

Distr.: General

13 March 2001

Arabic

Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الرابعة والثلاثون

فيينا، ٢٥ حزيران/يونيه-١٣ تموز/يوليه ٢٠٠١

التمويل بالمستحقات

تعليق تحليلي على مشروع اتفاقية إحالة المستحقات في التجارة الدولية

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٣-١	أولاً- مقدمة
٤	١٣٣-٤	ثانياً- تعليق تحليلي
٤	١٣-٤	ألف- العنوان والدياجة
		باء- الفصل الأول
٨	٥٧-١٤	نطاق الانطباق
٨	١٤	هيكل الفصل الأول
٩	٢٤-١٥	المادة ١- نطاق الانطباق
١٣	٣٧-٢٥	المادة ٢- إحالة المستحقات
١٧	٤١-٣٨	المادة ٣- الطابع الدولي
١٩	٥٧-٤٢	المادة ٤- الاستبعادات
		جيم- الفصل الثاني
٢٣	٨١-٥٨	أحكام عامة
٢٣	٧٧-٥٨	المادة ٥- التعاريف وقواعد التفسير
٣١	٧٨	المادة ٦- حرية الأطراف
٣٢	٨١-٧٩	المادة ٧- مبادئ التفسير
		دال- الفصل الثالث
٣٤	١٠٩-٨٢	مفعول الاحالة
٣٤	٨٢	تعليقات عامة
٣٤	٨٣	المادة ٨- شكل الاحالة

الصفحة	الفقرات
المادة ٩ -	نفاذ مفعول الاحالات والاحالات الاجمالية واحالات المستحقات
٣٥	الآجلة والاحالات الجزئية..... ٨٤-٩٥
المادة ١٠ -	وقت الاحالة..... ٩٦-٩٨
المادة ١١ -	التقييدات التعاقدية للاحالة..... ٩٦-١٠٤
المادة ١٢ -	نقل حقوق الضمان..... ١٠٥-١٠٩
هـ -	الفصل الرابع
٤٥	الحقوق والالتزامات والدفع..... ١١٠-١٣٣
١ -	الباب الأول
٤٥	الحيل والمحال اليه..... ١١٠-١٣٠
٤٥	الغرض من الباب الأول..... ١١٠
المادة ١٣ -	حقوق والتزامات الحيل والمحال اليه..... ١١١-١١٣
المادة ١٤ -	اقرارات الحيل..... ١١٤-١٢٠
المادة ١٥ -	الحق في اشعار المدين..... ١٢١-١٢٦
المادة ١٦ -	الحق في السداد..... ١٢٧-١٣٠
٢ -	الباب الثاني
٥٤	المدين..... ١٣١-١٣٣
المادة ١٧ -	مبدأ حماية المدين..... ١٣١-١٣٣

أولاً - مقدمة

١ - قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، في دورتها الثامنة والعشرين، المعقودة في عام ١٩٩٥، أن تعهد إلى الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية بمهمة اعداد قانون موحد بشأن الاحالة في التمويل بالمستحقات.^(١) وكان معروضا على اللجنة، في تلك الدورة، تقرير من الأمين العام بعنوان "الاحالة في التمويل بالمستحقات: مناقشة القواعد الموحدة ومشروعها الأولي" (A/CN.9/412). وقد اتفق على أن التقرير، الذي يبين الشواغل والأغراض التي نشأ من أجلها المشروع والمحتويات المحتملة للقانون الموحد، سيوفر أساسا مفيدا لمداولات الفريق العامل.^(٢)

٢ - وبدأ الفريق العامل أعماله في دورته الرابعة والعشرين، المعقودة في تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥، بالنظر في تقرير الأمين العام المذكور.^(٣) ونظر الفريق العامل، في دوراته الخامسة والعشرين حتى الحادية

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/50/17)، الفقرات ٣٧٤-٣٨١.

(٢) المرجع نفسه، الفقرة ٣٧٩، وكانت اللجنة قد نظرت، في دورتها السادسة والعشرين والسابعة والعشرين، في تقريرين آخرين من الأمين العام (A/CN.9/378/Add.3 و A/CN.9/397). وللاطلاع على مناقشة اللجنة لهذين التقريرين، انظر المرجع نفسه، الدورة الثامنة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/48/17)، الفقرات ٢٩٧-٣٠١، والدورة التاسعة والأربعون، الملحق رقم ١٧ (A/49/17)، الفقرات ٢٠٨-٢١٤، على التوالي.

(٣) يرد تقرير الفريق العامل في الوثيقة (A/CN.9/420).

والثلاثين، في مشاريع مواد منقحة أعدتها الأمانة،^(٤) واعتمد في دوراته التاسعة والعشرين حتى الحادية والثلاثين، مشروع اتفاقية.^(٥) وكان معروضا على الفريق العامل، في دورته الحادية والثلاثين، تعليق أولي على مشروع الاتفاقية أعدته الأمانة.^(٦) وفي تلك الدورة، اتفق الفريق العامل على أن تقوم الأمانة بتنقيح التعليق وتقديمه إلى اللجنة في دورتها الثالثة والثلاثين، التي ستعقد في نيويورك من ١٢ حزيران/يونيه إلى ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٠.^(٧) وفي تلك الدورة، اعتمدت اللجنة المواد من ١ إلى ١٧ من مشروع الاتفاقية وأحالت المواد من ٢٨ إلى ٤٤ من مشروع الاتفاقية، وكذلك المواد من ١ إلى ٧ من المرفق، إلى الفريق العامل. وطلبت اللجنة إلى الفريق العامل أن يسرع في عمله لكي يقدم مشروع الاتفاقية إلى اللجنة في دورتها الرابعة والثلاثين، التي ستعقد في فيينا من ٢٥ حزيران/يونيه إلى ١٧ تموز/يوليه ٢٠٠١.^(٨) وطلبت اللجنة إلى الأمانة أيضا أن تعد صيغة منقحة من التعليق وتقدمها إلى اللجنة في دورتها الرابعة والثلاثين.^(٩) واجتمع الفريق العامل في فيينا من ١١ إلى ٢٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠ واعتمد المواد ١٨ إلى ٤٧ من مشروع الاتفاقية والمواد من ١ إلى ٩ من ملحق مشروع الاتفاقية.^(١٠)

٣- وقد أعدت هذه المذكرة عملا بطلب اللجنة. والقصد منها هو تقديم ملخص للأسباب التي دعت إلى اعتماد أي حكم وأهدافه الرئيسية، إلى جانب شروح وتفسيرات لمصطلحات معينة، ولكن دون إعطاء وصف كامل للأعمال التحضيرية أو لجميع الاقتراحات والأحكام التي لم يجر استبقاؤها. وتحقيقا لفائدة من يسعون للحصول على معلومات أتم عن تاريخ نص معين، يدرج التعليق إشارات المرجعية إلى الأجزاء ذات الصلة من تقارير دورات الفريق العامل واللجنة.^(١١) وتتناول هذه المذكرة المواد ١ إلى ١٧ من مشروع الاتفاقية، وهي مستندة إلى النص الموحد لمشروع الاتفاقية بصيغته التي اعتمدها الفريق العامل في دورته

(٤) ترد مشاريع المواد التي أعدتها الأمانة في الوثائق A/CN.9/WGII/WP.87 و A/CN.9/WGII/WP.89 و A/CN.9/WGII/WP.93 و A/CN.9/WGII/WP.96 و A/CN.9/WGII/WP.98 و A/CN.9/420 و A/CN.9/WGII/WP.104 و A/CN.9/WGII/WP.102. وترد تقارير الفريق العامل في الوثائق A/CN.9/432 و A/CN.9/434 و A/CN.9/445 و A/CN.9/447 و A/CN.9/455 و A/CN.9/456 و A/CN.9/466.

(٥) A/CN.9/455، الفقرة ١٧؛ A/CN.9/456، الفقرة ١٨؛ A/CN.9/466، الفقرة ١٩.

(٦) A/CN.9/WGII/WP.105 و A/CN.9/WGII/WP.106.

(٧) A/CN.9/466 الفقرة ٢١٥.

(٨) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرات ١٨٦-١٨٨.

(٩) المرجع نفسه، الفقرات ١٩٠-١٩١. ويرد في الوثيقة A/CN.9/470 التعليق الذي كان معروضا على اللجنة في دورتها الثالثة والثلاثين.

(١٠) A/CN.9/486.

(١١) تجنبا للالتباس، لم ترد أية إشارة مرجعية خاصة إلى الأرقام السابقة للمواد التي بدلت عدة مرات أثناء اعداد مشروع الاتفاقية. بيد أن أي رقم سابق سيتضح من المناقشة ذات الصلة في تقارير الفريق العامل. ويتضمن المرفق الثاني للوثيقة A/CN.9/466 قائمة تبين إعادة الترقيم النهائية للمواد.

الأخيرة، التي عقدت في فيينا من ١١ ال ٢٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠. وسيصدر التعليق على بقية مواد مشروع الاتفاقية في وثيقة لاحقة.

ثانيا - تعليق تحليلي

ألف - العنوان والديباجة

مشروع اتفاقية إحالة المستحقات في التجارة الدولية

الديباجة

إن الدول المتعاقدة،

إذ تؤكد مجدداً اقتناعها بأن التجارة الدولية القائمة على المساواة والمنفعة المتبادلة تمثل عنصراً هاماً في تعزيز العلاقات الودية بين الدول،

وإذ تضع في اعتبارها أن المشاكل الناشئة عن التشكك بشأن مضمون النظام القانوني المنطبق على إحالة المستحقات واختياره تشكل عقبة في سبيل التجارة الدولية،

وإذ ترغب في إرساء مبادئ واعتماد قواعد بشأن إحالة المستحقات توفر التيقن والشفافية وتساعد على تحديث القانون المتعلق بإحالة المستحقات وتحمي، في الوقت ذاته، ممارسات الإحالة المتبعة حالياً وتيسر استحداث ممارسات جديدة،

وإذ ترغب أيضاً في ضمان الحماية الكافية لمصالح المدين في إحالة المستحقات،

وإذ ترى أن اعتماد قواعد موحدة تحكم إحالة المستحقات من شأنه أن يساعد على توافر رأس المال والائتمان بأسعار أيسر، مما يسهل تنمية التجارة الدولية،

اتفقت على ما يلي:

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ١٤-١٨؛ A/CN.9/434، الفقرات ١٤-١٦؛ A/CN.9/455، الفقرات ١٥٧-١٥٩؛ A/CN.9/445، الفقرات ١٢٠-١٢٤؛ A/CN.9/456، الفقرات ١٩-٢١ و ٦٠-٦٥؛ A/55/17، الفقرات ١٨١-١٨٣.

التعليق

العنوان

٤- يقصد أن تنطبق الديباجة على طائفة واسعة من الممارسات ذات الصلة بالاحالة (للاطلاع على وصف موجز لتلك الممارسات، انظر الفقرات ٧-١٣؛ وللإطلاع على تعريف مصطلحات "الاحالة" و "المستحق" و "المحيل" و "المحال اليه" و "المدين"، انظر المادة ٢). وينصب تركيز مشروع الاتفاقية على الممارسات التمويلية. غير أن عنوان مشروع الاتفاقية لا يحتوي على أية إشارة إلى التمويل. والسبب هو الحاجة إلى تفادي اعطاء انطباع بأن نطاق مشروع الاتفاقية يقتصر على المعاملات التمويلية البحتة ويستبعد معاملات خدمية هامة (مثلا الاحالات في معاملات العملة الدولية التي توفر فيها حماية من تقصير المدين أو تقدم فيها خدمات مسك الدفاتر أو التحصيل).

٥- ويقصد من الإشارة إلى التجارة الدولية أن تجسد الهدف العام لمشروع الاتفاقية وهو تيسير حركة البضائع والخدمات عبر الحدود وأن توضح توضيحا ملائما أن مشروع الاتفاقية ينطبق على الاحالات ذات العنصر الدولي والتجاري. غير أنه لا يقصد منها أن تحد من نطاق مشروع الاتفاقية، وذلك مثلاً بأن تجعله قاصراً على احالات المستحقات التي تنشأ في التجارة الدولية، باستبعاد احالات المستحقات المحلية، أو تجعله قاصراً على الاحالات الدولية للمستحقات المحلية، باستبعاد الاحالات المحلية للمستحقات الدولية. وعلاوة على ذلك فلا ينبغي تفسير الإشارة إلى التجارة الدولية بأنها توحى بأن مشروع الاتفاقية لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يمس الاحالات المحلية للمستحقات المحلية. فتلک الاحالات تتأثر بالمادة ٢٤، التي بموجبها يحال النزاع بين محال اليه محلي ومحال اليه أجنبي لمستحقات محلية إلى قانون مكان المحيل (بشأن هذه المسألة، انظر أيضاً الفقرتين ٢١ و ٢٢). وتتأثر تلك الاحالات أيضاً بالفقرة ١ (ب) من المادة ١، التي بموجبها يجوز أن ينطبق مشروع الاتفاقية على الاحالة المحلية لمستحق محلي في سلسلة من الاحالات اذا كانت هناك احالة لاحقة سابقة داخلة في نطاق مشروع الاتفاقية. وفضلاً عن ذلك، لا يقصد من الإشارة إلى التجارة الدولية استبعاد احالات مستحقات المستهلكين (بشأن هذه المسائل، انظر الفقرات ٣٦ و ١٠٣ و ١٣٢).

الديباجة

٦- القصد من الديباجة هو أن تكون بمثابة بيان للمبادئ العامة التي يقوم مشروع الاتفاقية على أساسها والتي يمكن، بمقتضى مشروع المادة ٨، أن تستخدم في سد الثغرات المتبقية في مشروع الاتفاقية. وتتضمن هذه المبادئ ما يلي: تسهيل الائتمانات التجارية والائتمانات الاستهلاكية بأسعار أيسر، الأمر الذي يكون في مصلحة جميع الأطراف المعنية من محيلين ومحال اليهم ومدينين؛ ومبدأ حماية المدين، الذي لا يمس بوضع المدين القانوني. بموجبه الا اذا ذكر خلاف ذلك صراحة في مشروع الاتفاقية؛ وترويج حركة البضائع والخدمات عبر الحدود؛ وتعزيز اليقين وامكانية التنبؤ فيما يتعلق بحقوق الأطراف المشتركة في المعاملات المتصلة بالاحالات؛ وتحديث ومواءمة القوانين الداخلية والدولية المتعلقة بالاحالة، على صعيدي القانون الموضوعي والقانون الدولي الخاص؛ وتسهيل الممارسات الجديدة وتجنب التدخل في الممارسات الراهنة، وتجنب التدخل في التنافس.

المعاملات المشمولة

٧- بالنظر إلى التعريف الواسع لتعبير "مستحق" في المادة ٢ (أ) ("حق تعاقدى في تقاضى مبلغ نقدي")، ينطبق مشروع الاتفاقية على مجموعة واسعة من المعاملات. فمشروع الاتفاقية يشمل، بصورة خاصة، حالة المستحقات التجارية (الناشئة عن بيع بضائع أو انشاءات أو خدمات بين المنشآت التجارية) والمستحقات الاستهلاكية (الناشئة عن معاملات استهلاكية) والمستحقات الحكومية (الناشئة عن معاملات مع هيئة حكومية أو عمومية). وبغية توضيح سياق انطباق مشروع الاتفاقية، يرد وصف مختصر لتلك الممارسات في الفقرات التالية. ولا يمكن لقائمة الممارسات التي يتناولها مشروع الاتفاقية أن تكون شاملة، وخاصة بالنظر إلى الاستحداث السريع لممارسات جديدة.

٨- فمشروع الاتفاقية يشمل، أولاً، تقنيات تمويلية تقليدية تتصل بالمستحقات التجارية، مثل التمويل على أساس الموجودات، والعملة (factoring)، والعملة القطعية (forfeiting). وأشيع نوعين من أنواع التمويل المستند إلى الموجودات هما تسهيلات الاعتماد المتجدد وتمويل ثمن الشراء. ففي إطار تسهيل القرض المتجدد، يقدم مقرض قرضاً من حين إلى آخر بناء على طلب المقرض. وتضمن هذه القروض بحق ضماني في كل ما للمقرض من مستحقات أو مخزونات حالية أو مستقبلية (أي: مجموعة متجددة من البضائع التي تشتري وتباع وتخزن بانتظام) أو كليهما. وعموماً يستخدم المقرض هذه القروض لتمويل احتياجاته الجارية من رأس المال المتداول ويستند مبلغ القروض التي تتاح في إطار هذا النوع من تسهيلات القروض إلى نسبة مئوية محددة من قيمة الضمان. ويحدد المقرض هذه النسبة (التي تسمى عموماً "نسبة التسليف") على أساس تقدير المقرض للمبلغ الذي سيحصل عليه من الضمان إذا لجأ إلى استعماله كمصدر لسداد الدين. وعادة تتراوح نسبة التسليف بين ٧٠ في المائة و ٩٠ في المائة فيما يتعلق بالضمان المؤلف من مستحقات وبين ٤٠ في المائة و ٦٠ في المائة فيما يتعلق بالضمان المؤلف من مخزونات. وهيكّل القرض المتجدد هو، من وجهة النظر الاقتصادية، عالي الكفاءة، ويعتبر على العموم مفيداً للمقرض، لأنه يهدف إلى جعل القروض متفقة مع "دورة تحويل الأموال النقدية" لدى المقرض (أي: الحصول على المخزونات، وبيع المخزونات، وانشاء المستحقات، وتلقي السداد على المستحقات، والحصول على المزيد من المخزونات لبدء الدورة مرة أخرى).

٩- وتشير عبارة "تمويل ثمن الشراء" إلى ترتيب تمويلي يقدم في إطاره بائع بضائع أو ممتلكات أخرى ائتماناً إلى المشتري لتمكينه من الحصول على الممتلكات، أو يقدم مقرض ائتماناً أو قرضاً إلى المشتري لتمكينه من الحصول على الممتلكات. وفي كلتا الحالتين يحصل البائع أو المقرض على حق ضماني في الممتلكات لضمان الائتمان أو القرض وعلى حق ضماني في المستحقات الناتجة. وثمة نوع شائع من معاملات تمويل ثمن الشراء يعرف باسم "تخطيط المخزونات" (floor-planning). ففي إطار تسهيلات تخطيط المخزونات، يقدم مقرض قرضاً لتمويل احتياز مخزونات مدين. وهذا النوع من التسهيلات يقدم في كثير من الأحيان للمدينين الذين يتجرون في أصناف مثل السيارات أو الشاحنات أو غيرها من المركبات، والحواشيب، والأجهزة الاستهلاكية الكبيرة. وكثيراً ما يكون المقرضون في هذه الترتيبات هيئات مالية مرتبطة بالصانعين. وهم يحصلون في العادة على حق ضماني في المخزونات وفي أي مستحقات ناتجة عن بيع المخزونات. وثمة نوع شائع آخر من تمويل ثمن الشراء يعرف باسم "تمويل أوامر الشراء". ففي هذا

النوع من التسهيلات، يقدم المقرض عادة أموالاً لتمويل قيام المدين بتنفيذ أوامر شراء محددة، ويشمل ذلك في كثير من الأحيان قيام المدين بشراء المخزونات اللازمة لتنفيذ أوامر الشراء. ويضمن الدين بأوامر الشراء وبالمخزون المشتري والمستحقات الناتجة. ومن المنافع الأخرى التي يتيحها تمويل ثمن الشراء للمدينين أنه يعزز القدرة على المنافسة، لأنه يمكن المدين من اختيار دائنين مختلفين لتمويل مختلف مكونات أعمال المدين بأكثر الطرائق كفاءة وأكثرها فعالية من حيث التكلفة.

١٠- والعملة، في أشيع أشكالها، هي بيع عدد كبير من المستحقات بيعاً تاماً، مع حق الرجوع على المحيل في حالة تخلف المدين أو دون ذلك الحق. والعملة القطعية، في أبسط أشكالها، هي البيع التام لمستحقات منفردة ذات قيمة كبيرة، سواء أكانت تلك المستحقات مجسدة في صكوك قابلة للتداول أم غير مجسدة فيها، دون حق الرجوع. ففي هذين النوعين من المعاملات، يحيل محيلون إلى ممولين حقوقهم في مستحقات ناشئة عن بيع بضائع المحيلين أو خدماتهم. وتكون الاحالة في مثل هذه المعاملات عادة نقلاً تاماً ولكن يمكن أن تكون أيضاً، لأسباب مختلفة (كرسم الدمغة)، لأغراض الضمان. ويكيف سعر الشراء وفقاً للمخاطرة والوقت اللازمين لتحصيل المستحق الأساسي. وعلاوة على أشكالها التقليدية، تظهر تلك الصفقات في عدد من البدائل المعدة خصيصاً لتلبية الاحتياجات المختلفة للأطراف في المعاملات التجارية الدولية. مثل ذلك أنه، في خصم الفواتير، يجري بيع تام لعدد كبير من المستحقات بدون إشعار المدين ولكن مع حق الرجوع الكامل على المحيل في حالة تقصير المدين. وفي عملة الصكوك المستحقة، تجري الإدارة الكاملة لدفتر المبيعات، والتحصيل من المدينين، والحماية من الديون المتعسرة، ولكن دون أي تمويل. وفي العملة الدولية، تجري إحالة المستحقات إلى عامل في بلد المحيل ("عامل التصدير") وبعد ذلك يحيلها عامل التصدير إلى عامل آخر في بلد المدين ("عامل الاستيراد"). وتجرى الاحالة الثانية لأغراض التحصيل، ولا يكون للعوامل حق رجوع على المحيل في حالة تخلف المدين (عملة دون حق رجوع). ويشمل مشروع الاتفاقية جميع هذه المعاملات بغض النظر عن شكلها.

١١- ويشمل مشروع الاتفاقية أيضاً تقنيات تمويل ابتكارية، كالتسديد وتمويل المشاريع على أساس تدفق الدخل في المستقبل من المشروع. ففي معاملة التسديد يقوم المحيل، الذي ينشئ مستحقات بجهوده الخاصة ("المنشئ")، على سبيل النقل التام عادة، بإحالة تلك المستحقات إلى هيئة ("الهيئة الخاصة الغرض"). وتكون الهيئة الخاصة الغرض مملوكة بالكامل للمحيل ومنشأة خصيصاً لغرض شراء المستحقات وتسديد ثمنها بالأموال المتلقاة من مستثمرين تبيعهم الهيئة الخاصة الغرض المستحقات أو السندات المالية المدعومة بالمستحقات. وفصل المستحقات عن موجودات المنشئ الأخرى يتيح ربط الثمن الذي يدفعه المستثمرون (أو الأموال المقرضة) بالقوة المالية للمستحقات المحالة وليس بالجدارة الائتمانية للمحيل. وهو يعزل أيضاً المستحقات عن خطر إعسار المنشئ. وبناء على ذلك، قد يتمكن المنشئ من الحصول على ائتمانات تزيد على ما يكون متاحاً له على أساس تصنيفه الائتماني. وبالإضافة إلى ذلك، فإن وصول المنشئ إلى أسواق الأوراق المالية الدولية قد يمكنه من الحصول على الائتمان بتكلفة أقل من متوسط تكلفة الائتمانات المصرفية التجارية.

