



FR

Protocole MAC
Conférence diplomatique

UNIDROIT 2019
DCME-MAC – Doc. 7
Original: anglais
septembre 2019

LA CONVENTION DU CAP ET DU PROJET DE PROTOCOLE MAC: PRESENTATION

(préparé par Sir Roy Goode, auteur des Commentaires officiels des Protocoles aéronautique, ferroviaire et spatial à la Convention du Cap)

I. INTRODUCTION

1. Le présent document donne un aperçu des principales dispositions de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001 ("Convention du Cap") et du projet de Protocole portant sur les matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction ("MAC"), ainsi que propositions de rédaction supplémentaires préparées par le Secrétariat en consultation avec des Etats, des experts juridiques et le secteur privé. Cette présentation devrait être lue avec le Rapport explicatif ¹, qui comprend une annotation article par article du projet de Protocole, l'Analyse juridique ² enrichie d'annexes ³ qui expose les principales questions juridiques et techniques relatives au projet de Protocole et l'analyse des codes du Système harmonisé énumérés dans les projets d'Annexes au Protocole MAC ⁴. Tous ces documents sont disponibles sur le site Internet du Protocole MAC ⁵. Pour une analyse détaillée et à jour de la Convention et des dispositions communes au Protocole aéronautique et au projet de Protocole MAC, il convient de se référer au Commentaire officiel sur la Convention et le Protocole aéronautique ⁶, en particulier les Parties 2 et 3.

Le contexte de la Convention et des Protocoles

2. Pendant de nombreuses années, le financement de matériels d'équipement de grande valeur traversant régulièrement les frontières nationales, tels que les biens aéronautiques, le matériel roulant ferroviaire et les biens spatiaux, a été entravé par l'absence de lois uniformes régissant les droits et les priorités des créanciers garantis en vertu d'un contrat de sûreté, d'un contrat réservant

¹ DCME-MAC – Doc 4, disponible à <https://www.unidroit.org/french/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-04-f.pdf>.

² DCME-MAC – Doc 5, disponible à <https://www.unidroit.org/french/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-05-f.pdf>. L'introduction identifie les dispositions du projet de Protocole pour lesquelles les consultations mentionnées ci-dessus ont indiqué la nécessité de réviser le texte.

³ DCME-MAC – Doc 5 corr. Appendices (anglais seulement) - <https://www.unidroit.org/english/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-05-corr-app-e.pdf>.

⁴ DCME-MAC – Doc 6, disponible à <https://www.unidroit.org/french/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-06-f.pdf>.

⁵ <https://macprotocol.info>.

⁶ 4^{ème} édition (en anglais seulement), UNIDROIT, mai 2019.

un droit de propriété et d'un contrat de bail. Ainsi, une banque qui prend une sûreté sur une cellule d'aéronef pour garantir un prêt pourrait constater qu'alors qu'en vertu du droit de son propre pays, elle jouit de solides mesures en cas d'inexécution et d'insolvabilité ainsi que de la possibilité de préserver sa priorité par inscription dans un registre national, une fois l'aéronef parti dans un autre pays, les droits du créancier sont soumis aux lois du pays concerné, qui pourraient offrir des recours plus limités et donner priorité aux droits d'un autre créancier découlant d'une transaction conclue alors que l'aéronef était situé dans cet autre pays. Cette règle de la *lex situs*, selon laquelle une transaction sur un bien est régie par la loi du lieu où il se trouve au moment de la transaction, est mal adaptée aux garanties portant sur des matériels d'équipement mobiles, où la loi applicable change chaque fois que le bien passe d'un pays à un autre.

3. Les incertitudes qui en ont résultent en ce qui concerne les droits des créanciers dans le cadre de transactions transfrontières portant sur ces biens mobiles ont eu pour effet soit que le crédit a été totalement refusé, soit que les coûts de financement et d'assurance-crédit à l'exportation ont considérablement augmenté. La Convention de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (la "Convention du Cap") et ses Protocoles ont pour objet de réduire l'incertitude, avec les risques et les coûts qui en découlent, en établissant des règles uniformes de droit matériel régissant les droits des créanciers dans de telles opérations, en créant un Registre international dans lequel ces garanties peuvent être inscrites, en fixant des règles de priorité des droits concurrents basées sur l'ordre d'inscription, et en offrant aux créanciers les garanties pour leur investissement en cas d'insolvabilité du débiteur. La Convention et le Protocole aéronautique - le seul Protocole actuellement en vigueur - et la possibilité d'effectuer plus rapidement les reprises de possession ainsi que des inscriptions au Registre international très efficace établi à Dublin ont contribué à réduire de plusieurs milliards de dollars par an les frais de financement aéronautique et de risque de crédit. La Convention compte 79 Etats Parties, le Protocole 76 et l'Union européenne y a adhéré.

Une approche à deux instruments

4. La Convention est un instrument cadre applicable de la même manière aux biens aéronautiques, au matériel roulant ferroviaire et aux biens spatiaux et, à terme, aux matériels d'équipement MAC. Elle est complétée par des Protocoles dont chacun est conçu pour répondre aux besoins particuliers du secteur industriel concerné. Une caractéristique unique de ce système composé de deux instruments est que le Protocole contrôle la Convention, qui n'entre pas en vigueur tant que le Protocole pertinent n'est pas en vigueur et qui prend effet sous réserve de toute modification apportée par le Protocole. Afin de préserver l'uniformité de ces instruments, la politique suivie a consisté à limiter toute modification à ce qui est actuellement nécessaire pour répondre aux besoins commerciaux du secteur industriel concerné. Pour la même raison, le Protocole aéronautique a été accepté comme le prototype dont les dispositions seront adoptées dans les Protocoles suivants, sauf disposition contraire nécessaire pour répondre aux préoccupations particulières de l'industrie en question. En conséquence, la Convention et les Protocoles prévoient une uniformité importante des règles entre toutes les catégories de matériels d'équipement relevant de leur champ d'application, uniformité qui ne pourrait pas être atteinte par des Conventions autonomes et qui est conçue pour minimiser la nécessité de recourir aux règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable.

