

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.II/WP.105
30 July 1999
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية
الدورة الحادية والثلاثون
فيينا ، ١١-٢٢ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٩

التمويل بالمستحقات

تعليق على مشروع اتفاقية الاحالة في التمويل
بالمستحقات (الجزء الأول)

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	مقدمة
٤	العنوان والديباجة
١٩-٥	الفصل الأول - نطاق التطبيق
٥	المادة ١ - نطاق الانطباق
٩	المادة ٢ - احالة المستحقات
١٦	المادة ٣ - الطابع الدولي
١٧	المادة ٤ - الاستبعادات
٢٦-١٩	الفصل الثاني - أحكام عامة
١٩	المادة ٥ - التعاريف وقواعد التفسير
٢٣	المادة ٦ - حرية الأطراف

الصفحة

المادة ٧ - مبادئ التفسير	٢٤
الفصل الثالث - نفاذ مفعول الاحالة	٣٨-٢٧
المادة ٨ - نفاذ مفعول الاحالات الاجمالية ، واحالات المستحقات الآجلة ، والاحالات الجزئية	٢٨
المادة ٩ - وقت الاحالة	٣١
المادة ١٠ - القيود التعاقدية على الاحالة	٣٢
المادة ١١ - نقل حقول الضمان	٣٥
المادة ١٢ - القيود المتصلة بالحكومات والهيئات الحكومية الأخرى	٣٧

مقدمة

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

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

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الخمسون ، الملحق رقم ١٧ (A/50.17) ، الفقرات ٣٧٤

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

(٣) تقرير الفريق العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية عن أعمال دورته الرابعة والعشرين (A/CN.9/420) .

والثلاثين ضمنا ، في مشاريع مواد منقحة أعدتها الأمانة ،^(٤) واعتمد في دوراته التاسعة والعشرين حتى الحادية والثلاثين ضمنا ، مشروع اتفاقية احالة المستحقات في التجارة الدولية (ما زال العنوان بالتحديد يحتاج الى تقرير).^(٥)

٣ - وأعربت اللجنة ، في دورتها الثانية والثلاثين (عام ١٩٩٩) ، عن تقديرها لما أنجزه الفريق العامل من أعمال وطلبت اليه أن يواصل أعماله على وجه السرعة بحيث يجعل من الممكن أن يوزع مشروع الاتفاقية ، الى جانب تقرير الفريق العامل عن أعمال دورته القادمة ، على الحكومات لبدء ملاحظاتها في الوقت المناسب ، ولكي تنظر اللجنة في مشروع الاتفاقية من أجل اعتماده في دورتها الثالثة والثلاثين (عام ٢٠٠٠) . أما بشأن الاجراء اللاحق المتعلق باعتماد مشروع الاتفاقية ، فقد لاحظت اللجنة أنه سيتعين عليها أن تقرر في تلك الدورة ما اذا كانت ستوصي بأن تعتمد الجمعية العامة أم بأن يعتمد مؤتمر دبلوماسي تدعو الجمعية العامة الى عقده لذلك الغرض.^(٦)

٤ - وواصل الفريق العامل أعماله على أساس أن من المفهوم بأن الأمانة سوف تعد تعليقا على مشروع الاتفاقية يساعد الحكومات على اعداد ملاحظاتها على مشروع النص وعلى النظر بعد ذلك في مشروع الاتفاقية من أجل اعتماده.^(٧)

٥ - وقد أعدت هذه المذكرة ، التي لا تتضمن الا الجزء الأول من التعليق لأسباب تتصل بالترجمة والتوزيع في الوقت المناسب ، بناء على ذلك المفهوم (سيجري اعداد الجزء الثاني على وجه السرعة بعد الجزء الأول) . وتقدم هذه المذكرة ملخصا للأسباب التي دعيت الى اعتماد حكم معين وأهدافه الرئيسية ، الى جانب شروح وتفسيرات لمصطلحات معينة . وهي لا تتضمن تفصيلا كاملا للأعمال التحضيرية ، بما في ذلك مختلف الاقتراحات ومشاريع الأحكام التي لم يجر استبقاؤها . وتحقيقا لفائدة من يسعون

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

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

(٦) المرجع نفسه ، الدورة الرابعة والخمسون ، الملحق رقم ١٧ (A/54/17) ، الفقرة ٣٣٠ .

(٧) انظر ، مثلا ، A/CN.9/456 ، الفقرات ٤٠ و ٥٨-٥٩ و ١٤٣ و ١٥٠ و ٢١٥ ؛ و A/CN.9/455 ، الفقرات ٨٠ و ٨٤ و ٨٧ و ١٠٣ .
للحصول على معلومات أتم عن تاريخ نص معين ، يدرج التعليق للإشارات المرجعية الى الأجزاء ذات الصلة من تقارير دورات الفريق العامل الثمانية .^(٨)

٦ - ولدى اعداد التعليق ، وضعت الأمانة في اعتبارها أنه ليس تعليقا على نص نهائي بل إن غرضه الأول والمباشر أنه ليس تعليقا على نص نهائي بل إن غرضه الأول والمباشر هو مساعدة الفريق العامل على استعراض النص ووضعه في صيغته النهائية . وبعد وضع النص في صيغته النهائية ، سوف تعد الأمانة تعليقا منقحا بغية مساعدة الحكومات على اعداد ملاحظاتها على مشروع الاتفاقية وعلى النظر بعد ذلك في مشروع الاتفاقية من اجل اعتماده . ووفقا للتعليمات السارية المفعول ذات الصلة بفرض رقابة وقيود أشد على وثائق الأمم المتحدة ، لم يستنسخ هنا نص مشروع للاتفاقية الذي يجري التعليق عليه . وكان قد استنسخ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104 ، الى جانب ملاحظات الأمانة واقتراحاتها بشأن الكيفية التي يمكن بها تناول المسائل المعلقة . وترد هذه المسائل في نص مشروع الاتفاقية بين أقواس معقوفة وضعت حول الأحكام ذات الصلة . وقد سمحت الأمانة لنفسها بأن تدرج في التعليق مسائل اضافية وبأن تقدم اقتراحات اضافية بشأن كيفية تناول تلك المسائل .

العنوان والديباجة

المراجع

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

التعليق

٧ - لم يجر بعد اعتماد عنوان وديباجة مشروع الاتفاقية . والسؤال الأساسي هو ما اذا كان سيجري الابقاء على الاشارة الى التمويل أم لا (للاطلاع على الحجج المقدمة تأييدا لحل أو لآخر ، انظر الملاحظات على العنوان على العنوان والديباجة في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) .

(٨) تجنباً للالتباس ، لم ترد أية اشارة مرجعية خاصة الى الأرقام السابقة للمواد التي بدلت عدة مرات أثناء اعداد مشروع الاتفاقية . بيد أن أي رقم سابق سيتضح من المناقشة ذات الصلة في تقرير الدورة .

٨ - والقصد من الديباجة هو أن تكون بمثابة بيان للمبادئ العامة التي يقوم مشروع الاتفاقية على أساسها والتي يمكن ، بمقتضى مشروع المادة ٧ ، أن تستخدم لملء الثغرات المتبقية في مشروع الاتفاقية . وتتضمن هذه المبادئ تسهيل كل من الائتمانات التجارية والاستهلاكية بأسعار أيسر ، الأمر الذي يكون في مصلحة جميع الأطراف المعنية من محيلين ومحال اليهم ومدينين ؛ ومبدأ حماية المدين ، الذي لا يمس بوضع المدين القانوني بموجبه الا اذا ذكر خلاف ذلك صراحة في مشروع الاتفاقية ؛ والترويج لحركة البضائع والخدمات عبر الحدود ؛ وتعزيز اليقين وامكانية التنبؤ فيما يتعلق بحقوق الأطراف المشتركة في المعاملات المتصلة بالاحالات ؛ وتحديث ومواءمة القوانين الداخلية والدولية المتعلقة بالاحالة ، على صعيدي القانون الموضوعي والقانون الدولي الخاص ؛ وتسهيل الممارسات الجديدة وتجنب التدخل في الممارسات الراهنة ، وتجنب التدخل في التنافس .

* * *

الفصل الأول - نطاق الانطباق

المادة ١ - نطاق الانطباق

المراجع

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

التعليق

هيكّل الفصل الأول

٩ - في الفصل الأول ، يجري تناول المسائل ذات الصلة بالانطباق في أحكام مختلفة تحقيقاً للوضوح والتبسيط في النص ؛ فوجود نص وحيد عن النطاق سيكون طويلاً ومعقداً جداً . فمشروع المادة ١ يحدد النطاق الموضوعي ، بشكل عام فقط ، كما يحدد نطاق الانطباق الإقليمي لمشروع الاتفاقية . ومشروعاً المادتين ٢ و ٣ يحددان الانطباق الموضوعي بشكل أكثر تفصيلاً (تعريف الاحالة والطابع الدولي على التوالي) . ولا يشكل مشروع المادة ٥ جزءاً من الفصل الأول ، لأن المصطلحات المعرفة في هذه المادة لا تثير مسائل تتصل بالانطباق بل تثير أموراً تتعلق بتفسير مختلف أحكام مشروع الاتفاقية .

نطاق الانطباق الموضوعي

١٠ - بمقتضى مشروع المادة ١ ، تشمل احالات المستحقات الدولية سواء كانت الاحالات دولية أو محلية ، بينما لا تشمل احالات المستحقات المحلية الا اذا كانت الاحالات دولية . بمعنى آخر ، تشمل احالة المستحقات سواء نشأت هذه المستحقات في سياق التجارة الدولية أو المحلية أم لا ، ما دامت الاحالة نفسها دولية (للاطلاع على التعليق على الطابع الدولي ، انظر الفقرتين ٤٠ و ٤١) . وهكذا فان معاملات مثل العوملة والعوملة المستندية بشأن المستحقات الدولية وكذلك تسديد المستحقات المحلية ستكون مشمولة (للاطلاع على قائمة غير شاملة بالممارسات المشمولة وعلى وصف موجز لها ، انظر الفقرات ٣٩-٣١) .

١١ - وينطبق مشروع الاتفاقية أيضاً على الاحالات اللاحقة التي تجري ، على سبيل المثال ، في سياق معاملات العوملة والتسديد واعادة التمويل ذات الطابع الدولي ، شريطة أن تكون أية احالة سابقة خاضعة لأحكام مشروع الاتفاقية (مبدأ "الاستمرارية القانونية") . وبموجب مبدأ "الاستمرارية القانونية" ، يجوز حتى ادراج احالة محلية لمستحقات محلية ضمن نطاق مشروع الاتفاقية اذا كانت لاحقة لاحالة دولية . بيد أنه لم تكن جميع الاحالات في سلسلة من احالات قد أجريت بموجب النظام القانوني نفسه ، سيكون من الصعب جداً فعلاً تناول المسائل المتصلة بالاحالات بأسلوب متسق . وينطبق مشروع الاتفاقية أيضاً على الاحالات اللاحقة التي تكون نفسها خاضعة لأحكام مشروع المادة ١ (أ) ، سواء كانت أية احالة سابقة خاضعة لأحكام مشروع الاتفاقية أم لا . ونتيجة لذلك ، يمكن أن لا ينطبق مشروع الاتفاقية الا على بعض الاحالات في سلسلة من الاحالات . وهذه النتيجة خروج على مبدأ "الاستمرارية القانونية" . بيد أن الفريق العامل اعتبر أن من الضروري اتباع هذا النهج لأن الأطراف في الاحالات في معاملات التسديد ، التي قد تكون الاحالة الأولى فيها محلية ، ينبغي أن لا تحرم من الفوائد التي يمكن الحصول عليها من انطباق مشروع الاتفاقية . ويستند هذا النهج الى الافتراض بأنه لا يتدخل في الممارسات المحلية بدون مسوغ (فيما يتعلق بهذه المسألة ، انظر الفقرات ١٢ و ١٨ و ٢٠ و ٣٠) . ولم يعتمد

الفريق العامل اقتراحا بحصر مبدأ "الاستمرارية القانونية" في الحالات التي يكون فيها الطابع الدولي ظاهرا ، لأن مثل هذا النهج يمكن أن يسبب قدرا غير مقبول من عدم اليقين فيما يتعلق بانطباق مشروع الاتفاقية .

١٢ - ونتيجة لشمول مشروع الاتفاقية للحالات الدولية لمستحقات محلية أو حتى للحالات المحلية لمستحقات محلية أجريت في سياق حالات لاحقة ، يمكن للأطراف التجارية في معاملات محلية أن تستفيد من زيادة الوصول الى الأسواق المالية التجارية ومن ثم الحصول على الائتمانات التي يحتمل أن تكون منخفضة التكلفة . وفي الوقت نفسه ، لن يجري التدخل في مصالح المحال اليهم المحليين اذ أنه ، لكي يشمل مشروع الاتفاقية نزاعا بين محال اليه محلي وآخر أجنبي ، ينبغي أن يقع مقر المحيل في دولة متعاقدة (مشروع المادة ١ (أ)) وأن تكون تلك الدولة ، حسب تحديدها في حالة محلية لمستحق محلي (مشروع المادة ٣) هي الدولة التي يقع فيها مقر كل من المدين المحلي والمحال اليه المحلي (فيما يتعلق بالمشكلة التي قد تنشأ اذا أُشير في مشروع المادة ٢٤ الى مكان الادارة المركزية بدلا من مكان العمل ، انظر الملاحظات ٣-٥ على مشروع المادة ١ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . وبالإضافة الى ذلك ، فان اختيار المحيل حالة المستحقات الى محال اليه أجنبي لا يخضع المدين لنظام قانوني جديد يحتمل أن لا يكون معروفا ، لأنه لا يمكن لمشروع الاتفاقية أن ينطبق على حقوق المدين والتزاماته الا اذا كان مكان عمل المدين واقعا في دولة متعاقدة (مشروع المادة ١ (٢) ؛ وللإطلاع على معنى مقر المدين ، انظر الملاحظة ٤ على مشروع المادة ٥ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . وعلى أية حال ، لن يمس حق المدين لأن مشروع الاتفاقية يضع معيارا رفيعا كافيا لحماية المدين (أي مشاريع المواد ١٧-٢٣) .

