



DCME Doc No. 23
17/10/01
Anglais et français
seulement

CONFÉRENCE DIPLOMATIQUE POUR L'ADOPTION D'UNE CONVENTION RELATIVE AUX MATÉRIELS D'ÉQUIPEMENT MOBILES ET D'UN PROTOCOLE AÉRONAUTIQUE

(Le Cap, 29 octobre – 16 novembre 2001)

OBSERVATIONS

(présentées par le Royaume des Pays-Bas)

Observations d'ordre général

1. Le Royaume des Pays-Bas est très sensible à l'opportunité de pouvoir formuler des observations sur le projet de Convention [d'UNIDROIT] relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après dénommée "la Convention") et sur le projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (ci-après dénommé "le Protocole") en vue de la Conférence diplomatique pour l'adoption des deux instruments qui se tiendra au Cap (Afrique du Sud) du 29 octobre au 17 novembre 2001. Les observations formulées ci-après portent sur la Convention et le Protocole, tels que communiqués à l'Ambassade du Royaume des Pays-Bas en Italie en accompagnement de la Note Verbale d'UNIDROIT en date du 6 avril 2001 (DCME Doc. N° 3 du 6 avril 2001 et DCME Doc. N° 4 du 6 avril 2001) et sur le Rapport explicatif et commentaires sur la Convention et le Protocole, tel que communiqué à l'Ambassade du Royaume des Pays-Bas en Italie en accompagnement de la Note Verbale d'UNIDROIT en date du 11 mai 2001 (DCME – IP/2 du 11 mai 2001, ci-après dénommé "le commentaire"). Les observations relatives aux aspects de droit international privé se fondent sur un avis, daté du 16 juillet 2001, de la Commission de droit international privé du Gouvernement néerlandais, rendu à la demande du Ministère de la Justice.

2. Le Royaume des Pays-Bas est convaincu de l'importance de l'élaboration d'un instrument international qui vise à faciliter le financement de l'acquisition et de l'utilisation de matériel d'équipement de grande valeur qui est susceptible de franchir des frontières étatiques, en créant un régime juridique pour les baux, les ventes conditionnelles et les sûretés. Les financements du matériel d'équipement aéronautique, du matériel roulant ferroviaire et du matériel d'équipement spatial constituent de bons exemples de pratiques qui nécessitent un régime juridique international uniforme qui réponde aux besoins des différentes parties (par exemple des constructeurs, des utilisateurs et des financiers d'aéronefs) qui se trouvent dans des Etats différents.

3. Ceci ne change rien au fait qu'il faut voir jusqu'à quel point le financement de l'acquisition et de l'utilisation de matériel d'équipement de grande valeur, par exemple du matériel d'équipement aéronautique, sera facilité par la création d'une garantie internationale associée à toute une série de mesures radicales en cas d'inexécution des obligations, spécifiques à chaque type de matériel d'équipement, comme le prévoient la Convention et le Protocole. Cela dépend de la capacité qu'aura le nouveau régime de mettre les créanciers potentiels en confiance pour qu'ils proposent du crédit (qui ne serait pas autrement disponible) aux débiteurs dans des pays en développement ou pour qu'ils

réduisent (considérablement) les coûts de financement pour ces débiteurs. Il est important de noter que l'efficacité, et encore l'intégrité, du Registre international constituent des éléments fondamentaux de la valeur qui sera attribuée à la garantie internationale. Par ailleurs, le risque de reprise de possession du matériel d'équipement, que la Convention réduit, n'est que l'un des éléments clé de la gestion des risques. L'autre élément clé ne peut être influencé par la Convention. Il s'agit de la (in)capacité du débiteur à générer un *cash flow* suffisant pour pouvoir s'acquitter de ses obligations financières lorsqu'elles viennent à échéance. Parmi les éléments particulièrement inhérents aux pays en développement, la disparité de devises entre les recettes en monnaie locale et les coûts de transport en dollar (fuel, finance, assurance, etc.) subsisterait, ainsi que des facteurs comme l'environnement concurrentiel de la compagnie aérienne et les critères d'entretien du matériel et le contrôle de ces critères.

