



FR

CONSEIL DE DIRECTION
92^e session
Rome, 8 - 10 mai 2013

UNIDROIT 2013
C.D. (92) 5 (c)/(d)
Original: anglais
mars 2013

Point n° 5 de l'ordre du jour - Garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles

b) Préparation éventuelle d'autres Protocoles à la Convention du Cap:

(ii) Navires et matériels d'équipement maritimes,

(iii) Matériels de production d'énergie éolienne en mer et matériels d'équipement similaires

(préparé par le Secrétariat)

Sommaire

Examen des questions juridiques internationales et transfrontalières actuellement soulevées par les sûretés réelles grevant des navires et des matériels de production d'énergie en mer et biens similaires; évaluation de la pertinence du régime d'opérations garanties instauré par la Convention du Cap pour une application à ce type de biens; recommandations du Secrétariat d'UNIDROIT relatives à la poursuite des travaux en vue de l'extension du régime de la Convention du Cap par l'élaboration de nouveaux Protocoles couvrant les navires ainsi que les matériels de production d'énergie éolienne en mer et les biens similaires

Action demandée

Prendre note de la proposition de réaliser de nouvelles études de faisabilité concernant l'élaboration de Protocoles additionnels à la Convention du Cap couvrant les navires ainsi que les matériels de production d'énergie éolienne en mer et les biens similaires et formuler des recommandations sur l'opportunité, pour le Secrétariat d'UNIDROIT, d'allouer des ressources à de telles études, lesquelles seraient conduites en étroite concertation avec les représentants du secteur et des experts extérieurs

Documents connexes UNIDROIT 2013 -C.D. (92) 13

Table des matières

Résumé	4
Introduction	7
A. Navires et matériels de transport maritime	8
1. Importance économique des sûretés conventionnelles grevant des navires	9
2. Principales questions posées par les sûretés réelles constituées sur des navires dans un contexte transfrontalier	9
a) Application de la loi du pavillon comme loi régissant les sûretés conventionnelles grevant des navires et exceptions à cette règle	10
b) Différentes catégories de sûretés conventionnelles dans les droits nationaux	10
c) Différentes conditions d'opposabilité dans les droits nationaux	12
d) Détermination du rang en fonction de l'inscription	13
e) Relation avec l'inscription dans un registre des sûretés réelles indexé par débiteur.....	13
f) Loi applicable au rang des sûretés conventionnelles grevant des navires	14
g) Privilèges maritimes non conventionnels	15
h) Rang respectif des privilèges maritimes et des sûretés conventionnelles.....	15
i) Loi applicable aux privilèges maritimes et à leur rang	16
3. Pratiques adoptées par le marché face à ces problèmes	17
4. Instruments internationaux existants et en projet concernant les sûretés réelles grevant des navires.....	18
a) Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1926	18
b) Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1967	19
c) Convention de Genève sur les privilèges et hypothèques maritimes de 1993	20
d) Conventions sur la saisie conservatoire des navires de 1952 et 1999	21
e) Proposition de Registre européen des navires (Euros)	22
f) Project d'instrument international pour la reconnaissance des ventes judiciaires de navires	22
5. Pertinence du système de la Convention du Cap pour les sûretés conventionnelles grevant des navires.....	23
a) Présentation des principales caractéristiques du régime d'opérations garanties instauré par la Convention du Cap	24
b) Navires et matériels d'équipement maritime en tant que biens susceptibles d'immatriculation	25
c) Règles uniformes relatives aux obligations d'inscription	26
d) Règles uniformes de priorité entre sûretés conventionnelles concurrentes	26
e) Publicité renforcée par un registre électronique	27
f) Organisations internationales susceptibles d'agir en qualité d'Autorité de surveillance	27
g) Exigences de double inscription.....	27
h) Restriction générale aux sûretés conventionnelles	28
i) Réglementation limitée des questions touchant aux sûretés non conventionnelles	28
j) Prévention des conflits avec d'autres instruments internationaux concernant l'exécution (saisie conservatoire et vente judiciaire).....	29
k) Réserve de propriété et bail	30
l) Différentes mesures en cas d'inexécution des hypothèques et des <i>mortgages</i>	30
m) Compétence	31

6.	Recommandation: nouvelle étude de faisabilité concernant l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les navires et les matériels d'équipement maritime	31
B.	Matériel de production d'énergie en mer et matériels d'équipement similaires	32
1.	Quelques données économiques et techniques	33
a)	Part de marché croissante de la production d'énergie éolienne en mer et expansion de la demande de financement	33
b)	Différents types d'installations de production d'énergie éolienne en mer	33
2.	Statut juridique des eaux au large des côtes	34
3.	Questions relatives à la détermination de la loi applicable.....	35
a)	Droit des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne situés en mer territoriale	35
b)	Droit des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne situés dans une zone économique exclusive ou sur un plateau continental: règles particulières de conflit de lois.....	36
c)	Droit des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne situés dans une zone économique exclusive ou sur un plateau continental: application de principes généraux	37
d)	Application de la loi du pavillon ou de l'État d'origine	39
e)	Application de la loi des registres indexés par débiteur	40
f)	Matériels de production d'énergie éolienne situés en haute mer	41
g)	Transport transfrontalier de matériels de production d'énergie éolienne en mer... ..	41
4.	Questions relatives au droit des biens et au droit des opérations garanties	41
a)	Absence de droit de propriété immobilière en mer	42
b)	Matériels de production d'énergie éolienne en mer en tant qu'accessoire d'un bien immeuble.....	42
c)	Sûretés grevant des matériels de production d'énergie en mer dans les systèmes juridiques prévoyant une inscription par actif.....	45
d)	Sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans les systèmes juridiques prévoyant une inscription indexée par débiteur	46
e)	Sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans les systèmes juridiques autorisant le transfert de propriété de biens meubles à titre de garantie sans transfert direct de possession	47
5.	Pratiques adoptées par le marché face à ces problèmes	48
6.	Pertinence du système de la Convention du Cap pour les matériels de production d'énergie éolienne en mer et les matériels d'équipement similaires.....	50
a)	Sûreté internationale constituée sur des matériels de production d'énergie en mer	50
b)	Publicité par inscription en vertu du système de la Convention du Cap	51
c)	Possibilité d'inscription d'éléments de matériels de production d'énergie éolienne en mer	51
d)	Réserve de propriété.....	51
e)	Transfert de sûretés et refinancement de matériels de production d'énergie éolienne en mer	52
f)	Cession à titre de garantie des droits au paiement de redevance de l'exploitant du parc éolien	52
7.	Recommandation: nouvelle étude de faisabilité concernant l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les matériels de production d'énergie en mer et les matériels d'équipement similaires	54

Résumé

La présente étude préliminaire suggère qu'UNIDROIT envisage de conduire des études de faisabilité concernant l'élaboration de Protocoles additionnels à la Convention du Cap, couvrant

- (i) les navires et matériels d'équipement maritimes;
- (ii) les matériels de production d'énergie éolienne en mer et matériels d'équipement similaires.

Pour ces deux catégories de biens, l'étude préliminaire conclut à l'existence, dans le cadre juridique actuel non harmonisé, de considérables obstacles à un fonctionnement efficace et fiable des opérations garanties en situation transfrontalière. Dans les deux cas, le régime de la Convention du Cap représente une solution adaptée sur laquelle des efforts d'harmonisation internationale du droit pourraient s'appuyer.

Il serait souhaitable que dès le départ, UNIDROIT réalise les deux études de faisabilité en étroite coopération avec les organisations internationales concernées et mène des consultations intensives avec les représentants du secteur. Il serait ainsi possible de bien prendre en compte les particularités et les réalités économiques des marchés intéressés et de mieux définir les domaines pour lesquels le marché préfère les approches traditionnelles aux opérations garanties et ceux pour lesquels une réforme législative recueille le plus grand soutien.

Navires et matériels d'équipement maritimes

Le domaine des opérations garanties portant sur des navires en contexte transfrontalier pose de longue date de multiples problèmes liés à l'absence d'harmonisation internationale des régimes juridiques nationaux applicables aux sûretés réelles grevant des navires. L'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les navires et les matériels d'équipement maritime pourrait être un considérable avantage pour les intervenants du marché dans ce domaine, en particulier,

- (i) en harmonisant les obligations et procédures d'inscription des sûretés conventionnelles grevant des navires et en mettant ainsi un terme aux fortes divergences observées aujourd'hui entre les différentes procédures nationales visant à garantir l'opposabilité des hypothèques grevant des navires (voir ci-dessous paras. 22 *et seq.* et 77 *et seq.*);
- (ii) en renforçant la publicité de l'inscription des sûretés conventionnelles grevant des navires par l'instauration d'un système d'inscription électronique, moderne et efficace dont la faisabilité pratique a déjà été démontrée pour les sûretés constituées sur des aéronefs (voir ci-dessous paras. 83 *et seq.*); et
- (iii) en harmonisant les règles régissant le rang respectif des sûretés conventionnelles grevant des navires; la sécurité juridique des opérations commerciales en serait améliorée puisque les parties n'auraient plus à considérer le risque que chaque système juridique national ait ses propres règles régissant le rang de ces droits, par exemple en ce qui concerne la possibilité d'inscrire une prénotation et ses effets ou le traitement de sûretés inscrites le même jour, ce qui pourrait évidemment avoir un effet très sensible sur la valeur d'une telle sûreté, ce d'autant plus que les règles de conflit de lois en la matière ne sont pas identiques et renvoient à différentes lois applicables (voir ci-dessous paras. 25 *et seq.*, 31 *et seq.* et 80 *et seq.*).

Par ailleurs, un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les navires et les matériels d'équipement maritime permettrait, au moins théoriquement, d'introduire des solutions harmonisées pour d'autres aspects du droit des sûretés réelles grevant des navires où le niveau

actuel des systèmes juridiques nationaux apparaît en retard sur les évolutions plus générales observées dans le domaine des opérations internationales garanties. Ce nouveau Protocole pourrait résoudre les problèmes résultant de doubles obligations d'inscription (voir ci-dessous paras. 28 *et seq.* et paras. 86 *et seq.*), harmoniser les mesures ouvertes au créancier en cas d'inexécution (voir ci-dessous para. 19 et paras. 98 *et seq.*) et proposer une réglementation cohérente pour d'autres types d'opérations garanties, non par une sûreté, mais par une réserve de propriété (voir ci-dessous paras. 20 *et seq.* et paras. 96 *et seq.*).

Bien que plusieurs instruments internationaux traitent déjà des sûretés réelles constituées sur des navires, ils n'ont connu qu'un succès modeste en ce qui concerne la solution aux problèmes évoqués aux paragraphes précédents (voir ci-dessous paras. 49 *et seq.*). Dans une certaine mesure, cet insuccès tient au fait que ces instruments ont également tenté de réglementer le domaine très controversé des sûretés non conventionnelles grevant des navires (privilèges maritimes), pour lequel aucun consensus international ne s'est dégagé à ce jour. À cela il faut ajouter que l'approche des sûretés conventionnelles retenue par ces instruments internationaux, qui se contentent de prévoir la reconnaissance internationale de sûretés constituées en droit interne, doit sembler moins recommandable que celle de la Convention du Cap, qui instaure une garantie internationale et des règles uniformes relatives à la constitution, à l'opposabilité aux tiers, au rang et aux mesures offertes au créancier, et dispense ainsi de la nécessité de remplir, par exemple, des obligations formelles divergentes pour l'inscription dans les différents droits internes.

Bien entendu, l'extension du régime de la Convention du Cap aux navires serait essentiellement axée sur les sûretés conventionnelles et ne toucherait pas directement aux divergences entre les droits internes concernant la constitution et le rang des privilèges maritimes (sauf dans la mesure où ces sûretés non conventionnelles sont partiellement incorporées au champ d'application de la Convention par une déclaration séparée faite par un État contractant conformément aux art. 39 *et seq.*, voir ci-dessous paras. 89 *et seq.*). Même s'il s'agit indéniablement d'un autre problème très important en contexte transfrontalier, il est permis de penser que le champ d'application restreint qu'aurait un nouveau Protocole à cet égard accroîtrait les chances de recueillir une adhésion plus large en écartant les questions sur lesquelles un accord international apparaît peu probable (voir ci-dessous para. 88). Une approche restrictive comparable pourrait être suggérée pour différents points mineurs sur lesquels la position de la Convention du Cap pourrait sembler s'écarter des préférences traditionnelles en matière de sûretés grevant des navires, par exemple l'exercice de la mesure de vente du bien grevé ou l'applicabilité générale des clauses attributives de compétence, mais il serait préférable de traiter ces questions de manière plus approfondie dans les études de faisabilité elles-mêmes après avoir recueilli des avis plus nombreux auprès des acteurs du marché sur leur expérience de l'état actuel de la loi (voir ci-dessous paras. 92 *et seq.* et 100 *et seq.*).

Matériels de production d'énergie éolienne en mer et matériels d'équipement similaires

En quelques années, la production d'énergie dans des parcs éoliens situés en mer est devenue un important secteur d'activité, qui devrait encore se développer grâce à l'essor de la demande de sources d'énergie renouvelables (voir ci-dessous paras. 108 *et seq.*). Il en résulte une considérable demande de financement et sur ce point, il est permis de penser qu'un régime efficace de sûretés réelles grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer et des matériels d'équipement similaires réduirait les coûts de financement et développerait l'offre de crédit garanti.

À ce stade cependant, le droit des différents systèmes juridiques régissant les sûretés réelles grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer pose d'importants problèmes, notamment au plan de la détermination de la loi applicable aux biens en mer (voir ci-dessous paras. 124 *et seq.*) et de l'effet des principes généraux du droit des biens sur la constitution de sûretés mobilières sur des biens de production d'énergie éolienne érigés en mer (voir ci-dessous paras. 142 *et seq.*). La diversité des régimes nationaux applicables aux sûretés réelles, en particulier du point de vue des règles divergentes sur la possibilité d'inscrire des sûretés sur des

biens meubles, qui peuvent rendre inefficaces des sûretés constituées dans un système juridique dès lors que le bien grevé est transporté dans un autre système juridique, est un autre facteur ajoutant aux difficultés rencontrées dans les opérations transfrontalières portant sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer (voir ci-dessous paras. 148 *et seq.*).

Cette situation peu satisfaisante du droit des sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer, tant en contexte national que transfrontalier, pourrait être améliorée par l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les matériels de production d'énergie éolienne en mer et les matériels d'équipement similaires. Plus particulièrement, ce Protocole:

- (i) créerait une sûreté internationale soumise aux règles de la Convention, qui s'affranchirait en grande partie de l'application de règles nationales incertaines de droit international privé (voir ci-dessous paras. 168 *et seq.*);
- (ii) en permettant spécifiquement l'inscription d'une sûreté internationale sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer, garantirait que ces biens puissent faire l'objet de sûretés réelles mobilières, qu'ils soient installés sous forme d'ouvrages fixes en mer ou qu'ils soient incorporés à de tels ouvrages (voir ci-dessous paras. 169 *et seq.*);
- (iii) développerait l'offre de crédit fournisseur pour les matériels de production d'énergie éolienne en mer en garantissant que les droits du vendeur sur des matériels livrés dans le cadre d'un contrat réservant un droit de propriété ne sont pas perdus après leur installation en mer et en conférant un statut privilégié au vendeur en cas de défaillance de l'acheteur (voir ci-dessous paras. 174 et 172 *et seq.*);
- (iv) permettrait également d'incorporer les sûretés constituées sur les droits au paiement des redevances des exploitants de parcs éoliens en mer, ce qui aplanirait, pour ce domaine précis, les considérables divergences entre les systèmes juridiques nationaux concernant les règles d'opposabilité et de priorité applicables aux sûretés constituées sur des créances (voir ci-dessous paras. 176 *et seq.*).

Il conviendrait d'élaborer les dispositions précises de ce Protocole additionnel à la Convention du Cap en étroite concertation avec les représentants du secteur et des experts extérieurs afin, en particulier, de recueillir d'autres avis sur les aspects techniques de ce type de matériel d'équipement, par exemple sur la séparabilité des différents éléments constitutifs des éoliennes. Ces avis permettraient également d'évaluer le degré de soutien que pourraient recueillir auprès des praticiens certains aspects plus secondaires de l'extension du système de la Convention du Cap comme la promotion du crédit fournisseur et les sûretés constituées sur les droits au paiement de redevances.

Introduction ¹

1. Avec l'adoption du Protocole spatial à la Convention du Cap (Protocole de Berlin) en 2012, le régime des opérations garanties en vertu de la Convention du Cap a été complété pour les trois catégories de biens visées en son art. 2(3) (cellules d'aéronefs, moteurs d'avions et hélicoptères, matériel roulant ferroviaire et biens spatiaux). Cependant, ces trois catégories ne couvrent pas tous les matériels d'équipement mobiles couramment apportés en garantie et susceptibles d'être utilisés en contexte transfrontalier, et qui semblent à ce titre se prêter particulièrement à une réglementation dans un instrument international. C'est pourquoi UNIDROIT et ses États membres doivent envisager s'il convient, par de nouveaux Protocoles, d'étendre le système de sûretés réelles instauré par la Convention du Cap à d'autres catégories de matériels d'équipement mobiles.

2. Les navires et matériels de transport maritime d'une part et les matériels de production d'énergie en mer et matériels d'équipement similaires d'autre part sont deux catégories de biens mobiles qui semblent particulièrement appropriés à une extension du système de sûretés réelles instauré par la Convention du Cap. S'agissant des navires et matériels de transport maritime, les sûretés réelles sans dépossession revêtent traditionnellement une grande importance économique. Il existe en effet partout au monde des systèmes d'inscription de sûretés réelles constituées sur des navires et compte tenu du caractère transfrontalier quasiment intrinsèque du secteur des transports maritimes, les sûretés grevant des navires – hypothèques, *mortgages* ou privilèges maritimes – ont déjà fait l'objet d'instruments internationaux visant à harmoniser les différents régimes nationaux.

3. Les progrès techniques et la demande croissante d'énergies renouvelables sont à l'origine d'une forte augmentation des opérations consistant à apporter en garantie des biens de production d'énergie en mer et des matériels d'équipement similaires dans un contexte transfrontalier. L'installation en mer de ces biens dont le financement fait largement appel à des montages financiers pose d'importants problèmes liés à l'application des règles nationales du droit des sûretés réelles, et si certains systèmes juridiques ont développé leur propre approche nationale pour apporter une solution à ces problèmes, il n'y a pas eu jusqu'ici de réelle tentative d'harmonisation internationale.

4. Dans ses suggestions de projets et activités à inclure dans le programme de travail d'UNIDROIT pour la période triennale 2014-2016, le Secrétariat d'UNIDROIT a mentionné des études de faisabilité sur l'extension du système de sûretés réelles instauré par la Convention du Cap aux navires et matériels de transport maritime ainsi qu'aux biens de production d'énergie en mer et matériels d'équipement similaires². Le Conseil de Direction est invité à étudier ces propositions lors de sa 92^e session (Rome, 8 – 10 mai 2013) en tenant compte du résultat et des recommandations de la présente étude préliminaire réalisée par le Secrétariat. Si le Conseil de Direction propose d'inclure ces sujets au Programme de travail, la question sera soumise à l'Assemblée générale pour approbation lors de sa 72^e session fin 2013.

¹ La présente étude a été réalisée par Ole Böger, *Richter am Landgericht Bremen*, en sa qualité de juriste à titre temporaire au sein du Secrétariat d'UNIDROIT.

² UNIDROIT 2013 –C.D. (92) 13, paras. 17–21.

A. Navires et matériels de transport maritime

5. Dans les premières étapes du projet qui allait devenir la Convention du Cap, il avait été envisagé de couvrir les sûretés grevant des navires et des matériels de transport maritime³, mais ces attentes ne se sont pas concrétisées. En effet, dès les premières phases du projet, l'extension aux navires du système de la future Convention relative aux garanties portant sur des matériels d'équipement mobiles a suscité de considérables critiques, critiques que partageait alors le secteur maritime. Les principaux arguments contre l'inclusion des sûretés grevant des navires ont été résumés dans une note du Secrétariat d'août 1996⁴. En premier lieu, il était avancé que l'élaboration de réglementations internationales régissant les navires et le transport maritime avait toujours été une prérogative particulière de certaines organisations internationales avec l'entière participation des milieux maritimes. En second lieu, on craignait de possibles conflits avec la Convention internationale sur les privilèges et hypothèques maritimes qui venait alors d'être élaborée et a été adoptée par la conférence des Nations Unies et de l'Organisation maritime internationale de Genève en 1993.

6. Dans la note de 1996 précitée, le Secrétariat estimait qu'il ne serait possible d'évaluer au mieux l'intérêt de l'inclusion ou de l'exclusion des navires dans le système de la Convention UNIDROIT QU'après avoir parachevé les règles de la Convention. Aujourd'hui, au vu du formidable succès du système de la Convention du Cap, le Secrétariat pense qu'il conviendrait de réévaluer la nécessité et la faisabilité d'une extension aux navires des règles internationales harmonisées applicables aux sûretés réelles en vertu de la Convention du Cap. Ce d'autant plus que la Convention internationale de 1993 sur les privilèges et hypothèques maritimes n'a pas recueilli une large adhésion alors que la Convention du Cap bénéficie d'un fort soutien des États et surtout de l'industrie aéronautique. La question a été soulevée lors de la 91^e session du Conseil de Direction en mai 2012⁵.

7. La présente étude préliminaire recense et décrit les principaux obstacles juridiques que rencontrent les acteurs du secteur des transports maritimes dans le domaine des sûretés grevant des navires et des matériels de transport maritime en situation transfrontalière et présente l'état et le développement des règles internationales harmonisées dans ce domaine du droit. Elle examine ensuite si le marché a trouvé ou pourrait trouver d'autres solutions en l'absence de règles internationales harmonisées et si l'extension aux navires du régime de la Convention du Cap pourrait être une réponse appropriée aux difficultés juridiques à cet égard. En fonction des délibérations du Conseil de Direction et de l'Assemblée générale, ces questions devraient alors faire l'objet de recherches plus approfondies dans une étude de faisabilité à conduire en étroite coopération avec les organes compétents du secteur des transports maritimes, qui constituerait une première étape de l'élaboration éventuelle d'un nouveau projet de Protocole conformément aux procédures prévues à l'art. 51 de la Convention du Cap.

³ Voir art. 2(1)(c) du premier jeu de projets d'articles d'une future Convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, mars 1996, Étude LXXII – Doc. 24. Le point de référence classique pour les arguments en faveur de l'inclusion des sûretés constituées sur des navires dans le champ d'application de cet instrument a été présenté par Goode, "Battening down your security interests: How the shipping industry can benefit from the UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment", LMCLQ 2000, p. 161 et s.

⁴ Étude LXXII – Doc. 29.

⁵ Voir UNIDROIT 2012 – C.D. (91) 15, paras. 43 et 138.

1. Importance économique des sûretés conventionnelles grevant des navires

8. L'histoire des sûretés réelles conventionnelles constituées sur des navires remonte au Moyen-Âge et bien au-delà jusqu'à l'Antiquité. En tous temps et en tous lieux, le secteur des transports maritimes a eu besoin de financement et les navires eux-mêmes, qui étaient les biens les plus précieux dans cette activité, étaient particulièrement aptes à servir de garantie pour les avances consenties par des tiers bailleurs de fonds⁶. Le formidable essor des transports maritimes mondiaux intervenu au cours de ces dernières décennies, marquées par la mondialisation des échanges et du commerce, a encore multiplié la demande de financement et on ne décèle aucune tendance à s'éloigner de la pratique consistant à apporter des navires et d'autres matériels de transport maritime en garantie de contrats de crédit.

9. Comme pour toutes les sûretés réelles, l'apport d'un navire en garantie offre une sécurité au prêteur et abaisse ainsi le risque de crédit inhérent à toute avance de fonds; les coûts du crédit pour l'emprunteur s'en trouvent diminués puisqu'on peut penser que le moindre risque de crédit se traduit par des taux d'intérêt plus bas, tandis que rien ne s'oppose à l'utilisation continue du navire dans le commerce maritime même s'il est grevé d'une sûreté réelle au bénéfice du prêteur. Le financement maritime est, bien sûr, souvent considéré comme un domaine particulier du commerce, notamment du fait de la volatilité des résultats, de sa forte cyclicité et des surcapacités qui en résultent et qui affectent les tarifs de fret, la demande de navires neufs et, indirectement, la valeur des navires susceptibles d'être apportés en garantie. Cependant, si ces facteurs limitent souvent l'application de l'analyse de crédit usuelle au financement de navires, la baisse des coûts de transaction par la réduction des inefficacités de la loi reste un avantage dans tout environnement de financement.

10. Les avantages d'un système efficace de sûretés conventionnelles sans dépossession constituées sur des navires revêtent une importance particulière pour l'industrie maritime des marchés émergents, car le crédit peut y être rare et l'apport des navires eux-mêmes en garantie peut être la seule solution de financement. Parallèlement, les systèmes juridiques de certains marchés émergents n'ont pas encore développé les outils suffisamment sophistiqués qui sont nécessaires pour conférer la sécurité juridique exigée par le secteur du financement de navires quant à la constitution, à l'opposabilité, au rang et à l'exécution de sûretés grevant des navires, en particulier en contexte international. Le secteur maritime des marchés émergents pourrait ainsi considérablement bénéficier d'un effort d'harmonisation promouvant des règles internationales dans ce domaine du droit.