النطاق الاقليمي الانطباق

١٣ - يتحدد النطاق الاقليمي لانطباق مشروع الاتفاقية بالإشارة الى مقر المحيل (لم يتقرر بعد ما اذا كان مكان العمل أو مكان تأسيس الشركة أو مكان الادارة المركزية ؛ وللإطلاع على اقتراحات الأمانة بشأن هذه المسألة ، انظر الملاحظات ٤-١٩ على مشروع المادة ٥ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . أما الأحكام التي تتناول حقوق المدين والتزاماته (أي البند الثاني من الفصل الرابع) ، فلها نطاق اقليمي مختلف الى حد أن من الضروري أن يقع مقر المدين أيضا في دولة متعاقدة لكي تنطبق تلك الأحكام . وبغية كفالة قدر كاف من امكانية التنبؤ فيما يتعلق بانطباق مشروع الاتفاقية بالنسبة للمدين ، اتفق الفريق العامل على أنه يتعين تحديد مقر المدين عن طريق الإشارة الى مكان عمله (الملاحظة ٤ على مشروع المادة ٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) .

١٤ - ويستند هذا النهج ازاء مسألة النطاق الاقليمي لمشروع الاتفاقية الى الافتراض بأن النزاعات الرئيسية التي سيكون من المطلوب أن يحسمها مشروع الاتفاقية سوف يجري تناولها اذا كان مقر المحيل (وكذلك مقر المدين ، فيما يتعلق بانطباق الأحكام المتصلة بالمدين فقط) واقعا في دولة متعاقدة

. ويمكن أن تنشأ هذه النزاعات فيما يتعلق بما يلي : حقوق المحال اليه تجاه المحيل الناشئة عن الاخلال بالكفالة ؛ وتنفيذ المحال اليه للمستحقات تجاه المدين ؛ وإبراء ذمة المدين ؛ ودفع المدين تجاه المحال اليه ؛ والحقوق النسبية للمحال اليه والمدير لدى اعسار المحيل ؛ وحقوق الأولوية النسبية للمحال اليه ولمحال اليه منافس ؛ ونفاذ مفعول الاحالات اللاحقة . ومن الأسباب الإضافية التي تسوغ هذا النهج أن التنفيذ يطلب عادة في المكان الذي يقع فيه مقر المحيل أو المدين ومن ثم لا تكون هناك حاجة الى الإشارة الى مقر المحال اليه ؛ وأن انطباق أحكام مشروع الاتفاقية ، بخلاف تلك الواردة في البند الثاني من الفصل الرابع ، لن يمس بالمدين ومن ثم لا توجد حاجة الى استبعاد انطباق جميع أحكام مشروع الاتفاقية اذا لم يكن مقر المدين واقعا في دولة متعاقدة .

١٥ - ونتيجة لهذا النهج ، فان النطاق الاقليمي لانطباق مشروع الاتفاقية واسع الى حد كاف ، وبالتالي ليس من الضروري توسيعه ليشمل حالات لا يقع فيها مقر أي طرف من الأطراف في دولة متعاقدة . ويمكن تحقيق توسيع كهذا للنطاق الاقليمي اذا كان قانون الدولة المتعاقدة منطبقا بفعل قواعد القانون الدولي الخاص لدى المحكمة المختصة . ورأى الفريق العامل أن توسيع النطاق الاقليمي بهذا الشكل يمكن أن يسبب عدم يقين طالما أن القانون الدولي الخاص بشأن الاحالة غير موحد . ورأى الفريق العامل أيضا أن اليقين لن يتحقق ، على أية حال ، عن طريق هذه الإشارة الى القانون الدولي الخاص ، لأن الأطراف لن تعرف وقت إبرام المعاملة أين يمكن أن ينشأ النزاع وأية قواعد قانون دولي خاص يمكن أن تنطبق نتيجة لذلك . بيد أن الوضع يختلف فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم المسائل المتصلة بالمدين لأن هناك قدرا كافيا من التوافق في الآراء بشأن ضرورة خضوع تلك المسائل للقانون الذي يحكم المستحق (أي القانون الذي يحكم العقد الذي ينشأ عنه المستحق) . وهكذا ، فان مشروع المادة ١ (٣) يتضمن اشارة الى ذلك القانون ، موسعا النطاق الاقليمي لأحكام حماية المدين في مشروع الاتفاقية بحيث يشمل الحالات التي قد لا يكون فيها مقر المدين في دولة متعاقدة .

١٦ - ولم يجز بعد اعتماد مشروع المادة ١ (٤) و (٥) (للاطلاع على تعليقات الأمانة على هذه الأحكام ، انظر الملاحظات ٦-١ على الفصل الخامس و ٣-١ على مرفق مشروع الاتفاقية في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

شكل الوثيقة التي يجري اعدادها

١٧ - اتفق الفريق العامل على أن الاتفاقية ستكون مفضلة على القانون النموذجي لأنها تؤدي الى يقين أكبر . ورئي بصورة عامة أن هذا اليقين ضروري لتحقيق الهدف الرئيسي لمشروع الاتفاقية ، ألا وهو زيادة الحصول على الائتمانات المنخفضة التكلفة . وبالإضافة الى ذلك ، اتفق على أن الاتفاقية يمكن أن تحقق على وجه أفضل ، الى جانب اتفاقية العوملة الدولية (التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص - المشار اليه فيما يلي باسم "المعهد الدولي" (Unidroit) - واعتمدها مؤتمر دبلوماسي

دعت اليه حكومة كندا في أوتاوا عام ١٩٨٨ - يشار اليها فيما يلي باسم "اتفاقية أوتاوا" الهدف الرامي الى اقامة نظام قانوني أشمل بشأن المعاملات ذات الصلة بالمستحقات .

اختيار الانطباق/"اختيار عدم الانطباق"

١٨ - قرر الفريق العامل عدم حصر انطباق مشروع الاتفاقية في الحالات التي يختار فيها المحيل والمحال اليه اخضاع علاقتهما لمشروع الاتفاقية . ورئي بصورة عامة أن هذا الحصر لنطاق مشروع الاتفاقية غير ضروري . فمشروع الاتفاقية لا يهدف الى الحلول محل القواعد الوطنية المتصلة بالاحالات بل الى تسهيل الممارسات الدولية غير المتطورة حاليا بما فيه الكفاية ، بالنظر الى عدم اليقين السائد في القوانين الوطنية (للاطلاع على الأثر المحتمل لمشروع الاتفاقية في الممارسات الوطنية ، انظر الفقرات ١١ و ١٢ و ٢٠ و ٣٠) . وقد يرغب الفريق العامل في أن ينظر في مسألة ما اذا كان يجوز للأطراف في الاحالة ، التي لا تقع ضمن نطاق مشروع الاتفاقية ، أن تختار انطباق مشروع الاتفاقية . فمثل حق اختيار الانطباق هذا قد يكون أو لا يكون متوفرا بموجب قواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة على مشروع الاتفاقية ، وذلك على الأقل الى الحد الذي يمكن فيه لهذا الاختيار للقانون أن يمس بأطراف ثالثة ، وهو وضع من شأنه أن يسبب عدم اليقين (للاطلاع على سابقة بشأن حكم صريح باختيار الانطباق ، انظر المادة ١ (٢) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة) .

١٩ - ويسلم مشروع المادة ٦ بحق الأطراف في الاحالة أو في العقد المنشئ لمستحق في استبعاد انطباق مشروع الاتفاقية أو في الخروج عن أي حكم من أحكامه أو تغييره ما دامت حقوق أطراف ثالثة لم تمس . ويستند هذا النهج الى الافتراض بأن الآثار التي ترتبها المعاملات المتصلة بالاحالة على أطراف ثالثة تخضع عادة لقواعد القانون الالزامي الوطنية التي لا يمكن الخروج عنها أو تغييرها بالاتفاق بين الأطراف (للاطلاع على مسألة حرية الأطراف ، انظر الفقرتين ٥٩-٦٠) .

* * *

المادة ٢ - احالة المستحقات

المراجع

- A/CN.9/420 ، الفقرات ٣٣-٤٤
A/CN.9/432 ، الفقرات ٣٩-٦٩ و ٢٥٧
A/CN.9/434 ، الفقرات ٦٢-٧٧
A/CN.9/445 ، الفقرات ١٤٦-١٥٣

A/CN.9/456 ، الفقرات ٣٨-٤٣

التعليق

"النقل بالاتفاق"

٢٠ - تعرّف الاحالة بأنها "نقل بالاتفاق". وهذا يعني أن مشروع الاتفاقية يركز بصورة رئيسية على الاحالة باعتبارها طريقة لنقل حقوق الملكية في المستحقات. ولا يشمل عقد الاحالة أو عقد التمويل الا حيث ينص صراحة على خلاف ذلك (مثال ذلك، مشاريع المواد ١٣-١٦ و ٢٧؛ قد يرغب الفريق العامل في أن يؤكد على أن الفصل الثالث يتناول نفاذ مفعول الاحالة باعتبارها نقلا لحقوق الملكية ولكن ليس نفاذ مفعول عقد الاحالة). ولكن تشمل ممارسات أخرى تنطوي على نقل حقوق الملكية في المستحقات، كالحلول التعاقدية أو الرهن. وهذا النهج مناسب بشكل خاص بالنظر الى أنه، في بعض النظم القانونية، تكون معاملات كبيرة للتمويل بالمستحقات، كالعوملة، تنطوي على حلول تعاقدية أو رهن بدلا من احالة المستحقات. وكانت اشارة صريحة الى مثل هذه المعاملات وردت في نص سابق لمشروع المادة ٢ (A/CN.9/WG.II/WP.93) قد حذفت على أساس أن يكون من المفهوم أن ادراج مثل هذه الممارسات ذات الصلة قد يؤدي، دون قصد، الى استبعاد بعضها (A/CN.9/445، الفقرة ١٥١). ووفقا لما سبق ذكره أعلاه (انظر الفقرات ١١ و ١٢ و ١٨)، فإن مشروع الاتفاقية لا ينشئ نوعا جديدا من الاحالة بل يهدف الى توفير قواعد موحدة بشأن الاحالة والممارسات المتصلة بالاحالة ذات العنصر الدولي والتي لا يمكن صوغها بشكل كاف بالنظر الى عدم اليقين السائد في القوانين الوطنية، على الرغم من أنها مشمولة نظريا في القوانين الوطنية القائمة حاليا. والقصد من الاشارة الى الاتفاق هو استبعاد الاحالات الناشئة بفعل القانون (كالحلول القانوني).

٢١ - وبغية تجنب أي غموض بشأن ما اذا كان تعبير "نقل" يشمل الاحالات على سبيل الضمان، يرد توضيح صريح للمسألة في الجملة الثانية من مشروع المادة ٢ (أ) التي تنشئ الافتراض القانوني بأن انشاء حقوق ضمان في المستحقات يعتبر، لأغراض مشروع الاتفاقية، بمثابة نقل. بيد أن مشروع الاتفاقية لا يعرف الاحالات القطعية والاحالات على سبيل الضمان. وهذه المسألة متروكة لقوانين أخرى منطبقة خارج نطاق مشروع الاتفاقية لأن الاحالة على سبيل الضمان يمكن بالفعل، بالنظر الى أوجه التباين الواسع القائمة بين النظم القانونية فيما يتعلق بتصنيف عمليات النقل، أن تكون لها صفات البيع بينما يمكن أن يستخدم البيع أداة ضمان (للاطلاع على قائمة بالمسائل المتروكة للقوانين الأخرى، انظر الفقرة ٦٤).

"ينقل شخص ما الى شخص آخر"

٢٢ - يمكن لكل من المحيل والمحال اليه أن يكونا هيئتين اعتباريتين أو شخصين ، سواء كانا تاجرين أو مستهلكين . وهكذا فإن الاحالة بين شخصين مشمولة ما لم يكن هذان الشخصان مستهلكين وتُجرى الاحالة لأغراض استهلاكية مشتركة بينهما (مشروع المادة ٤ (أ)). ونتيجة لذلك ، تُشمل أيضا احالة مستحقات بطاقات الائتمان في معاملات التسديد ، وهي الاحالة التي تنطوي على احتمال اتاحة الائتمان المنخفض التكلفة لأصحاب المصانع والبائعين بالمفرق والمستهلكين . وتُشمل أيضا احالة القروض المضمونة بعقارات في تسديد الرهونات العقارية . وبالنظر الى أن المفرد ، في مشروع الاتفاقية ، يشمل الجمع والعكس بالعكس ، فإن الاحالة التي يجريها عدة أشخاص (كالمالكين المشتركين للمستحقات) لصالح عدة أشخاص (كسندكة ممولين) مشمولة أيضا . بيد أنه عند تقرير النطاق الاقليمي للانطباق أو الطابع الدولي ، ينبغي تجاهل تعدد المحيلين أو المحال اليهم وفحص الاحالة التي يجريها كل محيل أو المجرة لصالح كل محال اليه بصورة منفصلة عن الاحالات المجرة من شخص آخر أو الى شخص آخر (ما زالت المسألة المتعلقة بما اذا كان يمكن تحديد مقر عدة محيلين أو محال اليهم بالاشارة الى مقر الوكيل المأذون له تحتاج الى أن ينظر فيها الفريق العامل ، انظر الملاحظة ١٤ على مشروع المادة ١ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.102 ؛ وفيما يتعلق بالحالات التي يشترك فيها مدينون عديدون ، انظر الفقرة ٢٦) .

"الحق التعاقدى في تحصيل مبلغ نقدي"

٢٣ - يقصد بتعبير "تعاقدى" كفالة أن تُشمل المستحقات الناشئة عن أي نوع من أنواع العقود ، بينما تُستبعد المستحقات الناشئة بفعل القانون ، كالمستحقات التعويضية أو المستحقات الضريبية أو المستحقات التي تتقرر في أحكام للمحاكم ، ما لم يجر تأكيدها في اتفاق تسوية . أما المستحقات التعاقدية ، التي يشمل مشروع الاتفاقية احوالها ، فتتضمن المستحقات الناشئة بموجب عقود البيع للبضائع أو توفير الخدمات ، سواء كانت تلك العقود معاملات تجارية أو استهلاكية ، وكذلك المستحقات التي تكون على شكل ربوع ناشئة عن ترخيص ملكية فكرية والمستحقات التي تكون على شكل أرصدة ائتمانية في المعاملات الخاصة بحسابات الايداع أو سندات الضمان (للاطلاع على وصف موجز للممارسات ، انظر الفقرات ٣١-٣٩) .

