

UNIDROIT 1994
Etude LXXII - Doc. 10
(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

du Professeur C. W. MOONEY, Jr.

**concernant le critère de l'opération "internationale" à utiliser dans la
Convention proposée d'Unidroit sur les sûretés
grevant le matériel déplacé d'un pays dans un autre**

Rome, février 1994

NOTE AU SECRETARIAT D'UNIDROIT, Rome

de: Professeur Charles W. Mooney, Jr.
University of Pennsylvania Law School
Philadelphia, Pennsylvania, USA

Date: 7 février 1994

Commentaires concernant le critère de l'opération "internationale" dans le cadre des travaux du Comité d'étude d'Unidroit chargé de l'élaboration d'une réglementation uniforme relative à certains aspects internationaux des sûretés grevant le matériel déplacé d'un pays dans un autre.

A l'attention des participants à la réunion (14 - 16 février 1994) du sous-comité restreint du comité d'étude.

1. Les éléments internationaux et le lieu où est situé le débiteur

Il semble exister un accord général que le matériel couvert par la Convention doit être d'un type "mobile". Dans son document du 5 novembre 1993, le Prof. Cuming a fait une excellente analyse d'une approche possible établissant un critère supplémentaire (outre le facteur de la "mobilité") pour qu'une opération soit considérée comme "internationale" et entraîne l'application de la Convention aux questions de conflits de priorités et d'exécution. L'analyse contenue dans le document du Prof. Cuming suscite toutefois la préoccupation que pourraient être écartées les tentatives tendant à préserver la loi locale du lieu du matériel mobile. J'espère que le sous-comité n'exclura pas d'autres solutions possibles à un stade encore initial. Mes remarques sont exposées ci-après.

i) Complexité. La discussion dans le document du Prof. Cuming concernant l'application du critère de l'extranéité aux créances concurrentes sur le matériel confirme mes craintes que ce critère complémentaire engendrerait une complexité énorme.

ii) Incertitude. L'approche exposée dans le document du Prof. Cuming signifierait nécessairement que les parties à une opération garantie ne sauraient pas à l'origine si la Convention deviendrait applicable à un moment ou à un autre. De plus, si un trait important de la Convention est de fournir un système moderne, rationnel, de sûretés sur les biens meubles en substitution des régimes actuellement applicables qui ont montré leur insuffisance, l'application de la *lex situs* jusqu'au moment où le matériel est déplacé dans un autre pays pourrait n'être pas la meilleure solution.

iii) Hypothèses. Je ne partage guère l'avis qu'une disposition relative au champ d'application qui fournirait un classement du matériel "mobile" s'avérerait par la force des choses politiquement inacceptable, du moins si une telle disposition était correctement rédigée et expliquée. Bien que l'on puisse bien entendu imaginer qu'un conteneur reste dans un même pays, un tel matériel pourrait être considéré comme étant intrinsèquement à caractère international. Par contre, en faisant dépendre l'applicabilité de la Convention de la question de savoir si l'établissement principal du propriétaire est dans un Etat contractant, les Etats contractants accroissent effectivement la portée de leur souveraineté et de leur influence. Je mettrais en doute l'hypothèse implicite que le tribunal saisi serait nécessairement celui du lieu du matériel. En revanche, je partage l'idée que c'est lorsqu'elle est largement acceptée que l'on peut juger de l'utilité d'une Convention et non aux stades initiaux ou intermédiaires.

iv) Cohésion. La Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international marque une avancée importante pour la modernisation du droit du financement international par l'abandon du *situs* du matériel loué comme facteur de rattachement pour l'applicabilité de la Convention. Je m'inquiète de ce que l'accent mis sur le *situs* dans l'approche esquissée dans le document du Professeur Cuming puisse être considérée comme un retour en arrière.

v) Nationalité du matériel mobile. Un régime pour le financement de matériel mobile qui reconnaîtrait la situation du propriétaire dans un Etat contractant comme facteur de rattachement principal irait dans le sens de la reconnaissance traditionnelle du rôle du pavillon sur les aéronefs et les navires. Même un tribunal dans un

Etat non contractant pourrait être enclin à se référer à la Convention pour trancher certains concours de droits. Toutefois, l'objectif principal devrait être l'application de la Convention lorsque le tribunal est dans un Etat contractant, ce qui devrait être et de loin la situation typique dans laquelle elle serait appliquée.

2. Proposition intermédiaire pour l'application des règles d'enregistrement et de priorités.

Je suggérerais que le sous-comité restreint examine une autre approche qui étendrait la portée de la Convention et réduirait la complexité des règles de priorité, tout en continuant de respecter le droit local dans certaines opérations "purement internes". Le projet d'article suivant illustre cette démarche.

Article _____

1. - Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, la Partie _____ (règles en matière d'enregistrement et de priorités) s'applique lorsqu'une sûreté sur un matériel mobile est constituée par un débiteur qui a son établissement dans un Etat contractant.

