

La Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles : une force motrice pour le financement international basé sur un bien

Roy Goode *

I. – INTRODUCTION

Le vendredi 16 novembre 2001 restera connu dans les annales de l'histoire législative du droit commercial transnational comme date à laquelle, à la conclusion de la Conférence diplomatique dans la magnifique ville du Cap, pas moins de 20 Etats (soit près d'un tiers du nombre total représenté à la Conférence), bientôt suivis de deux autres, ont signé la *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles* (la Convention) et son *Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques* (le Protocole aéronautique) ¹.

La proposition fut avancée d'introduire le nom d'Unidroit dans le titre, ainsi que cela avait été fait avec les *Conventions de 1988 sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international*, mais dans un esprit de courtoisie, le Secrétaire Général d'Unidroit, le Professeur Herbert Kronke, a exprimé le souhait qu'en hommage à l'hôte de la Conférence, le Gouvernement de l'Afrique du Sud, la Convention soit connue informellement comme Convention du Cap. Cet hommage est bien mérité. Nous sommes redevables au Gouvernement sud-africain pour l'extraordinaire organisation de la Conférence, pour la mise à disposition et l'efficacité de la structure

* Professeur émérite de droit de l'Université d'Oxford (Royaume-Uni); membre du Conseil de Direction d'Unidroit; Président du Comité d'étude d'Unidroit chargé de la préparation d'un avant-projet de Convention d'Unidroit qui a servi de base pour les négociations intergouvernementales, et Président du Comité de rédaction à la Conférence diplomatique. L'auteur a été chargé de la préparation du Commentaire officiel sur la Convention et le Protocole aéronautique; le Commentaire sera publié dans la Revue de droit uniforme 2002-2, après sa distribution aux Etats et aux organisations qui ont participé à la Conférence diplomatique.

La présente version est la traduction (par le Secrétariat d'Unidroit) de l'article paru en anglais dans la *Revue de droit uniforme*, 2002, pp. 3-15.

¹ Les textes de la Convention et du Protocole sont reproduits dans le présent numéro de la *Rev. dr. unif.*, pp. 133 et 185, respectivement.

La Convention et le Protocole sont le fruit de l'étroite collaboration entre les deux Organisations qui les ont parrainés, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), qui a entrepris le projet de nombreuses années auparavant, et l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Ont également participé activement aux travaux : pour les biens aéronautiques, l'Association internationale du transport aérien (ATA) et le Groupe de travail aéronautique; pour le matériel roulant ferroviaire, l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF) et le Groupe de travail ferroviaire; pour les biens spatiaux, le Comité des Nations Unies des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique (U.N. / COPUOS) et le Groupe de travail spatial.

et des installations, pour le dévouement de son personnel, pour son hospitalité chaleureuse et généreuse, qui ont contribué de façon si importante au climat de bonne disposition qui a prévalu entre les délégués à la Conférence.

Le cadre, les objectifs et les dispositions clés de la Convention et du Protocole aéronautique dans leurs formes intermédiaires ont été déjà commentés dans des numéros antérieurs de la *Revue de droit uniforme*². En synthèse, la Convention, avec ses Protocoles³, vise à porter remède au problème de la constitution de droits sûrs et pouvant être facilement exécutés, portant sur des biens aéronautiques, du matériel roulant ferroviaire et des biens spatiaux, qui par leur nature n'ont pas de situation fixe, et dans le cas des biens spatiaux ne sont même pas situés sur Terre. Le problème n'est pas tant celui de déterminer la loi applicable – ce qui peut être résolu par une Convention de droit uniforme de conflit de lois telle que la *Convention de Genève de 1948 relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef* – que les solutions largement divergentes consacrées par les systèmes juridiques pour ce qui est des sûretés et des droits de réserve de propriété, cause d'incertitude parmi les financeurs potentiels relativement à l'efficacité de leurs droits. Cela a pour résultat d'entraver l'octroi de financement, particulièrement aux pays en développement, et d'augmenter les coûts du crédit. La Convention et ses Protocoles satellites poursuivent cinq objectifs fondamentaux :

- Prévoir la création d'une garantie internationale qui sera reconnue dans tous les États contractants ;
- Mettre à la disposition du créancier un éventail de mesures minimums en cas d'inexécution du débiteur et, lorsque la preuve de l'inexécution est apportée, lui permettre d'obtenir dans un bref délai des mesures provisoires avant le règlement au fond du litige ;
- Établir un registre international électronique sur lequel les garanties internationales seront inscrites, qui informera les tiers de leur existence et qui permettra au créancier de protéger le rang de sa garantie à l'encontre de toute autre garantie inscrite postérieurement et de toute garantie non inscrite, la rendant aussi opposable à l'administrateur d'insolvabilité ;

² Voir "A new international regimen governing the taking of security in high-value mobile assets : the legal and economic implications", *Rev. dr. unif.*, 1999-2, numéro spécial consacré à la Convention et aux Protocoles en préparation; Roy GOODE, "Par delà les frontières de la terre et de l'espace : l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles", *Rev. dr. unif.*, 1998, 53; Jeffrey WOOL, "Rethinking the Notion of Uniformity in the Drafting of International Commercial Law : A Proposal for the Development of a Policy-Based Unification Model", *Rev. dr. unif.* 1997, 46; Howard ROSEN, "Les chemins de fer face aux enjeux de demain – Etat des travaux sur le projet de Protocole ferroviaire UNIDROIT/OTIF", *Rev. dr. unif.*, 2001, 51; et Martin STANFORD / Alexandre DE FONTMICHÉL, "Vue d'ensemble de l'avant-projet de Protocole sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement spatial et son examen par le COPUOS", *Rev. dr. unif.*, 2001, 61.

