



FR

Protocole MAC
Conférence diplomatique

UNIDROIT 2019
DCME-MAC – Doc. 5
Original: anglais
septembre 2019

ANALYSE JURIDIQUE

(Préparée par le Secrétariat d'UNIDROIT)

Introduction

1. L'objet de ce document est de présenter les principales questions juridiques et techniques concernant le projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après "le projet de Protocole MAC"). Ce document présente le résultat de recherches menées par le Secrétariat, des délibérations du Comité d'étude au cours de ses quatre réunions, ainsi que des décisions prises par le Comité d'experts gouvernementaux (le "Comité") lors de sa première session ("CEG1", Rome, 20-24 mars 2017) et de sa deuxième session ("CEG2", Rome, 2-6 octobre 2017), ainsi que des consultations menées auprès des Gouvernements, des experts et du secteur privé en 2018 et 2019.

2. Le présent document ne cherche pas à traiter toutes les questions juridiques qui pourraient survenir dans le cadre du projet de Protocole MAC. Il se concentre sur les principaux problèmes qui se sont posés dans trois contextes:

- 1) les problèmes liés à l'adaptation des règles de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (la "Convention du Cap" ou "la Convention") afin de créer un cadre approprié pour le financement des matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction ("MAC") (par exemple, comment limiter l'application du Protocole MAC au matériel d'équipement conforme à l'article 51(1) de la Convention – à savoir, mobiles, de grande valeur, et susceptible d'individualisation);
- 2) les problèmes qui ne sont pas traités dans les Protocoles existants à la Convention du Cap en raison de la nature et de l'utilisation du matériel MAC lui-même (comme la relation entre le matériel MAC et les biens immobiliers);
- 3) les problèmes liés aux pratiques de financement spécifiques aux matériels d'équipement utilisés dans les secteurs MAC (tels que le financement des matériels MAC détenus en stock par les marchands).

3. Ce document reprend pour l'essentiel la structure des documents d'analyse juridique préparés au cours de l'élaboration du projet de Protocole MAC. Les questions ¹ sont regroupées sous les six sections thématiques suivantes:

- 1) Questions concernant la Convention du Cap
- 2) Questions concernant le champ d'application
- 3) Questions concernant les matériels d'équipement MAC rattachés à d'autres biens
- 4) Questions relatives à l'insolvabilité et à l'exécution
- 5) Questions concernant l'inscription
- 6) Autres questions

4. Les questions qui ont suscité des discussions ou des débats importants entre experts et par les Etats au cours des négociations sont examinées en détail (par exemple, l'utilisation du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises pour définir le champ d'application du Protocole MAC). Le Secrétariat a également procédé à une analyse supplémentaire sur des questions qui n'avaient pas été entièrement résolues par le Comité d'experts gouvernementaux en 2017. En particulier, les parties 2H (traitement des stocks), 3I (rattachement à un bien immobilier), 3J (pièces et accessoires), 6R (autorités administratives) et 6X (procédures d'amendement) ont été complétées pour tenir compte des analyses et des consultations additionnelles effectuées en 2018 et 2019. Les Annexes à ce document (en anglais) reproduisent des documents de recherche produits par le Secrétariat et les organisations participant au projet durant la période 2014 - 2019 afin de fournir une analyse plus approfondie sur des questions juridiques complexes. Plusieurs annexes contiennent des analyses comparatives décrivant comment différents systèmes juridiques nationaux traitent certaines questions.

5. Le présent document est conçu pour être examiné conjointement avec le Rapport explicatif du projet de Protocole MAC (UNIDROIT 2019 – DCME-MAC – Doc. 4), qui fournit une analyse article par article du projet d'instrument, avec l'analyse des codes du Système harmonisé (UNIDROIT 2019 – DCME-MAC – Doc. 6) qui fournit une analyse des codes SH énumérés dans les projets d'Annexes au Protocole MAC, de la manière dont ils ont été sélectionnés, ainsi qu'avec une présentation de la Convention du Cap (UNIDROIT 2019 – DCME-MAC – Doc. 7) ².

6. Les références dans le présent document au "projet de Protocole MAC" se rapportent au document DCME-MAC – Doc. 3 ³, tel qu'approuvé par le CEG2. Les références à "l'avant-projet de Protocole MAC" se rapportent aux versions antérieures examinées par le Comité à ses deux sessions ⁴. Durant ses sessions, le Comité d'étude a préparé six versions du projet de texte. Les versions du projet élaboré durant les sessions du Comité d'étude sont désignées dans ce document comme "projet du Comité d'étude" ⁵.

¹ Voir <https://www.unidroit.org/english/documents/2014/study72k/s-72k-sq01-02-e.pdf>; <https://www.unidroit.org/english/documents/2015/study72k/sq02/s-72k-sq02-04-e.pdf>; <https://www.unidroit.org/english/documents/2015/study72k/sq03/s-72k-sq03-02-e.pdf>; <https://www.unidroit.org/english/documents/2016/study72k/s-72k-sq04-02-e.pdf> (en anglais seulement);

<https://www.unidroit.org/french/documents/2016/etude72k/cqe1/s-72k-sq04-04-f.pdf>; <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cqe02/s-72k-cqe02-04-f.pdf>.

² UNIDROIT 2019 – DCME-MAC – Doc. 7 sera disponible ultérieurement (septembre 2019).

³ <https://www.unidroit.org/french/documents/2018/etude72k/dc/s-72k-dc-03-f.pdf>.

⁴ UNIDROIT 2017 – Etude 72K – CGE1 – Doc. 2 corr; UNIDROIT 2017 – Etude 72K – CGE2 – Doc. 2.

⁵ Voir <https://www.unidroit.org/english/documents/2014/study72k/s-72k-sq01-03-e.pdf>, <https://www.unidroit.org/english/documents/2015/study72k/sq02/s-72k-sq02-05-e.pdf>, <https://www.unidroit.org/english/documents/2015/study72k/sq02/s-72k-sq02-07-e.pdf>, <https://www.unidroit.org/english/documents/2015/study72k/sq03/s-72k-sq03-03-e.pdf>, <https://www.unidroit.org/english/documents/2016/study72k/s-72k-sq04-03-e.pdf>, <https://www.unidroit.org/english/documents/2016/study72k/s-72k-sq04-06-e.pdf> (en anglais seulement).

I^{ÈRE} PARTIE - LA CONVENTION DU CAP	4
A. Relations entre la Convention du Cap et le Protocole MAC	4
B. Interactions avec les Protocoles à la Convention du Cap précédents	5
C. Déclarations en vertu de la Convention du Cap et du Protocole MAC	6
II^{ÈME} PARTIE - QUESTIONS CONCERNANT LE CHAMP D'APPLICATION	7
D. Utilisation du Système harmonisé	7
E. Application des critères de l'article 51(1): grande valeur, mobile, susceptible d'individualisation	8
F. Listes séparées pour les matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction	10
G. Exclusion du matériel d'équipement à usage général	12
H. Traitement des stocks	12
III^{ÈME} PARTIE – QUESTIONS CONCERNANT LES MATERIELS D'EQUIPEMENT MAC RATTACHES A D'AUTRES BIENS	20
I. Rattachement à des biens immobiliers	20
J. Accessoires/pièces	24
IV^{ÈME} PARTIE – QUESTIONS RELATIVES A L'INSOLVABILITE ET A L'EXECUTION	28
K. Variantes en matière d'insolvabilité	28
L. Régimes d'insolvabilité spéciaux applicables aux agriculteurs et aux entreprises agricoles	29
M. Restrictions concernant l'exécution des garanties internationales sur le matériel d'équipement agricole	30
V^{ÈME} PARTIE – QUESTIONS CONCERNANT L'INSCRIPTION	32
N. Interaction avec les régimes nationaux pour les opérations garanties	32
O. Inscription des droits portant sur le matériel d'équipement MAC dans des registres nationaux	32
P. Inscription et critères de consultation	33
Q. Désignation des points d'entrée	34
VI^{ÈME} PARTIE – AUTRES QUESTIONS	36
R. Autorités administratives	36
S. Application aux ventes	38
T. Baux de courte durée	39
U. Interaction entre l'article 29(3)(b) de la Convention du Cap et le projet de Protocole MAC	40
V. Modification des dispositions relatives aux cessions	41
W. Exemption de service public	41
X. Procédures d'amendement	43
Y. Autorité de surveillance	53

I^{ERE} PARTIE - LA CONVENTION DU CAP

A. Relations entre la Convention du Cap et le Protocole MAC

7. Le Protocole MAC ne sera pas un traité international autonome. Ce sera le quatrième Protocole à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, conclue au Cap le 16 novembre 2001 (la "Convention du Cap" ou la "Convention"). La Convention du Cap a pour objectif de fournir un régime juridique international stable pour la protection des créanciers garantis, des vendeurs conditionnels et des bailleurs de certaines catégories de biens en prévoyant un ensemble de mesures en cas d'inexécution, et la protection des droits et garanties des créanciers par l'inscription dans un Registre international, garantissant ainsi la priorité et la protection en cas d'insolvabilité du débiteur ⁶. La Convention du Cap compte 79 Etats contractants et l'Union européenne a adhéré à la Convention ⁷.

8. La Convention ne s'applique pas à un type particulier de matériel d'équipement. Elle s'applique à toute catégorie de biens relevant d'un Protocole. En conséquence, le Protocole aéronautique (2001) applique la Convention aux cellules d'aéronefs, aux moteurs d'avion et aux hélicoptères; le Protocole ferroviaire de Luxembourg (2007) applique la Convention au matériel roulant ferroviaire et le Protocole spatial (2012) applique la Convention aux biens spatiaux. En vertu de l'article 49(1), la Convention entre en vigueur en ce qui concerne une catégorie de biens lorsque le Protocole concerné est lui-même entré en vigueur.

9. La Convention et le Protocole MAC doivent être lus ensemble. Toutefois, en cas d'incompatibilité, l'article 6(2) de la Convention prévoit que le Protocole l'emporte. Cette règle diffère de la pratique habituelle dans les traités internationaux, selon laquelle les protocoles complètent les conventions mais uniquement dans les limites des conventions elles-mêmes. L'article 6(2) autorise les Protocoles à primer la Convention, afin d'adapter les règles générales de la Convention aux exigences spécifiques du secteur couvert par le Protocole concerné.

10. Le Commentaire officiel du Protocole aéronautique explique que l'approche à deux instruments présente trois avantages ⁸:

1) il permet à la Convention de fournir un ensemble uniforme de règles d'application générale, au lieu d'avoir une Convention distincte et autonome pour chaque catégorie de matériel d'équipement. Cela évite les doubles emplois et les incohérences entre les dispositions des conventions ne concernant pas spécifiquement un matériel d'équipement et permet une interprétation uniforme de ces dispositions, quel que soit le type d'équipement concerné;

2) il évite d'encombrer le texte de la Convention de règles détaillées spécifiques pour chaque matériel d'équipement et constitue un mécanisme pratique pour modifier les dispositions de la Convention par le Protocole afin de répondre aux besoins particuliers du secteur industriel concerné;

⁶ Commentaire officiel du Protocole aéronautique (4^{ème} édition, avril 2019 – en anglais seulement), ci-après sous son titre original: *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, Introduction, paragraphe 2. Les Commentaires officiels du Protocole ferroviaire de Luxembourg et du Protocole spatial fournissent également une explication générale du fonctionnement de la Convention du Cap mais le présent document fait principalement référence au Commentaire officiel du Protocole aéronautique dont l'actualisation est la plus récente.

⁷ Au 19 juin 2019. Voir <https://www.unidroit.org/fr/etat-2001capetown>.

⁸ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphes 2.14 - 2.16.

3) il a permis aux différents secteurs de l'industrie de procéder à des rythmes différents, permettant ainsi la conclusion du Protocole aéronautique sans attendre un accord sur les protocoles portant sur le matériel roulant ferroviaire et sur les biens spatiaux.

11. L'article XXII(5) du projet de Protocole MAC prévoit qu'un Etat ne peut devenir partie au Protocole que s'il est également partie à la Convention. La Convention contient notamment des règles fondamentales sur les catégories de garanties internationales qu'elle recouvre, son champ d'application territorial (basé sur la situation du débiteur), la constitution d'une garantie internationale et ses exigences de forme, les mesures essentielles en cas d'inexécution, le système international d'inscription et les règles de priorité sans lesquelles le Protocole MAC ne pourrait fonctionner. Bien que rien n'empêche un Etat de devenir partie à la Convention sans devenir partie à un protocole⁹, la Convention n'entre en vigueur pour chaque catégorie de biens qu'après la ratification/adhésion du Protocole concerné.

B. Interactions avec les Protocoles à la Convention du Cap précédents

12. L'article II, paragraphe 4 du projet de Protocole MAC prévoit:

Le présent Protocole ne s'applique pas aux biens visés par la définition de "biens aéronautiques" en vertu du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, de "matériel roulant ferroviaire" en vertu du Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ou de "bien spatial" en vertu du Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

13. L'objectif de cette règle est d'éviter la possibilité que des garanties internationales portant sur le même matériel d'équipement se trouvent en concurrence en vertu de différents Protocoles à la Convention du Cap. Des inscriptions internationales concurrentes faites en vertu de différents Protocoles seraient problématiques, car cela obligerait une partie à effectuer des consultations dans tous les registres internationaux pour s'assurer qu'une inscription dans le registre MAC aurait la priorité. Cela pourrait également signifier que différentes règles pourraient s'appliquer à l'insolvabilité pour un même bien, selon les déclarations faites par les Etats contractants pour chacun des protocoles. L'article II(4) a été proposé par le Comité d'étude à sa troisième session et a été approuvé par le Comité d'experts gouvernementaux¹⁰.

14. L'utilisation du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (SH) pour définir le champ d'application du projet de Protocole MAC permet d'éviter les chevauchements entre le Protocole MAC et les trois protocoles existants. Le SH énumère les aéronefs et les engins spatiaux au Chapitre 88 et le matériel roulant ferroviaire au Chapitre 86. Le projet de Protocole MAC ne répertorie aucun code à 6 chiffres du SH relevant de ces chapitres. Toutefois, un chevauchement pourrait encore se produire lorsque des matériels d'équipement MAC relevant d'un code SH énuméré dans les Annexes au projet de Protocole MAC sont ultérieurement rattachés à des matériels

⁹ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphe 2.16.

¹⁰ Cet article récemment rédigé est basé sur la décision prise lors de la troisième réunion du Comité d'étude d'exclure complètement les champs d'application des Protocoles précédents du champ d'application du Protocole MAC dans un souci de clarté et de sécurité juridique. Dans le cinquième projet du Comité d'étude, cette disposition constituait un article autonome au Chapitre V du Protocole. Toutefois, lors de la quatrième réunion du Comité d'étude, il a été décidé de la transférer à l'article II.

d'équipement correspondant à la définition du "matériel roulant ferroviaire" au sens du Protocole de Luxembourg ¹¹.

15. Bien qu'il soit peu probable que des biens couverts par les Protocoles précédents tombent également dans le champ d'application du Protocole MAC, il semble prudent de maintenir l'article II, paragraphe 4, car il offre aux parties prenantes la garantie supplémentaire que leurs droits ne seront pas affectés par le Protocole MAC.

16. L'article II(4) du projet de Protocole MAC est calqué sur l'article II(3) du Protocole spatial, qui exclut l'application du Protocole spatial aux matériels d'équipement relevant de la définition des "biens aéronautiques" en vertu du Protocole aéronautique.

C. Déclarations en vertu de la Convention du Cap et du Protocole MAC

17. La Convention du Cap et le projet de Protocole MAC permettent aux Etats contractants de faire des déclarations concernant certains articles ¹².

18. L'article XXVIII du projet de Protocole MAC prévoit que les déclarations faites en vertu de la Convention «sont réputées avoir également été faites en vertu du présent Protocole, sauf disposition contraire». Cette disposition est fondée sur des dispositions identiques à l'article XXXI du Protocole aéronautique et à l'article XXIX du Protocole ferroviaire de Luxembourg.

19. Le Commentaire officiel du Protocole aéronautique explique que cet article évite aux Etats contractants de faire de nouvelles déclarations en vertu du Protocole pour les questions couvertes par celles qui étaient déjà faites en vertu de la Convention ¹³. Dès lors, lorsqu'un Etat contractant à la Convention du Cap ratifie le Protocole MAC, ou y adhère, et ne mentionne pas ses déclarations en vertu de la Convention, il est admis que ses déclarations existantes sont réputées s'appliquer également au Protocole MAC. Sur cette base, les Etats contractants qui souhaitent modifier leurs déclarations existantes au titre de la Convention du Cap en ce qui concerne le Protocole MAC doivent le faire expressément dans leur instrument de ratification/adhésion.

20. On prévoit que dans la plupart des cas les Etats contractants voudront que leurs déclarations faites en vertu de la Convention du Cap s'appliquent au Protocole MAC. Toutefois, dans certains cas, des Etats contractants ont fait des déclarations concernant spécifiquement le Protocole aéronautique en vertu de la Convention du Cap, qu'il pourrait être nécessaire de revoir en ce qui concerne le Protocole MAC ¹⁴.

¹¹ L'article 29(7)(a) de la Convention pourrait aussi potentiellement préserver une garantie internationale sur le matériel d'équipement en vertu du Protocole MAC qui sera ultérieurement rattaché au matériel roulant ferroviaire. L'article 29(7)(a) dispose que la Convention ne porte pas atteinte aux droits préexistants sur un objet installé sur un bien. Le matériel d'équipement MAC étant considéré comme un "objet" et non comme un "bien" au sens du Protocole ferroviaire de Luxembourg, une garantie internationale portant sur un matériel d'équipement MAC pourrait continuer à exister en vertu de l'article 29(7)(a). Cependant, il semble prudent de conserver le paragraphe 4 de l'article II du projet de Protocole MAC afin de donner une certitude à ce sujet.

¹² L'article 56(1) de la Convention dispose: "Aucune réserve ne peut être faite à la présente Convention, mais des déclarations autorisées par les articles 39, 40, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 58 et 60 peuvent être faites conformément à ces dispositions". L'article 52(2) de la Convention exige des Etats contractants qu'ils fassent une déclaration obligatoire pour que le Dépositaire accepte l'instrument de ratification/adhésion. L'article XXIX(1) du projet de Protocole MAC dispose: "Aucune réserve ne peut être faite au présent Protocole, mais des déclarations autorisées par les articles II, VII, XXV, XXVII, XXVIII et XXX peuvent être faites conformément à ces dispositions".

¹³ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphe 2.339.

¹⁴ Par exemple, sur les 36 Etats contractants qui ont fait une déclaration en vertu de l'article 40 de la Convention (autorisant l'inscription de certains droits et garanties nationaux non conventionnels), 11 Etats ont fait des déclarations uniquement en ce qui concerne les garanties non conventionnelles portant sur des avions.

II^{ÈME} PARTIE - QUESTIONS CONCERNANT LE CHAMP D'APPLICATION

D. Utilisation du Système harmonisé

21. Au début du projet portant sur le Protocole MAC, certaines préoccupations ont été émises concernant la portée de l'instrument¹⁵. La préoccupation qui a été le plus fréquemment soulevée était que le champ d'application du projet de Protocole MAC destiné à couvrir tous les matériels miniers, agricoles et de construction était tout simplement trop large et incertain. On se demandait aussi s'il serait possible de limiter la portée du projet de Protocole MAC à certains types de matériels miniers, agricoles et de construction qui sont par nature mobiles et de grande valeur. Après avoir examiné plusieurs approches différentes visant à limiter le champ d'application du projet de Protocole MAC, un mécanisme a été identifié permettant d'assurer que le champ d'application du Protocole MAC serait clair et approprié.

22. Le projet de Protocole MAC utilise le Système harmonisé de désignation et codification des marchandises (Système SH) pour identifier les types de matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction (MAC) devant être couverts par le Protocole. Le SH est un système de nomenclature globale développé par l'Organisation mondiale des douanes (OMD) pour réaliser une classification uniforme des produits et des marchandises dans le commerce international. Les pays l'utilisent aussi pour suivre les marchandises réglementées, calculer et percevoir les taxes et les accises, effectuer des statistiques de transport. Le SH est utilisé dans le monde entier et couvre 98% de l'ensemble du commerce international. L'OMD a été consultée tout au long de l'élaboration du Protocole MAC, des experts de l'OMD ont participé dans le Comité d'étude et ont contribué aux travaux du Comité d'experts gouvernementaux et à la préparation de la Conférence diplomatique.

23. Le paragraphe 1 de l'article II dispose que la Convention s'applique aux équipements MAC conformément aux dispositions du Protocole et de ses Annexes, quelle que soit l'utilisation envisagée ou effective du matériel d'équipement¹⁶. En conséquence, la relation entre le Protocole MAC et le SH est établie par les articles I, II, le nouvel article XXXIV proposé et les Annexes.

24. Aux termes des alinéas (a), (b) et (k) du paragraphe 2 de l'article I, les termes "matériel d'équipement agricole"¹⁷, "matériel d'équipement de construction" et "matériel d'équipement minier" sont des biens relevant du code du Système harmonisé et figurant dans l'Annexe concerné au projet de Protocole MAC. Les codes SH pour les matériels d'équipement miniers figurent à l'Annexe 1, pour les matériels d'équipement agricoles à l'Annexe 2 et pour les matériels d'équipement de construction à l'Annexe 3. L'utilisation du SH pour définir le champ d'application du projet de Protocole MAC garantit que le traité s'appliquera principalement à des matériels d'équipement de grande valeur utilisés principalement dans les secteurs des mines, agricole et de la construction.

25. L'article I, paragraphe 2(g), définit le "Système harmonisé" comme étant "le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises régi par la Convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises". Cette définition vise à préciser qu'en utilisant les codes du SH pour définir le champ d'application du traité, le Protocole

¹⁵ [UNIDROIT 2006 – C.D. \(85\) 19](#), page 10; [UNIDROIT 2009 – C.D. \(88\) 17](#), paragraphes 143 – 147; [UNIDROIT 2010 – C.D. \(89\) 17](#) paragraphes 33 – 37; [UNIDROIT 2011 – C.D. \(90\) 18](#), paragraphes 68 – 70; [UNIDROIT 2012 – C.D. \(91\) 15](#), paragraphes 46 – 47; [UNIDROIT 2013 – C.D. \(92\) 17](#), paragraphes 44 – 48; [UNIDROIT 2014 – C.D. \(93\) 14](#), paragraphes 34 – 38.

¹⁶ La règle "quelle que soit l'utilisation envisagée ou effective du matériel d'équipement" est expliquée dans la section sur le matériel d'équipement à usage multiple (Partie 1F) du présent document.

¹⁷ Le Comité d'étude a décidé, ce qui a été entériné par le Comité d'experts gouvernementaux, que la définition du terme "agriculture" figurant dans le projet de Protocole soit cohérente avec la définition de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), qui inclut les forêts et la pêche (dans la mesure où la pêche couvre le matériel d'équipement pour l'aquaculture). Cependant, aucun code SH couvrant le matériel d'équipement pour l'aquaculture n'a été proposé pour inclusion dans les Annexes au Protocole MAC.

