



**COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX D'UNIDROIT
POUR LA PREPARATION D'UN PROJET DE PROTOCOLE
PORTANT SUR LES BIENS SPATIAUX A LA CONVENTION
RELATIVE AUX GARANTIES INTERNATIONALES
PORTANT SUR DES MATERIELS D'EQUIPEMENT
MOBILES
Quatrième session
Rome, 3/7 mai 2010**

UNIDROIT 2010
C.E.G./Pr. spatial/4/W.P. 4 rév.
Originaux: anglais/français
avril 2010

*Version révisée de l'avant-projet de Protocole portant sur les questions spécifiques
aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales
portant sur des matériels d'équipement mobiles*

*(telle que préparée par Sir Roy Goode (Royaume-Uni) et M. M. Deschamps (Canada),
en tant que Co-Présidents du Comité de rédaction – reflétant les conclusions du Comité d'experts
gouvernementaux à sa troisième session tenue à Rome du 7 au 11 décembre 2009, et incorporant
des améliorations rédactionnelles – et revue par le Comité de rédaction)*

Observations

*(soumises par des Gouvernements, des Organisations et des représentants des communautés
financières, commerciales et des assurances dans le domaine spatial)*

INTRODUCTION

Entre le 18 et le 23 février 2010, le Secrétariat d'UNIDROIT a transmis, avec les invitations aux Gouvernements, aux Organisations et aux représentants des communautés financières, commerciales et des assurances dans le domaine spatial à participer à la quatrième session du Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT pour la préparation d'un projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après désigné comme *le Comité*), le texte de l'avant-projet révisé de Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles tel que proposé au Comité de rédaction par Sir Roy Goode (Royaume-Uni) et M. M. Deschamps (Canada), Co-Présidents du Comité de rédaction, visant à refléter les conclusions auxquelles était parvenu le Comité d'experts gouvernementaux à sa troisième session, tenue à Rome du 7 au 11 décembre 2009 (C.E.G./Pr. Spatial/4/W.P. 3) (ci-après désigné comme *l'avant-projet révisé de Protocole*), avec une invitation à formuler des observations à l'attention de la quatrième session du Comité¹.

Au 28 avril 2010 au matin, le Secrétariat d'UNIDROIT a reçu les observations et propositions sur l'avant-projet de Protocole :

¹ Entre-temps, comme cela est indiqué dans la note de bas de page – signalée par un astérisque – qui figure sur la première page de l'avant-projet révisé de Protocole, ce dernier a été revu par le Comité de rédaction. Le texte de l'avant-projet révisé de Protocole, tel que revu par le Comité de rédaction, figure dans le document C.E.G./Pr. Spatial/4/W.P. 3 rév.

- du Gouvernement de la République populaire de Chine, de la République tchèque, de la Grèce et du Japon et de M. V. Kopal, au nom de la délégation de la République tchèque,
- de Mme N. Eskenazi (SES), M. O. Gebler (Baker & McKenzie), M. K. Gude (Intelsat), Mme M. Leimbach (Crédit Agricole S.A.), M. P.D. Nesgos (Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP), M. C. Stott (ManSat) et M. T. Ueda (SKY Perfect JSAT Corporation), en qualité de conseillers du Comité, au nom des communautés financières, commerciales et des assurances dans le domaine spatial, et de Mme P. Cooper (au nom de la *Satellite Industry Association* des Etats-Unis d'Amérique), de M. S. Gibson (Ciel Satellite), M. W.L. Lawrence (O3b Networks), M. C. Serna Alvear (QuetzSat), M. K. Singarajah (Avanti Communications) et M. W. Steenbakkers (ING), également au nom des communautés financières, commerciales et des assurances dans le domaine spatial,
- de M. R. Cowan (Aviareto Ltd),
- de M. S. Kozuka, qui a représenté le Gouvernement du Japon à la troisième session du Comité, ainsi que de M. P.B. Larsen, représentant en tant qu'observateur, de l'*International Institute of Space Law* à cette même session, et Mme L. Ravillon (Professeur de droit, Université de Bourgogne, et Doyen de la Faculté de droit de Dijon), à titre personnel.

Ces observations sont reproduites ci-après.

OBSERVATIONS ET PROPOSITIONS SOUMISES PAR DES GOUVERNEMENTS ET DES DELEGATIONS DE GOUVERNEMENTS

République populaire de Chine

1. *Article IV (5) (Application de la Convention aux ventes et à l'assurance pour le sauvetage)*

Conformément au droit des assurances en Chine, droit de subrogation désigne le droit de l'assureur qui a indemnisé l'assuré pour la perte, de prendre la position de l'assuré et d'agir contre la personne qui est responsable de la perte subie par l'assuré, dans la mesure couverte par l'indemnisation. Toutefois, le mot subrogation utilisé à l'article IV(5) de l'avant-projet révisé de Protocole semble revêtir un sens différent. Nous suggérons que le mot subrogation ici soit revu ou clairement défini.

2. *Article X(1) (Effets de la cession de droits)*

L'article X(1) dispose : "Une cession de droits effectuée conformément aux dispositions de l'article IX transfère au créancier les droits du débiteur faisant l'objet de la cession de droits pour autant que le permet la loi applicable". Conformément à l'article VIII de l'avant-projet révisé de Protocole, lorsque l'État contractant n'a pas fait de déclaration conformément à l'article XL(1), la "loi applicable" est la loi choisie par les parties dans le contrat. Si les parties choisissent la loi d'un pays tiers qui n'impose pas de restriction à la cession de certains droits, contrairement à la loi du pays du débiteur, la cession de droits ne peut pas non plus être réalisée. En conséquence, il est suggéré que ce paragraphe soit modifié ainsi :

" ... pour autant que le permet la loi applicable, et que ne soient pas violées les dispositions impératives de la loi du pays du débiteur".

3. *Article XVI (Obligation du débiteur en ce qui concerne les licences)*

Cette disposition ne peut pas fonctionner en pratique. Les licences en matière de satellites sont contrôlées de façon rigoureuse dans la plupart des pays. Le transfert des licences ou l'octroi d'une nouvelle licence échappent au contrôle du débiteur. En conséquence, il est recommandé de revoir le libellé de cette disposition.

4. *Article XXIII(2) (Assistance en cas d'insolvabilité)*

Etant donné que les lois nationales existantes dans la plupart des pays peuvent déjà contenir des principes concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière de faillite, il est suggéré que l'expression entre crochets "conformément à la loi de l'Etat contractant," soit conservée.

5. *Article XXVII bis (Limitations des mesures en cas d'inexécution des obligations en ce qui concerne le service public)*

(a) Le libellé actuel du paragraphe 1 reste vague. L'expression "intérêt vital" demande à être expliquée afin de prévenir des abus ou des ambiguïtés.

(b) Au paragraphe 1, on observe que l'État qui a le droit d'objecter à l'exercice des mesures en cas d'inexécution est visé comme "un Etat", au lieu de "un Etat contractant". Cela signifie-t-il que même lorsque ce pays n'est pas une partie contractante, il est soumis aux droits et obligations énoncées en vertu de cet article ? Cependant, il est bien entendu que le "Protocole" ne s'imposera pas aux parties non contractantes.

(c) En vertu du paragraphe 2, "... Le créancier peut exercer le droit de se substituer et assumer la responsabilité de la fourniture ou du fonctionnement du service en question" ; et en vertu du paragraphe 3, "si le créancier choisit de ne pas exercer ses droits en vertu du paragraphe précédent, l'Etat qui objecte à l'exercice des mesures en cas d'inexécution par le créancier en vertu du paragraphe 1 a la faculté de "

En premier lieu, cette disposition ne semble guère pouvoir fonctionner. On doute que, dans la pratique, le créancier puisse exercer le droit de substitution et assumer la responsabilité correspondante. Compte tenu du contrôle strict qui est exercé sur les licences en matière de satellites dans la plupart des pays, le consentement de l'État et de l'État qui délivre la licence pourrait difficilement être obtenu. Deuxièmement, une autre situation devrait être prévue au paragraphe 3 : si le créancier choisit d'exercer le droit en vertu du paragraphe 2, tandis que l'État concerné n'y consent pas, le paragraphe 3 devrait également s'appliquer. On suggère que le paragraphe 3 soit amendé pour inclure cette situation.

6. *Article XXXI(3) (Modifications additionnelles aux dispositions relatives au Registre)*

Selon la pratique, le délai de construction d'un satellite de communication GEO est en général de 30 mois, et par comparaison [un an] semble trop court. Nos suggérons que cette durée soit étendue ou modifiée pour se lire "dans le délai d'un an ou dans le délai convenu par les parties".

7. *Article XXXIV (Relations avec les traités relatifs à l'espace extra-atmosphérique de l'Organisation des Nations Unies et avec les instruments de l'Union internationale des télécommunications)*

Etant donné que le droit de l'espace extra atmosphérique est encore en cours de développement et que les principes des Nations Unies relatifs à l'espace extra atmosphérique et les résolutions de l'Assemblée Générale qui s'y rapportent jouent un rôle important dans le régime juridique de l'espace extra atmosphérique, et compte tenu également des différents statuts des accords internationaux se rapportant à l'espace extra atmosphérique, il est suggéré que cet article soit modifié pour se lire "... le Traité des Nations Unies sur l'espace extra-atmosphérique ou autres instruments pertinents".

République tchèque

Dans le cadre de sa compétence, le Ministère de la justice a analysé certaines dispositions, à savoir celles sur le choix de la loi, les mesures en cas d'inexécution des obligations, les dispositions relatives aux mesures provisoires, les mesures en cas d'insolvabilité, la compétence, les organisations régionales d'intégration économique et les déclarations pertinentes.

De façon générale, le Ministère de la justice est satisfait du texte des dispositions analysées. Toutefois, nous nous permettons de souligner que, à notre avis, les dispositions analysées de l'avant-projet révisé de Protocole sur les biens spatiaux devraient être conformes, autant que possible, aux dispositions pertinentes du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après le *Protocole aéronautique*) et du Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après le *Protocole ferroviaire*). Il faudrait rester proche des textes de ces Protocoles et de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après la *Convention du Cap*). Sauf lorsque cela est nécessaire en raison de spécificités du Protocole sur les biens spatiaux, les solutions originellement adoptées devraient être maintenues.

Le Ministère de la justice souhaite faire les observations particulières suivantes:

- en ce qui concerne la note à l'**article VIII** sur le choix de la loi applicable, qui suggère de réfléchir à l'extension éventuelle de la disposition afin de couvrir les cessions et les cessions successives des droits du débiteur, le Ministère de la justice peut être souple pour autant que ces dispositions soient conformes au règlement (CE) No. 593/2008 (Rome I). Ce règlement n'interdit pas le choix de la loi applicable en cas de cessions ou de cession successives. Nous souhaiterions disposer d'une proposition concrète de texte.
- en ce qui concerne l'**article XXI (5)** sur les dispositions relatives aux mesures provisoires, qui figure entre crochets, le Ministère de la justice est de l'avis que le texte devrait rester en l'état. Comme cela a été mentionné plus haut, cette disposition devrait correspondre autant que possible aux dispositions parallèles du Protocole aéronautique et du Protocole ferroviaire, et toute dérogation devrait être mûrement réfléchie.
- pour ce qui est de la déclaration concernant l'**article VIII** en vertu de l'**article XL**, qui prévoit une déclaration "*opt-out*" par opposition à la déclaration parallèle "*opt-in*" dans le Protocole aéronautique, le Ministère de la justice appuie cette solution car elle contribue à une plus large acceptation du principe de l'autonomie des parties.

Grèce

1. Le quatrième alinéa du préambule de devrait être rédigé ainsi : "*CONSCIENTS des principes établis du droit de l'espace renfermés dans les cinq traités des Nations Unies relatifs à l'espace extra-atmosphérique*"

car ce sont les seules sources de règles de droit positif de droit international portant sur les activités spatiales. En outre, il s'agit là de la référence officielle à ces instruments dans tous les documents officiels des Nations Unies (A.G. et Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique COPUOS).

Bien entendu, le problème que les cinq superpuissances leaders de l'espace ont eu avec les principes pionniers et révolutionnaires de l'Accord sur la Lune est bien connu. Mais au-delà de tout utilitarisme politique, étant donné que l'Accord est toujours en vigueur du moins entre ses parties contractantes, nous ne devrions pas ignorer le fait que, ses dispositions étant applicables depuis 26

ans déjà, elles ont également été transformées en règles, si ce n'est de *jus cogens* international (au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), au moins de droit coutumier, et donc elles s'imposent donc juridiquement aussi aux Etats non contractants, même si aucune activité n'a été accomplie sur la Lune au cours de ces dernières années.

2. La définition des termes "biens spatiaux" (puisque ce n'est qu'au pluriel – et non au singulier – que ce terme a le sens d'objet (*res*), moyens, biens ou valeurs détenus en propriété ou en possession etc.) demande à être remaniée sur le fond et le libellé (de façon notamment à la rendre moins descriptive), afin d'éviter toute incompatibilité avec des facteurs techniques déterminant l'intégrité structurelle et l'efficacité fonctionnelle d'un bien spatial, de même que des erreurs d'interprétation ou même son emploi inapproprié par les créanciers concernés. Il pourrait être préférable d'utiliser l'un des termes les plus répandus dans la nomenclature et la pratique internationale du droit de l'espace, tels que "objet spatial", "engin spatial" ou "véhicule spatial" mais je pense qu'il est maintenant trop tard pour procéder à un tel changement.

3. De même, il est souhaitable de réexaminer les dispositions du nouvel article XXVII *bis* (Limitations des mesures en cas d'inexécution des obligations en ce qui concerne le service public) afin de donner priorité aux intérêts de l'État par rapport à ceux des créanciers pour assurer la fourniture constante et ininterrompue ou le maintien du service public. En conséquence, ce sont les créanciers et non pas l'État (du registre ou de la licence) qui devraient procéder en premier lieu à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité de la fourniture du service public.

4. Finalement, il n'apparaît nulle part dans le texte de disposition expresse spécifique pertinente excluant les mesures en cas d'inexécution pour ce qui est de l'utilisation de la ressource naturelle qu'est l'orbite / la bande de fréquence radio (qui appartient à l'humanité en vertu du droit de l'espace) et la succession du créancier dans les droits de l'exploitant agréé sans le consentement explicite préalable et l'autorisation formelle de l'Etat de la licence.

Japon

Le Gouvernement du Japon saisit cette occasion pour féliciter le Comité de rédaction et le Secrétariat d'UNIDROIT pour leurs efforts de préparation de l'avant-projet de Protocole spatial (C.G.E./Space Pr./4/W.P. 3 rev). Nous soutenons l'idée de faciliter le financement sur les biens spatiaux et de promouvoir les opérations commerciales dans l'espace extra-atmosphérique dont on s'attend à ce qu'elles donnent accès aux avantages des activités spatiales à un public toujours plus large dans sa vie quotidienne. Nous sommes convaincus que l'avant-projet révisé de Protocole marque un pas important vers cet objectif.

L'une des questions encore en suspens est celle des limitations aux mesures en cas d'inexécution lorsque le bien spatial est utilisé pour un "service public". L'avant-projet révisé de Protocole contient pour le moment une disposition sur ces limitations à l'article XXVII bis, qui figure entièrement entre crochets.

Nous reconnaissons l'existence de l'intérêt public à ce que soit assuré le service public fourni par les biens spatiaux, le plus souvent par les satellites. Cependant, nous ne sommes pas sûrs que l'article XXVII bis proposé offre le meilleur moyen de servir l'intérêt public. Il faut rappeler que le financement des opérations financières sert en soi l'intérêt public, parce que si ce n'était pas le cas, il n'y aurait pas d'activités spatiales commerciales et le public n'aurait jamais accès aux services fournis par ces activités commerciales. C'est la raison pour laquelle tout mécanisme décourageant les financeurs de financer les biens spatiaux devrait être évité.

Des questions semblables se posent pour ce qui est d'opérations autres que le financement de biens spatiaux, comme le développe le Professeur Kozuka, dans la note jointe en Annexe I au

présent document. Cette note souligne qu'il n'est pas dans la pratique habituelle de soumettre les opérations de financement à la procédure dite d'intervention par le Gouvernement. La note indique que bien au contraire, le droit d'intervention réservé du Gouvernement aurait des effets dissuasifs sur les opérations de financement, ne serait-ce qu'au regard de la réglementation bancaire en matière de supervision (réglementation prudentielle). Nous craignons que l'article XXVII *bis* proposé ait pour effet d'affaiblir le résultat que les membres du comité de rédaction s'efforcent d'atteindre par ce Protocole, et puisse ainsi décourager le financement spatial. En même temps, nous pensons qu'il est trop tôt pour inclure cet article dans le Protocole à ce stade en raison du fait qu'il n'a pas suffisamment été débattu au sein de ce comité. En premier lieu, la définition de "service public" n'a pas fait l'objet d'une discussion approfondie autour de cette table, alors pourtant que l'article XXVII *bis* proposé puisse s'avérer un point fortement controversé lorsque ce Protocole entrera en vigueur. Le comité n'est parvenu à aucune conclusion concernant les critères du service public. Pour le moment, ce comité n'a aucune réponse certaine. En outre, lorsqu'il a introduit cet article, ce comité n'a pas évalué les effets positifs et négatifs sur le plan social en comparant les avantages des points de vue public et privé respectivement. Et également, la préoccupation de réserver un droit d'intervention du gouvernement pourrait être en tout ou en partie résolue par des régimes différents tels que ceux offerts par la législation nationale et chaque contrat.

En outre, la note souligne que la fourniture de services publics par des entités commerciales peut prendre différentes formes. L'introduction d'une réglementation inspirée des projets à financements privés pour l'appliquer à tout type d'opération serait à ce stade néfaste pour l'intérêt public, alors que la pratique du financement spatial n'a pas encore été établie du tout, et ne serait donc pas appropriée aussi pour cette raison.

Sur la base de ces considérations, nous proposons que l'article XXVII *bis* ne soit pas du tout inclus dans le Protocole.

