الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4

الجمعية العامة

Distr.: Limited
28 May 2003
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)

الدورة الرابعة

فيينا، ٨-١٢ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٣

المصالح الضمانية

مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة

تقرير الأمين العام

إضافة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
مشروع دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة	١-٦٠	٢
سابعا- حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير	١-٦٠	٢
ألف- ملاحظات عامة	١-٤٥	٢
١- مقدمة	١-٦	٢
٢- حرية الأطراف	٧-١٠	٤
أ- المبدأ	٧	٤
ب- القيود	٨-١٠	٤
٣- القواعد التكميلية	١١-٤٥	٥
أ- المعنى	١١-١٢	٥
ب- الأهداف السياساتية	١٣-١٤	٥
ج- أنواع القواعد التكميلية	١٥-٤٥	٦
باء- الملخص والتوصيات	٤٦-٦٠	١٣

240603 V.03-84677 (A)

سابعا- حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير

ألف- ملاحظات عامة

١- مقدمة

١- إن الاشتراطات بشأن اتفاق الضمان الصالح والقابل للإنفاذ قد تكون قليلة ويمكن استيفاؤها بسهولة (انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1). غير أن الفعالية وقابلية التنبؤ في المعاملات المضمونة تقتضيان إدراج شروط إضافية في اتفاق الضمان تهدف إلى شمول جوانب أخرى من المعاملة. وتُشجّع الأطراف ذاتها على صياغة شروط اتفاق الضمان بشكل يناسب احتياجاتها ورغباتها. ولكن، من أجل سدّ الثغرات التي قد تنشأ إذا لم تدرج الأطراف شروطا إضافية، ينبغي أن يشمل نظام حديث للمعاملات المضمونة مجموعة من القواعد التكميلية التي تنص بالتفصيل على حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير. فعلى سبيل المثال، يمكن أن تنص احدى هذه القواعد على أنه يجوز للدائن المضمون أن يحتفظ بالعائدات المتأتية من الموجودات المرهونة مما يزيد في قيمة تلك الموجودات، أو يجوز له أن يستخدمها في سداد الالتزام المضمون في حالة التقصير.

٢- ومن شأن التغطية الشاملة في نظام حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة للتقصير في المعاملات المضمونة أن تزيد من الفعالية ومن قابلية التنبؤ بطرق عدّة. وهي تساعد على توضيح وضع الأطراف بسدّ الفجوات المحتملة المتعلقة بالمسائل التي لم تتناولها الأطراف في اتفاق الضمان. كما أن السماح للأطراف بتحديد العلاقة فيما بينها بمساعدة مجموعة من القواعد التكميلية تشكل مبدأ أساسيا لنظام فعال بشأن المعاملات المضمونة التي تخص الممتلكات الشخصية، أو على الأقل بشأن واحدة من أهم مستلزماتها (انظر الفقرتين ٢٨ و ٣٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1). وفي هذا الصدد، يتبع الدليل سياسة يتشاطرها العديد من النظم القانونية الوطنية الحديثة (كالمواد ٢٧٣٦-٢٧٤٢ من مدونة القوانين المدنية لكيبيك والمواد من ٩-٢٠٧ إلى ٩-٢١٠ من القانون التجاري الموحد) والقوانين النموذجية الإقليمية (كالمادة ١٥ من القانون النموذجي الصادر عن المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، والمادة ٣٣ من القانون النموذجي لمنظمة الدول الأمريكية) والاتفاقيات الدولية التي تتناول البيع الدولي (مثل المادة ٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع) أو جانبا من جوانب المعاملات المضمونة في الموجودات المنقولة (كالمادة ١١-١ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية والمادة ١٦ من اتفاقية المعدات المنقولة).

٣- وإضافة إلى ذلك، فبتوزيع الحقوق والالتزامات بين الدائن المضمون ومانح الضمان بطريقة من الأرجح أن يتفقا عليها، تساعد مجموعة من القواعد التكميلية على التخفيض من تكاليف المعاملة، مما يزيل حاجة الأطراف إلى التفاوض وصياغة أحكام جديدة تكون قد شملتها القواعد بشكل كاف. كما أن القواعد التكميلية الواضحة توفر التوجيه للأطراف والمحاكم أو الهيئات التحكيمية، وهو ما من شأنه أن ينقص من احتمالات النزاع، ومن التكاليف ذات الصلة ومن الأحكام المتضاربة. وأخيرا، يمكن الاستعانة بالقواعد التكميلية كأداة صياغة، إذ توفر مجموعة من القواعد التي يمكن للأطراف اختيار عدم تطبيقها، كما توفر قائمة مرجعية بالمسائل التي ينبغي للأطراف تناولها وقت المفاوضات وإبرام اتفاق الضمان.