MAC incorpore l'intégralité du SH, y compris la liste des codes et les titres mêmes, ainsi que les règles générales d'interprétation et les annotations se rapportant aux Sections et aux Chapitres. En outre, la définition lie le Protocole MAC au SH en vigueur à un moment donné plutôt que le SH en vigueur au moment de l'adoption du Protocole MAC¹⁸.

26. Pour plus d'informations sur le SH, on pourra se reporter aux documents suivants:
- a) l'Annexe I du présent document présente une synthèse du fonctionnement, de l'organisation et de la structure du SH;
 - b) UNIDROIT 2019 – DCME-MAC – Doc. 6 fournit une analyse code par code des 42 codes du SH figurant dans les Annexes au projet de Protocole MAC. Il fournit également une explication de la procédure suivie pour sélectionner ces codes, ainsi qu'un résumé du processus de 2018 en vertu duquel les Etats ont proposé l'inclusion de nouveaux codes SH dans les Annexes;
 - c) la partie 6X du présent document explique le mécanisme d'amendement proposé pour le Protocole MAC, qui prend en compte les révisions apportées au SH.

E. Application des critères de l'article 51(1): grande valeur, mobile, susceptible d'individualisation

27. L'article 51(1) de la Convention du Cap établit le processus d'extension de l'application de la Convention au moyen de l'adoption de Protocoles additionnels:

Le Dépositaire peut constituer des groupes de travail, en coopération avec les organisations non gouvernementales que le Dépositaire juge appropriées, pour déterminer s'il est possible d'étendre l'application de la présente Convention, par un ou plusieurs Protocoles, à des biens relevant de toute catégorie de matériels d'équipement mobiles de grande valeur autre qu'une catégorie visée au paragraphe 3 de l'article 2, dont chacun est susceptible d'individualisation, et aux droits accessoires portant sur de tels biens.

28. L'article 51(1) énonce trois éléments qu'une catégorie de matériel d'équipement doit présenter pour être considérée pouvoir faire l'objet d'un futur Protocole: être i) de grande valeur, ii) mobile et iii) susceptible d'individualisation. Ainsi, l'article 51 limite naturellement le champ d'application de la Convention en assurant qu'elle n'a pas une portée générale.

29. Comme indiqué dans la partie 2D de la présente Analyse juridique, le mécanisme essentiel permettant de délimiter la portée du projet de Protocole MAC est le SH, au moyen d'une sélection de codes SH à 6 chiffres couvrant des matériels d'équipement principalement de grande valeur, mobiles et susceptibles d'individualisation. Au cours du CEG1, le Comité a décidé d'ajouter au paragraphe 2 du Préambule une référence expresse aux critères de l'article 51(1). Le Comité a également ajouté un paragraphe 4 au Préambule qui fait référence au rôle intégral du SH pour déterminer la portée du Protocole pour ce qui est de son application aux équipements MAC.

Critère de la grande valeur

30. Dans les protocoles précédents, une description de la catégorie de bien (cellules d'aéronefs, moteurs d'avion et hélicoptères; matériel roulant ferroviaire ou biens spatiaux) était suffisante pour définir l'applicabilité du protocole, en présupposant que ces catégories de biens remplissent du seul fait de leur désignation les critères de l'article 51. Ce n'est pas le cas pour les matériels d'équipement MAC, notamment en ce qui concerne le critère de la valeur élevée. Une petite tondeuse à gazon peut

¹⁸ Pour plus d'informations sur la manière dont les codes SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC doivent être ajustés pour refléter les révisions apportées au SH, voir la Partie 6X du présent document.

être considérée comme du matériel d'équipement MAC, mais elle ne fait clairement pas partie des matériels d'équipements commerciaux de grande valeur dont la Convention du Cap vise à faciliter l'accès au financement. Aussi, le Protocole MAC devait définir une nouvelle approche pour délimiter son champ d'application en ce qui concerne les matériels d'équipement MAC ne pouvant être identifiés selon les mécanismes de définition du champ d'application des protocoles antérieurs.

31. A sa première réunion, le Comité d'étude a examiné si une valeur minimum unitaire pourrait être fixée dans l'avant-projet de Protocole MAC. Des préoccupations importantes ont été exprimées concernant cette approche. Principalement, cela aurait constitué un écart par rapport aux Protocoles précédents où un tel mécanisme n'existe pas, quoique la possibilité existe qu'un matériel d'équipement de faible valeur réponde à la définition de "matériel roulant ferroviaire" en vertu du Protocole ferroviaire de Luxembourg. En second lieu, la fixation d'un tel seuil de valeur minimum exclurait l'application du Protocole à une grande partie du matériel d'équipement usagé qui est utilisé par les entreprises dans les économies en développement. En troisième lieu, elle pourrait conduire à des distorsions de marché imprévues et indésirables, par exemple des constructeurs et autres vendeurs pourraient augmenter le prix de certains types de matériels d'équipement MAC pour satisfaire au critère de valeur minimum unitaire et ainsi profiter des avantages du Protocole. Quatrièmement, les fluctuations des taux de change compliqueraient davantage l'application d'un seuil minimal de valeur unitaire. Enfin, le terme "grande valeur" est un concept relatif: un tracteur usagé de \$ 30.000 dollars¹⁹ pourrait ne pas être considéré comme un équipement de grande valeur dans les économies développées, mais serait considéré comme une valeur élevée dans de nombreux pays en développement.

32. Au lieu de cela, le critère de valeur élevée est pris en compte dans le choix des codes SH couverts dans les Annexes au projet de Protocole MAC. Cette solution de principe a été adoptée par le Comité d'étude et approuvée par le Comité d'experts gouvernementaux²⁰. Comme l'explique le document UNIDROIT 2019 – DCME-MAC – Doc. 6, l'un des cinq critères pris en compte pour déterminer si un code SH peut être inclus dans les projets d'Annexes au Protocole MAC est la question de savoir s'il couvre des matériels d'équipement principalement de valeur élevée. Il n'y a pas de seuil formel pour ce qui constitue un matériel d'équipement "de grande valeur". Les codes proposés ont été évalués au cas par cas. En règle générale, un code SH couvrant un matériel d'équipement MAC financé ou loué individuellement à des fins commerciales couvrira les matériels d'une valeur suffisamment élevée pour figurer dans les Annexes. Les prix unitaires pour les matériels d'équipement neufs couverts par les codes SH figurant actuellement dans les Annexes au projet de Protocole MAC varient de \$ 10.000 à \$ 7.000.000. Cette gamme de prix unitaires se rapportant à un code SH permet de déterminer *s'il couvre principalement des matériels d'équipement de grande valeur*. Par exemple, lorsqu'un code SH couvre essentiellement des matériels MAC avec dont le prix unitaire est compris entre \$ 30.000 et \$ 200.000, mais dans certains cas également des matériels MAC d'une valeur égale ou inférieure à \$ 10.000, le code ne doit pas être exclu des Annexes car il couvre toujours principalement des matériels d'équipement de grande valeur.

33. Un petit nombre de types de matériel d'équipements MAC de faible valeur pourrait se trouver couvert par des codes SH figurant dans les Annexes au projet de Protocole MAC qui couvrent principalement des équipements MAC de grande valeur. Cependant, la possibilité que soit couvert un petit nombre de types de matériels d'équipement de moindre valeur ne devrait pas empêcher de façon absolue l'inscription d'un code SH donné. La possibilité de financer des matériels d'équipement de faible valeur existe déjà dans le Protocole ferroviaire de Luxembourg. Le Protocole ferroviaire de Luxembourg permet l'inscription de garanties internationales de tout matériel roulant ferroviaire doté

¹⁹ Tous les montants en dollars (\$) mentionnés dans ce document sont des références au dollar américain (USD).

²⁰ Rapport de la CEG1, paragraphe 27, disponible: <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge01/s-72k-cge01-report-f.pdf>.

d'un numéro de série individuel qui satisfait à la définition de l'article I(e). Alors que la grande majorité du matériel roulant ferroviaire qui répond à cette définition est de grande dimension et de grande valeur, la définition couvre également du matériel roulant ferroviaire plus ancien et plus petit, indépendamment de sa valeur.

Critère de la mobilité

34. Conformément aux Protocoles existants de la Convention du Cap, le projet de Protocole MAC ne contient pas de définition spécifique de la "mobilité", et le SH serait plutôt utilisé pour limiter l'application du Protocole au matériel d'équipement de grande valeur. Cette solution de principe politique a été adoptée par le Comité d'étude et approuvée par le Comité d'experts gouvernementaux²¹.

35. La mobilité internationale effective pour ce qui est du fonctionnement du matériel d'équipement n'est pas un élément crucial du système de la Convention du Cap. La majorité des garanties internationales inscrites dans le Registre international du Protocole aéronautique concerne des biens aéronautiques qui desservent des routes internes plutôt qu'internationales. Dès lors, il est clair qu'une mobilité internationale habituelle avérée pour tous les types de matériels d'équipement n'est pas requise pour assurer le succès d'un Protocole à la Convention du Cap. Il convient en outre de noter que la question de la définition de la "mobilité" a également été soulevée lors de la négociation du Protocole ferroviaire de Luxembourg et qu'une définition spécifique n'a pas pu être identifiée.

36. De manière générale, les matériels d'équipements MAC relevant du Protocole sont mobiles au niveau international dans la mesure où un volume important d'entre eux traversent les frontières dans le cadre du commerce international. Les Annexes au projet de Protocole MAC répertorient 42 codes SH qui représentent un commerce mondial annuel de \$ 101.324.614.543 (plus de 100 milliards de dollars) en matériels d'équipement MAC²².

Critère de l'individualisation

37. L'article XVII du projet de Protocole MAC stipule qu'une description du matériel contenant le numéro de série du fabricant et les informations supplémentaires nécessaires pour garantir l'unicité sont nécessaires et suffisantes pour identifier l'objet aux fins de l'inscription. Cette approche a été approuvée à la deuxième session du Comité d'experts gouvernementaux sur la base des recommandations du groupe de travail intersessions sur les critères d'inscription²³. L'utilisation du numéro de série du fabricant et des informations supplémentaires répond au critère d'individualisation de l'article 51(1). Une analyse plus approfondie des règles concernant le registre du projet de Protocole MAC figure dans la partie 5P.

F. Listes séparées pour les matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction

38. Le projet de Protocole MAC couvre les équipements miniers, agricoles et de construction dans le même instrument pour plusieurs raisons. En premier lieu, inclure les matériels d'équipement des trois secteurs dans un même instrument optimise l'impact économique du Protocole et lui confère un

²¹ Rapport de la CEG1, paragraphe 27, disponible: <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge01/s-72k-cge01-report-f.pdf>.

²² Base de données Comtrade gérée par la Division de statistique de l'ONU, données sur les exportations 2017 (les données de 2017 sont les plus récentes et les plus complètes disponibles). Consulté le 28 mai 2019.

²³ UNIDROIT 2017 – Etude 72K - CEG2 – Rapport, paragraphes 135 – 136, <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge02/s-72k-cge02-report-f.pdf>.

attrait mondial. Il existe des synergies entre les trois secteurs dans la mesure où le même type de matériel d'équipement est couramment utilisé dans deux ou trois secteurs. En outre, le fait que les trois secteurs soient couverts par un seul instrument signifie qu'un registre sera créé pour l'inscription des garanties internationales portant sur les matériels d'équipement utilisés dans les trois secteurs, ce qui permet de répartir les coûts qui seraient inférieurs à ceux liés à l'exploitation de trois registres distincts.

39. Le Protocole MAC s'applique aux droits et garanties sur des matériels d'équipement destinés à être utilisés dans les trois secteurs, mais le projet d'instrument autorise les Etats contractants à limiter son application à un ou deux des secteurs. Ainsi que cela est expliqué dans la Partie 2D, les termes "matériel d'équipement agricole", "matériel d'équipement de construction" et "matériel d'équipement minier" sont définis comme des biens couverts par des codes du Système harmonisé figurant dans l'Annexe correspondante du projet de Protocole MAC. Les codes SH pour le matériel d'équipement minier sont énumérés à l'Annexe 1, pour le matériel d'équipement agricole à l'Annexe 2 et pour le matériel d'équipement de construction à l'Annexe 3. Aux termes de l'article II(3) du projet de Protocole, les Etats contractants sont autorisés à faire une déclaration visant à limiter l'application du Protocole au matériel d'équipement couvert par une ou deux des Annexes. Par exemple, un Etat contractant pourrait faire une déclaration en vertu de l'article II(3) afin d'appliquer le Protocole au matériel d'équipement minier figurant à l'Annexe 1 et au matériel d'équipement de construction figurant à l'Annexe 3, mais pas au matériel d'équipement agricole figurant à l'Annexe 2.

40. Les Etats contractants ont le choix de limiter l'application du Protocole à un ou deux des trois secteurs, mais le Protocole doit être appliqué à tous les matériels d'équipement relevant des codes SH figurant dans les Annexes correspondantes. En conséquence, un Etat contractant ne peut pas choisir d'appliquer le Protocole uniquement à des codes SH spécifiques d'une Annexe. Ce principe est exprimé clairement par le libellé de l'article II(3), qui prévoit qu'un Etat contractant peut limiter l'application du Protocole à "la totalité" du matériel d'équipement couvert par une ou deux des Annexes. L'article XXVII(5)(b) précise en outre que les déclarations relatives aux biens immobiliers ou à l'insolvabilité (articles VII et X) doivent s'appliquer à la totalité du matériel d'équipement couvert auquel le Protocole s'applique. En conséquence, un Etat contractant ne peut pas appliquer différentes mesures aux situations d'insolvabilité à différentes Annexes.

41. Sur les 42 codes du SH figurant actuellement dans les Annexes au projet de Protocole MAC, 24 sont répertoriés dans deux ou trois Annexes, car les matériels d'équipement auxquels ils se rapportent sont utilisés dans deux secteurs ou dans les trois secteurs MAC. Lorsqu'un Etat contractant fait une déclaration limitant l'application du Protocole au matériel d'équipement figurant dans une seule Annexe, tout matériel relevant d'un code SH figurant dans cette Annexe sera soumis au champ d'application du Protocole dans cet Etat contractant, quelle que soit l'utilisation envisagée ou effective du matériel²⁴. Cette disposition a été incluse dans le projet de Protocole de la CEG2 afin de réaliser l'objectif politique consistant à faire en sorte que l'utilisation effective ou envisagée du matériel MAC n'affecte pas la capacité d'une partie de créer une garantie internationale sur le matériel MAC, ou n'affecte pas une garantie internationale existant sur ce matériel²⁵. Par exemple, un Etat contractant pourrait faire une déclaration appliquant le Protocole uniquement à l'Annexe 1 (matériel d'équipement minier), mais pas aux Annexes 2 ou 3. Le code SH 843061 (couvrant les appareils de terrassement ou nivellement) figure à la fois dans les Annexes 1 et 3. Dès lors que l'Etat contractant a appliqué le Protocole à l'Annexe 1 et le code SH 843061 figure à l'Annexe 1, le matériel d'équipement couvert par ce code SH entrera dans le champ d'application du Protocole dans l'Etat

²⁴ L'article II(1) du projet de Protocole MAC prévoit: "La Convention s'applique aux matériels d'équipement miniers, aux matériels d'équipement agricoles et aux matériels d'équipement de construction, tel que prévu par les dispositions du présent Protocole et par les Annexes 1, 2 et 3, quelle que soit l'utilisation envisagée ou effective du matériel d'équipement".

²⁵ UNIDROIT 2017 – Etude 72K - CEG2 – Rapport, paragraphes 61 – 68, <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge02/s-72k-cge02-report-f.pdf>.

contractant, quelle que soit la manière dont il est utilisé. Cela signifie que les matériels d'équipement du code SH 843061 utilisés dans la construction continueront à relever du champ d'application du Protocole, même si l'Etat contractant n'avait pas spécifiquement appliqué le Protocole MAC aux matériels d'équipement de construction visés à l'Annexe 3.

G. Exclusion du matériel d'équipement à usage général

42. Le Protocole MAC ne s'appliquera qu'aux matériels d'équipement conçus pour être utilisés dans les secteurs de l'exploitation minière, de l'agriculture ou de la construction. Les codes SH énumérés dans les annexes ont été inclus car ils couvrent les matériels d'équipement principalement utilisés dans ces secteurs. Les codes SH qui couvrent des matériels d'équipement généralement utilisés en dehors des secteurs MAC doivent être exclus des Annexes. En conséquence, le choix des codes SH à inclure dans les projets d'Annexes au Protocole MAC est le filtre principal permettant de garantir que les matériels d'équipement à usage général ou à usages multiples ne sont pas inclus dans le champ d'application de l'instrument.

43. Il est important que les Annexes au projet de Protocole MAC ne répertorient que les codes SH qui concernent principalement les équipements utilisés dans les secteurs MAC, car une fois qu'un code SH est répertorié, tous les matériels d'équipement couverts par ce code SH relèvent du Protocole MAC. Comme indiqué dans la partie 2F ci-dessus, l'article II(1) dispose que la Convention s'applique aux matériels d'équipement MAC couverts par les codes SH énumérés dans les Annexes "quelle que soit l'utilisation envisagée ou effective du matériel d'équipement". Le but de cette règle est d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans l'application du Protocole. Sans cette règle, il y aurait le risque qu'une partie conteste la validité d'une garantie internationale en affirmant que le matériel d'équipement est utilisé dans un autre secteur.

44. En combinant ces deux principes consistant à i) répertorier dans les Annexes les codes SH qui concernent les matériels d'équipement principalement utilisés dans les secteurs MAC et ii) à couvrir tout le matériel d'équipement relevant d'un code SH répertorié, le projet de Protocole MAC vise à trouver un équilibre entre assurer que sa portée soit limitée aux matériels d'équipement MAC tout en apportant clarté et certitude dans son application. Des informations complémentaires sur la manière dont le projet de Protocole MAC traite les accessoires, composants et pièces sont fournies dans la Partie 3J de ce document.

H. Traitement des stocks

45. Le projet de Protocole MAC contient un ensemble spécial de règles (article XII) permettant aux Etats contractants de décider de préserver leurs régimes nationaux de financement des stocks ou d'appliquer le Protocole MAC au financement des stocks. Alors que l'objectif de principe qui présidait à ces règles avait été initialement approuvé à la CEG2, des difficultés possibles posées par l'actuel article XII ont été identifiées dans le processus menant à la Conférence diplomatique.

46. Au cours de la CEG2, le Groupe de travail MAC (MWG) a proposé un article supplémentaire portant sur l'application du Protocole MAC aux matériels d'équipement MAC détenus par un marchand comme stock²⁶. Au cours des discussions, des préoccupations sont également apparues concernant la position des acheteurs de matériel vis-à-vis de leur vendeur en vertu du Protocole. Ces questions ont été renvoyées au Comité de rédaction, qui a rédigé l'article XII tel que demandé.

²⁶ UNIDROIT 2017 – Etude 72K – CEG2 – Rapport, paragraphes 175 – 198, <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge02/s-72k-cge02-report-f.pdf>. Des exemples de marchands détenant du matériel d'équipement MAC en stock peuvent inclure des concessionnaires de fabricants, des revendeurs et des sociétés de location.

47. L'article XII, tel qu'approuvé par le CEG, repose sur deux principes fondamentaux:
- 1) les Etats contractants devraient pouvoir choisir si le Protocole MAC s'applique ou non au financement des stocks. L'application du Protocole MAC au financement des stocks dans des Etats dotés de systèmes de financement des stocks bien développés pourrait entraîner des perturbations indésirables. Toutefois, dans d'autres Etats, l'application du Protocole MAC au financement des stocks pourrait offrir des améliorations considérables par rapport aux lois nationales existantes. Pour remédier à ces deux problèmes concurrents, le Protocole MAC devrait permettre aux Etats contractants de soustraire son application au financement des stocks (mécanisme de opt-out);
 - 2) le Protocole MAC devrait envisager de prendre en compte les droits des acheteurs et des preneurs de matériel d'équipement vis-à-vis de leurs marchands. Dans les secteurs MAC, il est courant que les utilisateurs finaux achètent ou louent le matériel d'équipement à un marchand. Or les dispositions de l'article 29(3)(a) et (4)(a) de la Convention prévoient que l'acheteur, l'acheteur conditionnel ou le preneur acquiert des droits sur le matériel d'équipement MAC *sous réserve de* toute garantie inscrite. Dans de nombreux Etats, une telle limitation de la règle de l'acquisition libre de droits par l'acheteur irait à l'encontre des lois nationales et inverserait l'attente commerciale raisonnable selon laquelle un acheteur de matériel d'équipement MAC obtiendra de son vendeur un droit valable sur ce matériel. Pour répondre à cette préoccupation, le Protocole MAC pourrait devoir faire en sorte que l'acheteur, l'acheteur conditionnel ou le preneur acquiert son droit sur le matériel d'équipement MAC libre de toute garantie inscrite conférée par le marchand dans les mêmes conditions que celles posées par la législation nationale.
48. Lorsqu'un Etat contractant a choisi de ne pas appliquer le Protocole au financement des stocks, le Groupe de travail a suggéré que ce choix s'applique de façon entière et non partielle (le financement des stocks devrait être régi soit par le Protocole MAC soit par le régime national existant, et non pas être soumis à un système hybride permettant une application partielle des solutions du Protocole MAC tout en conservant les règles de priorité du droit interne existantes). Le maintien de deux options claires (l'application du Protocole MAC ou du régime national existant pour le financement des stocks) fournit de la clarté aux Etats contractants et permet aux fabricants, aux marchands, aux utilisateurs finaux et aux financeurs de préserver leurs pratiques existantes.
49. Au cours des discussions intervenues lors de la Conférence universitaire sur la Convention du Cap organisée en septembre 2018, plusieurs éléments problématiques du libellé de l'article XII ont été identifiés ²⁷. En consultation étroite avec des experts internationaux, le Secrétariat soumet le texte alternatif suivant de l'article XII à l'examen de la Conférence diplomatique, qui est conçu pour mieux refléter les deux positions de principe décrites ci-dessus.

Proposition de nouveau libellé pour le traitement des stocks

Article I(2)

- c) "marchand" désigne toute personne (y compris un fabricant) qui vend ou loue du matériel d'équipement dans le cours normal de ses affaires; (inchangé par rapport au projet de Protocole MAC)
- j) "stock" désigne le matériel d'équipement détenu par un marchand aux fins de vente ou de location dans le cours normal de ses affaires; (inchangé par rapport au projet de Protocole MAC)

²⁷ <https://www.unidroit.org/fr/89-news-and-events/2482-projet-academique-relatif-a-la-convention-du-cap-septieme-conference-annuelle-a-oxford>.

k) bis "droit non conventionnel" désigne la loi ou le droit (autre que la Convention et le présent Protocole) d'un Etat où le stock est situé au moment où l'acheteur, l'acheteur conditionnel ou le preneur acquiert son droit sur le bien détenu en stock.

