

Distr.: General
16 May 2006
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة التاسعة والثلاثون

نيويورك، ١٩ حزيران/يونيه - ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٦

المصالح الضمانية

مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة

الحقوق الضمانية في المستحقات

مذكرة من الأمانة*

الصفحة

٢ الحقوق الضمانية في المستحقات

* قُدِّمت هذه الوثيقة متأخرة عن فترة الأسابيع العشرة المطلوبة قبل بدء الاجتماع بسبب الحاجة إلى إدراج التعديلات التي تقرر في الدورة العاشرة للفريق العامل، المعقودة في نيويورك من ١ إلى ٥ أيار/مايو ٢٠٠٦.



الحقوق الضمانية في المستحقات

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة في سياق مناقشتها للحقوق الضمانية في المستحقات أن تنظر في تعاريف (أ) "الحق الضماني"، و(د) "الدائن المضمون"، و(و) "المانح"، و(ع) "المستحق"، و(ف) "الإحالة"، و(ص) "الحيل"، و(ق) "المحال إليه"، و(ر) "الإحالة اللاحقة"، و(ش) "المدين بالمستحق"، و(ت) "الإشعار بالإحالة"، و(ث) "العقد الأصلي" (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).

الأطراف والحقوق الضمانية والالتزامات المضمونة والموجودات المشمولة

٣- ينبغي، بوجه خاص، أن ينص القانون على أنه ينطبق على ما يلي:

(د) جميع أنواع الموجودات المنقولة والملحقات، المموسة أو غير المموسة، الحاضرة أو الآجلة، غير المستبعدة صراحة في هذا القانون، بما في ذلك المخزون والمعدات والبضائع الأخرى، والمستحقات التعاقدية وغير التعاقدية، والالتزامات التعاقدية غير النقدية، والصكوك القابلة للتداول، والمستندات القابلة للتداول، وحقوق الحصول على سداد الأموال المودعة في حسابات مصرفية، وحقوق عائدات السحب من تعهدات مستقلة، وحقوق الملكية الفكرية؛

[ملاحظة إلى اللجنة: فيما يتعلق بالمستحقات غير التعاقدية، قد تود اللجنة الإشارة إلى الملاحظة الواردة بعد تعريف (ع) "المستحق" في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1. أما فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية غير النقدية، فقد تود أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن التوصيات العامة تسري على الالتزامات التعاقدية غير النقدية. وسيوضح التعليق أيضا أن القانون العام غير القانون الموصى به في مشروع الدليل ينطبق على حقوق الملتزم بالالتزامات التعاقدية غير النقدية.]

...

(و) الإحالات النهائية للمستحقات، بوجه عام؛

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أنه نظرا لأن تعريف "المستحق" يستثني الحقوق في السداد بمقتضى صك قابل للتداول، والالتزام بالتسديد بمقتضى تعهد مستقل، والالتزام بمصرف بتسديد أموال مودعة في حساب مصرفي، فإن التوصية ٣ (و) لا تنطبق على الإحالة النهائية لصك قابل للتداول أو عائدات بمقتضى تعهد مستقل أو حق في الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي. على أن التوصيات تسري على

إحالات تلك الموجودات لأغراض ضمانية، بما أنها تعامل مثل المعاملات المضمونة. وعلى سبيل المثال، فإن إحالة حق في الحصول على سداد أموال مودعة في حساب مصرفي، لأغراض ضمانية، تكون مشمولة باعتبارها طريقة لتحقيق السيطرة (انظر تعريف "السيطرة" في الفقرة ٢١ (هـ هـ) و(ز ز) من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/ WP.27/Add.1). وسيوضح التعليق أن الإحالات النهائية للصكوك القابلة للتداول، والعائدات بمقتضى تعهد مستقل، والأموال المودعة في حساب مصرفي قد استثنيت باعتبار ما يلي: '٦' أنها تثير مسائل مختلفة وتستدعي قواعد خاصة؛ '٢' وعلى خلاف المستحقات التي تتنازع فيها الإحالة الضمانية والإحالة النهائية على الأولوية استناداً إلى أسبقية التسجيل، يكون بوسع الدائن المضمون دائماً، فيما يخص الصكوك القابلة للتداول، أن يحصل على حق أعلى درجة عن طريق احتياز الصك، بينما في حالة العائدات بمقتضى تعهد مستقل وأموال مودعة في حساب مصرفي، يمكنه أن يحصل على حق أعلى درجة عن طريق السيطرة. وسيناقش التعليق أيضاً مسائل تنشأ عن الإحالات النهائية للصكوك القابلة للتداول غير الشيكات المصرفية، لفائدة الدول التي قد تود التطرق إليها ضمن هذا القانون.]

٤ - باستثناء المدى المحدود المنصوص عليه في التوصيتين ١٦ و ٣٧ فيما يتصل بحق شخصي أو حق في ملكية يضمن أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الالتزامات الواقعة في نطاق هذا الدليل، لا ينبغي أن ينطبق القانون على الحقوق الضمانية في [انظر الوثيقة. A/CN.9/WG.VI/ WP.26/Add.7]

إنشاء حق ضماني في المستحقات

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن التوصيات العامة تكون سارية ما لم يجر تعديلها بواسطة توصيات خاصة بالموجودات.]

