

LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ BELGE

Patrick Wautelet

Chargé de cours ULg – avocat (Stibbe)

1. *Introduction* - La loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé n'est pas passée inaperçue.¹ Le Code, qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004, s'articule autour de deux grands axes. Un premier ensemble de dispositions apporte une réponse générale aux trois questions traditionnelles de la discipline - la compétence internationale des juridictions belges, la détermination du droit applicable et enfin les effets que peuvent sortir en Belgique les jugements étrangers.

A ces dispositions générales, qui feront l'objet d'un commentaire succinct dans une première partie (I), s'ajoutent des règles particulières qui visent les questions classiques du droit international privé. Elles feront l'objet de commentaires dans la mesure où elles intéressent directement la pratique bancaire et financière (II).

I. Le Code de droit international privé : un aperçu général

2. *Une réglementation subsidiaire* - Avant d'évoquer brièvement les règles générales du Code, il faut souligner la vocation *subsidiaire* de cette nouvelle réglementation. Le Code n'a en effet pas pour ambition de rassembler de façon exhaustive l'ensemble des dispositions intéressant la discipline. L'article 2 indique au contraire que le Code s'efface non seulement devant les règles d'origine internationale,² ce qui va de soi, mais également devant les règles spéciales prévues en droit belge.

Il faudra dès lors composer avec les règles particulières, qui se multiplient ces dernières années. L'on pense spécialement à l'article 7 de la loi du 28 avril 1999 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres,³ à l'article 17 de la loi relative aux sûretés financières⁴ et aux dispositions particulières relatives à l'insolvabilité des

¹ Cf. les premiers commentaires par H. BOULARBAH (dir.), « Le nouveau droit international privé belge », *J.T.*, 2005, 173, e.s. ; J. ERAUW, « Het vernieuwde internationaal privaatrecht van België wordt van kracht », *R.W.*, 2004-2005, 121 e.s. ; L. BARNICH, « Présentation du nouveau code belge de droit international privé », *Rev. not.*, 2005, 6 e.s. ; J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. dip.*, 2005, n°1 ; A. VAN GEEL (et N. LABEEUW), « Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht : de verwachte (r)evolutie... of toch niet helemaal ? », *Nieuwsbrief notariaat*, 2004, n° 17-18, pp. 1-9, n° 19, pp. 1-8 et n° 20, pp. 1-8 ; T. KRUGER, « Het nieuwe Belgische IPR », in *Recht in beweging. 12de VRG-Alumnidag*, Maklu, Anvers, 2005, 83-106 ; M. DAELEMANS, « The New Belgian Code on Private International Law », *Journ. Intl. B. F. L.*, 2004, 461-462.

² Au rang desquelles l'on relèvera surtout les différents règlements européens adoptés ces dernières années, et notamment le Règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 (*J.O.C.E.* L-160/37 du 30 juin 2000) ; le Règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 (*J.O.C.E.* L-174/1 du 27 juin 2001) ; le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*J.O.C.E.*, 12 janvier 2001, L-12/1) et le Règlement (CE) n° 1346/2000 du 31 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (*J.O.C.E.* du 30 juin 2000, L-160/1).

³ Qui transpose la Directive 98/26/CE du 19 mai 1998, *M.B.*, 1 juin 1999.

⁴ Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûretés réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005. Cf. les commentaires de M. VAN DER HAEGEN, « Les sûretés

établissements de crédit et des entreprises d'assurance.⁵ A terme, la cohérence de l'appareil législatif pourrait souffrir de cette diversité de sources.

Pour les personnes morales, l'on notera que si l'article 56 du Code de sociétés est supprimé, le Code laisse intact d'autres dispositions du titre I^{er} du livre IV du Code des sociétés.⁶

Le praticien sera dès lors attentif à consulter, outre le Code, les autres sources éventuelles pour obtenir une vision complète de la matière.⁷

3. Compétence internationale - Le Code de droit international privé prévoit deux types de règles de compétence.⁸ Les unes, générales, s'appliquent en principe à tous les contentieux (art. 5 e.s. du Code). Les autres, particulières, ne visent qu'un contentieux bien défini. Ces deux ensembles, appelés à s'appliquer principalement dans des espèces extra-européennes, doivent être combinés pour délimiter les contours exacts de la compétence internationale des juridictions belges.

Les règles de compétence générales prolongent certaines règles classiques que l'on trouvait déjà dans le Code judiciaire. Il en va ainsi de l'article 5, qui confère compétence aux tribunaux du domicile du défendeur. Ce principe classique reçoit avec le Code une nouvelle formulation mieux adaptée à la diversité des situations susceptibles d'être soumises aux tribunaux.

Le Code innove toutefois sur certains points, en profitant notamment de l'expérience acquise avec la Convention de Bruxelles. L'on notera par exemple que les articles 6 et 7 constituent la première consécration générale de la possibilité accordée aux parties de déterminer elles-mêmes le tribunal compétent.⁹ L'article 6 vise les clauses accordant compétence aux tribunaux belges, tandis que l'article 7 pose les conditions de validité des clauses dérogeant à la compétence internationale des tribunaux belges et accordant compétence aux tribunaux d'un Etat étranger. On regrettera que les articles 6 et 7 permettent aux tribunaux belges d'écarter une clause d'élection de for.

financières : bouleversement du droit des sûretés ? Nouvelles règles de droit matériel relatives au gage et nouvelles règles de droit international privé », *AEDBF/EVBFR*, 2004-2005, pp. 9 s.

⁵ Loi du 6 décembre 2004 modifiant notamment, en matière de procédures d'insolvabilité, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, *M.B.*, 28 décembre 2004 (et les commentaires sur l'une des directives à l'origine de cette législation : J.-P. DEGUEE, "La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : une solution aux défaillances bancaires internationales ? » *Euredia*, 2001-2002, 241-311 et E. GALANTI, "The New EC Law on Bank Crisis", *International Insolvency Review*, 2002, 49-66).

⁶ A savoir les articles 57 à 59, 81 à 89 et 107.

⁷ Il sera aidé dans cette tâche par deux récents recueils qui ont pour objet de rassembler l'ensemble des sources pertinentes, à savoir : *Code de droit international privé*, par J. -Y. CARLIER, M. FALLON et B. MARTIN-BOSLY, Bruxelles, Bruylant, 2004, 779 p. et J. ERAUW et C. ROMMELAERE, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Gandaius, Kluwer, 2004, 491 p.

⁸ Cf. les commentaires de A. NUYTS « Le nouveau droit international privé belge – compétence judiciaire », *J.T.*, 2005, 177 e.s.

⁹ Cf. toutefois les dispositions particulières applicables dans certaines matières et notamment l'article 32-20° de la loi sur les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs du 14 juillet 1991 ainsi que l'article 30 de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales. *Adde* Cass., 2 novembre 2001, *R.C.J.B.*, 2003, 263, note M. FALLON, « La dérogation volontaire à la compétence internationale ».

Même si cette possibilité ne leur est conférée que dans des circonstances exceptionnelles, elle contraindra le praticien belge à émettre une réserve lorsqu'il lui est demandé d'émettre une opinion sur un contrat conférant compétence à des tribunaux extra-européens.

La même timidité s'observe à l'égard de l'exception de litispendance. Il était temps de permettre à la partie qui a engagé une procédure devant un tribunal étranger de paralyser la saisine concurrente ultérieure du juge belge. Ce nouvel outil ne constitue toutefois pas une obligation pour les juridictions belges. L'article 14 du Code entoure l'exception de litispendance de nombreuses conditions dont certaines ne manqueront d'ailleurs pas de faire naître un contentieux difficile.¹⁰ En outre la formulation retenue, qui fait dépendre le jeu de la litispendance de l'existence d'une identité de cause et d'objet, pourrait se révéler d'une application difficile dans un contexte international.

Au total, le Code se montre généreux lorsqu'il s'agit de déterminer les limites de la compétence internationale des tribunaux belges. Il faut en effet ajouter aux règles déjà citées un for de nécessité (art. 11) qui permet aux tribunaux belges de se déclarer compétents lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible. Cette largesse se comprend dès lors que le Code est destiné à s'appliquer principalement dans les relations avec des Etats qui ne sont pas liés par un traité avec la Belgique.

4. Les règles générales de conflit - La théorie générale des conflits de lois demeure capitale pour l'application concrète des règles de rattachement prévues par le Code.¹¹ Le praticien retrouvera aux articles 15 e.s. du Code les doctrines qui lui sont déjà familières. Le Code confirme en effet, en les précisant, les doctrines classiques de la théorie des conflits de lois, et notamment l'exception d'ordre public (art. 21) et celle de la fraude à la loi (art. 18). Une disposition particulière vise les 'règles spéciales d'applicabilité' (art. 20). Il s'agit en réalité des traditionnelles lois de police dont la vocation impérative et prioritaire est confirmée. Le Code confirme également l'orientation multilatéraliste du droit international privé belge dont les règles ne se limitent pas à déterminer l'application de la loi belge.¹²

Deux nouveautés méritent de retenir l'attention. D'une part la technique du renvoi est supprimée (art. 16). En principe, la référence par une règle de rattachement du Code au droit étranger s'entend dès lors uniquement des règles matérielles du droit étranger, à l'exclusion des règles de rattachement. La disparition du renvoi, pourtant fort apprécié des praticiens soucieux d'assurer le retour au droit belge,¹³ s'explique aisément par le travail méticuleux de sélection des facteurs de rattachement.¹⁴ A quoi

¹⁰ Notamment la possibilité pour le juge belge de tenir compte des "exigences d'une bonne administration de la justice ».

¹¹ Cf. nos commentaires : "Le nouveau droit international privé belge – conflits de lois », *J.T.*, 2005, 180 e.s.

¹² Cf. l'article 110 sur les sociétés qui corrige l'erreur du Code de sociétés dont l'article 56 se contentait de préciser le champ d'application du droit belge.

¹³ Et consacrée fort récemment par la Cour de cassation : Cass., 17 oct. 2002 (*C.D.S.L. / B.M.*), *R.T.D.F.*, 2003, 341, note M. FALLON.

¹⁴ Cf. toutefois les hésitations de F. BOUCKAERT, « Werd 'renvoi' uit het nieuw ontwerp van IPR-Wetboek verbannen? », in *Liber amicorum J. Herbots*, E. DIRIX et al. (éds.), Deurne, Kluwer, 2002, 15-30.

bon en effet s'efforcer de traduire dans des règles de rattachement modernes un impératif de proximité si l'on permet dans le même temps aux interprètes de délaissier la règle de rattachement belge au profit d'une règle étrangère ?

Le Code prévoit trois exceptions à ce principe général, dont une intéresse directement les sociétés. Dans la mesure où le renvoi organisé par le Code est instrumentalisé et mis au service de buts bien définis, il faut accepter que les exceptions constituent autant d'obligation pour les juridictions belges de tenir compte des règles de rattachement étrangères.

Une attention particulière devra être portée à la clause générale d'exception prévue par l'article 19 du Code.¹⁵ Expression d'un principe de proximité, cette clause permet aux juridictions belges de s'écarter, dans des circonstances exceptionnelles, du résultat auquel conduit une règle de rattachement pour privilégier l'application d'une règle nationale lorsque celle-ci présente un meilleur titre à s'appliquer. Le Code prend soin d'entourer le jeu de l'exception de nombreuses garanties et restrictions, notamment suite aux observations du Conseil d'Etat sur une version antérieure du texte.¹⁶

Le Code exclut fort heureusement le jeu de la clause d'exception lorsque les parties ont choisi la loi applicable à leur relation. Il aurait été regrettable que la matière contractuelle soit soumise à l'imprévisibilité inévitablement associée à une telle clause.¹⁷ L'article 19 prévoit d'autre part une série de conditions qui enserrent le jeu de la clause d'exception dans un strict carcan. La règle de rattachement ne pourra ainsi être écartée que s'il est manifeste que la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné et qu'elle présente dans le même temps des liens très étroits avec un autre Etat. Ces conditions reposent sur une analyse des circonstances de chaque espèce, analyse qui devra s'appuyer sur le souci de prévisibilité du droit applicable ainsi que sur celui de respecter d'éventuels droits valablement acquis sous l'empire d'une loi étrangère.

L'on retiendra que, dans la mesure où le Code prévoit des règles précises qui sont d'ailleurs parfois assorties d'exceptions visant des situations particulières, la clause d'exception n'a vocation à s'appliquer que dans une infime minorité de cas où le hasard des relations internationales conduit à un réel déchirement entre le siège de la situation et le droit déclaré applicable.¹⁸

¹⁵ Cf. les commentaires de L. BARNICH, « La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 59-72.

¹⁶ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 193.

¹⁷ L'article 19 exclut également le jeu de la clause d'exception « *lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celle-ci* ». Cette exclusion vise les règles de rattachement à caractère substantiel. L'on songe au rattachement alternatif retenu par l'article 83 pour la forme des testaments, qui vise à éviter autant que faire se peut les difficultés liées à la validité formelle des dispositions à cause de mort.

¹⁸ L'on notera également que la clause d'exception n'a pas vocation, au contraire de l'exception d'ordre public, de permettre de façon systématique le retour au droit belge, pas plus d'ailleurs qu'elle n'autorise le juge à remédier, au nom d'une équité mal comprise, à des situations jugées difficiles. On acceptera également que la clause d'exception ne peut jouer contre une règle spéciale d'applicabilité.

5. *Reconnaissance et exécution des décisions étrangères* – Le Code de droit international privé élargit considérablement la portée de la reconnaissance de plein droit dont jouissaient déjà les décisions relatives à l'état et à la capacité.¹⁹ Dorénavant, ce sont en effet toutes les décisions étrangères, quelle que soit la matière concernée, qui pourront être invoquées, sans devoir recourir à une procédure préalable, à l'appui d'une exception de chose jugée.²⁰

Pour faire mettre à exécution une décision étrangère, il sera par contre toujours nécessaire de se soumettre à une procédure préalable visant à vérifier la conformité de la décision à l'ordre public et à d'autres principes fondamentaux. Le Code complète toutefois utilement le régime de cette procédure préalable, en précisant la compétence des tribunaux, le régime de la demande et celui des pièces à fournir.²¹ Il en résulte une plus grande lisibilité du régime des décisions étrangères. Le nouveau régime n'évite toutefois pas les incohérences, notamment lorsqu'il prévoit que la déclaration de la force exécutoire ne peut être obtenue que dès lors que la décision étrangère ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire, tout en permettant qu'une telle décision puisse faire l'objet de « mesures d'exécution provisoires ».²²

6. *Règle de droit transitoire* - Les questions de droit transitoire constitueront sans conteste l'un des points sensibles de la nouvelle réglementation dans les prochaines années. Les articles 126 et 127 du Code y sont consacrés. Le premier précise que les nouvelles règles de compétence internationale ne pourront être invoquées qu'à l'égard des procédures engagées après l'entrée en vigueur du Code, fixée au 1^{er} octobre 2004.²³ Le nouveau régime des décisions étrangères s'appliquera de même aux décisions étrangères rendues après cette date.

L'article 127 détermine l'application dans le temps des règles relatives au droit applicable. Le principe qu'il pose est de facture classique puisqu'il stipule que les nouvelles règles seront applicables aux « actes et faits juridiques qui sont survenus après son entrée en vigueur ». L'application immédiate des règles du Code aux « effets produits par son entrée en vigueur par un acte ou un fait juridique survenu avant son entrée en vigueur » peut également s'appuyer sur une tradition bien établie.²⁴

L'application de ces règles générales soulèvera certainement de difficiles questions. Ainsi, l'on peut se demander, à propos de la constitution d'un droit de gage sur une créance (*infra* sur cette question), s'il faut considérer que cette opération fait naître des effets à chaque fois qu'elle est invoquée par une partie ou si, au contraire, il s'agit d'une opération 'instantanée', qui cristallise la position de toutes les parties intéressées au moment de sa conclusion. La réponse à cette question, qui confine à la métaphysique, n'est pas dénuée de pertinence, puisque le Code modifie le régime de

¹⁹ Cf. H. BOULARBAH, "Le nouveau droit international privé belge – efficacité des jugements et actes authentiques", *J.T.*, 2005, 184 e.s.

²⁰ Article 22, § 1^{er}, al. 2.

²¹ Article 23 et 23 du Code.

²² Articles 23, § 4 et 25, § 1^{er}, 4^o.