١٢ - وفي مشاريع البنية التحتية الكبيرة المدرة للإيرادات، تجمع الجهات الراعية التكاليف الرأسمالية الأولية عن طريق الاقتراض في مقابل التدفق الآجل لإيرادات المشروع. وهكذا، فإن سدود توليد القدرة الكهربائية تمول عن طريق ضمان تدفق الإيرادات في المستقبل من رسوم الكهرباء، ويُدفع ثمن شبكات الهاتف عن طريق الإيرادات المتأتية في المستقبل من رسوم الاتصالات، وتُنشأ الطرق السريعة بأموال تجمع من خلال حالة متحصلات رسوم المرور على تلك الطرق في المستقبل. وبالنظر إلى انطباق مشروع الاتفاقية على المستحقات الآجلة، يمكن تحويل هذه الأنواع من تمويل المشاريع إلى عمليات نقل، تجرى عادة لأغراض الضمان، للمستحقات الآجلة التي يدرها المشروع الذي يجري تمويله. وفي هذا السياق، لا بد من التأكيد على أن استبعاد مشروع الاتفاقية للاحالات التي تجرى لأغراض شخصية أو أسرية أو منزلية (انظر الفقرة ١ أ) من المادة ٤) لن يؤدي إلى استبعاد المستحقات الاستهلاكية.

١٣ - وستشمل أيضاً أشكال أخرى عديدة من المعاملات التقليدية، منها إعادة تمويل القروض من أجل تحسين نسبة رأس المال إلى الالتزامات أو لأغراض تنويع الحوافظ المالية؛ وسندكة الاقتراض، والمشاركات؛ واحالة التزام شركة التأمين التبعي بالدفع لدى حدوث خسارة. وتشمل أيضاً الممارسات المتعلقة باحالة المستحقات المتصلة بالعقارات أو الطائرات واحالة المستحقات الناشئة عن معاملات مالية معينة (مثل المستحقات التي تنشأ لدى انتهاء جميع العقود المالية القائمة التي تحكمها اتفاقات معاوضة؛ انظر الفقرة ٢ ب) من المادة ٤ والفقرة ٤٧).

باء - الفصل الأول

نطاق الانطباق

التعليق

هيكل الفصل الأول

١٤ - في الفصل الأول، يجري تناول المسائل ذات الصلة بالانطباق في أحكام مختلفة تحقيقاً للوضوح والبساطة في النص. فالمادة ١ تحدد النطاق الموضوعي، على العموم، كما تحدد نطاق الانطباق الاقليمي لمشروع الاتفاقية. وتحدد المادتان ٢ و ٣ الانطباق الموضوعي بشكل أكثر تفصيلاً (تعريف الاحالة والمستحق والطابع الدولي للاحالة أو المستحق). وتتناول المادة ٤ المعاملات المستبعدة. وترد المادة ٥ (التعاريف وقواعد التفسير) في الفصل الثاني من مشروع الاتفاقية لأن المصطلحات المعروفة في تلك المادة لا تثير مسائل تتصل بالانطباق بصورة رئيسية.

المادة ١

نطاق الانطباق

١ - تنطبق هذه الاتفاقية:

(أ) على إحالات المستحقات الدولية وعلى الإحالات الدولية للمستحقات حسب تعريفها الوارد في هذا الفصل، إذا كان مقر المحيل يقع، وقت إبرام عقد الإحالة، في دولة متعاقدة؛

(ب) على الإحالات اللاحقة شريطة أن تكون أي إحالة سابقة خاضعة لأحكام هذه الاتفاقية.

٢- تنطبق هذه الاتفاقية على أي إحالة لاحقة مستوفية للمعايير المبينة في الفقرة ١ (أ) من هذه المادة، حتى وإن لم تنطبق على أي إحالة سابقة للمستحق ذاته.

٣- لا تفس هذه الاتفاقية بحقوق المدين والتزاماته، ما لم يكن مقر المدين واقعا، وقت إبرام العقد الأصلي، في دولة متعاقدة أو يكن القانون الذي يحكم العقد الأصلي قانون دولة متعاقدة.

٤- تنطبق أحكام الفصل الخامس على إحالات المستحقات الدولية وعلى الإحالات الدولية للمستحقات حسب تعريفها الوارد في هذا الفصل، بغض النظر عن أحكام الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة. غير أن هذه الأحكام لا تنطبق إذا أصدرت الدولة إعلانا بمقتضى المادة ٣٩.

٥- تنطبق أحكام مرفق هذه الاتفاقية وفقا لما هو منصوص عليه في المادة ٤٢.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ١٩-٣٢؛ A/CN.9/432، الفقرات ١٣-٣٨؛ A/CN.9/434، الفقرات ١٧-٤١؛ A/CN.9/445، الفقرات ٤٥-٤٨ و ١٢٥-١٤٥؛ A/CN.9/447، الفقرات ١٤٣-١٤٦؛ A/CN.9/455، الفقرات ٤١-٤٦ و ١٦٠-١٧٣؛ A/CN.9/456، الفقرات ٢٢-٣٧؛ A/CN.9/466، الفقرات ١٤٥-١٤٩؛ A/55/17، الفقرات ١٣-١٧؛ A/CN.9/486، الفقرات ٧٠-٧٥.

التعليق

نطاق الانطباق الموضوعي والاقليمي

١٥- بمقتضى المادة ١، ينطبق مشروع الاتفاقية على إحالات المستحقات (للاطلاع على تعريف مصطلحات "الإحالة" و "إحالة لاحقة" و "المستحق" و "المحيل" و "الحال اليه" و "المدين"، انظر المادة ٢). وهناك شرطان لانطباق مشروع الاتفاقية. فيتعين توفر العنصر الدولي (للاطلاع على استثناء، انظر الفقرة ١ (ب) من المادة ١) وعنصر الصلة الاقليمية بين أطراف معينة والدولة المتعاقدة (للاطلاع على استثناء، انظر الفقرة ٤ من المادة ١). وقد يكون العنصر الدولي متعلقا بالإحالة أو بالمستحق. ومن ثم، فإن مشروع الاتفاقية ينطبق على إحالات المستحقات الدولية سواء كانت الإحالات دولية أو محلية، وعلى الإحالات الدولية للمستحقات، حتى وإن كانت المستحقات محلية (للاطلاع على التعليقات على الطابع الدولي، انظر الفقرات ٣٨-٤١). أما عنصر الصلة الاقليمية فقد يكون متعلقا بالمحيل فقط أو بالمحيل والمدين. وبغية

انطباق أحكام مشروع الاتفاقية، بخلاف الأحكام ذات الصلة بالمدين (كالباب الثاني من الفصل الرابع)، يتعين أن يكون مقر المحيل فحسب واقعا في دولة متعاقدة. وبغية انطباق مشروع الاتفاقية ككل، يتعين أن يكون مقر المدين أيضا واقعا في دولة متعاقدة (أو يتعين أن يكون القانون الذي يحكم المستحق هو قانون دولة متعاقدة؛ وللإطلاع على المناقشة المتعلقة بمصطلح "المقر"، انظر الفقرات ٦٧-٦٩).

١٦- ويستند هذا النهج إلى الافتراض بأن النزاعات الرئيسية التي سيكون من المطلوب أن يحسمها مشروع الاتفاقية سوف يجري تناولها إذا كان مقر المحيل (وكذلك مقر المدين، فيما يتعلق بانطباق الأحكام المتصلة بالمدين فقط) واقعا في دولة متعاقدة. ويراعي هذا النهج أيضا أن تطبيق أحكام مشروع الاتفاقية، عدا تلك التي تتناول حقوق المدين والتزاماته، لن يمس المدين، ولذلك لا ينبغي أن يكون لمقر المدين (أو للقانون الذي يحكم العقد الأصلي) أثر في تطبيق تلك الأحكام. كما أنه يراعى أن الانفاذ سيلتمس عادة في المكان الذي يقع فيه مقر المحيل أو المدين، ولذلك لا توجد حاجة إلى الإشارة إلى مقر المحال إليه.

١٧- والنطاق الإقليمي لانطباق مشروع الاتفاقية واسع إلى حد كاف، وبالتالي لا توجد حاجة إلى توسيعه ليشمل حالات لا يقع فيها مقر أي طرف من الأطراف في دولة متعاقدة ولكن يكون قانون الدولة المتعاقدة منطبقا استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص. وعلاوة على ذلك، فإن التحويل على قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بانطباق مشروع الاتفاقية يمكن أن يسبب عدم يقين. فالقانون الدولي الخاص بشأن الاحالة غير موحد، كما أن الأطراف، على أية حال، لن تعرف وقت إبرام المعاملة أين يمكن أن ينشأ النزاع وأية قواعد من القانون الدولي الخاص يمكن أن تنطبق نتيجة لذلك. غير أنه إذا كان مقر المحكمة المختصة واقعا في دولة غير متعاقدة، لا تكون المحاكم ملتزمة بمشروع الاتفاقية. ولذلك لا يمكن منع محاكم الدولة غير المتعاقدة من أن تطبق، على الأقل، أحكام القانون الموضوعي التي ينص عليها مشروع الاتفاقية كجزء من القانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص لديها (إذا كان قانون المحكمة يحظر الرد إلى القانون الوطني (*renvoi*))، فلن تنطبق في هذه الحالة قواعد القانون الدولي الخاص الواردة في مشروع الاتفاقية؛ وللإطلاع على معنى "الرد إلى القانون الوطني"، انظر الفقرة ٧٠).

١٨- وبمقتضى الفقرة ٣ من المادة ١، يمكن أن تنطبق أحكام مشروع الاتفاقية ذات الصلة بالمدين على الحالات التي يكون فيها مقر المدين ليس واقعا في دولة متعاقدة ولكن قانون دولة متعاقدة يحكم العقد الذي ينشأ عنه المستحق المحال ("العقد الأصلي"؛ انظر المادة ٥ (أ)). وفي هذا السياق، يتبع نهج مختلف إزاء النطاق الإقليمي لانطباق مشروع الاتفاقية، لأن المدين سيكون على علم بكلا القانونين المشار إليهما. وعلى غرار الفقرة ١ من المادة ١، تنص الفقرة ٣ من المادة ١ على أن مقر المدين يجب أن يكون واقعا في دولة متعاقدة، أو يجب أن يكون قانون دولة متعاقدة يحكم العقد الأصلي في وقت إبرام العقد الأصلي. وهذا النهج متبع لأجل ضمان إمكانية التنبؤ بانطباق مشروع الاتفاقية فيما يتعلق بالمدين (يتبع نفس النهج في المادة ٤٠). غير أنه، نتيجة لاتباع هذا النهج، يمكن أن لا تتمكن الأطراف، في حالة المستحقات المستقبلية التي تحال إحالة محلية، من أن تحدد (على الأقل قبل أن تنشأ المستحقات المستقبلية) ما إن كان مشروع الاتفاقية سينطبق على حقوق المدين والتزاماته (للإطلاع على مشكلة ذات صلة بذلك فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة التي تحال إحالة محلية، انظر الفقرتين ٤٠ و ٤١).

الإحالات اللاحقة

١٩ - صمم مشروع الاتفاقية لينطبق أيضاً على الإحالات اللاحقة. وهذه الإحالات يمكن أن تجري، مثلاً، في سياق معاملات العوملة والتسديد وإعادة التمويل الدولية. والشرط الوحيد لانطباق مشروع الاتفاقية هو أن تكون هناك إحالة سابقة خاضعة لأحكام مشروع الاتفاقية. وبناءً على ذلك، يمكن حتى للإحالة المحلية لمستحقات محلية أن تدرج في نطاق مشروع الاتفاقية إذا كانت لاحقة لإحالة دولية. والسبب في اتباع هذا النهج هو أنه، ما لم تجعل جميع الإحالات الموجودة في سلسلة من الإحالات خاضعة للنظام القانوني الواحد نفسه، فسيكون من الصعب جداً تناول المسائل ذات الصلة بالإحالة بطريقة متسقة ("الاستمرارية القانونية").

٢٠ - ويقصد أن ينطبق مشروع الاتفاقية أيضاً على الإحالات اللاحقة التي تخضع، في حد ذاتها، لأحكام الفقرة ١ (أ) من المادة ١، دون اعتبار لما إن كانت أي إحالة سابقة خاضعة لأحكام الاتفاقية. ونتيجة لذلك يمكن أن لا ينطبق مشروع الاتفاقية إلا على بعض الإحالات في سلسلة من الإحالات. وهذه النتيجة خروج على مبدأ "الاستمرارية القانونية". غير أنها اتبعت لضمان أن الأطراف في الإحالات في معاملات التسديد، التي تكون فيها الإحالة الأولى محلية وتتعلق بمستحقات محلية، لا يحرمون من الفوائد التي يمكن الحصول عليها من انطباق مشروع الاتفاقية. ويستند هذا النهج إلى الافتراض بأنه لن يمس الممارسات المحلية دون مسوغ (بشأن هذه المسألة، انظر الفقرتين ٢١ و ٢٢).

العلاقة بالقانون الوطني

٢١ - نتيجة لشمول مشروع الاتفاقية للإحالات الدولية للمستحقات محلية، أو حتى الإحالات المحلية للمستحقات المحلية إذا أجريت في سياق إحالات لاحقة، يمكن للأطراف التجارية في معاملات محلية أن تستفيد من زيادة فرص الوصول إلى الأسواق المالية التجارية، ومن ثم الحصول على ائتمانات بتكلفة قد تكون أقل. ولن يجري المساس، دون مسوغ، بمصالح المحيلين التي يحميها مثلاً، الحظر الذي يفرضه القانون الوطني على إحالات المستحقات الآجلة أو الإحالات العالمية (انظر الفقرة ٩٤). ولا يمنع مشروع الاتفاقية المحيل من عرض مستحقاته على مقرضين مختلفين للحصول على الائتمان (مثال ذلك، عرضها على مورد مواد على أساس الائتمان، أو على مؤسسة مالية للحصول على رأسمال متداول) لأنه لا يعطي الأولوية لأحد المقرضين على الآخر. ولن يجري المساس دون مسوغ أيضاً بمصالح المدينين، المحميين بالتشريعات الوطنية. ويشترط مشروع الاتفاقية أن يكون مقر المدين واقعاً في دولة متعاقدة (أو أن يكون القانون الذي يحكم العقد الأصلي قانون دولة متعاقدة) ويجعل ما للإحالة من آثار على المدين مقتصرة على الآثار المنصوص عليها في المواد ١٩-٢٣.

٢٢ - ولن يجري المساس دون مسوغ كذلك بمصالح المحال إليهم المحيلين، لأن مشروع الاتفاقية لا يعطي الأولوية لمحال إليه أجنبي على محال إليه محلي. فهو يكتفي بأن يحدد القانون الوطني الذي يحكم الأولوية (انظر المادتين ٢٤ و ٥ (م)). وعلاوة على ذلك، لا يتناول مشروع الاتفاقية النزاع بين محال إليه محلي ومحال إليه أجنبي لمستحقات محلية، ما لم يكن مقر المحيل واقعاً في دولة متعاقدة (انظر الفقرة ١ (أ) من المادة

١) وستكون تلك الدولة، حسب تعريفها في إحالة محلية لمستحق محلي، هي الدولة التي يقع فيها مقر كل من المدين المحلي والمحال إليه المحلي (انظر المادة ٣). غير أنه، في حالة التنازع بين إحالة من جانب مكتب فرعي وإحالة أخرى لنفس المستحق من جانب المكتب الرئيسي، يمكن أن ينطبق قانونان مختلفان. وقد يحدث ذلك إذا كان الفرع أو المكتب الرئيسي واقعاً في دولة غير متعاقدة يحال فيها النزاع إلى قانون مقر المكتب الفرعي، في حين أنه بموجب مشروع الاتفاقية يحال إلى قانون مقر المكتب الرئيسي (انظر المادة ٥ (ح)).

نطاق الفصل الخامس

٢٣- بموجب الفقرة ٤ من المادة ١، ينطبق الفصل الخامس على الإحالات ذات العنصر الدولي حسب تعريفها في المادة ٣، دون اعتبار لما إن كانت هناك صلة إقليمية بين الإحالة ودولة متعاقدة. ويقتصر نطاق انطباق الفصل الخامس على المعاملات الدولية حسب تعريفها في المادة ٣. ومن أجل التقليل من أي تنازع مع اتفاقيات أخرى تتناول مسائل القانون الدولي الخاص المتعلقة بالإحالة،^(١٢) تسمح الفقرة ٤ من المادة ١ للدولة بأن تختار عدم تطبيق الفصل الخامس. ومن الناحية الأخرى فإن نطاق الفصل الخامس يمتد إلى ما وراء نطاق الأحكام الأخرى في مشروع الاتفاقية، لأن الفصل الخامس ينطبق دون اعتبار لأي صلة إقليمية بالدولة المتعاقدة. ونتيجة لذلك، يمكن أن يؤدي الفصل الخامس وظيفة مزدوجة. فهو يمكن أن يعزز الأحكام الأخرى في مشروع الاتفاقية أو يمكن أن يوفر مستوى ثانياً من التنسيق، أي ما يسمى اتفاقية مصغرة على غرار الفصل السادس من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (نيويورك، ١٩٩٥).

انطباق المرفق

٢٤- تحيل المادة ٢٤ من مشروع الاتفاقية مسائل الأولوية إلى قانون مقر الحيل (فيما يتعلق بمعنى "المقر"، انظر المادة ٥ (ح)). وإدراكاً لإمكان حاجة بعض الدول إلى تحديث أو تعديل قواعدها الخاصة بالأولوية، تتيح الفقرة ٥ من المادة ١ للدول لاختيار إحدى قاعدتي الأولوية في القانون الموضوعي الواردتين في المرفق. وتوضح المادة ٤٢ الأثر المترتب على إصدار إعلان بموجب الفقرة ٥ من المادة ١.

المادة ٢

إحالة المستحق

لأغراض هذه الاتفاقية:

(١٢) مثلاً اتفاقية الاتحاد الأوروبي بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية، روما، ١٩٨٠ ("اتفاقية روما") واتفاقية البلدان الأمريكية بشأن القانون المنطبق على العقود الدولية، مكسيكو، ١٩٩٤ ("اتفاقية مكسيكو").

(أ) تعني "الإحالة" أن ينقل شخص ما ("المحيل") إلى شخص آخر ("المحال إليه")، كلياً أو جزئياً، بالاتفاق فيما بينهما، ما للمحيل من حق تعاقد في تقاضي مبلغ نقدي ("المستحق") من شخص ثالث ("المدين") أو أي مصلحة غير مجزأة له في ذلك الحق. ويعتبر إنشاء حقوق في المستحقات ضماناً لمديونية أو لالتزام آخر بمثابة نقل؛

(ب) إذا أجريت إحالة من جانب المحال إليه الأول أو أي محال إليه آخر ("إحالة لاحقة")، يكون الشخص الذي يُجري الإحالة هو المحيل ويكون الشخص الذي تُجرى الإحالة إليه هو المحال إليه.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٣٣-٤٤؛ A/CN.9/432، الفقرات ٣٩-٦٩ و ٢٥٧؛ A/CN.9/434، الفقرات ٦٢-٧٧؛ A/CN.9/445، الفقرات ١٤٦-١٥٣؛ A/CN.9/456، الفقرات ٣٨-٤٣؛ A/CN.9/466، الفقرات ٨٧-٩١ و A/55/17، الفقرات ١٨-٢٤.

التعليق

الإحالة وعقد الإحالة أو عقد التمويل

٢٥- يسلم مشروع الاتفاقية، مثله مثل معظم النظم القانونية، بالتمييز بين الإحالة نفسها باعتبارها نقلاً للملكية وعقد الإحالة باعتباره معاملة تنشئ التزامات شخصية (أي بعبارة أخرى: بين الإحالة وسببها، وهو بيع أو اتفاق ضمان أو هبة أو سداد). غير أن مشروع الاتفاقية لا يتناول العلاقة بين الإحالة وعقد الإحالة. وعلى وجه الخصوص، لا يتناول مشروع الاتفاقية مسألة ما إن كان سريان مفعول الإحالة يتوقف على صحة العقد، وهي مسألة تعامل معاملة مختلفة بين نظام قانوني وآخر. وفضلاً عن ذلك، لا يشير مشروع الاتفاقية إلى غرض الإحالة، أي ما إن كانت الإحالة تجري لأغراض تمويلية بحتة أم لأغراض مسك الدفاتر أو التحصيل أو الوقاية من تخلف المدين أو إدارة المخاطر أو تنويع الحافظات المالية أو لأغراض أخرى. فالإشارة إلى الغرض "التمويلي" للإحالة يمكن أن تنشئ نظاماً خاصاً بشأن الإحالة للأغراض التمويلية، على الرغم من عدم الحاجة إليه. ويمكن أيضاً أن تؤدي تلك الإشارة، دون ضرورة، إلى أن تستبعد من نطاق مشروع الاتفاقية معاملات هامة تقدم فيها خدمات ولكن لا يقدم فيها تمويل. وعلاوة على ذلك فإن الإشارة إلى الغرض "التجاري" للمعاملة يمكن أن ينشئ عدم اليقين، لأن إيراد تعريف موحد لهذا المصطلح في اتفاقية ليس ممكناً ولا مستصوباً.

المسائل التعاقدية

٢٦- لا يتناول مشروع الاتفاقية مسائل تعاقدية سوى تلك التي تتناولها المواد ١٣ إلى ١٦ و ٢٩. فمثلاً لا يذكر في المادة ٢ ولا في أي مكان آخر في مشروع الاتفاقية ما إن كانت تقدم في وقت الإحالة أو في موعد أبكر "قيمة أو ائتمان أو خدمات" (أي: عوض) أو يوعده بتقديمها، لأن هذه المسألة تتعلق بعقد

الإحالة أو عقد التمويل. ونتيجة لذلك، ينطبق مشروع الاتفاقية على الإحالات مقابل قيمة وعلى الإحالات دون عوض.

"النقض بالاتفاق"

٢٧- بغية إدخال ممارسات أخرى، إضافة إلى الإحالات، تنطوي على نقل حقوق الملكية في المستحقات، كالحلول التعاقدية أو الرهن، ضمن نطاق مشروع الاتفاقية، تُعرّف المادة ٢ "الإحالة" بأنها نقل. ويضع هذا النهج في الاعتبار أن معاملات هامة للتمويل بالمستحقات، كالعملة، تجري في بعض النظم القانونية على شكل حلول تعاقدية أو رهن. وبدلاً من استحداث نوع جديد من الإحالة، يهدف مشروع الاتفاقية إلى توفير قواعد موحدة بشأن الإحالة والممارسات ذات العنصر الدولي المتصلة بالإحالة. فعلى الرغم من أن تلك الممارسات مشمولة نظرياً في القوانين الوطنية القائمة حالياً، فإنه لا يمكن تطويرها بقدر كاف نظراً لما ينطوي عليه تطبيق القانون الوطني في سياق دولي من قيود متأصلة ناتجة عن ما تأخذ به المحكمة من قواعد إلزامية ومن اعتبارات متعلقة بالسياسات العامة. والقصد من الإشارة إلى عمليات النقل "بالاتفاق" هو استبعاد الإحالات الناشئة بفعل القانون (كالحلول القانوني) والإحالات من طرف واحد (أي: عندما لا تكون هناك موافقة صريحة أو ضمنية من المحال إليه).

٢٨- ويتناول مشروع الاتفاقية كلاً من عمليات النقل التام، بما فيها العمليات التي تجري لأغراض الضمان، والإحالات على سبيل الضمان. وبغية تجنب أي غموض بشأن هذه المسألة، تتناول المادة ٢ (أ) هذه المسألة صراحةً وتنشئ افتراضاً نظرياً قانونياً بأنه، لأغراض مشروع الاتفاقية، يعتبر إنشاء حقوق في المستحقات بمثابة نقل. بيد أن مشروع الاتفاقية لا يُعرّف الإحالات التامة والإحالات على سبيل الضمان. فبالنظر إلى أوجه التباين الواسعة القائمة بين النظم القانونية بشأن تصنيف الإحالات، تركت هذه المسألة للقوانين الأخرى المنطبقة خارج نطاق مشروع الاتفاقية. والواقع أن الإحالة على سبيل الضمان يمكن أن تكون لها خصائص النقل التام، في حين أن النقل التام يمكن أن يستخدم كوسيلة للضمان.