الموجودات والالتزامات الخاضعة لاتفاق الضمان

١٣ - ينبغي أن ينص القانون على أنه من الجائز أن يضمن الحق الضماني كل أنواع الالتزامات، الآجل منها والمشروط والمتغير. وينبغي أن يبيّن أيضاً أن من الجائز إعطاء الحق الضماني في كل أنواع الموجودات، بما في ذلك أجزاء الموجودات والمصالح غير المجزأة في الموجودات والموجودات التي قد لا يكون مانح الضمان قد امتلكها أو امتلك سلطة التصرف فيها أو قد لا تكون موجودة بعد في وقت إبرام اتفاق الضمان، وفي العائدات كذلك. وينبغي أن تكون أي استثناءات من هذه القواعد محدودة ومبيّنة بوضوح في هذا القانون.

نفاذ مفعول الإحالة الاجمالية وإحالة المستحقات الآجلة والأجزاء من المستحقات والمصالح غير المجزأة في المستحقات

١٤- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أن إحالة المستحقات غير المعينة تحديدا والمستحقات الآجلة والأجزاء من المستحقات أو المصالح غير المجزأة في المستحقات تكون نافذة المفعول بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين بالمستحق، ما دام من الممكن وقت الإحالة أو، في حالة المستحقات الآجلة، عند النشوء، عزوها تحديدا إلى الإحالة التي تتصل بها؛

(ب) تكون إحالة واحد أو أكثر من المستحقات الآجلة نافذة دونما حاجة إلى اتخاذ إجراء جديد لإحالة كل مستحق على حدة، ما لم يتفق على خلاف ذلك. [انظر المادة ٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات].

نفاذ مفعول الإحالة التي تجري رغم وجود شرط بعدم إجرائها

١٥- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) تكون الإحالة نافذة المفعول بين المحيل والمحال إليه وتجاه المدين بالمستحق بصرف النظر عن أي اتفاق بين المحيل الأول أو أي محيل لاحق والمدين بالمستحق أو محال إليه لاحق، يُقيد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إحالة مستحقاته؛

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن التوصية ١٥ (أ) لا تجرد من المفعولية إلا الاتفاقات المبرمة بين الملتزم والملتزم له للحد من حق الملتزم له في إحالة أحد المستحقات التي يدين بها الملتزم للملتزم له. وإذا جرت إحالة ذلك المستحق، يكون الملتزم هو "المدين بالمستحق" ويغدو الملتزم له هو "المحيل".

فعلى سبيل المثال، إذا كان اتفاق ما لتأجير بضائع يحد من حق المؤجر في إحالة مبالغ الإيجار المستحقة للمؤجر. بمقتضى عقد الإيجار، فإن التوصية ١٥ (أ) تجعل القيد المفروض على الإحالة غير ذي مفعول، لأن الاتفاق يقوم بين الملتزم (المستأجر) والملتزم له (المؤجر) بالمستحق (مبلغ الإيجار الناشئة من اتفاق الإيجار). وفي المقابل، إذا كان اتفاق الإيجار بين المؤجر والمستأجر يحد من حق المستأجر في إحالة مستحق يتكون من مطالبة المستأجر بمبالغ الإيجار المستحقة للمستأجر على مستأجر من الباطن. بمقتضى عقد إيجار من الباطن، فإن التوصية ١٥ (أ) لا تنطبق في هذه الحال، وليس في هذا الدليل ما يجعل القيد غير ذي مفعول، وذلك لأن الاتفاق الذي يحد من حق المستأجر في إحالة مطالبته بمبالغ الإيجار

المستحقة له من المستأجر من الباطن. بموجب عقد الإيجار من الباطن ليس اتفاقاً بين المستأجر (المؤجر من الباطن والملتزم له في عقد الإيجار من الباطن) والمستأجر من الباطن (الملتزم في عقد الإيجار من الباطن). ومعرفة ما إذا كان القيد المفروض على عقد الإيجار نافذ المفعول إزاء المستأجر أمرٌ يحدده قانون آخر غير القانون الموصى به في هذا الدليل.

وينطبق التحليل نفسه عندما يكون القيد المفروض على الإحالة متضمناً في ترخيص للممتلكات الفكرية. كما أن التوصية ١٥ (أ) تبطل مفعول أي حكم في اتفاق الترخيص يقضي بمنع المرخص من إحالة الرسوم المستحقة على المرخص له. على أنها لا تُبطل مفعول حكم في اتفاق الترخيص يمنع المرخص له من إحالة رسوم الترخيص من الباطن. أما معرفة ما إذا كان الحكم الأخير نافذ المفعول فهي أمر يحدده قانون آخر غير القانون الموصى به في مشروع هذا الدليل.

(ب) إذا أنشأ قانون آخر التزاماً أو مسؤولية على المحيل لإخلاله باتفاق من هذا القبيل، لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الذي تنشأ منه المستحقات المحالة، أو عقد الإحالة، بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولاً بمجرد أنه كان على علم به؛

(ج) لا تنطبق هذه التوصية إلا على إحالات المستحقات:

١' الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد أو تأجير بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو عقد تشييد أو عقداً لبيع أو تأجير ملك عقاري؛ أو

٢' الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير أو ترخيص ممتلكات صناعية أو ممتلكات فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية؛ أو

٣' التي تمثل التزام السداد الخاص. بمعاملة تُجرى بواسطة بطاقة ائتمان؛

٤' التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة الأداء تنفيذاً لاتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن إلغاء العقد

المشار إليه في الفقرة (ب) يعني إنهاء العقد بصفة عامة.]

