

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:

SOUS-COMITE CHARGE DE L'ELABORATION D'UN PREMIER PROJET

PROPOSITIONS POUR UN PREMIER PROJET

(rédigées par le Président et un membre du sous-comité sur la base des conclusions provisoires
auxquelles ce dernier est parvenu lors de sa première session)

OBSERVATIONS

(par M. Jan-Hendrik M. RÖVER)

INTRODUCTION

Postérieurement aux observations qui lui sont parvenues concernant les propositions du comité de rédaction restreint pour un premier projet d'une future Convention d'Unidroit relative aux garanties interactionnelles portant sur du matériel d'équipement mobile, regroupées dans le document Etude LXXII - Doc. 14 et Doc. 14 Add. 1 et 2, le Secrétariat d'Unidroit a reçu d'autres observations de la part de M. Jan-Hendrik M. Röver, représentant de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement au comité d'étude et au sous-comité. Le présent document reproduit ci-dessous lesdites observations.



M. JAN-HENDRIK M. RÖVER⁽¹⁾

La Convention a maintenant pris forme avec ce premier projet. Le projet est fort prometteur et je souhaite féliciter le groupe de rédaction pour son excellent travail. Je sou mets ci-dessous des observations qui pourraient être utiles pour la suite de l'élaboration de la Convention ⁽²⁾.

Article premier, paragraphe 1

L'emploi du terme "garantie" ("*interest*") sous-entend une certaine conception des droits de propriété. La Common Law par exemple, conçoit la propriété non "comme un droit absolu (*dominium*) mais plutôt comme un droit préférable ou plus long, pour ce qui est de la possession, de l'usage ou de la jouissance et toujours au regard du droit de tiers"⁽³⁾. On suggère que des termes plus neutres soient utilisés, comme "droit de sûreté" ("*security right*")⁽⁴⁾ ou bien que la garantie soit définie comme "un droit de sûreté conférant un droit à obtenir paiement de l'obligation sur le matériel d'équipement mobile".

En vertu de l'article premier, paragraphe 1, la Convention régit la "reconnaissance et les effets" alors que l'article 5 fait état de "reconnaissance de la validité et des effets". Les deux dispositions devraient être harmonisées. Une solution possible est présentée dans les observations se rapportant à l'article 5.

Article premier, paragraphe 2, alinéa a)

La définition attache à la notion de "matériel d'équipement mobile" un (double) critère⁽⁵⁾ d'internationalité⁽⁶⁾. Le matériel d'équipement mobile est défini seulement par sa qualité d'être (internationalement) mobile; la définition n'est toutefois pas complète, ainsi que cela apparaît clairement à l'article 4 qui énonce des critères d'extranéité. On se demande si l'article premier, paragraphe 2, alinéa a) et l'article 4, paragraphe 2 ne pourraient pas être fondus en une seule disposition ou bien si l'article premier, paragraphe 2, alinéa a) ne pourrait pas seulement se référer au caractère mobile du matériel d'équipement et

(1) L'auteur remercie John Simpson et Jonathan Bates, Londres, pour l'aide qu'ils ont apportée dans la préparation du présent document.

(2) Pour les observations antérieures de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement: Simpson et Röver: *Commentaires initiaux sur le Rapport du groupe de travail exploratoire restreint d'Unidroit*, Etude LXXII - Doc. 6 Add. 2; Simpson et Röver: *Discussion paper for a model law on secured transactions*, Misc. 2; Röver: *Commentaires sur une Convention proposée d'Unidroit sur les sûretés grevant le matériel déplacé d'un pays dans un autre*, Etude LXXII - Doc. 11; *Banque européenne pour la reconstruction et le développement: Model Law on Secured Transactions*, Misc. 4. Voir aussi Röver: *Preparation of a Unidroit Convention on security interests in mobile equipment, Law in Transition*, Été 1994, pp. 15-16.

