

LE PROTOCOLE DE LUXEMBOURG COMPOSANTE ESSENTIELLE DU TRANSPORT FERROVIAIRE INTERNATIONAL

Avec l'essor du trafic ferroviaire transfrontalier stimulé par le déploiement de l'initiative « Belt and Road » et l'augmentation du financement privé du matériel roulant, en particulier pour le fret, les questions de droits de propriété du matériel roulant sont de plus en plus critiques en l'absence de règles internationales. Heureusement, une solution prend forme avec le Protocole ferroviaire de Luxembourg, qui offre le premier cadre juridique détaillé pour la protection des propriétaires et financeurs du matériel roulant circulant par-delà les frontières juridictionnelles.



Le puzzle ferroviaire est incomplet. Le transport international de marchandises et de voyageurs se développe, parallèlement à la libéralisation du secteur ferroviaire qui accueille de nouveaux acteurs et utilisateurs. Il est donc indubitablement nécessaire de réglementer l'exploitation transfrontalière des équipements ferroviaires. En Europe, en plus de légiférer pour un espace ferroviaire européen unique, l'UE reprend également progressivement, via l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer, les responsabilités pour l'admission du matériel roulant. L'OSJD et l'OTIF administrent des traités internationaux réglementant le transport de marchandises et de voyageurs et l'admission des véhicules sur le réseau ferré international. Les CUV de l'OTIF offre une base juridique à un accord multilatéral sur l'utilisation du matériel roulant par les parties qui ne sont pas propriétaires. Pourtant à l'heure

actuelle, les questions relatives à la propriété et aux sûretés sur le matériel roulant acheminant effectivement des marchandises et voyageurs à l'international sont soumises uniquement au droit national.

Tant que tous les intervenants étaient des organismes d'État, cette lacune n'avait que peu d'incidence. Le matériel roulant appartenait en grande partie directement ou indirectement aux États et même lorsque les équipements ferroviaires étaient financés par de tierces parties, ce financement était garanti par l'État ou un organisme public. En conséquence, les litiges concernant la propriété du matériel roulant pouvaient tous être couverts soit à l'échelon intergouvernemental, soit par des accords entre entreprises publiques. Aujourd'hui, les choses ont changé. Avec le 4e paquet ferroviaire de l'UE et la création de l'espace ferroviaire européen unique avec libre accès pour les services de transport de marchandises et de voyageurs, l'Europe s'oriente vers une libéralisation du marché ferroviaire. D'autres marchés ferroviaires partout dans le monde suivent la même voie. Dans deux études récentes réalisées à la demande du Rail Working Group, le cabinet-conseil Roland Berger a établi un lien direct entre libéralisation et nécessité de capitaux privés. Ses rapports montrent également une tendance nette de financement par le secteur privé de plus en plus de passations de marché par des acteurs étatiques et privés.

Plus de transports transfrontaliers et plus d'investissements

Les stratégies ferroviaires étant centrées autour du développement des réseaux régionaux et transfrontaliers ainsi que de l'augmentation du nombre de voyageurs et de marchandises circulant par-delà les frontières juridictionnelles, il devient urgent que des règles de droit soient établies. Certains projets comme l'initiative « Belt and Road » sont prometteurs d'une forte croissance dans le trafic ferroviaire entre l'Europe et l'Asie et soulèvent ainsi des questions difficiles quant aux garanties portant sur le matériel roulant circulant à l'international. Une étude récente de Roland Berger pour l'UIC prévoit une croissance annuelle composée d'au moins 15 % sur ces « routes de la soie », ce qui signifierait non seulement un plus grand nombre de locomotives et wagons traversant les frontières, mais aussi une augmentation de la demande pour de nouveaux wagons et davantage de financements privés. Ce sera d'autant plus le cas pour le matériel roulant à écartement variable pouvant circuler de l'Europe de l'Ouest au littoral pacifique chinois sans transbordement nécessaire, que ces évolutions auront rendu économiquement viables.

Tout cela demandera d'importants investissements continus en matériel roulant. Les opérateurs publics requerront des dettes émises par des tiers sans garantie d'État, avec

recours du prêteur sur le matériel roulant. Les acteurs privés ne disposant pas nécessairement de fonds suffisants pour supporter tous les coûts de l'acquisition d'équipements ferroviaires, ils emprunteront de l'argent auprès de banques, avec garantie sur les équipements ferroviaires, ou prendront à bail du matériel roulant de bailleurs spécialisés voire d'autres opérateurs, souvent publics, cherchant à monétiser leur excédent de matériel roulant, ou dans le cadre de franchises ou coentreprises avec le secteur privé.

