

UNIDROIT 1994
Etude LXXII - Doc. 9
(original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

COMITE D'ETUDE CHARGE DE L'ELABORATION D'UNE REGLEMENTATION UNIFORME
RELATIVE A CERTAINS ASPECTS INTERNATIONAUX DES SURETES
GREVANT LE MATERIEL DEPLACE D'UN PAYS DANS UN AUTRE

COMMENTAIRES

de M. Thomas J. WHALEN

concernant les observations du Prof. C.C Cuming
relatives à une Convention proposée d'Unidroit sur les sûretés
grevant le matériel déplacé d'un pays dans un autre

Rome, février 1994

façon à devenir les bénéficiaires des indemnités en cas de destruction du bien. Une disposition dans la Convention couvrant l'assurance sous forme de "produits" pourrait donc n'être pas nécessaire ou souhaitable.

5. Le "débitéur" et "l'obligation garantie" (pages 6-7)

C'est sur le bien et non sur le débiteur que la Convention devrait mettre l'accent. En conséquence, il ne devrait pas y avoir de problème à couvrir l'obligation d'un tiers, lorsque la définition de "débitéur" inclut la partie dont le bien est offert à titre de sûreté pour garantir l'obligation.

6. La "sûreté" (page 7)

Que les parties se prévalent ou non des dispositions de la Convention, les tiers acquéreurs d'un bien mobile couvert par la Convention devraient être protégés par les règles en matière d'opposabilité de la Convention si aucun privilège grevant le matériel n'a été inscrit au registre international.

7. Les obligations futures et le matériel à acquérir (pages 7-8)

Dans l'intérêt de la simplicité, il pourrait être aussi souhaitable que la Convention renonce à couvrir les "obligations futures" et le "matériel à acquérir". Cependant ainsi que le Prof. Cuming l'a montré, il serait aussi possible de les intégrer dans son champ d'application. Pour couvrir les obligations futures et le matériel à acquérir, il semblerait nécessaire de définir quelle sorte de publicité est visée par l'inscription dans le registre international. S'agirait-il d'une publicité de quelque "servitude indéfinie" imposant au tiers l'obligation de se renseigner? ou l'enregistrement donnerait-il publicité de la mesure exacte du privilège, de sorte que tout tiers octroyant un crédit compte tenu d'une telle publicité, verrait son rang subordonné à concurrence du privilège enregistré?

8. Les baux constitutifs de sûretés (pages 8-12)

En raison de l'avènement constant de nouvelles formes de sûretés, il existe le risque que la sûreté soit définie de façon si restreinte que seraient exclus par exemple, les opérations de crédit-bail largement utilisées pour les aéronefs et les financements d'autres biens d'équipement. Le Prof. Cuming a raison de dire qu'aux Etats-Unis au moins, dans des cas dont les faits se ressemblent, il serait difficile de déterminer avec certitude si l'opération en cause est un bail à proprement parler ("true lease") ou une opération de crédit-bail.

Les caractères des opérations de crédit-bail tels qu'énoncés dans l'article proposé par le Prof. Cuming reprend les points principaux que les tribunaux des Etats-Unis ont utilisés pour décider si un bail est à caractère financier ou non. Le dilemme est que le crédit-bail (et d'autres formes innovatrices futures de financement de matériel) devrait presque certainement être englobé dans la Convention. Le Comité d'étude semblait d'accord sur ce point lorsqu'il est convenu qu'une sûreté devrait être définie d'une façon "fonctionnelle". En même temps, comme le signale le Prof. Cuming, il pourrait s'avérer difficile entre des cas semblables, de distinguer un crédit-bail, d'un "véritable" bail.

Bien que cela nous mène au-delà de l'opinion actuelle du comité d'étude, et également un peu au-delà de la seconde possibilité avancée par le Prof. Cuming, nous pourrions essayer de voir si toutes les opérations de bail devraient être couvertes par la Convention. Celle-ci en effet protégerait les droits du bailleur sur le matériel (droit de propriété ou droit afférent à son rôle financier). Ainsi les baux de matériel soumis à la Convention pourraient également être inscrits dans le registre international.

Que le bailleur soit le véritable propriétaire (dans un bail proprement dit) ou un bailleur de fonds dans une opération de crédit-bail telle que visée par la Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international, les moyens du bailleur en cas de défaillance du locataire sont semblables: reprise de possession et recouvrement du bien; ou vente du bien, en cas de financement, pour dédommager le crédit-bailleur.

Il peut y avoir de délicats problèmes, notamment de priorités, mais pour l'essentiel l'objectif global sera atteint si le registre permet une publicité générale de la nature du droit que détient le locataire.

Il existe de bonnes raisons à l'encontre de l'élargissement de la Convention pour inclure dans les "sûretés" les véritables baux, mais compte tenu de la difficulté à définir le "crédit-bail", notion qui pourrait être inconnue de certains systèmes, il serait utile d'examiner s'il n'y aurait pas un avantage à inclure dans la Convention tous les types de baux de matériels régis par elle.