(3) Dalhuisen: *Security in Movable and Intangible Property. Finance Sales, Future Interests and Trusts*, in: *Towards a European Civil Code*, 1994, p. 377. Voir aussi Goode: *Commercial Law*, Londres, 1982, pp. 52-61.

(4) Voir déjà Röver: *Commentaires sur une Convention proposée d'Unidroit sur les sûretés grevant le matériel déplacé d'un pays dans un autre*, Etude LXXII - Doc. 11, par. 2.1.2.

(5) Le matériel d'équipement est mobile lorsqu'il est déplacé 1) normalement, et 2) dans le cours des affaires. Le deuxième élément est plus large que le cours *normal* des affaires.

(6) Les articles premier, paragraphe 2, alinéa c), et 4, se réfèrent également au caractère international. Voir les observations ci-dessous.

l'article 4, paragraphe 2 aux facteurs internationaux. Puisque l'objet de l'enregistrement en vertu de la Convention est la reconnaissance de la sûreté, les parties se référeront toujours à l'article 4, et l'article premier, paragraphe 2, alinéa a) devient alors superflu.

Tel que se présente actuellement l'article, il couvre le matériel qui est déplacé dans le cadre de son utilisation normale (par exemple, les véhicules de transport) ainsi que le matériel qui fait l'objet d'une opération commerciale. Le sous-comité devrait décider si cette conséquence est voulue.

Les termes "matériel d'équipement" semblent être limitatifs mais l'on n'explique pas comment. Il semble que "matériel d'équipement" soit utilisé au sens large comme signifiant tout bien (mobile) ou objet (corporel) et on se demande si les termes "bien" ou "objet" ne seraient pas préférables à "matériel d'équipement". (7)

L'article premier, paragraphe 3 renferme une restriction quant au matériel d'équipement qui relève de la Convention. On pourrait donc envisager de le placer plus près de la définition de "matériel d'équipement mobile".

Les dispositions ne règlent pas encore le traitement à accorder au matériel fixé à un autre matériel. Les biens accessoires en sont l'exemple. On suppose que la Convention doit alors renvoyer au droit national. La Convention devrait signaler le problème.

Article premier, paragraphe 2, alinéa b)

Deux types de sûretés sont distinguées: celles qui trouvent leur source dans un contrat constitutif de sûreté, et celles qui trouvent leur source dans un contrat réservant un droit de propriété au créancier. Il est toutefois douteux qu'un contrat réservant un droit de propriété crée une garantie ("*interest*"). A la lumière de l'approche fonctionnelle (8) adoptée dans l'article 9 du Code de commerce uniforme des Etats-Unis d'Amérique et dans la législation de certaines provinces du Canada, les clauses de réserve de propriété donnent naissance à une sûreté ("*security interest*") (9). L'effet d'une clause de réserve de propriété dans la plupart des législations est toutefois que la propriété n'est pas transférée mais reste au vendeur aussi longtemps que la condition convenue n'est pas remplie, à savoir que l'acheteur n'a pas payé le prix d'achat (10). Dans certains systèmes de droit continental, l'acheteur peut obtenir un droit présomptif mais n'est détenteur du droit de propriété qu'à la réalisation de la condition (11). Il s'agit toutefois d'un bien que l'acheteur peut aliéner et qui n'est pas grevé d'un droit de sûreté au profit du vendeur dans le sens auquel se réfère la Convention. La notion de garantie qui trouve sa source dans un contrat réservant un droit de propriété au créancier devrait donc être examinée soigneusement.

(7) Une approche aussi large a été mise en question dans un document précédent (voir Röver: *supra* note 4, par. 3.3) car une Convention peut être rendue plus acceptable par un champ d'application plus limité. Cf. déjà la recommandation de Simpson et Röver Etude LXXII - Doc. 11, par. 3, où il était envisagé qu'une Convention serait au moins au début, de portée limitée.

(8) Par opposition à une approche formelle.

(9) Voir l'article 1-201 (37) du Code de commerce uniforme des Etats-Unis d'Amérique. La solution a aussi été adoptée dans l'article 9 de la Loi modèle sur les opérations garanties (LMOG) de la Banque européenne (publiée Londres 1994).

