



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

**COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX D'UNIDROIT
POUR LA PREPARATION D'UN PROJET DE PROTOCOLE
PORTANT SUR LES QUESTIONS SPECIFIQUES AUX
BIENS SPATIAUX A LA CONVENTION RELATIVE AUX
GARANTIES INTERNATIONALES PORTANT SUR DES
MATERIELS D'EQUIPEMENT MOBILES
Cinquième session
Rome, 21/25 février 2011**

UNIDROIT 2011
C.E.G./Pr. spatial/5/W.P. 7 Add. 2
Original: anglais
février 2011

*AVANT-PROJET REVISE DE PROTOCOLE PORTANT SUR LES QUESTIONS SPECIFIQUES AUX BIENS
SPATIAUX A LA CONVENTION DU CAP*

*(tel qu'amendé par le Comité d'experts gouvernementaux lors de sa quatrième session
tenue à Rome du 3 au 7 mai 2010)*

Observations

*(soumises par des Gouvernements, des Organisations et des représentants des communautés
financières, commerciales et des assurances dans le domaine spatial)*

INTRODUCTION

Après les observations soumises sur l'avant-projet révisé de Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles tel qu'amendé par le Comité d'experts gouvernementaux à sa quatrième session, tenue à Rome du 3 au 7 mai 2010 (C.E.G./Pr. Spatial/5/W.P. 3) (ci-après désigné comme *l'avant-projet révisé de Protocole*), reproduites dans les documents C.E.G./Pr. Spatial/5/W.P. 7 et C.E.G./Pr. Spatial/5/W.P. 7 Add. 1, le Secrétariat d'UNIDROIT a reçu d'autres observations et propositions du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique. Le présent document reproduit ces observations additionnelles ci-dessous.

OBSERVATIONS ET PROPOSITIONS SOUMISES PAR DES GOUVERNEMENTS

Etats-Unis d'Amérique

I. Résumé et conclusions

(a) Approche de la subrogation

L'approche de la "subrogation" pour le sauvetage au titre des revenus qui est actuellement en discussion fournirait aux assureurs du bien une sûreté constituant une garantie internationale,

sans que les assureurs ne doivent effectivement négocier et conclure un contrat constitutif de sûreté et inscrire de garantie internationale, ce qui serait un changement important dans la façon dont les garanties sont traitées dans le système du Protocole. Si aujourd'hui dans la pratique les parties n'adoptent pas ce mécanisme, il semble improbable qu'elles pourraient accepter une disposition supplétive dans l'avant-projet révisé de Protocole qui viserait à obtenir le même résultat, pour complète ou détaillée que pourrait être une telle disposition.

Ainsi que nous l'exposons de façon plus articulée ci-dessous, nous pensons que les questions soulevées par l'approche de la "subrogation" pour le sauvetage au titre des revenus ne peuvent pas être réglées de façon satisfaisante dans un traité. L'approche actuellement discutée n'est pas la subrogation classique, et met en jeu des questions de fond complexes et nombreuses qui demanderont à être négociées par les parties au cas par cas. Sur le plan pratique, nous pensons qu'il est probable qu'une disposition du Protocole sur ce sujet sera écartée et remplacée par des dispositions beaucoup plus élaborées et spécialement conçues pour chaque opération, ce qui ajoutera en coûts et en complexité à ces opérations, et est contraire aux buts du Protocole envisagé. Une disposition du Protocole ne fournirait donc guère de protection aux assureurs du bien qui sont aux prises avec les questions de sauvetage.

(b) Autres solutions

Plutôt que de poursuivre l'approche de la subrogation qui a rencontré une sérieuse opposition des milieux du financement spatial, nous pensons que nos efforts devraient plutôt chercher à répondre plus directement aux préoccupations qui ont été exprimées en établissant dans l'avant-projet révisé de Protocole un mécanisme protégeant les droits de sauvetage portant sur les revenus. Compte tenu de la complexité de cette question et des difficultés de négocier des solutions alternatives complexes durant la réunion à venir et au sein de la communauté du financement spatial, nous recommandons une approche préservant le *status quo* en vertu des droits nationaux actuels (*ou d'autres solutions basées sur les dispositions existantes de la Convention*), ce qui ne demandera pas un examen très long à la réunion à venir et serait susceptible d'être accepté par la communauté du financement spatial.