إنشاء حق ضماني في حق يضمن مستحقاً محالاً أو صكاً قابلاً للتداول أو أي التزام آخر

١٦- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يمتد تلقائياً الحق الضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي التزام آخر يشمل هذا القانون بصفته أحد الموجودات المرهونة إلى أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد أو أداء ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو الالتزام الآخر، وذلك دون أن يتخذ المانح أو الدائن المضمون أي إجراء آخر؛

(ب) إذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهداً مستقلاً، يمتد الحق الضماني تلقائياً إلى العائدات المتأتية بمقتضى التعهد المستقل ولكنه لا يمتد إلى الحق في السحب. بموجب ذلك التعهد المستقل؛

(ج) لا تسري هذه التوصية على حق في ممتلكات غير منقولة يكون بموجب قانون آخر غير هذا القانون قابلاً للإحالة بشكل منفصل عن أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الالتزامات التي قد يضمنها؛

(د) يُنشأ حق ضماني بموجب الفقرة (أ) من هذه التوصية في أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الالتزامات بالرغم من أي اتفاق بين المانح والمدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو غير ذلك من الالتزامات يحد بأي شكل من الأشكال حق المانح في إنشاء حق ضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو غير ذلك من الالتزامات، أو في أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن المستحق أو الصك القابل للتداول أو غير ذلك من الالتزامات؛

(هـ) إذا أنشأ قانون آخر أي التزام أو مسؤولية على المانح بسبب الإخلال بالاتفاق المذكور في الفقرة (د) من هذه التوصية، لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الذي ينشأ عنه المستحق أو الصك القابل للتداول أو غير ذلك من الالتزامات، أو الاتفاق الضماني المنشئ للحق الضماني الشخصي أو الحق الضماني في الممتلكات بحجة ذلك الإخلال وحده. ولا يكون أي شخص غير طرف في ذلك الاتفاق مسؤولاً بمجرد أنه كان على علم به؛

(و) لا تسري الفقرتان (د) و(هـ) من هذه التوصية إلا على الحقوق الضمانية في المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الالتزامات:

١٤ الناشئة عن عقد أصلي يكون عقداً لتوريد أو تأجير بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو عقد تشييد أو عقداً لبيع أو تأجير ملك عقاري؛ أو

٢٤ الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير أو ترخيص ممتلكات صناعية أو ممتلكات فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية؛ أو

٣٤ التي تمثل التزام السداد الخاص بمعاملة تُجرى بواسطة بطاقة ائتمان؛ أو

٤٤ المستحقة للمحيل بعد التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة الأداء تنفيذاً لاتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين.

(ز) ليس من شأن إنشاء حق ضماني في حق ملكية حيازي بموجب الفقرة (أ) من هذه التوصية أن يمس بأي من التزامات المانح تجاه المدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو غيره من الالتزامات فيما يتعلق بالممتلكات ذات الصلة، القائمة بمقتضى القانون الذي يحكم حق الملكية ذلك؛

(ح) لا تمس هذه التوصية بأي اشتراط تقتضيه أحكام قوانين غير أحكام هذا القانون ويتصل بشكل إنشاء حقوق ضمانية في أي موجودات تضمن تسديد أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الالتزامات الواقعة خارج نطاق هذا القانون، أو تسجيلها، طالما أن ذلك لا يعيق إنشاء حق ضماني، بمقتضى الفقرة (أ) من تلك التوصية، بصورة تلقائية في أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الالتزامات، كما لا يعيق نفاذه بصورة تلقائية تجاه الأطراف الثالثة بمقتضى التوصية ٣٧.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن الغرض من التوصية ١٦ يتمثل في تيسير المعاملات التمويلية، مثل عمليات التسييد (*securitizations*) لجاميع القروض المضمونة بحقوق ضمانية في الموجودات المنقولة وغير المنقولة. وفي تلك الحالات سيرغب مشتري القروض في أن تكون لديه القدرة على اللجوء إلى الحقوق الضمانية التي تضمن القروض ولكنه لا يريد أن يتكبد، في بداية عملية الشراء، النفقات الإضافية لعملية إحالة منفصلة (إذا كان ذلك من مقتضيات القوانين الأخرى غير القانون الموصى به في مشروع الدليل) لكل قرض من مجموع القروض التي يمكن أن يبلغ عددها المئات أو الآلاف. ولا تكون صكوك الإحالة المنفصلة، إن وجدت، ضرورية (إذا كان ذلك

من مقتضيات القوانين الأخرى) إلا لإنفاذ القروض التي تتعرض لتقصير لاحقاً، وعادة ما تشكل جزءاً صغيراً من القروض الواقعة ضمن المجموعة المشتراة فعلاً. ويمكن للمشتري أن يقرر ما إذا كان يقبل نفقات عمليات الإحالة المنفصلة وقت الإنفاذ، سواء طواعية من جانب البائع أو بمساعدة إحدى المحاكم. لكن المشتري، لدى الحسم فيما إذا كان سيشتري القروض وبأي ثمن يشتريها، يأخذ في الاعتبار نفقات عمليات الإحالة المنفصلة المتعلقة بالجزء الصغير فقط من القروض المتوقع أن تتعرض لتقصير، وليس بمجموع القروض برمتها. وكتيجة لتوفير النفقات، يكون باستطاعة البائع أن يحصل على ثمن شراء أعلى، مما سيجلب له مزيداً من الأموال.

