

Les chemins de fer face aux enjeux de demain – Etat des travaux sur le projet de Protocole ferroviaire UNIDROIT / OTIF

Howard Rosen *

I. – DES AVANCEES SIGNIFICATIVES

Une distinction majeure entre la proposition de Protocole aéronautique à la Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son pendant pour le secteur ferroviaire est que le Protocole aéronautique vise à l'amélioration d'un système d'inscription des garanties déjà établi. Le Protocole ferroviaire ¹ est quant à lui indéniablement plus révolutionnaire puisqu'il essaie de *créer* un modèle similaire dans le but de garantir les prêteurs dans le secteur ferroviaire. Les membres du Groupe de travail ferroviaire ² ont parfois eu l'impression d'anticiper un besoin futur plutôt que de répondre à une nécessité actuelle. Ce n'est pas là une recette de facilité, ainsi la première session des experts gouvernementaux, tenue à Berne (Suisse) les 15 et 16 mars 2001, organisée conjointement par l'OTIF ³ et UNIDROIT, et éminemment présidée par le Professeur Karl KREUZER, a constitué une avancée importante qui était loin d'être évidente.

A maints égards, le simple fait que cette réunion ait eu lieu, et que 20 délégations nationales très actives ainsi qu'un certain nombre d'organisations internationales aient participé, était un élément aussi important que les observations précises et très constructives qui ont suivi. On constate une reconnaissance croissante au niveau gouvernemental du fait que la création d'un moyen qui permette aux compagnies de chemin de fer d'être financièrement indépendantes est non seulement souhaitable d'un point de vue politique et budgétaire, mais est également une composante essentielle de la revitalisation du secteur ferroviaire au 21^{ème} siècle ⁴. En outre, cela reflète peut-être une reconnaissance croissante, au moins en Europe, du fait que les intérêts de l'Etat ne se confondent pas forcément avec ceux d'un chemin de fer nationalisé, et que si la privatisation n'est pas

* *Howard Rosen Solicitor*, Cabinet juridique anglais situé à Zug (Suisse), spécialisé en conseil juridique et stratégique en matière de financements basés sur un actif; expert consultant sur les questions de financement ferroviaire international auprès du Comité d'étude chargé de l'élaboration d'une réglementation uniforme relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles; Président du Groupe de travail ferroviaire chargé de la préparation d'un avant-projet de Protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire. (*Traduction*)

¹ Le projet de Protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire, au projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

² Il est constitué de représentants des fabricants de matériel roulant, des banques, des prêteurs, des opérateurs du chemin de fer, de juristes, d'associations de l'industrie du chemin de fer et d'organisations internationales.

³ L'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF).

⁴ Pour un examen détaillé de la structure et des objectifs du Protocole ferroviaire, voir l'article du même auteur dans *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 1999, 313.

nécessairement le remède idéal pour tous les systèmes ferroviaires, les capitaux privés devraient en être un élément moteur. Pour que cet apport en capital soit efficace, une garantie internationale est essentielle dans l'hypothèse où le soutien financier de l'Etat viendrait à manquer de façon implicite ou explicite ⁵.

Dans l'élaboration de tout projet majeur comme la Convention à l'étude et ses Protocoles sectoriels, il y a inévitablement une longue période de gestation entre la conception et la naissance. Ce que nous sommes en train de faire, c'est une proposition de réglementation internationale qui peut avoir des effets considérables sur le commerce international dans les prochaines décennies, c'est pourquoi un examen diligent et régulier du projet est naturellement nécessaire. Le groupe chargé du projet, en l'occurrence le Groupe de travail ferroviaire, soumet aussi bien le fond que la forme de son projet à des critiques et réexamens permanents. Les révisions des experts gouvernementaux sont néanmoins essentielles pour s'assurer que le bon résultat est atteint, sur le plan politique comme sur le plan juridique. Dans le cas du Protocole ferroviaire, comme dans celui du Protocole aéronautique, nous pouvons nous attendre à deux et probablement trois examens approfondis du Protocole. Le premier examen, qui a eu lieu au mois de mars dernier, a constitué un important pas en avant même si beaucoup de travail reste encore à faire.

