الأمم المتحدة
A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10
الجمعية العامة
Distr.: Limited
18 April 2002*
Arabic
Original: English

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

	الفقرات	الصفحة
مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة	١-٣٧	٣
عاشرا- الاعسار	١-٣٧	٣
ألف- ملاحظات عامة	١-٣٠	٣
١- مقدمة	١-٦	٣
أ- النطاق والسياق التجاري	١-٥	٣
ب- المصطلحات	٦	٤

* هذه الاضافة مقدمة خمسة أسابيع قبل بدء الاجتماع عوضا عن الأسابيع العشرة المطلوبة، وذلك لأن أمانة اللجنة كانت منشغلة تماما باعداد الوثائق الأخرى ومنها احدى عشرة اضافة إلى الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.2.

100502 V.02-53559 (A)

		الفقرات	الصفحة
٢-	الأهداف الرئيسية	٧-١٠	٥
٣-	الحقوق الضمانية في اجراءات الاعسار.....	١١-٣٠	٦
أ-	ادراج الموجودات المرهونة في حوزة الاعسار	١١-١٥	٦
ب-	التقييدات على انفاذ الحقوق الضمانية	١٦-٢١	٧
ج-	مشاركة الدائنين المضمونين في اجراءات الاعسار	٢٢-٢٣	٩
د-	سريان الحقوق الضمانية واجراءات الابطال.....	٢٤	١٠
هـ-	الأولوية النسبية للحقوق الضمانية	٢٥-٢٧	١٠
و-	خطط اعادة التنظيم.....	٢٨-٣٠	١١
باء-	الملخص والتوصيات.....	٣١-٣٧	١٢

عاشرا- الإعسار

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

أ- النطاق والسياق التجاري

١- يبحث هذا الفصل في آثار اجراءات الإعسار على الحقوق الانفاذية للدائن المضمون. وينبغي قراءته بالاقتران بمشروع دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار الذي يعالج المسائل المحددة هنا في سياق قانون الإعسار الأكثر شمولا (انظر A/CN.9/WG.V/WP.57 و A/CN.9/WG.V/WP.58 و A/CN.9/WG.V/WP.61).

٢- قد يكون لدى نظام قانوني ما مجموعتان متميزتان من القواعد احداهما للمعاملات المضمونة والأخرى للاعسار، ولكن كلتا المجموعتين معنية بالعلاقات بين الدائن والمدين وكلتاهما تشجع على الانضباط الائتماني لدى المدينين. والتنظيم الفعال في أي من المجالين يساهم في تحقيق نتائج ايجابية في المجال الآخر. فقد يؤدي اعتماد قانون للمعاملات المضمونة، على سبيل المثال، إلى زيادة توافر القروض الائتمانية، ويعمل بذلك على تيسير عمل المنشأة التجارية وتجنّب الإعسار. وقد يعمل قانون المعاملات المضمونة أيضا على ترويج السلوك المسؤول من جانب الدائنين من حيث أنه يُلزم الدائنين برصد قدرة المدينين على الوفاء بالتزاماتهم فيثني بذلك عن الافراط في المديونية ويحول دون ما يترتب على ذلك من اعسار.

٣- ومع ذلك، تحدث توترات عندما يتقاطع قانون المعاملات المضمونة مع قانون الإعسار، نتيجة اختلاف النهوج المتبعة ازاء الدين. فنظام المعاملات المضمونة يسعى إلى ضمان الوفاء بالتزامات معينة في حين أن نظام الإعسار يتناول الظروف التي يتعذر فيها الوفاء بالالتزامات. ويضاف إلى ذلك أن النظام الأول يركز على الحقوق الانفاذية الفعلية للدائنين الأفراد لزيادة احتمالات أداء الالتزامات المستحقة إلى أقصى حد، في حين يسعى النظام الثاني إلى زيادة المردود إلى جميع الدائنين إلى أقصى حد بمنع حدوث سباق بين الدائنين لتفكيك موجودات المدين المشترك بينهم. وينبغي أن ينظر المشرّعون في هذه النتائج، فقد يترتب على الاصلاح في أحد النظامين أثر تنظيمي أوسع يفرض على أصحاب المصلحة في النظام الآخر تكاليف غير متوقعة تتعلق بالمعاملات والامتثال. ولهذا السبب ينبغي أن يحدد البلد في عملية اصلاح قوانينه، أوجه التضارب بين الحقوق والالتزامات التي يفرضها النظامان المختلفان اللذان يحكمان المعاملات المضمونة والاعسار.

