

Distr.: Limited
12 April 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

تقرير عن الندوة الدولية المشتركة بين الأونسيتال وجمعية
التمويل التجاري بشأن المعاملات المضمونة (فيينا،
٢٠-٢٢ آذار/مارس ٢٠٠٢)

تقرير الأمين العام*

المحتويات

الصفحة	الفقرات		
٢	٥-١		مقدمة
٢	١١-٦		الخلفية الاقتصادية والنطاق
٤	١٣-١٢		النهج العامة ازاء الضمان
٥	١٤		انشاء الحقوق الضمانية
٥	١٨-١٥		الاشهار
٧	٢٤-١٩		الأولوية
٩	٢٦-٢٥		حقوق والتزامات الأطراف فيما قبل التقصير
٩	٢٩-٢٧		التقصير والانفاذ
١٠	٣٣-٣٠		الاعسار
١٢	٣٨-٣٤		تنازع القوانين
١٣	٣٩		المرحلة الانتقالية

* يُقدّم هذا التقرير متأخراً لأنه يحتوي على مواد عن ندوة عقدت في أواخر آذار/مارس ويستند إلى مساهمات المتحدثين، علماً بأن بعض هذه المساهمات قدّم بعد ذلك بكثير.



مقدمة

- ١ - قررت اللجنة في دورتها الرابعة والثلاثين انشاء فريق عامل يكلف باستحداث نظام قانوني فعال للحقوق الضمانية في البضائع الداخلة في نشاط تجاري، بما فيها المخزونات، ولتحديد المسائل التي ستعالج، بما فيها شكل الصك والنطاق الدقيق للموجودات التي يمكن أن تصلح كضمان.^(١)
- ٢ - وشددت اللجنة في تلك الدورة على أهمية موضوع المصالح الضمانية وضرورة التشاور مع ممثلي المهن ذات الصلة، وكذلك أوصت بأن تعقد ندوة قبل الدورة الأولى للفريق العامل السادس (المصالح الضمانية).^(٢)
- ٣ - وقد تم تنظيم الندوة بشكل مشترك مع جمعية التمويل التجاري، وعقدت في فيينا من ٢٠ إلى ٢٢ آذار/مارس ٢٠٠٢. وكان الهدف منها توفير محفل للحوار بين الأخصائيين الممارسين والمنظمات الدولية وممثلي الحكومات حول عمل اللجنة بشأن المصالح الضمانية.
- ٤ - وحضر الندوة خمسون خبيراً تقريباً من نحو عشرين بلداً، بينهم مسؤولون حكوميون وممثلون لمنظمات دولية كالبنك الأوروبي للتعمير والتنمية، وصندوق النقد الدولي، والاتحاد الدولي للمختصين في شؤون الاعسار (أنسول الدولي). وكان بين المتكلمين خبراء ذوو خبرة مرموقة في مجال الائتمانات المضمونة وقانون الاعسار.
- ٥ - وتقدم هذه المذكرة ملخصاً للمناقشات التي جرت فيما بين المشاركين في الندوة.

أولاً - الخلفية الاقتصادية والنطاق

- ٦ - أعرب عن تأييد عام لتحديد نطاق عمل شامل لتغطية مجموعة واسعة من الموجودات، كالموجودات المرهونة، ومجموعة واسعة من الالتزامات المزمع ضمانها، وطائفة واسعة من المدينين والدائنين والمعاملات الائتمانية. ولوحظ أن هذا النهج سوف يتسق مع أحد الأهداف الرئيسية لأي قانون فعال للائتمانات المضمونة، وهو الهدف المتمثل في ضرورة السماح للأطراف باستخدام القيمة الكاملة لموجوداتهم من أجل الحصول على الائتمانات. ولكن حُذِر من محاولة تحديد نطاق عمل مفرط في الطموح خشية أن يصبح من العسير إنجاز العمل في إطار زمني معقول واعتماد النظام الجديد على نطاق واسع. وقيل أيضاً أنه على

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/56/17)، الفقرة ٣٥٨.

(٢) المرجع نفسه، الفقرة ٣٥٩.

الرغم من عدم لزوم تغطية الموجودات غير المنقولة، توجد حالات قد يصعب فيها التمييز بين الموجودات (مثلاً، في حالة التجهيزات الثابتة والمحاصيل أو رهون المنشآت التي يمكن أن تشمل موجودات منقولة وغير منقولة على السواء).

٧- وأكد على أن النظام الجديد سيشكل جزءاً من القانون الوطني، وبالتالي لن ينطبق على المعاملات الائتمانية الدولية فحسب، بل سينطبق أيضاً على المعاملات الائتمانية الداخلية البحتة.