Ainsi qu'on l'a dit plus haut, nous partageons la préoccupation de protéger le service public, notamment en cas d'insolvabilité de l'exploitant du satellite. La meilleure façon de résoudre ce problème, toutefois, serait de concevoir des dispositifs contractuels adaptés à chaque type d'opération. La communauté internationale de l'espace, y compris UNIDROIT qui est l'organisation internationale qui travaille sur le Protocole spatial, peut jouer un rôle important dans l'élaboration de bonnes pratiques relativement à de tels mécanismes contractuels. Le Gouvernement du Japon serait heureux de coopérer dans ce sens.

M. V. Kopal (au nom de la délégation de la République tchèque)

Remarques d'ordre général

La délégation de la République tchèque est sensible aux efforts du Comité de rédaction pour faciliter les travaux de la prochaine session du Comité et, ainsi, de permettre leur finalisation. En général, nous sommes favorables aux efforts du Comité de rédaction d'éclaircir certaines dispositions et d'exprimer leur sens à travers un langage plus concis (par exemple à l'article **XXIV** de l'avant-projet de Protocole). Ces efforts devraient se poursuivre pendant la phase finale des négociations et le Comité d'experts et le Comité de rédaction devraient éviter d'ajouter d'autres conditions, restrictions et autres détails dans des dispositions individuelles, à moins que cela ne soit vraiment nécessaire, et laisser le règlement de ces détails aux accords des parties concernées et à la loi applicable.

Observations sur certaines dispositions

Lors de la troisième session du Comité d'experts gouvernementaux, nous avons déjà appuyé le maintien de la définition de "espace" à l'**article I(2)(k)**. Nous sommes maintenant également d'accord avec la nouvelle rédaction de la définition de "bien spatial" à l'**article I(2)(l)**.

A la fin de l'**article I**, nous ne comprenons pas le sens de la note, en particulier à quels instruments faudrait-il faire référence pour être complet.

Nous ne comprenons pas non plus la note à la fin de l'**article IV**, car nous ne trouvons pas de note séparée relative aux paragraphes 2, 4 et 5.

Quant à la note à la fin de l'**article VIII**, il serait mieux en effet d'étendre cet article afin de couvrir les cessions et les cessions successives des droits du débiteur.

L'**article X(1)**, tel que maintenant réécrit, n'est pas très claire pour nous.

Nous estimons que la nouvelle version de l'**article XXVII** et le nouvel **article XXVII bis** constituent une grande amélioration qui crée une bonne base pour parvenir à un véritable consensus quant à la résolution de cette question lors de la quatrième session du Comité d'experts gouvernementaux.

Selon nous, le libellé actuel de l'**article XXXIV** qui traite des relations avec les traités relatifs à l'espace extra-atmosphérique de l'Organisation des Nations Unies et avec les instruments de l'Union internationale des télécommunications est satisfaisant. L'énumération des traités de l'ONU n'est pas nécessaire. Nous proposons par conséquent de supprimer les crochets autour de cet article.

En même temps, nous sommes d'accord avec la conclusion mentionnée au paragraphe 6(n) de la note explicative de l'ordre du jour de la quatrième session préparée par le Secrétariat d'UNIDROIT (C.G.E./Pr. spatial/4/W.P. 2), à savoir que **le concept de "juridiction et contrôle" utilisé dans le Traité sur l'espace extra-atmosphérique de 1967 et le concept de "compétence" employé dans la Convention** sont totalement différents.

A l'**article XXXVI(3)**, nous suggérons d'ajouter, après les mots "une organisation régionale d'intégration économique", les mots "ayant compétence sur certaines matières régies par le présent Protocole". Ensuite, la fin du projet de disposition ",lorsque le contexte requiert qu'il en soit ainsi" suivrait.

A l'**article XXXVII(1)(b)**, le Secrétariat entre crochets signifie-t-il le Secrétariat d'UNIDROIT?

**OBSERVATIONS ET PROPOSITIONS SOUMISES PAR DES REPRESENTANTS DES
COMMUNAUTÉS FINANCIÈRES, COMMERCIALES ET DES ASSURANCES
DANS LE DOMAINE SPATIAL**

Mme P. Cooper (au nom de la Satellite Industry Association des Etats-Unis d'Amérique)

Remarques générales

La *Satellite Industry Association (S.I.A.)*² souhaite réitérer ses sérieuses préoccupations à

² S.I.A. est une association commerciale basée aux Etats-Unis qui compte sur une large représentation dans le monde des intervenants leaders parmi les opérateurs de satellites, les fournisseurs de services, les constructeurs, les fournisseurs de services de lancement, et les fournisseurs d'équipement au sol. S.I.A.

l'égard du projet révisé de Protocole. À la troisième session du Comité, certaines délégations ont décidé d'accorder la plus haute priorité à l'achèvement du Protocole proposé. Ceci, en dépit des graves préoccupations exprimées à la session ³ par la S.I.A. et même de l'opposition de la part de nombreux représentants importants de l'industrie des satellites.

Comme cela a été reconnu à la troisième session du comité, le soutien de secteur commercial est essentiel pour la mise au point de tout protocole. Compte tenu des objections de l'industrie, le Unidroit a préparé une version révisée de l'avant-projet de Protocole qui vise à répondre aux préoccupations exprimées de différents horizons et à assurer un Protocole commercialement viable qui améliorera les opportunités d'accéder au financement basé sur un actif pour le matériel spatial.

Après avoir revu la projet de protocole, S.I.A. et ses membres sont d'avis que pratiquement toutes les préoccupations qui avaient été soulevées dans notre correspondance avec UNIDROIT restent sans réponse ⁴. Elle réitère l'opinion que l'avant-projet révisé de Protocole ne réalise pas les objectifs pour lesquels il a été conçu et, compte tenu de l'importance de ces questions, S.I.A. continue de penser qu'il porte plutôt obstacle au financement de satellites basé sur l'actif. En outre, la préoccupation essentielle reste que l'avant-projet révisé de Protocole imposera une stratification supplémentaire de droit non nécessaire, compliquée et vague, avec des règles larges et non précisément définies en matière de propriété, de garanties et des droits à titre du sauvetage sur les biens spatiaux.

Les questions suivantes sont celles qui posent le plus de problèmes à la S.I.A.

1. Le champ d'application du projet révisé de Protocole avec la référence particulière aux "biens spatiaux";
2. Le rang des droits concurrents portant sur les composants dans le contexte de l'exercice des mesures en cas d'inexécution ;
3. L'exception de service public dans le contexte des mesures en cas d'inexécution ;
4. la question des droits au titre du sauvetage sur les biens spatiaux ;
5. Les critères d'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription ; et
6. Les droits du débiteur et la cession des droits du débiteur.

Nos préoccupations concernant ces différents points sont exposées dans le détail ci-dessous.

Compte tenu des préoccupations non résolues qui subsistent, S.I.A. a conclu que l'avant-projet révisé de Protocole ne répond pas de façon adéquate aux préoccupations soulevées par l'industrie des satellites. Les révisions intervenues dans le texte reflètent une tendance à suivre davantage les exigences et les soucis des Gouvernements que ceux de la communauté financière et des satellites qui est la principale concernée par le Protocole proposé. La seule justification que peut avoir un

exprime la voix unifiée de l'industrie des Etats-Unis des satellites sur les questions politiques, réglementaires et législatives affectant les affaires impliquant les satellites. Les membres exécutifs de S.I.A. comptent notamment Artel, Inc.; The Boeing Company; CapRock Government Solutions; The DIRECTV Group; Hughes Network Systems, LLC; DBSD North America, Inc.; Echostar Satellite Services, LLC; Integral Systems, Inc.; Intelsat, Ltd.; Iridium Satellite, LLC; Lockheed Martin Corporation.; Loral Space & Communications, Inc.; Northrop Grumman Corporation; Rockwell Collins Government Systems; SES World Skies, Inc.; SkyTerra Communications, Inc; and TerreStar Networks, Inc. SIA Associate Members include: Arqiva Satellite and Media; ATK Inc.; Cobham SATCOM Land Systems; Comtech EF Data Corp.; DRS Technologies, Inc.; EchoStar Satellite, LLC; EMC, Inc.; Eutelsat, Inc.; Globecom Systems, Inc.; Glowlink Communications Technology, Inc.; iDirect Government Technologies; Inmarsat, Inc.; Marshall Communications Corporation.; Panasonic Avionics Corporation; SatGE, Inc.; Spacecom, Ltd.; Spacenet Inc.; Stratos Global Corporation; Telesat Canada; Trace Systems, Inc.; and ViaSat, Inc. Additional information about S.I.A. can be found at <http://www.sia.org>.

³ AON, Asia-Pacific Satellite Communications Council, Barclays Capital, Ciel Satellite Group, elseco limited, European Satellite Operators Association, Eutelsat, ING, Intelsat, ManSat, Marsh, O3B Networks, Satellite Industry Association, SES, Telesat, QuetzSat

⁴ Voir l'Annexe au présent document.

instrument juridique tel que le Protocole proposé, est de faciliter les besoins fondamentaux d'accès au capital des communautés commerciales et financières de l'espace, à défaut de quoi sa capacité de soutenir l'industrie des satellites serait nécessairement compromise. Or nous pensons que l'avant-projet révisé de Protocole ne satisfait pas cet objectif et, de fait, pourrait produire une confusion, ajouter davantage de procédures administratives et décourager l'investissement.

Compte tenu des considérations qui précèdent et des préoccupations que nous continuons de nourrir, S.I.A. ne pense pas qu'il existe un besoin d'un nouvel instrument de droit supranational traitant de questions de droits de propriété et de garanties portant sur certains biens spatiaux. De nombreux régimes juridiques existants traitent déjà de façon satisfaisante la constitution des sûretés sur les biens spatiaux, tandis que les financements de satellite qui ne sont pas basés sur l'actif sont restés sans suite, ou ont été excessivement compliqué en raison des obstacles existant pour la constitution et l'exécution des garanties. Nous ne voyons aucune nécessité d'adopter ce Protocole et nous continuons donc à y être contraires.

S.I.A. et ses membres lancent un appel pour que les travaux d'élaboration du projet de Protocole soient interrompus, compte tenu des objections vigoureuses de l'industrie des satellites et des effets potentiellement délétères qu'un Protocole produirait sur ce secteur dans le monde entier.

Présentation des motifs spécifiques de préoccupation concernant l'avant-projet révisé de Protocole

1. Le champ d'application du projet révisé de Protocole avec la référence particulière aux "biens spatiaux"

La définition proposée antérieurement de "biens spatiaux" consistait en une énumération des biens à considérer comme biens spatiaux, ainsi, "satellite", "plate-forme", "transpondeur", "charge utile", etc. (article I(2)(k) de la version 2009 de l'avant-projet de Protocole). La préoccupation de S.I.A. – fondée sur son expérience – à l'égard de cette approche, était qu'il est très difficile, voire impossible, d'obtenir des définitions universellement acceptées de ces termes dans l'industrie.

Les milieux professionnels se sont déjà fait l'écho des préoccupations de S.I.A. à l'égard du critère utilisé pour qualifier les "biens spatiaux", pour ce qui est des composants qui ne peuvent pas faire l'objet, de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle. L'S.I.A. pense qu'il peut y avoir des composants de grande valeur qui ne répondent pas à ce critère, des composants qui pourraient intéresser des créanciers et qui, en raison de la définition de "biens spatiaux" ne seraient pas régis par le Protocole proposé.

L'avant-projet révisé de Protocole adopte une approche différente en définissant le bien spatial comme "tout bien fait par l'homme susceptible d'individualisation [, à condition qu'il puisse faire l'objet de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle,] qui se trouve dans l'espace ou qu'il est prévu de lancer dans l'espace sans qu'il perde son identité distincte, tel qu'un satellite, une station spatiale, une plate-forme, un transpondeur, un module, un véhicule spatial, un véhicule de lancement ou une capsule spatiale [, y compris tout bien en cours de fabrication ou d'assemblage,] avec tous autres accessoires, pièces et équipements qui y sont posés, intégrés ou fixés, ainsi que tous les manuels, les données et les registres relatifs à sa propriété, à son utilisation ou à son contrôle". Bien que le principe de la définition par énumération ait été abandonné, le critère qu'il puisse faire l'objet "de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle" reste présent, même s'il apparaît pour le moment entre crochets. Une note en bas de page à l'avant-projet révisé de Protocole explique que les crochets n'indiquent pas un désaccord quant au besoin d'un libellé de ce type, mais qu'il serait souhaitable de trouver une rédaction plus appropriée. Ainsi, la préoccupation que nous avons précédemment soulevée concernant les conséquences d'une telle limitation du champ d'application du Protocole proposé reste entière.

D'autres motifs de préoccupation que nous avons exprimés concernant la définition de "bien spatial" restent sans réponse, par exemple en ce qui concerne la catégorie d'objets "qu'il est prévu de lancer dans l'espace [...], [, y compris tout bien en cours de fabrication ou d'assemblage,]", qui à notre avis pose la question de savoir comment le régime de l'avant-projet révisé de Protocole pourra s'articuler avec le régime du droit national applicable au financement garanti, car il est probable qu'un créancier titulaire d'un droit sur le bien aurait intérêt à enregistrer un avis de financement en vertu du droit interne, notamment compte tenu du risque (et de la probabilité) que le bien ne soit pas lancé dans le délai prévu (à savoir un an avant l'éventuelle mainlevée de l'inscription) de sorte que le créancier devrait radier son droit en vertu du Protocole proposé, perdant ainsi son rang vis-à-vis d'autres créanciers titulaires de droits concurrents sur le même bien. On peut profondément mettre en doute que les créanciers aient un quelconque avantage à ce que le régime du Protocole s'ajoute à celui des régimes internes correspondants applicables aux biens localisés sur le sol, alors qu'il sera fort probablement vu comme source possible de confusion et de désavantages.

2. Rang des droits concurrents portant sur les composants dans le contexte de l'exercice des mesures en cas d'inexécution

Les préoccupations du secteur ont été présentées pour la première fois lors d'une réunion d'UNIDROIT à Berlin en 2008. A cette réunion, nous avons proposé une disposition selon laquelle les créanciers ne pourraient exercer de mesures en cas d'inexécution concernant un bien spatial qu'à la condition qu'un tel exercice ne porte pas atteinte aux droits de propriété sur un composant indépendant qui est physiquement ou fonctionnellement lié au bien spatial. Cette approche garantit effectivement l'absence de tout trouble de jouissance ou la jouissance paisible de leurs droits par les propriétaires ou les créanciers des composants, et peut de ce fait affecter la capacité des propriétaires du bien principal d'accéder au financement garanti.

Il nous semble comprendre qu'une disposition portant sur la mise en œuvre des mesures à l'égard d'un bien spatial qui est fonctionnellement lié à un autre bien spatial sur lequel un autre créancier détient un droit, est encore à l'examen. Il nous paraît cependant peu probable qu'une quelconque disposition alternative pourrait répondre de façon satisfaisante à notre préoccupation que le financement de composants des satellites, tels que des transpondeurs, des charges utiles et d'autres biens spatiaux, soit pleinement reconnu. Par conséquent, le secteur conserve ses préoccupations initiales.

Cependant nous sommes également contraires à une approche qui garantirait effectivement l'absence de trouble de jouissance ou des droits à la jouissance paisible aux créanciers des composants, ce qui risquerait de porter atteinte à la capacité des propriétaires du bien principal d'accéder au financement garanti. Les relations avec les créanciers et des créanciers entre eux sont habituellement résolues dans le cadre de négociations au cas par cas. Notre proposition était alors, et reste encore de permettre aux créanciers de régler les droits qui se trouveraient en conflit sur les biens et les composants financés séparément, par le biais d'accords entre créanciers.

3. Exception de service public dans le contexte des mesures en cas d'inexécution

L'un des principaux motifs de préoccupation, les limitations à l'exercice des mesures des créanciers s'agissant de biens spatiaux qui exécutent un service public, reste au premier plan dans l'avant-projet révisé de Protocole. Malgré le but déclaré d'UNIDROIT d'établir un équilibre entre l'intérêt des Gouvernements à assurer la fourniture des services de télécommunications d'intérêt général et les droits des créanciers à obtenir paiement, la proposition actuelle continue de soumettre l'exercice des mesures du créancier à l'exception de "service public", y compris lorsque seule une portion du bien spatial peut être considérée servir un but public. Cela est une source d'incertitude quant à la valeur économique de la sûreté prise par les créanciers sur les biens spatiaux et peut donc décourager le financement.

Le projet révisé de Protocole dispose à l'article XXVII bis qu'un État a le droit d'objecter à l'exercice de mesures en cas d'inexécution en ce qui concerne un bien spatial nécessaire pour fournir au faire fonctionner un service public qui revêt un intérêt vital pour cet État si l'exercice de ces mesures causerait l'interruption de la fourniture ou du fonctionnement de ce service. Un mécanisme est prévu permettant au créancier d'exercer un droit de substitution et d'assumer la responsabilité pour la fourniture ou le fonctionnement des services ou de nommer un organisme de substitution à cette fin, après avoir reçu de l'État notification de son objection à l'exercice des mesures par le créancier. Si le créancier n'exerce pas son droit de substitution, l'État qui objecte à l'exercice des mesures par le créancier a la faculté soit de remédier au manquement du débiteur en versant au créancier "toutes les sommes restantes pour la totalité de la période d'inexécution" soit de prendre ou obtenir la possession, l'utilisation ou le contrôle du bien spatial et prendre à sa charge les obligations du débiteur en se substituant à celui-ci pour fournir un service public dans l'État concerné.

La disposition proposée prévoit qu'un État dispose de 90 jours pour exercer ces droits après avoir objecté à l'exercice des mesures par le créancier. Un Etat peut invoquer son droit d'objecter à l'exercice des mesures à la condition d'avoir enregistré dans le Registre international un avis indiquant que le bien spatial est utilisé pour fournir un service public dans l'intérêt vital de cet État, avant l'inscription d'une garantie internationale sur ce bien spatial par un créancier [ou à condition d'avoir enregistré cet avis dans les six mois à compter du lancement du bien spatial, même si cet enregistrement est effectué après l'inscription d'une garantie internationale par le créancier].