(10) La Convention définit une clause de réserve de propriété dans des termes plus larges en se référant également aux contrats de bail. Voir les observations se rapportant à l'article premier, paragraphe 2 alinéa e) ci-dessous.

(11) Par exemple: *Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers* en droit allemand.

Article premier, paragraphe 2, alinéa c)

Une garantie doit remplir deux conditions pour être une garantie internationale⁽¹²⁾ soumise à la Convention. Elle doit être inscrite dans un registre (article premier, paragraphe 2, alinéa c)) et elle doit remplir les conditions de fond prévus à l'article 4 (alors que l'article premier, paragraphe 2, alinéa a) ne remplit aucun rôle pour ce qui est du critère d'internationalité; voir les observations se rapportant à l'article premier, paragraphe 2, alinéa a) ci-dessus). Il semble trompeur de définir le caractère international d'une garantie à l'article premier, paragraphe 2, alinéa c) seulement par référence au premier élément.

Article premier, paragraphe 2, alinéa d)

Seule une obligation monétaire⁽¹³⁾ peut être une obligation garantie⁽¹⁴⁾. Le libellé sous-entend que la sûreté est liée à l'obligation garantie mais ces liens doivent être mieux expliqués. L'on ne voit cependant pas clairement pourquoi le contrat constitutif de sûreté est défini par référence à l'obligation garantie (et non à la sûreté) et pourquoi c'est le contrat, et non la sûreté, qui garantit l'obligation⁽¹⁵⁾. En outre, il est possible d'omettre "l'exécution d'" et il suffirait de dire que la sûreté "garantit une obligation monétaire".

Le projet prévoit que les obligations présentes et futures peuvent être garanties⁽¹⁶⁾. La question qui se pose concernant les sûretés portant sur des obligations futures est de savoir si la sûreté est créée immédiatement⁽¹⁷⁾ ou seulement au moment de la naissance de l'obligation garantie⁽¹⁸⁾.

Le projet se réfère au débiteur et laisse entendre par là qu'un tiers peut fournir une garantie pour une autre obligation en vertu de la Convention.

Article premier, paragraphe 2, alinéa e)

Les contrats réservant un droit de propriété sont définis de telle sorte qu'ils comprennent les ventes sous condition de même que les contrats de crédit-bail. Le sous-comité a fait le choix de principe de faire des droits réels du crédit-bailleur des droits de sûreté en vertu de la Convention⁽¹⁹⁾. Il semble toutefois trompeur de définir la réserve de propriété comme comprenant les contrats de crédit-bail car on distingue généralement l'un par rapport à l'autre⁽²⁰⁾. Il faut aussi observer que ce n'est que d'un point de vue nord américain que l'on

(12) A la différence des garanties nationales. Le critère international limite l'application de la Convention alors qu'il ne limite pas nécessairement l'application de la loi nationale.

(13) Qui peut être vue comme plus restreinte qu'une "obligation susceptible d'être exprimée en valeur monétaire" (article 4.2 LMOG) puisque cette dernière peut comprendre des obligations dérivant de cautionnements, de garanties etc.

(14) Il faut observer que dans certains systèmes continentaux, on parle plutôt de la *créance* garantie (*Forderung*) que de l'*obligation* garantie. Il faudra tenir compte de ce fait pour toute traduction de la Convention.

(15) Cependant, lorsqu'une sûreté lie ("*attaches upon*") les parties qui concluent un contrat constitutif de sûreté, comme c'est le cas en droit nord-américain et est parfois réputé être en droit anglais (Goode: *supra* note 3, pp. 28-31), on comprend alors pourquoi un *contrat* garantit l'obligation.

(16) Cela est également possible en vertu de la Loi modèle, voir Art. 4.3.4 LMOG.

(17) C'est là le cas pour le gage en droit allemand (le § 1204 (2) du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand se réfère aux créances futures), Palandt/Bassenge: *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 52. ed. 1993, § 1204, note 8.