المصطلحات

٨- اتفق على أنه ينبغي أن ينصب التركيز على الحقوق الضمانية الرضائية، ولكن ينبغي أيضاً معالجة النزاع على الأولوية بشأن الحقوق الضمانية غير الرضائية. ولذا، اقترح أن تكون هناك إشارة إلى الحقوق الضمانية الرضائية (المنشأة بالاتفاق) والحقوق الضمانية غير الرضائية (المنشأة بحكم القانون أو بحكم المحكمة). واقترح أيضاً تعريف "الحق الضماني" كحق ملكية (أي كحق عيني). وفيما يتعلق باستخدام مصطلح "الحق الضماني" كمصطلح موحد، قيل إن ذلك لا يعني الحكم مسبقاً على ما إذا كان ينبغي إدخال حق ضماني فعال موحد ووحيد بدلاً من جميع الحقوق الضمانية أو الحقوق شبه الضمانية القائمة بموجب القانون الوطني، أو حق ضماني محدد من شأنه أن يتعايش مع التدابير الضمانية المختلفة المستخدمة في شتى النظم القانونية (انظر الفقرة ١٤).

٩- وقيل إنه ينبغي التمييز بين مصطلحي "المدين" (الشخص المدين بالالتزام الضماني) و"الراهن" (الشخص الذي يقدم الموجودات كضمان) لتغطية الحالات التي يقدم فيها طرف ثالث موجودات كضمان لصالح المدين. ولوحظ أيضاً أنه ينبغي الاتساق في استخدام هذين المصطلحين كما ينبغي ابداء سبب واضح لاستخدام أي منهما.

الأهداف الرئيسية

١٠- أعرب عن تأييد عام للرأي القائل بأنه ينبغي التشديد على الأثر الاقتصادي لتشريعات المعاملات المضمونة. واتفق على أن الهدف العام لأي تشريعات كفوة بشأن المعاملات المضمونة ينبغي أن يتمثل في تشجيع اتاحة ائتمانات منخفضة التكلفة على نحو متزايد.

١١- وقدمت عدة اقتراحات بصدد الأهداف المحددة لهذه التشريعات. فشدد أحد الاقتراحات على ضرورة توازن مصالح المدينين والدائنين والأطراف الثالثة المعنية. وركز اقتراح آخر على أن الأهداف الرئيسية ينبغي أن تكون واضحة وبسيطة ومحددة بإيجاز. وفضلا عن ذلك، قدم اقتراح آخر مفاده إبراز الحاجة إلى تفادي أن يصبح الدائنون المضمونون معرضين لأية مسؤوليات، كالمسؤوليات المتعلقة بالبيئة. كما قيل أنه ينبغي التشديد على أهمية التنسيق بين المعاملات المضمونة ونظم قوانين الاعسار. وقيل أيضا أنه على الرغم من أن الاعتراف بحرية الأطراف هدف مهم فإنه كثيرا ما يكون حاضعا للقيود القانونية. وفي هذا الصدد، قيل أنه ينبغي أن يشار إلى اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية، التي تحتوي على مبادئ متعلقة ببعض تلك القيود. وقدم اقتراح آخر مفاده أنه ينبغي التأكيد بوضوح على امكانية تحقيق الشفافية بوسائل مختلفة وليس بالتسجيل فقط.

ثانيا- النهج العامة ازاء الضمان

١٢- لوحظ أن الحقوق الضمانية الحيازية، التي تعتبر تقليديا وسيلة لتوفير ضمان قوي، تخضع لتنظيم واف. ولكن القانون في العديد من البلدان ما زال يحتاج إلى تطوير فيما يتعلق بالحقوق الضمانية غير الحيازية، التي توجد حاجة اقتصادية واضحة اليها. وحددت عدة أسئلة، يتمثل أحدها فيما إذا كان ينبغي تغطية الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية على السواء، وفيما إذا كان يمكن أن تنطبق القواعد نفسها على نوعي الحقوق في حالة تغطيتهما كليهما. وتعلق سؤال آخر بما إذا كان ينبغي تغطية التدابير شبه الضمانية (مثلا ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية ونقله). وكان هناك سؤال آخر عما إذا كان ينبغي انشاء حق ضماني جديد فعال وموحد أو نوع خاص جديد من الحقوق يتعايش مع أنواع أخرى من الحقوق الضمانية أو شبه الضمانية القائمة حاليا.

