

UNIDROIT 1997
Etude LXXII - Doc. 32 Add. 3
(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 AUX GARANTIES INTERNATIONALES
PORTANT SUR DES MATERIELS D'EQUIPEMENT MOBILES

*PROJET D'ARTICLES REVISE D'UNE FUTURE CONVENTION D'UNIDROIT
RELATIVE AUX GARANTIES INTERNATIONALES PORTANT SUR DES MATERIELS
D'EQUIPEMENT MOBILES*

(proposé par le Comité de rédaction à la lumière de la lecture par le Comité d'étude lors de sa deuxième session du premier projet d'articles arrêté par le Sous-comité avec les recommandations du Groupe de travail aéronautique):

OBSERVATIONS

(par le Professeur C.W. Mooney, Jr. et M. T. Whalen)

Rome, janvier 1997

Unidroit

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

**OBSERVATIONS PRELIMINAIRES
DU PROFESSEUR CHARLES W. MOONEY, Jr. ET DE M. THOMAS J. WHALEN,
REPRESENTANTS LES ETATS-UNIS D'AMERIQUE**

SUR LE

PROJET D'ARTICLES REVISE D'UNE FUTURE CONVENTION D'UNIDROIT
RELATIVE AUX GARANTIES INTERNATIONALES PORTANT
SUR DES MATERIELS D'EQUIPEMENT MOBILES
(ETUDE LXXII - DOC. 30 - ROME, DECEMBRE 1996)
(proposé par le Comité de rédaction à la lumière de la lecture par le Comité d'étude,
lors de sa deuxième session, du projet d'articles arrêté par le Sous-comité
avec les recommandations du Groupe de travail aéronautique)

JANVIER, 1997

La délégation des Etats-Unis est heureuse de présenter aux membres du Comité d'étude ainsi qu'au Secrétariat d'Unidroit ses observations préliminaires sur le projet d'articles révisé (Etude LXXII - Doc. 30). Nous apprécions les efforts effectués par le Comité de rédaction, bien que nous soyons conscients qu'un important travail reste à faire avant qu'un projet réalisable ne naisse du Comité d'étude afin d'être examiné par les experts gouvernementaux.

En raison de la courte période entre notre réception du projet révisé et la troisième session du Comité d'étude, nos observations sont nécessairement préliminaires et soumises à des améliorations de la part des personnes et des groupes intéressés aux Etats Unis. De plus, nous avons exclu de nos observations les questions relatives à l'approche et au style de rédaction. Nous en ferons part au Comité de rédaction séparément. Nos observations portent, exclusivement, sur les questions relatives à des problèmes substantiels spécifiques.

1. OBSERVATIONS GENERALES.

Avant d'exposer nos observations spécifiques dans l'ordre du projet d'articles, nous souhaitons présenter des commentaires généraux et mettre en avant des principes englobants.

a. Recommandations du Groupe de travail aéronautique et de l'Association du transport aérien international.

Nous soutenons, en principe, les recommandations du Groupe de travail aéronautique et de l'Association du transport aérien international faites dans l'Etude LXXII - Document 32 (décembre, 1996). Bien que nous n'ayons pas encore considéré tous les détails de ces recommandations, nous pensons qu'une Convention de base qui envisage des protocoles distincts pour des catégories spécifiques d'équipement est une solution prometteuse. Nous insistons fortement pour que le Comité d'étude et le Secrétariat d'Unidroit prennent sérieusement en considération les recommandations.

b. Opposabilité des garanties créées en vertu de lois nationales.

Nous nous inquiétons d'une omission manifeste du projet. Nous avons compris que le Comité d'étude était d'avis que le résultat de la Convention serait de rendre opposables des garanties, non de rendre inopposables des garanties qui sont actuellement opposables en vertu de la loi applicable. A cette fin, la délégation des Etats-Unis a compris et a rapporté à ses institutions que le défaut d'obtention d'une inscription internationale ne rendrait pas une garantie inefficace à l'égard des créanciers porteurs d'un titre exécutoire et du syndic de faillite si elle est, autrement opposable selon la loi applicable. Evidemment, une garantie non-inscrite (sur le plan international) resterait vulnérable à l'égard des droits des acheteurs et des garanties concurrentes internationales inscrites, en vertu de la règle de priorité de l'article 25.