³ Le seul projet de Protocole prêt pour la Conférence diplomatique était le Protocole aéronautique. Les avant-projets de Protocoles pour le matériel roulant ferroviaire et pour les biens spatiaux qui ont été préparés sont en cours d'examen en vue de leur soumission à des Conférences diplomatiques futures.

- Assurer, au moyen du Protocole correspondant, que les besoins spécifiques du secteur commercial concerné sont satisfaits ;
- De cette façon, rassurer les créanciers futurs dans leur décision d'accorder un crédit, améliorer la réputation des créances sur le matériel d'équipement et réduire le coût de l'emprunt dans l'intérêt de toutes les parties intéressées.

Le présent article illustre certaines des questions clés qui se sont présentées à la Conférence diplomatique, et les principaux changements qui ont été portés au texte soumis à la Conférence.

II. – UNE STRUCTURE FAITE DE DEUX INSTRUMENTS

Pendant un temps fort long avant la Conférence diplomatique, la structure a fait l'objet d'un débat intense. Les travaux ont été menés sur la base de deux instruments distincts : une Convention ne visant pas un type particulier de matériel d'équipement, et des Protocoles séparés, déclenchant l'application du régime de la Convention, qui s'appliqueraient à chacune des catégories de matériels d'équipement couvertes par la Convention – à savoir, un bien aéronautique (cellule d'aéronef, moteur d'avion ou hélicoptère), un matériel roulant ferroviaire, ou un bien spatial. Certains auraient préféré des Conventions indépendantes, une pour chaque catégorie de biens : une telle méthode semblait plus simple à mettre en œuvre, mais elle présentait aussi un certain nombre d'inconvénients ⁴.

La question de la structure a été abordée au début de la Conférence diplomatique, et un soutien très large est alors apparu d'une part pour la structure duale, et d'autre part pour la préparation d'un texte refondu intégrant les dispositions de la Convention et du Protocole aéronautique de façon à fournir aux utilisateurs un texte unique élaboré sous l'autorité du Secrétariat conjoint qu'ils pourraient appliquer en toute sécurité. L'idée initiale que ce texte devrait être disponible dans sa forme définitive – sous réserve de corrections – à la fin de la Conférence diplomatique fut finalement abandonnée en raison de l'impossibilité d'incorporer au fur et à mesure les amendements aux textes; c'est pourquoi la Résolution n° 1 se réfère au Texte refondu joint à la Résolution, alors qu'en fait il n'y a pas de texte joint, le Texte refondu n'ayant été mis au point qu'après la fin de la Conférence. Il s'agit d'un document très élaboré, qui est sans doute appelé à devenir pour les milieux aéronautiques l'instrument de travail quotidien, même si bien entendu ce sont la Convention et le Protocole aéronautique qui sont les instruments juridiquement applicables.

⁴ Voir GOODE, *supra* note 2, à 58.

III. – PORTEE DE LA CONVENTION

La Conférence a entériné le parti pris aux Sessions conjointes⁵ de restreindre le champ initial de la Convention aux biens aéronautiques, au matériel roulant ferroviaire et aux biens spatiaux. On avait un temps pensé qu'une procédure accélérée pourrait être utilisée pour l'adoption des futurs Protocoles ferroviaire et spatial, ce qui éviterait de devoir tenir d'autres Conférences diplomatiques, mais un tel principe s'est avéré inacceptable pour de nombreux Etats. En conséquence, les travaux sur ces deux avant-projets de Protocoles se poursuivront jusqu'à l'adoption des instruments à des Conférences diplomatiques futures. Une deuxième réunion d'experts gouvernementaux se tiendra à Rome en juin 2002 lors de laquelle on espère mettre au point le texte du projet de Protocole ferroviaire pour son adoption à une Conférence diplomatique. Les travaux sur le Protocole spatial, quoique moins avancés, procèdent et une première réunion d'experts gouvernementaux devrait se tenir à la fin de 2002 ou au début de 2003. L'article 51 de la Convention prescrit une procédure pour les futurs Protocoles qui couvriront d'autres types de matériels. UNIDROIT, en tant que Dépositaire, pourrait constituer des groupes de travail pour déterminer s'il est possible d'élaborer de tels Protocoles ou d'en préparer les textes pour soumission aux Etats et aux organisations intergouvernementales ou d'autres organisations, et lorsqu'un texte sera jugé prêt pour être adopté, il sera soumis à une Conférence diplomatique.