En conséquence, les préoccupations qu'S.I.A a précédemment exprimées concernant les limitations portées aux mesures à raison du service public subsistent et se trouvent même accentuées. Ces préoccupations sont les suivantes :

(a) le terme "service public" n'est pas défini par l'avant-projet révisé de Protocole et, dans la proposition actuelle, il pourrait faire l'objet de différentes interprétations des divers Etats contractants, ajoutant ainsi un niveau supplémentaire d'incertitude pour ce qui est des conditions posées à la mise en œuvre des mesures en cas d'inexécution par les créanciers ;

(b) la plupart des pays imposent certaines conditions ou contraintes aux fournisseurs de services de communication pour les cas d'urgence, de sécurité nationale ou pour les communications s'y rapportant. Ajouter un niveau supplémentaire insuffisamment défini de limitations au niveau international créera la confusion et un manque d'uniformité;

(c) les satellites peuvent offrir des communications de "service public" à des degrés divers et variés d'une façon qu'il serait difficile ou impossible pour un créancier de prévoir ou contrôler. L'utilisation d'un seul transpondeur pour des services occasionnels dans une situation d'urgence, la couverture d'informations ou d'événements importants en direct pourrait mener à qualifier l'ensemble du satellite comme fournissant un "service public" ;

(d) la disposition qui permet à un État de s'opposer à l'exercice de mesures en cas d'inexécution qui conduiraient à l'interruption d'un service public fourni par le bien spatial, est de plus formulée de façon extrêmement restrictive en ce qui concerne les mesures en cas d'inexécution ;

(e) la possibilité pour le créancier d'exercer un droit de substitution dans le cas de manquement du débiteur qui fournit le service public, y compris en nommant un organisme de substitution à cette fin, pourrait ne pas être réalisable pour certains créanciers, car elle impliquerait de prendre en charge l'exploitation du bien spatial, et exigerait d'assumer des droits et des obligations coûteuses et potentiellement de long terme d'ordre juridique, réglementaire, technique, commercial et financier, comportant dans tous les cas des responsabilités liées à une telle exploitation ;

(f) étant donné que les services satellitaires sont par nature internationaux et fournissent des services à différents pays, les États desservis pourraient avoir des droits et des interprétations divergentes du concept de service public, ce qui mènerait à des conditions potentiellement divergentes et contradictoires. Cela serait le cas même si l'on supposait que les licences et les

autorisations pour exploiter le satellite pouvaient être obtenues par un organisme de substitution dans chaque État concerné ;

(g) pour pouvoir enregistrer son droit d'objecter, un Etat n'est soumis à aucune condition autre que celle de déterminer lui-même que le bien est utilisé pour fournir un service public dans l'intérêt vital de cet État;

(h) permettre un droit de substitution en faveur de l'État contractant en cas de manquement du débiteur qui fournit le service public semble être une "porte ouverte" à une sorte d'appropriation, et de ce fait, pourrait décourager des créanciers potentiels spécialement en cas de doute quant à savoir si l'indemnisation à verser par l'État pour une telle appropriation (le cas échéant) serait "équitable", et versée en temps utile ;

(i) ainsi que l'ont relevé les rédacteurs eux-mêmes, il faudrait examiner les implications pratiques de la question de savoir comment un Etat pourrait exercer un droit de substitution à l'égard d'un exploitant agréé dans un pays étranger ou opérant avec un matériel loué dans un pays tiers; et

(j) le droit d'un Etat d'enregistrer un avis dans le Registre international qui affectera non seulement les droits des créanciers qui enregistrent leurs droits après cet avis mais également les droits des créanciers qui ont déjà enregistré leurs droits au moment d'un tel avis, ajoute un niveau d'incertitude quant au régime applicable qui sera probablement inacceptable pour la plupart des créanciers, et par conséquent est susceptible de décourager le financement aux catégories d'entités qu'UNIDROIT vise à soutenir.

S.I.A. réitère son opinion précédemment exprimée que toute disposition faisant référence à une limitation des mesures des créanciers basée sur un concept de "service public" aussi large et mal défini porterait gravement atteinte au niveau de prévisibilité nécessaire pour attirer le financement basé sur un actif. S.I.A. réitère encore une fois qu'une telle disposition n'est pas nécessaire compte tenu des réglementations nationales existantes et découragera, au lieu de le faciliter, le financement de satellites. Il ne devrait pas y avoir d'exception de service public.

4. Question des droits au titre du sauvetage sur les biens spatiaux

Certains assureurs ont demandé et obtenu la révision de l'avant-projet de Protocole afin que soient protégés leurs droits au titre du sauvetage en vertu des polices d'assurance pour le lancement et la mise en orbite qui couvrent les risques de perte ou les dommages causés au satellite. L'avant-projet révisé de Protocole crée à l'article IV(5) un droit de subrogation dans les droits du créancier qui a obtenu indemnisation. La disposition précise en outre que les assureurs ont un droit de subrogation dans les droits accessoires et la garantie internationale correspondante ainsi que dans les droits du débiteur enregistrés sur le bien spatial, à hauteur du droit de l'assureur au titre du sauvetage. Ce droit de subrogation est destiné à s'ajouter et non pas à remplacer tout droit de subrogation dont l'assureur pourrait disposer en vertu du droit national ou de la police d'assurance. En outre, c'est un principe fondamental du droit des assurances qu'un assureur ne peut pas être subrogé à l'encontre de ses assurés, et par conséquent il est problématique de permettre indirectement une telle subrogation à l'encontre des actifs de l'assuré.

La préoccupation qu' S.I.A. a précédemment exprimée demeure. À notre avis, les droits au titre du sauvetage en faveur des assureurs risquent de créer des conflits de priorités inacceptables pour des créanciers titulaires de droits sur le bien spatial (et qui n'ont pas obtenu indemnisation au moment où intervient la subrogation) qui portent atteinte à la clarté que les institutions financières attendent. En outre, lorsqu'il y a plus d'un assureur (comme c'est toujours le cas) ou qu'il y a plus d'un créancier (par exemple des créanciers des droits du débiteur ainsi que d'autres garanties internationales), les priorités et droits respectifs de l'ensemble des créanciers seront très difficiles à définir et à réconcilier.

La reconnaissance des droits des assureurs au titre du sauvetage est sans aucune utilité pour faciliter le financement de satellites et créerait un droit sans précédent actuellement absent du financement aéronautique ou ferroviaire, où les droits de sauvetage sont et doivent être soumis et subordonnés aux droits des créanciers garantis. Imposer aux opérateurs de satellites la nécessité de régler les droits des assureurs à l'égard des institutions financières comme condition à l'octroi de l'assurance pour le lancement et la mise en orbite aura pour effet de retarder ou de mettre en danger l'octroi de l'assurance et contraindra probablement les prêteurs, les autres créanciers et les assureurs à conclure des arrangements entre créanciers (impliquant de nombreuses parties qui changeront probablement au cours du temps).

S.I.A. reste convaincu que la création et la consécration des droits des assureurs au titre du sauvetage produiront des obstacles importants au financement des satellites et un manque de clarté concernant les droits respectifs des créanciers.

5. Critères d'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription

La Convention exige qu'un bien spatial soit individualisé pour que soit constituée et inscrite une garantie internationale. La question de savoir comment identifier et définir un bien spatial a suscité amples discussion et confusion. L'incertitude en ce qui concerne les critères d'identification applicables demeure dans l'avant-projet révisé de Protocole.

L'article XXX de l'avant-projet révisé de Protocole distingue, pour ce qui est de l'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription, les biens spatiaux qui n'ont pas été lancés et les biens spatiaux qui ont été lancés. Pour les premiers, l'article XXX(1) dispose qu' "une description du bien spatial qui comporte le nom du constructeur, le numéro de série assigné par le constructeur et la désignation du modèle et satisfait à toute autre condition éventuelle prescrite par le règlement, est nécessaire et suffit à identifier le bien spatial aux fins de l'inscription dans le Registre international". Pour les deuxièmes, l'article XXX(2) dispose qu' "une description du bien spatial qui comporte la date et l'heure de son lancement, son site de lancement, le nom du fournisseur du service de lancement et [...], et satisfait à toute autre condition éventuelle prescrite par le règlement, est nécessaire et suffit à identifier le bien spatial aux fins de l'inscription dans le Registre international".

De nombreux critères d'identification parmi ceux énumérés sont sans aucune pertinence pour ce qui est de la certitude de l'identification, aussi bien avant qu'après le lancement. En outre, la préoccupation qu'S.I.A a déjà exprimée pour ce qui est de la condition de satisfaire "toute autre condition éventuelle prescrite par le règlement" amoindra encore davantage le niveau de certitude attendue des créanciers en ce qui concerne l'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription.

6. Droits du débiteur et cession des droits du débiteur

L'avant-projet révisé de Protocole établit le principe que les cessions au créancier des droits du débiteur et des droits connexes sont soumis à l'inscription comme des garanties internationales. L'article I(2)(b) définit les "droits du débiteur" comme "tous les droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution dus ou qui seront dus à un débiteur par toute personne en ce qui concerne un bien spatial". L'article I(2)(i) définit une "cession de droits" comme "un contrat par lequel le débiteur confère au créancier un droit (y compris un droit de propriété) sur la totalité ou une partie des droits du débiteur existants ou futurs afin de garantir l'exécution, ou à titre de règlement partiel ou total, de toute obligation existante ou future du débiteur à l'égard du créancier qui, en vertu du contrat qui crée ou prévoit la garantie internationale, est garantie par le bien spatial auquel le contrat se rapporte, ou connexe à celui-ci";

L'avant-projet révisé de Protocole dispose à l'article IV(2) que les dispositions du Protocole applicables aux cessions de droits s'appliquent également à une cession à l'acheteur d'un bien spatial

de droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution dus ou qui seront dus au vendeur par toute personne en ce qui concerne le bien spatial comme si les références au débiteur et au créancier étaient des références au vendeur et à l'acheteur respectivement. On notera également que, conformément à l'article IV(4), un droit sur un bien spatial acquis par l'assureur du satellite au titre du sauvetage est réputé avoir été acquis en vertu d'une vente. La question de la priorité entre un cessionnaire de droits du débiteur en vertu d'une cession de droits et un cessionnaire en vertu d'une cession de droits dérivant du bien spatial mais non liés à une garantie internationale est encore à l'examen.

Pratiquement tous les motifs de préoccupation qu'S.I.A. avait précédemment soulevés restent sans réponse. La portée du concept de droits du débiteur n'est toujours pas tout à fait claire. La référence à "tous" dans la définition ("droits du débiteur" désigne *tous* les droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution dus ou qui seront dus à un débiteur par toute personne en ce qui concerne un bien spatial") par exemple, implique que la cession d'une partie des droits seulement ne serait pas reconnue. En outre, les droits relatifs à un bien spatial ne concernent pas seulement le débiteur, mais éventuellement d'autres parties concernées. Les dispositions de l'article IV(2) pose la question, et risque de créer une confusion, sur le point de savoir si l'avant-projet révisé de Protocole est destiné à s'appliquer à une vente des droits du débiteur et comment une telle vente pourrait être affectée lorsqu'une garantie internationale a été constituée sur le bien spatial sous-jacent.

L'ajout de l'article IV(4) pose des questions en ce qui concerne les droits nouvellement créés des assureurs comme "acheteurs" en vertu de l'avant-projet révisé de Protocole, et comment ces droits affectent les droits d'autres acheteurs qui ne sont pas des créanciers, ainsi que les droits des débiteurs à l'égard des vendeurs de biens spatiaux. La possibilité donnée aux assureurs de bénéficier de ces droits, et peut-être aux cessionnaires en vertu d'accords qui ne seraient pas liés à la garantie internationale, crée une perspective de confusion et d'ambiguïté pour ce qui est des droits des créanciers qui sont ou seront titulaires d'une garantie internationale sur le bien sous-jacent.

Il n'est pas clair non plus dans la définition de "cession de droits" ce qui est visé par obligation "connexe" au bien spatial. Cela peut être une source de préoccupation particulière lorsque, par exemple, des contrats de capacité portent sur des transpondeurs et des charges utiles séparés mais non sur le satellite lui-même sur lequel une garantie internationale peut avoir été précédemment constituée.

S'il est bien entendu que le Registre international est basé sur l'actif et de ce fait que les droits du débiteur doivent provenir du bien spatial sous-jacent, il peut y avoir des cas où les droits du débiteur pourraient être destinés à assurer le financement d'une partie pouvant être spécifiquement identifiée de la garantie internationale à laquelle ils étaient initialement liés. Cela peut limiter la flexibilité des opérations de financement de satellites qui sont actuellement disponibles pour les débiteurs futurs.

S.I.A. observe que conformément à l'article IV(1) et (3), le propriétaire d'un satellite pourrait devoir inscrire dans le Registre international la vente par laquelle il obtient son droit sur le satellite, même si la vente ne fait pas partie d'un financement. L'exigence posée à tout propriétaire de satellite d'inscrire son droit afin de protéger sa propriété au niveau international constitue une charge administrative inutile, dont les conséquences peuvent être très graves si elle n'est pas respectée.

On comprend que la décision ait été prise d'éliminer les droits connexes (essentiellement les licences) du champ d'application du Protocole proposé. Cependant, l'article XVI de l'avant-projet révisé de Protocole n'a pas été modifié, malgré les préoccupations que nous avons exprimées, et continue d'imposer au débiteur une obligation onéreuse et large de prendre toutes les mesures en son pouvoir pour assurer le transfert de sa licence au créancier ou la résiliation de sa licence et l'octroi d'une nouvelle licence au créancier, et de coopérer pleinement avec le créancier à cet effet.

Nous restons d'avis qu'il est essentiel de réexaminer l'obligation imposée aux titulaires de la licence d'assurer le transfert ou la résiliation et l'octroi d'une nouvelle licence. Une telle disposition produirait des effets non recherchés très lourds pour les opérateurs de satellite.

Mme N. Eskenazi (SES), M. S. Gibson (Ciel Satellite), M. K. Gude (Intelsat), M. C. Serna Alvear (QuetzSat), M. K. Singarajah (Avanti Communications), M. W. Steenbakkers (ING) et M. C. Stott (ManSat)

En notre qualité de représentants de l'industrie des satellites, nous avons plusieurs motifs d'inquiétude à l'égard de l'avant-projet révisé de Protocole. Bien qu'il ait été reconnu que le soutien de l'industrie est essentiel pour le développement du Protocole proposé et malgré les sérieuses préoccupations exprimées et même l'opposition de la part de nombreux représentants de l'industrie des satellites, et la demande de plusieurs représentants gouvernementaux de différer tous travaux futurs d'élaboration du texte dans l'attente de la réalisation d'une étude économique portant sur les avantages qu'il devrait procurer, plusieurs délégations ont décidé lors de la réunion d'UNIDROIT à Rome que l'achèvement de l'avant-projet révisé de Protocole devait recevoir la plus grande priorité. En conséquence, une version révisée de l'avant-projet de Protocole a été préparée par UNIDROIT qui vise à répondre aux préoccupations exprimées de différents horizons et à assurer un Protocole commercialement viable qui améliorera les opportunités d'accéder au financement basé sur un actif pour le matériel spatial.

Après avoir revu le texte révisé proposé, nous sommes d'avis que la plupart des préoccupations que nous avons soulevées dans notre correspondance avec UNIDROIT restent sans réponse. Nous réitérons l'opinion que l'avant-projet révisé de Protocole ne réalise pas les objectifs pour lesquels il a été conçu et, compte tenu de l'importance de ces questions, nous continuons de penser qu'il porte plutôt obstacle au financement de satellites basé sur l'actif. En outre, la préoccupation essentielle reste que l'avant-projet révisé de Protocole imposera une stratification supplémentaire de droit non nécessaire, compliquée et vague, avec des règles larges et non précisément définies en matière de propriété, de garanties et des droits à titre du sauvetage sur les biens spatiaux.

Les questions suivantes sont celles qui nous posent le plus de problèmes.

1. Le champ d'application du projet révisé de Protocole avec la référence particulière aux "biens spatiaux";
 2. Le rang des droits concurrents portant sur les composants dans le contexte de l'exercice des mesures en cas d'inexécution ;
 3. L'exception de service public dans le contexte des mesures en cas d'inexécution ;
 4. la question des droits au titre du sauvetage sur les biens spatiaux ;
 5. Les critères d'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription ; et
 6. Les droits du débiteur et la cession des droits du débiteur.
-
1. Le champ d'application du projet révisé de Protocole avec la référence particulière aux "biens spatiaux"

La définition proposée antérieurement de "biens spatiaux" consistait en une énumération des biens à considérer comme biens spatiaux, ainsi, "satellite", "plate-forme", "transpondeur", "charge utile", etc. (article 1(2)(k) de la version 2009 de l'avant-projet de Protocole). Notre préoccupation – fondée sur notre expérience – à l'égard de cette approche, était qu'il est très difficile, voire impossible, d'obtenir des définitions universellement acceptées de ces termes dans l'industrie.

Nous avons également marqué nos préoccupations à l'égard du critère utilisé pour qualifier les "biens spatiaux", pour ce qui est des composants qui ne peuvent pas faire l'objet, de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle. Nous pensons qu'il peut y

avoir des composants de grande valeur qui ne répondent pas à ce critère, des composants qui pourraient intéresser des créanciers et qui, en raison de la définition de "biens spatiaux" ne seraient pas régis par le Protocole proposé.

L'avant-projet révisé de Protocole adopte une approche différente en définissant le bien spatial comme "tout bien fait par l'homme susceptible d'individualisation [, à condition qu'il puisse faire l'objet de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle,] qui se trouve dans l'espace ou qu'il est prévu de lancer dans l'espace sans qu'il perde son identité distincte, tel qu'un satellite, une station spatiale, une plate-forme, un transpondeur, un module, un véhicule spatial, un véhicule de lancement ou une capsule spatiale [, y compris tout bien en cours de fabrication ou d'assemblage,] avec tous autres accessoires, pièces et équipements qui y sont posés, intégrés ou fixés, ainsi que tous les manuels, les données et les registres relatifs à sa propriété, à son utilisation ou à son contrôle". Bien que le principe de la définition par énumération ait été abandonné, le critère qu'il puisse faire l'objet "de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle" reste présent, même s'il apparaît pour le moment entre crochets. Une note en bas de page à l'avant-projet révisé de Protocole explique que les crochets n'indiquent pas un désaccord quant au besoin d'un libellé de ce type, mais qu'il serait souhaitable de trouver une rédaction plus appropriée. Ainsi, la préoccupation que nous avons précédemment soulevée concernant les conséquences d'une telle limitation du champ d'application du Protocole proposé reste entière.