وسوضح التعليق أيضاً أن التوصية ١٦ تنطبق على الإحالات النهائية للمستحقات (ولكن ليس للصكوك القابلة للتداول أو غير ذلك من الالتزامات). بما أن مشروع الدليل لا ينطبق عموماً إلا على الإحالات النهائية للمستحقات.

كما سيوضح التعليق أن الفقرات من (أ) إلى (ج) تتبّع صياغة المادة ١٠ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات مع التعديلات المناسبة الضرورية بالنظر لطبيعة القواعد القانونية الواردة في مشروع الدليل كقانون محلي، بينما الفقرات من (د) إلى (و) تتبع صياغة التوصية ١٥ والفقرات من (٢) إلى (٤) من المادة ١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

وعلاوة على ذلك، سيوضح التعليق أن الفقرة (ز) تتبع صياغة المادة ١٠ (٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي تذهب إلى أن الحق الضماني إذا كان ينطوي على تسليم حيازة أحد الموجودات وأدت عملية التسليم إلى الإضرار بالمدين بالمستحق أو الملتزم بالصك القابل للتداول أو غيره من الالتزامات، فلن تتأثر أي مسؤولية قد يكون منصوصاً عليها بموجب قانون يسري خارج نطاق القانون الموصى به في مشروع الدليل. وقد ينشأ ذلك، مثلاً، في حالة تسليم حيازة عنصر من ممتلكات ملموسة ثمينة إذا ألحق الدائن المضمون أو المحال إليه أضراراً بالممتلكات أو تسبب في ضياعها.

وبالإضافة إلى ذلك، سيوضح التعليق أن الفقرة (ح)، التي تتبع صياغة المادة ١٠ (٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، توضح أن تحديد شكل إحالة حق ضماني في أحد الموجودات خارج نطاق هذا القانون (أحد الموجودات غير المنقولة مثلاً) متروك للقوانين الأخرى غير هذا القانون، وذلك على الأقل طالما أن ذلك لا يعيق إنشاء حق ضماني تلقائياً ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة. وتبعاً لذلك، قد يكون من الضروري لمن أحيل

إليه أحد الرهون أن يحصل على مستند وتسجيل موثقين للاستفادة من مختلف الحقوق في إطار قانون الموجودات غير المنقولة، مثل الحق في إنفاذ الرهن. وسيوضح التعليق كذلك أن شكل إحالة حق ضماني في أحد الموجودات في نطاق هذا القانون سيكون خاضعا لهذا القانون.]

حقوق المحيل والمحال إليه والتزاماتهما قبل التقصير

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ التوصيات التالية، المستندة إلى المواد من ١١ إلى ١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، سوف تدرج في الفصل الجديد بشأن حقوق الأطراف والتزاماتها قبل التقصير.]

حقوق المحيل والمحال إليه والتزاماتهما

١٦ مكررا- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) تتقرر الحقوق والالتزامات المتبادلة للمحيل والمحال إليه، الناشئة عن اتفاقهما، بما يتضمنه ذلك الاتفاق من أحكام وشروط، بما فيها أية قواعد أو شروط عامة مشار إليها فيه؛

(ب) يلتزم المحيل والمحال إليه بأي عرف اتفقا على اتباعه، كما يلتزمان بأي ممارسات أرسياها فيما بينهما ما لم يتفقا على خلاف ذلك.

إقرارات المحيل

١٦ مكررا ثانيا- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يقر المحيل وقت إبرام عقد الإحالة بما يلي:

١' بأن للمحيل الحق في إحالة المستحق؛

٢' بأن المحيل لم يسبق أن أحال المستحق إلى محال إليه آخر؛

٣' بأنه ليس للمدين بالمستحق، ولن يكون له، أي دفع أو حقوق مقاصة؛

(ب) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، لا يقر المحيل بأن لدى المدين، أو ستكون لديه، القدرة المالية على السداد.

الحق في إخطار المدين بالمستحق

١٦ مكررا ثالثا- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم يتفق المحيل والمحال إليه على خلاف ذلك، يجوز للمحيل أو للمحال إليه أو لكليهما أن يرسل إلى المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة وتعليمة سداد، أما بعد إرسال ذلك الإشعار فلا يجوز لأحد غير المحال إليه أن يرسل تلك التعليمة؛

(ب) ليس من شأن إرسال إشعار بالإحالة أو تعليمة سداد على نحو يخل بأي اتفاق مشار إليه في الفقرة (أ) من هذه التوصية أن يجعلهما فاقدَي المفعول لأغراض التوصية ١٩ بسبب ذلك الإخلال. غير أنه ليس في هذه التوصية ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على الطرف المخل بذلك الاتفاق إزاء ما ينشأ عن ذلك الإخلال من أضرار.