8. Le contrat de garantie (page 15)

Avec les progrès rapides des communications électroniques, ainsi que le Prof. Cuming l'a fait remarquer, un contrat de garantie couvert par la Convention devrait inclure une sûreté créée par des moyens électroniques, en intégrant une définition d'"écrit" telle que les communications électroniques soient couvertes.

Le comité d'étude semblait d'avis unanime que la Convention ne devrait pas permettre un droit ou un moyen que le contrat de garantie ne peut prévoir. En même temps, le contrat de garantie devrait satisfaire à certaines conditions pour que la Convention s'applique. Pour obtenir une acceptation plus large de la Convention, il pourrait aussi être souhaitable d'exiger l'enregistrement de la sûreté comme condition d'application de la Convention. Cette condition pourrait également aider à résoudre le problème de la détermination du critère "international".

Il pourrait également y avoir un certain avantage à permettre aux parties de se situer en dehors du cadre de la Convention en ne procédant pas à l'enregistrement. Une disposition offrant une telle possibilité n'est pas en contradiction avec les objectifs de la Convention. Si les bailleurs de fonds pensent que la Convention leur confère une protection utile, ils ne l'écarteront pas.

Même s'il faut tenir compte des objections concernant les enregistrements frauduleux, et de la position du *Satute of frauds*, les inscriptions et les confirmations effectuées par moyens électroniques fournissent probablement une meilleure sécurité contre les enregistrements d'écrits frauduleux.

9. Le critère de l'opération "internationale" (page 18)

La deuxième approche du Prof. Cuming a fait l'objet d'une discussion générale à la réunion de mars 1993 comme critère possible d'extranéité. La difficulté afférente à cette approche est que dans certains cas, le droit national peut l'emporter sur les droits et les protections conférés par la Convention. Il peut être nécessaire de prévoir que la Convention s'appliquera dès le moment où la sûreté est créée et enregistrée. En outre, ainsi qu'on l'a mentionné ci-dessus, le critère de l'extranéité pourrait peut-être tenir simplement au fait que le matériel en jeu est un matériel couvert par la Convention, et enregistré (qu'il franchisse ou non les frontières).

Toutefois le Prof. Cuming a sans doute raison lorsqu'il dit: "... peu d'Etats seraient disposés à voir un régime juridique international régir des opérations de financement garanti dont le seul élément international est qu'elles portent sur un matériel mobile, susceptible d'être déplacé d'un Etat dans un autre" (page 14).

Concevoir un critère d'extranéité tout en empêchant que les protections de la Convention soient anéanties par le droit national est peut-être le point le plus difficile de l'élaboration d'une Convention efficace et largement acceptable sur ce sujet.

10. Application des règles de la Convention en matière de priorités (page 14)

Certains des exemples du Prof. Cuming montrent des résultats qui pourraient être indésirables en raison de l'effet donné au droit national. L'exemple 1 traite simplement de la "validité", compte tenu de ce que la sûreté correspond aux termes de la Convention. Au cas cependant où C1 a enregistré en premier, c'est C1 qui devrait prévaloir. On ne comprend pas bien pourquoi la "validité" dans l'exemple 1 est régie par la Convention, tandis que dans l'exemple 2 elle est régie par la loi de l'Etat A. La seule différence entre les deux situations est que dans l'hypothèse 2, les deux sûretés ont été octroyées dans l'Etat A avant que le *situs* du matériel ait été modifié.

L'exemple 3 reflète le fait que pour que les moyens de la Convention puissent être invoqués, le bien doit se trouver dans un Etat partie à la Convention. Le Prof. Cuming semble avoir raison de conclure qu'il n'est pas indispensable que la sûreté soit créée dans un Etat partie à la Convention. Toutefois il semblerait nécessaire que le créancier garanti puisse enregistrer son droit (créé dans un Etat non partie) pour avoir priorité au cas où le bien serait déplacé dans un Etat partie à la Convention.

11. La place des réglementations autres que le régime de la Convention dans le système de priorités (page 18)

La présentation que fait le Prof. Cuming dans l'exemple 4 semble juste, parce que C1 a inscrit sa sûreté dans le registre international, même si l'Etat A n'était pas partie à la Convention. L'Etat C, où le matériel est situé au moment où C1 revendique son droit en vertu de la Convention, est un Etat contractant.

Dans l'exemple 5, contrairement à l'opinion du Prof. Cuming, le C1 devrait l'emporter, parce que l'Etat A, en adhérant à la Convention, devrait reconnaître la sûreté de C1. Pour autant, la Convention devrait écarter le droit national. Si C1 enregistre une sûreté en vertu de la Convention alors que le matériel est dans l'Etat A (Etat non partie à la Convention), et que le bien est déplacé dans un Etat partie, si le droit de C1 doit produire des effets dans l'Etat partie à la Convention, C1 devrait se voir reconnaître un droit préférable.