D'autres motifs de préoccupation que nous avons exprimés concernant la définition de "bien spatial" restent sans réponse, par exemple en ce qui concerne la catégorie d'objets "qu'il est prévu de lancer dans l'espace [...], [, y compris tout bien en cours de fabrication ou d'assemblage,]", qui à notre avis pose la question de savoir comment le régime de l'avant-projet révisé de Protocole pourra s'articuler avec le régime du droit national applicable au financement garanti, car il est probable qu'un créancier titulaire d'un droit sur le bien aurait intérêt à enregistrer un avis de financement en vertu du droit interne, notamment compte tenu du risque (et de la probabilité) que le bien ne soit pas lancé dans le délai prévu (à savoir un an avant l'éventuelle mainlevée de l'inscription) de sorte que le créancier devrait radier son droit en vertu du Protocole proposé, perdant ainsi son rang vis-à-vis d'autres créanciers titulaires de droits concurrents sur le même bien. On peut profondément mettre en doute que les créanciers aient un quelconque avantage à ce que le régime du Protocole s'ajoute à celui des régimes internes correspondants applicables aux biens localisés sur le sol, alors qu'il sera fort probablement vu comme source possible de confusion et de désavantages.

2. Rang des droits concurrents portant sur les composants dans le contexte de l'exercice des mesures en cas d'inexécution

Nos préoccupations ont été présentées pour la première fois lors d'une réunion d'UNIDROIT à Berlin en 2008. A cette réunion, nous avons proposé une disposition selon laquelle les créanciers ne pourraient exercer de mesures en cas d'inexécution concernant un bien spatial qu'à la condition qu'un tel exercice ne porte pas atteinte aux droits de propriété sur un composant indépendant qui est physiquement ou fonctionnellement lié au bien spatial. Cette approche garantit effectivement l'absence de tout trouble de jouissance ou la jouissance paisible de leurs droits par les propriétaires ou les créanciers des composants, et peut de ce fait affecter la capacité des propriétaires du bien principal d'accéder au financement garanti.

Il nous semble comprendre qu'une disposition portant sur la mise en œuvre des mesures à l'égard d'un bien spatial qui est fonctionnellement lié à un autre bien spatial sur lequel un autre créancier détient un droit, est encore à l'examen et en cours d'élaboration. Il nous paraît cependant peu probable qu'une quelconque disposition alternative pourrait répondre de façon satisfaisante à notre préoccupation que le financement de composants des satellites, tels que des transpondeurs, des charges utiles et d'autres biens spatiaux, soit pleinement reconnu. Par conséquent nous conservons nos préoccupations initiales.

Cependant nous sommes également contraires à une approche qui garantirait effectivement l'absence de trouble de jouissance ou des droits à la jouissance paisible aux créanciers des composants, ce qui risquerait de porter atteinte à la capacité des propriétaires du bien principal d'accéder au financement garanti. Les relations avec les créanciers et des créanciers entre eux sont habituellement résolues dans le cadre de négociations au cas par cas. Notre proposition était alors, et reste encore de permettre aux créanciers de régler les droits qui se trouveraient en conflit sur les biens et les composants financés séparément, par le biais d'accords entre créanciers.

3. Exception de service public dans le contexte des mesures en cas d'inexécution

L'un des principaux motifs de préoccupation, les limitations à l'exercice des mesures des créanciers s'agissant de biens spatiaux qui exécutent un service public, reste au premier plan dans l'avant-projet révisé de Protocole. Malgré le but déclaré d'UNIDROIT d'établir un équilibre entre l'intérêt des Gouvernements à assurer la fourniture des services de télécommunications d'intérêt général et les droits des créanciers à obtenir paiement, la proposition actuelle continue de soumettre l'exercice des mesures du créancier à l'exception de "service public", y compris lorsque seule une portion du bien spatial peut être considérée servir un but public. Cela est une source d'incertitude quant à la valeur économique de la sûreté prise par les créanciers sur les biens spatiaux et peut donc décourager le financement.

Le projet révisé de Protocole dispose à l'article XXVII *bis* qu'un État a le droit d'objecter à l'exercice de mesures en cas d'inexécution en ce qui concerne un bien spatial nécessaire pour fournir au faire fonctionner un service public qui revêt un intérêt vital pour cet État si l'exercice de ces mesures causerait l'interruption de la fourniture ou du fonctionnement de ce service. Un mécanisme est prévu permettant au créancier d'exercer un droit de substitution et d'assumer la responsabilité pour la fourniture ou le fonctionnement des services ou de nommer un organisme de substitution à cette fin, après avoir reçu de l'État notification de son objection à l'exercice des mesures par le créancier. Si le créancier n'exerce pas son droit de substitution, l'État qui objecte à l'exercice des mesures par le créancier a la faculté soit de remédier au manquement du débiteur en versant au créancier "toutes les sommes restantes pour la totalité de la période d'inexécution" soit de prendre ou obtenir la possession, l'utilisation ou le contrôle du bien spatial et prendre à sa charge les obligations du débiteur en se substituant à celui-ci pour fournir un service public dans l'État concerné.

La disposition proposée prévoit qu'un État dispose de 90 jours pour exercer ces droits après avoir objecté à l'exercice des mesures par le créancier. Un Etat peut invoquer son droit d'objecter à l'exercice des mesures à la condition d'avoir enregistré dans le Registre international un avis indiquant que le bien spatial est utilisé pour fournir un service public dans l'intérêt vital de cet État, avant l'inscription d'une garantie internationale sur ce bien spatial par un créancier [ou à condition d'avoir enregistré cet avis dans les six mois à compter du lancement du bien spatial, même si cet enregistrement est effectué après l'inscription d'une garantie internationale par le créancier].

En conséquence, les préoccupations que nous avons précédemment exprimées concernant les limitations portées aux mesures à raison du service public subsistent et se trouvent même accentuées. Ces préoccupations sont les suivantes :

(a) le terme "service public" n'est pas défini par l'avant-projet révisé de Protocole et, dans la proposition actuelle, il pourrait faire l'objet de différentes interprétations des divers Etats contractants, ajoutant ainsi un niveau supplémentaire d'incertitude pour ce qui est des conditions posées à la mise en œuvre des mesures en cas d'inexécution par les créanciers ;

(b) la plupart des pays imposent certaines conditions ou contraintes aux fournisseurs de services de communication pour les cas d'urgence, de sécurité nationale ou pour les communications s'y rapportant. Ajouter un niveau supplémentaire insuffisamment défini de limitations au niveau international créera la confusion et un manque d'uniformité;

(c) les satellites peuvent offrir des communications de "service public" à des degrés divers et variés d'une façon qu'il serait difficile ou impossible pour un créancier de prévoir ou contrôler. L'utilisation d'un seul transpondeur pour des services occasionnels dans une situation d'urgence, la couverture d'informations ou d'événements importants en direct pourrait mener à qualifier l'ensemble du satellite comme fournissant un "service public" ;

(d) la disposition qui permet à un État de s'opposer à l'exercice de mesures en cas d'inexécution qui conduiraient à l'interruption d'un service public fourni par le bien spatial, est de plus formulée de façon extrêmement restrictive en ce qui concerne les mesures en cas d'inexécution ;

(e) la possibilité pour le créancier d'exercer un droit de substitution dans le cas de manquement du débiteur qui fournit le service public, y compris en nommant un organisme de substitution à cette fin, pourrait ne pas être réalisable pour certains créanciers, car elle impliquerait de prendre en charge l'exploitation du bien spatial, et exigerait d'assumer des droits et des obligations coûteuses et potentiellement de long terme d'ordre juridique, réglementaire, technique, commercial et financier, comportant dans tous les cas des responsabilités liées à une telle exploitation ;

(f) étant donné que les services satellitaires sont par nature internationaux et fournissent des services à différents pays, les États desservis pourraient avoir des droits et des interprétations divergentes du concept de service public, ce qui mènerait à des conditions potentiellement divergentes et contradictoires. Cela serait le cas même si l'on supposait que les licences et les autorisations pour exploiter le satellite pouvaient être obtenues par un organisme de substitution dans chaque État concerné ;

(g) pour pouvoir enregistrer son droit d'objecter, un État n'est soumis à aucune condition autre que celle de déterminer lui-même que le bien est utilisé pour fournir un service public dans l'intérêt vital de cet État ;

(h) permettre un droit de substitution en faveur de l'État contractant en cas de manquement du débiteur qui fournit le service public semble être une "porte ouverte" à une sorte d'appropriation, et de ce fait, pourrait décourager des créanciers potentiels spécialement en cas de doute quant à savoir si l'indemnisation à verser par l'État pour une telle appropriation (le cas échéant) serait "équitable", et versée en temps utile ;

(i) ainsi que l'ont relevé les rédacteurs eux-mêmes, il faudrait examiner les implications pratiques de la question de savoir comment un État pourrait exercer un droit de substitution à l'égard d'un exploitant agréé dans un pays étranger ou opérant avec un matériel loué dans un pays tiers ; et

(j) le droit d'un État d'enregistrer un avis dans le Registre international qui affectera non seulement les droits des créanciers qui enregistrent leurs droits après cet avis mais également les droits des créanciers qui ont déjà enregistré leurs droits au moment d'un tel avis, ajoute un niveau d'incertitude quant au régime applicable qui sera probablement inacceptable pour la plupart des créanciers, et par conséquent est susceptible de décourager le financement aux catégories d'entités qu'Unidroit vise à soutenir.

Nous réitérons notre opinion précédemment exprimée que toute disposition faisant référence à une limitation des mesures des créanciers basée sur un concept de "service public" aussi large et mal défini porterait gravement atteinte au niveau de prévisibilité nécessaire pour attirer le financement basé sur un actif. Nous réitérons encore une fois qu'une telle disposition n'est pas nécessaire compte tenu des réglementations nationales existantes et découragera, au lieu de le faciliter, le financement de satellites. Il ne devrait pas y avoir d'exception de service public.

4. Question des droits au titre du sauvetage sur les biens spatiaux

Certains assureurs ont demandé et obtenu la révision de l'avant-projet de Protocole afin que soient protégés leurs droits au titre du sauvetage en vertu des polices d'assurance pour le lancement

et la mise en orbite qui couvrent les risques de perte ou les dommages causés au satellite. L'avant-projet révisé de Protocole crée à l'article IV(5) un droit de subrogation dans les droits du créancier qui a obtenu indemnisation. La disposition précise en outre que les assureurs ont un droit de subrogation dans les droits accessoires et la garantie internationale correspondante ainsi que dans les droits du débiteur enregistrés sur le bien spatial, à hauteur du droit de l'assureur au titre du sauvetage. Ce droit de subrogation est destiné à s'ajouter et non pas à remplacer tout droit de subrogation dont l'assureur pourrait disposer en vertu du droit national ou de la police d'assurance. En outre, c'est un principe fondamental du droit des assurances qu'un assureur ne peut pas être subrogé à l'encontre de ses assurés, et par conséquent il est problématique de permettre indirectement une telle subrogation à l'encontre des actifs de l'assuré.

La préoccupation que nous avons précédemment exprimée demeure. À notre avis, les droits au titre du sauvetage en faveur des assureurs risquent de créer des conflits de priorités inacceptables pour des créanciers titulaires de droits sur le bien spatial (et qui n'ont pas obtenu indemnisation au moment où intervient la subrogation) qui portent atteinte à la clarté que les institutions financières attendent. En outre, lorsqu'il y a plus d'un assureur (comme c'est toujours le cas) ou qu'il y a plus d'un créancier (par exemple des créanciers des droits du débiteur ainsi que d'autres garanties internationales), les priorités et droits respectifs de l'ensemble des créanciers seront très difficiles à définir et à réconcilier.

La reconnaissance des droits des assureurs au titre du sauvetage est sans aucune utilité pour faciliter le financement de satellites et créerait un droit sans précédent actuellement absent du financement aéronautique ou ferroviaire, où les droits de sauvetage sont et doivent être soumis et subordonnés aux droits des créanciers garantis. Imposer aux opérateurs de satellites la nécessité de régler les droits des assureurs vis-à-vis des institutions financières comme condition à l'octroi de l'assurance pour le lancement et la mise en orbite aura pour effet de retarder ou de mettre en danger l'octroi de l'assurance et contraindra probablement les prêteurs, les autres créanciers et les assureurs à conclure des arrangements entre créanciers (impliquant de nombreuses parties qui changeront probablement au cours du temps).

Nous restons convaincus que la création et la consécration des droits des assureurs au titre du sauvetage produiront des obstacles importants au financement des satellites et un manque de clarté concernant les droits respectifs des créanciers.

5. Critères d'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription

La Convention exige qu'un bien spatial soit individualisé pour que soit constituée et inscrite une garantie internationale. La question de savoir comment identifier et définir un bien spatial a suscité amples discussions et confusion. L'incertitude en ce qui concerne les critères d'identification applicables demeure dans l'avant-projet révisé de Protocole.

L'article XXX de l'avant-projet révisé de Protocole distingue, pour ce qui est de l'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription, les biens spatiaux qui n'ont pas été lancés et les biens spatiaux qui ont été lancés. Pour les premiers, l'article XXX(1) dispose qu' "une description du bien spatial qui comporte le nom du constructeur, le numéro de série assigné par le constructeur et la désignation du modèle et satisfait à toute autre condition éventuelle prescrite par le règlement, est nécessaire et suffit à identifier le bien spatial aux fins de l'inscription dans le Registre international". Pour les deuxièmes, l'article XXX(2) dispose qu' "une description du bien spatial qui comporte la date et l'heure de son lancement, son site de lancement, le nom du fournisseur du service de lancement et [...], et satisfait à toute autre condition éventuelle prescrite par le règlement, est nécessaire et suffit à identifier le bien spatial aux fins de l'inscription dans le Registre international".

De nombreux critères d'identification parmi ceux énumérés sont sans aucune pertinence pour

ce qui est de la certitude de l'identification, aussi bien avant qu'après le lancement. En outre, la préoccupation que nous avons déjà exprimée pour ce qui est de la condition de satisfaire "toute autre condition éventuelle prescrite par le règlement" amoindrira encore davantage le niveau de certitude attendue des créanciers en ce qui concerne l'identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription.

6. Droits du débiteur et cession des droits du débiteur

L'avant-projet révisé de Protocole établit le principe que les cessions au créancier des droits du débiteur et des droits connexes sont soumis à l'inscription comme des garanties internationales. L'article 1(2)(b) définit les "droits du débiteur" comme "tous les droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution dus ou qui seront dus à un débiteur par toute personne en ce qui concerne un bien spatial". L'article 1(2)(i) définit une "cession de droits" comme "un contrat par lequel le débiteur confère au créancier un droit (y compris un droit de propriété) sur la totalité ou une partie des droits du débiteur existants ou futurs afin de garantir l'exécution, ou à titre de règlement partiel ou total, de toute obligation existante ou future du débiteur à l'égard du créancier qui, en vertu du contrat qui crée ou prévoit la garantie internationale, est garantie par le bien spatial auquel le contrat se rapporte, ou connexe à celui-ci";

L'avant-projet révisé de Protocole dispose à l'article IV(2) que les dispositions du Protocole applicables aux cessions de droits s'appliquent également à une cession à l'acheteur d'un bien spatial de droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution dus ou qui seront dus au vendeur par toute personne en ce qui concerne le bien spatial comme si les références au débiteur et au créancier étaient des références au vendeur et à l'acheteur respectivement. On notera également que, conformément à l'article IV(4), un droit sur un bien spatial acquis par l'assureur du satellite au titre du sauvetage est réputé avoir été acquis en vertu d'une vente. La question de la priorité entre un cessionnaire de droits du débiteur en vertu d'une cession de droits et un cessionnaire en vertu d'une cession de droits dérivant du bien spatial mais non liés à une garantie internationale est encore à l'examen.

La plupart des motifs de préoccupation que nous avons précédemment soulevés restent sans réponse. En premier lieu, la portée du concept de droits du débiteur n'est toujours pas tout à fait claire. La référence à "tous" dans la définition (dans "droits du débiteur" désigne tous les droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution dus ou qui seront dus à un débiteur par toute personne en ce qui concerne un bien spatial") par exemple, implique que la cession d'une partie des droits seulement ne serait pas reconnue. En outre, les droits relatifs à un bien spatial ne concernent pas seulement le débiteur, mais éventuellement d'autres parties concernées. Les dispositions de l'article IV(2) pose la question, et risque de créer une confusion, sur le point de savoir si l'avant-projet révisé de Protocole est destiné à s'appliquer à une vente des droits du débiteur et comment une telle vente pourrait être affectée lorsqu'une garantie internationale a été constituée sur le bien spatial sous-jacent.

L'ajout de l'article IV(4) pose des questions en ce qui concerne les droits nouvellement créés des assureurs comme "acheteurs" en vertu de l'avant-projet révisé de Protocole, et comment ces droits affectent les droits d'autres acheteurs qui ne sont pas des créanciers, ainsi que les droits des débiteurs à l'égard des vendeurs de biens spatiaux. La possibilité donnée aux assureurs de bénéficier de ces droits, et peut-être aux cessionnaires en vertu d'accords qui ne seraient pas liés à la garantie internationale, crée une perspective de confusion et d'ambiguïté pour ce qui est des droits des créanciers qui sont ou seront titulaires d'une garantie internationale sur le bien sous-jacent.