٢٤ - ولا تُشمل احالة الحقوق التعاقدية الأخرى غير النقدية (مثل احالة الحق في الأداء أو الحق في اعلان الغاء العقد ؛ وفيما يتعلق بحق المحيل في المطالبة بتعويضات عن الاخلال بالعقد أو بفائدة عن التأخر في السداد ، انظر الملاحظتين ٢ و ٣ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . وبينما لا يعتبر حق الأداء ، كحق البائع في أية بضائع معادة مثلا ، من المستحقات ، فإن المحال اليه يحصل على ذلك الحق الى الحد الذي تحل فيه أية بضائع معادة محل المستحقات المحالة . وقد عولجت المسألة في مشروع المادتين ١٦ و ٢٦ اللتين يشمل السداد فيهما كلا من السداد النقدي والعيني . بيد أنه لزيادة

توضيح هذه المسألة ، قد يرغب الفريق العامل في أن يدرج في مشروع المادتين ١٦ و ٢٦ اشارة الى حق المحال اليه في كل ما يتم تلقيه على سبيل السداد "أو أي وفاء آخر" للمستحقات المحالة (الملاحظة ١ على مشروع المادة ١٦ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . ولا تُشمل أيضا احالات العقود التي تنطوي على احالة حقوق تعاقدية واحالة التزامات . وبينما يمكن لهذه المعاملات أن تشكل جزءا من الترتيبات المالية ، فان الممول يعتمد بصورة رئيسية عادة على المستحقات . أما فيما يتعلق باحالة الالتزامات ، فقد رأى الفريق العامل أن ذلك يتجاوز النطاق المرغوب فيه لمشروع الاتفاقية .

"يدين بها" شخص ثالث

٢٥ - بصرف النظر عن المحيل والمحال اليه ، يمكن أن يكون المدين أيضا هيئة اعتبارية أو شخصا ، تاجرا أو مستهلكا . وتشمل المستحقات الاستهلاكية في مشروع الاتفاقية الى الحد الذي تكون فيه تعاقدية ، ما لم تكن محالة من مستهلك الى آخر ومن ثم لا يقصد منها الا خدمة أغراض شخصية أو أسرية أو منزلية (مشروعا المادتين ٢ و ٤ (أ) ؛ للاطلاع على هذه المسألة ، انظر أيضا الفقرتين ٣٥ و ٤٣) .

٢٦ - وتشمل أيضا احالة المستحقات ، سواء كانت مستحقات كاملة أو أجزاء من مستحقات يدين بها مدينون عديدون مجتمعين (أي بصورة كاملة) ومنفردين (أي بصورة مستقلة) ، شريطة أن يكون العقد الذي تنشأ عنه المستحقات المحالة (المشار اليه فيما يلي باسم "العقد الأصلي") يخضع لقانون دولة متعاقدة . غير أنه اذا لم يكن العقد الأصلي خاضعا لقانون دولة متعاقدة وكان مقر مدين واحد أو أكثر ، لا جميعهم ، يقع في دولة متعاقدة ، ينبغي أن ينظر الى كل معاملة على أنها معاملة مستقلة وبذلك لا يتأثر المدينون الذين لا يكون مقرهم واقعا في دولة متعاقدة بمشروع الاتفاقية . ولولا ذلك ، يمكن أن تتعرض للخطر امكانية التنبؤ بشأن انطباق مشروع الاتفاقية على حقوق والتزامات المدينين ، التي هي من الأهداف الرئيسية لمشروع الاتفاقية .

عقد الاحالة ، عقد التمويل أو الخدمة الأخرى ، العقد الأصلي

٢٧ - يسلم مشروع الاتفاقية بحق الأطراف في هيكلة علاقتها التعاقدية بحرية بغية تلبية احتياجاتها التمويلية المختلفة بهدف البقاء قادرة على التنافس في سوق عالمية سريعة التغير (مشروع المادة ٦) . وهكذا فان مشروع الاتفاقية لا يمس بعقد الاحالة ، ما لم يرد فيه خلاف ذلك صراحة (مثال ذلك ، مشاريع المواد ١٣-١٦ و ٢٧) ؛ أو بعقد التمويل أو الخدمة الأخرى (الذي قد يكون مماثلا لعقد الاحالة ، كما في حالة معاملات العمولة ، أو لعقد منفصل ، كما في حالة معاملات التسديد) ؛ أو بالعقد الأصلي المبرم بين المحيل والمدين ، الذي تنشأ عنه المستحقات المحالة ، ما لم ينص مشروع الاتفاقية على خلاف ذلك صراحة (مثال ذلك مشروع المادة ١٩) .

٢٨ - وقد حذفت الإشارة الى "قيمة أو ائتمان أو خدمات يجري اعطاؤها أو الوعد بها" في مقابل المستحقات المحالة ، التي وردت في نص سابق لتعريف "الاحالة" (مشروع المادة ٢ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.96) ، لأن "القيمة أو الائتمان أو الخدمات" جزء من عقد التمويل لا من الاحالة . بيد أن حذف تلك الكلمات لا يغير من واقع أن الاحالات مشمولة سواء كانت احالات قطعية ترد فيها القيمة التي يعطيها المحال اليه أو يعد باعطائها للمحيل أو لشخص آخر ينتسب الى المحيل أو يكون له دين على المدين ؛ أو كانت احالات على سبيل الضمان يعطى بموجبها ائتمان أو وعد به ؛ أو كانت احالات لا يوفر بموجبها تمويل بل خدمات (مثل مسك الدفاتر أو التحصيل أو التأمين ضد تقصير المدين ، الذي كثيرا ما يكون العنصر الرئيسي أو الوحيد في معاملات العملة الدولية) . وسوف تشمل احالات المستحقات ، سواء أعطيت هذه "القيمة أو الائتمان أو الخدمات" أو أعطي بها وعد ، ليس وقت الاحالة فحسب بل في وقت سابق لذلك أيضا . ونتيجة لذلك ، سيشمل مشروع الاتفاقية أيضا المعاملات ذات الصلة بالاحالات التي تنطوي على اعادة هيكلة ديون مدين يعاني من صعوبات مالية لا تصل الى حد الاعسار .

٢٩ - وقد نظر الفريق العامل ، في مرحلة مبكرة من مراحل عمله ، في مسألة ما اذا كان ينبغي أن يقتصر انطباق مشروع الاتفاقية على الاحالات ذات الطابع أو السياق التجاري أو التمويلي . وقرر الفريق العامل أن هذا الاقتصار لن يكون مناسباً لأنه سينشئ على نحو غير ملائم نظاماً خاصاً آخر بشأن الاحالة ، مع أنه لا حاجة الى مثل هذا النظام لأن من شأنه أن يؤدي بالتالي ، دون قصد ، الى مزيد من التشييت في الأحكام القانونية المتعلقة بالاحالة ؛ ولأنه سيبعث على عدم اليقين لأن مصطلحي "تمويل" و "تجاري" غير مفهومين بنفس الشكل على الصعيد العالمي كما أنه ليس من المجدي أو المستصوب محاولة تعريفهما بطريقة موحدة في اتفاقية دولية ؛ ولأنه لن يكون هناك داع لكي تستبعد من نطاق مشروع الاتفاقية معاملات هامة مثل الاحالات في معاملات العملة الدولية التي لا توفر بموجبها الا الخدمات (مثل مسك الدفاتر أو خدمات التحصيل أو التأمين ضد تقصير المدين) . وقد فضل الفريق العامل أن يبدأ من نطاق انطباق واسع وأن يستبعد المعاملات التي سبق أن نظمت تنظيمياً جيداً .

٣٠ - وفيما يتعلق بما يحتمل أن يتركه هذا النهج من أثر على القانون الوطني ، وفقاً لما سبق ذكره (انظر الفقرات ١١ و ١٢ و ١٨ و ٢٠) ، فإن القصد من مشروع الاتفاقية هو أن يشمل الاحالات ذات العنصر الدولي ولا يؤثر بشكل سلبي على الاحالات المحلية للمستحقات المحلية (للاطلاع على هذه المسألة انظر أيضاً الملاحظات ٣-٥ على مشروع المادة ١ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104 ؛ وفيما يتعلق بالتنازع المحتمل مع اتفاقية أوتاوا ، انظر الملاحظات على مشروع المادة ٣٣ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) .

المعاملات المشمولة

٣١ - يشمل مشروع الاتفاقية مجموعة واسعة من المعاملات المالية . وهو يشمل قبل كل شيء تقنيات التمويل التقليدية كالعوملة والعوملة المستندية وخضم الفواتير . ففي هذه الأنواع من المعاملات يحيل محيلون الى ممول حقوقهم في مستحقات ناشئة عن بيع بضائع المحيلين أو خدماتهم . وقد تكون الاحالة في مثل هذه المعاملات اما من أجل الضمان أو على سبيل النقل القطعي ، مع تعديل في سعر الشراء وفقا للمخاطرة والوقت الذي يجري فيه تحصيل المستحق الأساسي . وقد طورت هذه المعاملات ، علاوة على أشكالها التقليدية ، عددا من البدائل المعدة خصيصا لتلبية الاحتياجات المختلفة للأطراف المشتركة في المعاملات التجارية الدولية . مثال ذلك أنه ، بالإضافة الى التمويل أو بدلا منه ، يمكن توفير عدد من الخدمات ، بما في ذلك التحصيل ومسك الدفاتر والتأمين ضد تقصير المدين . وكثيرا ما توفر خدمات التأمين في مجال العوملة الدولية حيث تحال المستحقات الى عامل في بلد المحيل ("عامل تصدير") وبعد ذلك يحيلها عامل التصدير الى عامل آخر في بلد المدين ("عامل استيراد") لأغراض التحصيل بينما لا يكون للعوامل حق الرجوع الى المحيل في حالة تقصير المدين (عوملة بدون حق الرجوع) . وجميع هذه المعاملات مشمولة في مشروع الاتفاقية بغض النظر عن شكلها .

٣٢ - وبالنظر الى التعريف الواسع لتعبير "مستحق" في مشروع المادة ٢ (أ) ("الحق التعاقدي للمحيل في تحصيل مبلغ نقدي") ، يشمل مشروع الاتفاقية أيضا أشكالا عديدة أخرى من المعاملات المالية المستخدمة في التجارة الدولية المعاصرة . وتتضمن هذه تقنيات التمويل الابتكارية ، كالتسديد وتمويل المشاريع وصكوك المقايضة ، وكذلك المعاملات التي تنطوي على البيع الممول للمعدات المتنقلة المرتفعة القيمة (فيما يتعلق بما اذا كان ينبغي أن يعامل بعض تلك الممارسات بشكل مختلف أو أن يستبعد كلياً من نطاق مشروع الاتفاقية ، انظر الملاحظات ٣-١٦ على مشروع المادة ٤ في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

٣٣ - ففي معاملة التسديد ، ينشئ المحيل مستحقات من خلال جهوده الخاصة . وقد يكون المحيل مؤسسة صناعية تباع البضائع ؛ ويمكن أن يكون أيضا مصرفا يقدم القروض . ويقوم المحيل ، على سبيل النقل القطعي عادة ، باحالة هذه المستحقات لهيئة منشأة خصيصا لغرض شراء المستحقات وتسديد أثمانها بأموال جرى تلقيها من مستثمرين تبيعهم المستحقات أو سندات ضمان مدعّمة بالمستحقات . وهكذا تكون الموجودات الوحيدة المتوفرة لدى هذه "الهيئة الخاصة الغرض" هي المستحقات المنقولة اليها . وفصل المستحقات عن موجودات المحيل الأخرى يتيح تسعير الائتمان المعطى من أجل نقله من المحيل الى "الهيئة الخاصة الغرض" على أساس الائتمان الخاص بالمستحقات المحالة فقط وبدون أي اعتبار لموجودات المحيل الأخرى . وبعد هذا النقل مباشرة أو بالتزامن معه ، تحيل الهيئة الخاصة الغرض للمستثمرين مصلحة غير مجزأة في المستحقات أو تصدر سندات ضمان مدعّمة بالمستحقات . ووفقا لما ذكر أعلاه ، فإن السعر الذي يدفعه المستثمرون من أجل هذه المصلحة (أو الأموال المقرضة التي تستخدم للتسديد للمحيل الأول) يرتبط بالقوة المالية للمستحقات المحالة وليس بالجدارة الائتمانية

للمحيل . وهكذا ، قد يستطيع المحيل الحصول على ائتمانات أكثر مما يستطيعه على أساس تصنيفه الائتماني . وبالإضافة الى ذلك ، فإن وصول المحيل الى أسواق سندات الضمان الدولية قد يمكنه من الحصول على الائتمان بتكلفة أقل من متوسط تكلفة الائتمانات التجارية المصرفية . وعلاوة على ذلك ، فإن قيام المحيل الأول بإحالة المستحقات الى هيئة منشأة فقط لغرض اصدار سندات ضمان مدعّمة بالأحالات يقلل من خطر الاعسار ويقلل بالتالي من تكلفة الائتمانات .

٣٤ - وسوف ينطبق مشروع الاتفاقية بصورة مماثلة على إحالة التدفق النقدي الآجل لمشروع ما . ففي مشاريع البنية التحتية الكبيرة المدرة للإيرادات ، تجمع الجهات الراعية التكاليف الرأسمالية الأولية عن طريق الاقتراض في مقابل التدفق الآجل لإيرادات المشروع . وهكذا فإن سدود توليد الكهرباء تمول عن طريق التزام المستعملين في المستقبل بدفع ثمن الكهرباء ، ويدفع ثمن شبكات الهاتف عن طريق الإيرادات المتأتية من رسوم الاتصالات ، وتُنشأ الطرق السريعة بأموال تجمع من خلال إحالة متحصلات رسوم المرور عن تلك الطرق في المستقبل . وبالنظر الى إمكانية انطباق مشروع الاتفاقية على المستحقات الآجلة ، يمكن تحويل هذه الأنواع من تمويل المشاريع الى عمليات نقل ، تجرى عادة لأغراض الضمان ، للمستحقات الآجلة التي يديرها المشروع الذي يجري تمويله .

٣٥ - وفي هذا السياق ، لا بد من التأكيد على أن استبعاد مشروع الاتفاقية للأحالات التي تجرى لأغراض شخصية أو أسرية أو منزلية لن يؤدي الى استبعاد المستحقات الاستهلاكية (المعاملة التي ينشأ المستحق عنها ، مثال ذلك أن الالتزام الذي ينشئه مستهلك ، كفاتورة منفعة عامة ، لا يكون مستحقاً) . ولا يكون إحالة إلا نقل الحق في تحصيل تلك المدفوعات ، كما أن نقل الحق من شركة منافع عامة الى ممول أو هيئة خاصة الغرض لا يكون لأغراض شخصية أو أسرية أو منزلية (بشأن هذه المسألة ، أنظر أيضاً الفقرتين ٢٥ و ٤٣) . وبالإضافة الى ذلك ، تجدر الملاحظة أن متحصلات رسوم المرور على الطرق ستكون مستحقات تعاقدية تقع ضمن نطاق مشروع الاتفاقية لأنها تنشأ عن عقود مبرمة بحكم الواقع بين مشغلي الطرق السريعة ومستعمليها .

