Les questions soulevées par l'immobilier dans les relations internationales privées, sont complexes et nombreuses. L'exposé qui précède n'avait aucune vocation à l'exhaustivité. Il a permis de constater que si le lieu de situation de l'immeuble exerce une attraction indéniable sur le contrat de vente de l'immeuble et sur l'acte d'affectation hypothécaire, le contrat de

273 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 »).

274 Elle est consacrée expressément par l'article 3 § 1 du Règlement 593/2008.

275 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, p. 15 e.s., n° 16).

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

277 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).

278 Voy. l'exemple suivant que nous avons rencontré en pratique dans 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. Le contrat contenait 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 ».

crédit peut par contre être pensé en faisant abstraction des règles et pratiques de l'Etat où l'immeuble est situé. L'on peut donc envisager un certain découplage de l'opération d'acquisition immobilière : l'acte de crédit peut être rédigé sans avoir égard aux règles et exigences de l'Etat où l'immeuble est situé, l'acte de vente et la garantie hypothécaire demeurant par contre soumis aux impératifs de cet Etat.

Le sort différent que peuvent connaître l'acte de crédit, l'acte de vente et l'acte d'affectation hypothécaire, contraint à envisager avec soin les différentes étapes de la réalisation d'un projet immobilier international. Puisse la présente contribution permettre aux professionnels concernés d'envisager ces projets en pleine connaissance de cause.

* * *