Article XII

1. L'acheteur, l'acheteur conditionnel ou le preneur d'un bien détenu en stock par un marchand acquiert son droit libre de toute garantie inscrite conférée par le marchand en sa qualité de débiteur si, en vertu du droit non conventionnel, l'acheteur, l'acheteur conditionnel ou le preneur pourrait acquérir son droit libre d'une garantie équivalente à la garantie inscrite et est opposable aux tiers.

2. Les paragraphes 3 et 4 ne s'appliquent que lorsqu'un Etat contractant a fait une déclaration en vertu du paragraphe 4 de l'article XXVII.

3. Une garantie portant sur un bien détenu en stock, créée ou prévue par un contrat dans lequel le marchand a la qualité de débiteur, ne sera pas considérée comme une garantie internationale dès lors que le stock est situé dans un Etat contractant visé au paragraphe 2 au moment où la garantie est née ou créée.

4. L'alinéa b) du paragraphe 3 et l'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 29 de la Convention ne s'appliquent pas à un acheteur, un acheteur conditionnel ou un preneur d'un bien détenu en stock par un marchand si le stock est situé dans un Etat contractant visé au paragraphe 2 au moment où l'acheteur, l'acheteur conditionnel ou le preneur acquiert des droits sur le bien détenu en stock.

Commentaires

50. La nouvelle définition de "droit non conventionnel" est nécessaire pour identifier la législation nationale pertinente en matière d'opérations garanties, à l'exclusion de la Convention et du Protocole et des lois nationales mettant en œuvre la Convention et le Protocole. Cette nouvelle définition est proposée car une simple référence à la loi ou au droit interne au paragraphe 1 pourrait également englober la loi interne de mise en œuvre de la Convention du Cap et du Protocole, ce qui empêcherait la règle énoncée au paragraphe 1 de fonctionner efficacement.

51. La définition du terme "droit non conventionnel" utilise la situation du stock comme facteur de rattachement approprié. Cela est conforme au paragraphe 3 de l'article XII proposé, qui est expliqué plus en détail ci-dessous.

Paragraphe 1

52. Le paragraphe 1 remplace les articles 29(3)(a) et (4)(a) de la Convention en accordant les protections prévues par le droit national pour les acheteurs, les acheteurs conditionnels et les preneurs de biens détenus en stock chez des marchands. Le paragraphe 1 remplacerait les paragraphes 1 et 2 de l'actuel article XII en se référant tout ensemble aux droits d'un acheteur, d'un acheteur conditionnel et d'un preneur. Le paragraphe 1 vise à appliquer les conditions posées par une règle du droit national, lorsqu'elle existe, qui permettent à un acheteur, un acheteur conditionnel ou un preneur une acquisition libre de droits, et d'appliquer ces conditions à un acheteur, acheteur conditionnel ou un preneur qui acquiert du matériel détenu en stock auprès d'un marchand, en ce qui concerne une garantie inscrite dans le registre international (comme si la garantie internationale inscrite était une garantie inscrite dans un registre national). Cette approche est proposée pour deux raisons (plutôt que de tenter d'appliquer la règle en matière d'acquisition du droit interne dans son intégralité):

- i) dans de nombreux Etats, le droit non conventionnel pourrait ne pas prévoir de registre national pour les droits et garanties couverts par la Convention (ce qui jetterait le doute sur la façon dont la règle en matière d'acquisition fonctionnerait);
- ii) l'application de tous les aspects de la règle en matière d'acquisition du droit non conventionnel pourrait nécessiter de déterminer si un contrat en vertu de la Convention a satisfait aux règles de formalité en ce qui concerne la constitution de la garantie soumise à la règle en matière d'acquisition, ce qui serait compliqué et indésirable.

53. Les termes "garantie équivalente à la garantie inscrite" précisent que les conditions prescrites par le droit non conventionnel doivent être équivalentes au type de garantie inscrite concernée. Le concept de garantie "équivalente" découle de l'article 39(1)(a) de la Convention, qui confère aux Etats contractants le droit de faire une déclaration afin de protéger des garanties non conventionnelles qui priment des garanties de droit interne "équivalentes" aux garanties internationales inscrites. Par exemple, un acheteur qui acquiert du matériel auprès d'un marchand qui le détient en stock en vertu d'un contrat constitutif de sûreté devrait pouvoir obtenir un droit non grevé d'une garantie internationale inscrite sur le matériel d'équipement seulement lorsque le droit non conventionnel permet à l'acheteur d'acquérir le bien libre du droit du créancier garanti. Cette solution tient compte du fait que les règles en matière d'acquisition applicables aux créanciers garantis en vertu du droit non conventionnel peuvent différer de celles qui s'appliquent aux titulaires d'autres types de droits.

54. "Garantie inscrite" désigne toute garantie inscrite telle que définie dans la Convention, y compris un droit ou garantie non conventionnel pouvant être inscrit en vertu de l'article 40 et des garanties nationales inscrites en vertu de l'article 50.

55. La règle est limitée aux cas où le droit non conventionnel permettrait à l'acheteur d'acquérir son droit libre de toute garantie "opposable aux tiers". Cette condition vise à empêcher un acheteur d'appliquer une règle plus clémente en vertu du droit non conventionnel, qui pourrait lui permettre d'acquérir un droit alors que le titulaire n'a pas pris les mesures appropriées pour rendre sa garantie opposable aux tiers (telles que l'inscription dans un registre de droit interne lorsque le droit non conventionnel l'exige). Cette condition n'exigerait pas que les droits et garanties en vertu du droit interne soient opposables à tous les tiers en toutes circonstances.

56. Il est important de souligner que, même si cette règle s'appliquerait obligatoirement en vertu de la Convention, elle ne s'appliquerait qu'aux acheteurs, aux acheteurs conditionnels et aux preneurs de matériel d'équipement détenu en stock par des marchands. Les parties qui acquièrent du matériel auprès d'une personne autre qu'un marchand, par exemple un agriculteur achetant une moissonneuse à un autre agriculteur, acquièrent leur droit sous réserve d'une garantie internationale inscrite, conformément à l'article 29(3)(a) de la Convention.

Exemple de situation A: une moissonneuse, détenue en stock par un vendeur, est située dans un Etat contractant qui n'a pas exclu l'article XII. La moissonneuse est grevée d'une sûreté constituant une garantie internationale inscrite dans le registre international en faveur d'une banque qui finance l'ensemble du stock du vendeur. Un acheteur achète la moissonneuse au vendeur, ignorant qu'elle fait l'objet d'une garantie internationale.

Exemple A1: en vertu du droit non conventionnel en vigueur au lieu de la situation de la moissonneuse, un acheteur traitant avec un vendeur dans le cours normal des affaires acquiert le bien libre d'un droit conféré par le vendeur même s'il a été inscrit dans le registre national, à condition que l'acheteur n'ait pas eu connaissance que l'acquisition se ferait en violation de la garantie internationale inscrite. Parce que dans l'exemple l'acheteur n'a pas connaissance d'une telle violation, il pourra acquérir son droit sur le bien libre de toute garantie, même si celle-ci a été inscrite dans le registre international. Tel serait le résultat,

que le stock soit ou non situé dans un Etat contractant qui a fait une déclaration excluant le financement des stocks, puisque l'article XII(1) tel qu'actuellement rédigé est une règle impérative pour tous les Etats contractants.

Exemple A2: en vertu du droit non conventionnel en vigueur au lieu de la situation de la moissonneuse, un acheteur traitant avec un vendeur dans le cours normal des affaires acquiert le bien libre d'un droit s'il n'a pas été rendu opposable aux tiers au moyen de l'inscription, même si l'acheteur avait connaissance de la sûreté. Toutefois, il ne peut pas se libérer d'une sûreté existante si elle a été rendue opposable aux tiers par l'inscription. En vertu du droit non conventionnel, l'acheteur n'obtiendrait pas son droit libre d'une garantie équivalente à la garantie internationale inscrite (parce que la règle en matière d'acquisition du droit non conventionnel permet à un acheteur d'acquérir son droit libre des garanties non inscrites mais non pas des garanties inscrites), de sorte que l'acheteur acquiert la moissonneuse sous réserve de la garantie internationale inscrite, et non pas libre de droit.

Exemple A3: en vertu du droit non conventionnel en vigueur au lieu de la situation de la moissonneuse, un acheteur traitant avec un vendeur dans le cours normal des affaires acquiert le bien libre d'un droit inscrit conféré par le vendeur mais non pas s'il s'agit d'un droit de propriété du bailleur en vertu d'un contrat de bail. La garantie internationale de la banque étant basée sur un contrat constitutif de sûreté et non sur un contrat de bail, la garantie équivalente selon le critère du droit non conventionnel est également une sûreté. Le droit non conventionnel permet à un acheteur d'acquérir la moissonneuse libre de la sûreté inscrite, de sorte qu'il acquiert la moissonneuse libre de droit même si elle a été inscrite dans le registre international.

*Paragraphe 2*²⁸

57. Le paragraphe 2 dispose qu'un Etat contractant peut choisir de ne pas appliquer le Protocole au financement des stocks (*opt-out* pour le financement des stocks) en déclarant qu'il appliquera les paragraphes 3 et 4.

*Paragraphe 3*²⁹

58. Le paragraphe 3 dispose qu'une garantie portant sur un bien détenu en stock, créée ou prévue par un contrat dans lequel le marchand a la qualité de débiteur, ne sera pas considérée comme une garantie internationale. Cette règle en combinaison avec le paragraphe 4 qui exclut l'application des articles 29(3)(b) et 29(4)(b) de la Convention, constituent les éléments essentiels du mécanisme de *opt-out* en matière de financement des stocks. Ceux-ci sont examinés plus en détail dans l'analyse du paragraphe 4 ci-dessous.

59. Le paragraphe 3 prévoit en outre que le facteur de rattachement pour déterminer l'existence de l'option *opt-out* est la situation du stock dans l'Etat déclarant au moment où la garantie est née ou créée. Il s'agit là d'une modification proposée aux paragraphes 4 et 5 de l'actuel article XII, qui prévoit comme facteur de rattachement la situation du débiteur. La raison du changement proposé tient au fait que le choix de situation du stock comme facteur de rattachement est plus conforme à l'objectif de principe qui préside au mécanisme de *opt-out*. Ce dernier permet aux Etats dont le droit facilite de façon adéquate le financement des stocks de conserver ce droit plutôt que de soumettre le financement des stocks aux exigences d'inscription de chaque actif en vertu du Protocole. La loi

²⁸ Le paragraphe 2 proposé est destiné à remplacer le paragraphe 3 de l'actuel article XII dans le projet de Protocole MAC.

²⁹ Le paragraphe 3 proposé est destiné à remplacer les paragraphes 4 et 5 de l'actuel article XII dans le projet de Protocole MAC.

applicable dans de telles situations est généralement la loi de l'Etat dans lequel se trouve la garantie que constitue le stock. Il s'ensuit qu'un Etat qui fait une déclaration *opt-out* chercherait très probablement à maintenir sa loi applicable pour les stocks situés sur son territoire. L'utilisation de la situation du débiteur comme facteur de rattachement peut également causer des incertitudes³⁰. Au regard de ces considérations, il est suggéré que le facteur de rattachement le plus approprié pour le mécanisme d'exclusion du financement des stocks serait le lieu de situation du stock et non pas le lieu de situation du débiteur.

*Paragraphe 4*³¹

60. L'article 29(3)(b) et (4)(b) de la Convention prévoit qu'un acheteur, un acheteur conditionnel ou un preneur acquiert des droits sur le bien libres de toute garantie non inscrite, même s'il avait connaissance d'une telle garantie. Le nouveau paragraphe 4 proposé de l'article XII écarte cette règle en ce qui concerne les acheteurs, les acheteurs conditionnels ou les preneurs de biens détenus en stock lorsque le stock est situé dans un Etat contractant qui a exercé le mécanisme *opt-out* pour le financement des stocks. Combinée avec le paragraphe 3, cette règle a pour effet que le droit interne de l'Etat déclarant continuera à déterminer si et dans quelles circonstances un acheteur, un acheteur conditionnel ou un preneur acquiert un droit libre de toute garantie sur un bien détenu en stock conférée par le marchand en sa qualité de débiteur³².

Interaction entre l'article XII du projet de Protocole et les articles 40 et 50 de la Convention

61. Les articles 40 et 50 de la Convention permettent aux Etats contractants de faire des déclarations permettant l'inscription de "droits et garanties non conventionnels" et de "garanties nationales" dans le registre international. Bien que ces deux types de garanties diffèrent quant à leur nature, elles sont soumises à la règle de priorité normale énoncée à l'article 29(1) de la Convention, qui prévoit qu'une garantie inscrite prime toute autre garantie inscrite postérieurement et toute garantie non inscrite.

62. Ainsi que cela est expliqué ci-dessus, lorsqu'un Etat contractant a exercé le mécanisme *opt-out* pour le financement du stock, les garanties sur le matériel d'équipement détenu en stock conférées par le marchand en sa qualité de débiteur ne constituent pas des garanties internationales et ne peuvent pas être inscrites dans le registre international. De ce fait, lorsqu'un Etat contractant a également fait des déclarations en vertu des articles 40 et 50 de la Convention permettant l'inscription dans le registre international de droits et garanties non conventionnels susceptibles d'inscription et de garanties nationales, un droit ou garantie non conventionnel susceptible d'inscription et une garantie nationale portant sur le stock du marchand qui est inscrit dans le registre international primera nécessairement une garantie sur le matériel d'équipement conféré par le marchand (qui aurait été une garantie internationale sans l'option *opt-out*) puisque la garantie conférée par le marchand ne serait pas régie par le Protocole MAC.

³⁰ Le paragraphe 5 de l'actuel article XII vise à préciser le seul Etat dont la déclaration *opt-out* serait déterminante dans le cas d'un marchand. Cette solution vise l'objectif semblable énoncé à l'article 60(2)(b) de la Convention. L'article 4 de la Convention prévoit quatre facteurs de rattachement alternatifs qui ne s'excluent pas nécessairement. Des lieux de situation multiples du marchand pourraient donner lieu à une incertitude considérable dans ce contexte. Par exemple, l'Etat de constitution du marchand pourrait avoir fait une déclaration *opt-out* tandis que l'Etat de son principal établissement pourrait ne pas l'avoir faite.

³¹ Le paragraphe 4 proposé est destiné à remplacer les paragraphes 6 et 7 de l'actuel article XII dans le projet de Protocole MAC.

³² Les termes "même s'il avait connaissance d'une telle garantie" aux paragraphes 3(b) et 4(b) de l'article 29 de la Convention ne sont pas inclus au paragraphe 4. On comprend que cette absence reflète l'intention de renvoyer au droit non conventionnel la question de savoir si un acheteur, un acheteur conditionnel ou un preneur acquiert des droits sur le bien libres de toute garantie non inscrite même alors qu'il avait connaissance d'une telle garantie.

63. Cette interaction entre l'article XII et les articles 40 et 50 pourrait produire des effets inéquitables, en particulier lorsqu'un droit ou une garantie non conventionnel susceptible d'inscription être inscrit dans le registre international après la constitution de la sûreté par le financeur du stock. Ces circonstances sont probablement rares, compte tenu du nombre relativement faible d'Etats contractants ayant fait les déclarations au titre des articles 40 et 50³³. Dans ces conditions, il pourrait suffire de ne pas aborder directement la question dans le Protocole afin d'éviter une complexité accrue.

64. Toutefois, si les Etats négociateurs souhaitent adopter une règle dans le Protocole pour traiter cette question, une solution possible pourrait être de prévoir qu'une déclaration en vertu des articles 40 ou 50 ne s'applique pas aux droits et garanties non conventionnels ou aux garanties nationales qui sont constitués sur le matériel d'équipement lorsqu'il est détenu par un marchand en stock (dans les Etats contractants qui ont exercé le mécanisme *opt-out* pour le financement de stocks). Les projets de dispositions suivants cherchent à produire ce résultat:

5. *Si un Etat contractant a fait une déclaration en vertu du paragraphe 4 de l'article XXVII, toute déclaration qu'il fait en vertu de l'article 40 de la Convention sera considérée comme ne s'étendant pas aux droits ou garanties non conventionnels créés sur un matériel d'équipement alors qu'il était détenu dans un stock situé dans cet Etat contractant.*

6. *Si un Etat contractant a fait une déclaration en vertu du paragraphe 4 de l'article XXVII, toute déclaration qu'il fait en vertu de l'article 50 de la Convention sera considérée comme ne s'étendant pas à une garantie nationale créée sur un matériel d'équipement alors qu'il était détenu dans un stock situé dans cet Etat contractant.*

Nécessité de l'application obligatoire des protections en matière d'acquisition pour les acheteurs, les acheteurs conditionnels et les preneurs de biens détenus en stock

65. La règle en matière d'acquisition pour les acheteurs et les preneurs de matériel d'équipement détenu en stock par un marchand qui est établie dans le paragraphe 1 de l'article XII proposé est actuellement une disposition obligatoire qui s'applique à tous les Etats contractants, ainsi qu'en ont convenu les Etats négociateurs lors de la CEG2. La rédaction du paragraphe 1 visant à obtenir ce résultat de principe est le fruit de consultations approfondies avec des experts internationaux. Cependant, il crée néanmoins un degré de complexité important dans le Protocole.

66. Le paragraphe 1 n'aura aucune application pratique dans les Etats contractants qui mettent en œuvre le mécanisme *opt-out* pour le financement des stocks prévu au paragraphe 2, car en vertu de ce dernier les garanties portant sur les stocks détenus par un marchand ne sont pas des garanties internationales. La solution d'un conflit entre une telle garantie et celle d'un acheteur, d'un acheteur conditionnel ou d'un bailleur relève donc du droit non conventionnel et non du paragraphe 1. Par conséquent, même si le paragraphe 1 était supprimé, les Etats contractants pourraient toujours obtenir les mêmes protections pour les acheteurs, les acheteurs conditionnels et les preneurs en faisant une déclaration en vertu du paragraphe 2 pour appliquer les paragraphes 3 et 4.

67. La raison d'établir à fois la règle d'acquisition obligatoire au paragraphe 1 et de laisser la possibilité aux Etats contractants d'exercer le mécanisme *opt-out* au paragraphe 2 est que les Etats qui choisissent de ne pas exercer le mécanisme *opt-out* pour le financement des stocks pourraient néanmoins vouloir préserver les règles de leur régime national applicable au financement des stocks qui permettent l'acquisition libre de droits par l'acheteur. En termes plus simples, cette approche se

³³ En février 2019, 36 Etats contractants avaient fait une déclaration en vertu de l'article 40 permettant l'inscription de certains droits et garanties non conventionnels nationaux, tandis que 11 de ces Etats n'ont déclaré que des garanties non conventionnelles portant sur des aéronefs. En vertu de l'article 50, cinq pays ont fait une déclaration prévoyant l'inscription des droits nationaux dans le cadre d'opérations internes.

fonde sur l'hypothèse que les Etats qui souhaitent réformer leur régime de financement des stocks (selon la Convention) pourraient néanmoins souhaiter conserver leurs règles protégeant l'acquéreur.

68. Les Etats négociateurs pourront peut-être vouloir réaffirmer qu'il est souhaitable de maintenir l'application obligatoire de la règle en matière d'acquisition protégeant les acheteurs, les acheteurs conditionnels et les preneurs de biens détenus en stock au paragraphe 1, compte tenu i) du fait que les Etats contractants peuvent obtenir le même résultat au fond en mettant en œuvre le mécanisme *opt out* pour le financement des stocks, et ii) de la complexité supplémentaire créée par le paragraphe 1.

III^{EME} PARTIE – QUESTIONS CONCERNANT LES MATERIELS D'EQUIPEMENT MAC RATTACHES A D'AUTRES BIENS

I. Rattachement à des biens immobiliers ³⁴

69. Des problèmes peuvent survenir lorsque le matériel d'équipement MAC est rattaché à un bien immobilier de telle sorte que les sûretés portant sur l'immeuble en vertu du droit interne s'étendent au matériel d'équipement MAC. Les matériels rattachés à un immeuble soulèvent des questions sensibles du fait que les Etats considèrent souvent le régime applicable à leur territoire comme une question de souveraineté, ce qui rend particulièrement difficile d'harmoniser au niveau international les sûretés qui ont trait à des biens immobiliers. En dépit de ces sensibilités, cette question devra être directement réglée dans le projet de Protocole MAC. Aucune indication ne peut être tirée des trois précédents Protocoles à la Convention du Cap, du fait que les matériels d'équipement aéronautiques, le matériel roulant ferroviaire et les biens spatiaux ne peuvent pas être rattachés à des biens immobiliers.

70. Dans un premier temps, le rattachement à des biens immobiliers semblait être une question d'importance limitée, du fait qu'il était entendu qu'elle n'aurait de pertinence que pour les types de matériels d'équipement MAC qui ont été physiquement fixés à des biens immobiliers (par exemple, certains types de grues et instruments de forage). Cependant, suite à une analyse de droit comparé réalisée par le Secrétariat, il est apparu que certains pays permettent que des sûretés constituées sur des biens immobiliers soient étendues à des matériels d'équipement mobiles utilisés pour l'exploitation économique de l'immeuble, même lorsqu'il n'y a pas de rattachement physique entre le matériel et le bien immobilier.

71. Les principes suivants président aux règles du projet de Protocole MAC applicables aux matériels d'équipement rattachés à un bien immobilier (telles qu'adoptées par le Comité d'étude et approuvées par le Comité d'experts gouvernementaux):

- a) le rattachement à un bien immobilier devrait être traité directement par un article spécial dans le projet de Protocole MAC;
- b) l'article traitant du rattachement à un bien immobilier devrait faire l'objet d'une déclaration obligatoire, laissant aux Etats contractants la possibilité de régler la question de façon flexible, mais leur demandant aussi de se prononcer expressément quant à la solution qu'ils préfèrent;
- c) en raison de la nature complexe et sensible de la question, le projet de Protocole MAC devrait présenter plusieurs options aux Etats contractants concernant la relation entre les garanties internationales sur des matériels d'équipement MAC et les garanties nationales en vertu du droit de la propriété immobilière;
- d) l'article et les différentes options devraient prendre en compte tous les droits pouvant dériver du rattachement à un bien immobilier (à savoir les droits dérivant d'un rattachement physique entre le matériel et le bien immobilier, désigné comme une "incorporation" dans certains systèmes juridiques, et les droits dérivant de l'utilisation du matériel mobile pour l'exploitation économique du bien immobilier, visé comme "accessoire" dans certains systèmes juridiques);
- e) si possible, l'article devrait éviter de définir au fond les concepts de "biens incorporés" et "biens accessoires";

³⁴ Dans les documents précédents du Comité d'étude, cette question a été examinée sous l'intitulé "biens incorporés".

f) l'article devrait appliquer la déclaration faite par l'Etat contractant où le bien immobilier est situé, et non pas la déclaration de l'Etat contractant où le débiteur est situé (l'application de la Convention du Cap est elle-même déterminée par la situation du débiteur dans un Etat contractant).