²³ L'on se rappellera qu'en droit belge, une demande est réputée pendante au moment de la signification introductive d'instance, pour autant que celle-ci ait été inscrite au rôle général la veille de l'audience. Cfr. Cass., 1 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 102; *J.T.*, 1992, 475, obs. J.F. ROMAIN; Cass., 4 mars 1994, *R.W.*, 1994-95, 93; Cass., 9 décembre 1996, *R.W.*, 1996-97, 1296, obs. S. GEEROMS.

²⁴ Cass 9 septembre 1993, (*Ministre des Finances / W.*), *Pas.*, 1993, I, 665.

l'opposabilité de l'opération.²⁵ Même si la sécurité juridique pourrait être mise en péril, il faut sans doute accepter que le gage n'épuise pas l'ensemble de ses effets juridiques au jour de sa constitution. L'opposabilité aux tiers d'un droit de gage semble au contraire constituer un « effet » produit par la constitution du gage au moment où le créancier gagiste oppose son droit à d'autres créanciers. Dans cette mesure, les relations entre le créancier gagiste et les autres créanciers ne constituent une situation révolue et définitivement acquise que pour autant qu'elles aient été figées par une situation de concours.²⁶ A suivre cette lecture de l'opération de mise en gage, la nouvelle règle posée à l'article 87, § 3 du Code s'appliquera aux opérations conclues avant le 1^{er} octobre 2004, pour autant que le créancier gagiste n'ait pas, avant cette date, fait l'objet d'une mesure de faillite ou d'une autre situation de concours.²⁷

L'application des règles générales de droit transitoire aboutit au même résultat.²⁸ On enseigne en effet qu'en matière de sûretés conventionnelles réelles, la loi nouvelle s'applique également aux effets réels nouveaux des situations déjà constituées.²⁹ L'opposabilité d'une sûreté aux tiers constitue indéniablement un effet réel qui peut dès lors être soumis, contrairement aux questions purement contractuelles, aux règles nouvelles.

7. L'on remarquera que le Code préserve les contrats et des obligations délictuelles dont la date de naissance est antérieure à son entrée en vigueur.³⁰ Les effets nouveaux de ces situations déjà nées ne pourront être remis en question par l'application de règles du Code. Ce faisant, l'article 127 consacre dans certains domaines particuliers les droits acquis ou du moins les attentes légitimes des parties.³¹

²⁵ *Infra* sur l'article 87, § 3 du Code.

²⁶ L'exposé que donne M. de Page sur la distinction entre situations 'instantanées' et situations qui peuvent développer des effets futurs (cf. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, 332-333, n° 231 *bis*) démontre la difficulté de saisir juridiquement et avec précision des relations humaines soumises à l'influence du temps. M. de Page ajoute en effet à la distinction précitée, une sous-distinction entre situations juridiquement épuisées et définitivement liquidées et situation juridique instantanée mais non encore liquidée (p. 334, n° 231 *bis*), cette dernière pouvant selon l'éminent auteur bénéficier d'une loi nouvelle « plus douce ».

²⁷ *Comp.* toutefois avec la position défendue par M. VAN DER HAEGEN in « Nouvelles règles de droit matériel relatives au gage et nouvelles règles de droit international privé », texte distribué lors du séminaire AEBDF consacré aux Sûretés financières, décembre 2004, p. 18. Selon cet auteur, la nouvelle règle ne s'applique qu'à des opérations conclues après le 1^{er} octobre 2004 « car l'opposabilité aux tiers est un effet immédiat que la loi attache à l'acte qui assure cette opposabilité selon la loi qui régit cette question au moment où l'acte est accompli ».

²⁸ Le recours aux règles générales de droit transitoire ne se justifie en principe pas, puisqu'existe une règle spécifique de droit transitoire (art. 127 du Code). La Cour de cassation a par ailleurs décidé qu'il fallait se garder de puiser, dans les règles déterminant le champ d'application dans le temps de nouvelles règles matérielles, des enseignements pour le conflit transitoire international : Cass 9 septembre 1993, précité. Sur les règles de droit transitoire spécifiques au droit international privé, cf. P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, APR, Anvers, 1999, 91-97. Toutefois, dans la mesure où l'article 127 du Code se contente de reprendre à son compte les principes généraux du droit transitoire, celui-ci peut servir d'inspiration.

²⁹ V. SAGAERT, "Intertemporele werking van zakelijke zekerheidsrechten", in *Commentaar Voorrechten en Hypotheken*, Kluwer, 2002, 23, n° 17.

³⁰ Article 127, § 1^{er} *in fine*.

³¹ Que la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de réserver dans l'arrêt précité de la Cour de Cassation. La Cour avait en effet décidé que « *si, en règle, une loi nouvelle s'applique, non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi*

Il n'est pas exclu que les cours et tribunaux aient recours à cette technique, au-delà des quelques exceptions expressément consacrées par le Code, pour limiter l'application immédiate des règles nouvelles aux effets nouveaux des situations anciennes.³² La technique des droits acquis pourrait notamment être invoquée pour écarter l'application du Code à une opération antérieure au 1^{er} octobre 2004 visant à constituer des droits réels sur une créance, dans la mesure où lors de cette constitution, des formalités particulières ont été respectées pour assurer l'opposabilité de l'opération aux tiers. Dans ce cas en effet, l'accomplissement des formalités selon la loi applicable à l'époque à l'opposabilité de l'opération, à savoir la loi d'autonomie (*infra*), crée une attente légitime dans le chef des parties à pouvoir bénéficier de l'opposabilité que ces formalités visent à garantir.³³ Le recours aux droits acquis serait plus fragile lorsque la constitution du gage n'a donné lieu à aucune formalité particulière à l'égard des tiers, dans la mesure où l'attente du créancier gagiste n'aura pas été objectivée par un comportement susceptible d'être appréhendé par les tiers.

De même, il faudra écarter l'application de la règle nouvelle dès lors que le créancier qui a concédé un droit réel sur sa créance a fait l'objet d'une mesure de faillite ou d'une autre situation de concours avant le 1^{er} octobre 2004.³⁴ Il faut en effet accepter, au nom de l'égalité des créanciers, que l'existence d'une telle situation fige les droits des parties au jour du concours, sans qu'une loi nouvelle puisse la modifier.³⁵

II. Les biens et les titres³⁶

8. Le chapitre consacré aux biens se révélera d'une grande utilité pratique. Le droit international des biens souffrait en effet du caractère rudimentaire de la règle de rattachement classique, conçue pour une économie fondée sur la propriété foncière. Sans abandonner le traditionnel rattachement à la *lex rei sitae*, le Code multiplie les règles spéciales qui permettront une approche plus fine des questions réelles.

nouvelle, il est toutefois dérogé à cette règle lorsque l'application immédiate de la loi nouvelle porterait atteinte à des situations antérieures définitivement accomplies ».

³² Cons. toutefois l'opinion de M. de Page, pour qui la doctrine des « droits acquis » procède d'une incompréhension de la nature du conflit transitoire, : *op. cit.*, 340, n° 231 *quater*.

³³ Le créancier désireux d'échapper à l'application du Code pourrait s'appuyer, outre sur le vague principe des « droits acquis », également sur la protection offerte par l'article 1 du 1^{er} Protocole de la CEDH. Cf. CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera N.V. c. Belgique*, *Publ. Cour. Eur. D.H.*, Série A n° 332 ; *J.T.*, 1996, 794.

³⁴ Cf. V. SAGAERT, *l.c.*, in *Commentaar Voorrechten en Hypotheken*, Kluwer, 2002, 23, n° 11.

³⁵ En ce sens à propos du gage, Cass., 20 janvier 1941, *Pas.*, 1941, I, 22 (en l'espèce, une banque se prévalait d'un gage sur un fonds de commerce que lui avait concédé un commerçant alors que la banque avait connaissance du mauvais état des affaires de son débiteur. Le curateur de la faillite du commerçant contestait l'opposabilité du gage, sur base de l'article 8 de la loi du 25 octobre 1919, qui permettait l'annulation d'un gage concédé en de telles circonstances. La banque répondait que cette disposition avait été abrogée par un arrêté royal n° 202 du 30 mars 1936, en sorte que le gage ne pouvait pas être annulé. La Cour refusa de casser l'arrêt qui avait rejeté la prétention de la banque, au motif que la faillite avait été déclarée en 1931 et qu'à cette date le gage était nul. Selon la Cour, « une disposition légale ultérieure, fut-elle d'ordre public, n'aurait pas pu avoir pour effet de modifier la situation réglée [au jour de la faillite] et la répartition de la masse entre les créanciers que si, de toute certitude, le législateur avait entendu déroger au principe de la non-rétroactivité des lois ».

³⁶ Une partie des développements qui suivent sont extraits de la contribution « Actualités du droit des biens en droit international privé » à paraître in *Le droit des biens*, B. TILLEMANS et P. LECOQ (éd.), La Charte, 2005.

A. Compétence internationale en matière réelle

9. En matière de compétence internationale, l'article 85 du Code confirme la solution retenue par l'article 635 (1) du Code Judiciaire, qui conférait compétence aux tribunaux belges dès lors que la demande portait sur un bien situé en Belgique.³⁷ La règle ancienne ne visait que les biens immobiliers. L'article 85 étend la compétence aux contestations portant sur des biens *mobiliers*.

L'article 85 n'instaure toutefois pas un 'for du patrimoine' comme en connaissent certaines législations étrangères puisque la compétence qu'il accorde aux juridictions belges ne vise que les demandes « *concernant des droits réels sur un bien* ». Il sera dès lors impossible d'invoquer cette compétence pour soumettre aux tribunaux un litige qui ne concerne pas directement le statut réel du bien.³⁸

10. Les tribunaux belges sont également compétents, selon l'article 85, pour connaître des contestations relatives aux patrimoines composés d'un ensemble de biens, du moins lorsqu'ils sont affectés à une destination particulière, dès lors que le patrimoine est réputé être situé en Belgique. Il faut combiner cette règle avec la présomption introduite par l'article 87, § 2 selon laquelle un patrimoine est réputé situé sur le territoire de l'Etat avec lequel le patrimoine présente les liens les plus étroits. Les tribunaux belges seront dès lors compétents pour connaître des contestations relatives à un fonds de commerce situé en Belgique et ce même si une partie de sa clientèle est française.

11. Enfin, l'article 85 *in fine* introduit une règle spéciale à l'égard des demandes concernant des droits réels sur une créance. S'inspirant de la solution retenue par le Règlement insolvabilité,³⁹ le Code permet de saisir les tribunaux belges dès lors que le débiteur est domicilié ou réside habituellement en Belgique.⁴⁰

Cette compétence spéciale ne vise que les seules demandes portant sur un droit réel relatif à une créance.⁴¹ L'on pense à un conflit de priorité entre d'une part un créancier au profit de qui son débiteur aurait mis en gage une créance, et d'autre part un ou plusieurs autres créanciers du même débiteur.

Il suffira dès lors de démontrer que le débiteur de la créance gagée était domicilié en Belgique lors de l'introduction de la demande pour justifier la saisine des tribunaux belges dans un litige opposant une banque américaine qui a reçu un gage sur une

³⁷ Sur cette règle, cf. R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985, 421 e.s.

³⁸ L'observateur attentif remarquera que la règle de compétence ne prétend pas accorder une compétence *exclusive* aux tribunaux belges – comme le fait l'article 22(1) du Règlement 44/2001 en matière immobilière. S'agissant de biens meubles situés en Belgique, il n'est pas nécessaire, à notre estime, de conférer, de manière générale, à la compétence des tribunaux belges un caractère exclusif. Il n'en irait autrement que pour des biens mobiliers faisant l'objet d'un statut particulier – l'on pense à des biens faisant partie du domaine public ou aux biens culturels qui font partie du patrimoine culturel des communautés, régions ou de l'Etat fédéral.

³⁹ Cf. l'article 2 (g) du Règlement 1346/2000 relative à l'insolvabilité, qui répute les créances localisés au domicile du débiteur de la créance.

⁴⁰ L'article 4 du Code définit les concepts de 'domicile' et 'résidence habituelle'.

⁴¹ L'article 85 est à mettre en rapport avec l'article 87, § 3 du Code, sur lequel *infra*.

créance dont est titulaire un de ses clients américains et l'établissement de crédit canadien qui prétend être également titulaire d'un droit réel sur cette même créance. Cette extension de la compétence internationale des tribunaux belges doit s'apprécier à la lumière du nouveau rattachement prévu à l'article 87, § 3 du Code pour la constitution de droit réel sur une créance.

B. Le droit applicable

12. La plupart des règles de rattachement consacrées par le chapitre VII du Code confirment les solutions anciennes, fondées sur le rattachement territorial retenue par l'article 3 du Code civil.⁴² Une lecture synthétique de ce chapitre fait apparaître un principe général aux contours bien délimités (i), suivi de quelques règles particulières (ii).

(i) *La règle générale : confirmation de la territorialité du statut réel*

13. Confirmant l'orientation prise par la jurisprudence, l'article 87 du Code prévoit une règle bilatérale, selon laquelle les droits réels sur un bien sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel ce bien est situé.

Cette règle est générale : elle vise tant les biens mobiliers qu'immobiliers, les biens corporels et incorporels. L'article 87 du Code vise expressément les seuls « droits réels ». Il s'impose dès lors de délimiter avec précision le rôle de la loi réelle qui ne vise que les *jura in re* à l'exclusion des *jura ad rem*. Partant, si l'on consultera la loi de la situation du bien vendu pour déterminer quelle est l'assiette du privilège du vendeur d'un bien et selon quelles modalités ce privilège doit être exercé, il faudra avoir égard à la *lex contractus* pour déterminer si le vendeur possède un tel privilège.

14. Attentif au conflit mobile, le législateur a consacré la solution classique qui prescrit l'application de la législation de la situation *actuelle*.⁴³

Cette règle ne pourra toutefois être invoquée que pour *l'exercice* des droits réels. En ce qui concerne l'acquisition et la perte de droits réels, il est en effet fait exception à l'application de la loi de la situation actuelle. L'article 87, § 1, al. 2 précise que l'acquisition et la perte de droits réels sur un bien doit être appréciée à la lumière du droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien en question était situé au moment où sont survenus les faits qui réalisent l'acquisition ou la perte. L'on retrouve la distinction, classique, entre le contenu du droit réel, soumis à la loi de la situation actuelle, et les procédés d'acquisition des droits réels, que n'affectent pas les déplacements ultérieurs des biens. Il serait en effet contraire à la sécurité juridique de permettre à la loi de la situation nouvelle de régir, rétroactivement, les conditions de validité et les effets d'un

⁴² Il en va ainsi de l'article 88 du Code, qui dispose que les biens en transit (*res in transitu*) sont régis par le droit de l'Etat de destination, et de l'article 89 du Code qui consacre une localisation fictive pour les moyens de transport que constituent les avions, navires et bateaux. Pour autant que ces moyens de transport doivent faire l'objet d'une inscription dans un registre public, ils seront soumis à la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'inscription a eu lieu.

⁴³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, II, 7^{ème} éd., 1983, 169, n° 511.

transfert de propriété ou de l'acquisition d'un autre droit réel qui a eu lieu avant le déplacement du bien.⁴⁴

15. L'article 87, § 2 du Code aborde le délicat problème des universalités. Le Code retient l'idée d'une localisation fictive, qui est réputée être celle de l'Etat avec lequel le patrimoine présente les liens les plus étroits. Il semble que cette localisation fictive couvre l'ensemble du patrimoine, en ce compris les biens corporels qui sont de nature à posséder une localisation réelle. L'on retiendra en outre que cette règle pourrait trouver à s'appliquer à des universalités juridiques comme un portefeuille de titres. Pour les fonds de commerce, le patrimoine doit sans doute être présumé avoir les liens les plus étroits avec l'Etat dans lequel est situé le siège d'exploitation.

16. Le Code innove d'autre part en fournissant une énumération, non exhaustive, des questions qui sont réputées tomber sous l'empire de la loi désignée par les règles de rattachement. La technique, dont le Code fait grande utilisation, permettra d'éviter de délicates discussions sur le domaine exact de la loi déclarée applicable.

