

Distr.: Limited
6 March 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المصالح الضمانية)
الدورة الأولى
نيويورك، ٢٠-٢٤ أيار/مايو ٢٠٠٢

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٧١-١	مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة.....
٢	٧١-١	سابعاً- الأولوية.....
٢	٦٣-١	ألف- ملاحظات عامة.....
٢	٥-١	١- مفهوم الأولوية وأهميته.....
٤	١٥-٦	٢- قواعد الأولوية.....
٤	١٠-٦	(أ) قاعدة أولوية من يُخطر أولاً.....
٥	١٣-١١	(ب) الأولوية المرتكزة على الحيافة أو التحكم.....
٦	١٥-١٤	(ج) قواعد الأولوية البديلة.....
٧	٤٥-١٦	٣- أنواع المطالبين المنازعين.....
٧	١٦	(أ) الدائنون الآخرون المشمولون بالضمان رضائياً.....



الصفحة	الفقرات
٧	(ب) الدائنون غير المشمولين بضمان ١٨-١٧
٧	(ج) بائعو الموجودات المرهنة ٢٥-١٩
١٠	(د) مشترو الموجودات المرهنة ٣٢-٢٦
١٢	(هـ) الدائنون الحاصلون على أحكام أوامر بالتنفيذ ٣٧-٣٣
١٣	(و) الدائنون النظاميون (أصحاب الديون الامتيازية) ٣٩-٣٨
١٤	(ز) الدائنون الذين يزيدون قيمة الموجودات المرهنة أو يخزنونها ٤٢-٤٠
١٥	(ح) مديرو شؤون الاعسار ٤٥-٤٣
١٦	٤- الأولوية في السلف الآجلة والممتلكات المكتسبة فيما بعد ٥٠-٤٦
١٦	(أ) السلف الآجلة ٤٨-٤٦
١٧	(ب) الممتلكات المكتسبة فيما بعد ٥٠-٤٩
١٧	٥- الأولوية في العائدات ٥٩-٥١
١٩	٦- التعديل الطوعي للأولويات - اتفاقات التنازل ٦١-٦٠
٢٠	٧- مدى انطباق الأولوية قبل الإنفاذ ٦٣-٦٢
٢٠	باء- خلاصة وتوصيات ٧١-٦٤

سابعا- الأولوية

ألف- ملاحظات عامة

١- مفهوم الأولوية وأهميته

١- تشير عبارة "حق ضماني" كما هي مستخدمة في هذا الدليل، إلى حق شيء (أي حق في ملك يمنح لدائن ضمانا للتسديد أو لأداء التزام آخر). ويشير مصطلح "الأولوية"، من الناحية الأخرى، إلى مدى امكان حصول الدائن على المنفعة الاقتصادية لذلك الحق مسبقا على أطراف أخرى يدعون مصلحة في نفس الملك (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1، الفقرة ٩، تعريف "الأولوية"). وكما ترد مناقشته أدناه، يمكن أن يشمل هؤلاء المطالبون المنازعون الأشخاص الحائزين على حقوق ضمانية رضائية في الملك، والحائزين لدين غير مشمول بضمان، وبائعي الملك ومشتري الملك، والحائزين على حقوق ضمانية غير رضائية في الملك (مثل الحقوق الضمانية المقررة بأحكام أو الناشئة بمقتضى قانون) ومدير اعسار المانح للضمان.

٢- ويحتل مفهوم الأولوية مكانة في قلب كل نظام قانوني ناجح يحكم الحقوق الضمانية. وإذا كان البعض يتساءل لماذا ينبغي أن يعطى دائن معين الأولوية دائما على دائن آخر، فإن

هناك اعترافا واسع النطاق بضرورة وجود قاعدة للأولوية من أجل تعزيز توافر ائتمان مضمون قليل التكلفة. وفضلا عن ذلك فإن وجود قاعدة واضحة للأولوية تفضي إلى نتائج يمكن التنبؤ بها، يسمح لجميع الدائنين، حتى من لا يتمتعون منهم بضمان، بتقدير أوضاعهم مسبقا قبل تقديم الائتمان وبتخاذ ما يلزم من خطوات لحماية حقوقهم.

٣- فالدائن يمنح الائتمان عادة على أساس قيمة ممتلك معين، ولكن فقط إذا كان بوسعه أن يحدد، بدرجة عالية من اليقين، وقت أن يقدم الائتمان، إلى أي مدى ستسبب مطالبات أخرى حقه الضماني في هذا الممتلك. والمسألة الأكثر حسما بالنسبة للدائنين في هذا التحليل هي ما سيكون ترتيب أولويته في حالة اعسار مانح الضمان، وخصوصا حيث يتوقع أن تكون الموجودات المرهنة هي المصدر الأساسي أو الوحيد لتسديد ما له من دين. فإذا كان لدى الدائن أي شكل فيما يتعلق بأولويته وقت نظره فيما إذا كان يمنح الائتمان، فسوف يقلل من اعتماده على الموجودات المرهنة. وعلى أقل القليل سوف يزيد هذا الشك من تكاليف الائتمان حيث ينعكس عليها تدني قيمة الموجودات بالنسبة للدائن، بل وقد يدفع الدائن إلى رفض تقديم الائتمان كلية.

٤- ومن المهم، للحد من عدم اليقين هذا، أن تتضمن قوانين الاقراض بضمان قواعد واضحة للأولوية تؤدي إلى نتائج يمكن التنبؤ بها. فوجود مثل هذه القواعد، إلى جانب آليات تتسم بالكفاءة لتحديد وتأكيد الأولوية وقت منح الائتمان، يمكن أن يكون أكثر أهمية للدائنين من تفاصيل قواعد الأولوية ذاتها. فكثيرا ما سيكون مقبولا للدائن أن تكون هناك أولوية لبعض المطالبين المنازعين، طالما كان بوسع الدائن أن يحدد، بدرجة عالية من اليقين، أنه سيستطيع في نهاية المطاف تحقيق جزء من قيمة الموجودات الضامنة يكفي لتسديد ما يطالب به في حالة عدم قيام مانح الضمان بالتسديد. فمثلا قد يكون دائن على استعداد لتقديم ائتمان لمانح ضمان استنادا إلى قيمة المخزون السلعي الحاضر والآجل للمانح، حتى وإن كان المخزون خاضعا لحقوق تتمتع بالأولوية للبائع الذي باع ذلك المخزون إلى المانح أو لأمين المستودع الذي حزن البضائع للمانح، طالما كان بوسع الدائن أن يخلص إلى أنه حتى بعد أداء تلك الحقوق، يمكن أن تباع البضاعة أو يتصرف فيها بشكل آخر مقابل مبلغ يكفي لتسديد كامل دينه المشمول بالضمان.

٥- وينبغي أن نشير إلى أنه ليس المهم ما تقضي به قاعدة الأولوية فعلا في أي نظام قانوني، فأهميتها تكمن فقط في أن قواعد تنازع القوانين المنطبقة تقضي بأن تلك القاعدة هي التي تحكم الوضع. وترد مناقشة هذه المسألة في الفصل الحادي عشر.

٢- قواعد الأولوية

(أ) قاعدة أولوية من يُخطر أولاً

٦- حسب ما جرت مناقشته أعلاه (انظر الفقرات ٢-٤)، ينبغي، لتعزيز توافر الائتمان زهيد التكلفة بشكل فعال، إيلاء اهتمام لوضع قواعد أولوية تسمح للدائنين بتحديد مرتبة أولويتهم بأعلى درجة من اليقين وقت النظر في تقديم الائتمان. وكما ترد مناقشته في الفصلين خامسا وسادسا (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5، الفقرات و Add.6، الفقرات ...) تتمثل أنجع طريقة لتوفير مثل هذا اليقين في تأسيس الأولوية على استخدام نظام عام لتسجيل الاخطارات.