72. L'article VII du projet de Protocole MAC traite de la question du rattachement à un bien immobilier. L'article VII prévoit qu'un Etat contractant doit appliquer l'une des trois variantes pour résoudre les conflits qui pourraient surgir entre les garanties internationales portant sur le matériel d'équipement MAC et les droits ou garanties nationaux sur le bien immobilier auquel le matériel d'équipement MAC a été rattaché:

Variante A: une garantie internationale portant sur du matériel d'équipement MAC rattaché à un bien immobilier conserve son rang par rapport à tous les autres droits ou garanties portant sur le matériel d'équipement existant par suite du rattachement du matériel à un bien immobilier à condition que le matériel d'équipement MAC puisse en être "détaché".

Variante B : une distinction est faite entre le matériel d'équipement MAC qui est rattaché à un bien immeuble au point d'en perdre son identité juridique propre (en vertu du droit national du pays dans lequel se trouve le matériel) et le matériel MAC qui conserve son identité juridique. Les garanties internationales sur du matériel d'équipement MAC qui perd son identité juridique propre sont subordonnées aux garanties nationales (lorsque le droit national prévoit une telle subordination), tandis que les garanties internationales sur du matériel d'équipement MAC qui conserve son identité juridique propre ne perdent leur priorité que si i) la garantie sur le bien immobilier a été inscrite conformément aux exigences des règles de droit interne avant l'inscription de la garantie internationale et ii) le matériel d'équipement a été rattaché au bien immobilier avant l'inscription de la garantie internationale portant sur le matériel d'équipement.

Variante C: le droit de l'Etat contractant où le matériel est situé détermine si la garantie internationale est subordonnée à des droits ou garanties de droit interne existant par suite du rattachement du matériel au bien immobilier.

73. Le paragraphe 1 de l'article VII prévoit également que les règles de droit interne déterminent si la garantie internationale est subordonnée à des droits ou garanties de droit interne portant sur le bien immobilier lorsque le matériel d'équipement est situé dans un Etat non contractant.

74. Le Comité d'étude et le Comité d'experts gouvernementaux ont estimé que les options juridiques et politiques des trois variantes offrent aux Etats contractants une flexibilité suffisante pour équilibrer le critère de la primauté des garanties internationales sur les droits nationaux et celui de la protection des droits portant sur la propriété immobilière.

Nouvelle formulation de la Variante A

75. La Variante A assure la protection la plus forte à un titulaire de garantie internationale portant sur un matériel d'équipement MAC par rapport aux droits et garantie de droit interne existant par suite de son rattachement à un bien immobilier. A la CEG2, le Comité a décidé que la priorité de la garantie internationale en vertu de la Variante A devrait être limitée aux cas où le détachement physique du matériel causerait un dommage significatif et a prié le Secrétariat d'examiner plus en détail comment formuler la condition limitant l'application de la Variante A ³⁵.

³⁵ UNIDROIT 2017 – Etude 72K - CEG2 – Rapport, paragraphes 76 – 87
<https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge02/s-72k-cge02-report-f.pdf>.

76. En étroite consultation avec les experts internationaux, le Secrétariat soumet la proposition de reformulation suivante de la Variante A à l'examen de la Conférence diplomatique:

Article VII Variante A

3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 4, le rattachement du matériel au bien immobilier ne remet pas en cause son statut de matériel d'équipement en vertu du présent Protocole.

4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas à un matériel d'équipement dont le rattachement physique au bien immobilier est tel que son détachement du bien immobilier causerait un dommage significatif au matériel d'équipement et au bien immobilier. Pour apprécier si le détachement physique du matériel d'équipement du bien immobilier causerait un dommage significatif, il sera tenu compte de la valeur escomptée du matériel d'équipement à la suite du détachement ainsi que les coûts de réparation du matériel d'équipement et du bien immobilier.

77. Le texte proposé pour le paragraphe 3 établit le principe sur lequel repose la Variante A: les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement MAC ne sont pas affectées par le rattachement de ces matériels à un bien immobilier. Le paragraphe 4 proposé pose une limitation au principe du paragraphe 3. Le paragraphe 4 établit un critère de fait permettant de déterminer si le détachement matériel du matériel d'équipement du bien immobilier causerait un "dommage significatif" tel qu'il serait déraisonnable de détacher le matériel.

78. Le critère posé du dommage significatif vise à déterminer si le matériel d'équipement aurait une valeur nette positive, en comptabilisant les dommages causés à la fois à l'immeuble et au matériel d'équipement par le détachement, qui devrait être mise à la disposition du créancier. En conséquence, le critère du dommage significatif demande de mettre en balance la valeur résiduelle prévue du matériel d'équipement après le détachement et le coût de réparation du matériel et du bien immobilier. Lorsque le coût des réparations du matériel et du bien immobilier est supérieur à la valeur résiduelle du matériel d'équipement après son détachement, le détachement du matériel causerait des "dommages significatifs".

79. Si le détachement du matériel n'emporte pas de dommage significatif, le paragraphe 3 ne s'applique plus et le droit interne déterminera la relation entre une garantie internationale portant sur le matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier et une garantie nationale résultant du rattachement du matériel au bien immobilier (la règle établie dans la Variante C). En conséquence, le titulaire d'une garantie internationale portant sur un matériel d'équipement qui ne subirait pas un dommage significatif pourrait exercer tous les droits conférés par le droit interne.

80. La Variante A n'implique aucune présupposition qu'un matériel d'équipement doit conserver son identité juridique propre comme matériel d'équipement en vertu de la loi applicable. Le seul critère à prendre en compte pour déterminer si un matériel a conservé son statut de matériel d'équipement en vertu de la Variante A est le critère du dommage significatif. Il est indifférent que le matériel d'équipement cesse d'être considéré comme un bien distinct au sens de la *lex situs*.

81. Le critère du préjudice significatif s'applique indépendamment du fait que ce soit le débiteur ou le créancier qui soit tenu aux réparations nécessaires ou qui subirait un préjudice pour le dommage, ces questions relevant des dispositions du droit applicable autres que la Convention et le Protocole et, sous réserve du droit applicable, de l'accord des parties.

82. La reformulation proposée de la Variante A ne doit pas nécessairement prévoir le moment auquel doit être déterminé le critère du dommage significatif prévu au paragraphe 4. Le moment pertinent pour appliquer le critère du paragraphe 4 serait un moment futur, qui serait nécessairement indéterminé au début d'une opération. En cas de désaccord sur la réalité du dommage significatif

subi par le matériel d'équipement, le tribunal examinerait la situation du matériel au moment du différend. Si le matériel était déjà physiquement rattaché au bien immobilier et qu'il est estimé au moment de la transaction que son détachement ne causerait pas un dommage significatif, le matériel n'obtiendrait pas le statut "matériel d'équipement" en vertu du Protocole et la garantie internationale ne serait jamais créée.

83. Lors de consultations avec des experts internationaux, il a été suggéré que la Variante A de l'article VII contienne une disposition selon laquelle, si une garantie internationale est créée sur un matériel d'équipement au début d'une opération, une personne qui conteste le statut du matériel à une date ultérieure devrait apporter la preuve du changement de statut. Toutefois, selon l'opinion qui prévalait, le même résultat existerait selon les règles de preuve habituelles de sorte qu'aucune disposition spécifique de ce type n'est nécessaire.

Définition de "matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier"

84. Ainsi que cela est exposé de façon approfondie dans l'Annexe II de l'Analyse juridique (en anglais), il n'existe pas de définition universellement acceptée de "bien incorporé" et "bien rattaché". Ces concepts ont des significations très différentes à travers le monde. En outre, les éléments retenus dans les différents systèmes juridiques afin de déterminer si un bien a été rattaché à un bien immobilier et dans quelle mesure une garantie en vertu du droit interne s'appliquera aussi au bien, varient aussi considérablement.

85. Compte tenu de ces complexités, le projet de Protocole MAC tente de fournir une définition de base applicable seulement au "matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier".

86. L'article 1(2)(h) du projet de Protocole MAC prévoit que le "matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier" désigne le matériel d'équipement qui est rattaché à un bien immobilier de telle sorte qu'une garantie portant sur le bien immobilier s'étend au matériel d'équipement en vertu du droit de l'Etat où le bien immobilier est situé. L'article ne fournit pas une définition de droit matériel du "matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier", il renvoie simplement au droit interne du pays dans lequel est situé le matériel pour déterminer si une garantie en vertu du droit de la propriété immobilière s'étend au matériel d'équipement. Le terme "rattaché" est utilisé parce que d'autres termes similaires tels que "relié", "incorporé" et "fixé" impliquent tous un degré de contact physique permanent entre le matériel d'équipement et le bien immobilier, condition qui n'est pas nécessairement requise dans certains systèmes juridiques pour qu'une garantie sur le bien immobilier s'étende au matériel d'équipement (ainsi que cela a été indiqué ci-dessus). L'article 1(2)(h) ne distingue pas non plus entre les différents types de garanties portant sur un matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier en vertu du droit interne (c'est-à-dire qu'il ne distingue pas entre droits portant sur des biens incorporés ou sur des biens accessoires).

87. Cependant, la Variante B fait tout de même une distinction entre les différents types de matériels d'équipement rattachés à un bien immobilier. La Variante B est basée sur une proposition du Ministère de la Justice allemand ³⁶. L'avantage de la Variante B est qu'elle établit une distinction entre les différents types de matériels d'équipement rattachés à un bien immobilier sans employer les termes de "biens incorporés" ou "biens accessoires" et ainsi, limite les cas où une garantie internationale sur un matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier perdra sa priorité au regard d'un droit dérivant du fait que le bien est rattaché au bien immobilier. Cette Variante repose sur l'utilisation du critère de la perte totale de l'identité juridique propre, alors même qu'elle renvoie au droit national de la situation de l'immeuble afin de déterminer les circonstances dans lesquelles la perte d'identité juridique propre se produit.

³⁶ Pour plus d'information, se reporter à l'Annexe II.

Application de l'article VII aux Etats non contractants

88. L'article VII(1) dispose:

Lorsqu'un matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier est situé dans un Etat non contractant, le présent Protocole ne porte pas atteinte à l'application des règles de cet Etat qui déterminent si une garantie internationale portant sur du matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier cesse d'exister ou est subordonnée à d'autres droits ou garanties portant sur ce matériel ou est autrement affectée par son rattachement au bien immobilier.

89. Le Comité d'étude a examiné ce qui se produirait pour les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement MAC qui ont été rattachés à des biens immobiliers dans des Etats non contractants. L'opinion dominante était que, sauf disposition expresse contraire, l'article 29 de la Convention du Cap serait applicable, et la garantie internationale primerait les garanties nationales résultant du rattachement du matériel d'équipement au bien immobilier. Ce résultat serait globalement conforme aux Protocoles précédents à la Convention du Cap dans le sens de conserver la priorité de la garantie internationale sur les garanties nationales.

90. Toutefois, comme l'article 29 n'a pas été rédigé pour régler la situation où une garantie internationale se trouve en conflit avec un droit résultant du rattachement à un bien immobilier, le Comité d'étude a conclu qu'il serait prudent d'inclure une disposition prévoyant que les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement MAC n'interfèrent pas avec des garanties portant sur un matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier dans les Etats non contractants. Le libellé de cette disposition dans le cinquième projet du Comité d'étude était fondé sur l'article 29(7), mais cette approche a été modifiée dans le projet actuel de Protocole MAC.

91. Le Comité d'étude a également examiné une approche fondée sur l'application aux Etats non contractants des règles de priorité de l'Etat contractant où le débiteur est situé, lorsque le matériel d'équipement a été déplacé dans l'Etat non contractant et où il existe un conflit entre des garanties portant sur un matériel d'équipement rattaché à un bien immobilier et des garanties internationales en vertu du projet de Protocole MAC. Cependant, cette approche n'a pas été retenue car il n'existe pas de véritable justification de principe à attribuer à l'Etat où le débiteur est situé le pouvoir de déterminer quel droit devrait prévaloir, entre le droit de la propriété immobilière de l'Etat non contractant ou bien les règles du projet de Protocole MAC.

92. L'Annexe II de la présente Analyse juridique présente un examen au fond de la question du rattachement à un bien immobilier ainsi qu'une analyse de droit comparé de la façon dont sont traités les biens incorporés et les biens accessoires en vertu des régimes juridiques internes.

J. Accessoires/pièces

Traitement des accessoires

93. Dans la terminologie de la Convention du Cap, les "biens accessoires" sont des éléments de matériel d'équipement qui ne peuvent pas faire l'objet d'une garantie internationale (puisqu'ils ne sont pas des "biens"), mais qui peuvent être posés, intégrés ou fixés à un bien grevé d'une garantie internationale.

94. L'article I(2)(e) du Protocole ferroviaire de Luxembourg dispose: "matériel roulant ferroviaire" désigne des véhicules pouvant se déplacer sur des emprises de voies ou directement sur, au-dessus ou en dessous de rails de guidage, avec les systèmes de traction, moteurs, freins, essieux, bogies, pantographes, accessoires et autres composants, pièces et équipements qui sont installés ou intégrés aux véhicules, ainsi que tous les manuels, les données et les registres y afférents.

95. L'article I(2)(k) du Protocole spatial dispose: "bien spatial" désigne... avec tous accessoires, pièces et équipements qui y sont posés, intégrés ou fixés, ainsi que tous les manuels, les données et les registres y afférents.

96. Le Protocole aéronautique comprend trois définitions différentes pour les moteurs d'avion, les cellules d'aéronef et les hélicoptères qui constituent tous des biens aéronautiques distincts en vertu du Protocole. A la différence des autres Protocoles, il traite les moteurs comme des biens distincts. L'article I(2) dispose: *b) "moteurs d'avion" désigne ... et s'entend en outre de tous modules et autres accessoires, pièces et équipements qui y sont posés, intégrés ou fixés, ainsi que de tous les manuels, les données et les registres y afférents; e) "cellules d'aéronef" désigne ... et s'entend en outre de tous les accessoires, pièces et équipements (à l'exclusion des moteurs d'avion) qui y sont posés, intégrés ou fixés, ainsi que de tous les manuels, les données et les registres y afférents; l) "hélicoptère" désigne... et s'entend en outre de tous les accessoires, pièces et équipements (y compris les rotors) qui y sont posés, intégrés ou fixés, ainsi que de tous les manuels, les données et les registres y afférents.*

97. Durant la négociation du Protocole ferroviaire de Luxembourg, il a été décidé de ne pas reconnaître les moteurs de matériel roulant ferroviaire comme des biens distincts (à la différence du matériel roulant ferroviaire), en raison du fait que les moteurs ne font généralement pas spécifiquement l'objet d'un financement basé sur l'actif. S'il peut y avoir des cas où les moteurs sont enlevés et installés sur d'autres trains, cette pratique n'était pas assez répandue pour qu'il soit justifié de les inclure comme des biens distincts. Cette situation peut être distinguée de la longue pratique dans l'industrie aéronautique du financement distinct pour les moteurs d'avion.

Traitement des accessoires et pièces dans le projet de Protocole MAC

98. Lors de l'élaboration du projet de Protocole MAC, le Groupe de travail MAC a indiqué qu'en général, les accessoires et pièces pour le matériel dans les secteurs MAC ne font pas l'objet de financement distinct basé sur l'actif. Il existe bien entendu des exceptions à cette règle générale: les pneus de remplacement pour engins de terrassement de grande valeur peuvent coûter plus de \$ 50.000 chacun et pourraient être financés individuellement dans certaines circonstances. Cependant, la situation en matière de financement des accessoires et pièces dans les secteurs MAC est généralement analogue à celle du secteur ferroviaire, plutôt qu'en ce qui concerne le financement des moteurs dans le secteur aéronautique.

99. En conséquence, le traitement des accessoires aux fins de la définition du matériel d'équipement MAC dans le projet de Protocole MAC vise à rapprocher celui qui a été retenu pour la définition du matériel roulant ferroviaire en vertu du Protocole ferroviaire de Luxembourg. Le Comité d'experts gouvernementaux a décidé d'amender les définitions du matériel d'équipement minier, agricole et de construction à l'article I(2) (a), (b) et (k), pour couvrir "tous les accessoires, composants et pièces qui y sont installés, intégrés ou fixés et qui ne relèvent pas d'un code distinct du Système harmonisé figurant dans cette Annexe, ainsi que tous les manuels, données et registres y afférents". Ce libellé reflète pour l'essentiel celui du Protocole ferroviaire de Luxembourg pour ce qui est de la définition ("accessoires et autres composants, pièces et équipements qui sont installés ou intégrés aux véhicules, ainsi que tous les manuels, les données et les registres y afférents") quoique le Protocole ferroviaire de Luxembourg énumère des types particuliers de pièces spécifiques au matériel roulant ferroviaire ("*les systèmes de traction, moteurs, freins, essieux, bogies, pantographes*").

100. Toutefois, l'aspect supplémentaire des définitions des équipements miniers, agricoles et de construction figurant à l'article I (2)(a), (b) et (k) est qu'elles couvrent les accessoires "*qui ne relèvent pas d'un code distinct du Système harmonisé figurant dans cette Annexe*". Cette disposition vise à préciser qu'en cas de rattachement entre un matériel d'équipement MAC couvert par un code SH figurant dans les Annexes (par exemple un tracteur) avec un autre matériel d'équipement MAC

couvert par un autre code SH dans les Annexes (par exemple une moissonneuse), il ne serait pas permis qu'une garantie internationale porte sur les deux matériels d'équipement.

101. Le classement des pièces dans le SH est assez complexe. En règle générale, les pièces destinées à être utilisées exclusivement ou principalement avec des machines particulières sont classées sous le même code, sauf indication contraire dans les notes du chapitre concerné. Pour les marchandises de la Section XVI (qui couvre l'ensemble du matériel du Chapitre 84 et donc 31³⁷ des codes du SH figurant dans les Annexes au projet de Protocole MAC), les pièces sont classées dans les dispositions juridiques de la Note 2 à la Section XVI. Cette note exclut toutes les marchandises qui sont exclues par la Note 1 correspondante dans la Section, ainsi que par la Note 1 du Chapitre 84 ou du Chapitre 85. Pour toutes les autres pièces, elle comporte trois dispositions principales qui sont appliquées de manière hiérarchique. Premièrement, les pièces qui sont également des marchandises ayant leur propre intitulé dans la Section VI, sont classées sous cet intitulé. Cela signifie que les marchandises telles que les moteurs, moteurs électriques, soupapes, pompes, etc., qui ont leur propre classification dans la Section, y sont classées et ne sont classées dans aucune autre position ni avec des produits qui leur sont proches. Deuxièmement, d'autres pièces pouvant être utilisées exclusivement ou principalement avec des machines particulières sont classées sous le même intitulé que ces machines ou dans la position appropriée qui leur est consacrée, le cas échéant. Enfin, les autres pièces destinées à un large éventail de marchandises sont classées dans des positions résiduelles.

102. Les Notes explicatives de la Section XV (qui couvre le Chapitre 82 et, par conséquent, le code 1 du SH énuméré dans les Annexes au projet de Protocole MAC) expliquent que, de manière générale, les pièces identifiables sont classées en tant que telles dans la position correspondante de la nomenclature; la Section XV, note 2, définit certaines marchandises comme des "pièces à usage général", qu'elles soient spécialisées ou non. Il s'agit de divers éléments communs comme des boulons, des ressorts, des câbles, etc., qui, lorsqu'ils sont présentés séparément, sont classés sous leurs intitulés respectifs à la Section XV et jamais en tant que pièces.

103. Les Notes à la Section XVII (qui couvre le Chapitre 87 et, partant, les 10 codes du SH énumérés dans les Annexes au projet de Protocole MAC) indiquent que les références aux "parties" ou "accessoires" au Chapitre 87 ne s'appliquent pas aux parties ou accessoires qui ne conviennent pas pour être utilisés exclusivement ou principalement avec les articles de ce chapitre. Elles prévoient également un large éventail d'exclusions, de sorte que de nombreux produits relevant des Chapitres 84, 85 et 90 (par exemple, moteurs, équipements de chauffage, composants électriques ou électroniques, etc.) ne seront pas considérés comme des pièces.

104. Lors de la sélection des codes SH à inclure dans les Annexes au projet de Protocole MAC, les codes SH couvrant spécifiquement et uniquement des pièces ont été exclus. En combinant la définition de matériel d'équipement MAC, les Règles d'interprétation concernant les pièces dans le SH et la décision de ne pas énumérer les codes SH couvrant les pièces dans les Annexes, les pièces ne pourront pas être grevées d'une garantie internationale en vertu du Protocole MAC et seront couvertes par la garantie internationale portant sur le bien principal (par exemple, les roues d'un tracteur seront couvertes par une garantie internationale sur le tracteur). Toutefois, comme expliqué ci-dessus, les accessoires (ou instruments) qui constituent du matériel d'équipement susceptible d'individualisation et relevant d'un autre code SH énuméré dans les Annexes au projet de Protocole MAC pourront faire l'objet d'une garantie internationale pouvant être inscrite séparément dans le Registre international.

³⁷ En incluant les codes SH supplémentaires proposés par les Etats en 2018 et sous réserve d'une recommandation positive du Secrétariat, il existe 45 codes SH au Chapitre 84 qui pourraient figurer dans les Annexes au Protocole MAC.

Rattachements et installations prévues à l'article 29(7) de la Convention du Cap

105. L'article 29 de la Convention traite du rang des garanties concurrentes. Le paragraphe 7 de l'article 29 dispose:

La présente Convention:

- a) ne porte pas atteinte aux droits qu'une personne détenait sur un objet, autre qu'un bien, avant son installation sur un bien si, en vertu de la loi applicable, ces droits continuent d'exister après l'installation; et*
- b) n'empêche pas la création de droits sur un objet, autre qu'un bien, qui a été préalablement installé sur un bien lorsque, en vertu de la loi applicable, ces droits sont créés.*

106. L'article 29(7) renvoie à la loi nationale applicable pour déterminer comment traiter les objets installés sur des biens grevés d'une garantie internationale en vertu de la Convention du Cap. Selon cet article, le renvoi à la loi applicable pour les objets ne modifie pas le rang de la garantie internationale sur le bien lui-même. Le paragraphe 7(a) traite de l'installation d'un objet qui n'est pas couvert par la Convention (comme un ordinateur ou une pièce de rechange) sur un bien qui est couvert par la Convention. Il prévoit que l'installation ou l'incorporation ne porte pas atteinte aux droits préexistants, s'ils sont préservés par la loi applicable. En revanche, si la loi applicable prévoit que le droit sur l'objet installé ou incorporé est transféré en vertu du principe de l'incorporation au propriétaire du bien comme actif principal, le droit préexistant sera éteint³⁸. Le paragraphe 7(b) dit que lorsque la loi applicable le prévoit, il est possible de créer des droits sur des objets qui ont été préalablement installés, après qu'ils ont été enlevés du bien.