١٣- وقيل أنه ينبغي تغطية الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية على السواء ومعاملتها بالطريقة نفسها ما لم يكن هناك واقع عملي يبرر معاملتهما بصورة مختلفة كما هي الحال، مثلا، بالنسبة لمسألة استعادة الدائن المضمون لحيازة الموجودات المرهونة. ولوحظ، بالاضافة إلى ذلك، أنه ينبغي تغطية الحقوق شبه الضمانية أيضا. وقيل كذلك أنه ينبغي ادخال حق ضماني شامل جديد فعال وموحد، بالنسبة لجميع أنواع الموجودات. ومن جهة أخرى، أشير إلى أن الاستعاضة عن التدابير الضمانية القائمة بحق ضماني جديد فعال وموحد، قد لا تكون مجدية أو حتى مستصوبة. وفضلا عن ذلك، ذكر ان تغطية ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية

ونقله في مشروع للمعاملات المضمونة قد تكون اشكالية، ولا بد من دراستها بعناية فائقة بغية تحديد مزاياها ومضارها. واتفق على ضرورة اعطاء تفسير تفصيلي لتكاليف وفوائد النهج الوظيفي الشامل مقارنة بالنهج المحدد.

ثالثاً - انشاء الحقوق الضمانية

١٤ - قيل انه ينبغي أن يكون من الممكن اعطاء أي نوع من أنواع الموجودات كضمان، وضمان أي نوع من أنواع الالتزام. وأشار بوجه خاص إلى ضرورة السماح بإمكانية انشاء حق ضمان في الموجودات المكتسبة بعد ابرام الاتفاق الضماني وفي المخزونات المتغيرة من الموجودات بغية ضمان حتى الالتزامات الناشئة بعد ابرام الاتفاق الضماني والالتزامات في الائتمانات المتجددة. وكان هناك تسليم بأن من الضروري، لتحقيق ذلك الهدف، تكييف الاشتراطات فيما يتعلق بوصف الموجودات المالية المرهونة أو الالتزام المضمون. ولوحظ أيضاً أن من الممكن أن يسمح عن طريق استثناءات محدودة، بخيارات سياسية لحماية مدينيين معينين (مثل المستهلكين) أو دائنين غير مضمونين. وعلى سبيل المثال، ينبغي عدم اخضاع السلع المنزلية لضمان خلاف ما يلزم لضمان ثمن شرائها. وقيل، بالاضافة إلى ذلك، ان نظام المعاملات المضمونة الحديث ينبغي أن يسمح بانشاء ضمان على الموجودات سواء أكان للراهن حق ملكية أو حق محدود فيها (كحق انتفاع أو رهن وفاء، مثلاً). وفي هذا الصدد، أشار إلى أن موضوع الضمان لا يتمثل في الموجودات نفسها وإنما يتمثل في حق الراهن في الموجودات.

رابعاً - الاشهار

١٥ - ركزت المناقشة على ما اذا كان نظام المعاملات المضمونة الفعال الذي يعالج الحقوق الضمانية غير الحيازية يشترط انشاء نظام يمكن في سياقه إيداع اشعارات لتنبيه الممولين المحتملين إلى احتمال وجود حقوق ضمانية وتوفير أساس لحل النزاعات بين المطالبات المتنافسة على الموجودات نفسها. وأعرب عن رأي مفاده أن مثل هذا السجل العمومي غير ضروري. وقيل ان تسبيق تاريخ الصكوك الضمانية بشكل احتيالي يمكن معالجته من خلال اشتراطات أقل تكلفة وتعقيداً. ولوحظ أيضاً أن الشاغل الذي أعرب عنه ازاء ظهور ثروة زائفة ناشئة نتيجة لاستمرار حيازة المدين للموجودات المرهونة شاغل لا مبرر له. وأشار إلى أنه، في ظروف الاقتصاد الذي يغلب عليه الائتمان، يجب أن تدرك الأطراف أن موجودات

المنشأة، أو حتى موجودات المستهلك، من المحتمل أن تكون مرهونة أو خاضعة لتدبير شبه ضماني (مثلا الاجارة أو الاحتفاظ بحق الملكية).

١٦- وقيل بالاضافة إلى ذلك انه ينبغي افتراض أن الأطراف تتصرف بأمانة وحسن نية. وينبغي أن يشجع القانون ذلك السلوك بالنص على عقوبات مدنية أو حتى جنائية على السلوك غير الأمين أو السلوك بسوء نية. ويمكن حماية الممولين المحتملين حماية كافية باقرار المدين بوجود حقوق ضمانية، مقرونا بوعده منه بأن لا يعطي الموجودات نفسها كضمان لدائن آخر بدون موافقة الدائن المضمون. وقيل أيضا ان انشاء وتشغيل نظام للايداع سيزيدان تكلفة وتعقيد المعاملات المضمونة. وفضلا عن ذلك، لوحظ أن نظام الايداع قد يفشي على نحو غير مناسب معلومات سرية حتى للمنافسين، وبالتالي يلحق الضرر بالمدينين. وقيل بالاضافة إلى ذلك ان قواعد الأولوية المستندة الى إيداع اشعار بشأن معاملة من المعاملات يمكن أن يعطي الائتمان المصرفي على نحو غير مناسب، الأفضلية على ائتمانات الموردين. وقيل ان ائتمانات الموردين أهم بكثير من الائتمان المصرفي في العديد من البلدان، من حيث قيمتها وأهميتها للاقتصاد.