A titre d'exemple, l'on peut noter que l'article 94 évoque les « causes de préférence et leur rang ».⁴⁵ Cette précision permettra de résoudre la question du droit applicable aux privilèges et autres sûretés dont peuvent être grevés les différents moyens de transport, et particulièrement les navires. L'on sait que la doctrine se divisait sur la question de savoir si les sûretés et privilèges étaient régies par la loi du pavillon.⁴⁶ Une partie de la jurisprudence plaidait, au nom d'un réalisme mal compris, pour le rattachement à la loi de la situation effective du navire au moment de la réalisation du bien.⁴⁷ Dans une décision remarquable, et bien accueillie,⁴⁸ la Cour d'Appel de Gand avait toutefois opté pour la loi du pavillon pour déterminer si un organisme grec de sécurité sociale pouvait bénéficier d'un privilège sur un bateau battant pavillon grec mais se trouvant dans les eaux belges.⁴⁹ La Cour avait déduit cette solution de l'article 22 du livre II du Code de commerce dans lequel elle voyait une indication « implicite mais certaine » en faveur de la loi du pavillon.

Cette solution, qui trouvait appui dans le droit conventionnel qui, pour les navires, retient également la loi du pavillon,⁵⁰ a été généralisée par le Code qui ne laisse subsister aucun doute sur cette question.⁵¹

⁴⁴ Cf. également l'article 92 pour les biens volés.

⁴⁵ Cette expression est préférable à celle de « sûretés » qui était utilisée dans le texte original de l'article 94, qui précisait que le droit s'appliquait également à la « hiérarchie entre les sûretés ». Comme on l'a fait remarquer, ce texte laissait en effet entier la question des privilèges : Observations de M. Zenner, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 163.

⁴⁶ Cf. sur cette question G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *International privaatrecht*, APR, Gand, Story-scientia, 1989, 306, n° 651 ; K. LENAERTS, "Voorrechten op zeeschepen in het Belgisch internationaal privaatrecht", *R.D.C.*, 1987, 113-119 ; P. GOEMANS, « Privilèges maritimes et loi du pavillon », in *Liber amicorum Lionel Tricot*, Kluwer, Anvers, 1988, 257-271.

⁴⁷ Bruxelles, 12 mai 1956, *J.P.A.*, 1957, 195 ; Civ. Anvers, 1er juin 1962, *J.P.A.*, 1962, 368 ; Anvers, 30 juillet 1982, *J.P.A.*, 1983, 347.

⁴⁸ I. PEETERS, "Droit international privé", *Commentaires privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2003, n° 94-95.

⁴⁹ Gand, 10 oct. 1986, *R.D.C.*, 1987, 110 ; *J.P.A.*, 1986, 141. Voir aussi Comm. Gand, 18 sept. 2001, *T.G.R.*, 2001, 326 ; ainsi que Anvers, 5 févr. 2002, *D.E.T.*, 2002, 231.

⁵⁰ Cf. l'article 1^{er} de la Convention du 10 avril 1926 pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes (loi du 20 novembre 1928, *M.B.*, 1-2 juin 1931).

La simplicité de la solution retenue par l'article 94, § 2 ne doit pas cacher que subsistent de délicates questions de délimitation. L'exemple des privilèges le montre.⁵² La confirmation du rôle de la *lex rei sitae* ne prive en effet pas les autres lois de tout rôle à l'égard des privilèges. Le privilège doit d'abord être reconnu par la loi applicable à la créance sur laquelle il porte. Il faut également tenir compte de l'intervention éventuelle de la loi du concours. L'essentiel est dès lors de déterminer avec précision le champ d'application respectif de ces lois.⁵³

(ii) *Les règles particulières*

17. Alors que le Code civil se permettait de régler le sort des biens en une seule phrase,⁵⁴ le Code de droit international privé ne se contente pas de la règle générale que l'on vient d'examiner. Au contraire, il n'ignore pas la situation particulière de certaines catégories de biens qui font l'objet de règles spéciales. L'on abordera successivement les titres et les créances.

(1). **Droit applicable aux titres négociables**

(a) Le statut réel des titres négociables

18. La très grande mobilisation du patrimoine rend nécessaire le développement d'une règle particulière pour les « titres négociables ». Le Code innove sur ce point, notamment en ce qui concerne le rattachement des titres dématérialisés. Encore faut-il s'entendre sur les frontières de la règle nouvelle et en particulier sur le concept de « titre négociable ».⁵⁵ L'on sait que, selon le cadre théorique dégagé par MM. van Ryn et Heenen,⁵⁶ l'expression désigne un « écrit qui, par lui-même, confère, à celui qui en est régulièrement nanti, certains droits et est soumis à un statut juridique particulier ».⁵⁷ Cette définition générale permet d'appréhender d'une part les effets de commerce, qui comprennent principalement la lettre de change endossable et le billet à ordre, et d'autre part les valeurs mobilières que constituent les actions de sociétés,

⁵¹ L'on signalera au passage l'importante Convention Unidroit relative relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qu'il faut lire avec son protocole additionnel sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautique (texte disponible à l'adresse www.unidroit.org). Cf. les commentaires de V. SAGAERT, « De Unidroit-Convention betreffende de internationale zakelijke rechten op roerend uitrustingsmaterieel », in *Commentaar Voorrechten en Hypotheken*, Anvers, Kluwer, 2002, 45 p.

⁵² Le Code fait également l'impasse sur la diversité des privilèges. Il suffit de penser à la distinction entre privilèges généraux d'une part et privilèges spéciaux d'autre part. N'était-il pas indiqué d'adopter un rattachement différent pour ces deux catégories au vu de leurs particularités ? Cf. en ce sens R. VANDER ELST, « Les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé », in *Les sûretés*, Paris, FEDUCI, 1984, 422-424, qui, pour les privilèges généraux, privilégie l'application de la loi qui régit la répartition du patrimoine du débiteur, par exemple la *lex concursus* en cas de faillite. V. également H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *o.c.*, 215, n° 540.

⁵³ Cf. les commentaires de I. PEETERS, *art. cit.*, Kluwer, 2003, n° 13-20.

⁵⁴ Art. 3 al. 2 C. civ.

⁵⁵ L'expression néerlandaise retenue par le Code est celle de “*verhandelbare effecten*”.

⁵⁶ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, 81-119.

⁵⁷ *Idem*, 81, n° 79.

les obligations, les parts bénéficiaires et autres certificats représentant une action.⁵⁸ A ces deux catégories principales, il faut ajouter les « titres concrets » que constituent les connaissements maritimes, les polices d'assurance marchandises au porteur ou encore le warrant.

L'ensemble de ces titres est soumis à de nombreuses législations particulières, qui reflètent leurs caractéristiques diverses. Le trait essentiel de ces titres est l'incorporation du droit dans le titre, qui leur confère un caractère meuble et justifie, dans les relations internationales, l'application de principe du rattachement réel.

19. Traditionnellement, l'on retenait dès lors pour le régime des titres négociables la loi de la situation du titre qui matérialise les droits du porteurs, ceux-ci étant réputés être incorporés au titre.⁵⁹ Pour certains titres, une localisation fictive était proposée.⁶⁰ La *lex cartae sitae* ne convenait toutefois plus dès lors que la plupart des titres sont aujourd'hui dématérialisés. Le lieu de la situation réelle d'un titre perd toute pertinence dans la mesure où le titre n'adoptera jamais une enveloppe physique. De même, de nombreux titres au porteur sont aujourd'hui 'immobilisés' pour ne faire l'objet de manipulation que par le seul intermédiaire des comptes dans lesquels ils sont inscrits,⁶¹ ce qui justifie que l'on s'interroge également sur la pertinence d'un rattachement à leur localisation physique.⁶²

Le Code prend acte de cette évolution et propose dès lors une double règle, selon que le titre négociable fait ou non l'objet d'un enregistrement. Par analogie avec la règle retenue pour les titres nominatifs, l'article 91 s'écarter d'un rattachement fondé sur le lieu de situation de l'éventuel support corporel pour retenir le lieu d'inscription lorsque le titre négociable fait l'objet d'une inscription en compte.⁶³ Est dorénavant pertinent pour déterminer le statut réel des titres le lieu où est situé le registre où figure l'inscription en compte. Les actions, parts bénéficiaires, obligations et autres droits de souscription nominatifs ou dématérialisés émis par une société anonyme de droit belge seront dès lors soumis au droit de l'Etat dans lequel est situé le registre prévu par le Code des sociétés.⁶⁴

Le vocabulaire utilisé par le législateur est manifestement inspiré par l'expérience acquise en matière d'actions nominatives. L'article 91 évoque en effet le « registre » alors que pour les valeurs scripturalisées, l'on évoque plus généralement la notion de

⁵⁸ Cf. les explications de L. DABIN, « Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières », in *Rép. Not.*, Larcier, Bruxelles, 2004, 155 e.s., spéc. 168, n° 102

⁵⁹ R. VANDER ELST, *o.c.*, 112; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *o.c.*, 309, n° 658.

⁶⁰ Ainsi pour les titres représentatifs d'une part de capital d'une personne morale, l'on retenait une localisation fictive au lieu du siège principal de la société : F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 482, n° 1242.

⁶¹ En général dans une littérature abondante, CH. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand/L.G.D.J., 1997, 317 p.

⁶² Sur la distinction entre titre immatériel et titre immobilisé, cf. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, 107.

⁶³ Une première version de la règle suggérait un rattachement différent. L'article 90 de l'avant-projet de loi soumis au Conseil des Ministres en 1999 disposait en effet que « Les droits sur un titre enregistré sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le titre a été émis ».

⁶⁴ Article 463 C. soc. (titres nominatifs) et l'article 469 (titres dématérialisés). Comme le précise l'article 464 C. soc., une partie du registre des titres nominatifs d'une société peut être tenu en dehors du territoire belge.

« compte ». ⁶⁵ Dans la mesure où l'article 91 vise également les titres nominatifs, le choix du terme utilisé se comprend. Il ne devrait pas prêter à confusion. ⁶⁶

20. Le Code se situe dans la ligne des développements récents en matière de droit applicable aux titres dématérialisés. Comme l'ont montré les négociations engagées sous l'égide de la Conférence de La Haye, la localisation du registre ou du compte peut toutefois elle-même être synonyme de difficultés. ⁶⁷ Il en va ainsi lorsque le compte est lui-même dématérialisé, ou plus précisément, lorsque le titre négociable est détenu sous forme d'inscription électronique sur un compte de titres ouvert dans le cadre d'un système de dépôt ou de règlement d'instruments financiers. ⁶⁸ Il y avait dès lors lieu de préciser plus avant le lieu de situation du « registre ».

S'alignant sur les développements récents du droit européen, le Code répute que le « registre » est situé « au lieu de l'établissement principal de la personne qui tient le compte des titulaires ». Comme on l'a remarqué, ⁶⁹ cette disposition est dans la ligne de la directive européenne sur les contrats de garantie financière, ⁷⁰ ainsi que de la directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. ⁷¹ L'on peut toutefois observer une différence entre les textes : là où le Code prévoit une présomption en faveur de l'établissement *principal* de l'intermédiaire financier ou de l'organisme de compensation qui tient le compte, ⁷² l'article 17 § 3 de la loi sur les sûretés financières se contente de préciser que le compte pertinent est celui « tenu par l'intermédiaire financier ou l'organisme de compensation ou de liquidation dans les livres duquel les instruments financiers

⁶⁵ L'exposé des motifs laisse également apparaître quelques imprécisions sur certains concepts de droit financier. On y lit par exemple que l'article 91 s'applique également aux titres aux porteur qui font l'objet d'une inscription en compte « au sein d'un organisme de compensation » (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/117). Pourquoi n'a-t-on pas visé les organismes de liquidation ?

⁶⁶ L'exposé des motifs précise d'ailleurs à propos du « lieux d'inscription » que pour les titres nominatifs, « l'inscription pertinente est dans le registre des actionnaires localisé au siège de l'émetteur » alors que pour les titres dématérialisés, « ce lieu est celui où se situe l'inscription en compte au nom du propriétaire ou du détenteur » (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/116-117). Le législateur a dès lors bien aperçu la différence entre le registre et le compte.

⁶⁷ Le texte de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur les titres détenus auprès d'un intermédiaire a été arrêté le 13 décembre 2002 à l'issue de la 19^{ème} session diplomatique de la Conférence de La Haye. Pour plus de détails, cf. les indications bibliographiques rassemblées sur le site de la Conférence de La Haye.

⁶⁸ Cf. le régime particulier mis en place en droit belge par l'arrêté royal n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments, tel que coordonné par l'AR du 27 janvier 2004, *M.B.*, 23 février 2004.

⁶⁹ G. AFFAKI et J. STOUFFLET, « Chronique de droit bancaire international », *Banque & Droit*, 2005, (76), 78.

⁷⁰ Cf. l'article 17, § 1^{er} de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (*M.B.*, 1^{er} février 2005), transposant en droit belge l'article 9(1) de la directive 2202/47 du 6 juin 2002 (*J.O.C.E.*, 27 juin 2002, L-168/43) et les commentaires de M. VAN DER HAEGEN, « Nouvelles règles de droit matériel relatives au gage et nouvelles règles de droit international privé », précité.

⁷¹ Cf. l'article 8, § 2 de la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la Directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (*M.B.*, 1 juin 1999), qui transpose en droit belge l'article 9(2) de la directive.

⁷² Les travaux préparatoires font en outre apparaître que le registre pertinent est « celui où figure le nom des titulaires de droits, soit le registre des parts nominatives détenu par la société émettrice, soit, dans d'autres cas, le registre détenu par un intermédiaire financier » (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 117).

remis en garantie sont inscrits (...)».⁷³ La règle retenue par le Code permet de tenir compte du fait qu'un compte est localisé auprès de la succursale d'un intermédiaire financier et non de l'établissement principal.⁷⁴

Selon l'article 91, § 1, le registre est retenu pour autant que l'enregistrement soit « prévu par la loi ». L'on peut s'interroger sur la portée exacte de cette précision, d'autant que la comparaison des deux versions linguistiques du Code révèle une différence sur ce point, puisque la version néerlandaise semble suggérer que l'application de la règle nouvelle sera réservée aux hypothèses dans lesquelles la loi « impose » l'inscription sur un registre.⁷⁵ La version française dispose de façon plus neutre que l'inscription sur un registre doit être « prévue » par la loi, ce qui semble suggérer qu'il suffit que la loi organise l'enregistrement. On préférera la version française du texte, qui permet une application plus large de la règle,⁷⁶ même si l'exigence d'une organisation par le législateur laisse perplexé.

21. Les négociateurs de l'importante Convention de La Haye ont privilégié une autre approche pour déterminer la loi applicable aux titres dans le contexte particulier des systèmes intermédiés. Selon l'article 4 de la Convention, c'est en effet la loi choisie par les parties dans la convention de compte conclue avec l'intermédiaire pertinent qui gouverne les droits résultant de l'inscription de titres sur un compte.⁷⁷ Cette différence d'approche, qui se reflète aussi dans le critère retenu à titre subsidiaire par la Convention,⁷⁸ ne pourra se résoudre qu'une fois levée l'incertitude qui pèse à l'heure actuelle sur le sort de la Convention et des règles européennes.⁷⁹

Les difficultés liées à la localisation du registre ou du compte plaident pour une adoption généralisée de l'approche retenue par les négociateurs de la Convention de La Haye. Le lieu du registre ou du compte pouvait en effet, dans un premier temps, sembler constituer une alternative valable à la traditionnelle *lex rei sitae*. Les recherches et réflexions menées à l'occasion des négociations ont toutefois révélés les difficultés liées à tout rattachement fondé sur une localisation territoriale, si précise soit-elle.⁸⁰ On ne peut qu'espérer que le législateur belge saisira une éventuelle

⁷³ Cette précision ne figurait d'ailleurs pas dans la Directive. *Comp.* avec le nouvel article 56 du Livre VII du Code civil néerlandais, qui se contente de reprendre le texte européen.

⁷⁴ La présomption établie par l'article 91, § 1^{er} *in fine* pourra être renversée « en établissant, à l'appui de documents contractuels, que la volonté de l'investisseur et de l'intermédiaire financier a été de localiser le compte auprès d'une simple succursale de l'intermédiaire » (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 117).

⁷⁵ Le verbe retenu est celui de "opleggen", qui se traduit par « imposer, infliger, assujétir, ordonner, faire supporter ».

⁷⁶ On relève la même discordance dans l'exposé des motifs. La version française explique que « l'inscription pertinente est celle dont l'organisation est prévue par la loi », alors que la version néerlandaise précise que « *de bedoelde inschrijving deze is die is opgelegd door de wet* » (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 117).