La Convention vise à la protection de cinq catégories différentes de droits :

1) La *garantie internationale*, c'est-à-dire un droit conféré par le constituant en vertu d'un contrat constitutif de sûreté, ou un droit détenu par une personne qui est le vendeur conditionnel en vertu d'un contrat réservant un droit de propriété ou un bailleur en vertu d'un contrat de bail, autre qu'un droit relevant d'une opération interne à l'égard de laquelle un Etat a fait une déclaration excluant l'application de la Convention. La garantie internationale est la principale catégorie de droits régie par la Convention et le Protocole aéronautique.

2) La *garantie internationale future*, c'est-à-dire un droit visant à grever dans le futur, comme garantie internationale, un bien identifiable et existant, mais qui n'est pas encore devenu une garantie internationale. Ce sera, par exemple, le cas d'un contrat constitutif de sûreté dont les termes n'ont pas encore été négociés ou quand le futur débiteur n'a pas encore acquis de droits sur le bien devant être grevé. Une garantie internationale future pourra être inscrite en tant que telle sur le Registre international mais ne produira pas d'effets jusqu'à ce qu'elle devienne une garantie internationale, et elle prendra alors rang à compter de la date d'inscription de la garantie internationale future.

3) La *garantie nationale*, c'est-à-dire un droit inscrit sur un registre national qui pourrait être inscrit comme une garantie internationale mais qui ne l'est pas du fait qu'il est créé par une opération interne au regard desquelles un Etat contractant a fait

⁵ Les trois Sessions conjointes du Comité d'UNIDROIT d'experts gouvernementaux et du Sous-comité juridique de l'OACI.

une déclaration conformément à l'article 50 excluant l'application de la Convention. Cependant, une telle exclusion est d'un effet très limité⁶.

4) *Le droit ou garantie non conventionnel issu du droit national et donnant priorité sans inscription.* Un Etat contractant peut, conformément à l'article 39 produire une déclaration visant, dans la mesure précisée dans cette déclaration, à donner priorité aux droits ou garanties non conventionnels constitués en vertu du droit national sur des droits équivalents à ceux d'une garantie internationale et qui ont priorité sur une garantie internationale inscrite même si les droits non conventionnels ne sont pas eux-mêmes inscrits.

5) *Le droit ou garantie non conventionnel susceptible d'inscription.* Un Etat contractant peut, conformément à l'article 40, faire une déclaration visant à ce que des droits ou garanties non conventionnels issus de son droit puissent être inscrits dans le Registre international et que de tels droits ou garanties ainsi inscrits soient alors traités comme une garantie internationale inscrite. Il pourra s'agir par exemple de jugements ou décisions affectant des matériels d'équipement d'une catégorie à laquelle la Convention s'applique et d'un droit de rétention en faveur du réparateur.

La Convention ne couvre pas seulement les droits relevant de l'une ou l'autre des catégories ci-dessus mais aussi les "droits accessoires" qui sont les droits au paiement ou à une autre exécution par le débiteur en vertu d'un contrat, qui sont garantis par le bien ou liés au bien. Les droits accessoires n'incluent pas les obligations en vertu d'autres contrats, dues par le débiteur ou par un tiers, mais celles-ci peuvent devenir des droits accessoires lorsque le contrat inclut l'engagement du débiteur d'exécuter ou de faire exécuter ces autres contrats en garantissant un tel engagement par le bien. Les droits accessoires ne sont pertinents qu'en présence d'une cession, et dans ce contexte ils donnèrent lieu à de longs débats et à plusieurs dispositions spécifiques, qui sont présentées plus bas.

Les droits contractuels purement personnels qui ne sont pas garantis par un bien sont hors du champ de la Convention, mais l'article 39(1)(b) préserve l'efficacité des droits de saisie ou de rétention selon la loi d'un Etat pour les sommes dues par un fournisseur de services publics.

IV. – LE REGISTRE INTERNATIONAL ET LE SYSTEME INTERNATIONAL D'INSCRIPTION

La pierre de voûte de la Convention est le principe de l'inscription des garanties internationales (ainsi que des garanties internationales futures, des droits ou garanties non conventionnels susceptibles d'inscription et des garanties nationales) dans le Registre international. Le système d'inscription est entièrement automatisé, de sorte que le Registre ne comporte aucune intervention humaine pour réceptionner les demandes d'inscription et de consultation, effectuer l'inscription et émettre les certificats de consultation. Pour ce qui est des biens aéronautiques, le Registre

⁶ Voir *infra*, pp. 11-12.

international fonctionnera 24 heures sur 24, sept jours par semaine⁷, même si naturellement le service devra être suspendu de temps à autre pendant de courtes périodes pour l'entretien et remédier aux dysfonctionnements. Un créancier en vertu d'un contrat portant sur un bien existant et identifié pourra inscrire une garantie internationale future, ce qui aura pour effet, lorsque celle-ci se matérialisera comme garantie internationale à plein titre, de lui faire prendre rang à compter du moment de l'inscription de la garantie future à condition que cette inscription soit toujours valable juste avant que naisse la garantie internationale⁸. Il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle inscription dès lors que les informations fournies par l'inscription sont suffisantes pour l'inscription d'une garantie internationale⁹. Pour obtenir plus facilement ce résultat, et pour empêcher que les personnes procédant à des consultations soient induits en erreur, l'article 22(3) dispose qu'un certificat indiquera simplement que le créancier a acquis ou entend acquérir une garantie internationale, sans indiquer si l'inscription concerne une garantie internationale ou une garantie internationale future. Il appartient donc au tiers intéressé de se renseigner auprès de la personne qui a fait l'inscription quant à la nature des droits de cette dernière.