Selon notre lecture du paragraphe 1 de l'article 26 et du paragraphe 4 de l'article 9 du projet prévu, il ressort fortement que l'absence d'inscription internationale subordonnerait la garantie au syndic de faillite. Les règles de priorité de la Convention l'emporteraient sur la loi applicable, à condition que l'Etat dont la loi serait autrement applicable ait adopté la Convention.

Comme nous l'avons expliqué dans nos précédentes observations (Etude LXXII - Doc. XXVI Add. 1), un avantage important du principe convenu par le Sous-comité et le Comité d'étude est qu'il résoud pour une large part les problèmes extrêmement difficiles de l'opération "purement interne" et du "critère international". Aux prises avec ces difficultés, le Sous-comité a réalisé que les solutions qu'il envisageait soulevaient des problèmes d'incertitude ou de complexité énorme. Dans une "opération purement interne", lorsque le créancier garanti est assuré que le bien ne quittera jamais l'Etat, il peut choisir de se baser sur la loi interne sans se préoccuper du fait que le défaut de procéder à une inscription internationale rendra inopposable sa garantie. Cela est particulièrement important pour les opérations internes qui actuellement ne sont pas soumises à l'inscription dans de nombreux systèmes de droit national (par exemple, les opérations garanties en vertu de la loi allemande et les opérations de crédit-bail en vertu de la loi des Etats-Unis). A l'inverse, si le créancier garanti se préoccupe de ce que la garantie pourrait être inopposable en vertu de la loi locale, il peut assurer l'opposabilité en procédant à l'inscription internationale. Nous insistons à nouveau sur le fait que la solution que nous défendons ne protégerait pas une garantie non inscrite à l'égard des garanties inscrites et des acheteurs en vertu des règles de priorités de l'article 25 du projet révisé. Le résultat proposé pourrait être atteint par l'addition des mots, comme suit:

1. – Sous réserve des dispositions des paragraphes 4 et 5, une garantie internationale [ou une garantie nationale susceptible d'inscription] est opposable au syndic de faillite et aux créanciers du débiteur, y compris aux créanciers porteurs d'un titre exécutoire définitif ou provisoire lorsque, antérieurement à la faillite ou à l'obtention d'un titre exécutoire définitif ou provisoire, la garantie a été inscrite conformément à la présente Convention ou lorsque la garantie est opposable en vertu de la loi applicable.

Ou bien, le Comité d'étude pourrait souhaiter ajouter un nouveau paragraphe à l'article 26, comme les lignes suivantes:

- (x) La présente Convention ne prive pas d'effets à l'égard du syndic de faillite et des créanciers du débiteur une garantie qui est opposable en vertu de la loi applicable, que le titulaire de la garantie ait inscrit ou non la garantie internationale conformément à la Convention.

La loi applicable à cette fin signifierait la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.

c. Liens entre les systèmes d'inscription nationaux et le registre international

La délégation des Etats-Unis répète aussi son point de vue selon lequel la Convention devrait permettre aux Etats contractants de lier leurs registres locaux au registre international afin qu'une inscription enregistrée, ou inscrite, en vertu de la loi locale constitue également une inscription

internationale. De cette façon, le registre international sera structuré afin qu'une recherche dans le registre révèle les garanties inscrites localement qui constituent des inscriptions internationales.