⁷⁷ L'autonomie des parties est toutefois soumise à un 'test de réalité' destiné à vérifier que l'intermédiaire exerce réellement une activité de tenue de compte de titres dans la juridiction concernée. Il n'est cependant pas nécessaire que cette activité soit en relation directe avec le compte pertinent.

⁷⁸ L'article 91 retient l'établissement principal de la personne qui tient le compte des titulaires, alors que la Convention de La Haye privilégie l'établissement particulier de l'intermédiaire.

⁷⁹ Cf. les explications de CH. BERNASCONI, « La Convention de La Haye, une chance pour l'Europe », *L'Agefi*, 9 décembre 2004, p. 2.

⁸⁰ Cf. récemment les explications de CH. BERNASCONI, lettre adressée le 26 novembre 2004 à la Commission européenne, DG Marché intérieur, publiée sur le site de la Conférence de La Haye.

révision des règles européennes pour aligner le régime, subsidiaire, du Code, sur l'approche retenue par la Conférence de La Haye.

22. Plus classiquement, l'article 91, § 2 du Code soumet au droit de leur localisation les titres négociables qui ne font pas l'objet d'un enregistrement. Cette règle vise avant tout les titres au porteur.⁸¹ Ainsi les actions au porteur d'une société belge qui ne font pas l'objet d'une inscription en compte seront soumises au droit de leur situation réelle.⁸² Dans la mesure toutefois où des titres au porteur font l'objet d'une telle inscription, l'article 91 § 2 doit s'effacer devant l'article 91 § 1.⁸³

Cette disposition pourra également s'appliquer à ce que MM. van Ryn et Heenen appelaient les « titres à ordre », à savoir principalement les effets de commerce. Pour conserver la typologie proposée par ces auteurs, ne sont en réalité exclus de la règle subsidiaire que les seuls titres « nominatifs », à savoir ceux pour lesquels les droits ne se confondent pas avec un écrit qui les matérialise, mais pour lesquels le droit est incorporé dans l'inscription.⁸⁴

L'article 91, § 2 précise encore, en écho à l'article 87, § 1^{er}, al. 2, que l'acquisition et la perte des droits sur un titre sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le titre est situé au moment de la survenance des actes ou des faits invoqués pour fonder l'acquisition ou la perte de ces droits.

23. L'interprète sera attentif au fait que le rattachement au droit du registre/compte ou de la localisation effective n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble du régime des titres négociables. Ceux-ci sont liés à d'autres institutions, par exemple une société pour les actions. Au-delà des questions réelles, énumérées à l'article 94, il faudra tenir compte d'autres règles de rattachement pour les questions qui s'éloignent de la circulation du titre.⁸⁵ L'article 91, § 3 rappelle cette limitation, qui confie au droit du pays de l'émission du titre le soin de déterminer si celui-ci représente un bien ou une valeur mobilière. Ce même droit a vocation, selon l'article 114 du Code, à régir les droits qui « dérivent de l'émission publique de titres ». Cette disposition mérite que l'on s'y attarde.

(b) Les droits qui dérivent d'une émission publique de titres

24. L'article 114 du Code complète le régime réel des titres esquissé par l'article 91 en ajoutant une précision relative aux émissions publiques de titres. Directement inspirée d'une disposition similaire figurant dans le code de droit international privé suisse,⁸⁶ cette règle permet à la personne souhaitant revendiquer un droit dérivant

⁸¹ Dans une version antérieure du texte, l'article 91, § 2 visait d'ailleurs explicitement les titres au porteur. Cf. l'avant-projet de loi soumis au Conseil des Ministres en 1999, qui prévoyait que « §2. Les droits sur un titre au porteur sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel le titre est situé lorsqu'ils sont invoqués ».

⁸² Cf. l'article 466 du Code des sociétés.

⁸³ *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p.117.

⁸⁴ On notera que le législateur suisse a prévu une règle spécifique pour les « titres représentatifs de marchandises » (art. 106 de la loi du 18 décembre 1987),

⁸⁵ *Comp.* en droit interne avec les limites de la théorie générale des titres négociables, J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, 97, n° 99 (pour les valeurs mobilières).

⁸⁶ L'article 156 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, qui dispose que « Les prétentions qui dérivent de l'émission de titres de participation et d'emprunts au

d'une émission publique de titres de soumettre sa prétention soit au droit de la personne morale, soit au droit de l'Etat sur le territoire duquel l'émission publique a eu lieu.⁸⁷

La question n'est pas nouvelle, pas plus d'ailleurs que les hésitations du raisonnement conflictualiste sur le choix du facteur de rattachement. Dans sa résolution consacrée aux sociétés anonymes, l'Institut de droit international avait, lors de sa session de Varsovie en 1965, proposé de soumettre l'émission publique d'actions « cumulativement aux dispositions tant de la loi de la société que de celle du pays où a lieu l'émission ». Les émissions d'obligations étaient quant à elles soumises « cumulativement aux dispositions tant de la loi du contrat d'emprunt que de celle du pays où a lieu l'émission ».⁸⁸

25. L'on ne cachera pas que l'article 114 soulève de nombreuses interrogations. Les premières portent sur son champ d'application, qui ne se laisse pas facilement déterminer. Parmi ces interrogations, l'on peut se demander à quelles prétentions l'article 114 entend faire référence quand il évoque les « *droits qui dérivent de l'émission publique de titres* ».⁸⁹ L'on retiendra en tout cas que l'émission publique doit concerner directement une « personne morale » puisque le droit applicable à celle-ci a également prétention à régir les droits dérivant de l'émission publique.⁹⁰

moyen de prospectus, circulaires ou autres publications analogues, sont régies soit par le droit applicable à la société, soit par le droit de l'Etat d'émission ». On notera que la loi du Liechtenstein prévoit la même règle, cf. l'article 237d de la loi sur les sociétés, selon lequel « *Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen aufgrund von Prospekten, Zirkularen und ähnlichen Bekanntmachungen können nach dem auf die Verbandsperson anwendbaren Recht oder nach dem Recht des Staates geltend gemacht werden, in dem die Ausgabe erfolgt ist* ».

⁸⁷ L'article 114 s'insère dans le chapitre consacré aux personnes morales. Il ne faudrait pas en déduire qu'il ne vise, dans le droit déclaré applicable, que les seules dispositions relatives au droit des sociétés. A la suite de la doctrine suisse, l'on peut envisager l'application de l'article 114 que le régime déclaré applicable soit « *gesellschaftsrechtlich* », « *kapitalmarktrechtlich* » ou encore « *deliktsrechtlich* » (F. VISCHER, « Article 156 », *Zürcher IPRG Kommentar*, 2^{ème} éd., D. GIRSBERGER et al. (éds.), Schulthess, Zürich, 1767-1768).

⁸⁸ Résolution adoptée suite au Rapport de M. G. van Hecke.

⁸⁹ Il faut également s'attarder sur le concept d'émission publique, qui n'est pas défini par le Code. Comme on l'a déjà fait remarquer (J.-M. GOLLIER, « Droit international privé des émissions publiques de titres », à paraître in *R.D.C.B.*, juillet 2005, n° 8), le droit financier moderne préfère à l'expression 'émission publique' celle d'offre publique'. L'on doit sans doute retenir que le concept retenu par le Code ne coïncide pas nécessairement avec celui en vigueur dans la législation financière, cette dernière répondant à ses propres impératifs techniques et objectifs de politique législative. L'offre publique en souscription visée par l'article 438 du Code des sociétés constitue sans nul doute une émission publique visée par l'article 114. Il n'est pas certain qu'il en aille de même pour toutes les formes d'offres publiques de titres visées par la loi du 22 avril 2003 relative aux offres publiques de titres (*M.B.*, 27 mai 2003). L'admission de certains titres à la négociation sur un marché organisé constitue selon l'article 3, § 1 (3) de la loi une offre publique, qui nécessite dès lors l'établissement d'un prospectus selon l'article 13 de la même loi. Il n'est toutefois pas certain qu'une telle admission constitue une « émission publique » au sens de l'article 114. Il en va de même de l'offre publique d'achat (sur ce point, J.-M. GOLLIER, *art. cit.*, n° 10). Pour un commentaire détaillé de la loi du 22 avril 2003, cons. D. NAPOLITANO, « Openbare aanbieding van effecten », in *Financiële wetgeving. De tussenstand anno 2004*, Kalmthout, Biblio, 2004, 61-196.

⁹⁰ Sur le caractère 'public' d'une émission de titres, cons. J.-M. GOLLIER, *art. cit.*, n° 11 e.s., qui suggère de retenir une coïncidence entre le champ d'application de la réglementation financière et l'article 114 du Code. Il nous semble au contraire nécessaire de retenir une vision plus large, qui verrait l'article 114 s'appliquer à toute offre non limitée à des personnes nommément désignées, et ce, quel que soit le moyen de communication utilisé. Si l'offre publique au sens de la loi du 22 avril 2003 constituera le terrain d'élection de l'article 114, rien n'indique que le législateur ait entendu limiter

Il ne faut pas se tromper sur la question visée : le contexte de référence est celui d'une émission publique. L'article 114 n'a dès lors pas vocation à régir directement les droits qui dérivent de titres, comme le droit d'un actionnaire au paiement de dividendes ou celui d'assister à l'assemblée générale d'une personne morale. Ces droits naissent de la qualité de titulaire du titre sans qu'il soit nécessaire que le titre ait été acquis ou même proposé lors d'une quelconque « *émission publique* ». ⁹¹ L'existence de cette dernière est dès lors décisive pour justifier l'application de l'article 114. Il ne saurait être question de s'appuyer sur cette disposition pour réclamer des droits sociétaires que ne reconnaît pas la *lex societatis*. ⁹²

De même, l'offre de titres fait déjà l'objet de règles de rattachement appropriées qui déterminent le droit applicable à des questions précises. Réduite à sa plus simple expression, la souscription lors d'une émission publique à des titres constitue tout d'abord un contrat. Celui-ci est régi par la loi choisie par les parties. Les aspects purement contractuels de la relation entre le titulaire du titre et l'intermédiaire financier qui est son cocontractant, sont donc à suffisance régis par la *lex contractus*. ⁹³

Au-delà des aspects purement contractuels, il faut également tenir compte de l'appareil administratif mis en place pour contrôler la qualité de l'information que le promoteur de l'opération se propose de diffuser à l'occasion de l'émission publique. Les exigences posées au prospectus sont du ressort exclusif de l'autorité administrative qui en a le contrôle, sous réserve de l'application du principe européen de reconnaissance mutuelle traduit dans plusieurs textes spécifiques. ⁹⁴ L'article 114 ne modifie rien à cette situation. ⁹⁵ Enfin, si l'émission aboutit à l'inscription sur un marché quelconque, une place importante doit être réservée à la loi dudit marché. ⁹⁶

l'application de cette disposition protectrice aux seules espèces donnant lieu à l'émission d'un prospectus en bonne et due forme. *Comp.* avec l'interprétation large proposée par la doctrine suisse de la disposition correspondante, F. VISCHER, *art. cit.*, 1772-1773.

⁹¹ En principe, l'article 114 ne vise donc que le seul marché dit primaire, à l'exclusion du marché secondaire.

⁹² L'article 111(8°) du Code précise d'ailleurs que les « *droits et obligations liés aux parts ou actions et à leur exercice* » sont régis par la *lex societatis*. Il est vrai que les développements précédant le Code avaient contribué à nourrir la confusion puisqu'il y était indiqué que la protection offerte par l'investisseur par l'article 114 s'ajoute à l'application de la loi de la société déjà prévue par l'article 111(8°) (*Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 132). Toutefois, les deux règles ne peuvent viser les mêmes questions, sous peine de faire double emploi. D'autres passages des travaux préparatoires excluent tout doute sur la question dans la mesure où ils opèrent une distinction nette entre le domaine de la *lex societatis* et celui du droit du lieu d'émission : « La détermination des droits attachés à un titre (par exemple le droit de vote en ce qui concerne des parts de société) est régie par le droit applicable à la personne morale. Cette question intéresse en effet le fonctionnement de celle-ci. Le droit du lieu d'émission régit encore la question de savoir si un titre représente un bien ou une valeur. » (*Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 118).

⁹³ Voy. en général la synthèse proposée par H. KRONKE, « Capital Markets and Conflict of Laws », *Recueil des cours*, 2000, vol. 286, 254-386, spéc. pp. 293 e.s.

⁹⁴ Récemment la directive n° 2003/71 du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et modifiant la directive 2001/34, *J.O.C.E.*, 31 décembre 2003, L-345/64.

⁹⁵ Sur le caractère de 'loi de police' (le Code utilise l'expression 'règle spéciale d'applicabilité') de la réglementation relative au prospectus, cf. D. NAPOLITANO, *art. cit.*, 161 ainsi que, déjà, G. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Brill, Leyden, 1955, 95-96.

⁹⁶ Cf. l'analyse de G. WEGEN et C. LINDEMANN, « The Law Applicable to Public Offerings in Continental Europe », in *The Law of Cross-Border Securities Transactions*, H. VAN HOUTTE (éd.), Londres, Sweet & Maxwell, 153 e.s., § 6.02 e.s.

26. Cette tentative de délimitation négative du domaine d'application de l'article 114 fait apparaître l'étroitesse de son champ d'application potentiel.⁹⁷ Au vrai, il ne subsiste guère, comme champ d'action de cette nouvelle disposition, que la responsabilité spéciale que provoque le passage par une émission publique.⁹⁸ Ceci correspond d'ailleurs au champ d'application limité de la disposition parallèle prévue par le droit suisse, à propos de laquelle la doctrine admet qu'elle vise exclusivement les « actions en responsabilité » sans pouvoir s'appliquer aux « rapports en général entre l'émetteur et les porteurs de titre ».⁹⁹ Les nombreuses références dans les travaux préparatoires aux prospectus et autres formes de publication,¹⁰⁰ font penser que l'hypothèse visée est celle de la prétention fondée sur la qualité de l'information fournie lors de l'émission.^{101 102}

Ainsi, dans une espèce tranchée par le Tribunal Fédéral suisse,¹⁰³ les juridictions suisses ont-elles appliqué la disposition équivalente de la loi suisse à l'action en responsabilité engagée par une société de droit panaméen contre une banque suisse qui avait agi comme chef de file d'un consortium de banques dans une opération de placement d'un emprunt obligataire émis par une société de droit américain. L'investisseur panaméen réclamait compensation pour la perte subie du fait de la substantielle dépréciation des obligations suite aux déboires de la société américaine. Il soutenait que la banque, en tant que coauteur du prospectus, aurait dû mentionner les difficultés prévisibles du débiteur obligataire. C'est donc bien la responsabilité découlant de l'absence du caractère fidèle et complet de l'information contenue dans le prospectus qui était mis en cause.

27. Si c'est bien là l'hypothèse visée, l'article 114 apparaît comme une simplification, puisque la doctrine admettait son impuissance à dégager une règle claire pour les cas de '*securities misrepresentations*'.¹⁰⁴ Il est vrai que si l'on retient la

⁹⁷ Dans le même sens, J.-M. GOLLIER, *art. cit.*, n° 18, qui propose d'adopter une interprétation restrictive des termes de l'article 114 « sous peine d'incohérence avec les solutions de conflit de loi qui existent par ailleurs ».

⁹⁸ Responsabilité dont le principe est posé par l'article 17 de la loi du 22 avril 2003.

⁹⁹ F. VISCHER, *art. cit.*, 1767 ; C. LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, Schulthess, Zürich, 2002, 416, qui cite dans le même sens K. M. KONDOROVSKY, *Die Prospekthaftung im internationalen Privatrecht*, thèse Zurich, 1999, 315 p., spéc. p. 270. Cf. aussi K. SIEHR, *Das internationale Privatrecht der Schweiz*, Schulthess, Zürich, 2002, 405.

¹⁰⁰ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 132.

¹⁰¹ Cette responsabilité peut s'exercer soit contre la personne morale qui est à l'origine de l'émission soit contre l'établissement financier qui agit pour le compte de l'émetteur et accompagne l'émission. Lorsque le porteur de titres entend mettre en cause la responsabilité de son propre intermédiaire financier avec lequel existe un rapport contractuel, l'article 114 n'a pas vocation à s'appliquer. La violation d'un devoir de conseil devra être résolue à l'aide des règles de rattachement contractuelles.