II. *Discussion de l'approche de la "subrogation"*

(a) Créance de l'assuré après la "subrogation"

Normalement, une personne (le subrogataire) qui est subrogée dans les droits d'un créancier (le subrogeant) acquiert – par cession en *equity* – les droits du créancier sur le débiteur et le bien de celui-ci (ici un bien spatial). Ainsi que nous comprenons la position des assureurs, leur seul souci est de trouver un mécanisme leur permettant d'inscrire les droits de sauvetage portant sur les revenus qu'ils pourraient éventuellement acquérir en vertu du droit national. L'acquisition par l'assureur des droits du créancier sur le débiteur et le bien spatial après le paiement au créancier des indemnités d'assurance pour le sinistre n'irait pas dans le sens du résultat souhaité. Les obligations pécuniaires de l'assuré envers l'assureur, limitées à ses obligations envers l'assureur pour le sauvetage, devraient plutôt être définies par le contrat d'assurance et le droit applicable. Sur la base des documents contractuels types qui nous ont été fournis par des conseils juridiques en matière d'assurance (voir l'annexe A à la présente note), l'obligation de l'assuré envers l'assureur apparaît être une obligation de reverser un certain pourcentage des produits des créances. Les contrats mentionnent aussi une obligation alternative de reversement en ce qui concerne les "biens et services". En substance, l'assureur n'est pas "subrogé" dans la créance du créancier qui continue d'exister, mais le mécanisme est plutôt que la créance du créancier est *remplacée* par une obligation limitée et définie de reversement de l'assuré envers l'assureur. Tout changement de la nature de l'obligation – d'une obligation de paiement en une obligation d'effectuer une exécution – devrait être accompagné par des changements convenus par les

parties dans de nombreuses autres dispositions du document contractuel se référant à un prêt garanti, y compris les circonstances de défaillance et les recours. Cela est davantage discuté ci-dessous.

(b) Garantie

En vertu de l'application normale des principes de la subrogation, un subrogataire succéderait dans la garantie internationale du créancier sur le bien spatial. Les assureurs du sinistre toutefois ne visent pas à ce qu'une telle garantie couvre les obligations de remboursement de l'assuré en vertu de la police d'assurance. (Du reste, le Protocole dans sa rédaction actuelle prévoit une méthode permettant aux assureurs d'acquérir une garantie internationale qui garantirait directement l'obligation de remboursement, en souscrivant un contrat constitutif de sûreté.) Si les obligations de l'assuré envers l'assureur devaient être couvertes dans la garantie par la méthode de la "subrogation", il est à supposer que la garantie sur laquelle reposait initialement le prêt du créancier devrait être redéfinie de façon à être limitée au pourcentage des créances spécifiées dans le contrat d'assurance, par exemple 10 %, et qu'il serait donné mainlevée du solde de la garantie du créancier garanti initial et mainlevée de l'inscription. Cela signifie que, si le créancier n'a pas inscrit la cession de droits, la totalité de l'inscription du créancier devrait être radiée et la "subrogation" n'aurait pas d'effet.

En outre, selon la façon dont nous comprenons la situation, les droits nationaux diffèrent sur la question de savoir si le droit de sauvetage de l'assureur portant sur les revenus est garanti (ou donne lieu à une autre forme de droit réel) et dans l'affirmative, la nature de l'objet sur lequel l'assureur acquiert un droit. Il n'est donc pas clair si la base de la garantie nouvellement définie devrait consister en un droit sur les créances mêmes, sur les contrats donnant naissance aux créances, sur les paiements dérivant des créances, ou sur une combinaison de ces droits réels. De nombreux accords portant sur le paiement d'un prêt garanti et d'autres termes et circonstances de défaillance devraient être changés. *Quid* par exemple du droit de l'assureur, en tant que subrogataire d'un droit s'élevant à 10 %, d'engager des actions de recouvrement pour ce qui est des contrats donnant naissance aux créances, ou d'amender ces contrats ou de trouver des solutions en cas de défaillance ? Aucune de ces questions ni d'autres nombreuses, ne sont résolues par une référence aux "droits de sauvetage" de l'assureur du bien, puisque de tels droits n'impliquent pas nécessairement une opération garantie.

(c) Conditions à la "subrogation"

Comme c'est le cas en vertu des principes de l'*equity*, la "subrogation" ne devrait pas être autorisée en vertu de l'avant-projet révisé de Protocole sauf si le droit garanti du créancier est totalement payé. Si la base de la garantie est détenue par un agent de garantie, ce qui est courant, et s'il y a d'autres créanciers garantis en vertu d'une sûreté commune qui ne sont pas entièrement payés, alors la "subrogation" devrait porter seulement sur les droits du créancier particulier qui ont été entièrement payés, sous réserve des restrictions et modifications décrites dans les deux paragraphes précédents. Parce que l'obligation garantie de l'assureur n'a pas les mêmes caractéristiques que la créance du créancier, ainsi le montant au principal et la date d'échéance, il est improbable que les droits de vote relatifs tels qu'exprimés dans le contrat commun de sûreté puissent être exercés sans un amendement du contrat de crédit, ce qui demanderait l'accord de toutes les parties intéressées. S'il y a plusieurs assureurs, les droits de vote relatifs de chacun d'eux devront être prévus. S'il y a des créanciers garantis de rang inférieur impayés en vertu du contrat commun de sûreté, l'assureur sera lié par toutes les dispositions contenues dans ce contrat, qu'il n'a pas le pouvoir de vote de modifier. Cela inclura le rang des distributions aux créanciers garantis de rang inférieur qui sont parties au contrat commun constitutif de sûreté.