Il n'est pas clair non plus dans la définition de "cession de droits" ce qui est visé par obligation "connexe" au bien spatial. Cela peut être une source de préoccupation particulière lorsque, par exemple, des contrats de capacité portent sur des transpondeurs et des charges utiles séparés mais

non sur le satellite lui-même sur lequel une garantie internationale peut avoir été précédemment constituée.

S'il est bien entendu que le Registre international est basé sur l'actif et de ce fait que les droits du débiteur doivent provenir du bien spatial sous-jacent, il peut y avoir des cas où les droits du débiteur pourraient être destinés à assurer le financement d'une partie pouvant être spécifiquement identifiée de la garantie internationale à laquelle ils étaient initialement liés. Cela peut limiter la flexibilité des opérations de financement de satellites qui sont actuellement disponibles pour les débiteurs futurs.

Nous observons que conformément à l'article IV(1) et (3), le propriétaire d'un satellite pourrait devoir inscrire dans le Registre international la vente par laquelle il obtient son droit sur le satellite, même si la vente ne fait pas partie d'un financement. L'exigence posée à tout propriétaire de satellite d'inscrire son droit afin de protéger sa propriété au niveau international constitue une charge administrative inutile, dont les conséquences peuvent être très graves si elle n'est pas respectée.

On comprend que la décision ait été prise d'éliminer les droits connexes (essentiellement les licences) du champ d'application du Protocole proposé. Cependant, l'article XVI de l'avant-projet révisé de Protocole n'a pas été modifié, malgré les préoccupations que nous avons exprimées, et continue d'imposer au débiteur une obligation onéreuse et large de prendre toutes les mesures en son pouvoir pour assurer le transfert de sa licence au créancier ou la résiliation de sa licence et l'octroi d'une nouvelle licence au créancier, et de coopérer pleinement avec le créancier à cet effet. Nous réaffirmons l'avis qu'il est essentiel de réexaminer l'obligation imposée aux titulaires de la licence d'assurer le transfert ou la résiliation et l'octroi d'une nouvelle licence. Une telle disposition produirait des effets non recherchés très lourds pour les opérateurs de satellite.

Conclusion

L'avant-projet révisé de Protocole ne répond pas de façon adéquate aux préoccupations soulevées par l'industrie des satellites. Les révisions intervenues dans le texte reflètent une tendance à suivre davantage les exigences et les soucis des Gouvernements que ceux de la communauté financière et des satellites qui est la principale concernée par le Protocole proposé. La seule justification que peut avoir un instrument juridique tel que le Protocole proposé, est de faciliter les besoins fondamentaux d'accès au capital des communautés commerciales et financières de l'espace, à défaut de quoi sa capacité de soutenir l'industrie des satellites serait nécessairement compromise. Or nous pensons que l'avant-projet révisé de Protocole ne satisfait pas cet objectif et, de fait, pourrait produire une confusion, ajouter davantage de procédures administratives et décourager l'investissement. Les différentes tentatives de rédaction au cours des huit dernières années n'ont pas réussi à satisfaire les attentes des principaux milieux intéressés, l'industrie des satellites et des institutions financières.

Compte tenu des considérations qui précèdent et des préoccupations que nous continuons de nourrir, nous ne pensons pas qu'il existe un besoin d'un nouvel instrument de droit supranational traitant de questions de droits de propriété et de garanties portant sur certains biens spatiaux. De nombreux régimes juridiques existants règlent déjà de façon satisfaisante la question de la constitution des sûretés sur les biens spatiaux, et il n'apparaît pas que des financements de satellites non basés sur l'actif n'aient pas pu aboutir, ou aient été rendus excessivement compliqués en raison d'obstacles existant pour la constitution et l'exécution des garanties. Nous ne voyons aucune nécessité d'adopter ce Protocole et nous continuons donc à y être contraires.

M. O. Gebler (Baker & McKenzie) ⁵*Article XXVII bis (3)(a)*

Les praticiens de la finance ont exprimé leur préoccupation parce qu'ils estiment que cette proposition ne sera pas bancable. Si l'Etat choisit d'appuyer financièrement le débiteur existant plutôt que d'exercer son droit de substitution, la banque d'attendra non seulement à recevoir tous les montants impayés, mais également que l'Etat garantisse les obligations futures du débiteur dans le cadre du financement.

Par conséquent, je souhaiterais proposer d'ajouter "et fournir une garantie bancaire ou une autre garantie adéquate pour le reste du financement" après "période d'inexécution" à la fin de l'article XXVII *bis* (3)(a).

Article XXVII bis (3)(b)

Une banque obtient habituellement une approbation de crédit pour un emprunteur individuel. Les banques ne sont normalement pas disposées à accepter dès le départ la substitution de l'emprunteur original par une partie qu'elle ne connaît pas. Par conséquent, l'Etat ne peut se substituer qu'avec le consentement du créancier. A défaut d'un tel consentement, l'Etat doit se retirer ou refinancer la banque s'il veut exercer le droit de substitution.

Par conséquent, je souhaiterais proposer d'ajouter "à condition que si le créancier s'oppose à ce que l'Etat se substitue, l'Etat rembourse intégralement le créancier" après le mot "concerné" à la fin de l'article XXVII *bis* (3)(b).

M. W.L. Lawrence (O3b Networks)

Nous souhaitons réitérer notre position à l'égard de projet de Protocole sur les biens spatiaux proposé à la Convention, telle que nous l'avons communiquée dans notre précédente lettre à votre attention le 1 décembre 2009. En tant que membre de l'industrie spatiale, nous saluons les efforts d'UNIDROIT pour moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé. Toutefois nous restons préoccupés à l'égard de l'orientation de l'actuel avant-projet de Protocole. Nous ne pensons pas que le Protocole proposé facilitera le financement de l'industrie spatiale mais tout au contraire qu'il ajoutera un niveau supplémentaire non nécessaire et vague de droit supranational. Le résultat pourrait être de paralyser le financement spatial.

En conséquence, nous vous exhortons respectueusement à reconsidérer la nécessité de Protocole proposé.

Mme M. Leimbach (Crédit Agricole S.A., au nom des banques françaises ⁶)

En remarque liminaire, il paraîtrait aux banques françaises nécessaire de clarifier dans l'avant-projet révisé de Protocole, car à défaut les enjeux juridiques deviennent confus :

- d'une part les fonctionnalités relevant du bien spatial:
 - *propriété*, au sens d' "usus, fructus et abusus",
 - *opération* au sens de maintenance, de maîtrise et de contrôle technique du bien spatial,

⁵ M. Gebler a indiqué que ses observations constituaient le résultat des discussions qu'il avait eues avec des praticiens de projets de financement garanti par un actif dans des institutions financières (KfW, Deutsche Bank et Santander).

⁶ Dans son message transmettant ces observations, Mme Leimbach a indiqué qu'elle étaient le fruit de consultations avec BNP Paribas, Crédit Agricole S.A., HSBC, Natixis et Société Générale.

- *exploitation* au sens économique et financier de commercialisation par l'opérateur exploitant des applications et des services, et
 - *utilisation* au sens d'usage technique des applications satellitaires par transmission des données aux utilisateurs ;
- d'autre part les parties concernées et leur rôle :
- *débiteur/propriétaire/opérateur/exploitant,*
 - *créancier/institution financière et*
 - *locataire/utilisateur.*

1. Le champ d'application de l'avant-projet révisé de Protocole

Pour que l'avant-projet révisé de Protocole soit applicable, le débiteur doit être situé dans un Etat contractant au moment de la conclusion du contrat qui crée ou prévoit la garantie internationale.

La situation, du créancier ou du bien au sol qui correspond à l'application de la "lex rei sitae", dans un pays contractant, ne permet pas l'application de l'avant-projet révisé de Protocole.

Cela peut poser un problème si la sûreté est prise sur un bien en cours de construction dans un pays A, lancé dans un pays B et destiné à devenir la propriété d'un débiteur situé dans un pays C.

Le créancier devrait prendre des sûretés successives dans chaque pays concerné sans assurance d'efficacité.

Il n'y a pas de définition du "lieu de situation du débiteur" ⁷. Il faudrait préciser si le lieu de situation est le siège social, le centre des intérêts principaux ou si un simple établissement suffit.

2. La définition du bien spatial et des droits connexes

L'enjeu est d'identifier les biens mobiliers corporels ou incorporels qui peuvent faire l'objet d'une sûreté réelle car pouvant être individualisés, ce qui signifie pouvoir appartenir, être utilisés ou contrôlés de façon indépendante ("independent ownership, use or control") et être accessibles au créancier en cas de défaillance, c'est-à-dire pouvant être "repossédés" physiquement, s'il s'agit de biens encore au sol, ou juridiquement, c'est-à-dire opérés, exploités et revendus par l'institution financière, s'ils sont dans l'espace.

Pour que l'avant-projet révisé de Protocole soit applicable, l'objet doit répondre à la définition du bien spatial.

- Selon l'article I(2)(l), bien spatial désigne : "... tout bien fait par l'homme susceptible d'individualisation [, à condition qu'il puisse faire l'objet de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle,] qui se trouve dans l'espace ou qu'il est prévu de lancer dans l'espace sans qu'il perde son identité distincte, tel qu'un satellite, une station spatiale, une plate-forme, un transpondeur, un module, un véhicule spatial, un véhicule de lancement ou une capsule spatiale [, y compris tout bien en cours de fabrication ou d'assemblage,] avec tous autres accessoires, pièces et équipements qui y sont posés, intégrés ou fixés, ainsi que tous les manuels, les données et les registres relatifs à sa propriété, à son utilisation ou à son contrôle."

⁷ Note du Secrétariat d'UNIDROIT : il s'agit d'une référence à l'article 3 de la Convention.

a) *L'individualisation du bien*

Les institutions financières sont en faveur d'une appréhension du bien spatial dans sa globalité sans distinguer les composants (plate forme et charge utile) ce qui correspond à la pratique actuelle. Elles considèrent par ailleurs qu'on ne peut pas prendre de sûreté sur un répéteur car il ne s'agit pas d'un bien meuble mais d'un service.

La définition devrait prévoir "et" au lieu de "ou" car les critères d'individualisation sont cumulatifs.

Il est donc souhaité la suppression de la référence à la "plateforme et aux répéteurs" dans la définition.

b) *Les biens futurs*

L'enjeu : ce sont les biens en cours de construction, de transport ou sur site de lancement.

- La définition du bien spatial de l'article 1(2)(l) inclut "tout bien en cours de fabrication ou d'assemblage.

- L'avant-projet révisé de Protocole et la Convention prévoient la possibilité d'inscrire une garantie "que l'on entend créer dans le futur ou prévoir sur un bien en tant que garantie internationale, lors de la survenance, que celle-ci soit certaine ou non, d'un événement déterminé (notamment l'acquisition par le débiteur d'un droit sur le bien)"⁸;

L'avant-projet révisé de Protocole permet donc d'enregistrer une garantie internationale future sur un actif en cours de construction pour garantir la créance qui naît en faveur des institutions financières, au fur et à mesure des paiements par utilisation du financement, du prix de la construction et du lancement du bien et des polices d'assurance.

Ce point est un élément essentiel pour les institutions financières car la construction, le lancement et les assurances étant financés et payés avant que le bien spatial ne soit lancé, la constitution de la sûreté est nécessaire avant également.

Les institutions financières sont en faveur de cette inclusion.

En revanche elles ne sont pas favorables à l'inscription d'une garantie internationale future couvrant tous les objets/biens spatiaux futurs du débiteur sans les individualiser. Sauf erreur certaines catégories de sûreté le permettent telles que le "*security interest*" de droit canadien et américain et le "*floating charge*" de droit anglais mais pas le droit français.

c) *Les biens assemblés ou fabriqués dans l'espace*

Il n'est pas fait spécifiquement référence dans l'avant-projet révisé de Protocole aux objets qui pourront être fabriqués dans l'espace ou sur d'autres corps célestes mais la définition du bien spatial visant "les biens qui se trouvent dans l'espace" ne les exclut pas.

Toutefois dans la mesure où leur immatriculation donc leur rattachement à un Etat, leur statut, les autorisations et la prise en charge de responsabilité ne sont pas organisés, on peut se demander si, à ce stade, il ne faudrait pas les exclure explicitement de l'avant-projet révisé de Protocole.

⁸

Note du Secrétariat d'UNIDROIT : il s'agit d'une référence à l'article 1(y) de la Convention.

d) *Les droits et les autorisations connexes au bien spatial*

Au titre de l'article XXVII(2) "Un Etat contractant peut restreindre ou assortir de conditions la mise en œuvre des mesures en cas d'inexécution prévues au Chapitre III de la Convention et au Chapitre II du présent Protocole , y compris le fait de confier les codes de commande et autres données et documents en vertu de l'article XX, lorsque la mise en œuvre de ces mesures impliquerait ou exigerait le transfert de biens, de technologie, de données ou de services contrôlés ou impliquerait le transfert ou la cession d'une licence ou l'octroi d'une nouvelle licence au créancier". Ce n'est pas le créancier qui sera bénéficiaire de la licence.

Pouvoir enregistrer la garantie sur ces droits connexes (dont certains comme les fréquences sont valorisables et négociables dans certains pays) ;

Prévoir une obligation à la charge de l'Etat, soit d'accepter la substitution d'un nouvel opérateur proposé par l'institution financière s'il satisfait à des conditions juridiques, techniques, financières commerciales prédéfinies dans la licence, soit d'indemniser l'institution financière créancière s'il refuse le transfert ou la délivrance d'une nouvelle licence serait le début d'un confort juridique qui pourrait rendre attractif l'avant-projet révisé de Protocole pour les institutions financières.

Ces droits connexes se décomposent en deux catégories :

i) Les éléments corporels et incorporels liés à l'opération et au contrôle du satellite

Le satellite fait partie d'un système composé d'éléments corporels et incorporels : notamment les logiciels de contrôle et de commande et les codes d'accès ("*telemetry, tracking and control services*") et les stations au sol ("*ground stations*"). Ces dernières, étant des immeubles, peuvent difficilement être intégrées dans le Protocole que ce soit comme droit connexe au bien spatial ou comme droit du débiteur, sauf à les traiter comme droit personnel et non comme droit réel.

- Les premiers ne sont pas visés précisément dans la définition du bien spatial qui fait seulement référence à "tous les manuels, les données et les registres relatifs à sa propriété, à son utilisation ou à son contrôle".

- En revanche l'article XX permet "de confier à une autre personne les codes de commande et autres données et documents afin de donner au créancier la possibilité d'obtenir la possession ou le contrôle du bien spatial ou de le faire fonctionner".

Les institutions financières souhaitent qu'apparaissent dans les deux articles, les logiciels de contrôle et de commande et les codes d'accès comme droits connexes au bien spatial pouvant faire partie de l'assiette de la garantie internationale.

ii) La "licence": les autorisations réglementaires dont les positions orbitales et les fréquences

- Licence désigne selon l'article I(2)(g) de l'avant-projet révisé de Protocole "Tout permis, licence, approbation, concession ou toute autre autorisation semblable accordé ou délivré par , ou conformément au pouvoir donné par un organisme ou par une autorité de caractère national, intergouvernemental ou international, agissant en tant qu'instance de réglementation, de fabriquer, lancer, contrôler, utiliser ou faire fonctionner un bien spatial, ou concernant l'utilisation des orbites ou concernant la transmission, l'émission ou la réception des signaux électromagnétiques à destination ou en provenance d'un bien spatial" ;

Les termes "contrôler, utiliser ou faire fonctionner" devraient être revus en fonction des clarifications de terminologie demandées ci-dessus.

- Concernant la licence les institutions financières souhaitent une disposition selon laquelle «le débiteur prend à la demande du créancier toutes les mesures en son pouvoir pour assurer le transfert de sa licence ou la résiliation de sa licence et l'octroi d'une nouvelle licence à l'opérateur substitué par le créancier en vertu de la mise en jeu de la clause de substitution, cessionnaire du bien spatial et des droits du débiteur suite à la réalisation de la garantie internationale et coopère pleinement avec le créancier à cet effet".

Si le propriétaire/opérateur est défaillant dans le remboursement du financement du bien spatial, en aucun cas l'institution financière ne voudra, ni ne pourra devenir propriétaire/opératrice de satellite. Elle cherchera au contraire à assurer la continuité de l'exploitation jusqu'à, éventuellement, la réalisation de sa sûreté en substituant un nouvel opérateur.

Les contrats d'utilisation des capacités satellitaires, générateurs de revenus continueront d'être exécutés notamment si une clause de substitution ("*step in*") prévue, dans les contrats appropriés, en faveur de l'institution financière lui permet de substituer un nouvel opérateur sans avoir besoin de l'accord de l'opérateur initial et du locataire existant.

3. Les droits accessoires : droits du débiteur ("*debtor's rights*")

- La cession de droits prévue aux articles IX et suivants permet à l'institution financière d'inscrire en sa faveur avec la garantie internationale, la cession des revenus de locations des répéteurs, soit à titre de garantie, soit en pleine propriété.

Dans la pratique actuelle, les financements de satellites, même structurés sur une base "*corporate*" (à titre d'exemple certains financements récents garantis par la Coface) prévoient le plus souvent une délégation par l'opérateur exploitant, des loyers des répéteurs, la délégation du constructeur au titre du contrat de construction et du lanceur au titre du contrat de lancement et toujours la délégation, stipulation pour autrui ("*loss payee clause*"), ou le nantissement ("*assignment*") des polices d'assurance (lancement, en orbite et responsabilité civile) mais pas la sûreté sur l'actif jugée pour le moment inopérante par les institutions financières.

L'ensemble de ces droits devraient figurer dans l'avant-projet révisé de Protocole comme faisant partie des "droits du débiteur au paiement".

- L'article 2(5) de la Convention prévoit que la garantie internationale sur un bien "porte sur les produits d'indemnisation relatifs à ce bien".

Selon l'avant-projet révisé de Protocole, il n'est pas explicite que les polices d'assurance et les indemnités constituent un droit du débiteur.

L'avant-projet révisé de Protocole devrait être clarifié sur ce point.