Nous avons conscience que le Groupe de travail chargé du registre international a déjà effectué beaucoup de travail et que le projet révisé est seulement un exemple des règles qui peuvent être, en définitive, insérées dans la Convention. Cependant, parce que l'approche des liens internes-internationaux est tellement importante, nous souhaitons encourager le Comité d'étude à la garder à l'esprit. Comme avec les règles de priorité mises en avant ci-dessus, la solution des liens sera un facteur important, pour la Convention, afin d'obtenir des soutiens de la part des Etats qui ont créé des systèmes d'inscription interne, tels que le Canada et les Etats-Unis. De plus, les liens pourront accroître la conscience et la compréhension relative au registre international.

2. **OBSERVATIONS SUR DES DISPOSITIONS SPECIFIQUES DU PROJET REVISE**

a. **Paragraphe 2 de l'article 1**

Nous restons préoccupés par l'inclusion des vrais contrats de bail (*true lease*) dans le champ de la Convention, ce qui pourra créer des problèmes pour les bailleur dans certains autres Etats. Le Comité d'étude peut souhaiter prendre en compte d'autres solutions qui ne compromettraient pas inutilement la garantie résiduelle du vrai bailleur sur un bien.

b. **Article 3**

Nous rappelons aussi notre souhait que le Comité d'étude prenne une directive claire à l'intention d'un tribunal disposé à appliquer la Convention concernant les conditions dans lesquelles elle devrait être appliquée. Le projet actuel reste ambigu sur cette question.

Le Comité d'étude peut souhaiter prendre en compte le projet suivant pour l'article 3:

Article 3

1. - La présente Convention s'applique si le bien grevé par une garantie internationale ou si le débiteur est situé dans un Etat contractant.
2. - Si le débiteur est constitué en vertu de la loi d'un Etat ou d'une subdivision d'un Etat et l'Etat ou la subdivision possède un registre public établissant que le constituant, l'acheteur ou le preneur y a été constitué, le constituant, l'acheteur ou le preneur est réputé situé dans cet Etat. Dans les autres cas, le constituant, l'acheteur et le preneur est situé dans l'Etat de son bureau principal.

En vertu de ce projet de l'article 3, la Convention ne s'appliquerait pas, selon ses dispositions, lorsque ni le tribunal, ni le bien, ni le débiteur n'est situé dans un Etat contractant. La Convention ne s'appliquerait pas non plus si le seul rattachement à un Etat contractant est la situation du tribunal. Dans tous les autres cas, lorsque soit le bien soit le débiteur est situé dans un Etat contractant, la Convention s'appliquerait.

c. **Alinéa d) de l'article 7**

Notre position est que l'identification de l'obligation garantie n'a pas besoin d'être spécifique et qu'une formulation telle que "toute dette du constituant envers le créancier garanti de toute catégorie due maintenant ou plus tard" ou "le paiement du billet à ordre daté X, d'un montant principal d'Y, y

compris les garanties, les coûts, les dépenses d'encaissement, les frais des représentants et tout autre montant décrit à cette fin" serait suffisante.

d. Paragraphe 6 de l'article 8

La note 18 (page 6) des remarques liminaires du Secrétariat sur le projet révisé suggère qu'une caution ou un garant d'une obligation garantie par une garantie internationale sur un bien "n'aurait pas un intérêt légitime justifiant la protection en vertu des dispositions pertinentes". Nous pensons qu'une caution a un intérêt à être protégée, puisque le montant recouvert sur le bien, suite à une inexécution, affecte directement le montant de l'obligation cautionnée. Le Comité d'étude peut souhaiter prendre en compte la réintégration des dispositions applicables à la caution en tant que "personnes intéressées" selon le paragraphe 6 de l'article 8.

e. Paragraphe 1 de l'article 11

Nous suggérons que le Comité d'étude examine si la référence à une "inexécution substantielle et persistante" rend suffisamment compte du but du paragraphe 1. Serait "substantielle" une inexécution qui dure seulement quelques heures? Serait "persistant" un manquement insignifiant? Une référence à une "inexécution matérielle" serait peut-être préférable.