الشكل الوطني وخيار التقيد

٢٩- لا يوجد شرط لانطباق مشروع الاتفاقية سوى الشروط المبينة في الفصل الأول. وعلى وجه الخصوص، لا يوجد شرط بأن تكون الإحالة في شكل معين لكي ينطبق عليها مشروع الاتفاقية. والواقع أن المادة ٨ تحيل الشكل إلى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وعلاوة على ذلك، لا توجد حاجة إلى أن يبين طرفا الإحالة بأي طريقة أنهما يريدان إخضاع إحالتهما لمشروع الاتفاقية. وإذا اختار طرفان واقعان في دولة متعاقدة التقيد بمشروع الاتفاقية على أية حال، وفقاً للمادة ٦، فلا ينبغي أن يمس اتفاقهما حقوق المدين أو الأطراف الثالثة الأخرى. وإذا كان الطرفان واقعين في دولة غير متعاقدة، فإن القانون المنطبق على اختيار الطرفين للقانون سيحدد آثار ذلك الاتفاق.

"ينقل شخص ما إلى شخص آخر"

٣٠- يمكن أن يكون كل من الخيل والمحال إليه هيئتين اعتباريتين أو فردين، سواء أكانا تاجرين أم مستهلكين. وبصورة خاصة تكون الإحالة بين فردين مشمولة ما لم يكن المحال إليه مستهلكاً وتجري الإحالة لأغراض الاستهلاكية (الفقرة ١ (أ) من المادة ٤). ونتيجة لذلك، فإن إحالة مستحقات بطاقات الائتمان أو القروض المضمونة بعقارات في معاملات التسديد أو إحالة متحصلات رسوم المرور على الطرق في ترتيبات تمويل المشاريع تقع ضمن إطار مشروع الاتفاقية. وبالنظر إلى فهم اللجنة أن صيغة المفرد تشمل صيغة الجمع والعكس بالعكس، فإن الإحالة التي يجريها عدة أشخاص (كالمالكين المشتركين للمستحقات) لصالح عدة أشخاص (كاتحاد مولين) مشمولة أيضاً (وكذلك إحالة أكثر من مستحق واحد). بيد أنه عند تقرير نطاق الانطباق الإقليمي أو الطابع الدولي، ينبغي أن ينظر إلى كل إحالة على أنها إحالة منفصلة، وأن تفي بشروط الفصل الأول، لكي ينطبق عليها مشروع الاتفاقية (فيما يتعلق بالإحالات المنطوية على مدينين متعددين، انظر الفقرة ٣٧). وفي الإحالة التي تجري لصالح وكيل يعمل نيابة عن عدة أشخاص، يتوقف وجود محال إليه واحد أو عدة محال إليهم على صلاحيات الوكيل الدقيقة، وهذه مسألة متروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. فإذا كان ذلك الوكيل يتصرف كمجرد وسيط، يتسلم المكاتبات ويرسلها إلى الأشخاص الذين يمثلهم لكي يصدروا تعليماتهم بشأنها، ثم يرسل تلك التعليمات، يمكن أن تكون هناك إحالة إلى عدة أشخاص، يتصرف المحال إليه نيابة عنهم. أما إذا كانت للوكيل سلطة اتخاذ قرارات نيابة عن الأشخاص الذين يمثلهم، فيمكن أن ينطوي الأمر على إحالة إلى شخص واحد.

"حق تعاقد في تقاضي مبلغ نقدي"

٣١- ينطبق مشروع الاتفاقية على إحالة المستحقات الناشئة عن أي نوع من أنواع العقود، بأوسع معنى لمصطلح العقود، سواء أكان العقد قائماً وقت الإحالة أم لا. ومسألة ماهية الحق "التعاقد" هي مسألة عائدة إلى التفسير وفقاً للقانون الذي يحكم ذلك الحق. غير أن المستحقات التعاقدية التي يشملها مشروع الاتفاقية تتضمن المستحقات الناشئة في إطار عقود لتوريد بضائع أو إنشاءات أو خدمات. وإحالة هذه المستحقات مشمولة بالاتفاقية سواء أكانت العقود الأصلية ذات الصلة عقوداً تجارية أم معاملات مستهلكين. فمثلاً مقبوضات رسوم المرور على الطرق هي مستحقات تعاقدية، لأن الشخص الذي يستخدم الطريق الذي يفرض عليه رسم مرور يقبل ضمناً العرض الذي تقدمه ضمناً الهيئة العمومية أو الخصوصية التي تقوم بتشغيل الطريق الخاضع لرسوم المرور. وإحالة المستحقات التي تكون على شكل ريع ناشئة عن ترخيص ملكية فكرية هي مشمولة أيضاً. وكذلك إحالة التعويضات على الضرر المدفوعة بسبب الإخلال بعقد وإحالة الفائدة (إذا كانت مستحقة بموجب العقد الأصلي) أو إحالة الأرباح الموزعة (الناشئة عن أسهم، سواء أعلنت وقت الإحالة أو نشأت بعده). غير أن إحالة المستحقات الناشئة عن الصكوك الاشتقاقية أو خطابات الاعتماد أو حسابات الإيداع مستبعدة (انظر المادة ٤). ومن الناحية الأخرى فإن إحالة المستحقات الناشئة عن أعمال القانون، مثل مستحقات الضرر، والمستحقات الناشئة في سياق الإثراء غير المشروع، والمستحقات الضريبية، والمستحقات التي تقرر في أحكام قضائية أو قرارات تحكيم، هي مستبعدة، ما لم تدرج في اتفاق تسوية.

٣٢- وحق البائع (الحيل) في أي بضائع معادة (مثلاً لأنها معيبة) هو من حيث المبدأ ليس مستحقاً. غير أن ذلك الحق يعامل بصفة مستحق في العلاقة بين الحيل والمحال إليه إذا حل محل المستحق المحال (انظر المادتين ٥ (ي) و ١٦). وعلاوة على ذلك فإن الحقوق غير النقدية التي يمكن تحويلها إلى مبلغ نقدي هي مستحقات تتناول الاتفاقية إحالتها. وإذا كان التحويل متوخى في العقد الأصلي، فتكون هذه النتيجة واردة ضمناً في المادة ٢. أما إذا كان هذا التحويل غير متوخى في العقد الأصلي، فتكون النتيجة متمشية مع قرار أن يشمل مشروع الاتفاقية إحالة الحقوق غير النقدية التي تحول إلى تعويضات عن الإخلال بالعقد.

حقوق الأداء غير النقدية

٣٣- لا يشمل مشروع الاتفاقية إحالة الحقوق التعاقدية الأخرى غير النقدية (كالحق في الأداء أو الحق في إلغاء العقد). ومن حيث أن المحال إليهم لن يعولوا على المستحقات بل على حقوق الأداء غير النقدية المذكورة، فإن إحالة تلك الحقوق إما أنها لا تشكل جزءاً من معاملات هامة أو أنها قد تكون محظورة حيثما يكون حق الأداء حقاً شخصياً. كما أن الاتفاقية لا تشمل إحالة العقود، التي تنطوي على إحالة الحقوق التعاقدية وتفويض الالتزامات. ففي حين أن تلك المعاملات قد تشكل جزءاً من ترتيبات مالية، فإن الممول يُعَوَّل أساساً، في العادة، على المستحقات. أما تفويض الالتزامات فهو غير مشمول لأنه يثير مسائل تتجاوز كثيراً النطاق المستصوب لمشروع الاتفاقية.

أجزاء المستحقات أو المصالح غير المجزأة في المستحقات

٣٤- من الممارسات الهامة التي يشملها مشروع الاتفاقية الممارسات التي تتعلق بإحالة أجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة في المستحقات (كالتسديد وسندكة القروض). ونفاذ مفعول الإحالات الجزئية ليس معترفاً به في جميع النظم القانونية. ولذلك تثبت المادة ٩ صحة تلك الإحالات. وعلاوة على ذلك، فمن أجل تفادي أي عدم يقين بشأن ما إن كان مشروع الاتفاقية في مجمله ينطبق على تلك الإحالات، تحتوي المادة ٢ على إشارة صريحة إليها. وهذه النتيجة مفيدة على الخصوص فيما يتعلق بتطبيق أحكام حماية المدينين على الحالات التي قد يحال فيها المستحق إحالة جزئية إلى محال إليهم متعددين (بشأن إبراء ذمة المدين في حالة الإشعار بإحالة جزئية، انظر الفقرة ٦ من المادة ١٩).

الحقوق الشخصية (القابلية القانونية للإحالة)

٣٥- يعامل مشروع الاتفاقية مسألة إحالة الحقوق الشخصية (كالأجور والمعاشات التقاعدية وبوليصة التأمين) والحقوق التي يحظر القانون إحالتها (كالمستحقات الحكومية) باعتبارها مسألة سريان مفعول وليست مسألة نطاق. وتبعاً لذلك لا تستبعد المادة ٢ إحالة الحقوق الشخصية (التي تنطوي عليها، مثلاً، ممارسات تمويلية هامة، مثل تمويل خدمات التوظيف المؤقتة). وإذا كانت تلك الإحالات غير محظورة بموجب القانون الوطني فإن مشروع الاتفاقية يعترف بسريان مفعولها. ولكن إذا كانت تلك الإحالات محظورة بموجب القانون الوطني فإن مشروع الاتفاقية لا يمس ذلك الحظر (انظر الفقرة ٣ من المادة ٩).

"[يدين بها] شخص ثالث" (تاجر أو مستهلك أو دولة أو هيئة عمومية أخرى)

٣٦- عدا عن الحيل والمحال إليه، يمكن أن يكون المدين أيضاً هيئة اعتبارية أو فرداً أو تاجراً أو مستهلكاً أو هيئة حكومية أو مؤسسة مالية. وبمعكس اتفاقية اليونيدروا بشأن العملة الدولية ("اتفاقية أوتوا")، لا يستبعد مشروع الاتفاقية الممارسات التجارية المنطوية على إحالة مستحقات تعاقدية يدين بها مستهلكون، ما لم تكن الإحالة إلى مستهلك لأغراضه الاستهلاكية (انظر الفقرة ١ (أ) من المادة ٤). فاحالات المستحقات الاستهلاكية تشكل جزءاً من ممارسات هامة، كتسديد مستحقات البطاقات الائتمانية، تكمن في تسهيلها إمكانية زيادة حصول الصانعين والبائعين بالتجزئة والمستهلكين على ائتمانات أقل تكلفة ويمكن نتيجة لذلك أن تسهل التجارة الدولية في البضائع الاستهلاكية. غير أنه بينما يشمل مشروع الاتفاقية إحالة المستحقات الاستهلاكية فإنه لا يقصد منه أن يعلو على قانون حماية المستهلك (انظر الفقرتين ١٠٣ و ١٣٢).

٣٧- ويشمل مشروع الاتفاقية أيضاً إحالة المستحقات التي تدين بها حكومة أو هيئة حكومية، ما لم تكن إحالتها محظورة بالقانون (انظر الفقرة ٣ من المادة ٩). غير أن الدولة التي يقع فيها مقر المدين الحكومي يمكنها أن تصدر تحفظاً بشأن القاعدة الواردة في المادة ١١ والتي تنص على أن الإحالات تكون نافذة المفعول بصرف النظر عن التقييد التعاقدى المفروض على الإحالة (انظر المادة ٤٠). ولا يشمل مشروع الاتفاقية المستحقات التي يدين بها مدينون في عقود مالية، كالقروض وحسابات الإيداع وصكوك المقيضة والصكوك الاشتقاقية (انظر المادة ٤ والفقرات ٤٧-٥٤). وعلاوة على ذلك يشمل مشروع الاتفاقية الاحالة الكلية أو الجزئية لمستحق واحد أو أكثر يدين به مدينون متعددون بالتكافل (أي مجتمعين) وبالتضامن (أي منفردين)، شريطة أن يكون العقد الذي تنشأ عنه المستحقات المحالة خاضعاً لقانون دولة متعاقدة. وبخلاف ذلك، ففي الحالات التي يكون فيها مقر واحد أو أكثر من المدينين، ولكن ليس كل المدينين، واقعاً في دولة متعاقدة، ينبغي أن ينظر إلى كل معاملة باعتبارها معاملة مستقلة، بغية كفالة إمكانية التنبؤ فيما يتعلق بالوضعية القانونية للمدين.

المادة ٣

الطابع الدولي

يكون المستحق دولياً إذا كان مقر الحيل والمدين يقعان، وقت إبرام العقد الأصلي، في دولتين مختلفتين. وتكون الإحالة دولية إذا كان مقر الحيل والمحال إليه يقعان، وقت إبرام عقد الإحالة، في دولتين مختلفتين.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٢٦-٢٩؛ A/CN.9/432، الفقرات ١٩-٢٥؛ A/CN.9/445، الفقرات ١٥٤-١٦٧؛ A/CN.9/456، الفقرات ٤٤ و ٤٥ و ٢٢٧ و ٢٢٨؛ A/CN.9/466، الفقرتان ٩٢ و ٩٣؛ A/55/17، الفقرتان ٢٥-٢٦).

التعليق

٣٨- بغية تحقيق اليقين في انطباق مشروع الاتفاقية، فإن المادة ٣، على غرار النصوص الأخرى التي أعدتها اللجنة أو منظمات أخرى، تعرّف الطابع الدولي عن طريق الإشارة إلى مقرّي الطرفين (بشأن معنى عبارة "مقر"، انظر المادة ٥ (ج)). وفي حالة وجود أكثر من محيل أو محال إليه أو مدين واحد، يتقرر الطابع الدولي لكل من هذه الأطراف بصورة منفصلة (انظر الفقرتين ٣٠ و ٣٧). ونتيجة للمادة ٣ فإنه عندما يكون المستحق دولياً تكون إحالته مشمولة بمشروع الاتفاقية سواء أحيل المستحق إلى محال إليه محلياً أو أجنبي. ومن جهة أخرى فإنه، حتى إذا كان المستحق محلياً فإن إحالته يمكن أن تدخل في نطاق مشروع الاتفاقية إذا كانت الإحالة دولية أو كانت جزءاً من سلسلة إحالات تتضمن إحالة دولية سابقة (انظر الفقرتين ١٩ و ٢٠).

٣٩- ويتقرر الطابع الدولي للإحالة وقت إجرائها، في حين أن الطابع الدولي للمستحق يتقرر وقت إبرام العقد الأصلي ("في الوقت الذي ينشأ فيه"). وتغيير المكان الذي يقع فيه مقر الطرفين بعد الوقت ذي الصلة لا يجعل الإحالة الدولية محلية أو المستحق الدولي محلياً أو العكس. وتقرير الطابع الدولي للمستحق في الوقت الذي ينشأ فيه تبرره الحاجة إلى أن يعرف المحيل المحتمل أو المدين المحتمل، في وقت إبرام العقد الأصلي، أي قانون قد ينطبق على الإحالة المحتملة. وهذه المعرفة هامة لتقرير ما إن كان يمكن للمحيل، وبالتالي للمدين، الحصول على الائتمان، وتكلفة ذلك الائتمان.

٤٠- بيد أنه نتيجة لذلك يمكن أن لا يتمكن الطرفان، في حالة الإحالة الإجمالية لمستحقات محلية ودولية آجلة، من أن يحددا في وقت الإحالة ما إن كان مشروع الاتفاقية سينطبق على الجزء من الإحالة الذي يتعلق بالمستحقات الدولية. وهذا يعني أنه، استناداً إلى ما إن كان مشروع الاتفاقية ينطبق أو لا ينطبق، قد تكون الإقرارات الضمنية فيما بين المحيل والمحال إليه مختلفة، كما قد يكون وضع المدين مختلفاً. غير أن قواعد الأولوية المنطبقة لن تكون مختلفة، لأن نطاق مشروع الاتفاقية يشمل، على أية حال، جميع التزاعات المحتملة بشأن الأولوية، بما في ذلك التزاعات القائمة مع محال إليه محلي لمستحقات محلية.

٤١- ولذلك سيحتاج الأطراف في الإحالات الإجمالية المحلية للمستحقات الآجلة المحلية والدولية إلى هيكلة معاملاتهم بطريقة معينة لكي يتجنبوا هذه المشكلة (مثلاً عن طريق تجنب إحالة مستحقات آجلة محلية ودولية معاً في معاملة واحدة). وإذا لم يتمكن الأطراف من عمل ذلك فسيكونون عرضة لامكانية أن ينطبق أحد القوانين على المستحقات المحلية بينما ينطبق قانون آخر، هو مشروع الاتفاقية، على المستحقات الدولية. بيد أن مشروع الاتفاقية ليس السبب في هذه المشكلة؛ فهي قائمة فعلاً خارج نطاق مشروع الاتفاقية في الحالات التي تجري فيها إحالة مستحقات محلية ودولية. وعلاوة على ذلك فإن مشروع الاتفاقية يُسهّل على الأطراف التصدي لهذه المشكلة، وذلك على الأقل من حيث أن أطراف الإحالة المحلية لن يواجهوا سوى قانونين (أي: قانون البلد الذي يقع فيه مقر المحيل والمحال إليه، ومشروع الاتفاقية).

المادة ٤

الاستبعادات

- ١ - لا تنطبق هذه الاتفاقية على الإحالات التي تُجرى:
- (أ) إلى فرد ما لأغراضه الشخصية أو الأسرية أو المنزلية؛
- (ب) بتسليم صك قابل للتداول، مع تظهيره، عند الاقتضاء؛
- (ج) كجزء من بيع المشروع التجاري الذي نشأت عنه المستحقات المحالة، أو تغيير ملكيته أو وضعيته القانونية.
- ٢ - لا تنطبق هذه الاتفاقية على إحالات المستحقات الناشئة في إطار أو عن:
- (أ) معاملات في بورصة منظمة؛
- (ب) عقود مالية تحكمها اتفاقات معاوضة، باستثناء أي مستحق يستحق لدى انتهاء جميع المعاملات المعلقة؛
- (ج) ودائع مصرفية؛
- (د) نظم مدفوعات فيما بين المصارف أو اتفاقات مدفوعات فيما بين المصارف أو نظم تسوية أوراق مالية استثمارية؛
- (هـ) خطاب اعتماد أو ضمانات مستقلة؛
- (و) بيع أوراق مالية استثمارية أو إقراضها أو حيازتها أو الاتفاق على إعادة شرائها.
- ٣ - ليس من شأن هذه الاتفاقية:
- (أ) أن تمس بما إذا كان حق الملكية في عقار ما يضيفي حقا في مستحق يتعلق بذلك العقار أو تقرر أولوية ذلك الحق في المستحق مقابل الحق المنازع لشخص أحيل إليه المستحق؛ أو
- (ب) أن تضيفي الصفة القانونية على اكتساب حقوق الملكية في عقار إذا كان قانون الدولة التي يوجد فيها العقار لا يسمح بذلك.
- ٤ - لا تنطبق هذه الاتفاقية على الإحالات المذكورة في إعلان تصدره الدولة التي يقع فيها مقر الخيل بمقتضى المادة ٤١ أ، فيما يتعلق بأحكام هذه الاتفاقية التي تتناول حقوق المدين والتزاماته، الدولة التي يقع فيها مقر المدين أو الدولة التي يحكم قانونها العقد الأصلي.]

المراجع

A/CN.9/432، الفقرات ١٨ و ٤٧ - ٥٢ و ١٠٦ و ٢٣٤-٢٣٨؛ A/CN.9/434، الفقرات ٤٢-٦١؛
A/CN.9/445، الفقرات ١٦٨-١٧٩؛ A/CN.9/456، الفقرات ٤٦-٥٢؛ A/CN.9/466، الفقرات ٥٤-
٧٧ و ٧٨-٨٦ و ١٩٢-١٩٥؛ A/55/17، الفقرات ٧٢-١٠٩ و ١٥٢).

التعليق

٤٢ - بالنظر إلى نطاق الانطباق الواسع للاتفاقية، يقصد بالمادة ٤ استبعاد ممارسات معينة إما أنها متميزة عن الممارسات المتصلة بالاحالة أو أنها منظمة تنظيمياً كافياً بالفعل.

الإحالات للأغراض الاستهلاكية

٤٣ - تستبعد الفقرة ١ (أ) من نطاق مشروع الاتفاقية إحالات المستحقات التجارية أو الاستهلاكية من هيئة أعمالية أو مستهلك إلى مستهلك، ولكن فقط إذا كانت تجري للأغراض الشخصية أو الأسرية أو المتزلية للمحال إليه. وليست لهذه الإحالات أهمية عملية. وتبعاً لذلك، لا تستبعد إحالات المستحقات الناشئة عن معاملات استهلاكية، إلا إذا جرت تلك الإحالات إلى مستهلك من أجل أغراضه الاستهلاكية.

إحالات الصكوك القابلة للتداول

٤٤ - من أجل تفادي أي تدخل في حقوق الأشخاص المستمدة من قانون الصكوك القابلة للتداول (أي: حقوق حائز الصك والمدين بموجب الصك)، تستبعد الفقرة ١ (ب) عمليات نقل الصكوك القابلة للتداول (أي: السفاتج (الكمبيالات)، والسندات الاذنية، والشيكات، والسندات لحامله). والسبب الرئيسي لهذا النهج هو أن قانون الصكوك القابلة للتداول هو مجموعة قوانين متميزة تعالج مسائل رئيسية معينة بطريقة تختلف عن الطريقة التي يجري تناولها بها في مشروع الاتفاقية. فمثلاً، بموجب قانون الصكوك القابلة للتداول، إذا سدد المدين إلى شخص نقل إليه الصك وليس هو الحائز الصحيح للصك، يظل المدين مسؤولاً تجاه الحائز. وبالمثل، لا يكون الشخص الذي يأخذ السند مقابل قيمة ودون معرفة بأي دفع خافية تجاه الناقل خاضعاً لتلك الدفع.

٤٥ - وبالنظر إلى السياسة التي تستند إليها الفقرة ١ (ب)، ينصب التركيز على تداول الصك (أي: التسليم مع التظهير إذا كان ذلك التظهير ضرورياً). ونتيجة لذلك، تستبعد عمليات نقل الصكوك لأمر الحائز بالتسليم والتظهير وعمليات نقل الصكوك لحامله بالتظهير. غير أن عمليات نقل الصكوك لأمر حاملها بمجرد التسليم دون التظهير اللازم ليست مستبعدة. وعلاوة على ذلك فإذا كان المستحق موجوداً بموجب العقد وموجوداً كذلك في شكل صك قابل للتداول فإن إحالة المستحق ليست مستبعدة. فالمستحقات التي تنشأ بموجب عقد تدرج في كثير من الأحيان في صك قابل للتداول، لغرض وحيد هو الحصول على السداد عن طريق إجراءات مستعجلة في المحكمة، إذا لزم ذلك.

إحالات المستحقات في شراء الهيئات الاعتبارية

٤٦- تستبعد الفقرة ١ (ج) الإحالات التي تجري في سياق بيع منشأة تجارية جارية، إذا أجريت الاحالات من البائع إلى المشتري. وهذه الإحالات مستبعدة لأنها تُنظم عادة تنظيمًا مختلفًا بواسطة القوانين الوطنية التي تعالج مسائل شراء الهيئات الاعتبارية. غير أن الإحالات التي تجري لمؤسسة تمول البيع (أو بين هيئتين أو أكثر بغرض إعادة هيكلة الديون أو إعادة تمويلها) ليست مستبعدة.