١٧- ولوحظ، ردا على ذلك، أن لاجراءات منع الاحتيال والتاريخ الثابت منافع جزئية عرضية، ولكنها ليست الوظيفة الرئيسية لنظام الايداع الذي يهدف إلى تنبيه الممولين المحتملين إلى أي حقوق ضمانية موجودة، ويمثل وسيلة لحل تنازعات الأولوية. وقيل أيضا ان الممولين المحتملين لا يمكنهم أن يعتمدوا فقط على اقرارات المدين صراحة بأي حقوق ضمانية موجودة. ففي السوق العالمية، قد لا يكون المدينون معروفين للدائنين، أو ربما لم يقيموا بعد علاقة ثقة مع الدائنين. وفي هذا الصدد، أشير إلى أن الاقرارات الخاطئة ليست بالضرورة نتيجة عدم أمانة أو سوء نية. مثلا، في غياب مشورة الخبراء، قد لا يفهم المدين بسهولة الحقيقة الماثلة في أنه بقيامه بمنح ضمان بشأن فئة عامة من الموجودات لدائن ما يُحرم من تقديم موجودات محددة من تلك الفئة كضمان لدائنين آخرين. وقيل أيضا ان الخطأ في حساب قيمة الموجودات شيء عادي في الممارسة وليس نتيجة عدم أمانة أو سوء نية.

١٨- وقيل فيما يتعلق بتكاليف انشاء وتشغيل نظام للايداع ان هذا النظام أنشئ فعلا وانه يعمل بأقل تكلفة حتى في بعض أقل البلدان نموا في العالم. ولوحظ أيضا أن احدى الخصائص الرئيسية لنظام الايداع تتمثل في رسوم الايداع الثابتة المنخفضة. ورئي بصورة عامة أن النظام الذي ينطوي على رسوم ايداع باهظة قائمة على أساس القيمة غير مستصوب اطلاقا. ولوحظ فضلا عن ذلك، فيما يتعلق بالشاغل المتمثل في احتمال أن يؤدي هذا النظام إلى افشاء معلومات سرية بدون قصد، أن النظام الكفو لا يفشي الا معلومات ضئيلة جدا.

وعلى أي حال، ليست تلك المعلومات سرية، بل هي متاحة في بيانات الميزانية أو من خلال شتى وكالات الإبلاغ عن الائتمانات. ومن جهة أخرى، أشير إلى أنه في حالة توافر تلك المعلومات لن يكون نظام الإيداع ضرورياً وسيزيد تكاليف المعاملات بدون مبرر. وأعرب عن اختلاف مع ذلك الرأي لأن نظم الإبلاغ عن الائتمانات لا يمكن أن تؤدي مهمة تنبيه الممولين المحتملين لامكانية وجود أي حقوق ضمانية، كما لا يمكن أن تؤدي مهمة حل تنازعات الأولوية. وأشار أيضاً إلى أنه توجد، في سياق إجراءات الإعسار بصورة خاصة، تكاليف مرتبطة بتحديد الأولوية في النظام القانوني الذي لا يوفر معلومات كافية عن المطالبات المتنافسة. وفضلاً عن ذلك، لوحظ فيما يتعلق بالشاغل الذي أعرب عنه ازاء أولوية ائتمانات الموردين ذات الصلة، أنه حتى في البلدان التي يوجد فيها نظام للإيداع، تعطى الأولوية للموردين طالما يودعون اشعارات عن مطالباتهم. وأثيرت في هذا السياق مرة أخرى شواغل بشأن اشهار علاقة تجارية، لا سيما بالنسبة لترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية (انظر الفقرات ٢٠-٢٢).

خامساً - الأولوية

١٩ - قيل ان النظام الذي يتيح الأولوية لمختلف الدائنين يسمح باستخدام الموجودات نفسها كضمان لائتمان مقدم من دائنين متعددين. ومن شأن هذه النتيجة تيسير استخدام قيمة الموجودات استخداماً كاملاً لغرض الحصول على الائتمانات، الأمر الذي قيل انه يمثل أحد الأهداف الرئيسية لأي نظام كفؤ للمعاملات المضمونة. ولوحظ أيضاً أن من الممكن تحقيق الهدف على الوجه الأفضل عن طريق قاعدة إعطاء الأولوية حسب أسبقية الإيداع. ولكن بعض الاعتراضات أثرت على هذه الملاحظة.