الحق في السداد

١٦ مكررا رابعا- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) فيما بين المحيل والمحال إليه، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، وسواء أرسل إشعار بالإحالة أو لم يرسل:

١' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحال إليه، كان للمحال إليه الحق في أن يحتفظ بالعائدات والبضائع المعادة فيما يتعلق بذلك المستحق المحال؛

٢' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى المحيل، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في البضائع المعادة إلى المحيل فيما يتعلق بذلك المستحق المحال؛

٣' إذا جرى السداد، فيما يتعلق بالمستحق المحال، إلى شخص آخر كانت للمحال إليه أولوية عليه، كان للمحال إليه الحق في تقاضي العائدات وكذلك في البضائع المعادة إلى ذلك الشخص فيما يتعلق بذلك المستحق المحال؛

(ب) لا يجوز للمحال إليه أن يحتفظ بأكثر من قيمة حقه في المستحق.

حقوق والتزامات المدين بالمستحق والمحال إليه

حماية المدين بالمستحق

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التوصيات من ١٧ إلى ٢٣، المستندة إلى المواد ١٥-٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، سيُفرد لها فصل مستقل يتناول حقوق والتزامات الأطراف الثالثة الملتزمة، إلى جانب التوصيات التي تعالج حقوق والتزامات الملتزم. بموجب الصكوك القابلة للتداول، والمصرف الوديع، ومصدر السند القابل للتداول والضامن/المصدر، والمؤكّد أو الشخص المعيّن. بموجب تعهد مستقل].

١٧- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك، لا تؤثر الإحالة على حقوق والتزامات المدين بالمستحق، بما فيها شروط السداد الواردة في العقد الأصلي، دون موافقة المدين بالمستحق؛

(ب) يجوز في تعليمة السداد تغيير الشخص أو العنوان أو الحساب المطلوب من المدين بالمستحق أن يسدد إليه، ولكن لا يجوز أن تُغيّر فيها:

١' عملة السداد المحددة في العقد الأصلي؛ أو

٢' الدولة المحددة في العقد الأصلي لإجراء السداد فيها إلى دولة غير الدولة التي يقع فيها مقر المدين بالمستحق.

إشعار المدين بالمستحق

١٨- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يصبح الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد نافذ المفعول عندما يتسلمهما المدين بالمستحق، إذا كانا موجهين بلغة يتوقع منها على نحو معقول أن تُعلم صاحب الحساب المدين. بمحتواهما. ويكفي أن يُوجّه الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد بلغة العقد الأصلي؛

(ب) يجوز أن يتعلق الإشعار بالإحالة أو تعليمة السداد بمستحقات تنشأ بعد الإشعار، ويمثل ذلك الإشعار بإحالة لاحقة إشعاراً بجميع الإحالات السابقة.

إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد

١٩- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

- (أ) يحق للمدين بالمستحق، إلى حين تسلمه إشعارا بالإحالة، أن تبرأ ذمته بالسداد وفقا للعقد الأصلي؛
- (ب) بعد تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بالإحالة، ورهنا بأحكام الفقرات (ج) إلى (ح) من هذه التوصية، لا تبرأ ذمته إلا بالسداد إلى المحال إليه، أو بالسداد وفقا لأي تعليمة مغايرة ترد في إشعار الإحالة أو تصدر لاحقا عن المحال إليه ويتسلمها صاحب الحساب المدين كتابة؛
- (ج) إذا تسلّم المدين بالمستحق أكثر من تعليمة سداد تتعلق بإحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، تبرأ ذمته بالسداد وفقا لآخر تعليمة سداد يتسلمها من المحال إليه قبل السداد؛
- (د) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بأكثر من إحالة واحدة للمستحق ذاته صادرة عن المحيل ذاته، تبرأ ذمته بالسداد وفقا لأول إشعار يتسلمه؛
- (هـ) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا يتعلق بإحالة لاحقة واحدة أو أكثر، تبرأ ذمته بالسداد وفقا للإشعار المتعلق بآخر تلك الإحالات اللاحقة؛
- (و) إذا تسلّم المدين بالمستحق إشعارا بإحالة جزء من مستحق واحد أو أكثر أو بإحالة مصلحة غير مجزأة في مستحق واحد أو أكثر، تبرأ ذمته بالسداد وفقا للإشعار أو وفقا لهذه التوصية وكأنه لم يتسلّم الإشعار. وإذا قام المدين بالمستحق بالسداد وفقا للإشعار، لا تبرأ ذمته إلا بمقدار ما سدّده من ذلك الجزء أو تلك المصلحة غير المجزأة؛
- (ز) يحق للمدين بالمستحق، إذا تسلّم إشعارا بالإحالة من المحال إليه، أن يطلب من المحال إليه أن يقدم، في غضون فترة زمنية معقولة، دليلا كافيا يثبت تنفيذ الإحالة من المحيل الأول إلى المحال إليه الأول وأي إحالة وسيطة، وإذا لم يفعل المحال إليه ذلك، تبرأ ذمة المدين بالمستحق بالسداد وفقا لهذه التوصية وكأنه لم يتسلّم الإشعار من المحال إليه. والدليل الكافي على الإحالة يشمل، على سبيل المثال لا الحصر، أي كتابة صادرة عن المحيل تُبين أنّ الإحالة قد تمّت؛

(ح) لا تفس هذه التوصية أي سبب آخر يسوّغ إبراء ذمة المدين بالمستحق بالسداد إلى الشخص الذي يستحق له السداد أو إلى هيئة قضائية أو هيئة مختصة أخرى أو إلى صندوق إيداع عمومي.