٤- وتشتمل نظم الإعسار بوجه عام على نوعين رئيسيين من الاجراءات: التصفية (التي تقتضي انهاء نشاط منشأة المدين التجارية وما يلي ذلك من تصفية لموجودات المدين المعسر وتوزيع لها)، واعادة التنظيم (التي تستهدف زيادة قيمة الموجودات والمردودات إلى الدائنين إلى أقصى حد، بانقاذ المنشأة التجارية عوضا عن انهائها). ففي اجراءات التصفية، يعهد إلى ممثل الإعسار بمهمة جمع موجودات المدين المعسر أو بيعها أو التصرف فيها بوسيلة أخرى وتوزيع العائدات على دائني المدين. ولزيادة قيمة تصفية هذه الموجودات إلى أقصى حد، يجوز لممثل الإعسار أن يواصل نشاط منشأة المدين مدة وجيزة ويبيعها كمنشأة عاملة عوضا عن بيع موجوداتها بصورة متفرقة. أما في اجراءات اعادة التنظيم، فالمفترض أن تستمر منشأة المدين المعسر كمنشأة عاملة. وهكذا يكون هدف هذه الاجراءات هو زيادة قيمة منشأة المدين إلى أقصى حد باعطائه فرصة التغلب على صعوباته المالية واستئناف أو مواصلة العمليات التجارية العادية.

٥- وبالاضافة إلى الأشكال التشريعية لاجراءات الإعسار، بدأت تظهر نهوج بديلة (كالتسويات التي يجريها دائنو المدين المعسر خارج المحكمة، على سبيل المثال). وتلبي هذه العمليات الحاجة إلى دعم الاستقرار الاقتصادي بالتسوية السريعة لمطالبات المؤسسات المالية في حالة عدم التيقن مما إذا كانت مؤسسات الإعسار المعنية تستطيع التصرف بسرعة وفعالية.

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن يأخذ في الاعتبار في مداولاته أن الفريق العامل الخامس (قانون الإعسار) ينظر حاليا في هذه النهوج البديلة (انظر *A/CN.9/507* و *A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1*).]

ب- المصطلحات

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي نقل هذه التعاريف إلى الفصل الأول (انظر *A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1*).]

٦- يستخدم هذا الفصل المصطلحات التالية بالمعنى المبين:

المدين المُعسر "المدين المعسر" هو شخص [أو كيان] مضطلع بعمل تجاري ويستوفي معايير اجراءات الإعسار ويخضع لهذه الاجراءات. ويجوز أن يكون المدين المعسر إما "المدين" أو "الراهن" وفقا لاستخدام هذين المصطلحين في هذا الدليل.

اجراءات الإعسار	"اجراءات الإعسار" هي اجراءات جماعية تنطوي على تجريد المدين المعسر [جزئيا أو كليا] وتعيين ممثل للإعسار [من أجل تصفية المنشأة التجارية أو اعادة تنظيمها] [وهي تشمل اجراءات التصفية واعادة التنظيم على السواء].
ممثل الإعسار	"ممثل الإعسار" هو شخص [أو كيان] تعينه المحكمة ويضطلع بمسؤولية ادارة حوزة المدين [والمساعدة على تدبير شؤون المنشأة التجارية والاشراف عليها] بهدف تصفية المنشأة التجارية أو اعادة تنظيمها.
المطالبة المضمونة	"المطالبة المضمونة" هي مطالبة تقدم في اجراءات الإعسار وتكون مكفولة بحق ضماني.

٢- الأهداف الرئيسية

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي ادراج مناقشة هذه الأهداف الرئيسية في الفصل الأول (انظر *A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1*).]

٧- ينبغي للتشريعات التي تتناول حقوق الدائن المضمون بعد بدء اجراءات الإعسار ضد المدين أو الراهن أن تهدف إلى تيسير الانفاذ ووضع قواعد واضحة بشأن الأولوية والتسليم بحرية الأطراف (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1، الأبواب دال وهاء وزاي).

