

Distr.: Limited
13 June 2003
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)
الدورة الرابعة
فيينا، ٨-١٢ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٣

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
١	٩٠-١	مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة.....
٣	٩٠-١	سابعاً- الأولوية.....
٣	٧٧-١	ألف- ملاحظات عامة.....
٣	٥-١	١- مفهوم الأولوية وأهميته.....
٤	١٧-٦	٢- قواعد الأولوية.....
٤	١١-٧	أ- قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل.....
٦	١٤-١٢	ب- الأولوية القائمة على الحيازة أو التحكم.....
٧	١٧-١٥	ج- قواعد الأولوية البديلة.....
٨	٥٩-١٨	٣- أنواع المطالبات المنازعة.....
٨	١٨	أ- الدائنون المضمونون الرضائيون الآخرون.....



الصفحة	الفقرات	
٩	٢٠-١٩	ب- الدائنون غير المضمونين
٩	٣٣-٢١	ج- بائعو الموجودات المرهونة
١٣	٤٣-٣٤	د- مشترو الموجودات المرهونة
١٦	٤٩-٤٤	هـ- الدائنون بحكم القضاء
١٨	٥٣-٥٠	و- الدائنون النظاميون (ذوو الأفضلية)
١٩	٥٧-٥٤	ز- الدائنون الذين يزيدون من قيمة الموجودات المرهونة أو يخزنونها
٢٠	٥٩-٥٨	ح- ممثلو الاعسار
٢١	٦٤-٦٠	٤- الأولوية في السلف الآجلة والممتلكات المحتازة فيما بعد
٢١	٦٢-٦٠	أ- السلف الآجلة
٢٢	٦٤-٦٣	ب- الممتلكات المحتازة فيما بعد
٢٣	٧٣-٦٥	٥- الأولوية في العائدات
٢٥	٧٥-٧٤	٦- التغيير الطوعي للأولويات: اتفاقات التنازل عن الأولوية
٢٥	٧٧-٧٦	٧- أهمية الأولوية قبل الإنفاذ
٢٦	٩٠-٧٨	باء- الملخص والتوصيات

سابعاً- الأولوية

ألف- ملاحظات عامة

١- مفهوم الأولوية وأهميته

١- يشير تعبير "الحق الضماني"، حسبما هو مستخدم في هذا الدليل، إلى حق عيني (أي حق في شيء ممتلك يقدم إلى الدائن ضماناً لتسديد التزام ما أو أدائه بأي شكل آخر). أما تعبير "الأولوية"، فيشير إلى مدى إمكان تمتع الدائن بالأفضلية في استخلاص المنفعة الاقتصادية من ذلك الحق مقابل أطراف أخرى يدعون مصلحة في الممتلك ذاته (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1، الفقرة ١٤، تعريف "الأولوية"). وكما ترد مناقشته أدناه، يمكن أن يشمل هؤلاء المطالبون المنازعون الأشخاص الحائزين لحقوق ضمانية رضائية في الممتلك، والحائزين لدين غير مضمون، وبائعي الممتلك ومشرته، والحائزين لحقوق ضمانية غير رضائية في الممتلك (مثل الحقوق الضمانية الناشئة عن أحكام قضائية أو بمقتضى قانون) وممثل اعسار المانح.

٢- ويمثل مفهوم الأولوية لبّ كل نظام قانوني ناجح يحكم الحقوق الضمانية. ومن المسلم به على نطاق واسع أن وجود قاعدة للأولوية ضروري لتعزيز توافر أشكال كثيرة من الائتمان المضمون القليل التكلفة. فالأولوية تتيح للمانحين أن ينشئوا أكثر من حق ضماني في موجوداتهم، ومن ثم أن يستغلوا كامل قيمة موجوداتهم للحصول على مزيد من الائتمان، وهذا واحد من الأهداف الرئيسية لأي نظام فعال وكفؤ بشأن المعاملات المضمونة (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1، الفقرة ٢٧). كما أنه ما دامت قواعد الأولوية واضحة وتفضي إلى نتائج قابلة للتنبؤ، يمكن للدائنين، حتى الدائنين غير المضمونين، أن يقيّموا مواقفهم قبل تقديم الائتمان وأن يتخذوا خطوات لحماية حقوقهم، مما يقلل من المخاطر على الدائنين ويحدث بالتالي أثراً إيجابياً في توافر الائتمانات وتكاليها.

٣- والدائن لا يقدم الائتمان عادة على أساس قيمة ممتلك معين الا اذا كان بوسعه أن يعرف، بدرجة عالية من اليقين وقت تقديم الائتمان، مدى ما تتمتع به المطالبات الأخرى من أولوية على حقه الضماني في ذلك الممتلك. والمسألة الأهم بالنسبة للدائن في هذا التحليل هي ما سيكون عليه ترتيب أولويته في حال اعسار المانح، وخصوصاً عندما يتوقع أن تكون الموجودات المرهونة هي المصدر الأساسي أو الوحيد لحصول الدائن على السداد. فما دام لدى الدائن أي تشكك بشأن أولويته وقت نظره في تقديم الائتمان فان هذا سيضعف من

ارتكابه إلى الموجودات المرهونة. وهذا التشكك قد يزيد من تكلفة الائتمان انعكاسا لنقصان قيمة الموجودات المرهونة بالنسبة للدائن، بل قد يدفع الدائن إلى رفض تقديم الائتمان كليا.

٤- وتقليلًا لهذا التشكك، من المهم أن تتضمن قوانين المعاملات المضمونة قواعد أولوية واضحة تؤدي إلى نتائج قابلة للتنبؤ. فوجود مثل هذه القواعد، إلى جانب آليات ناجحة للتأكد من الأولوية ومعرفتها يقينا وقت تقديم الائتمان، قد يكون مهما للدائنين كأهمية تفاصيل قواعد الأولوية ذاتها. وكثيرا ما يكون مقبولا للدائن أن تكون لبعض المطالبين المنازعين أولوية، ما دام بوسع الدائن أن يقرر، بدرجة عالية من اليقين، أنه سيستطيع في نهاية المطاف تسهيل جزء كاف من قيمة الموجودات المرهونة لسداد مطالبته في حال امتناع المانح عن التسديد. فعلى سبيل المثال، قد يكون الدائن على استعداد لتقديم ائتمان إلى المانح استنادا إلى قيمة مخزونه الحاضر والآجل، حتى وإن كان المخزون خاضعا لمطالبات سابقة من البائع الذي باع ذلك المخزون إلى المانح أو من صاحب أمين المستودع الذي خزن البضائع لصالح المانح، ما دام بوسع الدائن أن يقرر أن ذلك المخزون، حتى بعد تسديد تلك المطالبات، يمكن أن يباع أو يتصرف فيه بشكل آخر مقابل مبلغ يكفي لتسديد كامل مطالبته المضمونة. ومع أن التركيز في الدليل ينصب على الحقوق الضمانية الرضائية فمن الطبيعي أن أي نظام فعال بشأن المعاملات المضمونة يجب أن يتضمن أيضا قواعد لحل النزاعات المتعلقة بالأولوية بين الحقوق الضمانية الرضائية وغير الرضائية.

٥- ومن المهم ملاحظة أنه أيا كانت قاعدة الأولوية السارية في أي نظام قانوني، فلن يكون لها شأن يذكر إلا إذا كانت قواعد تنازع القوانين المنطبقة تقضي بأن تلك القاعدة هي الحاكمة. وترد مناقشة هذه المسألة في الفصل العاشر (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7، الفقرات ...).

٢- قواعد الأولوية

٦- يناقش هذا الباب مختلف النهج المحتملة لتحديد الأولوية. وتجدد الإشارة إلى إمكانية تعايش أكثر من قاعدة بهذا الشأن في النظام القانوني ذاته، طالما كان يمكن أن تنطبق على أنواع مختلفة من النزاعات المتعلقة بالأولوية.

أ- قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل

٧- حسبما ذكر أعلاه (انظر الفقرات ٢-٤)، يتطلب تعزيز توافر الائتمان القليل التكلفة تعزيزا فعالا إيلاء اهتمام لوضع قواعد أولوية تسمح للمانحين أن يستغلوا كامل قيمة

موجوداتهم في الحصول على ائتمانات، وتتيح للدائنين أن يعرفوا مرتبة أولويتهم بأعلى درجة من اليقين وقت تقديم الائتمان. وقد ذكر في الفصل الخامس (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرات ١٨٠٠...) أن من أنجح السبل لتوفير مثل هذا اليقين، في حالة الحقوق الضمانية غير الرضائية على الأقل، جعل الأولوية قائمة على استخدام نظام تسجيل عمومي.

٨- وفي كثير من النظم القانونية التي يوجد فيها نظام موثوق للتسجيل، تحدد الأولوية عموماً حسب ترتيب التسجيل، مع اعطاء الأولوية لمن يسجل أولاً (كثيراً ما يشار إليها بـ "قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل"). وفي بعض النظم القانونية، تنطبق هذه القاعدة حتى وإن لم يكن واحد أو أكثر من متطلبات انشاء الحق الضماني قد استوفى وقت التسجيل، مما يجنب الدائن الحاجة إلى البحث في نظام التسجيل مجدداً بعد استيفاء باقي متطلبات انشاء الحق الضماني. وهذه القاعدة توفر للدائن تيقناً من أنه حالما يسجل احتضاراً بحقه الضماني فلن يكون لأي حق آخر يسجل لاحقاً أولوية على حقه الضماني، فيما عدا الاستثناءات المحدودة التي تناقش في الباب ألف-٣ أدناه. وهذا التيقن يتيح للدائنين أن يقيّموا مدى أولويتهم بدرجة عالية من الثقة، ويقلل بالتالي من مخاطر الائتمانات التي يقدمونها. ويوفر هذا النظام أيضاً حماية لسائر الدائنين الموجودين أو المحتملين لأن التسجيل يتيح لهم العلم بوجود أو احتمال وجود الحق الضماني، فيمكنهم حينئذ اتخاذ خطوات لحماية أنفسهم. وبصرف النظر عما سبق، قد لا تكون قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل عرفاً جارياً في بعض الحالات (كما في حالة الحقوق الضمانية في المشتريات، التي تناقش في الباب ألف-٣-ج أدناه، أو حالة الدائنين بمقتضى القانون (الدائنين ذوي الأفضلية)، التي تناقش في الباب ألف-٣-و أدناه).