¹⁰² Les travaux préparatoires semblent toutefois viser une hypothèse supplémentaire, puisqu'est fait référence aux articles 88 et 107 du Code des sociétés, qui imposent certaines obligations générales d'information aux sociétés étrangères faisant appel à l'épargne publique sur le territoire belge (*Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 132). Ces dispositions semblent être d'une nature différente. A l'instar de la réglementation imposant la publication d'un prospectus, il nous semble qu'il faut considérer qu'il s'agit de règles spéciales d'applicabilité.

¹⁰³ Arrêt du 25 septembre 2002, ATF, 129 III 71, en cause A. SA contre B. SA.

¹⁰⁴ Voy. les hésitations de PH. WOOD, *International loans, bonds and securities regulation*, Sweet & Maxwell, 1995, 329-332. *Comp.* G. WEGEN et C. LINDEMANN, *art. cit.*, 170-171, n° 6.29, qui

qualification délictuelle pour ce type d'action, l'application de la traditionnelle *lex loci delicti* peut se révéler délicate,¹⁰⁵ puisque l'on est en droit d'hésiter sur le lieu du fait dommageable.¹⁰⁶

Le Code substitue à la *lex loci delicti* un double critère, dont la première alternative – le droit applicable à la personne morale - ne posera pas de difficulté.¹⁰⁷ Il en va tout autrement pour le deuxième critère – le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'émission publique a eu lieu. L'on sait en effet les difficultés qu'il y a à vouloir localiser une émission publique sur un territoire précis.¹⁰⁸ Il suffit de se reporter aux difficultés suscitées par la définition du champ d'application territorial de la législation belge relative à l'offre publique d'acquisition pour s'apercevoir du caractère précaire de l'entreprise de localisation.¹⁰⁹ Une appréciation au cas par cas s'impose, qui pourra se fonder sur les éléments de fait comme la langue du prospectus, la monnaie utilisée pour les paiements, l'indication d'adresses de contact et les explications fournies par l'émetteur au sujet des conséquences fiscales de la souscription.¹¹⁰

Même si l'on se contente d'assimiler l'Etat où l'émission publique a lieu et celui où le prospectus a été publié,¹¹¹ ceci ne supprime pas les difficultés inhérentes aux émissions multi-juridictionnelles.

28. En définitive, et même si l'on réduit le champ d'application de l'article 114 à la seule question de la responsabilité spéciale découlant d'une émission publique de

proposent de retenir la loi du "marché, où les intérêts de l'investisseur entrent en collision avec ceux de l'émetteur".

¹⁰⁵ Cf. H. VAN HOUTTE, "The Law Applicable to Securities Transactions : Choice of Law Issues", in *The Future of the Global Securities Market*, P. SMITH (éd.), Oxford University Press, 1996, (69), 75-77. Adde du même auteur "Securities", in *Transnational Tort Litigation*, C. MCLACHLAN et P. NYGH (éds.), Oxford, Clarendon Press, 1996, 155-169 ainsi que « Misrepresentation in Securities Transactions in Europe : Jurisdiction and Applicable Law », in *The Law of Cross-Border Securities Transactions*, H. VAN HOUTTE (éd.), Londres, Sweet & Maxwell, 1999, (199), 224.

¹⁰⁶ Comme l'on peut d'ailleurs hésiter sur le lieu du fait dommageable de tout délit 'immatériel' qui consiste dans la fourniture d'information erronée. Cf. l'intéressante analyse faite par un tribunal anglais sur une question de compétence, dans une espèce où l'action en responsabilité était fondée sur la communication par une banque suisse, d'informations erronées à une entreprise anglaise à propos de l'existence d'une garantie de paiement : *Domicrest Ltd v. Swiss Bank Corporation* [1999] Q.B. 548, [1999] I.L.Pr. 146. Adde *Alfred Dunhill Ltd. v. Diffusion Internationale de Maroquinerie*, [2002] I.L.Pr. 13.

¹⁰⁷ Du moins pas d'autres difficultés que celles relatives à la détermination de la loi applicable à la personne morale.

¹⁰⁸ Cf. l'exemple donné par H. KRONKE, *op. cit.*, 309-310.

¹⁰⁹ Cf. J.-M. NELISSEN GRADE, "Kroniek van openbare overnameaanbiedingen (1996-2003) Deel I", *cette revue*, 2004, 77-78, n° 130-132.

¹¹⁰ Cons. les éléments retenus pour déterminer le champ d'application territorial de la législation belge relative aux offres publiques d'achat : S. VANDEGINSTE, « Het toepassingsgebied van de Belgische regeling inzake openbare overnameaanbiedingen vanuit grensoverschrijdend perspectief », *T.R.V.*, 1991, 400-408, spéc. 404-407. Adde J. DE BRUYCKER et T. GEUDENS, « De grensoverschrijdende aspecten van een overnameaanbieding », *cette revue*, 2001, 139 e.s.

¹¹¹ En ce sens J.-M. GOLLIER, *art. cit.*, n° 26. *Comp. B. DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^{ème} éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997, 466, selon qui « le rattachement se fait au droit de l'Etat d'émission des titres et non pas au lieu de publication du prospectus ». On notera toutefois que la rédaction de l'article 156 de la loi suisse diffère sensiblement de la rédaction adoptée par le législateur belge, puisque le premier évoque « le droit de l'Etat d'émission » alors que le second fait référence au « droit de l'Etat sur le territoire duquel l'émission publique a eu lieu ».

titres, l'on peut se demander si la protection particulière accordée au souscripteur se justifie. Le choix laissé au souscripteur entre deux lois a déjà conduit un commentateur autorisé à qualifier l'article 114 « d'absurde ».¹¹² Il est toutefois permis de penser que l'article 114 n'est pas sans précédent. Comme déjà précisé, l'article 114 a en effet vocation à s'appliquer en dehors de toute relation contractuelle entre parties. Or le rattachement délictuel est familier d'une certaine faveur accordée à la partie qui se prétend victime.¹¹³

Paradoxalement, c'est le rattachement à la *lex societatis* qui est le plus difficile à justifier. Comme l'explique M. Kronke,¹¹⁴ pourquoi devrait-on en effet soumettre une société aux exigences que pose la loi de son siège alors qu'elle peut souhaiter émettre des titres qui ne seront offerts qu'en dehors de son marché domestique ? Seule l'incertitude inhérente au concept de loi du marché,¹¹⁵ et une certaine *favor investoris* peuvent expliquer le choix du législateur pour le double rattachement de l'article 114.

(2). Constitution de droits réels sur une créance

(a) Introduction

29. L'article 87, § 3 du Code introduit une règle nouvelle dont la portée exacte ne se laisse pas facilement déterminer.

Pour comprendre la portée de cette règle,¹¹⁶ il importe de se souvenir qu'avant l'entrée en vigueur du Code, il n'existait pas, en droit international privé belge, de règle spécifique visant, de manière générale, les biens incorporels. Les biens corporels et incorporels étaient soumis au même principe déduit de l'article 3, al. 2 du Code civil, avec toutes les difficultés que ceci suscitait s'agissant de déterminer le lieu de situation d'un bien incorporel.

La version initiale du projet de Code ne prévoyait pas de règle spécifique pour les biens mobiliers incorporels. Suite aux réactions de certains parlementaires,¹¹⁷ un amendement fut déposé qui visait non seulement à combler la lacune du projet de Code mais aussi à tirer les leçons de la controverse née suite à l'adoption, en 2002,

¹¹² X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1990-2003). Droit financier », *R.C.J.B.*, 2004, (207), 239, n° 9, qui évoque également « l'idéologie consumériste » qui aurait justifié l'adoption de cette disposition dont il souhaite déjà l'abrogation.

¹¹³ Cf. la possibilité offerte au demandeur par le droit allemand d'opter pour la loi qui lui est la plus favorable ('*Gunstigkeitsprinzip*': J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Mohr, Tübingen, 1997, 459 et G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 8^{ème} éd., Beck, Munich, 2001, 627-628 et spécifiquement en matière de protection de l'investisseur, J. SCHNEIDER, *Kapitalmarktrechtlicher Anlegerschutz und Internationales Privatrecht*, Frankfurt, Peter Lang, 1998, 238 e.s.) ainsi que l'interprétation donnée par la Cour de Justice à l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » figurant à l'article 5(3) du Règlement 44/2001.

¹¹⁴ H. KRONKE, *op cit.*, 311-312.

¹¹⁵ Sur laquelle H. KRONKE, *op.cit.*, 310-311.

¹¹⁶ Cette règle ne figurait pas dans le texte original de la proposition de loi. Elle a été introduite suite à un amendement du gouvernement : amendement n° 70, *Doc. Parl.*, Sénat 3-27/6.

¹¹⁷ Cf. surtout les remarques de H. Vandenberghe, *Doc. Parl.*, Sénat 3-27/7, pp. 159-160.

par le législateur d'une règle de rattachement visant la question de l'opposabilité, aux tiers autres que le débiteur cédé, d'une cession de créance.

Cette question avait en effet fait l'objet d'une intervention spécifique du législateur belge visant à mettre fin à l'incertitude régnant jusqu'alors faute de texte.¹¹⁸ L'on se rappellera que si l'article 12 de la Convention de Rome contient une série de règles visant différents aspects de la cession de créance, et notamment les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur, rattachées à la loi de la créance cédée, et les relations entre cédant et cessionnaire, rattachées à la *lex contractus*, il ne permettait pas de déterminer la loi régissant l'opposabilité de la cession à d'autres tiers que le débiteur cédé.¹¹⁹

L'article 145 de la loi du 2 août 2002, insérée de façon singulière au dernier chapitre de la loi consacré aux « dispositions modificatives, abrogatoires et diverses », prétendait mettre fin à cette incertitude. Selon ce texte,

“L’opposabilité du contrat de cession de créance à l’égard des tiers autres que le débiteur cédé est déterminée conformément au droit applicable au contrat de cession”.¹²⁰

Cette disposition avait toutefois à son tour suscité de nombreuses interrogations, en raison d'abord des mystères entourant son champ d'application et ensuite des difficultés soulevées par le choix pour une solution autonomiste. Le législateur n'a pas été insensible à ces critiques, relevant d'ailleurs lors de la discussion du projet de Code que l'article 145 « comporte une double limite qu'il convient de corriger, puisqu'il évoque seulement l'opposabilité aux tiers et ne couvre que les opérations intéressant des établissements financiers ».¹²¹

La diversité des préoccupations à l'origine de l'article 87 § 3 explique pour partie les difficultés de rédaction du texte. L'on s'interrogera tout d'abord sur la portée de la règle nouvelle avant de s'attarder sur l'opportunité du facteur de rattachement.

(b) Les opérations visées

30. La lecture du texte révèle tout d'abord que le législateur a entendu, *ratione personae*, faire œuvre générale. La nouvelle règle vise d'abord la « constitution de droits réels sur une créance ». Alors que l'article 145 de la loi du 2 août 2002 était, selon une lecture stricte du texte, limité à certaines opérations mettant en jeu des

¹¹⁸ Cf. l'exposé de V. SAGAERT, « De zakenrechtelijke werking van de cessie: de nieuwe IPR-regeling na de Wet van 2 augustus 2002 », *T.P.R.* 2003, 561-611 et de W. VAN LEMBERGEN, « Grensoverschrijdende cessie van schuldvorderingen na de Wet van 2 augustus 2002 op het financieel toezicht : consensus over consensualisme? », *Financieel Forum*, 2003, 145 e.s. sur la situation avant l'intervention du législateur de 2002.

¹¹⁹ Une certaine jurisprudence avait pourtant cru pouvoir déduire de l'économie de la Convention que l'opposabilité de la cession à d'autres tiers que le débiteur cédé était régie par cette même loi applicable à l'opération de créance en tant que telle (H.R., 16 mai 1997, *N.J.*, 1998, 585; *N.I.P.R.*, 1997, n° 209 ; *R.v.d.W.*, 1997, 126). Cette jurisprudence n'avait toutefois pas convaincu.

¹²⁰ Le texte néerlandais prévoyait que : « *De tegenstelbaarheid van de overeenkomst van cessie van schuldvordering jegens andere derden dan de gecedeerde schuldenaar wordt vastgesteld krachtens het recht dat van toepassing is op de cessieovereenkomst* »

¹²¹ *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/6, p. 4.

opérateurs bancaires, le nouvel article 87, § 3 vise tous les créanciers, sans distinction aucune. L'on se réjouira de cette généralisation, source de simplification.

Quant aux opérations visées, la portée de la règle est double. L'article 87 § 3 vise d'abord la « constitution de droits réels sur une créance ». Quels sont les « droits réels » visés par l'article 87, § 3 ? La règle s'applique toute d'abord à l'établissement d'un gage sur une créance. Outre le nantissement d'une créance, l'article 87, § 3 pourra également être invoqué à l'égard de la constitution d'un droit d'usufruit sur une créance.¹²²

Ceci étant posé, l'on peut se demander si, sous ce premier aspect, l'article 87 § 3 entend régler l'ensemble des questions liées à la constitution d'un droit réel sur une créance. Une lecture systématique du Code confirme cette interprétation, puisque l'article 94 détaille, pour l'ensemble du chapitre consacré aux biens, une liste assez longue de questions tombant dans le statut réel. Les travaux préparatoires appuient cette lecture, qui révèlent que le législateur a entendu soumettre à une loi unique « l'ensemble des aspects de droit réel liés à [...] l'utilisation d'une créance comme sûreté ».¹²³

Il reste que le texte n'évoque que la seule « constitution » d'un droit réel. Si l'on adopte une « analyse textuelle », il faudrait comprendre qu'est seule visée « la façon de grever une créance ».¹²⁴ L'intention du législateur est toutefois manifeste, même si elle n'a pas été exprimée avec la clarté souhaitée. De plus, l'article 87 § 3 n'exclut aucunement l'application de l'article 94. Il faut dès lors conclure que la nouvelle règle a vocation à régir l'ensemble des aspects réels liés à l'utilisation d'une créance comme assiette d'un droit réel, en ce compris l'opposabilité aux tiers.

31. Le deuxième élément visé par l'article 87 § 3 du Code soulève également certaines difficultés d'interprétation. Le législateur a visé « les effets de la cession de créance sur de tels droits ». A nouveau, une lecture littérale invite à ne retenir cette disposition que pour apprécier les « conséquences de la cession sur le(s) droit(s) réel(s) grevant la créance ».¹²⁵

Cette lecture contredit toutefois l'intention manifeste du législateur pour qui l'adoption de l'article 87 § 3 emportait l'abrogation de l'article 145 précité,¹²⁶ et donc nécessairement l'introduction d'une règle générale visant l'ensemble de la question de l'opposabilité de la cession à d'autres tiers que le débiteur cédé, que ceux-ci disposent ou non d'un droit réel.¹²⁷ Dans son état actuel, le droit européen ne s'oppose pas à une

¹²² Comme l'indiquent les explications accompagnant l'amendement : *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/6, p. 4.

¹²³ *Doc. Parl.*, Sénat, 3-37/6, p. 4. La justification de l'amendement explique également que le nouveau texte « couvre notamment la constitution d'un usufruit et ses effets à l'égard de tiers, le moment du transfert du droit réel, l'opposabilité aux tiers, ... » (idem).

¹²⁴ W. DERIJCKE, « Le nouveau droit international privé belge : biens et trusts », *J.T.*, 2005, 193, n° 174.

¹²⁵ Idem, 193, n° 174.

¹²⁶ *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/6, p. 4.

¹²⁷ Comme on l'a expliqué (W. DERIJCKE, *art. cit.*, *J.T.*, 2005, 193, n° 174), certaines justifications avancées par le gouvernement ont obscurci le débat. Le gouvernement s'est en effet proposé d'adopter une définition large de la cession, comme visant « toute cession aux fins de sûreté, sans exclure la possibilité de transférer la propriété à titre de garantie, y compris la cession fiduciaire

telle intervention nationale, dans la mesure où la Convention de Rome n'affecte pas l'opposabilité de la cession à d'autres tiers que le débiteur cédé.