2. Principales questions posées par les sûretés réelles constituées sur des navires dans un contexte transfrontalier

11. Bien que le financement garanti revête une importance économique primordiale dans le secteur maritime, l'apport de navires en garantie des crédits pose plusieurs problèmes juridiques, en particulier en contexte transfrontalier. Ces problèmes augmentent, au moins potentiellement, le coût d'obtention de crédits garantis par des sûretés réelles sur des navires et peuvent même dans certains cas restreindre les possibilités de garantir ces opérations par le navire lui-même.

⁶ Cet argument général est la raison d'être de toute harmonisation des sûretés réelles grevant des navires, voir par exemple Berlingieri, *The 1993 Convention on Maritime Liens and Mortgages*, in: *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1995, 57.

a) Application de la loi du pavillon comme loi régissant les sûretés conventionnelles grevant des navires et exceptions à cette règle

12. L'acceptation de garanties réelles étrangères est depuis toujours un des domaines les plus complexes du droit international privé, surtout si elles sont créées ou rendues opposables en vertu d'un droit étranger ou si elles confèrent des droits différents ou plus étendus que ceux qui résultent du droit des biens national. La fréquente référence à la loi du *situs* du bien grevé en tant que règle du droit international des biens témoigne des réticences des régimes internes de droit des biens à accueillir l'application d'un droit des biens étranger et à reconnaître l'existence et les effets des sûretés réelles soumises à un droit étranger.

13. Toutefois, une tendance générale à la coopération internationale se dessine dans le domaine des sûretés conventionnelles grevant des navires: la plupart des systèmes juridiques ont accepté le principe selon lequel la constitution et l'opposabilité aux tiers de sûretés réelles conventionnelles grevant des navires sont régies par la loi du pavillon, c'est-à-dire la loi de l'État dans lequel la propriété du bateau est enregistrée, indépendamment du for ou de la loi du lieu dans lequel se trouve le navire à un moment donné⁷.

14. Cette référence générale à la loi du pavillon suffirait en principe à apporter une sécurité aux intervenants du marché quant à la loi applicable, mais il faut souligner que cette règle générale n'est pas sans exceptions. Tout d'abord, quelques systèmes juridiques au moins ne reconnaissent pas les hypothèques sur navires régies par une loi du pavillon étrangère⁸. Cette réticence découle probablement, hormis les questions conceptuelles générales concernant la reconnaissance de garanties régies par un droit étranger évoquées plus haut, du fait que des questions particulières de principe se posent à l'égard des sûretés réelles grevant des navires par rapport aux divers privilèges maritimes non conventionnels découlant des lois nationales⁹. Les systèmes juridiques pourraient être tentés de chercher à garantir que la reconnaissance de sûretés conventionnelles étrangères ne vienne pas diminuer la valeur du navire en tant que bien grevé de ces privilèges maritimes, dont les bénéficiaires sont souvent des créanciers locaux. Même s'il s'agit clairement d'une position minoritaire, elle engendre une considérable incertitude juridique pour le détenteur d'une sûreté réelle conventionnelle constituée sur un navire car il est souvent difficile de prévoir dans quels ports celui-ci se rendra au cours de son exploitation et, par conséquent, le lieu où une action en exécution de la sûreté pourrait être introduite.

15. La seconde restriction à la règle générale de l'application de la loi du pavillon en tant que loi applicable aux sûretés conventionnelles grevant des navires concerne son champ d'application. Comme il sera expliqué plus loin, certains systèmes juridiques considèrent que les questions de rang des sûretés relèvent du droit de la procédure et les soumettent donc à la loi du for.

b) Différentes catégories de sûretés conventionnelles dans les droits nationaux

16. Le droit des sûretés conventionnelles constituées sur des navires se caractérise par la diversité des sûretés utilisées dans la pratique internationale du marché et par leurs effets juridiques différenciés.

17. Cette situation tient en partie à l'histoire du droit: jusqu'au XVIII^e siècle, la sûreté conventionnelle traditionnellement constituée sur les navires en *Common Law* était le contrat à la grosse, par lequel le propriétaire d'un navire empruntait de l'argent pour effectuer des réparations

⁷ Pour un aperçu général, voir Carbone, *Conflits de Lois en Droit Maritime*, in: *Recueil des cours* 340 (2010), 63, pp. 253 ss. Voir également, par exemple, la situation en Angleterre: *The Angel Bell* [1979] 2 Lloyd's Rep 49; Allemagne: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Loi introductive du Code civil), art. 45(1) n° 2; États-Unis: 46 USC sec. 31301(6)(B).

⁸ Voir les références données par Wood, *Conflict of Laws and International Finance*, 2^e éd., Londres 2007, para. 14-075.

⁹ Voir ci-dessous paras. 35 et seq.

sur le navire ou acheter une cargaison en gageant la quille ou le fond du navire, *pars pro toto*, en garantie du remboursement concernant un voyage particulier. Le créancier perdait ses fonds si le navire était perdu au cours du voyage pour les raisons convenues entre les parties. L'essor de la demande de financement lié à l'avènement des navires à coque d'acier a par la suite conduit le droit anglais à autoriser également le *mortgage* (légal) pour les navires. À l'origine, le *mortgage* sur un navire était considéré comme un transfert de propriété au créancier garanti, suivi d'une restitution après exécution de l'obligation garantie. Même lorsqu'à un stade ultérieur¹⁰, le *mortgage* grevant un navire a été considéré comme un simple transfert d'une sûreté au créancier garanti (par opposition à un transfert de propriété), l'obligation d'inscription du *mortgage* dans le registre maritime a été maintenue.

18. Les systèmes de droit civil en revanche ont été initialement hostiles au recours à des sûretés conventionnelles sans dépossession en matière de navires: la dépossession était considérée comme le principe essentiel du gage portant sur des biens meubles et l'hypothèque était réservée aux immeubles. En règle générale, l'intervention du législateur était nécessaire pour changer cette situation et ce n'est qu'à partir du XIX^e siècle que la loi a introduit l'hypothèque maritime dans divers systèmes juridiques de droit civil¹¹.

19. Ces particularités historiques sont à l'origine de certaines différences dans la situation juridique engendrée par les *mortgages* et les hypothèques grevant des navires. Si ces deux types de sûretés donnent au créancier garanti la possibilité de se faire payer par préférence ses créances garanties sous-jacentes par exécution sur le navire, le titulaire d'un *mortgage* constitué sur un navire bénéficie traditionnellement d'une position plus solide pour faire valoir ses droits. En effet, en cas d'inexécution, il peut exercer le droit de prendre possession du navire, prendre le contrôle du navire et bénéficier des produits de son exploitation (tout en assumant les frais)¹² et satisfaire la créance garantie sur le produit d'une vente extrajudiciaire du navire¹³. Pour sa part, le titulaire d'une hypothèque constituée sur un navire ne peut traditionnellement exercer ses droits que par voie d'exécution judiciaire, généralement par une vente judiciaire¹⁴, à moins que les parties aient contractuellement prévu un pouvoir de vente pour le créancier, ce qui a été signalé comme étant commun dans la pratique du marché¹⁵. Cependant, plusieurs systèmes de droit civil ont fini par adapter leur législation de façon à consentir au titulaire d'une hypothèque maritime les droits conférés au titulaire d'un *mortgage*¹⁶. Il faut souligner en outre que les titulaires d'un *mortgage* préfèrent souvent la vente judiciaire à la vente extrajudiciaire car dans le premier cas, le navire peut être vendu libre des autres charges (en particulier les privilèges maritimes) et que le titulaire du *mortgage* n'a pas à donner de garanties à l'acquéreur et n'encourt aucune responsabilité à l'égard du propriétaire initial du navire si le meilleur prix de vente possible n'est pas obtenu.

20. Bien qu'elle constitue un outil de financement très important dans d'autres secteurs, la réserve de propriété est rare dans le domaine des opérations garanties portant sur des navires¹⁷

¹⁰ Voir le *Merchant Shipping Act 1854* (Loi sur la marine marchande) de l'Angleterre.

¹¹ Pour le droit français, voir Bonassies et Scapel, *Droit Maritime*, ed. 2, Paris 2010, p. 383.

¹² Voir pour le droit anglais Beale/Bridge/Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, 2^e éd., Oxford 2012, para. 18.37.

¹³ Voir, par ex. le *Shipping Registration Act 1981* (Loi sur l'immatriculation des navires) de l'Australie, sec. 41.

¹⁴ Voir pour l'Allemagne: *Schiffsregistergesetz* (Loi sur le registre maritime), art. 47; voir généralement sur cette distinction Filippi, *I diritti reali di garanzia sulla nave nell'ambito del diritto materiale uniforme*, in: Scritti in Onore di Francesco Berlingieri, *Diritto Marittimo* 112 (2010), Vol. 1, 485, p. 510; Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law*, 2^e éd., Londres 2009, p. 370.

¹⁵ Voir Filippi, note de bas de page précédente, p. 512.

¹⁶ Voir, par exemple, l'hypothèque maritime privilégiée en vertu de la Loi grecque n° 3899 de 1958.

¹⁷ Sur l'utilisation du *mortgage* en tant que sûreté pour l'acquisition de navires voir Beale/Bridge/Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, 2^e éd., Oxford 2012, para. 2.22.

(par opposition à la cargaison, au matériel et au fret) et le concept de propriété réservée est en général difficile à aligner sur un registre des titres de propriété¹⁸.

21. À l'inverse, les contrats de bail sont fréquents dans le financement maritime. Par un contrat appelé "charte-partie coque nue", le propriétaire du navire (agissant en qualité de bailleur) donne à bail le navire à l'affrètement (le preneur) pour une période de temps durant laquelle l'affrètement prend à sa charge l'utilisation, le contrôle, l'équipement en personnel, l'entretien, l'exploitation, l'assurance et tous les autres aspects inhérents à l'exploitation du navire en contrepartie du paiement de loyers. Toutefois, ces contrats envisagent en général qu'au terme de la charte-partie, le navire devra être restitué dans l'état où il a été reçu hormis l'usure normale¹⁹ et lorsque les contrats de bail ne couvrent pas l'entièreté de la vie commerciale du bien, ils ne sont généralement pas considérés comme des opérations garanties mais comme des contrats de location simple²⁰.

c) Différentes conditions d'opposabilité dans les droits nationaux

22. S'agissant des sûretés réelles conventionnelles grevant des navires, la plupart des systèmes juridiques se rejoignent sur le fait que l'efficacité vis-à-vis des tiers (souvent appelée opposabilité de la sûreté)²¹ exige une mesure de publicité, habituellement par voie d'inscription. L'inscription des sûretés réelles conventionnelles sur des navires est généralement effectuée dans le registre des titres de propriété pour le navire concerné²². Le droit anglais autorise également la constitution de *mortgages en equity* sur des navires sans obligation d'inscription en vertu du *Merchant Shipping Act* de 1995, mais étant donné leur faible rang, ces sûretés ont peu de valeur²³; de plus, en particulier pour les navires de moindre tonnage, une exonération d'immatriculation du navire et d'inscription des sûretés dont il est grevé est souvent prévue²⁴.

23. Les formalités d'inscription d'une sûreté grevant un navire diffèrent entre les systèmes juridiques²⁵: alors que certains systèmes imposent la légalisation du contrat constitutif de sûreté ou de l'acte constitutif de l'hypothèque²⁶ ou l'authentification de la signature du propriétaire du navire²⁷, d'autres imposent certaines conditions de forme²⁸. En outre, le lieu du dépôt de la demande d'inscription diffère aussi d'un système juridique à l'autre, notamment en ce qui concerne la possibilité d'effectuer une inscription hors du territoire de l'État du pavillon: alors que certains systèmes juridiques autorisent le dépôt des demandes d'inscription dans un consulat étranger de

¹⁸ Pour la discussion en Italie, voir La Rosa, *in*: Bonilini et Confortini, *Codice Civile*, 3^e éd., Turin 2009, art. 2684 para 3.

¹⁹ Voir Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, 4^e éd., St. Paul 2004, p. 676.

²⁰ Voir Beale/Bridge/Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, 2^e éd., Oxford 2012, para. 7.44.

²¹ Voir de manière générale Bar/Clive (dir. pub.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. VI, Munich 2009, IX.-3:101 *Comment A*; pour le droit des États-Unis, voir UCC sec. 9-301 *et seq.*

²² Voir, par exemple, Angleterre: *Merchant Shipping Act 1995* (Loi sur la marine marchande), sch. 1, para. 7; Allemagne: *Schiffsregistergesetz* (Loi sur le registre maritime), art. 8 et 3; États-Unis: 46 USC sec. 31321(a)(1); France: Bonassies et Scapel (op. cit. note 11), p. 385; Simler et Delebecque, *Les sûretés*, 6^{ème} éd., Paris 2012, p. 657; voir cependant plus loin paras. 28 *et seq.* pour les exceptions lorsqu'il existe une obligation d'inscription dans un registre des sociétés.

²³ Voir de manière générale Beale/Bridge/Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, 2^e éd., Oxford 2012, para. 14.37.

²⁴ Voir pour le droit anglais Beale/Bridge/Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, 2^e éd., Oxford 2012, para. 14.34.

²⁵ Pour un traitement comparé des diverses obligations formelles dans les différents systèmes juridiques du monde, voir French, "The Ship Mortgage" *in*: Stephenson Harwood (dir. pub.), *Shipping Finance*, 3^e éd., Londres 2006, p. 125-224.

²⁶ Voir, par exemple, Grèce: Vrelis, *Private International Law in Greece*, Alphen an de Rijn 2011, p. 118; voir aussi les obligations édictées par le *Schiffsregisterordnung* (Décret sur le registre maritime), art. 37(1) concernant le consentement du propriétaire du navire.

²⁷ Voir le Code maritime norvégien de 1994, art. 15(2).

²⁸ Voir Angleterre: *Merchant Shipping Act 1995* (Loi sur la marine marchande), sch 1, para. 7(2).

l'État du pavillon²⁹, d'autres restreignent ces possibilités à certains consulats dans les villes portuaires les plus importantes³⁰.

24. Outre la publicité par inscription, certains systèmes juridiques exigent qu'un exemplaire de l'acte constitutif de l'hypothèque soit également conservé à bord. Cette obligation est également prescrite par la Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1926, art. 12³¹, mais le non-respect de cette obligation n'invalide pas nécessairement l'hypothèque.

d) Détermination du rang en fonction de l'inscription

25. Si les systèmes de publicité des sûretés par inscription prévoient couramment que le système d'inscription régit non seulement l'opposabilité aux tiers des sûretés en général mais aussi le rang respectif des sûretés concurrentes, les règles régissant le rang des sûretés conventionnelles grevant des navires diffèrent d'un système juridique à l'autre. Dans certains systèmes par exemple, les droits inscrits à la même date sont de même rang³². Dans d'autres, le rang est déterminé par l'ordre d'inscription, ce qui confère aux droits inscrits à la même date mais avant d'autres droits priorité sur ces derniers³³.

26. Certains systèmes juridiques autorisent des formes d'inscription provisoire ou anticipée destinées à garantir que le rang prioritaire d'une sûreté n'est pas neutralisé dans le délai nécessaire à la prise d'effet de l'inscription, mais ces formes d'inscription provisoire ou anticipée présentent des caractéristiques diversifiées³⁴.

27. Des exceptions sont parfois aménagées à la règle générale de détermination du rang de sûretés concurrentes sur la base de leur inscription et prévoient qu'indépendamment de l'ordre d'inscription, les sûretés conventionnelles acquises par un créancier garanti qui connaissait ou aurait dû connaître l'existence de sûretés antérieures ne peuvent être prioritaires sur ces dernières³⁵.

e) Relation avec l'inscription dans un registre de sûretés réelles indexé par débiteur

28. Dans de nombreux systèmes juridiques, il existe non seulement des registres dédiés à certains actifs tels que les registres pour les navires ou les autres biens mobiles de grande valeur, mais aussi des registres généraux pour les sûretés réelles indexés par débiteur: pour tous les débiteurs d'une sûreté ou certains d'entre eux, toutes les catégories de sûretés réelles (ou au moins la plupart) sont inscrites dans un registre unique, dans lequel il est possible de rechercher toutes les sûretés créées par des débiteurs précis. Cela pose la question de la coordination des

²⁹ Voir Panama: *Ley del Comercio Maritimo* 2008 (Loi du commerce maritime), art. 250.

³⁰ Voir Grèce, cf. Wood, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, 2^e éd., Londres 2007, para. 28-041.

³¹ Voir également pour cet instrument plus loin paras. 49 et seq.

³² Voir Suède: Code maritime de 1994, chap. 3, art. 12; voir aussi Norvège: Code maritime de 1994, art. 23(2).

³³ Voir Angleterre: *Merchant Shipping Act* 1995, (Loi sur la marine marchande), sch. 1, para. 8(1); Allemagne: *Schiffsregistergesetz* (Loi sur le registre maritime), art. 25(1); Nouvelle-Zélande: *Ship Registration Act* 1992 (Loi sur l'immatriculation des navires), sec. 40(1).

³⁴ Voir Angleterre: le *Merchant Shipping (Registration of Ships) Regulations* 1993 (Règlement sur la marine marchande (immatriculation des navires)), reg. 59, autorise l'inscription d'une prénotation (renouvelable) par un créancier qui envisage de constituer un *mortgage* et qui a pour effet de garantir le rang prioritaire si le *mortgage* est inscrit sous 30 jours; à Panama, ce rang prioritaire peut être garanti pendant 6 mois, voir *Ley del Comercio Maritimo* 2008 (Loi du commerce maritime), art. 252.

³⁵ Voir Norvège: Code maritime de 1994, art. 24(1).

exigences d'inscription dans les registres maritimes propres aux navires et dans ces registres généraux indexés par débiteur.

29. Les systèmes juridiques ont trouvé différentes solutions à ce problème. Une tendance semble se dessiner en faveur de la priorité de l'inscription dans le registre par actif, par exemple sur la base de l'exemption des sûretés sur les navires du champ des sûretés susceptibles d'être inscrites dans le registre général des débiteurs³⁶.

30. Cependant, dans les systèmes juridiques de plusieurs grands États maritimes, les sûretés réelles grevant des navires peuvent être inscrites à la fois dans le registre par actif et dans le registre général des débiteurs, par exemple le registre des sociétés, qui répertorie tous les gages et hypothèques constitués par une société³⁷. Dans certains de ces systèmes juridiques, l'inscription dans le registre des débiteurs détermine l'opposabilité aux tiers de la sûreté en général, tandis que l'inscription dans le registre par actif confère une protection contre la perte de priorité vis-à-vis de sûretés concurrentes³⁸.

f) Loi applicable au rang des sûretés conventionnelles grevant des navires

31. Le rang d'une sûreté réelle conventionnelle vis-à-vis des sûretés concurrentes grevant un même bien est un des aspects les plus importants de toute sûreté réelle. La fiabilité de la position garantie conférée à un créancier garanti par la constitution d'une sûreté réelle conventionnelle est fortement compromise s'il demeure des incertitudes quant au régime juridique qui déterminera le rang de la sûreté.

32. Il n'y a pourtant aucune unanimité entre les systèmes juridiques du monde en ce qui concerne la loi applicable à ces questions de rang. De nombreux systèmes appliquent la règle de conflit de lois qui détermine de manière prédominante le statut de la sûreté réelle conventionnelle sur les navires, c'est-à-dire qu'ils tranchent les questions de rang entre les sûretés conventionnelles grevant les navires conformément à la loi du pavillon³⁹.

33. Cependant, d'autres systèmes ne partagent pas ce point de vue: insistant sur le rôle procédural de la détermination du rang dans la procédure d'exécution des sûretés, ils appliquent la loi du for et il n'y a pas de soumission à une loi du pavillon étrangère⁴⁰.

34. En Allemagne, cette question suscite quelques débats. Alors que la plupart des auteurs sont favorables à l'application de la règle générale de la loi du pavillon aux questions de rang des sûretés conventionnelles constituées sur des navires⁴¹, d'autres ont exprimé des préoccupations: puisque la loi allemande dispose que la loi du lieu où se trouve le navire (*lex rei sitae*) devrait

³⁶ Voir, par ex. *United States Uniform Commercial Code* (UCC) (Code de commerce uniforme des États-Unis), sec. 9-311 (a), qui exonère de l'obligation d'inscription dans le registre général des débiteurs tous les actifs grevés de sûretés soumises à inscription dans un registre spécialisé par actif.

³⁷ Voir le *Companies Act 2006* (Loi sur les sociétés) de l'Angleterre, sec. 860, 861(5) (à compter du 6 avril 2013, ces dispositions sont remplacées par Sec. 859A, 859I(1) et (2) sur la base du *Companies Act 2006* (Amendement de la Partie 25) *Regulations* 2013).

³⁸ Voir la situation en Angleterre: Beale/Bridge/Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, Oxford 2012, para. 14.41/45; Wood, *Conflict of Laws and International Finance*, 2^e éd, Londres 2007, para. 28-030.

³⁹ Voir, par exemple, Norvège: Code maritime 1994, art. 75(2) n° 1.

⁴⁰ Voir, par exemple, Canada: *Todd Shipyards Corp v Altama Compania Maritima SA (The Ioannis Daskalelis)* [1974] SCR 1248; Nouvelle-Zélande: *Ship Registration Act 1992* (Loi sur l'immatriculation des navires), sec. 70. Cette approche est également préconisée dans les traités généraux par Carbone (*op. cit.* note 7), pp. 255 et s.

⁴¹ *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Loi introductive du Code civil), art. 45(1) n° 2; Kreuzer, "Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts", *RebelsZ* 65 (2001), p. 383 à 455.

déterminer le rang des sûretés non conventionnelles⁴², ils pensent que des conflits pourraient se produire dans le cas de l'application de deux régimes différents quant au rang des sûretés dans les hypothèses où coexistent plusieurs sûretés conventionnelles et non conventionnelles. Pour éviter ces conflits, la loi du lieu où se trouve le navire devrait également régir le rang des sûretés conventionnelles⁴³.

g) Privilèges maritimes non conventionnels

35. Il faut observer en outre qu'hormis les sûretés réelles conventionnelles, les navires font souvent l'objet de privilèges maritimes. Ces privilèges maritimes sont des sûretés réelles sans dépossession conférant à leurs titulaires un droit de préférence pour le règlement de certaines créances à l'égard du propriétaire du navire (en outre, dans certains systèmes juridiques, il existe également des droits de rétention conférés par la loi, qui permettent à un créancier de retenir le navire jusqu'au paiement de sa créance). Certaines créances garanties par un privilège maritime résultent de situations contractuelles, par exemple les créances de salaires, d'autres naissent de plein droit, comme les créances résultant de la responsabilité délictuelle. Indépendamment de la nature de la créance garantie, le privilège maritime lui-même naît de plein droit, c'est-à-dire qu'il ne dépend pas d'un accord entre les parties à cet effet et que les obligations générales de publicité applicables aux sûretés réelles conventionnelles sur les biens meubles (voir ci-dessus, principalement l'inscription) ne s'appliquent pas.

36. Les circonstances qui donnent naissance à un privilège maritime ne sont pas identiques dans tous les systèmes juridiques. Pour certaines situations, le principe selon lequel le propriétaire du navire mérite d'être garanti par une sûreté *ex lege* fait l'unanimité; c'est le cas en particulier en ce qui concerne les salaires de l'équipage et du capitaine, le sauvetage et les dommages causés par le navire. Toutefois, d'autres situations ne recueillent pas cette unanimité et les listes de privilèges maritimes diffèrent d'un système juridique à l'autre, le principal sujet de désaccord étant les créances relatives aux nécessités, c'est-à-dire les soutes, les vivres, les réparations et le remorquage, ainsi que les créances relatives à des dommages à la cargaison et à l'avarie commune⁴⁴.

h) Rang respectif des privilèges maritimes et des sûretés conventionnelles

37. L'existence de privilèges maritimes peut avoir un impact considérable sur la position d'un créancier concurrent titulaire d'une sûreté réelle conventionnelle sur le navire concerné. Il faut souligner que le rang des privilèges maritimes vis-à-vis de sûretés concurrentes ne suit pas les règles usuelles de priorité: l'ordre de priorité ne suit pas la chronologie des sûretés concurrentes et les privilèges maritimes priment souvent les sûretés réelles antérieures.

38. Là encore, le rang exact des privilèges maritimes vis-à-vis des sûretés concurrentes est une question tranchée différemment dans les différents systèmes juridiques, par exemple sur la question du type de privilèges maritimes qui doivent primer les sûretés réelles conventionnelles

⁴² Voir *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Loi introductive du Code civil), art. 45(2) 2^e phrase et art. 43(1).

⁴³ Voir *Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5^e éd., Munich 2010*, art. 45 para. 81; le législateur semble toutefois avoir préféré le point de vue contraire, voir les motifs du gouvernement allemand au projet de loi sur le droit international privé des obligations non contractuelles et le droit des biens du 1^{er} fév. 1999 (*Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen*), BT-Drucks 14/343, p. 18.