دفع المدين بالمستحق وحقوقه في المقاصة

٢٠- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) عندما يطالب المحال إليه المدين بالمستحق بسداد المستحق المحال، يجوز للمدين بالمستحق أن يتمسك تجاه المحال إليه بكل ما ينشأ عن العقد الأصلي، أو أي عقد آخر يشكل جزءاً من المعاملة ذاتها، من دفع وحقوق مقاصة يمكن لصاحب الحساب المدين أن يتمسك بها وكأن تلك الإحالة لم تُجر وكانت تلك المطالبة صادرة عن المحيل؛

(ب) يجوز للمدين بالمستحق أن يتمسك تجاه المحال إليه بأي حق مقاصة آخر، شريطة أن يكون ذلك الحق متاحاً للمدين بالمستحق وقت تسلمه الإشعار بالإحالة؛

(ج) بصرف النظر عن أحكام الفقرتين (أ) و(ب) من هذه التوصية، لا تكون الدفوع وحقوق المقاصة التي يجوز للمدين بالمستحق أن يتمسك بها تجاه المحيل وفقاً للتوصيتين ١٥ (ب) و١٦ (د)، بحجة الإخلال بأي اتفاق يقيد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إجراء الإحالة، متاحة للمدين بالمستحق تجاه المحال إليه.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن مشروع الدليل ينطبق، في إطار التوصية ٣ (أ) (انظر الوثيقة *A/CN.9/WG.VI/JP.26/Add.7*)، على المستهلكين، ولكنه لا يمس حقوق المستهلكين بموجب قانون حماية المستهلك.]

الاتفاق على عدم التمسك بالدفوع أو حقوق المقاصة

٢١- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) يجوز للمدين بالمستحق أن يتفق مع المحيل، بكتابة موقّعة من المدين بالمستحق، على عدم التمسك تجاه المحال إليه بالدفوع وحقوق المقاصة التي كان يمكنه أن يتمسك بها وفقاً للتوصية ٢٠. ويمنع ذلك الاتفاق المدين بالمستحق من التمسك بتلك الدفوع وحقوق المقاصة تجاه المحال إليه؛

(ب) لا يجوز للمدين بالمستحق أن يتنازل عن الدفوع:

١٠ الناشئة عن أفعال تدليس من جانب المحال إليه؛ أو

٢٠ المستندة إلى عدم أهلية المدين بالمستحق؛

(ج) لا يجوز تعديل ذلك الاتفاق إلا باتفاق خطي موقَّع من المدين بالمستحق. وتحدد الفقرة (ب) من التوصية ٢٢ مفعول ذلك التعديل تجاه المحال إليه.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التوصية ٢١ تستند إلى المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات، التي تشير إلى كتابة موقَّعة في حالة التنازل عن الدفع أو تعديلها فحسب. فإذا قرَّرت اللجنة عدم الإشارة إلى التوقيع في التوصية ٨ (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/JP.26/Add.7) وإنما الإشارة بدلا من ذلك إلى الأدلة التي تثبت أن المانع كان يعترزم منح حق ضماني، فرمما ترغب في أن تعيد النظر في الإشارة إلى التوقيع في التوصية ٢١. وإذا تم استبقاء الإشارة إلى التوصية ٨، يكون التوقيع الإلكتروني كافيا (انظر الملاحظة الواردة بعد تعريف (ت) ("الإشعار بالإحالة") في الوثيقة [A/CN.9/WG.VI/JP.27/Add.1].

تعديل العقد الأصلي

٢٢- ينبغي أن ينص القانون على ما يلي:

(أ) أي اتفاق يبرم بين المحيل والمدين بالمستحق قبل الإشعار بالإحالة ويمس حقوق المحال إليه يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه ويكسب المحال إليه حقوقا مقابلة؛

(ب) أي اتفاق يبرم بين المحيل والمدين بالمستحق بعد الإشعار بالإحالة ويمس حقوق المحال إليه لا يكون نافذ المفعول تجاه المحال إليه إلا:

١٠ إذا قبل به المحال إليه؛ أو

٢٠ إذا لم يكن المستحق بكامله قد اكتسب بالتنفيذ، وكان التعديل منصوبا عليه في العقد الأصلي أو كان من شأن أي محال إليه متعقلا، في سياق العقد الأصلي، أن يقبل التعديل.

(ج) لا تمس الفقرتان (أ) و(ب) من هذه التوصية أي حق للمحيل أو للمحال إليه ناشئ عن الإخلال باتفاق مبرم بينهما.

استرداد المبالغ المسدّدة

٢٣- ينبغي أن ينص القانون على أن تقصير الحيل في تنفيذ العقد الأصلي لا يعطي المدين بالمستحق الحق في أن يسترد من المحال إليه أي مبلغ يكون قد سدّده المدين بالمستحق إلى الحيل أو المحال إليه.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن التوصية ٢٣ لآتمس أي مسؤولية تقع على عاتق الحيل تجاه المدين بالمستحق بسبب الإخلال بالعقد.]