(18) C'est là le cas pour l'hypothèque en droit allemand (le § 1113 (2) du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand se réfère aux créances futures), tandis cependant qu'un droit de sûreté non accessoire (*Eigentümergrundschuld*) existe dans l'intérim.

(19) En faveur d'une approche plus restreinte, voir Röver: *supra* note 4, par. 7.1.5.

(20) Ce qui n'est pas nécessairement le cas en droit anglais. Goode: *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, 1988, p. 5, dit que le droit de propriété peut être réservé en vertu d'une vente, d'une location vente, ou d'un contrat de crédit-bail.

comprend qu'un contrat de crédit-bail crée une sûreté sur un matériel d'équipement mobile ⁽²¹⁾ car il devrait normalement seulement donner au crédit-preneur le droit d'utiliser le matériel donné en crédit-bail.

Article premier, paragraphe 3

Cette clause d'exclusion devrait être placée près de la définition du matériel d'équipement mobile (voir le commentaire se rapportant à l'article premier, paragraphe 2, alinéa a) ci-dessus).

Article premier, paragraphe 4

Il est malheureux que les produits de la vente ne soient pas couverts par la Convention. L'exclusion de la possibilité d'étendre la sûreté aux produits de la vente réduit l'utilisation de la Convention, notamment pour ce qui est des fournisseurs à l'égard des commerçants. Les commerçants vendent, dans le cours normal des affaires, des biens sur lesquels portent des sûretés. Les sûretés sur les biens des commerçants ont été décrites comme étant de nature "dynamique" ⁽²²⁾ et le détenteur de la sûreté ne reçoit de protection adéquate que s'il est protégé également pour ce qui est des produits de la vente. L'exclusion de la possibilité d'étendre la sûreté aux produits de la vente laisserait la Convention incomplète dans un domaine important ⁽²³⁾. Néanmoins, probablement est-il réaliste d'exclure de la Convention les produits de la vente.

Article 2, paragraphe 2

Il semble impraticable de prévoir que le Conseil de Direction puisse déterminer "le cas échéant ..." ("*from time to time*") l'organisme et le lieu d'enregistrement. Le succès de la Convention dépendra de la confiance qu'elle inspirera et des attentes correspondantes qu'elle suscitera auprès du marché. Une réflexion approfondie sera nécessaire à l'avance pour la détermination de l'organisme et le lieu d'enregistrement.

Article 3

Il faudra voir si la Convention se contentera d'étendre les sûretés créées en vertu du droit national ("une garantie peut être enregistrée") ou si une nouvelle sûreté pourra être créée en vertu de la Convention. On présume que c'est cette dernière possibilité qui a été retenue.

Le libellé de l'article "une garantie peut être enregistrée" implique une condition formelle (procédurale). Toutefois, une sûreté ne peut être créée ⁽²⁴⁾ que s'il existe un contrat constitutif de sûreté, de sorte qu'au moins l'article 3, alinéas a) - c) décrivent des conditions de fond. Les rédacteurs ont tenté d'éviter la question de savoir si l'enregistrement est nécessaire à la création de la sûreté. A cette fin, il suffirait que les conditions de l'article 3, alinéas a) - c) soient séparées de la condition à l'article 3, alinéa d).

Article 3, alinéa a)

"The agreement to which it relates" à l'alinéa a) de l'article 3 [du texte anglais NDT] peut être interprété comme étant l'instrument se rapportant à l'obligation, d'autant plus que la disposition se réfère au locataire et à l'acheteur. La disposition [dans le texte anglais] devrait se référer au contrat constitutif de sûreté ("*security agreement*") en vertu duquel la garantie internationale est créée.

(21) Voir § 1-201 (37) Code de commerce uniforme des Etats-Unis d'Amérique. En droit anglais toutefois, une réserve de propriété "ne constitue pas une sûreté ("*security interest*")", voir Goode, *supra* note 20, p. 5. A la rigueur, elle crée un droit "équitable" pour le débiteur.