٨- واذا كان الحق الضماني ساريا خارج اجراءات الإعسار بحيث لا يكون نافذا ضد المدين فحسب بل وضد أطراف ثالثة أيضا، وجب عندئذ الاعتراف بسريان هذا الحق الضماني في اجراءات الإعسار. وبالمثل، إذا كان للحق أولوية على المطالبة المقدمة من دائن آخر خارج اجراءات الإعسار، وجب عندئذ ألا يؤدي بدء اجراءات الإعسار إلى تغيير الأولوية النسبية لهذه المطالبات. وينبغي لأي استثناءات أن تكون محدودة بقدر الامكان وأن تكون واضحة وشفافة لتمكين الممولين المحتملين من تقدير احتمال عدم السداد وبالتالي التكلفة المقترنة بالمعاملة (انظر أيضا الهدف ٧ في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.57، الفقرة ٢١).

٩- وينبغي التنسيق بين نظام المعاملات المضمونة ونظام الإعسار في تنظيم انفاذ الحقوق الضمانية. وكما لوحظ سابقا (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9، الفقرة ٤)، سوف يأخذ

الدائن المضمون في الحسبان أي تقييد لحقوقه في اجراءات الإعسار عند تقديره ما إذا كان سيقدم ائتمانا إلى المدين ومقدار التكلفة. يضاف إلى ذلك أنه سيكون لدى الدائنين الآخرين حافز لبدء اجراءات اعسار عندما يواجه المدين صعوبة مالية، وذلك بقصد تقييد حقوق الدائن المضمون وزيادة احتمال نجاح مطالباتهم ضد المدين.

١٠- وتعترف معظم النظم القانونية بحرية الأطراف في الاتفاقات الخاصة. ولكن قد تكون هناك أسباب تعزى إلى السياسة العامة في تقييد قدرة الدائن المضمون على انفاذ حق ضماني في بعض الظروف بعد بدء اجراءات الإعسار ضد المدين. واليقين ضروري في هذه الحالات. فكلما زادت امكانية التنبؤ بهذه التقييدات وكان الحفاظ على القيمة الاقتصادية للحق الضماني أكبر، قلّت سلبية الأثر على تعزيز القروض الائتمانية الذي يوفره استخدام الحقوق الضمانية.

٣- الحقوق الضمانية في اجراءات الإعسار

أ- ادراج الموجودات المرهونة في حوزة الاعسار

١١- المسألة الأولى هي ما إذا كان الحق الضماني للدائن المضمون خاضعا لاجراءات الإعسار أو، بعبارة أخرى، ما إذا كانت الموجودات المرهونة جزءا من "الحوزة" التي تنشأ عند بدء اجراءات اعسار ضد المدين (انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرتان ٤٦ و٤٧). وتتألف هذه الحوزة من موجودات المدين المعسر التي يجري اخضاعها للادارة في اجراءات الإعسار.

١٢- ويمكن أن تترتب على ادراج الموجودات المرهونة في حوزة الاعسار آثار مختلفة. ففي العديد من النظم القانونية، سوف يؤدي هذا الادراج إلى تقييد قدرة الدائن المضمون على انفاذ حقه الضماني (انظر الفقرة ١٦). وسوف يأخذ الدائنون في الاعتبار أي تقييدات تشريعية من هذا القبيل على الاتفاقات التجارية عند بتهم في مسألة اعطاء أو عدم اعطاء قرض ائتماني لمدين ما وتقريرهم مقدار التكلفة. وتسمح بعض قوانين الإعسار التي تقضي بخضوع جميع الموجودات لاجراءات الإعسار بمجرد ابتدائها بفصل الموجودات المرهونة عن الحوزة عند وجود دليل على الاضرار أو المساس بحق الدائن المضمون.

١٣- وللسماح بتقدير ما إذا كانت مواصلة الاجراءات ستؤدي إلى زيادة المردود النهائي إلى الدائنين بوجه عام إلى أقصى حد، يمكن أن يقضي قانون الإعسار باخضاع الموجودات المرهونة للمراقبة ضمن اجراءات الإعسار. ونتيجة لذلك، قد يتعين على الدائن المضمون

التنازل لممثل الإعسار عن حيازته للموجودات المرهونة. ويمكن اتباع هذا النهج لا في اجراءات اعادة التنظيم فحسب، بل وفي اجراءات التصفية أيضا التي يتقرر فيها مواصلة نشاط منشأة المدين المعسر بينما تجري تصفية الموجودات على مراحل، أو يكون من المحتمل فيها أن تباع المنشأة التجارية كمنشأة عاملة. وبما أنه ليس من الممكن عند بدء اجراءات الإعسار معرفة ما إذا كان من المستصوب مواصلة نشاط المنشأة أم لا، فان العديد من نظم الإعسار يجعل الموجودات المرهونة مشمولة بالحوزة لمدة محدودة.

