الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.V/WP.58

الجمعية العامة

Distr.: Limited
5 October 2001
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)

الدورة الخامسة والعشرون

فيينا، ٣ - ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١

مشروع الدليل التشريعي لقانون الإعسار

تقرير الأمين العام

المحتويات

[ترد المقدمة والجزء الأول من مشروع الدليل في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.57]

		الفقرات	الصفحة
ثانيا -	طلب استهلال إجراءات الإعسار وبدؤها	١ - ٣٩	٣
ألف -	نطاق قانون الإعسار	١ - ٩	٣
١-	ملاحظات عامة	١ - ٩	٣
٢-	ملخص وتوصيات - النطاق	--	٦
باء -	معايير طلب استهلال الإجراءات وبدئها	١٠ - ٣٩	٧
١-	ملاحظات عامة	١٠ - ٣٩	٧
٢-	ملخص وتوصيات - الطلب وبدء الإجراءات	--	١٨
ثالثا -	النتائج المترتبة على بدء إجراءات الإعسار	٤٠ - ١٥١	٢٠
ألف -	حوزة الإعسار	٤٠ - ٥٢	٢٠
١-	ملاحظات عامة	٥٠-٥٢	٢٠
٢-	ملخص وتوصيات - حوزة الإعسار	--	٢٤
باء -	حماية حوزة الإعسار	٥٣ - ٨٣	٢٥
١-	ملاحظات عامة	٥٣ - ٨٣	٢٥
٢-	ملخص وتوصيات - حماية حوزة الإعسار	--	٣٥

		الفقرات	الصفحة
جيم -	معاملة العقود	٨٤ - ١٢٣	٣٧
١-	ملاحظات عامة	٨٤ - ١٢٣	٣٧
٢-	ملخص وتوصيات - معاملة العقود	--	٤٩
دال -	دعاوى الإبطال	١٢٤ - ١٥١	٥١
١-	ملاحظات عامة	١٢٤ - ١٥١	٥١
٢-	ملخص وتوصيات - الإبطال	--	٥٩
رابعا -	إدارة الإجراءات	١٥٢ - ٢٥٢	٦١
ألف -	حقوق المدين والتزاماته	١٥٢ - ١٧٠	٦١
١-	ملاحظات عامة	١٥٢ - ١٧٠	٦١
٢-	ملخص وتوصيات - حقوق المدين والتزاماته	--	٦٧
باء -	حقوق ممثل الإعسار والتزاماته	١٧١ - ١٨٦	٦٩
١-	ملاحظات عامة	١٧١ - ١٨٦	٦٩
٢-	ملخص وتوصيات - حقوق ممثل الإعسار والتزاماته	--	٧٥
جيم -	التمويل بعد بدء الإجراءات	١٨٧ - ١٩١	٧٦
١-	ملاحظات عامة	١٨٧ - ١٩١	٧٦
٢-	ملخص وتوصيات - التمويل اللاحق لبدء الإجراءات	--	٧٨
دال -	لجان الدائنين	١٩٢ - ٢١٢	٧٨
١-	ملاحظات عامة	١٩٢ - ٢١٢	٧٨
٢-	ملخص وتوصيات - لجان الدائنين	--	٨٤
هاء -	مطالبات الدائنين ومعاملة هذه المطالبات	٢١٣ - ٢٥٢	٨٥
١-	ملاحظات عامة	٢١٣ - ٢٥٢	٨٥
٢-	ملخص وتوصيات - مطالبات الدائنين	--	٩٨
خامسا-	التصفية والتوزيع	٢٥٣ - ٢٦٠	١٠٠
ألف -	أولويات التوزيع	٢٥٣ - ٢٥٥	١٠٠
١-	ملاحظات عامة	٢٥٣ - ٢٥٥	١٠٠
٢-	ملخص وتوصيات - التوزيع	--	١٠٠
باء -	إبراء الذمة	٢٥٦ - ٢٦٠	١٠١
١-	ملاحظات عامة	٢٥٦ - ٢٦٠	١٠١
٢-	ملخص وتوصيات - إبراء الذمة	--	١٠٣
سادسا -	خطط إعادة التنظيم	٢٦١ - ٢٩٩	١٠٣
١-	ملاحظات عامة	٢٦١ - ٢٩٩	١٠٤
٢-	ملخص وتوصيات - خطط إعادة التنظيم	--	١١٥

ثانيا – طلب استهلال إجراءات الإعسار وبدؤها

ألف ـ نطاق قانون الإعسار

١ – ملاحظات عامة

(أ) المدينون الذين يتعين أن يشملهم نظام الإعسار

١ – المسألة الأساسية الهامة في صوغ نظام عام للإعسار هي تحديد أي من المدينين الذين يمكن إخضاعهم للقانون. وبقدر ما يستبعد أي مدين من الإجراءات القضائية، لا يتمتع هذا المدين بأشكال الحماية التي توفرها تلك الإجراءات، ولا يخضع للنظام الخاص بها. وستحدِّد أحكام الأهلية أنواع المدينين الذين يجوز تصفية أو إعادة تنظيم منشآتهم التجارية، وأية منشآت تجارية يراد استبعادها من تطبيق القانون. وهذا يطرح تساؤلا عمَّا إذا كان ينبغي أن يميِّز القانون بين مدينين أفراد ومدينين هم عبارة عن منشآت تجارية، حيث يثير كل واحدة منها اعتبارات سياساتية مختلفة، ليس هذا فحسب، بل يثير مواقف أخرى مختلفة. فالسياسات إزاء الدَين الفردي أو الشخصي والإعسار غالبا ما تظهر مواقف ثقافية لا تعتبر ذات صلة وثيقة بالمنشآت التجارية المدينة. فهي تشتمل على مواقف إزاء تجشُّم الدَين الشخصي؛ توفير الإعفاء للمنشأة المدينة التي لا يسهل تدبير شؤونها؛ وأثر الإفلاس على مركز الأفراد؛ وتوفير تدابير لإبراء الذمة من الديون والمطالبات. أما السياسات الواجبة التطبيق على إعسار الكيانات التجارية فسوف تستند، على سبيل المقارنة، إلى اعتبارات اقتصادية وتجارية مثل الدور الهام الذي تقوم به تلك المنشآت في الاقتصاد والحاجة إلى أن تنعكس تلك الاعتبارات في إجراءات الإعسارات الواجبة التطبيق.