L'on retiendra dès lors que l'article 87 § 3 vise l'ensemble des aspects réels qui découlent de la constitution d'un gage sur une créance.¹²⁸ A l'égard de la cession de créance, la portée de l'article 87 § 3 est plus réduite : l'existence d'une règle européenne limite l'intervention du législateur belge à la seule question de l'opposabilité de la cession à d'autres tiers que le débiteur cédé.¹²⁹ Cette intervention pourrait d'ailleurs être de courte durée, puisque l'on annonce la possible introduction, dans le futur Règlement européen appelé à remplacer la Convention de Rome, d'une règle de rattachement spécifique visant la question de l'opposabilité de la cession de créance à d'autres tiers que le débiteur cédé.¹³⁰

(c) Le nouveau facteur de rattachement

32. Avec le nouvel article 87, § 3, le législateur abandonne l'option autonomiste, sans doute inspirée par les préoccupations particulières de certains opérateurs financiers soucieux d'échapper aux limitations imposées par la jurisprudence belge aux opérations fiduciaires,¹³¹ pour retenir le droit de l'Etat sur le territoire duquel réside la partie qui a constitué le(s) droit(s) réel(s) sur une créance.

Dès lors, il faudra appliquer le droit anglais pour déterminer la validité du gage constitué, au profit d'une banque américaine, par un de ses clients anglais sur une créance dont est titulaire le client à l'égard d'une entreprise établie en Belgique.

La solution retenue par le législateur belge s'inspire directement de la Convention CNUDCI du 12 décembre 2001,¹³² dont les articles 22 et 30 rattachent l'opposabilité de la cession aux tiers autres que le débiteur cédé à la loi de l'établissement du cédant.¹³³

que connaissent certains droits étrangers » (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/6, p. 4). Cette précision était superflue dans la mesure où les catégories de rattachement du Code doivent être interprétées « *de manière suffisamment souple, afin d'y faire entrer une institution étrangère [que le juge] estime équivalente aux prévisions du législateur* » (proposition de loi, pp. 14-15).

¹²⁸ Sous réserve de l'application de l'article 17 de la loi du 15 décembre 2004, précitée, lorsque le gage porte sur des instruments financiers.

¹²⁹ L'on peut encore noter en ce qui concerne le gage que l'entrée en vigueur du Code signale la fin de l'application, par analogie, des règles européennes visant la cession de créance. L'on acceptait en effet autrefois de soumettre le gage, *mutatis mutandis*, à l'article 12 de la Convention de Rome.

¹³⁰ Cf. sur ce point le Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, 14 janvier 2003, COM(2002) 654, p. 43, § 3.2.13.

¹³¹ Cons. les commentaires de I. PEETERS, « Eigendom tot zekerheid », in *Commentaar Voorrechten en Hypotheken*, Anvers, Kluwer, 2002, 71-72 qui suggérait au contraire de généraliser l'option autonomiste et de soumettre l'ensemble du statut réel au droit régissant le contrat de cession.

¹³² Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, Résolution de l'Assemblée Générale des Nations-Unies 56/81, disponible sur www.uncitral.org.

¹³³ « À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 23 et 24, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent. » La Convention définit la notion d'établissement à son article 5(h). Sur cette convention, on lira E. DIRIX et H. SIGMAN, « The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade », *cette Revue*, 2002, 204-215 ainsi que G. AFFAKI, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque & Droit*, 2003, 3-25.

33. Les avantages du rattachement au droit du créancier, ou plus précisément au droit de l'Etat dans lequel celui-ci a établi sa résidence habituelle,¹³⁴ sont nombreux.¹³⁵ Puisqu'il n'y a qu'un seul titulaire du droit de créance, le choix de la loi de sa résidence habituelle facilite sensiblement les opérations groupées – l'on pense à la cession par une même entreprise de l'ensemble des créances qu'elle possède sur ses clients. Il faut toutefois reconnaître que cette simplification ne bénéficiera pas nécessairement à tous les titulaires d'une sûreté réelle sur une créance. L'établissement de crédit belge qui souhaite garantir certaines opérations consenties à ses clients par l'octroi de sûretés, tel un gage, sur des comptes d'espèce détenus par ces clients devra consulter des lois différentes pour vérifier la solidité des sûretés dès lors que ces clients sont établis dans des pays différents.¹³⁶

Le rattachement retenu augmente en outre la lisibilité et la transparence des opérations financières, souvent complexes, qui ont visées : alors que le rattachement à la *lex contractus* choisie par les parties n'était pas facilement accessible aux tiers,¹³⁷ le rattachement à l'établissement du créancier à l'origine de la constitution des droits réels permet facilement de déterminer la loi applicable – du moins pour autant que la définition de la 'résidence habituelle' du créancier tienne ses promesses.

Il est un autre avantage indéniable du rattachement prévu par l'article 87, § 3 : la loi de la résidence habituelle du créancier correspondra la plupart du temps à la loi appelée à régir son éventuelle insolvabilité. Les situations d'insolvabilité sont en effet en règle régies par la loi de l'Etat dans lequel le failli est établi. Au sein de l'Union européenne, le critère retenu par le Règlement 1346/2000 est celui du « centre des intérêts principaux » de l'entreprise en difficulté. Dans la grande majorité des cas, ce centre coïncidera avec la résidence habituelle du créancier telle que définie par le Code. Il en ira toutefois autrement si le créancier gagiste peut invoquer le bénéfice de l'article 5 du Règlement 1346/2000 et s'opposer ainsi à l'application de la loi du concours.¹³⁸

34. La seule difficulté que soulève le rattachement à la résidence habituelle du créancier a trait à la succession d'opérations portant sur la même créance. Les cessions successives pourront en effet être soumises à des lois différentes, dès lors que

¹³⁴ Concept défini à l'article 4 du Code comme visant, pour les personnes morales, son « établissement principal », à savoir son « centre de direction ».

¹³⁵ Pour la cession de créances, cf. G. AFFAKI, *l.c.*, pp. 6-7.

¹³⁶ M. VAN DER HAEGEN, *l.c.*, déc. 2004, p. 18, regrette vivement cet « impact négatif » de la nouvelle règle. L'application de l'article 87, § 3 à cette situation ne fait aucun doute puisque le solde du compte est considéré comme une créance. L'on peut se demander comment était garantie la sécurité juridique nécessaire à de telles opérations avant l'introduction du rattachement autonomiste en 2002.

¹³⁷ Critique formulée contre l'article 145 par W. VAN LEMBERGEN, *l.c.*, n° 27.

¹³⁸ L'article 5 et son pendant belge, l'article 119 § 2 (1) du Code (*infra*), s'appliqueront dès lors que le débiteur de la créance gagée est établi dans un autre Etat que le débiteur gagiste. Concrètement, toute sûreté constituée sur une créance 'internationale' (à savoir une créance due par un débiteur établi dans un autre Etat que celui du créancier) obligera le créancier gagiste à vérifier, outre les conditions d'opposabilité de la loi de l'Etat du débiteur gagiste, celles posées par la loi de l'Etat du débiteur de l'obligation gagée.

les créanciers successifs sont établis dans des Etats différents.¹³⁹ Il n'est pas exclu dans ce cas que les droits des intervenants successifs soient différents.¹⁴⁰

Cet inconvénient ne devrait toutefois pas autrement handicaper une règle dont on aperçoit facilement les avantages. En outre, la rédaction proposée par le Code évite un écueil traditionnel du rattachement à la résidence habituelle du créancier, à savoir la modification éventuelle de la résidence habituelle du créancier en cours d'opération. Il n'est en effet pas exclu que l'entreprise qui constitue un droit réel sur ses créances, acquiert un nouvel 'établissement principal' après la conclusion de l'opération.¹⁴¹ L'article 87, § 3 précise toutefois qu'est déterminante la seule résidence habituelle « au moment de la constitution ».

Au total, l'article 87, § 3 devrait apporter une plus grande sécurité juridique à des opérations d'une très haute importance pour la pratique financière.¹⁴²

III. Obligations et contrats

35. Les articles 96 e.s. du Code n'apportent que peu de changement à la réglementation internationale des contrats. Outre les règles générales de compétence, le demandeur pourra saisir les tribunaux belges dès lors que sa demande concerne une obligation contractuelle née ou exécutée en Belgique (art. 96). On peut regretter que malgré les nombreuses difficultés que soulèvent les règles de compétence fondées sur le lieu d'exécution – difficultés révélées par l'expérience européenne-, le législateur belge ait confirmé cette règle traditionnelle. Au moins aurait-on pu s'inspirer de l'exemple suisse et ne retenir le lieu d'exécution que de la seule « prestation litigieuse ».¹⁴³ La détermination du lieu de naissance d'une obligation contractuelle suppose en effet la plupart du temps un détour par le droit applicable au contrat, ce qui alourdira d'autant le contentieux relatif à la compétence.

Une fois l'obstacle de la compétence levé, l'interprète pourra, pour déterminer le droit applicable, continuer à appliquer la Convention de Rome, dont une nouvelle version est en cours de préparation au sein des instances européennes.¹⁴⁴ Loin d'être parfaites,¹⁴⁵ les règles conventionnelles ont toutefois déjà amplement fait leur preuve.

¹³⁹ Cette difficulté ne surgit que pour la cession de créance, et non pour la constitution de droits réels sur une créance.

¹⁴⁰ Mme Pardoel a proposé de remédier à cette difficulté en corrigeant la règle de rattachement par une règle matérielle qui voudrait que le second cessionnaire pourrait rendre la seconde cession opposable aux tiers selon la loi du second cédant, si et seulement si la première cession était opposable aux tiers en vertu de la loi domiciliaire du premier cédant. Si tel n'était pas le cas, le second cessionnaire devait tout d'abord rendre la première cession opposable en se conformant à la loi domiciliaire du premier cédant et puis rendre la seconde cession opposable en vertu de la loi domiciliaire du second cédant (D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Paris, LGDJ, 1997, 190, n° 381).

¹⁴¹ Cette difficulté est évoquée par V. SAGAERT, *l.c.*, n° 35.

¹⁴² Sur les difficultés de droit transitoire liées à cette disposition, *supra*.

¹⁴³ Article 113 de la loi du 18 décembre 1987.

¹⁴⁴ Cf. le Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980, précité.

¹⁴⁵ Notamment sur la définition du contrat de consommation, qui manque de cohérence

Au demeurant il aurait été peu judicieux d'imposer aux praticiens la connaissance de deux régimes différents.¹⁴⁶

Le caractère universel des règles de la Convention de Rome laissait déjà peu d'espace aux règles nationales. L'article 98 lui donne une extension aux « obligations contractuelles que cette convention exclut de son domaine d'application ». Ce sont les questions particulières visées à l'article 1, § 2 de la Convention qui pourront dorénavant bénéficier de celle-ci. Il faut se demander quelles situations sont véritablement nouvellement régies par les règles conventionnelles. En effet nombres de situations exclues de la Convention de Rome font déjà l'objet de règles particulières. Il en va notamment ainsi des contrats d'assurance qui couvrent des risques situés sur le territoire d'un Etat membre,¹⁴⁷ des obligations nées de lettres de change, de chèques et de billets à ordre,¹⁴⁸ ou encore des clauses d'élection de for.¹⁴⁹

Quant aux obligations contractuelle relatives aux testaments, régimes matrimoniaux et aux relations de famille, également exclues de la Convention de Rome, le Code pourvoit déjà amplement à leur sort par le biais de règles spécifiques.¹⁵⁰ L'apport du Code demeurera dès lors marginal.

36. L'on notera également que le Code prévoit une règle particulière pour l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Il s'agit d'une des premières consécutions générales de cette figure juridique, que le Code rattache logiquement au droit choisi par la personne qui s'engage. L'on regrettera que l'article 105 ne précise pas si un choix de loi implicite est possible. La règle n'a qu'un champ d'application limité, puisqu'elle ne s'appliquera pas à un acte juridique unilatéral relatif à un contrat au sens de la Convention de Rome, ni à un fait dommageable ou à une obligation contractée dans le cadre d'un quasi-contrat.

VI. Insolvabilité

37. Fallait-il prévoir dans le Code des règles visant l'insolvabilité, dès lors que la Belgique est liée par les dispositions du Règlement européen relatif à l'insolvabilité¹⁵¹ et que celui-ci a par ailleurs été complété par deux directives relatives d'une part aux établissements de crédit et d'autre part aux entreprises d'assurance ?

La réponse à cette question est assurément positive dans la mesure où, malgré tous ses mérites, le Règlement insolvabilité ne fournit pas un cadre exhaustif pour tous les cas

¹⁴⁶ D'autant plus qu'une intervention spécifiquement belge aurait pu se heurter aux compétences externes de l'Union européenne.

¹⁴⁷ Articles 28ter à 28 decies de la loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurances. Cf. B. DUBUISSON, « La loi applicable au contrat d'assurance dans l'Espace européen », *R.D.C.B.*, 2004, 731-754.

¹⁴⁸ Cf. les conventions de Genève du 7 juin 1930 et du 19 mars 1931, auxquels renvoie d'ailleurs l'article 98, §§ 2 et 3 du Code.

¹⁴⁹ Du moins lorsque les parties ont choisi le tribunal d'un Etat membre, l'article 23 du Règlement 44/2001 ne laissant qu'une place marginale au droit national

¹⁵⁰ Cf. l'article 75 du Code pour les conventions relatives aux obligations alimentaires.

¹⁵¹ Règlement précité, dont on rappellera qu'il s'applique à tous les Etats membres, à l'exception du Danemark. Ce Règlement n'a pas d'impact sur les Etats de l'EEE.

d'insolvabilité.¹⁵² Comme on le sait, le Règlement 1346/2000 a en effet vocation à s'appliquer dès lors que le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un Etat membre.¹⁵³ Il importait dès lors de prévoir des règles pour les hypothèses mettant en jeu une entreprise dont l'activité principale est située en dehors de l'Union européenne dans la mesure où la faillite de cette entreprise peut avoir des répercussions en Belgique. L'on pense à l'hypothèse d'une entreprise établie dans un Etat tiers et qui possède en Belgique une succursale ou un bureau de représentation ou encore, plus modestement, au sort des avoirs bancaires déposés auprès d'une banque belge par une entreprise établie en RDC et incapable de faire face à ses créanciers. Si l'on accepte enfin que la réglementation européenne n'a pas vocation à englober les avoirs et les activités extra-européennes d'un débiteur domicilié dans un Etat membre,¹⁵⁴ le Code pourrait également s'appliquer aux effets en Belgique d'une procédure engagée à raison de ces biens.

38. Pour combler les lacunes de la réglementation européenne, le législateur belge s'est écarté de la tradition 'universaliste' embrassée depuis bien longtemps par les juridictions belges, préférant se conformer à l'approche mixte qui caractérise le droit européen.¹⁵⁵ Cette option de principe doit être approuvée tant il serait apparu incongru d'adopter deux systèmes fondés sur des postulats différents pour appréhender des situations d'insolvabilité selon qu'elle soient limitées aux Etats européens ou non.¹⁵⁶

¹⁵² Et que les quelques conventions bilatérales qui demeurent en vigueur et devront être appliquées par priorité, ne sauraient combler. Il s'agit de la Convention du 8 juillet 1899 entre la Belgique et la France (loi du 31 mars 1900, *M.B.*, 30-31 juillet 1900) ; la Convention du 28 mars 1925 entre la Belgique et les Pays-Bas (loi du 16 août 1926, *M.B.*, 27 juillet 1929) ; la Convention du 2 mai 1934 entre le Royaume-Uni et la Belgique (loi du 4 mai 1936, *M.B.*, 27 novembre 1936) et la convention du 16 juillet 1969 entre la Belgique et l'Autriche sur la faillite, le concordat et le sursis de paiement (loi du 15 avril 1975, *M.B.*, 24 juillet 1975). L'on a suggéré, à l'occasion de l'adoption du Code, « d'abroger officiellement » ces conventions (*Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n°3-27/7, p. 139). Si une dénonciation semble indiquée, il ne faut toutefois pas oublier que certaines de ces conventions demeurent importantes pour les matières non régies par les instruments européens. C'est le cas des conventions belgo-française et belgo-néerlandaise, qui embrassent l'ensemble de la matière civile et commerciale et continuent dès lors à régir par exemple les difficultés liées aux régimes matrimoniaux et aux successions.

¹⁵³ A savoir tous les Etats membres, sauf le Danemark, qui n'est pas lié par le Règlement. L'on consultera la notice parue in *J.O.C.E.*, 23 septembre 2003, p. 711 pour les données communiquées par les 10 nouveaux Etats membres.