٧- وفي كثير من النظم القانونية التي يوجد فيها نظام تسجيل يعول عليه، تحدد الأولوية بشكل عام بترتيب الاخطار، مع تقرير الأولوية لمن يُخطر أولاً ("قاعدة أولوية من يُخطر أولاً"). وفي بعض الأحوال، تنطبق هذه القاعدة حتى ولو لم تكن شروط انشاء الحق الضماني قد استوفيت جميعها وقت الاخطار، وهو ما يجنب الدائن الحاجة إلى اللجوء إلى نظام تسجيل الاخطارات ثانية بعد استيفاء باقي شروط انشاء الحق الضماني. وهذه القاعدة توفر للدائن اليقين بأنه بمجرد أن يودع اشعاراً بحقه الضماني، لن يكون لأي اشعار آخر أولوية على حقه الضماني، اللهم إلا في حالات الاستثناء المحدودة التي ترد مناقشتها في القسم ألف-٣ أدناه. ويسمح هذا اليقين للدائنين بتقدير وضع أولويتهم بدرجة عالية من الثقة، ومن ثم يقلل من مخاطرهم الائتمانية. ويوفر هذا النظام أيضاً حماية للدائنين الآخرين لأنه سيتيح لهم العلم بوجود أو احتمال وجود الحق الضماني، فيستطيعون حينئذ اتخاذ خطوات لحماية أنفسهم. ولا تنطبق قاعدة الأولوية لمن يُخطر أولاً في بعض الحالات (مثل الحقوق الضمانية لثمن الشراء، التي تناقش في القسم ألف-٣-ج أدناه، وحالات الدائنين بمقتضى القانون، التي تناقش في القسم ألف-٣-و أدناه).

٨- ويرد توضيح لقاعدة الأولوية لمن يُخطر أولاً في المثالين ٢ و ٣ (انظر A/CN.9/WG.VI/ WP.2/Add.2، الفقرتين ١٠ و ١٣). وفي هذين المثالين نجد لكل من المقرضين باء وجيم حق ضماني في جميع موجودات مخازن منشأة أجريكو ومستحقاتها الحاضرة والآجلة. وبمقتضى قاعدة الأولوية لمن يُخطر أولاً يكون للمقرض، الذي قدم أولاً اشعاراً بحقه الضماني في موجودات المخازن والمستحقات، أولوية على الحق الضماني للمقرض الآخر، بغض النظر عن الوقت الذي تم فيه حصول كل من المقرضين على الحق الضماني.

٩- وتنص بعض التشريعات على أنه، طالما كان الاخطار يتم خلال "فترة سماح" معينة بعد التاريخ الذي أنشئ فيه الحق الضماني، فإنه يجب أن تستند الأولوية إلى تاريخ الانشاء لا إلى تاريخ الاخطار. وهكذا فإن حقا ضمانيا هو الأول من حيث الانشاء ولكنه الثاني من حيث الاخطار به يمكن أن تظل له الأولوية على حق ضماني هو الثاني من حيث الانشاء ولكنه الأول من حيث الاخطار به، طالما كان ذلك الحق الضماني الأول قد أخطر به خلال فترة السماح المقررة. ونتيجة لذلك فإنه إلى أن تنتهي فترة السماح، يظل تاريخ الاخطار أساسا لا يمكن الاعتماد عليه في ترتيب أولوية دائن ما، وهو ما يفضي إلى انعدام اليقين. وفي النظم القانونية التي لا توجد فيها فترة سماح من هذا القبيل، لا يضير ذلك الدائنين لأنهم يستطيعون دائما حماية أنفسهم بالاخطار في الوقت المناسب.

١٠- وينبغي، كمبدأ عام، أن تطبق قاعدة ترتيب الأولوية تبعا لوقت الاخطار حتى وان حصل الدائن على حقه الضماني مع علمه فعلا بوجود حق ضماني لم يُخطَر به. فالتقييدات التي تستند إلى العلم الفعلي تتطلب بحثا نوعيا للوقائع ومن شأنها أن تخضع عمليات الاخطار للطعن فيها وتخلق بذلك قضية للمنازعة وحافزا لمهاجمة عمليات الاخطار. وكل ذلك من شأنه أن ينال من اليقين فيما يتعلق بوضع الأولوية وأن يحد من كفاءة وفعالية النظام. وكما هو الحال في وجود فترة سماح، ليس هناك غبن في هذا النهج على الدائنين المتمتعين بضمان لأنهم يستطيعون دائما حماية أنفسهم بالاخطار في الوقت المناسب.

(ب) الأولوية المرتكزة على الحيازة أو التحكم

١١- حسب ما وردت مناقشته في الفصلين رابعا وخامسا (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3، الفقرات ٥-١٤، و Add.4، الفقرات ٢ و ٥٢-٥٤)، تمثل حقوق الضمان الحيازي تقليديا مكونا هاما من قوانين الاقراض بضمان في معظم النظم القانونية، وينبغي أن تراعى في صوغ قاعدة للأولوية. وادراكا لذلك، فإن بعض النظم القانونية، التي توجد بها قاعدة الأولوية لمن يُخطَر أولا، تحيز، كبديل آخر، تحديد الأولوية على أساس تاريخ حصول الدائن على حقه الضماني بالحيازة أو التحكم، دون اشتراط أي اخطار. وفي هذه النظم تعطى الأولوية بشكل عام للدائن الذي قام قبل غيره اما بالاخطار بحقه الضماني غير الحيازي أو بالحصول على حق ضماني بالحيازة أو التحكم.

١٢- واذا كان يجوز تحديد الأولوية استنادا إلى تاريخ الحيازة أو التحكم، أو، كبديل، إلى تاريخ الاخطار، فإنه ينبغي ايلاء اعتبار لما اذا كان ينبغي أن يكون لحق ضماني يتم الحصول عليه بالحيازة أو التحكم أولوية في أي وقت على حق ضماني غير حيازي تم الاخطار به

قبله. ففي حالة أنواع معينة من الموجودات المرهنة، غالبا ما يشترط الدائنون الحيازة أو التحكم للحيلولة دون اقدام مانح الضمان على تصرفات محظورة. فعلى سبيل المثال، كثيرا ما يشترط الدائنون الحيازة أو التحكم في صكوك مثل سندات استثمار معتمدة أو مستندات ملكية من قبيل ايصالات الخزن في المستودعات والمستندات القابلة للتداول. فبالنسبة لهذه الأنواع، ربما يكون النهج الأكثر كفاءة فيما يتعلق بحق ضماني يؤسس على الحيازة أو التحكم أن تكون له الأولوية دائما على حق ضمان غير حيازي، بغض النظر عن تاريخ الاخطار بالحق الضماني غير الحيازي. وفيما يتعلق بأنواع أخرى من الموجودات، ينبغي ايلاء اعتبار لمنح الأولوية للدائن الذي يُخطر أولا بحقه الضماني أو يحصل أولا على حيازة الموجودات المرهنة أو التحكم فيها.

١٣- ويثير توافر طرائق بديلة لتحديد الأولوية (مثل التحكم والحيازة والاطار) مسألة ما اذا كان ينبغي أن يسمح لدائن متمتع بضمان، أثبت أولويته بداية باحدى الطرائق، أن يتحول إلى طريقة أخرى دون فقدان ترتيب أولويته الأصلي فيما يتعلق بالموجودات المرهنة. ليس هناك، من حيث المبدأ، ما يعترض عليه في ذلك، شريطة ألا يكون هناك انقطاع في التحكم أو الحيازة أو الاخطار (أي أن يكون الحق الضماني خاضعا طول الوقت لطريقة أو لأخرى).

(ج) قواعد الأولوية البديلة

١٤- تركز الأولوية في بعض النظم على تاريخ انشاء الحق الضماني، لا على تاريخ الاخطار (قاعدة مختلفة للأسبق زمنيا). وقد اتبع هذا النهج في بعض النظم القضائية التي تميز حقوق الضمان غير الحيازي والتي لم تعتمد مع ذلك نظاما للاخطار يعول عليه أو لم تعتمد بالمرّة أي نظام للاخطار. وفي هذه النظم القانونية لا يستطيع الدائن أن يتأكد بذاته مما اذا كانت هناك أي حقوق ضمانية منازعة، وعليه أن يعتمد فقط على ما يقوله المانح بشأن عدم وجود حقوق من هذا القبيل. ويشكل ذلك معوقا رئيسيا لتوافر ائتمان مضمون منخفض التكلفة.

١٥- وفي نظم أخرى، تركز الأولوية، فيما يتعلق بأنواع معينة من الموجودات، مثل المستحقات، على الوقت الذي تخطر فيه أطراف ثلاثة معينة بالحق الضماني. وهذا النظام، شأنه شأن النظام الوارد وصفه في الفقرة السابقة، لا يؤدي إلى تعزيز توافر ائتمان مضمون منخفض التكلفة، لأنه لا يسمح للدائن بأن يحدد بدرجة كافية من اليقين، وقت نظره في تقديم الائتمان، ما اذا كانت هناك أي حقوق ضمانية منازعة.