إحالات المستحقات "المالية"

٤٧- تستبعد الفقرة ٢ عدداً من الممارسات التي ليس من شأن مشروع الاتفاقية (مثلاً: الأحكام الخاصة بالإقرارات، والتقييدات التعاقدية على الإحالة، والمقاصة، والأولوية) أن يكون ملائماً تماماً بشأنها. وخلافاً للممارسات الواردة في الفقرة ٣ من المادة ١١ والفقرة ٣ من المادة ١٢ التي يستبعد فيما يتعلق بها انطباق المادتين ١١ و ١٢ فقط، فإن الممارسات المستبعدة في الفقرة ٢ من المادة ٤ مستبعدة من نطاق مشروع الاتفاقية في مجمله. ويتمثل هذا الاختلاف في النهج في أن مشروع الاتفاقية لن ينطبق مطلقاً على الممارسات المبينة في الفقرة ٢ من المادة ٤، في حين أن انطباق مشروع الاتفاقية فيما يتعلق بالممارسات المبينة في الفقرة ٣ من المادة ١١ والفقرة ٣ من المادة ١٢ سيتوقف على وجود اتفاق يحظر الإحالة وعلى المفعول الذي يعطيه لذلك الاتفاق القانون الذي يحكمه.

٤٨- والمعيار الخاص بالاستبعاد والوارد في الفقرة الفرعية (أ) ليس نوع الموجودات التي يجري الاتجار فيها بل هو طريقة التسوية المستخدمة. وفضلاً عن ذلك، فليس كل اتجار خاضع للتنظيم مستبعداً، بل المستبعد هو الاتجار تحت رعاية بورصة خاضعة للتنظيم (مثلاً: بورصة أوراق مالية، أو بورصة أوراق مالية و سلع، أو بورصة عملات أجنبية ومعادن ثمينة). ونتيجة لذلك، فإن الاتجار في الأوراق المالية أو السلع أو العملات الأجنبية أو المعادن الثمينة خارج البورصة الخاضعة للتنظيم (وخارج اتفاقات المعاوضة المستبعدة في الفقرة الفرعية (ب)) ليس مستبعداً (مثلاً: عمولة حصائل بيع الذهب أو المعادن الثمينة الأخرى).

٤٩- والفقرة الفرعية (ب) تستبعد "العقود المالية" التي تحكمها اتفاقات معاوضة (للإطلاع على التعليقات على التعريفات ذات الصلة، انظر الفقرات ٧٢-٧٥). ومن الخصائص المتأصلة في تلك الصفقات المالية أن أي طرف يمكن أن يكون مدينًا أو دائناً، وأن المدفوعات تتعاضد فيما بينها بحكم تعريفها. ونتيجة لذلك فإذا أخرج أحد المدفوعات من المجموعة عن طريق إحالة، فيمكن أن تتغير حالة المخاطرة الائتمانية التي دخل الطرف في المعاملة على أساسها. والتغيير في مدى تعرض الطرف للمخاطر يمكن أن ينقض المعاملة بأكملها أو يمكن أن يكون له أثر سلبي على تكلفة الائتمان، وهذه نتيجة تخالف الهدف العام لمشروع الاتفاقية. وبالنظر إلى أهمية تلك المعاملات للأسواق المالية الدولية وحجم تلك المعاملات، يمكن أن يؤدي مثل تلك الحالة إلى إنشاء مخاطرة نظامية يمكن أن تؤثر في النظام المالي في مجمله.

٥٠- ولا تستبعد الممارسات التي تنظمها اتفاقات معاوضة بين منشأتين تجاريتين غير المؤسسات التمويلية ("المعاوضة الصناعية"). ولا يوجد في مشروع الاتفاقية ما يتدخل في تلك الممارسات. وعلاوة على ذلك

فإن استبعادها يمكن أن يؤدي، دون قصد، إلى استبعاد معاملات تجارية هامة لمجرد أن الحيل كان له اتفاق معاوضة مع المدين. كما أن إحالة المستحق الذي يجب سداؤه لدى انتهاء ("تصفية") اتفاق المعاوضة ليس مستبعداً أيضاً لأنه في ما يتعلق بمثل تلك الإحالة لا يوجد احتمال للإحلال ببادل الالتزامات بين الطرفين (انظر أيضاً الفقرة ٣ (د) من المادة ١١ والفقرة ٤ (د) من المادة ١٢).

٥١- وفي الفقرة الفرعية (ج) تستبعد المستحقات الناشئة عن حسابات الإيداع. والسبب هو أن أحكاماً معينة من أحكام مشروع الاتفاقية (مثلاً: المواد ٥ (ح) و ١١ و ١٢ و ١٩ و ٢٠ و ٢٤) يمكن أن تخل بالعلاقة العادية بين المؤسسة التمويلية وحائز الحساب، وأن تتدخل في تقديم الائتمان على أساس الضمان المتمثل في رهن الحساب.

٥٢- والسبب الذي يستند إليه الاستبعاد الوارد في الفقرة الفرعية (د) هو الحاجة إلى تفادي التدخل في اللوائح التنظيمية الخاصة بنظم المدفوعات فيما بين البنوك (أكثر من طرفين) أو الإتفاقات بشأن تلك النظم (بين طرفين) وفي نظم تسويات الأوراق المالية (التي تشتمل عادة على أكثر من طرفين ولكن يمكن في بعض البلدان أن تشتمل على طرفين فقط). وهذه النظم مستبعدة في الفقرة الفرعية (د) (وليس في الفقرة الفرعية (ب))، لأنها تعمل في إطار اتفاقات المعاوضة وكذلك خارج اتفاقات المعاوضة.

٥٣- وإحالات المستحقات الناشئة بموجب خطاب اعتماد أو كفالة مستقلة هي مستبعدة أيضاً (انظر الفقرة الفرعية (ه)). فهذه الإحالات تثير اعتبارات خاصة، وتنظمها نصوص تشريعية أو غير تشريعية خاصة، منها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، والأعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب، والقواعد الموحدة للممارسات الضامنة.

٥٤- ويقصد أن تتناول الفقرة الفرعية (و) المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية الاستثمارية التي تجري خارج بورصة خاضعة للتنظيم (انظر الفقرة الفرعية (أ)) أو اتفاق معاوضة (الفقرة الفرعية (ب)). والحيازة المباشرة (من جانب المالك) أو غير المباشرة (من جانب وسيط) للأوراق المالية الورقية أو المجردة من الشكل المادي مستبعدة، لأنها يمكن أن تنشأ عنها مستحقات، مثل الرصيد الموجود في حساب أوراق مالية أو الأرباح الموزعة الناتجة عن أوراق مالية. ويقصد أيضاً أن تستبعد الفقرة الفرعية (و) المعاملات التي تتم بالتسليم المادي أو بغيره في دفاتر وسيط حائز على أوراق مالية ورقية أو مجردة من الشكل المادي.

احالة المستحقات العقارية

٥٥- الغرض الرئيسي من الفقرة ٣ هو ضمان أن مشروع الاتفاقية لا يحدث اختلالاً في الأسواق العقارية الوطنية. وتهدف الفقرة الفرعية (أ) إلى ضمان أن مشروع الاتفاقية لن ينطبق على تنازع أولويات بين حائز الحق في عقار ومن تحال اليه المستحقات الناشئة من بيع العقار أو تأجيله أو المستحقات المكفولة بضمان العقار. ويمكن أن ينشأ هذا التنازع إذا امتد الحق في العقار إلى المستحقات المتعلقة بالعقار. فمثلاً من المعتاد لمن يمول اقتناء العقار أو تشييده أو تحسين المباني أن يحصل على رهن يعطيه الحق في الإيرادات المقبلة

المستمدة من العقار أو من المباني. وتكون أولوية حقوق هذا الممول خاضعة في العادة لقانون البلد الذي يوجد فيه العقار. غير أنه إذا كان حق الممول في المستحقات ليس مستمداً من الحق في العقار، فلن تكون حالة المستحقات مستبعدة. وبغير ذلك فإن مجرد وجود رهن يمكن أن يؤدي، دون قصد، إلى أن تستبعد من نطاق مشروع الاتفاقية ممارسات هامة في مجال تمويل المستحقات ينظمها حالياً قانون حالة المستحقات الوطني تنظيمياً ملائماً.

٥٦- ويُقصد من الفقرة الفرعية (ب) ضمان أن مشروع الاتفاقية لا يمس أي حظر قانوني موجود فيما يتعلق باكتساب حقوق في العقار من جانب من تحال إليه مستحقات متعلقة بالعقار. ونتيجة لذلك، إذا كان سداد المستحقات المحالة مكفولاً برهن، على الرغم من المادة ١٢، فإن المحال إليه لن يتحصل على ذلك الرهن إذا كان الرهن غير قابل للنقل بموجب القانون. وفضلاً عن ذلك، يُقصد من الفقرة الفرعية (ب) دعم الحماية المتاحة لحائزي الحقوق في المستحقات العقارية في الفقرة ٣ من المادة ٩ (حالات الحظر بموجب القانون)، والفقرة ٥ من المادة ١٢ (مقتضيات الشكل) والفقرة ١ من المادة ٢٥ (السياسة العامة).

حالات الاستبعاد بإعلان

٥٧- من أجل تعزيز مقبولة مشروع الاتفاقية، تُعطي الفقرة ٤ (التي تظهر بين معقوفتين لأنها لم تُعتمد بعد) الخيار للدولة في استبعاد المزيد من الممارسات، سواء أكانت تلك الخيارات موجودة حالياً أم ستحدث في المستقبل.

جيم-الفصل الثاني

أحكام عامة

المادة ٥

التعاريف وقواعد التفسير

لأغراض هذه الاتفاقية:

- (أ) "العقد الأصلي" يعني العقد المبرم بين المحيل والمدين، الذي ينشأ عنه المستحق المحال؛
- (ب) "المستحق القائم" يعني المستحق الذي ينشأ عند إبرام عقد الإحالة أو قبله؛ و "المستحق الآجل" يعني المستحق الذي ينشأ بعد إبرام عقد الإحالة؛
- (ج) "الكتابة" تعني أي شكل للمعلومات ييسر الاطلاع عليها بحيث تكون قابلة للاستعمال كمرجع لاحق. وحيثما تشترط هذه الاتفاقية أن تكون الكتابة موهورة بتوقيع، يُستوفى ذلك الشرط إذا بينت

الكتابة، بوسائل مقبولة عموماً أو بإجراء يوافق عليه الشخص المشتراط توقيع، هوية ذلك الشخص، ودلت على موافقته على المعلومات الواردة في الكتابة؛

(د) “الإشعار بالإحالة” يعني رسالة مكتوبة تبين على نحو معقول ماهية المستحقات المحالة وهوية المحال إليه؛

(هـ) “مدير الإعسار”، يعني الشخص أو الهيئة، بما في ذلك الشخص أو الهيئة المعينان بصفة مؤقتة، المأذون له أو لها، في أي إجراءات إعسار، بإدارة إعادة تنظيم موجودات المحيل أو أعماله أو تصفيتها؛

(و) “إجراءات الإعسار” تعني الإجراءات القضائية أو الإدارية الجماعية، بما فيها الإجراءات المؤقتة، التي تكون فيها موجودات المحيل وأعماله خاضعة لمراقبة أو إشراف محكمة أو هيئة مختصة أخرى بغرض إعادة تنظيمها أو تصفيتها؛

(ز) “الأولية” تعني حق طرف في التمتع بالأفضلية على طرف آخر؛

(ح) يعتبر مقر الشخص واقعا في الدولة التي يوجد فيها مكان عمله. وإذا كان للمحيل أو المحال إليه مكان عمل في أكثر من دولة، يكون مكان العمل هو المكان الذي يمارس فيه المحيل أو المحال إليه إدارته المركزية. وإذا كان للمدين مكان عمل في أكثر من دولة، يكون مكان العمل هو المكان الأوثق صلة بالعقد الأصلي. وإذا لم يكن للشخص مكان عمل، يشار إلى مكان الإقامة المعتاد لذلك الشخص؛

(ط) “القانون” يعني القانون الساري في دولة ما بخلاف قواعدها المتعلقة بالقانون الدولي الخاص؛

(ي) “العائدات” تعني كل ما يُقبض فيما يتعلق بمستحق محال، سواء بالسداد الكلي أو الجزئي أو بأي أداء آخر للمستحق. ويشمل هذا التعبير كل ما يُقبض فيما يتعلق بالعائدات. ولا يشمل التعبير البضائع المعادة؛

(ك) “العقد المالي” يعني أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخريرية أو تفاضلية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات، أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة اقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية ولأي مجموعة من المعاملات المذكورة أعلاه؛

(ل) “اتفاق المعاوضة” يعني اتفاقا ينص على واحد أو أكثر مما يلي:

١- التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعمله ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء بالتجديد أو بطريقة أخرى؛ أو

٢٤ عند إعسار طرف ما أو تقصيره على أي نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات المتعلقة بقيمة ابدائها أو بقيمتها السوقية المنصفة، وتحويل تلك المبالغ إلى عملة واحدة، ومعاوضتها بدفعة واحدة من طرف إلى آخر؛ أو

٣٤ مقاصة المبالغ المحسوبة على النحو المبين في الفقرة الفرعية السابقة (ل) ٢٤ من هذه المادة في إطار اتفاقي معاوضة أو أكثر.

(م) "المطالب المنازع" يعني:

١٤ محالا اليه آخر أحيل اليه المستحق ذاته من المحيل ذاته، بما في ذلك الشخص الذي يدّعي، بحكم القانون، حقا في المستحق المحال نتيجة لما له من حق في ممتلكات المحيل الأخرى، حتى وإن لم يكن ذلك المستحق مستحقا دوليا ولم تكن الاحالة الى ذلك المحال اليه احالة دولية؛ أو

٢٤ أحد دائني المحيل؛ أو

٣٤ مدير الاعسار.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٥٢-٦٠؛ A/CN.9/432، الفقرات ٧٠-٧٢، ٩٤-١٠٥؛ A/CN.9/434، الفقرات ٧٨-٨٥، ١٠٩-١١٤، ١٦٧، ٢٤٤؛ A/CN.9/445، الفقرات ١٨٠-١٩٠؛ A/CN.9/456، الفقرات ٥٣-٧٨؛ A/CN.9/466، الفقرات ٢٥-٣١، ٤٦-٤٩، ٩٤-١٠٠؛ A/55/17، الفقرات ١١٠-١١٨، ١٨٤؛ A/CN.9/486، الفقرات ٤٧، ٥٤، ١٤٧، ١٧٣.

التعليق

العقد الأصلي

٥٨ - العقد الأصلي، الذي يُستخدم كنقطة مرجعية في المواد ٥ (ح) و١٧ والفقرة ١ من المادة ١٨ والفقرة ١ من المادة ١٩ والفقرة ١ من المادة ٢٠ والفقرة ٢ (ب) من المادة ٢٢، والمادة ٢٣، هو مصدر المستحق المحال. وباستثناء الأحكام التي تنص صراحة على خلاف ذلك (مثل المواد ٩-١٢ و١٧-٢٣)، لا يُقصد أن يمس مشروع الاتفاقية ما للأطراف من حقوق والتزامات بموجب العقد الأصلي.

المستحق القائم والمستحق الآجل

٥٩- يُشار إلى مصطلحي المستحق "القائم" والمستحق "الآجل" في المادتين ٩ و ١٠ (من المفهوم أن صيغة المفرد تشمل صيغة الجمع، والعكس صحيح). ويستند الفرق بين المستحق القائم والمستحق الآجل إلى وقت إبرام العقد الأصلي. فالمستحق الذي ينشأ بمقتضى عقد أبرم قبل وقت الاحالة أو وقت الاحالة يعتبر مستحقاً قائماً، حتى وإن لم يصبح مستحقاً حتى تاريخ في المستقبل أو كان يعتمد على وفاء مقابل أو على حدث آخر مقبل. ويشمل التعريف المجموعة الكاملة من المستحقات الآجلة. وهو يشمل على وجه الخصوص المستحقات المشروطة (أي التي قد تنشأ رهناً بحدث في المستقبل) والمستحقات الافتراضية البحتة (وهي التي قد تنشأ عن نشاط مُقبل يقوم به المحيل؛ وللإطلاع على تقييد وارد في المادة ٩، انظر الفقرة ٨٣). وفي حين أنه يُفترض عموماً أن "إبرام العقد" يشير إلى الوقت الذي يصل فيه الطرفان إلى اتفاق مُلزم قانوناً، ولا يفترض مسبقاً أداء العقد، فإن المعنى الدقيق لهذا المصطلح متروك للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية.

الكتابة

٦٠- يُشار إلى هذا المصطلح في المادة ٥ (د)، والفقرتين ٢ و ٧ من المادة ١٩، والفقرتين ١ و ٣ من المادة ٢١، والفقرتين ٢ و ٤ من المادة ٤٣، والفقرة ١ من المادة ٤٦، من مشروع الاتفاقية، وفي الفقرة ١ من المادة ٥ من المرفق. ويشمل تعريفه وسائل الاتصالات غير الورقية التي يمكن أن تؤدي نفس الوظائف التي تؤديها الرسالة الورقية (مثل توفير دليل ملموس، أو تحذير الأطراف بشأن العواقب، أو توفير رسالة مقروءة وتوثيقها وتأكيد سلامتها تأكيداً كافياً). وهو مستوحى من المادتين ٦ و ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ويجسد المفهومين المتمايزين لكل من "الكتابة" و "التوقيع" (فيما يتعلق بمعنى العبارات "يسر للإطلاع عليها" و "قابلية للاستعمال" و "مرجع لاحق"، انظر دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٥٠).

٦١- ويفترض أنه ينبغي إجراء تقييم مختلف للحاجة إلى تأكيدات أقوى بشأن موثوقية الرسائل، رهناً بالسياق الذي يجري فيه الاتصال. وتبعاً لذلك، يشترط مشروع الاتفاقية الكتابة فيما يتعلق بالاشعار بالاحالة (انظر المادة ٥ (د)) والكتابة الموقعة من المدين فيما يتعلق بتنازله عن دفعه (انظر الفقرة ١ من المادة ٢١). وتشترط الكتابة أيضاً فيما يتعلق بإعلانات الدول وفيما يتعلق بإجراءات معينة متصلة بالتسجيل (انظر المادة ٤٣، الفقرتين ٢ و ٤، من مشروع الاتفاقية، والمادة ٥، الفقرة ١، من المرفق).

الاشعار بالاحالة

٦٢- يستخدم هذا المصطلح في المواد ١٥، و ١٦، و ١٨، و ١٩، و ٢٠، فقرة ٢، و ٢٢. وفي الأشعار باشتراطات مشروع الاتفاقية إذا كان مكتوباً ويبين على نحو معقول ماهية المستحقات المحالة وهوية المحال إليه (وكان موجهة بلغة يتوقع منها على نحو معقول أن تُعلم المدين بمحتواها، انظر الفقرة ١ من المادة ١٨). وإذا لم يف الأشعار بتلك الاشتراطات، لا يكون نافذ المفعول بمقتضى مشروع الاتفاقية. بيد أن مسألة ما إن كان مثل هذا الأشعار صحيحاً بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية هي مسألة تخضع

لذلك القانون (بشأن ابراء ذمة المدين بالسداد إلى الشخص الذي يستحق السداد حتى بموجب القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، انظر الفقرة ٨ من المادة ١٩).

٦٣- والوصف المعقول في كل حالة معينة يتحدد وفقا للظروف. وعلى العموم، سيكون من الضروري ذكر ما إن كانت الاحالة تامة أم على سبيل الضمان أو تعريف هوية المدين أو ذكر المبلغ على وجه التحديد. والتحديد العام للهوية الذي يكون على غرار "جميع مستحقاتي من شركتي لبيع السيارات إلى س" أو "جميع مستحقاتي من عملائي في البلدان ألف وباء وجيم إلى صاد" يكون تحديدا معقولا. بيد أنه في حالة الاحالة الجزئية، قد يكون من الضروري أن يحدد المبلغ المحال في الاشعار (فيما يتعلق بالاحالات الجزئية، انظر الفقرتين ٣٤ و ٨٩ من هذه الوثيقة؛ انظر أيضا الفقرة ٦ من المادة ١٩).

٦٤- وبينما يتوجب أن يبين الاشعار هوية المحال اليه بصورة معقولة لكي يكون اشعارا نافذ المفعول بمقتضى مشروع الاتفاقية، لا ضرورة لأن يبين هوية الشخص المستفيد (أي الشخص الذي سيقوم المدين بالسداد اليه أو لحسابه أو العنوان الذي سيقوم المدين بالسداد فيه). ونتيجة لذلك يكون الاشعار الذي لا يتضمن تعليمات بشأن السداد نافذ المفعول بمقتضى مشروع الاتفاقية (انظر المواد ١٥ فقرة ١، و ١٨ فقرة ١، و ١٩ فقرة ٢؛ انظر أيضا الفقرة ١٢٤ من هذه الوثيقة والتعليقات على الفقرة ٢ من المادة ١٩).

مدير الإعسار واجراءات الإعسار

٦٥- يُستخدم مصطلح "مدير الاعسار" في المادة ٢٤ من مشروع الاتفاقية والمواد ٢ و ٧ و ٩ من المرفق. ويُستخدم مصطلح "اجراءات الاعسار" في المادة ٢٥ من مشروع الاتفاقية والمواد ٢ و ٧ و ٩ من المرفق، وقد استوحي تعريفاهما من تعريفي مصطلحي "الاجراء الأجني" و "المدير الأجني" الواردين في المادة ٢ (أ) و (د) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود. وهما يتمشيان كذلك مع الفقرة ١ من المادة ١ والمادة ٢ (أ) و (ب) من لائحة الاتحاد الأوروبي بشأن اجراءات الاعسار. ومن خلال الاشارة إلى غرض الاجراء أو وظيفة الشخص، بدلا من استعمال تعابير تقنية قد تكون لها مدلولات مختلفة في النظم القانونية، يكون التعريفان واسعين بحيث يشملان مجموعة واسعة من اجراءات الاعسار، بما فيها الاجراءات المؤقتة. والقصد من هذا النهج هو ضمان عدم حاجة الدولة المتعاقدة إلى الاعتراف باجراء ليس اجراء اعسار بموجب قانون تلك الدولة. ويُقصد به أيضا ضمان أن الدولة المتعاقدة لن تحجب الاعتراف عن اجراء هو اجراء اعسار بموجب قانون تلك الدولة.

الأولوية

٦٦- يستخدم مصطلح "الأولوية" في المواد ١٦ و ٢٤ و ٢٥ فقرة ٢ و ٢٦ و ٢٧ و ٣١ و ٤٣ فقرة ٧ و ٤٥ فقرة ٤ و ٤٦ فقرة ٤ من مشروع الاتفاقية، وكذلك في المواد ١ و ٢ و ٦ إلى ٩ من المرفق. وتعني الأولوية بمقتضى مشروع الاتفاقية أنه يمكن لأحد الأطراف استيفاء مطالبته تفضيلا له على مطالبين آخرين. وليست هناك اشارة إلى السداد، لأن المستحق يمكن الوفاء به بالسداد أو بطريقة أخرى (مثلا اعادة البضائع). والأولوية لا تعني صحة الاحالة. فهي تفترض مسبقا وجود احالة صحيحة بين المحيل والمحال اليه (للاطلاع

على أسباب تفضيل استخدام عبارة "نافذة المفعول" في المادة ٩، انظر الفقرة ٨٥). ومسألة ما ان كان للمطالب حق امتلاك (يتعلق بشيء) وليس حقاً شخصياً (يتعلق بشخص) وكذلك مسألة ما ان كانت الاحالة تامة أم احالة على سبيل الضمان هما مسألتان تعاملان باعتبارهما متميزتان عن مسألة الأولوية ("خصائص الحق"؛ انظر المادة ٢٤). ومع ذلك فهاتان المسألتان، مثلهما مثل مسألة الأولوية، متروكتان لقانون مقر المحيل. كما أن مسألة الأولوية متميزة عن مسألة ابراء ذمة المدين. فبموجب المادة ١٩، تبرأ ذمة المدين حتى اذا جرى السداد لمحال اليه ليست له أولوية. أما مسألة ما ان كان المحال اليه سيحتفظ بعائدات السداد فهي مسألة أولوية في العائدات تحسم فيما بين مختلف المطالبين وفقاً للقانون الذي ينظم الأولوية (انظر المادة ٢٤).