4. En outre, un autre élément très important est la question de savoir si les Etats contractants pour qui la Convention vise en particulier à abaisser les seuils pour l'octroi de crédit et/ou à réduire les coûts de financement ne feront pas de déclarations visant à exclure ou à modifier la mise en œuvre de certaines dispositions clé concernant les mesures prévues dans la Convention (*opt in*). Afin que les pays en développement puissent pleinement bénéficier des avantages de la Convention, il est crucial qu'ils acceptent le fait que la Convention met l'accent sur le créancier, même si les quelques principes qui sous-tendent la Convention sont incompatibles avec leurs cultures et traditions juridiques respectives. Les pays dans lesquels la prééminence des diverses mesures en cas d'inexécution des obligations prévues par la Convention constitue une préoccupation moindre dans le cadre de leurs législations nationales en matière de droit commercial et de droit de la faillite, et de leurs systèmes judiciaires respectifs, pourraient aisément faire de telles déclarations visant à exclure ou à modifier ce type de dispositions (*opt out*).

5. Il convient de relever que le fait de donner aux Etats contractants diverses possibilités de faire des déclarations visant à (ne pas) appliquer certaines règles de la Convention et du Protocole (par exemple les articles 52 et 53 de la Convention et l'article XXVIII du Protocole), l'uniformité et donc la prévision et la certitude, établis par le régime juridique de la Convention, peuvent diminuer. Dans chaque cas, les parties qui attendent une certaine protection de la Convention devront déterminer le type de déclarations faites par l'Etat contractant pertinent et leurs implications potentielles. Par ailleurs, il semble évident que la nécessité d'offrir aux Etats contractants la possibilité de faire des déclarations afin de rendre la Convention et le Protocole acceptables pour ces Etats serait moindre si la Convention et le Protocole mettaient moins l'accent sur le créancier que dans les versions actuelles (par exemple les dispositions du Chapitre III de la Convention et le Chapitre II du Protocole relatifs aux mesures en cas d'inexécution des obligations).

6. Il serait préférable de maintenir la présente structure des instruments (deux instruments composés d'une Convention de base qui doit s'appliquer avec des Protocoles séparés portant sur des matériels d'équipement spécifiques). Cette structure accroîtrait l'uniformité que la Convention vise à apporter.

Articles

Convention

Article premier Définitions

(nn) Dans la version anglaise, le verbe "indicates" est moins fort que le verbe "identifies" qui figurait dans une version précédente du texte. La version française a toujours utilisé le verbe "indique".

Article 3 Domaine d'application

L'article 3 ne semble pas traiter la situation typique du "*leveraged lease*", dans laquelle il y a un investisseur/bailleur, un prêteur et un preneur. Si le preneur se trouve dans un Etat contractant alors que l'investisseur/bailleur n'est pas situé dans un Etat contractant, un élément clé de toute l'opération, étant donné les risques que court le prêteur à l'égard du bailleur (garantis dans la plupart des cas par un droit de sûreté sur le matériel d'équipement), ne relèverait pas du domaine d'application de la Convention. Dans une telle situation, le bailleur profiterait encore bien entendu de la Convention, en particulier des dispositions relatives à la reprise de possession du matériel d'équipement après la survenance d'une inexécution des obligations en vertu du bail.

Article 5 Interprétation et droit applicable

Plus la Convention renvoie à la loi qui est applicable conformément au droit international privé du for – occasionnellement – compétent, les directives d'interprétation de la Convention données par l'article 5 deviendront illusoires et plus grand sera le danger de "*forum shopping*". Les références à la loi applicable (déterminée par la *lex fori*) telle que l'entend l'article 5 sont parfois inévitables pour offrir une solution dans l'hypothèse où les négociateurs ne peuvent s'entendre sur la règle de droit matériel. Néanmoins le nombre de tels renvois devrait être limité autant que possible.

Un exemple peut illustrer cela. La Convention reconnaît la diversité des différents systèmes juridiques en ce qui concerne la réserve de propriété, un contrat constitutif de sûreté ou à un contrat de crédit-bail. La solution adoptée dans la Convention réserve le traitement de cette question à loi applicable déterminée par la *lex fori*. Une telle approche ne procure pas cependant une solution satisfaisante dans des circonstances où pour un matériel d'équipement loué (par l'acheteur conditionnel) ou sous-loué (par le preneur) à bail, les mesures d'exécution le concernant cherchent à s'appliquer au moment où il se situe par hasard dans un autre (troisième) pays. Dans cette hypothèse la règle de la *lex fori* pourrait imposer aux parties contractantes une inattendue, et certainement non désirée, requalification.