⁴⁴ Ces créances sont garanties par des privilèges maritimes, par exemple, aux États-Unis voir 46 USC secs. 31301(4) et (5)(B), 31342(a)(1), et en France, voir Code des transports art. L5114-8, alors qu'en droit anglais, il n'existe pas de protection pour ce type de créance, voir la liste restreinte dans *The Ripon City* [1897] P. p. 226 à 242; Beale/Bridge/Lomnicka, *The law of security and title-based financing*, 2^e éd., Oxford 2012, para. 6. p. 166.

grevant des navires⁴⁵. De manière générale, cette question s'est avérée très litigieuse au cours des tentatives d'harmonisation du droit des sûretés réelles sur les navires; les décisions relatives au rang des privilèges maritimes reflètent essentiellement les décisions de principe des systèmes juridiques concernés.

i) Loi applicable aux privilèges maritimes et à leur rang

39. Enfin, une autre question très débattue est celle de la détermination de la loi applicable aux privilèges maritimes et à leur rang. Étant donné les différences entre les régimes juridiques nationaux concernant les circonstances à l'origine de privilèges maritimes et leur rang vis-à-vis des sûretés concurrentes, ces questions de droit international privé peuvent se poser avec acuité dans la pratique. Pourtant, les règles de conflit de lois appliquées dans les différents systèmes juridiques du monde sont très diverses à cet égard et on recense au moins trois grandes approches concernant la loi applicable aux privilèges maritimes et à leur rang.

40. Dans plusieurs systèmes juridiques, la loi du for gouverne l'existence et le rang des privilèges maritimes, qu'il y ait ou non un lien entre les circonstances susceptibles d'avoir donné naissance à une créance garantie par un privilège maritime et l'État du for⁴⁶. L'argument avancé est que le privilège maritime est de nature essentiellement procédurale et qu'à ce titre, il devrait être régi par la loi du for. En fait, cette approche protège les titulaires d'une sûreté réelle conventionnelle reconnue par la loi du for d'avoir à céder la priorité à un privilège maritime en vertu des règles de priorité d'un droit étranger et on lui reproche donc souvent, entre autres, d'être biaisée en faveur des banques et autres bailleurs de fonds.

41. Plusieurs autres systèmes juridiques soulignent le lien entre le privilège maritime et la créance sous-jacente garantie par cette sûreté réelle. Dans ces systèmes juridiques, le privilège maritime est considéré comme une question de droit matériel et est régi par la *lex causae* de la créance sous-jacente, c'est-à-dire la loi applicable à la créance garantie par cette sûreté sans dépossession⁴⁷. Selon cette approche, le lieu où se trouve le navire au moment de l'ouverture de la procédure et le choix du for n'ont pas d'incidence sur l'application de la loi qui détermine l'existence d'un privilège maritime. Cependant, il existe des règles de conflit de lois additionnelles concernant le rang des privilèges maritimes vis-à-vis des sûretés concurrentes. Afin également d'éviter des incohérences lorsque plusieurs privilèges nés dans différents droits nationaux pourraient tous prétendre à la priorité les uns sur les autres en vertu de leur droit interne, le rang des privilèges maritimes parmi les sûretés concurrentes est déterminé suivant les règles du for⁴⁸. Selon une variante de cette règle, il est soumis à la loi du lieu où se trouve le navire au moment de la procédure, laquelle sera souvent identique à la loi du for⁴⁹.

⁴⁵ Pour une comparaison entre l'ordre de priorité au Royaume-Uni et aux États-Unis voir Tetley, "Maritime Liens in the Conflict of Laws", in: Nafziger/Symeonides (dir. pub.), *Law and Justice in a MultiState World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley 2002, p. 439 à 457; en droit français, tous les privilèges maritimes priment les sûretés réelles conventionnelles grevant le navire, voir Code des transports art. L5114-13, alors que les privilèges de droit commun ne prennent rang qu'après les hypothèques maritimes, voir art. L5114-14.

⁴⁶ Voir, par ex., Angleterre: *Bankers Trust International Ltd v Todd Shipyards Corp (The Halcyon Isle)* [1981] AC 221 (PC); France: Bonassies et Scapel (*op. cit.* note 11), p. 406; Australie: *Morlines Maritime Agency Ltd v the Proceeds of Sale of the Ship Skulptor Vuchetich* [1997] FCA 1627.

⁴⁷ Voir, par ex. Canada: *Todd Shipyards Corp v Altema Compania Maritima SA (The Ioannis Daskalelis)* [1974] SCR 1248; Allemagne: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Loi introductive du Code civil), art. 45(2) 1^{ère} phrase; États-Unis: *Dresdner Bank AG v MV Olympia Voyager* 463 F3d 1210 (11^e circ. 2006).

⁴⁸ Voir, par exemple, Canada: *Todd Shipyards Corp v Altema Compania Maritima SA (The Ioannis Daskalelis)* [1974] SCR 1248; États-Unis: *The Scotia*, 35 F. 907, 911 (S.D.N.Y. 1888).

⁴⁹ Voir Allemagne: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Loi introductive du Code civil), art. 45(2) 2^e phrase et art. 43(1).

42. Une troisième solution adoptée par un autre groupe de systèmes juridiques est l'application de la loi du pavillon au lieu de la loi du for et de la loi régissant la créance garantie⁵⁰. Cette règle a l'avantage de poser un critère très précis et prévisible pour la détermination de la loi applicable. Cependant, étant donné la fréquence des pavillons de complaisance où les propriétaires de navires choisissent d'immatriculer un navire sous pavillon d'un État n'ayant aucun lien pertinent avec le navire, il arrive souvent qu'il n'y ait pas de lien important entre la loi du pavillon et les circonstances à l'origine d'une créance garantie par un privilège maritime. Suivant une variante de cette approche, les sûretés réelles conventionnelles sont protégées des effets des privilèges maritimes constitués en vertu d'un droit étranger par une règle qui prévoit que ces derniers ne peuvent primer une sûreté réelle conventionnelle en vertu des règles de priorité de la loi du pavillon que lorsque la loi du for produirait le même résultat⁵¹.

3. Pratiques adoptées par le marché face à ces problèmes

43. Les questions posées par les sûretés réelles grevant des navires dans un contexte transfrontalier touchant essentiellement au droit des biens et au droit de la procédure, les intervenants du marché n'ont que peu de latitude pour résoudre les problèmes décrits aux paragraphes précédents par des accords contractuels.

44. S'agissant des privilèges maritimes nés en droit interne en tant que sûretés *ex lege* pour les créances sous-jacentes dans le contexte de relations contractuelles (par exemple, contrats de réparation de navires), le marché a tenté de prévoir l'application d'un système juridique favorable à la création de plein droit d'un privilège maritime pour ces contrats en incorporant des clauses de choix de loi personnalisées aux contrats dont émanent les obligations sous-jacentes. Au moins lorsque, selon les règles de conflit de lois du for concerné, la détermination de l'existence d'un privilège maritime est considérée comme une question qui relève de la loi applicable à l'obligation garantie⁵², un tel choix de loi peut effectivement déterminer le régime de droit des biens applicable.

45. Quoique possible en principe, le choix du pavillon ne s'est pas imposé parmi les acteurs du marché aux fins du choix de la loi applicable aux sûretés conventionnelles grevant des navires. La raison en est que le choix du registre du navire détermine également la réglementation en matière de sécurité, le droit du travail et d'autres règles régissant l'exploitation du navire, et que ces corps de règles revêtent une importance primordiale dans le choix de l'État d'immatriculation du navire.

46. C'est pourquoi, dans une large mesure, la principale méthode permettant en pratique aux parties d'obtenir un traitement plus favorable de leurs droits réels est de tenter de faire en sorte que la procédure soit conduite dans un système juridique qui reconnaît ces droits et leur accorde un rang privilégié. En droit maritime, ces pratiques consistant à rechercher le tribunal le plus favorable (*forum shopping*) sont essentiellement liées à la localisation du navire. Les créanciers garantis appliquent différentes stratégies en fonction de la nature de la sûreté: alors que les titulaires d'une hypothèque maritime tentent de faire en sorte que le navire se rende dans un port d'un système juridique favorable, les créanciers titulaires d'un privilège maritime comme les réparateurs exercent souvent leur droit de prendre ou de conserver la possession du navire avant qu'il quitte le port afin d'éviter qu'il se rende dans un territoire où le privilège maritime ne serait pas reconnu ou aurait un moindre rang de priorité.

47. S'agissant des diverses obligations applicables à l'inscription de sûretés réelles conventionnelles sur les navires, les intervenants du marché utilisent des résumés comparatifs des différentes obligations, qui sont très répandus. Là encore, le caractère légal de ces obligations ne

⁵⁰ Voir, par ex., Grèce: Vrelis, *Private International Law in Greece*, Alphen an de Rijn 2011, 118.

⁵¹ Voir Pays-Bas: *Burgerlijk Wetboek* (Code civil), art. 10:160(2).

⁵² Voir ci-dessus *paras.* 39 *et seq.*

permet pas aux intervenants du marché de développer leurs propres solutions pour surmonter les différences entre les ordres juridiques concernés.

4. Instruments internationaux existants et en projet concernant les sûretés réelles grevant des navires

48. Les questions relatives aux sûretés réelles grevant des navires ont fait l'objet de tentatives récurrentes d'harmonisation internationale. Cependant, comme le montrera le bref aperçu qui suit, la plupart des instruments internationaux existants dans ce domaine du droit n'ont pas recueilli une adhésion mondiale. D'autres ont été adoptés par de nombreux systèmes juridiques mais ils écartent de nombreuses questions juridiques importantes et litigieuses relatives aux sûretés réelles, de sorte qu'un instrument abordant les questions précitées à l'échelle internationale a toute sa place et répondrait à une demande.

a) Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1926

49. La Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1926 du Comité maritime international (ci-après: la Convention de 1926) est un des premiers efforts d'harmonisation de grande envergure entrepris dans le domaine des sûretés réelles grevant des navires. Entrée en vigueur en 1931, elle compte 28 États parties⁵³; quatre États l'ont dénoncée⁵⁴.

50. En ce qui concerne les sûretés conventionnelles grevant des navires, la Convention de 1926 dispose que les hypothèques et *mortgages* sont reconnus s'ils sont constitués et inscrits conformément aux exigences de la loi du pavillon⁵⁵. La Convention de 1926 a ainsi posé le principe de conflit de lois, aujourd'hui largement admis, selon lequel les sûretés conventionnelles grevant des navires doivent être régies par la loi du pavillon.

51. Cependant, la Convention de 1926 n'a pas instauré de régime unifié pour la création et l'opposabilité aux tiers des hypothèques et *mortgages* grevant des navires. Bien qu'elle soutienne indirectement une obligation d'inscription en limitant le champ d'application de son principe de conflit de lois aux sûretés conventionnelles grevant des navires effectivement inscrites, elle est silencieuse sur le détail et les formalités du système d'inscription, dont la détermination est laissée à la loi de l'État contractant auquel appartient le navire. Elle crée également une obligation de conserver à bord les documents relatifs à l'inscription des sûretés conventionnelles⁵⁶. Toutefois, bien qu'elle dispose que les créanciers ne seront pas tenus responsables du non-respect de ces obligations, elle renvoie les prescriptions relatives à la nature et à la forme précises de ces documents aux lois nationales.

52. La Convention de 1926 ne prescrit pas non plus les effets d'une hypothèque ou d'un *mortgage* grevant un navire valable et efficace en vertu de la loi nationale applicable. Elle prévoit en fait que rien dans ses dispositions "ne porte atteinte à la compétence des tribunaux, à la

⁵³ Algérie, Argentine, Belgique, Brésil, Cuba, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Haïti, Hongrie, Iran, Italie, Liban, Luxembourg, Madagascar, Monaco, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Suède, Suisse, Syrie, Turquie, Uruguay, Zaïre. Voir <http://www.comitemaritime.org/Uploads/pdf/CMI-SRMC.pdf>.

⁵⁴ Danemark, Finlande, Norvège et Suède.

⁵⁵ Voir le texte de l'art. 1 de la Convention de 1926:

"Les hypothèques, morts-gages, gages sur navires, régulièrement établis d'après les lois de l'État contractant auquel le navire est ressortissant et inscrits dans un registre public, soit du ressort du port d'enregistrement, soit d'un office central, seront considérés comme valables et respectés dans tous les autres pays contractants."

⁵⁶ Art. 12.

procédure et aux voies d'exécution organisées par les lois nationales⁵⁷. Cette formulation large permet de penser que les modalités d'exécution des hypothèques et *mortgages* sont du ressort des lois nationales.

53. D'autre part, la Convention de 1926 ne règle pas de manière exhaustive la question du rang des sûretés réelles conventionnelles. Si elle dispose que les hypothèques, *mortgages* et autres droits inscrits sur un navire prennent rang après les privilèges maritimes qu'elle énumère⁵⁸, elle n'édicte aucune règle quant à leur rang respectif.

54. La Convention de 1926 contient en revanche des dispositions détaillées concernant les privilèges maritimes: elle dresse la liste des créances garanties par des privilèges maritimes⁵⁹, notamment les créances relatives aux frais exposés pour la conservation du navire⁶⁰ dont le statut de créance garantie par un privilège maritime est fortement contesté entre les différents systèmes juridiques du monde⁶¹. La Convention de 1926 dispose que ces privilèges maritimes prennent généralement rang avant les sûretés conventionnelles sur navires⁶²; elle contient d'autres règles de priorité concernant le statut de plusieurs privilèges maritimes entre eux⁶³.

b) Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1967

55. La Convention de 1926 devait être remplacée par la Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1967 (ci-après: la Convention de 1967), mais celle-ci n'est pas entrée en vigueur. Cinq États seulement y sont parties⁶⁴.

56. S'agissant des sûretés conventionnelles grevant des navires, la Convention de 1967 a suivi une approche très similaire à celle de la Convention de 1926 et soumis l'applicabilité des hypothèques et *mortgages* sur navires inscrits en général à la loi du pavillon⁶⁵. Toutefois, allant plus loin que la Convention de 1926, la Convention de 1967 imposait que la sûreté soit inscrite dans un registre public, que le créancier garanti soit nommé dans le registre ou dans les actes remis au conservateur (à moins que la sûreté ait été constituée au porteur) et que la somme à garantir soit stipulée dans le registre ou dans les actes remis au conservateur⁶⁶.

⁵⁷ Art. 16.

⁵⁸ Art. 3.

⁵⁹ Art. 2.

⁶⁰ Voir art. 2(1).

⁶¹ Voir ci-dessus *para.* 36.

⁶² Voir art. 3.

⁶³ Art. 5 et 6.

⁶⁴ Les États signataires sont les suivants: Danemark, Maroc, Norvège, Suède, Syrie. Voir <http://www.comitemaritime.org/Uploads/pdf/CMI-SRMC.pdf>.

⁶⁵ Art. 1(a).

⁶⁶ Voir le texte de l'art. 1 de la Convention de 1967:

"Les hypothèques et "*mortgages*" sur les navires sont reconnus dans les États Contractants à condition que:

a) ces hypothèques et "*mortgages*" aient été constitués et inscrits dans un registre conformément aux lois de l'État où le navire est immatriculé.

b) Le registre et tous les actes qui doivent être remis au conservateur conformément aux lois de l'État où le navire est immatriculé soient accessibles au public et que la délivrance d'extraits du registre et de copies de ces actes soient exigibles du conservateur;

c) Et que, soit le registre, soit l'un des actes visés au paragraphe b) ci-dessus indique, ou bien le nom et l'adresse du bénéficiaire de l'hypothèque ou du "*mortgage*" ou le fait que cette sûreté a été constituée au porteur, la somme garantie ainsi que la date et les autres mentions qui suivant les lois de l'État de l'inscription, en déterminant le rang par rapport aux autres hypothèques et "*mortgages*" inscrits."

57. Les effets des hypothèques et *mortgages* grevant des navires et leur rang respectif sont déterminés dans la Convention de 1967 par la loi du pavillon⁶⁷; les questions d'exécution sont soumises à la loi du for⁶⁸. Cependant, la Convention de 1967 a édicté des règles précises en disposant, entre autres, que la radiation de l'immatriculation d'un navire ne doit pas être autorisée en droit interne sans le consentement écrit des bénéficiaires des sûretés inscrites constituées sur le navire⁶⁹ et en instaurant des règles applicables à la vente judiciaire d'un navire⁷⁰.

58. Comme la Convention de 1926, la Convention de 1967 régit précisément les privilèges maritimes en dressant la liste et en prévoyant des dispositions expresses quant à leur rang privilégié⁷¹. La Convention de 1967 ne contient plus les privilèges maritimes pour les frais exposés au titre de la conservation du navire et pour les contrats du capitaine qui étaient couverts par la Convention de 1926, mais les États contractants ont été autorisés à prévoir un privilège maritime pour les créances découlant de réparations effectuées sur un navire, auquel il était possible de donner la priorité sur des sûretés réelles inscrites mais qui serait éteint dès que le réparateur n'est plus en possession du navire⁷².

c) Convention de Genève sur les privilèges et hypothèques maritimes de 1993

59. Face à ce qui apparaissait comme un échec des Conventions de 1926 et 1967, qui n'avaient pas recueilli une large adhésion auprès des systèmes juridiques du monde, une autre tentative d'harmonisation a été entreprise avec la Convention de Genève sur les privilèges et hypothèques maritimes de 1993 (ci-après: la Convention de 1993) avec l'appui de l'Organisation maritime internationale et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. La convention est entrée en vigueur en 2004. Signée par onze États jusqu'en 1994⁷³, elle a depuis 1995 attiré seize parties⁷⁴.

60. S'agissant des sûretés conventionnelles grevant des navires et de leur rang respectif, les dispositions de la Convention de 1993 suivent le modèle de la Convention de 1967, soumettant l'applicabilité des sûretés réelles inscrites sur des navires en général à la loi du pavillon⁷⁵ et disposant que l'inscription doit être effectuée dans un registre public, que le créancier garanti doit être nommé dans le registre ou dans les actes remis au conservateur (hormis si la sûreté est au porteur) et que la somme maximale à garantir doit être stipulée dans le registre ou dans les actes remis au conservateur si la loi du pavillon l'impose ou si l'acte portant création de la sûreté stipule ce montant⁷⁶. Le rang respectif de telles sûretés conventionnelles inscrites est généralement régi

⁶⁷ Art. 2.

⁶⁸ Art. 2, dernière moitié de phrase.

⁶⁹ Art. 3.

⁷⁰ Arts. 10, 11.

⁷¹ Arts. 4 to 9.

⁷² Art. 6(2).

⁷³ Les États signataires sont les suivants: Allemagne, Brésil, Chine, Danemark, Finlande, Guinée, Maroc, Norvège, Paraguay, Suède, Tunisie.

⁷⁴ Les États parties à la Convention de 1993 sont les suivants: Albanie, Bénin, Équateur, Espagne, Estonie, Fédération de Russie, Lituanie, Monaco, Nigeria, Pérou, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Serbie, Syrie, Tunisie, Ukraine, Vanuatu.

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&lang=fr.&clang=_fr

⁷⁵ Art. 1(a).

⁷⁶ Voir le texte de l'art. 1 de la Convention de 1993:

"Les hypothèques, "mortgages" et droits réels de même nature susceptibles d'être inscrits, ces derniers étant désignés ci-après par l'expression "droits inscrits", constitués sur des navires de mer sont reconnus et exécutoires dans les États parties à condition:

a) Que ces hypothèques, "mortgages" et droits inscrits aient été constitués et inscrits dans un registre conformément aux lois de l'État où le navire est immatriculé;

b) Que le registre et tous actes qui doivent être remis au conservateur conformément aux lois de l'État où le navire est immatriculé soient accessibles au public et que la délivrance d'extraits du registre et de copies de ces actes soit exigible du conservateur;

par la loi du pavillon⁷⁷, tandis que l'exécution suit la loi du for⁷⁸ sous réserve des règles interdisant la radiation d'un navire sans le consentement écrit des créanciers garantis inscrits⁷⁹ et des règles relatives à la vente judiciaire d'un navire, qui sont plus précises que celles de la Convention de 1967 en ce qui concerne la notification à donner aux parties intéressées avant une vente judiciaire⁸⁰.

61. S'agissant des privilèges maritimes non conventionnels, le régime de la Convention de 1993 est très proche de celui des Conventions de 1926 et de 1967 en ce qu'elle dresse la liste des privilèges maritimes et dispose qu'ils prennent rang avant les sûretés conventionnelles inscrites, les principales différences par rapport aux Conventions antérieures⁸¹ étant notamment la rétrogradation des privilèges maritimes relatifs aux droits de port et aux créances similaires vis-à-vis des autres privilèges maritimes⁸², l'exclusion des privilèges maritimes pour les dommages dus aux pollutions par des hydrocarbures⁸³ et la rétrogradation des privilèges maritimes relatifs à des créances de réparation en vertu des lois nationales, qui ne priment plus les sûretés conventionnelles inscrites⁸⁴.

d) Conventions sur la saisie conservatoire des navires de 1952 et 1999

62. Concernant la question spécifique de la saisie conservatoire des navires, deux instruments internationaux ont été adoptés: la Convention de Bruxelles sur la saisie conservatoire des navires de mer de 1952 (ci-après: la Convention de 1952), entrée en vigueur en 1956 et aujourd'hui en vigueur dans plus de soixante États, auxquels il faut ajouter les territoires qui en dépendent⁸⁵ et la Convention de Genève sur la saisie conservatoire des navires de 1999 (ci-après: la Convention de 1999), qui est entrée en vigueur en 2011, mais n'est en vigueur que dans dix États⁸⁶.

63. Les Conventions de 1952 et de 1999 traitent exclusivement de la saisie conservatoire des navires; elles déterminent entre autres les catégories de créances maritimes sur le fondement desquelles un navire pourrait être saisi⁸⁷ et décrivent les autres conditions de l'exercice du droit de saisie à l'encontre d'un navire; elles déterminent par exemple si et à quel moment le propriétaire ou l'affrètement en dévolution du navire au moment de la saisie doit être obligé à raison de la créance sous-jacente ou si et à quel moment le droit de saisie peut être exercé sur le fondement d'un

c) Que, soit le registre, soit l'un des actes visés à l'alinéa b) indique à tout le moins le nom et l'adresse du titulaire de l'hypothèque, du "mortgage" ou du droit inscrit ou le fait que cette sûreté a été constituée au porteur, et le montant maximal garanti, si cela est exigé par les lois de l'État d'immatriculation ou si ce montant est expressément indiqué dans l'acte portant création de l'hypothèque, du "mortgage" ou du droit, ainsi que la date et les autres mentions qui, conformément aux lois de l'État d'immatriculation, en déterminent le rang par rapport aux autres hypothèques, "mortgages" et droits inscrits."

⁷⁷ Art. 2.

⁷⁸ Art. 2, dernière moitié de phrase.

⁷⁹ Art. 3.

⁸⁰ Art. 11.

⁸¹ Pour une description plus détaillée de ces différences entre les Conventions de 1926 et de 1967 et la Convention de 1993, voir Berlingieri (*op. cit.* note 6), pp. 62 *et seq.*

⁸² Art. 4(1)(d).

⁸³ Art. 4(2).

⁸⁴ Art. 6(c), pour le droit de rétention dans de telles situations, voir art. 7.

⁸⁵ Ces États sont entre autres les suivants: Allemagne, Belgique, Danemark, Égypte, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Nigeria, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Russie, Suède. Pour consulter la liste complète, voir <http://www.comitemaritime.org/Uploads/pdf/CMI-SRMC.pdf>.

⁸⁶ Albanie, Algérie, Bénin, Bulgarie, Équateur, Espagne, Estonie, Lettonie, Liberia et Syrie.
http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&lang=fr&clang=_fr

⁸⁷ Voir le texte de l'art. 1(1) des deux Conventions, dont la formulation est sensiblement plus large dans la Convention de 1999. Sur l'application de ces règles dans la jurisprudence nationale voir, par exemple, pour la France: Bonassies, La Cour de Cassation Française et la Convention de 1952 sur la saisie conservatoire des navires de mer, in: Scritti in Onore di Francesco Berlingieri, *Diritto Marittimo* 112 (2010), Vol. 1, 216, p. 219.

privilège maritime ou d'une sûreté conventionnelle garantissant la créance maritime⁸⁸. Les deux Conventions disposent expressément que le droit de saisie en vertu des Conventions ne peut être considéré comme créant un privilège maritime⁸⁹.

64. Se limitant aux conditions du droit de saisie et à l'exercice de cette mesure de procédure, les Conventions de 1952 et de 1999 n'ont qu'une portée très limitée sur les aspects matériels des sûretés réelles constituées sur des navires.

e) Proposition de Registre européen des navires (Euros)

65. En 1989, la Commission européenne a présenté une proposition de règlement du Conseil instaurant un registre communautaire pour les navires (Euros) qui coexisterait avec les registres nationaux existants. Cependant, dans sa proposition modifiée de 1991⁹⁰, la Commission a précisé que l'introduction du registre européen additionnel n'avait pas pour objet d'affecter les droits réels concernant le navire, qui devaient demeurer régis par les lois de l'État membre du pavillon national⁹¹. La proposition de règlement visait en fait à énoncer les conditions d'admission à l'immatriculation dans un registre commun⁹² et à régler d'autres questions comme l'équipage et le droit du travail.⁹³

66. Les efforts d'introduction d'un registre européen ont été abandonnés par la suite, suivant le principe que l'introduction d'un système d'immatriculation supplémentaire aurait peu d'intérêt et qu'un registre unifié serait pour l'instant prématuré compte tenu de l'absence d'harmonisation des politiques économiques, fiscales et sociales des États membres⁹⁴.

f) Projet d'instrument international pour la reconnaissance des ventes judiciaires de navires

67. Le Comité maritime international travaille actuellement sur un projet d'instrument international pour la reconnaissance des ventes judiciaires de navires. Une deuxième version de ce projet a été examinée lors de la conférence de Beijing d'octobre 2012 du Comité maritime international⁹⁵.