نفاذ الحق الضماني في المستحقات تجاه الأطراف الثالثة

٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا كان الحق الضماني في أحد المستحقات أو الصكوك القابلة للتداول أو أي التزام آخر مشمول كحق ضماني بهذا القانون، نافذا تجاه الأطراف الثالثة، يكون الحق الضماني نافذا تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة فيما يتعلق بأي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد أو أداء المستحق أو الصك القابل للتداول أو غير ذلك من الالتزامات، دون اتخاذ إجراء آخر لا من قبل المانح ولا من قبل الدائن المضمون. وإذا كان الحق الشخصي أو حق الملكية تعهداً مستقلاً، يكون الحق الضماني في العائدات بمقتضى التعهد المستقل، نافذا تلقائياً تجاه الأطراف الثالثة (ولكن الحق الضماني لا يمتد إلى الحق في السحب بموجب التعهد المستقل، على نحو ما تنص عليه التوصية ١٦). ولا تنطبق هذه التوصية على حق في ممتلكات غير منقولة يكون، بموجب القانون المنطبق، قابلاً للإحالة على نحو منفصل من مستحق أو صك قابل للتداول أو أي التزام آخر قد يضمنه.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن التوصيات العامة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة تسري على الحقوق الضمانية في المستحقات، فضلاً عن الإحالات النهائية للمستحقات. وتشرح العبارة الواردة بين قوسين في الجملة الثانية أن الحق الضماني لا يمتد إلى الحق في السحب. وبالتالي لا تكون مسألة النفاذ تجاه الأطراف الثالثة مطروحة في ذلك الصدد.]

أولوية الحقوق الضمانية في المستحقات

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن التوصيات المتعلقة بالأولوية العامة تسري على الحقوق الضمانية في المستحقات وكذلك على الإحالات النهائية للمستحقات.]

إنفاذ الحق الضماني في المستحقات

انطباق هذا الفصل على الإحالات النهائية للمستحقات

٨٨- ينبغي أن ينص القانون على أن هذا الفصل لا ينطبق على الإحالة النهائية للمستحقات، ما عدا الاستثناءات التالية:

(أ) التوصية ٨٩ في حالة الإحالة النهائية مع الحق في المطالبة بالتسديد؛

(ب) والتوصيتان ١٠٢ و ١٠٣.

المعيار العام للسلوك

٨٩- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجب على جميع الأطراف أن تتصرف بنية حسنة وبطريقة معقولة تجارياً لدى ممارسة حقوقهم وأداء التزاماتهم بمقتضى توصيات هذا الفصل.

تحصيل المستحقات

١٠٢- ينبغي أن ينص القانون على حق المحال إليه في تحصيل المستحق أو إنفاذه بطريقة أخرى، في حالة الإحالة النهائية لأحد المستحقات. وبالنسبة لإحالة أحد المستحقات بواسطة ضمان، لا يحق للمحال إليه، رهنا بالتوصيات من ١٧ إلى ٢٣، أن يُحصّل أو ينفذ المستحق بطريقة أخرى المستحق إلا بعد التقصير، أو قبله بموافقة المحيل.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد ترغب اللجنة في أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن الدائن المضمون قد يختار كبديل عن التحصيل التصرف في أحد المستحقات أو استبقائه عملاً بالتوصيات ٩٣ (د) و (هـ) و ١١٠ و ١١٣ (انظر الوثيقة A/CN.9/611/Add.2). كما سيوضح التعليق أنه من الجائز للمحال إليه أن يرسل إشعاراً وتعليماً سداد حتى إذا كان ذلك يشكل إخلالاً باتفاق مع المحيل (انظر التوصية ١٦ مكرراً ثالثاً أعلاه).]

١٠٣- ينبغي أن ينص القانون على أن حق المحال إليه في تحصيل المستحق أو إنفاذه بطريقة أخرى يتضمن الحق في تحصيل أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن تسديد المستحق أو إنفاذ ذلك الحق بطريقة أخرى (مثل الكفالة أو الحق الضماني).

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح الكيفية التي يمكن أن تنطبق بها التوصيات الأخرى الواردة في الفصل المتعلق بالإنفاذ على إنفاذ حق يضمن تسديد مستحق محالٍ.]

القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة

١٣٧- ينبغي أن ينص القانون على أن إنشاء حق ضماني في الممتلكات غير الملموسة ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين يخضع لقانون الدولة التي يقع فيها مقر المانح. [غير أنه، فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في الممتلكات غير الملموسة التي تخضع لنظام لتسجيل حق الملكية، ينبغي أن ينص القانون على أن تلك المسائل تخضع لقانون الدولة التي [...] .]

١٣٧ مكرراً- ينبغي أن ينص هذا القانون على أن قانون الدولة التي يقع فيها مقر المحيل يحكم إنشاء الحق الضماني في مستحقات ناشئة عن بيع أو تأجير موجودات غير منقولة أو عن اتفاق ضماني متعلق بها، ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على حقوق المطالبين المنازعين. ومع ذلك فإن التنازع على الأولوية مع حقوق طرف ثالث منازع مسجلة في سجل الموجودات غير المنقولة التابع للدولة التي تقع فيها الموجودات غير المنقولة يخضع لقانون تلك الدولة.