٩- ويرد توضيح لقاعدة أولوية الأسبق في التسجيل في المثالين ٢ و ٣ (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1، الفقرتين ١٨ و ٢٣). وفي هذين المثالين، يمتلك كل من المقرضين B و C حقيماً ضمانياً في جميع مخزونات ومستحقات منشأة Agrico الحاضرة واللاحقة. وبمقتضى قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل، تكون للمقرض الذي يسجل حقه الضماني في تلك المخزونات والمستحقات أولاً أولوية على الحق الضماني للمقرض الآخر، بغض النظر عن الوقت الذي استوفيت فيه جميع المتطلبات الأخرى لانشاء الحق الضماني لكل منهما.

١٠- ويقضي بعض النظم القانونية بأنه طالما أن التسجيل يجري خلال "فترة سماح" معينة بعد التاريخ الذي يُنشأ فيه الحق الضماني، يجب أن تستند الأولوية إلى تاريخ الانشاء لا إلى تاريخ التسجيل. ومن ثم، فإن الحق الضماني الذي ينشأ قبل حق آخر ولكن يسجل بعده

يمكن أن تظل له الأولوية على ذلك الحق الآخر، طالما سجل الحق الضماني الأول خلال فترة السماح المنطبقة. ومن ثم، فإن تاريخ التسجيل، إلى حين انقضاء فترة السماح، ليس مقياساً موثوقاً لتحديد مرتبة أولوية الدائن، وهو ما يفضي إلى كثير من التشكك. أما في النظم القانونية التي لا توجد فيها فترة سماح من هذا القبيل، فلا يضير ذلك الدائنين لأنهم يستطيعون دائماً حماية أنفسهم بالتسجيل في الوقت المناسب. ومن ثم، فمنعاً لضعاف اليقين الذي توفره قاعدة الأسبق في التسجيل، يحرص بعض النظم القانونية استخدام فترات السماح في حالات نادرة، مثل '١' الحقوق الضمانية في المشتريات الخاصة بالمعدات (انظر الفقرات ٢١-٢٩)، أو '٢' الحالات التي يكون فيها تسجيل الحق قبل انشائه أو بالتزامن معه متعذراً من الناحية اللوجستية، أو '٣' عندما يتعذر تقليص الفارق الزمني بين الانشاء والتسجيل إلى حد أدنى باستخدام التسجيل الإلكتروني أو غيره من تقنيات التسجيل.

١١ - وتحديد مرتبة الأولوية تبعاً لتوقيت التسجيل يمكن أن يسري حتى وإن اكتسب الدائن حقه الضماني مع علمه فعلاً بوجود حق ضماني غير مسجل. فالتقييدات التي تستند إلى العلم الفعلي تتطلب تقصياً نوعياً للوقائع وتجعل عمليات التسجيل عرضة للطعن، مما يخلق قضية نزاعية جديدة وحافزا لمهاجمة عمليات التسجيل. وكل هذا يضعف اليقين فيما يتعلق بوضعية الأولوية ويحد بالتالي من كفاءة النظام وفعاليتيه. وكما في حالة فترات السماح، ليس في هذا النهج غبن للدائنين المضمونين، لأن بوسعهم دائماً حماية أنفسهم التسجيل في الوقت المناسب.

ب- الأولوية القائمة على الحيازة أو التحكم

١٢ - حسب ما وردت مناقشته في الفصلين الثالث والخامس (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2، الفقرات ٥-١٤، وA/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2، الفقرات ...)، تمثل الحقوق الضمانية الحيازية تقليدياً عنصراً هاماً في قوانين الاقراض المضمون في معظم النظم القانونية. وإدراكاً لذلك، يمكن أيضاً تحديد الأولوية، حتى في بعض النظم القانونية التي توجد فيها قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل استناداً إلى تاريخ حصول الدائن على حيازة الموجودات المرهونة أو السيطرة عليها، دون اشتراط التسجيل. وفي هذه النظم، كثيراً ما تعطى الأولوية للدائن الذي سجل قبل غيره إخطاراً بحقه الضماني في نظام التسجيل أو حصل قبل غيره على حق ضماني بالحيازة أو السيطرة.

١٣ - وفي حالة أنواع معينة من الموجودات المرهونة، كثيراً ما يشترط الدائنون تمتعهم بالحيازة أو السيطرة عليها منعاً للتصرف فيها بشكل محظور من جانب المانح (كما في حالة

صكوك مثل الأوراق المالية الاستثمارية ذات الشهادة، أو مستندات ملكية مثل سندات الشحن أو ايصالات الايداع في المخازن). وفيما يتعلق بهذه الأنواع من الموجودات، يمكن ارساء أولوية أي حق ضماني إما بالحيازة أو السيطرة وإما بالتسجيل. والحق الضماني الذي يصبح نافذا (يُجعل نافذا) تجاه أطراف ثالثة بالحيازة أو السيطرة له أولوية على الحق الضماني الذي يُجعل نافذا بالتسجيل فحسب، حتى وان حدث التسجيل أولا. أما في النظم القانونية التي لديها نظام للتسجيل فلا يسمح بوجود نظم أولوية بديلة إلى جانب قاعدة الأسبق في التسجيل، فيما عدا استثناءات نادرة مثل هذه.

١٤ - وفي النظم القانونية التي يمكن فيها ارساء الأولوية إما بالتسجيل وإما بالحيازة أو السيطرة، ينشأ تساؤل عما اذا كان ينبغي أن يسمح للدائن المضمون الذي أرسى أولويته في البداية بطريقة ما أن يبدلها بطريقة أخرى، دون أن يفقد مرتبة أولويته الأصلية فيما يتعلق بالموجودات المرهونة. وليس هناك من حيث المبدأ ما يمكن الاعتراض عليه في السماح للدائن بالاحتفاظ بأولويته، شريطة ألا يكون هناك انقطاع في استمرارية التسجيل أو الحيازة أو السيطرة، بحيث يكون الحق الضماني خاضعا لأحدى الطرائق في جميع الأوقات.

ج- قواعد الأولوية البديلة

١٥ - تستند الأولوية في بعض النظم القانونية إلى تاريخ انشاء الحق الضماني مقابل تاريخ التسجيل (وهذا شكل آخر من قاعدة الأسبق زمنيا). وقد اعتمد هذا النهج في معظم النظم القانونية التي تسمح بالحقوق الضمانية غير الحيازية ولكن لم تعتمد بعد نظاما موثوقا للتسجيل أو أي نظام تسجيل بتاتا. ففي تلك النظم، يتأكد الدائن عادة من وجود أو عدم وجود مطالبات منازعة من خلال اقرارات يقدمها المانح أو معلومات متاحة في السوق.

١٦ - وفي نظم قانونية أخرى، تستند الأولوية، فيما يتعلق بأنواع معينة من الموجودات مثل المستحقات، إلى الوقت الذي يجري فيه ابلاغ المدينين على المستحقات ("المدينين الحسابيين") بوجود الحق الضماني. وهذا النظام، شأنه شأن النظام الموصوف في الفقرتين السابقتين والتالية لهذه الفقرة، لا يساعد على توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة لأنه لا يتيح للدائن أن يقرر، بدرجة كافية من التيقن عند تقديم الائتمان، ما اذا كانت هناك حقوق ضمانية منازعة. غير أنه في حالة الحقوق الضمانية في المستحقات، وحتى ان لم يكن اخطار المدينين الحسابيين شرطا لنفاذ ذلك الحق الضماني تجاه أطراف ثالثة، يظل الاخطار أمرا مهما ازاء أمور أخرى مثل ابراء ذمة المدين الحسابي بالسداد إلى الشخص الصحيح أو انفاذ الحق تجاه المدين الحسابي، حتى في النظم القانونية التي اعتمدت نظاما للتسجيل.

١٧- وترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية هي خير مثال للحقوق الضمانية التي لا تخضع لشرط التسجيل في معظم النظم القانونية التي تعترف بتلك الحقوق وليس لديها نظام شامل بشأن الضمانات (أي نظام تعتبر فيه تلك الحقوق حقوقاً ضمانية خاضعة للتسجيل). ويحتاج في تلك النظم القانونية بأن هذا النظام ليس بسيطاً فحسب بل وناجع التكلفة، لأن ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية لا تكون عادة خاضعة لفوائد مصرفية. غير أن حسن اشتغال هذا النظام في بعض البلدان لا يعني بالضرورة أنه يمكن أن يكون نموذجاً مفيداً. فأولاً، ليس هناك نظام أو أحد، لأن هناك تبايناً واسعاً بين البلدان التي تتبع هذا النظام (فئة بلد واحد على الأقل يخضع ترتيبات الاحتفاظ بحق الملكية لنظام تسجيل). وثانياً، من شأن هذا أن يكبح التنافس مع سائر الدائنين المحتملين إلى حد يجعل تلك الترتيبات متاحة للموردين فحسب، كما هو الحال في بعض البلدان). وثالثاً، على الرغم من أن تلك الترتيبات كثيراً ما تكون غير خاضعة للفوائد المصرفية، فقد يصبح الائتمان في غياب التنافس أمهظ تكلفة، إذ يمكن إدماج تلك التكلفة الأعلى في صلب تكلفة البضاعة حتى وإن لم تجسد في فوائد مصرفية. وأخيراً، على الرغم من أن تلك النظم قد تكون فعالة جداً في النظم القانونية التي لديها اقتصاد ائتماني ناضج فمن المقبول عموماً أن انشاء نظام قائم على أسبقية التسجيل هو السبيل الأنجع لاستحداث اقتصاد ائتماني على وجه السرعة في بلد ليس لديه اقتصاد من هذا القبيل.

٣- أنواع المطالبات المنازعة

أ- الدائنون المضمونون الرضائيون الآخرون

١٨- حسبما ورد أعلاه (انظر الفقرات ٢-٤)، ثمة نظم قانونية كثيرة تسمح للمانح بأن يمنح أكثر من حق ضماني في الموجودات ذاتها، وهي تركز في تحديد الأولوية النسبية لتلك الحقوق الضمانية على قاعدة الأولوية السارية فيها (قاعدة الأسبق في التسجيل أو قاعدة أخرى)، أو على اتفاق الدائنين (انظر الفقرتين ٧٦-٧٧). والسماح بوجود عدة حقوق ضمانية في الموجودات ذاتها على هذا النحو يمكن المانح من استخدام القيمة الكامنة في الموجودات للحصول على ائتمان من مصادر متعددة، مما يفسح المجال لاستغلال الامكانيات الاقتراضية الكامنة في تلك الموجودات.

ب- الدائنون غير المضمونين

١٩- كثيرا ما يتكبد المانح ديونا ليست مضمونة بحقوق ضمانية. وكثيرا ما تمثل هذه المطالبات العامة غير المضمونة الجانب الأكبر من التزامات المانح المعلقة.