68. Dans sa version actuelle, le projet d'instrument couvre la vente judiciaire des navires en général. Il dispose notamment que notification doit être adressée avant une vente judiciaire aux parties intéressées⁹⁶, qu'une vente judiciaire éteint tous les droits et intérêts sur le navire nés antérieurement à celle-ci⁹⁷ et qu'une vente judiciaire conforme aux dispositions de cet instrument doit être reconnue dans les États contractants comme opérant transfert de la propriété du navire à l'acquéreur et éteignant toutes les sûretés conventionnelles et non conventionnelles constituées sur le navire sauf si elles sont reprises par l'acquéreur⁹⁸.

⁸⁸ Voir le texte de l'art. 3 dans les deux Conventions.

⁸⁹ Voir le texte de l'art. 9 dans les deux Conventions.

⁹⁰ COM(91) 483 final, publié au JO de 1992 n° C 19/10.

⁹¹ Voir art. 23 de la proposition de règlement.

⁹² Art. 3 *et seq.*

⁹³ Voir section 3 de la proposition de règlement.

⁹⁴ Voir l'Avis du Comité économique et social européen du 26 avril 2007, COM(2006) 275 final, publié au JO 2007 n° C 168/50.

⁹⁵ Le projet peut être téléchargé sur le site du Comité, à l'adresse: www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html.

⁹⁶ Projet d'art. 3.

⁹⁷ Projet d'art. 4.

⁹⁸ Projet d'art. 7.

69. Il faut souligner que la question de la vente judiciaire a déjà été traitée par les Conventions de 1967 et de 1993. De manière générale, le projet d'instrument ne s'écarte pas de ces conventions en ce qui concerne les obligations et les effets d'une vente judiciaire si ce n'est qu'il précise certains points. Les arguments motivant le projet d'un nouvel instrument international sont les suivants⁹⁹: les Conventions de 1967 et de 1993 ne couvrent la vente judiciaire qu'en tant que mesure d'exécution des droits conférés par des sûretés réelles constituées sur des navires, tandis que l'instrument proposé serait plus large. En outre, il semble que même en ce qui concerne un chevauchement partiel avec le champ d'application des Conventions de 1967 et de 1993, un nouvel instrument autonome sur la vente forcée pourrait être préférable: on pense que le succès international assez limité de la Convention de 1993 et la faible probabilité de nombreuses adhésions ultérieures à cet instrument plaident pour une tentative d'élaboration d'un instrument international sur la vente judiciaire qui ne touche pas aux questions de privilèges maritimes qui ne recueillent pas de consensus international, lesquelles, comme le montre l'expérience, sont plutôt un obstacle à une large adhésion, même si, bien sûr du point de vue de l'harmonisation du droit international et de l'efficacité des opérations transfrontalières, il serait extrêmement souhaitable que de telles solutions plus générales soient réalisables.

5. Pertinence du système de la Convention du Cap pour les sûretés conventionnelles grevant des navires

70. Les précédents paragraphes de cette étude préliminaire montrent que les instruments internationaux existants n'apportent pas de solution satisfaisante à de nombreuses questions essentielles concernant les sûretés réelles grevant des navires dans un contexte transfrontalier. D'autres efforts d'harmonisation internationale semblent fortement souhaitables. Toutefois, une analyse plus approfondie des instruments internationaux dans ce domaine montre non seulement que le besoin de solutions internationales aux problèmes qui se posent dans les transports maritimes transfrontaliers n'est pas satisfait, mais elle pointe aussi dans une certaine mesure vers les stratégies qu'il convient d'adopter pour prévenir l'insuccès international qui caractérise la plupart des efforts d'harmonisation dans ce domaine du droit.

71. Pour une partie au moins des problèmes évoqués plus haut, en particulier la constitution, l'opposabilité, le rang et les effets de sûretés réelles conventionnelles grevant des navires, le système d'opérations garanties instauré par la Convention du Cap apparaît comme une solution appropriée qui pourrait être adoptée en élaborant un nouveau Protocole à cette Convention. Certes, ce Protocole ne réglerait pas les questions transfrontalières soulevées par les règles nationales divergentes concernant les privilèges maritimes et leur rang respectif, mais il semble qu'un projet d'harmonisation qui se limite dans sa portée pourrait avoir de meilleures chances de succès que les précédentes tentatives de réglementation internationale exhaustive des sûretés réelles grevant des navires. Comparativement à un instrument entièrement nouveau, l'élaboration d'un nouveau Protocole soumis au régime de la Convention du Cap aurait l'avantage d'utiliser un régime de sûretés réelles dont l'applicabilité pratique est déjà démontrée. Néanmoins, si le régime juridique de la Convention du Cap en général se prête indéniablement à une extension aux sûretés constituées sur des navires, plusieurs problèmes demeurent pour lesquels un nouveau Protocole pourrait effectuer des aménagements appropriés aux particularités du droit maritime, en tenant compte des résultats de recherches complémentaires à effectuer sur les préférences traditionnelles du marché.

⁹⁹ Voir l'article de Sharpe, "Towards an International Instrument for Recognition of Judicial Sales of Ships – Policy Aspects", qui peut être téléchargé sur le site du Comité, à l'adresse: www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html.

a) Présentation des principales caractéristiques du régime d'opérations garanties instauré par la Convention du Cap

72. Le régime juridique applicable aux opérations garanties instauré par la Convention du Cap et les trois Protocoles existants pour les différents types de biens mobiles visés à l'art. 2(3) de la Convention présentent, entre autres, les caractéristiques suivantes:

- la Convention couvre la création d'une garantie internationale sur des biens mobiles (art. 2(1))
- les garanties internationales comprennent:
 - o les garanties conférées en vertu d'un contrat constitutif de sûreté (art. 2(2)(a))
 - o les garanties acquises au vendeur en vertu d'un contrat réservant un droit de propriété (art. 2(2)(b))
 - o les garanties détenues par un bailleur en vertu d'un contrat de bail (art. 2(2)(c))
- les garanties internationales sont constituées avec la seule obligation d'un écrit (art. 7(a)), l'inscription d'une garantie internationale garantit la priorité sur les sûretés inscrites par la suite ou pas du tout (art. 29) et l'opposabilité de la sûreté dans le cadre de l'insolvabilité (art. 30)
- les mesures ouvertes au créancier garanti en cas d'inexécution comprennent pour tous les types de garanties internationales la prise de possession du bien grevé, la vente du bien grevé et la perception de revenus ou de bénéfices produits par le bien grevé (art. 8)
- un vendeur ou un bailleur peut également mettre fin au contrat de vente/de bail en cas d'inexécution et prendre possession du bien (art. 10)
- le créancier garanti peut solliciter des mesures avant le règlement au fond du litige; ces mesures peuvent comprendre, entre autres, une décision d'immobilisation du bien (art. 13)
- de manière générale, les mesures doivent être exercées conformément aux règles de procédure du for (art. 14)
- les garanties internationales couvertes par le système de la Convention doivent être inscrites dans un Registre international établi à cette fin (art. 16)
- le Registre international est placé sous une Autorité de surveillance (art. 17)
- les conditions d'inscription sont précisément réglementées (art. 18)
- le fonctionnement du registre est réglementé, ce qui garantit entre autres la possibilité à toute personne de demander à consulter le registre par des moyens électroniques (art. 22)
- un régime très détaillé gouverne la cession de droits à paiement garantis ou associés au bien grevé (droits accessoires) (arts. 31 *et seq.*)
- les États contractants peuvent déclarer les droits non conventionnels qui primeront les garanties conventionnelles inscrites (art. 39)
- les États contractants peuvent déclarer les droits non conventionnels susceptibles d'inscription comme si ces droits étaient des garanties internationales régis par la Convention du Cap et qui seront alors traités comme tels (art. 40)
- les clauses attributives de compétence sont reconnues et la compétence conférée par ces clauses est, au moins si les parties en décident ainsi, traitée comme exclusive (art. 42), sous réserve de l'exception suivant laquelle les tribunaux du pays dans lequel se trouve

le bien sont également compétents pour ordonner des mesures provisoires (art. 43); en l'absence de clause attributive, la compétence est déterminée par la loi du for

- le régime juridique applicable à toute catégorie de bien mobile est déterminé par les dispositions de la Convention du Cap et le Protocole applicable; en cas d'incompatibilité, le Protocole l'emporte (art. 6(2))

73. Les paragraphes qui suivent présentent une étude plus approfondie de l'application aux navires et matériels d'équipement maritime du régime des opérations garanties par la Convention du Cap résumé au paragraphe précédent.

b) Navires et matériels d'équipement maritime en tant que biens susceptibles d'immatriculation

74. Si le fonctionnement d'un système d'inscription de sûretés réelles spécifiques à certains biens (*real folio*)¹⁰⁰ peut soulever des problèmes pour les actifs difficiles à individualiser, aucune difficulté de ce type n'est à anticiper pour les navires: l'immatriculation des navires de mer est une obligation traditionnellement prévue par les lois nationales. En tout état de cause, les registres maritimes nationaux ne seraient pas écartés par l'introduction d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap: la détermination d'une loi d'immatriculation sous un pavillon national serait encore pertinente, notamment pour le droit du travail et de la sécurité. L'introduction d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap prévoirait l'établissement d'un Registre international, mais il ne couvrirait que les sûretés grevant des navires.

75. La création d'un Registre international supposerait évidemment de définir les navires visés par ce système d'immatriculation. Dans le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques, par exemple, les catégories d'aéronefs ont été définies par référence à des mesures techniques¹⁰¹. Une approche semblable pourrait être adoptée pour les navires en incorporant une référence à un tonnage minimum, ou il pourrait être fait référence à la définition du terme "navire" figurant à l'art. 2 de la Convention de Genève sur les conditions d'immatriculation des navires de 1986¹⁰² (la Convention n'est pas encore en vigueur; quinze États y sont parties)¹⁰³ ou bien le champ d'application du nouveau Protocole pourrait être défini par référence au champ d'application de l'obligation d'immatriculation en vertu des registres maritimes nationaux applicables.

76. Concernant les autres catégories de matériel d'équipement maritime, en particulier les flottes de conteneurs, la nécessité d'un financement garanti est de même évidente, mais l'immatriculation soulève d'autres questions de délimitation, par exemple par rapport aux conteneurs qui ne sont pas utilisés pour les transports maritimes. Il conviendrait d'effectuer d'autres recherches et consultations avec les praticiens du marché afin de déterminer les autres catégories de matériels d'équipement maritime susceptibles d'être incluses dans un système d'immatriculation basé sur des entrées de registres relatives à des biens individuels.

¹⁰⁰ Pour le mode opératoire des registres en vertu de la Convention du Cap voir Goode, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on Matters specific to Aircraft Equipment, Official Commentary*, 2^e éd., Rome 2008, p. 50.

¹⁰¹ Voir art. I(2)(b), (e) et (l).

¹⁰² Le texte de la définition est le suivant:

"Le terme "navire" s'entend de tout bâtiment de mer apte à naviguer par ses propres moyens qui est utilisé dans le commerce maritime international pour le transport de marchandises, de passagers ou de marchandises et de passagers, à l'exception des bâtiments de moins de 500 tonneaux de jauge brute"

¹⁰³ Les États parties à la Convention sont les suivants: Albanie, Bulgarie, Cote d'Ivoire, Égypte, Géorgie, Ghana, Haïti, Hongrie, Irak, Libéria, Lybie, Maroc, Mexique, Oman, Syrie.
http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-7&chapter=12&lang=fr&clang=_fr
 Conformément à son art. 19, la Convention entrera en vigueur 12 mois après la date à laquelle 40 États au moins, dont le tonnage combiné représente au moins 25 % du tonnage mondial, seront devenus Parties contractantes.

c) Règles uniformes relatives aux obligations d'inscription

77. L'existence de règles uniformes relatives aux obligations et aux procédures d'inscription de sûretés en vertu du régime de la Convention du Cap serait un des principaux avantages d'une proposition de Protocole additionnel couvrant les navires et les matériels d'équipement maritime. En effet, les obligations et procédures d'inscription applicables dans les droits internes sont actuellement différentes et, d'autre part, l'application générale du principe de conflit de lois sur la détermination de ces questions par la loi du pavillon n'est pas parfaitement certaine.

78. Un accord portant sur des obligations et procédures d'inscription harmonisées en vertu d'un instrument international résoudrait ces deux problèmes et les intervenants du marché qui souhaitent constituer une sûreté sur un navire battant pavillon étranger n'auraient plus à exposer des coûts et à consentir des efforts supplémentaires pour s'informer sur les règles de procédure d'un droit étranger et les respecter et ils pourraient aussi, conformément à ces règles harmonisées, compter sur le fait qu'un tribunal ne soumettrait pas leur sûreté aux obligations d'inscription d'un autre régime juridique.

79. Il convient également de souligner que bien que les Conventions de 1967 et de 1993 aient mentionné des obligations minimales de publicité, une harmonisation des obligations et des procédures d'inscription de sûretés soumises au régime de la Convention du Cap aurait des effets différents: les Conventions de 1967 et de 1993 traitaient avant tout de la reconnaissance internationale des sûretés conventionnelles, lesquelles demeuraient régies par leur propre loi dans le système de ces Conventions. Ces Conventions n'énonçaient que des obligations minimales et laissaient le détail du système d'inscription aux lois nationales¹⁰⁴, ce qui oblige les intervenants du marché à respecter les obligations des différents systèmes juridiques nationaux (et engendre, surtout en situation transfrontalière, des coûts de transaction et un risque de non-respect accidentel des formalités d'inscription requises). En créant une garantie internationale régie par les règles énoncées dans le régime de la Convention du Cap elle-même, un nouveau Protocole à la Convention du Cap supprimerait ces risques¹⁰⁵; parallèlement, la faisabilité pratique des procédures d'inscription harmonisées en vertu du régime de la Convention du Cap a déjà été démontrée.

d) Règles uniformes de priorité entre sûretés conventionnelles concurrentes

80. L'extension aux navires du régime de la Convention du Cap comprendrait aussi l'application de règles de priorité uniformes entre des sûretés conventionnelles sur navires concurrentes, ce qui garantirait une meilleure prévisibilité aux acteurs du marché quant au statut de leur sûreté réelle conventionnelle vis-à-vis d'hypothèques et de *mortgages* concurrents.

81. Les parties ne seraient plus exposées aux risques découlant du fait que le rang de leurs sûretés réelles suit des règles légèrement différentes d'un système juridique à l'autre et qu'il n'y a pas de consensus international sur la détermination de la loi applicable pour cette question, la loi du pavillon ou la loi du for.

82. Il faut souligner que l'introduction de règles de priorité uniformes entre des sûretés conventionnelles concurrentes en vertu de la Convention du Cap ne devrait pas poser de problème en ce qui concerne l'absence d'harmonisation des règles de priorité appliquées aux sûretés non conventionnelles¹⁰⁶: puisque seule la priorité des sûretés conventionnelles entre elles (et d'autres droits expressément inclus dans le champ d'application de la Convention¹⁰⁷) est régie par la

¹⁰⁴ Sur la technique législative de ces instruments, voir Carbone (*op. cit.* note 7), p. 114.

¹⁰⁵ Voir de manière générale Goode, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on Matters specific to Aircraft Equipment, Official Commentary*, 2^e éd., Rome 2008, p. 13.

¹⁰⁶ Voir les préoccupations soulevées dans la littérature juridique allemande, plus haut para. 34.

¹⁰⁷ Voir art. 29 et 39 *et seq.* et plus loin paras. 88 *et seq.*

Convention du Cap, aucun conflit ne peut naître de l'application d'autres règles de priorité concernant les sûretés non conventionnelles et les relations entre les sûretés conventionnelles et non conventionnelles, qui seront toutes traitées conformément au système juridique applicable en vertu des règles de conflit de lois du for.

e) Publicité renforcée par un registre électronique

83. Un Registre international soumis au régime de la Convention du Cap fonctionne de manière électronique et toute personne intéressée peut y accéder directement 24 heures sur 24¹⁰⁸.

84. Ce système évite les coûts, les frais et les retards qu'engendrent actuellement les registres maritimes sur papier, auxquels les utilisateurs ne peuvent accéder directement. L'accès amélioré au registre renforce grandement sa fonction de publicité par rapport aux registres traditionnels. Il n'est évidemment pas nécessaire d'élaborer un instrument national pour modifier le mode opératoire des systèmes d'inscription nationaux, mais l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap pourrait accélérer les réformes du droit à cet égard et pourrait également démontrer que les préoccupations relatives au fonctionnement électronique de registres de sûretés réelles ne sont pas justifiées.

f) Organisations internationales susceptibles d'agir en qualité d'Autorité de surveillance

85. Le régime de la Convention du Cap envisage une Autorité chargée de la surveillance du Registre international. Dans le domaine du droit maritime, plusieurs organisations ont participé à des projets d'harmonisation du droit par le passé et pourraient à ce titre exercer les fonctions de l'Autorité de surveillance (Comité maritime international, Organisation maritime internationale et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement)¹⁰⁹.

g) Exigences de double inscription

86. Étant donné que les dispositions d'un instrument international peuvent l'emporter sur l'application du droit interne, les règles de la Convention qui organisent la création, la priorité et l'opposabilité en cas d'insolvabilité d'instruments internationaux inscrits remplissant les conditions prévues par la Convention du Cap¹¹⁰ ne peuvent autoriser un fonctionnement incompatible d'obligations nationales d'inscription additionnelle de sûretés réelles sur des navires dans un registre national des débiteurs (en particulier un Registre des sociétés).

87. Il faut noter cependant qu'il a été rapporté que dans les systèmes juridiques où fonctionne un registre des débiteurs pour tous les types de sûretés de débiteurs spécifiques (précisément, les sociétés) et dans lesquels le système d'inscription d'une sûreté constituée sur un aéronef en vertu de la Convention du Cap et du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques est entré en vigueur, la double inscription des sûretés grevant un aéronef dans le registre de Dublin prévu par le régime de la Convention du Cap et dans le registre des débiteurs (Registre des sociétés) demeure courante; voir par exemple la pratique en Irlande. Il conviendrait d'effectuer de nouvelles recherches pour déterminer si cette pratique a la préférence des intervenants du marché ou s'il serait jugé préférable de clarifier, dans un nouveau Protocole éventuel, les effets juridiques de l'inscription dans le Registre international par rapport aux obligations concurrentes d'inscription en droit national décrites au paragraphe précédent.

¹⁰⁸ Voir art. 22, voir aussi le règlement du Registre international de la Convention du Cap (*Regulations and Procedures for the International Registry*), art. 3.4 et 7.

¹⁰⁹ Sur le rôle de ces organisations internationales gouvernementales et non-gouvernementales en général, voir Carbone (*op. cit.* note 7), pp. 83 et seq.

¹¹⁰ Voir art. 7, 29 et 30.

h) Restriction générale aux sûretés conventionnelles

88. Le régime de la Convention du Cap traite exclusivement des sûretés réelles conventionnelles¹¹¹. La Convention du Cap n'a pas pour objet d'harmoniser les règles relatives à la constitution et aux effets des sûretés non conventionnelles. De ce fait, un Protocole additionnel couvrant les navires et les matériels d'équipement maritime n'harmoniserait pas le droit des privilèges maritimes, leur statut en matière de priorité et les règles de conflit de lois relatives à ces garanties non conventionnelles. Il s'ensuit qu'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les navires et les matériels d'équipement maritime ne concourrait pas à l'harmonisation des lois dans ce domaine du droit où les approches nationales divergentes démontrent clairement l'intérêt potentiel de la coopération juridique transfrontalière, mais ce sont précisément ces divergences dans les approches nationales qui ont posé jusqu'ici un obstacle insurmontable au succès des grands efforts d'harmonisation dans ce domaine du droit. Un principe d'autolimitation apparaît donc opportun, comme il a été recommandé dans le projet actuel d'instrument international pour la reconnaissance des ventes judiciaires de navires.

i) Réglementation limitée des questions touchant aux sûretés non conventionnelles

89. Il faut néanmoins remarquer que par exception à la règle décrite au paragraphe précédent, la Convention du Cap comprend deux dispositions qui couvrent, dans une certaine mesure, les questions de sûretés réelles non conventionnelles. Concernant ces deux dispositions exceptionnelles, il conviendrait d'effectuer d'autres recherches sur les préférences du secteur maritime et une approche plus restrictive pourrait être suggérée afin d'éviter de toucher aux considérations de principe nationales divergentes quant au statut des privilèges maritimes.

90. Premièrement, l'art. 39(1)(a) autorise les États contractants à déposer auprès du Dépositaire une liste de catégories de droits ou garanties non conventionnels qui priment une garantie équivalente à une garantie internationale inscrite en vertu du droit interne de l'État contractant et qui primeront les garanties internationales inscrites en vertu de la Convention. Cette disposition n'harmonise pas les conditions de la création des droits non conventionnels couverts dans une telle liste; et un tel droit ne naîtra que si les règles de conflit de lois du for déterminent que la loi de l'État contractant concerné gouverne la question de la création de sûretés non conventionnelles. Par ailleurs, la Convention n'harmonise pas ces règles de conflit de lois. Toutefois, le rang de ces sûretés non conventionnelles est ensuite déterminé sur la base des dispositions de la Convention conformément à la position exprimée par l'État contractant concerné dans sa déclaration déposée auprès du Dépositaire. En fait, le principe est proche d'une règle suivant laquelle le rang des sûretés non conventionnelles est déterminé par la loi qui gouverne leur création. Bien que plusieurs systèmes juridiques soumettent les questions de la création et du rang des sûretés non conventionnelles grevant des navires à la même loi applicable¹¹², d'autres systèmes ont des règles de conflit de lois différentes pour ces questions¹¹³. C'est pourquoi il serait peut-être nécessaire d'effectuer d'autres recherches dans ce domaine des sûretés constituées sur des navires afin de déterminer si une forte préférence se dégage à l'échelle internationale pour l'une ou l'autre règle; une autre solution pourrait consister à soumettre l'art. 39 à une règle du nouveau Protocole disposant que les garanties non conventionnelles visées dans la déclaration de l'État contractant concerné ne doivent bénéficier d'un rang privilégié indiqué dans la déclaration que si les règles de conflit de lois du for prévoient que le rang des sûretés non conventionnelles

¹¹¹ Voir les garanties internationales couvertes par l'art. 2.

¹¹² Par exemple la loi du pavillon, voir ci-dessus para. 42, ou la loi du for, voir ci-dessus, para. 40.

¹¹³ Par exemple le régime juridique gouvernant la créance garantie est également applicable à la constitution des sûretés non conventionnelles, tandis que le rang de ces dernières est déterminé par la loi du for, voir ci-dessus para. 41.

doit être régi par les lois de l'État contractant concerné ou par tout autre régime conférant ce rang prioritaire à ces sûretés non conventionnelles.

91. Deuxièmement, l'art. 40 dispose que chaque État contractant peut déposer auprès du Dépositaire une liste de sûretés non conventionnelles qui peuvent être inscrites en vertu de la Convention comme si elles étaient des garanties internationales susceptibles d'être inscrites et qui seront dès lors traitées comme telles, ce qui comprend la détermination du rang en fonction de l'ordre d'inscription¹¹⁴. Bien que l'art. 40 n'aille pas aussi loin que l'art. 39 en conférant un rang privilégié aux garanties visées, il faut souligner qu'il a pour effet qu'une garantie visée par cette disposition ne peut plus être traitée comme ayant un rang généralement inférieur à celui des sûretés réelles conventionnelles grevant le même bien, même s'il en serait ainsi sur la base de l'application des dispositions en matière de conflit de lois du for et du régime juridique applicable pour la détermination du rang de cette catégorie de sûretés non conventionnelles. Là encore, d'autres recherches seraient nécessaires pour déterminer si une disposition plus restrictive telle que décrite au paragraphe précédent serait préférable, c'est-à-dire que le rang de cette catégorie de sûretés non conventionnelles ne serait déterminé par ces règles que si les règles de conflit de lois du for soumettent le rang des sûretés non conventionnelles aux lois de l'État contractant concerné ou à tout autre régime juridique conférant un rang équivalent à ces sûretés non conventionnelles.

j) Prévention des conflits avec d'autres instruments internationaux concernant l'exécution (saisie conservatoire et vente judiciaire)

92. Les questions de saisie conservatoire des navires étant couvertes par les Conventions de 1952 et de 1999, dont la première en particulier est entrée en vigueur dans de nombreux États, il convient d'éviter tout conflit entre un nouveau Protocole à la Convention du Cap et les instruments internationaux existants à cet égard. Ce principe s'applique également aux questions relatives aux ventes judiciaires, qui sont traitées dans le projet d'instrument international pour la reconnaissance des ventes judiciaires de navires actuellement en cours.

93. De manière générale, la Convention du Cap dispose que l'exercice de toute mesure en vertu de la Convention doit suivre les règles de procédure de la loi du for¹¹⁵. Cette règle générale garantit que les dispositions de la loi du for l'emportent sur celles de la Convention, y compris toutes règles en vertu d'instruments internationaux concernant la saisie conservatoire et la vente judiciaire auxquelles il est donné effet dans l'État du tribunal saisi.