Dans tous les cas, il doit être clair que le créancier a le droit de reprendre possession du bien financé s'il y a manquement ou insolvabilité du débiteur, ou simplement au terme du financement. Même lorsque les opérateurs financent leurs équipements par des capitaux propres, ils doivent avoir la garantie que leurs droits de propriété sur les locomotives et wagons ne peuvent être supplantés, en droit national, lorsqu'ils les exploitent dans une juridiction autre que leur État d'origine. Cela pose tout particulièrement problème puisqu'il n'existe ni registres ferroviaires nationaux publics pour l'enregistrement des garanties de propriété sur les équipements ferroviaires, ni système unique commun pour l'identification du matériel roulant. De plus, même si un créancier reprenant possession sait où se trouvent ses biens (ce qui n'est pas souvent le cas), leur récupération dépend des procédures judiciaires locales, qui peuvent prendre plusieurs années, et il n'existe aucun système permettant aux États d'aider à la restitution des équipements repris en possession en cas d'insolvabilité du débiteur.

Si les potentiels problèmes de conflit de lois ne peuvent être résolus pour garantir qu'elle ne compromet pas la propriété et les garanties des opérateurs et financeurs, la circulation transnationale du matériel roulant pèsera gravement sur le financement privé pour l'acquisition de nouveau matériel roulant au moment où le besoin est le plus urgent. Dans le pire

des cas, il n'y aura tout simplement pas de crédit disponible. Dans le meilleur des cas, quand les fonds seront disponibles, les taux de financement resteront élevés s'il y a risque d'insolvabilité du débiteur étant donné que risque et rémunération sont liés, ce qui pourrait avoir des effets négatifs sur la compétitivité des opérateurs ferroviaires publics et privés et dissuader de potentiels nouveaux arrivants sur le marché ferroviaire.

Une nouvelle solution à un problème qui prend de l'ampleur

Proposé à point nommé, le Protocole de Luxembourg à la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (le Protocole ferroviaire de Luxembourg) est un traité mondial novateur sur la reconnaissance et la hiérarchisation des garanties détenues par des créanciers sur les équipements ferroviaires. Il sera à l'origine d'un nouveau type de garantie mondiale (les « garanties internationales ») au bénéfice des créanciers qui soit prennent une sûreté sur du matériel roulant comme partie d'un financement, soit louent du matériel roulant ferroviaire dans le cadre d'un crédit-bail, et régira également les droits du vendeur dans une vente conditionnelle (où le titre est conservé).

Le Protocole s'appliquera aux crédits-bails et sûretés sur un large éventail d'équipements ferroviaires, à savoir tout véhicule « pouvant se déplacer sur des emprises de voies ou directement sur, au-dessus ou en dessous de rails de guidage ». Il profitera donc non seulement aux locomotives, wagons de marchandises et voitures de voyageurs, mais aussi aux tramways et métros, aux convoyeurs de personnes dans les aéroports et aux portiques et grues sur rails dans les ports.

Ne s'appliquant pas aux ventes, le Protocole n'est pas destiné à être un registre de propriété, mais seu-

lement des garanties créées sur le matériel roulant. Il contient toutefois une disposition distincte sur les avis de vente (article XVII), qui permet aux vendeurs d'inscrire des ventes dans le registre international, mais seulement à des fins d'information, ni le vendeur ni l'acheteur n'acquéran de droits en vertu du Protocole. Or, presque tous les contrats de vente de matériel roulant constitueront des contrats de vente conditionnels et créeront donc des garanties internationales pouvant être enregistrées (et éteintes une fois que la vente aura eu lieu).

Il est crucial que le Protocole ferroviaire de Luxembourg s'applique quand le lieu d'établissement principal du débiteur est situé dans un État l'ayant ratifié. Cela permet d'établir clairement que les droits du créancier valent où que se trouve physiquement le matériel roulant, à n'importe quel moment. Toutefois, il est vrai qu'il pourra être difficile pour un créancier d'exercer ses droits sur les équipements financés lorsque le matériel roulant se trouvera dans un État qui n'a pas encore ratifié le Protocole. L'exposition des créanciers ne devrait être que temporaire et disparaître plus il y aura d'États ratifiant le Protocole. Cela montre la nécessité pour les États d'œuvrer à l'échelle locale en adoptant le Protocole. De plus l'inscription d'une garantie internationale peut avoir des effets juridiques en droit national dans les États n'ayant pas ratifié le Protocole et la mise en œuvre du Protocole aéronautique à la Convention du Cap a montré que les créanciers inscrivaient les garanties dans le registre international même lorsque le débiteur était établi dans un État non contractant (ou que l'aéronef était immatriculé dans un État non contractant) car le registre permet de notifier publiquement la propriété et les garanties. Cela présentera d'autant plus d'intérêt dans le secteur ferroviaire qu'il n'existe pas de registres nationaux de ces garanties.