المقرر

٦٧- يشار إلى هذا المصطلح في عدة أحكام من مشروع الاتفاقية (أي المواد ١ فقرة ١ (أ) وفقرة ٣، و ٣، و ٤ فقرة ٤، و ١٧ فقرة ٢، و ٢١ فقرة ١، و ٢٣ إلى ٢٥، و ٣١، و ٣٦ فقرة ٣، و ٣٨، و ٤٠، و ٤١). بيد أن المسألتين الرئيسيتين اللتين يشار فيهما إلى مصطلح "المقرر" هما نطاق الانطباق ومسائل الأولوية. والقصد من هذا التعريف هو تحقيق توازن بين المرونة واليقين. ومكان العمل مصطلح معروف جيداً ويستخدم على نطاق واسع في نصوص الأونسيترال وغيرها من النصوص التشريعية الدولية، وتوجد بشأنه سوابق قضائية عديدة. وهو يستخدم للدلالة على المكان الذي تجري فيه الأنشطة المهنية لشخص أو هيئة. ولغرض انطباق قانون الدولة، تعتبر أماكن العمل المتعددة في الدولة ذاتها مكان عمل واحد. وبغية كفالة درجة كافية من امكانية التكهن بشأن انطباق مشروع الاتفاقية فيما يتعلق بالمدين، يشار، في حالة وجود أماكن عمل متعددة للمدين، إلى المكان الأوثق صلة بالعقد الأصلي. واذا كان للمحيل (أو للمحال اليه) أكثر من مكان عمل واحد، فإن عبارة "مكان العمل" تعني مكان الادارة المركزية. وتهدف هذه القاعدة إلى ضمان احالة مسائل الأولوية إلى ولاية قضائية وحيدة يرجح أكبر ترجيح أن تُستهل فيها أي اجراء اعسار رئيسي.

٦٨- وتعبير مكان الادارة المركزية مماثل لتعبير مركز المصالح الرئيسية (تعبير استخدم في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود) أو المكتب التنفيذي الرئيسي أو مكان العمل الرئيسي. وتُفهم جميع هذه التعبيرات على أنها تدل على مركز الادارة والرقابة، أي مركز العمل الحقيقي، الذي تجري فيه، فعلياً وليس شكلياً، مراقبة الأنشطة الهامة التي تضطلع بها الهيئة وتتخذ فيه فعلاً القرارات النهائية على أعلى المستويات. وفي هذا الصدد، لا أهمية للمكان الذي يوجد فيه معظم الموجودات أو تُمسك فيه الدفاتر والسجلات. واذا كانت الادارة اليومية لأعمال الهيئة وعملاتها تجري من مكان غير مكان الادارة المركزية، يظل مكان الادارة المركزية هو المكان الحاسم. غير أنه، بعكس قانون الأونسيترال النموذجي، الذي يُرسى فيه افتراض قابل للطعن بأن مركز المصالح الرئيسية هو مكان التسجيل (الفقرة ٣ من المادة ١٦)، لا يستحدث مشروع الاتفاقية مثل قاعدة "الملاذ الآمن" هذه. فخلافاً لقانون الأونسيترال النموذجي الذي يركز أساساً على الاعسار، يركز مشروع الاتفاقية أساساً على التخطيط المسبق في تمويل مدين مليء مالياً،

ومن الضروري ضرورة مطلقة، لتيسير ذلك التخطيط، تعريف المقرر عن طريق الإشارة إلى ولاية قضائية واحدة يسهل تحديدها.

٦٩- وفي معظم الحالات يكون من السهل تحديد مكان الإدارة المركزية، ويشير ذلك المكان إلى ولاية قضائية وحيدة. وفي الحالات الاستثنائية التي لا يكون فيها ذلك هو الحال، لا تكون الأطراف في وضع أسوأ مما هي عليه أصلاً، وسيتعين عليها أن تضمن أن مصالحها سارية المفعول وقابلة للإنفاذ في كل ولاية قضائية يمكن أن يكون مقر المحيل موجوداً فيها.

القانون

٧٠- يرد تعبير "القانون" في الديباجة وفي المواد ١ فقرة ٢، و٧ فقرة ٢، و٨، و١٢ فقرة ١، و٥، و٦، و٢١، و٢٣ إلى ٢٥، و٢٨ إلى ٣٢، و٣٦، و٤٢ فقرة ٢. ويقصد من تعريف مصطلح "القانون" ضمان الإشارة إلى القانون الموضوعي وليس إلى قواعد القانون الدولي الخاص الواردة في القانون المنطبق. وإذا شمل مصطلح "القانون" قواعد القانون الدولي الخاص الواردة في القانون المنطبق، لأمكن أن تحال أي مسألة إلى قانون غير القانون الموضوعي الذي ينطبق بحكم قواعد القانون الدولي الخاص التي تعمل بها المحكمة ("الرد إلى القانون الوطني"). وقد جرت العادة على أن اتفاقيات القانون الدولي الخاص تستبعد أي شكل من أشكال الرد إلى القانون الوطني. وإذا كان تعيين القانون المنطبق يشمل قواعد القانون الدولي الخاص الواردة في القانون المنطبق، لأعاد ذلك ادخال عنصر من عدم اليقين. فمثلاً يمكن أن تشير قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها في الولاية القضائية للمحيل إلى قانون دولة ليست طرفاً في مشروع الاتفاقية ولديها قاعدة تحيل مسائل الأولوية إلى القانون الذي ينظم المستحق. وستكون النتيجة هي أن تفقد الأطراف كل مزايا اليقين والقابلية للتنبؤ التي تهدف المادة ٢٤ إلى توفيرها.

العائدات

٧١- يرد تعبير "العائدات" في المواد ١٢ فقرة ١، و١٦ فقرة ١، و٢٤، و٢٦. والقصد من تعريفه هو أن يشمل كلا من عائدات المستحقات وعائدات العائدات (مثال ذلك أنه إذا سُدد المستحق بواسطة شيك، يكون الشيك هو "عائدات المستحق" ويكون المبلغ النقدي الذي يتلقاه المستفيد من الشيك هو "عائدات العائدات"). والقصد من تعريفه أيضاً هو أن يشمل العائدات النقدية ("السداد") والعائدات العينية ("أداء آخر") سواء قبضت كأداء كلي أو جزئي للمستحق المحال. والقصد منه، بصورة خاصة، هو أن يشمل البضائع المتلقاة كسداد كلي أو جزئي للمستحق المحال ولكن أن لا يشمل البضائع المعادة (مثلاً لأنها معيبة ويلغى عقد البيع أو لأن عقد البيع يسمح للمشتري بإعادة البضائع بعد فترة تجربة). غير أنه، فيما بين المحيل والمحال إليه، يكون للمحال إليه حق في البضائع المعادة (انظر المادة ١٦ فقرة ١).

العقد المالي

٧٢- يُستخدم التعريف في الفقرة ٢ (ب) من المادة ٤. وهو يشير إلى عقود المعاملات الاشتقاقية (مثلا اتفاقات المقايضة أو إعادة الشراء) التي تشترك في خاصية أنها تنشئ التزامات سداد يحددها سعر معاملة أصلية. وتسمى هذه العقود اشتقاقية لأنها مشتقة من العقود التجارية العادية، والتسوية فيها ليست بأي أداء فعلي للعقد التجاري (عقد بيع أو ايداع) بل بسداد فرق مشتق من موجود فعلي وسعر فعلي. وفي العادة تجري المعاملات الاشتقاقية في إطار اتفاق معاوضة ارتكازي (مثلا اتفاق المعاوضة الارتكازي الذي أعدته الرابطة الدولية لصكوك المقايضة والصكوك الاشتقاقية ("الإيسدا")).

٧٣- ففي المقايضة التقليدية لسعر الفائدة، تعتمد هيئة مليئة ماليا، تقترض النقود بسعر فائدة محدد، إلى مبادلة تلك الفائدة بفائدة ذات سعر متغير، تقترض به هيئة أقل ضمانا مبلغا مماثلا. ونتيجة لذلك، فإن هيئة ذات ملاءة مالية أقل تقترض، من الناحية العملية، مقابل أجر، نقودا بسعر فائدة محدد. ولا يجري سداد رأس مال فيما بين طرفي المقايضة (ذلك يتأتى من معاملة القرض الأصلية). وفيما بين هذين الطرفين، لا يحدث سوى عمليات سداد فائدة. وفي الممارسة العملية، تجري مقاصة عمليتي سداد سعر الفائدة فيما بينهما، ولا يُدفع سوى مبلغ صاف من جانب الطرف الذي عليه سداد المبلغ الأكبر. وهذا السداد للمبلغ المتبقي هو حق تعاقد في مبلغ نقدي، وإحالاته ليست مستبعدة من نطاق مشروع الاتفاقية.

٧٤- باستثناء مقايضات سعر الفائدة، يتعلق معظم العقود الاشتقاقية بالفرق بين السعر الآجل المتفق على دفعه في المستقبل مقابل أصل (موجود) والسعر السوقي الفعلي في ذلك التاريخ. فمثلا، في اتفاقات إعادة الشراء، يبيع أحد الأطراف ورقة مالية استثمارية (تكون عادة بسعر فائدة محدد) (مثلا أسهم أو سندات) إلى الطرف الآخر، ويوافق في الوقت نفسه على إعادة شراء الورقة المالية الاستثمارية في تاريخ مقبل بسعر متفق عليه. ويشمل ذلك السعر مبلغا يقابل الفائدة على العوض النقدي عن الورقة المالية الاستثمارية والفائدة المجمعة عليها. والدفعيات مشروطة بتسليم الورقة المالية الاستثمارية أو إعادة لها.

٧٥- وفي المعاملات "الآجلة"، يتفق الطرفان على شراء أو بيع أصل (موجود) (مثلا عملة أجنبية) لكي يسلم في تاريخ مقبل محدد وبسعر محدد. وفي المعاملة "الآنية"، يكون موعد التسليم بعد عدد معين من أيام العمل، يكون عادة يومين، من تاريخ العقد. وفي العقد "المستقبلي"، يوافق أحد الطرفين على أن يسلم إلى الطرف الآخر في تاريخ مقبل محدد ("تاريخ الاستحقاق") أصلا (موجودا) محمدا (مثلا سلعة أو عملة أو دين أو ورقة مالية متداولة أو مجموعة من الأوراق المالية أو وديعة مصرفية أو أي فئة أخرى من الممتلكات) بسعر يُتفق عليه عند التعاقد ويُدفع في تاريخ الاستحقاق. وعادة تؤدي العقود المستقبلية بسداد الفرق بين السعر الذي أُتفق عليه عند التعاقد وسعر السوق في تاريخ الاستحقاق، وليس بالتسليم والسداد الماديين الكاملين في ذلك التاريخ. وفي المعاملات التخيرية، يكون للمشتري الحق (ولكن ليس الالتزام) في اقتناء ("خيار الشراء") أو بيع ("خيار البيع") أصل (موجود) في المستقبل بسعر يُحدد عند إبرام عقد المعاملة التخيرية.

اتفاق المعاوضة

٧٦- اتفاقات المعاوضة هي ممارسة شائعة في نظم السداد فيما بين البنوك ونظم تسويات الأوراق المالية، والمعاملات الاشتقاقية، ومعاملات النقد الأجنبي. وهي تنفذ على أساس عقود قياسية وتشريعات تعدها الصناعة ذات الصلة (مثلا اتفاق المعاوضة الارتكازي الذي أعدته الرابطة الدولية لصكوك المقايضة والصكوك الاشتقاقية ("الإيسدا") وقانون الإيسدا النموذجي للمعاوضات، اللذين اعتمدهما حتى الآن ٢١ دولة). وتنطوي هذه الترتيبات على التسوية الصافية للمدفوعات المستحقة بنفس العملة وفي نفس التاريخ. وهي تشمل أيضا معاملات المقاصة (أي ابراء الذمة من المطالبات المتقابلة إلى مدى المطالبة الأصغر) ومعاملات المعاوضة (وهي، في أبسط صورها، امكانية مقاصة المطالبات المتبادلة في حالة اعسار الطرف المقابل).

المطالب المنازع

٧٧- يظهر مصطلح المطالب المنازع في المواد ٩ فقرة ٤، و ١٠، و ٢٤، و ٢٦، و ٣١، و ٤٣ فقرة ٧، و ٤٥ فقرة ٤، و ٤٦ فقرة ٤. ويقصد من التعريف ضمان أن يغطي جميع منازعات الأولوية المحتملة، بما فيها المنازعات بين محال اليه محلي ومحال اليه أجنبي لمستحق محلي، والمنازعات بين محال اليه ودائن ذي حق في ممتلكات أخرى يمدد إلى المستحقات الناشئة عن تلك الممتلكات، والمنازعات بين محال اليه في حالة تجري قبل بدء سريان مشروع الاتفاقية ومحال اليه في حالة تجري بعد بدء ذلك السريان. ويعامل الدائن الذي له حق في البضائع، يمدد إلى المستحقات بواسطة اتفاق أو بواسطة القانون، باعتباره محالا اليه. ونتيجة لذلك، يكون النزاع مع ذلك الدائن خاضعا لقاعدة من نوع المادة ١ أو المادة ٦ أو المادة ٨ من المرفق.

المادة ٦

حرية الأطراف

رهنًا بأحكام المادة ٢١، يجوز للمحيل والمحال إليه والمدين، بالاتفاق فيما بينهم، الخروج عن أحكام هذه الاتفاقية المتعلقة بحقوق والتزامات كل منهم أو تغيير مفعولها. ولا يمس مثل هذا الاتفاق بحقوق أي شخص ليس طرفا فيه.

المراجع

A/CN.9/432، الفقرات ٣٣-٣٨؛ A/CN.9/434، الفقرات ٣٥-٤١؛ A/CN.9/445، الفقرات ١٩١-١٩٤؛ A/CN.9/456، الفقرتان ٧٩ و ٨٠؛ A/55/17، الفقرات ١١٩-١٢١.

التعليق

٧٨- توفر المادة ٦، التي وُضع نصها على غرار المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا، ١٩٨٠ ("اتفاقية الأمم المتحدة للبيع")، اعترافا عاما بمبدأ حرية الأطراف. غير أنه خلافا للمادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، لا تسمح المادة ٦ للأطراف بتغيير مفعول الأحكام التي تمس حقوق

الأطراف الثالثة أو الخروج عنها أو استبعاد مشروع الاتفاقية ككل. والسبب في هذا النهج المختلف هو أن مشروع الاتفاقية، خلافا لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع، يتناول أساسا الآثار الامتلاكية للحالة، ولذلك يكن أن يكون له تأثير على الوضع القانوني للأطراف الثالثة. والسماح للأطراف في اتفاق ما بالمساس بحقوق والتزامات الأطراف الثالثة من شأنه أن يتجاوز أي مفهوم مقبول لحرية الأطراف، وليس ذلك فحسب، بل من شأنه أيضا أن يستحدث قدرا غير مرغوب فيه من عدم اليقين ويمكن أن يحبط بالتالي الأهداف الرئيسية لمشروع الاتفاقية. والمقصود أن تنطبق المادة ٦ على الاتفاقات بين المحيل والمحال اليه، أو بين المحيل والمدين، أو بين المحال اليه والمدين، طالما كانوا يغيرون أحكام مشروع الاتفاقية، وليس القانون المنطبق خارج اطار مشروع الاتفاقية، أو يخرجون عنه. وتنشئ الإشارة إلى المادة ٢١ قيدا آخر، وهو أن المحيل والمدين لا يجوز لهما الاتفاق على التنازل عن الدفع المذكورة في الفقرة ٢ من المادة ٢١ (غير أن المادة ٢١ لا تتناول التنازل عن الدفع الذي يُتفق عليه بين المحال اليه والمدين).

المادة ٧

مبادئ التفسير

١- عند تفسير هذه الاتفاقية، يتعين إيلاء الاعتبار لهدفها والغرض منها المبينين في الديباجة ولطابعها الدولي ولضرورة تعزيز الاتساق في تطبيقها ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية.

٢- تُسوَّى المسائل المتعلقة بالأمر التي تحكمها هذه الاتفاقية والتي لم تتم تسويتها فيها صراحة، وفقا للمبادئ العامة التي تستند إليها الاتفاقية أو، في حال عدم وجود مثل تلك المبادئ، وفقا للقانون المنطبق بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص.

المراجع

A/CN.9/432، الفقرات ٧٦-٨١؛ A/CN.9/434، الفقرتان ١٠٠ و ١٠١؛ A/CN.9/445، الفقرتان ١٩٩ و ٢٠٠؛ A/CN.9/456، الفقرات ٨٢-٨٥؛ A/55/17، الفقرات ١٢٢-١٢٤؛ A/CN.9/486، الفقرة ٧٤.

التعليق

٧٩- تتناول المادة ٧، المستوحاة من المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، تفسير مشروع الاتفاقية وسد الثغرات فيه. ففيما يتعلق بتفسير مشروع الاتفاقية، تشير الفقرة ١ من المادة ٧ إلى أربعة مبادئ، وهي هدفها والغرض منها المبينان في الديباجة، والطابع الدولي للنص، والاتساق، وحسن النية في التجارة الدولية. وهذه المبادئ، باستثناء الإشارة إلى الديباجة التي تهدف إلى تيسير عملية تفسير مشروع الاتفاقية وسد الثغرات فيه، هي مبادئ مشتركة بين معظم نصوص الأونسيترال، وينبغي أن تُفهم بنفس الطريقة التي تُفهم بها العبارات المماثلة الواردة في تلك النصوص. والمقصود من الإشارة إلى الطابع الدولي أو المصدر الدولي للنص هو مساعدة المحكمة على تفادي تفسير مشروع الاتفاقية استنادا إلى مفاهيم القانون الوطني. ولا يمكن تلبية الحاجة إلى المحافظة على الاتساق إلا اذا طبقت المحاكم أو هيئات التحكيم مشروع الاتفاقية استنادا إلى طبيعة

مشروع الاتفاقية نفسه وأولت الاعتبار لقرارات المحاكم أو هيئات التحكيم في البلدان الأخرى. وتعد اللجنة مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال ("كلاوت") ("CLOUT")، وهي نظام للإبلاغ عن السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال، واضحة في اعتبارها، على وجه التحديد، الحاجة إلى المحافظة على الاتساق. وتتوفر "كلاوت" في شكل ورقي في اللغات الرسمية الست للأمم المتحدة، كما تتوفر من خلال موقع الأونسيترال في الشبكة الحاسوبية العالمية (<http://www.uncitral.org>) باللغات الإسبانية والانكليزية والفرنسية (وستوفر النصوص باللغات الأخرى أيضا في المستقبل رهنا بتوافر الموارد).

٨٠- ولا تنطبق الإشارة إلى حُسن النية إلا على تفسير مشروع الاتفاقية. فإذا طُبق مبدأ حُسن النية على سلوك الطرفين، فيجب ممارسة الحذر. فمن الملائم تطبيق هذا المبدأ على العلاقات التعاقدية بين المحيل والمحال إليه أو بين المحيل والمدين. غير أنه إذا طُبق على العلاقة بين المحال إليه والمدين أو بين المحال إليه وأي مُطالب آخر فيمكن أن يخل باليقين في مشروع الاتفاقية. فمثلا، وفقا لمبدأ حُسن النية السائد في دولة المحكمة المختصة، يمكن أن يضطر المدين، الذي ربما يكون قد دفع إلى المحال إليه بعد الاشعار، إلى الدفع مرة أخرى إذا كان يعلم (ولكن لم يصله اشعار) بالاحالة السابقة. وبالمثل فإن تطبيق مبدأ حُسن النية على العلاقة بين المحال إليه وطرف ثالث يمكن أن يؤدي دون قصد إلى فقدان المحال إليه ذي الأولوية بموجب أحكام التسجيل التي ينص عليها قانون مقر المحيل أولويته إذا كان يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بالحقوق التي اكتسبها شخص آخر قبل التسجيل (على الرغم من أنه لم تكن هناك معلومات مسجلة عن تلك الحقوق).

٨١- وفيما يتعلق بسد الثغرات، يميّز بين المسائل الداخلة في نطاق مشروع الاتفاقية ولكنها ليست محسومة صراحة فيه والمسائل الخارجة عن نطاق مشروع الاتفاقية. فالمسائل الأخيرة متروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية بحكم قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها في المحكمة المختصة (أو، إذا كانت المحكمة المختصة في دولة متعاقدة، قواعد مشروع الاتفاقية). أما الثغرات المتعلقة بالمسائل الداخلة في نطاق مشروع الاتفاقية ولكنها ليست محسومة صراحة فيه فينبغي سدها من خلال تطبيق المبادئ العامة التي يستند إليها مشروع الاتفاقية.^(١٣) وهذه المبادئ ينبغي أن تستمد من الديباجة أو من الأحكام المحددة الواردة في مشروع الاتفاقية (مثلا مبدأ تيسير زيادة امكانية الحصول على الائتمان الأقل تكلفة، ومبدأ حماية المدين). وإذا لم يكن هناك مبدأ يمكن تطبيقه على مسألة معينة، فتسد الثغرة وفقا للقانون الذي ينطبق بحكم قواعد القانون الدولي الخاص. والثغرات في أحكام القانون الدولي الخاص الواردة في مشروع الاتفاقية ينبغي أن تسد وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص التي يستند إليها مشروع الاتفاقية. وفي حالة عدم وجود تلك المبادئ، فينبغي سد تلك الثغرات وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها في المحكمة المختصة.

دال- الفصل الثالث

مفعول الاحالة

(١٣) يرد في التعليقات على مواد مختلفة عدد من المسائل التي لا يحكمها مشروع الاتفاقية بل هي متروكة للقانون المنطبق خارج مشروع الاتفاقية بحكم قواعد القانون الدولي الخاص (انظر مثلا الفقرات ٢١ و ٢٢ و ٢٤ و ٢٥ و ٤٢-٥٤ و ٦٦ و ٨٢ و ٨٣ و ٨٥ و ١٠٥ و ١١١).

التعليق

تعليقات عامة

٨٢- يحسم الفصل الثالث المسائل المتعلقة بالصحة الشكلية والمادية للإحالة بمقتضى مشروع الاتفاقية (بشأن استخدام عبارة "نفاذ المفعول"، انظر الفقرة ٨٥). ويتناول الفصل الصحة الشكلية من خلال قواعد القانون الدولي الخاص. أما الصحة المادية فيتناولها عن طريق قواعد القانون الموضوعي. غير أنه لا يتناول جميع مسائل الصحة المادية. ومن المسائل التي لا يتناولها ويتركها للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية التقييدات القانونية على الإحالة، غير التي تتناولها المواد ٩ و ١١ و ١٢، والمسائل المتعلقة بالأولوية بين محال اليه ومُطالب منازع، وكذلك المسائل المتعلقة بالأهلية والصلاحيّة.