٢٠- ومع أن البعض يشكك في عدالة اعطاء الدائنين المضمونين أولوية على الدائنين غير المضمونين فمن المسلم به أن ذلك ضروري لتعزيز توافر الائتمان المضمون. ويمكن للدائنين غير المضمونين أن يتخذوا خطوات لحماية مصالحهم، مثل مراقبة وضع الائتمان، أو اشتراط الضمانة في حالات معينة، أو تحميل فوائد مصرفية على المبالغ المستحقة الماضية، أو تحويل مطالباتهم إلى أحكام قضائية (حسبما ترد مناقشته في الباب ألف-٣-٥ أدناه) في حال عدم السداد. واطافة إلى ذلك، من شأن الحصول على ائتمان مضمون أن يزيد من رأس المال العامل لدى المانح، مما يفيد في كثير من الأحيان الدائنين غير المضمونين بزيادة احتمال سداد الدين غير المضمون. ومن ثم، فمن العناصر الأساسية في أي نظام فعال للائتمان المضمون أن تكون للمطالبات المضمونة، المتحصل عليها بصورة سليمة، أولوية على المطالبات العادية غير المضمونة. وأخيرا، ثمة نظم قانونية كثيرة تعطي بعض فئات الدائنين، الذين هم غير مضمونين لولا ذلك، أولوية خاصة بمقتضى القانون (حسبما ترد مناقشته في الباب ألف-٣-٥ أدناه).

ج- بائعو الموجودات المرهونة

١٤٠ الحقوق الضمانية في المشتريات

٢١- يحتاز المانح موجوداته عادة بشرائها. فاذا حدث الشراء بائتمان مقدم من البائع أو بتمويل من مقرض ("تمويل مشتريات") انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1، الفقرات ١٦-١٨، و A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1، الفقرات (...)، وحصل البائع أو المقرض على حق ضمان في البضاعة المحتازة كضمانة لتمويل تلك المشتريات، وجب ايلاء اعتبار لأولوية ذلك الحق الضماني مقارنة بما تحوزه أطراف أخرى من حقوق ضمانية في البضاعة ذاتها.

٢٢- واعترافا بأن تمويل المشتريات يمثل وسيلة فعالة لتزويد المنشآت التجارية براس المال الضروري لاحتياز بضاعة معينة، يقضي بعض النظم القانونية بأن تكون لحائزي الحقوق الضمانية في المشتريات أولوية على سائر الدائنين (من فيهم الدائنون الذين لهم حق ضماني في تلك البضاعة سجّل قبل ذلك) فيما يتعلق بالبضاعة المحتازة بواسطة عائدات تمويل

المشتريات، طالما سجل الحق الضماني في المشتريات في غضون وقت مناسب (قد ينطوي على "فترة سماح" في حالة أنواع معينة من الموجودات).

٢٣- وهذه الأولوية المرتفعة (التي يشار إليها أحيانا بـ "الأولوية الفائقة") تمثل استثناء بارزا من قاعدة أولوية الأسبق في التسجيل، التي نوقشت في الباب ألف-٢-أ أعلاه، له أهمية في تعزيز توافر تمويل المشتريات. وحسبما أوضح في المثالين ٢ و ٣ (انظر الفقرتين ٢٣ و ٢٦ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)، كثيرا ما تمنح المنشآت التجارية حقوقا ضمانية في كل أو بعض مخزونها ومعداتها الحالية والمحتازة لاحقا من أجل الحصول على التمويل. وفي هذه الحالات، اذا لم تعط الحقوق الضمانية في المشتريات أولوية مرتفعة فلن يكون بوسع ممولي المشتريات أن يرتكوا كثيرا إلى حقوقهم الضمانية، لأن ترتيبها من حيث الأولوية سيأتي خلف الحقوق الضمانية الأخرى. ففي المثال ١ (انظر الفقرات ١٨-٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)، سوف يتلأ كل من البائع A والمقرض A والمؤجر A في تقديم تمويل للمشتريات اذا كانت حقوقهم الضمانية ستعطى أولوية أدنى من الحقوق الضمانية القائمة للمقرض B في المثال ٢ والمقرض C في المثال ٣.

٢٤- واعطاء أولوية مرتفعة للحقوق الضمانية في المشتريات لا يعتبر في العادة مجحفا بحقوق دائني المانح الآخرين، لأن تمويل المشتريات لا يُنقص من حوزة المانح (أي صافي موجوداته أو صافي قيمة ثروته)، بل يثري الحوزة بموجودات جديدة مقابل الالتزامات الخاصة بثمن الشراء. فعلى سبيل المثال، لا يفضي تمويل أي مشتريات إلى اضعاف الموقف الضماني لكل من المقرضين B و C في المثالين ٢ و ٣، لأهمما يحتفظان بكل موجوداتهما المرهونة اضافة إلى حق ضماني ذي أولوية أدنى من الحق الضماني في ثمن شراء البضائع الجديدة الممولة بالمعاملة الائتمانية الشرائية.

٢٥- وتشجيعا لتوافر التمويل الخاص بالمشتريات دون تثبيط الائتمانات المضمونة العامة، من المهم ألا تسري الأولوية المرتفعة المعطاة للحقوق الضمانية في المشتريات الا على البضائع المحتازة بذلك الشراء، وليس على أي من موجودات المانح الأخرى.

٢٦- وفي بعض النظم القانونية، لا تخضع الحقوق الضمانية في المشتريات للتسجيل (لأسباب نظرية منها أن بئعي البضائع قد يكونون من غير المتحذلقين فلا يتوقع منهم أن يسجلوا حقهم الضماني أو أن يبحثوا في السجل). بيد أنه ثمة نظم قانونية أخرى تخضع الحقوق الضمانية في المشتريات للتسجيل منعا لارتكان الدائنين الآخرين، على سبيل الخطأ، إلى الموجودات الخاضعة للحقوق الضمانية في المشتريات (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرات ...).

٢٧- ومن منظور الدائن المنازع، سيكون من المفيد اشتراط تسجيل اخطار بالحق الضمائي وقت الحصول على ذلك الحق. وهذا يعني أنه يمكن لأي دائن أن يبحث في نظام التسجيل ويتحقق يقينا، وقت البحث، مما اذا كان أي من موجودات المانح الحالية خاضعا لحقوق ضمانية في المشتريات. غير أن بعض النظم تيسيرا للتمويل الفوري في قطاعي بيع المعدات وتأجيرها، يتيح فترة سماح لتسجيل الحقوق الضمانية في المشتريات عندما تكون الموجودات المرهونة عبارة عن معدات. وبغية الموازنة بين المصالح المتنازعة على أنجع نحو ممكن، يجب أن تكون فترة السماح هذه طويلة بما فيه الكفاية بحيث لا يمثل شرط التسجيل عبئا مفرطا على ممولي المشتريات، ولكن قصيرة بما فيه الكفاية بحيث لا يضطر الدائنون المضمونون الآخرون إلى الانتظار فترات طويلة قبل أن يتمكنوا من البحث في السجل ومعرفة ما اذا كانت توجد أي حقوق ضمانية منازعة.

٢٨- ولا تسري فترة السماح هذه في العادة على عمليات التسجيل المتعلقة بالحقوق الضمانية في المخزونات المشتراة. وبدلا من ذلك، وبغية الحصول على أولوية فائقة في المخزونات، يقضي بعض النظم القانونية بأن يقوم حائز ذلك الحق الضمائي، اضافة إلى التسجيل، بتوجيه اخطار بذلك الحق إلى سائر حائزي الحقوق الضمانية الموجودين. والحجة الداعمة لاشتراط ذلك الاخطار هي ضرورة تنبيه الممولين بالمخزونات إلى الحقوق الضمانية في المشتريات لكي لا يقدموا قروضا اضافة بضمانة المخزونات الموجودة لدى المدين عن اعتقاد خاطئ بأنه ستكون لهم أولوية عليا في تلك المخزونات. ولازالة هذا الخطر على نحو آخر، يلزم أن يفحصوا السجل يوميا قبل كل سلفة جديدة على المخزونات لكي يطمئنوا إلى عدم وجود حقوق مطالب بها في تلك المخزونات المشتراة (وهذا أمر يمكن أن يزيد من تكلفة ذلك التمويل زيادة ملحوظة)، بل ان الفحص اليومي لن يكون كافيا اذا ما اعطيت فترة سماح لتسجيل الحقوق الضمانية في المشتريات.

٢٩- وثمة أمر سياساتي هام يجب البت فيه لدى اسناد أولوية فائقة لتمويل المشتريات، هو ما اذا كان ينبغي أن تتاح تلك الأولوية لبائعي البضائع فحسب أم أن تمتد أيضا لتشمل المصارف وسائر المقرضين الذين يمولون احتياز البضائع. والحجج الداعمة لقصر تلك الأولوية على البائعين تنحو إلى أن تكون تاريخية، وتمثل في أن التمويل المقدم من الموردين (في شكل ترتيبات احتفاظ بحق الملكية مثلا قد استحدثت) كبديل زهيد التكلفة وناجع للتمويل المصرفي. أما الحجة الرئيسية الداعمة لمثل تلك الأولوية إلى المصارف وسائر المقرضين فهي أن هذه المساواة في المعاملة تعزز التنافس، الذي يفترض أن يكون له بالتالي تأثير ايجابي على توافر الائتمان وتكلفته.

٢٤ مطالبات الاسترجاع

٣٠- في بعض النظم القانونية، يجوز للمورد الذي يبيع بضاعة على أساس ائتمان غير مضمون أن يسترجع تلك البضاعة من المشتري في غضون فترة زمنية معينة (تعرف بـ "فترة الاسترجاع"). ويكون هذا الاسترجاع ممكناً بعد أن يكتشف المورد أن المشتري أصبح خاضعاً لاجراءات اعسار أو هو معسر بأي نحو آخر. وعقب ارجاع البضاعة إلى البائع، عادة ما يعتبر اتفاق البيع الذي بيعت البضاعة أصلاً بمقتضاه منتهياً.

٣١- ومع أن المورد يريد جعل فترة الاسترجاع طويلة قدر الامكان لحماية لمصالحه، فسوف يمتلك الدائنون الآخرون في تقديم ائتمان يستند إلى موجودات خاضعة لمطالبات استرجاع محتملة. وعلاوة على ذلك، إذا كان لدى المورد قلق حقيقي من مخاطر الائتمان فيمكن له أن يصر على حق ضماني في البضاعة المشتراة التي يوردها على أساس ائتماني. ومن ثم، فعلى الرغم من أن وجود مطالبة الاسترجاع هام لكي يكون للموردين بعض الحقوق في البضاعة التي يوردها على أساس ائتمان غير مضمون، ينبغي أن تكون فترة الاسترجاع قصيرة (٣٠-٤٥ يوماً كحد أقصى) لكي لا تؤدي إلى اعاقه الاقراض عامة.