١٤- وتشمل حوزة الاعسار عادة كل الموجودات التي يكون للمدين المعسر حق فيها وقت بدء اجراءات الاعسار. ويجوز في بعض النظم القانونية فصل الموجودات التي يحتفظ الدائن بحق قانوني أو حق ملكية فيها عن حوزة الاعسار. ومن الأمثلة على ذلك احتفاظ الدائن المضمون بحق الملكية، أو الاعتماد الايجاري المالي، أو نقل حق الملكية إلى الطرف المضمون (انظر الفصل الثالث-ألف-٣). وفي نظم قانونية أخرى حيث تكون هذه الأنواع من الوسائل القانونية مدمجة مع أشكال أخرى من ترتيبات الائتمان المضمون في فئة عامة لـ "الحق الضماني"، تعامل الحقوق الضمانية القائمة على الملكية وغيرها من الحقوق الضمانية بنفس الأسلوب حتى في اجراءات الاعسار. والمسألة هذه مثال على الحالة التي قد يكون من الضروري فيها التنسيق بين النهوج المتبعة في نظامي المعاملات المضمونة والاعسار.

١٥- وسوف يشارك بعض الدائنين المضمونين في اجراءات الاعسار لأن لديهم مطالبة مضمونة ومطالبة غير مضمونة على السواء. وهذا لا يقتصر على الحالات التي يكون فيها لدى الدائن التزامان مستقلان واحد منهما فقط مضمون. ويحدث ذلك أيضا عندما يكون الدائن المضمون منقوص الضمان (أي أن قيمة الموجودات المرهونة أقل من مبلغ الالتزام المضمون). وفي هذه الحالة يكون لدى الدائن المضمون مطالبة مضمونة بمقدار قيمة الموجودات المرهونة فقط ومطالبة غير مضمونة مساوية للفرق (انظر أيضا الباب ألف-٣-ب).

ب- التقييدات على انفاذ الحقوق الضمانية

١٦- يقيد العديد من قوانين الاعسار حقوق الدائنين في اللجوء إلى أي سبل انتصاف أو اجراءات قانونية ضد المدين بعد بدء اجراءات الاعسار، وذلك يفرض وقف الانفاذ أو ارجاءه. ويجوز أن يفرض الوقف إما تلقائيا أو بأمر قضائي. ويطبق عدد من النظم القانونية الوقف على كل من الدائنين المضمونين وغير المضمونين. وتنطبق على وقف انفاذ الحقوق الضمانية نفس الأسباب الداعية إلى ادراج الموجودات المرهونة في الحوزة. ولكن قد يكون

لتقييد قدرة الدائن المضمون على انفاذ حقه الضماني أثر سلبي على تكلفة الائتمان وتوافره. وينبغي لقانون الاعسار أن يوازن بين هاتين المصلحتين المتنافستين (انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرات ٦٩-٨٢).

١٧- والحاجة إلى وقف انفاذ الحق الضماني هي، باستثناء حالات قليلة (انظر الفقرة ١٣)، أقل شدة عندما تكون اجراءات الاعسار اجراءات تصفية. ففي معظم اجراءات التصفية، يتصرف ممثل الاعسار في الموجودات متفرقة عوضا عن بيع المنشأة التجارية كمنشأة عاملة. ويمكن اتباع نهوج مختلفة لتعليل ذلك. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يستثني نظام الاعسار الدائنين المضمونين من تطبيق الوقف، ولكن يمكنه أن يشجع التفاوض بين المدين المعسر والدائنين قبل بدء اجراءات الاعسار لتحقيق أفضل نتيجة لكل الأطراف. وقد يقضي نهج بديل بزوال مفعول الوقف بانقضاء مدة وجيزة محددة (٣٠ يوما مثلا)، ما لم يستصدر أمر قضائي يمد فترة سريان الوقف استنادا إلى أسباب محددة في قانون الاعسار. وقد تشمل هذه الأسباب اقامة الدليل على وجود امكانية معقولة ببيع المنشأة التجارية كمنشأة عاملة؛ وأن هذا البيع سيزيد في قيمة المنشأة إلى أقصى حد؛ وأن الدائنين المضمونين لن يصيبهم ضرر غير معقول.