٤- وعلاوة على ذلك، تجعل القواعد التكميلية من الممكن إعمال مبدأ حرية الأطراف بما يحقق الفائدة الكاملة للأطراف. ويكتسي هذا أهمية خاصة في المعاملات الطويلة الأجل أو في المعاملات الأخرى التي لا تستطيع فيها الأطراف توقع كل شيء أو حتى الاهتمام باتباع نهج مرن، لأن مطالبة الأطراف بإضفاء الصفة الرسمية على كل التعديلات والإضافات اللاحقة التي تدخلها على اتفاقها الأولي سيرتّب تكاليف امتثال كبيرة سيتحملها مانح الضمان في نهاية المطاف.

٥- وثمة ثلاثة قيود على نطاق هذا الفصل. فهو أولا، لا يتناول الشروط المطلوب استيفاؤها لوجود حق ضماني (المحتويات الدنيا لاتفاق الضمان مثلا)، حيث إن تلك الشروط تؤدي وظيفة مختلفة ويجري بالتالي تناولها في الفصل الرابع (انظر الفقرات ٤٨-٦٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3). وثانيا، لا يتناول هذا الفصل حقوق والتزامات الأطراف التي تنشأ بعد التقصير، لأن هناك مسائل سياساتية مختلفة تنشأ بعد التقصير ويجري تناولها في الفصل الثامن (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5). وثالثا، ليس القصد من هذا الفصل أن يقدم قائمة شاملة بالمسائل التي قد ترغب الأطراف في التطرق إليها أثناء تفاوضها على العقد، ولكنه يوفر، بحكم الضرورة، مجرد قائمة إرشادية أو غير شاملة بالحقوق والالتزامات التي من الأرجح أن تتفق عليها الأطراف التي تتفاوض بحرية بشأن معاملة مضمونة عادية.

٦- وتركز المناقشة الأولية الواردة أدناه على مسألتين هامتين تتعلقان بالسياسة العامة. فالأولى تتعلق بمبدأ حرية الأطراف والمدى الذي ينبغي أن تكون فيه للأطراف حرية صوغ شروط اتفاق الضمان الذي يخصها (على افتراض أن الاتفاق يستوفي المتطلبات الموضوعية والشكلية لإنشاء حق ضماني). وأما الثانية، فتتعلق بنوع وعدد القواعد التكميلية المزمع

إدراجها في التشريعات الحديثة للمعاملات المضمونة بحيث تُشمل الأشكال الجديدة والناشئة للمعاملات المضمونة. وينتهي هذا الفصل بذكر القواعد التكميلية الموصى بها.

٢- حرية الأطراف

(أ) المبدأ

٧- طالما لا يجري التدخل في الاعتبارات المتعلقة بحماية المستهلك أو في اعتبارات السياسة العامة المماثلة، يجوز إرساء حرية الأطراف كمبدأ أساسي يحكم علاقة الأطراف في اتفاق الضمان قبل التقصير. ففي حين تمنح حرية الأطراف لمقدمي الائتمانات سلطة كبيرة لتحديد مضمون اتفاق الضمان، فهي تتيح أيضا لمانحي الضمانات امكانية أكبر للحصول على الائتمانات بتكاليف أقل.

(ب) القيود

٨- ينبغي إتاحة أكبر قدر من الحرية للدائن المضمون ومانح الضمان في معالجة حقوقهما والتزاماتهما التعاقدية المتبادلة. إلا أن نطاق هذه الحرية يشمل الآثار التعاقدية لا الآثار الامتلاكية لاتفاق الضمان. وتنطبق حرية الأطراف على الأطراف في اتفاق الضمان (أي الدائن المضمون ومانح الضمان)، ولكن لا ينبغي أن تؤثر في حقوق والتزامات الأشخاص الذين ليسوا أطرافا في ذلك الاتفاق.

٩- ونظرا لتعذر إمكانية التنبؤ بكل الظروف التي يجوز فيها الاشتراط بأن يكفل حق الضمان أداء الالتزام، فإن من المستصوب الحد من التقييدات التي تعرقل قدرة الأطراف على تكييف معاملة مضمونة مع احتياجاتها وظروفها. ولكن، يجب أن يكون هناك قدر من التقييد على حرية الأطراف من أجل الحيلولة دون التجاوز (كالإفراط مثلا في تقديم الضمانات الرهنية، انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1). وينبغي تحديد تلك التقييدات بوضوح ووضعها على أسس السياسة العامة (النظام العام) وخاصة على أساس مبدأ حسن النية والإنصاف في المعاملة.