5. Il existe actuellement trois Protocoles à la Convention du Cap: le Protocole aéronautique de 2001, le Protocole de Luxembourg de 2007 relatif au matériel roulant ferroviaire (qui devrait entrer en vigueur en 2020) et le Protocole spatial de 2012. Le Protocole relatif aux matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction ("MAC"), dont le projet doit être soumis pour adoption à une Conférence diplomatique à Pretoria en novembre 2019, a pour objet d'étendre la Convention et ses avantages au financement des matériels d'équipement MAC de grande valeur. La plupart des dispositions du projet de Protocole MAC suivent celles des Protocoles précédents. Toutefois, le Protocole contient des dispositions spéciales traitant des catégories de matériels d'équipement à

couvrir, des matériels d'équipement rattachés à des biens immobiliers, du stock et des amendements.

II. PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DE LA CONVENTION

Conditions d'application

6. Pour que la Convention s'applique, les conditions suivantes doivent être remplies:
- 1) les parties ont conclu un contrat constitutif de sûreté, un contrat avec réserve de droit de propriété (c'est-à-dire un contrat de vente conditionnelle) ou un contrat de bail avec ou sans option d'achat pour le preneur (article 2(1), (2));
 - 2) le contrat porte sur du matériel d'équipement qui, tel que défini par le Protocole pertinent, appartient à l'une des catégories suivantes:
 - a) cellules d'aéronefs, moteurs d'avions et hélicoptères,
 - b) matériel roulant ferroviaire,
 - c) biens spatiaux (article 2(2), (3))
 - d) matériels d'équipements MAC (voir les paragraphes 31 à 34 ci-dessous);
 - 3) le matériel d'équipement est identifiable de manière unique (article 2(2));
 - 4) le contrat qui crée la garantie est conclu conformément aux formalités prescrites par la Convention (articles 2(2), 7);
 - 5) le débiteur est situé dans un Etat contractant au moment de la conclusion du contrat qui crée ou prévoit la garantie internationale - le "facteur de rattachement" (article 3).
7. Lorsque ces conditions sont remplies, la Convention s'applique dans un Etat contractant même si ses règles de droit international privé entraîneraient par ailleurs l'application du droit d'un Etat non contractant. La Convention peut également être appliquée dans un Etat non contractant dont les règles de conflit de lois conduisent à l'application de la loi d'un Etat contractant. Dans un Etat contractant, la Convention et le Protocole doivent être appliqués conformément à toute déclaration faite par cet Etat. La Convention prévoit qu'un Protocole peut étendre ses dispositions aux ventes et cette extension est faite par les Protocoles aéronautique et spatial. Toutefois, le Protocole ferroviaire de Luxembourg et le projet de Protocole MAC ne prévoient que l'inscription d'un avis de vente⁷. Cela n'a pas d'effet au regard de la Convention, le seul but étant d'informer de l'existence de la vente, ce qui peut ou non affecter les règles de priorité en vertu du droit national.

Facteur de rattachement

8. Pour que la Convention s'applique, il est nécessaire que le débiteur soit situé dans un Etat contractant au moment du contrat. Le lieu de situation du créancier est sans importance. La Convention continue de s'appliquer même lorsque débiteur se déplace vers un Etat non contractant après la conclusion du contrat. Pour donner le maximum de souplesse à la Convention, l'article 4 prévoit que le débiteur est situé dans tout Etat contractant:
- a) selon la loi duquel il a été constitué;
 - b) dans lequel se trouve son siège statutaire;
 - c) dans lequel se trouve le lieu de son administration centrale; ou
 - d) dans lequel se trouve son établissement.

⁷ DCME-MAC – Doc 5, Partie 6S, paragraphes 152 – 157, disponible à <https://www.unidroit.org/french/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-05-f.pdf>

Constitution d'une garantie internationale

9. L'une des nombreuses caractéristiques uniques de la Convention du Cap est la création d'une forme entièrement nouvelle de garantie matérielle, la garantie internationale portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui tire sa force uniquement de la Convention, et non du droit national, et qui est protégée au niveau international par l'inscription dans un Registre international, un registre distinct étant établi pour chaque catégorie de matériel.

10. Une garantie internationale est une garantie portant sur un bien aéronautique, un matériel roulant ferroviaire, un bien spatial ou, à l'avenir, un matériel d'équipement MAC, chacun étant susceptible d'individualisation, accordée par le constituant en vertu d'un contrat constitutif de sûreté ou transférée à une personne qui est le vendeur conditionnel en vertu d'un contrat avec réserve du droit de propriété ou un bailleur en vertu d'un contrat de bail, avec ou sans option d'achat. Les notions d'internationalité et de mobilité ne sont pas définies, étant considérées comme inhérentes à la nature du matériel d'équipement, facilement déplaçable d'un pays vers un autre.

11. Les formalités pour constituer une garantie internationale sont simples. Il suffit que le contrat a) soit conclu par écrit, b) porte sur un bien dont le débiteur (constituant, acheteur conditionnel ou preneur) a le pouvoir de disposer, c) permette d'identifier le bien conformément au Protocole et d) dans le cas d'un contrat constitutif de sûreté, permette de déterminer les obligations garanties, mais sans devoir fixer une somme ou une somme maximale garantie. Dans la plupart des cas, une garantie constituée en vertu du droit national constituera en même temps une garantie internationale. La Convention ne se substitue pas au droit national, mais une garantie internationale dûment inscrite aura généralement la priorité sur une garantie nationale. Néanmoins, il peut être souhaitable de perfectionner une garantie en droit national conformément à la loi applicable, par exemple pour couvrir des produits allant au-delà de la définition restreinte figurant dans la Convention.

12. L'inscription n'est pas une condition requise pour la constitution d'une garantie internationale, celle-ci étant uniquement destinée à en informer les tiers et à protéger sa priorité.