٣٢- وثمة اعتبار سياسي هام هو ما إذا كان ينبغي أن تكون لمطالبات الاسترجاع المتعلقة ببضائع معينة أولوية على ما هو قائم أصلاً من حقوق ضمانية في البضائع ذاتها. والمسألة بعبارة أخرى، هي أنه إذا كانت مخزونات المشتري، بما فيها السلع المطلوب استرجاعها، خاضعة لحقوق ضمانية سارية المفعول لصالح ممول آخر، فهل ينبغي أن تعاد البضاعة المطالب باسترجاعها إلى البائع خالصة من تلك الحقوق الضمانية. وفي بعض النظم القانونية، تكون مطالبة الاسترجاع ذات مفعول رجعي فتعيد البائع إلى ذات الوضع الذي كان قائماً قبل البيع (أي حائزاً لبضاعة ليست خاضعة لأي حقوق ضمانية لصالح دائني المشتري). غير أن هناك نظماً قانونية أخرى تقضي بأن تظل البضاعة خاضعة للحقوق الضمانية القائمة من قبل، على أساس أن أي نتيجة أخرى ستكون غير منصفة لشخص كان دائناً للمشتري من قبل وارتكن إلى وجود تلك البضاعة لدى تقديمه الائتمان، كما ستزيد من التشكك وتثبط بالتالي التمويل بالمخزونات.

٣٣- وفي نظم قانونية كثيرة، تنقضي مطالبات الاسترجاع الخاصة ببضائع معينة عندما تندمج تلك البضائع ببضائع أخرى في عملية الصنع أو تفقد هويتها على أي نحو آخر.

د- مشترو الموجودات المرهونة

٣٤- يمكن للمانح أيضا أن يبيع بضائع خاضعة لحقوق ضمانية قائمة. وفي هذه الحالة، تكون للمشتري مصلحة في استلام الموجودات خالصة من أي حق ضماني، بينما تكون للدائن المضمون الموجود أصلا مصلحة في صون حقه الضماني في الموجودات المباعة. ومن المهم أن تعالج قاعدة الأولوية كلتا هاتين المصلحتين وأن توجد توازنا مناسباً بينهما. وإذا ما تضررت حقوق الدائن المضمون، عندما يقوم مانح الحق اليه ببيع الموجودات المرهونة، نقصت قيمة تلك الموجودات كضمانة نقصانا شديداً، مما يحد من توافر الائتمان القليل التكلفة المستند إلى قيمة تلك الموجودات.

٣٥- ويحاجج في بعض الأحيان بأن الدائن المضمون لا يتضرر ببيع الموجودات خالصة من الحق الضماني طالما احتفظ الطرف المضمون بحق ضماني في عائدات البيع. بيد أن هذا لن يحمي بالضرورة الدائن المضمون، لأن العائدات كثيراً ما تكون أقل أهمية لدى الدائن من الموجودات المرهونة الأصلية. وفي كثير من الأحيان، قد تكون قيمة العائدات كضمانة للدائن ضئيلة أو معدومة (مثل المستحق الذي لا يمكن تحصيله). وفي حالات أخرى، قد يصعب على الدائن أن يتعرف على العائدات، وبالتالي قد تكون مطالبته بما ضربا من الوهم. كما يحتمل أن تتعرض العائدات، حتى وإن كانت ذات قيمة لدى الدائن المضمون، للتبديد من جانب البائع الذي يتسلمها، تاركا الدائن بلا شيء.

١٤- نهج سياق العمل المعتاد

٣٦- تتبع النظم القانونية عدداً من النهج المختلفة لتحقيق هذا التوازن بين مصالح الدائنين المضمونين والأشخاص الذين يشتررون الموجودات المرهونة من المانحين الحائزين. ومن النهج المتبعة في كثير من النظم القانونية أن يُنص على أن قيام المانح، ضمن سياق عمله المعتاد، ببيع الموجودات المرهونة في شكل مخزونات سيفضي تلقائياً إلى زوال ما للدائن المضمون من حقوق ضمانية في تلك الموجودات، دون أي تصرف إضافي من جانب المشتري أو البائع أو الدائن المضمون. وتستتبع هذه القاعدة أن يبيع المخزونات خارج السياق المعتاد لعمل المانح لن يؤدي إلى انقضاء أي حقوق ضمانية، وأنه يجوز للدائن المضمون، في حال تقصير المانح، أن ينفذ حقه الضماني في المخزونات الموجودة لدى المشتري (ما لم يكن الدائن المضمون قد وافق على البيع، طبعاً).

٣٧- وهذا النهج، حسبما يقال، يوفر أساساً بسيطاً وشفافاً لتقرير ما إذا كانت البضائع قد بيعت خالصة من الحقوق لضمانية. ففي حالة تجارة السيارات مثلاً، من الواضح أن قيام

تاجر السيارات ببيع سيارة إلى مستهلك ما هو بيع للمخزون ضمن السياق المعتاد لعمل ذلك التاجر، وينبغي أن يأخذ المستهلك السيارة تلقائياً خالصة من أي حقوق ضمانية لصالح دائني التاجر. أما قيام التاجر ببيع كثير من السيارات بالجملة إلى تاجر آخر فيفترض أنه لا يندرج ضمن السياق المعتاد لعمل التاجر. وهذا النهج يتسق مع ما هو متوقع تجارياً، بأن يبيع المانح مخزونه من البضائع (بل يجب عليه في الواقع أن يبيعها ليكون قادراً على الاستمرار)، وبأن مشتري البضائع سيأخذونها خالصة من الحقوق الضمانية القائمة. فبدون هذا الاعفاء ستكون قدرة المانح على بيع البضائع ضمن السياق المعتاد لعمله معطلة إلى حد بعيد، لأنه سيكون على المشتري أن يتقصوا المطالبات الواقعة على البضائع قبل أن يشتروها. وهذا سيؤدي إلى زيادة كبيرة في تكاليف المعاملة وإلى تعطيل المعاملات الجارية ضمن السياق المعتاد تعطيلًا شديدًا.

٣٨- وتشجيعاً لمثل هذه المعاملات الجارية ضمن السياق المعتاد، ينص كثير من النظم القانونية على أن يحصل المشتري في هذه المعاملات على الموجودات خالصة من أي حق ضماني، حتى وإن كان المشتري على علم فعلي بذلك الحق. بيد أن هذا الاستثناء يكون محدوداً في بعض النظم القانونية إذا كان لدى المشتري علم بأن البيع جرى خلافاً لاتفاق بين البائع ودائنه على أن الموجودات لن تباع دون موافقة الدائن.

٣٩- أما بشأن البيع الذي يجري خارج السياق المعتاد لعمل المانح، فما دام الحق الضماني للدائن خاضعاً للتسجيل في نظام تسجيل موثوق ويسهل الوصول إليه، يمكن للمشتري أن يحمي نفسه بالبحث في نظام التسجيل لمعرفة ما إذا كانت الموجودات التي سيشتريها خاضعة لحق ضماني، وأن يلتزم في هذه الحالة من الدائن المضمون اسقاط ذلك الحق الضماني. وقد يجدر النظر فيما إذا كان ينبغي استثناء الأشياء الزهيدة الثمن من هذه القاعدة، لأن تكاليف البحث التي يتكبدها المشترون المحتملون قد لا تكون مبررة فيما يتعلق بتلك الأشياء. ومن ناحية أخرى، قد يجاحج بأنه إذا كان الشيء زهيد الثمن فعلاً فلا يرحح أن يقوم الدائن المضمون بانفاذ حقه الضماني إزاء الموجودات التي في يد المشتري. كما أن تحديد ما هي الأشياء التي ثمنها زهيد بما يكفي لاستثنائها سيؤدي إلى وضع حدود اعتباطية يتعين تنقيحها باستمرار تبعاً لتقلبات الثمن الناشئة عن التضخم وغيره من العوامل. ومن ثم، قد يكون من الأفضل ألا ينص على استثناء من هذا القبول.

٤٠- وفي بعض البلدان التي لديها نظام تسجيل يمكن البحث فيه حسب اسم المانح فقط، لا حسب وصف الموجودات المرهونة، يحصل المشتري الذي يشتري الموجودات من بائع كان قد اشتراها من المانح ("المشتري النائي") على تلك الموجودات خالصة من الحقوق

الضمانية التي منحها المانح. ويؤخذ بهذا النهج لأنه سيصعب على المشتري النائي أن يكتشف وجود حق ضماني منحه مالك سابق للموجودات المرهونة. وكثيرا ما يكون المشترون الناؤون على غير علم بأن المالك السابق كان في وقت من الأوقات مالكا للموجودات ولا يكون لديهم سبب لاجراء بحث تحت اسم المالك السابق.

٤١ - ومن العيوب المحتملة لنهج السياق المعتاد للعمل أنه قد لا يكون على الدوام واضحا للمشتري (خصوصا في التجارة الدولية) ما هي الأنشطة المدرجة أو غير المدرجة ضمن السياق المعتاد لعمل البائع. وثمة عيب محتمل آخر هو أنه إذا كانت هذه القاعدة سارية على بيع المخزونات فحسب وليس على سائر البضائع فقد يحدث لدى المشتري تشوش بشأن ما إذا كانت البضاعة التي سيشتريها تمثل مخزونا من وجه نظر البائع. ومن ناحية أخرى، يجدر الإشارة إلى أنه من المرجح جدا، في أي علاقة طبيعية بين المشتري والبائع، أن يكون المشتري على علم بما هية العمل التجاري الذي يمارسه البائع. كما أن هذا النهج يعالج حاجة عملية معالجة فعالة دون اضعاف الائتمان المضمون أو احداث تعقيدات لا داعي لها. وعلاوة على ذلك، لا تنطبق هذه العيوب المحتملة على تجارة التجزئة (حيث يفترض أن يكون البيع ضمن السياق المعتاد لعمل البائع، ولا يحتاج المشتري إلى فحص السجل)، بينما يمكن للمشتريين في حالات أخرى أن يحموا أنفسهم بالتفاوض مع البائعين (ودائنيهم المضمونين) للحصول على الموجودات خالصة من أي حق ضماني.

٢٤٦ نهج افتراض حسن النية

٤٢ - ثمة نهج آخر تتبعه بعض النظم القانونية ازاء هذه المشكلة. هو النص على أن يأخذ المشتري البضاعة خالصة من أي حق ضماني فيها إذا ما اشتراها "عن حسن نية" (أي بدون علم فعلي أو استدلالى بوجود الحقوق الضمانية). ومن الحجج الداعمة لهذا النهج أن "حسن النية" مفهوم معروف في جميع النظم القانونية وأن هناك تجارب لا بأس بها في تطبيق هذا المفهوم على الصعيدين الوطني والدولي. كما حوجج بأنه ينبغي افتراض أن المشتري يتصرف بحسن نية ما لم يثبت عكس ذلك.