المادة ٨

شكل الإحالة

تكون الإحالة صحيحة من حيث الشكل إذا كانت تفي باشتراطات الشكل، إن كانت هناك أي اشتراطات تتعلق بالشكل، يقتضيها قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل أو أي قانون آخر منطبق بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٧٥-٧٩؛ A/CN.9/432، الفقرات ٨٢-٨٦؛ A/CN.9/434، الفقرات ١٠٢-١٠٦؛ A/CN.9/445، الفقرات ٢٠٤-٢١٠؛ A/CN.9/456، الفقرات ٨٦-٩٢؛ A/CN.9/466، الفقرات ١٠١-١٠٣؛ A/55/17، الفقرات ١٢٥-١٢٩؛ A/CN.9/486، الفقرتان ٧٦ و ٧٤

التعليق

٨٣- الهدف الرئيسي من المادة ٨ هو توفير اليقين للمحال اليهم بأنه، اذا استوفوا مقتضيات الشكل المطلوبة في ولاية قضائية واحدة، ستكون احالاتهم (بما في ذلك عقد الإحالة) صحيحة من حيث الشكل. ومن أجل تحقيق هذا الهدف، تحيل المادة ٨ الشكل إلى قانون المكان الذي يقع فيه مقر المحيل (أي إلى ولاية قضائية وحيدة يسهل تحديدها حتى في حالة الاحالات الاجمالية أو احالة المستحقات الآجلة). غير أن المادة ٨ لا تنص على قانون منطبق وحيد، بغية تفادي التدخل في النظريات الراهنة بشأن القانون المنطبق على شكل عقد الإحالة. ومسألة ما ان كانت هناك أي مقتضيات خاصة بالشكل أو ماذا يعني على وجه الدقة الشكل (أي: الكتابة، أو اشعار المدين، أو التسجيل، أو اجراء توثيقا أو سداد رسم دمغة) هي مسألة متروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية.

المادة ٩

نفاذ مفعول الإحالات والاحالات الإجمالية وإحالات
المستحقات الآجلة والإحالات الجزئية

١- تكون إحالة مستحق واحد أو أكثر من المستحقات القائمة أو الآجلة، وأجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة فيها، نافذة المفعول بين المحيل والحال إليه وكذلك تجاه المدين، سواء كانت المستحقات مبينة:

(أ) على انفراد كمستحقات تخصها الإحالة؛ أو

(ب) على أي نحو آخر، شريطة أن يتسنى، وقت الإحالة، أو وقت إبرام العقد الأصلي في حالة المستحقات الآجلة، تحديدها كمستحقات تخصها الإحالة.

٢- تكون إحالة مستحق آجل واحد أو أكثر نافذة المفعول دون حاجة إلى عملية نقل جديدة لإحالة كل مستحق، ما لم يُتفق على خلاف ذلك.

٣- باستثناء ما هو منصوص عليه في الفقرة ١ من هذه المادة وفي المادة ١١ وفي الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ١٢، لا تفس هذه الاتفاقية بأي تقييدات على الإحالات ناشئة عن القانون .

٤- لا تكون الإحالة فاقدة المفعول تجاه مُطالب مُنازع، ولا يجوز إنكار حق الحال إليه في الأولوية مقابل حق ذلك المُطالب المُنازع، لمجرد أن قانونا آخر غير هذه الاتفاقية لا يعترف عموماً بأي إحالة من الإحالات المبينة في الفقرة ١ من هذه المادة.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٤٥-٦٠؛ A/CN.9/432، الفقرات ٩٣-١١٢ و ٢٥٤-٢٥٨؛ A/CN.9/434، الفقرات ١٢٢ و ١٢٤-١٢٧؛ A/CN.9/445، الفقرات ٢١١-٢١٤؛ A/CN.9/456، الفقرات ٩٣-٩٧؛ A/55/17، الفقرات ١٣٠-١٣٥.

التعليق

٨٤- إحالات المستحقات الآجلة والاحالات الإجمالية وإحالة أجزاء من المستحقات أو حقوق غير مجزأة فيها هي من صميم ممارسات التمويل الهامة (مثلاً التمويل المستند إلى الموجودات، والعملة، والتسديد، وتمويل المشاريع، وسندكة القروض، والمشاركة). بيد أن نفاذ مفعولها، باعتبارها مسألة من مسائل قانون الملكية، ليست معترفاً بها في جميع النظم القانونية. والمقصود من المادة ٩ هو إثبات صحة هذه الاحالات. ولدواعي الاتساق، تثبت المادة ٩ أيضاً صحة إحالة مستحق قائم وحيد.

"نفاذ المفعول"

٨٥- القصد من مصطلح "نفاذ المفعول" هو تجسيد الآثار الامتلاكية للاحالة، وهي نقل ملكية الحقوق في المستحقات. وقد فضّلت هذه العبارة لأن عبارة "صحة" يمكن أن لا يكون لها ذلك الأثر كما أنها، على أي حال، لا تفهم في جميع أنحاء العالم بنفس الطريقة. والمعنى الدقيق لنفاذ المفعول المشار اليه يتوقف على ما ان كان الأمر يتعلق بحالة تامة أم بحالة على سبيل الضمان. وهذه المسألة متروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية (انظر المادة ٥ (م) والفقرة ٢ (ب) من المادة ٢٤). وعلى أية حال فاذا كانت الاحالة نافذة المفعول، فانه يجوز للمحال اليه أن يطالب بالسداد، ويجوز له، اذا لم يلجأ المدين إلى اثاره عدم تقديم اشعار كدفاع وقام بالسداد، أن يحتفظ بالمبلغ المدفوع. ومسألة ما ان كانت ذمة المدين تبرا هي مسألة متروكة للمادة ١٩. ومسألة ما ان كان يجوز للشخص الذي تلقى السداد أن يحتفظ بالمبلغ المدفوع هي مسألة متروكة للمادة ٢٤، لأن المادة ٩ تقصر أثر الاحالة على العلاقة بين الحيل والحال اليه وعلى العلاقة بين الحال اليه والمدين. والسبب في اتباع هذا النهج هو أن نفاذ المفعول تجاه الأطراف الثالثة يمس مسائل الأولوية، ويعالج مشروع الاتفاقية هذه المسائل باعتبارها مسائل متميزة، فيخضعها لقانون المكان الذي يقع فيه مقر الحيل (انظر المادة ٢٤). وهذا يعني، مثلا، أن المادة ٩ لن تثبت صحة الاحالة الأولى من حيث الزمن بينما تنفي صحة أي احالة أخرى لنفس المستحقات من قبل نفس الحيل. وهو يعني أيضا أن تطبيق المادة ٩ لن يؤدي إلى أن يعلو الحال اليه على مدير الاعسار لمجرد أن الاحالة حدثت قبل التاريخ الفعلي لاجراءات الاعسار، وان كانت المستحقات قد نشأت أو اكتسبت بعد بدء اجراءات الاعسار.

٨٦- ومن أجل تجسيد هذا الترابط بين نفاذ المفعول (باعتباره شرطا للأولوية) والأولوية، تنص الفقرة ١ من المادة ٩ صراحة على أنها تتناول نفاذ المفعول "بين الحيل والحال اليه وكذلك تجاه المدين". بيد أن هذا النهج يمكن أن يؤدي دون قصد إلى جعل نفاذ مفعول الاحالات المشار اليها في الفقرة ١ متروكا كلية للقانون المنطبق على الأولوية. ولهذا السبب تنص الفقرة ٤ من المادة ٩ على أن الاحالة التي تكون نافذة المفعول بموجب الفقرة ١ من المادة ٩، لا يجوز ابطال مفعولها أو حرمانها من الأولوية لمجرد أن القانون المنطبق خارج مشروع الاتفاقية لا يعترف بها من حيث القانون التجاري العام. ولهذا السبب نفسه تنص المادة ٢٤ على أنها لا تتناول المسائل المسواة في مواضع أخرى من مشروع الاتفاقية.

"المستحقات القائمة أو الآجلة"

٨٧- هذان المصطلحان معرّفان في المادة ٥ (ب) بالاشارة إلى وقت إبرام العقد الأصلي. ومن المقصود أن تشمل جميع المستحقات الآجلة، بما فيها المستحقات المشروطة والمستحقات الافتراضية المحضة (انظر الفقرة ٥٩). وبغية حماية مصالح الحيل، أدخلت الفقرة ١ عنصر تحديد (يتعين أن يكون من الممكن تبين المستحقات وقت نشوئها).

"واحد أو أكثر"

٨٨- بينما يركز مشروع الاتفاقية على الاحالة الاجمالية لعدد كبير من المستحقات المنخفضة القيمة (كعوملة المستحقات التجارية أو تسديد المستحقات الاستهلاكية)، فإنه يشمل أيضا احالة المستحقات الوحيدة الكبيرة القيمة (مثلا سندكة القروض والمشاركة). والقاعدة هي أنه، من حيث الصحة الموضوعية (الصحة الشكلية متروكة للقانون المنطبق بموجب المادة ٨)، يكون الاتفاق بين المحيل والمحال اليه، كما هو معرّف في المادة ٢، كافيا لنقل حقوق الملكية ق في المستحقات.

"أجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة فيها"

٨٩- يمكن دائما تقسيم المطالبات النقدية واحالتها جزئيا. وهذه الاحالات الجزئية ليست نادرة في الممارسة، ولا يوجد سبب لابطالها طالما كانت مصالح المدين المشروعة محمية (انظر الفقرة ٦ من المادة ١٩). وتجري احالات غير مجزأة في معاملات هامة. فمثلا، في التسديد، يمكن أن تعتمد هيئة خاصة الغرض إلى أن تحيل إلى المستثمرين مصالح غير مجزأة في مستحقات مشتراة من منشئ تلك المستحقات، وذلك كضمان لالتزامات الهيئة الخاصة الغرض تجاه المستثمرين. وفي سندكة القروض والمشاركة، يمكن أن يحيل المقرض الرئيسي مصالح غير مجزأة في القرض إلى عدد من المقرضين الآخرين.

"مبينة"

٩٠- القصد من مصطلح "مبينة" هو وضع معيار أدنى من المعيار الذي يضعه مصطلح "محددة". وبمقتضى هذا المعيار، سيكفي بيان المستحق بصورة عامة، دون أي تحديد لهوية المدين أو لقيمة المستحق، لكي يشمل التعريف حتى المستحقات الآجلة (مثل، "جميع مستحقاتي من شركتي لبيع السيارات").

"على انفراد" "على أي نحو آخر"

٩١- يقصد بهاتين العبارتين كفالة نفاذ مفعول إحالة المستحقات القائمة والآجلة، سواء أكانت تلك المستحقات مبينة واحدة فواحدة أم على أي نحو آخر يكفي لتوضيح كونها مستحقات تخصها الاحالة.

وقت تبين المستحقات

٩٢- يتعين تبين كون المستحقات القائمة مستحقات تخص الاحالة وقت اجراء الاحالة. وينبغي تبين المستحقات الآجلة وقت نشوئها (وهو، بحكم تعريفها، بعد وقت الاحالة). ونتيجة للمادة ٧، التي تركز حرية الأطراف، يجوز للمحيل والمحال اليه أن يتفقا بشأن الوقت الذي يصبح من الممكن فيه تبين صلة المستحقات الآجلة بالاحالة، ما داما لا يمسان بحقوق المدين وبحقوق أطراف ثالثة.

الاتفاقات الارتكازية

٩٣- بغية تسريع عملية الاقراض وتخفيض تكاليف المعاملات، تنص الفقرة ٢ على ما مفاده أن الاتفاق الارتكازي يكفي لنقل الحقوق في مجموعة من المستحقات الآجلة. وإذا كان من الضروري وجود مستند جديد في كل مرة ينشأ فيها مستحق جديد، لازدادت تكاليف ادارة برنامج الاقراض ازديادا كبيرا ولكن الوقت اللازم للحصول على مستندات محررة تحريرا صحيحا واستعراض تلك المستندات يؤدي الى تخفيض سرعة عملية الاقراض بما يلحق الضرر بالحيل. وبمقتضى الفقرة ٢، يكفي الاتفاق الارتكازي لنقل مجموعة من المستحقات الآجلة، في حين أنه، بمقتضى المادة ١٠، يعتبر المستحق الآجل قد نُقل في وقت ابرام عقد الاحالة.

القابلية للاحالة بموجب القانون

٩٤- باثبات صحة الاحالات التي تشير اليها الفقرة ١ من المادة ٩، يمكن أن تُبطل تلك الفقرة الحظر القانوني الموجود في القانون الوطني فيما يتعلق بتلك الاحالات. وفي حين أن مشروع الاتفاقية يُبطل تلك التقييدات القانونية، فليس مقصودا منه أن يتدخل في السياسات الوطنية (انظر الفقرة ٢١). وتهدف تلك السياسات إلى حماية الحيل من نزع ممتلكاته المقبلة واحتمال أن يجرّد نفسه من سبل المعيشة (مثلا في حالة التقييدات المفروضة على احالة مطالبات الأجور أو الايرادات التقاعدية). وكثيرا ما ينص على تلك السياسات بواسطة اشتراط التحديد، الذي قد لا يكون ممكنا في إحالة المستحقات الآجلة أو في الاحالة الاجمالية. ويهدف انشاء توازن بين الحاجة إلى اثبات صحة الاحالات والحاجة إلى حماية المحيلين، تشترط الفقرة ١ من المادة ٩ أن تكون المستحقات قابلة للتبين عندما تنشأ (أي عند ابرام العقد الأصلي) باعتبارها مستحقات تتعلق بما الاحالة. ويتفادى مشروع الاتفاقية فرض أي قيد آخر على حق الحيل في نقل المستحقات الآجلة، لأنه لا يعطي أولوية لأحد الدائنين على الآخر بل يترك مسائل الأولوية للقانون الوطني. ويمكن أن تكون السياسات الوطنية المجسدة في الحظر القانوني موجهة أيضا إلى حماية المدين (مثلا في حالة التقييدات المفروضة على احالة المستحقات الحكومية أو الاستهلاكية). ولا يتدخل مشروع الاتفاقية في تلك السياسات الوطنية أيضا. وهو يضع معيارا لحماية المدين عاليا بما يكفي (مثلا في حالة الاحالات الجزئية، يمكن للمدين أن يعامل الاشعار باعتباره غير ساري المفعول؛ انظر الفقرة ٦ من المادة ١٩)، ويشترط أن يكون مقر المدين واقعا في دولة متعاقدة (انظر الفقرة ٣ من المادة ١).

٩٥- ولا يمس مشروع الاتفاقية أي تقييدات قانونية غير تلك المشار اليها في الفقرة ١ من المادة ٩ (مثلا التقييدات القانونية المتعلقة بمستحقات المستهلكين أو المستحقات الحكومية أو الأجور أو المعاشات التقاعدية). وهذه النتيجة واردة ضمنا في المادة ١١. وعلاوة على ذلك، تتناول الفقرة ٣ من المادة ٩ هذه النتيجة صراحة لكي تتفادى خلق أي التباس بشأن ما ان كانت المسألة خاضعة لمشروع الاتفاقية ولكن ليست محسومة صراحة فيه أم أنها غير خاضعة لمشروع الاتفاقية على الاطلاق (بشأن الفرق، انظر الفقرة ٢ من المادة ٧).

المادة ١٠ وقت الإحالة

دون مساس بحق المطالب المنازع، يكون أي مستحق قائم منقولا وقت إبرام عقد الإحالة ويعتبر أي مستحق آجل منقولا وقت إبرام عقد الإحالة، ما لم يحدد المَحِيل والمُحال إليه وقتا لاحقا.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرتان ٥١ و ٥٧؛ و A/CN.9/432، الفقرات ١٠٩-١١٢ و ٢٥٤-٢٥٨؛ و A/CN.9/434، الفقرات ١٠٧ و ١٠٨ و ١١٥-١٢١؛ و A/CN.9/455، الفقرات ٢٢١-٢٢٦؛ و A/CN.9/456، الفقرات ٧٨-٧٦ و ٩٨-١٠٣؛ و A/55/17، الفقرات ١٣٦-١٣٨.

التعليق

٩٦- تشير القاعدة التي تنص عليها المادة ١٠ إلى أن الإحالة تكون نافذة المفعول فيما بين المحيل والمحال إليه، وكذلك تجاه المدين، في الوقت الذي يبرم فيه عقد الإحالة. بيد أنه لا يقصد بالمادة ١٠ أن تمس بحقوق أطراف ثالثة وأن تكون بمثابة قاعدة أولوية لأن مسائل الأولوية تركت لقانون الولاية القضائية التي يخضع لها المحيل. وبصورة خاصة، لا يقصد بالمادة ١٠ أن تتدخل في قانون الاعسار الداخلي، على سبيل المثال، بالنسبة إلى المستحقات التي تنشأ أو تصبح مستحقة الأداء أو يجري اكتسابها بعد استهلال اجراءات الاعسار.

٩٧- وعلى الرغم من وضوح هذا النهج فيما يتعلق بالمستحقات القائمة وقت إحالتها، ينشأ افتراض قانوني فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة (أي المستحقات التي تنشأ عن عقود لا تكون موجودة وقت الإحالة). ومن الناحية العملية، لا يكتسب المحال إليه حقوقا في المستحقات الآجلة الا اذا كانت قد أنشئت فعلا، ولكن من الناحية القانونية، يرجع وقت النقل إلى الوقت الذي أبرم فيه عقد الإحالة.

٩٨- وتعترف المادة ١٠ أيضا بحق المحيل والمحال إليه في تحديد الوقت الذي تصبح فيه الإحالة نافذة المفعول ولكنها، في الوقت ذاته، تحد من ذلك الحق. ويجوز للطرفين أن يتفقا على وقت حدوث النقل ولكن لا يجوز أن يكون ذلك الوقت أبكر من وقت إبرام عقد الإحالة. ويتمشى هذا النهج مع مبدأ حرية الأطراف المتجسد في المادة ٦، ذلك أن الاتفاق الذي يحدد وقتا أبكر للإحالة يمكن أن يؤثر في تسلسل الأولويات بين عدة مطالبين. بيد أنه لا المادة ٦ ولا المادة ١٠ تحول دون اتفاق الطرفين على تاريخ يسبق التاريخ الذي تصبح فيه التزاماتهما التعاقدية نافذة المفعول.

المادة ١١

التقييدات التعاقدية للإحالة

- ١- تكون إحالة المستحق نافذة المفعول بصرف النظر عن أي اتفاق بين المحيل الأول أو أي مُحيل لاحق والمدين أو أي مُحال إليه لاحق يقيد بأي شكل من الأشكال حق المُحيل في إحالة مستحقاته.
- ٢- ليس في هذه المادة ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المحيل بسبب إخلاله بذلك الاتفاق، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الأصلي أو عقد الإحالة بسبب ذلك الإخلال فحسب. ولا يكون أي شخص ليس طرفاً في ذلك الاتفاق مسؤولاً لمجرد معرفته بالاتفاق.
- ٣- لا تنطبق هذه المادة إلا على إحالات المستحقات:
 - (أ) الناشئة عن عقد أصلي لتوريد أو تأجير [بضائع أو] انشاءات أو خدمات غير الخدمات المالية، أو لبيع أو تأجير عقارات؛ أو
 - (ب) الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير أو ترخيص ممتلكات صناعية أو غيرها من الممتلكات الفكرية أو المعلومات الأخرى؛ أو
 - (ج) التي تمثل التزاماً بالسداد يتصل بمعاملة تُجرى بواسطة بطاقة ائتمان؛ أو
 - (د) التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة الأداء تنفيذاً لاتفاق معاوضة يشمل طرفين أو أكثر.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٦١-٦٨؛ و A/CN.9/432، الفقرات ١١٣-١٢٦؛ و A/CN.9/434، الفقرات ١٢٨-١٣٧؛ A/CN.9/445، الفقرات ٤٩-٥١ و ٢٢٧-٢٣١؛ و A/CN.9/447، الفقرات ١٤٨-١٥٢؛ A/CN.9/455، الفقرات ٤٧-٥١؛ و A/CN.9/456، الفقرات ١٠٤-١١٦؛ A/CN.9/466، الفقرات ١٠٤-١٠٦؛ و A/55/17، الفقرات ١٣٩-١٥١.

التعليق

القاعدة

٩٩- بمقتضى المادة ١١، المستوحاة من المادة ٦ من اتفاقية أوتاوا، يكون كل من التقييد التعاقدي على الاحالة والاحالة ذاتها نافذ المفعول. أما المسألة المتعلقة بما اذا كانت هناك أي مسؤولية تترتب على الاخلال

بالعقد، فقد تركت للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. بيد أنه في حالة وجود أي مسؤولية كهذه، لا يحق للمدين، بموجب الفقرة ٢ من المادة ١١، أن ينهي العقد الأصلي لمجرد أن الخيل أحل بتقييد تعاقدى. وعلاوة على ذلك، فإن أي مسؤولية تقع على عاتق الخيل لا تُوسَّع لتشمل المحال اليه، ولا يمكن أن تستند إلى مجرد معرفة المحال اليه بالتقييد التعاقدى (من الضروري أيضا، على سبيل المثال، أن يكون هناك أيضا مساس ضار بالعلاقات التعاقدية المفيدة من أجل إثبات المسؤولية التقصيرية). ولا يجري المساس كذلك بالحقوق الأخرى التي قد تكون للمدين بموجب قانون منطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، مثل حق التعويض عن الأضرار. ويتماشى هذا النهج مع الأهداف العامة لمشروع الاتفاقية لأن خطر الغاء العقد أو تحميل المحال اليه مسؤولية الاخلال بتقييد تعاقدى وضعه الخيل على الاحالة يمكن أن يكون له، في حد ذاته، أثر سلبي على تكلفة الائتمان. ويتماشى أيضا مع المبدأ القائل بأن الاحالة تكون نافذة المفعول حتى وان أحرقت على نحو مخالف لشرط عدم الاحالة (انظر الفقرة ١ من المادة ١١ والفقرة ٣ من المادة ٢٠). وبالإضافة إلى ذلك، يتماشى هذا النهج مع المبدأ القائل بأنه لا يسمح بأي تعديل للعقد الأصلي (الذي يشمل أيضا انهاء العقد) بعد اشعار المدين بدون قبول المحال اليه (انظر الفقرة ٢ من المادة ٢٢).

١٠٠- وتستند المادة ١١ إلى الافتراض بأنه ليس من الضروري أن يفحص المحال اليه المستندات المتعلقة بكل مستحق، لأن هذه العملية ستكون مكلفة في الاحالة الاجمالية ومستحيلة في احالة المستحقات الآجلة. ويتماشى هذا النهج مع مبادئ الاقتصاد السوقي والمبدأ المغاير لفرض قيود على نقل الممتلكات. وفي هذا النهج، يوضع في الاعتبار أن الاقتصاد الذي تكون فيه المستحقات قابلة للنقل بحرية يحقق فوائد جمّة للمدينين. ويمكن للوفورات في التكاليف التي يحققها الدائنون عن طريق قابلية نقل مستحقّاتهم بحرية أن تُحوّل إلى المدينين على شكل تكاليف أقلّ للبضائع والخدمات أو تكاليف أقلّ للائتمان. وهكذا، فإن تيسير احالة المستحقات وتخفيض تكاليف المعاملات سيكون ذا فائدة أكبر من كفالة عدم اضطراب المدين إلى السداد إلى شخص غير الدائن الأصلي. وبالإضافة إلى ذلك، لا يمكن تحقيق الأهداف الاجمالية لمشروع الاتفاقية بدون اجراء بعض التعديلات في التشريعات الوطنية تهدف إلى استيعاب الممارسات التجارية الحديثة.