١٠- وبصرف النظر عن هذه القيود المعقولة التي ستحددها كل ولاية قضائية بناء على معايير سياستها العامة، ينبغي إتاحة قدر كبير من المرونة للأطراف لكي:

'١' تتفق على شروط اتفاق الضمان؛

'٢' تحدد الالتزام الذي سيجري ضمانه والأحداث التي تتسبب في عدم الوفاء به؛

'٣' تقرر ما يستطيع مانح الضمان وما لا يستطيع أن يفعله بالموجودات المرهونة.

٣- القواعد التكميلية

(أ) المعنى

١١- يقصد بالقواعد المدرجة في هذا الفصل أن لا تنطبق إلا إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. وتسري تلقائيا في حالة عدم وجود ما يدل على أن الأطراف تعتزم استبعادها. ويختلف التعبير المفاهيمي المستخدم لتعريف قواعد "خاضعة لاتفاق مخالف بين الطرفين" من بلد الى آخر (مثلا، *jus dispositivum* (القانون الخاضع لتصرف الأطراف) و*lois supplétives* (القوانين التكميلية) والقواعد غير الالزامية وقواعد القصور). وأيا كانت المصطلحات المستعملة لصوغ تلك القواعد، فهي ينبغي أن توضح بأن القواعد لا تنطبق ولا تكون نافذة إلا بشرط عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك.

١٢- ولا تشمل القواعد التكميلية الواردة في هذا الفصل إلا الحوادث الأكثر اعتيادا أو التي تنشأ في سياق المعاملة المضمونة، أي الحقوق والالتزامات التي يستدل المشرّع منها على نحو معقول بأن من المرجح جدا أن تكون الأطراف قد اتفقت عليها ولكنها لم تتناولها صراحة في اتفاق الضمان.

(ب) الأهداف السياساتية

١٣- ينبغي أن تستند كل القواعد التكميلية الى أهداف سياساتية، كتوزيع المسؤولية عن العناية بالموجودات المرهونة توزيعا معقولا، والحفاظ على القيمة السابقة للتقصير. ومن الأفضل أن تترك لمبادرة الأطراف مسألة إدراج شروط إضافية في اتفاق الضمان تهدف الى زيادة حماية المقرضين المضمونين أو مانحي الضمانات. فمثلا، يمكن للأطراف أن تحدد في اتفاقها القانون الذي يحكم حقوقها والتزاماتها المتبادلة، أو أن تتفق على أن يودع مانح الضمان أي عائدات تأمين تمّ الحصول عليها بسبب خسارة الموجودات المرهونة في حساب إيداع معين. وليست هذه غير مجرد أمثلة على الأحداث العديدة التي من المعتاد أن تنص عليها الأطراف المتعاقدة صراحة في اتفاقها.

١٤- وينبغي أن تجسد القواعد التكميلية احتياجات وممارسات كل ولاية قضائية. ومع ذلك، فمن المرجح أن تتفق معظم الولايات القضائية على مزايا اعتماد قواعد كفيلة بأن تفضي الى تعزيز فرص الحصول على الائتمان بتكاليف أقل، وتشجيع الذين تقع الموجودات المرهونة تحت سيطرتهم وفي عهدتهم على التصرف على نحو مسؤول. فمثلا، يمكن أن توافق

معظم الولايات القضائية على حكم تكميلي ينص على حق الدائن المضمون في استرداد النفقات المعقولة المتكبدة في الحفاظ على الموجودات المرهونة.

(ج) أنواع القواعد التكميلية

١٥- يمكن التمييز بين حقوق والتزامات الدائن المضمون الحائز للموجودات المضمونة (الضمان الحيازي) وحقوق والتزامات مانح الضمان الحائز للموجودات المرهونة (الضمان غير الحيازي)، والحقوق والالتزامات المشتركة بين حقوق الضمان الحيازية وغير الحيازية على السواء.

'١' حقوق الضمان الحيازية

١٦- في سياق حقوق الضمان الحيازية، أقل ما ينبغي أن تحققه القواعد التكميلية هو تشجيع الدائن المضمون على الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة، خصوصا إذا مثلت تلك الموجودات ممتلكات مدرّة للدخل. وفيما يلي أهم الواجبات والحقوق المنوطة بالدائن المضمون الذي تكون الموجودات المرهونة في حيازته.