٤٣ - وهناك عدة نهج محتملة تسعى إلى التوليف بين نهج "افتراض حسن النية" ونهج "سياق العمل المعتاد". ومن هذه النهج أن يُنص على أن يكون "سياق العمل المعتاد" هو المعيار الرئيسي، على أن يطبق معيار "افتراض حسن النية" في حالة "المشتري النائي" المذكورة أعلاه (انظر الفقرة ٤٠). ففي تلك الحالة، يأخذ المشتري النائي البضاعة خالصة من الحقوق الضمانية التي أنشأها الطرف الذي اشترى بائعها المباشر البضاعة منه، ما لم يكن لدى

المشتري النائي علم فعلي أو استهلاكي بوجود الحقوق الضمانية. ومع أن هذا النهج قد يفتح السبيل دون قصد أمام اساءة الاستعمال، إذ قد يقوم المانح باحباط حقوق الدائن المضمون بأن يبيع البضاعة خارج سياق العمل المعتاد إلى طرف يبيعها بعد ذلك ضمن سياق عمله المعتاد، فثمة داع سياساتي قوي لحماية المشتريين النائين. ومن النهج المحتملة لحماية الدائن المضمون في هذه الحالة جعل المانح المتحايل عرضة لدفع تعويضات إلى الدائن المضمون.

هـ- الدائنون بحكم القضاء

٤٤- في كثير من النظم القانونية، يمتد الحق الضماني إلى فئات معينة من الدائنين الذين يرى أنهم يستحقون التمتع به. فعلى سبيل المثال، تنص نظم قانونية كثيرة على أنه متى قام الدائنون غير المضمونين العاديون بتحويل مطالباتهم إلى حكم قضائي واتخذوا اجراءات معينة يفرضها القانون (مثل الحجز على ممتلكات معينة أو تسجيل الحكم القضائي) يعطى هؤلاء الدائنون ما يعادل حقا ضمانيا في تلك الممتلكات.

٤٥- والدائنون بحكم القضاء يتمتعون بالأولوية على سائر الدائنين غير المضمونين اعترافا بالخطوات القانونية التي اتخذوها لإنفاذ مطالباتهم. وليس في هذا إجحاف بسائر الدائنين غير المضمونين العاديين لأن لهم ذات الحقوق في تحويل مطالباتهم إلى حكم قضائي. وتفاديا لإعطاء الدائنين بحكم القضاء صلاحيات مفرطة في النظم القانونية التي يجوز فيها لدائن وحيد أن يقيم دعوى إعسار، تنص قوانين الإعسار على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يُبطل الحقوق الضمانية الناشئة عن أحكام قضائية صدرت في غضون فترة زمنية معينة قبل إجراءات الإعسار.

٤٦- وعندما يعطى الدائن بحكم قضائي ما يعادل حقا ضمانيا، تكون للدائن الموجود، الذي له حق ضماني رضائي أسبق زمنيا في موجودات معينة، مصلحة في التأكد من أن حقه الضماني يحتفظ بالأولوية على الحق الضماني المتحصل عليه بواسطة حكم قضائي، خصوصا فيما يتعلق بالموجودات التي سبق أن إرتكن إليها في تقديم ائتمان. ومن ناحية أخرى، تكون للدائن بحكم القضاء مصلحة في التمتع بالأولوية فيما يتعلق بالموجودات التي لها قيمة كافية بحيث تصلح مصدرا لسدد مطالبته.

٤٧- وفي كثير من النظم القانونية التي لديها نظام تسجيل، تُرتب الأولوية حسب توقيت تسجيل الحق الضماني، أي أن الحق الضماني الرضائي في الممتلكات الذي هو أسبق في التسجيل ستكون له أولوية على حق ضماني لاحق في الممتلكات ذاتها حصل عليه بحكم قضائي. وفي المقابل، من شأن أي محاولة لمنح حق ضماني رضائي في الممتلكات بعد أن

يكون الدائن قد حصل على شكل ما من حق ضماني مكتسب قضائياً أن تؤدي إلى مصلحة أدنى رتبة من الحق الضماني الموجود المكتسب قضائياً. وهذا النهج مقبول عموماً لدى الدائنين ما دام الحق الضماني المكتسب قضائياً قد نشر على الملأ بما فيه الكفاية لكي يصبح الدائنون على علم به بصورة فعالة ويأخذون وجوده في الحسبان عند اتخاذ قرارهم بشأن تقديم الائتمان (انظر الفقرة ٤٨).

٤٨- ويوجد عادة استثناء من هذه القاعدة عندما تطبق على السلف الآجلة (التي تناقش بمزيد من التفصيل في الباب ألف-٤-أ أدناه). ومع أنه من المعتاد أن تكون لحق ضماني سجل سابقاً أولوية على حق ضماني مكتسب قضائياً فيما يتعلق بائتمان قدم قبل أن يصبح الحق الضماني المكتسب قضائياً نافذ المفعول، فلن تكون له عموماً أولوية على الحق الضماني المكتسب قضائياً فيما يتعلق بأي ائتمان يقدم بعد تاريخ النفاذ ذاك (ما لم يكن ذلك الائتمان قد التزم به قبل تاريخ نفاذ الحكم). فعلى سبيل المثال، في المثال ٢ (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1، الفقرة ٢٣) يقدم المقرض B إلى شركة Agrico من حين لآخر قروضا تُضمن بكل مستحقات الشركة ومخزوناتهما. فإذا حوّل أحد الدائنين غير المضمونين مطالبته إلى حكم قضائي ضد تلك الشركة وحصل بذلك على حق ضماني في مخزوناتهما، سيكون لحق المقرض B الضماني في المخزونات أولوية على الحق الضماني المكتسب قضائياً فيما يتعلق بالقروض التي قدمها المقرض B قبل التاريخ الذي أصبح فيه الحكم نافذاً، وكذلك فيما يتعلق بالقروض التي قدمها المقرض B في غضون فترة زمنية معينة بعد تاريخ نفاذ الحكم. بيد أن الحق الضماني المكتسب قضائياً ستكون له أولوية فيما يتعلق بأي قروض إضافية قدمها المقرض B بعد الفترة المحددة (طالما أن التزام المقرض B بتقديم تلك القروض الإضافية لم يحدث قبل تاريخ نفاذ الحكم).

٤٩- ومن أجل حماية الدائنين المضمونين الموجودين من تقديم سلف إضافية استناداً إلى قيمة موجودات خاضعة لحقوق ضمانية مكتسبة قضائياً، ينبغي أن تكون هناك آلية ما لإشعار الدائنين بوجود تلك الحقوق الضمانية الحكمية. وفي كثير من النظم القانونية التي يوجد فيها نظام تسجيل، يوفر هذا الإشعار بإحضار الحقوق الضمانية المكتسبة قضائياً لنظام التسجيل. وإذا لم يكن هناك نظام تسجيل أو إذا لم تكن الحقوق الضمانية المكتسبة قضائياً خاضعة لنظام التسجيل، قد يتعين على الدائن بحكم القضاء أن يبلغ الدائنين المضمونين الموجودين. وإضافة إلى ذلك، يمكن النص على أن أولوية الدائن المضمون الموجود تستمر لفترة من الوقت (ربما ٤٥ إلى ٦٠ يوماً) بعد تسجيل الحق الضماني المكتسب قضائياً (أو بعد تلقي الدائن إشعاراً به) لكي يتمكن الدائن من اتخاذ خطوات لحماية مصلحته تبعاً لذلك.

فكلما قُصِرَ الوقت المتاح للدائن المضمون الموجود لكي يتصرف حيال وجود الحقوق الضمانية المكتسبة قضائياً، وضاق نطاق النشر العلني لتلك الحقوق الضمانية المكتسبة قضائياً، زاد احتمال أن يفرض وجودها إلى إعاقه توافر التسهيلات الائتمانية التي توفر السلف الآجلة.

و- الدائنون النظاميون (ذوو الأفضلية)

٥٠- في كثير من النظم القانونية، وكوسيلة لتحقيق هدف مجتمعي عام (مثل حماية العائدات الضريبية أو أحجور المستخدمين)، تعطى بعض المطالبات غير المضمونة أولوية (في إجراءات الإعسار أو حتى خارجها) على سائر المطالبات غير المضمونة، بل وعلى مطالبات مضمونة (بما فيها مطالبات مضمونة سجلت من قبل) في بعض الحالات. فعلى سبيل المثال، من أجل حماية مطالبات المستخدمين والحكومة، تعطى المطالبات المتعلقة بالأحجور غير المدفوعة والضرائب غير المسددة، في بعض النظم القانونية أولوية على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. ونظراً لأن الأهداف المجتمعية تختلف من ولاية قضائية إلى أخرى، تتباين أيضاً أنواع هذه المطالبات وكذلك مدى الأولوية المعطاة لها.

٥١- ولإرساء أفضلية هذه المطالبات مزية تتمثل في إمكان تعزيز هدف مجتمعي. أما العيب المحتمل في ذلك فهو أن هذه الأنواع من الأولويات يمكن أن تنفشي بصورة تضعف اليقين بين صفوف الدائنين الموجودين والمحتملين، مما يعيق توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة. كما انه حتى إذا أمكن لدائن موجود أو محتمل أن يتأكد يقيناً من المطالبات ذات الأفضلية، فان تلك المطالبات (سواء كانت ناشئة داخل إجراءات الإعسار أو خارجها) سوف تؤثر سلبي على توافر الائتمان المضمون على نحو آخر؛ إذ كثيراً ما يقوم الدائنون بتحميل العبء الاقتصادي لتلك المطالبات على المانح بزيادة سعر الفائدة أو بحصم المبلغ المقدّر لتلك المطالبات من الائتمان المتاح.

٥٢- ومنعا لتثبيط الائتمان المضمون، الذي يعتبر توافره هدفاً مجتمعياً أيضاً، ينبغي دراسة مختلف الأهداف المجتمعية بعناية لدى البت في إعطاء الأفضلية لمطالبة ما. فالمطالبات ذات الأفضلية ينبغي أن تكون محدودة قدر الإمكان، فلا يسمح بها إلا إذا لم تكن هناك وسيلة فعالة أخرى لإرضاء الهدف المجتمعي المنشود أصلاً وكان تأثير ذلك على توافر الائتمان القليل التكلفة مقبولاً. ففي بعض الولايات القضائية مثلاً، تحمي العائدات الضريبية بواسطة حوافز تدفع مديري الشركات إلى معالجة المشاكل المالية بسرعة وإلا تعرضوا للمساءلة الشخصية، بينما تحمي المطالبات المتعلقة بالأحجور بواسطة صندوق عمومي.