١٨- وتساق حجة أقوى للوقف عندما تكون اجراءات الاعسار اجراءات اعادة تنظيم. فالهدف من هذه الاجراءات هو اعادة هيكلة كيان يحتمل أن يكون مجديا اقتصاديا لاستعادة عافية المنشأة وجدواها المالية وزيادة قيمة المردود إلى الدائنين إلى أقصى حد. وقد يشمل ذلك اعادة هيكلة الشؤون المالية للمنشأة بوسائل يذكر منها شطب الديون واعادة جدولة الديون وتحويل الديون إلى أسهم رأسمالية وبيع المنشأة كليا أو جزئيا كمنشأة عاملة. أما نقل الموجودات المرهونة من المنشأة فكثيرا ما يحبط محاولات مواصلة نشاط المنشأة وبيعها كمنشأة عاملة. وبناء عليه، يمكن لقانون الاعسار أن يوسّع نطاق تطبيق الوقف ليشمل الدائنين المضمونين طيلة المدة اللازمة لوضع خطة اعادة التنظيم وتقديمها إلى الدائنين.

١٩- وفي حالة وقف الاجراء الانفاذي المتخذ من جانب الدائن المضمون، ينبغي أن يوفر نظام الاعسار ضمانات لصون القيمة الاقتصادية للحقوق الضمانية. ويمكن أن تشمل هذه الضمانات الأوامر القضائية بسداد مدفوعات نقدية نظير الفائدة على المطالبة المضمونة، ومدفوعات للتعويض عن انخفاض قيمة الموجودات المرهونة، والتوسع في الحق الضماني ليشمل موجودات اضافية أو بديلة.

٢٠- وبالاضافة إلى ما تقدم، يمكن لقانون الاعسار أيضا أن يزيح عن كاهل الدائن المضمون عبء الوقف بالاذن لممثل الاعسار بالافراج للدائن المضمون عن الموجودات

المرهونة. وقد يكون من بين أسباب هذا الافراج الحالات التي تكون فيها الموجودات المرهونة غير ذات قيمة للحوزة وليست ضرورية لبيع المنشأة، أي الحالات التي يتعذّر أو يكون من الصعب جدا فيها صون قيمة الحق الضماني.

٢١- واذا كانت قيمة الموجودات المرهونة أكبر من قيمة المطالبة المضمونة، كان لحوزة الاعسار حق في الفائض. واذا لم يوجد اعسار، كان الدائن المضمون مسؤولا أمام الراهن عن فائض العائدات. واذا جرى التصرف في الموجودات ذاتها أثناء اجراءات الاعسار، توافر الفائض لتوزيعه على الدائنين الآخرين. وفيما يتعلق بمسألة من ينبغي له أن يتصرف في الموجودات المرهونة، ينبغي لقانون الاعسار أن يعالج مسألة ما اذا كان ينبغي أن تنطبق في اجراءات الاعسار نفس السياسات المنطبقة خارج نطاق الاعسار. فعلى سبيل المثال، اذا كان قانون المعاملات المضمونة يجيز للدائن المضمون أن يتصرف بالموجود خارج نظام الاعسار، كان السؤال هو ما اذا كان ينبغي أن يكون زمام التصرف في الموجودات المرهونة ذات الصلة أثناء الاعسار في يد الدائن المضمون لا في يد ممثل الاعسار.

ج- مشاركة الدائنين المضمونين في اجراءات الاعسار

٢٢- اذا كان مطلوبا من الدائنين المضمونين المشاركة في اجراءات الاعسار، ينبغي أن يكفل نظام الاعسار أن تكون المشاركة فعالة لحماية مصالح الدائنين المضمونين (انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرات ١٩٩-٢٠٣). فعل سبيل المثال، ينبغي أن يبين الإشعار المرسل إلى الدائنين معلنا بدء اجراءات الاعسار ما اذا كان الدائنون المضمونون بحاجة إلى تقديم مطالبة، واذا كان الأمر كذلك فالى أي مدى.[(١)]