Deux questions ont fait l'objet de débats prolongés : l'immunité juridictionnelle qui serait accordée à l'Autorité de surveillance et au Conservateur, et la nature de la responsabilité du Conservateur pour les erreurs, les omissions et les dysfonctionnements du système. Le texte soumis à la Conférence diplomatique prévoyait que l'Autorité de surveillance jouirait de l'immunité (la question étant ouverte de savoir s'il s'agirait d'une immunité totale ou fonctionnelle), tandis que le Conservateur et ses responsables et employés jouiraient de l'immunité fonctionnelle sauf pour ce qui étaient des actions pour les erreurs, omissions ou dysfonctionnement du système. A la fin il fut décidé que l'Autorité de surveillance (qui aurait la personnalité juridique internationale si elle n'en disposait pas déjà¹⁰) jouirait de l'immunité prévue dans le Protocole correspondant¹¹ tandis que le Conservateur n'aurait aucune immunité d'aucune sorte. En vertu de l'article XVII(3) du Protocole aéronautique, l'Autorité de surveillance ainsi que ses responsables et employés jouissent de l'immunité contre toute action judiciaire ou administrative conformément aux règles qui leur sont applicables en tant qu'entité internationale ou à un autre titre. Il est prévu que l'Autorité de surveillance pour les biens aéronautiques sera l'OACI, qui en tant qu'agence spécialisée des Nations Unies jouit des privilèges et immunités contenues dans les clauses types de la *Convention des Nations Unies de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées* et dans son Annexe III qui concerne spécifiquement l'OACI.

7 Protocole aéronautique, art. XX(4).

8 Convention, art. 19(4).

9 Convention, art. 18(3).

10 Convention, art. 27(1).

11 Convention, art. 27(2).

On a toujours pensé que le Conservateur serait soumis à une responsabilité objective et non une responsabilité fondée sur la faute, et comprendrait la responsabilité pour les dysfonctionnements du système et pour les erreurs et omissions du personnel du Registre même. En revanche la responsabilité pour les dysfonctionnements du système ne devrait pas être absolue. Deux modèles possibles ont été envisagés. Le premier est contenu dans l'article 79 de la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* et dans l'article 7.1.7 des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, à savoir qu' "est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences". L'autre modèle, qui a été adopté dans l'article 28 de la Convention, provient de Conventions internationales en matière de pollution par hydrocarbures, de transport de substances toxiques et d'autres domaines semblables, dans lesquelles l'événement doit être "de nature inévitable et irrésistible". Cela est un critère plus objectif, qui est davantage restreint par la condition que l'événement soit d'une nature... "que l'on n'aurait pas pu prévenir en utilisant les meilleures pratiques généralement mises en œuvre dans le domaine de la conception et du fonctionnement des registres électroniques, y compris celles qui concernent les sauvegardes ainsi que les systèmes de sécurité et de réseautage". La raison justifiant ce choix objectif tient aux sommes très élevées d'argent dépendant du fonctionnement d'un système fiable pour l'inscription et la consultation des garanties internationales, et à la nécessité de disposer de la meilleure technologie possible. De la sorte, le Conservateur est tenu d'assurer des aspects tels qu'une conception appropriée, des ordinateurs et logiciels adaptés, un entretien régulier, une protection de pointe contre les virus et les infractions au système, une identification et une rectification rapides d'un dysfonctionnement du système, la sauvegarde des données sur le site principal et des systèmes de sauvegarde sur d'autres sites, et un système de sécurité propre à empêcher les intrusions dans les bases de données et les messages¹². En revanche, le Conservateur ne répond pas des inexactitudes de fait dans les informations qu'il reçoit ou qu'il transmet dans la forme dans laquelle il les a reçues.