¹⁵⁴ L'application du Règlement européen aux biens situés en dehors du territoire de l'Union a donné lieu à une controverse. Selon le considérant n° 12 du Préambule du Règlement, une procédure principale ouverte sur pied de l'article 3 du Règlement à une portée « universelle » et a vocation à inclure tous les actifs du débiteur. D'autres estiment cependant qu'une procédure d'insolvabilité européenne ne peut avoir vocation à appréhender l'actif du débiteur situé dans un Etat tiers à l'Union européenne. Cf. N. WATTE et V. MARQUETTE, « Le Règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », *R.D.C.B.*, 2001, (565), 572, n° 26. Cette position a également été défendue lors des travaux parlementaires, cf. les observations de J. Erauw, Rapport de la Commission du Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 210.

¹⁵⁵ Cf. également les §§ 335 e.s. de l'*Insolvenzordnung* allemand, tels que modifiés par la loi du 24 décembre 2003 (BGBl. I., p. 3004). Le législateur allemand s'est aussi fortement inspiré de l'exemple européen.

¹⁵⁶ L'extension du système européen n'a pas été sans difficulté. A l'origine, le projet de codification se contentait d'étendre « par analogie » les dispositions du règlement européen aux procédures non visées directement par celui-ci (art. 117 de la proposition de loi du 7 juillet 2003, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1). Lors de la discussion parlementaire, on a observé que la simple référence aux dispositions européennes n'était pas suffisante car de nature à créer une certaine confusion sur l'origine et la force juridique des règles (intervention de Me Zenner, Rapport Commission Justice, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 211 e.s., spéc. p. 213).

Le législateur a toutefois tenu compte de la vocation mondiale du Code, susceptible de s'appliquer en dehors de toute réciprocité de la part d'Etats étrangers. Ceci explique que le modèle européen ait été quelque peu adapté. C'est ce que l'on observera successivement pour la compétence des tribunaux belges (A) et pour la détermination de la loi applicable (B).¹⁵⁷

A. Compétence internationale des tribunaux belges

39. La projection de la réglementation européenne dans le Code a considérablement élargi la compétence des tribunaux belges. En effet, ces juridictions pourront dorénavant connaître d'une demande fondée sur l'existence en Belgique d'un simple établissement (art. 119, § 1 (2°)). L'on sait qu'il en allait tout autrement avant l'entrée en vigueur du Code, la jurisprudence rattachant la compétence au seul critère du domicile du débiteur en vertu de l'article 631 du Code judiciaire. L'article 3 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites avait déjà préparé cette extension, puisqu'il permettait aux juridictions belges de déclarer en faillie un commerçant dont le centre des intérêts principaux du commerçant était situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne, pour autant qu'il possède en Belgique un établissement. Cette disposition n'avait toutefois aucune utilité pratique, dans la mesure où elle se contentait de signaler l'existence du texte européen.¹⁵⁸

Au contraire du Règlement, le Code ne prévoit pas de définition de la notion d'établissement. Il serait judicieux que les juridictions se réfèrent à la définition européenne, selon laquelle l'établissement est un « lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens »¹⁵⁹. En effet, cette définition procède d'un subtil équilibre qui vise à préserver tant que faire se peut la primauté des tribunaux du centre des intérêts principaux. Dans la mesure où le législateur belge a adhéré au système européen d'universalisme tempéré, il s'impose de respecter le critère retenu à l'échelle européenne pour définir la limite des procédures territoriales.¹⁶⁰

La procédure ouverte sur base de l'existence d'un établissement est purement territoriale. Le Code ne fournit toutefois aucune règle pour localiser les actifs compris dans la procédure. Ceci ne posera pas de difficultés pour les actifs matériels. Seule la localisation des créances demeure difficile. Plutôt que de trancher entre le critère du domicile du débiteur retenu par l'article 85 du Code et celui du créancier retenu par l'article 87, § 3, il semble préférable de s'en tenir à la définition proposée par le Règlement.¹⁶¹ Les règles de localisation du Code obéissent en effet à une logique propre, qui ne coïncide pas nécessairement avec la délicate délimitation entre procédure principale et procédure territoriale en matière de faillite.

¹⁵⁷ L'on n'abordera pas dans la présente contribution les règles particulières relatives à l'exécution des décisions étrangères et à la collaboration entre curateurs, qui sont d'une importance moindre pour la pratique financière.

¹⁵⁸ L'article 3 de la loi du 8 août 1997 ne devait, selon l'article 150 al. 2 de la même loi, entrer en vigueur en même temps que la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité qui, on le sait, est demeurée lettre morte. L'article 138 du Code modifie d'ailleurs à nouveau l'article 3.

¹⁵⁹ Article 2 (h) du Règlement.

¹⁶⁰ Sur le concept d'établissement, cf. N. WATTE et V. MARQUETTE, *l.c.*, *R.D.C.B.*, 573-574.

¹⁶¹ A savoir l'article 2(g) du Règlement.

40. Le Code s'écarte également du modèle européen en ce qui concerne la possibilité d'ouvrir une procédure principale. L'article 118 substitue en effet au critère unique retenu par le Règlement, un double critère formulé de façon originale. Alors que le texte européen introduit un concept nouveau fondé sur les attentes des créanciers, celui de centre des intérêts principaux,¹⁶² le Code définit la compétence des juridictions belges par référence à l'établissement principal ou au siège statutaire du débiteur. Ces critères sont alternatifs.

L'on peut supposer que dans la plupart des cas, l'établissement principal coïncidera avec le centre des intérêts principaux du débiteur, en sorte que le facteur de compétence retenu par le législateur belge n'aura aucun rôle à jouer. Il n'en ira pas de même avec le siège statutaire, puisqu'il n'est pas exclu, même si ceci ne sera pas une hypothèse fréquente, qu'un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé en dehors de l'Union européenne, ait localisé son siège statutaire en Belgique. Partant, il sera possible d'ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur alors que le centre de ses intérêts principaux est localisé en dehors de l'Union européenne. Ceci devrait permettre de protéger les créanciers qui se sont fiés aux apparences statutaires d'un débiteur dont l'activité économique s'exerce principalement en dehors de l'Union européenne. L'on peut toutefois craindre que la plupart des actifs d'un tel débiteur soient localisés en dehors de l'Union européenne, en sorte que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne constitue qu'une victoire à la Pyrrhus pour les créanciers.

B. Le droit applicable

41. Tout comme le Règlement 1346/2000, le Code prévoit l'application de la loi du concours, c'est-à-dire la loi de la juridiction qui a la maîtrise de la procédure d'insolvabilité.¹⁶³ Au vrai, l'application de la *lex concursus* s'impose d'évidence tant l'on imagine difficilement les juridictions belges consulter et appliquer une loi étrangère lorsqu'il s'agit de déterminer le délai dans lequel les créanciers doivent produire leur créance, les compétences du curateur ou une autre question intimement liée à la faillite.

L'enjeu véritable de la question se situe en réalité dans la détermination du *domaine* de la loi du concours. Il importe notamment de concilier le souci de l'Etat dont les tribunaux supervisent la faillite, de voir ses règles et sa politique législative appliquée de façon concrète avec les intérêts concurrents des créanciers et notamment des créanciers étrangers dont les contacts avec le débiteur se sont principalement déroulés dans leurs pays, ce qui a pu leur laisser croire qu'ils continueraient de bénéficier de l'application de leur propre loi.

¹⁶² Qui a donné naissance à une abondante jurisprudence, cf. R.C. VAN WIERINGHEN BORSKI et J.F. OUWEHAND, "De Europese Insolventieverordening onderweg naar Luxemburg", *TvI*, 2004, 309 e.s.

¹⁶³ Article 119. Cette extension était nécessaire dans la mesure où les règles de rattachement européenne se limitent à désigner la loi d'un Etat membre, au contraire des règles de rattachement de la Convention de Rome qui sont universelles.

Le Code reprend à son compte la formule de l'article 4 du Règlement, qui fournit une liste non-exhaustive des questions visées par la *lex concursus*.¹⁶⁴ Pour faire droit aux intérêts des créanciers, l'article 119 du Code s'inspire également des exceptions prévues par le Règlement. Toutefois, la portée de ces exceptions est quelque peu modifiée.¹⁶⁵ Dans le système communautaire, l'on peut distinguer entre deux types d'exception à la *lex concursus* : les premières indiquent directement quel droit est applicable à la question particulière qui est extraite du domaine de la *lex concursus*. Il en va ainsi des contrats de travail,¹⁶⁶ des contrats portant sur un bien immobilier¹⁶⁷ ou encore des droits et obligations d'un participant à un système de paiement.¹⁶⁸

Ces exceptions sont reprises par le Code de droit international privé.¹⁶⁹

42. Le Règlement prévoit également d'autres exceptions qui sont d'une nature différente. Les articles 5, 6 et 7 du Règlement n'indiquent en effet pas quel droit s'applique à la question qu'ils visent. Ces dispositions se contentent de réserver une question particulière, à propos de laquelle il est précisé que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité « n'affecte pas » le droit qu'un créancier pourrait opposer à la masse. Ainsi, le créancier qui dispose d'un droit réel portant sur un bien - mobilier ou immobilier - situé en dehors du territoire de l'Etat membre dans lequel la procédure a été ouverte, pourra s'opposer à l'application de la loi du concours lorsque celle-ci réduit ses prétentions. La portée de ces exceptions, qui constituent de véritables règles de rattachement 'négatives', n'est pas facile à déterminer.¹⁷⁰

Le Code simplifie à plus d'un égard les règles européennes qu'il adopte pour modèle. Tout d'abord, la règle belge est formulée de façon générale, sans reprendre l'ensemble des précisions fournies par le texte européen. Ainsi l'article 119, § 2 (1°) se contente

¹⁶⁴ Art. 119, § 1^{er}, qui fait référence à l'article 4, § 2 (a) à (m) du Règlement.

¹⁶⁵ En général, V. MARQUETTE, "Actualités du droit international privé en matière de droit bancaire, financier et des assurances : aperçu global et questions choisies", à paraître in *Bancassurfinance*, n° 47.

¹⁶⁶ Selon l'article 10 du Règlement, les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat de travail sont soumis à la loi régissant le contrat de travail.

¹⁶⁷ Selon l'article 8 du Règlement, les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat portant sur un bien immobilier sont régis par la loi du lieu de situation du bien.

¹⁶⁸ Selon l'article 9 du Règlement, les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces droits et obligations sont régis par la loi de l'Etat membre applicable au système.

¹⁶⁹ Cf. l'article 119, § 3 du Code. L'on signalera toutefois que selon l'article 119, § 3 (1°), les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat donnant le droit d'acquiescer ou de jouir d'un bien immobilier sont régis « par le droit applicable à ce contrat » et non, comme le précise l'article 8 du Règlement, par le droit de l'Etat du lieu de situation du bien. La différence ne prête pas à conséquence, dans la mesure où l'article 4(3) de la Convention de Rome impose l'application du droit du lieu de situation de l'immeuble aux contrats ayant pour objet un droit réel immobilier.

¹⁷⁰ Les articles 5 et suivants du Règlement constituent sans nul doute les dispositions les plus complexes du Règlement 1346/2000. Une des questions posées a trait à la portée de 'l'immunité' dont bénéficient les créanciers. Celle-ci ne joue-t-elle qu'à l'égard de la seule *lex concursus*, ou faut-il au contraire comprendre que les dispositions de la loi applicable à défaut d'insolvabilité, doivent également être écartées dès lors qu'elles limitent les effets de la sûreté ou du droit du créancier en cas d'insolvabilité du débiteur ou la rendent inopposable ? Cf. l'analyse magistrale de E. DIRIX et V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese insolventieverordening", *R.D.C.B.*, 2001, 580-600 ainsi que N. WATTE, "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité", *Rev. Dr. ULB.*, 2001, 7-42 et V. MARQUETTE, « L'incidence du Règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité sur les sûretés bancaires contractuelles », in *Sûretés bancaires et financières*, AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 2004, 129-180.

de réserver l'application de la *lex rei sitae* pour les « droits réels des tiers » sans toutefois définir ces droits, comme le fait l'article 5 du Règlement.¹⁷¹

Ensuite, les nuances apportées à l'application de la loi du concours ne sont pas formulées de manière négative. Le Code désigne au contraire directement la loi applicable au mécanisme ou à l'institution qu'il entend soustraire à la loi du concours. Le sort de la compensation après insolvabilité illustre cette différence. L'article 4 § 2 (d) du Règlement 1346/2000 précise que la loi du concours régit « *les conditions d'opposabilité d'une compensation* ». Toutefois, selon l'article 6 du même Règlement, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité « *n'affecte pas* » le droit d'un créancier d'invoquer la compensation lorsque celle-ci est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable. Comme on l'a fait remarquer, cette disposition n'identifie pas la loi applicable à la compensation.¹⁷²

Au contraire, l'article 119, § 2 (2°) précise que le droit d'un créancier d'invoquer la compensation « *est régi par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable* ». La différence est notable. Il faut toutefois se demander si elle aura un impact pratique. Il est tout d'abord certain que la règle de conflit positive posée par l'article 119, § 2 (2°) n'a pas vocation à s'appliquer à la compensation en général, mais seulement dans une situation de concours, pour déterminer l'opposabilité d'une compensation à la masse.¹⁷³ En outre, le résultat premier de l'article 119, § 2 (2°) est identique à celui auquel conduit son pendant européen, à savoir l'exclusion de l'application de la loi du concours.

Une différence importante sépare toutefois les deux dispositions. L'exclusion de la loi du concours dans le système européen est limitée à la seule hypothèse dans laquelle la loi applicable à la créance du débiteur insolvable permet une compensation que n'autorise pas la loi du concours. S'il apparaît au contraire que la loi applicable à la créance du débiteur insolvable n'offre pas plus de possibilité de compensation au créancier que la loi du concours, cette dernière retrouve un titre à s'appliquer. Une première lecture de l'article 119, § 2 (2°) conduit à un résultat différent, dans la mesure où la loi de la créance du débiteur insolvable se voit attribuer par cette disposition un titre général à s'appliquer pour déterminer l'influence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, quel que soit par ailleurs le contenu de la loi du concours. La règle est certes plus simple, puisqu'elle évite l'écueil de la formulation négative. Il n'est toutefois pas certain que les créanciers puissent trouver dans l'article 119 § 2 une protection équivalente à celle que leur offre le Règlement européen.

A ce titre, l'on peut s'étonner que l'incorporation en droit commun belge des exceptions, devenues classiques en droit européen,¹⁷⁴ à l'application de la loi du

¹⁷¹ L'article 119 n'ayant vocation à être appliqué que par le seul juge belge, l'absence de définition des droits visés n'est pas dommageable. L'interprète belge n'aura pas de difficulté à identifier les droits visés. Au besoin, s'il est confronté à une demande émanant d'un créancier étranger, le juge pourra s'inspirer de la définition européenne.

¹⁷² V. MARQUETTE, « L'incidence du Règlement ... », *l.c.*, 173.

¹⁷³ Ceci se déduit du chapeau de l'article 119 § 2 qui évoque le seul « effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité » sur la compensation. Sur la loi applicable à la compensation, cf. C.J.C.E., 10 juillet 2003, *Commission contre Conseil des Communes et Régions d'Europe*, aff. 87/01, et les observations de M. FALLON in *Tijdschrift@jpr.be*, 2003, 68 e.s.

¹⁷⁴ Cf. les articles 21, 22 et 23 de la Directive 2001/24/CE du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (*J.O.C.E.* L-125 du 5 mai 2001) et les

concours soient l'occasion d'une ré-écriture qui modifie substantiellement l'équilibre entre loi du concours et intérêts des créanciers étrangers. Il en va d'autant plus ainsi que l'apparente simplification qu'apporte le Code ne résout en rien l'irritante question de la portée de l'immunité dont bénéficient les créanciers à l'égard de la procédure d'insolvabilité.¹⁷⁵ La simplification ne pourrait dès lors être qu'apparente.

Enfin, l'on remarquera que le Code écarte une des exceptions prévues par le Règlement, en faveur des brevets et marques communautaires.¹⁷⁶ Ceci se comprend fort bien dans la mesure où le Code n'a pas vocation à s'appliquer aux procédures intra-communautaires.