f. Paragraphe 3 de l'article 12

Nous pensons que le paragraphe 3 devrait être révisé afin de préciser qu'il ne s'applique pas à des ventes ou à des baux entrepris conformément à des procédures judiciaires.

g. Article 15

Nous nous demandons si le paragraphe 3 est nécessaire ou approprié, excepté peut-être dans le cas de la vente d'un bien conformément à l'alinéa c) du paragraphe 2. La conservation du bien, sa disponibilité, sa valeur, et généralement le status quo sont une protection fondamentale pour les intérêts du créancier garanti.

h. Chapitre VI, Inscription d'une garantie internationale et d'une garantie internationale future

La délégation des Etats Unis se propose de fournir au Groupe de travail chargé du registre des commentaires détaillés sur les dispositions d'inscription proposées. Nous remarquons ici seulement quelques points généraux.

Premièrement, nous sommes préoccupés par le retour du projet révisé aux concepts de "garanties internationales futures", ce qui ajoute une complexité inutile. Le besoin pour ce concept résulte uniquement de la formulation du projet, qui englobe l'idée que c'est une "garantie internationale" qui est inscrite. Cela confond le droit réel reçu par le créancier garanti avec l'acte qui établit une inscription, une déclaration d'enregistrement. Une déclaration d'inscription en l'absence d'une garantie est nulle, et le constituant peut exiger sa suppression en vertu du paragraphe 4 de l'article 18. Une garantie sans une déclaration d'inscription est exposée à une subordination. Nous suggérons que le projet adopte, dans la Convention sur l'inscription, le terme une "déclaration d'inscription" à la place de l'inscription d'une garantie.

Deuxièmement, nous sommes perplexes face aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 17 et du paragraphe 1 de l'article 19, qui stipulent que les garanties "peuvent être inscrites". Nous craignons que cela puisse être lu afin de permettre aux fonctionnaires du registre d'entreprendre des investigations pour déterminer si l'inscription est permise ou non. Cette approche semble en conflit avec l'approche envisagée à l'alinéa a) de l'article 21.

i. **Article 25**

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 de l'article 25 n'arrive pas à appréhender le fait qu'une obligation de donner des fonds, qui est conclue en ayant connaissance d'une garantie internationale concurrente ne devrait pas être assimilée à une obligation dans le sens des règles de priorités. Une solution à ce problème serait de réviser le paragraphe 2 de la façon suivantes.

2 - Une garantie internationale inscrite est primée par une garantie internationale inscrite postérieurement pour des fonds que le titulaire de la première garantie donne à un moment où l'autre garantie internationale est inscrite et que le titulaire de la première a effectivement connaissance de l'autre garantie, à moins que la valeur ne soit donnée conformément à une obligation conclue sans connaissance effective de l'autre garantie.

Il y a un autre problème avec le paragraphe 2. Examinons l'hypothèse suivante. Le créancier garanti 1 inscrit sa garantie et avance £100. Le créancier garanti 2 inscrit postérieurement sa garantie et avance £100. Avec une connaissance effective de la garantie du créancier 2, le créancier 1 avance £50. Selon le paragraphe 2, la garantie du créancier 1 est primée par la garantie du créancier 2, en ce qui concerne l'avance de £50 du créancier 1. Maintenant, supposons que le créancier 2, avec une connaissance effective de la garantie du créancier 1, avance £50. Le paragraphe 2 semblerait faire primer la garantie du créancier 2 par celle du créancier 1, en ce qui concerne l'avance postérieure de £50 du créancier 2. En bref, les règles de primauté devraient jouer contre tout créancier qui avance des fonds avec une connaissance effective d'une autre garantie, à moins qu'elle ne soit faite conformément à une obligation. Le paragraphe 2 comme suit résoudrait ce problème.

2 - Une garantie internationale inscrite est primée par une autre garantie internationale inscrite pour des fonds que le titulaire de la première donne à un moment où l'autre garantie internationale est inscrite et que le titulaire de la première a une connaissance effective de l'autre

garantie, à moins que la valeur ne soit donnée conformément à une obligation conclue sans connaissance effective de l'autre garantie.