٢٠ - وأثير اعتراض مفاده أن مطالبة الموردين الذين يحتفظون بحق الملكية لتأمين دفع الثمن بإيداع اشعارات في كل مرة يقومون فيها بتوريد السلع أمر من شأنه أن يزيد بدون مبرر تكلفة المعاملات وتعقيدها بينما سيشجع على السلوك غير المسؤول أو حتى السلوك غير الأمين من جانب المدين أو من جانب راهن آخر. وقيل ان ائتمانات الموردين مهم للاقتصاد وينبغي عدم عرقلته. ولذا اقترح أنه سيكون من الأنسب اتباع قاعدة أسبقية ابرام العقود. ويتوقع أن يعول الدائن الذي يقوم بتوفير ائتمان عام على قيام المدين بتقديم وصفة دقيقة للدائن العام المضمون للحقوق التي قد يكون المدين منحها لمورد. وينبغي أن يخضع المدين لعقوبات مدنية أو حتى جنائية في حالة عدم قيامه بالإبلاغ بدقة عن هذه المعلومات للدائن العام المضمون.

٢١- وقيل ردا على ذلك انه ليست هناك حاجة الى قيام الموردين بايداع اشعارات في كل مرة يقومون فيها بتوريد السلع، وأنه يكفي ايداع إشعار واحد بشأن السلع التي يتم توفيرها أثناء مدة العقد. ولوحظ أيضا أن رسوم الايداع ينبغي أن تكون اسمية ولا تجسد إلا تكلفة تشغيل مكتب الايداع. وفضلا عن ذلك، قيل ان غياب أي إشعار ينطوي أيضا على تكاليف لأنه يؤدي حتما إلى عدم اليقين. وقيل أيضا انه يمكن اعطاء أولوية عليا للموردين من أجل حماية ائتمانهم. وسوف يستند هذا النهج إلى حقيقة أنه بمجرد ايداع الاشعار المتعلق بحقوق المورد سيكون الدائنون الآخرون، السابقون واللاحقون على السواء، على علم بأولوية المورد العليا. وقيل فيما يتعلق بمدى أولوية ائتمان المورد، ان انطباقها أو عدم انطباقها على العائدات (كالمستحقات مثلا) المتأتية من الموجودات المرهونة (كالمخزونات مثلا) سيعتمد على ما اذا كان المشرّع يريد تشجيع المستحقات أكثر مما يشجع تمويل المخزونات.

٢٢- وذكرت عدة اعتبارات مقابلة فيما يخص الاقتراح القائل بأن على الدائن العام أن يعول على اقرارات المدين. وكان من هذه الاعتبارات أنه من المشكوك فيه ما اذا كان من الممكن أن يعول الدائن المضمون على المدين لكي يعرف بدقة وتحديد نطاق وطبيعة الحقوق التي قد يكون المدين منحها للمورد. وقيل ان التعويل على المدين يفترض نوعية معينة لحفظ السجلات قد لا تتوفر، أو قد لا تكون في المتناول، خاصة في شركة تعاني ضائقة مالية. وذكر اعتبار آخر هو أن التعويل على وصف المدين للحقوق الممنوحة للمورد قد لا يكون نهجا مأمونا بالنظر إلى احتمال أن يكون للمورد رأي مختلف عن رأي المدين حول نطاق وطبيعة حقوقه على المدين وموجوداته. وذكر اعتبار آخر أيضا، وهو أنه على الرغم من أن العقوبات الجنائية قد تكون شديدة، فان تنفيذها قد لا يكون مؤكدا بقدر كاف لأن المعايير المطلوبة لتحديد المسؤولية بموجب القانون الجنائي تكون عادة أكبر من المعايير المطلوبة بموجب القانون المدني. وقيل انه لن يكون من المناسب تخفيض تلك المعايير. وفضلا عن ذلك، فان العقوبات الجنائية من وجهة نظر الدائن المضمون ليست بديلا لسداد الدين المستحق له بالرجوع على ممتلكات المدين.

٢٣- وقيل من جهة أخرى ان نظام المعاملات المضمونة الذي يتضمن الاحتفاظ بحقوق الملكية (حقوق ضمان ثمن الشراء) سيكون معقدا. وقيل ردا على ذلك ان طبيعة ذلك التمويل بسيطة ومباشرة نسبيا، وان من السهل تحديد الموردين والدائنين المضمونين لأغراض قيام المدين بتوفير المعلومات اللازمة للدائن العام المضمون. ويؤكد هذه الحقيقة أيضا أنه لا يوجد في العديد من البلدان اشتراط بأن يمثل الموردون لاشتراط ايداع الاشعارات بغية تقرير الأولوية. ولوحظ أيضا أن عدم الايداع قد ينطوي على أعباء اضافية لتوفير أدلة الاثبات.