٢٣- واضافة إلى ذلك، اذا نص قانون الاعسار على أن تقوم لجان الدائنين باسداء المشورة إلى ممثل الاعسار، وجب أن ينص كذلك على تمثيل واف لمصالح الدائنين المضمونين. ويجوز أن يشترك ممثلو الدائنين المضمونين في لجنة واحدة مع ممثلي الدائنين غير المضمونين، أو يمكن بدلا من ذلك أن ينص القانون على تشكيل لجنة مستقلة للدائنين المضمونين. ويمكن تبديد الشواغل المتعلقة باحتمال سيطرة مصالح الدائنين المضمونين على الاجراءات على حساب الدائنين الآخرين، وبتقييد المسائل التي يجوز للدائنين المضمونين التصويت عليها. فيمكن،

(1) فيما يتعلق بارسال إشعار إلى الدائنين الأجانب، انظر المادة ١٤ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود، والفقرات ١٠٦-١١١ من دليل اشتراع القانون النموذجي.

مثلا، جعل حق التصويت مقصورا على اختيار ممثل الاعسار والمسائل التي تمس مباشرة الموجودات المرهونة أو القيمة الاقتصادية للحقوق الضمانية.

د- سريان الحقوق الضمانية واجراءات الابطال

٢٤- ينبغي بوجه عام الاعتراف في اجراءات الاعسار بسريان الحق الضماني الذي يكون ساريا خارج الاعسار. ولكن ينبغي أن يرتكز أي طعن في سريان الحق الضماني في اجراءات الاعسار إلى نفس الأسباب التي يمكن التذرع بها للطعن في أي مطالبة أخرى. ويجيز العديد من النظم القانونية لممثل الاعسار، مثلا، أن يلغي ("يبطل") أي نقل احتيالي أو تفضيلي من جانب المدين المعسر أو يجعله عديم المفعول بوسيلة أخرى في غضون فترة معينة قبل بدء اجراءات ذلك الاعسار. ان منح الحق الضماني أو نقله هو بمثابة نقل للملكية خاضع لهذه الأحكام العامة، واذا كان ذلك النقل احتياليا أو تفضيليا وجب أن يكون لممثل الاعسار الحق في ابطال الحق الضماني أو جعله عديم المفعول بوسيلة أخرى. ويعني ذلك أن الحق الضماني الذي يكون ساريا بموجب نظام المعاملات المضمونة في نظام قانوني ما يجوز ابطاله في بعض الظروف بموجب نظام الاعسار المعمول به في النظام القانوني ذاته (انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرات ١٢٤-١٥١).

هـ- الأولوية النسبية للحقوق الضمانية

٢٥- يجب أن يحدد نظام المعاملات المضمونة ترتيب الأولوية في المطالبات بالموجودات المرهونة (انظر الفصل السابع). وقد تؤثر قوانين الاعسار في تلك الأولوية (انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرات ٢١٧-٢٣٣). فالعديد من القوانين، مثلا، يعطي الأولوية للمطالبات الخاصة بالأجور غير المدفوعة واستحقاقات الموظفين والضرر البيئي والضرائب الحكومية ("المطالبات الامتيازية"). وفي حين أن معظم النظم القانونية يعطي هذه المطالبات أولوية على المطالبات غير المضمونة دون غيرها، فان بعض النظم يتوسع في هذه الأولوية لتتقدم حتى على المطالبات المضمونة. ولكن من المستصوب أن تكون هذه الأنواع من الاستثناءات من الأولوية الأولى للدائنين المضمونين محدودة، لأنه كلما عظمت درجة عدم اليقين بشأن عدد هذه المطالبات ومبالغها عظم معها الأثر السلبي على توافر القروض الائتمانية وتكلفتها.

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: تركز الفقرة السابقة على الأولوية النسبية للدائنين المضمونين والتفضيليين. وفي الحالات التي تغير فيها قوانين الاعسار، عند وقوع

الاعسار، الترتيب السابق للاعسار للدائنين المضمونين والدائنين غير المضمونين، يمكن أن يصبح لدى الدائنين غير المضمونين حافز على بدء اجراءات الاعسار. ولئن كان ينبغي موازنة ذلك مع الحافز المقابل المتعلق بقيام الدائنين المضمونين بمراقبة المدينين، فسوف تكون هناك حاجة إلى وجود ضمانات في هذه النظم للحيلولة دون اساءة الدائنين غير المضمونين استعمال نظام الاعسار كوسيلة لتحصيل الديون. ومشروع الدليل التشريعي لقانون الاعسار لا يوصي بأي تغيير لأولوية الدائنين المضمونين النسبية على الدائنين غير المضمونين. ولعلّ الفريق العامل يود أن ينظر فيما اذا كان ينبغي ادراج المناقشة المتعلقة بهذه النقطة في مشروع الدليل التشريعي للمعاملات المضمونة.]