- L'institution financière créancière, n'est pas en conflit d'intérêts avec l'assureur qui veut conforter son droit à récupération si et quand le versement de l'indemnité en sa faveur aura permis le remboursement intégral de sa créance. Cette condition est à insérer dans la rédaction actuelle mais le problème n'est-il pas déjà traité dans l'article 9 de la Convention. ?

- Les dispositions relatives aux assurances pourraient figurer dans un article spécifique "cession des droits du débiteur" plutôt que dans l'article IV car il s'agit de "droits au paiement" des indemnités

et des effets de ce paiement. L'article IV(2) pourrait, selon la même logique, être transféré dans cet article.

- Les institutions financières souhaitent proposer le terme de "droits à récupération" des assureurs à la place de "droits de sauvetage" qui n'est pas explicite.

- Concernant les "droits à exécution" il faudrait être plus précis sur la catégorie de droit visé car la formulation actuelle permet de considérer, par exemple, qu'en font partie, les droits du débiteur à l'utilisation du financement, ce qui n'a pas de sens.

4. La créance garantie

L'article 36(2) de la Convention prévoit que "les droits accessoires ne se rapportent à un bien que dans la mesure où il s'agit de droits au paiement ou à une exécution portant sur une somme avancée et utilisée pour l'achat du bien".

Cette disposition, sauf erreur d'interprétation, n'est pas applicable dans les financements spatiaux où il convient de laisser toute liberté au créancier pour couvrir non seulement le financement des coûts de la construction mais également du lancement et des assurances ainsi qu'ultérieurement les besoins liés à l'exploitation du bien spatial et à l'activité courante de l'opérateur.

L'avant-projet révisé de Protocole prévoit la garantie d'une créance future qui n'est ni liquide, ni exigible, comme par exemple la créance à naître au titre de l'ouverture de crédit alors que le financement est disponible mais pas encore utilisé.

Cette rédaction très large de l'avant-projet révisé de Protocole permet également de couvrir d'autres situations, comme, les avances futures par les institutions financières pour financer l'activité courante c'est à dire les besoins d'exploitation du débiteur au-delà de l'acquisition.

Le droit français exige que les créances soient déterminables ce qui inclut les créances en germe ou conditionnelles mais exclut les créances éventuelles lorsque le contrat n'est pas signé.

L'avant-projet révisé de Protocole devrait être plus explicite sur la notion de créance future.

- L'article 1692 du Code civil français dispose que "la vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance tels que caution, privilège et hypothèque.

Dans l'avant-projet révisé de Protocole la créance est considérée à l'inverse comme un accessoire de la sûreté cédée avec cette dernière.

Les institutions financières souhaitent le retour au principe de la sûreté comme accessoire de la créance.

5. La loi applicable au contrat constitutif de sûreté

Cette clause pose la question de savoir si la liberté donnée aux parties par l'article VIII de l'avant-projet révisé de Protocole du choix de la "loi applicable au contrat constitutif de sûreté" est totale sans application des règles de conflits de lois.

Les institutions financières seraient favorables à une disposition selon laquelle la loi applicable au contrat constitutif de la sûreté serait la loi du débiteur, ce qui résoudrait en partie la difficulté posée par l'application de lois successives au bien spatial.

6. L'inscription de la garantie internationale dans le Registre international

Il n'est sauf erreur rien prévu dans l'avant-projet révisé de Protocole pour l'enregistrement des "droits du débiteur". Or les contrats de location des capacités satellitaires qui génèrent les revenus ne sont, ni inconditionnels, ni irrévocables. Les utilisateurs peuvent changer et il faudrait prévoir de nouvelles inscriptions au cours de l'exploitation du satellite.

7. L'exception de "service public"

- L'article XXVII *bis* dispose :

1. "Un Etat a le droit d'objecter à l'exercice des mesures en cas d'inexécution, comme le prévoit le Chapitre III de la Convention et les articles IX à XIII / XVIII à XXIII du présent Protocole en ce qui concerne un bien spatial, nécessaire pour fournir ou faire fonctionner un service public qui revêt un intérêt vital pour cet Etat si l'exercice de ces mesures causait l'interruption de la fourniture ou du fonctionnement de ce service.

2. Dans les 20 jours à compter de la date à laquelle l'Etat a notifié au créancier son objection à l'exercice des mesures en cas d'inexécution en vertu du paragraphe précédent, le créancier peut exercer le droit de se substituer et assumer la responsabilité de la fourniture ou du fonctionnement du service en question dans l'Etat concerné, ou nommer un organisme de substitution à cet effet, avec le consentement de cet Etat et de l'Etat qui délivre la licence.

3. Si le créancier choisit de ne pas exercer ses droits en vertu du paragraphe précédent, l'Etat qui s'oppose à l'exercice des mesures en cas d'inexécution par le créancier en vertu du paragraphe 1 a la faculté de :

a) remédier au manquement du débiteur en versant au créancier toutes les sommes restantes pour la totalité de la période d'inexécution; ou

b) prendre ou obtenir la possession, l'utilisation ou le contrôle du bien spatial et prendre à sa charge les obligations du débiteur en se substituant à lui pour fournir un service public dans l'Etat concerné.

4. Un Etat qui objecte à l'exercice des mesures en cas d'inexécution par le créancier doit exercer ses droits en vertu du paragraphe précédent dans un délai de 90 jours. Après ce délai, le créancier est libre d'exercer toute mesure prévue au Chapitre III de la Convention et aux articles IX à XIII / XVIII à XXIII du présent Protocole en ce qui concerne le bien spatial en question.

5. Un Etat peut invoquer le droit d'objecter à l'exercice des mesures en cas d'inexécution conformément au présent article à condition seulement d'avoir enregistré dans le Registre international un avis indiquant que le bien spatial est utilisé pour fournir un service public dans l'intérêt vital de cet Etat, avant l'inscription d'une garantie internationale sur ce bien spatial par un créancier (ou à condition d'avoir enregistré cet avis dans les six mois à compter du lancement du bien spatial, même si cet enregistrement est effectué après l'inscription d'une garantie internationale par le créancier).

L'enjeu : le risque d'opposition de l'Etat à la mise en jeu de la garantie internationale en cas d'interruption d'un service public ; l'Etat exigeant que la continuité du service public sera assurée en tout état de cause ;

La définition du service public : Elle pourrait être une mission relevant de l'Etat parce que l'intérêt général justifie une répartition des coûts et des profits telle que tous les citoyens bénéficient du même service au même prix ;

Il est souhaitable de distinguer le service public qui relève de la prérogative des Etats (santé, éducation, sûreté, sécurité) comme en matière spatiale, plus spécifiquement les satellites militaires, d'observation, de navigation, de météorologie ..., du service au public comme les télécommunications, la télédiffusion. Il est difficile de considérer la retransmission d'un match de football comme un service public.

La référence à des "services publics vitaux" pour l'Etat concerné ouvre une marge d'interprétation source d'incertitude juridique.

La situation que la clause a vocation à régler n'apparaît pas clairement:

Il faut imaginer le cas d'un satellite, propriété d'un opérateur privé, donné en garanti à l'institution financière qui l'a financé dont une partie des répéteurs est utilisée par ou pour le compte d'un Etat et l'autre par un opérateur privé. Dans ce cas on voit difficilement pourquoi l'Etat concerné serait traité différemment des autres utilisateurs.

En réalité cette hypothèse semble théorique car on peut supposer qu'un Etat qui entend faire assurer un service public par un opérateur privé conclura un partenariat public privé (PPP). Dans ce cas s'agissant d'un risque souverain les institutions financières ne prendront pas de sûreté sur l'actif.

Il faudrait mieux connaître la situation du marché spatial en termes de satellite public/privé et de services publics/privés pour déterminer si une exception a vraiment lieu d'être mais en tout état de cause elle ne paraît pas avoir beaucoup de sens en termes de financement car les institutions financières ne prendront pas le risque de conflit entre intérêts publics et privés ou bien les traiteront en amont par la voie contractuelle.

La rédaction actuelle de la clause ne paraît pas vraiment adaptée à la réalité :

Un créancier ne se substituera jamais à un opérateur et il est difficile de comprendre en quoi la substitution d'un autre opérateur par le créancier réglera la difficulté si celle-ci n'est pas technique mais financière. Il faudrait imaginer que le nouvel opérateur se substitue dans tous les droits et obligations y compris financières. C'est irréaliste dans les délais envisagés.

Il y a une confusion concernant l'Etat entre la position d'opérateur/débiteur et de locataire/utilisateur. On ne voit pas comment, ni pourquoi un Etat s'il n'est que locataire des répéteurs devrait assurer le service de la dette et pourrait se substituer comme opérateur/propriétaire du bien spatial.

Conclusion :

Sont souhaités :

Au-delà de l'inscription d'une sûreté de droit national sur un Registre international, la création d'une véritable sûreté internationale uniforme sur les biens spatiaux pour résoudre à la fois les problèmes posés par les conflits mobiles et par l'absence d'instrument juridique satisfaisant dans les droits nationaux.

A défaut et au minimum, le renforcement de la position des institutions financières par la prise en compte des droits connexes et le bénéfice d'une clause de substitution de l'opérateur comme moyen d'exécution ("step in") sans lesquels l'avant-projet révisé de Protocole apporte peu en termes de facilitation des financements par rapport à la situation actuelle.

Compte tenu des fonctions actuelles et de l'expertise de l'U.I.T., les institutions financières envisageraient favorablement la désignation de cette dernière comme autorité de surveillance.

M. P.D. Nesgos (Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP)

Comme vous le savez, j'ai la plus grande estime pour UNIDROIT, vous-même ⁹ et Sir Roy. C'est pour cette raison que je vous écris pour vous exprimer mes préoccupations constantes à l'égard de l'avant-projet révisé de Protocole spatial.

Depuis l'époque de la constitution du Groupe de travail spatial (G.T.S.), je me suis engagé à veiller à ce que l'avant-projet de Protocole spatial représente un instrument qui réponde aux besoins commerciaux et encourage le financement des satellites. Vous vous en souviendrez, Milbank a décidé de suspendre sa participation au G.T.S. en août 2007, en attendant que les principaux partenaires de l'industrie spatiale se joignent aux travaux et apportent le soutien nécessaire à la finalisation du Protocole prévu, au regard de leur besoin reconnu des avantages apportés aux activités spatiales par la Convention et le Protocole spatial proposé. Etant donné que de nombreuses parties prenantes importantes parmi les opérateurs de satellites, l'industrie aérospatiale, les financeurs, les assurances et les agences gouvernementales qui les soutiennent, continuent d'exprimer leur vive opposition à l'avant-projet révisé de Protocole, il est clair que les circonstances qui ont mené à notre retrait n'ont pas changé. Il continue d'y avoir une absence de soutien significatif pour le Protocole proposé de la part des participants de l'industrie spatiale que le Protocole prévu était destiné à aider.

Bon nombre des questions spécifiques exprimées dans les nombreuses lettres envoyées par les participants de l'industrie spatiale à UNIDROIT reflètent des préoccupations fondées et basées sur l'expérience pratique du financement des satellites. Il s'agit notamment de la définition inadéquate du "bien spatial", de l'exemption de service public inquiétante de l'exercice des mesures en cas d'inexécution des obligations, de l'introduction des droits acquis sur un bien spatial par l'assureur au titre du sauvetage, de la question non réglée du rang des droits concurrents relatifs aux composants dans le contexte de l'exercice des mesures en cas d'inexécution des obligations et des dispositions confuses concernant les droits des débiteurs et la cession des droits des débiteurs.

Nous apprécions le fait que vous continuiez à solliciter les conseils pratiques de l'industrie. Toutefois, après des années de tentatives de rédactions successives de l'avant-projet de Protocole, sa version actuelle est encore très loin de ce que serait l'instrument viable sur le plan commercial auquel s'attend l'industrie des satellites. Même si l'industrie était disposée à soutenir un Protocole spatial, il est très peu probable que l'on parvienne à rédiger un Protocole utile et acceptable sur le plan commercial dans les mois à venir.

Sur la base de mon expérience dans la représentation de l'industrie spatiale et des institutions financières, l'adoption d'un Protocole qui ne répond pas aux attentes et aux besoins de ceux qui seront amenés à l'utiliser porterait en fait atteinte au financement des satellites, au lieu de le favoriser. A la lumière des considérations qui précèdent, je demande instamment à UNIDROIT de reconsidérer la poursuite de cette initiative jusqu'à ce que les entités qui sont censées en bénéficier apportent leur appui d'une manière significative.

⁹ Ces commentaires sont repris d'une lettre adressée à M. M.J. Stanford, Secrétaire Général Adjoint d'UNIDROIT.

M. T. Ueda (SKY Perfect JSAT Corporation)*Article XXVII bis*

Compte tenu des préoccupations qui se sont fait jour concernant les exemptions de service public dans le cadre des mesures en cas d'inexécution, nous présentons les commentaires suivants en espérant qu'ils seront favorablement accueillis par UNIDROIT.

a) Le cadre de la Convention

La Convention a établi un régime international introduisant les nouveaux concepts exposés ci-après.

Le nouveau régime et les concepts sont bien acceptés, notamment dans le contexte du financement aéronautique. De fait, la Convention et le Protocole aéronautique sont entrés en vigueur le 1 mars 2006.

i) Transparence des relations entre droits et obligations

- constitution d'une garantie internationale (article 2 de la Convention)
- établissement du système international d'inscription (article 16 de la Convention)
- rang des garanties concurrentes (article 29 de la Convention)

ii) Rapidité de la mise en œuvre des mesures en cas d'inexécution

- mesures à la disposition du créancier garanti (article 8 of the Convention)
- mesures à la disposition du vendeur conditionnel ou du bailleur (article 10 de la Convention)

iii) Efficacité des procédures d'insolvabilité

- effets de l'insolvabilité (article 30 de la Convention)
- compétence relative aux procédures d'insolvabilité (article 45 de la Convention)

b) Extension de la Convention aux biens spatiaux

Compte tenu du sentiment généralement partagé qu'il est souhaitable que la Convention puisse être mise en œuvre à l'égard des biens spatiaux, et eu égard aux objectifs indiqués dans la Convention, l'avant-projet de Protocole spatial a fait l'objet de discussions approfondies afin d'adapter la Convention aux exigences particulières des biens spatiaux et de financer l'acquisition de tels biens et leur utilisation de façon aussi efficace que possible.

Dans ce contexte, on a convenu des concepts nécessaires pour adapter la Convention. Des notions nouvelles ont été introduites, telles que les droits du débiteur, et les cessions de droits et de licences. Des dispositions ont été introduites portant sur l'enregistrement de la cession de droits comme partie de l'inscription de la garantie internationale, le rang des cessions de droits enregistrés et les obligations du débiteur / cédant en ce qui concerne les licences.

Il est entendu que le futur Protocole assorti à la Convention donneront accès à des gammes plus larges de services en relation avec la technologie spatiale, ce qui sera dans l'intérêt de tous les Etats contractants. Il est important que d'assurer de tels avantages, en évitant soigneusement d'incorporer dans l'avant-projet révisé de Protocole des concepts qui leur seraient contraires.

c) Préoccupations à l'égard de l'exemption de service public

Ainsi qu'on l'a indiqué dans notre message précédent du 14 octobre 2009¹⁰, SKY Perfect JSAT Corporation partage la préoccupation à l'égard de l'idée d'accorder aux Etats contractants un droit qui n'existait pas auparavant, leur permettant de limiter l'exercice des mesures en cas d'inexécution lorsqu'est en jeu la fourniture de services publics, car ceci pourrait porter préjudice aux avantages que devrait produire le futur Protocole.

L'article XXVII *bis* de l'avant-projet révisé de Protocole prévoit qu'un Etat a le droit d'objecter à l'exercice de mesures en cas d'inexécution s'agissant d'un bien spatial utilisé pour fournir ou faire fonctionner un service public. À la réflexion, nous ne pensons pas qu'une discussion suffisamment approfondie ait eu lieu concernant l'introduction d'un tel droit nouveau. Par exemple, il faut noter que, après la deuxième session du Comité, seuls huit Gouvernements ont répondu à la demande du Secrétariat d'UNIDROIT d'informations sur le régime des services publics dans leur pays.

En ce qui concerne l'évaluation de l'impact économique que pourrait avoir une exonération de service public concernant l'exercice des mesures en cas d'inexécution en Asie et dans la région Asie-Pacifique, l'une des initiatives passées, un Colloque organisé par le Secrétariat d'UNIDROIT A Kuala Lumpur en avril 2004¹¹, est illustrateur. Le rôle et l'importance pratiques de maintenir le contrôle national en matière de délivrance des licences parmi les mesures en cas d'inexécution a été indiqué comme suit.

Il est probable qu'un financeur exerçant les mesures à sa disposition chercherait un autre propriétaire ou un autre opérateur disposé à exploiter le bien spatial en vertu de la licence existante, ou bien un autre opérateur pouvant exploiter le bien spatial dans une autre position orbitale ou avec des fréquences différentes, mais la possibilité d'exercer ces options dépendrait des lois et réglementations nationales.

Cette situation suggère que l'avant-projet révisé de Protocole pourrait se garder d'imposer des limites directes à l'exercice des mesures par les créanciers pour des biens spatiaux fournissant des services au public. Dans ce contexte, du fait que les licences sont rarement transférables, il serait approprié que l'avant-projet révisé de Protocole impose une obligation au débiteur en vertu d'une cession de droits ou d'une cession successive de droits, de prendre toutes les mesures en son pouvoir et de coopérer en vue d'assurer le transfert de la licence au créancier, ou la résiliation de sa propre licence et l'octroi d'une nouvelle licence au créancier.

Il faut noter par ailleurs que le projet de Protocole évite soigneusement d'imposer une exemption de service public large, compte tenu des effets négatifs qu'une telle exemption pourrait produire. Étant donné les risques élevés que comporte le financement basé sur les biens spatiaux, les effets négatifs sur l'avant-projet révisé de Protocole risqueraient d'être d'autant plus importants.

Il faudrait examiner attentivement l'équilibre à réaliser entre la nécessité des Etats contractants de garantir la continuité du service public d'une part, et les droits des créanciers d'autre part. Nous devons être attentifs à ne pas introduire de façon prématurée un droit et une obligation internationale.