V. – REGLES DE PRIORITE

Les règles de priorité sont peu nombreuses et relativement simples. Une garantie inscrite prime toute autre garantie inscrite postérieurement et toute garantie non inscrite. La seule exception dans le texte soumis à la Conférence diplomatique, mise à part une subordination consensuelle de rang, était en faveur de l'acheteur en vertu d'une vente sans condition, dont le droit n'est pas soumis à inscription en vertu de la Convention (il l'est cependant en vertu du Protocole aéronautique) et qui est protégé

¹² Pour des informations plus détaillées, voir les Deuxième et Troisième Rapports du Groupe de travail sur le Registre international.

s'il a acquis le bien avant l'inscription de la garantie internationale du créancier. Cette exception a été maintenue et est maintenant renforcée par des dispositions pour la protection des acheteurs conditionnels et des preneurs qui, dans le texte d'origine, étaient exposés à la perte de leur droit par suite de l'exécution d'une garantie sur le même bien accordée par le vendeur conditionnel ou le bailleur. L'article 29(4)(b) dispose maintenant que l'acheteur conditionnel ou le preneur acquiert des droits sur le bien libres de toute garantie non inscrite avant l'inscription de la garantie internationale détenue par le vendeur conditionnel ou le bailleur. La raison d'être de cette disposition est la nécessité de maintenir la fiabilité du Registre international. Si, comme ce sera en principe le cas, le vendeur conditionnel ou le bailleur inscrit sa garantie internationale avant d'octroyer la garantie ou avant que la garantie soit inscrite, le créancier garanti sera en mesure de connaître l'existence de la vente conditionnelle ou du bail et raisonnablement devrait acquérir son droit sous réserve des droits de l'acheteur conditionnel ou du preneur. Si en revanche la garantie est la première inscrite, le créancier garanti ne peut savoir en consultant le Registre international que le bien grevé a fait l'objet d'une vente conditionnelle ou d'un bail (qui pourraient de fait ne pas avoir encore été conclus) de telle sorte que le créancier garanti a alors priorité, et en cas d'inexécution par le débiteur, peut récupérer le bien dans les mains de l'acheteur conditionnel ou du preneur. Dans l'article XVI du Protocole aéronautique, ce principe est mis en œuvre dans des dispositions particulières portant sur le droit de l'acheteur conditionnel ou du preneur à la jouissance et à l'utilisation paisibles du bien à l'encontre d'un créancier garanti et du titulaire d'une garantie subordonnée aux droits de l'acheteur conditionnel ou du preneur.

VI. – CESSIONS

Parmi les dispositions les plus âprement discutées se trouvent celles sur les cessions. Des versions précédentes du texte prenaient pour objet principal la cession de la garantie internationale et prévoyait qu'elle entraînerait la cession des droits accessoires. Ce principe qui allait à l'encontre du principe général que la garantie est l'accessoire du droit au paiement et non pas le contraire, avait cependant une certaine logique. En effet, la Convention vise les garanties internationales et leurs cessions, et non pas les cessions de créances en tant que telles qui relèvent désormais de la *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international* (la Convention sur la cession de créances). Toutefois, il fut décidé en définitive d'adopter une approche plus traditionnelle et de faire en sorte que la garantie internationale suive les droits accessoires sauf accord contraire des parties. Une cession des seuls droits accessoires, sans la garantie internationale correspondante, est en dehors du champ de la Convention ¹³ et sera probablement fort rare.

¹³ Convention, art. 32(3).

Pour ce qui est des formalités, les dispositions sur les cessions¹⁴ reflètent celles qui s'appliquent à la constitution d'une garantie internationale¹⁵. De même, le rang des cessions concurrentes de droits accessoires et des garanties internationales correspondantes est en principe déterminé par l'ordre de l'inscription. Il existe cependant deux exceptions¹⁶. En premier lieu le contrat qui donne naissance aux droits accessoires doit préciser qu'ils sont garantis par le bien ou liés à celui-ci. A première vue, cela peut sembler surprenant. Comment des droits accessoires pourraient-ils être garantis par exemple par un contrat de prêt qui ne prévoit pas de garantie ? la réponse est qu'ils pourraient être garantis en vertu d'un contrat de prêt antérieur contenant une clause (dite "*cross-collateral*") garantissant les obligations du débiteur non seulement en vertu de ce contrat mais aussi en vertu de tout contrat ultérieur et qui renferme l'engagement du débiteur d'exécuter ses obligations en vertu du contrat ultérieur¹⁷. Dans un tel cas, si les droits accessoires en vertu du contrat antérieur sont cédés à un cessionnaire A1, et les droits accessoires en vertu du contrat de prêt ultérieur ne contenant aucune référence à une garantie sont ensuite cédés à A1 et A2, A2 n'aura aucun moyen de savoir que le contrat de prêt ultérieur est lié au bien. Il serait alors injuste à l'égard de A1 de pouvoir invoquer la règle de priorité de la Convention qu'une cession inscrite a priorité sur une cession ultérieure. Dans un tel cas, la détermination de la priorité est laissée à la loi applicable, y compris – lorsqu'elle est applicable – à la Convention sur la cession de créances. La deuxième exception à la règle de priorité de base est que les droits accessoires ne doivent pas nécessairement être garantis par un bien mais doivent être liés à un bien, en ce sens qu'ils se rapportent à une avance d'argent effectuée (en vertu d'un contrat constitutif de sûreté) et utilisée pour l'acquisition du bien ou d'un autre bien sur lequel le cédant détient une autre garantie internationale transférée au cessionnaire en vertu d'une cession qui a été inscrite, ou pour le paiement du prix du bien (en vertu d'une vente conditionnelle) ou du loyer (en vertu d'un contrat de bail) ou pour exécuter d'autres obligations en vertu d'un tel contrat. Ainsi, un cessionnaire de droits accessoires ne bénéficiera pas de la règle de priorité de la Convention lorsque ses droits portent sur le remboursement d'un prêt destiné à une utilisation générale par l'emprunteur et garanti par un bien.