Article 6 Conditions de forme

Le commentaire concernant l'article 6 nous dit dans son deuxième point : "la constitution de la garantie internationale découle de la Convention et non du droit étatique. De ce fait, une garantie internationale existe dès que les conditions de l'article 6 sont remplies, même si ces conditions ne sont pas suffisantes pour créer une sûreté selon le droit normalement applicable et même si la garantie internationale appartient à une catégorie de sûretés inconnue de ce droit." Pour plus de clarté une disposition à cet effet devrait être insérée dans la Convention.

Article 17 Conditions d'inscription

L'absence de la nécessité d'apporter la preuve que le consentement de la partie en faveur de laquelle une inscription est faite, à sa mainlevée a été donné (article 17, paragraphe 2) rend le système illégitimement passif et sensible aux fraudes. Il est impératif que tout consentement soit l'objet d'une vérification; il y a ici un rôle contributif à jouer pour les points d'entrée nationaux (le cas échéant). Sans un système de vérification minimale, la procédure de mainlevée de l'inscription devrait seulement être initiée par la partie en faveur de laquelle elle a été effectuée (et non uniquement avec le consentement de cette partie).

Article 23 Valeur probatoire des certificats

Un certificat émis par le Registre international constitue une présomption simple pour ce qui est des mentions portées sur ce document, y compris la date et l'heure de l'inscription, mais la preuve que le certificat ne présente pas correctement les faits est admise. Cette règle de preuve fait du système d'inscription d'une garantie internationale un système pratiquement sans contrôle dont les avantages

sont clairement dépassés par le système quasi affirmatif actuellement en place dans le Royaume des Pays-Bas. Il est suggéré qu'un certificat émis par le Registre international devra, en l'absence de toute erreur manifeste, établir la preuve des mentions portées dessus, y compris la date et l'heure de l'inscription.

L'accès à la préférence d'un système affirmatif dépend en tout cas des facteurs comme (a) la garantie de l'état complet, de l'exactitude et de la validité de l'inscription d'une garantie internationale vis-à-vis des parties intéressées, (b) la ligne de conduite active du Conservateur ou de tout point d'entrée national quant aux inscriptions, (c) l'inscription des droits de propriété (allant avec toute garantie internationale) et, (d) les garanties financières fournies par le Conservateur (voir l'article 27).

Article 27 Responsabilité et assurance

Le Conservateur sera en principe strictement tenu au paiement de dommages-et-intérêts compensatoires pour les pertes subies par une personne lorsque le préjudice découle directement d'une erreur, omission ou dysfonctionnement du système ; référence pourrait être aussi faite aux pertes découlant de tout retard dans l'inscription ou la radiation d'une garantie internationale.

Article 31 Effets de la cession

Conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de cet article, l'effet de la cession d'une garantie internationale emporte entre autres le transfert au cessionnaire de tous les droits associés, entendus comme tout droit au paiement ou à toute autre forme d'exécution d'un débiteur en vertu d'un contrat qui sont garantis par le bien ou liés à celui-ci (notamment une cellule d'aéronef) (alinéa c) de l'article premier de la Convention). Comme expliqué en note de bas de page 2 au Chapitre IX de la Convention, durant la troisième Session conjointe une proposition a été discutée afin de mettre le Chapitre IX plus en accord avec les systèmes juridiques nationaux dans lesquels une cession de droits accessoires devrait emporter avec elle le transfert des sûretés qui les garantissent. Comme expliqué également dans la note de bas de page mentionnée, bien qu'un soutien important a été exprimé pour l'approche adoptée dans la proposition, il a été décidé que la proposition ferait l'objet d'une étude plus approfondie par des experts.

Le Royaume des Pays-Bas aimerait marquer sa préférence pour l'approche adoptée dans la proposition précitée. L'intention de l'article 31, paragraphe 1 (b), est d'assurer que la cession d'une garantie internationale et le transfert des droits accessoires se fassent ensemble, afin que les droits accessoires ne puissent être cédés en vertu de la Convention indépendamment de la garantie internationale (Commentaire sous 1). L'intention est bonne, mais la solution devrait être inverse: la garantie internationale devrait être liée à l'obligation garantie comme c'est le cas dans la plupart des pays de droit civil. C'est aussi la solution choisie dans l'article 10 du projet de Convention sur les cessions de créances dans le commerce international de la CNUDCI qui a été adopté à sa session du 25 au 13 juillet 2001.