[ملاحظة إلى اللجنة: قد تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضح أن التوصية ١٣٧ مكرراً تهدف إلى التطرق إلى القانون المنطبق على إحالات المستحقات المستحقة للمانح بمقتضى اتفاق بيع أو تأجير لأحد الموجودات غير المنقولة أو بمقتضى اتفاق ضمان بشأن أحد الموجودات غير المنقولة. ففي عدد من الدول، من غير الممكن إنشاء حقوق في مثل تلك المستحقات بشكل منفصل عن الموجودات غير المنقولة ذات الصلة، بحيث يخضع نفاذ الحق الضماني في المستحقات فيما بين الأطراف ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة وأولويته للقانون المنطبق على الموجودات غير المنقولة ذات الصلة (ولا سيما نظام السجلات). وفي بلدان أخرى، يمكن منح حق ضماني في تلك المستحقات بشكل مستقل عن الموجودات غير المنقولة ذات الصلة، إلا أن الدائن المضمون يخضع لحقوق الأطراف الثالثة المسجلة مقابل الموجودات غير المنقولة ذات الصلة في سجل الموجودات غير المنقولة. وتهدف الجملة الثانية من التوصية ١٣٧ مكرراً إلى الحفاظ على تطبيق قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات غير المنقولة وذلك بغية حماية الأطراف الثالثة التي تعول على التسجيل في سجل الموجودات غير المنقولة في تلك الدولة. وترد إشارة إلى حقوق الطرف الثالث المنازع لأن مصطلح "المطالب المنازع" يعرف بالإشارة إلى الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة. كما ترد إشارة إلى "حقوق" تلك الأطراف، لأن حقوق الأطراف الثالثة يمكن أن تشمل ليس فقط المرتهنين المنازعين بل أيضاً الحال إليهم أو مشتري الموجودات غير المنقولة أو ما يتصل بها من موجودات غير ملموسة، بل وفي الواقع أي فئة من حقوق الأطراف الثالثة التي ينص نظام

الموجودات غير المنقولة على تسجيلها. وعلاوة على ذلك، ترد إشارة إلى حق "مسجل في سجل الموجودات غير المنقولة" بدلا من "أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة بالتسجيل"، للأسباب التالية: '١' أن بعض سجلات الموجودات غير المنقولة لا تميز بين النفاذ فيما بين الأطراف والنفاذ تجاه الأطراف الثالثة، '٢' وأن سجلات الموجودات غير المنقولة لا تشترط التسجيل بالضرورة لأغراض النفاذ تجاه الأطراف الثالثة عموما ولكن فقط بالنسبة للنفاذ تجاه الأطراف الثالثة التي تكون حقوقها أيضا قابلة للتسجيل في سجل الموجودات غير المنقولة (قد لا يكون التسجيل لازما، مثلا، لأغراض النفاذ تجاه مدير إعسار أو دائن محكوم له).

القانون المنطبق على حقوق والتزامات المانح والدائن المضمون

١٤٦- ينبغي أن ينص القانون على أن حقوق والتزامات المانح والدائن المضمون المتبادلة فيما يتعلق بالحق الضماني، سواء نشأت عن اتفاق الضمان أو بمقتضى القانون، تخضع للقانون الذي اختاره، وفي حال عدم اختيارهما أي قانون فللقانون الذي يحكم اتفاق الضمان.

القانون المنطبق على حقوق والتزامات المدين بالمستحق والمحال إليه، والملتزم بمقتضى الصك القابل للتداول أو مُصدر المستند القابل للتداول والدائن المضمون

١٤٧- ينبغي أن ينص القانون على أن المسائل التالية تخضع لقانون الدولة التي يحكم قانونها المستحق المحال أو الصك القابل للتداول أو المستند القابل للتداول الذي أنشئ فيه حق ضماني:

(أ) العلاقة بين المدين بالمستحق والشخص الذي يحال إليه المستحق، أو بين الملتزم بمقتضى الصك القابل للتداول ودائن له حق ضماني في ذلك الصك، أو بين مصدر المستند القابل للتداول ودائن له حق ضماني في ذلك المستند؛

(ب) الشروط الواجب توافرها ليتسنى الاستظهار بإحالة المستحق أو بإحالة الصك القابل للتداول أو بإحالة المستند القابل للتداول تجاه المدين بالمستحق أو الملتزم في الصك القابل للتداول أو مُصدر المستند القابل للتداول؛

(ج) تقرير ما إذا كانت التزامات المدين بالمستحق أو الملتزم بمقتضى الصك القابل للتداول أو مصدر المستند القابل للتداول قد أوفى بها.

[ملاحظة إلى اللجنة: ربما تود اللجنة أن تلاحظ أن التعليق سيوضّح: '١' أن التوصية ١٤٨ تنطبق على إنفاذ الحق الضماني في المستحق (الوثيقة A/CN.9/WG.VI/ WP.24)؛ و'٢' أن التوصيات المتعلقة بتأثير الإعسار على القانون المنطبق وكذلك التوصيات العامة الأخرى الواردة في فصل تنازع القوانين (الوثيقة A/CN.9/WG.VI/ WP.24)، تنطبق على الحقوق الضمانية في المستحقات.]