٣- أنواع المطالبين المنازعين

(أ) الدائنون الآخرون المشمولون بالضمان رضائيا

١٦- حسب ما وردت مناقشته أعلاه (انظر الفقرات ٢-٤)، تسمح نظم قانونية كثيرة للمانح بأن يمنح أكثر من حق ضماني واحد في نفس الموجودات مع تأسيس الأولوية النسبية لمثل هذه الحقوق الضمانية على قاعدة الأولوية (أولوية الاخطار أو غيره) المعمول بها. بمقتضى هذه النظم أو على اتفاق الدائنين. فالسماح على هذا النحو بحقوق ضمانية متعددة في نفس الموجودات يمكن المانح من استغلال القيمة الكامنة في أحد الموجودات للحصول على الائتمان من مصادر متعددة، وهو ما يحرر الطاقة الافتراضية القصوى لتلك الموجودات من أي قيود.

(ب) الدائنون غير المشمولين بضمان

١٧- كثيرا ما يعقد المانح ديونا غير مشمولة بحقوق ضمانية. وكثيرا ما تشكل هذه الديون غير المضمونة الجانب الأكبر من التزامات المانح غير المسددة.

١٨- وإذا كان البعض يتساءل عن عدالة اعطاء الدائنين المتمتعين بضمان أولوية على الدائنين غير الحائزين على ضمان، فإن من الثابت أن اعطاء الدائنين المتمتعين بضمان أولوية على الدائنين غير الحائزين على ضمان أمر ضروري لتعزيز متاحة الائتمان المضمون. ويمكن للدائنين غير الحائزين على ضمان اتخاذ تدابير لحماية مصالحهم، مثل مراقبة وضع الائتمان، واشتراط ضمان في بعض الحالات أو اللجوء إلى المحاكم (كما ترد مناقشته في القسم ألف-٣-هـ أدناه) في حالة عدم التسديد. وإضافة إلى ذلك فإن الحصول على ائتمان مضمون يزيد رأس مال مانح الضمان، وهو ما يفيد في كثير من الحالات الدائنين غير الحائزين لضمان بزيادة احتمالات تسديد ديونهم غير المضمونة. وهكذا يتمثل عنصر أساسي لنظام فعال لائتمان مضمون في أن تكون للحقوق المضمونة التي يتم الحصول عليها بالشكل المناسب أولوية على الحقوق غير المشمولة بضمان.

(ج) بائعو الموجودات المرهنة

١٤٠ الحقوق الضمانية لثمن الشراء

١٩- يحصل المانح أساسا على موجوداته باشرائها. فإذا تم الاشتراء بائتمان مقدم من البائع أو مويله أحد المقرضين ("تمويل ثمن الشراء"، انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2،

الفقرات ٢-٤، وAdd.3، الفقرتين ٣١-٣٢)، وحصل البائع أو المقرض على حق ضماني في السلع التي يحصل عليها المشتري، لضمان ثمن الاشتراء الممول، فانه يجب ايلاء الاعتبار لاعطاء الأولوية لمثل هذه الحقوق في مواجهة الحقوق الضمانية التي يجوزها أطراف آخرون في نفس السلع.

٢٠- وادراكا لأن تمويل ثمن الشراء يمثل وسيلة فعالة لتزويد الأنشطة التجارية بالمال اللازم للحصول على سلع معينة، ينص الكثير من النظم القانونية على أن يكون لحائزي الحقوق الضمانية لثمن الاشتراء أولوية على الدائنين الآخرين (بمن فيهم الدائنون الذين أخطروا في وقت أسبق بحقوق ضمانية في السلع) فيما يتعلق بالسلع المشتراة بمحصول تمويل ثمن الاشتراء. وهذا استثناء هام لقاعدة الأولوية لن يُخطر أولاً، التي نوقشت في القسم ألف-٢-أ أعلاه.

٢١- ولهذه الأولوية المعززة أهميتها في زيادة توافر التمويل لثمن الاشتراء. فكما هو موضح في المثالين ٢ و ٣ (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2، الفقرتين ١٠ و ١٣)، كثيراً ما تمنح المنشآت التجارية حقوقاً ضمانية في كل أو بعض المخزون السلي والمعدات الحاضرة والآجلة للحصول على التمويل. فإذا لم تعط الحقوق الضمانية لثمن الشراء، في هذه الحالات، أولوية معززة، فلن يستطيع ممولو ثمن الشراء الاعتماد بدرجة كبيرة على حقوقهم الضمانية التي يرد ترتيبها بعد حقوق ضمانية قائمة فعلاً. ففي المثال ١ (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2، الفقرات ٤-٧) سوف يعزف كل من البائع ألف والمقرض ألف والمؤجر ألف عن تقديم تمويل لثمن الاشتراء إذا كانت حقوقهم الضمانية في السلع الممولة يرد ترتيبها بعد الحقوق الضمانية القائمة للمقرض بآء في المثال ٢ والمقرض جيم في المثال ٣.

٢٢- وبصفة عامة لا يعتبر اعطاء أولوية معززة للحقوق الضمانية لثمن الاشتراء ضاراً بدائني المانح الآخرين، لأن تمويل ثمن الاشتراء لا يقلل من ملكية المانح (أي صافي الموجودات أو صافي القيمة)، بل انه بدلاً من ذلك يزود الملكية بموجودات اضافية في مقابل الالتزامات المتمثلة في دفع ثمن الاشتراء. اذ يلاحظ، على سبيل المثال، أن الوضع الضماني لكل من المقرضين بآء وجيم في المثالين ٢ و ٣ لا ينتقص بتمويل ثمن الشراء، لأنه سيكون لدى المقرضين كل قيمة الموجودات المرهنة مضافاً إليها حق ضماني يرد ترتيبه لاحقاً في السلع الاضافية الممولة بالائتمان المقدم لثمن الاشتراء ("حق ضماني أدنى مرتبة") ولتعزيز توافر التمويل لثمن الاشتراء وكذلك توافر الائتمان المضمون عامة، من المهم ألا تطبق الأولوية المعززة المعطاة للحقوق الضمانية لثمن الاشتراء الا على السلع التي يتم الحصول عليها بحال الاشتراء هذا دون أية موجودات أخرى لمانح الضمان.

٢٣- ولتجنب اعتماد الدائنين الآخرين خطأ على موجودات خاضعة لحقوق ضمانية لثمن الاشتراء، من المهم إخضاع هذه الحقوق الضمانية لنظام الاخطار (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5، الفقرات ...). فمن المفيد، من وجهة نظر أي دائن منازع أن يشترط الاخطار بهذه الحقوق الضمانية وقت أن يتم الحصول عليها. فهذا يعني أنه يمكن لأي دائن أن يرجع إلى نظام تسجيل الاخطارات ويحدد بشكل يقيني ما اذا كانت أي من موجودات المانح القائمة خاضعة لحقوق ضمانية لثمن الاشتراء.

٢٤- بيد أنه تيسيرا للتمويل الفوري في قطاعات البيع والتأجير، ينبغي النظر في تقرير فترة امهال. وينبغي أن تكون فترة الامهال هذه طويلة بما يكفي لكي لا يكون اشتراط الاخطار عبئا لا مبرر له على ممولي ثمن الاشتراء، وأن تكون مع ذلك قصيرة بما يكفي لتجنب إخضاع الدائنين الآخرين للانتظار فترة طويلة قبل أن يتسنى لهم تحديد ما اذا كانت هناك أي حقوق ضمانية منازعة. وضافة إلى ذلك، قد يكون من الحكمة أن يُشترط على ممولي ثمن اشتراء السلع أن يُخطروا بحقوقهم الضمانية لثمن اشتراء السلع دائني المانح الآخرين الحائزين لحقوق ضمانية في هذه السلع. ويكمن السبب الداعي لمثل هذا النهج في أن الدائنين الذين يقدمون الائتمان على أساس مستمر استنادا إلى قيمة موجودات المانح الحاضرة والآجلة لا يحتمل أن يرجعوا إلى نظام تسجيل الاخطارات في كل مرة يقدمون فيها الائتمان.