107. Le Protocole MAC ne modifie pas ces règles. En conséquence, des droits sur des objets installés sur des matériels d'équipement MAC continueront d'être régis par le droit interne dans les Etats contractants au Protocole MAC.

³⁸ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphe 4.206.

IV^{EME} PARTIE – QUESTIONS RELATIVES A L'INSOLVABILITE ET A L'EXECUTION

K. Variantes en matière d'insolvabilité

108. Les précédents Protocoles à la Convention du Cap permettent aux Etats contractants de choisir les mesures en cas d'insolvabilité à appliquer dans le cadre de l'exécution des garanties internationales en vertu de la Convention contre une partie qui est insolvable. La Variante A (considérée comme étant l'option rigoureuse fondée sur l'application automatique de la règle renforçant la position du créancier)³⁹ permet des mesures rapides pour les titulaires de garanties internationales. La Variante B (considérée comme étant l'option souple offrant plus de latitude d'action favorisant la position du débiteur)⁴⁰ attribue un rôle plus important au tribunal dans les procédures d'insolvabilité. Les trois Protocoles précédents à la Convention du Cap contiennent les Variantes A et B. Le Protocole ferroviaire de Luxembourg comprend en outre la Variante C, qui a été ajoutée comme option qui reflète le mieux le droit actuellement applicable dans certains Etats membres de l'Union européenne. Alternativement, les Etats contractants sont autorisés à ne choisir aucune des Variantes, auquel cas leur droit national de l'insolvabilité s'appliquera.

109. Etant donné que les Variantes A et B sont incluses dans les trois Protocoles précédents, il semble raisonnable de les inclure dans le projet de Protocole MAC également. Le Comité d'étude et le Comité d'experts gouvernementaux étaient aussi favorables à l'inclusion de la Variante C, au motif qu'elle prend en compte l'approche continentale européenne de l'insolvabilité.

110. La Variante C qui ne figure que dans le Protocole ferroviaire de Luxembourg, a été conçue comme un compromis entre les Variantes A et B. Comme dans la Variante A, l'obligation de l'administrateur de l'insolvabilité dans la Variante C est déclenchée par la survenance d'une situation d'insolvabilité (c'est-à-dire sans qu'une demande du créancier soit requise). Et comme le fait la Variante B, la Variante C exige que l'administrateur soit remède aux manquements, soit donne au créancier, au cours de la période de remède, la possibilité de prendre possession du bien, "conformément à la loi applicable". Toutefois, l'administrateur peut demander au tribunal une suspension de l'obligation (prenant effet au plus tard à l'expiration du contrat), à condition que toutes les sommes qui deviennent exigibles au cours de la période de suspension soient payées au créancier, et que le matériel soit préservé et sa valeur maintenue. Après l'expiration de la période de remède, ou d'une nouvelle période de suspension si elle a été prescrite, l'exécution par le créancier des mesures en cas d'inexécution en vertu de la Convention et des Protocoles ne peut plus être empêchée ou retardée, comme le prévoit la Variante A. Cette disposition exige le report (à partir de la fin de la période de remède ou d'une période supplémentaire de suspension) des restrictions de procédure, comme une suspension, qui pourraient autrement interdire la mise en œuvre des mesures pour inexécution en cas d'insolvabilité. En conséquence, la différence essentielle entre les Variantes A et C est la possibilité de retards dans la mise en œuvre des mesures pour inexécution en vertu de la Variante C lorsqu'est prise une ordonnance de suspension⁴¹.

111. D'un point de vue du principe, il est avantageux que les Etats contractants aient la plus grande variété d'options dans le choix des remèdes en cas d'insolvabilité, pour autant qu'elles soient compatibles avec les approches des Protocoles précédents. Aussi, l'article X du projet de Protocole MAC comprend les Variantes A, B et C, conformément à l'approche du Protocole ferroviaire de Luxembourg.

³⁹ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphe 3.126.

⁴⁰ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphe 3.134.

⁴¹ Kristin Van Zwieten, 'The Insolvency Provisions of the Cape Town Convention and Protocols: Historical and Economic Perspectives', *Cape Town Convention Journal* (2012) Volume 1, page 69.

112. En raison de la relative similitude dans la nature des aéronefs et des biens spatiaux, le Protocole spatial a suivi l'approche du Protocole aéronautique qui ne contient que les Variantes A et B (à la différence du Protocole ferroviaire de Luxembourg).

L. Régimes d'insolvabilité spéciaux applicables aux agriculteurs et aux entreprises agricoles

113. Au cours des négociations du Comité d'étude, un document de recherche a été préparé sur les régimes d'insolvabilité spéciaux pouvant s'appliquer aux agriculteurs (le document de recherche fourni au Comité d'étude est reproduit à l'Annexe III – en anglais). La recherche a révélé que certains régimes d'insolvabilité spéciaux peuvent s'appliquer aux agriculteurs. Les droits nationaux tendent généralement à conférer aux agriculteurs certains droits que n'ont pas d'autres débiteurs insolubles. En outre, dans certains systèmes juridiques, certains matériels agricoles pourraient être protégés contre la prise de possession, de même que certains actifs pourraient être protégés au titre de la protection de la propriété foncière des agriculteurs, certaines actions entreprises par les créanciers pourraient être suspendues et, sous certains régimes, les agriculteurs ont accès à des fonds spéciaux pour restructurer leurs activités. La plupart des mécanismes juridiques protégeant les agriculteurs et les entreprises agricoles visent principalement les agriculteurs individuels et familiaux, ce qui exclurait les équipements de grande valeur économique, les petits agriculteurs ne possédant généralement pas de tels équipements. Le document de recherche concluait qu'il ne serait pas nécessaire de prévoir des variantes supplémentaires car les opérations couvertes par les régimes d'insolvabilité spéciaux seraient généralement en dehors du champ d'application du projet de Protocole MAC.

114. Le Comité d'étude a examiné si un article supplémentaire s'inspirant de l'article XXV (l'exemption de service public) du Protocole ferroviaire de Luxembourg ou de l'article 40 (droits et garanties non conventionnels susceptibles d'inscription) de la Convention du Cap pourrait être rédigé à cet égard. Cela aurait pour effet que, en cas de conflit entre le droit national existant et les mesures en cas d'insolvabilité prévues dans le projet de Protocole MAC, l'Etat pourrait déclarer qu'il appliquera son droit national. Selon l'approche de l'article 40, les Etats seraient tenus de fournir des informations spécifiques sur la manière dont leur déclaration affecterait les droits en vertu de la Convention et du projet de Protocole MAC. Il a été noté que même si la rédaction de l'article XXV du Protocole ferroviaire de Luxembourg pouvait constituer un modèle utile, il serait important de distinguer cette question de la disposition de service public figurant dans le Protocole ferroviaire de Luxembourg, car l'inclusion d'un tel article pourrait susciter une importante controverse.

115. En fin de compte, le Comité d'étude a décidé que les options actuelles prévues dans le projet de Protocole MAC devraient rester inchangées et qu'il n'y avait pas lieu de prévoir des exceptions pour le secteur agricole.

116. Le Comité d'étude a également examiné la possibilité d'autoriser les Etats contractants à appliquer différentes variantes en matière d'insolvabilité à différentes Annexes du projet de Protocole MAC. La raison d'offrir aux Etats la possibilité de bénéficier de cette flexibilité supplémentaire serait de leur permettre de préserver l'application de régimes d'insolvabilité spéciaux dans le secteur agricole en ne faisant pas de déclaration au regard de l'Annexe 2 (permettant ainsi au droit national en matière d'insolvabilité de s'appliquer), tout en leur permettant de faire des déclarations en vertu de l'article X pour les Annexes 1 ou 3. Le projet d'article (article X - Mesures en cas d'insolvabilité, paragraphe 3) du cinquième projet du Comité d'étude prévoyait que lorsqu'un Etat contractant déclare appliquer des variantes différentes à des Annexes différentes, cet Etat devrait déclarer également quelle variante s'applique aux codes du SH contenus dans plusieurs Annexes. Cette exigence obligatoire viserait à lever tout risque d'incertitude quant au régime d'insolvabilité applicable à un matériel d'équipement MAC particulier.

117. Après un débat approfondi à la quatrième réunion du Comité d'étude, il a été décidé de supprimer la disposition permettant aux Etats contractants d'appliquer différents régimes d'insolvabilité à différentes Annexes du projet de Protocole MAC, qui a été considéré être une complexité inutile. Au cours de la CEG1, le Comité a réaffirmé cette approche et a inséré le paragraphe 4 dans l'article XXVI du projet de Protocole MAC, afin de préciser que les Etats contractants ne peuvent pas faire de déclaration relative aux biens immobiliers (article VII) et aux mesures en cas d'insolvabilité (article X) Annexe par Annexe. En conséquence, selon le libellé actuel, un Etat contractant ne peut pas déclarer que, par exemple, la Variante A de l'article X s'applique au matériel d'équipement agricole visé à l'Annexe 1, mais que la Variante B de l'article X s'applique au matériel d'équipement relevant de l'Annexe 2 et au matériel d'équipement minier relevant de l'Annexe 3.

M. Restrictions concernant l'exécution des garanties internationales sur le matériel d'équipement agricole

118. Durant les négociations au sein du Comité d'étude, une analyse de droit comparé a été faite concernant les restrictions nationales affectant l'exécution des sûretés portant sur le matériel d'équipement agricole (le document de recherche présenté au Comité d'étude est reproduit en Annexe IV de la présente Analyse juridique – en anglais).

119. Le rapport a noté que les dispositions qui posent certaines restrictions aux droits d'exécution se trouvent généralement dans des législations distinctes que celles qui régissent les opérations garanties, comme en Australie, au Canada et aux Etats-Unis. Certaines réglementations en matière d'opérations garanties, traitant d'opérations spécifiques comme au Kenya et au Nigéria, incluent expressément de telles limitations. Cependant, en ce qui concerne ces deux derniers pays, on a noté que le droit des opérations garanties faisait actuellement l'objet de projets de réforme sous l'égide de la Société financière internationale (SFI), et que les lois au Kenya et au Nigéria ont été réformées en 2017. En outre, certains Etats et provinces en Australie, au Canada et aux Etats-Unis ont adopté des lois qui exigent que le règlement des dettes des agriculteurs soient soumises à des procédures de médiation, entraînant essentiellement un retard dans l'exécution des droits des créanciers garantis. L'agriculteur a le droit d'entamer une médiation pour tenter de régler une dette, ce qui suspend le processus d'exécution, généralement pour une période de trente jours. Si la médiation est infructueuse, les droits du créancier peuvent alors être exécutés en vertu de la loi pertinente. Le Mexique a une approche particulière. En règle générale, les lois d'exception protègent les actifs seulement à l'encontre de créanciers munis d'un titre exécutoire⁴². Pourtant, au Mexique, il existe une situation particulière d'exemption des biens du patrimoine de l'agriculteur, permettant à un agriculteur familial de protéger certains matériels d'équipement agricoles même à l'encontre de créanciers garantis. Cependant pour que l'exemption soit efficace, l'inscription dans un registre public est une condition préalable. Ainsi, un créancier saurait à l'avance qu'un certain actif pourrait ne pas pouvoir faire l'objet d'une exécution.

120. L'analyse de droit comparé a également examiné les onze contributions reçues de correspondants d'UNIDROIT. La plupart des systèmes juridiques ne disposent pas d'une protection spécifique pour les agriculteurs et les équipements agricoles, à l'exception de la Hongrie, du Japon et de la Turquie. En Hongrie, il y a une liste restreinte de définitions de l'agriculteur, avec des critères d'éligibilité pour l'exemption des mesures d'exécution par les créanciers garantis. Hors les entreprises agroalimentaires et les grandes entreprises agricoles, la législation turque prévoit une protection juridique spéciale pour les agriculteurs, à condition que le matériel d'équipement soit jugé essentiel pour la subsistance de l'agriculteur débiteur et de sa famille. L'approche japonaise, quant à elle, prévoit une exemption de saisie s'agissant du "matériel d'équipement indispensable" au secteur

⁴² Un créancier muni d'un titre exécutoire est une personne qui est titulaire d'une créance, l'a fait valoir dans une procédure judiciaire et a obtenu un titre exécutoire pour recouvrer la créance.

agricole à certaines conditions. Selon le régime de protection japonais, le matériel agricole n'est protégé que contre la saisie matérielle, tandis que le transfert de droits sur le matériel n'est pas interdit.

121. Durant les discussions au sein du Comité d'étude, la SFI a noté que, dans les marchés émergents où elle a travaillé aux réformes du droit des opérations garanties, aucune opposition de la part du secteur agricole ne s'était fait jour en ce qui concerne l'application des régimes d'insolvabilité ou d'exécution au matériel agricole. La SFI a rappelé que dans le cas de petits agriculteurs individuels ou d'agriculteurs familiaux que les Gouvernements visaient à protéger, il serait peu probable que des matériels d'équipement de grande valeur soient concernés.

122. En fin de compte, le Comité d'étude a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'inclure un article spécifique dans le projet de Protocole MAC pour traiter des restrictions à l'exécution des garanties internationales portant sur du matériel d'équipement agricole. Le Comité d'experts gouvernementaux n'a pas modifié l'approche du Comité d'étude.

V^{EME} PARTIE – QUESTIONS CONCERNANT L'INSCRIPTION

N. Interaction avec les régimes nationaux pour les opérations garanties

123. Les biens couverts par la Convention du Cap et ses Protocoles sont généralement exclus des régimes nationaux généraux pour les opérations garanties, ainsi que le prévoit l'article 1(3)(e) de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières. Toutefois, lorsque ces biens sont couverts par un régime national qui régit la constitution et l'inscription des sûretés nationales sur ce même matériel, il y a un risque de chevauchement entre ces sûretés nationales en vertu du droit national et une garantie internationale en vertu du système du Cap. Pour résoudre ce risque de conflit, l'article 29 de la Convention du Cap prévoit que la garantie internationale prime.

124. Le Comité d'étude et le Comité d'experts gouvernementaux ont affirmé que les garanties inscrites en vertu du futur Protocole MAC devraient primer les droits et garanties valables en vertu du droit national, conformément à la solution des Protocoles précédents.

O. Inscription des droits portant sur le matériel d'équipement MAC dans des registres nationaux

125. Durant les négociations au sein du Comité d'étude, un document de recherche a été préparé concernant l'inscription des droits portant sur le matériel d'équipement MAC dans des registres nationaux (le document de recherche présenté au Comité d'étude est reproduit en Annexe V de la présente Analyse juridique – en anglais).

126. Le rapport a noté que l'inscription de la propriété du matériel d'équipement MAC dans des registres nationaux est possible dans plusieurs systèmes juridiques, mais seulement dans des cas limités. Les lois qui régissent l'inscription de la propriété ont généralement différents domaines d'application selon la classification du bien en question. Il y est expliqué que la définition de "véhicule à moteur" peut être pertinente puisqu'elle pourrait inclure certains types de matériels d'équipement (par exemple les tracteurs). Outre les véhicules à moteur, certains Etats requièrent également l'immatriculation de la propriété pour une catégorie de "véhicules spéciaux". Le document a également noté qu'aux Etats-Unis, par exemple en Arizona et au Texas, les autorités d'immatriculation ont le pouvoir d'émettre des numéros de série.

127. En outre, dans certaines circonstances, les autorités du registre national émettent une "déclaration de transfert" que le créancier garanti pourra présenter à l'autorité administrative compétente pour les véhicules à moteur, ayant pour effet de transférer la propriété du véhicule au bénéficiaire ou à l'acheteur en vertu d'une vente judiciaire. Dans ces systèmes, la propriété du matériel d'équipement MAC pourrait être inscrite dans le registre national. Toutefois ces cas limités ne semblaient pas justifier de prévoir une règle spécifique dans le projet de Protocole MAC qui reflèterait la disposition concernant l'autorisation immédiate de demande de radiation de l'immatriculation et de permis d'exportation ainsi que le prévoit l'article XIII du Protocole aéronautique.

128. Le Comité d'étude s'est dit favorable à l'inclusion d'une obligation directe et simple pour les Etats contractants de coopérer avec les créanciers pour la mise en œuvre de leurs droits d'exécution, au moyen d'une disposition portant sur la coopération plutôt que d'essayer de formuler une obligation précise. Il a été convenu que l'article VII(5) du Protocole ferroviaire de Luxembourg suffisait dans ce contexte et pourrait être incorporé dans le projet de Protocole MAC. La Partie 6R de la présente Analyse juridique fournit un examen plus approfondi du rôle des autorités administratives en vertu du projet de Protocole MAC.

P. Inscription et critères de consultation

129. Les articles XVII et XVIII(1) du projet de Protocole MAC établissent les critères applicables à l'inscription et aux consultations de matériel d'équipement dans le futur Registre international. Ces dispositions ont été adoptées par le Comité d'experts gouvernementaux à sa deuxième session, sur la recommandation du Groupe de travail intersessions sur les critères d'inscription (GTICI) ⁴³.

Article XVI – Identification du matériel d'équipement agricole, de construction ou minier aux fins de l'inscription

Une description d'un matériel d'équipement agricole, de construction ou minier, qui comporte le numéro de série attribué par le constructeur et les renseignements supplémentaires requis pour assurer son individualisation, est nécessaire et suffit à identifier le matériel aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 18 de la Convention. Le règlement précise le format du numéro de série du constructeur et fixe les renseignements supplémentaires requis pour assurer son individualisation.

130. L'article XVI prévoit que le processus d'inscription nécessite deux types d'informations: premièrement, la personne effectuant l'inscription doit identifier le matériel d'équipement MAC en indiquant le numéro de série du constructeur qui se trouve généralement sur une plaque de numéro de série fixée de façon permanente sur le matériel d'équipement. En outre, cette personne doit également indiquer d'autres renseignements supplémentaires concernant le matériel d'équipement requis pour assurer l'individualisation conformément au règlement. Aucune inscription ne peut être effectuée sans que ces informations ne soit indiquées par la personne effectuant l'inscription.

131. Le choix des catégories appropriées de renseignements supplémentaires obligatoires dans le futur règlement devrait garantir un processus d'inscription simple, et que les renseignements supplémentaires puissent garantir le caractère unique de l'identification du matériel d'équipement MAC et servir les objectifs de transparence ainsi que la valeur informative d'une inscription au Registre international. L'efficacité de l'inscription de la garantie internationale de la personne effectuant l'inscription dépend de l'indication correcte du numéro de série du constructeur, mais les erreurs anodines concernant les autres renseignements supplémentaires n'affectent pas l'efficacité de l'inscription.

132. A la différence du Protocole aéronautique, le Protocole MAC n'utilise pas le nom du fabricant comme critère d'inscription. Cela tient essentiellement au fait que les constructeurs de matériel d'équipement MAC opèrent sous différents noms de marque, souvent avec le nom de leur filiale locale ou sous d'autres désignations commerciales. Cette pratique, liée au nombre bien plus grand de fabricants MAC qui opèrent au niveau global (comparé au nombre relativement petit de constructeurs aéronautiques) rendrait très difficile pour une partie effectuant l'inscription d'obtenir aisément le nom légal exact du fabricant ⁴⁴.

Article XVII – Modifications additionnelles aux dispositions relatives au Registre

1. *Aux fins du paragraphe 6 de l'article 19 de la Convention, le critère de consultation pour un matériel d'équipement agricole, de construction ou minier est le numéro de série du constructeur.*

⁴³ Le rapport du GTICI soumis à la CEG2 en septembre 2017 peut être consulté à: <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cqe02/s-72K-cqe02-11-f.pdf>.

⁴⁴ Rapport du GTICI (septembre 2017), paragraphes 17 – 19, <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cqe02/s-72K-cqe02-11-f.pdf>.

133. L'article XVII(1) dispose que lors de la consultation du Registre international, le seul critère sera le numéro de série du constructeur. Cette consultation pourrait générer plusieurs résultats dans des situations en présence de multiples inscriptions se référant à différentes pièces de matériel d'équipement MAC ayant des numéros de série identiques. Ce cas de figure adviendrait rarement mais on ne peut pas entièrement l'exclure du fait de l'absence de normes universellement convenues quant à l'attribution unique des numéros de série des constructeurs. En vertu de l'article 22(2)(a) de la Convention, un certificat de consultation est émis par le Conservateur pour chaque résultat obtenu, indiquant toutes les informations inscrites relatives au bien, y compris le numéro de série du constructeur et les autres renseignements complémentaires inscrits conformément aux exigences de l'article XVI. Dans les cas où la consultation du Registre international d'un numéro de série spécifique produit plusieurs résultats (c'est-à-dire lorsque le numéro de série du constructeur n'a pas produit l'individualisation de l'inscription), les personnes qui consultent le Registre international peuvent utiliser les renseignements supplémentaires pour déterminer quelle inscription, le cas échéant, se réfère à la pièce de matériel d'équipement MAC qui les intéresse.

134. L'article XV(1) du Protocole ferroviaire de Luxembourg prévoit que les critères de consultation dans le Registre international seront établis par le règlement, et la section 8.1 du règlement préliminaire pour le Registre international du Protocole ferroviaire indique que les consultations s'effectuent selon le seul critère du numéro de série du constructeur. Dès lors, l'article XVII(1) du projet de Protocole MAC reflète la règle de l'article XV(1) du Protocole ferroviaire de Luxembourg, celui-ci renvoyant l'énoncé de la règle de fond au règlement pour plus de souplesse.

Q. Désignation des points d'entrée

135. L'article XVI permet aux Etats contractants de désigner un point d'entrée national par lequel les informations requises pour l'inscription seront ou pourront être transmises au Registre international. Les Etats contractants peuvent désigner un point d'entrée national obligatoire pour la transmission d'informations associées à l'inscription d'une garantie internationale, mais s'agissant de la transmission des informations requises pour l'inscription en ce qui concerne les avis de vente, le point d'entrée national désigné n'est pas obligatoire.

136. Lors de la CEG2, l'article XVI a donné lieu à des débats importants⁴⁵. Certaines délégations se sont déclarées en faveur de la suppression de l'article XVI au motif que, contrairement au secteur aéronautique, il était peu probable qu'une seule autorité nationale responsable pour les matériels d'équipement MAC puisse être désignée comme point d'entrée national. D'autres délégations se sont demandé si la suppression de l'article XV était nécessaire, compte tenu qu'il ne s'agissait pas d'un article obligatoire et n'imposait pas d'obligation aux Etats contractants. Un certain nombre de délégations ont également noté que cet article avait été inclus dans les trois précédents protocoles à la Convention du Cap et ont suggéré de le conserver pour préserver la cohérence avec les Protocoles précédents. D'autres délégations ont suggéré que, si l'article XVI était maintenu, la Convention ou les règlements devaient identifier le facteur de rattachement permettant de déterminer si une partie est obligée d'utiliser un point d'entrée désigné pour inscrire une garantie dans le Registre international. En fin de compte, la CEG2 a décidé de conserver l'article XVI entre crochets pour un examen plus approfondi lors de la Conférence diplomatique.