VII. – COMPETENCE

La Commission européenne a montré un intérêt particulier pour les dispositions concernant la compétence, soucieuse qu'elle était d'assurer qu'en cas de discordance avec le *Règlement CE du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*

¹⁴ Convention, art. 32.

¹⁵ Convention, art. 7.

¹⁶ Convention, art. 33(1).

¹⁷ Des droits en vertu d'un contrat ultérieur, qui sont garantis par l'objet mais dont le débiteur ne s'engage pas à l'exécution dans le contrat antérieur, ne sont pas des droits accessoires liés à ce contrat.

(remplaçant la Convention de Bruxelles de 1968), les Etats membres de l'Union européenne aient une position commune. Le point de départ était que les tribunaux de l'Etat choisi par les parties devraient avoir compétence exclusive sauf accord contraire des parties¹⁸. Mais un tel choix ne devrait pas exclure la compétence concurrente pour prendre des mesures en vertu de l'article 13 ou d'autres mesures provisoires, pour les mesures visant à la conservation du bien, la mise en possession, le contrôle ou la garde du bien, l'immobilisation du bien, ou d'autres mesures concernant le bien, est celle du lieu de situation du bien, et pour ce qui est du bail ou de la gestion du bien est celle du lieu de situation du débiteur¹⁹. Enfin, seuls les tribunaux de l'Etat où le Conservateur a le lieu de son administration centrale ont compétence pour ordonner des mesures à l'encontre du Conservateur²⁰. Les raisons en sont, tout d'abord que seuls de tels tribunaux peuvent exercer un contrôle, deuxièmement qu'une compétence d'autres tribunaux nationaux pour ordonner des mesures serait incompatible avec la nature internationale des fonctions du Conservateur, et troisièmement que le Conservateur pourrait être exposé aux problèmes et aux coûts de procédures multiples engagées dans plusieurs Etats avec le risque que des mesures discordantes soient prononcées. En outre, la contestation relative à une inscription est souvent un litige impliquant les parties mais non le Conservateur, de sorte qu'en ce cas la compétence est celle qui concerne les litiges entre les parties. La compétence en vertu de la Convention est limitée aux tribunaux choisis par les parties et aux demandes faites en vertu de l'article 13 pour ordonner des mesures provisoires avant le règlement au fond du litige.

La clause de compétence générale qui avait été proposée pour les cas non concernés par l'article 13 lorsque les parties n'ont pas fait d'élection de for a été abandonnée compte tenu de la difficulté de parvenir à une formulation généralement acceptable. La compétence dans ces cas est déterminée par les règles de la *lex fori*.

VIII. – RELATIONS AVEC D'AUTRES CONVENTIONS

La Convention l'emporte sur la Convention sur la cession de créances pour ce qui est des cessions de droits accessoires se rapportant à des garanties internationales portant sur des biens aéronautiques, du matériel roulant ferroviaire et des biens spatiaux²¹. Mais cette règle a une incidence limitée sur la Convention sur la cession de créances compte tenu de la portée restreinte des règles de priorité de la Convention du Cap concernant les cessions concurrentes de droits accessoires, ainsi qu'on l'a exposé plus haut. Les relations entre la Convention et la Convention d'UNIDROIT de 1988 sur le

¹⁸ Convention, art. 42(1). La convention attributive de juridiction doit être conclue par écrit ou dans les formes prescrites par la loi du for choisi (art. 42(2)).

¹⁹ Convention, art. 43.

²⁰ Convention, art. 44.

²¹ Convention, art. 45 *bis*, inséré après la conclusion de la Convention sur la cession de créances conformément à une Annexe de la Convention du Cap. L'Annexe, désormais sans objet, ne fait pas partie des instruments publiés.

crédit-bail international sont déterminées par le Protocole applicable²². En ce qui concerne les biens aéronautiques, le Protocole aéronautique dispose que la Convention l'emporte sur la Convention de 1988.

IX. – RELATIONS ENTRE LA CONVENTION ET LES PROTOCOLES, ET ENTREE EN VIGUEUR

Conformément à l'article 47, les dispositions de la Convention concernant un bien sont déterminées par le Protocole couvrant la catégorie de biens correspondante, et lesdites dispositions entrent en vigueur lorsque le Protocole correspondant entre en vigueur; ainsi, pour ce qui est des biens aéronautiques, la Convention entre en vigueur le jour suivant l'expiration d'une période de trois mois à compter de la date du dépôt du huitième instrument de ratification. Les organisations régionales d'intégration économique constituées par des Etats souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la Convention peuvent aussi la ratifier. Au nombre de celles-ci se trouve l'Union européenne.