٢٥٠ مطالبات الاسترداد

٢٥- يمكن أيضا إيلاء اعتبار للسماح لمورد يبيع السلع على الحساب بدون ضمان باسترداد السلع من المشتري خلال فترة زمنية معينة اذا اكتشف خلال تلك الفترة اعسار المشتري. ورغم أن المورد يريد بطبيعة الحال أن تكون تلك الفترة طويلة قدر الامكان لحماية مصالحه، فإن الدائنين الآخرين سيحجمون عن تقديم ائتمان استنادا إلى موجودات خاضعة لمطالبات استرداد. وفضلا عن ذلك فإنه اذا شعر المورد حقا بالقلق بشأن مخاطرة الائتمان فإنه يمكن أن يصر على الحصول على حق ضماني لثمن الشراء في السلع التي يقوم بتوريدها على الحساب. وعلى ذلك فإنه رغم أهمية مطالبات الاسترداد من أجل حصول الموردين على بعض الحقوق في السلع التي يقومون بتوريدها على الحساب دون ضمان، ينبغي أن تكون مهلة الاسترداد قصيرة لكي لا تعوق الاقراض عامة. وضافة إلى ذلك، ينبغي، تجنباً لتشيط توافر الائتمان المضمون، ألا تكون مطالبات الاسترداد المتعلقة بسلع معينة أولوية على حقوق ضمانية في نفس السلع تم الاخطار بها حسب الأصول.

(د) مشترو الموجودات المرهنة

٢٦- يمكن أيضا أن يبيع المانح موجودات خاضعة لحقوق ضمانية قائمة. وفي هذه الحالة يكون للمشتري مصلحة في تسلم الموجودات خالصة وغير مثقلة بأي حق ضماني، بينما يكون للدائن الحالي الحائز لضمان مصلحة في الإبقاء على حقه الضماني في الموجودات المباعة. ومن المهم أن تعالج قاعدة للأولوية كلتا هاتين المصلحتين.

١٤٠ المبيعات خارج سياق العمل المعتاد للمانح

٢٧- في كثير من البلدان لا يبطل بيع موجودات مرهنة خارج سياق النشاط المعتاد للمانح أي حقوق ضمانية للدائن المتمتع بضمان في هذه الموجودات ما لم يقبل الدائن ذلك. ففي هذه النظم القانونية يجوز للدائن المتمتع بالضمان، بمجرد عدم وفاء المانح، انفاذ حقه الضماني في الموجودات الكائنة بحيازة المشتري. ذلك أنه بدون هذه الحماية ستضار حقوق الدائنين المتمتعين بضمان إذا ما باع المانح الموجودات. ومن شأن ذلك أن ينال من قيمة الموجودات المرهنة كضمان، ويعوق من ثم توافر ائتمان منخفض التكلفة.

٢٨- وحتى إذا كان للدائن حق ضماني في العائدات الناتجة عن بيع الموجودات، فإن الدائن المتمتع بالضمان لن يكون بالضرورة محميا بما فيه الكفاية، لأن العائدات كثيرا ما لا تكون ذات قيمة بالنسبة للدائن بقدر ما تكون الموجودات الأصلية المرهنة. ففي كثير من الحالات قد تباع الموجودات المرهنة مقابل موجودات تكون قيمتها قليلة أو منعدمة بالنسبة للدائن كضمان. وفي حالات أخرى سيكون من الصعب على الدائن تعيين العائدات، ونتيجة لذلك يمكن أن تكون مطالبته بالعائدات بعيدة عن الواقع. وهناك أيضا مخاطرة تبديد المانح للعائدات بما يترك الدائن بدون شيء.

٢٩- وطالما كان الحق الضماني للدائن خاضعا للتسجيل في نظام تسجيل للاخطارات يعول عليه ويمكن بسهولة الوصول إليه، فإنه يمكن للمشتري حماية نفسه بالرجوع إلى نظام التسجيل هذا لتحديد ما إذا كانت الموجودات التي هي بصدد اشترائها خاضعة لحق ضماني، وأن يلتمس من الدائن المضمون، إذا كان الحال كذلك، تحرير الموجودات من الحق الضماني. ويمكن النظر فيما إذا كان ينبغي إعفاء أي بنود زهيدة القيمة من تطبيق هذه القاعدة لأن تكاليف البحث في السجل التي تفرض على المشتريين المحتملين قد لا تكون مبررة بالنسبة لمثل هذه البنود. غير أنه يمكن، من ناحية أخرى، القول بأنه إذا كانت البنود قليلة القيمة حقا، فإنه لا يحتمل أن ينفذ الدائن المتمتع بالضمان حقوقه الضمانية على الموجودات وهي في

حياسة المشتري. وإضافة إلى ذلك فإن تحديد البنود القليلة القيمة بما يكفي لإعفاؤها على هذا النحو من شأنه أن يفضي إلى وضع حد تحكمي لها ويتعين مراجعته بصفة مستمرة لمراعاة تغيرات القيمة الناجمة عن التضخم وغيره من العوامل. ونتيجة لذلك قد يكون من الأفضل عدم النص على إعفاءات من هذا القبيل.

٣٠- وفي بعض البلدان التي يوجد بها نظام اخطار يمكن البحث فيه تحت اسم المانح فقط لا تبعاً لوصف للموجودات المرهنة، يحصل المشتري، الذي يشتري الموجودات من بائع اشترى هذه الموجودات من قبل من المانح (المشتري غير المباشر) على الموجودات خالية من الحقوق الضمانية الممنوحة من ذلك المانح. ويؤخذ بهذا النهج لأنه سيكون من الصعب على مشتر غير مباشر أن يتبين وجود حق ضماني ممنوح من مالك سابق للموجودات المرهنة. ففي كثير من الحالات لا يكون المشترون غير المباشرين على علم بأن هناك مالكا سابقا كان يملك الموجودات في وقت ما، ومن ثم لا يجدون سببا لاجراء بحث تحت اسم مالك سابق.

٢٤ المبيعات التي تجرى في سياق النشاط المعتاد للمانح

٣١- يجرى بصفة عامة النص على إعفاء من القاعدة التي نوقشت في القسم ألف-٣-د-١ أعلاه للبضائع الموجودة في مخازن المانح والتي يتم بيعها في سياق النشاط المعتاد للمانح. فهناك، بالنسبة لهذه البضائع، توقع تجاري بأن المانح سيبيعها (ويتعين عليه في الواقع أن يبيعها حتى يستطيع مواصلة نشاطه) وأن مشتري الموجودات المرهنة سيأخذها خالصة من أي حقوق ضمانية قائمة. فبدون مثل هذا الإعفاء، سوف تحدّ بدرجة كبيرة قدرة المانح على بيع البضائع في سياق نشاطه المعتاد، لأنه سيكون على المشتري أن يتحرروا عن أي حقوق في البضائع قبل اشتريها. وسيؤدي ذلك إلى تكاليف كبيرة للمعاملات ويعوق بدرجة هامة سير المعاملات المعتاد.

٣٢- ونتيجة لذلك ينص الكثير من النظم القانونية على استثناء من القاعدة العامة لاستمرارية الحقوق الضمانية لصالح مشتري الموجودات المرهنة اذا تم البيع في سياق النشاط المعتاد للمانح وكانت الموجودات المباعة تشكل مخزونا سلعيا معدا للبيع لدى المانح. وتعزيزا لهذه المعاملات التي تتم في سياق النشاط المعتاد تنص نظم قانونية كثيرة على أن يحصل المشترون في مثل هذه المعاملات على الموجودات محررة من أي حق ضماني، حتى وإن كان المشتري على علم فعلي بالحق الضماني. بيد أنه يجري تقييد هذا الاستثناء في بعض النظم القانونية اذا كان المشتري على علم بأن البيع يتم بالمخالفة لاتفاق بين البائع ودائنه على ألا تباع الموجودات دون موافقة من الدائن.

(هـ) الدائنون الحاصلون على أحكام أوامر بالتنفيذ

٣٣- في الكثير من النظم القانونية، يوسع الحق الضماني ليشمل فئات معينة من الدائنين الذين يرى أنهم جديرون بهذا الحق. وتعطي العديد من النظم القانونية حقا ضمانيا، على وجه الخصوص، للدائنين غير المضمونين عموما. بمجرد تأييد حقهم الادعائي بحكم يفضي إلى الحجز على ممتلكات معينة.