137. Etant donné que l'article XVI est une disposition non obligatoire (il ne s'applique qu'aux Etats contractants qui font une déclaration désignant un point d'entrée national), qu'il aide à faire le lien entre le Registre international et des registres nationaux et est souhaité par plusieurs Etats négociateurs, il est suggéré de conserver cette disposition. Toutefois, la Conférence diplomatique pourrait souhaiter examiner davantage cette question.

⁴⁵ UNIDROIT 2017 – Etude 72K – CEG2 – Rapport, paragraphes 124 – 134, <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge02/s-72k-cge02-report-f.pdf>.

Facteur de rattachement

138. En vertu du Protocole aéronautique, le facteur de rattachement est le registre national dans lequel l'aéronef est immatriculé. Bien que l'article XIX ne précise pas quel Etat contractant peut faire la déclaration, la désignation d'un point d'entrée n'aura d'incidence que sur les biens aéronautiques pour lesquels l'Etat déclarant est l'Etat d'immatriculation aux fins de la Convention de Chicago, dès lors que seul cet Etat a le contrôle requis. En conséquence, l'article 12.2 a) du Règlement indique qu'un Etat contractant ne peut désigner un point d'entrée obligatoire que pour les inscriptions relatives aux aéronefs et aux hélicoptères dont il est l'Etat d'immatriculation et aux inscriptions de garanties internationales futures, de ventes futures ou de cessions futures de garanties internationales portant sur toute cellule d'aéronef ou d'hélicoptère concernant lequel il a pris des mesures réglementaires pour devenir l'Etat d'immatriculation ⁴⁶.

139. Conformément au Protocole aéronautique et au Protocole ferroviaire de Luxembourg, il est suggéré que le facteur de rattachement en ce qui concerne les points d'entrée nationaux soit établi par le règlement. Au cours de la CEG2, plusieurs délégations ont suggéré comme facteur de rattachement le lieu de situation du débiteur (aussi, si un débiteur est situé dans un Etat contractant qui a exigé l'utilisation d'un point d'entrée désigné, il devra utiliser ce point d'entrée). Des complications pourraient survenir lorsqu'un débiteur a plusieurs lieux de situation dans différents Etats contractants qui ont tous désigné un point d'entrée obligatoire. Dans un tel cas, on s'attendrait à ce que le débiteur doive utiliser le point d'entrée qui a le rapport le plus étroit avec l'opération (par exemple l'Etat dans lequel le matériel d'équipement sera probablement utilisé, du moins au début). Toutefois, rien n'empêcherait le débiteur d'utiliser un autre point d'entrée, s'il se trouvait également "situé" dans cet Etat en vertu de l'article 4 de la Convention.

140. Une autre possibilité serait que le règlement établisse comme facteur de rattachement la situation du matériel d'équipement au moment de la constitution ou de l'inscription de la garantie internationale, ce qui éviterait le risque de points d'entrée multiples. Toutefois, une telle approche poserait également des problèmes lorsque le matériel d'équipement est situé dans un Etat non contractant avant son exportation ou son transfert pour être utilisé dans un Etat contractant.

141. La Conférence diplomatique souhaitera peut-être examiner plus avant le facteur de rattachement qui conviendrait le mieux dans le futur règlement concernant le registre international du Protocole MAC.

⁴⁶ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphe 3.64.

VI^{ÈME} PARTIE – AUTRES QUESTIONS

R. Autorités administratives

142. L'article VIII(5), l'article IX(6), l'article X Variante A(8), et l'article X Variante C(9) du projet de Protocole MAC contiennent des références aux "autorités administratives" et demandent leur coopération pour la mise en œuvre du droit du créancier afin de permettre l'exportation et le transfert physique du matériel d'équipement MAC. Ces dispositions imposent aux Etats contractants l'obligation, sous réserve de toute loi et réglementation applicables en matière de sécurité, d'assurer que les autorités fournissent rapidement au créancier la coopération et l'assistance requise pour faire exporter et faire transférer physiquement un matériel d'équipement MAC.

143. Les mesures d'exportation et de transfert physique peuvent être exercées selon l'une des deux méthodes suivantes: une décision du tribunal ou une modalité extrajudiciaire. L'exercice de ces mesures en vertu de l'article VIII ne dépend pas d'une décision de justice mais requiert le respect des conditions énoncées dans cet article (procédure extrajudiciaire)⁴⁷. Pour exercer ces mesures en vertu de l'article IX(6), l'Etat contractant doit avoir fait une déclaration en vertu de l'article XXVII(2) appliquant l'article IX et le créancier doit avoir obtenu une mesure provisoire en attendant le règlement au fond en vertu de l'article 13 de la Convention (voie judiciaire)⁴⁸. Enfin, ces mesures ne peuvent être mises en œuvre en cas d'insolvabilité que si l'Etat contractant concerné a fait une déclaration appliquant soit la Variante A, soit la Variante C. L'article VIII exige une coopération et une assistance rapides avec le créancier pour autant que nécessaire, alors que les articles IX et X exigent de plus que les autorités administratives rendent les mesures disponibles au plus tard sept jours après réception de la notification.

144. La CEG2 ne s'est pas mise d'accord sur le maintien des dispositions relatives aux autorités administratives⁴⁹. Certains Etats se sont déclarés en faveur du maintien des dispositions existantes, estimant que le Protocole aéronautique et le Protocole ferroviaire de Luxembourg exigent l'assistance des autorités administratives pour l'exportation et le transfert physique du matériel, et que la suppression de ce paragraphe impliquerait que les autorités administratives des Etats contractants ne sont pas tenues d'assister les créanciers en vertu du Protocole MAC dans la même mesure qu'ils sont tenus d'assister les créanciers en vertu des Protocoles précédents. D'autres Etats se sont déclarés favorables à la suppression des dispositions au motif qu'elles manquaient de clarté en ce qui concerne les obligations imposées aux Etats contractants et pourraient compliquer la mise en œuvre de la Convention, en particulier pour les Etats fédéraux.

145. Afin de trouver une solution de compromis, plusieurs Etats ont proposé un autre libellé visant à fournir une définition plus précise mais non exclusive des autorités administratives et à donner aux Etats la possibilité d'exclure cette disposition. Aucune solution de compromis n'a reçu suffisamment de soutien pour être adoptée. En l'absence de consensus, les dispositions pertinentes ont été placées entre crochets, en insérant entre crochets également le membre de phrase ",notamment les autorités fiscales et douanières ainsi que les autorités en charge des transports, ".

Définition des autorités administratives

146. Dans le contexte du Protocole MAC, il existe un grand nombre d'"autorités administratives" potentielles qui pourraient être appelées à fournir une assistance aux créanciers:

⁴⁷ *Luxembourg Rail Protocol Official Commentary (2nd edition 2014)*, paragraphe 3.25.

⁴⁸ *Luxembourg Rail Protocol Official Commentary (2nd edition 2014)*, paragraphes 5.20 – 5.26.

⁴⁹ UNIDROIT 2017 – Etude 72K – CEG2 – Rapport, paragraphes 92 – 107, <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge02/s-72k-cge02-report-f.pdf>.

- les ministères des transports (MT) au niveau fédéral ou des États: lorsque le déplacement d'un matériel d'équipement MAC pourrait impliquer le transport du matériel vers un port, impliquant parfois le passage de frontières étatiques ou l'utilisation de routes fédérales, ce qui pourrait nécessiter une autorisation du MT. Les règles du MT applicables au transfert de matériels d'équipement MAC pourraient concerner la circulation routière par certains véhicules lourds, des règles de sécurité routière, etc.;
- les services de l'administration de la sécurité routière: ces autorités peuvent autoriser ou bloquer l'importation ou le déplacement de véhicules tels que certains matériels d'équipement MAC comme des camions à benne basculante;
- Les services d'immatriculation des véhicules à moteur au niveau national ou local: les autorités délivrent des plaques d'immatriculation aux véhicules, y compris à certains véhicules commerciaux (par exemples camions, remorques, tracteurs et bulldozers). Le créancier garanti peut devoir faire transférer à son profit la propriété sur le matériel et obtenir de nouvelles plaques, ou peut devoir obtenir des permis spéciaux pour déplacer des matériels d'équipement MAC lourds par des routes nationales ou provinciales;
- les services des autorités maritimes et portuaires: étant donné que le matériel d'équipement MAC sera probablement déplacé par voie maritime, la coopération rapide de ces autorités peut être nécessaire, en particulier pour obtenir un permis d'amarrage;
- les services des autorités centrales ou locales chargées des installations, de la construction et des infrastructures, ou des aires de stationnement: des permis peuvent être requis auprès des autorités locales pour réserver une zone de chargement afin de charger ou de décharger le matériel d'équipement lourd. Ces services peuvent être compétents pour la délivrance de permis en vue du montage, de l'assemblage, du démontage ou de l'utilisation de certains équipements;
- les autorités fiscales et douanières: des lois locales peuvent exiger des permis d'exportation pour l'enlèvement de certains équipements MAC.

147. Il ne semble pas possible d'identifier toutes les autorités compétentes possibles qui pourraient être impliquées dans l'exportation et le transfert physique du matériel d'équipement MAC. En conséquence, il est suggéré que les dispositions pertinentes du projet de Protocole MAC ne devraient pas chercher à les identifier, et que cela soit laissé au Commentaire officiel.

Cohérence avec les Protocoles existants

148. Si l'on se base sur la pratique actuelle dans le cadre du Protocole aéronautique, l'interprétation de "autorités administratives" pourrait ne pas poser un réel problème. Le Protocole aéronautique couvre à la fois les matériels d'équipement soumis à l'immatriculation nationale (par exemple, les cellules d'aéronefs) et les ceux non soumis à l'immatriculation nationale (par exemple, les moteurs). L'article IX(1) du Protocole aéronautique prévoit une mesure de radiation de l'immatriculation du matériel d'équipement soumis à une inscription nationale et une mesure distincte pour ce qui est de l'exportation et du transfert physique tant pour le matériel d'équipement soumis à une immatriculation nationale que pour celui qui n'est pas soumis à une telle immatriculation⁵⁰. Cette mesure distincte d'exportation et de transfert physique s'applique aux "moteurs non installés". Ainsi, le terme "autorités administratives" utilisé dans les articles X et XI du

⁵⁰ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphes 3.31 – 3.37.

Protocole aéronautique est destiné à s'appliquer aux autorités administratives (quelles qu'elles soient) ayant compétence pour l'exportation et le transfert physique des moteurs non installés ⁵¹.

149. Pour préserver la cohérence avec les Protocoles existants, le Groupe de travail MAC a indiqué qu'il était opposé à la suppression des dispositions du Protocole relatives aux "autorités administratives". Le Groupe de travail MAC a indiqué que sans cette référence générale aux autorités administratives compétentes figurant à l'article IX du projet de Protocole MAC, la mesure concernant l'exportation et le transfert physique du matériel MAC pourrait être inefficace lorsque, s'agissant d'une mesure provisoire, l'autorité administrative n'agit pas un délai défini. De même, la suspension dans le contexte de l'insolvabilité au titre de l'article X pourrait se trouver étendue *de facto* si l'autorité administrative compétente n'agit pas.

150. Le projet de Protocole MAC reflète la même approche sur cette question que le Protocole aéronautique (en ce qui concerne les moteurs) et le Protocole ferroviaire de Luxembourg (en ce qui concerne tous les biens). Le Groupe de travail aéronautique a fait remarquer que les références à "l'autorité du registre et les autres autorités administratives compétentes", n'avaient pas posé de problème pour la ratification dans le contexte du Protocole aéronautique. En outre, le délai de sept jours imparti aux autorités administratives pour aider les créanciers à effectuer l'exportation et le transfert physique des moteurs en vertu du Protocole aéronautique n'a posé aucun problème dans la pratique. Même si des autorités administratives supplémentaires pourraient être impliquées dans le contexte du Protocole MAC, étant donné les préoccupations similaires concernant la possibilité de recourir aux mesures de l'exportation et du transfert physique, y compris dans un contexte de mesures provisoires et d'insolvabilité, il est suggéré que les termes "autorités administratives" dans le projet de Protocole MAC ne devrait pas s'écarter de l'approche adoptée dans les Protocoles précédents. Cette approche n'a pas suscité de préoccupations concernant les soixante-seize Etats qui ont adopté le Protocole aéronautique ⁵².

151. Des orientations supplémentaires sur l'interprétation des "autorités administratives" pourraient être fournies dans le Commentaire officiel du futur Protocole MAC.

S. Application aux ventes

152. Les Protocoles précédents à la Convention du Cap diffèrent dans leur traitement des ventes des types d'équipements qu'ils couvrent. Le Protocole aéronautique et Protocole spatial s'appliquent aux ventes et permettent à une vente d'être inscrite dans le Registre international, car cela reflète les pratiques commerciales existantes dans ces secteurs. Le Protocole ferroviaire de Luxembourg ne permet que l'inscription des avis de vente dans le Registre international, ce qui n'a pas d'effet juridique au fond en vertu du Protocole même, mais peut affecter les garanties en droit interne.

153. Le Commentaire officiel sur le Protocole ferroviaire de Luxembourg fournit l'analyse suivante de l'article XVII du Protocole ferroviaire de Luxembourg régissant les avis de vente:

5.70 :... l'article XVII du Protocole de Luxembourg, permettant l'inscription des avis de vente, prévoit que toute inscription et toute consultation ou certificat concernant un avis de vente est faite ou émis à des fins d'information seulement et ne porte pas atteinte aux droits de toute personne, et est dépourvue de tout autre effet, en vertu de la Convention et du Protocole. Le seul but de la procédure d'inscription est de donner

⁵¹ *Aircraft Protocol Official Commentary (4th edition 2019)*, paragraphe 3.16 (*traduction*): "Les moteurs d'aéronefs ne sont pas soumis à l'immatriculation nationale, de sorte que les autorités chargées de l'immatriculation des aéronefs ne les concernent pas et que les seules autorités administratives concernées par les moteurs sont celles qui sont chargées des exportations et des importations". Un exemple courant d'une telle autorité administrative serait les autorités douanières d'un Etat contractant.

⁵² Au 30 juin 2019.

publicité de l'opération de vente en vue d'assurer une priorité en vertu du droit national. Il appartient, bien sûr, à la loi applicable de déterminer si une inscription volontaire dans le Registre international produit des effets pour ce qui est de l'application de ses règles de priorité.

154. Au cours des négociations au sein du Comité d'étude, un rapport de recherche a été préparé sur l'effet des avis de vente dans les régimes de droit interne (le document de recherche fourni au Groupe d'étude est reproduit à l'Annexe VI de la présente Analyse juridique – en anglais seulement).

155. Le rapport précise qu'il existe deux cas limités dans lesquels l'inscription d'un avis de vente peut avoir une incidence sur les droits des parties, concernant tous deux le conflit entre un premier acheteur et un acheteur subséquent. Le rapport examine ensuite les effets juridiques possibles de l'inscription d'un avis de vente dans sept pays différents. En règle générale, l'avis de vente est susceptible d'avoir un effet sur les droits des parties dans les régimes juridiques qui exigent de l'acheteur secondaire qu'il agisse de bonne foi. Le rapport conclut que l'inscription d'un avis de vente n'affecterait pas les droits des parties en Colombie, mais pourrait affecter leurs droits en Allemagne, en Espagne, aux Etats-Unis, en France, au Mexique et au Royaume-Uni.

156. A sa quatrième réunion, le Comité d'étude a décidé que le projet de Protocole MAC devrait adopter l'approche du Protocole ferroviaire de Luxembourg qui permet l'inscription des avis de vente. En prenant cette décision, le Comité d'étude a noté que le fait de ne pas inclure un tel article constituerait un écart par rapport aux Protocoles précédents (lesquels soit permettent l'inscription des avis de vente sans aucun effet de fond, soit exigent l'inscription aux fins de l'application des règles de priorité). Le Comité d'experts gouvernementaux a confirmé cette approche.

157. L'article XIX (Avis de vente) du projet de Protocole MAC reflète l'approche du Protocole ferroviaire de Luxembourg.

T. Baux de courte durée

158. Aux termes de l'article 2(2)(c) de la Convention, les contrats de bail peuvent créer des garanties internationales sur le matériel d'équipement soumis aux différents Protocoles. En vertu du Protocole aéronautique, du Protocole ferroviaire de Luxembourg, du Protocole spatial et du projet de Protocole MAC, les garanties internationales peuvent être constituées en vertu de contrats de bail, quelle que soit la durée du bail.

159. Pour protéger son droit sur le matériel d'équipement, un bailleur devrait inscrire sa garantie internationale internationale dans le registre (article 29(1)). La garantie internationale non inscrite du bailleur serait primée par une garantie internationale concurrente d'un acheteur, d'un acheteur conditionnel ou d'un sous-preneur du preneur. L'article 29(3)(b) et (4)(b) prévoit en outre qu'un acheteur, un acheteur conditionnel ou un preneur acquièrent des droits sur le bien libres de toute garantie non inscrite.

160. Pour le secteur de la location de matériel d'équipement MAC, traiter des contrats de bail de courte durée comme pouvant donner lieu à des garanties internationales susceptibles d'inscription pourrait engendrer des coûts supplémentaires (tels que les frais d'inscription et éventuellement des frais juridiques). Dans de nombreux systèmes juridiques, les contrats de bail ne sont soumis à aucune obligation d'inscription, d'enregistrement ou similaire pour la protection de la propriété du bailleur contre les droits des tiers. Dans ces Etats, le Protocole MAC pourrait nécessiter un changement de pratique pour le secteur de la location.

161. Cependant, en appliquant le Protocole à tous les contrats de bail, quelle que soit leur durée, les bailleurs bénéficieront des avantages supplémentaires offerts aux titulaires de garanties internationales inscrites en vertu de la Convention. En outre, une telle approche est conforme aux

Protocoles existants. Les aéronefs font généralement l'objet de contrats de bail de courte durée, et l'application du Protocole aéronautique à ces contrats n'a posé aucun problème majeur à l'industrie. Les experts du crédit-bail aéronautique ont indiqué que la décision d'inscrire ou non une garantie internationale en vertu d'un contrat de bail de courte durée dans le Registre international dépendra généralement de la relation entre le bailleur et le preneur.

162. Sur la base de ces considérations, il n'est pas recommandé d'inclure dans le projet de Protocole MAC une disposition limitant son application s'agissant de contrats de bail à court terme. Il convient de noter que l'article XI(1) prévoit l'application des règles en matière d'acquisition du droit interne pour les preneurs de matériel détenu en stock par des marchands, et non pas les règles de la Convention en vertu de l'article 29(3)(a) et (4)(a).

U. Interaction entre l'article 29(3)(b) de la Convention du Cap et le projet de Protocole MAC

163. L'article 29(3) de la Convention n'a pas pour objet de traiter de la situation des acheteurs concurrents et ne doit pas être interprété comme impliquant qu'un acheteur secondaire pourrait acquérir son droit libre de toute garantie non précédemment inscrite d'un premier acheteur.

164. L'article 29 (Rang des garanties concurrentes) dispose:

3. *L'acheteur acquiert des droits sur le bien:*

a) *sous réserve de toute garantie inscrite au moment de l'acquisition de ces droits; et*

b) *libres de toute garantie non inscrite, même s'il avait connaissance d'une telle garantie.*

165. Le Comité d'étude a noté qu'il n'y avait pas de conflit entre l'article XVII (Avis de vente) du Protocole ferroviaire de Luxembourg et l'article 29(3) de la Convention du Cap, puisque la position de l'acheteur n'est pas protégée en vertu du Protocole ferroviaire de Luxembourg, et l'article XVII du Protocole ferroviaire de Luxembourg n'a pas vocation à l'emporter sur ou interférer avec l'article 29(3).

166. Le Commentaire officiel du Protocole ferroviaire de Luxembourg fournit l'explication suivante pour l'article 29(3):

4.186. Le paragraphe 3 introduit la première des deux exceptions à la règle générale selon laquelle même une garantie qui n'est pas susceptible d'inscription est primée par une garantie inscrite postérieurement. Le cas de l'achat simple est considéré tellement courant et important qu'il justifie une règle spéciale conférant au droit de l'acheteur priorité sur une garantie qui n'a été inscrite qu'après l'acquisition du bien par l'acheteur. L'application de l'article 29(3) repose toutefois sur la condition implicite que le vendeur avait le pouvoir de disposer de l'objet. Lorsque l'acheteur acquiert priorité en vertu de cette règle, l'effet est d'éteindre toute garantie non inscrite sur le bien et, lorsque la garantie internationale se rapporte à une vente conditionnelle ou un contrat de bail, d'éteindre tout droit du vendeur conditionnel ou du bailleur qui n'a pas été inscrit, car l'extinction du droit ne tient pas à la qualité de vendeur conditionnel ou de bailleur, mais concerne tout droit détenu au moment de la conclusion du contrat de vente conditionnelle ou du contrat de bail.

167. Ce paragraphe est illustré à la page 309 du Commentaire officiel de la manière suivante:

O, propriétaire d'une locomotive, la donne à bail à L. Avant que O ait inscrit sa garantie, L vend fautivement la locomotive à B. B supplante O en tant que propriétaire, et ce, même si B avait connaissance de la garantie internationale de O.

168. Dans l'illustration ci-dessus, il est entendu que la "garantie internationale" de O est une garantie internationale susceptible d'inscription, qui n'a pas été inscrite.

169. Comme les Protocoles aéronautique et spatial permettent l'inscription du droit d'un acheteur, l'article 29(3) de la Convention est remplacé par l'article XIV(1) et (2) du Protocole aéronautique et par l'article XXIII du Protocole spatial, qui disposent:

Modification des dispositions relatives aux priorités

1. *Un acheteur d'un bien [aéronautique/spatial] en vertu d'une vente inscrite acquiert son droit sur ce bien libre de tout droit inscrit postérieurement et de toute garantie non inscrite, même s'il a connaissance du droit non inscrit.*

2. *Un acheteur d'un bien [aéronautique/spatial] acquiert son droit sur ce bien sous réserve d'un droit inscrit au moment de l'acquisition.*

170. Le Comité d'étude a été décidé que l'article 29(3) ne vise pas à faire face à la situation d'acheteurs concurrents, et qu'il ne faudrait pas en déduire qu'un acheteur secondaire pourrait acquérir son droit sur le bien libre d'un droit antérieur non inscrit d'un premier acheteur. Le Comité d'étude a décidé qu'il n'y avait pas besoin d'insérer un article dans le projet de Protocole MAC sur cette question, mais le futur Commentaire officiel sur le Protocole MAC devrait prévoir expressément que l'article 29(3) ne s'appliquerait pas à des situations impliquant des acheteurs concurrents.