Article 52 Déclarations concernant les mesures

Article 53 Déclarations concernant les mesures provisoires avant le règlement du litige

Il convient de noter que le paragraphe 1 de l'article 52 se lit comme s'il donne le pouvoir à un Etat contractant de déclarer qu'il exclut cette mesure lorsque le bien grevé se trouve sur son territoire ou est contrôlé à partir de celui-ci, alors que les articles 52, paragraphe 2 et 53 ne le font pas. De plus, il n'est pas clairement défini si les déclarations respectives *opt-out* se rapportent à tout bien aéronautique situé dans l'Etat contractant ayant fait une déclaration, même si l'Etat contractant dans lequel le débiteur pertinent est situé n'a pas fait la même déclaration. Réciproquement, le bien aéronautique d'un débiteur situé dans un Etat contractant ayant fait une déclaration pourrait risquer d'être soumis à certaines mesures si, pour le moment, le bien se trouve dans un Etat contractant qui n'a pas fait la

même déclaration. La mise en œuvre des mesures en cas d'inexécution pourrait alors devenir une question “*forum shopping*”.

Article 55 Dispositions transitoires

La Variante A devrait avoir pour conséquence que, probablement pour quelques années, les droits acquis ou les garanties constituées avant la Convention et qui n'ont pas été inscrits dans le Registre international devraient avoir priorité sur une garantie internationale inscrite dans le Registre international. Cela aurait un effet très négatif sur la prévisibilité et la sécurité que la Convention et le Protocole cherchent à atteindre. D'ailleurs, si on peut considérer le nouveau régime de priorité de la Convention comme une amélioration importante, ce serait être seulement cohérent que d'appliquer aussi cette amélioration aux cas transitoires d'autant que l'inscription au Registre international a été présentée comme un système d'enregistrement fondé sur des avis (“*notice based*”) entièrement électronique d'utilisation peu onéreuse. De plus, la période de dix ans mentionnée dans la Variante B est plus que longue (peut-être même trop longue) pour donner aux détenteurs de droits ou de garanties constituées ou acquis avant la Convention l'opportunité d'inscrire ces droits ou garanties au Registre international. Il devrait être noté qu'un certain nombre de droits et de garanties acquis et constitués avant la Convention finiront avant l'expiration de la période de dix ans ; dans ces hypothèses il ne sera même pas nécessaire d'enregistrer le droit ou la garantie pour préserver son rang. Pour toutes ces raisons le Royaume des Pays-Bas est en faveur de la Variante B.

Protocole

Article III Application de la Convention aux ventes

Il semble que les références faites dans cet article au débiteur et au créancier devraient être des références à l'acheteur et au vendeur respectivement (et non pas vice versa comme c'est le cas dans le texte de l'article III).

Article VIII Choix de la loi applicable

Il faudrait supprimer les mots “Sauf stipulation contraire” au paragraphe 2 afin d'éviter toute discussion inutile.

Article XXII Relations avec la Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs

La question du rang parmi les garanties nationales et les garanties internationales au moment où un aéronef se trouve par hasard dans un Etat qui n'est pas un “Etat contractant de Cape Town” mais est un Etat contractant de Genève ne serait pas résolue et engendrerait inévitablement des litiges relatifs aux droits d'exécution et/ou droits de priorité concernant les produits d'indemnisation. Plus grand sera le nombre d'Etats contractants de Genève qui ratifient la Convention et le Protocole, moins cette objection sera importante.

Article XXIII Relations avec la Convention pour l'unification de certaines règles relatives à la saisie conservatoire des aéronefs

L'article XXIII prévoit que, pour tout Etat contractant qui est partie à la Convention pour l'unification de certaines règles relatives à la saisie conservatoire des aéronefs (Convention de Rome), la présente Convention l'emporte sur cette Convention dans la mesure où celle-ci s'applique aux aéronefs tels que définis dans le Protocole, à moins qu'un Etat contractant déclare qu'il n'appliquera pas cet article. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention de Rome se lit ainsi : *La présente Convention s'applique sur le territoire de chacune des Hautes Parties Contractantes à tout aéronef immatriculé dans le*

territoire d'une autre Haute Partie Contractante. Les Etats contractants devront faire une telle déclaration autant que nécessaire pour agir correctement, pour autant que cela concerne le droit des nations, à l'égard des pays qui sont parties à la Convention de Rome mais pas (encore) à la Convention et au Protocole.