٥٣- وفي حال وجود مطالبات ذات أفضلية، ينبغي للقوانين التي ترسي تلك الأفضلية أن تكون واضحة وشفافة بما فيه الكفاية بحيث يتمكن الدائن من حساب المقدار المحتمل للمطالبات ذات الأفضلية ومن حماية مصلحته. وقد تمكن بعض النظم القانونية من تحقيق ذلك الوضوح وتلك الشفافية بإدراج جميع المطالبات ذات الأفضلية في قانون واحد أو في مرفق للقانون. وثمة نظم قانونية أخرى حققت ذلك باشتراط تسجيل المطالبات ذات الأفضلية في سجل عمومي، وبعدم إعطاء الأولوية لتلك المطالبات إلا على الحقوق الضمانية المسجلة بعد ذلك. وفي تلك النظم، تعطى الأولوية للحقوق الضمانية التي سجلت إما قبل تسجيل المطالبات ذات الأفضلية وإما في غضون فترة معينة، ٤٥ إلى ٦٠ يوماً على سبيل المثال، بعد تسجيل المطالبات ذات الأفضلية، إذا كانت الحقوق الضمانية الموجودة من قبل تكفل التزاماً بتوفير سلف آجلة. غير أن هناك مشكلة في اشتراط التسجيل فيما يتعلق ببعض المطالبات ذات الأفضلية التي تنشأ قبيل إجراءات الإعسار، هي أنه قد يصعب حساب مقدارها أو يصعب تسجيلها في الوقت المناسب.

ز- الدائنون الذين يزيدون من قيمة الموجودات المرهونة أو يخزنونها

٥٤- ينص بعض النظم القانونية على أن تكون للدائنين الذين يحسّنون الموجودات المرهونة أو يصلحونها، مثل تصليح المعدات، حقوق ضمانية في تلك الموجودات وأن تكون لتلك الحقوق أولوية على سائر المطالبات المضمونة في الموجودات المرهونة. ولقاعدة الأولوية هذه ميزة تتمثل في حث أولئك الذين يضيفون تلك القيمة على مواصلة جهودهم، كما أنها تسهل صيانة الموجودات المرهونة. وما دام المبلغ الذي تضمنه هذه الحقوق الضمانية لا يتجاوز المبلغ الذي يجسّد القيمة التي أضيفت إلى الموجودات المرهونة، ينبغي ألا يكون لدى الدائنين المضمونين الموجودين اعتراض على تلك الحقوق الضمانية وعلى أولويتها المرتفعة.

٥٥- وينص بعض النظم أيضاً على أن يكون للدائنين، مثل ملاك العقارات وأصحاب المستودعات، الذين يقومون بتخزين الموجودات المرهونة أو يؤجرون للمناخ المباني التي تخزن فيها تلك الموجودات، حقوق ضمانية في الموجودات المرهونة ضمناً لالتزامات الأيجار والتخزين، وكثيراً ما تكون لهذه الحقوق الضمانية أولوية على سائر المطالبات المضمونة في الموجودات المرهونة ذاتها.

٥٦- وفي كثير من النظم القانونية، تكون الحقوق الموصوفة في الفقرتين السابقتين غير خاضعة لأي شروط تسجيل، ولا يمكن الاستدلال على وجودها إلا بتوخي الحرص الواجب

من جانب أي دائن محتمل. ومن ثم، كثيرا ما يشار إلى هذه الحقوق الضمانية بأنها حقوق "سرية". ومع أن لهذه الحقوق الضمانية السرية ميزة تتمثل في حماية حقوق الأطراف الذي يُمنحونها دون إلزام أولئك الأطراف بتكبد التكاليف المرتبطة بالتسجيل، فهي تمثل عائقا كبيرا أمام الائتمان المضمون، لأنها تحد من قدرة الدائنين على تحديد الحقوق الضمانية المنازعة. وحسبما وردت مناقشته في الفصل الخامس (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرات...)، ينبغي النظر في اشتراط تسجيل إخطار بتلك الحقوق الضمانية في نظام تسجيل الحقوق الضمانية.

٥٧- وإذا أعطى المشرعون أولوية لحقوق مقدمي الخدمات هؤلاء، تنشأ مسألة هي ما إذا كان ينبغي جعل تلك الحقوق محدودة المبلغ والاعتراف بها كحقوق ذات أولوية تحت شروط معينة. ومن النهج الممكنة حصر تلك الحقوق في حدود مبلغ معين (مثل إيجار شهر واحد في حالة مالكي العقارات) وعدم الاعتراف بأولويتها على الحقوق الضمانية الموجودة من قبل إلا إذا كانت القيمة المضافة تعود بمنفعة مباشرة على أصحاب الحقوق الضمانية الموجودة من قبل. وثمة نهج محتمل آخر هو تفادي إدراج تقييدات من هذا القبيل لأن ذلك قد يحد بصورة غير منصفة من توافر الائتمان لمقدمي الخدمات هؤلاء. كما ان استحداث هذه التقييدات قد لا يكون ضروريا لأنه يمكن للدائنين المضمونين أن يحموا أنفسهم من تلك المطالبات الخدمائية بأشكال شتى، منها أن يحدوا تعاقديا من مدى قدرة مانحهم على إبرام عقود خدمات أو أن يحتفظوا بجزء كاف من الائتمان لتمكين أولئك الدائنين من السداد إلى مقدمي الخدمات في حال عدم قيام المانح بذلك.

ح- ممثلو الإعسار

٥٨- من الأهمية بمكان أن يكون الدائن المضمون قادرا على معرفة مدى أولويته في حال بدء إجراءات إعسار من جانب المانح أو ضده، لأنه من المرجح جدا ألا تكون هناك موجودات كافية للسداد إلى جميع الدائنين، ولأن الموجودات المرهونة قد تكون هي مصدره الرئيسي، أو الوحيد، للسداد. ونتيجة لذلك، عادة ما يركز الدائنون المضمونون، لدى البت في تقديم الائتمان ولدى تقييم الأولوية، أشد التركيز على مدى أولويتهم في أي اجراءات خاصة بإعسار المانح. ومن ثم، فمن المهم عدم إنقاص أو تعطيل أولوية الحق الضماني المكتسب بصورة سليمة في أي إجراءات إعسار. ولا مغالاة في التشديد على أهمية هذه النقطة في صوغ قانون فعال بشأن المعاملات المضمونة. ومن شأن عدم وضوح قانوني

الائتمان المضمون والإعسار بشأن هذه النقطة أن يقلل جدا من استعداد الدائنين لتقديم ائتمانات مضمونة.

٥٩- ومن أجل تعويض ممثلي الإعسار تعويضا فعالا عما يقومون به من عمل في إجراءات الإعسار، كثيرا ما تعطى لهم مطالبة متميزة ذات أولوية فائقة في موجودات الحوزة المعسرة. وترد في الفصل التاسع (الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6، الفقرات ...) مناقشة مفصلة لهذه المطالبة ولمدى ما يتمتع به ممثل الإعسار من صلاحيات للطعن في الحقوق الضمانية في مختلف الظروف.

٤- الأولوية في السلف الآجلة والممتلكات المحتازة فيما بعد

أ- السلف الآجلة

٦٠- من أجل تحديد مقدار ما يقدمه من ائتمان وما يتصل بذلك من شروط، يلزم أن يكون الدائن المضمون قادرا، وقت إبرام المعاملة المضمونة، على معرفة القدر الذي سيعطى أولوية من مطالبته. فبعض النظم القانونية يحرص هذه الأولوية في حدود الدين القائم وقت إنشاء الحق الضماني. وثمة نظم قانونية أخرى تشترط إعلان المقدار الأقصى الذي سيعطى أولوية من الائتمان. وثمة نظم قانونية ثالثة تعطي الأولوية لكل ما يقدم من ائتمانات، حتى تلك التي تقدم بعد إنشاء الحق الضماني.

٦١- ومزّية حصر الأولوية في حدود الدين الذي كان موجودا في الأصل وقت إنشاء الحق الضماني هي أنه قد (ولكن ليس بالضرورة) يجعل الأولوية متسقة مع ما توخاه الطرفان وقت إنشاء الحق، ولا يحفظ تلك الأولوية إلا تجاه الدائنين الموجودين آنذاك. أما عيب هذا النهج فهو أنه يتطلب توخي مزيد من الحرص (مثل البحث عما يستجد تسجيله من حقوق) كما يتطلب اتفاقات وعمليات تسجيل جديدة بخصوص المبالغ التي تسلف لاحقا. وهذا ينطوي على مشاكل عويصة لأن من أنجع وسائل تقديم الائتمان المضمون أن يجري ذلك بصورة متجددة، لأن هذا النوع من التسهيل الائتماني يتوافق على أنجع نحو ممكن مع احتياجات المانح الاقتراضية الخاصة (انظر المثال ٢ في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1، الفقرات ٢١-٢٣، وAdd.3، الفقرة ٩). وبناء على ذلك، يمكن إعطاء السلف الآجلة ذات الأولوية المعطاة للسلف المقدمة وقت إنشاء الحق الضماني أول مرة. وفي حالة الائتمان المقدم في سياق عقود لتوريد سلع أو خدمات على أقساط، ينبغي اعتبار أن المطالبة كلها قد ظهرت إلى الوجود عند توقيع العقد، لا عند توصيل كل دفعة من تلك السلع أو الخدمات.

٦٢ - وتفاديا لربط جميع موجودات المانح بدائن واحد، الذي يحد من استعداد الدائنين اللاحقين لتقديم ائتمان إلى المانح، تشترط نظم قانونية كثيرة أن تحدد عمليات تسجيل الحقوق الضمانية المبلغ الأقصى للمدين الذي يجوز ضمانه بأي حق ضماني معين، وأن تحصر الأولوية في حدود ذلك المبلغ الأقصى (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2، الفقرات ...). وفي بعض الأحيان، يُحاجج بأن الإفصاح عن مبلغ أقصى قد يثير مسألة تتعلق بالسرية. غير أن هناك حجة مضادة هي أن المبلغ الأقصى المحدد في الإخطار المسجل لا يجسد بالضرورة المبلغ الفعلي للالتزام المضمون، بل يجسد فحسب المبلغ الأقصى الذي يجوز استرجاعه في حال إنفاذ الحق الضماني.