وعلى سبيل المثال، سيقضي الأمر من المورد أن يثبت أن لديه حقوقا فعلية للاحتفاظ بالملكية، وتاريخ انشاء هذه الحقوق. وأثيرت أيضا امكانية مفادها أن الحقوق في الملكية لتأمين الدين، كما هي الحال وفقا لاحتفاظ بائع السلع بحق الملكية، يجوز أن تظل قائمة كقوة حقوق منفصلة، ولكن يمكن، مع ذلك، احضاعها لنظام الايداع كأسلوب لتقرير الأولوية بالنسبة لأنواع أخرى من الحقوق الضمانية.

٢٤- وشُدّد أيضا على الحاجة إلى منح أولوية عليا لحقوق غير رضائية معينة (مثل حقوق الدولة في الضريبة وحقوق العاملين في الأجور). وأبدت آراء متباينة فيما إذا كان ينبغي ايداع اشعار بصدد هذه الحقوق.

سادسا- حقوق والتزامات الأطراف قبل التقصير

٢٥- أعرب عن تأييد عام للرأي القائل بحصر أي قواعد تقصير في القواعد الضرورية بشكل مطلق، وفي القواعد التي على الأرجح تم الاتفاق عليها بين الأطراف. وأعرب عن بعض الشك فيما يتعلق بالحاجة إلى قاعدة تنص على ضرورة تأمين الموجودات المرهونة. ولوحظ عدم اتاحة التأمين على العديد من أنواع الموجودات في بعض الولايات القضائية.

٢٦- وأعرب عن شكوك فيما يخص الحاجة إلى التمييز بين الحقوق والالتزامات بالنسبة للضمانات الحيازية وغير الحيازية نظرا لأن بعض قواعد التقصير تنطبق على هذين النوعين من الضمانات (مثلا حق الدائن المضمون في اعادة الالتزام المضمون). ولوحظ أيضا أن الحق في اعادة الرهن الممنوح للدائن المضمون يشير إلى الحق في اعادة رهن الحق الضماني في الموجودات المرهونة وليس في الموجودات المرهونة نفسها.

سابعا- التقصير والافاد

٢٧- شُدّد على أهمية النص على الافاد الفعال للحقوق الضمانية. وقيل ان أفضل القوانين الخاصة بانشاء الحقوق الضمانية تفقد جدواها العملية اذا عجز الدائنون المضمونون عن تحقيق القيمة الاقتصادية لحقوقهم. وفي هذا الصدد، استرعى الانتباه الى الحاجة إلى استعراض السياق المؤسسي الذي يتم فيه الافاد، واجراء تقييم صريح لكفاءة الاجراءات المستخدمة في مؤسسات كالحاكم المدنية. ولوحظ أيضا أنه ينبغي أن يشار إلى الهيئات التحكيمية وغيرها من الهيئات غير القضائية.

٢٨- وشُدّد أيضا على تنوع الآليات التي يمكن استخدامها لتحقيق القيمة الاقتصادية للحقوق الضمانية. وقيل فيما يخص اجراءات بدء الانفاذ ان هناك عدة بدائل. وكان بين البدائل التي ذكرت قيام الدائن المضمون بالانفاذ دون تدخل سابق من المحكمة، وقيام الدائن الذي يتمتع بحق تنفيذي في الملكية مسجل لدى المحكمة أو لدى كاتب العدل، والانفاذ القائم على أساس افتراضات أو تقييدات على الدفع في الحالات التي تستلزم الاجراء القضائي. وأعرب عن بعض التفضيل لقيام الدائن بالانفاذ بدون تدخل سابق من المحكمة مع حق تنفيذي في الملكية صادر من كاتب العدل، باعتباره ثاني أفضل الحلول. وقيل أيضا انه في الحالات التي تستلزم الاجراء القضائي ينبغي أن تنحصر دفع المدين في تجنب ممارسات المماثلة. ففي حالة الحق غير الحيازي مثلا، ينبغي أن يكون الدفاع الوحيد ضد استرداد الحيازة هو عدم وجود تقصير (لا المبلغ المستحق أو تفاصيل أخرى). وفضلا عن ذلك، لوحظ أن الدائن المضمون ينبغي أن يكون قادرا على بيع الموجودات المرهونة بسعر السوق في المكان الموجودة فيه. وذكر، علاوة على ذلك، أن من الضروري ضمان امكانية تحويل الموجودات إلى نقد في الوقت المناسب لتفادي الخسارة في قيمتها.