La reprise de possession

Le Protocole ferroviaire de Luxembourg accorde aux détenteurs de garanties internationales sur du matériel roulant des droits clairs comme créanciers, y compris des droits de reprise de possession en cas d'inexécution ou d'insolvabilité du débiteur, principale préoccupation de tout créancier garanti.

L'article 8 de la Convention du Cap tel que modifié par l'article VII du Protocole énonce des règles détaillées concernant les droits du créancier en cas d'inexécution du débiteur. À moins qu'un État contractant déclare demander l'intervention d'un tribunal, le créancier peut, si cela est prévu dans l'accord de financement, prendre possession du bien en cas d'inexécution et le vendre ou le donner à bail.

L'exercice par le créancier de son droit de reprise de possession est cependant soumis à une limitation importante lorsqu'il existe une forte raison d'intérêt public pour l'y empêcher. Les rédacteurs du Protocole ont reconnu qu'il pouvait y avoir des situations dans lesquelles la perte pour la communauté résultant de la reprise de possession du matériel roulant pouvait largement dépasser le gain qui en résulte pour le créancier. Le cas classique serait celui du transport ferroviaire de proximité : si des milliers de personnes ne peuvent aller travailler le matin, il s'en ensuit un chaos économique et des pertes considérables pour l'ensemble de l'économie. Le Protocole renferme donc en son article XXV une « exemption de service public », qui permet tout État contractant de continuer à appliquer ses règles de droit en vigueur qui interdisent, suspendent ou réglementent les mesures de reprise de possession concernant le « matériel roulant ferroviaire habituellement utilisé pour fournir un service d'importance publique ». Ce type d'équipement doit être identifié dans une déclaration et, pour la période où la reprise de possession est bloquée, le gouvernement ou toute autre partie qui a repris possession doit préserver et entretenir le matériel roulant

ferroviaire jusqu'à ce qu'il soit remis au créancier et lui payer une compensation égale au montant le plus élevé entre celui prévu par les règles de droit locales et celui du loyer de marché.

En théorie, si cette obligation n'est pas prévue par ses règles de droit, un État peut faire une seconde déclaration selon laquelle il ne paiera pas compensation. C'est toutefois fort peu probable puisque s'il notifie qu'il bloquera la reprise de possession d'un créancier en cas d'inexécution du débiteur, sans compensation pour le créancier, alors aucun créancier ne sera disposé à encourir le risque d'un prêt pour la catégorie concernée de matériel roulant. Ce qui importe ici, c'est qu'une telle modification des droits du créancier ne peut être faite qu'en référence à une classe particulière d'équipements ferroviaires habituellement utilisés pour fournir des services d'importance publique. Les droits de reprise de possession ne peuvent être exclus en référence à la mission du matériel roulant. Les créanciers doivent savoir précisément quels types d'équipements sont concernés par une telle déclaration.

Une autre situation délicate couverte par le Protocole est lorsque le créancier entend reprendre possession des équipements financés en raison de l'insolvabilité du débiteur. L'article IX du Protocole prévoit quatre possibilités pour les États contractants. Ils peuvent soit continuer avec le droit existant, soit déclarer appliquer l'une des trois variantes proposées. La variante A est largement favorable au créancier et lui permet de reprendre possession sans décision d'un tribunal. À l'inverse, la variante B est très en faveur du débiteur, une décision du tribunal étant nécessaire avant qu'il puisse y avoir reprise de possession. Bien qu'elle puisse tenter certains États désireux de protéger leurs opérateurs locaux, cette variante aurait pour conséquence de réduire considérablement la disponibilité des capitaux privés, étant donné que le créancier serait en définitive dans une position trop faible. La troisième pos-

sibilité est une version modifiée de la variante A, dans laquelle la reprise de possession peut être suspendue pour un temps par le tribunal, mais seulement si, durant cette période, le créancier reçoit les sommes dont il est au bénéfice selon le marché conclu. Cette troisième solution (variante C) est peut-être plus adaptée dans les États où la reprise sans intervention du tribunal est soumise à des limitations constitutionnelles. Lorsqu'il y a reprise de possession, l'État contractant dans lequel est établi le débiteur a, selon l'article X, le devoir de coopérer « dans toute la mesure possible avec les tribunaux et les administrateurs d'insolvabilité étrangers pour l'application des dispositions de l'article IX ».