(أ) واجب العناية

١٧- يمكن تشجيع الدائن المضمون الحائز للموجودات على التصرف على نحو مسؤول بفرض التزام عليه بأن يُعنى بالموجودات المرهونة عناية معقولة. وفي حين لا يجوز للأطراف استبعاد واجب العناية أو إعفاء الدائن المضمون من المسؤولية عن الاخلال بها، فقد تغير مدى وطريقة ممارسة واجب العناية أو كيفية ممارسته. وهذا قد يختلف باختلاف طبيعة الموجودات. ففي حالة الموجودات الملموسة، قد يصل واجب العناية الى الحفاظ على الموجودات ماديا (أما بالنسبة للموجودات غير الملموسة ، فانظر الفقرتين ١٩ و٣٤).

١٨- ورهنا بالظروف، يمكن الاضطلاع بواجب العناية بطرق شتى. ففي بعض الحالات، قد يكون من غير المعقول توقع قيام مانح الضمان بالاشراف على الموجودات المرهونة، بل يكون من الأنسب أن يضطلع الدائن المضمون الحائز لها بواجب العناية. وفي حالات أخرى، قد يكفي أن يُشعر الدائن المضمون مانح الضمان، الذي قد يوجد في وضع أفضل لاتخاذ الخطوات الضرورية للمحافظة على الموجودات (لكن ليس في مرافق تابعة لمانح الضمان لأن إعادة الموجودات المرهونة قد تؤدي الى سقوط الحق الضماني). وبما أنه لا يمكن أن تتضمن قاعدة تكميلية واحدة، بالتفصيل كلّ المعاني التي يمكن أن يكتسيها واجب العناية في مختلف الظروف، فانه ينبغي صياغة القاعدة صياغة واسعة النطاق.

(ب) واجب اتخاذ خطوات إضافية للحفاظ على حقوق مانح الضمان في الملموسات

١٩- إذا كانت الموجودات المرهونة تتألف من حق سداد نقدي مشمول في صك قابل للتداول، فلن يقتصر واجب العناية على الحفاظ المادي على المستند الذي يشمل حق السداد ذلك؛ وإنما يتعداه أيضا ليشمل الالتزام باتخاذ الخطوات الضرورية لصيانة حقوق مانح الضمان أو الحفاظ عليها تجاه أطراف سابقة ملزمة بموجب الصك القابل للتداول. ولذا، ينبغي للدائن المضمون اتخاذ خطوات قد تشمل مثلاً عرض الصك، والاحتجاج عند الضرورة، واعلان عدم الأداء، ما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك. كما إنه لزاما على الدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة في شكل صك قابل للتداول صون حقوق مانح الضمان باتخاذ إجراءات ضد الأشخاص الذين يتحملون مسؤولية ثانوية بموجب الصك (كالكفلاء مثلا).

(ج) الحق في استغلال الموجودات المرهونة استغلالا معقولا

٢٠- ينبغي السماح للدائن المضمون باستغلال أو تشغيل الموجودات المرهونة لغرض صيانتها والمحافظة عليها، على أن يكون ذلك دائما بطريقة وإلى حدّ معقولين.

(د) واجب إبقاء الموجودات المرهونة على شكل يمكّن من التعرف عليها

٢١- إذا كانت الموجودات المرهونة ذات طبيعة غير مثلية، تعين على الدائن المضمون أن يبقي الموجودات الملموسة على شكل يمكّن من التعرف عليها وأن لا يخلطها مع موجودات أخرى. أما إذا كانت الموجودات المرهونة مثلية وخلطت مع موجودات أخرى من نفس النوع، فيصبح واجب الدائن المضمون آنذاك إبقاء الموجودات المرهونة على شكل يمكّن من التعرف عليها هو واجب إبقاء الموجودات في نفس كمية ونوعية وقيمة الموجودات المرهونة أصلاً.

(هـ) واجب السماح لمانح الضمان بالمعاينة

٢٢- ثمة التزام إضافي على الدائن المضمون الحائز للموجودات وهو السماح لمانح الضمان بمعاينة الموجودات المرهونة في أوقات معقولة.

(و) الحق في الاحتفاظ بأي عائدات أو ثمار مدنية كضمان إضافي

٢٣- ينبغي أن يكون في استطاعة الدائن المضمون الاحتفاظ بالعائدات النقدية أو غير النقدية أو "الثمار المدنية" (انظر الفقرتين ٣٦-٣٧ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) المتأتية

من الموجودات المرهونة. ويجوز تخصيص العائدات النقدية أوالثمار المدنية لسداد الالتزام المضمون، ما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق الضمان.