Mesures en cas d'inexécution des obligations

13. La Convention prévoit un ensemble de mesures en cas d'inexécution des obligations, mais les parties peuvent, en s'accordant, prévoir des mesures supplémentaires à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions impératives de la Convention. Les recours d'un créancier garanti prévus par la Convention sont de prendre possession ou contrôle du matériel, de le vendre ou de le donner à bail, de percevoir tout revenu ou bénéfice produit par sa gestion ou son utilisation, ou, avec l'accord du débiteur et des autres personnes intéressées ou sur décision judiciaire, de se voir transférer la propriété du matériel. Les recours d'un vendeur conditionnel ou d'un bailleur consistent à mettre fin au contrat et à prendre possession ou contrôle du matériel.

14. Le créancier peut également, sur présentation d'une preuve de l'inexécution des obligations, obtenir dans un bref délai la conservation du matériel et de sa valeur, la possession, le contrôle ou la garde du matériel, l'immobilisation du matériel ou le bail du matériel avant le règlement au fond du litige ("mesure provisoire"). En rendant sa décision, le tribunal peut imposer les conditions qu'il juge nécessaires pour protéger le débiteur au cas où le créancier, en exécutant la décision, commet une violation de ses obligations envers le débiteur en vertu de la Convention ou du Protocole ou est débouté de ses prétentions au moment du règlement au fond du litige.

15. Comme pour les autres Protocoles, le projet de Protocole MAC ajoute que le créancier peut faire exporter et faire transférer physiquement le matériel d'équipement du territoire où il se trouve pour autant que le débiteur y ait consenti. Il prévoit également une protection supplémentaire pour le créancier en cas d'insolvabilité du débiteur.

Le Registre international

16. La Convention prévoit l'établissement d'un Registre international qui sera géré par un Conservateur sous la supervision d'une Autorité de surveillance, laquelle établit les règles régissant le fonctionnement du Registre. Le système de registre est fondé sur les biens, de sorte qu'une garantie internationale ne peut être inscrite que pour des biens susceptibles d'individualisation.

17. Il y aura des Registres internationaux distincts pour chaque Protocole. Les systèmes d'inscription en vertu des Protocoles ferroviaire, spatial et MAC suivent le modèle du Registre international pour les biens aéronautiques en ce qu'ils sont entièrement électroniques, sans intervention humaine au niveau du Registre et fonctionnent à un coût modéré avec possibilité de consultation rapide et fournissent des certificats de consultation⁸. La Convention permet l'inscription d'une garantie internationale future lorsque le matériel d'équipement est identifié et qu'il ne manque qu'un autre élément pour la constitution de la garantie, par exemple, le pouvoir du débiteur de disposer. Une fois la garantie internationale constituée, aucun autre acte n'est requis de la part du créancier, la garantie internationale prenant effet aux fins de priorité à compter du moment de l'inscription de la garantie internationale future. Un Etat contractant peut également faire une déclaration prévoyant l'inscription de droits ou garanties non conventionnels, par exemple des jugements ou des ordonnances de saisie de matériels d'équipement et des privilèges d'Etat pour taxes impayées, qui produisent, du fait de l'inscription, les mêmes effets que si elles étaient des garanties internationales.

18. Le système du registre tient également compte de diverses autres inscriptions: cessions et cessions futures de garanties internationales, acquisitions de garanties internationales par subrogation légale ou contractuelle en vertu du droit applicable, subordination des garanties, avis de garanties nationales et droits ou garanties préexistants. Ces deux derniers sont expliqués ci-dessous. Le Conservateur est responsable de toute erreur ou omission de la part du Registre international et de tout dysfonctionnement du système, sauf si le dysfonctionnement a pour cause un événement de nature inévitable ou irrésistible, mais le Conservateur n'est pas responsable des inexactitudes de fait dans les informations relatives à l'inscription qu'il a reçues ou qu'il a transmises dans la forme dans laquelle il les a reçues.

Priorités

19. Les règles de priorité de la Convention sont conçues pour être simples et pour éviter la complexité des règles dans les systèmes juridiques nationaux. La règle de base du paragraphe 1 de l'article 29 de la Convention est qu'une garantie inscrite prime une garantie inscrite postérieurement ainsi qu'une garantie non inscrite même si celle-ci n'est pas susceptible d'inscription. Cette priorité s'applique même si la première garantie inscrite a été acquise ou inscrite en connaissance réelle de l'autre garantie et même en ce qui concerne la valeur donnée par le titulaire de la première garantie inscrite en connaissance de la seconde garantie. Le but de cette règle est de protéger l'intégrité du système d'inscription et d'éviter les conflits factuels quant à savoir si une partie avait ou non connaissance de l'autre garantie.

20. Toute priorité accordée par la Convention à une garantie portant sur un matériel d'équipement s'étend au produit. Toutefois, les produits d'indemnisation sont définis au sens étroit comme les produits d'indemnisation, monétaires ou non monétaires, d'un bien résultant de sa perte ou de sa destruction physique, de sa confiscation ou de sa réquisition ou d'une expropriation portant sur ce bien, qu'elles soient totales ou partielles. Cette définition restrictive reflète le fait que la Convention ne concerne pas les opérations de financement par cession de créances, qui sont couvertes par une Convention distincte, la *Convention des Nations Unies sur la cession de créances*

⁸ Le Registre international pour les biens aéronautiques a été largement utilisé pour inscrire les garanties portant sur des cellules d'aéronef, des moteurs d'avion et des hélicoptères et a célébré en janvier 2019 sa millionième inscription.

dans le commerce international de 2001. Par conséquent, s'il est souhaitable de couvrir les produits d'indemnisation allant au-delà de la définition, des mesures devraient être prises pour perfectionner les garanties dans le droit national. L'acheteur conditionnel ou le preneur a le droit de jouir sereinement par rapport au tiers dont le droit est subordonné à celui du vendeur conditionnel ou du bailleur.