Paragraphe 4

Nous remarquons deux problèmes avec le paragraphe 4. Premièrement, comme nous l'avons expliqué dans nos précédentes observations, la règle spéciale de priorité du paragraphe 2, quand elle est appliquée avec le paragraphe 4, crée la possibilité de priorités circulaires. Considérons un créancier garantie 1, premier inscrit, et un créancier garantie 2 second inscrit. Après l'inscription de la garantie du créancier 1, mais avant celle de la garantie du créancier 2, une garantie qui n'est pas internationale est créée en faveur de I. Alors, le créancier 1 effectue une avance non obligatoire de £50, avec une connaissance effective des garanties, à la fois, du créancier 2 et de I. En vertu du projet révisé, en ce qui concerne l'avance de £50, la garantie du créancier 1 a priorité sur celle du I selon le paragraphe 4, la garantie de I prime celle du créancier 2 en vertu du paragraphe 4 et la garantie du créancier 2 prime celle du créancier 1 en vertu du paragraphe 2. Pour éviter ce problème, le Comité d'étude peut souhaiter examiner une exception à la règle de priorité au paragraphe 3, similaire à celle du paragraphe 1. En d'autres termes, le titulaire d'un droit autre qu'une garantie internationale pourrait aussi primer une garantie internationale précédemment inscrite dans la mesure où le titulaire de la garantie internationale fait des avances discrétionnaires en ayant connaissance de l'autre droit.

Deuxièmement, le paragraphe 4 s'applique aux droits autres que les garanties internationales, ce qui comprend à la fois le droit de propriété et les privilèges ou d'autres garanties se rapportant à des obligations. Bien que la subordination d'une garantie internationale non inscrite à un privilège ou à une garantie concurrente soit un moyen approprié pour protéger le demandeur contre une garantie non inscrite, elle semble peu appropriée dans le cas d'un acheteur du droit de propriété. Le dernier peut libérer la garantie internationale non inscrite. Des paragraphes distincts pour les acheteurs et pour les titulaires de privilèges ou de garanties seraient peut être appropriés.

j. Paragraphe 5 de l'article 26

Le paragraphe 5 de l'article 26 préserve l'efficacité des "règles spéciales du droit des procédures d'insolvabilité." Etant donné l'immense diversité des droits nationaux des procédures d'insolvabilité, le Comité d'étude peut souhaiter examiner si un effort pourrait être effectué pour clarifier dans le projet la nature des règles spéciales qui doivent être préservées. Les observations suivantes sont (i) une proposition faite par la délégation des Nations-Unies de la CNUDCI, Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux en connexion avec son projet sur le financement par cessions de créances, et (ii) un projet de révision à l'article 21 des articles du projet de Convention sur la cession de créances du financement par cession de créances, qui reflète les propositions de la délégation. Le Comité d'étude peut souhaiter examiner ces propositions en rapport avec le paragraphe 5 de l'article 26. D'autre part, le Comité d'étude peut souhaiter examiner des règles additionnelles dans la Convention qui prévaudraient certaines règles nationales du droit des procédures d'insolvabilité. Par exemple, des garanties internationales inscrites plus de 10 mois avant le commencement de la procédure d'insolvabilité du constituant pourraient être protégées de l'inopposabilité de façon préférentielle.

k. Paragraphe 3 de l'article 28

Nous ne sommes pas certains du but et du raisonnement du paragraphe 3 de l'article 28. La plupart des arrangements financiers des plus classiques et des plus significatifs impliquent un morcellement des cessions de créances, d'une sorte ou d'une autre, et des cessions à de multiples cessionnaires. Les opérations proviennent directement des participations des prêts bancaires sur des titrisations sophistiquées. Le paragraphe 3 de l'article 28 pourrait être lu afin d'empêcher de telles cessions dans le cas de cessions de créances garanties par une garantie internationale. Si l'objectif est

simplement de fournir qu'il ne peut être plus qu'un cessionnaire ou qu'un créancier garanti inscrit (enregistré) à n'importe quel moment, alors une disposition plus étroite pourrait être rédigée.