٣٦ - وسوف تقع معاملات صكوك المقايضة ومعاملات الصكوك الاشتقاقية أيضاً ضمن نطاق مشروع الاتفاقية . و"المقايضة" هي في الأساس معاملة بين طرفين تُستغل فيها الجدارة الائتمانية لطرفين مختلفين ورغبتهما في المخاطرة . ففي الأحوال التقليدية ، تقتضى هيئة جديرة ائتمانياً المال بسعر ثابت . وتقتضى هيئة أقل جدارة ائتمانية مبلغاً مماثلاً ، ولكن وضعها المالي لا يسمح لها إلا بالاقتراض في أسواق الائتمان بأسعار متغيرة . وتقوم الهيئتان ، من خلال وسيط مالي ، "بمقايضة" التزاماتهما وتتفقان على أن تقوم كل منهما بالتعويض على الأخرى ودرء الضرر عنها في حالة تقصير أحد الطرفين . وهناك رسم يدفع مقابل المقايضة تكون من نتائجه تمكن الهيئة الأقل جدارة ائتمانية من الحصول ، في مقابل رسم ، على ائتمان بسعر ثابت . وبالنظر الى أن الممولين الذين يقرضون الأموال يشكلون بالتأكيد جزءاً من هذه المعاملات (وإلا فإن من المحتمل أن تكون المقايضة تقصيراً) ، فإن نقلهم لهذه الحقوق لتحصيل الأموال يُدخل هذه الأنواع من المعاملات في نطاق مشروع الاتفاقية .

٣٧ - أما معاملات الصكوك الاشتقاقية فشبيهة بمعاملات صكوك المقايضة من حيث ان التزامات المدينين تجزأ وتباع لهيئات مالية وهيئات أخرى . مثال ذلك أن مدفوعات الفائدة للسنوات الخمس الأولى عن سند مدته ٣٠ سنة يمكن أن تجمع معا وتباع لمستثمرين ، كما يمكن أن تباع مدفوعات السنوات الخمس الأخيرة . وبالنظر الى الفترات الزمنية المختلفة ، فان تدفقات هذه المدفوعات تشكل مخاطر مختلفة تجتذب المستثمرين وتنشئ سوقا لهذه الصكوك . والاتجار بمثل هذه الحقوق في الأموال يقع مباشرة ضمن نطاق مشروع الاتفاقية .

٣٨ - وتشمل في مشروع الاتفاقية حتى المعاملات التي لها صفة تقليدية أقل . فسندات الاقراض ومشاركات الاقراض ، على سبيل المثال ، هي أشكال معقدة من أشكال احوالة التزام المدين التعاقدية من أجل تسديد الدين . وجميع أشكال سندات الاقراض ، التي يحصل المشارك فيها على بعض الحق في التزام المدين التعاقدية بالتسديد ، تقع ضمن نطاق مشروع الاتفاقية . ويمكن للمعاملة أن تأخذ الشكل الشائع للقرض المصرفي أو يمكن أن تأخذ شكل تمويل عمومي لمشروع ما أو حيازة معدات . وهكذا فان عمليات نقل سندات المديونية (بصفتها التزامات تعاقدية بالتسديد) التي تضمنها طائرات ستكون مشمولة ضمن نطاق مشروع الاتفاقية ، كما أن المشاركات في هيئات ائتمانية لادارة المعدات ستكون مشمولة أيضا . والواقع أنه اذا كان التمويل الأولي لمعدات متنقلة ، كالتائرات ، مضمونا بايرادات آجلة ، فان مشروع الاتفاقية سينطبق أيضا لأن نقل تلك المستحقات على سبيل الضمان سيكون بالفعل نقلا للالتزام المستهلك التعاقدية بالتسديد . وفي هذا السياق ، تجدر الملاحظة بأنه ، اذا كانت السندات القابلة للتداول تمثل التزاما بالتسديد ، فان نقلها لا يكون مشمولا بمشروع الاتفاقية بسبب الاستبعاد المتعلق بنقل الصكوك القابلة للتداول الوارد في المادة ٤ .

٣٩ - وبصورة مماثلة ، ستشمل أيضا احوالات الحسابات المصرفية (التي تمثل التزام مصرف الايداع بالتسديد من تلك الحسابات) أو احوالات بوالص التأمين (التي تمثل التزام شركة التأمين الاحتمالي بالدفع عند الخسارة) . ومرة أخرى ، قد تكون هذه الاحالات عمليات نقل قطعي ، كما هي الحال عندما تنقل حافظات حسابات مصرفية أو بوالص تأمين فيما بين شركات أو ضمن هيكل الهيئة الاعتبارية . وقد تكون هذه الاحالات أيضا عمليات نقل على سبيل الضمان ، مثل قروض أقساط التأمين أو القروض المضمونة بوديعة في مصرف تجاري .

* * *

المادة ٣ - الطابع الدولي

المراجع

A/CN.9/432 ، الفقرات ١٩-٢٥

A/CN.9/445 ، الفقرات ١٥٤-١٦٧

A/CN.9/456 ، الفقرات ٤٤-٤٥ و ٢٢٧-٢٢٨

التعليق

٤٠ - ينص مشروع الاتفاقية على أنه حالما يكون المستحق دوليا تكون احواله مشمولة دائما في مشروع الاتفاقية . بيد أنه حتى لو كان المستحق محليا فان احواله يمكن أن تُشمل في مشروع الاتفاقية اذا كانت هذه الاحالة دولية أو كانت جزءا من سلسلة احالات تتضمن احالة دولية سابقة (فيما يتعلق بهذه المسألة ، أنظر الفقرة ١٠ وكذلك التعليقات على مشروع المادة ٣ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . ولم يتقرر بعد معنى عبارة "المقرر" ومسألة مقار المحيلين والمحال اليهم المتعديدين (للاطلاع على اقتراحات الأمانة بشأن هذه المسألة ، أنظر الملاحظات ٣-١٠ على مشروع المادة ٥ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) .

٤١ - ويتقرر الطابع الدولي للمستحق وقت إبرام العقد الأصلي . ويستند هذا النهج الى الافتراض بأن الدائن (المحيل المحتمل) يريد أن يعرف ، في ذلك الوقت ، أي قانون يمكن أن يكون منطبقا لكي يستطيع تقدير المخاطر المترتبة على معاملة ما ويقرر ما اذا كان سيقدم الائتمان الى المدين وبأية شروط . غير أنه نتيجة لهذا النهج ، قد لا تكون الأطراف في الاحالة قادرة على أن تقرر وقت الاحالة اذا كان مشروع الاتفاقية سينطبق في حالة وجود مستحقات آجلة (أي مستحقات ناشئة عن عقود ليست موجودة وقت الاحالة) . ومن ناحية أخرى ، يتقرر الطابع الدولي للاحالة وقت اجرائها . وهكذا ، سوف تكون الأطراف قادرة على الدوام على التنبؤ ، وقت اجراء الاحالة ، بما اذا كان مشروع الاتفاقية سينطبق أو لا ينطبق .

* * *

المادة ٤ - الاستبعادات

المراجع

A/CN.9/432 ، الفقرات ١٨ و ٤٧-٥٢ و ١٠٦ و ٢٣٤-٢٣٨

A/CN.9/434 ، الفقرات ٤٢-٦١

A/CN.9/445 ، الفقرات ١٦٨-١٧٩

A/CN.9/456 ، الفقرات ٤٦-٥٢

٤٤ - تستبعد الفقرة الفرعية (ب) الاحالات التي تجرى بتظهير وتسليم صك قابل للتداول ، مثل السفنجة أو الكمبيالة أو الشيك ، أو بمجرد تسليم صك ، مثل المستند لحامله . والسبب الكامن وراء هذا

٤٥ - تهدف الفقرة الفرعية (ج) الى استبعاد الاحالات التي تجرى في سياق بيع مشروع تجاري يعتبر منشأة ناجحة ، اذا أجريت من البائع الى المشتري . وتستبعد هذه الاحالات لأنها منظمة عادة بصورة مختلفة في القوانين الوطنية التي تعالج مسألة شراء الهيئات الاعتبارية ولأنها ليست ذات طابع تمويلي . بيد أن الاحالات التي تجرى في مؤسسة تمويل البيع ليست مستبعدة .

الاحالات الأخرى

٤٦ - نظر الفريق العامل أثناء قيامه بعمله ، في استبعاد أنواع أخرى من الاحالات مثل الاحالات التي تجرى بفعل القانون ، والاحالات التي تجرى كهبات ، واحالات الأجور ، واحالة الحقوق التعاقدية بصورة عامة ، واحالات أقساط التأمين ، واحالات الايجارات المتأتية من عقارات ومعدات ، واحالات الأرصدة في حسابات الايداع . ففيما يتعلق بالاحالات التي تجرى بفعل القانون ، تجدر الملاحظة بأنها مستبعدة بالنظر الى أن "الاحالة" تعرّف بالإشارة الى "النقل بالاتفاق" . وبالنظر الى أنه رئي أن القيمة المالية تشكل جزءاً من عقد الاحالة ، وهو ما لم يجر تناوله في مشروع الاتفاقية إلا في مشاريع المواد ١٣ الى ١٦ و ٢٧ ، قرر الفريق العامل عدم تناول الاحالات التي تجرى كهبات . وفيما يتعلق باحالة الأجور ، قرر الفريق العامل ترك المسألة لقانون آخر . فاذا كانت هذه الاحالات محظورة بموجب القانون الوطني ، لا يمس مشروع الاتفاقية بهذا الحظر . إلا أنه اذا لم تكن هذه الاحالات محظورة بموجب القانون الوطني بغية المحافظة على ممارسات هامة مثل تمويل خدمات التوظيف المؤقت ، فان مشروع الاتفاقية لا يفعل أي شيء لإبطالها (فيما يتعلق بالقانون المنطبق على قابلية الاحالة القانونية ، أنظر الملاحظتين ٣-٤ على مشروع المادة ٢٨ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . وقرر الفريق العامل أن يشمل احالات أقساط التأمين والايجارات الناشئة عن تأجير عقارات ومعدات ، وكذلك احالات الأرصدة الائتمانية في حسابات الايداع (غير أنه للاطلاع على المعالجة الدقيقة لبعض هذه المعاملات والاستبعادات المحتملة ، أنظر الملاحظات ٣-١٦ على مشروع المادة ٤ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) .

٤٧ - وبغية تعزيز مقبولة مشروع الاتفاقية ، فان القصد من الفقرة (٢) ، التي تظهر بين معقوفتين لأن الفريق العامل لم يعتمد عليها بعد ، هو كفالة اعطاء الدول امكانية استبعاد المزيد من الممارسات . وقد يكون هذا النهج ضروريا اذا لم يتم التوصل الى اتفاق بشأن الممارسات التي ينبغي أن تستبعد في الفقرة (١) أو من أجل تناول الشواغل التي قد تنشأ في المستقبل . بيد أن الضرر المحتمل الذي يسببه مثل هذا النهج هو أن نطاق مشروع الاتفاقية يمكن أن يتغير بين دولة وأخرى مما يؤدي ، بالنظر الى تعدد الأطراف المعنية وامكان قيام دولة واحدة أو أكثر من الدول التي يحتمل أن تكون معنية ، ولكن ليس كل الدول ، باصدار اعلان ، الى عدم التمكن بسهولة من التحقق من النطاق الدقيق لمشروع الاتفاقية . ويمكن لهذه النتيجة بحد ذاتها أن تزيد التكلفة القانونية وتزيد بالتالي التكلفة النهائية للمعاملة (بشأن هذه المسألة ، أنظر الملاحظتين ٧ و ١٦ على مشروع المادة ٤ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) .

* * *

الفصل الثاني - أحكام عامة

المادة ٥ - التعاريف وقواعد التفسير

المراجع

- A/CN.9/420 ، الفقرات ٥٢-٦٠
A/CN.9/432 ، الفقرات ٧٠-٧٢ و ٩٤-١٠٥
A/CN.9/434 ، الفقرات ٧٨-٨٥ و ١٠٩-١١٤ و ١٦٧ و ٢٤٤
A/CN.9/445 ، الفقرات ١٨٠-١٩٠
A/CN.9/456 ، الفقرات ٥٣-٧٨

التعليق

"العقد الأصلي"

٤٨ - عُرِّف المصطلح لأنه يشار إليه في مشاريع المواد ٥ (ب) ، و ٥ (ك) '٣' ، و ١٧ (١) ، و ١٧ (٢) (أ) و (ب) ، و ١٨ (١) ، و ١٩ (١) ، و ٢٠ (٢) ، و ٢٢ (٢) (ب) ، و ٢٣ . ويشكل العقد الأصلي ، مع عقد الاحالة وعقد التمويل أو الخدمات الأخرى ، الذي يمكن أن يكون نفس العقد أو عقدا مختلفا ، جزءا من سلسلة أساسية من العلاقات التعاقدية المترتبة على معاملة الاحالة . وباستثناء الأحكام التي تنص على خلاف ذلك صراحة (مثال ذلك مشروع المادة ١٩) ، لا يمس مشروع الاتفاقية بحقوق والتزامات المدين حسبا يكون منصوص عليها في العقد الأصلي (مشروع المادة ١٧) .