(ز) الحق في إحالة الالتزام المضمون والحق الضماني

٢٤- يجوز للدائن المضمون إحالة الالتزام المضمون والحق الضماني (في بعض الولايات القضائية حتى رغم القيود التعاقدية على الإحالات؛ انظر المادة ٩ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية). وفي حالات استثنائية يمكن إحالة الحقوق الضمانية بصورة منفصلة عن الالتزام الذي تضمنه (كما في حالة نقل الحق الضماني الخاص بشركة أُم في موجودات شركة فرعية الى مؤسسة تمويل بغية كفالة الحصول على ائتمان جديد للشركة الفرعية).

(ح) الحق في "إعادة رهن" الموجودات المرهونة

٢٥- في بعض الولايات القضائية يجوز للدائن المضمون إنشاء حق ضماني في الموجودات المرهونة كضمان للمدين ("يعيد رهن الموجودات المرهونة") طالما ظل حق مانح الضمان في الحصول على الموجودات عند سداد الالتزام المضمون دون مساس. وفي ولايات قضائية أخرى، لا يحق للدائن المضمون الحائز للموجودات أن يعيد رهن الموجودات المرهونة، حتى وإن قام بذلك بموجب شروط لا تمس بحق مانح الضمان في استرداد الموجودات بعد الوفاء بالالتزام المضمون. غير أن إعادة رهن الموجودات المرهونة، في سياق المعاملات المتعلقة بالممتلكات الاستثمارية، هي ممارسة شائعة (لكن الممتلكات الاستثمارية تخرج عن نطاق هذا الدليل).

(ط) الحق في التأمين من هلاك الموجودات المرهونة أو تلفها

٢٦- تظل تبعة هلاك الموجودات المرهونة أو تدهور حالتها واقعة على عاتق مانح الضمان بالرغم من إنشاء حق ضماني (في معظم النظم القانونية، يحتفظ مانح الضمان بحق الملكية في الموجودات المرهونة). ومع ذلك، فإن في صالح الدائن المضمون أن يحتفظ بالموجودات المرهونة مؤمّنا عليها بالكامل. لذلك، ينبغي تخويل الدائن المضمون الحق في أن يبرم عقدا للتأمين نيابة عن مانح الضمان وفي أن ترد له تكاليف ذلك التأمين.

(ي) الحق في دفع الضرائب نيابة عن مانح الضمان

٢٧- تقع الضرائب المقدرة على الموجودات المرهونة ضمن مسؤولية مانح الضمان أيضا. ولكن، ينبغي تخويل الدائن المضمون الحق في دفع تلك الضرائب نيابة عن مانح الضمان لحماية حقه الضماني في تلك الموجودات. وينبغي اعتبار ذلك المبلغ المدفوع رسما معقولا يُتكبد في المحافظة على الموجودات المرهونة وأن يكون للدائن المضمون الحق في استرداده.

(ك) الحق في استرداد النفقات المعقولة

٢٨- ينبغي أن يتحمل مانح الضمان النفقات الضرورية لحراسة الموجودات المرهونة والعناية بها عندما تكون في حيازة الدائن المضمون. وإذا كان الدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة هو الذي تكبد تلك النفقات وكانت بحكم واجب العناية الذي يقع على عاتقه، كان له الحق في استرداد تلك النفقات من مانح الضمان. ومن الأمثلة على النفقات المعقولة التي يتحملها مانح الضمان والتي للدائن المضمون الحق في استردادها، أقساط التأمين (انظر الفقرة ٢٦) والضرائب المدفوعة (انظر الفقرة ٢٧).

٢٩- ويمكن لاتفاق الضمان أن ينص على طرق أخرى لتوزيع النفقات المتعلقة بالحفاظ على الموجودات المرهونة والعناية بها. كما أن اتفاق الضمان يمكن أن ينص على أنواع أخرى من النفقات التي من شأنها أن تحمي مصالح الدائن المضمون في الموجودات المرهونة وليس مصالح مانح الضمان. وحتى وإن كانت تلك النفقات معقولة، فلا ينبغي أن يتحملها مانح الضمان بحكم القانون التكميلي. إلا أن سداد تلك النفقات يمكن أن يلقى على عاتق مانح الضمان إذا كان ذلك ما اتُّفِق عليه في اتفاق الضمان.

(ل) واجب إعادة الموجودات المرهونة

٣٠- بعد سداد الالتزام المضمون بكامله، يجب على الدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة أن يعيدها الى مانح الضمان. وبما أنه لا يمكن للدائن المضمون الانسحاب من هذا الالتزام، يكون ذلك عادة جزءا من القاعدة الالزامية وليس من القاعدة التكميلية.