٣٤- وفي هذه الحالة تكون لأي دائن آخر يتمتع بحق ضماني رضائي أسبق في أصول معينة مصلحة في التأكد من احتفاظ حقه الضماني بأولويته على الحق الضماني المكتسب عن طريق الحكم، ولا سيما فيما يتعلق بالأصول التي استند إليها بالفعل في تقديم الائتمان. ومن جهة أخرى فإن من مصلحة الدائن الذي حصل على حكم أن تكون له الأولوية فيما يتعلق بالأصول التي تكفي قيمتها كمصدر لسداد مطالبته.

٣٥- ويلجأ الكثير من النظم القانونية التي تعتمد نظاما للاختار إلى ترتيب الأولويات في هذه الحالة بحسب الوقت الذي تم فيه الاختار بالحق الضماني، أي أن الحق الضماني الرضائي في الممتلكات، الأسبق في الاختار به، تكون له الأولوية على الحق الضماني اللاحق في نفس الممتلكات والمكتسب عن طريق الحكم. وأي محاولة، في الاتجاه العكسي، لمنح حق ضماني رضائي في الممتلكات بعد حصول دائن ما على شكل ما من الحق الضماني المقرر بحكم ستفضي إلى مصلحة أقل مرتبة من الحق الضماني القائم المكتسب عن طريق الحكم. وهذا النهج مقبول بصفة عامة للدائنين طالما أن الحق الضماني المكتسب بالحكم يشهر بدرجة كافية بحيث يتسنى للدائنين العلم به بصورة فعالة وأخذه في الاعتبار في قراراتهم الائتمانية قبل تقديم الائتمان. وتيسيرا لذلك، ينبغي الاهتمام باخضاع الحقوق الضمانية المكتسبة عن طريق الأحكام للنظام العام للاختار بالحقوق الضمانية وادخالها بذلك في نظام الأولوية لمن يخطر أولا.

٣٦- وهناك عموما استثناء من هذه القاعدة عند تطبيقها على السلف الآجلة (ترد مناقشته بقدر أكبر من التفصيل في الباب ألف-٤-أ، أدناه). ففي حين أن الحق الضماني الذي يخطر به أولا من قبل يحظى عادة بالأولوية على الحق الضماني المكتسب عن طريق الحكم فيما يتعلق بالائتمان الممنوح قبل أن يصبح الحق الضماني المكتسب عن طريق الحكم نافذا، فإنه عموما لا يتمتع بالأولوية على الحق الضماني المكتسب عن طريق الحكم فيما يتعلق بأي ائتمان يمنح بعد هذا التاريخ (ما لم يكن هناك تعهد بتقديم هذا الائتمان قبل التاريخ الفعلي للحكم). فالمقرض B على سبيل المثال، يقوم في المثال الثاني (انظر الفقرة ١٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2)، بمنح قروض من وقت لآخر لشركة Agrico،

بضمان كافة مستحقات الشركة وموجوداتها. ففي حالة تأييد الحق الادعائي للدائن غير المضمون بالحكم ضد Agrico وحصوله بذلك على حق ضماني في موجودات الشركة، تكون للحق الضماني للمقرض B في الموجودات الأولوية على الحق الضماني المكتسب عن طريق الحكم فيما يتعلق بالقروض التي منحها المقرض B قبل تاريخ سريان مفعول الحكم وخلال فترة محددة تليه. غير أنه سيكون للحكم الضماني المكتسب عن طريق الحكم الأولوية فيما يتعلق بأي قروض اضافية يمنحها المقرض B بعد الفترة المحددة (طالما أن المقرض B لم يتعهد، قبل تاريخ سريان الحكم، بمنح هذه القروض الاضافية).

٣٧- وحماية للدائنين المضمونين الحاليين من تقديم أي سلف اضافية تستند إلى قيمة موجودات خاضعة لحقوق ضمانية مكتسبة عن طريق الأحكام، ينبغي أن تكون هناك آلية ما لاشعار الدائنين بالحقوق الضمانية المذكورة. وفي الكثير من الولايات القضائية التي توجد فيها نظم للاخطار، يوفر هذا الاشعار عن طريق اخضاع الحقوق الضمانية المكتسبة عن طريق الأحكام للنظام المذكور. أما في حالة عدم وجود نظام من هذا القبيل أو في حالة عدم اخضاع الحقوق الضمانية المكتسبة عن طريق الأحكام لهذا النظام، يمكن الزام الدائن الحائز لحق ضماني بموجب حكم باشعار الدائنين المضمونين الحاليين. وفضلا عن ذلك، يمكن النص على استمرار العمل بالأولوية الحالية المعطاة للدائن المضمون لفترة من الزمن (وقد تتراوح بين خمسة وأربعين وستين يوما)، بعد الاخطار بالحق الضماني المكتسب عن طريق الحكم (أو بعد استلام الدائن للاشعار) لكي يتسنى للدائن اتخاذ الخطوات اللازمة لحماية مصالحه تبعا لذلك. وكلما قصر الوقت المتاح للدائن المضمون الحالي للاستجابة لوجود الحقوق الضمانية المكتسبة عن طريق الحكم وكلما قل نطاق الاعلان عن هذه الحقوق، زادت امكانية أن يؤدي وجودها إلى اعاقا توفير التسهيلات الائتمانية لتقديم سلف آجلة.

(و) الدائنون النظاميون (أصحاب الديون الامتيازية)

٣٨- في كثير من الولايات القضائية، وكوسيلة لتحقيق هدف مجتمعي عام، تعطى بعض المطالبات بحقوق غير مضمونة الأولوية على مطالبات بحقوق غير مضمونة أخرى وكذلك، في بعض الأحيان على مطالبات حقوق مضمونة (بما في ذلك المطالبات بحقوق مضمونة خضعت من قبل لنظام الاخطار). وعلى سبيل المثال، فانه من أجل حماية حقوق الموظفين في أجورهم غير المدفوعة وحقوق الحكومات في الضرائب غير المسددة، يتم في الغالب وفي مرحلة معينة، اعطاء هذه الحقوق الأولوية على الحقوق الضمانية القائمة من قبل. ونظرا

لاختلاف الأهداف المجتمعية من ولاية قضائية إلى أخرى، فإن أنماط هذه الحقوق الادعائية ودرجة الأولوية المعطاة لها تختلف هي الأخرى.

٣٩- والفائدة من ارساء هذه الحقوق الامتيازية هي أنها يمكن أن تؤدي إلى تعزيز الأهداف المجتمعية المتوخاة. أما أحد مساوئها المحتملة فهو أن هذه الأنماط من الأولويات قد تنتشر على نحو يقلل من الثقة القائمة لدى الدائنين الحاليين والمحتملين، وبذلك تعيق توفير الائتمان المضمون المنخفض التكلفة. وتفاديا لتعثر منح الائتمان المضمون، الذي يعتبر توفيره هو الآخر هدفا مجتمعيًا، ينبغي الموازنة بعناية بين مختلف الأهداف المجتمعية عند اتخاذ قرار بشأن تقرير أي حق ادعائي امتيازي. ولا ينبغي اعطاء الحقوق الادعائية الامتيازية الا بالقدر الذي لا توجد فيه أي وسيلة فعالة أخرى لبلوغ الهدف المجتمعي المنشود وأن يكون تأثيرها على توفير الائتمان المنخفض التكلفة مقبولا. وإذا ما قررت حقوق ادعائية امتيازية، فانه ينبغي للقوانين التي وضعت بموجبها أن تكون واضحة بدرجة كافية تتيح للدائن تقدير مداها المحتمل وحماية نفسه ازاءها.

(ز) الدائنون الذين يزيدون قيمة الموجودات المرهنة أو يخزنونها

٤٠- تنص بعض النظم القانونية على اعطاء الدائنين الذين يدخلون تحسينات على الموجودات المرهنة أو يصلحونها، كمن يقومون باصلاح المعدات، حقوقا ضمانية فيما حسّنه وأصلحوه من هذه الموجودات وعلى أن هذه الحقوق الضمانية تأتي عموما في مقدمة الحقوق الادعائية المضمونة الأخرى في الموجودات المرهنة. ولقاعدة الأولوية هذه فائدة تتمثل في أنها تشجع الأطراف التي تقوم بهذا التحسين على مواصلة جهودها، هذا إلى جانب فائدتها في تسهيل صيانة الموجودات المذكورة. وطالما كان مقدار ما تكفله هذه الحقوق الضمانية محدودا بمبلغ يمثل قيمة ما أدخل من تحسين على الموجودات المرهنة، فانه يفترض ألا يكون هناك اعتراض على هذه الحقوق الضمانية وأولويتها العالية من جانب الدائنين المضمونين الحاليين.