ب- الممتلكات المحتازة فيما بعد

٦٣ - حسبما نوقش بمزيد من التفصيل في الفصل الرابع (انظر الفقرات ١٩-٢٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)، يميز بعض النظم القانونية إنشاء حق ضماني في ممتلكات قد يحتازها المانح في المستقبل. ويكتسب هذا الحق الضماني في نفس الأوان الذي يحتاز فيه المانح تلك الممتلكات، دون حاجة إلى خطوات أخرى كلما احتيزت ممتلكات إضافية. ونتيجة لذلك، تقل التكاليف المرتبطة بمنح حق الضمان إلى الحد الأدنى وتلبي توقعات الأطراف المعنية. ولهذا أهمية خاصة فيما يتعلق بالمخزونات (التي تُحتاز لكي يعاد بيعها) والمستحقات (التي تُحصل ويعاد توليدها بصورة متواصلة) (انظر المثال ٢ في الفقرات ٢١-٢٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) والمعدّات التي تُبدل في السياق المعتاد لعمل المانح.

٦٤ - ومنح حقوق ضمانية في الممتلكات المحتازة فيما بعد يثير مسألة ما إذا كان تاريخ الأولوية يحتسب منذ وقت منح الحق الضماني أول مرة أم منذ وقت احتياز المانح تلك الممتلكات. وتتناول النظم القانونية المختلفة هذه المسألة بأساليب مختلفة. فبعضها يغيّر تاريخ النفاذ تبعاً لوضعية الدائن المنازِع على الأولوية (إذ يبدأ احتساب تاريخ الأولوية تجاه سائر الدائنين ذوي الحقوق الضمانية الرضائية منذ تاريخ منح الحق، وتجاه جميع الدائنين الآخرين منذ تاريخ احتياز تلك الممتلكات). ومن المقبول عموماً أن احتساب تاريخ الأولوية منذ وقت منح الحق أول مرة، بدلاً من تاريخ احتياز المانح حقوقاً في الممتلكات المرهونة، هو النهج الأنجع من حيث تشجيع توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة (انظر، على سبيل المثال، المادة ٨ (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن المستحقات).

٥- الأولوية في العائدات

٦٥- إذا كان للدائن حق في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية ومنافعها الأصلية، فسوف تثار تساؤلات حول مكانة ذلك الحق وألويته تجاه سائر المطالبين المنازعين. ويمكن أن يشمل المطالبون المنازعون فيما يتعلق بالعائدات دائئا للمانح اكتسب حقه بحكم قضائي أو بأمر تنفيذي تجاه العائدات ودائئا آخر له حق ضماني في العائدات كموجودات مرهونة أصلية، وكذلك دائنين منازعين آخرين من الأنواع المذكورة أعلاه (للاطلاع على ماهية العائدات، انظر A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3، الفقرات ٣٦-٤٠).

٦٦- وقد يكون للدائن المضمون حق ضماني في العائدات كموجودات مرهونة أصلية أو كعائدات محتازة فيما بعد لموجودات مرهونة أخرى. فعلى سبيل المثال، لنفترض أن للدائن A حقا ضمانيا في جميع مخزونات المانح وأن للدائن B حقا ضمانيا في جميع مستحقات المانح (مما فيها المستحقات الآجلة). ولنفترض أيضا أن المدين المانح سيبيع لاحقا بالدين موجودات خاضعة للحق الضماني للدائن A. وفي هذه الحالة يصبح لكلا الدائنين حق ضماني في المستحقات المتولدة من البيع. فالدائن B له حق ضماني في المستحقات كموجودات مرهونة أصلية، والدائن A له حق ضماني في المستحقات كعائدات للمخزونات المرهونة.

٦٧- ويجدر بأي نظام قانوني شامل يحكم الحقوق الضمانية أن يجيب عن عدة تساؤلات تتعلق بالمطالبتين المتنازعتين للدائنين المضمونين المذكورين أعلاه. التساؤل الأول هو ما إذا كان حق الدائن A في المستحقات بصفتها عائدات للمخزونات نافذا لا تجاه المانح فحسب بل تجاه المطالبين المنازعين أيضا. وجواب هذا التساؤل يجب أن يكون بالإيجاب، في معظم الأحوال. وإذا لم يكن الأمر كذلك فستكون قيمة الموجودات المرهونة الأصلية (أي المخزونات) وهمية إلى حد بعيد. فالحقوق الضمانية لا تضيء أمانا اقتصاديا (يزيد من إمكانية الحصول على الائتمان بتكلفة قليلة) إلا عندما يوفر الحق الضماني للدائن حقا في أن تستخدم القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة لسداد الدين الذي للدائن قبل أن تستخدم لسداد مطالبات المطالبين الآخرين.

٦٨- بيد أنه يجدر الاعتراف بأن إنشاء حق في العائدات يثير شواغل هامة بشأن ما يلحقه ذلك من مخاطر بأطراف ثالثة. وعلى وجه الخصوص، من شأن الاعتبارات التي تفضي إلى اشتراط إشهار الحق الضماني في ممتلكات معينة ليكون ذلك الحق نافذا تجاه أطراف ثالثة أن توحى بأن من المناسب فرض اشتراطات مماثلة فيما يتعلق بالحق في العائدات.

٦٩- ومن ثم، ينبغي لأي نظام قانوني أن يتضمن قواعد تبين متى تكون درجة إشهار الحق الضماني في الموجودات المرهونة الأصلية كافيا لإشهار حق الدائن في العائدات. ففي الحالات التي يتطلب فيها حق الدائن في العائدات أسلوبا مغايرا للإشهار (مثل إخطار الدائن الحسابي بدلا من التسجيل)، ينبغي للنظام القانوني أن ينص على مهلة بعد إجراء المعاملة التي تولد العائدات يجوز فيها للدائن أن يوفر الإشهار دون فقدان حقه في العائدات.

٧٠- ومع أن تقرير ما إذا كان يلزم القيام بفعل إشهار جديد لكي يكون حق الدائن في العائدات نافذا تجاه الأطراف الثالثة هو أمر هام جدا فإنه ليس كافيا وحده لتبيين ما للدائن المضمون وسائر الدائنين من حقوق نسبية في العائدات. وثمة حاجة خاصة إلى قواعد أولوية لتحديد الأولوية النسبية لحق الدائن المضمون.

٧١- وقد تختلف قاعدة الأولوية تبعا لطبيعة المطالب المنازع. فعلى سبيل المثال، إذا كان المطالب المنازع دائنا مضمونا آخر تعتمد حقوقه أيضا على الإشهار، قد تتوقف القواعد التي تحدد الأولوية النسبية لحق كل من الدائنين المضمونين على طبيعة الإشهار وتوقيتها. وقد تتوقف الأولوية على عوامل أخرى عندما يكون المطالب المنازع دائنا بحكم قضائي أو مديرا للاعسار.

٧٢- وفي كثير من الحالات التي يكون فيها المطالب المنازع طرفا مضمونا آخر، يمكن أن تُستمد قواعد الأولوية الخاصة بالحقوق في عائدات الموجودات المرهونة الأصلية من قواعد الأولوية المنطبقة على تلك الموجودات ومن السياسات التي نشأت عنها تلك القواعد. فعلى سبيل المثال، في النظام القانوني الذي يكون فيه أو لحق يُشهر في ممتلكات معينة ذا أولوية على الحقوق المنازعة، يمكن استخدام تلك القاعدة ذاتها لتقرير الأولوية في الحالة التي تكون فيها الموجودات المرهونة الأصلية قد نُقلت فيطالب الدائن المضمون عندها بحق في العائدات. أما إذا أُشهر الحق في الموجودات المرهونة الأصلية قبل إشهار حق المطالب المنازع في العائدات فيمكن إعطاء الأولوية للحق الأول.

٧٣- وفي الحالات التي لا يُحدد فيها ترتيب أولويات الحقوق المتنازعة في الموجودات المرهونة الأصلية تبعا لأسبقية الإشهار (كما في حالة الحقوق الضمانية في المشتريات، التي تتمتع بأولوية فائقة)، يلزم البت بصورة مستقلة بشأن قاعدة الأولوية التي تسري على عائدات الموجودات المرهونة الأصلية.

٦- التغيير الطوعي للأولويات: اتفاقات التنازل عن الأولوية

٧٤- في كثير من النظم القانونية، يجوز، وكثيرا ما يجري، تغيير الأولوية أحاديا من جانب الدائن المضمون أو بعقد خاص مع سائر الدائنين المضمونين. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يوافق المقرض الذي له حق ضماني في جميع موجودات المانح الحالية والمحتازة فيما بعد على أن يقوم المانح باعطاء حق ضماني ذي أولوية أولى في موجودات معينة لكي يتمكن المانح من الحصول على تمويل إضافي من مصدر آخر غير ذلك المقرض استنادا إلى قيمة الموجودات. ويتعين تمييز هذه الاتفاقات عن اتفاقات التنازل بين الدائنين غير المضمونين التي تسقط مبدأ المعاملة المتساوية للمطالبات غير المضمونة. والاعتراف بصحة التنازل عن أولوية الحقوق الضمانية أحاديا أو بعقد خاص إنما يجسد نهجا راسخا (انظر، مثلا، المادة ٢٥ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن المستحقات).

٧٥- والاتفاقات التي تغير ترتيب الأولوية مقبولة تماما ما دامت لا تمس سوى الطرفين اللذين تراضيا على تلك التغييرات. إذ لا ينبغي لاتفاقات التنازل عن الأولوية أن تمس حقوق الدائنين الذين ليسوا أطرافا في الاتفاق. كما أن من الأهمية بمكان أن يستمر سريان الأولوية التي يعطيها اتفاق التنازل في اجراءات إعسار المانح، وينبغي لقوانين الإعسار أن تنص على ذلك. والواقع أن النص على ذلك قد يكون ضروريا في بعض النظم القانونية لتمكين المحاكم من إنفاذ اتفاقات التنازل ولتمكين ممثلي الإعسار من معالجة النزاعات المتعلقة بالأولوية بين الأطراف في اتفاقات التنازل دون أن يتعرضوا للمساءلة عن ذلك (انظر A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6، الفقرات ...).

٧- أهمية الأولوية قبل الانفاذ

٧٦- ثمة مسألة هامة أخرى تتعلق بالأولوية، هي ما إذا كانت الأولوية لا تكتسي أهمية إلا بعد حدوث تقصير من جانب المانح في الالتزام الأصلي، أم أنها مهمة أيضا قبل ذلك التقصير. والكثير من النظم القانونية يأخذ بالنهج الأول، مما يسمح لصاحب الحق الضماني الرضائي الأدنى مرتبة بأن يتلقى مبلغا ماليا بصورة منتظمة سدادا لمطالبته حتى وإن كانت المطالبة المضمونة ذات الأولوية لم تُعرف بعد، شريطة ألا يكون هناك اتفاق على خلاف ذلك بين المطالب ذي المرتبة الأولى والمطالب الأدنى مرتبة. والأساس النظري لهذا النهج هو أنه ينبغي أن تكون للمانح، في حال عدم وجود اتفاق على خلاف ذلك وقبل وقوع تقصير، حرية التصرف في موجوداته واستخدام العائدات في تسديد التزاماته عندما يستحق أجلها، بصرف النظر عن الأولوية النسبية للحقوق الضمانية في تلك الموجودات. ومن شأن إلزام

المُطالب ذي المرتبة الأدنى من رد المبالغ التي دفعت له، دون وجود اتفاق صريح على ذلك، أن يمثّل عائقاً كبيراً أمام قيام المطالب ذي المرتبة الأدنى بتقديم التمويل.