Droits ou garanties non conventionnels non susceptibles d'inscription

21. Un Etat contractant peut déclarer en vertu du paragraphe 1 de l'article 39 de la Convention que tout ou partie des catégories de droits ou garanties non conventionnels qui, en vertu du droit de cet Etat, priment une garantie équivalente à celle d'une garantie internationale, ont priorité sur une garantie internationale inscrite, que ce soit dans une procédure d'insolvabilité ou non. Ces déclarations couvrent généralement les privilèges non conventionnels en faveur des réparateurs pour le coût des réparations, les salaires impayés à verser aux salariés et les montants dus à l'Etat pour des impôts impayés ou des sommes garanties par des privilèges légaux, lorsqu'ils ne sont pas couverts par une déclaration conformément au paragraphe 1 de l'article 39.

Protection en cas d'insolvabilité du débiteur

22. L'article 30 prévoit que, sans affecter l'opposabilité d'une garantie internationale en vertu de la loi applicable en cas d'insolvabilité du débiteur, une garantie internationale inscrite est opposable dans une procédure d'insolvabilité si la garantie internationale a été inscrite avant l'ouverture de cette procédure. Cela signifie que la loi sur l'insolvabilité d'un Etat contractant doit reconnaître les effets d'une garantie internationale inscrite, mais l'article 30 n'affecte pas toute règle du droit sur l'insolvabilité relative à l'annulation d'une opération soit parce qu'elle accorde une préférence, soit parce qu'elle constitue un transfert en fraude des droits des créanciers ni toute règle de procédure relative à l'exercice des droits de propriété soumis au contrôle ou à la supervision de l'administrateur d'insolvabilité, par exemple les règles restreignant l'exécution pour faciliter la restructuration d'un plan d'arrangement. Le projet de Protocole MAC contient d'autres règles, fondées sur le Protocole aéronautique et le Protocole ferroviaire de Luxembourg, pour la protection d'un créancier contre les conséquences de l'insolvabilité d'un débiteur.

Cessions

23. La Convention contient des règles assez complexes régissant la cession des droits accessoires, c'est-à-dire les droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution auxquels est tenu un débiteur qui sont garantis par le matériel ou liés à celui-ci. La Convention ne s'applique pas à une cession de droits accessoires qui n'a pas pour effet de transférer la garantie internationale correspondante. Inversement, la cession d'une garantie internationale n'est opposable que si tout ou partie des droits accessoires connexes sont également cédés. En d'autres termes, la cession doit couvrir à la fois la garantie internationale elle-même et au moins certains des droits accessoires.

24. Les formalités d'une cession suivent en grande partie celles de la constitution d'une garantie internationale. Lorsque le débiteur a été informé par un avis écrit de la cession par le cédant ou avec l'autorisation de celui-ci et que l'avis identifie les droits accessoires, le débiteur est tenu de payer le cessionnaire ou d'exécuter toute autre obligation.

25. Les règles de priorité régissant les cessions distinguent les cessions concurrentes d'une même garantie internationale et les cessions de garanties internationales différentes. Lorsque la même garantie internationale fait l'objet d'une cession, la priorité est déterminée par l'ordre d'inscription des cessions. D'autre part, lorsque les cessions portent sur des garanties internationales différentes, les cessionnaires concurrents prennent la place de leur cédant et leur rang est donc déterminé par l'ordre d'inscription des garanties internationales, et non par l'ordre d'inscription des cessions.

Transactions internes

26. En vertu de l'article 50, un Etat contractant peut déclarer que la Convention ne s'applique pas à une opération interne à l'égard de cet Etat, concernant tous les types de biens ou certains d'entre eux. En premier lieu, une opération n'est une opération interne que lorsque a) le centre des intérêts principaux de toutes les parties à cette opération est situé dans le même Etat contractant au moment de la conclusion du contrat et que le matériel est situé dans le même Etat contractant et lorsque b) la garantie a été inscrite dans un registre national. En second lieu, une déclaration faite en vertu de l'article 50 a pour seul effet d'exclure les dispositions de la Convention régissant les relations entre les parties à l'opération; elle n'affecte pas les dispositions relatives à l'inscription et aux priorités ou à l'insolvabilité. Cette disposition est d'application très limitée et peu d'Etats ont jusqu'à présent fait une déclaration en vertu de cette disposition ⁹.

Compétence

27. La Convention ne contient pas de clause attributive de compétence générale, sauf dans la mesure prévue par un accord écrit des parties, qui peuvent désigner l'Etat contractant dont les tribunaux seront compétents pour connaître de toute demande fondée sur les dispositions de la Convention, que le for choisi ait ou non un lien avec les parties ou avec l'opération. Cette compétence est exclusive, sauf accord contraire des parties. Il y a deux réserves. Premièrement, les seuls tribunaux compétents pour prendre des mesures à l'encontre du Conservateur du Registre international sont les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel le Conservateur a le lieu de son administration centrale. Deuxièmement, les parties ne peuvent exclure la compétence concurrente des tribunaux pour ordonner les mesures prévues par l'article 13, cette compétence étant attribuée aux tribunaux d'un Etat sur le territoire duquel le bien est situé ou, dans le cas d'un bail, aux tribunaux d'un Etat sur le territoire duquel le débiteur est situé.

Le système de déclaration

28. Une autre particularité de la Convention est son système élaboré de déclarations par lesquelles un Etat contractant déclare qu'il ne sera pas lié par des dispositions particulières qui vont à l'encontre de ses principes juridiques fondamentaux. La seule déclaration obligatoire pour les Etats en vertu de la Convention est l'article 54(2), qui exige que les Etats décident si certains recours en vertu de la Convention peuvent être exercés par un créancier sans l'autorisation du tribunal. Selon certains types de déclarations, un Etat contractant n'est lié que s'il opte pour la disposition en question. La Convention ne prévoit qu'un seul type de déclaration *opt-in*, à savoir celle prévue à l'article 60(3). Dans le cadre d'autres types de déclarations, l'Etat reste lié jusqu'à ce qu'il choisisse de faire une déclaration qui exclut l'application de la disposition. Les déclarations *opt-out* en vertu de la Convention se rapportent à l'article 13 concernant les mesures provisoires, à l'article 43 concernant la compétence à l'égard des demandes en vertu de l'article 13 et à l'article 50 concernant les opérations internes. Les Protocoles contiennent d'autres dispositions permettant des déclarations sur diverses questions. La plupart de ces déclarations additionnelles sont cohérentes pour tous les Protocoles ; un nombre limité de déclarations sont toutefois spécifiques à chaque Protocole.