(22) Serick: *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Neue Rechtsentwicklungen*, Heidelberg, 2ème éd. 1993, pp. 114-123.

(23) Pour une approche possible, voir Röver: *supra* note 4, par. 6.4.

(24) Pour une explication des rapports entre création d'une part et "attachment", perfection et la doctrine de l'effet relatif des contrats d'autre part, voir Röver: *supra* note 4, par. 2.3. Voir aussi note 16 ci-dessus où la notion d'"attachment" est utilisée pour expliquer l'article premier, paragraphe 2, alinéa d) de la Convention.

Il est clair que l' "écrit" doit être défini par la Convention et non par la loi interne. Toutefois, les systèmes internes peuvent définir l' "écrit" de façon différente, par exemple en exigeant en outre au simple écrit la signature de l'instrument par l'auteur de celui-ci ⁽²⁵⁾.

Article 3, alinéa b)

L'article établit une distinction entre la description spécifique et la description générale du matériel d'équipement mobile, qui est semblable à la distinction entre la sûreté spécifique et la catégorie de sûretés de la Loi modèle de la Banque européenne ⁽²⁶⁾. Il sépare nettement les concepts de description et d'identification qui aident à comprendre la différence entre ces concepts ⁽²⁷⁾.

Article 3, alinéa c)

La Convention devrait déclarer que l'obligation monétaire doit être décrite dans des termes soit spécifiques soit généraux et doit être identifiée.

Il n'est pas sûr que la Convention doive dire qu'une garantie peut porter sur des obligations monétaires garanties par la réserve de propriété (en anglais: "money obligations arising under [the agreement]) ⁽²⁸⁾. Il serait plus simple de dire que le *droit de sûreté* ⁽²⁹⁾ (et non le contrat) garantit des obligations monétaires ⁽³⁰⁾.

Article 4

Cette disposition traite des critères aux fins du caractère international d'une sûreté ⁽³¹⁾, comme c'est le cas des alinéas a) et c) du paragraphe 2 de l'article premier, et fournit une distinction entre les questions internationales et nationales. Là toutefois, elle a trait à des éléments de droit matériel, et non à l'élément formel visé à l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article premier. L'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article premier est superflu si l'on suit le raisonnement de la présente note (voir les commentaires se rapportant à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article premier ci-dessus).

La Convention ne dit pas encore ⁽³²⁾ quel est le lien qui doit exister avec un Etat contractant pour qu'elle soit applicable. Un modèle de disposition pourrait être offert par l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980 ⁽³³⁾.

A l'article 4, paragraphe 2, il n'est pas clair si le terme "parties" se réfère seulement aux parties au contrat constitutif de sûreté, ou bien au créancier, au débiteur et au propriétaire des biens lorsque le débiteur et le propriétaire sont des personnes distinctes.

(25) Par exemple, le § 126 du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand.

(26) Voir l'article 5.5 LMOG.

(27) Pour un examen des concepts correspondants de spécificité et de certitude voir Röver: *supra* note 4, par. 2.4.

(28) "Arising" dans le texte anglais semble vouloir couvrir la réserve de propriété et les contrats de bail soumis à la Convention (NDT: ce qui est expressément dit dans le texte français); voir les alinéas b) et e), du paragraphe 2 de l'article premier.

(29) Dans cette note, le terme "droit" est préféré au terme "sûreté", voir le commentaire se rapportant à l'article premier, paragraphe 1 ci-dessus.

(30) Voir aussi le commentaire se rapportant à l'article premier, paragraphe 2, alinéa d) ci-dessus.

(31) Elle recouvre une large définition des sûretés ainsi que l'ont préconisé Simpson et Röver dans leur note Etude LXXII - Doc. 6 Add. 2 (voir note 1), pp. 1-2.

(32) Sauf à l'article 5 qui dispose que seuls les tribunaux d'un *Etat contractant* peuvent reconnaître une sûreté.

(33) Voir déjà la recommandation Röver: *supra* note 4, par. 3.5.