L'un des problèmes qui se pose avec le projet de Protocole ferroviaire est qu'il fonctionne par référence à une Convention qui reste à l'état de projet et n'est pas encore adoptée. Le projet actuel sera certainement encore modifié avant son adoption finale à la Conférence diplomatique organisée au Cap (Afrique du Sud) à la fin de l'année. En effet, le Groupe de travail ferroviaire est fier du fait que certaines modifications apportées au projet de Convention proviennent de suggestions du Groupe lui-même ou des experts gouvernementaux réunis à Berne. D'autres modifications seront nécessaires du fait que les secteurs ferroviaire et aéronautique considèrent certaines clauses qui figurent actuellement dans leurs Protocoles respectifs comme essentielles et comme devant probablement figurer dans la Convention elle-même. Le fait d'avancer sur un terrain mouvant est bien entendu un défi particulier, mais des progrès considérables ont été accomplis sur le projet de Protocole même s'il est difficile d'établir avec exactitude la quantité de travail qui reste à faire. D'ailleurs, le processus est clairement itératif. Dans une situation où les participants essaient de prévoir ce qui sera nécessaire, les idées et les propositions de textes sont constamment revues et les observations sont faites en sachant qu'il faudra réfléchir sur les conséquences pour réévaluer ensuite la proposition.

II. — LES POINTS CLES

Au cours de la réunion, détails techniques mis à part, trois sujets importants ont été abordés. D'abord, il est généralement admis que dans beaucoup de pays le chemin de fer ne participe pas uniquement au développement économique, il est aussi un élément de son tissu social. En effet, il s'agit très vraisemblablement de l'une des raisons principales pour lesquelles la privatisation a été rejetée dans de nombreux pays comme moyen de relance du secteur ferroviaire. C'est là un problème majeur pour tout protocole qui régleme les garanties portant sur du matériel roulant puisqu'il vise de façon spécifique à accorder à la

⁵ La rencontre de Berne a été l'occasion d'un surprenant débat tendu et public entre les représentants d'une entreprise de chemin de fer nationale et ceux de son Gouvernement au sujet de la structure et du financement futurs des chemins de fer de ce pays.

partie garantie le droit à être mise en possession de l'actif (et donc, potentiellement, de le retirer de la circulation publique) dans le cas où l'obligation de paiement n'est pas réalisée. En outre, des considérations d'ordre public peuvent, particulièrement en ce qui concerne le trafic de voyageurs, imposer que cette éventualité soit évitée en raison de ses effets disproportionnés sur le public et sur l'économie dans son ensemble. A première vue, ces objectifs sont donc contradictoires mais une réflexion plus approfondie montre que ce n'est pas nécessairement le cas. Les Gouvernements se préoccupent que le matériel roulant fonctionne que le débiteur ait ou non fait face à ses obligations. Les financeurs eux n'ont pas d'intérêt particulier à empêcher l'utilisation du matériel roulant constituant l'assiette de la garantie même en cas d'inexécution, tant que le pourvoyeur de fonds reste correctement indemnisé. Au cours de la réunion de Berne, une idée simple s'est transformée en proposition concrète qui sera formulée dans le prochain projet de Protocole. Nous appelons cela "*l'exception de service public*". D'une part, son champ d'application est strictement limité au matériel roulant destiné au transport de voyageurs; d'autre part, l'autorité agissant dans l'intérêt du service public a le droit de faire immobiliser le matériel roulant concerné, et de demander sa remise en service en s'adressant à un tribunal, mais doit fournir en contrepartie l'assurance que le financeur recevra une indemnisation adéquate dans un délai raisonnable.

Le second point clé discuté à la réunion a été l'interaction entre le droit local de l'insolvabilité et les actions prévues par le Protocole. Il s'agit certainement d'un point extrêmement sensible, en particulier à une époque où les législations nationales ont des différences radicales. Actuellement, le Protocole aéronautique envisage encore deux variantes qui devraient faire l'objet de discussions approfondies lors de la Conférence diplomatique d'octobre prochain. La solution de facilité serait de permettre aux Etats contractants de choisir s'ils veulent un système qui l'emportera sur les règles locales en matière d'insolvabilité, ou un système qui réserve au fond un certain pouvoir discrétionnaire aux juges locaux. En effet, le Protocole aéronautique envisage pour le moment que des Etats contractants choisissent d'être liés par cette disposition (plutôt que le contraire). Nous espérons que cela ne soit pas trop ambitieux, mais les experts gouvernementaux ont approuvé dans son principe l'approche du Groupe de travail ferroviaire qui essaie de concilier les différentes positions en un seul article, en laissant une certaine flexibilité aux juges locaux et en incorporant l'exception de service public (qui doit s'appliquer dans les situations d'insolvabilité comme de manquement aux obligations de paiement) et, avec cette réserve, en appliquant un système commun à chaque Etat contractant garantissant le droit à la mise en possession pour la partie garantie.