"يعتبر المستحق ناشئا في الوقت الذي يبرم فيه العقد الأصلي"

٤٩ - بغية تعزيز اليقين ، ينص مشروع الاتفاقية على قاعدة موحدة بشأن الوقت الذي يعتبر المستحق ناشئا فيه . وهذه القاعدة أساسية لتحديد الطابع الدولي للمستحق ونفاذ مفعول الاحالة الاجمالية . فالوقت الذي يبرم فيه العقد الأصلي هو النقطة الزمنية الأنسب لأن هوية الدائن والمدين وكذلك المصدر الشرعي للمستحق وقيمه تكون معروفة . ورئي أن الوقت الذي يصبح فيه المستحق واجب الأداء أو

يصبح فيه العقد الأصلي واجب التنفيذ غير مناسبين في هذا الشأن ، لأن تأخير الوقت الذي ينشأ فيه المستحق ويكون استعماله فيه ممكنا للحصول على الائتمان يمكن أن يكون له تأثير ضار على توافر الائتمان . ويشير تعبير "يبرم" الى ابرام العقد ، الذي يترك معناه بالضبط للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية . وفي أية حال ، لا يشير "الابرام" الى الوفاء بالعقد (للاطلاع على اقتراح الصياغة المقدم من الأمانة بشأن حذف الفقرة الفرعية (ب) والاشارة بصورة مباشرة الى وقت ابرام العقد الأصلي في مشاريع المواد ٣ و ٨ (١) (ب) و (٢) ، أنظر الملاحظة ١ على مشروع المادة ٥ في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

"المستحق القائم" و"المستحق الآجل"

٥٠ - أشير في مشروع المادتين ٨ (نفاذ مفعول الاحالة) و ٩ (وقت الاحالة) الى تعبير "المستحق القائم" و"المستحق الآجل" . ولا يضع مشروع الاتفاقية أي قيد على أنواع المستحقات الآجلة التي شملت احوالها . وهكذا فان جميع أنواع المستحقات الآجلة مشمولة في التعريف ، بما في ذلك المستحقات الشرطية (أي المستحقات التي قد يكون نشوؤها مرهونا بحدث مستقبلي قد يقع أو لا يقع) والمستحقات المحض افتراضية (أي المستحقات التي قد تنشأ عن نشاط لم يشرع فيه المحيل وقت الاحالة) . بيد أن مشروع المادة ٨ يضع قيда على نفاذ مفعول احالة مستحق آجل عن طريق الاشتراط بتبين كون المستحق الآجل ، في الوقت الذي يبرم فيه العقد الأصلي ، مستحقا تخصه الاحالة . وحالما يتم الوفاء بهذا الاشتراط ، يعتبر المستحق الآجل منقولا وقت ابرام عقد الاحالة . غير أنه ينبغي أن لا تمس هذه النتيجة بحقوق أطراف الثالثة (أنظر الفقرة ٧٠) .

"التمويل بالمستحقات"

٥١ - لم يعتمد الفريق العامل هذا المصطلح الذي يرد بين معقوفتين (للاطلاع على اقتراح الأمانة حذف هذا التعريف وربما الاشارة الى التمويل بالمستحقات في الديباجة ، أنظر الملاحظة ٢ على مشروع المادة ٥ في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

"الكتابة"

٥٢ - يقصد من المصطلح ادراج أية وسائل اتصالات غير ورقية أخرى يمكن أن تؤدي نفس الوظائف التي تؤديها الرسالة الورقية (كتوفير دليل ملموس ، والعمل بمثابة تحذير للأطراف تجاه النتائج ، وتوفير رسالة مقروءة وتوثيقها وتوفير تأكيدات كافية بشأن سلامتها) . وهو مستوحى من المادتين ٦ و ٧ في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية ويجسد المفهومين المتميزين لكل من "الكتابة" و"التوقيع" (أو "الكتابة الموقعة") .

٥٣ - ويشترط مشروع الاتفاقية الكتابة فيما يتعلق بالاشعار بالاحالة كما يشترط الكتابة الموقعة فيما يتعلق بتنازل المدين عن اقامة الدفوع (غير أنه قد يكون من الضروري أن يوضح مشروع المادة ٢١ (٣) ما اذا كانت هناك حاجة الى توقيع كل من المحيل والمدين معا أو توقيع المدين وحده ؛ أنظر الملاحظة على مشروع المادة ٢١ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . وتُشترط الكتابة أيضا فيما يتعلق باعلانات الدول وبيع بعض الاجراءات المتصلة بالتسجيل . ويستند هذا النهج الى الافتراض بأنه ينبغي اجراء تقييم مختلف للحاجة الى تأكيدات أقوى بشأن موثوقية الرسائل ، استنادا الى السياق الذي توضع فيه الرسالة .

٥٤ - يقصد بعبارة "يمكن الوصول اليه" الالامح الى أن الرسالة مقروءة وميسورة التفسير ؛ ولا تشير عبارة "يكون قابلا للاستعمال" الى استعمال شخص طبيعي فحسب بل الى الاستعمال الحاسوبي أيضا ؛ وتضع عبارة "كمراجع لاحق" معيارا مماثلا للمعيار الذي ينطوي عليه مفهوم مثل الدوام (لكن دون الاشارة الى التفسير الدقيق المعطى لمفهوم الدوام في بعض النظم القانونية والذي يعادل عدم قابلية التحوير) ولكنها أكثر موضوعية مما تنطوي عليه مفاهيم مثل سهولة القراءة أو سهولة الفهم (أنظر الفقرة ٥٠ من دليل تشريع القانون النموذجي) . ويُعرّف التوقيع بالاشارة الى هوية الموقع وابداء الموقع لموافقته على مضمون الرسالة .

"الاشعار بالاحالة"

٥٥ - وفقا للفقرة (و) ، يلبي الاشعار اشتراطات مشروع الاتفاقية اذا كان مكتوبا كما يوفر وصفا معقولا للمستحقات المحالة . أما ماهية الوصف المعقول فمسألة تتحدد وفقا للظروف . غير أن الوصف المعقول يشمل أوصافا على غرار ما يلي : "جميع مستحقاتي من شركتي لبيع السيارات" و"جميع مستحقاتي تجاه عملائي في البلدان ألف وباء وجيم" . ولا يُشترط أن يبين الاشعار هوية الشخص الذي سيقوم المدين بالتسديد له أو لحسابه أو العنوان الذي سيقوم بالتسديد فيه . ونتيجة لذلك يكون الاشعار الذي لا يتضمن تعليمات بشأن التسديد نافذ المفعول بموجب مشروع الاتفاقية . غير أنه بالنظر الى أن الاشعار ، بموجب مشروع الاتفاقية ، يغير الطريقة التي يمكن فيها للمدين الوفاء بدينه ، تُشجع الأطراف التي تقوم باشعار المدين على أن تضمّن اشعارها تعليمات التسديد هذه . وقد جعل الفريق العامل وفاء المدين مستندا الى الاشعار بدلا من الاستناد الى تعليمات التسديد بغية تجنب بلبله المدين في حالات قد ترسل فيها الرسالتان بصورة منفصلة أو قد يرسل فيها عدة أشخاص عدة رسائل الى المدين .

"مدير الاعسار" و"اجراءات الاعسار"

٥٦ - استوحيت الفقرتان الفرعيتان (ز) و (ح) من مصطلحي "الاجراء الأجنبي" و"المدير الأجنبي" الواردين في المادة ٢ (أ) و (د) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود . وتتمشيان كذلك مع المادتين ١ (١) و (٢) (أ) و (ب) من الاتفاقية الأوروبية بشأن اجراءات الاعسار . وبالإشارة الى غرض الاجراء أو وظيفة الشخص بدلا من استعمال تعابير تقنية قد تكون لها مدلولات مختلفة في النظم القانونية ، يكون المصطلحان واسعين بحيث يشملان مجموعة واسعة من اجراءات الاعسار ، بما فيها الاجراءات المؤقتة . والقصد من هذا النهج هو تجنب اعتراف الدولة المتعاقدة بأن اجراء الاعسار أو مديره هو اجراء أو شخص ليست له تلك الصفة بموجب "القانون الذي يحكم الاعسار" ، أو تجنب عدم تمكنها من الاعتراف بأن اجراء الاعسار أو مديره هو اجراء أو شخص له تلك الصفة بموجب "القانون الذي يحكم الاعسار" .

"الأولية"

٥٧ - يقصد بالأولية بموجب مشروع الاتفاقية أنه يمكن أن تكون لطرف الأفضلية على مطالبين آخرين في استيفاء مطالبته بموجب شرطين صريحين هما وجود احالة صالحة بين المحيل والمحال اليه وقيام المحال اليه بتقديم قرض الى المحيل (فيما يتعلق بما اذا كانت "الأولية" تشمل مسألة ما اذا كان للمحال اليه حق عيني أو شخصي ، أنظر الملاحظة ٣ على مشروع المادة ٥ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . أما اذا كان يجوز للشخص صاحب الأولوية أن يحتفظ بجميع عائدات التسديد أو أن يترك أي رصيد متبق بعد تسديد مطالبته للشخص الذي يليه في الأفضلية أو للمحيل ، فيعتمد على وجود احالة قطعية أو احالة على سبيل الضمان ؛ وهذا الأمر متروك للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية . ولا يشير التعريف الى حق التسديد لأنه ، بينما قد يكون هذا التعبير مناسبا للحالات على سبيل الضمان ، فقد يكون حصريا في الاحالات القطعية التي قد يكون للمحال اليه فيها ، على سبيل المثال ، الحق في تسلم أية بضائع يعيدها المدين الى المحيل . بيد أن الفريق العامل قد يرغب في النظر فيما اذا كان من الأفضل تناول هذه المسألة اذا ما أدرجت صيغة على المنوال التالي في الفقرة الفرعية '١' : "الحق في التسديد أو أي وفاء آخر" .

"الموقع"

٥٨ - لم يتوصل الفريق العامل الى قرار بعد بشأن معنى مفهوم "الموقع" (للاطلاع على اقتراحات الأمانة ، أنظر الملاحظات ٤-١٠ على مشروع المادة ٥ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) .

* * *

المادة ٦ - حرية الأطراف

المراجع

- A/CN.9/432 ، الفقرات ٣٣ - ٣٨
A/CN.9/434 ، الفقرات ٣٥ - ٤١
A/CN.9/445 ، الفقرات ١٩١ - ١٩٤
A/CN.9/456 ، الفقرتان ٧٩-٨٠

التعليق

٥٩ - توفر المادة ٦ التي وضع نصها على غرار نص المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ، ١٩٨٠ ؛ المشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية الأمم المتحدة للبيع") اعترافاً واسع النطاق بمبدأ حرية الأطراف . غير أنه على عكس المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع ، لا يسمح مشروع المادة ٦ للمحيل والمحال إليه باستبعاد مشروع الاتفاقية ككل . والسبب في هذا النهج هو أنه ، اذ يتناول مشروع الاتفاقية حقوق أطراف غير المحيل والمدين ، فان استبعاد انطباق مشروع الاتفاقية سيمس حقوق أطراف ثالثة (أي في سياق اتفاق بين المحيل والمحال إليه ، والمدين ، ودائني المحيل ومدير الاعسار ؛ وفي سياق اتفاق بين المحيل والمدين ، والمحال إليه ، ودائني المحيل ومدير الاعسار) . ولا تتعدى هذه النتيجة أي مفهوم مقبول لحرية الأطراف فحسب بل تستحدث أيضاً قدراً غير مقبول من عدم اليقين ويمكن بالتالي أن تبطل الهدف الرئيسي لمشروع الاتفاقية المتعلق بتيسير زيادة الحصول على ائتمانات منخفضة التكلفة ، وتوفير نظام كاف لحماية المدين في نفس الوقت . وهكذا ، لا يمكن للمحيل والمحال إليه الا تغيير أحكام مشاريع المواد ١٣ الى ١٦ و ٢٧ أو الخروج عنها بينما يتمتع المحيل والمدين بحرية تغيير أحكام مشاريع المواد ١٧ الى ٢٣ أو الخروج عنها ما دامت حقوق المحال إليه أو الأطراف الثالثة لا تُمس .

٦٠ - ومشروع المادة ٦ ، مثله مثل المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع ، يقتضي وجود اتفاق ، أي اعلانين متماثلين للنوايا فيما يتعلق بالخروج الفعلي عن أحكام مشروع الاتفاقية . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً . والمثال النموذجي على الخروج الضمني عن الأحكام هو قيام الأطراف بالإشارة الى قانون دولة غير متعاقدة أو الى القانون الوطني للدولة المتعاقدة . ويكون الخروج عن الأحكام نافذ المفعول اذا كان اختيار الأطراف للقانون صحيحاً بموجب قواعد القانون الدولي الخاص لدى المحكمة المختصة . أما اذا كان اختيار القانون غير صحيح ، في حال عدم وجود أية دلالات ، فلا يمكن الافتراض بصورة عامة أن الأطراف عازمة على الخروج عن أحكام الاتفاقية ، بغض النظر عما اذا كان اختيارها للقانون صحيحاً أم لا . ولا يمكن الافتراض بصورة عامة أيضاً بأنه لو علمت الأطراف أن اختيارها للقانون غير صحيح لرغبت في أن ينطبق قانون العقود الصحيح على عقدها . ولا يتطلب الخروج الفعلي عن الأحكام توصل الأطراف الى اتفاق بشأن القانون المنطبق على المسائل التي خرجت فيها عن أحكام مشروع الاتفاقية . وفي هذه الحالة ، ينبغي الافتراض بأن الأطراف لا

ترغب في اللجوء الى القانون الوطني بل ترغب في سد أية ثغرات وفقا لمشروع المادة ٧ (٢) . وإذا اتفقت الأطراف على القانون المنطبق على المسائل التي خرجت فيها عن أحكام مشروع الاتفاقية ، كان لا بد من أن ينطبق ذلك القانون بشكل يتسق مع مشروع الاتفاقية ، ما لم يكن الخروج عن الأحكام كبيرا الى حد أنه لا يعود بالامكان اعتبار المسألة المعنية واقعة ضمن نطاق مشروع الاتفاقية .

* * *

المادة ٧ - مبادئ التفسير

المراجع

- A/CN.9/432 ، الفقرات ٧٦ - ٨١
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٠٠ - ١٠١
A/CN.9/445 ، الفقرات ١٩٩ - ٢٠٠
A/CN.9/456 ، الفقرات ٨٢ - ٨٥

التعليق

٦١ - تتناول هذه المادة ، المستوحاة من المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع ، تفسير مشروع الاتفاقية وسد الثغرات فيه . ففيما يتعلق بتفسير مشروع الاتفاقية ، يشير مشروع المادة ٧ (١) الى ثلاثة مبادئ هي الطابع الدولي للنص ، والاتساق ، وحسن النية في التجارة الدولية . وهذه المبادئ شائعة في معظم نصوص الأونسيترال . ولا بد للإشارة الى الطابع الدولي للنص أو مصدره أن يحمل المحكمة على تجنب تفسير مشروع الاتفاقية على أساس مفاهيم القانون الوطني ما لم يكن معنى مصطلح مستخدم في مشروع الاتفاقية مماثل بشكل واضح لمعناه في قانون وطني معين . ولا يمكن تلبية الحاجة الى المحافظة على الاتساق الا اذا طبقت المحاكم أو هيئات التحكيم المبادئ العامة التي يتضمنها مشروع الاتفاقية وأولت اعتبارا لقرارات المحاكم أو هيئات التحكيم في بلدان أخرى . وكانت الأونسيترال قد وضعت مجموعة السوابق القضائية المستندة الى نصوص الأونسيترال ("كلاوت" ("CLOUT")) ، وهي نظام للإبلاغ عن السوابق القضائية المستندة الى نصوص الأونسيترال ، لكي لا تغرب عن البال الحاجة الى المحافظة على الاتساق (تتوفر "كلاوت" بشكل ورقي في اللغات الرسمية الست للأمم المتحدة وتتوفر من خلال موقع وب الخاص بالأونسيترال ، <http://www.uncitral.org> ، باللغات الإسبانية والانكليزية والفرنسية ؛ وستوفر النصوص باللغات الأخرى أيضا في المستقبل وفقا لتوفر الموارد) .