La question de savoir comment réaliser au mieux un tel équilibre devrait être laissée à la pratique commerciale telle qu'elle se développera dans les prochaines années. Les solutions obtenues

¹⁰ UNIDROIT 2009 - C.E.G./Pr. spatial/3/W.P. 9, p. 9 *et seq.*

¹¹ Cf. *The preliminary draft Protocol to the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Space Assets: an opportunity for representatives of Government and industry to compare notes* (Colloque organisé par UNIDROIT en coopération avec l'Agence spatiale nationale malaisienne et le Groupe de travail spatial, Kuala Lumpur, 22 / 23 avril 2004): rapport sommaire (en anglais seulement) (préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT) (UNIDROIT 2004 - C.G.E./Space Pr./2/W.P. 5).

par la voie législative peuvent également être atteintes par des instruments consensuels issus de longues négociations intervenues entre les parties. Il est important de comprendre les modes de fonctionnement des communautés financières et commerciales, et de respecter les accords auxquels parviennent les parties concernées, y compris les Etats contractants.

d) Conclusions

Compte tenu des considérations qui précèdent, SKY Perfect JSAT Corporation est parvenue aux conclusions suivantes :

1. L'article XXVII *bis* pourrait créer un nouveau droit et, de ce fait, risquerait de porter gravement préjudice aux concepts fondamentaux qui devaient à l'origine présider à l'avant-projet révisé de Protocole avec la Convention, que sont la transparence des relations entre droits et obligations, la rapidité de la mise en œuvre des mesures en cas d'inexécution et l'efficacité des procédures d'insolvabilité.
2. La préoccupation vis-à-vis de l'idée d'accorder aux Etats contractants le droit de limiter l'exercice des mesures en cas d'inexécution est largement partagée en l'absence d'une discussion suffisamment approfondie entre les parties concernées.
3. La question de savoir comment équilibrer au mieux le besoin des Etats contractants avec les droits des créanciers devrait être laissée au développement de la pratique des affaires, étant entendu qu'il sera important de respecter les accords des parties concernées.

OBSERVATIONS SOUMISES PAR M. R. COWAN (AVIARETO)

Amélioration de la gouvernance par le développement et l'adoption de normes pour les registres électroniques

Nous proposons l'adoption d'une résolution à la Conférence diplomatique pour l'adoption du futur projet de Protocole spatial préconisant l'élaboration de normes internationalement reconnues pour la conception et le fonctionnement de registres électroniques.

De telles normes permettraient aux Conservateurs des instruments du Cap (les Protocoles aéronautique, ferroviaire et spatial) d'établir qu'ils répondent aux critères des meilleures pratiques visées à l'article 28 de la Convention, mais surtout, ce qui est plus important encore, elles permettraient de les évaluer sur la base de critères indépendants.

A terme, l'adoption et le succès de la Convention pourraient faire peser des risques sur la qualité du fonctionnement des Registres qui lui sont associés, et des choix technologiques permettant d'assurer une excellente intégrité des données pendant de nombreuses années. Avec le temps, les critères internes peuvent décliner, et un relâchement du niveau d'exigence est un risque réel. La réponse à ce risque est la bonne gouvernance.

La bonne gouvernance est essentielle pour le fonctionnement des registres futurs et l'un des éléments-clés est de les soumettre à une procédure de contrôle régulier et indépendant, effectué selon des critères objectifs, dont les résultats sont soumis à l'Autorité de surveillance.

Aviareto, premier conservateur du système du Cap a déjà procédé à des recherches préliminaires dans ce domaine. Une norme pourrait être élaborée sous les auspices de l'organisation internationale pour la normalisation (ISO). L'autorité normative nationale d'Irlande

(National Standards Authority of Ireland (N.S.A.I.)) est disposée à conduire cette initiative. Pour être utile, une telle norme devrait être suffisamment générale pour inclure les registres électroniques dans un large éventail de secteurs, peut-être initialement dans les secteurs commerciaux de la finance et des garanties basées sur un actif. Certaines réflexions initiales et tout à fait préliminaires concernant les avantages d'une telle normalisation sont présentées ci-dessous.

- Elle fournira une base propice à la mise en place de registres électroniques, contribuant à améliorer les avantages économiques et sociaux de ces registres;
- elle permettra aux registres de démontrer qu'ils répondent à des critères internationalement reconnus, une telle norme devenant une référence ;
- elle réduira l'incertitude pour les entités extérieures et les tiers tels que les compagnies d'assurances ;
- elle deviendra un outil pour l'apprentissage inter-organisationnel;
- elle permettra le développement d'un secteur commercial des registres électroniques, qui développera la concurrence en abaissant les coûts. Ce secteur augmentera les choix ouverts aux conservateurs et réduira le temps d'élaboration des logiciels, en diminuant le recours aux systèmes sur mesure et les situations avec fournisseur unique;
- elle pourraient permettre aux registres de devenir des composants essentiels du commerce électronique.

OBSERVATIONS SOUMISES A TITRE PERSONNEL

M. S. Kozuka

Remarques générales

Je pense que l'avant-projet révisé de Protocole, lorsqu'il aura été adopté comme troisième Protocole à la Convention du Cap et ratifié par de nombreux pays leaders dans le domaine spatial, contribuera à faciliter les transactions financières portant sur des biens spatiaux. Le futur Protocole établira pour la première fois des règles de droit privé portant sur les opérations commerciales dans l'espace extra-atmosphérique, et de cette façon améliorera la certitude et la transparence des opérations.

Remarques portant sur des dispositions particulières

1. Définition de bien spatial (article I(2)(l))

Ainsi que l'indique la note 2 en bas de page au texte d'avant-projet révisé de Protocole, la plupart des délégués à la troisième session du Comité étaient d'avis que les biens susceptibles d'inscription dans le Registre international devraient être limités par certains critères. Des pièces de petites dimensions telles que des écrous ou des boulons à usage général peuvent certes avoir une valeur économique qui intéresse certains financeurs, mais il ne serait pas approprié de permettre leur inscription dans le Registre international pour les biens spatiaux. Sur la base des commentaires formulés par des experts et des ingénieurs, je pense que le critère devrait être que le bien remplit une "fonction" indépendante pour un certain type d'activité spatiale. L'auteur propose que la formulation de la définition reflète ce critère.

Nouvelle formulation suggérée (pour article I(2)(l)):

" 'bien spatial' désigne tout bien fait par l'homme susceptible d'individualisation et faisant l'objet de façon indépendante, d'un droit de propriété, d'une utilisation ou d'un contrôle,

pour une certaine fonction spécifique aux activités spatiales, qui se trouve dans l'espace ou ... "
(nos italiques)

2. Droit au titre du sauvetage (article IV(4) et (5))

L'auteur soutient pleinement l'idée de se référer au droit au titre du sauvetage de la façon dont le fait l'avant-projet révisé de Protocole. Toutefois, il faudra probablement s'assurer que le secteur commercial n'a pas d'objection à l'égard de ce libellé, car il avait souligné le fait que l'absence d'une référence appropriée au droit au titre du sauvetage dans le futur Protocole porterait préjudice à la pratique déjà établie dans le secteur commercial de l'espace.

3. Cessionnaire de droits non liés à une garantie internationale (article XIII)

Ainsi que la délégation japonaise l'a souligné à la dernière session du Comité, l'article XIII doit fournir une protection adéquate au cessionnaire des droits du débiteur lorsque la cession est intervenue avant l'inscription de toute garantie internationale dans le Registre international, alors donc que le cessionnaire n'a eu aucune opportunité d'inscrire son droit. En revanche, le cessionnaire de droits du débiteur en vertu d'une cession de droits ne devrait pas être affecté par une transaction cachée dont il n'aurait pas pu avoir connaissance au moment de la cession de droits.

Constatant que l'avant-projet révisé de Protocole n'a pas entériné la proposition de l'auteur à la dernière session du Comité concernant la définition de "cession de droits", puisqu'il a été choisi de mentionner sous une forme différente une cession faite sans relation avec la garantie internationale, l'auteur propose la nouvelle disposition suivante, qui a été légèrement modifiée par rapport à la proposition faite à la dernière session, qui serait insérée comme nouveau paragraphe à l'article XIII.

Nouvelle formulation suggérée (pour article XIII(3)):

"Le présent paragraphe n'affecte pas la validité d'une cession de droits au paiement ou à toute autre forme d'exécution dus ou qui seront dus au débiteur, effectuée avant la première cession de droits enregistrée, lorsque toutes les conditions en vertu de la loi applicable sont satisfaites".

4. Critères d'identification des biens spatiaux (article XXX)

a) Afin d'établir des critères d'identification uniques pour les biens spatiaux afin que la recherche puisse être effectuée sans erreur, nous pensons que les critères doivent être simples et spécifiques. Egalement les biens qui sont inscrits après le lancement devraient être identifiés par les mêmes critères que ceux apparaissant au paragraphe 1, à savoir le nom du constructeur, le numéro de série assigné par le constructeur et la désignation du modèle. Bien entendu, ces éléments ne pourront pas être matériellement confirmés à la vue d'une impression ou d'une plaque après que le bien a été élané dans l'espace. Cependant, ils peuvent être vérifiés par d'autres moyens, par exemple en examinant les données de désignation du modèle du constructeur. En conséquence, la règle particulière contenue au paragraphe 2 n'est pas nécessaire.

Nouvelle formulation suggérée (pour article XXX):

Supprimer le paragraphe 2 de l'article XXX et incorporer une disposition au paragraphe 1, remplaçant "l'une ou l'ensemble des données supplémentaires précisées au paragraphe 2". (voir la proposition présentée à l'alinéa b) ci-dessous à titre d'exemple).

b) La deuxième phrase du paragraphe 1 reflète l'idée que les données supplémentaires concernant le bien spatial ne serviraient que comme simple référence. Si la proposition visée au

paragraphe a) ci-dessus concernant les critères des biens inscrit après le lancement est acceptée, les "données supplémentaires" concernant de tels biens pourrait être fournies en même temps que l'inscription dans le Registre international ou après celle-ci.

Que les données supplémentaires soient fournies au moment de l'inscription ou après, il est important d'éviter que les données supplémentaires ajoutées au Registre international en vertu du Protocole puisse être différentes de celles du Registre des Nations Unies parce que des incompatibilités entre bases de données créeront des complications dans les opérations commerciales. En conséquence, l'auteur propose que ces données supplémentaires soient faites si possible en fournissant l'URL qui renvoie aux données correspondantes du Registre tenu par le Secrétaire général des Nations Unies.

Nouvelle formulation suggérée (pour article XXX(1)):

"... après le lancement du bien spatial, le créancier peut ajouter à ces données relatives à l'inscription l'une ou l'ensemble des données supplémentaires précisées dans le règlement, telles que la date et l'heure du lancement, le site de lancement, le nom du fournisseur du service de lancement et [...], mais s'il ne le fait pas ou si des données incorrectes sont ajoutées, cela n'affecte pas la validité de l'inscription. Pour autant que possible, les données supplémentaires seront fournies en même temps que l'URL qui renvoie aux données continues dans le Registre tenu par le Secrétaire Général des Nations Unies conformément à la Convention des Nations Unies de 1975 sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique".

M. P.B. Larsen

1. Je suis d'accord avec le fait que le futur Protocole spatial doit être commercialement viable. Cela a été la ligne directrice depuis le début de la première réunion du groupe de travail de l'industrie spatiale sur le futur Protocole. A cette fin, nous avons besoin d'une large participation de tous les secteurs: opérateurs de satellites ainsi que constructeurs, banquiers, assureurs et universitaires comme moi. Je tiens à souligner que le futur Protocole devrait servir à tous les participants, les grandes et petites économies, développées et émergentes. Il ne devrait pas favoriser un groupe par rapport à un autre. A ce stade des négociations, j'espère que chaque délégation gouvernementale sollicitera l'avis de tous leurs secteurs commerciaux lors de la préparation de la session du mois de mai et de la Conférence diplomatique.

2. Vous m'avez demandé spécifiquement de donner mon avis juridique sur le futur Protocole spatial. J'ai toujours été d'avis qu'un Protocole spatial de droit privé international devait, en principe, suivre et être subordonné aux traités de droit international public existants. Les contrats privés sont toujours conclus sous réserve des règles de droit public existantes. Nous avons inclus dans le projet plusieurs dispositions qui expriment et expliquent ce principe. Elles sont toutes utiles, notamment parce qu'elles établissent une certitude juridique et donnent confiance aux non-juristes dans la viabilité du futur Protocole spatial.

3. Plus on travaille sur le futur Protocole spatial, plus il devient long, détaillé et compliqué. Cela en rend la compréhension difficile pour des non-juristes et entraîne un manque de confiance dans son utilisation. Il limite également la possibilité pour les juristes de façonner un contrat à la situation particulière du client. La simplicité plutôt que plus de complexité est à mon avis un objectif souhaitable. La récente proposition d'étendre la disposition sur le choix de la loi applicable aux cessions et aux cessions successives des droits du débiteur en est un exemple. Il semble que nous pourrions étendre le futur Protocole sans fin dans des domaines habituellement régis par la loi nationale. De telles nouvelles extensions ne sont pas nécessaires.

Mme L. Ravillon (Université de Bourgogne Faculté de Droit de Dijon)

Il convient de souligner l'importance de cet instrument de droit matériel, qui est le premier instrument international de droit privé en matière spatiale. Compte tenu du cadre juridique de droit international public des activités spatiales, la Convention implique des règles de droit privé et de droit public. Ces relations peuvent être examinées au regard des droits nationaux de l'espace, qui risquent de fonder des oppositions étatiques à d'éventuelles prises de possession d'un satellite appartenant à l'Etat par des entreprises privées en raison d'un éventuel problème de transfert de technologies, surtout militaires. Ces relations peuvent aussi être mises en perspective avec le droit international de l'espace : se pose alors le problème de l'Etat de lancement, qui conserve la responsabilité sur l'objet spatial, alors même qu'il n'exerce plus sa juridiction et son contrôle du fait du transfert de l'objet spatial à un créancier sous la juridiction et le contrôle d'un autre Etat. Dans ce cas, la responsabilité de l'Etat de lancement initial demeure, alors qu'il y a eu transfert d'un objet spatial grevé d'une sûreté à un créancier après exercice des recours prévus par la Convention, et que cet Etat n'est plus en pratique capable d'exercer un contrôle sur cet objet.

Cet instrument offre l'avantage d'établir un rang de priorité des sûretés et une reconnaissance judiciaire internationale de la garantie internationale.

Il prévoit, à l'inverse des traités spatiaux, qui ont fait l'objet de nombreuses critiques à ce sujet, des définitions soignées, importantes pour sa mise en œuvre.

Il me semble que, du fait du travail fourni par tous les acteurs du secteur spatial et par le Secrétariat d'UNIDROIT, les principaux obstacles à la réussite de l'avant-projet révisé de Protocole ont été surmontés, grâce à une représentation de tous les participants à un projet spatial et à un meilleur équilibre entre les parties prenantes, notamment les institutions financières et les assureurs (même si tous les conflits d'intérêts potentiels – entre banques ; entre banques et assureurs ; entre banques et Etats – ne sont pas réglés, et qu'aucun renvoi à un mécanisme de règlement des différends n'est intégré au projet).

L'avant-projet révisé de Protocole présente donc de nombreuses avancées par rapport aux versions précédentes.

La sûreté prévue par la Convention offre l'avantage d'être autonome par rapport aux droits nationaux. Cela explique que la Convention couvre les sûretés au sens classique du terme, mais également les droits des vendeurs en vertu des contrats de vente sous condition, et ceux des bailleurs en vertu des contrats de bail. L'article 2(2) prévoit en effet que la garantie internationale portant sur des biens d'équipement mobiles est une garantie a) conférée par le constituant en vertu d'un contrat constitutif de sûreté ; b) appartenant à une personne qui est le vendeur conditionnel aux termes d'un contrat réservant le droit de propriété ; ou c) appartenant à une personne qui est un bailleur aux termes d'un contrat de bail.

Des difficultés subsistent, pouvant compromettre l'efficacité de la sûreté, en particulier concernant les autorisations d'utilisation et d'exploitation du satellite (position orbitale, fréquences radioélectriques), qui ne sont pas toujours transférables en raison de leur caractère *intuitu personae* (mais l'avant-projet révisé de Protocole ne peut remédier à cette difficulté), et concernant le droit applicable, puisque l'article VIII de l'avant-projet révisé de Protocole insiste sur le rôle joué par la loi applicable et que l'article X, mentionnant la cession de droits, précise qu'"une cession de droits (...) transfère au créancier les droits du débiteur faisant l'objet de la cession de droits pour autant que le permet la loi applicable" (déterminée par les parties, ou, en cas de silence, par le juge ou l'arbitre en cas de litiges, ce qui introduit des aspects de droit international privé dans la convention de droit matériel, risquant de porter atteinte au souhait de la Convention de créer "un régime uniforme et

prévisible pour les garanties portant sur des biens spatiaux et facilitant le financement garanti par un actif de tels biens" (dernier considérant de l'avant-projet révisé de Protocole)).

Demeurent également d'éventuelles difficultés d'articulation du projet de protocole avec les lois spatiales nationales et avec les Traités spatiaux. De manière encore plus générale, l'avant-projet révisé de Protocole doit s'articuler avec tous les textes qui peuvent être liés à son contenu. Outre les textes relatifs au droit de l'espace, déjà mentionnés, on peut citer les conventions internationales et textes relatifs au financement du commerce international (UNIDROIT, CNUDCI) ou les textes relatifs à la protection des droits de propriété intellectuelle.

Article I : Sur la définition du bien spatial

Il faut saluer l'exclusion de la référence aux composants dans la définition du bien spatial.

Malgré tout, la conception du bien spatial reste extensive puisqu'on y place, outre les transpondeurs, les manuels, données ou registres relatifs à la propriété du bien, à son utilisation ou à son contrôle. Concernant ces manuels, on peut s'interroger sur l'intérêt de les considérer comme un bien spatial et sur la limite à cette notion de bien spatial. Dans un document (rapport préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT, C.E.G./Pr. Spatial/3/Rapport rev., décembre 2009), le Secrétariat d'UNIDROIT se demande s'il ne serait pas approprié d'introduire dans la définition de "droits du débiteur" plutôt que dans la définition de "bien spatial" la référence au droit à tous les manuels, données et registres. Cela paraît effectivement plus adapté.