Droits ou intérêts préexistants

29. En vertu de l'article 60(1), sauf déclaration contraire d'un Etat contractant, la Convention ne s'applique pas à un droit ou garantie préexistant, qui conserve la priorité qu'il avait en vertu de la loi applicable avant la date de prise d'effet de la Convention. L'article 60 laisse un certain nombre de questions sans réponse, de sorte que les Protocoles ferroviaire de Luxembourg, spatial et le projet

⁹ Seuls cinq Etats ont fait une déclaration en vertu de l'article 50, voir <https://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/depositaryfunction/declarations/capetownconv-aircraftprot-decltable-matrix.pdf>

de Protocole MAC modifient tous leurs dispositions pour en clarifier le sens. La conséquence majeure est de protéger la priorité, en vertu de la loi applicable, des garanties constituées en vertu du droit d'un Etat (qu'il soit ou non un Etat contractant) avant l'inscription d'une garantie internationale en vertu de la Convention. En vertu de l'article 60(3), un Etat contractant peut faire une déclaration étendant le champ d'application de la Convention aux droits et garanties préexistants découlant de son droit national, mais seulement avec effet au plus tôt trois ans après la date de prise d'effet de la déclaration. L'article 60(3) permet donc au titulaire d'un droit ou d'une garantie préexistant un minimum de trois ans à compter du moment où la déclaration prend effet pour rendre cette garantie opposable par inscription au Registre international. Cette inscription préserve la priorité du droit ou de la garantie préexistant en vertu de son droit national.

Entrée en vigueur

30. La Convention et le Protocole aéronautique sont entrés en vigueur le 1^{er} mars 2006 après le dépôt du huitième instrument de ratification du Protocole aéronautique. La Convention elle-même n'exigeait que trois ratifications, mais en ce qui concerne les dispositions relatives aux matériels d'équipement, elle ne pouvait entrer en vigueur qu'après l'entrée en vigueur du Protocole pertinent et celle du Protocole aéronautique exigeait huit ratifications. Le Protocole ferroviaire de Luxembourg, le Protocole spatial et le projet de Protocole MAC requièrent deux conditions pour entrer en vigueur, la première étant la ratification par un nombre prescrit d'Etats, dans le cas du Protocole MAC [cinq] ratifications ¹⁰. La deuxième est le dépôt d'un certificat auprès du Dépositaire confirmant que le Registre international est pleinement opérationnel. Un Etat est libre de ratifier la Convention sans ratifier un Protocole, mais cela n'est pas souhaitable car la Convention n'a pas d'effet opérationnel dans cet Etat tant qu'il n'a pas ratifié un Protocole. D'autre part, un Etat ne peut pas ratifier un Protocole sans avoir au préalable ratifié la Convention.

III. PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DU PROJET DE PROTOCOLE MAC

Introduction

31. Les matériels d'équipement MAC n'entrent pas dans la catégorie des équipements énumérés dans la Convention car non envisagés lorsque la Convention a été adoptée en 2001. Toutefois, son extension est possible en vertu de l'article 51 qui prévoit la procédure pour l'adoption de nouveaux Protocoles. Une évaluation faite par Warwick Associates pour le compte d'UNIDROIT en 2018 ¹¹ estime que sur une période de dix ans, le Protocole MAC pourrait augmenter le stock de matériels d'équipements MAC dans les pays en développement de 90 milliards de dollars USD et qu'il devrait avoir un impact annuel positif de 23 milliards de dollars USD sur le PIB des pays en développement et de 7 milliards dans les pays développés, soit un impact total sur le PIB équivalent de 30 milliards de dollars USD par an.

32. Les participants aux travaux sur le Protocole MAC se sont heurtés à deux problèmes centraux auxquels ils n'avaient pas été confrontés avec les Protocoles précédents: la définition du champ d'application, étant donné l'énorme diversité des objets constituant des matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction; et le choix de critères pour limiter autant que possible la portée du Protocole aux matériels de grande valeur unitaire. Le Comité d'étude d'UNIDROIT, assisté par le Groupe de travail MAC du secteur privé et par des recherches menées par le *National Law Center for Inter-American Free Trade*, a pu résoudre ces deux problèmes en limitant la couverture des matériels

¹⁰ Projet de Protocole MAC, article XXIV(1)(a).

¹¹ *Le Protocole MAC: une évaluation économique du quatrième Protocole à la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction* (en anglais seulement), août 2018.

d'équipement MAC aux catégories contenues dans 42 codes de quelque 5000 groupes de marchandises figurant dans le Système harmonisé de désignation et codification des marchandises (SH), une nomenclature internationale des produits développée par l'Organisation mondiale des douanes. Des codes supplémentaires ont depuis lors été proposés par les Etats¹². Le SH est mis à jour tous les cinq ou six ans, la dernière révision ayant été publiée en 2017.

33. Les catégories des codes sélectionnés sont pour la plupart caractérisées par une valeur unitaire relativement élevée et l'identification des biens par un numéro de série. Les autres critères de sélection sont les suivants: il ne s'agit pas de matériels d'équipement d'usage général, mais de matériels d'équipement utilisés principalement dans les secteurs minier, agricole et de la construction; les codes sélectionnés devraient couvrir des équipements complets plutôt que des pièces, sans exclure les pièces de grande valeur qui font généralement l'objet d'un financement ou d'une location séparée et auxquelles un code distinct est attribué; et les équipements sont conçus pour les activités sur le site - production, culture et extraction - dans les secteurs MAC, contrairement au traitement ou raffinage post-culture/post-extraction.