٦٢ - وقد لا تنطبق الإشارة الى حسن النية على تفسير مشروع الاتفاقية فحسب ، بل تنطبق أيضا على سلوك الأطراف . الا أنه بينما يمكن تطبيق مبدأ حسن النية بشكل مناسب على العلاقة التعاقدية بين المحيل والمحال اليه أو بين المحيل والمدين ، يمكن لهذا المبدأ أن يقوِّض اليقين الذي يوفره مشروع الاتفاقية اذا طبق على العلاقة بين المحال اليه والمدين أو بين المحال اليه والمحال اليه بعد تلقيه الاشعار ، بالتسديد مرة أخرى اذا عرف المدين ، مثلا ، عن احالة سابقة ؛ وقد يجري اغفال القانون المنطبق بموجب مشروع المادة ٢٤ اذا لم يكن يحترم مبدأ حسن النية حسبا قد يكون مفهوما في دولة المحكمة المختصة .

٦٣ - وفيما يتعلق بسد الثغرات ، فان القاعدة تقضي بأنه في حالة الأمور التي يحكمها مشروع الاتفاقية (الفصل الأول) ولكنه لا يفصل فيها صراحة ، ينبغي أن تسوى وفقا للمبادئ العامة التي يقوم عليها مشروع الاتفاقية . وتتضمن هذه المبادئ على الأخص المبادئ المذكورة صراحة في الديباجة أو المكرسة في عدد من أحكام مشروع الاتفاقية (مثل مبدأ تيسير زيادة الحصول على الائتمانات المنخفضة التكلفة ومبدأ حماية المدين) . ولا يسمح باللجوء الى قواعد القانون الدولي الخاص الا اذا لم يكن هناك مبدأ يمكن على أساسه حل مسألة معينة ؛ أو اذا كان مشروع الاتفاقية لا يحكم المسألة على الاطلاق .

٦٤ - والمسائل التي لا يحكمها مشروع الاتفاقية والتي تترك لقانون آخر تتضمن معنى الاحالة القطعية والاحالة على سبيل الضمان ؛ ومسألة شكل عقد الاحالة ؛ والطابع التبعية أو المستقل لحق الضمان الذي هو الأساس الذي يحدد ما اذا كان ينقل بصورة تلقائية مع المستحقات التي يضمن تسديدها ، أو ما اذا كانت هناك حاجة الى عملية نقل جديدة ؛ والنتائج المترتبة على الاخلال بالتأكدات من جانب المحيل ؛ والى حد كبير ، قابلية احالة المستحق (يشملها مشروع الاتفاقية الى حد ما ، ذلك أنه يبين عددا من المستحقات القابلة للاحالة ، بما فيها المستحقات الآجلة والمستحقات التي لا تعرف ماهيتها بصورة فردية ، وأنه يعالج القيود التعاقدية على الاحالة ولكنه يترك أنواعا أخرى من المستحقات وقيودا قانونية أخرى على الاحالة بدون معالجة) ؛ ومسألة ما اذا كان المحيل مسؤولا تجاه المدين عن احالة مستحقاته بشكل مخالف لشرط عدم الاحالة ؛ والتزام المدين بالتسديد (لا يتناول مشروع الاتفاقية الا ابراء ذمة المدين) ؛ وبراء ذمة المدين على أسس غير تلك المحددة في مشروع الاتفاقية (مثل التسديد للمطالب الشرعي اذا لم يف الاشعار الذي يتم تلقيه بمقتضيات مشروع الاتفاقية) ؛ والدفع التي قد يقيمها المدين وحقوق المعاوضة التي قد يتمسك بها تجاه المحال اليه (ينص مشروع الاتفاقية على أن للمدين تجاه المحال اليه نفس الدفع وحقوق المعاوضة التي ستكون له تجاه المحيل ، ولكن بدون تحديدها) ؛ والاتفاقات المبرمة بين المدين والمحال اليه والتي يتنازل المدين بموجبها عن دفعه وحقوقه في المعاوضة تجاه المحال اليه ؛ ومسائل الأولوية بين محال اليهم عديدين لنفس المستحقات ، وبين

المحال اليه ومدير الاعسار ، وبين المحال اليه ودائني المحيل ؛ ومسألة ما اذا كان حق المحال اليه في العائدات حقا شخصيا أو عينيا .

٦٥ - وبالنظر الى أن من المحتمل أن يكون من الصعب تقرير ما اذا كان مشروع الاتفاقية يحكم المسألة ولكنه لا يفصل فيها صراحة أو لا يحكمها على الاطلاق ، قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر فيما اذا كان من المناسب أن يدرج في مشروع الاتفاقية نص على غرار المادة ٤ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع التي تدرج صراحة المسائل التي تشملها .

٦٦ - وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن يوضح ما اذا كانت الثغرات المتروكة في أحكام القانون الدولي الخاص لمشروع الاتفاقية ينبغي أن تسد وفقا لمبادئ القانون الدولي الموضوعي أو الخاص التي يقوم مشروع الاتفاقية على أساسها . وفي حال عدم توفر مثل هذه المبادئ ، سيجري سد الثغرات وفقا للقانون الدولي الخاص للمحكمة المختصة .

* * *

الفصل الثالث - نفاذ مفعول الاحالة

شكل الاحالة

المراجع

A/CN.9/420 ، الفقرات ٧٥ - ٧٩

A/CN.9/432 ، الفقرات ٨٢ - ٨٦

A/CN.9/434 ، الفقرات ١٠٢ - ١٠٦

A/CN.9/445 ، الفقرات ٢٠٤ - ٢١٠

A/CN.9/456 ، الفقرات ٨٦ - ٩٢

التعليق

٦٧ - نظر الفريق العامل في مجموعة كبيرة من متطلبات الشكل ، تتراوح بين الشكل المكتوب (مع متطلبات التوقيع أو بدونها) وعدم وجود أي شكل (جرى النظر أيضا في امكان ترك المسألة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية) . وعلى الرغم من أن الرأي السائد على نطاق واسع أفاد بأنه ينبغي بطلان صحة الاحالات الشفوية المحضة ، على الأقل تجاه الأطراف الثالثة ، لم يستطع الفريق العامل التوصل الى اتفاق بشأن هذه المسألة وقرر حذف النص الذي يتناول الشكل . وقد اتخذ الفريق

العامل هذا القرار على أن يكون مفهوما أنه جرى تناول هذه المسألة فيما يتعلق بالمصالح المتبادلة للمحيل والمحيل واليه ، في مشروع المادة ٦ الذي يكرس حرية الأطراف ؛ وفيما يتعلق بمصالح المدين ، في مشروع المادة ١٩ (في حالة عدم وجود اشعار مكتوب بالاحالة ، لا يُمس حق المدين في الوفاء بالتزاماته وفقا للعقد الأصلي) وفي مشروع المادة ١٧ (المبدأ العام لحماية المدين) ؛ وفيما يتعلق بمصالح الأطراف الثالثة ، في مشاريع المواد ٢٤ الى ٢٦ (قواعد الأولوية) .

٦٨ - غير أنه لا يتضح في مشاريع المواد ٢٤ الى ٢٦ أن مقر المحيل يحكم الشكل . ونتيجة لذلك ، وبالنظر الى أن صحة الشكل شرط مسبق فيما يتعلق بالأولوية ، يتعين على المحال اليه ، لكي يؤمن الأولوية ، أن يفي بمقتضيات قانون مقر المحيل والقانون الذي يحكم صحة الشكل ، الأمر الذي قد يصعب تحديده (للاطلاع على اقتراح الأمانة بأن يدرج في النص حكم من أحكام القانون الدولي الخاص بشأن الشكل ، انظر الملاحظات على الفصل الثالث في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . وتحديد القانون المنطبق على صحة الشكل سيوفر قدرا من اليقين . بيد أن هذا سيترك للقانون المنطبق مسألة ما اذا كانت الاحالات الشفوية المحضة صحيحة ، مما يتيح احتمال سوء التصرف أو التواطؤ الاحتياالي بين المحال اليه والمحيل ؛ خاصة في الحالات التي يمكن أن يصبح فيها المحيل معسرا ؛ ومسألة ما اذا كانت رسوم الطوابع واجبة الدفع لكي يكون عقد الاحالة صحيحا ، مما يؤثر في التكلفة الاجمالية للمعاملة ؛ ومسألة شكل احالة مستحقات مدعمة بحق ضمان ، وهو شكل قد يكون خاضعا للقانون الذي يحكم حق الضمان (بشأن هذه المسألة ، انظر الفقرة ٩٣) .

المادة ٨ - نفاذ مفعول الاحالات الاجمالية ، واحالات المستحقات الآجلة ، والاحالات الجزئية

المراجع

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

التعليق

الفقرة (١)

٦٩ - يثبت مشروع المادة ٨ ، من حيث المبدأ ، صحة الاحالات (أي عمليات نقل لا عقود احالة) تتعلق بمستحقات آجلة ، واحالات اجمالية ، واحالات أجزاء من المستحقات أو مصالح غير مجزأة فيها . وهناك بعض التحفظات على هذا المبدأ . فبينما تكون الاحالة نافذة المفعول تجاه المدين منذ الوقت الذي تجرى فيه ، يجوز للمدين ، قبل أن يتلقى اشعارا خطيا ، أن يرفض التسديد الى المحال اليه وبراء ذمته من الدين بالتسديد وفقا للعقد الأصلي (يجوز للمدين أن يبرئ ذمته من الدين بالتسديد الى المحال اليه ، حتى قبل أن يتلقى اشعارا خطيا ؛ غير أنه في هذه الحالة ، يخاطر المدين بالتسديد مرتين اذا ثبت في وقت لاحق عدم اجراء أية احالة) .

٧٠ - والتحفظ الثاني بشأن المبدأ المذكور أعلاه هو أن نفاذ مفعول احالة تجاه أطراف ثالثة متروك للقانون المنطبق على الأولوية بموجب المواد ٢٤ الى ٢٦ . وهكذا فإن مشروع المادة ٨ لا يقصد أن يثبت صحة الاحالة الأولى من حيث الوقت بينما يبطل صحة أية احالة لاحقة لنفس المستحقات يجريها نفس المحيل ؛ أو أن يكفل أن المحال اليه ستكون له الغلبة على مدير الاعسار لمجرد أن الاحالة أجريت قبل تاريخ نفاذ مفعول اجراءات الاعسار . وبغية تجنب ترك نفاذ مفعول الاحالات اللاحقة بالكامل ، بدون قصد ، للقانون المنطبق على الأولوية ، قرر الفريق العامل حذف الصيغة الواردة في مشروع المادة ٨ التي ستؤدي الى جعل مشروع المادة ٨ وكذلك مشروع المادة ٩ محكومين بمشاريع المواد ٢٤ الى ٢٦ . وقد اتخذ هذا القرار على أن يكون مفهوما بأن التطبيق المشترك لمشاريع المواد ٨ الى ١٢ و ٢٤ الى ٢٦ سيؤدي الى نفس النتيجة ، أي أنه لا يقصد من أحكام الفصل الثالث المساس بمسائل الأولوية ، لأنه يجري تناول هذه المسائل في مشاريع المواد ٢٤ الى ٢٦ .

"المستحقات القائمة أو الآجلة"

٧١ - احالة المستحقات الآجلة بشكل اجمالي هي من صلب الممارسات الحديثة للتمويل بالمستحقات . الا أن هناك عدم يقين بالغ ازاء صحة هذه الاحالات . ولذلك يشدد مشروع الاتفاقية تشديدا كبيرا على نفاذ مفعول احالة المستحقات الآجلة والاحالات الاجمالية بصورة خاصة . وكان الفريق العامل قد لاحظ ، في مرحلة مبكرة من عمله ، أن اثبات صحة احالة مستحقات مشروطة ومستحقات افتراضية محضة قد يؤدي الى قيام مؤسسة تجارية باحالة جميع مطالباتها طوال فترة وجودها ، وهذه ممارسة قد تتعارض مع السياسة العامة في بعض البلدان (فيما يتعلق بتنوع المستحقات الآجلة ، انظر الفقرة ٤٩) . بيد أن الفريق العامل رأى أن الاستبعاد الشامل للمستحقات المشروطة أو الافتراضية من نطاق مشروع الاتفاقية يمكن أن يعرقل ممارسات هامة كالممارسات المتعلقة باحالة التدفق النقدي لمشروع بنية تحتية عمومية من أجل أغراض التمويل . وبعد أن نظر الفريق العامل في المسألة بعناية ، قرر ادراج الشرط الوارد في مشروع المادة ٨ (١) ، أي أنه ينبغي تبين كون المستحقات في الوقت الذي تنشأ فيه (أي في الوقت الذي يبرم فيه العقد الأصلي) مستحقات تخصها الاحالة . والقصد من هذا الشرط هو توفير اعتراف مناسب بالحاجة الاقتصادية الى السماح بالاحالات الاجمالية لمختلف أنواع

المستحقات الآجلة ، من جهة ، وبالحاجة الى حماية المحيلين من المخاطر التي قد تنتج عن الحرية المطلقة في احالة جميع المستحقات الآجلة التي يمكن تصورها .