Les composants du satellite comme les répéteurs sont pris en compte, alors même qu'il est difficile d'appréhender de manière indépendante le répéteur par rapport au satellite, même s'il semblerait qu'il y ait eu quelques exemples de financements propres à ces répéteurs¹². *Quid* en cas d'inscription d'une sûreté sur le satellite et par d'autres créanciers sur le transpondeur ? Comment régler le conflit d'intérêts ?

La définition, même beaucoup moins large qu'initialement (les composants ne sont plus mentionnés), demeure vaste.

Article II.3 : Application de la Convention à l'égard des biens spatiaux et des droits du débiteur

Sur la différence entre la notion de bien spatial et notion de bien aéronautique, les conventions relatives aux aéronefs ne s'appliquent qu'à cette dernière notion : est-il si facile de toujours distinguer ces biens ? On pense en particulier aux véhicules suborbitaux habités, qui sont des véhicules hybrides.

Article IV : Application de la Convention aux ventes et à l'assurance pour le sauvetage

Des réserves avaient été émises à l'encontre de l'avant-projet révisé de Protocole, resté silencieux sur la question de l'inscription des droits de sauvetage auxquels les assureurs peuvent prétendre lorsque le satellite déclaré en perte réputée totale conserve une valeur marchande résiduelle, qui n'entraient pas dans la définition des créances susceptibles d'être inscrites sur le registre international. Cet article devrait satisfaire les assureurs et permet à l'avant-projet révisé de Protocole d'être plus proche de la réalité des liens assureurs/banquiers.

¹² A. de FONTMICHEL, "Commentaires sur l'avant-projet de Protocole sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement spatial au projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles », *ZLW*, 2001/4, p. 543.

Article XVI : Obligation du débiteur en ce qui concerne les licences

Malgré l'abandon, bienvenu, des droits connexes dans le champ d'application de l'avant-projet révisé de Protocole, le transfert évoqué dans l'article ne sera sans doute pas aussi simple qu'il n'y paraît dans l'article, en pratique. Ce transfert ne dépend pas que du débiteur. Ce transfert est lié au rôle des Etats, qui vont délivrer ces autorisations au titre de leurs droits publics internes et pour répondre à certaines obligations internationales.

Pour rappel, la Loi française n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales prévoit ainsi que :

"Art. 2 : Doit préalablement obtenir une autorisation délivrée par l'autorité administrative :

1° Tout opérateur, quelle que soit sa nationalité, qui entend procéder au lancement d'un objet spatial à partir du territoire national, de moyens ou d'installations placés sous juridiction française ou qui entend procéder au retour d'un tel objet sur le territoire national, sur des moyens ou des installations placés sous juridiction française ;

2° Tout opérateur français qui entend procéder au lancement d'un objet spatial à partir du territoire d'un Etat étranger, de moyens ou d'installations placés sous la juridiction d'un Etat étranger ou d'un espace non soumis à la souveraineté d'un Etat ou qui entend procéder au retour d'un tel objet sur le territoire d'un Etat étranger, sur des moyens ou des installations placés sous la juridiction d'un Etat étranger ou sur un espace non soumis à la souveraineté d'un Etat ;

3° Toute personne physique possédant la nationalité française ou personne morale ayant son siège en France, qu'elle soit ou non opérateur, qui entend faire procéder au lancement d'un objet spatial ou tout opérateur français qui entend assurer la maîtrise d'un tel objet pendant son séjour dans l'espace extra-atmosphérique.

Art. 3 : Le transfert à un tiers de la maîtrise d'un objet spatial ayant fait l'objet d'une autorisation au titre de la présente loi est soumis à l'autorisation préalable de l'autorité administrative.

Conformément aux dispositions du 3° de l'article 2, tout opérateur français qui entend prendre la maîtrise d'un objet spatial dont le lancement ou la maîtrise n'a pas été autorisé au titre de la présente loi doit obtenir à cette fin une autorisation préalable délivrée par l'autorité administrative" ..

Article XVIII : Modification des dispositions relatives aux mesures en cas d'inexécution des obligations en ce qui concerne les biens spatiaux

Article 2(b)(i) et (ii) : sur la notion de mesure mise en œuvre d'une manière commercialement raisonnable : qui appréciera ?

Article XXII : Mesures en cas d'insolvabilité

Au niveau communautaire, quel lien sera fait avec le Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000 ?

Article XXVII : Limitations des mesures en cas d'inexécution des obligations

Sur la place de l'Etat : cette convention de droit privé accorde néanmoins un rôle à l'Etat, compte tenu de la sensibilité du secteur spatial et de l'existence, notamment, de lois sur le contrôle de l'exportation de biens sensibles. Cette question est sensible car il faut assurer l'équilibre entre la nécessaire intervention de l'Etat, qui doit pouvoir s'opposer au transfert d'un bien spatial si cela

risque de perturber un service public, et l'efficacité des droits réels d'un créancier, protégés par différents textes d'ordre international notamment, reconnaissant le caractère fondamental du droit de propriété, et la nécessité d'une indemnisation ou d'une compensation (selon quelles modalités ici ?).

Article XXVIII : L'Autorité de surveillance

Quel sera son rôle exact ? Faut-il considérer que c'est la description de son rôle dans la Convention qui s'appliquera, ou aura-t-elle un rôle spécifique en matière spatiale ?

Article XXX : Identification des biens spatiaux aux fins de l'inscription

Une difficulté concernant le champ d'application de l'avant-projet révisé de Protocole était relative au point de départ de la couverture. Différents points de vue s'opposaient, certains suggérant que les droits nationaux offraient des solutions quand le satellite n'était pas encore lancé, d'autres souhaitant une meilleure protection des prêteurs au stade de la construction du satellite. L'application anticipée de la Convention telle que prévue par l'avant-projet révisé de Protocole est de nature à rassurer les banques qui interviennent au moment de la fabrication du bien spatial.

Cet article ne coïncide pas totalement avec la définition très large retenue à l'article I, du bien spatial, puisqu'il évoque, par rapport au bien spatial non encore lancé, le numéro de série assigné par le constructeur au bien spatial : les transpondeurs en comportent-ils ?

ANNEXE I

*La pratique des opérations de financement privé de projets au Japon
et la protection du service public*

(Note de Souichirou Kozuka, Professeur de droit, Université Gakushuin)

1. Objet de la présente note

La présente note vise à présenter la pratique des opérations à financements privés de projets au Japon comme information de référence lors de l'examen des limitations aux mesures en cas d'inexécution lorsque le service public est en jeu.

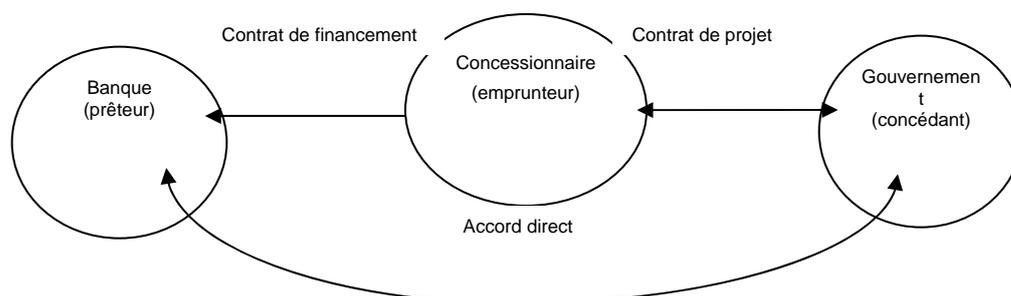
Il faut souligner que les marchés de fourniture de biens et de services reposent sur différents types de contrats. L'information dans la présente note, qui a été résumée dans un rapport de 2004 du Comité sur le financement privé de projets, porte essentiellement sur le mécanisme de financement du projet. Cela ne signifie pas que le service public fourni par un opérateur propriétaire du bien spatial repose exclusivement sur ce type d'opération financière. Au contraire, le financement de projet n'a pas été utilisé en ce qui concerne les activités spatiales pour fournir des services publics au Japon. En ce sens, l'information ci-dessous est fournie strictement à usage de référence lors de l'examen de la façon dont le service public peut-être protégé dans le montage financier.

2. Le maintien du service public dans le financement privé de projets

Selon le rapport susmentionné, la pratique habituelle est que le Gouvernement (concédant) et l'institution financière (prêteur) concluent un contrat direct et décident des mesures qui seront mises en œuvre en cas de défaillance de l'exploitant. L'Accord direct est un contrat distinct du contrat de financement entre l'institution financière (prêteur) et l'exploitant (emprunteur), et du contrat de service entre l'exploitant et le Gouvernement. Il complète les deux contrats en organisant les dispositifs nécessaires en cas d'insolvabilité de l'exploitant.

En premier lieu, il faut noter que l'Accord direct prévoit l'obligation de l'autorité publique locale d'exécuter ses obligations en vertu du contrat de projet ainsi que l'obligation de l'institution financière d'exécuter ses obligations en vertu du contrat de financement. En d'autres termes, le l'Accord direct n'est pas destiné à modifier les obligations en vertu des deux contrats originaux.

Le second point à noter est que l'accord direct typique prévoit un droit d'intervention du prêteur (l'institution financière) et non pas du Gouvernement. L'idée qui préside à cette pratique est que le prêteur a un intérêt à assurer que le service produit des revenus et par conséquent il souhaitera préserver le service autant que possible. Cela explique que le prêteur et le Gouvernement ont en fait un intérêt commun, plutôt que d'être en conflit l'un avec l'autre, lorsque l'emprunteur (exploitant) est insolvable.



Troisièmement, lorsque le prêteur dispose d'une garantie et souhaite la mettre en œuvre, l'Accord direct peut exiger que le prêteur consulte préalablement le Gouvernement, mais il n'autorise pas le Gouvernement à bloquer l'exécution de la garantie. Le Rapport note à cet égard qu'aux fins de la supervision bancaire (réglementation dite prudentielle), un prêt est qualifié de "prêt garanti" seulement lorsqu'il n'est assorti d'aucune limitation pour ce qui est de l'exécution de la sûreté. Cela signifie que soumettre les mesures en cas d'inexécution au consentement du Gouvernement aurait un effet dissuasif important pour les banques dans l'octroi de financement. Certains praticiens se préoccupent même qu'une disposition exigeant du prêteur qu'il consulte le Gouvernement pourrait poser le même problème.

Quatrièmement, l'Accord direct prévoit que le prêteur et le Gouvernement ont l'obligation de s'avertir l'un l'autre lorsqu'ils ont connaissance de tout risque de manquement ou d'autre défaillance de l'exploitant (emprunteur). Le but de cette disposition est de prévenir le manquement de l'opérateur à un stade aussi précoce que possible.

3. Conclusion

Au Japon, il n'existe pas de disposition légale dérogatoire au droit privé général même lorsque l'opération vise la fourniture d'un service public. Dans le cas du financement privé de projets, des dispositifs nécessaires sont mis en place sous la forme contractuelle. Il semble plus adapté à la réalité des opérations financières d'avoir recours à des arrangements contractuels plutôt que d'imposer une réglementation impérative dans la loi.

ANNEXE II

Lettre adressée au Secrétariat d' UNIDROIT par l'Association de l'industrie des satellites des Etats-Unis d'Amérique en date du 3 novembre 2009 (texte original)

November 3, 2009

Mr. Martin J. Stanford
Deputy Secretary-General
International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)
Via Panisperna 28
00184 Rome, Italy

Via Email at: mi.stanford@unidroit.org

Re: Proposed Draft Space Assets Protocol to the Cape Town Convention

Dear Mr. Stanford:

On behalf of the Satellite Industry Association ("SIA"), I write to you regarding the proposed draft Space Assets Protocol to the Cape Town Convention (the "Protocol"). SIA is a consensus-based trade association which serves as the unified voice of the U.S. satellite industry on policy, regulatory, and legislative issues affecting the satellite business. SIA represents the leading global satellite operators, service providers, manufacturers, launch services providers, integrators, ground equipment suppliers, and satellite radio and television providers. *

SIA supports the general goal of the UNIDROIT to seek to facilitate financing of high value assets through the formulation of various protocols. While our membership commend the efforts of UNIDROIT, we have significant concerns with the direction of the current draft Protocol.

First, we doubt that this draft Protocol will facilitate financing for the satellite industry. On the contrary, we fear that the draft Protocol will instead deter financing by imposing an additional, unnecessary, burdensome and vague layer of law through broad, unclearly defined rules on ownership and security interests in space assets.

Second, SIA believes that existing national law more than adequately addresses the issue of granting of security in assets located in space. As a result, the satellite industry does not see a need for, and therefore does not support, a new layer of supranational law addressing ownership and collateral security issues relating to space assets. Indeed, based upon the current draft, we believe the Protocol would create potential additional conflicts, potentially chilling the very space asset financing UNIDROIT seeks to encourage.

* SIA Executive Members include: Artel Inc.; The Boeing Company; CapRock Government Solutions; The DIRECTV Group; Hughes Network Systems, LLC; DBSD North America, Inc.; Integral Systems, Inc.; Intelsat, Ltd.; Iridium Satellite, LLC; Lockheed Martin Corp.; Loral Space & Communications Inc.; Northrop Grumman Corporation; Rockwell Collins; SES World Skies, Inc.; SkyTerra Communications, Inc; and TerreStar Networks, Inc. Associate Members include: ATK Inc.; Comtech EF Data Corp.; DRS Technologies, Inc.; EchoStar Satellite, LLC; EMC, Inc.; Eutelsat Inc.; iDirect Government Technologies; Inmarsat Inc.; Marshall Communications Corp.; Panasonic Avionics Corporation; Spacecom Ltd.; Stratos Global Corp; SWE-DISH Space Corp; Telesat Canada; ViaSat Inc.; and WildBlue Communications, Inc. Additional information about SIA can be found at <http://www.sia.ortl>.

Asset-based satellite financing is infrequent relative to other classes of high-value mobile assets, such as aircraft, vessels and rolling stock. Parties seeking such financing typically are already able to obtain necessary financing. SIA members are concerned that the proposed supranational law would neither aid the satellite industry nor facilitate financing.

The absence of supportive representation from U.S. and international satellite operators and the financial community in exercise of drafting this Protocol should serve to indicate to UNIDROIT and the Committee of governmental experts the insufficiency of support and of need for the proposed regime.

We respectfully urge you to reconsider the need for the Protocol and stand ready to discuss these concerns with you at your convenience.

With Regards,

Patricia Cooper
President
Satellite Industry Association

cc: Ambassador Philip L. Verveer
Deputy Assistant Secretary of State and U.S. Coordinator for International Communications
and Information Policy
U.S. State Department

Mr. Hal Burman
Executive Director, Office of Legal Adviser U.S. State Department

ANNEXE III

Lettre adressée au Secrétariat d' UNIDROIT par l'Association de l'industrie des satellites des Etats-Unis d'Amérique en date du 23 novembre 2009 (texte original)

November 23, 2009

Mr. Martin J. Stanford
Deputy Secretary-General
International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)
Via Panisperna 28
00184 Rome, Italy

Via e-mail at: mj.stanford@unidroit.org

Re: Proposed Draft Space Assets Protocol to the Cape Town Convention

Dear Mr. Stanford:

Thank you for your letter of November 6, 2009. For the reasons stated in our letter dated November 3, 2009, the Satellite Industry Association (SIA)¹⁴ firmly opposes the creation of a Space Assets Protocol. After extensive consultation and internal discussion, we have concluded that there is simply no need for such a Protocol. Moreover, the Protocol's adoption may have negative and costly consequences on our members and the U.S. and international satellite industry in general.

You have asked us to enumerate areas where the draft Protocol is deficient. Such expressions of concern have been conveyed several times over the past years and, as a group, we now have concluded that both the text and the construct of the draft Protocol are incurable. Despite the many years exploring this project, we believe that the Protocol fails to achieve its goal of commercial viability. As stated in our previous letter, we remain convinced that the Protocol risks actually deterring the ability of the satellite industry to secure necessary financing by creating conflicts with existing law and by adding an unnecessary layer of administrative burden.

Again, we urge you to reevaluate the need for the Protocol, consider its potential deleterious effect on the satellite industry worldwide, and stop all efforts to create the Protocol.

With Regards,

Patricia Cooper
President
Satellite Industry Association
cc: Ambassador Philip L. Verveer

¹⁴ SIA is a consensus-based trade association which serves as the unified voice of the U.S. satellite industry on policy, regulatory, and legislative issues affecting the satellite business. SIA represents the leading global satellite operators, service providers, manufacturers, launch services providers, integrators, ground equipment suppliers, and satellite radio and television. SIA Executive Members include: Arrowhead Global Solutions, Inc.; Artel Inc.; The Boeing Company; DataPath, Inc.; The DIRECTV Group; Hughes Network Systems LLC; ICO Global Communications; Integral Systems, Inc.; Intelsat, Ltd.; Iridium Satellite LLC; Lockheed Martin Corp.; Loral Space & Communications Inc.; Mobile Satellite Ventures LP; Northrop Grumman Corporation; SES Americom, Inc.; and TerreStar Networks Inc. Associate Members include: ATIC Inc.; Comtech EF Data Corp.; EchoStar Corporation; EMC Inc.; Eutelsat Inc.; Inmarsat Inc.; Marshall Communications Corp.; New Skies Satellites, Inc.; Spacecom Ltd.; Spacenet Inc.; Stratos Global Corp; SWE-DISH Satellite Systems; Telesat Corp., XTAR, LLC and WildBlue Communications, Inc.

Deputy Assistant Secretary of State and U.S. Coordinator for International Communications and Information Policy U.S. State Department

Mr. Ken Hodgkins

Director, Office of Space and Advanced Technology U.S. State Department

Mr. Hal Burman

Executive Director, Office of Legal Adviser U.S. State Department