٢٩- واسترعى الاهتمام الى الحاجة إلى توفير سبل سريعة وناجعة لكي يحوز الدائن المضمون الموجودات المرهونة على إثر التقصير في حالة الحق الضماني غير الحيازي. ولكن في جوانب أخرى لا يُعتقد أنه من الضروري التمييز بين الحقوق الضمانية الحيازية وغير الحيازية. وأبدي رأي مفاده أنه ينبغي أيضا النظر في امكانية اساءة التصرف من جانب الدائنين المضمونين. وقدم مثال على ذلك أن الاتفاقات بين المدينين والدائنين المضمونين تعامل بطريقة مختلفة في بعض الولايات القضائية، حيث تعتبر الاتفاقات السابقة للتقصير لاغية بينما تعتبر الاتفاقات اللاحقة للتقصير صالحة وقابلة للانفاذ.

ثامنا - الاعسار

٣٠- اتفق على أن لنظامي المعاملات المضمونة والاعسار صلة بعلاقات المدين والدائن ولهما تأثير مهم على ادارة الشركات، بمعنى أن لكليهما مصلحة في النظام الائتماني والمسؤولية عن الدين. واتفق أيضا على أنه توجد كذلك مجالات تباين بين النظامين، مثلا اختلاف النُهج ازاء الدين إلى درجة أن كل نظام يدافع عن حقوق مختلفة ولديه أصحاب مصلحة مختلفون.

٣١- وقيل ان نظام الاعسار ليس معاكسا بل ينبغي أن يكون مؤيدا لنظام المعاملات المضمونة الذي يسمح بامكانية التراضي على "انشاء" حقوق ضمانية للأطراف الثالثة في

الممتلكات تكون محددة تحديدا صحيحا. وذكر أن هناك حاجة إلى التوضيح وتوفير اليقين في تصنيف "التدابير شبه الضمانية" مثل الاحتفاظ بحق الملكية والاعتمادات التجارية المالية. وأشار إلى أنه كلما كان نطاق الملكية التي يمكن الحصول على ضمان بواسطتها أكبر كانت امكانية تقدير قدرة المقترض على خدمة الاقتراض أكبر (وهذا يخفض المديونية المفرطة والاعسار المترتب على ذلك).

٣٢- ولوحظ، فضلا عن ذلك، أن وجهة النظر المتعلقة بالاعسار تدعم أيضا نظام ايداع الاشعارات الذي يكون شاملا ويوفر قاعدة بحث متميزة بالكفاءة والتكلفة الناجعة. وقيل ان نظام الايداع يوفر اليقين لممثل الاعسار بتسييره عملية تحديد ماهية الموجودات المرهونة والالتزام المضمون والدائن المضمون. ومن شأنه أيضا أن يساعد ممثل الاعسار على تحديد سريان المفعول وامكانية الانفاذ، وعلى تحديد الأولوية بين الحقوق الضمانية المتنافسة على الممتلكات نفسها. ولكن أشار، في سياق التسجيل، إلى مسألتين باعتبارهما تحتاجان إلى دراسة خاصة. وتتعلق المسألة الأولى بما اذا كان ينبغي للمعاملة المضمونة أو لنظام الاعسار التشديد على ضرورة الايداع، وذلك مثلا بإبطال حقوق الملكية المضمونة غير المسجلة أو اعتبارها غير نافذة المفعول لعدم الايداع أو، خلافا لذلك، جعلها نافذة المفعول ازاء أطراف ثالثة. وأشار إلى أن هذا النهج معمول به في بعض نظم الاعسار والمعاملات المضمونة. أما المسألة الثانية، فتتعلق بامكانية أن تطبق على المعاملات المضمونة، المبرمة بشكل سليم على نحو آخر، الأحكام الخاصة بإبطال المعاملات التفضيلية والاحتياطية السابقة التاريخ، كما هي الحال في معظم نظم قوانين الاعسار.

٣٣- وفيما يتعلق بالأثر الفعلي لبدء اجراءات الاعسار على الدائنين المضمونين، رئي أنه ربما يكون من الضروري التمييز بين عملية التصفية وعملية الانقاذ. فموجب عملية التصفية، تدعم وجهة النظر المتعلقة بالاعسار بوجه عام الرأي القائل بأنه ينبغي، في عملية التصفية، أن لا يكون هناك أي ايقاف أو تعليق طويل لانفاذ الحق الضماني، بل أن لا يكون هناك على الاطلاق أي ايقاف أو تعليق لانفاذ ذلك الحق. ولكن بالنسبة لعملية الانقاذ، ينبغي أن يكون هناك ايقاف أو تعليق لانفاذ الحق الضماني نظرا لامكانية ارتفاع قيمة الممتلكات من خلال انقاذها وتفاذي تفكيكها. ولكن ينبغي أن لا يؤثر هذا الأمر على الحقوق الأساسية للدائنين المضمونين أو يهددها، بل ينبغي بالأحرى أن يؤجل ممارسة حقوق الانفاذ الفوري. وذكرت مسائل أصعب شملت الزام الدائن المضمون بخطة الانقاذ؛ واساءة المدينين لاستعمال عملية الانقاذ؛ والتمويل اللاحق لبدء اجراءات الاعسار؛ وامكانية انشاء "أولوية عليا" قد تمس