"واحد أو أكثر"

٧٢ - بينما يركز مشروع الاتفاقية على احالة مقدار كبير من المستحقات المنخفضة القيمة (ذات الصلة ، على سبيل المثال ، بعمولة المستحقات التجارية أو بتسديد مستحقات بطاقات الائتمان) ، فإنه يثبت صحة احالة مستحقات وحيدة عالية القيمة (لها صلة ، على سبيل المثال ، بسندكة اقراض) . (فيما يتعلق بمسألة ما اذا كانت شروط عدم الاحالة ومسائل الأولوية ينبغي أن تعالج بصورة مختلفة أم لا في حالة احالة المستحقات الوحيدة ، انظر الملاحظات ٣-٧ على مشروع المادة ٤ في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

"نافذة المفعول"

٧٣ - تعتمد نتيجة نفاذ مفعول الاحالة على ما اذا كانت احالة قطعية أو احالة على سبيل الضمان ، وهي مسألة متروكة للقانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية . ففي حالة الاحالة القطعية ، يعني مصطلح "نافذة المفعول" أن الاحالة تنقل ملكية المستحق الكاملة . وهذا يعني أن للمحال اليه الحق في الاحتفاظ بأي فائض يتبقى بعد استيفاء مطالبته تجاه المحيل ؛ وأنه ، في حالة تقصير المدين ، لا يكون للمحال اليه حق الرجوع الى المحيل . وفي حالة الاحالة على سبيل الضمان ، يعني مصطلح "نافذة المفعول" أن على المحال اليه أن يترك للمطالب التالي من حيث الأولوية أو للمحيل أي فائض متبق ؛ وأن المحال اليه يستطيع ، اذا لم يقم المدين بالتسديد ، أن يرجع الى المحيل ويطالبه بالتسديد عن الائتمان أو الخدمات المقدمة الى المحيل في مقابل المستحقات المحالة .

٧٤ - ورئي ، من حيث التعبير ، أن مصطلح "نافذة المفعول" أفضل من مصطلح "صحيحة" لأن مصطلح "نافذة المفعول" يجسد على نحو أدق فكرة نفاذ المفعول بالنسبة لجميع الناس ؛ وأن مصطلح "صحيحة" لا يفهم عالميا بنفس الشكل .

"موصوفة"

٧٥ - يقصد بمصطلح "موصوفة" وضع معيار أخف من المعيار الذي يضعه مصطلح "محددة" . وبموجب هذا المعيار ، سيكفي اعطاء وصف عام للمستحق بدون أي تحديد لهوية المدين أو قيمة المستحق (مثال ذلك ، "جميع مستحقاتي من شركتي لبيع السيارات") .

"كل على حدة"/"على أي نحو آخر"

٧٦ - يقصد بهاتين العبارتين كفالة نفاذ مفعول احالة المستحقات القائمة والآجلة ، سواء كانت المستحقات موصوفة كل على حدة أو على أي نحو آخر يكفي لجعل المستحقات تخص الاحالة .

الفقرة (٢)

٧٧ - بغية التعجيل بعملية الاقراض وتخفيض تكلفة المعاملة ، تنص الفقرة (٢) ، في الواقع ، على أن اتفاقاً أساسياً يكفي لنقل الحقوق في مجموعة من المستحقات الآجلة . فلو كان من الضروري اعداد مستند جديد في كل مرة يُنشأ فيها مستحق جديد ، لازدادت تكاليف ادارة برنامج للاقراض زيادة كبيرة ولأدى الوقت اللازم للحصول على المستندات المنظمة تنظيماً صحيحاً ولاستعراض تلك المستندات الى ابطاء عملية الاقراض بشكل يلحق الضرر بالمحيل .

٧٨ - وبموجب الفقرة (٢) التي تنص على أن الاتفاق الأساسي يكفي لنقل مجموعة من المستحقات الآجلة وبموجب مشروع المادة ٩ التي تنص على أن يكون أي مستحق آجل منقولاً وقت ابرام عقد الاحالة ، تنقل الحقوق في المستحقات الآجلة بصورة مباشرة الى المحال اليه دون المساس بممتلكات المحيل . أما مسألة ما اذا كانت الاحالة نافذة المفعول تجاه دائني المحيل أو مدير الاعسار فتسوى وفقاً للقانون الذي يحكم الأولوية في اطار مشاريع المواد ٢٤ الى ٢٦ .

* * *

المادة ٩ - وقت الاحالة

المراجع

- A/CN.9/420 ، الفقرتان ٥١ و ٥٧
A/CN.9/432 ، الفقرات ١٠٩-١١٢ و ٢٥٤-٢٥٨
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٠٧-١٠٨ و ١١٥-١٢١
A/CN.9/445 ، الفقرات ٢٢١-٢٢٦
A/CN.9/456 ، الفقرات ٧٦-٧٨ و ٩٨-١٠٣

التعليق

٧٩ - يقصد من مشروع المادة ٩ الاعتراف بحق المحيل والمحال اليه في الاتفاق بشأن الوقت الذي يكون فيه المستحق منقولاً ، مادام اتفاقهما لا يلحق الضرر بحقوق أطراف ثالثة ؛ ووضع قاعدة تقصير تقضي بأنه ، في حالة عدم وجود اتفاق مخالف بين المحيل والمحال اليه ، يكون الوقت الذي يكون

فيه المستحق منقولا هو وقت إبرام عقد الاحالة ؛ وتوضيح معنى الأحكام الأخرى ذات الصلة ، كمشاريع المواد ٦ و ٨ و ١٩ و ٢٤ الى ٢٦ .

٨٠ - ويعترف مشروع المادة ٩ بحرية الأطراف ، ويحدد منها في نفس الوقت . فالوقت الذي يحدده المحيل والمحال اليه يلزم أطرافا ثالثة ، وهو أمر قد لا يكون واضحا بما فيه الكفاية في مشروع المادة ٦ . إلا أنه لكي يكون هذا الاتفاق ملزما لأطراف ثالثة ، يتعين أن يحدد وقت النقل الذي لا يكون أبكر من وقت إبرام عقد الاحالة . ويتمشى هذا النهج مع المبدأ المكرس في مشروع المادة ٦ لأن الاتفاق على تحديد وقت أبكر يمكن أن يؤثر في سلم الأولويات بين عدة مطالبين .

٨١ - وفي حالة عدم وجود اتفاق بين المحيل والمحال اليه يحدد وقت نقل الحقوق في المستحقات المحالة ، يكون وقت هذا النقل هو وقت إبرام عقد الاحالة ، وهو واقع لا يمكن تغييره . وبينما يتسم هذا النهج بالوضوح فيما يتعلق بالمستحقات القائمة وقت إحالتها ، يتكون افتراض قانوني فيما يتعلق بالمستحقات الآجلة (أي المستحقات الناشئة عن عقود لا تكون موجودة وقت الاحالة) . ومن الناحية العملية ، لا يحوز المحال اليه حقوقا في المستحقات الآجلة إلا اذا أنشئت فعلا ، ولكن من الناحية القانونية ، يرجع وقت النقل الى الوقت الذي أبرم فيه عقد الاحالة . والقصد من هذا النهج هو تيسير حشد المحيل للمستحقات الآجلة لغرض الحصول على ائتمانات أو خدمات ذات صلة بكلفة منخفضة .

٨٢ - وبينما يحدد مشروع المادة ٩ وقت انتقال المستحق ، لا يقصد منه وضع قاعدة أولوية تنص على أن الاحالة تكون نافذة المفعول تجاه أطراف ثالثة اعتبارا من وقت اجرائها ، لأن قاعدة كهذه تتعارض مع مشاريع المواد ٢٤ الى ٢٦ . واذا ما نقلت المستحقات الآجلة فعليا تجاه أطراف ثالثة اعتبارا من الوقت الذي أحييت فيه ، يجري اخراجها من الموجودات التي يشملها الاعسار أو تصبح خاضعة لحق ضمان بغض النظر عن أي قانون اعلان يقتضيه القانون الذي يحكم الأولوية .

* * *

المادة ١٠ - القيود التعاقدية على الاحالة

المراجع

- A/CN.9/420 ، الفقرات ٦١-٦٨
A/CN.9/432 ، الفقرات ١١٣-١٢٦
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٢٨-١٣٧
A/CN.9/445 ، الفقرات ٤٩-٥١ و ٢٢٧-٢٣١
A/CN.9/447 ، الفقرات ١٤٨-١٥٢

A/CN.9/455 ، الفقرات ٤٧-٥١

A/CN.9/456 ، الفقرات ١٠٤-١١٦

التعليق

٨٣ - الهدف الرئيسي لمشروع المادة ١٠ هو اثبات صحة الاحالات التي تجرى على الرغم من وجود شرط عدم احالة في العقد الأصلي أو في عقد الاحالة أو في أي عقد احالة لاحق . والسياسة العامة الأساسية هي أنه من الأفيد للجميع تيسير احالة المستحقات وتخفيض تكلفة المعاملات بدلا من ضمان عدم اضطرار المدين الى التسديد الى شخص غير الدائن الأصلي (المحيل) . فشروط عدم الاحالة إما أن تبطل كليا الغرض من معاملة تمويل أو معاملة متصلة بخدمات لأنها قد تبطل الاحالات أو تزيد ، على الأقل ، تكلفة المعاملة الى حد أن الممولين سيحتاجون الى فحص عدد كبير محتمل من العقود بغية ضمان عدم وجود شروط منع احالة فيها . وقد وضع الفريق في اعتباره ، في مناقشاته ، أن صغار المدينين ، كالمستهلكين ، لن يتضرروا بقاعدة كهذه لأنه لا توجد لديهم عادة القدرة على المساومة تمكنهم من ادراج شروط عدم احالة في عقودهم كما أنهم ، في أية حال ، كثيرا ما يستمرون في التسديد الى نفس الحساب المصرفي أو صندوق البريد الذي قد تنتقل السيطرة عليه من المحيل الى المحال اليه دون علم المدينين . واعتبر الفريق العامل أيضا أن مشروع المادة ١٠ لن يمس ، في أية حال ، بمصالح المدينين المستهلكين الى الحد الذي يجري فيه تناول هذه المصالح عن طريق القيود القانونية الواردة في قوانين حماية المستهلك ، لأن مشروع المادة ١٠ لا يتناول القيود القانونية . وفيما يتعلق بالمدينين الكبار ، فقد اعتبر الفريق العامل أنهم لن يتضرروا بالقاعدة الواردة في مشروع المادة ١٠ لأن لديهم قدرة كافية على المساومة ويستطيعون رعاية مصالحهم . ورأى الفريق العامل أيضا أن مشروع المادة ١٠ يرسى أيضا قاعدة ملائمة بعدم سماحه لمثل هؤلاء المدينين الكبار حرمان المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من الحصول على الائتمانات أو الخدمات المنخفضة التكلفة على أساس مستحقاتهم .

ويدرج مشروع المادة ١٢ استثناء بشأن الهيئات الحكومية المدينة (انظر الفقرات ٩٤ - ٩٦ ؛ وفيما يتعلق بالاستثناءات الاضافية الممكنة ، انظر الملاحظات ٣ الى ٧ على مشروع المادة ٤ في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

٨٤ - وهكذا فإن القصد من مشروع المادة ١٠ هو اعطاء المحال اليه الأولوية تجاه دائني المحيل في حالة تقصير المحيل ، وتمكين المحال اليه من التحصيل مباشرة من المدين ولكن بدون حرمان المدين من حقوقه ودفعه أو من أي سبب قد يكون لدى المدين لإقامة دعوى على المحيل نتيجة الإخلال بالعقد أو حتى على المحال اليه على أساس المسؤولية التقصيرية . ويشكل هذا النهج حلا وسطا بين النظم القانونية ، التي تبطل مفعول الاحالات التي تجرى بشكل مغل بشروط عدم الاحالة والنظم القانونية التي تبطل مفعول شروط عدم الاحالة . وهو يحاول بذلك اقامة توازن بين الحاجة الى المحافظة على حرية الأطراف والحاجة الى تيسير معاملات التمويل والمعاملات المتصلة بالخدمات لما فيه مصلحة التجارة بصورة عامة . وسلّم الفريق العامل بأن إبطال مفعول شروط عدم الاحالة سيحفظ مصالح المحال اليه

نيدملا مايق لامتدا رطخ نمو نويد تياً مكارته رطخ نم ايمحم نوكتيس هيدا لاحملا نإ ذإ ، عجزاً قروصب جهنلا نأ عساو قاطن على يثر هذا ديب . قلاخلا مدع طرشب لالاخلا ببسب ايغلا لصلأا دقعلا رابتعاب نازيم بلقيو فارطلاً أيرحب طرفم دى لا سمي قلاخلا مدع طورش لوعفم لاطب ساسأ على مئاقلا ضرب قيقحت يغبو ، ىرخأ قىحان نمو . قيسانم ريغ قجرىب هيدا لاحملا قحلم هيف امل حلاصملا ديدستلا قلاصومب نيدملا حامسلا قيناكما ي فاضياً لماعلا قيرفلا رظن ، نيدملا قىاد حاجت ي ف مدقتلا ليحملا يئاد عم قىولولأا نأشب عازن ي أ ي ف قىلغلا هيدا لاحملا حيتيس جهنلا اذهو . لصلأا دقعلا اقفو ٦١ قداملا بجومب هذا لماعلا قيرفلا ظحلاو . ديدستلاب نيدملا قىلطم قد نم هيدا لاحملا مرحيس هكلو مدع طرش دوجو قلاخ ي ف ليحملا حمسي قىلودلا لىماوعلا قىطيار اهترشن ي تلا قىلودلا قلموعلا فارعاً نم دىهك قىعاق نأب فارتعلا نم مغللا ىلعو . هيدا لاحملا لاىكو رابتعاب ديدستلا ىقلى نأب ، قلاخلا قيرفلا ررق ، كولسلا قنودم سفن ىلا قىمضنملا تاسسؤملا نم تاعومجم نمض قىلوقم نوكت نأ نكمي ديدستلاب نيدملا قىلطم قد نم هيدا لاحملا نامرد نأ ، ىرخأ تاسرامم لمشيل اهقابطنا عيسوت لماعلا . نامتئلا قىلكت نم ىلالتاب ديزيو ديدستلا مدع رطخ نم ديزيس