l. Article 29

Nous suggérons que cet article (ou une autre disposition appropriée du Chapitre VIII) soit révisé afin de clarifier que la cession opposable d'une garantie internationale aboutisse automatiquement à l'opposabilité de la cession de l'obligation garantie par une garantie internationale (par exemple, la cession due par le constituant au cédant-créancier garanti). Ce résultat découle implicitement de l'article 31, mais cela n'apparaît pas comme étant stipulé de façon claire dans le projet.

m Paragraphe 1 de l'article 32

Nous suggérons que le paragraphe 1 soit révisé pour clarifier que, en cas d'inexécution, le cessionnaire est autorisé à collecter du constituant le montant dû en raison de l'obligation garantie par ce bien, sous réserve de l'article 31.

n. Article 33

Nous ne sommes pas certains de la raison des parenthèses à l'article 33, qui exclut le paragraphe 2 de l'article 25.

DISPOSITIONS RELATIVES A L'INSOLVABILITE

Article 21. Droits des tiers

(1) Sous réserve des dispositions des articles 21 et des articles 22 à 24, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits des cessionnaires recevant les mêmes créances du cédant, ni sur ceux des créanciers du cédant saisissant les créances cédées ou des créanciers du cédant en cas d'insolvabilité du cédant.

L'équilibre de l'article 21 est dans une large mesure nouveau.

(2) Nonobstant les dispositions des articles 22 et 24, à l'exception des dispositions du paragraphe 3, la présente Convention ne régit pas:

(a) le droit des créanciers du cédant saisissant les créances cédées de contester ou d'invalidier la cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux,

(b) le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant:

(i) de contester ou d'invalidier la cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel,

(ii) de contester ou d'invalidier la cession de créances qui n'existe pas au moment du commencement de l'insolvabilité du cédant,

(iii) d'imputer sur les créances les dépenses de l'administrateur résultantes de la réalisation de créances qui existent, mais qui ne proviennent pas d'obligations exécutées au moment du commencement de l'insolvabilité du cédant, ou

(iv) d'imputer sur les créances les dépenses de l'administrateur engendrées pour maintenir, préserver ou réaliser les créances sur la demande et pour le bénéfice du cessionnaire, ou

(c) en ce qui concerne les créances cédées par le cédant à titre de garantie pour l'exécution de l'obligation, les règles ou les procédures d'insolvabilité régissant en général l'insolvabilité du cédant, à l'exception de la présente Convention:

(i) établissant la perception, l'application ou la réalisation des créances pendant l'insolvabilité,

(ii) permettant la substitution des créances cédées pour de nouvelles créances d'une valeur au moins égale,

(iii) permettant d'autres cessions de créances cédées sans préjudicier à la position du cessionnaire,

(iv) permettant aux créances cédées d'être imputée des demandes privilégiées fiscales, des gages ou d'autres privilèges similaires, à condition que le cédant soit traité

justement et équitablement comme les autres créanciers dont les garanties peuvent être aussi imputées, ou

- (v) d'autres règles et procédures d'effets similaires et d'application générale dans l'insolvabilité du cédant [****décrits spécifiquement par un Etat contractant dans l'instrument fourni pour sa ratification de la présente Convention****].

(3) Les droits d'un cessionnaire, conférant priorité aux cessions de créances en vertu du paragraphe a) des articles 23 et 24, ne peuvent porter préjudice aux droits d'autres parties recevant une cession du cédant d'une même créance et qui conférerait priorité en vertu du paragraphe b) de l'article 23 ou de l'article 24, que d'autres parties existent effectivement ou non.