94. Il semble néanmoins que pour la saisie conservatoire comme pour la vente judiciaire, on pourrait considérer qu'un éventuel Protocole à la Convention du Cap doit incorporer des règles complémentaires destinées à éliminer toute contradiction entre le régime des sûretés réelles organisé par la Convention du Cap et les instruments internationaux précités en matière de saisie conservatoire et de vente judiciaire de navires. Premièrement, en ce qui concerne la saisie conservatoire des navires, il semblerait en particulier qu'il conviendrait d'aligner les règles relatives à la mesure provisoire d'immobilisation du bien¹¹⁶ sur celles des Conventions de 1952 et de 1999.

95. Deuxièmement, il faut souligner que si la Convention du Cap mentionne la "vente" du bien grevé¹¹⁷, cette mesure de vente doit, compte tenu de ses effets en vertu de la Convention, être entendue comme ce qui est communément considéré comme une autorisation de réaliser une vente privée, conférant à l'acquéreur la propriété libre des droits des personnes suivantes: le débiteur, le créancier garanti qui procède à l'exécution et les créanciers titulaires de garanties de

¹¹⁴ Voir art. 29.

¹¹⁵ Voir art. 14.

¹¹⁶ Voir art. 13(c).

¹¹⁷ Voir art. 8(1)(b).

second rang¹¹⁸. La Convention du Cap n'aborde pas la possibilité d'une vente judiciaire par laquelle l'acquéreur acquerrait un titre entièrement libre de droits. Étant donné la préférence traditionnelle pour les ventes judiciaires en matière de sûretés grevant des navires, il pourrait sembler utile de préciser que le régime de la Convention du Cap n'a pas vocation à interdire l'exercice de la mesure de vente judiciaire si celle-ci est prévue par le droit national ou les instruments internationaux applicables.

k) Réserve de propriété et bail

96. Si le régime de la Convention du Cap reconnaît fermement le recours à la réserve de propriété et au contrat de bail comme accords alternatifs sur lesquels baser la sûreté réelle¹¹⁹, la question requiert d'autres recherches afin de déterminer si le secteur international du financement des transports maritimes réserverait un bon accueil à la possibilité d'accords de réserve de propriété portant sur des navires. Pour l'instant, il est certain que ces accords sont rares et il conviendrait de déterminer si les avantages de cette possibilité supplémentaire de structurer des contrats de financement garanti concernant des navires l'emporteraient sur les difficultés pouvant découler dans d'autres domaines du droit maritime de l'introduction d'un tel concept, comme le partage des responsabilités, les conséquences pour le pavillon concerné, etc.¹²⁰

97. Des recherches sont également nécessaires en matière de baux. Les contrats de bail sont très courants dans l'industrie maritime (charte-partie coque nue)¹²¹ et il conviendrait assurément de déterminer si le marché est demandeur d'un changement des pratiques actuelles qui découlerait de l'application du régime de la Convention du Cap (y compris ses obligations d'inscription) même pour les contrats de bail sans option d'achat¹²², en tenant également compte du fait qu'en raison de l'existence de registres maritimes nationaux, où la propriété reste inscrite dans le registre de l'État d'origine alors même que le navire peut battre le pavillon d'un autre État auquel il est loué¹²³, l'argument d'une publicité renforcée des sûretés réelles pourrait être moins convaincant dans ce contexte.

l) Différentes mesures en cas d'inexécution des hypothèques et des *mortgages*

98. Comme il a été indiqué précédemment¹²⁴, il existe une distinction traditionnelle entre les mesures ouvertes en vertu d'un *mortgage* constitué sur un navire d'une part, et celles qui sont ouvertes en vertu d'une hypothèque d'autre part, mais une tendance à surmonter cette distinction semble se dessiner dans les différents régimes nationaux.

¹¹⁸ *Arg. e* art. 8(6); voir aussi le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques, art. X(4) pour une vente dans le cadre de procédures concernant les mesures provisoires.

¹¹⁹ Voir art. 2(2).

¹²⁰ À cet égard, une attention particulière doit être accordée à la nature spécifique du droit maritime: tout particulièrement adapté aux solutions harmonisées au niveau international en raison de sa nature intrinsèquement internationale, bon nombre de ses institutions ont principalement grandi à partir sur des pratiques développées dans le marché et cette prédominance des pratiques de marché se reflète nécessairement aussi dans les dispositions contenues dans les instruments internationaux relatifs aux questions de droit maritime: voir Carbone, *Accordi interstatali e diritto marittimo uniforme*, in: *Diritto Marittimo Vol. CX* (2008), 351, p 352.

¹²¹ Voir pour le droit français Oilleau, *Le crédit tiré du navire*, Marseille 2010, pp. 512 *et seq.*

¹²² Voir art. 1(q).

¹²³ Pour un exemple de la possibilité d'immatriculer des navires exploités en vertu d'une charte-partie coque nue, voir le *Ship Registration Act 1992* (Loi sur l'immatriculation des navires) de la Nouvelle-Zélande, sec. 8(1)(b). Pour la distinction entre l'immatriculation de la propriété et l'immatriculation du pavillon concernant les navires affrétés coque nue en général, voir Nöll, in: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2009, § 1 SchiffsRG para. 62.

¹²⁴ Voir ci-dessus para. 19.

99. La Convention du Cap n'opère pas de distinction dans les mesures ouvertes à un créancier titulaire d'une garantie internationale (sauf lorsqu'il s'agit d'un vendeur disposant d'une réserve de propriété ou d'un bailleur¹²⁵). Bien que cette absence de distinction traduise une approche fonctionnelle moderne des sûretés réelles, il semblerait utile d'effectuer des recherches complémentaires afin de déterminer si le marché préférerait maintenir les distinctions traditionnelles concernant les sûretés conventionnelles sur des navires ou s'il existe une demande suffisante de rationalisation des mesures ouvertes au créancier qui justifierait un effort de réforme du droit à cet égard.

m) Compétence

100. La Convention du Cap protège particulièrement l'applicabilité des clauses attributives de compétence, c'est-à-dire les accords entre les parties concernant le choix du for¹²⁶. Bien qu'il soit possible de déceler une tendance à la reconnaissance et à l'application des clauses attributives de compétence (voir aussi la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005, qui toutefois n'est pas encore entrée en vigueur¹²⁷), plusieurs systèmes juridiques ne valident pas nécessairement ces accords indépendamment des circonstances de l'espèce, en particulier lorsqu'une des parties veut introduire une action devant un tribunal qui n'est pas celui qui a été désigné dans la clause attributive de compétence et que le tribunal accepte que le for réel est clairement plus approprié.

101. Il faut observer en parallèle que sur le point de savoir si un tribunal du lieu où une saisie conservatoire a été effectuée sur un navire peut exercer sa compétence pour statuer sur le fond, les Conventions de 1952 et de 1999 sur la saisie conservatoire prévoient toutes deux l'applicabilité des clauses attributives de compétence¹²⁸. Sur ce point également, des recherches complémentaires sembleraient nécessaires afin de déterminer s'il existe une demande suffisante de réforme plus vaste du droit à cet égard, qui validerait les clauses attributives de compétence même au-delà des Conventions de 1952 et 1999 dans toutes les questions régies par un nouveau Protocole à la Convention du Cap.

6. Recommandation: nouvelle étude de faisabilité concernant l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les navires et les matériels d'équipement maritime

102. Les résultats de la présente étude préliminaire peuvent se résumer comme suit: le droit des opérations garanties portant sur des navires dans un contexte transfrontalier pose un certain nombre de problèmes juridiques découlant, dans une large mesure, des différences entre les régimes nationaux concernant la création, l'opposabilité et le rang des sûretés réelles conventionnelles grevant des navires et les régimes de conflit de lois respectifs. Il est permis de penser que l'harmonisation du droit dans ce domaine pourrait conférer une plus grande certitude aux opérations garanties transfrontalières, réduire les coûts du crédit garanti et permettre ainsi l'octroi de financements supplémentaires au secteur des transports maritimes. Bien que les précédentes tentatives de réforme du droit concernant spécifiquement les sûretés réelles conventionnelles constituées sur des navires n'aient pas eu le succès souhaité, l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap offrirait une solution fonctionnelle à de nombreux

¹²⁵ Voir art. 8(1).

¹²⁶ Voir art. 42.

¹²⁷ Bien que l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique aient signé la Convention, le Mexique est le seul État partie à la Convention.

¹²⁸ Voir art. 7(3) de la Convention de 1952 et art. 7(1) de la Convention de 1999.

problèmes qui se posent aujourd’hui dans ce domaine du droit et aurait probablement de meilleures chances de succès que les précédents efforts d’harmonisation dans ce domaine, car cet instrument ne toucherait pas à la question très contestée des privilèges maritimes.

103. C’est pourquoi il est recommandé de conduire une étude de faisabilité relative à l’élaboration d’un nouveau Protocole au régime de la Convention du Cap couvrant les navires et les matériels d’équipement maritime à réaliser en étroite coopération avec les représentants du secteur et des experts extérieurs. Cette étude de faisabilité recenserait les domaines dans lesquels il existe une demande d’extension du régime de la Convention du Cap et les domaines du droit des sûretés réelles portant sur des navires où la demande n’est pas suffisante. Afin d’éviter le relatif insuccès qu’ont connu certains efforts d’harmonisation du droit des sûretés réelles grevant des navires, il semblerait alors opportun de ne pas inclure ces derniers domaines dans un nouveau projet de réforme du droit, ce qui pourrait également supposer d’exclure certaines règles de la Convention du Cap du nouveau Protocole afin de se concentrer sur les dispositions essentielles relatives à la création, à l’opposabilité et au rang des sûretés conventionnelles, questions sur lesquelles la demande et les perspectives de succès d’une solution harmonisée semblent plus solides.

B. Matériels de production d’énergie éolienne en mer et matériels d’équipement similaires

104. En seulement quelques décennies, la production d’énergie issue d’installations éoliennes en mer a accompli de considérables progrès techniques et on s’accorde généralement à penser que c’est, au moins potentiellement, un contributeur majeur à l’offre énergétique de nombreuses économies côtières, en particulier au vu de la demande croissante d’énergie renouvelable. Cependant, les intervenants du marché rencontrent d’importantes difficultés pour financer et exploiter les matériels de production d’énergie éolienne en mer, notamment au regard de la détermination de la loi applicable, de l’application de règles générales de droit des biens et, surtout, des règles applicables aux sûretés réelles. Acteurs du marché et auteurs plaident pour une réforme du droit sur ces points mais bien que des États aient introduit des dispositions particulières pour régler certains de ces problèmes, aucune tentative ambitieuse d’harmonisation internationale du droit n’a été faite jusqu’ici.

105. Le 10 septembre 2011, le Secrétariat a reçu un courrier du Ministère fédéral allemand de la Justice qui proposait d’élaborer un nouveau Protocole à la Convention du Cap consacré aux questions propres aux matériels de production d’énergie éolienne en mer et aux matériels d’équipement similaires. Il y était expliqué qu’en Allemagne, ce secteur d’activité s’était montré intéressé par la possibilité de constituer des sûretés inscrites, en particulier sur des matériels de production d’énergie éolienne, et que l’expansion du marché des énergies renouvelables engendrait un besoin colossal d’investissement que des sûretés réelles efficaces pourraient faciliter. Le Ministère fédéral allemand de la Justice se déclarait intéressé par l’élaboration d’un instrument international harmonisant les règles relatives aux sûretés réelles grevant ce type de matériel d’équipement.

106. Le Secrétariat a pris note de la proposition et réalisé une étude préliminaire, laquelle vise en premier lieu à donner un aperçu général de quelques éléments du contexte économique et technique et de recenser les principales préoccupations d’ordre juridique auxquelles le secteur est confronté. Elle examine ensuite s’il existe d’autres solutions juridiques adéquates ou s’il serait plus opportun de traiter les questions précitées dans le cadre de la Convention du Cap en élaborant un nouveau Protocole à la Convention couvrant les matériels de production d’énergie éolienne en mer et les matériels d’équipement similaires. En fonction des délibérations du Conseil de Direction et de l’Assemblée générale, ces questions devraient alors faire l’objet de recherches plus approfondies

dans une étude de faisabilité à conduire en étroite coopération avec les praticiens du secteur de l'énergie éolienne en mer, qui constituerait une première étape de l'élaboration éventuelle d'un nouveau projet de Protocole conformément aux procédures prévues à l'art. 51 de la Convention du Cap.

1. Quelques données économiques et techniques

107. La production d'énergie éolienne en mer étant relativement récente, quelques remarques générales sur son poids économique et les principales configurations techniques utilisées pour l'exploitation en mer de l'énergie éolienne sont sans doute nécessaires.

a) Part de marché croissante de la production d'énergie éolienne en mer et expansion de la demande de financement

108. À la fin de l'année 2009, moins de vingt ans après la construction de la première centrale éolienne en mer au Danemark en 1991 (onze turbines éoliennes de 0,45 MW (mégawatts) chacune), la capacité mondiale des installations de production d'énergie éolienne en mer atteignait déjà 2 100 MW. Pourtant, ce chiffre ne représentait que 1,3 % de la capacité éolienne installée mondiale (capacités à terre et en mer combinées)¹²⁹.

109. Cependant, la capacité totale de production d'énergie éolienne continue d'augmenter. Les États membres de l'Union européenne se sont fixé pour objectif de porter à 20 % la part des énergies renouvelables dans leur consommation totale d'énergie¹³⁰. Rien que pour l'énergie éolienne en mer, ces plans d'action prévoient un volume total combiné de 44 000 MW¹³¹. Selon certaines estimations, le marché européen de la production d'énergie en mer devrait atteindre 100 milliards d'euros en 2020¹³².

110. Actuellement, le coût des installations de production d'énergie éolienne en mer va de 2,5 à 4 millions d'euros par MW installé. Le coût d'un parc éolien complet de 400 MW peut donc atteindre 1 milliard d'euros, dont les principaux postes sont les turbines éoliennes elles-mêmes, suivies de la réalisation des fondations et de l'installation des câbles sous-marins¹³³. Ces chiffres pourraient diminuer à l'avenir en raison de la courbe d'apprentissage du secteur, mais ils montrent bien l'ampleur considérable des besoins de financement.

b) Différents types d'installations de production d'énergie éolienne en mer

111. La production d'énergie en mer fait appel à des matériels et installations techniques très diversifiés. Les opérations de financement garanti des matériels de production d'énergie en mer,

¹²⁹ Voir le Rapport spécial du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Sources d'énergie renouvelable et atténuation du changement climatique* (2012), para. 7.3.1.3, dont la version complète peut être téléchargée en anglais à l'adresse: http://srren.ipcc-wg3.de/report/IPCC_SRREN_Full_Report.pdf

¹³⁰ Voir les plans d'action nationaux soumis à la Commission européenne, consultables à l'adresse: http://ec.europa.eu/energy/renewables/action_plan_fr.htm

¹³¹ Voir les données compilées dans wab Windenergy Agency, *Industry Report 2011*, consultables à l'adresse: http://www.wab.net/images/stories/PDF/broschueren/WAB_Industry_Report_2011.pdf

¹³² Voir les données dans wab Windenergy Agency, *Questions and Answers on Offshore Wind Energy* (2012), consultables à l'adresse: http://www.wab.net/images/stories/PDF/downloads/Questions_and_answers_22Jan13.pdf

¹³³ Voir les données dans wab Windenergy Agency, *Questions and Answers on Offshore Wind Energy*, voir note précédente.

surtout dans le secteur des énergies renouvelables, concernant généralement des installations de production d'énergie éolienne, que l'on peut classer en trois catégories¹³⁴.

112. Les installations les plus courantes de production d'énergie éolienne en mer sont des centrales éoliennes (turbines éoliennes) construites sous forme d'ouvrages fixes reposant sur une monopile (mât unique) ou sur une structure à trois pieds, cette seconde configuration permettant d'ériger des ouvrages dans des eaux plus profondes.

113. En eau peu profonde, il est possible d'utiliser des structures gravitaires, dans lesquelles l'installation de production d'énergie éolienne n'est pas fixée au fond marin: c'est le poids de la base de la turbine éolienne qui maintient l'ouvrage en place.

114. Les turbines éoliennes flottantes sont montées sur des structures flottantes ancrées au fond marin. Elles peuvent être utilisées dans des zones où l'installation de structures fixes est techniquement ou économiquement impossible en raison de la profondeur des eaux. Cependant, bien que plusieurs installations d'essai aient été construites, cette technologie est peu exploitée. Il est espéré que les avantages de l'accès à des vents plus forts l'emporteront sur le surcoût des structures flottantes et des systèmes de transport d'énergie.

2. Statut juridique des eaux au large des côtes

115. S'agissant du statut juridique des eaux au large des côtes, la classification générale suivante s'applique, qui repose principalement sur les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

116. Premièrement, chaque État côtier peut revendiquer la souveraineté territoriale sur sa *mer territoriale*, dont la largeur peut atteindre 12 milles marins à partir de la ligne de base côtière¹³⁵.

117. Deuxièmement, la *zone contiguë*, adjacente à la mer territoriale de chaque État, peut atteindre une largeur de 24 milles marins à partir de la ligne de base côtière¹³⁶. Dans cette zone, les États côtiers peuvent exercer le contrôle nécessaire pour prévenir et réprimer les infractions à leurs lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration sur leur territoire ou dans leur mer territoriale.

118. Troisièmement, chaque État peut revendiquer une *zone économique exclusive* située au-delà de sa mer territoriale et adjacente à celle-ci, dont la largeur peut atteindre 200 milles marins à partir de la ligne de base côtière¹³⁷. Contrairement aux eaux territoriales, la zone économique exclusive ne fait pas partie du territoire de l'État côtier, mais celui-ci a des droits souverains, en particulier en ce qui concerne l'exploitation des ressources naturelles dans cette zone, y compris l'énergie éolienne, la construction d'installations à cette fin et leur réglementation¹³⁸.

¹³⁴ Voir, pour une vue d'ensemble, le Rapport spécial du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (*op. cit.* note 129), para. 7.7.3.6.

¹³⁵ Art. 3 *et seq.* de la Convention.

¹³⁶ Art. 33 de la Convention.

¹³⁷ Art. 55 *et seq.* de la Convention.

¹³⁸ Les dispositions correspondantes de la Convention figurent dans les parties suivantes des art. 56 et 60:

Article 56 – Droits, juridiction et obligations de l'État côtier dans la zone économique exclusive

1. Dans la zone économique exclusive, l'État côtier a:

(a) des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents);

(b) juridiction, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, en ce qui concerne:

119. Quatrièmement, chaque État côtier peut exercer des droits souverains sur le *plateau continental*, défini comme “les fonds marins et leur sous-sol au-delà de sa mer territoriale, sur toute l’étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet État jusqu’au rebord externe de la marge continentale, ou jusqu’à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure”¹³⁹. Le plateau continental et la zone économique exclusive se recouvrent partiellement ou totalement et l’État côtier jouit de droits souverains concernant l’exploitation des ressources naturelles du plateau continental équivalents à ses droits dans la zone économique exclusive¹⁴⁰.

120. Enfin, les eaux qui n’entrent dans aucune des classifications précédentes forment la *haute mer*¹⁴¹, sur laquelle aucun État ne peut légitimement revendiquer de souveraineté¹⁴² et où chaque État, côtier ou sans littoral, est libre de construire des installations¹⁴³.

3. Questions relatives à la détermination de la loi applicable

121. Comme il est indiqué plus haut, le financement garanti de matériels de production d’énergie éolienne en mer se heurte aujourd’hui à plusieurs problèmes juridiques complexes, portant à la fois sur la détermination de la loi applicable et sur l’application du droit des biens et des opérations garanties du système juridique concerné. Les paragraphes suivants présentent un aperçu des différents aspects de la détermination de la loi applicable dans différentes situations de faits. Cet exposé montrera clairement que dans maintes situations, la détermination de la loi applicable suscite de considérables difficultés qui génèrent, pour les parties, une forte insécurité quant au régime de droit des biens susceptible de régir leurs intérêts dans les différents types de matériels de production d’énergie éolienne en mer.

a) Droit des biens applicable aux matériels de production d’énergie éolienne situés en mer territoriale

122. Lorsque les matériels de production d’énergie éolienne sont situés dans la mer territoriale, un large consensus se dégage sur la question du droit des biens applicable en général. La mer

-
- (i) la mise en place et l’utilisation d’îles artificielles, d’installations et d’ouvrages;

(...)

Article 60 – Îles artificielles, installations et ouvrages dans la zone économique exclusive

1. Dans la zone économique exclusive, l’État côtier a le droit exclusif de procéder à la construction et d’autoriser et réglementer la construction, l’exploitation et l’utilisation:

- (a) d’îles artificielles;
- (b) d’installations et d’ouvrages affectés aux fins prévues à l’article 56 ou à d’autres fins économiques;
- (c) d’installations et d’ouvrages pouvant entraver l’exercice des droits de l’État côtier dans la zone.

2. L’État côtier a juridiction exclusive sur ces îles artificielles, installations et ouvrages, y compris en matière de lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires, de sécurité et d’immigration.

(...).

¹³⁹ Art. 76 de la Convention.

¹⁴⁰ Voir art. 77 et 80 de la Convention, ce dernier déclarant que les dispositions relatives à la zone économique exclusive s’appliquent *mutatis mutandis* à l’exercice des droits souverains sur le plateau continental.

¹⁴¹ Art. 86 de la Convention.

¹⁴² Art. 89 de la Convention.

¹⁴³ Art. 87(1)(d) de la Convention.

territoriale fait partie du territoire souverain de l'État côtier¹⁴⁴ et en vertu de la règle générale sur l'application de la *lex rei sitae*, c'est-à-dire la loi du lieu où sont situés les biens, le droit des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne situés dans la mer territoriale est la loi de l'État côtier concerné.

123. Toutefois, même dans cette situation relativement simple, la détermination de la loi applicable suscite des problèmes, par exemple en ce qui concerne les conditions d'opposabilité des sûretés réelles sans dépossession ou le transport transfrontalier de biens grevés d'une sûreté réelle. Ces questions seront traitées respectivement aux paras. 134 *et seq.* et 137.

b) Droit des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne situés dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental: règles particulières de conflit de lois

124. La détermination de la loi applicable est un peu plus compliquée lorsque les matériels de production d'énergie éolienne en mer sont situés dans une zone économique exclusive ou sur un plateau continental, hors de la mer territoriale d'un État côtier. Dans cette hypothèse, le principe traditionnel selon lequel la localisation d'un bien sur le territoire souverain d'un État doit conduire à l'application du droit des biens de cet État au statut des droits attachés au bien concerné se heurte à des difficultés. On peut distinguer plusieurs approches divergentes de ce problème dans les différents systèmes juridiques nationaux; les paragraphes suivants examinent la situation dans les systèmes juridiques qui ont instauré des règles particulières relatives à la loi applicable aux installations de production d'énergie en mer.

125. Premièrement, certains systèmes juridiques ont prévu des règles particulières de conflit de lois pour les installations en mer et le droit des biens applicable à ce type de bien en général. Le nouveau Code civil roumain de 2009/2011, par exemple, dispose expressément que les installations en mer situées sur le plateau continental d'un État doivent être considérées comme des biens immeubles aux fins de l'application des règles roumaines de conflit de lois et renvoie ainsi implicitement à l'application de la loi de l'État côtier¹⁴⁵. Ces règles générales (*allseitige Kollisionsnormen* ou règles de conflit de lois "multilatérales") sont pleinement conformes à l'esprit de la coopération internationale et permettent une soumission à la fois à la loi de l'État concerné (si le matériel est situé dans sa zone économique exclusive ou sur son plateau continental) ou à la loi d'un autre État (si le matériel n'est pas situé dans l'État du for). C'est pourquoi la littérature juridique a suggéré d'introduire ce type de règles également dans certains systèmes juridiques qui ne se sont pas encore dotés de règles traitant expressément du statut des biens en mer au regard du droit des biens¹⁴⁶.

126. Deuxièmement, dans d'autres systèmes juridiques, des dispositions légales étendent le champ d'application de leur régime de droit des biens aux installations en mer situées dans leur zone économique exclusive ou sur leur plateau continental; c'est le cas par exemple du droit des États-Unis¹⁴⁷. Ces règles ne figurent pas nécessairement dans les codifications de droit international privé du système juridique concerné et peuvent être également formellement intégrées au régime de droit des biens national. Cependant, du point de vue fonctionnel, ces règles constituent des règles de conflit de lois unilatérales (*einseitige Kollisionsnormen*), qui déterminent la loi applicable au moins dans les situations où, en vertu de ces dispositions, les conditions

¹⁴⁴ Voir ci-dessus, para. 116.

¹⁴⁵ En réalité, cette règle (CC art. 2613(2)) ne soumet pas expressément à la loi de l'État côtier, mais ce résultat découle du fait que les immeubles sont généralement soumis à la loi du *situs* (CC art. 2613(1)) et que l'art. 2613(2) du CC mentionne la situation de ces plateformes sur le plateau continental *d'un État* (nos italiques).