٥٨ - بجومب ، نيدملا حاجت ليحملا قىاع على عقت دق قىدقاعت قىلوؤسم قىأب ساسملا ي رجي لاو نكمي لاو . قلاخلا مدع طرشلا اكايتا قلاخا عارجا نع ، قىقافتلا عورشم قاطن جراخ قىطنملا نوناقل لاو . هيف افراط نكي مل دقعب لالاخلا نع قىدقاعت قىلوؤسم لمحتي نأ ، هفيرعت بسحب ، هيدا لاحملا يأ بجومب نيدملا حاجت هيدا لاحملا قىاع على عقت دق قىريصقت قىلوؤسم قىأب اضىأ ساسملا ي رجي بناج نم يئولملا كولسلا قىقاعم يغبني هذا على لماعلا قيرفلا قىفا ، قايىسلا اذه يفو . رخأ نوناق قىلوؤسم تابثلاً قىفاك نوكت لا نأ يغبني قلاخا مدع طرش دوجوب قىفرعملا درجم نأ ىلعو هيدا لاحملا نوب يئوت قلاخلا مدع طرش دوجوب قىريعي وهو قلاخا لوبق على هيدا لاحملا قىقاعمو . هيدا لاحملا طرش نع قىرعل اظقي هيدا لاحملا ناك ولف . قىجاولا قىظقيا بنجت على هيدا لاحملا عىجشت ىلا دىق يئلا ريبكلا رطخلا ىلا رظنلاب اىج قىضفخنم قىمىقب اهلق ناكلا وأ تاقحتسملا لبقيا ناك امو قلاخلا مدع قىركفلا دىه نع ريبعتلا اهبعومب نكمي ي تلا قىرطلا نأشب قناملاً حارتقا على علاطلا (ديدستلا مدع هلىمي قىقئولا ي ف ٠١ قداملا عورشم على ٢-٣ نىظحلاملا رظنا ، ٠١ قداملا عورشم ي ف قىدارص (A/CN.9/WG.II/WP.104

٨٦ - وقد ألحق مشروع المادة ١٠ بنظام قانوني يستحدث معايير عالية بما فيه الكفاية من أجل حماية المدين في مشروع الاتفاقية . وباستثناء وجوب تسديد المدين الى المحال اليه (في البلد وبالعملة المنصوص عليهما في العقد) ، لا يمس بموقف المدين القانوني في مشروع الاتفاقية (مشروع المادة ١٧) . والاشعار بالاحالة قد يوقف فقط حقوق المدين في المعاوضة التي تنشأ عن عقود غير العقد الأصلي . وسوف تكون هذه النتيجة مقبولة لأن المدين سيكون على علم بأثر الاشعار هذا وقد يقوم بالتخطيط بناء على ذلك . فالمدين ، على سبيل المثال ، قد يتجنب تحمل المزيد من الالتزامات . مثال ذلك أنه في الحالات الاستثنائية التي تشكل فيها احالة تنتهك شرط عدم احالة اخلا جوهريا بالعقد الأصلي ، قد يعتبر المدين العقد الأصلي لاغيا . غير أن هذا الالغاء للعقد ، الذي يحرم المحال اليه من

مطالبة المدين بالتسديد ، ينبغي ألا يتاح إلا في ظروف استثنائية ؛ وإلا فقد يكون لخطر الغاء العقد في حد ذاته أثر سلبي على تكلفة الائتمان . وفي مثل هذه الحالات ، سيكون المدين قادرا على استرداد المبالغ المسددة من المحيل ولكن ليس من المحال اليه (مشروع المادة ٢٣) . وهذه النتيجة مناسبة لأنه ، حتى في حالة عدم وجود احالة ، يتحمل المدين خطر اعسار شريكه التعاقدي . وعلاوة على ذلك ، فإن أية بضائع يعيدها المدين بعد الغاء العقد الأصلي ستذهب الى المحال اليه الذي سيكون قد عرض على المحيل قيمة معينة في مقابل المستحقات التي ألغيت . وعلى أساس الفهم بأن مشروع الاتفاقية يستحدث نظاما قانونيا يتضمن معايير عالية الى حد يكفي لحماية المدين ، قرر الفريق العامل أن لا يسمح بأن تضع الدول أي تحفظ على مشروع المادة ١٠ (فيما يتعلق بالاستثناء المتعلق بالهيئات الحكومية المدينة ، انظر اقتراح الأمانة بشأن مشروع المادة ١٢ في الملاحظات على مشروع المادة ١٢ في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) . وقد وضع الفريق العامل في اعتباره ، لدى توصله الى هذا القرار ، أن الدول التي تنظر في اعتماد مشروع الاتفاقية ستحتاج الى تقييم الازعاج المحتمل أن يتعرض له المدين باضطراره الى التسديد الى شخص مختلف في مقابل المزية المتمثلة بزيادة توافر الائتمان المنخفض التكلفة للمدينين والمحيلين ، الأمر الذي من شأنه أن ينعش الاقتصاد بوجه عام .

٨٧ - وينطبق مشروع المادة ١٠ على أية شروط تعاقدية تقيد الاحالة بأي شكل من الأشكال (وليس الشروط التي تحظر الاحالة فحسب) ولكنه لا ينطبق على القيود القانونية على الاحالة أو القيود المتصلة باحالة حقوق أخرى غير المستحقات (مثل شروط السرية) . أما فيما يتعلق بالقيود القانونية ، فقد نظر الفريق العامل في امكانية تناولها عن طريق اثبات صحة الاحالة ، بينما يسمح للمدين بإبراء ذمته عن طريق التسديد وفقا للعقد الأصلي . وسيتيح مثل هذا النهج للمحال اليه الغلبة على دائني المحيل الآخرين في حالة تقصير المحيل ، بينما يحمي مصالح المدين . غير أن الفريق العامل لم يستطع التوصل الى اتفاق لأنه لم يجد طريقة للتمييز بين القيود القانونية التي تهدف الى حماية المدين (مثل حظر احالة المستحقات التي تدين بها هيئات حكومية مدينة) والقيود القانونية التي تهدف الى حماية المحيل (مثل حظر احالة الأجور) .

٨٨ - إلا أن مشروع الاتفاقية سبق واستبعد القيود القانونية المفروضة على الاحالة الى الحد الذي تشير فيه الى مستحقات آجلة أو الى احالات اجمالية . وهكذا ، قد يرغب الفريق العامل في أن يكفل ، مثلا ، بأن مشروع المادة ٨ لا يشير الى الأجور الآجلة . وبالإضافة الى ذلك ، قد يرغب الفريق العامل في النظر في قاعدة محدودة تتناول القيود القانونية التي تهدف الى حماية المدين . ويمكن لهذه القاعدة ، مثلا ، أن تثبت صحة احالة بين المحيل والمحال اليه وتجاه أطراف ثالثة ولكن ليس تجاه المدين . وعلاوة على ذلك ، قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر في استحداث نفس القاعدة لإحالات المستحقات المنفردة (التي تكون عادة مستحقات عالية القيمة) ، التي قد لا يترتب على اليقظة الواجبة فيها خطر زيادة تكلفة الائتمان . وقد يعالج هذا النهج الحاجة الى القيام ، مثلا ، باجراء احالات في سندات إقراض ومشاركات إقراض رهنا بموافقة المدين (للاطلاع على تحليل للنهوج المحتملة ازاء هذه

الممارسات ، انظر الملاحظات ٣-٧ على مشروع المادة ٤ والملاحظة ١ على مشروع المادة ١٠ في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

* * *

المادة ١١ - نقل حقوق الضمان

المراجع

- A/CN.9/420 ، الفقرات ٦٩-٧٤
A/CN.9/432 ، الفقرات ١٢٧-١٣٠
A/CN.9/434 ، الفقرات ١٣٨-١٤٧
A/CN.9/445 ، الفقرات ٢٣٢-٢٣٥
A/CN.9/456 ، الفقرات ١١٧-١٢٦

التعليق

٨٩ - يجسد مشروع المادة ١١ المبدأ المقبول بصورة عامة والقائل إن حقوق الضمان التبعية تنقل تلقائياً مع المستحقات التي تضمنها . أما مسألة الطابع التبعية أو المستقل لحق الضمان والشروط الموضوعية أو الاجرائية التي يتوجب الوفاء بها من أجل انشاء حق ضمان كهذا فقد تركت للقانون الذي يحكم ذلك الحق . ولا يحاول مشروع المادة ١١ تحديد القانون المنطبق على حقوق الضمان بالنظر الى المجموعة الكبيرة من الحقوق التي يقصد أن يشملها (بما فيها ، على سبيل المثال ، الكفالات والرهنون والرهنون العقارية) والى التباين الكبير الموجود بين مختلف النظم القانونية في هذا الشأن .

٩٠ - ويسلم الحكم أيضاً بحق المحيل والمحال اليه في الاتفاق على أن لا ينقل الحق التبعية الى المحال اليه وإلا انتهى مفعوله . وقد يجسد مثل هذا الاتفاق عدم استعداد المحال اليه لقبول المسؤولية والتكلفة المترتبة على تدبر وحفظ حق ضمان اضافي (مثل تكاليف الضرائب والتأمين في حالة العقارات أو تكاليف التخزين والتأمين في حالة المعدات) . وينشئ مشروع المادة ١١ أيضاً التزاماً على المحيل بأن ينقل الى المحال اليه أي حق مستقل يضمن تسديد المستحقات المحالة وكذلك عائدات هذا الحق . وفيما يتعلق بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة ، يستند هذا الحكم الى فهم أن الحق في مطالبة الكفيل/المصدر بالتسديد ليس مستحقاً . ونتيجة لذلك ، لا تمس حقوق الكفيل/المصدر باحالة تعهد مستقل ، بينما يكون للمحال اليه الحق في العائدات ، وهو أمر في غاية الأهمية في حالة اعسار المحيل .

٩١ - والقصد من الفقرة ٢ هو ضمان عدم إبطال الاحالة نتيجة أي شرط عدم احالة يجري الاتفاق عليه بين المحيل والمدين أو أي شخص آخر يمنح حق ضمان . وبموجب الفقرة (٣) ، فإن أية مسؤولية قد تقع على عاتق المحيل بسبب اخلاله بعقد ، بموجب قانون منطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية ، لا يمس بها ولكن نطاقها لا يوسع ليشمل المحال اليه (يتمشى هذا النهج مع النهج المتبع في مشروع المادة ١٠) . أما السياسة العامة الأساسية فهي أنه ينبغي أن تعامل حقوق الضمان فيما يتعلق بشروط عدم الاحالة بنفس الشكل الذي تعامل به المستحقات ، لأن القيمة التي يعتمد عليها المحال اليه في أكثر الأحيان تكمن في حق الضمان وليس في المستحق نفسه . مثال ذلك أنه في حالة التسديد الذي تحال فيه المستحقات من الدائن الأصلي الى هيئة خاصة الغرض يملكها الدائن الأصلي بالكامل ، قد تكون القيمة التي يعتمد عليها المستثمرون الذين يشترون سندات ضمان صادرة عن الهيئة الخاصة الغرض وتدعمها المستحقات مكفولة من المحيل . غير أنه في حالة الأطراف الثلاثة الحكومية الكافلة ، يؤدي شرط عدم الاحالة ، تمشيا مع مشروع المادة ١٢ ، الى إبطال مفعول الاحالة ولكن تجاه الطرف الثالث الحكومي الكافل .

٩٢ - وسواء كان نقل حق ضمان محظورا بالاتفاق أم لا ، فإنه اذا ترتب على النقل نقل حيازة حق الضمان الاحتياطي وتسبب هذا النقل في الحاق الضرر بالمدين أو بالشخص الذي يمنح الحق ، لا يُمس بأية مسؤولية قد تترتب بموجب قانون منطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية . وتتوخى الفقرة (٤) ، على سبيل المثال ، نقل الحصص المرهونة التي قد تعطي محالا اليه أجنبيا سلطة ممارسة حقوق المساهمين بما يلحق الضرر بالمدين أو أي شخص آخر قد يكون قام برهن الحصص .

٩٣ - وبموجب الفقرة (٥) ، لا يُمس باشتراطات القانون المنطبق خارج نطاق مشروع الاتفاقية على شكل نقل حقوق الضمان . ونتيجة لذلك ، قد يكون من الضروري وجود مستند موثق أو تسجيل من أجل نقل الرهن . ولا يقصد من مشروع الاتفاقية المساس بأي من الاشتراطات المتعلقة بشكل احالة مستحقات تضمنها موجودات معينة (مثل تسجيل احالة تضمنها عقارات) . غير أنه اذا ما أدرج الفريق العامل قاعدة بشأن شكل الاحالة ، مخضعا شكل الاحالة لقانون مقر المحيل (انظر اقتراح الأمانة الوارد في الملاحظات على الفصل الثالث في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.104) ، سيكون من الضروري جعل هذه القاعدة متسقة مع الفقرة (٥) (مثال ذلك ، عن طريق النص على أن قانون مقر المحيل سوف يحكم الشكل ، ما لم تكن المستحقات مدعومة بحق ضمان ، وعندئذ يكون القانون الذي يحكم ذلك الحق هو القانون الذي يحكم الشكل) .

* * *

المادة ١٢ - القيود المتصلة بالحكومات والهيئات الحكومية الأخرى

المراجع

الفقرة ١١٧ ، A/CN.9/420

الفقرة ٤٨ ، A/CN.9/455

الفقرتان ١١٥-١١٦ ، A/CN.9/456

التعليق

٩٤ - القصد من مشروع المادة ١٢ هو كفالة عدم المساس بالهيئات الحكومية المدينة نتيجة احالات أجريت بشكل مغل بشروط عدم احالة تتضمنها عقود اشتراء عمومية أو عقود أخرى مماثلة . وقرر الفريق العامل أن ينتهج هذا النهج لكي لا يقلل من مقبولية مشروع الاتفاقية لدى الدول التي قد لا تكون قادرة على حماية مصالحها عن طريق قيود قانونية .

٩٥ - ونتيجة لمشروع المادة ١٢ ، لا تكون احالة مستحقات تدين بها جهة حكومية مدينة نافذة المفعول تجاه الجهة الحكومية المدينة التي تستطيع مواصلة التسديد وفقا للعقد الأصلي . وبالإضافة الى ذلك ، لا يمس بدفوع الجهة الحكومية المدينة أو بحقوق المعاوضة الخاصة بها ، سواء نشأت عن العقد الأصلي أو أي عقد آخر . غير أن الاحالة تبقى نافذة المفعول تجاه المحيل ودائني المحيل ، وهو أمر في غاية الأهمية في حالة اعسار المحيل .

٩٦ - وما زال من الضروري أن يقرر الفريق العامل النطاق الدقيق لمشروع المادة ١٢ ، أي ما اذا كان سينطبق على احالات المستحقات الناشئة عن عقود أبرمتها الحكومة المركزية أو السلطات المحلية أو الهيئات التجارية التي يملكها القطاع العام أو السلطات الحكومية التي تعمل بصفة تجارية (فيما يتعلق بهذه المسألة وكذلك بمسألة تحويل مشروع المادة ١٢ الى تحفظ ، انظر اقتراحات الأمانة الواردة في الملاحظات على مشروع المادة ١٢ في الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.104) .

* * *