٤١- كذلك تنص بعض النظم على أن يكون للدائنين الذين يقومون بخزن الموجودات المرهنة، كملاك الأراضي وأمناء المخازن، حقوق ضمانية في هذه الموجودات لضمان تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالايجار والخزن، وغالبا ما تأتي هذه الحقوق في مقدمة الحقوق الادعائية المضمونة الأخرى في الموجودات ذاتها.

٤٢- وفي كثير من الولايات القضائية، لا تخضع الحقوق المبينة في الفقرتين السابقتين إلى أي شرط يتعلق بالاحطار عنها ولا يمكن تبين وجودها إلا من خلال ما يبذله الدائن المحتمل

من اجتهاد مناسب. وكنتيجة لذلك فانه كثيرا ما يشار إلى هذه الحقوق الضمانية بأنها "سرية". وفي حين أن للحقوق الضمانية السرية مزية حماية حقوق الأطراف الممنوحة لها دون الزام هذه الأطراف بتحمل التكاليف المتصلة بايداع اخطار عنها، فالها تمثل عقبة كأداء أمام الائتمان المضمون لأنها تحد من مقدرة الدائنين على تحديد ما هنالك من حقوق ضمانية منازعة. ومثلما ورد في الفصلين الخامس والسادس (انظر الفقرات من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5، والفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6) فإنه ينبغي ايلاء الاعتبار اللازم لاشتراط ايداع اشعار بهذه الحقوق الضمانية في نظام الاخطار الخاص بها.

(ح) مديرو شؤون الاعسار

٤٣- من المهم، بصفة خاصة، أن يكون بوسع الدائن الحائز لضمان تحديد أولويته في حالة البدء باجراءات الاعسار من قبل مانح الضمان أو ضده، لأن من المرجح ألا تكون هناك موجودات تكفي لسداد ديون كافة الدائنين وربما تكون الموجودات المرهنة للدائن المضمون هي مصدره الرئيسي أو الوحيد لسداد دينه. وكنتيجة لذلك يلجأ الدائنون الحائزون لضمان عموماً، عند اتخاذ القرارات المتعلقة بتقديم الائتمان وتقدير الأولويات، إلى تركيز جل اهتمامهم على تحديد الأولويات في اجراءات اعسار يتخذها المانح. ولذلك فانه من المهم عدم الانتقاص من أولوية الحقوق الضمانية المكتسبة بصورة صحيحة أو عرقلتها في اجراءات الاعسار. وليست أهمية هذه النقطة في صوغ قانون فعال للمعاملات المشمولة بضمان بحاجة إلى مزيد من التأكيد. فكلما كانت قوانين الائتمان المضمون غير واضحة بصدد هذه النقطة، قل إلى حد بعيد استعداد الدائنين لتوفير ائتمان بضمان.

٤٤- وبغية تعويض مديري الاعسار بصورة فعالة عما يبذلونه من مجهود في اجراءات الاعسار، غالباً ما يعطون حقاً ادعائياً تفضيلياً في موجودات المنشأة المعسرة. وطالما أن من الممكن تحديد مقدار هذا الحق التفضيلي من قبل الدائنين الحائزين لضمان سلفاً بدرجة عالية من الموثوقية، فإن هذا الحق لا يلقي بوجه عام اعتراضاً من هؤلاء الدائنين، لأن بوسعهم اتخاذ الاجراءات اللازمة سلفاً لحماية حقوقهم، غير أنه كلما كبر مقدار هذا الحق التفضيلي المحتمل، قلت القيمة التي سيقدرها الدائنون الحائزون لضمان المحتملون للموجودات المرهنة.

٤٥- وحسب ما ترد مناقشته بمزيد من التفصيل في الفصل العاشر (انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10)، تتضمن قوانين الاعسار في الكثير من الولايات القضائية أحكاماً تحوّل مدير الاعسار بأن يطعن، في غضون فترة زمنية محددة، في صحة أو

أولوية الحقوق الضمانية الرضائية المستندة إلى عوامل من قبيل تجاهل المانح والسلوك غير المنصف من جانب الدائن أو إلى أن الحق الضماني قد منح بالمخالفة لقانون معين. ومن المهم التشديد على أن أي نظام ناجع للضمانات يجب أن يكون منسجما بصورة فعالة مع قوانين الاعسار السارية لكي يتمكن الدائن المحتمل من هيكلته معاملته الائتمانية بما يتفق مع هذه القوانين وذلك من أجل ضمان المحافظة على فعالية حقه الضماني وأولويته في حالة اعسار المانح.

٤ - الأولوية في السلف الآجلة والممتلكات المكتسبة فيما بعد

(أ) السلف الآجلة

٤٦ - يجب أن يكون الدائن الحائز لضمان قادرا على تحديد القدر الذي سيعطى أولوية من حقه الادعائي. وتقتصر بعض النظم القانونية هذه الأولوية على مقدار الدين القائم وقت نشوء الحق الضماني. وهناك نظم أخرى تشترط الاعلان عن الحد الأقصى للائتمان الذي سيُشمل بالأولوية. ومع ذلك فهناك نظم قانونية أخرى تعطي الأولوية لكافة عمليات تقديم الائتمان حتى تلك التي تتم بعد نشوء الحق الضماني.

٤٧ - وتتمثل ميزة قصر الأولوية على مقدار الدين القائم أصلا وقت نشوء الحق الضماني في أنه يوائم الأولوية مع توقعات الأطراف وقت انشاء هذا الحق ويحافظ فقط على تلك الأولوية في مواجهة الدائنين الذين يوجدون بعد ذلك. وعيب هذا النهج أنه يستلزم بذل عناية إضافية (كالبحث عن اخطارات جديدة) واتفاقات واطارات إضافية عن مبالغ السلف التي منحت فيما بعد. وهذا أمر مثير للمشاكل بدرجة كبيرة لأن احدى أكثر الوسائل فعالية لتوفير الائتمانات المضمونة تتمثل في تقديمها على أساس دائر حيث أن هذا النمط من التسهيلات الائتمانية يتلاءم بأكبر درجة من الكفاءة مع الاحتياجات الاقتراضية الخاصة للمانح (انظر المثال ٢ في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2، الفقرات ٨ إلى ١٠ والفقرة ١٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4). ويمكن بالتالي اعطاء الاعتبار اللازم لاحاطة السلف الآجلة بنفس الأولوية المعطاة للسلف الممنوحة عند نشوء الحق الضماني لأول مرة.

٤٨ - وتحاشيا لربط جميع موجودات المانح بدائن واحد، والحد بذلك من الاستعداد الذي قد يبديه الدائنون اللاحقون لتقديم ائتمان للمانح، تشترط كثير من النظم القانونية أن تبين الاخطارات الخاصة بالحقوق الضامنة حدا أقصى لمقدار الدين الذي يجوز ضمانه عن طريق أي حق ضماني معين وقصر الأولوية على هذا الحد الأقصى (انظر الفقرات ... من الوثيقة

6(A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6). وتفاديا لعاقة تقديم الائتمانات الدائرة على النحو الوارد أعلاه (انظر الفقرة ٤٧) أو أي شكل مماثل آخر من الائتمان، يمكن إيلاء اعتبار لعدم وضع حد لمقدار السلف الآجلة التي تمنح أولوية.

(ب) الممتلكات المكتسبة فيما بعد

٤٩- حسب ما وردت مناقشته بقدر أكبر من التفصيل في الفصل رابعا (انظر الفقرات ١٩ إلى ٢٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4)، قد يشترط المانح، في بعض النظم القانونية، منحه حقا ضمانيا في الممتلكات التي ستكتسب مستقبلا. ويتم الحصول على هذا الضمان بالتزامن مع حصول المانح على الممتلكات دون الحاجة إلى اتخاذ أي خطوات إضافية في كل مرة يتم فيها الحصول على ممتلكات إضافية. وكنتيجة لذلك فإن التكاليف المرتبطة بمنح الحق الضماني تقل إلى الحد الأدنى وتيسر توقعات الأطراف. وهذا مهم بصفة خاصة فيما يتعلق بالمخزون، الذي يتم الحصول عليه لأغراض إعادة بيعه، والمستحقات، التي تحصل ويعاد تكوينها على أساس متواصل (انظر المثال ٢ في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2، الفقرات ٨ إلى ١٠) والمعدات، التي يتم إبدالها في السياق المعتاد لعمل المانح.