Au total, l'incorporation en droit international privé belge des règles européennes relatives à l'insolvabilité va certes faciliter la tâche du praticien, pour qui les raisonnements fondés sur l'articulation entre procédures principale et territoriale sont devenus familiers. Il faudra toutefois demeurer attentif aux conséquences que pourraient avoir les simplifications et modifications apportées par le législateur belge.

VII. Trusts

43. L'on connaît les difficultés soulevées par l'intégration en droit belge d'un trust constitué sous un régime étranger. La jurisprudence avait certes à maintes reprises estimé que le trust n'était pas en soi contraire aux principes d'ordre public.¹⁷⁷ Les limites de l'accueil réservé à cette institution n'étaient toutefois pas clairement définies.¹⁷⁸

Il demeurerait également difficile d'appréhender une institution aux multiples facettes, qui ne se laissait pas réduire à l'une ou l'autre des catégories générales avec lesquelles le droit international privé fonctionne. Cette difficulté de qualification¹⁷⁹ est résolue avec le Code qui, à la suite et sur le modèle de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet

articles 20, 21 et 22 de la Directive 2001/17/CE du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurances (*J.O.C.E.* L-110 du 20 avril 2001. Les dispositions transposant ces exceptions en droit belge sont conformes à l'original et conservent la formulation négative caractéristique des textes européens. Cf. l'article 109/20 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et l'article 48/20 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, tels que modifiés par les articles 23 et 58 de la loi du 6 décembre 2004, précitée.

¹⁷⁵ En effet, l'article 119 § 2 ne précise pas s'il faut prendre en compte, dans le droit qu'il désigne, les seules règles du droit commercial général, à l'exclusion du droit de l'insolvabilité, ou si le créancier doit être soumis aux limitations éventuelles du droit de la faillite. La seconde solution nous semble s'imposer, puisque le créancier ne pourra en tout cas pas exciper du caractère surprenant que revêtait l'application des dispositions relatives à l'insolvabilité du droit désigné par l'article 119 § 2. Cette question a déjà fait coulé beaucoup d'encre sous l'empire du Règlement européen, cf. N. WATTE, *art. cit.*, *Rev. Dr. ULB.*, 2001, (7), 30, n° 30.

¹⁷⁶ Art. 12 du Règlement 1346/2000.

¹⁷⁷ Civ. Bruxelles, 31 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, 677 ; Civ. Bruxelles, 27 novembre 1947, *Pas.*, 1948, III, 51 et Civ. Anvers, 4 mars 1971, *R.G.E.N.*, 1971, p. 254, n° 21475.

¹⁷⁸ En général, S. DE RAEDT et M. TRAEST, *Trust en privaats vermogensbeheer*, Maklu, 2000 ainsi que R. PRIOUX, "L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge", *J.T.*, 1996, 449-459.

¹⁷⁹ Sur laquelle J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 1997, 51-53.

1985,¹⁸⁰ accepte l'institution du trust en tant que telle en lui réservant un sort particulier.¹⁸¹

44. Il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces règles. Les articles 122 e.s. du Code n'ont pas pour but de permettre la création, en Belgique, d'un trust.¹⁸² Le seul enjeu de ces dispositions est la *reconnaissance* d'un trust valablement constitué sur base d'un droit étranger.¹⁸³ Même si les travaux préparatoires précisent fort justement qu'il est erroné de parler de "reconnaissance" du trust, dans la mesure où, traditionnellement, le concept de 'reconnaissance' est réservé aux décisions judiciaires étrangères,¹⁸⁴ il faut accepter que le Code vise bien l'accueil en Belgique d'un trust étranger. L'on se reportera à l'énumération fort complète donnée par la Convention de La Haye pour apercevoir la portée de cette réception.¹⁸⁵

Ne sont visés par les dispositions du Code que les seuls trusts « *de type anglo-saxon, qui sont caractérisés par une distinction fondamentale entre les biens du trust et le patrimoine du trustee* ». ¹⁸⁶ Ceci ne signifie toutefois pas que seuls les trusts constitués selon les droits anglais et américains peuvent prétendre être reconnus comme tels. La distinction doit être faite entre le trust 'classique' et d'autres formes de relations fiduciaires qui créent un patrimoine d'affectation sans toutefois organiser une séparation stricte entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine personnel du fiduciaire. Ainsi il semble que le contrat fiduciaire tel qu'il est organisé par la loi luxembourgeoise, réponde aux caractéristiques requises par l'article 122, à tout le moins depuis les modifications apportées à cette institution par la loi du 27 juillet 2003.¹⁸⁷ L'un des buts visés par le législateur luxembourgeois était en effet d'étendre au contrat de fiducie le bénéfice du régime de reconnaissance instauré par la

¹⁸⁰ Convention du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, qui n'a pas été ratifiée par la Belgique.

¹⁸¹ En général, J. ERAUW, « Trust en trustachtige figuren in België – het toepasselijke recht », in *Liber amicorum Christian de Wulf*, La Chartre, 2003, 395-409.

¹⁸² *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 140.

¹⁸³ Pour une première approche des conséquences fiscales de cette reconnaissance, cf. S. DE RAEDT et M. TRAEST, « Meer vertrouwen in de trust na het IPR-Wetboek ? », *Fiscoloog*, 2004, n° 947, 1-4.

¹⁸⁴ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 139. Cf. les commentaires de P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ.*, 2004, (225), 229-235 sur les nouveaux avatars de la 'reconnaissance' en droit international privé.

¹⁸⁵ Selon l'article 11 de la Convention, la reconnaissance « *implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique. Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment: a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust; b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci; c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee; d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé* ».

¹⁸⁶ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 139.

¹⁸⁷ Loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires, *Mémorial* 4 n° 124 du 3 septembre 2003, p. 2620 et les commentaires de P. HOSS et P. SANTER, « Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larcier, 2004, vol. 2, 665-700.

Convention de La Haye en faveur des institutions fonctionnellement comparables aux trusts.¹⁸⁸

Par contre, la désignation parmi plusieurs banques accordant un emprunt à un débiteur, d'une banque chargée de représenter les autres prêteurs lors de la conclusion et de l'exécution de l'opération ne semble pas pouvoir être assimilé à un trust.¹⁸⁹ Tel qu'on la connaît dans la pratique des *syndicated loans*, ce type de construction confère en effet avant tout un rôle de *représentation* à l'établissement désigné comme '*lead bank*', qui est chargée de centraliser et de répartir l'information et le cas échéant de contrôler le respect par l'emprunteur des conditions de l'emprunt.¹⁹⁰ Même si les documents contractuels font souvent référence à la '*lead bank*' comme étant le '*trustee*' des autres banques, l'examen des prérogatives associées à la fonction de '*lead bank*' fait apparaître que la mission confiée à la banque relève du droit de la représentation contractuelle.¹⁹¹

45. Le trust constitué à l'étranger ne pourra prétendre à la qualité de trust que pour autant qu'il réponde aux conditions posées par la règle de conflit du Code. Celui-ci se montre résolument libéral, tout en apportant d'importantes corrections. Le libéralisme de principe se traduit par la possibilité pour le fondateur du trust de sélectionner la loi applicable au trust.¹⁹²

A défaut de choix, il faudra avoir égard à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le trustee avait sa résidence habituelle au moment de la constitution du trust.

Il est intéressant de noter que cette règle de rattachement objective pourra être invoquée, de manière subsidiaire, lorsqu'exceptionnellement, le droit désigné par le fondateur du trust ne permet pas de valider le trust. Ainsi, si le fondateur devait retenir l'application de la loi belge, il est à craindre que celle-ci ne permette pas de valider le trust. Le trust pourra toutefois être reconnu en tant que tel s'il apparaît que le trustee résidait, lors de la constitution du trust, dans un pays dont le droit valide l'institution.

Une première réserve porte toutefois sur le caractère véritablement international du trust. Pourrait-on en effet envisager de permettre à un ressortissant belge de créer un trust et de le soumettre expressément à un droit étranger qui valide le trust, alors que l'ensemble des « éléments significatifs » du trust sont localisés en Belgique ? Il aurait sans doute été possible de passer outre le choix de loi ainsi effectué par le fondateur

¹⁸⁸ Selon l'article 5 de la loi luxembourgeoise, un contrat fiduciaire est « contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire ». L'article 6 de la loi du 27 juillet 2003 précise en outre que le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire.

¹⁸⁹ En général sur la question de la représentation et de l'organisation des prêteurs, voy. les observations toujours pertinentes de G. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Brill, Leyden, 1955, 255-257.

¹⁹⁰ Cf. la description détaillée donnée par PH. WOOD, *International loans, bonds and securities regulation*, Sweet & Maxwell, 1995, 98-103.

¹⁹¹ A telle enseigne que si une banque membre du syndicat venait à verser à la *lead bank* sa part de l'emprunt avec pour mission d'en faire profiter l'emprunteur, la banque ne pourrait prétendre revendiquer la somme ainsi versée en cas de défaillance de la *lead bank*, sauf s'il apparaît que les circonstances particulières de la cause, un « *special purpose trust* » a été créé entre l'agent défaillant et la banque. Cf. PH. WOOD, *o.c.*, 100, § 6-22.

¹⁹² Art. 124, § 1^{er}.

en faisant appel à l'exception de la fraude à la loi consacrée par le Code (art. 18). Il a semblé plus sage aux rédacteurs du texte de prévoir une limitation expresse.

Que faut-il entendre par « éléments significatifs » ? Les travaux préparatoires indiquent que la réserve doit jouer lorsque « *l'entière du patrimoine se situe en Belgique et que les personnes concernées ne possèdent de lien qu'avec ce pays* ». ¹⁹³ Dès lors que le trust porte sur un bien immobilier situé dans un pays étranger, il faudra dès lors accepter le choix de loi fait par le fondateur. L'on peut toutefois se demander ce qu'il en est lorsque le patrimoine sur lequel porte le trust est situé dans un pays qui ne connaît, pas plus que la Belgique, l'institution du trust. Quid par exemple de la constitution d'un trust portant sur un bien immobilier situé en France ? Faudra-t-il accepter cette construction dès lors que le fondateur a soumis le trust au droit anglais ? Il est permis de penser qu'au-delà de la limite expresse prévue à l'article 124, § 1^{er}, al. 2, la clause générale de fraude à la loi pourra jouer un rôle dans cette hypothèse.

46. Le Code réserve également l'application des droits réservataires des héritiers. ¹⁹⁴ Tout comme l'article 79 du Code neutralise les effets que pourraient avoir le choix par le futur défunt d'une loi sur les droits des héritiers réservataires, l'article 124, § 3 du Code stipule que le droit applicable au trust ne peut avoir pour effet de priver un héritier d'un droit réservataire que lui confère la *lex successionis*. ¹⁹⁵ L'on peut se demander si cette réserve était nécessaire, dans la mesure où la jurisprudence belge avait déjà estimé que les droits réservataires des héritiers méritaient d'être protégés contre l'application d'une loi étrangère en sens contraire. ¹⁹⁶ L'article 124 § 3 a toutefois le mérite de constituer un avertissement sans ambiguïté aux fondateurs de trust.

La réserve en faveur des droits réservataires n'exclut d'ailleurs pas que l'accueil en Belgique d'un trust étranger soit limitée par le respect d'autres dispositions impératives du droit belge – appelées dorénavant règles spéciales d'applicabilité. L'on pense en particulier à certaines dispositions du droit des faillites, comme l'article 17 de la loi ou encore le principe général d'égalité des créanciers. ¹⁹⁷ La Convention de La Haye réservait d'ailleurs directement l'application des dispositions

¹⁹³ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 140.

¹⁹⁴ Art. 124, § 3. Cette réserve ne figurait pas dans le texte original, elle a été ajoutée suite à la discussion parlementaire.

¹⁹⁵ La conjonction de ces deux dispositions amènent à penser que les droits réservataires des héritiers doivent dorénavant être considérés comme des dispositions spéciales d'applicabilité au sens de l'article 19 du Code.

¹⁹⁶ Cf. par exemple Civ. Bruxelles, 31 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, 677. En l'espèce, une personne résidant alternativement en Belgique et à Monaco, et possédant les nationalités belge et britannique, avait constitué un trust testamentaire conformément au droit monégasque, à l'effet de priver l'enfant d'un premier mariage de toute prétention successorale. Saisi d'une demande d'annulation dudit testament, le tribunal de Bruxelles constata que la succession de la défunte était soumise à la loi belge, tant en ce qui concerne les immeubles situés en Belgique, que pour les meubles, puisque la défunte devait être considérée comme domiciliée en Belgique. Le tribunal admit ensuite la validité du trust testamentaire, en privilégiant audacieusement la nationalité britannique de la testatrice. Selon le tribunal, il aurait en effet été inadmissible de faire dépendre la validité du testament d'un choix de l'une ou l'autre des nationalités de son auteur. Le trust ainsi validé ne pouvait toutefois selon le tribunal sortir ses effets que dans la mesure permise par la loi belge applicable à la succession. Le tribunal estima dès lors que le trust ne saurait faire échec au droit d'un héritier réservataire et réduisit l'effet du trust à la quotité disponible.

¹⁹⁷ Articles 7 et 8 de la loi hypothécaire.

internationalement impératives relatives au transfert de propriété, aux sûretés réelles et à la protection des créanciers en cas d'insolvabilité.¹⁹⁸

A l'instar d'autres chapitres, l'article 125 complète utilement la réglementation des trusts en précisant les questions visées par la loi déclarée applicable. Outre les questions classiques relatives à la constitution et à l'administration du trust, cette disposition indique également que le droit applicable au trust n'a pas vocation à régir la validité des actes d'acquisition ou de transfert de droits réels sur les biens du trust. Cette précision est sans doute surabondante, la question du transfert des droits réels faisant l'objet d'une disposition particulière dans le Code.¹⁹⁹ L'on saura toutefois gré aux rédacteurs du Code d'avoir écarté toute possibilité de confusion.

47. L'on notera enfin que le Code prévoit des règles de compétence spéciales qui s'ajoutent aux règles générales. Elles permettent de saisir les tribunaux belges dès lors que le trust est administré en Belgique ou que la demande porte sur des biens situés en Belgique. Il semble toutefois qu'une partie importante des trusts déjà créés dans le cadre d'opérations de planning successoral sont gérées non pas en Belgique mais depuis l'étranger et que ces mêmes trusts ne comprennent pas, pour des raisons fiscales, de biens situés en Belgique.²⁰⁰ Les règles de compétence particulières se montreront dès lors inopérantes s'agissant de procédures introduites en Belgique.

De manière générale, ces règles n'ont d'ailleurs vocation à s'appliquer que dans des situations extra-européennes. L'article 5(6) du Règlement 44/2001 permet en effet déjà d'engager une procédure contre le fondateur, le trustee et le bénéficiaire du trust devant les tribunaux du 'domicile' du trust.²⁰¹

48. Au total, le régime mis en place par le Code a une portée limitée.²⁰² Il ne s'agit pas, comme déjà souligné, de permettre la constitution en droit belge d'un mécanisme de trust mais plutôt d'offrir certaines garanties aux personnes ayant un intérêt dans la constitution d'un trust soumis à un droit étranger. L'on aurait d'ailleurs sans doute pu atteindre le même résultat en ratifiant la Convention de La Haye.²⁰³

* * *

¹⁹⁸ Article 15 (d) et (e) de la Convention du 1^{er} juillet 1985.

¹⁹⁹ Art. 87. Cf. également l'article 94 qui précise le domaine de la *lex rei sitae*.

²⁰⁰ En ce sens, A. VAN GEEL (et N. LABEEUW), *l.c.*, *Nieuwsbrief notariaat*, 2004, n° 20, (1), 7.

²⁰¹ Sur cette disposition, cf. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2002, 192-194.

²⁰² Cf. toutefois l'article 127, § 8 du Code qui précise que la possibilité pour le fondateur du trust de choisir le droit applicable au trust, peut être invoquée au bénéfice d'un trust constitué avant l'entrée en vigueur du Code. Il n'existait en effet aucune raison légitime de priver les trusts déjà constitués au 1^{er} octobre 2004 du bénéfice de la sécurité juridique qu'apporte le Code.

²⁰³ Le Code est toutefois plus précis que la Convention puisque celle-ci se contente de poser, comme règle subsidiaire applicable à défaut de choix, que le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits (art. 7). Cette règle générale est certes précisée par l'énumération d'une série de facteurs dont le juge doit tenir compte. Elle laisse toutefois planer une fâcheuse incertitude sur une question vitale.