٢٦- وقد يتكبد ممثل الاعسار تكاليف في صيانة الموجودات المرهونة ويسدد هذه التكاليف من الأموال العامة لحوزة الاعسار. ولأن هذه النفقات تحفظ القيمة الاقتصادية للحق الضماني، فمن شأن عدم منح الأولوية على الدائن المضمون ازاء هذه المصروفات الادارية أن يتسبب في ثراء الدائن المضمون ثراء غير عادل على حساب الدائنين غير المضمونين. ولكن، للثني عن الانفاق غير المعقول، يمكن لقانون الاعسار أن يقصر الأولوية على التكلفة المعقولة للنفقات المتوقعة.

٢٧- ويجوز الاذن لممثل الاعسار بمنح الدائنين الذين يقدمون قرضا ائتمانيا لحوزة الاعسار حقا ضمانيا في موجودات مرهونة أصلا بحق ضماني أنشئ قبل بدء اجراءات الاعسار. والسؤال هنا هو ما اذا كان ينبغي أن يكون باستطاعة الدائنين المضمونين اللاحقين لبدء اجراءات الاعسار الحصول على أولوية على حقوق الدائنين المضمونين الموجودين. ففي النظم القانونية التي يعترف فيها بهذا النوع من الأولوية، قلما تعطى هذه الأولوية دون موافقة الدائنين المضمونين الذين سينحدرون في الأولوية (انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرات ١٨٧-١٩٠).

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر في تقديم شرح أوفى لأولوية التمويل اللاحق لبدء الاجراءات، بما في ذلك الشروط الدنيا التي قد تكون مقبولة لمنح دائن مضمون لاحق لبدء الاجراءات أولوية على دائن مضمون موجود من الأصل.]

و- خطط اعادة التنظيم

٢٨- ان الهدف الرئيسي من اجراءات اعادة التنظيم هو زيادة قيمة منشأة المدين (والمردود إلى الدائنين) إلى أقصى حد بوضع خطة لانقاذها (انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرات ٢٦١-٢٨٦). وقد يؤدي وقف الاجراءات أثناء وضع الخطة إلى ارجاء ممارسة حقوق الدائنين المضمونين ولكنه لا يؤثر بالضرورة على حقوقهم المضمونة الأساسية. ولكن ما أن يتم وضع الخطة حتى يثار السؤال عمن يجب أن يوافق على الخطة لكي تصبح نافذة المفعول (فيما يتعلق بموافقة الدائنين المضمونين على الخطة، انظر A/CN.9/WG.V/WP.58، الفقرات ٢٧٦-٢٧٧). وهناك سؤال آخر عمن يمكن أن يتقيد بهذه الخطة. فاذا لم يكن الدائنون المضمونون مقيدين بالخطة وكان من حقهم في النهاية الحصول على القيمة الاقتصادية الكاملة لحقوقهم الضمانية، لم تعد موافقتهم ضرورية لأن حقوقهم لن تتضرر.

٢٩- ولكن، بما أن عملية اعادة التنظيم لا تكون مجدية الا اذا تلقى الدائنون المضمونون أقل من القيمة الكاملة لمطالباتهم المضمونة، فان معظم نظم الاعسار تقضي بأن يوافق الدائنون على الخطة بأغلبية معينة في عدد المطالبات وقيمتها. وتسمح بعض النظم القانونية للدائنين المضمونين بالتصويت جماعيا على خطة تقترح الانتقاص من مطالباتهم. وعلى الرغم من أن هذا التصويت الجماعي للموافقة على الخطة يُلزم الدائنين المضمونين المنشقين، فان هذه النظم تقضي عادة بأن يتلقى هؤلاء المنشقون ما لا يقل عما كانوا سيتلقونه في اجراءات التصفية.