"٢" الضمان غير الحيازي

٣١- من الأهداف السياساتية الرئيسية لأي نظام فعال بشأن المعاملات المضمونة تشجيع مانح الضمان الذي تظل الموجودات المرهونة في حيازته على التصرف بمسؤولية (انظر الفقرة ٣٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1). وبالتالي، فإن السياسات التي تقوم عليها القواعد التكميلية بشأن الضمان غير الحيازي تهدف الى زيادة القيمة الاقتصادية المحتملة

لموجودات مانح الضمان الى أقصى حدّ (انظر الفقرة ٢٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1). ومن شأن التشجيع على استغلال موجودات مانح الضمان في أغراض اقتصادية أن يدرّ عائدات على مانح الضمان. كما ان المحافظة على القيمة السابقة للتقصير للموجودات المرهونة يتمشى مع الهدف المتمثل في زيادة قيمة تلك الموجودات الى أقصى حدّ لدى تحويلها الى أموال نقدية، لما فيه صالح الدائن المضمون.

(أ) واجب السماح للدائن المضمون بالمعاينة

٣٢- ينبغي أن يتاح للدائن المضمون حق تفقد الأحوال التي يحتفظ فيها بالموجودات المرهونة لدى مانح الضمان الحائز لها. ولهذا الغرض، ينبغي الزام مانح الضمان بالسماح للدائن المضمون بمعاينة الموجودات المرهونة في كل الأوقات المعقولة.

(ب) واجب إبقاء الموجودات المرهونة مؤمّنا عليها تأمينا ملائما ودفع الضرائب

٣٣- يشمل واجب العناية المنوط بمانح الضمان الحائز للموجودات المرهونة ابقاءها مؤمَّنا تأمينا ملائما وكفالة دفع ضرائب الممتلكات عنها. وإذا تكبد الدائن المضمون هذه النفقات، كان له الحق في استردادها من مانح الضمان الذي يكون التزامه بردها مضمونا بالحق الضماني (انظر الفقرتين ٢٦ و٢٧).

(ج) واجب اتخاذ خطوات للمحافظة على الحقوق في الموجودات المرهونة

٣٤- في حالة الموجودات المرهونة غير الملموسة، ومنها حق مانح الضمان في السداد على شكل مستحقات (مثل حسابات الإيداع أو الجِعالات أو الحقوق بشأن البراءات أو حقوق النشر أو العلامات المسجلة) يشمل العنصر الرئيسي من التزام مانح الضمان بالعناية اتخاذ الخطوات اللازمة للمحافظة على تلك الحقوق، بصرف النظر عما إذا كانت متمثلة بصك قابل للتداول أم لا.

(د) الحق في الحصول على العائدات أو على "الثمار المدنية"

٣٥- أي زيادات أو أرباح تتأتى من الموجودات المرهونة التي يحوزها مانح الضمان، بغض النظر عما إذا كانت تلك الموجودات الإضافية تعتبر ثمارا مدنية أو طبيعية أو عائدات (للاطلاع على مناقشة هذه المسألة، انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1)، فإنها تخضع تلقائيا للحق الضماني الذي يتمتع به الدائن المضمون، إلا إذا اتُّفق على خلاف ذلك. (انظر الفقرة ٢٣).

(ه) واجب المحاسبة ومسك سجلات وافية بالغرض

٣٦- اذا كانت الموجودات المرهونة عبارة عن ممتلكات مدرّة للدخل في حيازة مانح الضمان، الى الحد الذي يشمل فيه الحق الضماني الإيرادات أو العائدات المتأتية من الموجودات، يمكن أن يشمل واجب مانح الضمان مسك السجلات وتقديم حسابات على نحو معقول بشأن كيفية التصرف في العائدات المتأتية من الموجودات المضمونة وكيفية معاملة تلك العائدات.

(و) الحق في استعمال الموجودات المرهونة والتصرف فيها ومزجها ومعالجتها وخلطها

٣٧- لمانح الضمان الحائز للموجودات المرهونة الحق في استعمالها ومزجها و معالجتها وخلطها مع موجودات أخرى. ولا ينبغي، من حيث المبدأ، أن يكون لمانح الضمان الحق في التصرف في الموجودات المرهونة من دون إذن الدائن المضمون. لكن يمكن لمانح الضمان، بصفة استثنائية، التصرف في الموجودات المرهونة طالما كان ذلك التصرف في السياق العادي لأعماله التجارية (انظر الفقرات ... من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3).

٣٨- وعندما يفضي التصرف في الموجودات المرهونة الى سقوط الحق الضماني المتعلق بتلك الموجودات، يمكن للحق الضماني أن يشمل العائدات (للاطلاع على مناقشة هذه المسألة، انظر الفقرات ٤١-٤٧ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add. 3)

(ز) الحق في منح حق ضماني آخر في الموجودات ذاتها

٣٩- ينبغي أن يكون لمانح الضمان الحق في اعطاء حق ضماني لاحق بشأن موجودات مرهونة من قبل.