V. Modification des dispositions relatives aux cessions

171. Le projet de Protocole MAC suit le précédent du Protocole ferroviaire de Luxembourg et ne modifie pas les dispositions originales de la Convention relative aux cessions.

172. A sa première réunion, le Comité d'étude a examiné s'il était nécessaire que le projet de Protocole MAC modifie les dispositions relatives aux cessions de la Convention du Cap, comme le font l'article XV du Protocole aéronautique et l'article XXIV du Protocole spatial. On a noté que l'article XV du Protocole aéronautique modifie l'article 33 de la Convention du Cap en ajoutant l'exigence supplémentaire que soit obtenu préalablement le consentement par écrit du débiteur pour que le cessionnaire puisse exiger du débiteur le paiement ou l'exécution de toute autre obligation. On a en outre noté que cette exigence supplémentaire a été introduite dans le Protocole aéronautique car elle reflète la pratique établie dans le financement aéronautique et que l'industrie du transport aérien tenait à ce qu'elle y figure. Le Protocole ferroviaire de Luxembourg n'a pas suivi cette approche car une telle pratique n'est pas suivie dans le secteur ferroviaire. Il a été conclu que le projet de Protocole MAC devrait suivre le précédent du Protocole ferroviaire de Luxembourg à cet égard.

W. Exemption de service public

173. L'article XXV du Protocole ferroviaire de Luxembourg et l'article XXVII du Protocole spatial prévoient une dérogation à l'application de certains aspects de la Convention du Cap et des Protocoles pertinents en ce qui concerne la fourniture de services publics. Si la façon de traiter cette question dans les deux Protocoles est sensiblement différente, le principe qui y préside est le même: l'Etat a

un intérêt naturel à assurer qu'un créancier qui exerce ses droits en vertu de la Convention / Protocole ne provoque pas l'arrêt brutal d'un service d'importance publique ⁵³.

174. L'article XXV du Protocole ferroviaire de Luxembourg prévoit qu'un Etat contractant peut déclarer à tout moment qu'il continuera d'appliquer ses règles de droit en vigueur au moment de la déclaration, qui interdisent, suspendent ou réglementent l'exercice sur son territoire des mesures prévues par la Convention / Protocole concernant le matériel roulant ferroviaire affecté au service public. L'article XXV s'applique tant aux véhicules de transport de passagers qu'aux véhicules de transport de marchandises, qui doivent habituellement être utilisés pour fournir un service d'importance publique (ainsi, un véhicule de transport de passagers transportant habituellement un nombre important de passagers sur une ligne principale devrait normalement être considéré fournir un service d'importance publique) ⁵⁴. Si le service public est exercé par l'Etat contractant, il a le devoir de préserver et d'entretenir le bien et de faire paiement au créancier soit du montant en vertu des règles de droit de l'Etat contractant qui fait la déclaration, soit des loyers de marché dans un délai de dix jours à compter de la date de prise de possession du bien (et par la suite, le premier jour de chaque mois consécutif). Il n'y a aucune limite de temps quant à la période pendant laquelle l'Etat contractant peut empêcher le créancier de mettre en œuvre une mesure portant sur du matériel roulant affecté au service public.

175. En vertu de l'article XXVII du Protocole spatial, un débiteur qui conclut un contrat prévoyant l'utilisation d'un bien spatial pour la fourniture d'un service public peut convenir avec les autres parties au contrat de fourniture du service public et avec l'Etat contractant, que sera inscrit un avis de service public en vertu du Protocole. Techniquement, le consentement du créancier n'est pas exigé puisque le créancier n'est pas partie au contrat pour la fourniture de service public. Toutefois, le créancier peut imposer des restrictions contractuelles au consentement du débiteur à l'inscription d'un avis de service public au moment de la constitution de la garantie internationale, et donc dans la pratique, il prendra souvent part aux négociations ⁵⁵. Sous réserve de certaines exceptions, un créancier ne peut exercer aucune des mesures en vertu de la Convention / Protocole en cas d'un manquement du débiteur concernant un actif qui fait l'objet d'un avis de service public. Un Etat contractant doit préciser dans la déclaration la période pendant laquelle le créancier ne peut pas exercer les mesures, celle-ci ne pouvant être inférieure à trois mois ni supérieure à six mois à compter de la date d'inscription de l'avis par le créancier. Au cours de la période de suspension, le créancier, le débiteur et le fournisseur de services publics doivent coopérer de bonne foi en vue de trouver une solution commercialement raisonnable permettant la continuation du service public.

176. Les types de services publics importants relatifs au transport ferroviaire (transport de personnes et de marchandises) et des biens spatiaux (sécurité nationale, sécurité des transports, communications) sont évidents. Les secteurs de l'exploitation minière, de l'agriculture et de la construction, eux, ne fournissent pas de services publics. En revanche, ils fonctionnent dans des domaines qui pourraient être d'intérêt public.

177. A sa première réunion, le Comité d'étude est convenu d'adopter une approche prudente pour cette question, étant donné la difficulté des négociations à ce sujet dans les Protocoles précédents. La première réunion du Comité d'étude a mis en évidence la distinction importante entre les biens qui fournissent effectivement un service public couverts par le Protocole ferroviaire de Luxembourg et le Protocole spatial, et les biens qui sont utilisés pour des fonctions ayant un intérêt public important. Par exemple, le matériel de construction peut être utilisé dans la construction de projets

⁵³ Commentaire Officiel du Protocole spatial, – en anglais seulement, ci-après sous son titre original: *Space Protocol Official Commentary (1st edition reprint 2014)*, page 194.

⁵⁴ Commentaire Officiel du Protocole ferroviaire de Luxembourg, – en anglais seulement, ci-après sous son titre original, *Luxembourg Rail Protocol Official Commentary (2nd edition, 2014)*, page 181.

⁵⁵ *Space Protocol Official Commentary (1st edition reprint 2014)*, page 196.

d'infrastructure importants qui sont au cœur des intérêts publics d'un pays; toutefois, l'équipement de construction ne fournit pas lui-même un service public continu. Il a en outre été noté que les types les plus communs de projets d'importance nationale liés à l'industrie MAC auraient un certain degré de financement public et dès lors seraient peu susceptibles d'être financés par des accords de financement privés couverts par la Convention du Cap.

178. Le Comité d'étude est convenu qu'il n'était pas nécessaire d'inclure un article d'exemption de service public dans le projet de Protocole MAC, du fait que les secteurs de matériel d'équipement MAC ne fournissent pas de services publics continus. Le Comité d'experts gouvernementaux a entériné cette décision.

X. Procédures d'amendement

179. L'article XXXIII du projet de Protocole MAC contient deux mécanismes différents pour modifier l'instrument. Les paragraphes 2 et 3 énoncent les règles régissant le processus d'amendement des articles du Protocole, tandis que les paragraphes 4 à 6 prévoient un processus distinct pour les amendements des Annexes. A la CEG2, aucun consensus n'a pu être trouvé sur le mécanisme de modification du Protocole MAC et de ses Annexes⁵⁶. Le Comité a chargé le Secrétariat de travailler avec les Etats intéressés à l'élaboration d'un texte alternatif susceptible de recueillir un large soutien des Etats participant aux négociations.

180. En vue de la Conférence diplomatique, le Secrétariat a procédé à des consultations approfondies avec les experts internationaux et les Gouvernements pour élaborer une proposition de formulation alternative. Sur la base de ces consultations le Secrétariat propose une nouvelle rédaction d'article XXXIII et l'insertion d'un nouvel article XXXIV dans le projet de Protocole MAC. Les documents préparatoires fournissant une explication détaillée de l'historique des discussions sur les mécanismes d'amendement du Protocole MAC ont été préparés conjointement par le Secrétariat et par les experts juridiques⁵⁷.

Révisions du SH

181. Comme indiqué dans la Partie 2D du présent document, le champ d'application du Protocole MAC est déterminé uniquement par les codes à six chiffres du SH figurant dans les Annexes au Protocole. L'utilisation de codes SH pour déterminer la portée du Protocole MAC est nécessaire pour limiter la portée de l'instrument aux matériels d'équipement de grande valeur, mobiles et susceptibles d'individualisation. L'article I du Protocole dispose que les codes SH pour le matériel d'équipement minier figurent à l'Annexe 1, les codes SH pour le matériel d'équipement agricole figurent à l'Annexe 2 et les codes SH pour le matériel d'équipement de construction figurent à l'Annexe 3.

182. Le SH est modifié tous les cinq ans ("révisions du SH"). En règle générale, des modifications sont apportées au SH pour trois raisons: i) une clarification, ii) une réorganisation structurelle pour tenir compte de l'évolution des échanges internationaux par suite de l'évolution technologique et des pratiques de l'industrie, et iii) à la demande des organisations internationales qui utilisent le SH à diverses fins.

⁵⁶ [Unidroit 2017 – Etude 72K – CGE2 – Rapport](#), paragraphes 157 - 163.

⁵⁷ UNIDROIT 2017 – Etude 72K – CGE2 – Doc. 4, pages 38 – 39 et 122 – 125, <https://www.unidroit.org/french/documents/2017/etude72k/cge02/s-72K-cge02-04-f.pdf>; Teresa Rodriguez de las Heras Ballell and Megumi Hara, "MAC Protocol and Treaty Design: Examination of the Delimitation of Scope and Mechanism of Amendment" *Cape Town Convention Journal* Vol. 6 (2017) <https://ctcjournal.net/index.php/ctcj/article/view/4>.

183. Une révision du SH pourrait avoir les effets suivants sur les codes du SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC:

- i) un code SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC est renuméroté et son titre ou son sous-titre sont modifiés;
- ii) un code SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC est supprimé et est divisé en deux ou plusieurs nouveaux codes SH;
- iii) un code SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC est supprimé et le matériel d'équipement visé par ce code SH est ajouté à un autre code SH figurant dans les Annexes;
- iv) un code SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC est supprimé et le matériel d'équipement visé par ce code SH est ajouté à un code SH non répertorié dans les Annexes.

184. Tous les types de modifications décrites ci-dessus nécessiteraient des modifications aux codes du SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC, afin de garantir que les codes du SH répertoriés restent alignés sur le SH.

185. Il est essentiel que le Protocole MAC dispose d'un mécanisme permettant de prendre en compte les révisions du SH, car les codes SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC déterminent entièrement le champ d'application de l'instrument. Sans un tel mécanisme, les codes du SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC deviendraient progressivement incompatibles avec le SH, ce qui empêcherait les parties cherchant à créer des garanties internationales sur les matériels d'équipement MAC de vérifier avec certitude quels types de matériels sont couverts par le traité.

186. Par exemple, si une révision du SH en 2027 affecte les codes du SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC et que celles-ci n'ont pas été ajustées pour refléter les modifications, les Annexes au Protocole MAC et le SH ne seront plus cohérents. Les parties qui cherchent à financer du matériel sous l'empire du Protocole MAC pourraient être déconcertées par le manque de cohérence entre les codes du SH figurant dans les Annexes et le SH lui-même. Pour les codes figurant dans les Annexes qui ne seraient plus alignés sur le SH, les parties devraient essayer de déterminer quel type de matériel d'équipement relevait de ce code SH avant l'entrée en vigueur de la nouvelle révision. Avec le temps, cela deviendrait de plus en plus difficile à faire. Des révisions supplémentaires du SH étant effectuées au cours du temps entraîneraient un désalignement accru entre les Annexes au Protocole MAC et le SH, ce qui compliquerait la détermination du champ d'application exact du Protocole MAC. Toute incertitude sur le champ d'application du Protocole MAC compromettrait considérablement le fonctionnement et l'efficacité de l'instrument.

187. Dans l'ensemble, les révisions du SH tendent à ne concerner qu'un petit nombre des codes existants. Les nouvelles éditions du SH modifient généralement 200 à 300 des quelque 5 300 codes (5%). Plus de 70% des codes SH n'ont jamais été affectés. Le Secrétariat a mené une étude sur l'incidence des quatre dernières révisions du SH sur les codes du SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC (2002, 2007, 2012 et 2017). Pour les trois révisions couvrant la période allant de 2002 à 2016, les codes n'ont pas été affectés par les révisions du SH. En 2017, quatre codes ont été

modifiés ⁵⁸. Les quatre codes concernés ont été scindés en codes SH supplémentaires ⁵⁹ sur la base de propositions de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) visant à améliorer les données sur le commerce et l'utilisation de machines agricoles.

188. Deux conclusions peuvent être tirées de cette analyse: i) les modifications du SH relatives aux codes du SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC ne seront que rarement touchées, et ii) le Dépositaire et l'Autorité de surveillance du Protocole MAC pourraient participer à la négociation de révisions futures du SH pour tenter de limiter les modifications qui auraient un effet défavorable sur le Protocole MAC. Malgré l'impact limité escompté des révisions du SH sur les Annexes du Protocole MAC, le traité doit comporter un mécanisme d'amendement clair et équilibré, à la fois acceptable pour les Etats contractants et suffisamment adaptable pour refléter les changements apportés au SH.

Proposition du Secrétariat

189. La CEG2 a demandé au Secrétariat de présenter une proposition de rédaction reflétant les points de principe suivants:

- i) le ou les articles d'amendement doivent trouver un équilibre entre la capacité des Etats contractants de décider du champ d'application du traité et un mécanisme souple permettant de modifier les Annexes au Protocole en ce qui concerne les modifications apportées au Système harmonisé lui-même;
- ii) le Protocole devrait contenir différents mécanismes d'amendement, adaptés à la nature du changement proposé;
- iii) le Protocole devrait assurer que les Annexes au Protocole contiennent une liste précise de codes, afin que le champ d'application du Protocole soit clair et prévisible.

190. Afin de trouver une solution largement acceptable, le Secrétariat a entrepris des recherches sur les différents processus et mécanismes d'amendement utilisés dans les traités internationaux existants, afin de s'assurer que les articles proposés dans le présent document sont bien ancrés dans la pratique des traités existants ⁶⁰.

Distinction entre "amendements" et "ajustements techniques": la double approche

191. Le Secrétariat propose que le Protocole MAC adopte une double approche pour modifier son texte. Selon cette approche, une distinction est faite entre i) les amendements des articles du Protocole et les amendements des codes du SH dans les Annexes qui ne sont pas liés aux révisions du SH (article XXXIII) et ii) les "ajustements techniques" des Annexes requis par les révisions du SH (article XXXIV). Il est courant que les traités prévoient "de multiples procédures d'amendement pour

⁵⁸ i) 842481: Appareils mécaniques (même à main) à projeter, disperser ou pulvériser des matières liquides ou en poudre; extincteurs, même chargés; pistolets aéroglyphes et appareils similaires; machines et appareils à jet de sable, à jet de vapeur et appareils à jet similaires – Autres appareils – Agriculture ou horticulture ii) 843230: Machines, appareils et engins agricoles, horticoles ou sylvicoles pour la préparation ou le travail du sol ou pour la culture; rouleaux pour pelouses ou terrains de sport – Semoirs, plantoirs et repiqueurs iii) 843240: Machines, appareils et engins agricoles, horticoles ou sylvicoles pour la préparation ou le travail du sol ou pour la culture; rouleaux pour pelouses ou terrains de sport – Epandeurs de fumier et distributeurs d'engrais iv) 870190: Tracteurs (à l'exclusion des chariots-tracteurs du n° 87.09) – Autres.

⁵⁹ 842481 a été scindé et remplacé par 842482 et 842449, 843230 a été scindé et remplacé par 843231 et 843239, 843240 a été scindé et remplacé par 843241 et 843242, et 870190 a été scindé en cinq codes distincts et remplacé par 870191, 870192, 870193, 870194 et 870195. Pour davantage d'informations, voir UNIDROIT 2017 – Etude 72K - CGE2 – Doc. 6: <https://www.unidroit.org/english/documents/2017/study72k/cge02/s-72k-cge02-06-e.pdf>.

⁶⁰ Un résumé des mécanismes d'amendement utilisés dans une série de traités internationaux existants est présenté à l'Annexe VIII de l'Analyse juridique (en anglais seulement).

différentes parties du traité, ce qui permet au traité de trouver un équilibre plus fin entre protection de la souveraineté, stabilité et dynamisme”⁶¹.

192. Au cours des réunions du CEG, les Etats ayant participé aux négociations ont appuyé l’adoption par le Protocole MAC d’une double approche en matière d’amendement. Toutefois, dans le projet de Protocole MAC actuel, les deux approches sont décrites dans différents paragraphes du même article (article XXXIII), ce qui brouille les processus et rend les négociations confuses. La raison d’être de deux articles d’amendement distincts est d’établir une distinction claire entre les amendements de fond apportés au Protocole et à ses Annexes à la demande des Etats contractants, et les ajustements techniques nécessaires pour maintenir le Protocole MAC aligné avec le SH, à la suite d’une révision.

193. En ligne générale, l’article XXXIII adopte le processus traditionnel d’amendement des traités, tandis que l’article XXXIV offre une approche simplifiée des amendements techniques tout en laissant aux Etats contractants un niveau de décision approprié sur le processus.

194. Le Secrétariat invite les parties prenantes à examiner les articles d’amendement proposés. Une explication de l’article proposé et un organigramme illustrant son fonctionnement sont présentés ci-dessous.

Article XXXIII – Conférences d’évaluation, amendements et questions connexes

1. *Le Dépositaire, en consultation avec l’Autorité de surveillance, prépare chaque année ou à tout autre intervalle pertinent, des rapports à l’intention des Etats parties concernant la manière dont fonctionne en pratique le régime international établi dans la Convention telle qu’amendée par le présent Protocole. En préparant de tels rapports, le Dépositaire tient compte des rapports de l’Autorité de surveillance concernant le fonctionnement du système international d’inscription.*

2. *A la demande d’au moins vingt-cinq pour cent des Etats parties, des Conférences d’évaluation des Etats parties sont organisées de temps à autre par le Dépositaire en consultation avec l’Autorité de surveillance pour examiner:*

- a) l’application pratique de la Convention telle qu’amendée par le présent Protocole et la mesure dans laquelle elle facilite effectivement le financement garanti par un actif et le crédit-bail des biens relevant de son champ d’application;*
- b) l’interprétation judiciaire et l’application des dispositions du présent Protocole, ainsi que du règlement;*
- c) le fonctionnement du système international d’inscription, les activités du Conservateur et la supervision de celui-ci par l’Autorité de surveillance, sur la base des rapports soumis par l’Autorité de surveillance; et*
- d) l’opportunité d’apporter des modifications au présent Protocole ou aux dispositions concernant le Registre international; et*
- e) s’il y a lieu d’ajouter des codes du Système harmonisé à une ou plusieurs Annexes, ou de supprimer des codes du Système harmonisé d’une ou de plusieurs Annexes.*

3. *Tout amendement au présent Protocole autre que des ajustements techniques aux Annexes conformément à l’article XXXIV doit être approuvé à la majorité des deux tiers au moins des Etats parties participant à la Conférence visée au paragraphe précédent et entre ensuite en vigueur à l’égard des Etats qui ont ratifié, accepté ou approuvé ledit amendement, après sa ratification, son acceptation ou son approbation par cinq Etats parties conformément aux dispositions de l’article XXIV relatives à son entrée en vigueur.*

4. *L’amendement des Annexes ne porte pas atteinte aux droits et garanties nés avant la date à laquelle l’amendement prend effet ou entre en vigueur.*

⁶¹ Jutta Brunnée, ‘Treaty Amendments’, in Duncan B. Hollis (ed), *The Oxford Guide to Treaties* (OUP 2012) 352.

Article XXXIV – Ajustements techniques aux Annexes

1. *Après l'adoption d'une révision du Système harmonisé, le Dépositaire consulte l'Organisation mondiale des douanes et l'Autorité de surveillance concernant les codes du SH énumérés dans les Annexes qui pourraient être affectés par la révision.*
2. *Le Dépositaire informe tous les Etats contractants des codes du SH dans les Annexes affectés par la révision et propose des ajustements techniques aux codes du SH dans les Annexes afin d'assurer que les Annexes restent conformes au Système harmonisé. Les ajustements techniques proposés par le Dépositaire chercheront à limiter les changements entraînés par la révision du Système harmonisé à l'application du Protocole au matériel d'équipement minier, agricole et de construction.*
3. *Les ajustements techniques aux Annexes proposés par le Dépositaire en vertu du paragraphe 2 sont réputés adoptés par les Etats contractants à moins qu'un Etat contractant objecte à un ajustement technique dans les douze mois suivant sa notification.*
4. *Lorsqu'un ou plusieurs Etats contractants objectent à un ajustement technique dans les douze mois suivant sa notification, le Dépositaire convoque une réunion des Etats contractants pour examiner les ajustements techniques aux codes SH dans les Annexes ayant fait l'objet d'objection. Lors de l'examen des ajustements techniques aux Annexes, les Etats contractants participants déploieront leurs meilleurs efforts pour parvenir à un accord par consensus. Si tous les efforts en ce sens ont été faits sans conduire à un accord, une décision sera prise à une majorité des deux-tiers des Etats contractants présents et votants. Les décisions de la réunion des Etats contractants s'imposeront à tous les Etats contractants.*
5. *Lorsqu'un ajustement technique proposé n'est pas adopté par la réunion des Etats contractants conformément au paragraphe 4, le code SH affecté par l'ajustement technique proposé est retiré des Annexes afin de préserver la conformité avec le Système harmonisé.*
6. *Le Dépositaire informe les Etats contractants de toutes les modifications aux Annexes au Protocole MAC conformément aux paragraphes 3, 4 et 5. Sauf disposition contraire, ces modifications entrent en vigueur six mois à compter de la date de la communication du Dépositaire.*
7. *Toute modification des Annexes conformément aux paragraphes 3, 4 et 5 ne porte pas atteinte aux droits et garanties nés avant la date à laquelle la modification prend effet ou entre en vigueur*

*Analyse**Article XXXIII*

195. L'article XXXIII est presque identique aux articles relatifs à l'amendement de la Convention du Cap et de ses trois Protocoles existants⁶². Il reflète les mécanismes d'amendement traditionnels dans la majorité des traités. Selon cette approche, les amendements au Protocole sont adoptés par les Etats contractants lors de conférences de révision et n'entrent en vigueur que lorsqu'un certain nombre d'Etats ont ratifié, accepté ou approuvé l'amendement. L'amendement n'entre en vigueur pour chaque Etat contractant que si celui-ci l'a ratifié, accepté ou approuvé. Ce mécanisme reste approprié pour modifier les articles du Protocole lui-même.