٧٧- وقد تكون النتيجة مختلفة إذا تلقى المطالب ذو المرتبة الأدنى عائدات من تحصيل الموجودات المرهونة أو بيعها أو التصرف فيها على نحو آخر. وفي تلك الحالة، تُلزم بعض النظم القانونية المطالب الأدنى مرتبة بأن يرد العائدات إلى المطالب ذي المرتبة الأولى إذا كان المطالب الأدنى مرتبة قد تلقى عائدات عن علم بأنه كان يتعين على المانح أن يردها إلى المطالب ذي المرتبة الأولى. والأساس المنطقي لهذه القاعدة مماثل لذاك الذي نوقش في الباب ألف - ٣ - د أعلاه، المتعلق بمشتري الموجودات المرهونة.

باء- الملخص والتوصيات

٧٨- يمثّل مفهوم الأولوية عنصراً بالغ الأهمية في أي نظام بشأن المعاملات المضمونة يسعى إلى تشجيع توافر الائتمان المضمون القليل التكلفة. ويتوقف توافر الائتمان على قدرة الدائنين على أن يعرفوا بدرجة عالية من اليقين قبل تقديم الائتمان، ما هي الأولوية التي سيتمتعون بها إذا حاولوا تسهيل ضمانتهم. ولأن هذا التسهيل كثيراً ما يحدث في إجراءات إعسار المانح، فمن الأهمية بمكان أن يستمر سريان أولوية الدائنين المضمون في إجراءات الإعسار دون أي تعطيل (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6، الفقرة ٦...).

٧٩- ومن ثم، فمن المهم أن تتضمن القوانين المتعلقة بالمعاملات المضمونة قواعد أولوية واضحة وقابلة للتنفيذ وتفضي إلى نتائج قابلة للتنبؤ. وينبغي لتلك القواعد أن تتيح لجميع الدائنين، حتى غير المضمونين منهم، أن يقيّموا مواقفهم قبل تقديم الائتمان وأن يتخذوا خطوات لحماية مصالحهم. ووضوح قاعدة الأولوية، الذي يفضي إلى نتائج قابلة للتنبؤ وآليات فعالة للتأكد من الأولوية ومعرفتها عن يقين وقت تقديم الائتمان، يكتسي بالنسبة للدائنين أهمية تماثل أهمية أحكام قاعدة الأولوية ذاتها.

٨٠- ويمكن بلوغ هذه النتيجة على أجمع صورة بإنشاء نظام تسجيل وبعطاء الأولوية لمن يقوم أولاً بتسجيل إخطار بحق ضمان. كما ان نظام التسجيل، بافتراض كونه موثوقاً وميسور الوصول، يمكن أن يوفر آلية فعالة لتنبية الدائنين إلى الحقوق الضمانية المنازعة (انظر الفقرات ٧-٩ أعلاه).

٨١- ومن العناصر الهامة لأي نظام فعال بشأن المعاملات المضمونة أن تكون للمطالبات المضمونة، المتحصل عليها بصورة سليمة، أولوية على المطالبات العادية غير المضمونة.

٨٢- وإذا كان يراد للحقوق الضمانية الحيازية أن تظل أحد مكونات النظام الخاص بالضمان فيجب أخذها بعين الاعتبار لدى صوغ قاعدة للأولوية. ومن ثم، فقد يكون من المناسب أن يُنص على جواز إرساء أولوية أي حق ضماني إما بالحيازة أو السيطرة أو التسجيل، أيها يحدث أولاً. ومن المناسب أيضاً في تلك الحالات أن يُسمح للدائن المضمون الذي أرسى أولويته في البداية بطريقة ما أن يستبدل بها طريقة أخرى دون أن يفقد مرتبة أولويته الأصلية فيما يتعلق بالموجودات المرهونة، شريطة ألا يكون هناك انقطاع في استمرارية التسجيل أو الحيازة أو السيطرة، بحيث يكون الحق الضماني خاضعاً لواحدة من تلك الطرائق في كل الأوقات. كما أنه قد يكون من المناسب، في حالة أنواع معينة من الموجودات، النص على أن تكون للحق الضماني الذي يُنفذ بالحيازة أو السيطرة أولوية على الحق الضماني الذي ينفذ بالتسجيل فقط، حتى وإن حدث التسجيل أولاً (انظر الفقرات ١٢-١٤).

٨٣- ولا ينبغي النظر في أي استثناءات من قاعدة أسبقية التسجيل إلا عندما لا تكون هناك وسيلة أخرى لتحقيق الهدف السياسي الأصلي للاستثناء ويكون الهدف مسوغاً لأثر الاستثناء في توافر الائتمان القليل التكلفة. وينبغي تبيان أي استثناء من هذا القبول بصورة واضحة، بحيث يتسنى للدائنين أن يقيّموا مدى أرجحية أي مطالبات ذات أفضلية وأن يتخذوا خطوات لحماية مصالحهم تجاه تلك المطالبات. ومن أجل تنبيه الدائنين على أنجح نحو ممكن إلى المطالبات المنازعة، ينبغي النظر في إخضاع جميع المطالبات، بما فيها المطالبات ذات الأفضلية لنظام تسجيل الحقوق الضمانية (انظر الفقرات ٥٠-٥٣). وهناك بضعة استثناءات هامة من قاعدة الأولوية القائمة على أسبقية التسجيل ينبغي معالجتها لدى صوغ قوانين المعاملات المضمونة، وهي تتعلق بالحقوق الضمانية في المشتريات وبالدائنين الذين يضيفون قيمة إلى الموجودات المضمونة (بتصليح المعدات مثلاً؛ انظر الفقرات ٥٤-٥٧).

٨٤- وبما أن تمويل المشتريات يمثل وسيلة فعالة لتزويد المنشآت التجارية برأس المال اللازم لاحتياز معدات معينة، فينبغي لأي نظام فعال بشأن المعاملات المضمونة أن ينص على أن تكون لحائزي الحقوق الضمانية في المشتريات أولوية على سائر الدائنين (بمن فيهم الدائنون الذين لهم أسبقية زمنية في تسجيل حق ضماني في البضائع) فيما يتعلق بالبضائع المحتازة بعائدات تمويل المشتريات. أما بشأن المعاملات المتعلقة بالمخزونات فينبغي، إلى جانب التسجيل، توجيه إشعار مناسب بالحق الضماني في المشتريات إلى سائر الدائنين المسجلين. وإضافة إلى بائعي البضائع، ينبغي إعطاء هذه الأولوية المرتفعة للمصارف وسائر المقرضين الذين يمولون احتياز البضائع (انظر الفقرات ٢١-٢٩).

٨٥- وينبغي لأي نظام فعال بشأن المعاملات المضمونة أن يوازن على نحو مناسب بين حقوق مشتري البضائع وحقوق الدائنين المضمونين الذين يجوزون حقوقا ضمانية في تلك البضائع. وينبغي أن يشتمل هذا التوازن على حكم ينص على أن مشتري المخزونات المباعة في السياق المعتاد لعمل المانح ينبغي أن يأخذوها خالصة من حق ضماني في البضائع منحه البائع، وأن الدائن المضمون ينبغي أن يكون له حق ضماني في عائدات البيع (انظر الفقرات ٤٣-٣٤).

٨٦- ومن المرجح أن يفضي الاعتراف بالأولوية فيما يتعلق بالمدفوعات الآجلة والممتلكات المحتازة فيما بعد إلى تشجيع توافر الائتمانات المتجددة وسائر الائتمانات المماثلة للمنشآت التجارية. وكلما كان الاجراء الذي يجب على الدائن أن يتقيد به، من أجل إرساء الأولوية فيما يتعلق بالمدفوعات الآجلة والممتلكات المحتازة فيما بعد، أبسط زاد توافر هذه الأنواع من الائتمانات (انظر الفقرات ٦٠-٦٣).

٨٧- وتحاشيا لإعاقة تقديم الائتمانات المتجددة حسبما نوقش أعلاه (انظر الفقرتين ٤٧ و ٦٠) أو شكل مماثل آخر من الائتمانات، ينبغي ألا تُفرض حدود على مبالغ المدفوعات الآجلة التي تعطى الأولوية.

٨٨- وينبغي أن يكون حق الدائن المضمون في عائدات موجوداته المضمونة نافذا، في حالات معينة على الأقل، لا تجاه المانح فحسب بل وتجاه المطالبين المنازعين أيضا. وينبغي لأي نظام قانوني بهذا الشأن أن يبين متى يكون إجراء الاشهار المتعلق بالحق الضماني كافيا لاشهار حق الدائن في العائدات، أو متى يلزم اتخاذ اجراء اشهار جديد. وإضافة إلى ذلك، ينبغي أن يتضمن النظام القانوني قواعد أولوية فيما يتعلق بالحقوق في العائدات. وهذه القواعد يمكن أن تتباين تبعا لطبيعة المطالب المنازع (انظر الفقرات ٦٥-٧٣).

٨٩- وبصرف النظر عن قواعد الأولوية في أي نظام يتعلق بالمعاملات المضمونة، ينبغي أن يسمح للدائنين بأن يغيروا تلك القواعد بعقد خاص من أجل صوغ ترتيبات مالية تلي احتياجات المانح على أفضل وجه. وينبغي الاعتراف بسرمان تلك الاتفاقات بين الأطراف فيها في اجراءات الإعسار. بيد أنه ينبغي ألا تمس تلك الاتفاقات حقوق الأشخاص الذين ليسوا أطرافا فيها (انظر الفقرتين ٧٤-٧٥).

٩٠- وأخيرا، ينبغي لنظم المعاملات المضمونة أن تحدد الظروف التي فيها منع حائزي الحقوق الضمانية الأدنى مرتبة في موجودات مرهونة معينة، قبل حدوث التقصير والانفاذ، من اتخاذ اجراءات تتضارب مع حقوق حائزي الحقوق الضمانية ذات المرتبة الأولى في

الموجودات ذاتها. ومن أمثلة تلك الاجراءات الاحتفاظ بالعائدات المتأتية من بيع تلك الموجودات أو التصرف فيها على نحو آخر مع العلم بالتزام المانح تعاقديا بأن يرد تلك العائدات إلى الدائن المضمون ذي المرتبة الأولى من الأولوية (انظر الفقرتين ٧٦-٧٧).