(d) Définition et détermination des droits de sauvetage

Du fait que l'étendue et le contenu des droits de sauvetage peuvent ne pas être clairs dans tous les pays et pourront varier entre les systèmes juridiques, les droits de "subrogation" en cause, qui sont limités aux droits de sauvetage, risquent d'être peu clairs et ainsi de susciter une grande confusion dans les opérations de financement. Ce problème est différent de celui auquel sont confrontés les financeurs lorsqu'ils essayent de déterminer l'état du droit portant sur un bien soumis à la Convention, parce que même à l'issue de recherches et après examen des documents d'assurance correspondants, l'étendue et le contenu des droits de sauvetage ne peuvent pas être aisément déterminés. En particulier, les documents d'assurance ne révèlent pas les sûretés en *equity* qui peuvent affecter les droits de sauvetage. Nous n'avons pas connaissance qu'il existe aux États-Unis une source fiable exposant les droits de sauvetage dans les différents pays et nous doutons que les parties qui fournissent du financement puissent aisément accéder à cette information dans d'autres pays.

(e) Application au bail

Dans une structure de financement par bail, le principe de succession par subrogation dans la position du bailleur de bien spatial, mais limitée aux droits de sauvetage impliquant le transfert d'une partie des créances contractuelles, est difficile à concevoir. Les contrats qui génèrent des créances sont en principe ceux qui sont conclus avec l'opérateur/débiteur et non avec le bailleur assuré. En cas de sinistre, le montant du bail doit en général être payé en totalité et le bien loué retourne au débiteur/opérateur, ce qui met fin au bail et prive le bailleur de tout droit sur les créances dans lesquelles l'assureur pourrait être subrogé. Dans la mesure où le sauvetage portant sur les revenus est une alternative au sauvetage portant sur la propriété (voir le paragraphe (f) ci-dessous), la situation du sauvetage sur les revenus ne se présentera pas si la propriété et les droits attachés à la qualité de bailleur se trouvaient transférés à l'assureur par "subrogation".

(f) Pas de duplication

Si l'on envisageait l'approche de la "subrogation" pour les droits de sauvetage, les droits de sauvetage prévus par le droit applicable devraient être exclus afin d'éviter la duplication et la confusion. Si l'assureur devait être considéré en vertu de ces dispositions comme un créancier garanti pour ce qui concerne une partie des créances de l'assuré, alors il ne devrait pas disposer d'autres droits et recours, lesquels pourraient même se trouver en conflit avec les mêmes créances en vertu du droit national. Par exemple, si les créances sont considérées être détenues en vertu d'un *constructive trust* ou d'un *equitable lien* dans un pays, il ne serait pas souhaitable qu'elles soient également considérées faire l'objet d'une cession de droits en vertu de l'avant-projet révisé de Protocole. La confusion des droits et recours qui en résulterait serait inacceptable pour les parties, financeurs et assurés.

De plus, nous avons été informés que, de la perspective de l'assureur, les droits de sauvetage portant sur les revenus et les droits portant sur la propriété sont des approches alternatives. Si le Protocole devait prévoir l'inscription des droits de sauvetage portant sur la propriété et la "subrogation" pour les droits de sauvetage portant sur les revenus, des dispositions complémentaires seraient nécessaires pour assurer que ces droits ne peuvent pas être exercés cumulativement et qu'il est fait mainlevée de l'inscription des droits de sauvetage portant sur la propriété qui ne sont pas exercés.

ANNEXE**CLAUSE DE SAUVETAGE**

“Les polices d'assurance de satellites contiennent habituellement une clause de sauvetage dans les conditions générales. La clause prévoit en général qu'après le paiement des indemnités d'assurance intervenant après un sinistre, les assureurs ont droit au sauvetage. La police peut prévoir le sauvetage portant sur la propriété du satellite et le sauvetage portant sur les revenus du satellite de la façon suivante :

Lors de l'indemnisation d'une perte totale ou d'une perte réputée totale, l'Assuré convient de transférer la propriété du satellite concerné aux Assureurs, à la demande de l'Assureur ... L'Assureur sera réputé avoir renoncé à son droit de demander le transfert de la propriété s'il n'en a pas fait la demande dans les six mois suivant le paiement de l'indemnisation.

Au cas où l'Assureur paie une indemnité en vertu du présent contrat et au cas où l'Assuré obtient par la suite des revenus de l'exploitation du satellite endommagé ou d'une partie endommagée du satellite, l'Assureur a droit à recouvrer l'indemnité payée, en obtenant remboursement [d'un montant établi, par ex. 10% ou le montant total de la créance payée] des revenus bruts perçus, ou l'équivalent en biens ou en services obtenus, provenant de l'exploitation du satellite endommagé ...

Après le versement par l'Assureur de l'indemnité pour la perte partielle, l'Assuré mettra en œuvre des efforts raisonnables pour obtenir le bénéfice maximum du sauvetage, sur la portion du satellite pour laquelle l'indemnité a été payée, dans l'intérêt des assureurs ...”.

Extrait (traduction) de *The Cape Town Convention, Space Protocol: The Need to Include Insurers' Salvage Interests*, by Zuckert Scoutt & Rasenberger, L.L.P., on behalf of Leading Space Insurers, 8 October 2007, page 3.