¹⁴⁶ Voir, par ex., pour la loi allemande, Gottschall, *Die Besicherung von Offshore-Windkraftanlagen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Cologne 2011, p. 168 *et seq.*

¹⁴⁷ Voir l'*Outer Shelf Act* des États-Unis (Loi sur le plateau continental), 43 USC § 1333.

d'application du droit matériel du for sont réunies. Pour toute procédure devant les juridictions de l'État côtier dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental duquel sont situés les matériels de production d'énergie éolienne, ces règles de conflit de lois unilatérales apportent une solution suffisante au problème de la détermination de la loi applicable. Cependant, des difficultés demeurent lorsque la procédure est engagée dans un autre système juridique, qui n'a pas nécessairement prévu de disposition comparable en matière de conflit de lois, ou lorsque le matériel en mer n'est pas situé dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental de l'État du for, situation qui échappe à ce type de disposition¹⁴⁸.

c) Droit des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne situés dans une zone économique exclusive ou sur un plateau continental: application de principes généraux

127. Lorsqu'un système juridique n'a pas de règle expresse de conflit de lois telle que celles évoquées plus haut, la détermination du droit des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne situés dans une zone économique exclusive ou sur un plateau continental est souvent assez contestée et complexe. En écartant pour l'instant la question de la possibilité d'appliquer, au moins dans certaines circonstances, des principes spécifiques de conflit de lois soumettant à la loi du pavillon ou de l'inscription, la doctrine a élaboré diverses approches de l'application des principes généraux de droit international privé dans cette situation.

128. Un accord quasi unanime semble se dégager autour de l'idée que la situation d'un bien hors de la mer territoriale d'un État côtier ne peut à elle seule avoir pour conséquence qu'aucun régime juridique des biens n'est applicable. Il a en fait été suggéré que l'applicabilité du droit des biens de chaque État aux biens situés hors de son territoire souverain doit reposer sur l'existence d'une disposition à cet effet¹⁴⁹. Cependant, les conséquences d'une approche restrictive comme celle-ci ne semblent guère réalistes et – au moins du point de vue d'un tribunal statuant sur une affaire relevant de sa compétence – il faut probablement considérer de façon générale que les règles de conflit de lois en droit privé déterminent lequel de plusieurs régimes juridiques divergents peut être appliqué et non s'il y a lieu d'appliquer un système quel qu'il soit¹⁵⁰.

129. La solution que semblent préférer la majorité des auteurs est que même en l'absence de règles particulières à cet effet, la loi de l'État côtier dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental duquel sont situés les matériels de production d'énergie éolienne doit aussi gouverner les droits réels attachés à ces matériels¹⁵¹. On peut par exemple défendre l'idée que les licences, les autorisations et la réglementation administrative du droit de l'État côtier qui sont applicables aux matériels de production d'énergie éolienne dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental de cet État créent un lien si étroit entre les matériels en mer et la loi de

¹⁴⁸ Suivant les principes généraux de droit international privé, il peut être possible d'appliquer une règle de conflit de lois unilatérale en l'interprétant largement comme une règle multilatérale, mais cette possibilité dépend du contenu précis de la règle: voir, de manière générale, Kegel et Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9^e éd., Munich 2004, p. 302; von Hoffmann et Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9^e éd., Munich 2007, p. 177 et seq.

¹⁴⁹ Voir Risch, *Windanlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone*, Berlin 2006, p. 162 et seq.

¹⁵⁰ Voir Kegel et Schurig (*op. cit.* note 148), p. 18; Wurmnest, "Windige Geschäfte? Zur Bestellung von Sicherungsrechten an Offshore-Windanlagen", in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. n° 72 (2008), p. 236, p. 246 et seq.

¹⁵¹ Cette question fait l'objet d'une très vaste discussion dans la littérature universitaire allemande, mais le raisonnement des auteurs suivants semble essentiellement se fonder sur des concepts généraux de droit international privé: Gottschall (*op. cit.* note 146), p. 50 et seq.; Böttcher, "Das Meer als Rechtsraum – Anwendbarkeit deutschen Sachenrechts auf Offshore-Windkraftanlagen und Möglichkeiten der Kreditsicherung", in: *Rheinische Notar-Zeitschrift* 2011, p. 589, p. 595; Reichert-Facilides, "Eigentumsschutz und Verwertung von Windenergieanlagen in der ausschließlichen Wirtschaftszone", in: *Wertpapier-Mitteilungen* 2011, p. 1544, p. 1549; Wurmnest (*op. cit.* note 150), p. 248; Wendehorst (*op. cit.* note 43), art. 45 EGBGB para. 22 (note 27). Concernant le droit allemand, les auteurs précités sont favorables à l'application par analogie de la règle du *situs*-à l'art. 43 de l'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Loi introductive du Code civil).

l'État côtier concerné que celle-ci doit également s'appliquer au statut des matériels en mer au regard du droit des biens. Ce point de vue est par ailleurs conforté par l'art. 60(2) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁵², qui dispose en termes généraux que l'État côtier a une juridiction exclusive sur toute installation destinée à l'exploitation des ressources naturelles dans sa zone économique exclusive.

130. Toutefois, compte tenu de l'absence de jurisprudence publiée en la matière, il est évidemment impossible de considérer la question comme réglée. Il faut souligner que l'application d'autres critères traditionnels de droit international privé produirait des résultats très différents¹⁵³. Il pourrait également y avoir, par exemple, une soumission à la loi de l'État du propriétaire des biens concernés, selon l'approche générale de la détermination de la loi applicable aux biens meubles dans les zones extérieures au territoire souverain d'un État qui, au moins par le passé, recueillait un net soutien des juristes les plus réputés à l'échelle internationale¹⁵⁴. Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si le régime des biens applicable aux matériels de production d'énergie éolienne hors de la mer territoriale doit être déterminé par référence au dernier lieu dans lequel se trouvait le bien concerné dans la mer territoriale¹⁵⁵, par analogie à la règle énoncée à l'art. VIII du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes de 1967 (Traité sur l'espace atmosphérique), selon lequel les droits réels sur des biens lancés dans l'espace extra-atmosphérique ne sont pas affectés¹⁵⁶. Enfin, on pourrait également envisager d'appliquer la règle traditionnelle de droit international privé selon laquelle le régime juridique des biens applicable aux biens à bord des navires doit être la loi du navire qui effectue le transport¹⁵⁷, ce qui pourrait évidemment poser de considérables difficultés dans la pratique, surtout lorsque les installations de production d'énergie éolienne ont été construites à partir d'éléments transportés par différents navires.

131. Étant donné ces approches divergentes (et l'absence de jurisprudence relative aux installations de production d'énergie éolienne en mer), une forte insécurité juridique demeure quant à la loi applicable dans les systèmes juridiques qui n'ont pas de disposition légale expresse concernant la loi applicable aux installations de production d'énergie éolienne en mer. La question n'est en rien simplifiée lorsqu'il est avancé que les critères précités sont alternativement ou cumulativement applicables, par exemple, sur la base d'une soumission générale à la loi de l'État dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental duquel sont situés les matériels de production d'énergie éolienne, complétée par une soumission subsidiaire à la loi de l'État du

¹⁵² Voir ci-dessus, note 138.

¹⁵³ Voir, pour une analyse plus approfondie de ces approches, Reichert-Facilides (*op. cit.* note 151), p. 1548 *et seq.*; Böttcher (*op. cit.* note 151), p. 593 *et seq.*

¹⁵⁴ Voir, par ex., Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6^e éd., Munich 1987, p. 13 (cependant, cette approche n'est plus suivie dans les éditions ultérieures de cette monographie, voir 9^e éd. (*op. cit.* note 148), p. 18).

¹⁵⁵ Voir, pour une revue critique de ce raisonnement, Reichert-Facilides (*op. cit.* note 151), p. 1548; Böttcher (*op. cit.* note 151), p. 593 *et seq.*; pour la référence à la dernière situation à terre en général, voir Kegel et Schurig (*op. cit.* note 148), p. 18.

¹⁵⁶ Voir le texte de l'article VIII:

"L'État partie au Traité sur le registre duquel est inscrit un objet lancé dans l'espace extra-atmosphérique conservera sous sa juridiction et son contrôle ledit objet et tout le personnel dudit objet, alors qu'ils se trouvent dans l'espace extra-atmosphérique ou sur un corps céleste. Les droits de propriété sur les objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique, y compris les objets amenés ou construits sur un corps céleste, ainsi que sur leurs éléments constitutifs, demeurent entiers lorsque ces objets ou éléments se trouvent dans l'espace extra-atmosphérique ou sur un corps céleste, et lorsqu'ils reviennent sur la terre. Les objets ou éléments constitutifs d'objets trouvés au-delà des limites de l'État partie au Traité sur le registre duquel ils sont inscrits doivent être restitués à cet État partie au Traité, celui-ci étant tenu de fournir, sur demande, des données d'identification avant la restitution."

¹⁵⁷ Voir pour cette règle en général, Venturini, "Property", in David *et al.* (dir. pub.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, chap. 21 (1974), para. 12; Wendehorst (*op. cit.* note 43), art. 43 EGBGB para. 110; en Allemagne, cette règle a également été reconnue dans la jurisprudence de la Cour suprême fédérale, voir *Bundesgerichtshof*, arrêt du 02 fév. 1961, BGHZ 34, 227, 229.

propriétaire des matériels dans les hypothèses où cette dernière a un lien plus étroit avec l'affaire¹⁵⁸.

d) Application de la loi du pavillon ou de l'État d'origine

132. Au moins dans certaines hypothèses, la loi du pavillon ou du port/de l'État d'origine, c'est-à-dire la règle traditionnelle de droit international privé relative au droit des biens applicable aux navires effectuant un transport transfrontalier¹⁵⁹, doit être également considérée comme le régime juridique approprié aux matériels de production d'énergie éolienne en mer. L'idée a été avancée que cette règle pourrait s'appliquer à chaque fois que des biens, qu'il s'agisse d'ouvrages flottants ou fixes, sont utilisés dans différents lieux en mer ou en haute mer, ce qui peut comprendre les installations en mer telles que les plateformes pétrolières et les turbines éoliennes si elles sont situées hors de la mer territoriale ou de la zone économique exclusive ou du plateau continental¹⁶⁰. Cependant, cela ne va nullement de soi: on pourrait soutenir que la conception, au moins traditionnelle et naturelle, du terme "navire" implique que le bien concerné est spécifiquement conçu pour se mouvoir¹⁶¹, ce qui n'est évidemment pas le cas des matériels de production d'énergie éolienne, au moins lorsqu'ils ne sont pas conçus comme des plateformes flottantes¹⁶². De plus, en général tout au moins, la référence à un État d'origine ou à un port d'origine n'est pas nécessairement aussi signifiante pour les matériels de production d'énergie éolienne que pour les navires, puisqu'il n'y a pas généralement d'obligation d'inscription comparable.

133. Il faut toutefois souligner que le raisonnement précédent n'a pas le même poids si les dispositions du système juridique concerné relatives à son registre maritime permettent l'inscription de biens en mer autres que les navires *stricto sensu*. De nombreux systèmes juridiques autorisent l'inscription des plateformes pétrolières en mer dans leurs registres maritimes¹⁶³ et la doctrine est très favorable à l'extension des registres maritimes nationaux aux matériels de production d'énergie éolienne en mer¹⁶⁴. Une telle règle, surtout si elle se limite aux matériels de production d'énergie éolienne appartenant à des ressortissants de l'État concerné ou aux matériels situés dans la mer territoriale, dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental de l'État concerné, doit alors être envisagée comme une règle de conflit unilatérale: lorsqu'un État permet l'inscription d'un certain type de matériel de production d'énergie éolienne dans un registre par actif des droits réels dans son droit interne, il faut comprendre que cette autorisation prévoit implicitement l'application de son droit des biens interne¹⁶⁵. Quant à savoir si l'inscription des matériels de production d'énergie éolienne dans le registre maritime d'un État A aurait

¹⁵⁸ Cette approche a été suggérée pour la loi allemande par Gottschall (*op. cit.* note 146), p. 60 *et seq.*

¹⁵⁹ Voir, de manière générale, Venturini (*op. cit.* note 157), para. 10; pour l'Angleterre, voir: Collins *et al.*, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14^e éd., Londres 2006, vol. 2, paras. 22E-057 *et seq.* (pour les navires hors de la mer territoriale); Allemagne: Stoll, *in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1996, Int SachenR para. 375; Italie: *Codice della Navigazione* (Code de la navigation), art. 6. Cette approche a également été généralement recommandée par le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (2010), Rec. 205 (chap. X, no. 37). Voir aussi les références concernant le régime des sûretés réelles applicable ci-dessus, para.14.

¹⁶⁰ *Wendehorst* (*op. cit.* note 43), art. 45 EGBGB para. 22.

¹⁶¹ Voir la définition du terme "navire" à l'art. 2 de la Convention de Genève sur les conditions d'immatriculation des navires de 1986, ci-dessus, note 102; cf. aussi Stoll (*op. cit.* note. 159), Int SachenR para. 373.

¹⁶² Voir pour ce raisonnement en tant qu'argument contre l'application aux matériels fixes de production d'énergie en mer des principes de conflit de lois pour les navires, Gottschall (*op. cit.* note 146), p. 48 *et seq.*

¹⁶³ Allemagne: voir Nöll (*op. cit.* note 123), § 1 SchiffsRG para. 9 (contesté, pour les détails concernant la pratique de l'inscription des plateformes flottantes en mer, voir Gottschall (*op. cit.* note 146), p. 103 *et seq.*); Norvège: *Lov om sjøfarten* 1994 (Code maritime), art. 39 (cette disposition couvre expressément les installations fixes).

¹⁶⁴ Voir, pour la loi allemande, Gottschall (*op. cit.* note 146), p. 170 *et seq.*; Böttcher (*op. cit.* note 151), p. 600 *et seq.*; Wurmnest (*op. cit.* note 150), p. 260 *et seq.*

¹⁶⁵ Cette règle est souvent énoncée expressément, voir par ex., le *Schiffsregistergesetz* allemand (Loi sur le registre maritime), § 1.

nécessairement pour effet que dans une procédure conduite dans un État B, les règles de conflit de lois de ce dernier renverraient à l'application de la loi de l'État A, la question reste toutefois ouverte, car un tribunal de l'État B tranchera probablement la question de la possibilité d'inscrire des matériels de production d'énergie éolienne en mer en fonction de ses propres règles de conflit de lois¹⁶⁶. On pourrait donc arguer que l'inscription dans un registre étranger n'est pas pertinente pour la détermination de la loi applicable si les règles pertinentes de conflit de lois du for ne considèrent pas les matériels de production d'énergie éolienne en mer comme des biens susceptibles d'inscription.

e) Application de la loi des registres indexés par débiteur

134. Dans les systèmes juridiques imposant au propriétaire d'un bien qui consent une sûreté réelle sur celui-ci d'inscrire cette sûreté dans un registre indexé par débiteur pour qu'elle soit opposable, c'est-à-dire efficace vis-à-vis des tiers en général¹⁶⁷, les règles de conflit de lois prévoient couramment que la loi de l'État du propriétaire régit les conditions d'opposabilité de toutes les sûretés qu'il consent, indépendamment du lieu où se trouve le bien grevé¹⁶⁸. Cette règle de conflit de lois aurait pour effet que lorsque le propriétaire de matériels de production d'énergie éolienne en mer consent une sûreté sur ces matériels et que la loi de son État lui impose d'inscrire cette sûreté dans un registre indexé par débiteur, l'opposabilité de cette sûreté est régie par la loi de l'État du propriétaire pour tous les biens qu'il possède dans le monde (dans la mesure où ils sont couverts par le système d'inscription au vu du type des biens en question). Certains systèmes juridiques dans lesquels il existe de tels registres indexés par débiteur prévoient même parfois une règle spécifique de conflit de lois qui établit que lorsqu'il n'existe pas d'obligation d'inscription comparable dans la loi de l'État du propriétaire, les règles de la loi du registre indexé par débiteur sont applicables aux sûretés consenties par des propriétaires étrangers¹⁶⁹.

135. Si elles étaient universellement respectées, ces règles pourraient établir un régime de conflit de lois clair et fiable répondant au besoin de sécurité du commerce dans le domaine des installations de production d'énergie éolienne en mer, mais il semble qu'il en soit autrement en réalité: il est peu probable que les juridictions d'un État qui ne conditionne pas l'opposabilité à l'inscription dans un registre indexé par débiteur décideront que les conditions d'opposabilité des sûretés grevant des biens situés dans leur État doivent obéir à la loi du registre indexé par débiteur, surtout lorsque l'application du droit étranger aurait pour conséquence que des sûretés efficaces dans le droit de l'État du for devraient être traitées comme inefficaces¹⁷⁰. Inclure des éléments propres à certains systèmes de droit matériel des opérations garanties dans le processus de détermination de la loi applicable en vertu du régime de conflit de lois pertinent ne peut qu'accroître le risque de divergences internationales dans la détermination de la loi applicable.

¹⁶⁶ Pour les limites de l'application d'une telle règle de conflit de lois soumettant à la loi de l'État d'inscription, voir aussi le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (2010), chap. X, para 38; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris 2010, p. 502.

¹⁶⁷ Pour la terminologie, voir ci-dessus, note 21.

¹⁶⁸ Voir Angleterre: *Companies Act 2006* (Loi sur les sociétés), secs. 860 et 866(1) (dans la version devant entrer en vigueur le 06 avr. 2013 sur la base du *Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013* (Règlement de 2013 relatif à la Loi de 2006 sur les sociétés (Modification de la Partie 25), il n'y a plus de disposition expresse à cet effet, l'application de l'obligation d'inscription en vertu de la Loi sur les sociétés aux biens à l'étranger est une conséquence de l'extension générale de l'obligation d'inscription prévue au sec. 859A(1) à toutes les sûretés constituées par une société, sous réserve de quelques exceptions, par ex. en vertu du sec. 859A(6)); UCC des États-Unis sec. 9-301(1); Wood, *Conflict of Laws* (*op. cit.* note 8), para. 14-046.

¹⁶⁹ Voir UCC des États-Unis, secs. 9-307(c) et 9-301(1). En Angleterre, une obligation similaire (le registre *Slavenburg*) a été pour l'essentiel abolie en 2011, voir l'*Overseas Companies (Execution of Documents and Registration of Charges) (Amendment) Regulations 2011* (Règlement de 2011 sur les sociétés étrangères (Signature des actes et inscription des sûretés), Beale, Bridge et al. (*op. cit.* note 12), para. 10.63.

¹⁷⁰ Voir Beale, Bridge et al. (*op. cit.* note 12), paras. 10.44 et 22.76.

f) Matériels de production d'énergie éolienne situés en haute mer

136. Les matériels de production d'énergie éolienne situés en haute mer ne peuvent être soumis à la loi d'un État côtier exerçant ses droits souverains sur la zone de mer correspondante. Cependant, il ne semble pas y avoir à ce jour de turbines éoliennes fixes en haute mer¹⁷¹, alors que pour les turbines éoliennes flottantes en haute mer, la classification en tant que navire (qui entraîne l'inscription dans le registre maritime national et l'application de la loi du pavillon) semblerait la solution la plus convaincante.

g) Transport transfrontalier de matériels de production d'énergie éolienne en mer

137. Un autre problème de conflit de lois posé par les sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer est que, bien que les turbines éoliennes soient habituellement destinées à une exploitation stationnaire permanente, il existe plusieurs situations dans lesquelles les matériels de production d'énergie éolienne en mer font l'objet d'un transport transfrontalier, c'est-à-dire un transport traversant les frontières d'États, y compris leur mer territoriale. Une turbine éolienne (ou certains de ses éléments) peut par exemple être transportée du territoire d'un État à un autre avant d'être acheminée sur le site de son installation permanente en mer; des éléments de la turbine peuvent être apportés à terre pour être réparés et ces travaux de réparation peuvent être entrepris sur le territoire d'un autre État que celui dans lequel le matériel a été construit à l'origine; la turbine ou certains de ses éléments pourraient être démantelés et vendus pour être ré-érigés dans un autre lieu (souvent dans le cadre d'un rééquipement, c'est-à-dire l'installation de matériel de capacité supérieure sur le lieu d'origine). Dans certaines de ces situations, en fonction des circonstances, il serait possible d'appliquer les principes généraux de droit international privé concernant les *res in transitu*, à savoir le principe selon lequel le lieu où se trouve actuellement un bien ne détermine pas le droit des biens applicable lorsqu'il s'agit de biens en transit ou destinés à l'exportation, lesquels doivent être soumis à la loi du pays d'origine ou de destination¹⁷². Dans d'autres situations toutefois, le transport transfrontalier pourrait entraîner un changement de la loi applicable. En ce qui concerne les sûretés réelles grevant les biens, les conséquences d'un tel changement dépendent généralement de la nature de la sûreté réelle constituée avant le transport et cette question sera donc traitée plus amplement plus loin, dans le contexte des différents types de sûretés utilisés dans les régimes nationaux gouvernant les sûretés réelles grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer et des matériels similaires.

4. Questions relatives au droit des biens et au droit des opérations garanties

138. Hormis le problème de la détermination de la loi applicable, le financement garanti des matériels de production d'énergie éolienne en mer pose aussi de complexes questions du point de vue du droit des biens en général et du droit des sûretés réelles des systèmes juridiques nationaux concernés. De ce fait, même lorsque – par exemple pour les turbines éoliennes installées en mer territoriale – les règles de droit international privé applicables permettent de déterminer la loi généralement applicable avec une certitude raisonnable, la situation des matériels en mer et la possibilité d'un transport transfrontalier peuvent poser d'autres difficultés relatives au droit matériel applicable.

¹⁷¹ Voir ci-dessus para. 114.

¹⁷² Voir Kegel et Schurig (*op. cit.* note 148), p 774 et seq.; Stoll (*op. cit.* note 159), Int SachenR para. 368.

a) Absence de droits de propriété immobilière en mer

139. La première de ces difficultés concernant les sûretés réelles constituées sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer en vertu des règles matérielles du droit des biens applicable découle du fait que techniquement parlant, ces matériels sont souvent fixés de manière permanente aux fonds marins. Lorsque des ouvrages permanents sont érigés à terre, le type de sûreté réelle appropriée serait généralement une sûreté immobilière, c'est-à-dire un droit sur un bien immeuble, et non une sûreté mobilière, c'est-à-dire un droit sur un bien meuble. Cependant, on peine à voir comment une personne pourrait détenir des sûretés immobilières concernant des eaux au large des côtes.

140. De manière générale, un principe qui remonte au droit romain est que la mer est un bien public naturel sur lequel aucune personne ne peut détenir de droit de propriété¹⁷³. Ce principe est encore appliqué en ce qui concerne les zones économiques exclusives et les plateaux continentaux et fait obstacle à l'existence de droits de propriété privée sur des parties des fonds marins¹⁷⁴, y compris de droits de propriété détenus par l'État côtier¹⁷⁵.

141. S'agissant de la mer territoriale, la situation juridique est la suivante: la propriété des fonds marins de la mer territoriale est habituellement revendiquée pour lui-même par l'État côtier¹⁷⁶. Même lorsque des parties individuelles des fonds marins de la mer territoriale sont inscrits, l'État ne permet pas, en règle générale, que des personnes privées en soient propriétaires¹⁷⁷. Dans les faits, cela exclut la possibilité de constituer des sûretés sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer sous forme de sûretés immobilières.

b) Matériels de production d'énergie éolienne en mer en tant qu'accessoires d'un bien immeuble

142. Puisque les biens en mer ne peuvent faire l'objet de sûretés immobilières (voir les paragraphes précédents), le seul type de sûreté qui pourrait être constituée sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer est une sûreté sur un bien meuble. On peut dès lors se demander si le fait que ces matériels soient habituellement fixés aux fonds marins¹⁷⁸ peut exclure qu'ils puissent encore faire l'objet de sûretés mobilières distinctes: traditionnellement, lorsque des biens meubles sont fixés de manière permanente sous forme d'ouvrage érigé sur un bien

¹⁷³ Voir Wurmnest (*op. cit.* note 150), p. 249 avec d'autres références à la littérature pandectiste allemande.

¹⁷⁴ Voir, pour le droit allemand, Wurmnest (*op. cit.* note 150), p. 252; pour l'analyse aux États-Unis, voir Salcido, "Law Applicable on the Outer Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone", *in: American Journal of Comparative Law* vol. 58 (2010), p. 407, p. 427.

¹⁷⁵ Voir pour le droit anglais, Plant, "Offshore wind energy development: the challenges for English law", *in: Journal of Planning & Environment Law* 2003, p. 939, p. 955.

¹⁷⁶ En Angleterre, la propriété de la mer territoriale est revendiquée par la Couronne, voir Plant, note précédente, p. 945 (note 35); Marston, "The incorporation of continental shelf rights into United Kingdom law", *in: International & Comparative Law Quarterly*, vol. 45 (1996), p. 13, en p. 23; pour le droit allemand, voir *Bundesgerichtshof* 22 juin 1989, BGHZ 108, 110; Böttcher (*op. cit.* note 151), p. 596 *et seq.*; pour la situation aux États-Unis, voir l'arrêt *United States v Texas*, 339 U.S. 707 (Cour suprême des États-Unis 1950).