بأصحاب الحقوق الضمانية القائمة. وشُدّد أيضا على الحاجة إلى تنسيق الاستجابات المتعلقة بالانفاذ والاعسار مع عمل الفريق العامل المعني بقانون الاعسار.

تاسعا - تنازع القوانين

٣٤- ركزت المناقشة على القانون الذي ينبغي أن يحكم انشاء واشهار وأولوية الحقوق الضمانية في المستحقات والمخزونات. وأكد فيما يخص المستحقات على أن قاعدة تنازع القوانين الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لاحالة المستحقات في التجارة الدولية مناسبة (فهي تفضي إلى انطباق قانون مقر الراهن). ولكن لوحظ أنه ربما يقتضي الأمر نهج مختلف ازاء فئات معينة من الموجودات غير الملموسة مثل الودائع المصرفية وحسابات الأوراق المالية.

٣٥- وأشار إلى وجود بديلين فيما يتعلق بالقانون المنطبق على الحقوق الضمانية في الممتلكات الملموسة. ويتمثل البديل الأول في القاعدة التقليدية التي تخضع مسائل الانشاء والاشهار والأولوية لقانون الدولة التي توجد فيها الممتلكات الملموسة (قانون موقع المال). أما البديل الثاني فهو عبارة عن قاعدة ذات شقين، حيث يحكم قانون موقع الراهن الانشاء والاشهار، في حين أن الأولوية يحكمها قانون موقع المال.

٣٦- وأثيرت عدة شواغل بصدد البديل الثاني. فكان أحد الشواغل أن هذه القاعدة ستتعارض مع توقعات الأطراف الثالثة الخاصة بانطباق قانون موقع المال على جميع جوانب الملكية للحق الضماني في الممتلكات الملموسة. وكان هناك شاغل آخر مؤداه أن أي قاعدة ذات شقين قد يصعب تطبيقها، اذا كان النظام القانوني الذي يحكم الأولوية قائما على أساس مفاهيم اشهار غير موجودة في اطار قانون موقع الراهن. ولكن قيل لتأييد القاعدة ذات الشقين ان الابتعاد عن القاعدة التقليدية سينطوي على فائدة تطبيق القانون نفسه على انشاء واشهار الحق الضماني في الممتلكات الملموسة وغير الملموسة على السواء.

٣٧- وقيل فيما يخص القانون المنطبق على الانفاذ ان معظم المسائل المتصلة بالانفاذ ينبغي أن يحكمها قانون موقع المال لأن الانفاذ ضروري في حالة عدم أداء المدين للالتزاماته بشكل طوعي ويقتضي مساعدة السلطات المحلية. وقيل أيضا ان الانفاذ يجوز أن لا يعامل كمسألة منفردة بل كسلسلة مسائل. ولوحظ أيضا أن بعض هذه المسائل قد تخضع لحرية الأطراف (كالتصرف بالموجودات المرهونة باتفاق الأطراف)، بينما في حالة المسائل الأخرى التي تثير مسائل متعلقة بالسياسة العامة قد يستلزم الأمر استخدام عامل رابط موضوعي.

٣٨- وقيل بصدد القانون المنطبق على اجراءات الاعسار انه، في حالة الممتلكات الموجودة في الدولة التي استهلت فيها اجراءات الاعسار الرئيسية، ينبغي اعتماد القاعدة المقبولة على نطاق واسع والقائلة بتطبيق قانون تلك الدولة. ولكن قيل فيما يتعلق بحالة وجود الممتلكات في ولاية قضائية أخرى، أنه لا يوجد حل مقبول بوجه عام، وأن الأمر يحتاج إلى مناقشة بغية توفير الارشاد للدول.

عاشرا- المرحلة الانتقالية

٣٩- قيل ان محتويات أي قواعد انتقالية ستعتمد على الظروف السائدة في كل دولة، ولهذا لم يكن من الممكن تقديم أي ارشاد الى الدول. ولكن سُلّم بضرورة مناقشة الأمر لأنه، في غياب قواعد انتقالية كافية، قد يعجز كل من الطرفين عن الحصول على الفوائد الكاملة التي تنطوي عليها التشريعات الجديدة أو قد تتعَرَّقل العلاقات القائمة.