2. - Si un débiteur crée une sûreté sur un matériel mobile conformément à la loi nationale d'un Etat contractant alors que le matériel mobile est situé dans cet Etat, qui est également le lieu de l'établissement du débiteur, la Partie _____ (règles en matière d'enregistrement et de priorités) ne s'applique pas à cette sûreté aussi longtemps i) que la sûreté n'a pas été enregistrée dans le [registre international des sûretés], ou ii) que le matériel mobile n'a pas été déplacé dans un autre Etat.

3. - Aux fins du présent article, l'établissement du débiteur est, lorsque celui-ci a plus d'un établissement, celui où le débiteur a le siège principal de son exploitation.

L'approche suivie dans les dispositions précédentes dérivent des principes suivants.

i) Reconnaissance de l'application d'une autre loi avant que la Convention s'applique. Il ne fait pas de doute que le droit du débiteur à l'égard du matériel avant le moment où la Convention s'applique peut faire l'objet de créances concurrentes qui ne seront pas écartées par la création d'une sûreté en vertu de la Convention. Dans la plupart des cas, le créancier garanti trouvera nécessaire de se renseigner quant aux lieux où s'est précédemment trouvé le matériel, ainsi qu'aux personnes auxquelles il appartenait. Bien sûr, l'existence d'un registre international peut être fort utile pour savoir si des sûretés soumises à la Convention auraient été antérieurement enregistrées, et il donnerait aussi l'assurance que des sûretés soumises à la Convention antérieurement constituées mais non enregistrées se verraient conférer un rang inférieur.

ii) Prééminence du choix du tribunal. Nous devons reconnaître le fait que la Convention sera utile pour régler les problèmes de concours de créances mais seulement lorsque le tribunal, en vertu de ses règles de droit international privé, choisira de l'appliquer. En l'absence d'une adoption universelle, cela signifie nécessairement que certains Etats choisiront de ne pas appliquer la Convention, même si elle était applicable en vertu de ses propres dispositions. En revanche nous pensons que la Convention devrait être conçue pour encourager son application par le biais du droit international privé dans des Etats qui n'auraient pas adopté la Convention, et en particulier dans les règlements arbitraux commerciaux.

iii) Respect de l'autonomie pour les opérations internes et application élargie pour les opérations internationales. L'article préserve l'applicabilité de la loi locale dans des cas où le matériel est situé dans un Etat contractant, au lieu de l'établissement de débiteur. C'est là l'opération "purement interne" qui a posé problème à certains membres du comité d'étude. C'est pourtant dans l'intérêt d'un Etat contractant que la Convention s'applique aux opérations où sont en cause des débiteurs ayant leur établissement dans cet Etat lorsque soit i) le matériel est situé ou est déplacé dans un autre Etat, soit ii) le débiteur et le créancier garanti choisissent de soumettre leur opération à la Convention.

Le projet d'article résout la condition i) en prévoyant une exclusion pour le matériel situé au lieu de l'établissement principal du débiteur. La condition ii) est réglée en prévoyant que l'enregistrement international entraînera l'application de la Convention, même si le matériel reste au lieu de l'établissement principal du débiteur. L'on respecte ainsi l'autonomie des parties, mais seulement si les parties ont fait la démarche de signifier par le biais de la publicité générale que la Convention est applicable. Même si cela entraîne qu'il faudra consulter le registre international pour des opérations "internes" portant sur du matériel mobile, compte tenu des autres cas où il pourrait exister un risque d'interférence avec les intérêts du financeur, et dans l'espoir

que le registre international sera d'accès facile, une telle intrusion ne devrait pas poser problème. En revanche, cette démarche présente de grands avantages dans des cas où la loi nationale du *situs* est telle qu'aucune assurance ne peut être donnée au futur financeur que sa sûreté sera reconnue. Dans ces cas, la partie garantie peut avoir l'assurance que la Convention est applicable dès le premier jour.

Le paragraphe 3 du projet d'article se réfère au siège principal de l'exploitation du débiteur pour déterminer l'emplacement du débiteur. Parce que nous sommes en présence de matériel susceptible être déplacé d'un pays dans un autre, un facteur de rattachement centré sur la relation entre un Etat et le contrat ou l'opération en question (comme dans la Convention sur le crédit-bail, article 3, paragraphe 2) n'aurait guère de sens ici.

Plus généralement, la Convention devrait renfermer un encouragement à l'appliquer par le choix des parties auquel la loi locale donne effet. C'est peut-être dans le préambule de la Convention ou dans une autre disposition qu'un tel encouragement pourrait être formulé.

3. Application des règles de la Convention relatives à l'exécution

L'approche exposée ci-dessus concernant l'applicabilité des règles de la Convention en matière d'enregistrement et de priorités rendrait moins nécessaire d'énoncer des règles différentes concernant l'application de la Convention aux effets de la sûreté entre le débiteur et le créancier garanti (*inter partes*). L'autre éventualité est qu'il n'est peut être pas nécessaire de s'écarter de l'accord entre les parties concernant la loi applicable aux effets de la sûreté. Peut être devraient-elles être autorisées à choisir les règles de la Convention ou la loi nationale d'un Etat donné relativement à des questions qui n'affectent pas les tiers créanciers.