(ح) واجب الدائن المضمون في إلغاء التسجيل أو اتخاذ خطوات أخرى

٤٠- عند الوفاء الكامل بالالتزام المضمون، يجب على الدائن المضمون أن يحرر الموجودات المرهونة من الحق الضماني وأن يطلب إلغاء تسجيل الحق الضماني أو أن يتخذ أي إجراءات أخرى من شأنها أن تُشعر مانح الضمان بأن موجوداته لم تعد خاضعة للحق الضماني (بما أنه لا يجوز للدائن المضمون الانسحاب من هذا الالتزام، أن يكون عادة جزءا من القانون الإلزامي وليس جزءا من القانون التكميلي).

‘٣’ الضمان الحيازي وغير الحيازي

(أ) واجب العناية

٤١- عندما تكون الموجودات المرهونة ملموسة، يتعلق واجب العناية أساسا بالحفاظ عليها (انظر الفقرة ١٧). وعندما تكون الموجودات المرهونة غير ملموسة، يشمل واجب العناية من طرف الدائن المضمون كلا من الحفاظ المادي على أي صك واتخاذ الخطوات الضرورية للدفاع عن حق السداد المُدرَج في الصك وإنفاذه (انظر أيضا الفقرتين ١٩ و٣٤).

(ب) واجب مانح الضمان في التعويض عن تخفيض القيمة غير المتوقع

٤٢- إذا انخفضت قيمة الموجودات المرهونة انخفاضا كبيرا لأسباب لم يكن من الممكن التنبؤ بها وقت إبرام اتفاق الضمان، قد يتعين على مانح الضمان أن يقدم ضمانا إضافيا للتعويض عن تخفيض القيمة غير المتوقع والكبير.

٤٣- أما بالنسبة للتدهور المتوقع في قيمة الموجودات المرهونة، بسبب مرور الزمن أو ظروف السوق، فقد ترغب الأطراف في اتفاق الضمان في النص على أنه، إذا بلغ ذلك التدهور حدا منخفضا جدا، قد يضطر مانح الضمان الى أن يقدم ضمانا إضافيا والا اعتبر الدائن المضمون ذلك التدهور في القيمة على أنه نتيجة تقصير.

(ج) الحق في إحالة الحق الضماني مع الالتزام المضمون

٤٤- يجوز للدائن المضمون إحالة الالتزام المضمون بكل حرية، وفي هذه الحالة تتبع إحالة الحق الضماني ذلك عادة (انظر مثلا، المادة ١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية؛ ويجوز للدائن المضمون، في بعض الحالات، إحالة الحق الضماني دون إحالة الالتزام المضمون؛ انظر الفقرة ٢٤). وبعد هذه الإحالة، يرث المحال والمنقول اليه كل حقوق الدائن المضمون الأصلي والتزاماته.

(د) واجب الدائن المضمون في إعادة الموجودات المرهونة أو في أن التنازل عن الحق الضماني

٤٥- بعد الوفاء الكامل بالالتزام المضمون، يجب على الدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة أن يعيدها الى مانح الضمان (انظر الفقرة ٣٠). وفي حالة الضمان غير الحيازي المدون في سجل عمومي، يتعين على الدائن المضمون أن يطلب إلغاء الحق الضماني أو أن يوجه اشعارا بالتنازل عن الموجودات المرهونة (انظر الفقرة ٤٠).

باء- الملخص والتوصيات

٤٦- إن القواعد التكميلية المدرجة في هذا الفصل تسعى الى توضيح حقوق الأطراف في اتفاق الضمان والتزاماتها السابقة للتقصير. ولا تخص هذه القواعد إلا حقوق الأطراف والتزاماتها التعاقدية قبل التقصير، باستثناء آثار اتفاق الضمان الامتلاكية والعلاقة بين الأطراف بعد التقصير.

٤٧- وهذه القواعد تخويلية لا إلزامية بحيث ينبغي أن تقرأ عبارة "ما لم يتفق على خلاف ذلك" كديباجة لكل واحد من الحقوق والواجبات المنوطة بالأطراف بموجب هذه القواعد. وتتمثل إحدى نتائج الطبيعة التخويلية لهذه القواعد في أنه يجوز للأطراف التنازل عن الحقوق والالتزامات المنوطة بها أو تغييرها، ما لم يكن هذا التنازل مخالفا للسياسة العامة أو متنازعا مع مبدأ سائد بشأن حسن النية والإنصاف في المعاملة.