النطاق الموضوعي والاقليمي

١٠١- تنطبق المادة ١١ على التقييدات التعاقدية سواء وردت في العقد الأصلي أو في اتفاق آخر بين الخيل والمدين أو في عقد الاحالة الأولي أو في أي عقد احالة لاحق. ويقصد منها أيضا أن تنطبق على أي شروط تعاقدية تقيد احالة المستحقات (كجعلها مرهونة بقبول المدين) وليس على الشروط التي تحظر الاحالة فحسب. ولا تنطبق على التقييدات القانونية على الاحالة أو على التقييدات ذات الصلة باحالة حقوق غير المستحقات (كشروط السرية مثلا). ونتيجة لذلك، فانه اذا أحرقت احالة بشكل يخل بتقييد قانوني أو بشرط سرية، فإن المادة ١١ لا تنطبق لاثبات صحة مثل هذه الاحالة أو لتقييد أي مسؤولية تنشأ بمقتضى قانون منطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية.

١٠٢- والقصد من الفقرة ٣ هو جعل نطاق انطباق المادة ١١ محصوراً في حالات المستحقات التجارية. بيد أنها صيغت بشكل موسع بحيث تشمل مجموعة كبيرة من المستحقات، بما فيها المستحقات الاستهلاكية والمستحقات الحكومية. وتشمل كذلك المستحقات الناشئة عن بيع أو تأجير بضائع وعقارات، وعن بيع أو ترخيص ممتلكات غير ملموسة كالممتلكات الفكرية أو الصناعية أو غيرها من الممتلكات أو المعلومات، وعن توريد انشاءات أو خدمات. وبغية تجنب إعادة ادراج المستحقات المالية المستبعدة في المادة ٤ ضمن نطاق مشروع الاتفاقية، تنص الفقرة ٣ صراحة على أنها لا تنطبق على الاحالات الناشئة عن الخدمات المالية. بيد أن الفقرتين الفرعيتين (ج) و(د) توضحان أن المادة ١١ ينبغي أن تنطبق على حالة بعض مستحقات الخدمات المالية. ولا يشار في الفقرة الفرعية (د) إلا إلى ترتيبات المعاوضة المتعددة الأطراف بغية تجنب استبعاد انطباق المادة ١١ في حالة احالات المستحقات التجارية لمجرد وجود اتفاق معاوضة بين المحيل والمدين.

١٠٣- وتنطبق المادة ١١ على احالات المستحقات التي يدين بها مدينون استهلاكيون. غير أنه لا يقصد بها تجاوز تشريعات حماية المستهلك (على الرغم من أنه، من الناحية العملية، وفي حالات استثنائية قليلة، لا توجد لدى المستهلكين قوة مساومة لادراج مثل هذه التقييدات في عقودهم؛ وللإطلاع على المستحقات الاستهلاكية وحماية المستهلك، انظر الفقرتين ٣٦ و١٣٢). وعلى أية حال، لا يجري حتى إبلاغ المستهلكين بأية إحالة أو يجري إبلاغهم ويطلب منهم الاستمرار في السداد إلى الحساب المصرفي ذاته أو إلى صندوق البريد ذاته. وفي هذه الحالة يمكن للمدين الذي يخشى من فقد حقوق المقاصة التي قد تنشأ عن عقود لا صلة لها بالعقد الأصلي أن يقطع علاقته بالحال اليه.

١٠٤- وتنطبق المادة ١١ أيضاً على احالات المستحقات التي يدين بها مدينون حكوميون. بيد أنه، بموجب المادة ١١، قد تُصدر الدولة التي يقع فيها مقر المدين الحكومي تحفظاً بشأن انطباق المادة ١١. أما مسألة ما إذا كانت الاحالة نافذة المفعول تجاه مدين حكومي في هذه الحالة، فستترك للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. كما ان مسألة نفاذ مفعول التقييدات التعاقدية الواردة في احالات غير الاحالات المذكورة في الفقرة ٣ تركت للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وإذا كان ذلك القانون يجعل التقييدات التعاقدية نافذة المفعول، فستكون الاحالة غير صحيحة ولا ينطبق مشروع الاتفاقية. أما إذا كان ذلك القانون لا يجعل تلك التقييدات التعاقدية نافذة المفعول، فانه يمكن أن تكون الاحالة صحيحة ويمكن أن ينطبق مشروع الاتفاقية.

المادة ١٢

نقل حقوق الضمان

١- أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد المستحق الحال إلى الحال إليه يُنقل دون حاجة إلى عملية نقل جديدة. وإذا كان ذلك الحق، بمقتضى القانون الذي يحكمه، غير قابل للنقل إلا بعملية نقل جديدة، يكون المحيل ملزماً بنقل ذلك الحق وأي عائدات تتأتى منه إلى الحال إليه.

٢- أي حق يضمن تسديد المستحق المحال يُنقل، بمقتضى الفقرة ١ من هذه المادة، بصرف النظر عن أي اتفاق بين المحيل والمدين، أو شخص آخر يمنح ذلك الحق، يقيد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إحالة المستحق أو الحق الذي يضمن تسديد المستحق المحال.

٣- ليس في هذه المادة ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المحيل بسبب إخلاله باتفاق في إطار الفقرة ٢ من هذه المادة، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الأصلي أو عقد الإحالة بسبب ذلك الإخلال فحسب. ولا يكون أي شخص ليس طرفاً في ذلك الاتفاق مسؤولاً لمجرد معرفته بالاتفاق.

٤- لا تنطبق الفقرتان ٢ و ٣ من هذه المادة إلا على إحالات المستحقات:

(أ) الناشئة عن عقد أصلي لتوريد أو تأجير [بضائع أو] انشاءات أو خدمات غير الخدمات المالية، أو لبيع أو تأجير عقارات؛ أو

(ب) الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير أو ترخيص ممتلكات صناعية أو غيرها من الممتلكات الفكرية أو معلومات أخرى؛ أو

(ج) التي تمثل التزاماً بالسداد يتصل بمعاملة تُجرى بواسطة بطاقة ائتمان؛ أو

(د) التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة الأداء تنفيذاً لاتفاق معاوضة يشمل طرفين أو أكثر.

٥- ليس من شأن نقل حق ملكية حيازي في إطار الفقرة ١ من هذه المادة أن يمس بأي من التزامات المحيل تجاه المدين أو الشخص الذي يمنح حق الملكية المتعلق بالممتلكات المنقولة والقائم بمقتضى القانون الذي يحكم ذلك الحق.

٦- لا تمس الفقرة ١ من هذه المادة بأي اشتراط تقتضيه قواعد قانونية غير هذه الاتفاقية فيما يتعلق بشكل أو بتسجيل نقل أي حقوق تضمن تسديد المستحق المحال.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٦٩-٧٤؛ و A/CN.9/432، الفقرات ١٢٧-١٣٠؛ A/CN.9/445، الفقرات ٣٣٢-٣٣٥؛ و A/CN.9/434، الفقرات ١٣٨-١٤٧؛ و A/CN.9/456، الفقرات ١١٧-١٢٦؛ و A/55/17، الفقرتان ١٥٣ و ١٥٤.

التعليق

الحقوق التبعية والحقوق المستقلة

١٠٥- تجسد الفقرة ١ المبدأ المقبول بصورة عامة وهو أن حقوق الضمان التبعية (مثل كفالة الوفاء أو رهن الوفاء أو الرهن العقاري) تنقل تلقائياً مع الالتزام الأصلي، بينما حقوق الضمان المستقلة (كالكفالة المستقلة أو خطاب الاعتماد الضامن) لا تكون قابلة للنقل إلا بعملية نقل جديدة. ويستخدم تعبير عام (أي "حق يضمن تسديد") بغية كفالة شمل الحقوق التي قد لا تكون حقوق ضمان، كالحقوق الناشئة عن كفالات مستقلة وخطابات اعتماد ضامنة. أما مسألة الطابع التبعية أو المستقل للحق والمقتضيات الموضوعية أو الاجرائية التي يتعين الوفاء بها من أجل انشاء مثل هذا الحق فمتروكة للقانون الذي يحكم ذلك الحق. وبالنظر إلى المجموعة الكبيرة من الحقوق التي تشملها المادة ١٢ والتباين القائم بين مختلف النظم القانونية في هذا الشأن، لا تحاول المادة ١٢ تحديد القانون المنطبق على هذه الحقوق.

١٠٦- وتنشئ الفقرة ١ أيضاً التزاما يقتضي بأن ينقل المحيل إلى المحال إليه أي حق مستقل يضمن سداد المستحقات الحالية وكذلك عائدات ذلك الحق. ونتيجة لذلك، فإنه إذا كان الحق المستقل وعائداته قابلة للاحالة (بمقتضى القانون أو الاتفاق)، سيكون المحال إليه قادراً على الحصول عليها. أما إذا كانت هذه الحقوق غير قابلة للاحالة أو لم تجر إحالتها لأي سبب من الأسباب، فسوف تكون للمحال إليه مطالبة شخصية تجاه المحيل. وبمقتضى المادة ٦، يجوز للمحيل والمحال إليه أن يتفقا على عدم نقل حق من الحقوق إلى المحال إليه. وقد يجسد مثل هذا الاتفاق عدم رغبة من جانب المحال إليه في قبول المسؤولية والتكلفة المترتبة على صيانة وحفظ الحق الاحتياطي (كالتكاليف الضريبية وتكاليف التأمين في حالة الممتلكات غير المنقولة أو تكاليف التخزين والتأمين في حالة المعدات).

التقييدات التعاقدية

١٠٧- القصد من الفقرة ٢ هو كفالة أن أي تقييد يتفق عليه بين المحيل والمدين أو أي شخص آخر يمنح حق ضمان، لا يبطل مفعول الاحالة. وبمقتضى الفقرة ٣، لا يجري المساس بأية مسؤولية قد تقع على عاتق المحيل بسبب الاخلال بالعقد. بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية، ولكنه لا يجري توسيعها بحيث تشمل المحال إليه (يتماشى هذا النهج مع النهج المتبع في المادة ١١). وتستحدث الفقرة ٤ من المادة ١٢ التقييدات على النطاق التي تفرضها الفقرة ٣ من المادة ١١. أما السياسة العامة الأساسية فهي أنه، فيما يتعلق بالتقييدات المفروضة على الاحالة، ينبغي أن تعامل حقوق الضمان بالطريقة ذاتها كالمستحقات، لأن القيمة التي يعتمد عليها المحال إليه كثيراً ما تكمن في حق الضمان وليس في المستحق ذاته. بيد أن التقييد الوارد في عقد مبرم مع طرف ثالث حكومي يقع مقره في دولة أصدرت اعلاناً بمقتضى المادة ٤٠ لن يبطل مفعول الاحالة إلا تجاه الطرف الثالث الحكومي الكفيل.

الحقوق الحيازية

١٠٨- وفقاً للفقرة ٥، إذا كان نقل حق الضمان ينطوي على نقل حيازة الحق الاحتياطي وكان هذا النقل يتسبب في إلحاق الضرر بالمدين أو بالشخص الذي يمنح الحق أو بالمساس بهما، فإنه لا يجري المساس بأية

مسؤولية قد تترتب بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وتتوخى الفقرة ٥، على سبيل المثال، نقل حصص مرهونة مما قد يعطي محالا اليه أجنبيا صلاحية ممارسة حقوق المساهمين بما يلحق الضرر بالمدين أو بأي شخص آخر يكون قد قام برهن الحصص.

اشتراطات الشكل

١٠٩- توضح الفقرة ٦ أن شكل نقل حق الضمان، مثله مثل شكل احالة المستحقات، متروك للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية. وبناء عليه، قد يكون المستند الموثق والتسجيل ضروريين لانفاذ مفعول نقل رهن عقاري، بينما قد يكون تسليم الشيء المحوز أو التسجيل ضروريا لنقل رهن وفاء.

هاء- الفصل الرابع

الحقوق والالتزامات والدفع

١- الباب الأول الحيل والمحال اليه

التعليق

الغرض من الباب الأول

١١٠- على خلاف الأحكام الأخرى في مشروع الاتفاقية التي تتناول بصورة رئيسية الجوانب الامتلاكية للحالة (وباستثناء المادة ٢٩)، تتناول الأحكام الواردة في هذا الباب المسائل التعاقدية. وتكمن فائدة هذه الأحكام في أنها تعترف بحرية الأطراف التي هي مبدأ مكرس بشكل عام في المادة ٦، وتنص على قواعد تقصير تطبق في حالة عدم وجود اتفاق بين الحيل والمحال اليه. وتوفر أحكام التقصير هذه فوائد جمّة. فهي تخفض تكاليف المعاملات عن طريق عدم اضطراب الطرفين إلى تكرار الأحكام والشروط العامة في عقدهما، وخاصة فيما يتعلق بتوزيع المخاطر. وهي تخفض أيضا تكاليف البت في المنازعات عن طريق النص على قاعدة واضحة لكل من المحاكم والطرفين في حالة عدم تناول الطرفين لمسألة معينة. وعلاوة على ذلك، تؤدي هذه الأحكام وظيفة تثقيفية مفيدة إذ توفر قائمة مرجعية بالمسائل التي يتعين على الطرفين تناولها وقت اجراء المفاوضات الأولية بشأن العقد. والأهم من ذلك هو أنها تعزز الاتساق واليقين عن طريق تقليل حاجة المحاكم إلى الاعتماد على الحلول الوطنية التي يوفرها القانون المنطبق على العقد. غير أن دور القانون المنطبق على العقد لم يحذف كليا من الباب الأول من الفصل الرابع. فقد ترك تأثير الخطأ أو الاحتيال أو مخالفة القانون على صحة العقد للقانون الذي يحكم العقد، شأنها شأن سبل الانتصاف المتاحة بشأن الاحلال بالعقد (طالما كانت غير خاضعة لقانون المحكمة كالمسائل الاجرائية).

المادة ١٣

حقوق والتزامات المحيل والمحال إليه

- ١- تتقرر الحقوق والتزامات المتبادلة للمحيل والمحال إليه، الناشئة عن اتفاقهما، بما يتضمنه ذلك الاتفاق من شروط وأحكام، بما فيها أي قواعد أو شروط عامة مشار إليها فيه.
- ٢- يلتزم المحيل والمحال إليه بأي عرف اتفقا على اتباعه، كما يلتزمان بأي ممارسات أرسياها فيما بينهما، ما لم يتفقا على خلاف ذلك.
- ٣- في الإحالة الدولية، يعتبر أن المحيل والمحال إليه قد أخضعا الإحالة ضمنا، ما لم يتفقا على خلاف ذلك، لعرف شائع في التجارة الدولية لدى الأطراف في النوع المعين من الإحالة أو في إحالة الفئة المعنية من المستحقات، ويراعى بانتظام من جانبها.

المراجع

A/CN.9/432، الفقرات ١٣١-١٤٤؛ و A/CN.9/434، الفقرات ١٤٨-١٥١؛ و A/CN.9/447، الفقرات ١٧-٢٤؛ و A/CN.9/456، الفقرتان ١٢٧ و ١٢٨؛ و A/55/17 الفقرات ١٥٨-١٦١ و ١٨٤.

التعليق

١١١- يتمثل الغرض الرئيسي من المادة ١٣ في التأكيد ثانية على حرية الأطراف بشكل أكثر تحديدا من المادة ٦. فللمحيل والمحال إليه الحرية في هيكلة حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة بشكل يلي احتياجاتهما الخاصة. ولهما الحرية أيضا في تضمين اتفاقهما أي قواعد أو شروط عن طريق الإشارة إليها بدلا من إعادة إيرادها في اتفاقهما. أما الشروط التي يمكن للطرفين أن يمارسا حريتهما بمقتضاها وما يتصل بذلك من آثار قانونية فقد تركت للقانون الذي يحكم اتفاقهما.

١١٢- وتماشيا مع المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، تورد المادة ١٣ أيضا في الفقرتين ٢ و ٣ مبدأ معترفا به في جميع النظم القانونية، وهو أن الأعراف التجارية المتفق عليها والممارسات التي أرستها الأطراف هي أعراف وممارسات ملزمة. وتميز الفقرة ٢ بوضوح بين الأعراف التجارية القائمة خارج أي اتفاق بين الأطراف والممارسات التي أرستها بعض الأطراف في تعاملاتها. وبسبب طبيعة الأعراف التجارية فإنها تكون ملزمة إذا جرى الاتفاق عليها بشكل محدد، بينما الممارسات التجارية تكون ملزمة ما لم يُتفق على خلاف ذلك بشكل محدد لأنها تفترض، على الأقل، وجود اتفاق ضمني. ويمكن أن تُحدث الأعراف والممارسات التجارية حقوقا والتزامات بالنسبة إلى المحيل والمحال إليه. غير أنها لا يمكن أن تلزم أطرافا ثالثة كالمدين أو دائني المحيل. ولا يمكن أن تلزم محيلين أو محال اليهم لاحقين أيضا (بيد أن الاقرارات الناشئة عن أعراف تجارية وتعطى للمحال إليه الأولي قد تفيد محال اليهم لاحقين؛ انظر الفقرة ١١٦). وليس من الضروري أن

تكون جميع هذه الأطراف على بينة بالأعراف التي اتفق عليها المحيل الأولي والحال إليه الأولي والممارسات التي أرسيت بينهما.

١١٣- وتحدد الفقرة ٣ نطاق المسائل المشمولة بعرف دولي. فبمقتضى الفقرة ٣، لا تلزم الأعراف الدولية الا الأطراف في الاحالات الدولية. وهذا التقييد غير ضروري في المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع لأن هذه الاتفاقية لا تنطبق الا على المعاملات الدولية. غير أن التقييد ضروري في المادة ١٣ لأن مشروع الاتفاقية يجوز أن ينطبق على الاحالات المحلية للمستحقات الدولية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأعراف، بمقتضى الفقرة ٣، كما هي الحال بمقتضى الفقرة ٢ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، لا تنطبق الا على نوع معين من الاحالة أو على احالة نوع معين من المستحقات. وهذا يعني أن عرف العواملة الدولية ينطبق على احالة تجرى في اطار عواملة دولية ولكن ليس على احالة تجرى في اطار معاملة تسنيد. بيد أنه خلافاً للفقرة ٢ من المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، لا تشير الفقرة ٣ إلى المعرفة الذاتية أو الفعلية أو البناء لدى الأطراف بل تشير فقط إلى المتطلبات الموضوعية التي توجب أن تكون الأعراف معروفة على نطاق واسع وأن تراعى بانتظام. ومع أن الإشارة إلى المعرفة الذاتية لدى الأطراف قد تكون مفيدة في علاقة قائمة بين طرفين، فإنها من الممكن أن تسبب عدم اليقين في علاقة احالة.

المادة ١٤

إقرارات المحيل

١- ما لم يتفق المحيل والحال إليه على خلاف ذلك، يقر المحيل وقت إبرام عقد الإحالة:

(أ) بأن للمحيل الحق في إحالة المستحق؛

(ب) بأن المحيل لم يسبق أن أحال المستحق إلى محال إليه آخر؛

(ج) بأنه ليس للمدين، ولن يكون له، أي دفوع أو حقوق مقاصة.

٢- ما لم يتفق المحيل والحال إليه على خلاف ذلك، لا يقر المحيل بأن لدى المدين، أو ستكون لديه، القدرة المالية على السداد.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٨٠-٨٨؛ و A/CN.9/432، الفقرات ١٤٥-١٥٨؛ و A/CN.9/434، الفقرات ١٥٢-١٦١؛ و A/CN.9/447، الفقرات ٢٥-٤٠؛ و A/CN.9/456، الفقرتان ١٢٩ و ١٣٠؛ و A/55/17، الفقرتان ١٦٢ و ١٦٣.

التعليق

حرية الأطراف/قواعد التقصير

١١٤- القصد من الاقرارات التي يقدمها المحيل هو توضيح توزيع المخاطرة بين المحيل والمحال اليه. ونظرا إلى غرض الاقرارات، فإنها تشكل عاملا هاما في قيام المحال اليه بتقرير قيمة الائتمان الذي سيوضع في متناول المحيل وتكلفة هذا الائتمان. وللسبب ذاته، تخضع الاقرارات لمفاوضات رفيعة المستوى وتجري تسويتها على نحو صريح بين المحيل والمحال اليه. وادراكا لهذه الحقيقة، تجسد المادة ١٤ مبدأ حرية الأطراف فيما يتعلق باقرارات المحيل. وقد تنشأ هذه الاقرارات عن عقد التمويل أو عن عقد الاحالة (إذا كان عقدا منفصلا) أو عن أي عقد آخر بين المحيل والمحال اليه. ووفقا للفقرتين ٢ و ٣ من المادة ١٣، يمكن لهذه الاقرارات أن تنشأ عن أعراف وممارسات تجارية. وتتيح المادة ١٤ للطرفين تعديل الاقرارات، سواء صراحة أو ضمنا.

١١٥- وعلاوة على التسليم بمبدأ حرية الأطراف، فإن القصد من المادة ١٤ هو استحداث قاعدة تقصير توزع المخاطر بين المحيل والمحال اليه عندما لا يكون هناك اتفاق بين الطرفين بشأن هذا الأمر. والمهدف العام للمادة ١٤، فيما يتصل بتوزيع المخاطر، هو اقامة توازن بين الحاجة إلى الانصاف والحاجة إلى تيسير زيادة الوصول إلى الائتمانات المنخفضة التكلفة. وتتماشى المادة ١٤ مع الممارسة العادية التي يضمن فيها المحيل وجود المستحق المحال ولكنه لا يضمن ايسار المدين. وإذا لم يتفق الطرفان على الاقرارات، فإن مخاطر عدم السداد ستكون أكبر في حالة عدم وجود قاعدة على غرار المادة ١٤. ويمكن لهذا الوضع أن يبطل الغرض من المعاملة (إذا كانت المخاطرة شديدة جدا) أو، على الأقل، يقلل من مقدار الائتمان المعروض ويزيد من تكلفته. وعلاوة على ذلك، ستكون بضائع المحيل أو خدماته أغلى بالنسبة إلى المدين أو حتى يتعذر حصوله عليها، بمقدار ما سيتعين على المحال اليه تحمله من مخاطر معينة.

الاقرارات بشأن "وجود" المستحق أو قابلية حالته

١١٦- يقر المحيل، بمقتضى الفقرة ١، بأن له الحق في احالة المستحق وبأنه لم يسبق له أنه أحال المستحق وبأنه ليست للمدين ولن تكون له أي دفع. وبالنظر إلى أن المحال اليه يحتاج إلى أن يكون قادرا على تقدير المخاطرة التي تنطوي عليها المعاملة قبل تقديم الائتمان، فإن الفقرة ١ تنص على وجوب تقديم الاقرارات ونفاذ مفعولها وقت ابرام عقد الاحالة. أما فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة، فيُعتبر أن الاقرارات قد قدمت وقت الاحالة ونفذ مفعولها منذ ذلك الوقت، إذا نشأت تلك المستحقات فعلا. ويُعتبر أن هذه الاقرارات لا تعطى إلى المحال اليه المباشر فحسب بل تعطى أيضا إلى أي محال اليه لاحق. ونتيجة لذلك، قد يتخذ أي محال اليه لاحق اجراء ضد المحيل بسبب اخلاله بالاقرارات. وإذا اعتُبر أن الاقرارات لا تقدم الا تجاه المحال اليه المباشر، فلن يتوفر لأي محال اليه لاحق الا حق الرجوع على المحيل المباشر، وهذه عملية ستزيد من المخاطر وستزيد بالتالي تكلفة المعاملات المترتبة على الاحالات اللاحقة.