٥٠- ويثير السماح بالحقوق الضمانية في الممتلكات المكتسبة فيما بعد مسألة ما إذا كانت الأولوية تبدأ من الوقت الذي يمنح فيه الحق الضماني أولا أم من وقت حصول المانح على الممتلكات. وهذه مسألة تعالجها النظم المختلفة بطرق مختلفة. فبعض النظم تميز بين الحالتين تبعا لوضع الدائن المنازع على الأولوية (حيث تبدأ الأولوية من تاريخ منح الضمان في مواجهة الدائنين المضمونين رضائيا ومن تاريخ الحصول على الممتلكات في مواجهة كافة الدائنين الآخرين). ومن المهم، أيا كانت القاعدة، أن تكون واضحة لكي يتسنى للدائنين حماية مصالحهم تبعا لذلك.

٥- الأولوية في العائدات

٥١- إذا كان للدائن حق في عائدات الموجودات الأصلية المرهنة، فسيثير ذلك أسئلة تتعلق بوضعية هذا الحق وأولويته بالنسبة للمطالبين المنازعين الآخرين. وإلى جانب المطالبين المنازعين الوارد ذكرهم من قبل، قد يكون من بين المطالبين المنازعين في العائدات دائن للمدين حصل على حق عن طريق حكم أو أمر تنفيذ بالنسبة للعائدات ودائن آخر له حق ضماني فيها.

٥٢- ويمكن أن ينشأ الحق الضماني في العائدات بطريقتين. فقد يكون المدين قد منح الدائن المضمون المنازع حقا ضمانيا في العائدات بعد حصول المدين على العائدات؛ أو تكون العائدات نوعا من ممتلكات يكون للدائن المضمون المنازع فيه مصلحة سابقة تشمل ضمانا إضافيا اكتسب فيما بعد أو سيكتسب مستقبلا. فللدائن A، على سبيل المثال، حق ضماني في كافة موجودات المدين وللدائن B حق ضماني في جميع مستحقات المدين (بما في ذلك المستحقات الآجلة). ولنفتراض أيضا أن المدين قام فيما بعد ببيع الموجودات المشمولة بالمصلحة الضمانية للدائن A وأن عملية البيع هذه تمت على أساس ائتماني. فالمستحقات الناشئة عن عملية البيع هي عائدات الموجودات المرهنة للدائن A وهي كذلك الموجودات المرهنة للدائن B.

٥٣- ولا بد للنظام القانوني الذي ينظم الحقوق الضمانية أن يجيب على عدد من الأسئلة المتعلقة بالحق الادعائي للدائن المضمون بالنسبة لكل من المطالبين المنازعين الوارد ذكرهم أعلاه. والسؤال الأول هو ما إذا كان حق الدائن المضمون في عائدات الموجودات الأصلية المرهنة نافذا ليس فقط في مواجهة المانح بل أيضا في مواجهة المطالبين المنازعين. ويجب أن تكون الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب، في بعض الظروف على الأقل، وإلا فإن قيمة الموجودات المرهنة ستكون مضللة إلى حد كبير. ولا تضيف الحقوق الضمانية ضمانات اقتصادية (وبذلك تزيد سبل الوصول إلى الائتمان بتكلفة أقل) إلا في الحالات التي يوفر فيها الحق الضماني للدائن الحق في استخدام قيمة الموجودات المرهنة لتسديد الدين المستحق للدائن قبل استخدامها للحقوق الادعائية للمطالبين الآخرين.

٥٤- ومع ذلك، فإنه يجب الاعتراف بأن إنشاء حق في العائدات يثير شواغل هامة بشأن ما ينشأ عنه من مخاطر بالنسبة للأطراف الأخرى. وعلى وجه الخصوص، فإن الاعتبارات المؤدية إلى اشتراط الإعلان عن الحق الضماني في ممتلكات معينة لكي يصبح نافذا بالنسبة للأطراف ثالثة قد تؤدي إلى القول بملاءمة فرض شروط مماثلة بالنسبة للحق في العائدات.

٥٥- ولذلك فإنه ينبغي لأي نظام قانوني أن يتضمن قواعد تحدد الظروف التي يكون فيها الإعلان عن الحق الضماني في الموجودات المرهنة كافيا للإعلان عن حق الدائن في العائدات. أما في الحالات التي يلزم فيها اتباع شكل مختلف من الإعلان عن مصلحة الدائن في العائدات، فإنه ينبغي للنظام القانوني أن يعطي فترة زمنية بعد المعاملة التي تنشأ عنها العائدات يمكن للدائن خلالها القيام بالإعلان دون أن يفقد مصلحته في العائدات.

٥٦- ومع أن تحديد ما إذا كان من الضروري اتخاذ إجراء إعلاني جديد لكي يصبح حق الدائن في العائدات نافذا بالنسبة للأطراف الأخرى هو أمر على جانب كبير من الأهمية، فإن

هذا التحديد وحده غير كاف لتقرير الحقوق ذات الصلة بحق الدائن المضمون في العائدات. وهناك، على وجه الخصوص، حاجة إلى قواعد للأولوية لتحديد الأولوية النسبية لحق الدائن المضمون.

٥٧- وقد تختلف قواعد الأولوية تبعا لطبيعة المطالب المنازع. فإذا كان المطالب المنازع، على سبيل المثال، هو دائن مضمون آخر تعتمد حقوقه هو الآخر على الإعلان عنها، فإن القواعد التي تحدد الأولوية النسبية لحقوق كلا الدائنين المضمونين يمكن أن تعتمد على طبيعة الإعلان وتوقيته. وقد تعتمد الأولوية على عوامل أخرى عندما يكون المطالب المنازع دائنا محكوما لصالحه أو مديرا للإعسار (انظر الفقرات ٣٣ إلى ٣٧).

٥٨- وفي كثير من الحالات التي كون فيها المطالب المنازع طرفا مضمونا آخر، فإن قواعد الأولوية المتعلقة بالحقوق في عائدات الموجودات المرهنة يمكن أن تستمد من قواعد الأولوية المنطبقة على الموجودات المرهنة ومن السياسات التي نشأت عنها هذه القواعد. وعلى سبيل المثال، فإنه في نظام قانوني يكون فيه للحق الأول المعلن في ممتلكات معينة الأولوية على الحقوق المنازعة، يمكن استخدام نفس هذه القاعدة لتحديد الأولوية عند نقل الموجودات المرهنة ومطالبة الدائن المضمون بحق في العائدات فإذا كان الحق في الموجودات الأصلية المرهنة قد أعلن قبل الإعلان عن حق المطالب المنازع في العائدات، فإنه يمكن إعطاء الأولوية لذلك الحق.

٥٩- أما في الحالات التي لا يحدد فيها ترتيب أولويات المصالح المنازعة في الموجودات الأصلية المرهنة بحسب ترتيب الإعلان عنها، فسيكون من الضروري إجراء تحديد مستقل لقاعدة الأولوية التي تطبق على عائدات الموجودات المذكورة. وربما تكون هذه هي الحالة، على سبيل المثال، إذا كان أحد الحقوق المنازعة في الموجودات المرهنة الأصلية هو حق ضماني يضمن ثمن شراء هذه الموجودات ويعطي بالتالي أولوية أعلى من تلك التي تعطى في غير هذه الحالة.

٦- التعديل الطوعي للأولويات - اتفاقات التنازل

٦٠- من اللازم ألا تكون الأولوية التي يتمتع بها أي دائن مضمون غير قابلة للتعديل. وفي كثير من النظم، يجوز، وكثيرا ما يحدث بالفعل، تعديل الأولويات عن طريق عقد خاص. وكمثال على ذلك، فإن بإمكان المقرض الذي له حق ضماني في جميع أصول المانح الموجودة وتلك التي يُحصل عليها فيما بعد، أن يوافق على إمكانية قيام المانح بإعطاء حق ضماني

يتمتع بأولوية أولى في موجودات معينة لكي يتسنى للمانح الحصول على تمويل إضافي من مصدر آخر غير المقرض استنادا إلى قيمة تلك الموجودات.