X. – OPERATIONS INTERNES

Bien que la Convention soit consacrée aux garanties internationales sur les matériels d'équipement mobiles, les termes "internationales" et "mobiles" ne sont définis nulle part, ces caractères ayant été vus comme inhérents aux catégories de biens auxquelles la Convention s'applique. A différentes reprises durant les travaux cela avait provoqué des discussions, et on s'était demandé si la Convention devrait s'appliquer lorsque par exemple le bien grevé par la garantie est un moteur placé sur une locomotive qui effectue un itinéraire circulaire dans le Kansas (USA) alors que tant le constituant que le créancier garanti sont situés au Kansas. Dans une telle situation, le créancier garanti serait-il tenu à l'inscription de sa garantie dans le Registre international pour se protéger ? Il y a plusieurs réponses. En premier lieu, le créancier garanti ne sait pas si le moteur ne va pas un jour être exporté, ce qui placera sa garantie en position de risque. Deuxièmement, le créancier garanti peut n'avoir aucun moyen de savoir si une exportation intervient. Troisièmement, le but de l'article 29 est de permettre à des créanciers potentiels de se baser sur le Registre international et de donner priorité à une garantie inscrite sur une garantie non inscrite même si cette dernière est susceptible d'inscription en vertu de la Convention. Si l'on faisait une exception pour les situations purement internes, on porterait atteinte à l'objectif recherché. Cependant, pour répondre aux soucis exprimés par certains délégués au cours des travaux préliminaires, l'article 50 permet à un Etat contractant de faire une déclaration excluant les opérations internes de la Convention. En vérité, cet article est d'application très limitée. Une opération est interne seulement si le centre des intérêts principaux de toutes les parties à cette opération et le bien se trouvent dans le même Etat contractant, lorsque cet Etat a un registre national pour l'inscription des garanties créées par l'opération, et la garantie en question (que la Convention qualifie de "garantie nationale") a été inscrite dans un

²² Convention, art. 46.

tel registre ²³. Même si une garantie nationale ne peut pas être qualifiée de garantie internationale, elle continue à être régie par les articles 8(4), 9(1) et 16 comme si elle était une garantie internationale, elle peut être inscrite dans le Registre international, et les règles de priorité de l'article 29 s'appliquent de sorte que l'inscription protège la garantie contre des garanties ultérieures, tandis que le défaut d'inscription la soumet au risque d'être primée par une inscription ultérieure. Enfin, d'autres dispositions de la Convention se rapportant aux garanties inscrites (par exemples les articles 30, 35(1) et 39) s'appliquent aux garanties nationales. L'application de l'article 8(4) aux opérations internes est assez curieuse, car celui-ci s'applique seulement au pouvoir que se propose d'exercer le créancier garanti de vendre ou de donner à bail un bien en vertu de l'article 8(1), qui ne s'appliquera pas ! Compte tenu de sa complexité, la Convention contient finalement remarquablement peu d'incohérences de ce type.

XI. – DISPOSITIONS TRANSITOIRES

La question de savoir si la Convention devrait s'appliquer aux garanties constituées avant son entrée en vigueur a donné lieu à des avis partagés, les uns estimant qu'une partie qui a perfectionné sa garantie en vertu de la loi applicable antérieure à la Convention ne devrait pas être tenue de la perfectionner sous le régime de la Convention, tandis que les autres pensaient que les créanciers potentiels soumis au régime de la Convention ne devraient pas être indéfiniment exposés au risque de primauté de garanties antérieures à la Convention qu'ils n'auraient aucun moyen de connaître. A l'issue d'un long débat, une solution de compromis a été obtenue. L'article 60(1) énonce le principe général que la Convention ne s'applique pas à un droit ou garantie préexistant. En vertu de l'article premier (v), cela désigne un droit ou une garantie de toute nature sur un bien, né ou créé avant la date de prise d'effet de la Convention telle qu'elle est définie à l'article 60(2)(a), et donc à l'égard d'un débiteur donné, soit le moment où la Convention entre en vigueur, soit le moment où l'Etat dans lequel le débiteur est situé devient un Etat contractant, la date postérieure étant celle considérée. Toutefois, la règle générale est assortie d'une exception qui est formulée dans les termes suivants à l'article 60(3) :

"3. Dans sa déclaration faite en vertu du paragraphe 1, un Etat contractant peut préciser une date fixée au plus tôt trois ans à compter de la date de prise d'effet de la déclaration, à partir de laquelle la présente Convention et le Protocole deviendront applicables, en ce qui concerne la détermination des priorités y compris la protection de toute priorité existante, aux droits et garanties préexistants nés en vertu d'un contrat conclu lorsque le débiteur était situé dans un Etat visé à l'alinéa b) du paragraphe précédent, mais seulement dans la mesure et la manière précisée dans sa déclaration."