34. Le projet de Protocole MAC qui doit être soumis à la Conférence diplomatique reflète l'accord du Comité d'experts gouvernementaux intervenu jusqu'à présent sur la plupart de ses dispositions. Toutefois, à ce jour, les travaux ont mis en lumière trois questions essentielles sur lesquelles la Conférence diplomatique devra se prononcer, à savoir les effets du rattachement de matériels d'équipement à des biens immobiliers, le traitement des opérations de stock et la procédure à suivre pour tenir compte des modifications des codes SH. D'autres questions pourront apparaître au cours de la Conférence diplomatique, qui examinera toutes les dispositions du texte et y apportera les modifications qu'elle jugera appropriées. Encore une fois, seul un aperçu du projet de Protocole MAC est donné dans le présent document et seules les dispositions clés sont discutées¹³.

Domaine d'application

35. Le Protocole étend la Convention aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement minier, agricole et de construction. Ces termes ne sont définis que par référence aux codes SH figurant dans une ou plusieurs des trois Annexes, les matériels d'équipements miniers désignant un objet relevant d'un code SH figurant à l'Annexe 1, les matériels d'équipements agricoles un objet relevant d'un code SH figurant à l'Annexe 2 et les matériels d'équipements de construction un objet relevant d'un code SH figurant à l'Annexe 3. Un Etat contractant est libre de limiter l'application du Protocole à l'ensemble des matériels d'équipement figurant dans une ou deux des Annexes. Il n'est donc pas possible d'exclure des biens individuels d'une Annexe. Certains codes sont énumérés dans plus d'une Annexe. Dans ce cas, l'exclusion de matériels d'équipement de l'une des Annexes n'affecte pas l'application du Protocole à la même catégorie matériels d'équipements dans une autre Annexe. Par conséquent, le motif pour lequel un matériel d'équipement appartenant à une catégorie de codes est acquis, ou l'usage auquel il est destiné, n'a pas d'importance.

Exemple

Les tracteurs relevant du code 870195 figurent dans les trois Annexes. Un Etat contractant, la Ruritanie, a fait une déclaration qui exclut l'Annexe 1 (équipement minier). Le créancier accorde un prêt garanti pour l'achat d'un tracteur relevant du code 870195 que le débiteur a l'intention d'utiliser, et utilise, comme équipement minier. Néanmoins, la transaction est régie par la Convention et le Protocole en Ruritanie parce que le tracteur relève des Annexes 2 et 3. Le fait que le débiteur n'utilise pas le tracteur à des fins agricoles ou de construction est sans importance.

¹² Pour plus d'informations sur les autres codes SH dont l'introduction est proposée dans le projet de Protocole MAC, voir DCME-MAC – Doc. 6, disponible à <https://www.unidroit.org/french/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-06-f.pdf>.

¹³ Pour des analyses plus détaillées, voir les documents mentionnés dans le texte para. 5 et 6 ci-dessus.

36. Le matériel d'équipement comprend tous les accessoires, composants et pièces qui y sont installés, intégrés ou fixés et qui ne relèvent pas d'un code SH distinct figurant dans une Annexe, ainsi que tous les manuels, données et registres y afférents. Ainsi, si le code 871620 relatif aux remorques et semi-remorques comprend des parties de celles-ci, ces parties ne constituent pas des matériels d'équipement relevant du Protocole, sauf dans la mesure où elles appartiennent à une catégorie relevant de son propre code distinct.

37. Le Protocole est également inapplicable aux biens relevant de la définition de "biens aéronautiques" en vertu du Protocole aéronautique, de "matériel roulant ferroviaire" en vertu du Protocole ferroviaire de Luxembourg ou de "biens spatiaux" en vertu du Protocole spatial. Les tracteurs de manœuvre ferroviaires relèvent donc du Protocole de Luxembourg, et non du Protocole MAC.

Identification

38. Le projet de Protocole MAC, à la suite du Protocole ferroviaire de Luxembourg et du Protocole spatial, distingue les conditions d'identification pour la constitution d'une garantie internationale, où l'identification peut être très générale, des conditions d'inscription, où l'identification doit être précise. Dans les relations entre les parties elles-mêmes, une description du matériel d'équipement est suffisante pour l'identification s'il elle contient:

- a) une description du matériel d'équipement par article;
- b) une description du matériel d'équipement par type ;
- c) une mention que le contrat couvre tous les matériels d'équipement présents ou futurs; ou
- d) une mention que le contrat couvre tout matériel d'équipement présent ou futur, à l'exception des éléments ou types spécifiquement indiqués.

39. Ainsi, un contrat peut créer une garantie internationale pour du matériel d'équipement MAC acquis par la suite qui sera rattaché dès que l'équipement sera acquis sans qu'il soit nécessaire de procéder à un nouvel acte de transfert. Tout ce qui compte est que le matériel d'équipement corresponde à une description contenue dans le contrat. En revanche, une garantie internationale ne peut être inscrite que si elle est identifiée par le numéro de série du fabricant et par les informations supplémentaires qui peuvent être exigées par le règlement du Registre pour garantir son caractère unique, le respect de ces exigences étant à la fois nécessaire et suffisant pour identifier l'objet aux fins de l'inscription.

Choix de la loi applicable

40. La Convention et le Protocole attachent une grande importance à l'autonomie des parties. Ainsi, en vertu de l'article VI du Protocole, qui ne s'applique que dans un Etat contractant ayant fait une déclaration à cet effet, les parties sont libres de choisir la loi régissant leur contrat - que l'Etat dont la loi est choisie ait ou non un lien avec les parties ou l'opération.