٣٠- ويتعين في معظم نظم الاعسار أن تقر المحكمة خطة اعادة التنظيم المقترحة. وقد يحدد قانون الاعسار في هذه النظم القانونية الأسباب التي يمكن للمحكمة أن ترفض الخطة بناء عليها. ومن هذه الأسباب احتمال ألا تكون الخطة المقترحة مجدية لأن الدائنين المضمونين ليسوا مقيدين بها ويجوز لهم نقل الموجودات المرهونة الأساسية من المنشأة الخاضعة لهذه الخطة. وفي هذه الظروف تجيز بعض النظم للمحكمة الزام الدائنين المضمونين بالتقيد بالخطة اذا استوفيت شروط معينة. وتشمل هذه الشروط الأمر باتخاذ تدابير لتوفير حماية كافية للقيمة الاقتصادية للحق المضمون.

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر في المعاملة التي تتلقاها الحقوق المضمونة في حالة اعادة الهيكلة خارج المحكمة، آخذا في الاعتبار المناقشة ذات الصلة التي أجراها الفريق العامل الخامس (قانون الاعسار) (انظر *A/CN.9/507*، الفقرة ٢٤٤ و *A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1*).]

باء- الملخص والتوصيات

٣١- ينبغي لنظام المعاملات المضمونة أن يضع قواعد واضحة بشأن الأولوية وأن ييسر الانفاذ ويسلّم بحرية الأطراف. وينبغي أن تكون أي استثناءات من القاعدة محدودة وواضحة وشفافة.

٣٢- وينبغي من حيث المبدأ أن تكون الموجودات المرهونة مشمولة بحوزة الاعسار. أما ما اذا كان ينبغي أن تشكل الموجودات الخاضعة لترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية أو نقله (انظر الفصل الثالث-ألف-٣) جزءا من الحوزة أم لا، فذلك أمر يتوقف على ما اذا كانت هذه الوسائل شبه الضمانية مشمولة بفئة عامة للحقوق الضمانية أم لا.

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما اذا كان ينبغي أن تكون ترتيبات نقل حق الملكية أو الاحتفاظ به مشمولة بفئة عامة للحقوق الضمانية.]

٣٣- واذا تعين على الدائنين المضمونين المشاركة في اجراءات الاعسار، وجب على نظام الاعسار أن يكفل أن تكون هذه المشاركة فعالة بقدر كاف لحماية مصالح الدائنين المضمونين.

٣٤- ويمثّل التمييز بين اجراءات الاعسار التي تستهدف تصفية موجودات المدين المعسر والاجراءات التي تستهدف انقاذ منشأة المدين المعسر عنصرا يدعم فكرة الاختلاف في معاملة الحقوق الضمانية في هذين النوعين من الاجراءات.

٣٥- وباستثناء حالات قليلة (انظر الفقرة ١٣)، فان الحاجة إلى وقف انفاذ الحق الضماني عندما تكون اجراءات الاعسار اجراءات تصفية هي أقل شدة وما هي عليه عندما تكون هذه الاجراءات اعادة تنظيم. وينبغي تعديل تطبيق هذا الوقف ومدته وأسباب الانتصاف منه وفقا لذلك. وعلى أي حال، ينبغي تزويد الدائنين المضمونين بضمانات تكفل حماية كافية للقيمة الاقتصادية لحقوقهم الضمانية اذا كان حقهم في انفاذ حقوقهم الضمانية قد أرجئ بموجب الوقف.

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما اذا كان ينبغي أن تنطبق على اجراءات الاعسار بوجه عام نفس السياسات الخاصة بتقرير من ينبغي أن يتصرف في الموجودات المرهونة خارج نطاق الاعسار.]

٣٦- ورهنا بأي اجراءات ابطال، ينبغي أن تكون الحقوق الضمانية الناشئة قبل بدء اجراءات الاعسار سارية أيضا في اجراءات الاعسار.

٣٧- وينبغي، كقاعدة عامة، ألا تغير اجراءات الاعسار أولوية المطالبات المضمونة السائدة قبل بدء اجراءات الاعسار. ويساعد اليقين والشفافية فيما يتعلق بأي استثناءات ضرورية على الحد من الأثر السلبي على توافر القروض الائتمانية وتكلفتها.

[ملاحظة موجهة إلى الفريق العامل: لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما اذا كان ينبغي أن يعطى التمويل اللاحق لبدء الاجراءات والمضمون بحقوق ضمانية في موجودات مرهونة من قبل أولوية على الدائنين المضمونين الذين لهم حقوق ضمانية في نفس الموجودات، واذا كان الأمر كذلك، فما هي الشروط.]