٤٨- ومن حيث المبدأ، ينبغي أن تكون الأطراف في أي معاملة من المعاملات المضمونة حرة في الاتفاق على شروط علاقاتها في حدود ما تفرضه السياسة العامة (النظام العام) وحماية الأطراف الثالثة. فمثلا، لا يمكن للدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة ألا يفي بواجبه في إعادة تلك الموجودات الى مانح الضمان بعد سداد الالتزام المضمون (انظر الفقرات ٣٠ و٤٠ و٤٥).

٤٩- وينبغي للدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة أن يُعنى بتلك الموجودات ويحافظ عليها ويبقيها في حالة جيدة. كما أن الدائن المضمون ملزم بالقيام بكل الاصلاحات اللازمة لإبقاء الموجودات المرهونة في تلك الحالة. وفيما يتعلق بالموجودات المرهونة الملموسة، ينبغي للدائن المضمون أن يُبقي تلك الموجودات على شكل يمكّن من التعرف عليها على نحو ملائم. وإذا كانت تلك الموجودات المرهونة مثلية، ينبغي توسيع واجب العناية ليشمل الالتزام بالمحافظة عليها في نفس الكمية والنوعية والقيمة.

٥٠- وعندما تتكوّن الموجودات المرهونة من حق مانح الضمان في السداد نقدا، سواء أكان هذا الحق مشمولا في صك أم لا، ينبغي أن يشمل التزام العناية من جانب الدائن المضمون واجب صون حقوق مانح الضمان إزاء أشخاص آخرين يتحملون مسؤولية ثانوية.

٥١- وينبغي للدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة أن يسمح لمانح الضمان بمعاينة تلك الموجودات في كل الأوقات المعقولة. ولدى الوفاء بالالتزام المضمون وفاء كاملا، ينبغي للدائن المضمون أن يعيد الموجودات المرهونة الى مانح الضمان.

٥٢- ويجوز تخويل الدائن المضمون الحائز للموجودات المرهونة الاحتفاظ بأي زيادات أو أرباح تتأتى من تلك الموجودات كضمان اضافي. وعندما تكون العائدات نقدية، يمكن للدائن المضمون أن يستعملها لسداد الالتزام المضمون أو أن يعيدها الى مانح الضمان.

٥٣- ولا يمكن للدائن المضمون إنشاء حق ضماني في الموجودات المرهونة التي في حوزته، إلا في حالات محدودة.

٥٤- ويجب أن ترد الى الدائن المضمون النفقات المعقولة التي يتكبدها لدى أداء الالتزام المتعلق بالحراسة والعناية (بما في ذلك تكاليف التأمين ودفع الضرائب). كما ينبغي أن يكون حق الدائن المضمون في استرداد تلك النفقات مضمونا بالموجودات المرهونة.

٥٥- وفي سياق الضمان غير الحيازي، ينبغي أن يكون مانح الضمان الذي تظل الموجودات المرهونة في حوزته ملزما أيضا بواجب الحراسة والعناية. ولدى أداء هذا الواجب، يتعين على مانح الضمان أن يتحمل النفقات الضرورية، مثل أقساط التأمين والضرائب وسائر الرسوم.

٥٦- وينبغي تخويل مانح الضمان الحائز للموجودات المرهونة استعمالها ومزجها ومعالجتها وخلطها مع موجودات أخرى، وكذلك التصرف في الموجودات المرهونة في السياق الاعتيادي لأعماله التجارية. ويمكن أن يمتد حق الضمان ليشمل العائدات أو "الثمار المدنية" المتأتية من الموجودات المرهونة.

٥٧- ويجوز لمانح الضمان الحائز للموجودات المرهونة أن يَمنح حقا ضمانيا لاحقا فيها.

٥٨- وينبغي لمانح الضمان الحائز للموجودات المرهونة أن يسمح للدائن المضمون بتفقدها في أوقات معقولة. وإذا كانت الموجودات المرهونة مدرّة للدخل، كان من واجب مانح الضمان أن يدون بالتفصيل طرق التصرف فيها وكيفية معاملة العائدات.

٥٩- وإذا كانت الموجودات المرهونة غير ملموسة، امتد التزام مانح الضمان بالعناية لكي يشمل تأكيد حقه في الحصول على السداد أو في الدفاع عن ذلك الحق أو في اتخاذ الخطوات اللازمة لتحصيل ما هو مستحق له.

٦٠- ولدى الوفاء بالالتزام المضمون وفاء كاملا، وجب على الدائن المضمون أن يقدم طلبا لإلغاء تسجيل الحق الضماني أو أن يتخذ أي خطوة أخرى ترمي الى إشعار الأطراف الثالثة بأن الموجودات المرهونة لم تعد مرهونة.