Rattachement à un bien immobilier

41. L'article VII contient des dispositions sur le traitement des matériels d'équipement rattachés à un bien immobilier de telle sorte qu'une garantie sur ce bien s'étend à ce matériel en vertu du droit de l'Etat dans lequel le bien immobilier est situé. Cela ne signifie pas qu'une garantie internationale portant sur un matériel d'équipement qui devient un matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier cesse nécessairement d'exister, mais simplement qu'une question de priorité peut se poser en cas de concurrence entre une prétention du titulaire du bien immobilier et le titulaire de la garantie internationale portant sur le matériel. L'article VII utilise le terme "rattaché" à un bien immobilier plutôt que "fixation" ou "apposition" à un terrain, non seulement parce que le sens de ces

termes varie d'une juridiction à l'autre, mais aussi parce qu'en vertu des lois de certains systèmes juridiques, le propriétaire acquiert un droit sur tout bien se trouvant physiquement sur ce terrain, même sans fixation, si ce dernier est destiné à rester sur ce terrain autrement que temporairement et améliore son exploitation ou sa productivité, par exemple des outils, des réservoirs, des machines, etc.

42. Les lois de la plupart des pays font une distinction entre les cas dans lesquels le matériel peut être facilement détaché de la terre et les cas dans lesquels il est si fortement attaché à la terre qu'il n'en est plus détachable et devient partie intégrante de celle-ci, cessant d'être du matériel d'équipement. Il existe différentes façons de décrire cette situation, dont au moins deux sont susceptibles d'être examinées par la Conférence diplomatique. La première est que l'équipement perd son identité juridique en vertu de la *lex situs*. La deuxième, en termes généraux, est que l'enlèvement n'est pas économique parce que le coût de l'indemnité et des réparations du bien immobilier et de l'équipement serait disproportionné par rapport à la valeur de l'équipement. Ce critère diffère du premier en ce qu'il est factuel et n'implique pas de référence au droit applicable. Lorsque le matériel d'équipement fait déjà partie du terrain au moment du contrat, la Convention et le Protocole ne s'appliquent pas du tout, même si le matériel d'équipement est ensuite détaché du terrain. L'article VII(1) traite de l'effet du rattachement d'un matériel d'équipement à un bien immobilier dans un Etat non contractant. Cette question est laissée à l'appréciation du droit dudit Etat.

43. Le paragraphe 2 de l'article VII exige de chaque Etat contractant qu'il déclare dans les paragraphes qui suivent s'il opte pour la Variante A, B ou C dans son intégralité.

1) La Variante A prévoit que si le matériel d'équipement peut être détaché (par référence à des critères non encore précisés dans le texte), son rattachement au bien immobilier ne remet pas en cause son statut de matériel d'équipement vertu du Protocole.

2) La Variante B traite de deux situations. La première est celle où le matériel d'équipement perd son identité juridique propre conformément à la *lex situs*. Il appartient ensuite à la *lex situs* de déterminer l'effet du rattachement. La seconde est celle où le matériel d'équipement ne perd pas son identité juridique propre conformément à la *lex situs*. Dans ce cas, la garantie portant sur le bien immobilier n'a priorité sur la garantie internationale que si, avant l'inscription de la garantie internationale, le matériel d'équipement a été rattaché au bien immobilier et la garantie portant sur ce dernier avait été inscrite conformément à la *lex situs*. L'idée sous-jacente est que le titulaire de chaque garantie concurrente a la possibilité de consulter le registre protégeant l'autre garantie afin de voir s'il existe une garantie de rang antérieur. En conséquence, la garantie internationale devrait avoir priorité si, au moment du contrat, le matériel d'équipement en question n'était pas rattaché à un bien immobilier et si la garantie internationale avait été inscrite avant l'inscription effective de la garantie sur le bien immobilier.

3) La Variante C ne fait pas référence à la perte de l'identité juridique propre, mais laisse simplement à la *lex situs* le soin de déterminer l'effet du rattachement.

Modification des mesures en cas d'inexécution des obligations

44. L'article VIII étend les dispositions de la Convention sur les mesures en cas d'inexécution des obligations conformément aux Protocoles antérieurs. L'exportation et le transfert physique s'ajoutent aux mesures et la disposition de l'article 8(3) selon laquelle les mesures doivent être mises en œuvre par le créancier garanti dans des conditions commercialement raisonnables est remplacée par une disposition plus générale selon laquelle toutes les mesures doivent être mises en œuvre. Toutefois, une mesure mise en œuvre conformément à une disposition du contrat est réputée raisonnable, sauf lorsqu'une telle disposition est manifestement déraisonnable. Les autorités compétentes d'un Etat contractant sont tenues de fournir rapidement au créancier la coopération et l'assistance requise dans la mise en œuvre des mesures en cas d'exportation et de transfert physique.

45. L'article IX du projet de Protocole MAC ajoute la vente et l'attribution des produits de la vente aux mesures provisoires disponibles en vertu de l'article 13 lorsque les parties en conviennent expressément et cristallise également le délai dans le cadre d'une décision de mesures provisoires par référence à la déclaration d'un Etat contractant. Il est prévu que ce délai soit court, compte tenu de la nécessité de reprendre rapidement possession du matériel pour éviter qu'il ne soit détourné ou détérioré physiquement ou commercialement. La plupart des déclarations en vertu du Protocole aéronautique ont prévu un délai de dix jours ouvrables à compter du dépôt de la demande. Les Protocoles suivants ont, comme le projet de Protocole MAC, remplacé les jours ouvrables par des jours civils pour plus de certitude, étant donné que les jours ouvrables varient non seulement d'un Etat à l'autre, mais aussi au sein d'un même Etat.

Mesures en cas d'insolvabilité

46. L'article X contient des dispositions importantes concernant l'effet de l'insolvabilité du débiteur. Elles ne s'appliquent que lorsqu'un Etat contractant qui est le ressort principal de l'insolvabilité - c'est-à-dire l'Etat contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux - fait une déclaration à cet effet. Trois variantes sont proposées, les Variantes A, B et C. Un Etat contractant peut choisir une seule de ces variantes qui doit être considérée dans son intégralité. Quelle que soit la variante retenue, elle doit s'appliquer aux trois Annexes. Un Etat contractant peut également ne pas faire de déclaration, laissant que l'insolvabilité soit régie par ses propres lois en la matière. Les tribunaux d'un autre Etat dans lequel le matériel est situé doivent, conformément à la législation de cet Etat, coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers et les administrateurs d'insolvabilité étrangers, c'est-à-dire ceux du ressort de l'insolvabilité.