Le troisième point important examiné à Berne en mars était la condition de l'Autorité de surveillance. Pour le moment il est encore prévu que l'OTIF revête ces fonctions, mais il semble que la décision définitive relève collectivement des Etats contractants. Ceci étant dit, il n'y a pas d'alternative évidente quant à une autre organisation intergouvernementale. Il a été décidé cependant de laisser le choix du Conservateur à l'Autorité de surveillance plutôt que d'essayer de régler la question dans le Protocole lui-même.

III. — LES PROBLEMES EN SUSPENS

Si l'on peut soutenir ces principes lors de l'examen par les Gouvernements du libellé du prochain projet de Protocole, alors des progrès significatifs auront été faits. Il reste toutefois encore quelques questions importantes à affronter. La plus difficile, sans doute, est celle de la

conciliation des objectifs généraux du Protocole avec le système d'inscription qui existe en Amérique du Nord. Ce dernier fonctionne actuellement par l'inscription des garanties portant sur le matériel roulant ferroviaire fondée sur le débiteur (et non sur le bien). Nous devons encore examiner la question de savoir si les espaces géographiques couverts par ce système devraient être totalement exclus du champ d'application du Protocole ou s'il faudrait les reconnaître comme étant des espaces économiques où les conséquences juridiques du Protocole s'appliqueront, mais où le système d'inscription en vigueur sera modifié pour tenir compte des circonstances et des installations locales. Une troisième option, consistant à imposer les règles du Protocole et du Registre international en renonçant aux structures existantes, a probablement été exclue, puisque manifestement irréaliste et parce qu'il est logique d'utiliser les installations locales lorsqu'elles sont disponibles et qu'elles peuvent jouer un rôle dans le système proposé par le Protocole.

Ce problème est exacerbé par le fait qu'il n'existe pas de descriptions du matériel roulant ferroviaire universellement acceptées (ce qui constitue une différence majeure avec le secteur aéronautique). Un système d'inscription, qu'il soit uniforme ou modifié, ayant vocation à l'identification et à la localisation du matériel roulant ferroviaire ne peut s'appliquer que si les critères utilisés à ces fins lors de l'inscription sont clairs. En Europe comme en Amérique du Nord, les systèmes d'identification aujourd'hui habituellement utilisés varient selon que le matériel est déplacé d'un opérateur à l'autre, alors que les garanties exigent que la description du matériel d'équipement soit constante (ce que le Protocole désigne par "critère univoque d'identification"). Il y a des solutions aussi bien techniques que juridiques à ce problème, mais cela exige des investissements en temps et en argent et le fait d'être prêt à accepter que les systèmes actuels ont besoin de modification.

Dans le but d'assister les Gouvernements dans l'évaluation de ces questions, la réunion a constitué un Groupe spécial sur le registre, dirigé conjointement par les Gouvernements des Etats-Unis et de l'Italie, pour examiner les différentes options. Ce Groupe examinera les conclusions de nos collègues du Groupe spécial sur le Registre international qui travaille avec le Groupe de travail aéronautique sur le fonctionnement du registre aéronautique et il déterminera si celles-ci pourraient être appliquées au fonctionnement du registre sur le matériel roulant ferroviaire. Ce sera également l'occasion d'une analyse plus approfondie des systèmes régionaux d'inscription du matériel roulant ferroviaire existants ou futurs, d'un regard sur les avantages et les inconvénients d'une éventuelle clause spécifique sur les systèmes d'inscription dans les réseaux ferroviaires transnationaux unifiés ainsi que de l'examen du critère univoque d'identification et de ses modalités d'inscription. Une fois que le Groupe spécial aura fait son rapport, des discussions plus approfondies et des compromis seront nécessaires au niveau des experts gouvernementaux si l'on veut aboutir à un Protocole complet. Ces discussions ne seront pas faciles.