L'article 4, paragraphe 2, alinéa c) peut être étendu de telle sorte que la Convention s'applique lorsque le matériel a franchi des frontières même si 1) le déplacement est intervenu seulement avant la conclusion par les parties du contrat constitutif de sûreté ou si 2) le matériel d'équipement est retourné dans le pays où il était situé au moment de la conclusion du contrat.

Article 5

L'article 5 contient la règle de reconnaissance centrale de la Convention. Tandis que l'article premier, paragraphe 1 se réfère à la "reconnaissance" et aux "effets", l'article 5 parle de "[reconnaissance de] la validité et [des] effets". Le libellé devrait être harmonisé (voir les observations se rapportant à l'article premier, paragraphe 1 ci-dessus). Il n'est pas à exclure que l'on ait à distinguer clairement entre la création, la validité et l'opposabilité ("enforceability") des sûretés⁽³⁴⁾.

Les exceptions relatives à la validité ou à l'opposabilité d'une sûreté peuvent provenir 1) des vices de la sûreté elle-même ou 2) des vices de l'obligation garantie qui se répercutent sur la sûreté⁽³⁵⁾. Les exceptions soulevées à l'encontre d'une sûreté sont toutefois difficiles à régler dans la Convention car elles sont régies par la loi interne. Un exemple totalement hypothétique peut le démontrer. Dans le pays X, la loi dispose que l'âge de la majorité est à 16 ans, et dans le pays Y, à 18 ans. Les parties au contrat constitutif de sûreté ont leur établissement respectivement dans le pays X (où la partie au contrat, ressortissant du pays X est âgée de 17 ans) et le pays Y (où la partie au contrat, ressortissant du pays Y est âgée de 19 ans). Pour déterminer si les parties peuvent conclure le contrat constitutif de sûreté, il faut déterminer la loi applicable à la capacité pour contracter des parties, qui pourrait être la loi de leur nationalité⁽³⁶⁾. Puisque les deux parties ont dépassé l'âge légal, le contrat est parfaitement valable. Il est clair cependant que la Convention restera étroitement liée à la loi interne applicable pour ce qui est des moyens de défense⁽³⁷⁾. La question est alors de savoir si la Convention doit contenir certaines règles fondamentales de conflit de lois pour déterminer la loi applicable aux questions relevant du droit interne.

La règle de reconnaissance s'étend aux garanties qui trouvent leur source dans des contrats réservant un droit de propriété au créancier, ce qui comprend les contrats de crédit-bail. Il est toutefois douteux que ces contrats créent des "sûretés" (voir les commentaires se rapportant à l'article premier, paragraphe 2, alinéa b) et e) ci-dessus). La question devrait être examinée par le sous-comité.

L'article 5 ne précise pas quels sont les "effets" qui sont reconnus. On suppose que la sûreté est reconnue dans ses effets entre les parties ainsi qu'à l'égard des tiers. A l'égard des tiers, elle est reconnue pour ce qui est des priorités, du transfert de la sûreté⁽³⁸⁾, du transfert du bien grevé, de la protection de la sûreté contre les tiers, et lors de la procédure de réalisation. La position de la sûreté n'est toutefois pas protégée dans les procédures d'insolvabilité⁽³⁹⁾ ce qui pourrait être un point faible de la future Convention.

(34) Voir l'article 14 LMOG.

(35) Les relations entre l'obligation garantie et la sûreté en vertu de la Convention ne sont toutefois pas encore pleinement déterminées, voir commentaire se rapportant à l'article premier, paragraphe 2, alinéa d) ci-dessus.

(36) Voir l'article 7, paragraphe 1 du *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* allemand qui est conforme à la Convention de Rome.

(37) Il y a aura d'autres domaines dans lesquels le droit interne n'est pas exclu par la Convention.

(38) Au cas où la sûreté pourrait être transférée, mais sans qu'il soit nécessaire de transférer l'obligation garantie, c'est la solution contenue dans l'article 18 LMOG.

(39) Voir Unidroit: Etude LXXII - Doc 13, note à l'article 5.