Le système d'inscription

Les garanties internationales seront enregistrées dans un nouveau registre international situé au Luxembourg, qui sera consultable par le public 24 h / 24 et 7 j / 7 sur Internet. Sauf accord contraire des parties, les priorités des garanties internationales seront dictées par leur date d'inscription. En d'autres termes, les inscriptions faites plus tôt primeront sur celles faites ultérieurement. Si la garantie internationale est cédée, elle conservera sa priorité. Le Protocole renferme des dispositions particulières pour les « garanties préexistantes », c'est-à-dire les garanties créées avant l'entrée en vigueur du Protocole dans l'État où le débiteur est situé. Ainsi les priorités de la garantie précédente seront protégées pour un certain nombre d'années, en fonction de la période désignée par l'État contractant, quoiqu'une meilleure solution serait pour les parties de conclure des documents supplémentaires pour assurer non seulement les priorités de la garantie mais aussi les autres droits du créancier au titre du Protocole.

Tout cela suppose nécessairement que la totalité du matériel roulant faisant l'objet du Protocole soit individuellement identifiable, qu'une fois

attribués les numéros d'identification ne puissent être dupliqués ou réutilisés et que les éléments de matériel roulant ne changent jamais de numéro. Le numéro correspondant au Protocole sera donc utilisé parallèlement au numéro de service (immatriculation) et non en remplacement.

Techniquement, le Protocole autorise trois types d'identifiants : l'identifiant unique stipulé par le registre international, le numéro de série du constructeur et le numéro d'identification national ou régional indiqué par l'État contractant. Le numéro doit dans tous les cas être unique. Dans les faits, la seule solution pratique sera le numéro délivré par le registre international. Il permet non seulement qu'il y ait une cohérence, mais évite aussi d'immenses complications et ainsi les coûts d'exploitation d'un registre avec trois types d'identifiants différents qui peuvent eux-mêmes diverger (par exemple, le système d'identification d'un constructeur peut être alphanumérique ou simplement numérique pour d'autres et il peut y avoir différents systèmes pour différents types de matériel roulant).

L'identifiant délivré par le registre est nommé numéro URVIS. Il s'agira d'un numéro à 20 chiffres attribué par le conservateur à un élément particulier de matériel roulant sur lequel il devra être fixé. Il comprendra des puces RFID et d'autres systèmes utilisant le GPS ou une autre technologie pour le suivi en temps réel des équipements. Une fois attribué, le numéro ne sera jamais réutilisé ou dupliqué. Le système sera le même quel que soit le type de bien et son unicité sera garantie en tout temps.

Le conservateur du registre international a déjà été désigné : il s'agit de Regulis SA, filiale de SITA. Le registre sera régi par une autorité de surveillance intergouvernementale qui sera instituée formellement à l'entrée en vigueur du Protocole. L'OTIF jouera un rôle important en tant que secrétariat de l'Autorité de surveillance et sera assistée d'une commission

d'experts. Les premières règles et procédures opérationnelles seront publiées lorsque le Protocole entrera en vigueur.

À quand l'application ?

Le Protocole ferroviaire de Luxembourg doit être ratifié par quatre États et l'OTIF, en qualité de secrétariat, devra confirmer que le registre international est opérationnel. Son entrée en vigueur dans les États l'ayant ratifié est prévue courant 2019. À la fin mai 2018, il avait déjà été ratifié par l'Union européenne (dans les limites de ses compétences), le Gabon et le Luxembourg, la ratification de la Suède étant imminente. Il a également été signé par l'Allemagne, la France, l'Italie, le Mozambique, le Royaume-Uni et la Suisse, qui se dirigent vers une ratification. De nombreux autres pays travaillent également activement à son adoption.