L'objectif poursuivi en spécifiant une période de trois ans est de laisser un temps suffisamment long pour inscrire les garanties préexistantes à la Convention dans le Registre international. L'Etat qui fait la déclaration peut aussi limiter la portée de sa

²³ Convention, art. 1(n).

déclaration. L'article 60(3) a été rédigé en grande hâte la dernière matinée de la Conférence diplomatique pour pallier le défaut technique découvert à la dernière minute, et n'est pas exempt de difficulté. Une analyse complète sera fournie dans le Commentaire officiel. Le problème principal est que le texte de la Convention ne requiert pas expressément de lien entre l'Etat déclarant et le débiteur, le créancier, l'opération ou la loi applicable. Toutefois, compte tenu de l'accent mis par l'article 60 sur la situation du débiteur, l'intention ne peut être comprise comme étant de permettre à un Etat contractant de faire une déclaration affectant un droit ou une garantie préexistants nés d'un contrat conclu alors que le débiteur n'était pas situé dans l'Etat déclarant. L'article 60(1) doit en conséquence être interprété comme étant limité aux déclarations se rapportant aux droits et garanties préexistants nés en vertu d'un contrat conclu lorsque le débiteur était situé dans l'Etat déclarant.

XII. – LE PROTOCOLE AERONAUTIQUE

Seule une brève mention sera ici faite aux dispositions du Protocole aéronautique. Ce Protocole étend les dispositions de la Convention aux ventes ²⁴, permettant ainsi aux acheteurs de se prévaloir des dispositions en matière d'inscription et de priorités. En conséquence, l'article 29(3) de la Convention qui protège l'acheteur, ne s'applique plus puisque l'acheteur d'un bien aéronautique peut se protéger par l'inscription. Les parties peuvent choisir la loi appelée à régir leur droits et obligations contractuels ²⁵. Les mesures en cas d'inexécution des obligations sont étendus pour couvrir la radiation de l'inscription et l'exportation ²⁶, et la vente et l'attribution des produits de la vente apparaissent comme une forme additionnelle de mesures provisoires en vertu de l'article 13, mais seulement si le débiteur et le créancier en conviennent expressément ainsi ²⁷. Peut-être la disposition la plus importante est-elle l'article XI qui établit deux régimes alternatifs en ce qui concerne les mesures en cas d'insolvabilité, selon la déclaration de l'Etat contractant qui peut soit choisir l'une ou l'autre des variantes – et dans ce cas dans leur intégralité –, ou ne faire aucune déclaration, auquel cas il appliquera son propre droit en matière d'insolvabilité. La variante A est l'option dite dure qui exige de l'administrateur d'insolvabilité – dans le délai qui aura été indiqué par l'Etat contractant comme délai d'attente – de remédier aux manquements et de s'engager à exécuter toutes les obligations à venir, faute de quoi l'administrateur devra donner au créancier la possibilité de prendre possession du bien aéronautique. Sous le régime de cette variante, le tribunal n'a pas de pouvoir d'intervention, de sorte que l'article 30(3)(b) de la Convention, qui préserve le pouvoir du tribunal de suspendre l'exécution (par exemple pour faciliter la réorganisation du débiteur insolvable) est inapplicable. La Variante B est l'option dite douce. Si l'administrateur d'insolvabilité – dans le délai d'attente – ne donne pas au créancier la possibilité de prendre possession

24 Protocole aéronautique, art. III.

25 Protocole aéronautique, art. VIII.

26 Protocole aéronautique, art. IX(1).

27 Protocole aéronautique, art. X(3).

ou ne remédie pas aux manquements et s'engage à exécuter toutes les obligations à venir, le tribunal pourra permettre au créancier de prendre possession du bien ou pourra ordonner la production d'une garantie.

XIII. – CONCLUSION

La Convention du Cap et le Protocole aéronautique marquent une avancée majeure dans un domaine d'une très grande complexité. La garantie internationale, comme le Registre international, sont des créations originales. La Convention et le Protocole aéronautique font œuvre de pionnier en établissant des règles matérielles permettant au créancier de disposer dans un bref délai de mesures dans l'attente du règlement au fond de sa demande et régissant le rang des garanties concurrentes sur le matériel d'équipement mobile ainsi que les cessions concurrentes de telles garanties. Les dispositions sur l'insolvabilité sont aussi très intéressantes. Un régime international qui offre une protection adéquate aux garanties internationales et aux droits de réserve de propriété devrait réduire les risques pour les créanciers, et par voie de conséquence les coûts du crédit pour les débiteurs, et faciliter l'octroi de financement pour l'acquisition de biens aéronautiques, de matériel roulant ferroviaire et de biens spatiaux, notamment pour les pays en développement dont les régimes juridiques actuels ne répondent pas toujours aux exigences de sécurité des créanciers. En même temps les deux instruments renferment un ensemble de règles de protection pour les débiteurs pour assurer que les mesures sont exercées d'une manière commercialement raisonnable, qu'un débiteur contre qui sont ordonnées des mesures provisoires est protégé au cas où la prétention du créancier est finalement rejetée, et que les débiteurs qui honorent leurs obligations se voient reconnaître le droit à la jouissance paisible à l'encontre de leurs créanciers et des tiers dont les droits sont inférieurs aux leurs. Déjà plusieurs Etats ont engagé leur procédure de ratification, et tout laisse à penser que la Convention entrera pleinement en vigueur dans un avenir proche.