¹⁷⁷ Voir, pour le droit allemand, Wurmnest, (*op. cit.* note 150), p. 250 *et seq.*

¹⁷⁸ Le raisonnement exposé dans les paragraphes suivants ne s'applique pas aux turbines éoliennes en mer flottantes, voir ci-dessus, para. 114. La question de savoir si, pour l'application des principes des paragraphes suivants, il convient de distinguer les turbines éoliennes érigées sous forme d'ouvrages fixes et celles qui sont construites sous forme d'ouvrages gravitaires (voir ci-dessus, paras. 112 *et seq.*) sera étudiée au para. 146.

immeuble, on admet qu'ils ne peuvent plus être considérés comme des biens meubles soumis à des droits de propriété distincts¹⁷⁹.

143. Certains systèmes juridiques ont élaboré des solutions spécifiques à ce problème. Lorsqu'il est explicitement prévu que le registre maritime peut également couvrir des installations en mer fixes¹⁸⁰, il en résulte implicitement que le caractère fixe de ces installations n'affecte pas la possibilité qu'elles soient ou demeurent l'objet de droits susceptibles d'être inscrits dans le registre maritime, c'est-à-dire de droits de propriété et de sûretés réelles sur des biens meubles.

144. D'autres systèmes juridiques suivent une approche plus générale de la possibilité d'inscrire des accessoires, c'est-à-dire des biens meubles corporels si étroitement liés à un immeuble particulier qu'une sûreté grevant ces biens ne doit plus être de nature mobilière¹⁸¹. L'UCC des États-Unis par exemple, prévoit plusieurs méthodes permettant d'obtenir une sûreté réelle sur des accessoires: hormis la possibilité d'une sûreté constituée sur le bien foncier, qui s'étendrait alors également à l'accessoire et devrait être inscrite dans le registre foncier approprié¹⁸², des sûretés grevant des accessoires peuvent, nonobstant leur rattachement permanent au bien foncier, être également créées sous forme de sûretés mobilières susceptibles d'être inscrites soit dans le registre immobilier correspondant ("*fixture filing*")¹⁸³, soit dans le registre général indexé par débiteur en vertu de l'art. 9 de l'UCC¹⁸⁴. Puisque les deux premières solutions sont impossibles lorsqu'il n'y a pas de registre foncier pour l'immeuble concerné, les sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer pourraient être inscrites au siège du débiteur indépendamment du fait qu'en vertu des règles générales, elles doivent être considérées comme des biens meubles ou comme des accessoires de biens immeubles qui ont perdu leur nature de biens meubles distincts dans le processus de construction, une question qui, aux États-Unis également, doit être considérée comme contestée¹⁸⁵.

145. Dans les systèmes juridiques qui n'ont pas prévu les dispositions évoquées aux paragraphes précédents, les principes généraux du droit des biens déterminent s'il y a lieu de considérer les matériels fixes de production d'énergie éolienne en mer comme des biens meubles, une situation qui suscite inévitablement une considérable insécurité juridique. De toute évidence, même si le système juridique concerné reconnaît généralement l'existence continue de sûretés mobilières grevant des biens fixés au sol, la nécessité de solutions économiquement praticables plaide pour le maintien de l'existence de sûretés mobilières distinctes sur ces matériels en mer¹⁸⁶. Le raisonnement juridique sur lequel s'appuie souvent cette position est que les matériels de production d'énergie éolienne en mer sont installés dans le cadre de concessions consenties par

¹⁷⁹ Cette position trouve son origine dans la maxime traditionnelle du droit romain: "*quicquid plantatur solo solo cedit*" (ce qui est fixé au sol appartient au sol): voir pour une vue d'ensemble Jickeli et Stieper, *in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 2012, § 94 BGB para. 1. Pour le droit allemand moderne, voir *Bürgerliches Gesetzbuch* § 94 (avec des exceptions prévues au para. 95); pour la situation aux États-Unis, voir *Reconstruction Finance Corp. v Beaver County*, 328 U.S. 204 (Cour suprême des États-Unis 1946) (sont considérés comme immeubles le bien foncier, les constructions et les accessoires essentiels à l'exploitation d'une construction).

¹⁸⁰ Voir Norvège: *Lov om sjøfarten* 1994 (Code maritime), art. 39.

¹⁸¹ Voir pour la terminologie, par ex. UCC des États-Unis, sec. 9-102(a)(41).

¹⁸² Voir UCC, sec. 9-502(c).

¹⁸³ UCC secs. 9-501(a)(1)(B), 9-502(b).

¹⁸⁴ UCC secs. 9-501(a)(2), 9-502(a).

¹⁸⁵ Dans le cadre de la discussion relative aux matériels de production d'énergie éolienne à terre, il a été avancé que ces matériels doivent être généralement considérés comme des accessoires (voir Harrel a.o., "Emerging Commercial Law and UCC Issues for the Next Farm and Business Credit Crisis", *in: Drake Journal of Agricultural Law*, vol. 17 (2012), p. 89, en p. 107), alors qu'il existe aussi une jurisprudence suggérant que seules les fondations de turbines éoliennes fixes sont des accessoires, tandis que la tour, la machinerie et la turbine ne le sont pas (voir *Energrey Enterprises v Oak Creek Energy Systems* 119 B.R. p. 739, en p. 742 (*United States District Court, Eastern District of California* 1990)).

¹⁸⁶ En particulier lorsque les matériels de production d'énergie éolienne sont situés hors de la mer territoriale où il n'existe aucun droit de propriété immobilière sur le fond marin, la qualification des matériels en tant qu'accessoires qui ne peuvent faire l'objet de sûretés mobilières distinctes pourrait avoir pour conséquence qu'aucune sûreté réelle ne pourrait exister sur les matériels dès lors qu'ils sont fixés au fond marin.

l'État côtier concerné pour une durée limitée, au terme de laquelle le titulaire de la concession doit démanteler le matériel et peut l'exploiter ailleurs¹⁸⁷. Toutefois, ce raisonnement ne va nullement de soi puisque les matériels de production d'énergie éolienne auront souvent atteint la fin de leur vie économique au terme de la concession, de sorte qu'on pourrait difficilement soutenir qu'ils ont une valeur économique importante après leur démantèlement¹⁸⁸. De plus, on pourrait en principe également arguer que le site en mer de la turbine éolienne sera probablement affecté de manière permanente à la production d'énergie éolienne dans le cadre d'une concession prolongée ou renouvelée, de sorte que la durée limitée de la concession ne peut pas être en elle-même considérée comme un indicateur de caractère non permanent de l'ouvrage.

146. Lorsqu'il est nécessaire d'appliquer les règles du système juridique concerné à l'attachement de biens meubles à des biens immeubles, il peut être nécessaire d'opérer une distinction entre les matériels de production d'énergie éolienne gravitaires et les structures érigées sur une monopile (colonne unique) ou sur une base à trois pieds fixée au fond marin. Pour les turbines éoliennes montées sur des fondations gravitaires, il est souvent plus facile d'arguer que ces matériels ne sont pas construits à titre permanent sur le fond marin puisque la turbine éolienne n'a pas de lien fixe avec celui-ci¹⁸⁹. Toutefois, on peut également soutenir pour les matériels de production d'énergie éolienne en mer, qu'étant donné les coûts de la construction sur site (base comprise) et les difficultés de transport des matériels de production d'énergie éolienne sur un autre site, il n'y a pas lieu de considérer l'absence de lien fixe entre la base et le fond marin comme décisive¹⁹⁰; il est possible de considérer que la turbine éolienne sur fondation gravitaire est – au moins dans les faits – érigée de manière permanente sur son site en mer comme une turbine éolienne construite sur une ou plusieurs colonnes enfoncées dans le fond marin.

147. En l'absence de jurisprudence portant directement sur les matériels de production d'énergie éolienne en mer¹⁹¹, force est de constater que la question n'est pas réglée car on peut penser que les aspects pratiques économiques sont en conflit avec les principes généraux du droit des biens lorsqu'aucune règle législative particulière ne clarifie la question de la possibilité de constituer des sûretés mobilières sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer. Outre la distinction entre les différents types de construction de turbines éoliennes évoquée aux paragraphes précédents, il est même envisageable que la nature de bien meuble ou d'accessoire d'un bien immeuble des matériels de production d'énergie éolienne puisse être tranchée différemment en fonction des différents éléments de la turbine éolienne¹⁹².

¹⁸⁷ Voir pour le droit allemand Böttcher (*op. cit.* note 151), p. 599; Gottschall (*op. cit.* note 146), p. 101 *et seq.*; Wurmnest (*op. cit.* note 150), p. 257 *et seq.*

¹⁸⁸ Voir, pour le raisonnement selon lequel lorsqu'un bien meuble a été rattaché à un immeuble pour toute la durée de vie prévisible du bien meuble, celui-ci ne peut plus être considéré comme ayant été rattaché à des fins transitoires, non permanentes, la décision du *Reichsgericht* allemand du 13 janv. 1937, RGZ 153, p. 231, p. 236; Jickeli et Stieper (*op. cit.* note 179), § 95 BGB para. 11. Pour un point de vue opposé dans la littérature juridique allemande, voir Stresemann, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6^e éd., Munich 2012, § 95 BGB para. 12.

¹⁸⁹ Voir Gottschall (*op. cit.* note 146), p. 100.

¹⁹⁰ Voir aussi Wurmnest (*op. cit.* note 150), p. 253.

¹⁹¹ La jurisprudence publiée couvre les matériels de production d'énergie éolienne à terre; voir par exemple, *Energrey Enterprises v Oak Creek Energy Systems* 119 B.R. 739, p. 742 (*United States District Court, Eastern District of California 1990*) et l'arrêt de la cour d'appel allemande OLG Schleswig, 26 août 2005, *Wertpapier-Mitteilungen* 2005, 1909 (tous deux plaidant en faveur de l'existence continue de droits de propriété distincts sur les matériels de production d'énergie éolienne ou au moins sur des parties de ces matériels).

¹⁹² Voir la distinction dans l'affaire *Energrey Enterprises v Oak Creek Energy Systems* 119 B.R. p. 739, p. 742 (*United States District Court, Eastern District of California 1990*), mentionnée plus haut à la note 185; une distinction similaire (comprenant la tour comme partie de l'immeuble, tout du moins sauf si le caractère permanent de la construction est rejeté à titre exceptionnel) a été suggérée dans la littérature universitaire allemande concernant les matériels de production d'énergie éolienne en mer, voir Stresemann (*op. cit.* note 188), § 94 BGB para. 18.

c) Sûretés grevant des matériels de production d'énergie en mer dans les systèmes juridiques prévoyant une inscription par actif

148. Le fait qu'un système juridique permet d'inscrire des sûretés grevant des matériels de production d'énergie en mer dans un registre par actif, par exemple lorsqu'un registre maritime prévu par le droit interne est étendu aux plateformes pétrolières en mer fixes, apporte une solution à plusieurs problèmes juridiques décrits aux paragraphes précédents. Lorsqu'il est expressément prévu¹⁹³ que certains actifs en mer peuvent être inscrits dans le registre national¹⁹⁴, cette disposition doit être considérée au minimum comme une règle de conflit de lois unilatérale en faveur du droit des sûretés réelles de l'État concerné¹⁹⁵; cela clarifie aussi qu'en vertu des règles du droit des biens de cet État, les matériels fixes de production d'énergie en mer peuvent faire l'objet de sûretés mobilières susceptibles d'inscription dans le registre maritime.

149. Cependant, la solution apportée aux problèmes pratiques du financement garanti des biens en mer par la possibilité d'inscrire des sûretés grevant des matériels de production d'énergie en mer dans un registre par actif spécifique comme le registre maritime national est essentiellement circonscrite au seul contexte national. En contexte transfrontalier, les limites de cette solution apparaissent très vite. Hormis le fait que l'absence d'harmonisation des différents registres maritimes peut elle-même faire obstacle aux opérations transfrontalières¹⁹⁶, des problèmes peuvent se poser en particulier lorsque des procédures sont engagées dans un autre État qui ne reconnaît pas la possibilité d'inscrire des sûretés sur des matériels en mer fixes dans un registre maritime¹⁹⁷. Ainsi, lorsque la machinerie d'une turbine éolienne en mer inscrite au registre maritime d'un pays A est enlevée et transportée pour réparation dans un pays B (ou lorsque la turbine éolienne semi-finie est transportée avant l'installation en mer d'un pays A dans un pays B pour la poursuite des travaux), il n'est pas parfaitement certain que la sûreté grevant la machinerie serait reconnue si le pays B n'avait pas de système de publicité par inscription pour ce type de bien et exigeait du créancier garanti qu'il ait la possession directe du bien grevé, suivant en cela l'approche traditionnelle en matière de sûretés grevant des biens meubles corporels.

150. De plus, la possibilité d'inscrire des matériels de production d'énergie en mer dans un registre maritime national ne règle pas la question de la possibilité ou de l'impossibilité de constituer des sûretés sur différents éléments de la turbine éolienne au profit de différents créanciers garantis. Cette possibilité pourrait être particulièrement pertinente dans l'octroi d'un crédit fournisseur, par lequel un fournisseur de machinerie à installer dans une turbine éolienne choisit de livrer son produit sans paiement préalable du prix d'achat et en conserve la propriété. En l'absence de dispositions particulières couvrant ces situations de faits, il y a lieu d'appliquer les règles générales des systèmes juridiques nationaux. Or ces règles sont extrêmement divergentes¹⁹⁸, la localisation en mer des matériels de production d'énergie éolienne ajoutant aux

¹⁹³ Il n'est pas certain que le même raisonnement s'applique lorsque l'inscription de biens en mer est simplement autorisée sans être expressément prévue, car dans cette hypothèse, on ne pourrait sans doute pas être suffisamment assuré que les effets évoqués ci-dessous étaient voulus par le législateur pour ce type de biens précis.

¹⁹⁴ Voir Norvège: *Lov om sjøfarten* 1994 (Code maritime), art. 39.

¹⁹⁵ Voir ci-dessus, para. 133.

¹⁹⁶ Voir plus haut, pour ce raisonnement dans le contexte des sûretés grevant des navires, paras.22 et seq. Il est néanmoins suggéré qu'en ce qui concerne des matériels de production d'énergie en mer, il serait possible de considérer que cette absence d'harmonisation entre les différents registres nationaux fait moins obstacle aux opérations transfrontalières du fait de la valeur relativement plus élevée des biens concernés et de la moindre fréquence de l'inscription de sûretés conventionnelles.

¹⁹⁷ Voir ci-dessus, para. 137.

¹⁹⁸ Pour la diversité des solutions prévues par les différents régimes nationaux, voir les trois exemples suivants: en droit suédois par exemple, une réserve de propriété cesse d'être efficace dès lors que les actifs concernés sont fixés à d'autres biens, voir Håstad, "Swedish Report", in: Eva-Maria Kieninger (dir. pub.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge 2004, p. 279.

En Autriche en revanche, ce n'est qu'exceptionnellement que le bien acquiert la nature de bien meuble, lorsque la séparation serait impossible ou trop coûteuse au vu des valeurs concernées, voir Mader, in: Kletčka et

difficultés tant en ce qui concerne la détermination du droit des biens applicable que la question de son application aux biens concernés¹⁹⁹.

151. Enfin, il faut considérer que l'extension du champ d'application des registres maritimes nationaux aux matériels fixes de production d'énergie éolienne en mer pourrait également impliquer que d'autres règles normalement associées à l'inscription dans un registre maritime national sont applicables, comme les dispositions nationales en matière de droit du travail et de sécurité pour le transport maritime, qui ne sont pas nécessairement adaptées aux matériels de production d'énergie éolienne.

d) Sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans les systèmes juridiques prévoyant une inscription indexée par débiteur

152. L'inscription de sûretés réelles grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans des registres indexés par débiteur paraît encore moins utile que l'inscription dans un registre par actif régi par le droit national pour régler les questions du financement garanti de ces matériels en contexte transfrontalier. Bien que l'obligation d'inscription des sûretés grevant tous les biens détenus par un débiteur/constituant de garantie dans un registre indexé par débiteur de son État, par ex. le *Companies Register* en Angleterre²⁰⁰ ou le registre général prévu par l'art. 9 de l'UCC aux États-Unis²⁰¹, fonctionne généralement dans le système juridique concerné comme une règle de conflit de lois soumettant les conditions d'opposabilité au droit de l'État du débiteur/constituant de garantie²⁰², elle n'apporte aucune solution à d'autres questions de droit international privé telles que la détermination du droit des biens applicable en général.

153. De même, la possibilité d'inscrire des sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans un registre général indexé par débiteur n'est pas nécessairement utile lorsqu'il s'agit de savoir si ces sûretés doivent être considérées comme des sûretés mobilières ou immobilières. Hormis si le statut des matériels de production d'énergie en mer est spécifiquement abordé²⁰³ ou s'il est expressément prévu que le régime des opérations garanties s'applique aussi

Schauer, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Vienne 2010, § 415 para. 3; pour ces situations, § 415 de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil) dispose que les anciens propriétaires des actifs séparés cessent d'être copropriétaires de l'actif combiné et en règle générale, les parties ne peuvent pas stipuler contractuellement qu'un vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété est en meilleure position concernant ses droits réels sur les actifs combinés, voir Riedler, *Eigentumsvorbehalt*, in: Apathy, Iro et Koziol (dir. pub.), *Österreichisches Bankvertragsrecht, Band IX: Kreditsicherheiten Teil II*, 2^e éd., Vienne et New York 2012, p. 256.

Enfin, en droit allemand, les biens meubles qui sont combinés les uns aux autres ne cessent de faire l'objet de droits de propriété distincts que lorsque la séparation empêcherait une utilisation économiquement raisonnable des éléments; pour une vue d'ensemble des critères appliqués, voir Stresemann (*op. cit.* note 188), § 93 BGB paras. 9 s. et 12. Pour ces situations, le *Bürgerliches Gesetzbuch* dispose que le propriétaire du bien subordonné perd ses droits de propriété, voir §§ 947, 93. Cependant, sur le fondement des principes élaborés pour s'appliquer aux processus de spécification, les parties peuvent stipuler que l'ancien propriétaire d'un dispositif sous réserve de propriété devient le propriétaire du bien résultant de la combinaison, voir *Bundesgerichtshof* 19 oct. 1966, BGHZ 46, 117, 118 et seq.

¹⁹⁹ Comme il est indiqué plus haut, au para. 145, de nombreux auteurs soutiennent qu'il pourrait être nécessaire d'adapter les règles générales sur le rattachement de biens meubles à un bien foncier lorsqu'elles sont appliquées à l'installation de matériels de production d'énergie éolienne en mer. On pourrait soutenir que cela devrait également affecter l'application des règles générales concernant l'installation de machineries dans des immeubles.

²⁰⁰ *Companies Act* 2006 (Loi de 2006 sur les sociétés), sec. 860(1) (version en vigueur au 06 avr. 2013 à remplacer par sec. 859A(1) sur la base du *Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013* (Règlement de 2013 sur la Loi de 2006 sur les sociétés (Modification de la partie 25)).

²⁰¹ UCC, sec. 9-310(a).

²⁰² Voir ci-dessus, para. 134.

²⁰³ Comme la disposition prévue dans le *Lov om sjøfarten* 1994 norvégien (Code maritime), art. 39, qui toutefois concerne un registre par actif.

lorsque le bien meuble est fixé au bien foncier²⁰⁴, cette classification devrait reposer sur les principes généraux du droit des biens de l'État concerné, dont l'application à ces questions est souvent assez complexe²⁰⁵.

154. Là encore, d'autres problèmes sont prévisibles lorsque, par exemple, des éléments de matériels de production d'énergie éolienne en mer sont transportés de leur site en mer au territoire d'un autre État. Si, en règle générale, cet État ne reconnaît les sûretés réelles constituées sur des biens meubles que lorsque le créancier garanti exerce la possession directe ou lorsqu'un registre par actif garantit la publicité de la sûreté, les juridictions de cet État, si elles appliquent leur propre droit pour trancher le fond de l'affaire, ne considéreront sans doute pas que l'inscription dans un registre indexé par débiteur étranger est équivalente aux exigences de la loi applicable du for.

155. Comme dans le cas des registres par actif, l'inscription de sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans un registre indexé par débiteur ne résout pas les problèmes relatifs à l'installation de la machinerie ou d'éléments de la turbine éolienne sur lesquels ont été constituées des sûretés en faveur d'autres créanciers garantis ou qui ont été livrés avec une clause de réserve de propriété. Là encore, ces questions devraient être tranchées suivant les règles générales du droit des biens du système juridique concerné. Le seul fait que les parties dans le registre indexé par débiteur conviennent d'inscrire une sûreté grevant un élément de la turbine éolienne est sans rapport avec la question de savoir si le droit des biens applicable permet que cette pièce fasse l'objet de droits réels distincts, indépendants des droits réels sur le reste de la turbine éolienne.

156. Enfin, un autre problème qui se pose dans la pratique est que du fait de leur structure de frais, les registres indexés par débiteur pour les sûretés réelles grevant des biens meubles semblent souvent peu adaptés à la garantie de matériels de production d'énergie éolienne en mer de grande valeur: ainsi, des droits d'inscription représentant 1,5 % de la valeur²⁰⁶ pourraient être appropriés pour des biens de moindre valeur mais ils seraient prohibitifs pour un parc éolien représentant un investissement total pouvant atteindre un milliard d'euros.

e) Sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans les systèmes juridiques autorisant le transfert de propriété de biens meubles à titre de garantie sans transfert direct de possession

157. Certains systèmes juridiques n'imposent pas d'obligation générale d'inscription des sûretés réelles grevant des biens meubles, et la demande de sûretés sans dépossession dans la pratique du marché a trouvé une réponse dans la reconnaissance du transfert de propriété (à titre de garantie) sans transfert direct de la possession au créancier garanti. Le transfert de la possession indirecte suffit pour le transfert de propriété à titre de garantie, qui permet au débiteur/constituant de garantie de rester en possession du bien apporté en garantie²⁰⁷. Ainsi, la propriété de matériels de production d'énergie éolienne en mer à titre de garantie pourrait, suivant les règles générales d'un tel système juridique, être transférée par un simple accord entre le créancier garanti et le débiteur/constituant de garantie. Si ce transfert est effectué avant le transport du matériel sur son site en mer, l'avantage est que les effets de cet acte de disposition seront très certainement déterminés par les lois de l'État dans lequel le transfert a pris place, alors que la détermination du

²⁰⁴ Voir l'UCC des États-Unis, sec. 9-501(a)(2),

²⁰⁵ Voir ci-dessus paras. 142 et seq.

²⁰⁶ Comme c'est le cas au Danemark.

²⁰⁷ Voir, en particulier, l'Allemagne, où la propriété peut être transférée à des fins de garantie sans transfert direct de la possession en vertu du *Bürgerliches Gesetzbuch*, §§ 929, 930, voir Oechsler, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6^e éd., Munich 2009, Anh. §§ 929-936 BGB no. 3; la situation est similaire en Grèce, où les art. 1034, 977 du Code civil (*Astikos Kodikas*) autorisent le transfert de propriété à des fins de garantie avec un transfert de possession indirect, cf. Christodoulou et Poulou, "Greek Report", in: Eva-Maria Kieninger (dir. pub.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge 2004, p. 444 et seq.

droit des biens applicable pourrait poser des problèmes dans l'hypothèse d'un transfert de propriété sur un matériel d'équipement déjà installé sur le site en mer (par exemple lors d'une opération de refinancement).

158. Du fait de l'absence de disposition spécifique sur le statut des matériels d'équipement en mer, les principes généraux régissent la détermination du droit des biens applicable et son application aux matériels de production d'énergie éolienne en mer concernant sa classification de bien immeuble ou meuble, ce qui signifie que tant qu'il n'y a pas de jurisprudence établie sur ces questions, les parties sont exposées à de considérables risques et incertitudes²⁰⁸. Il en est de même pour la question de savoir si des éléments de la turbine éolienne pourraient faire l'objet de sûretés distinctes ou d'une réserve de propriété du fournisseur même après installation sur le site en mer.

159. L'inconvénient de l'absence de publicité par inscription est qu'il est difficile pour les créanciers prospectifs de déterminer en consultant un registre si les biens de production d'énergie en mer du débiteur sont grevés, ce qui doit en principe augmenter le coût du crédit garanti pour le débiteur, au moins dans les opérations transfrontalières. De plus, l'instrument juridique de la propriété en garantie offre l'avantage que dès lors que le débiteur a transféré la propriété des matériels de production d'énergie éolienne en mer à un créancier garanti, il devient impossible de constituer des sûretés additionnelles de rang inférieur sur le même bien, puisque le débiteur n'en est plus propriétaire²⁰⁹.

160. Lorsque des biens grevés d'une sûreté qui ne remplit aucune condition de publicité sont transportés dans un autre État et que les juridictions de cet État jugent que la sûreté est soumise à la loi du for, le risque existe que la sûreté ne soit pas considérée comme efficace si elle ne remplit pas les conditions de publicité prévues par la loi du for. Un droit de propriété créé à titre de garantie en droit allemand sans inscription ou possession directe par le créancier garanti ne sera pas reconnu comme une sûreté réelle dans le droit d'un autre État où les sûretés réelles sans dépossession sur des biens meubles ne sont pas soumises à une obligation de publicité par inscription²¹⁰.