Le système est éprouvé et fiable. La Convention du Cap et le Protocole aéronautique ont été adoptés par 71 États pour lesquels l'adoption du Protocole ferroviaire de Luxembourg ne devrait donc pas présenter de difficultés. Le registre international correspondant pour les aéronefs, à Dublin, fonctionne sans problème depuis 2006 et compte plus de 850 000 garanties internationales sur des aéronefs, pour une valeur estimée de plus de 500 milliards de dollars américains. Le conservateur désigné pour le registre international de Luxembourg est affilié au registre dublinois.

Lorsque le Protocole entrera en vigueur, il sera plus facile et coûtera moins cher au secteur privé de financer le matériel roulant ferroviaire. Selon une récente étude préparée pour le Rail Working Group par le cabinet de consultants en économie Oxera, le Protocole engendrera, pour les 20 États étudiés en Europe, des avantages micro-économiques directs à hauteur de 19,4 milliards d'euros. Une seconde étude couvrant de nombreux États anciens membres de l'URSS et disposant de réseaux

à 1 520 mm sera publiée sous peu et montrera des bénéfices d'un peu moins de 14 milliards d'euros. Les avantages macro-économiques n'ont, quant à eux, pas encore été quantifiés.

Réconcilier Protocole ferroviaire de Luxembourg et droit local

Comme tout traité international conçu pour harmoniser les réglementations applicables, le Protocole modifiera le droit national dans certains États et aura pour effet d'améliorer la situation des créanciers.

Dans certains États, le passage au droit de l'insolvabilité peut poser problème et il est possible que son adoption doive s'étaler sur la durée, peut-être dans le cadre d'une réforme générale du droit en matière d'insolvabilité.

Une autre difficulté pourrait être posée par la tension entre les règles de droit locales sur les garanties, en particulier lorsqu'il existe un registre local des biens mobiliers, et un système de garantie ne concordant pas avec les règles du Protocole. Certains États pourraient donc devoir travailler sur cette question, même si la primauté des règles du Protocole est en fin de compte inéluctable.

Dans la mesure où système de numérotation unique et numéros d'immatriculation fonctionneront en parallèle, ils n'entreront pas nécessairement en conflit. Les gouvernements, constructeurs et exploitants peuvent y voir l'occasion de consolider la manière dont ils identifient le matériel roulant, qu'ils doivent de toute façon réglementer, en référence au système URVIS. De plus, la création d'un système d'identification unique s'appliquant à tous les types de matériel roulant sera un grand pas en avant pour nombre de gouvernements, leur permettant d'adopter plus facilement un système commun pour la réglementation et le contrôle de l'ensemble du matériel roulant. Cela sera utile dans de nom-

breux domaines, facilitant non seulement le suivi de tous les types de matériel roulant, mais ouvrant également la voie à des programmes de maintenance personnalisés et des protocoles d'assurance plus efficaces.

Se pose également la question moins tendue de l'autonomie des parties quant au choix du droit applicable à tout contrat constitutif de sûreté ou crédit-bail. À condition que la déclaration soit émise par l'État contractant concerné, l'article VI habilite les parties à convenir du droit qui régira le contrat. Cette disposition est utile puisque le lieu d'établissement du débiteur n'entre pas en jeu, ce qui facilitera la création d'accords de financement standardisés tout en excluant les risques manifestes de conflits de lois.

La dernière pièce du puzzle

Lorsqu'il entrera en vigueur, le Protocole ferroviaire de Luxembourg formera une composante essentielle du nouveau régime ferroviaire international, s'intégrant dans le droit ferroviaire uniforme qui garantit non seulement la réglementation des marchandises transportées dans du matériel roulant à l'international et l'admissibilité et l'exploitation de ce dernier, mais aussi que les titres de propriétés sur le matériel roulant lui-même sont correctement protégés dans un système commun, éliminant ainsi un obstacle de plus à un trafic ferroviaire transfrontalier sans solution de continuité. Mais ce n'est pas tout : le Protocole mettra également en place un mécanisme permettant

l'acquisition et la mise en système du matériel roulant par financement privé à un prix raisonnable. Il ne sera dès lors plus nécessaire pour les opérateurs d'obtenir des fonds ou garanties d'État pour l'acquisition du matériel roulant (les gouvernements étant ainsi délestés de cette charge) alors qu'ils travaillent à rendre le transport ferroviaire international de voyageurs et de marchandises compétitif, économiquement performant et écologiquement durable pour le secteur de la logistique et le public. Les États devraient se hâter à adopter le Protocole et poser ainsi la dernière pièce du puzzle.

Howard Rosen
Chairman of the Rail Working Group