Un second point, techniquement hors du champ d'application du Protocole ferroviaire lui-même, est celui de savoir comment le Protocole sera adopté dans l'architecture de la Convention. Faudra-t-il une Conférence diplomatique pour chaque Protocole sectoriel ou peut-on faciliter un système de procédure rapide d'adoption dans la Convention même, évitant ainsi des dépenses et un retard importants sans pour autant priver les Etats contractants de leur capacité non seulement de surveiller, mais aussi d'influencer le développement des protocoles sectoriels? Si la réunion des experts gouvernementaux ne pouvait pas elle-même résoudre cette question, l'opinion du Groupe de travail ferroviaire

selon laquelle une procédure d'adoption rapide est souhaitable et devrait être possible a été amplement soutenue.

Un autre défi à la forme du Protocole vient de l'extérieur. La Commission des Nations Unies sur le droit du commerce international (CNUDCI) met actuellement la dernière main à une Convention internationale sur la cession de créances à des fins de financement. Il y a là un conflit potentiel puisque les créances sont souvent engagées comme élément de la garantie constituée par un emprunteur. Si cette garantie inclut des droits réels couverts par la Convention d'UNIDROIT, cela créerait un cauchemar juridique en ayant une part de la garantie régie par une convention et l'autre par une seconde, impliquant probablement un régime juridique différent pour chacune. Cela n'a pas de sens et le Groupe de travail ferroviaire, en accord avec la position prise pour les biens aéronautiques et spatiaux, considère que la garantie *in personam* est l'accessoire de la garantie *in rem*. C'est le point de vue soutenu dans le Protocole ferroviaire. Néanmoins, il serait clairement préférable d'exclure du projet de Convention de la CNUDCI les créances concernées par la Convention d'UNIDROIT telle que mise en oeuvre par ses Protocoles spécifiques.

IV. — LA VOIE DE L'AVENIR

Grâce aux efforts inlassables de l'OTIF, d'UNIDROIT, du Prof. Sir Roy GOODE ainsi que du Groupe de travail ferroviaire, nous avons maintenant mis en place les fondations solides d'un système de garantie internationale pour le matériel roulant ferroviaire, mais la réunion des experts gouvernementaux de mars dernier à Berne a représenté un progrès considérable dans la construction d'une structure réalisable et efficace. La philosophie et les objectifs du Protocole apparaissent largement acceptables aux Gouvernements et les questions importantes qui émanent d'un examen détaillé ont déjà été abordées d'une façon positive et constructive. Toutefois, beaucoup de travail reste à accomplir. Il faut transformer les principes en réalités et des problèmes restent à résoudre.

La prochaine réunion des experts gouvernementaux ne se tiendra probablement pas avant le mois d'avril 2002. Si elle semble lointaine, il y a une logique dans ce calendrier. Programmer une réunion pour régler des questions avant la Conférence diplomatique appelée à discuter et, on l'espère à adopter la Convention en octobre-novembre prochains, serait très difficile à cause de l'intense relation qui existe entre les Protocoles spécifiques et la Convention (et en fait de l'étroite coopération et échanges d'idées entre le Groupe de travail ferroviaire et le Groupe de travail aéronautique). Une fois les discussions de novembre achevées, le groupe de rédaction des experts gouvernementaux n'aura que peu de temps pour préparer un nouveau projet de Protocole et le faire traduire dans les langues appropriées pour laisser aux Gouvernements le temps suffisant pour examiner le projet et pour écouter les échos de leurs industries avant la prochaine réunion. Entre-temps toutefois, le Groupe spécial sur le registre poursuivra ses activités, la version de travail actuelle du projet de Protocole sera actualisée pour tenir compte des décisions prises à Berne, les travaux se poursuivront sur une Etude d'évaluation d'impact économique et les membres du Groupe de travail ferroviaire organiseront des séminaires et participeront à des conférences de par le monde pour discuter le contenu du projet avec l'industrie du rail. La ligne du futur n'a pas encore été construite mais un important travail de fond a été accompli et nous sommes maintenant assurés d'arriver à destination.