Article XXVI *Entrée en vigueur*

Le Royaume des Pays-Bas estime que le nombre de ratifications devrait avoir un rapport avec les fonds nécessaires pour établir le registre. Lors de l'examen de la disposition, la Conférence devrait s'assurer que l'on ne fait pas peser sur le Conservateur ou l'Autorité de surveillance une charge financière excessive. Ainsi, le Royaume des Pays-Bas envisage une solution dans laquelle 5 ou 10 ratifications seraient suffisantes pour l'entrée en vigueur.

Moteurs

Selon le régime de la Convention et du Protocole, l'aéronef et ses moteurs peuvent faire l'objet de garanties internationales séparées. Si, par exemple, le bailleur d'un moteur donne à bail un moteur à une compagnie aérienne et que le moteur est fixé à l'aéronef, le moteur peut, selon le régime Convention/Protocole, faire l'objet d'une garantie internationale séparée, par exemple une hypothèque sur le moteur au bénéfice d'un prêteur (créancier-hypothécaire du moteur). Si le bailleur n'exécute pas ses obligations en vertu du contrat de prêt à l'égard du créancier-hypothécaire, ce dernier peut, pour autant que le bailleur y ait consenti, prendre possession du moteur et le vendre ou le donner à bail sans intervention du tribunal (paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention), à condition que l'Etat contractant pertinent n'ait pas fait la déclaration visée au paragraphe 2 de l'article 52. Le créancier-hypothécaire saisira l'aéronef afin de faire détacher le moteur. La question de savoir si la compagnie aérienne, en tant que débitrice-hypothécaire, a ou non commis une inexécution, n'est pas pertinente. La saisie pourrait toutefois provoquer une situation d'inexécution en vertu du contrat de bail portant sur l'aéronef. Il convient de relever que la Convention ne dit rien sur la question de savoir si l'on peut demander la mise en œuvre de mesures en cas d'inexécution pour un moteur qui est installé sur la cellule d'aéronef, et de façon indépendante par rapport à toute mesure mise en œuvre à l'égard de la cellule d'aéronef. Il semble que, en raison de tels problèmes, une sorte de contrat portant sur le moteur demeurera nécessaire pour éviter des litiges entre le bailleur du moteur et les créanciers-hypothécaires d'une part, et les preneurs, les bailleurs et les créanciers-hypothécaires de l'aéronef d'autre part.

Inscription des droits du preneur

Conformément au droit néerlandais, les options d'achat et les droits d'utilisation d'un aéronef en vertu d'un bail de plus de six mois peuvent avoir des effets à l'égard des tiers. On peut parvenir à ce résultat en prévoyant un tel droit dans un acte notarié, qui doit être inscrit dans des registres publics relatifs aux biens immatriculés. Ainsi (par exemple, dans une relation tripartite prêteur/créancier-hypothécaire (banque), débiteur-hypothécaire/bailleur (société de bail) et preneur (compagnie aérienne)), une convention de jouissance paisible donnée par le débiteur-hypothécaire d'un aéronef est renforcée de façon à ce que le preneur, aussi longtemps qu'il n'est pas en situation d'inexécution en vertu du bail, sera protégé contre la saisie en vertu de l'hypothèque suivant une inexécution en vertu du contrat de crédit du bailleur.

Sur la base de la Convention et du Protocole, la question n'est pas claire de savoir si les options d'achat inscrites et les droits inscrits des preneurs d'utiliser un aéronef peuvent aussi avoir des effets sur le titulaire d'une garantie internationale. La pratique néerlandaise a besoin d'explication (peut-être à l'article 40 de la Convention ?) pour être sûre que les options d'achat et les droits des preneurs d'utiliser un aéronef qui ont été inscrits avant des (autres ?) garanties internationales, ont des effets à l'égard des titulaires de ces (autres) garanties internationales. Cela éviterait des discussions académiques inutiles et des procès.