Une question qu'il faudrait toutefois éclaircir est celle de savoir si un créancier garanti dans un Etat non partie peut protéger son droit en vertu de la Convention, au cas où le matériel est déplacé dans un Etat partie. Ma réponse est oui. L'inscription dans le registre international devrait être une publicité générale, pour ce qui est du matériel régi par la Convention. L'inscription est un fait essentiellement mécanique. Je ne vois pas pourquoi il faudrait que l'Etat dans lequel la sûreté est créée soit un Etat contractant.

Exemple 6. Pour les raisons indiquées relativement à l'exemple 5, C1 devrait avoir un droit préférable.

Exemple 7. C1 devrait avoir un droit préférable. L'intervention du droit national dans cet exemple comme dans les autres pourrait porter atteinte aux protections que la Convention est destinée à assurer.

Dans l'exemple 8, si l'Etat A n'était pas un Etat partie, mais que C1 avait enregistré sa sûreté, C1 devrait prévaloir. C2 et C3, où qu'ils soient situés, devraient consulter le registre pour voir si un privilège grevant le matériel régi par la Convention a été inscrit. Si l'exécution doit intervenir dans l'Etat B, partie à la Convention, alors C1 doit prévaloir en vertu des règles de priorités de la Convention. Dans la note 10, si C2 a enregistré avant C1 dans l'Etat B, C2 devrait prévaloir. La encore, l'intervention du droit national de l'Etat B semble contraire aux objectifs de la Convention.

12. Effets de la sûreté *inter partes* (page 21)

Le Prof. Cuming semble avoir raison de dire: "le système d'exécution de la Convention devrait être applicable même si la sûreté a été constituée alors que le matériel était situé dans un autre Etat qui n'est pas partie à la Convention" (page 22). En conséquence, C2 doit avoir la préférence dans l'exemple 9.

Cependant, C1 devrait aussi prévaloir dans l'exemple 10 si C1 a inscrit son droit dans le registre international. Alors que l'exemple 10 ne pose pas de problème de concours de droits, il soulève la question de savoir si les dispositions pertinentes de la Convention devraient s'appliquer à une opération essentiellement interne. La Convention devrait-elle s'appliquer ou pourrait-on faire en sorte qu'elle s'applique lorsque le matériel ne quitte pas l'Etat d'origine. Le critère d'extranéité peut-il consentir d'intégrer ce type de circonstances dans le champ d'application de la Convention? La solution ne serait alors pas différente dans l'exemple 10 et l'exemple 11. Si la sûreté relève de la Convention et est enregistrée, C1 devrait être autorisé à se prévaloir des règles de la Convention en matière d'opposabilité. Du point de vue d'un tiers cherchant à acquérir le matériel ou à octroyer du crédit, il semblerait n'y avoir guère de différence entre l'exemple 10 et l'exemple 11, malgré le fait dans ce dernier que les parties aient eu l'"intention" d'utiliser le matériel dans des Etats autres que l'Etat A.

13. Règles de priorités (page 23)

L'application pratique des règles de priorités suggère que l'enregistrement devrait parfaire une sûreté régie par la Convention. Il serait juste de considérer avec le Prof. Cuming que les sûretés constituées sur les baux seraient difficiles à mettre en oeuvre.

La règle de priorités spéciale concernant les sûretés en garantie du prix d'achat grevant des biens faisant l'objet d'un contrat de garantie préexistant nous semble à nous aussi la meilleure solution, pour les raisons indiquées par le Prof. Cuming. L'enregistrement (la connaissance présumée) devrait également prévaloir sur la connaissance effective. Lorsqu'un acheteur achète un matériel en ayant effectivement connaissance d'un privilège non enregistré, il devrait tout de même avoir préférence sur le détenteur de la sûreté non enregistrée. Dans ce cas, la certitude doit prévaloir.

14. Le système d'enregistrement (page 37)

Les règles concernant le registre telles que présentées par le Prof. Cuming nous paraissent excellentes et exhaustives. Toutefois, puisque de telles règles ne pourraient que grandement bénéficier de l'expérience acquise, il serait préférable de les placer dans une Annexe, où elles pourraient être facilement modifiées.

Il pourrait être aussi souhaitable de ne prévoir dans la Convention que les mentions à enregistrer. On pourrait laisser au registre le soin d'établir son propre règlement.

La présentation que le Prof. Cuming a faite des règles est extrêmement utile. Elles devraient être discutées dans le cadre de l'examen au fond de la Convention, même si en définitive on devait décider de les inclure dans une annexe.

Thomas J. Whalen
Condon & Forsyth
Washington, D.C.
Télécopie: 202 289 45 24
7 février 1994