196. Le paragraphe 2(e) prévoit que le mécanisme traditionnel d'amendement des traités s'appliquera également à l'ajout ou à la suppression de codes SH des Annexes au Protocole MAC, *qui sont sans rapport avec les révisions du SH*. Cet alinéa vise à servir de mécanisme pour l'élargissement ou la réduction du champ d'application matériel du Protocole. Par exemple, si, en 2032, un Etat propose d'ajouter à l'Annexe 1 un code SH supplémentaire couvrant un certain type d'équipement minier, les Etats contractants ne pourront ajouter ce code à l'Annexe 1 que par le biais d'une conférence de révision. Etant donné que ce type de modification constituerait un élargissement matériel du Protocole MAC sans rapport avec aucun des codes du SH déjà répertoriés dans les Annexes, il semble approprié que cet amendement exige à la fois l'approbation des deux tiers de la

⁶² Convention du Cap, article 61, Protocole aéronautique, article XXXVI, Protocole ferroviaire de Luxembourg, article XXXIII et Protocole spatial, article XLVII.

conférence de révision, puis individuellement, sa ratification, son acceptation ou son approbation par chaque Etat contractant ⁶³.

197. Le paragraphe 4 a également été inséré pour préciser que la suppression d'un code SH des Annexes ne doit pas affecter les droits et garanties préexistants. Ce résultat serait déjà probablement obtenu en vertu des dispositions transitoires de l'article 60 de la Convention du Cap et de l'article XXVI du projet de Protocole MAC. Toutefois, il est suggéré de réaffirmer, à propos des Annexes, que les droits préexistants sur le matériel d'équipement MAC ne seront pas affectés par la suppression subséquente du code SH correspondant des Annexes au Protocole MAC.

Article XXXIV

198. L'article XXXIV définit la procédure à suivre pour apporter les modifications nécessaires aux codes SH figurant dans les Annexes ("ajustements techniques") à la suite d'une révision périodique du SH.

199. L'article XXXIV prévoit un mécanisme d'amendement "hybride" permettant d'apporter des ajustements techniques aux Annexes. Ce "mécanisme hybride" comprend en premier lieu une procédure d'amendement tacite et en deuxième lieu un mécanisme de réunion des Etats contractants en cas d'échec de la procédure d'amendement tacite. La procédure de modification tacite est conçue comme un système efficace pour effectuer des ajustements techniques aux Annexes, et à la fois équilibrée grâce à un mécanisme de réunion donnant aux Etats contractants une maîtrise suffisante sur le processus.

200. Le mécanisme d'ajustement prévu à l'article XXXIV s'inspire étroitement de la procédure d'amendement ⁶⁴ de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (ci-après dénommée la "Convention sur les armes chimiques – CAC") ⁶⁵, adoptée en 1993 avec 193 Etats parties. Bien que le but et l'objet de la CAC soient extrêmement différents de ceux du Protocole MAC, le processus de modification est analogue dans la mesure où le matériel inclus dans son champ d'application est déterminé par des Annexes techniques. La CAC autorise les modifications à la liste de produits chimiques par un mécanisme hybride utilisant à la fois une procédure d'amendement tacite et un mécanisme de réunion le cas échéant. Les 193 Etats parties à la CAC sont tous liés par les modifications apportées à la liste de produits chimiques approuvés tacitement ou par une majorité des deux tiers des voix.

201. Le paragraphe 1 de l'article XXXIV établit que le processus d'ajustement technique est déclenché par une révision du SH ⁶⁶. "L'adoption d'une révision du SH" désigne le moment auquel le Conseil de l'OMD adopte officiellement une révision du SH. L'adoption a généralement lieu deux ans avant l'entrée en vigueur de la révision (par exemple, la révision de 2022 sera formellement adoptée par le Conseil de l'OMD à la fin de 2019). Les ajustements techniques apportés aux Annexes du Protocole MAC devraient entrer en vigueur en même temps que la révision du SH. Sur la base du

⁶³ La plupart des Etats consultés de manière informelle au sujet du mécanisme de modification proposé ont souscrit à ce que les modifications de fond apportées aux Annexes sans rapport avec une révision du SH soient soumises au processus de l'article XXXIII proposé, quoiqu'un Etat ait suggéré que le processus de l'article XXXIV, plus souple, serait préférable.

⁶⁴ L'Annexe VIII du présent document d'Analyse juridique contient de plus amples informations sur la CAC.

⁶⁵ https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/2019/02/CWC_fr.pdf.

⁶⁶ Un Etat consulté informellement au sujet du mécanisme de modification proposé a suggéré que le processus d'ajustement technique devrait adopter une approche encore plus simple pour les modifications purement formelles des codes du SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC résultant d'une révision du SH. Selon une approche plus simple, les ajustements formels sans effet juridique n'obligeraient pas le Dépositaire à demander l'approbation des Etats contractants, mais seraient tenus de leur notifier les ajustements formels et le moment auquel les ajustements entreraient en vigueur.

calendrier établi par l'OMD, cela laissera deux ans pour mener à bien le processus au titre de l'article XXXIV.

202. Le paragraphe 1 impose en outre au dépositaire de consulter l'Organisation mondiale des douanes et l'Autorité de surveillance pour déterminer si les Annexes au Protocole MAC ont été affectées par la révision du SH. Le but de ces consultations est i) de vérifier si les Annexes au Protocole MAC ont été affectées par une révision du SH et ii), le cas échéant, de recevoir un avis sur les ajustements nécessaires. L'OMD publie des "tableaux de correspondance" illustrant l'incidence des révisions du SH sur certains codes du SH, ce qui facilitera ce processus.

203. *Proposition d'ajustements techniques*: le paragraphe 2 dispose que le dépositaire doit informer tous les Etats contractants si une révision du SH a eu une incidence sur les codes SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC. En outre, le paragraphe 2 impose au dépositaire de proposer des ajustements techniques qui i) garantissent que les Annexes restent conformes au SH, et en outre ii) minimisent les modifications apportées au champ d'application du Protocole MAC. Le premier objectif de principe visant à assurer une pleine conformité entre le SH et les Annexes au Protocole MAC a la priorité sur le second. Toutefois, le deuxième objectif consistant à réduire au minimum les modifications apportées au champ d'application est une limitation importante qui garantit que l'article XXXIV ne peut pas être utilisé pour modifier indûment le champ d'application du Protocole MAC au-delà de ce qui est strictement nécessaire en raison d'une révision du SH.

204. *Processus d'approbation tacite*: le paragraphe 3 présente la première phase du mécanisme de modification hybride: le processus d'approbation tacite. Les mécanismes d'approbation tacites sont "devenus un mode commun d'établissement de normes internationales"⁶⁷. Ils sont généralement utilisés pour modifier les Annexes des traités plutôt que les articles de fond. Ils sont couramment utilisés dans les traités préparés par l'Organisation maritime internationale, tels que la *Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires* (ci-après dénommée "MARPOL") et la *Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer* (ci-après dénommée "SOLAS"). Ils sont également utilisés dans les traités sur l'environnement. La CAC et le *Traité d'interdiction complète des essais nucléaires* utilisent également des processus de modification tacites dans le cadre d'un mécanisme hybride⁶⁸.

205. *Délai d'objection*: le paragraphe 3 prévoit une période de douze mois pour que les Etats contractants s'opposent à un ajustement technique proposé par le Dépositaire. La période pendant laquelle un Etat contractant peut formuler une objection varie d'un traité à l'autre. Par exemple, la Convention MARPOL prévoit un délai minimum de dix mois pour formuler des objections⁶⁹, tandis que la convention SOLAS prévoit une procédure d'amendement qui exige une période minimale de six mois⁷⁰. D'autres traités ne prévoient pas de délai spécifique mais font plutôt référence à une "période spécifiée" pour les objections⁷¹. Le délai de douze mois proposé pour l'article XXXIV du Protocole MAC vise à donner aux Etats contractants suffisamment de temps pour examiner en détail les ajustements techniques proposés et consulter les parties prenantes nationales compétentes, telles que des experts en échanges commerciaux et droits de douane ayant l'expérience du fonctionnement du SH.

⁶⁷ Doris Köning, 'Tacit Consent/Opting Out Procedure', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* IX (2012) 730-731.

⁶⁸ Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, article VII.

⁶⁹ Article 16(2)(f)(iii).

⁷⁰ Voir Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS), 1974 – accessible à <www.imo.org>.

⁷¹ Convention internationale de 1978 sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille, article XII(1)(a)(vii) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201361/volume-1361-I-23001-French.pdf>.

206. *Seuil d'objection*: le paragraphe 4 prévoit que le seuil d'échec de la procédure d'amendement tacite est fixé à "un ou plusieurs" Etats contractants. Ce seuil extrêmement bas est un mécanisme supplémentaire permettant aux Etats contractants préoccupés par un ajustement technique proposé d'en débattre à une réunion des Etats contractants. D'autres traités exigent parfois des seuils plus élevés d'Etats opposés (souvent le tiers des Etats Parties)⁷² pour faire échec à un amendement tacite. Toutefois, un seuil plus élevé pourrait ne pas convenir au Protocole MAC, dans la mesure où tous les Etats contractants seront liés par des ajustements techniques⁷³.

207. *Procédure de réunion obligatoire des Etats contractants*: le paragraphe 4 dispose que, en cas d'échec de la procédure d'amendement tacite sur la base de l'opposition d'un ou de plusieurs Etats contractants, le dépositaire convoque une réunion des Etats contractants pour examiner les ajustements techniques auxquels des objections ont été faites. La réunion des Etats est nécessaire pour tenter de parvenir à un consensus sur les ajustements proposés. Toutefois, si un consensus ne peut être atteint, le paragraphe 4 exige que la majorité des deux tiers des Etats contractants participants approuve l'ajustement proposé. Le processus décrit au paragraphe 4 est calqué directement sur la CAC. Cependant, il existe de nombreux autres exemples de mécanismes de consentement majoritaire contraignant dans des traités existants. Le *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique* (ci-après dénommé "Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques"), adopté en 2000 par 171 Etats parties, permet également à une réunion des parties d'adopter des décisions contraignantes à la majorité des deux tiers en excluant certains types d'organismes vivants modifiés de la portée du Protocole⁷⁴. De même, le *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques* (ci-après dénommé le "Protocole de Madrid") et la *Convention visant à faciliter le trafic maritime international* (ci-après dénommée "Convention FAL") permettent également d'apporter certaines modifications techniques par un processus de consentement majoritaire contraignant.

208. Concrètement, la réunion des Etats contractants fonctionnera de la même façon qu'une conférence de d'évaluation au titre de l'article XXXIII (3), les deux types de réunions nécessitant une majorité des deux tiers pour approuver les modifications. Cependant, la distinction importante est que la procédure en vertu de l'Article XXXIII(3) n'est contraignante que pour les Etats parties qui ratifient, adhèrent ou approuvent l'amendement proposé, alors que la réunion des Etats contractants en vertu de l'Article XXXIV(4) exige d'abord une recherche de consensus pour approuver les ajustements techniques, et prévoit en dernière instance une décision à la majorité des deux tiers qui liera tous les Etats contractants.

209. *Echec d'un ajustement technique*: ainsi qu'expliqué ci-dessus, des ajustements techniques ne sont nécessaires que pour les codes SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC qui n'existent plus dans le SH en raison d'une révision. En conséquence, même lorsque les Etats contractants refusent un ajustement technique, le maintien du code SH obsolète dans les Annexes au Protocole

⁷² Convention internationale de 1978 sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille, article XII(1)(a)(vii); SOLAS article VIII(b)(vi)(2).

⁷³ Un Etat consulté informellement au sujet du mécanisme d'amendement proposé a suggéré de retenir un nombre plus élevé d'Etats s'opposant à l'ajustement proposé pour faire échec au processus d'approbation tacite. Il a également été suggéré qu'un Etat objectant devrait peut-être être tenu de motiver son objection à la proposition.

⁷⁴ L'objectif principal du Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques est de prévoir une procédure d'accord préalable en connaissance de cause concernant les mouvements transfrontières d'organismes vivants modifiés. L'article 7(4) permet à la Conférence des Parties d'identifier certains organismes vivants modifiés qui ne seront pas soumis à la procédure d'accord préalable en connaissance de cause. Conformément à l'article 29(5), le règlement intérieur de la Conférence des Parties est applicable aux décisions adoptées par la Conférence des Parties. Conformément au paragraphe 40(1) du Règlement, les décisions sur les questions de fond peuvent être adoptées par consensus ou, en dernier recours, à la majorité des deux tiers des voix des Parties présentes et votantes. En conséquence, en vertu du Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques, un Etat partie peut toujours être lié par un amendement, même sans son consentement.

MAC enfreindrait la cohérence du Protocole avec le SH. Pour remédier à ce problème, le paragraphe 5 dispose que, lorsqu'un ajustement technique proposé ne reçoit pas l'approbation des deux tiers lors d'une réunion des Etats contractants, le code SH obsolète est supprimé des Annexes pour que le Protocole MAC reste conforme au SH.

210. L'importance du paragraphe 5 peut être illustrée par un exemple. Le code SH 843031 figurant à l'Annexe 1 du projet de Protocole MAC couvre les machines à creuser les tunnels ou les galeries. Dans 13 ans, dans le cadre de la révision 2032 du SH, le code SH 843031 pourrait être subdivisé en deux codes SH distincts: 843038 couvrant les machines à creuser utilisées dans les petits projets miniers et 843039 couvrant le matériel utilisé pour le forage de grandes galeries. En consultation avec l'OMD et l'Autorité de surveillance, et conformément à son obligation de minimiser les modifications du champ d'application du Protocole MAC, le Dépositaire pourrait recommander que deux ajustements techniques soient apportés au Protocole MAC afin de remplacer le code 843031 par les deux nouveaux codes 843038 et 843039. Toutefois, un certain nombre d'Etats contractants s'opposent à l'inclusion du code SH 843038, au motif qu'il vise principalement le matériel d'équipement non sérialisé de faible valeur. Lors d'une réunion des Etats contractants prévue au paragraphe 4, les Etats contractants s'opposent au code 843038, qui n'atteint pas la majorité des deux tiers requise pour l'approbation, alors que 843039 est approuvé. En vertu du paragraphe 5, le code original 843031 serait supprimé des Annexes afin de garantir qu'il reste conforme à la version la plus récente du SH. Ce serait le cas même si les deux ajustements techniques proposés échouaient. Sans le paragraphe 5, le code 843031 pourrait rester dans les Annexes au Protocole MAC même s'il ne fait plus partie du SH, ce qui crée de la confusion et de l'incertitude pour les parties qui veulent utiliser le Protocole pour financer le matériel d'équipement MAC.

211. *Entrée en vigueur des modifications:* le paragraphe 6 impose au dépositaire d'informer les Etats contractants toutes les modifications résultant du processus d'ajustement technique. Le terme "modifications" englobe à la fois les ajustements techniques effectués conformément aux paragraphes 3 et 4, et la suppression des codes SH obsolètes après un ajustement technique n'ayant pas abouti tel que visé au paragraphe 5. Sauf disposition contraire, ces modifications entrent en vigueur six mois après la communication par le Dépositaire aux Etats contractants. Le terme "sauf disposition contraire" permet au dépositaire de modifier la date d'entrée en vigueur pour l'aligner sur la date d'entrée en vigueur de la révision du SH, afin d'assurer que les révisions des Annexes au Protocole MAC n'entrent pas en vigueur avant l'entrée en vigueur de la nouvelle version du SH⁷⁵.

212. Suivant le même principe que celui du paragraphe 4 de l'article XXXIII, le paragraphe 7 de l'article XXXIV a été inséré pour préciser que les modifications apportées aux Annexes en vertu des paragraphes 3, 4 et 5 n'affecteront pas les droits et garanties préexistants. Ce résultat serait déjà probablement obtenu en vertu des dispositions transitoires de l'article 60 de la Convention du Cap et de l'article XXVI du projet de Protocole MAC. Toutefois, il est suggéré de réaffirmer, à propos des Annexes, que les droits préexistants sur le matériel d'équipement MAC ne seront pas affectés par toute modification apportée aux Annexes au Protocole MAC en vertu de l'article XXXIV.

213. *Etats parties ou Etats contractants:* Aux termes de l'article 2(1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, "Etat partie" désigne un Etat qui a consenti à être lié par le traité et pour lequel le traité est en vigueur. On entend par "Etat contractant" un Etat qui a consenti à être lié par un traité, que le traité soit entré en vigueur ou non. Conformément aux articles relatifs à la modification de la Convention du Cap et des Protocoles existants, l'article XXXIII fait référence aux

⁷⁵ Un Etat consulté informellement au sujet du mécanisme d'amendement proposé a suggéré que ce pouvoir de décision pourrait être trop large et permettrait au Dépositaire d'avancer l'entrée en vigueur des ajustements techniques aux Annexes au Protocole MAC à une période inférieure à six mois. Il a été suggéré que cela causerait des problèmes aux Etats contractants et que le pouvoir du Dépositaire devrait être limité afin d'empêcher que l'entrée en vigueur ne se produise avant six mois après l'approbation des ajustements techniques.

Etats parties, les amendements au Protocole ne pouvant être apportés qu’après son entrée en vigueur, à la différence de l’article XXXIV qui fait référence aux Etats contractants. En effet, il est possible qu’avant l’entrée en vigueur du Protocole MAC, il soit procédé à une révision du SH nécessitant des ajustements techniques du Protocole. En conséquence, l’article XXXIV prévoit que ce sont les Etats contractants et non les Etats parties qui pourront examiner des ajustements techniques.

214. *Pas de possibilité d’exclusion (opt-out)*: l’article XXXIV ne prévoit pas de possibilité d’exclure le processus d’ajustement technique, même si un Etat contractant s’opposait à un ajustement technique. Cette approche est proposée pour deux raisons: la principale étant qu’une telle possibilité donnée aux Etats contractants signifierait que les Annexes au Protocole MAC pourraient n’être plus alignées sur le SH dans les Etats qui ont exercé une faculté d’exclusion. Ainsi que cela est expliqué tout au long de ce document, un tel résultat aurait plusieurs effets indésirables. Deuxièmement, donner aux Etats contractants une faculté d’exclusion fractionnerait également l’application du Protocole MAC entre différents Etats (c’est-à-dire que les Annexes au Protocole MAC ne s’appliqueraient pas uniformément au même matériel d’équipement dans chaque Etat contractant) ⁷⁶.

215. Au cours des réunions du CEG, un petit nombre d’Etats participants ont plaidé pour que les Etats contractants bénéficient d’une possibilité d’exclusion du processus d’ajustement technique, au motif qu’un mécanisme de consentement majoritaire contraignant sans possibilité d’exclusion leur poserait des problèmes constitutionnels. Pour répondre à cette préoccupation, le Secrétariat a veillé à ce que le processus de l’article XXXIV reflète étroitement le processus énoncé aux articles VIII et XV de la CAC. En adoptant un processus d’ajustement à partir d’un traité mis en œuvre de manière universelle, on espère que le processus proposé à l’article XXXIV recevra l’appui des Etats participant aux négociations et évitera tout problème de compatibilité constitutionnelle.

Réactions des parties prenantes

216. Le Secrétariat a consulté de manière informelle un petit groupe d’experts des traités au sein des Gouvernements d’environ 10 Etats concernant les articles XXXIII et XXXIV proposés. Leurs réactions aux articles proposés ont été très positives, avec un fort soutien pour la double approche visant à distinguer les amendements formels aux articles du Protocole en vertu de l’Article XXXIII et les révisions techniques des Annexes au Protocole MAC en vertu de l’Article XXXIV. Les Etats ont également appuyé le mécanisme hybride consistant en un processus d’approbation tacite et un processus de réunion des Etats contractants, au motif qu’il était justifié par la nécessité de veiller à ce que les Annexes au Protocole MAC restent alignées sur le SH et reflètent la pratique conventionnelle établie. Certains Etats ont fait des suggestions concernant des aspects spécifiques des mécanismes d’amendement proposés par le Secrétariat, qui sont exposées dans les notes de bas de page des développements ci-dessus. L’OMD n’a pas exprimé d’opinion sur les mécanismes particuliers proposés, mais a toutefois indiqué que le processus d’amendement du Protocole MAC devrait assurer que les codes SH figurant dans les Annexes au Protocole MAC soient compatibles avec le SH en vigueur.

⁷⁶ La plupart des Etats consultés informellement au sujet du mécanisme de modification proposé étaient favorables à ne pas permettre aux Etats contractants d’exclure l’application des ajustements techniques aux Annexes au Protocole MAC adoptées conformément au processus proposé au titre de l’article XXXIV, car ils craignaient que la possibilité d’un *opt-out* produise une fragmentation de l’application du traité. Cependant, un Etat consulté a suggéré qu’un mécanisme *opt-out* pourrait tout de même être nécessaire pour les Etats qui auraient des difficultés à accepter les processus tacites de modification de traités en vertu du droit interne. L’Etat a en outre suggéré que l’*opt-out* soit conçu de manière à ce qu’il ne soit utilisé que de manière limitée.

Y. Autorité de surveillance

217. En vertu du système de la Convention du Cap, l'Autorité de surveillance (AS) a les principales responsabilités suivantes:

- l'établissement du Registre international
- la nomination et la supervision du Conservateur
- l'établissement du règlement pour le fonctionnement du Registre international
- fixer la structure tarifaire et le montant de l'assurance ou de la garantie financière à obtenir par le Conservateur pour couvrir sa responsabilité en vertu de la Convention
- Effectuer d'autres activités énoncées à l'article 17 de la Convention du Cap, y compris des rapports périodiques aux Etats contractants sur l'exécution de ses obligations en vertu de la Convention et du Protocole.

218. L'AS s'occupe uniquement du Registre international. Elle n'est pas responsable de l'interprétation du Protocole, de sa mise en œuvre dans des matières qui ne concernent pas le Registre ni d'autres fonctions ou activités non liées au Registre. De même, l'AS n'a pas compétence pour effectuer ou statuer sur une inscription particulière, et elle ne peut pas donner d'instructions au Conservateur pour modifier les données relatives à une inscription particulière.

219. L'article XIV du projet de Protocole MAC régit la création et le fonctionnement de l'AS. L'article XIV prévoit que l'AS sera désignée à la Conférence diplomatique et que l'AS et ses employés jouissent de l'immunité juridique attachée au statut d'entité internationale.

Candidats au rôle d'Autorité de surveillance

220. Contrairement à l'approche adoptée par le Protocole ferroviaire de Luxembourg, le Groupe d'étude a adopté la position qu'il n'était pas souhaitable de chercher à créer un nouvel organe international pour agir en tant qu'AS. Dès lors, il est nécessaire d'identifier un organisme international existant pour remplir les fonctions d'AS. Cependant, il existe une difficulté à identifier une AS pour le Protocole MAC, en raison de la diversité des trois catégories de matériels d'équipement – minier, agricole et de construction.

221. Au cours des cinq dernières années, UNIDROIT a exploré différentes possibilités relativement à des Autorités de surveillance possibles. Le principal candidat continue d'être la Société financière internationale (SFI) qui participe à l'élaboration du Protocole MAC depuis 2015. Des négociations sont en cours avec la SFI à cet égard.

222. Une autre possibilité serait qu'UNIDROIT assume les fonctions d'Autorité de surveillance. Cette option ne créerait pas de conflit d'intérêts mais demanderait d'adapter certaines parties du Protocole pour refléter qu'UNIDROIT sera à la fois dépositaire et Autorité de surveillance.