47. La Variante A prévoit un délai d'attente - précisé dans la déclaration de l'Etat contractant - durant lequel l'administrateur judiciaire de l'insolvabilité ou, à défaut, le débiteur restitue le matériel d'équipement. Mais le matériel peut être conservé si, durant le délai d'attente, l'administrateur d'insolvabilité ou le débiteur remédie aux manquements et s'engage à exécuter toutes les obligations à venir, conformément au contrat. A défaut d'exécution, aucun autre délai d'attente n'est accordé et le tribunal ne peut intervenir pour prolonger ce délai ou modifier les obligations du débiteur sans le consentement du créancier. La Variante B oblige l'administrateur judiciaire ou le débiteur à présenter l'exécution comme ci-dessus, mais uniquement à la demande du créancier, et en cas de défaillance, le créancier doit obtenir l'autorisation du tribunal avant de reprendre possession du matériel. La Variante C est à mi-chemin entre les Variantes A et B; l'administrateur d'insolvabilité ou le débiteur, auquel sont imposées les mêmes obligations que dans les autres variantes, peut demander au tribunal de suspendre ses obligations au-delà de la fin de la période de remède jusqu'à l'expiration du contrat ou de son renouvellement.

Stocks

48. Les Protocoles précédents n'ont pas prévu de disposition distincte pour les garanties internationales sur les stocks, c'est-à-dire le matériel détenu par un vendeur pour la vente ou la location dans le cours normal de ses activités. Mais les équipements MAC se différencient car ils peuvent impliquer des stocks importants qui sont constamment renouvelés. Deux questions distinctes sont alors soulevées. La première concerne la position d'un acheteur dans le cours normal des affaires qui, dans de nombreux systèmes juridiques acquiert un droit libre de toute garantie même inscrite, parce que le créancier sait que le stock est détenu pour la vente ou la location et que seulement ainsi que le vendeur pourra rembourser la somme avancée. En conséquence, un créancier ne devrait pas, dans ces systèmes, être autorisé à faire valoir sa garantie ou sa réserve de propriété ou ses droits de bail contre un acheteur. C'est le principe général adopté à l'article XII mais il est soumis à toute règle contraire au droit applicable. La deuxième question concerne les conditions d'inscription et les règles de priorité. Une inscription basée sur un bien n'est pas nécessairement appropriée pour un stock, que le vendeur achète et revend constamment; la garantie internationale est ainsi susceptible d'être limitée dans le temps, impliquant un flux d'inscriptions pour lesquelles la

main levée sera nécessaire dans un court laps de temps. Dans cet esprit, l'article XII(4), tel qu'il est proposé de le modifier, prévoit qu'un Etat contractant peut faire une déclaration selon laquelle une garantie portant sur des stocks créée ou prévue par un contrat en vertu duquel le marchand est le débiteur n'est pas une garantie internationale si, au moment où la garantie est née ou créée, le stock est situé dans un Etat contractant qui a fait une déclaration à cet effet. Cela permettrait à l'Etat déclarant d'utiliser une inscription fondée sur le débiteur qui faciliterait le financement de catégories de matériels d'équipement, ou de tous les matériels d'équipement, présents et futurs, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une inscription pour chaque élément du stock.

Dispositions relatives au débiteur

49. Le débiteur a droit à la jouissance paisible du matériel d'équipement à l'égard de son créancier et du titulaire de toute garantie inférieure à celle du créancier ou, si le titulaire de ce droit en convient ainsi, de tout droit supérieur à celui du créancier.

L'Autorité de surveillance et le Conservateur

50. L'article XIV traite de la désignation et des pouvoirs de l'Autorité de surveillance responsable du contrôle du Registre international et de la nomination et du rôle du Conservateur. Le fonctionnement détaillé du Registre international est prévu par un règlement qui doit être établi par l'Autorité de surveillance. En vertu de l'article XVIII, le critère de consultation des équipements est le numéro de série du fabricant. Le Registre doit être accessible 24 heures sur 24, sauf en cas de suspension pour entretien et réparation nécessaires. La responsabilité du Registre pour les dommages causés est fixée à la valeur du matériel auquel se rapporte le dommage, avec un maximum de 5 millions de droits de tirage spéciaux ou tout montant supérieur calculé sur la base du règlement déterminé par l'Autorité de surveillance. Le Registre est tenu d'être assuré contre la responsabilité civile pour un montant au moins égal à celui déterminé par l'Autorité de surveillance.

Dispositions finales

51. Le projet contient des clauses finales types et des dispositions types concernant les déclarations, les conférences d'examen et les amendements. Les dispositions relatives aux amendements revêtent une importance particulière. Cette question n'a pas été entièrement réglée lors des réunions du Comité d'experts gouvernementaux en 2017, au cours desquelles le Comité a demandé au Secrétariat d'UNIDROIT d'entreprendre de nouvelles recherches et de préparer une proposition pour examen à la Conférence diplomatique. La proposition du Secrétariat¹⁴ pour les amendements aux articles établit une distinction entre les amendements de fond au texte des Protocoles et des Annexes et les ajustements techniques aux Annexes résultant d'une révision du Système SH. Les amendements de fond nécessiteraient une majorité des deux tiers des Etats participant à une Conférence convoquée pour examiner les amendements. En revanche, les amendements techniques seraient réputés adoptés à moins qu'un Etat contractant ne s'y oppose dans les 12 mois suivant la notification des ajustements proposés, auquel cas les Etats devraient rechercher un accord par consensus. A défaut, une majorité des deux tiers des Etats contractants présents et votants serait requise.

¹⁴ Voir DCME-MAC – Doc. 5, Partie 6X, paragraphes 189 – 206, disponible à <https://www.unidroit.org/french/documents/2019/study72k/dc/s-72k-dc-05-f.pdf>