١١٧- ويكون المحيل قد أخل بالاقرار المتعلق بحقه في اجراء الاحالة، الوارد في الفقرة الفرعية (أ)، إذا لم يكن يتمتع بالقدرة أو بالصلاحيية على التصرف، أو إذا كان هناك أي تقييد قانوني على الاحالة. وهذه نتيجة يبررها كون المحيل في وضع أفضل لمعرفة ما إذا كان له الحق في اجراء الاحالة. بيد أن المحيل ليس مسؤولا تجاه المحال اليه عن الاخلال بالاقرارات إذا كان العقد الأصلي بين المحيل والمدين يتضمن تقييدا على

الاحالة. ولا تتضمن الفقرة الفرعية (أ) اشارة صريحة إلى هذه القاعدة لأنها ترد ضمنا في المادة ١١ التي تكون الاحالة بمقتضاها نافذة المفعول حتى ولو كانت تخل باتفاق يقيد الاحالة (انظر أيضا الفقرة ٣ من المادة ٢٠). ويهدف الاقرار الوارد في الفقرة الفرعية (ب)، والذي ينص على أن المحيل لم يسبق أن أحال المستحق، إلى جعل المحيل مسؤولا تجاه المحال اليه اذا لم تكن لهذا الأخير الأولوية نتيجة لاحالة سابقة أجراها المحيل. وقد تحدث هذه النتيجة اذا لم تكن لدى المحال اليه أي وسيلة موضوعية لتقرير ما اذا كانت احالة سابقة قد أجريت أم لا. غير أن الفقرة الفرعية (ب) لا تشترط قيام المحيل بالاقرار بأنه لن يحيل المستحقات إلى محال اليه آخر بعد الاحالة الأولى. وستعارض اقرار من هذا القبيل مع ممارسات التمويل الحديثة التي تعتبر أن من الضروري أن يكون للمحيل الحق في عرض أجزاء من المستحقات ذاتها أو مصلحة غير مجزأة فيها على مقرضين مختلفين كضمان للحصول على الائتمان.

١١٨- وتلقي الفقرة الفرعية (ج) على عاتق المحيل المخاطر المتعلقة بوجود دفع أو حقوق مقاصة غير معلنة لدى المدين قد تبطل مطالبة المحال اليه بصورة كلية أو جزئية. ويستند هذا الحكم إلى الافتراض بأن المحيل سيتمكن، عن طريق تنفيذه عقده مع المدين بصورة صحيحة، من الحيلولة دون نشوء هذه الدفع. وسيؤدي هذا النهج، خاصة في سياق عقود البيع التي تتضمن عنصري الخدمة والصيانة، إلى القاء قدر أكبر من المسؤولية على عاتق المحيل فيما يتعلق بتنفيذ عقده مع المدين بصورة صحيحة. ويستند الحكم أيضا إلى الافتراض بأن المحيل سيكون، بأي حال من الأحوال، أفضل وضعا لمعرفة ما اذا كان العقد سينفذ بصورة صحيحة، حتى وان كان المحيل مجرد بائع لبضائع صنعها شخص ثالث. بيد أنه من غير الضروري أن تكون لدى المحيل معرفة فعلية بأي دفع. وعلاوة على ذلك، تستند الفقرة الفرعية (ج) إلى الافتراض بأن القاء عبء مخاطر الدفع غير المعلنة على عاتق المحيل يكون له عادة أثر مفيد على تكلفة الائتمان. وللفقرة الفرعية (ج) نطاق واسع إذ أنها تشمل الدفع وحقوق المقاصة، سواء كان لها مصدر تعاقدى أو غير تعاقدى وسواء كانت تتعلق بمستحقات قائمة أو آجلة. وهي تشمل أيضا حقوق المقاصة، سواء نشأت عن عقد أصلي أو أي عقد ذي صلة أو عن عقود لا صلة لها بالعقد الأصلي، باستثناء حقوق المقاصة الناشئة عن عقود ليست ذات صلة وتصبح متاحة بعد الاشعار (انظر الفقرة ٢ من المادة ٢٠). وفيما يخص الاقرارات ذات الصلة بعدم وجود دفع تجاه المستحقات الآجلة المحالة بصورة اجمالية على سبيل الضمان، فإن الاقرار الوارد في الفقرة الفرعية (ج) يجسد على نحو صحيح الممارسة الراهنة. ووفقا لهذه الممارسة، لا يتلقى المحيلون عادة الائتمانات إلا بمقدار قيمة المستحقات التي لا يحتمل تعرضها للدفع، بينما يتعين عليهم استرجاع المستحقات التي لا يسدها المدين ("التمويل مع حق الرجوع").

الاقارات المتعلقة بايسار المدين

١١٩- تجسد الفقرة ٢ المبدأ المقبول عموما الذي مفاده أن المحيل لا يضمن ايسار المدين. ونتيجة لذلك، فإن مخاطر تقصير المدين تقع على عاتق المحال اليه، الأمر الذي يضعه المحال اليه في اعتباره عندما يقرر ما اذا كان سيقدم الائتمان والشروط التي سيقدمه على أساسها. واذ تسلم الفقرة ٢ بحق الأطراف في معاملات التمويل في الاتفاق على توزيع مختلف المخاطر، فإنها تتيح للمحيل والمحال اليه الاتفاق على خلاف ذلك.

وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا أو صريحا. وقد تركت المسألة المتعلقة بما يشكل الاتفاق الضمني إلى القواعد المنطبقة على تفسير العقود.

الاخلال بالقرارات

١٢٠- لا يتضمن مشروع الاتفاقية أي قواعد محددة بشأن الإخلال بالقرارات لأن المسائل ذات الصلة بالعقد الأساسي خارجة عن نطاق مشروع الاتفاقية.

المادة ١٥

الحق في إشعار المدين

١- ما لم يتفق الحيل والمحال اليه على خلاف ذلك، يجوز للمحيل أو للمحال إليه أو لكليهما أن يرسل إلى المدين إشعارا بالإحالة وتعليمه سداد، أما بعد ارسال ذلك الإشعار، فلا يجوز لأحد غير المحال إليه أن يرسل تلك التعليم.

٢- ليس من شأن إرسال إشعار بالإحالة أو تعليمه سداد على نحو يخل بأي اتفاق مشار إليه في الفقرة ١ من هذه المادة أن يجعلهما فاقدَي المفعول لأغراض المادة ١٩ بسبب ذلك الإخلال. غير أنه ليس في هذه المادة ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على الطرف المحل بذلك الاتفاق إزاء ما ينشأ عن ذلك الإخلال من أضرار.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرات ٨٩-٩٤ و ١١٩-١٢٢؛ و A/CN.9/432، الفقرات ١٥٩-١٦٤ و ١٧٥؛ و A/CN.9/434، الفقرات ١٦٢-١٦٥؛ و A/CN.9/447، الفقرات ٤١-٤٧؛ و A/CN.9/456 الفقرات ١٣١-١٤٤ و ١٩٣؛ و A/CN.9/466، الفقرتان ١١٦ و ١١٧؛ و A/55/17 الفقرتان ١٦٤ و ١٦٥.

التعليق

الحق المستقل للمحال اليه في اشعار المدين وطلب السداد

١٢١- الغاية الرئيسية للمادة ١٥ هي الاعتراف بحق المحال اليه في اشعار المدين وطلب السداد، حتى بدون تعاون المحيل أو اذن منه. ولا يقصد منها تعريف الاشعار (انظر المادة ٥ (د)) أو تناول الشروط التي تجعل الاشعار نافذ المفعول تجاه المدين (انظر المادة ١٨) أو الآثار القانونية للاشعار (المواد ١٩ و ٢٠ و ٢٢). ويعتبر منح المحال اليه حقا مستقلا في اشعار المدين هاما، خاصة وأن المحيل قد لا يكون، في حالة الاعسار، مستعدا للتعاون مع المحال اليه أو قادرا على ذلك. والسماح للمحال اليه باشعار المدين بمعزل عن المحيل لا يعطي المحال اليه أفضلية لا مبرر لها في حالة اعسار المحيل. وقد تركت هذه المسألة للقانون الذي يحكم

الأولية. أما إذا كانت الأولية، بموجب ذلك القانون، تستند إلى وقت الاشعار، فلا يمكن للمحال اليه أن يحصل على الأولية على دائني الخيل أو مدير الاعسار. وفي هذه الحالة، لا يمكن الحصول على الأولية الا اذا أرسل الاشعار قبل استهلال اجراءات الاعسار وشريطة أن لا تشكل الاحالة عملية نقل احتيالية أو تفضيلية.

١٢٢- والقصد من المادة ١٥ بصورة خاصة هو الاعتراف بالممارسات التي يكون فيها من المعتاد أن يرسل الخيل فاتورة إلى المدين طالبا السداد ومشعرا المدين بالاحالة (كما في العملة). وفي الوقت ذاته، لا تتجاهل المادة ١٥ ممارسات عدم الاشعار (انظر الفقرة ١٢٣). أما حماية المدين من خطر ارسال الاشعار اليه من قبل شخص غير معروف ومطالبته بالسداد فمسألة مختلفة، يجري تناولها عن طريق السماح للمدين، في حالة ارسال اشعار اليه من المحال اليه، بأن يطلب اثباتا كافيا (انظر الفقرة ٧ من المادة ١٩).

الاشعار باعتباره حقا وليس التزاما

١٢٣- سعيا إلى مراعاة ممارسات عدم الاشعار، صيغ الاشعار في الفقرة ١ باعتباره حقا وليس التزاما. وفي هذه الممارسات، وبغية تجنب أي مضايقة للمدين قد تفضي إلى عرقلة التدفق العادي للمبالغ المسددة، لا يجري ارسال أي اشعار على الاطلاق (كما في حالة خصم الفواتير غير المعلن أو التسديد). وإذا أرسل اشعار إلى المدين، بقصد عدم تراكم حقوق المقاصة من عقود ليست ذات صلة (انظر الفقرة ٢ من المادة ٢٠)، ترسل إلى المدين تعليمات بمواصلة السداد إلى الخيل، ما لم ينشأ وضع كوضع التقصير الذي ترسل فيه عادة تعليمات سداد مختلفة.

الاشعار وتعليمة السداد

١٢٤- تماشيا مع النهج المتبع في المادة ٥ (د) (التي تعرّف الاشعار دون أي اشارة إلى تعليمة السداد)، تميز الفقرة ١ بشكل واضح بين الاشعار وتعليمة السداد. والقصد من هذا النهج هو الاعتراف بالاختلاف القائم، من حيث الغرض والتوقيت على السداد، بين الاشعار وتعليمة السداد. والقصد منه أيضا هو اثبات صحة الممارسات التي يعطى فيها الاشعار بدون أي تعليمات سداد (وذلك مثلا بغية الحيلولة دون حصول المدين على حقوق مقاصة ناشئة عن عقود ليست لها صلة بالعقد الأصلي). ويجوز، بمقتضى الفقرة ١، ارسال تعليمة السداد اما من قبل الخيل أو من قبل المحال اليه قبل ارسال الاشعار، ولكن من قبل المحال اليه فقط بعد ارسال الاشعار. وخلافا للمادة ١٩، تشير الفقرة ١ إلى وقت "ارسال" (لا "استلام") الاشعار، نظرا إلى أنه ليس للمحيل أو للمحال اليه من سبيل لتحديد وقت الاستلام. وعلى أية حال، فإن ذلك الوقت ليس هاما لتحديد الجهة، فيما بين الخيل والمحال اليه، التي لها الحق في ارسال تعليمة السداد.

الاتفاقات المتعلقة بالاشعار

١٢٥- بينما تمنح الفقرة ١ المحال اليه حقا مستقلا في اشعار المدين وطلب السداد، فانها تعترف أيضا بحق الخيل والمحال اليه في التفاوض والاتفاق بشأن مسألة اشعار المدين بغية تلبية احتياجاتهما الخاصة. فيجوز

للمحيل والمحال إليه، على سبيل المثال، أن يتفق على عدم إرسال اشعار إلى المدين ما دام السداد مستمرا دون عرقلة. وبغية التأكد من عدم وجود حاجة إلى اتفاق محدد، صيغت العبارة الاستهلالية للفقرة ١ بشكل سلمي ("ما لم يتفق ... على خلاف ذلك").

١٢٦- والغرض من القاعدة الواردة في الفقرة ٢ هو ابراء ذمة المدين اذا أرسل الاشعار أو تعليمة السداد بشكل محل بذلك الاتفاق وقام المدين بالسداد. والأساس المنطقي لذلك هو أنه ينبغي أن يكون المدين قادرا على الوفاء بالتزاماته وفقا للتوجيهات المعطاة له وأن لا يُشغل نفسه بالترتيبات الخاصة القائمة بين المحيل والمحال إليه. أما المسألة المتعلقة بما اذا كان الشخص الذي يخل باتفاق كهذا يتحمل مسؤولية الاخلال بالعقد بمقتضى القانون المنطبق خارج نطاق الاتفاقية فمسألة منفصلة وينبغي أن لا تؤثر على ابراء ذمة المدين الذي ليس طرفا في ذلك الاتفاق. بيد أن الاشعار الموجه بشكل محل باتفاق جرى بين المحيل والمحال إليه لا يحول دون حصول المدين على أي حقوق مقاصة ناشئة عن عقود ليست لها صلة بالعقد الأصلي (انظر المادة ٢٠). ولا يسبب اشعار كهذا تغييرا في الأسلوب الذي يجوز فيه للمحيل والمدين تعديل العقد الأصلي (انظر المادة ٢٢) أو يخلق أساسا لتحديد الأولوية. بمقتضى القانون المنطبق على مسائل الأولويات (انظر المواد ٢٤-٢٦). وسبب هذا النهج هو أنه ينبغي عدم اعطاء فائدة لا مسوغ لها إلى المحال إليه الذي يقوم باشعار المدين بدون وجه حق. والقصد من العبارة ذات السلبية المزدوجة والواردة في الفقرة ٢ ("ليس من شأن ... أن يجعلهما فاقدي المفعول") هو ضمان أن مجرد الاخلال بالاتفاق لا يطل، من جهة، صحة الاشعار لغرض ابراء ذمة المدين ولا يمس، من جهة أخرى، بقانون العقود فيما يتعلق بالشروط اللازمة لنفاذ مفعول الاتفاق.

المادة ١٦

الحق في السداد

١- فيما بين المحيل والمحال إليه، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، وسواء أرسل إشعار بالإحالة أو لم يرسل:

(أ) إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحال إليه، كان للمحال إليه الحق في أن يحتفظ بالعائدات والبضائع المعادة فيما يتعلق بذلك المستحق المحال؛

(ب) إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحيل، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في البضائع المعادة إلى المحيل فيما يتعلق بذلك المستحق المحال؛

(ج) إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى شخص آخر كانت للمحال إليه أولوية عليه، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في البضائع المعادة إلى ذلك الشخص فيما يتعلق بذلك المستحق المحال.

٢- لا يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بما يزيد على قيمة حقه في المستحق.

المراجع

A/CN.9/447، الفقرات ٤٨-٦٨؛ و A/CN.9/456، الفقرات ١٤٥-١٥٩؛ و A/CN.9/466، الفقرات ١١٨-١٢٣؛ و A/55/17، الفقرتان ١٦٦ و ١٦٧.

التعليق

المهدف والنطاق

١٢٧- القصد من المادة ١٦ هو النص صراحة على ما سبق بيانه ضمنا في المادتين ٢ و ٩، أي أنه، فيما بين الحيل والمحال اليه، يكون للمحال اليه حق امتلاكي في المستحق المحال وفي أي عائدات متأتية من المستحقات. وحيث ان نطاق المادة ١٦ يقتصر على العلاقة بين الحيل والمحال اليه، فهي خاضعة للمبدأ العام المتعلقة بحرية الأطراف المتجسد في المادة ٦ ويقصد منها إعمالها كقاعدة تقصير. ولا يقصد منها المساس بوضع المدين القانوني أو بمسائل الأولوية.

الحقوق في العائدات والبضائع المعادة

١٢٨- فيما بين الحيل والمحال اليه، فإن حق المحال اليه يشمل العائدات (التي تشمل بمقتضى المادة ٥ (ي) كل ما يقبض فيما يتعلق بمستحق وعائداته). ويشمل كذلك البضائع المعادة لأنها معيبة أو بعد انتهاء فترة تجربة. وخلافا لما يرد في سياق الأولوية بمقتضى المادة ٢٤، فانه حيث لا يشمل حق المحال اليه في العائدات البضائع المعادة، ليس هناك من سبب، في هذا السياق، للحد من قدرة الحيل والمحال اليه على الاتفاق بأن باستطاعة المحال اليه أن يطالب بأي بضائع معادة. وهذه النتيجة لها ما يبررها أيضا لأنه، حتى في حالة عدم وجود اتفاق، يمكن لقاعدة التقصير، التي تسمح للمحال اليه بالمطالبة بأي بضائع معادة، أن تقلل من مخاطر عدم التحصيل من المدين ومن ثم يكون لها أثر ايجابي على تكلفة الائتمان. وتشمل الفقرة ١ الحالات التي يكون قد جرى فيها السداد إلى المحال اليه أو إلى الحيل أو إلى شخص آخر. وفي الحالة الأخيرة، يكون حق المحال اليه، بمقتضى الفقرة ١ (ج) خاضعا لمبدأ الأولوية.

١٢٩- وتجسد الفقرة ٢ الممارسة المعتادة في الاحالات التي تجرى على سبيل الضمان. وفي هذه الاحالات، قد يكون للمحال اليه الحق في تحصيل القيمة الكاملة للمستحق اللازم الأداء اضافة إلى الفائدة الواجبة الأداء استنادا إلى العقد أو القانون، ولكن يتعين عليه أن يقدم، عن أي رصيد يتبقى لديه بعد سداد مطالبته، كشف حساب إلى الحيل وأن يعيد ذلك الرصيد اليه. ولا تكرر الفقرة ٢ الاشارة إلى اتفاق مغاير بين الطرفين لأنها مشمولة في العبارة الاستهلاكية للفقرة ١ ولأن حق المحال اليه في المستحق المحال ينبع من عقد الاحالة ويخضع، بمقتضى المادة ١٣، على أية حال، لحرية الأطراف.

اشعار المدين

١٣٠- حق المحال اليه في العائدات مستقل عن أي اشعار بالاحالة (تركت طبيعة هذا الحق لقانون مقر المحيل؛ انظر الفقرات الفرعية (أ) '٢' و(ب) و(ج) من الفقرة ١ من المادة ٢٤). والسبب في هذا النهج هو الحاجة إلى ضمان أنه يجوز للمحال اليه، في حالة السداد له قبل الاشعار، أن يحتفظ بعائدات السداد. وتبرر هذا النهج أيضا الحاجة إلى ضمان أنه ستكون للمحال اليه، في حالة السداد للمحيل بعد الاشعار، أن يختار بين مطالبة المحيل بالسداد بمقتضى الفقرة ١ (ب) من المادة ١٦، أو مطالبة المدين بالسداد بمقتضى الفقرة ٢ من المادة ١٩. وهذه النتيجة مناسبة. فالمدين الذي يسدد للمحيل بعد الاشعار يخاطر بالسداد مرتين وبعدم مقدرة على الاسترداد من المحيل اذا أصبح هذا الأخير معسرا (من الناحية العملية، لن يطالب المحال اليه المدين بالسداد مرة ثانية ما لم يكن المحيل قد أصبح معسرا).

٢- الباب الثاني المدين

المادة ١٧

مبدأ حماية المدين

١- باستثناء ما يُنص عليه خلافا لذلك في هذه الاتفاقية، ليس من شأن الإحالة أن تمس بحقوق والتزامات المدين، بما فيها شروط السداد الواردة في العقد الأصلي، دون موافقة المدين.

٢- يجوز في تعلية السداد تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدين أن يسدد إليه، ولكن لا يجوز فيها:

(أ) تغيير عملة السداد المحددة في العقد الأصلي؛ أو

(ب) تغيير الدولة التي يحددها العقد الأصلي، لإجراء السداد فيها، إلى دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المدين.

المراجع

A/CN.9/420، الفقرة ١٠١؛ و A/CN.9/437، الفقرات ٣٣-٣٨ و ٨٩ و ٩٠ و ٢٠٦ و ٢٤٤؛ و A/CN.9/434، الفقرات ٨٦-٩٥؛ و A/CN.9/445، الفقرات ١٩٥-١٩٨؛ و A/CN.9/456، الفقرات ٢١ و ٨١ و ١٦٨-١٧٦؛ و A/55/17، الفقرات ١٦٨-١٧٣.

التعليق

مبدأ حماية المدين

١٣١- مبدأ حماية المدين هو أحد المبادئ العامة الرئيسية لمشروع الاتفاقية. ويشار اليه بصورة عامة في الديباجة وفي المادة ١٧. وعلاوة على ذلك، يتجسد هذا المبدأ في عدد من أحكام مشروع الاتفاقية

(كالفقرتين ٣ و ٦ من المادة ١، والمواد ١٩-٢٣، و ٢٩ و ٤٠). وتركز القاعدة الواردة في الفقرة ١ على أنه ليست لمشروع الاتفاقية أية آثار ضمنية على الوضع القانوني للمدين (ينبغي لأي شك فيما إذا كانت الاحالة تغير وضع المدين القانوني أن يُحل لمصلحة المدين). ومشروع الاتفاقية لا يهدف، بصورة خاصة، إلى تغيير شروط السداد المنصوص عليها في العقد الأصلي (مثل المبلغ اللازم الأداء، سواء فيما يتعلق بالأصل أو بالفائدة؛ والتاريخ الذي يتوجب فيه السداد؛ وأي شروط تسبق التزام المدين بالسداد). ولا يقصد من مشروع الاتفاقية أن يغير الدفع أو حقوق المقاصة التي يجوز للمدين أن يتمسك بها بموجب العقد الأصلي أو أن يزيد النفقات المتعلقة بالسداد. غير أنه يجوز أحداث هذه التغييرات بموافقة المدين (انظر، مع ذلك، الفقرة ١٣٢).

حماية المستهلك

١٣٢- هناك مبدأ معين ينبع من المادة ١٧ وهو أنه لا يقصد أن يكون لمشروع الاتفاقية أي تأثير ضار على حقوق المدينين المستهلكين ولا أن يبطل، بصورة خاصة، تشريعات حماية المستهلك التي تجسد عادة السياسة العامة أو الاعتبارات القانونية الالزامية. ويتجسد هذا المبدأ كذلك في عدد من أحكام مشروع الاتفاقية، كما في الفقرة ١ من المادة ٢١ والمادة ٢٣، على سبيل المثال (انظر أيضا الفقرتين ٣٦ و ١٠٣).

المخاطرة المتعلقة بالبلد والعملية

١٣٣- أيا كان التغيير الذي يحدث في وضع المدين القانوني نتيجة اجراء احالة بمقتضى مشروع الاتفاقية، لا يجوز لتعليمة السداد، بمقتضى الفقرة ٢، أن تغير عملة السداد، سواء وجهت مع الاشعار أو بعده. ولا يجوز أن تغير التعليمة بلد السداد كذلك، ما لم يكن التغيير مفيدا للمدين ويؤدي إلى السماح بالسداد في البلد الذي يقع فيه مقر المدين. وكثيرا ما يسمح بتغيير كهذا في بلد السداد في معاملات العمولة بغية تيسير عملية السداد من قبل المدينين. وتشير الفقرة ٢ إلى عملة أو بلد السداد "المحددة" في العقد الأصلي. ويجوز لهذا التحديد أن يتم صراحة أو ضمنا.