٦١- وهذه الاتفاقات التي يتم بموجبها تعديل الأولويات مقبولة تماما طالما كانت لا تؤثر إلا على الأطراف المتفقة فعلا على هذه التعديلات. ولا ينبغي لاتفاقات التنازل أن تمس حقوق الدائنين ممن ليسوا بأطراف في الاتفاق. وإلى جانب ذلك فإنه من المهم أن يستمر تطبيق الأولوية التي يوفرها اتفاق التنازل في إجراءات إعسار المانح.

٧- مدى انطباق الأولوية قبل الإنفاذ

٦٢- تمثل مسألة مهمة أخرى تتعلق بالأولوية فيما إذا كانت الأولوية تنطبق فقط بعد حدوث تقصير من المانح في الوفاء بالالتزام موضوع الضمان أو ما إذا كانت تنطبق أيضا قبل وقوع التقصير. وفي كثير من الولايات القضائية يسمح للحائز على حق ضمان رضائي أقل مرتبة باستلام دفعات مقررة بانتظام من مبلغ الالتزام قبل سداد الالتزام المضمون المتمتع بالأولوية بالكامل، في حالة عدم وجود اتفاق بخلاف ذلك بين المطالب صاحب الأولوية الأولى والمطالب الأصغر. أما إذا اشترط قيام هذا الأخير بتحويل الدفعة فسيشكل ذلك معوقا كبيرا أمام المطالب الأقل مرتبة الذي يقوم بتوفير التمويل.

٦٣- وربما تكون النتيجة مختلفة فيما لو تلقى المطالب الأصغر عائدات من تحصيل الضمان الإضافي أو بيعه أو التصرف فيه بشكل آخر. وفي هذه الحالة تشترط بعض الولايات القضائية على المطالب الأصغر تحويل العائدات إلى المطالب الأقدم إذا كان الأول قد استلم العائدات وهو على علم بأن المانح ملزم بتحويلها إلى المطالب الأقدم. والأساس المنطقي الذي تستند إليه هذه القاعدة شبيهة بالأساس المناقش في القسم ألف-٣-د أعلاه فيما يتعلق بمشترتي الموجودات المرهنة.

باء- خلاصة وتوصيات

٦٤- يعتبر مفهوم الأولوية مكوّنا حيويا في أي نظام للإقراض المضمون يسعى إلى تشجيع توفير الائتمانات المضمونة بتكلفة منخفضة. ويتوقف توفير الائتمانات على قدرة الدائنين على أن يحددوا، بدرجة عالية من الموثوقية قبل تقديم الائتمان، وضع أولوياتهم إذا حاولوا تحقيق قيمة الضمان. وبما أن تحقيق ذلك غالبا ما يتم في إجراءات إعسار المانح، فإنه من الحيوي أن يستمر العمل بأولوية الدائن المضمون دون عراقيل في إجراءات الإعسار.

٦٥- ولذلك فإنه من المهم أن تتضمن قوانين الإقراض المضمون قواعد للأولوية تتسم بالوضوح وتفضي إلى نتائج يمكن التنبؤ بها. وينبغي أن تتيح هذه القواعد لجميع الدائنين حتى غير المضمونين منهم، أن يقيّموا موافقهم قبل تقديم الائتمان وأن يتخذوا الخطوات اللازمة لحماية مصالحهم. وربما تكون قواعد الأولوية المتسمة بالوضوح التي تفضي إلى نتائج يمكن التنبؤ بها وآليات فعّالة للتأكد من الأولويات والتثبت منها عند تقديم الائتمان أكثر أهمية بالنسبة للدائنين من تفاصيل قاعدة الأولوية نفسها.

٦٦- وبالإمكان تحقيق هذه النتيجة بأكثر الطرق فعالية من خلال إنشاء نظام للإخطار وترتيب الأولويات وفقا لتسلسل الإشعار بالحقوق الضمانية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن نظام الإخطار، بافتراض أنه نظام معوّل عليه ويسهل الوصول إليه، يمكن أن يوفر آلية فعّالة لتنبيه الدائنين إلى الحقوق الضمانية المنازعة.

٦٧- ولا ينبغي النظر في استثناءات من قاعدة تسلسل الأولويات إلا في حدود عدم وجود وسيلة أخرى لمراعاة الهدف الرئيسي للسياسة العامة من الاستثناء وبقدر ما يكون الهدف مبررا لما يحدثه الاستثناء من أثر على توفير الائتمان بتكلفة منخفضة. وينبغي صياغة هذه الاستثناءات بصورة واضحة، بما يتيح للدائنين أن يقيّموا احتمال وجود أي حقوق ادعائية تفضيلية وأن يتخذوا الخطوات اللازمة لحماية أنفسهم إزاءها. ومن أجل تنبيه الدائنين بأكثر الطرق فعالية إلى الحقوق الادعائية المنازعة، ينبغي إيلاء الاعتبار لاختصاص جميع الحقوق الادعائية بما فيها التفضيلية لنظام الإشعار بها. وتتعلق بعض الاستثناءات المهمة من قاعدة الأولوية لمن يُخطر أولا والتي ينبغي معالجتها في وضع قوانين للمعاملات المضمونة، بالحقوق الضمانية لمال الشراء وبالدائنين الذين يضيفون قيمة إلى الضمانات الاحتياطية (كمن يقومون بإصلاح المعدات) وربما أيضا بعض المطالبين (كالمطالبين بالأجور والمطالبين الحكوميين) ممن قد ترغب السلطات التشريعية حمايتهم تحقيقا لأهداف مجتمعية عامة.

٦٨- ومن المرجح أن يؤدي الاعتراف بالأولوية فيما يتعلق بالسلف الآجلة والممتلكات المكتسبة فيما بعد إلى تشجيع توفير الائتمان الدائر وغيره من أشكال الائتمان المماثلة للمشاريع الصناعية والتجارية. وكلما كانت الإجراءات المتاحة للدائن للتثبت من الأولويات فيما يخص السلف الآجلة والممتلكات المكتسبة فيما بعد أكثر تبسيطا، زاد مدى توافر هذه الائتمانات.

٦٩- وينبغي أن يكون حق الدائن المضمون في عائدات الموجودات المرهنة، في بعض الحالات على الأقل، نافذا ليس فقط بالنسبة للمناح بل بالنسبة للمطالبين المنازعين أيضا. وينبغي لأي نظام قانوني أن يحدد متى يصبح الإعلان عن الحقوق الضمانية كافيا للإعلان عن

حقوق الدائن في العائدات أو متى يلزم إصدار إعلان جديد. كما ينبغي للنظام القانوني أن يتضمن قواعد للأولوية تخص الحقوق في العائدات. وهذه القواعد قد تختلف تبعا لطبيعة المطالب المنازع.

٧٠- وبصرف النظر عن قواعد الأولوية التي يحتويها أي نظام للمعاملات المضمونة، ينبغي أن يُسمح للدائنين بتعديل هذه القواعد عن طريق عقد خاص من أجل هيكلية ترتيبات التمويل التي تناسب احتياجات المانح على أفضل ما يكون. وينبغي الاعتراف بنفاذ هذه الاتفاقات فيما بين الأطراف فيها بالنسبة لإجراءات الإعسار المتخذة من قبل المانح أو ضده؛ غير أنه لا ينبغي أن تمس حقوق الأشخاص ممن هم غير أطراف في هذه الاتفاقات.

٧١- وأخيرا، فإنه ينبغي أن تحدد نظم المعاملات المضمونة الظروف التي يمنع فيها المتمتعون بالحقوق الضمانية الأصغر في موجودات مرهنة معينة من اتخاذ إجراءات تتعارض مع حقوق المتمتعين بالحقوق الضمانية الأقدم في نفس هذه الأصول. ومن الأمثلة على هذه الإجراءات استبقاء العائدات المتأتية من بيع هذه الموجودات أو التصرف بها بهذا الشكل أو ذاك رغم العلم بالالتزام التعاقدي للمانح بتحويل هذه العائدات إلى الدائن المضمون الأقدم.