5. Pratiques adoptées par le marché face à ces problèmes

161. Le marché a conçu plusieurs stratégies pour résoudre ces problèmes, en particulier l'insécurité relative au régime des sûretés réelles applicable et les différences entre les types de sûretés réelles reconnus dans les différents systèmes juridiques. Une de ces stratégies consiste à conduire toutes les opérations relatives à la propriété dans le pays d'origine des matériels de production d'énergie éolienne, c'est-à-dire que le paiement au propriétaire est effectué et une sûreté au bénéfice du bailleur de fonds est constituée avant le transport du matériel sur son site en mer. Il est ainsi plus probable qu'en cas de différend ultérieur concernant la validité et l'efficacité des sûretés grevant le matériel, un tribunal soumettra ces questions à la loi du pays d'origine, de sorte qu'il suffit aux parties de s'assurer qu'elles remplissent les conditions prévues par ce droit. De même, les parties tendraient à éviter, pour le transport des biens, de traverser des territoires qui ne reconnaîtraient pas les sûretés constituées, surtout si cela comprenait d'autres travaux sur les biens, créant le risque que leur statut au regard du droit des biens soit déterminé par la loi de ce *situs*. Cela étant, compte tenu des coûts en jeu, il ne semble guère réalisable de transporter les

²⁰⁸ Voir ci-dessus, paras. 127 *et seq.* et 142 *et seq.*

²⁰⁹ Dans une certaine mesure, cette question peut être résolue en conférant au débiteur le droit à la restitution d'éléments du bien grevé lorsque ceux-ci ne sont plus nécessaires pour couvrir les obligations garanties du créancier (Voir la loi allemande *Freigabeanspruch*, *Bundesgerichtshof* 27 nov. 1997, BGHZ 137, 212; Oechsler (*op. cit.* note 207), Anh. §§ 929-936 BGB no. 30).

²¹⁰ Voir *Stoll* (*op. cit.* note 159), Int SachenR para. 346.

matériels de production d'énergie éolienne avant leur installation en traversant le territoire d'un État dont le système juridique est jugé favorable à la création et à l'efficacité de sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer. En tout état de cause, l'intérêt potentiel de ces stratégies est relativement limité, tant en ce qui concerne les méthodes utilisées pour déterminer la loi applicable aux matériels de production d'énergie éolienne installés en mer que les conséquences d'un changement de la loi applicable après, par exemple, l'acheminement d'éléments des matériels de production d'énergie éolienne sur le territoire d'un autre État aux fins de leur réparation ou de leur remplacement.

162. Pour éviter le risque que les matériels de production d'énergie éolienne en mer soient considérés comme des accessoires d'un immeuble et donc, au moins dans certains États, qu'ils ne fassent plus l'objet de sûretés mobilières, il est parfois suggéré que la documentation utilisée par les parties souligne que les matériels de production d'énergie éolienne ou tout au moins des parties de ces matériels pourront être utilisés même après le terme de la concession pour le parc éolien concerné²¹¹. Cependant, même lorsque les éléments d'une turbine éolienne pourraient être utilisés ailleurs au terme de cette période, on pourrait soutenir qu'étant donné la faiblesse relative de la valeur résiduelle des matériels de production d'énergie éolienne démantelés, l'objet économique premier de ces matériels doit être réputé avoir été pleinement exploité sur le site de la première installation.

163. Une autre stratégie destinée à éviter le coût élevé de l'inscription de sûretés grevant des biens meubles dans certains États et le risque d'inefficacité de ces sûretés en situation transfrontalière consiste, au lieu de constituer des sûretés réelles sur les biens eux-mêmes, à recourir à des entités ad hoc. La propriété des matériels de production d'énergie éolienne en mer est transférée à une filiale (l'entité ad hoc) de l'exploitant du parc éolien. En garantie du crédit consenti à l'exploitant, les parts de l'entité ad hoc détenues par l'exploitant sont alors nanties au bénéfice de ses créanciers. En cas de besoin de refinancement, il est possible de transférer ces droits réels à un nouveau créancier sans avoir à opérer de cession affectant les droits de propriété sur le matériel en mer.

164. Ce recours à une entité ad hoc présente toutefois plusieurs inconvénients. Premièrement, les créanciers ne détiennent pas de droits directs sur les matériels de production d'énergie éolienne en mer. Même lorsque les statuts de l'entité prévoient qu'elle ne peut pas céder le matériel et ne peut exercer d'autres activités (ce qui créerait le risque qu'elle contracte elle-même des obligations et diminue ainsi la valeur de la sûreté des créanciers garantis sur ses parts sociales), les créanciers ne peuvent pas être absolument certains que ces interdictions seront respectées; de plus, étant propriétaire des matériels de production d'énergie éolienne en mer, l'entité ad hoc pourrait devenir légalement responsable, par exemple, des dommages environnementaux causés par ce matériel. Deuxièmement, il est possible qu'en cas d'insolvabilité de l'exploitant du parc éolien, un transfert de propriété à l'entité ad hoc puisse être annulé, par exemple, en tant qu'opération à un prix sous-évalué²¹². De plus, au moins dans certains États, l'exécution de sûretés sur des parts sociales est assez lourde et exclut notamment la possibilité d'une cession privée des parts sociales²¹³.

165. Aucune stratégie viable n'est rapportée quant aux problèmes spécifiquement liés aux contrats de crédit fournisseur et de réserve de propriété concernant des éléments des matériels de production d'énergie éolienne en mer. Ces types de financement ne sont pas courants dans le secteur et les fournisseurs transfèrent leurs droits de propriété (soit à l'exploitant du parc éolien, soit à une société de financement) au moment de la livraison.

²¹¹ Cf. Wurmnest (*op. cit.* note 150), p. 258 et seq.

²¹² Voir Beale, Bridge et al. (*op. cit.* note 12), para. 7.139.

²¹³ Voir en particulier l'Allemagne, *Bürgerliches Gesetzbuch*, §§ 1277, 1245.

6. Pertinence du système de la Convention du Cap pour les matériels de production d'énergie éolienne en mer et les matériels d'équipement similaires

166. Comme le montreront les paragraphes qui suivent, l'extension du système de la Convention du Cap, dont les principales caractéristiques ont été résumées plus haut au para. 72, par l'élaboration d'un nouveau Protocole couvrant les matériels de production d'énergie en mer et les matériels d'équipement similaires, apparaît comme une solution adaptée aux nombreuses questions juridiques soulevées par les opérations garanties portant sur ce type de matériel.

167. De manière générale, il faut noter que si les matériels de production d'énergie éolienne en mer ne sont pas aussi mobiles que les biens actuellement couverts par les Protocoles existants à la Convention du Cap (ou que les navires), le fait qu'ils soient installés hors du territoire de l'État côtier et puissent être retransportés sur son territoire ou sur celui d'un autre État après démantèlement devrait suffire pour considérer que ces matériels sont mobiles au sens de la Convention du Cap²¹⁴, d'autant que le Commentaire officiel lui-même souligne que la seule possibilité de mouvement transfrontalier fait naître un besoin d'une protection en vertu de la Convention²¹⁵.

a) Sûreté internationale constituée sur des matériels de production d'énergie en mer

168. La Convention du Cap instaure des sûretés internationales constituées sur les biens concernés, c'est-à-dire que le statut des sûretés réelles grevant le bien apporté en garantie est déterminé par la Convention et son Protocole applicable²¹⁶.

169. S'agissant des problèmes qui se posent dans le cadre d'opérations transfrontalières garanties portant sur des matériels en mer, l'approche de la Convention offre deux grands avantages. Premièrement, il n'est plus nécessaire de déterminer la loi applicable à ces biens en vertu des règles de conflit de lois, dont l'application aux matériels en mer n'est pas sans poser de difficultés²¹⁷. De même, entre États contractants, le transport des matériels du territoire d'un État à un autre n'entraînerait plus de changement du régime juridique applicable ni le risque que les sûretés ne soient pas considérées comme efficaces pour non-respect des conditions d'opposabilité du nouveau *situs*²¹⁸.

170. Deuxièmement, s'il est vrai que les effets décrits au paragraphe précédent pourraient être également obtenus par des règles de conflit de lois harmonisées, l'introduction d'une sûreté internationale constituée sur des biens en mer apporte également une solution aux problèmes qui se posent dans le cadre de l'application de règles générales au rattachement de biens meubles à des immeubles²¹⁹: si un nouveau Protocole à la Convention du Cap crée une sûreté internationale sur des biens en mer, le droit des biens des États contractants doit respecter l'existence de cette sûreté. Cela écarterait toute interprétation des règles nationales du droit des biens selon lesquelles il ne peut exister de sûreté mobilière sur des biens en mer dès lors qu'ils sont fixés au fond marin.

²¹⁴ Voir la référence au matériel d'équipement mobile à l'art. 2(1) de la Convention.

²¹⁵ Goode, *Official Commentary* (op. cit. note 100), para. 2.41.

²¹⁶ Art. 2; voir aussi Goode, *Official Commentary* (op. cit. note 100), para 2.42.

²¹⁷ Voir ci-dessus, paras. 127 et seq.

²¹⁸ Voir ci-dessus, paras. 149, 154 et 160.

²¹⁹ Voir ci-dessus, paras. 142 et seq.

b) Publicité par inscription en vertu du système de la Convention du Cap

171. L'extension du système de la Convention du Cap aux matériels de production d'énergie éolienne en mer comprendrait l'instauration d'un système d'inscription des sûretés grevant ces biens dans un registre mondial à créer à cet effet²²⁰. Comparé en particulier à l'actuelle pratique du recours à une entité ad hoc²²¹ ou à la détention de sûretés non inscrites grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer²²², un système de publicité par inscription garantirait que les créanciers puissent obtenir des informations fiables sur la disponibilité à terme du matériel d'équipement en mer pour satisfaire leurs créances et contribuerait ainsi à abaisser les coûts du crédit. La pratique a déjà confirmé l'efficacité du système d'inscription de la Convention du Cap.

c) Possibilité d'inscription d'éléments de matériels de production d'énergie éolienne en mer

172. L'introduction d'un système d'inscription de matériels de production d'énergie éolienne en mer permettrait également de distinguer entre différents éléments des turbines éoliennes en mer, sur lesquels des sûretés distinctes pourraient être inscrites dans le registre, ce qui permettrait par exemple de constituer des sûretés sur le générateur ou le rotor au bénéfice des créanciers garantis sans encourir le risque qu'après l'installation, ces éléments ne puissent plus faire l'objet de droits réels distincts dans un régime des biens national donné²²³. Une disposition particulière à cet effet a été insérée dans le Protocole spatial, qui dispose que lorsque les biens spatiaux sont amarrés ou installés l'un sur l'autre (ou enlevés), le droit de propriété et les autres droits et garanties sur les biens spatiaux ne sont pas affectés²²⁴. En prévoyant la possibilité d'une inscription séparée de certains éléments des matériels, l'application du système de la Convention du Cap pourrait apporter une solution dans les hypothèses où, par exemple, certains éléments de la machinerie ou du réseau d'énergie ont été acquis en contractant des crédits auprès d'un créancier qui n'est pas le principal bailleur de fonds du parc éolien ou lorsque certains éléments ont été acquis dans le cadre d'un crédit fournisseur, le vendeur en demeurant propriétaire jusqu'au paiement du prix d'achat.

173. Il faudrait évidemment préciser les modalités d'inscription des différents éléments, surtout en ce qui concerne l'individualisation des éléments pouvant faire l'objet d'une sûreté distincte. Comme cela a été fait lors de l'élaboration du Protocole spatial, il conviendrait de recueillir d'autres informations en étroite concertation avec les praticiens et les représentants du secteur concernant, entre autres, les spécifications techniques des différents éléments des matériels de production d'énergie éolienne en mer, la production des différents fabricants et la faisabilité du remplacement individuel de ces éléments.

d) Réserve de propriété

174. Outre les sûretés (standard) consenties au créancier garanti en vertu d'un contrat constitutif de sûreté, la Convention du Cap instaure un régime applicable aux contrats de bail et aux contrats réservant un droit de propriété sur des biens mobiles, qui, entre autres, confère un statut particulier à la réserve de propriété en cas de défaillance du débiteur en autorisant le titulaire de la réserve de propriété à lui reprendre le bien²²⁵ et en disposant que lorsque le contrat

²²⁰ Art. 16(1) de la Convention.

²²¹ Voir ci-dessus, paras. 163 *et seq.*

²²² Voir ci-dessus, para. 159.

²²³ Voir ci-dessus, paras. 150, 155 et 158.

²²⁴ Art. III du Protocole spatial.

²²⁵ Voir art. 10(a); puisque la Convention laisse la décision de la classification de la garantie internationale en tant que sûreté consentie en vertu d'un contrat constitutif de sûreté ou en tant que propriété réservée en vertu d'un contrat de bail ou d'un contrat réservant la propriété à la loi qui s'applique par ailleurs (art. 2(4)).

réservant un droit de propriété est inscrit en premier, le rang du vendeur vis-à-vis des créanciers garantis concurrents est protégé²²⁶. Conjuguée à la possibilité d'inscription séparée d'éléments de matériels de production d'énergie éolienne en mer, cette protection du titulaire de droits de réserve de propriété ressemble à la position privilégiée du crédit fournisseur dans nombre des grands systèmes juridiques²²⁷. On suppose souvent que les vendeurs n'ont pas les mêmes possibilités que les bailleurs de fonds généraux de l'acheteur d'obtenir une sûreté de premier rang sur les biens de l'acheteur en général et qu'ils méritent à ce titre une protection particulière pour toute sûreté réelle qu'ils pourraient détenir sur les actifs vendus eux-mêmes²²⁸. En offrant cette protection aux vendeurs de matériels de production d'énergie éolienne en mer, un nouveau Protocole à la Convention du Cap devrait renforcer le rôle potentiel du crédit fournisseur dans ce domaine et procurer ainsi de nouvelles sources de financement au secteur de l'énergie éolienne en mer.

e) Transfert de sûretés et refinancement de matériels de production d'énergie éolienne en mer

175. Le système de la Convention du Cap comprend aussi des règles détaillées sur la cession des droits accessoires, c'est-à-dire les droits garantis par la garantie internationale ou le droit au paiement du prix d'achat d'un bien objet d'un contrat réservant un droit de propriété inscrit²²⁹, et sur le transfert de la garantie internationale consécutif à cette cession²³⁰. Ces dispositions pourraient également s'appliquer dans le contexte du refinancement de matériels de production d'énergie éolienne en mer, ce qui éviterait les risques juridiques rencontrés en matière de cession/transfert de droits réels sur un bien situé en mer²³¹.

f) Cession à titre de garantie des droits au paiement des redevances de l'exploitant du parc éolien

176. Hormis la garantie portant sur les matériels de production d'énergie éolienne en mer eux-mêmes, les bailleurs de fonds des exploitants de parcs éoliens cherchent également à acquérir des sûretés sur les droits au paiement des redevances de l'exploitant résultant de la production d'énergie du parc éolien en mer. Puisque ces créances sont étroitement liées aux biens en mer physiques et puisque la valeur des uns dépend étroitement des autres, il pourrait être envisagé d'inclure ces droits à paiement dans les règles d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap régissant les matériels de production d'énergie éolienne en mer.

L'art. 10(a) ne s'applique pas lorsque la loi applicable suit une approche unifiée fonctionnelle des sûretés réelles (voir, par ex. l'UCC des États-Unis, sec. 1-201(37)) et considère que les droits du vendeur en vertu d'un contrat réservant la propriété ne sont pas une réserve de propriété mais une simple sûreté bénéficiant d'un rang de priorité spécifique, voir Goode, *Official Commentary* (op. cit. note 100), para. 4.101.

²²⁶ Voir Goode, *Official Commentary* (op. cit. note 100), paras. 4.71 et seq. Il est à noter qu'en raison du fonctionnement par actif du registre relevant de la Convention, les sûretés grevant les biens à venir du débiteur ne peuvent en général faire l'objet d'une inscription. La possibilité d'inscrire une sûreté constituée sur un bien à venir du débiteur est une des principales raisons pour lesquelles les régimes d'opérations garanties prévoyant un registre indexé par débiteur comprennent souvent une règle de priorité spécifique garantissant la priorité, par ex. de la sûreté conservée par le vendeur dans le cadre d'une vente conditionnelle et vis-à-vis des sûretés antérieures consenties sur le même bien par le débiteur (voir, par ex., l'UCC des États-Unis, sec. 9-324(a)). Cette règle n'a donc aucune contrepartie directe dans la Convention du Cap.

²²⁷ Voir, de manière générale, Wood, *Comparative Law of Security Interests* (op. cit. note 30 **Erreur. Il segnalibro non è definito.**), para. 33-063.

²²⁸ Voir pour cet argument dans la jurisprudence du *Bundesgerichtshof* allemand, arrêts du 14 juillet 2004, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 1192, p. 1194; 27 mar. 2008, BGHZ 176, p. 86, p. 98.

²²⁹ Voir la définition à l'art. 1(c) et Goode, *Official Commentary* (op. cit. note 100), paras. 4.216 et seq.

²³⁰ Art. 31 et seq.

²³¹ Voir ci-dessus, para. 157.

177. Il sera possible pour cela de s'inspirer des règles du Protocole spatial, qui couvre également la cession des droits du débiteur sur les paiements liés aux biens mobiles couverts par le Protocole. Le Protocole spatial régit les conditions de forme de la cession, ce qui permet de réaliser la cession par un simple écrit²³², sans obligation de notification au débiteur tiers, c'est-à-dire la personne débitrice du débiteur en vertu de la créance cédée²³³. Ces cessions peuvent faire l'objet d'une inscription²³⁴; celle-ci est alors considérée comme une condition d'efficacité de la cession en cas d'insolvabilité du débiteur²³⁵ et elle détermine le rang entre des garanties concurrentes portant sur les mêmes créances²³⁶.

178. En prévoyant ces règles harmonisées d'opposabilité et de priorité en matière de cession sur ce marché particulier, l'adoption de cette approche pour les droits au paiement de redevances liées aux matériels de production d'énergie éolienne en mer résoudrait les difficultés posées, dans les opérations transfrontalières, par les divergences entre les régimes juridiques nationaux applicables à la cession de créances (par ex. au plan des exigences ou des effets de la notification à un tiers débiteur concernant l'efficacité et le rang de la cession²³⁷ ou les obligations divergentes d'inscription dans les droits nationaux²³⁸). Cependant, d'autres consultations avec les praticiens et les représentants du secteur seraient nécessaires pour évaluer l'ampleur de leur soutien éventuel à

²³² Art. IX du Protocole spatial.

²³³ L'art. X(1) du Protocole spatial dispose que le transfert de droits prend effet lorsque les obligations de l'art. IX sont satisfaites, celui-ci ne faisant aucune mention de la notification au débiteur tiers.

²³⁴ Art. XII(1) du Protocole spatial.

²³⁵ Art. XII(2) du Protocole spatial et art. 30 de la Convention.

²³⁶ Art. XIII(1) du Protocole spatial.

²³⁷ Pour la diversité des solutions dans les différents droits nationaux, voir les exemples suivants. De nombreux systèmes juridiques suivent encore la notion traditionnelle selon laquelle la notification au débiteur tiers conditionne généralement l'opposabilité aux tiers de la cession de sûretés et détermine également le rang de priorité: voir, par exemple, Autriche *Oberster Gerichtshof* 30 nov. 2006, BankArchiv - ÖBA 2007, 735 (pour les dettes comptables, la notification peut être remplacée par une note dans les livres du constituant, voir Koziol et Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, vol. 1, 13^e éd., Vienne 2006, p. 409); Italie: *Codice Civile* art. 1265, 2914 Nr. 2; Ecosse: Bell, *Commentaries on the Laws of Scotland*, 5^e éd., Édimbourg et Londres 1826, vol. V, chap. II, s. II, § 2. En droit anglais également, en cas de cessions multiples, le cessionnaire qui a priorité est celui qui, agissant de bonne foi, a été le premier à notifier au débiteur, voir *Dearle v Hall* (1828) 3 Russ 1; *Beale, Bridge et al. (op. cit. note 12)*, paras. 14.09 et seq.

Dans d'autres États toutefois, la notification au tiers débiteur n'est plus indispensable, voir France: la notification a été pour l'essentiel remplacée par le transfert en vertu de la *Loi Dailly* (aujourd'hui Code monétaire et financier art. L313-27) qui exige que la liste des créances à céder (bordereau) soit remise au cessionnaire des sûretés (voir Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 19^e éd., Paris 2011, p. 411 et seq.; Simler et Delebecque (*op. cit. note 22*), p. 605). En Allemagne, la notification au débiteur du compte n'est pertinente que pour le nantissement d'une créance en vertu du *Bürgerliches Gesetzbuch* § 1280, tandis que l'efficacité vis-à-vis des tiers et le rang d'une cession de sûreté dépendent exclusivement de la date de la conclusion du contrat entre les parties, sans autres exigences à remplir: voir *Bundesgerichtshof* 14 juil. 2004, *Wertpapier-Mitteilungen* 2005, 378.

²³⁸ De nombreux systèmes traditionnels d'inscription de sûretés réelles sur des biens meubles ne s'étendent pas aux créances: voir par exemple l'inscription en Angleterre en vertu du *Bills of Sale Act 1878* (Loi de 1878 sur les actes de vente), sec. 4; en France même le gage sans dépossession inscrit en vertu des art. 2338 et 2333 conjugués du Code civil, qui a été introduit tout récemment, en 2006, ne couvre pas les créances, voir Aynès et Crocq, *Les sûretés*, 6^e éd., Paris 2012, p. 225; Leavy, "National Report France", in: Harry C. Sigman et Eva-Maria Kieninger (dir. pub.), *Cross-Border Security over Receivables*, 2009, p. 133 et seq.

On observe toutefois une tendance visible dans les systèmes plus modernes d'inscription de sûretés réelles à également soumettre les sûretés constituées sur des créances à une obligation d'inscription: voir, en Angleterre, la disposition expresse du *Companies Act 2006* (Loi de 2006 sur les sociétés), sec. 860(7)(f) (pour l'introduction d'une obligation générale d'inscription sur toutes les sûretés constituées par une société en vertu du *Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013* (Règlement de 2013 sur la Loi sur les sociétés (Modification de la partie 25)), voir ci-dessus note 168; la constitution de sûretés sur les créances demeure néanmoins expressément réglementée: voir l'obligation d'indiquer si une sûreté est constituée sur des biens incorporels en vertu du sec. 859D(2)(e)(ii)); pour l'UCP des États-Unis, voir la référence générale aux biens meubles en général aux secs. 9-310(a) et 9-109(a)(1). Il en va de même pour l'inscription de sûretés grevant une société ou une entreprise dans son ensemble, qui couvre en général également les dettes comptables du débiteur, voir Angleterre: *Companies Act 2006* (Loi de 2006 sur les sociétés) sec. 860(7)(g) (à compter du 06 avr. 2013, sur la base du *Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013* (Règlement de 2013 sur la Loi sur les sociétés (Modification de la partie 25): sec. 859A(1), voir ci-dessus note 168); Suède: *Lag om företagshypotek* de 2008 (Loi sur l'hypothèque d'entreprise), chap. 2, § 1.

l'introduction d'un régime particulier applicable aux cessions de créances sur ce marché spécifique et le périmètre des droits au paiement de redevances liées aux biens de production d'énergie éolienne en mer qui pourraient être couverts par ce régime.

7. Recommandation: nouvelle étude de faisabilité concernant l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrant les matériels de production d'énergie éolienne en mer et les matériels d'équipement similaires

179. La constitution de sûretés sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer dans le cadre d'opérations garanties pose des problèmes juridiques complexes portant sur la détermination du droit des biens applicable, l'application des principes traditionnels de droit des biens à la possibilité du maintien de l'existence de droits de propriété mobilière après la fixation de biens au sol et la reconnaissance des sûretés réelles remplissant les conditions d'opposabilité dans un régime juridique lorsque le droit des biens applicable a changé. En l'absence de règles particulières sur ces questions, des solutions ont été trouvées en appliquant les principes généraux du droit à la question très particulière des matériels de production d'énergie éolienne en mer. Étant donné le poids croissant du marché de la production d'énergie éolienne en mer, l'insécurité juridique qui en résulte est inacceptable. L'harmonisation du droit des sûretés réelles grevant de tels biens basée sur les principes du système de la Convention du Cap conférerait une sécurité quant à la possibilité et aux conditions de constitution de sûretés efficaces sur des matériels de production d'énergie éolienne en mer ou sur des parties de ces matériels, protégerait la position des créanciers garantis en cas d'enlèvement d'éléments de la machinerie et garantirait la publicité de ces sûretés. Par conséquent, il est recommandé que les nouvelles études de faisabilité à réaliser en ce qui concerne l'élaboration d'un nouveau Protocole à la Convention du Cap couvrent non seulement les navires et les matériels d'équipement maritime, mais aussi les matériels de production d'énergie éolienne en mer et les matériels d'équipement similaire.

180. D'autre part, s'agissant des sûretés grevant des matériels de production d'énergie éolienne en mer et des matériels d'équipement similaires, il conviendrait d'associer dès que possible des représentants du secteur et des experts extérieurs à l'élaboration de l'étude de faisabilité afin de recueillir d'autres avis sur les aspects techniques de ce type de matériel d'équipement, par exemple en ce qui concerne la séparabilité des différents éléments d'une turbine éolienne, et de déterminer quels autres aspects juridiques hormis l'introduction d'une sûreté internationale unifiée sur ce type de matériel d'équipement recueilleraient un soutien suffisant, par exemple un régime promouvant le crédit fournisseur ou les cessions à titre de garantie des droits au paiement des redevances des exploitants de parcs éoliens liées aux matériels de production d'énergie éolienne en mer.

* * *