٢ – ولهذه الأسباب، قد يحتاج قانون الإعسار إلى النظر في وضع تمييز بين مختلف أنواع الكيانات المشاركة في أنشطة المنشآت التجارية والنظر في تبيان أي فرع من قانون الإعسار (شخصي أو تجاري) تقع فيه الأنشطة الفردية أو التجارية الشخصية (من بينها مثلا شراكات الأفراد والتجار الأفراد). وقد توضع اختبارات مختلفة لتيسير عملية التحديد، مثل التركيز على طبيعة النشاط الذي يجري الاضطلاع به، ومستوى الدَين والصلة التي تربط بين الدَين والنشاط التجاري. بيد أن ما تراكم من خبرة لدى عدد من البلدان يشير إلى أن الأنشطة التجارية الفردية، وإن كانت تشكل جزءا من النشاط التجاري، غالبا ما تعالَج هذه الحالات في إطار النظام المتعلِّق بالإعسار الفردي، وذلك لأن مالك المشروع التجاري الشخصي (منشأة غير محدودة) هو مسؤول شخصياً دون قيد عن ديون المشروع التجاري.

وتثير هذه الحالات قضايا صعبة خاصة بإبراء الذمة (إعفاء المدين من المسؤولية عن جزء أو جميع ديون معيَّنة بعد انتهاء الإجراءات) والحجز على الأجور بعد الإعسار، إلى جانب مسائل شخصية مثل التسويات في إجراءات الانفصال. وإضافة إلى ذلك، ينطوي إدراج مثل هذا الإعسار الفردي في نظام الإعسار التجاري على إمكان عرقلة تطبيق هذا النظام بسبب تصور عام عن عدم استحسان الإعسار. ومن المستصوب النظر في هذه الشواغل عند وضع قانون إعسار لمعالجة إعسار المنشآت التجارية. ولا يعالِج هذا الدليل تلك الفروق بيد أنه يركِّز على تدبير شؤون التجارة والمشاريع التجارية، بغض النظر عن الوسيلة التي قد تجرى بها الأنشطة التجارية.

٣ - ويمكن لنظام عام للإعسار أن ينطبق على جميع أشكال المنشأة التي تضطلع بأنشطة تجارية، الخاصة منها والمملوكة للدولة، ولا سيما المنشآت المملوكة للدولة التي تتنافس في السوق ككيانات أو منشآت تجارية متميزة وتخضع بشكل أو آخر لنفس الإجراءات التجارية والاقتصادية كالكيانات المملوكة للقطاع الخاص. وامتلاك الحكومة لأية منشأة تجارية قد لا يوفر في حد ذاته، أساسا كافيا لاستبعاد أية منشأة من الخضوع لقانون الإعسار العام. وإدراج هذه المنشآت ينطوي على مزايا إخضاعها لنظام مكان السوق وإرسال إشارة واضحة تفيد أن الدعم المالي الحكومي لن يكون بغير حدود. وقد يحدث الاستثناء من السياسة العامة للإدراج حيث تكون الحكومة قد اعتمدت سياسة توفر ضمانة واضحة بخصوص التزامات هذه المنشآت. وفي الحالات التي تكون فيها معاملة منشآت الدولة جزءا من تغيير حدث في السياسة الاقتصادية الكلية، مثل برامج الخصخصة الواسعة النطاق، فإن صدور تشريعات مستقلة تعالج المسائل ذات الصلة، ومن بينها الإعسار، قد يكون له ما يبرره.

٤ - ومع أنه قد يكون من المستصوب توسيع الحماية ونظام الإعسار ليشملا أكبر مجموعة ممكنة من الكيانات، فقد تُوفر معاملة منفصلة لبعض الكيانات. وقد تكون هذه المعاملة الخاصة مستصوبة، على سبيل المثال، استنادا إلى شواغل السياسة العامة، في حالة المستهلكين. وقد تكون مستصوبة أيضا في حالة بعض كيانات ذات طابع تخصصي، مثل المؤسسات المصرفية ومؤسسات التأمين، وشركات المنافع العامة ووسطاء الأسهم والسلع بسبب النظم القانونية الرقابية المفصلة التي تخضع لها. ولا يعالج هذا الدليل بالتحديد الاعتبارات الخاصة الناشئة من إعسار هذه الكيانات.

(ب) انطباق قانون الإعسار

'١' مركز المصالح الرئيسية

٥ - بالإضافة إلى تمتع المدين بالخصائص التجارية الضرورية، يجب أن تكون لديه علاقة كافية بالدولة المضيفة ليكون خاضعا لقانون الإعسار الخاص بها.

٦ - ومع أن بعض قوانين الإعسار تستخدم معايير مثل مكان العمل الرئيسي، فقد اعتمدت الأونسيترال، في "القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود"، ("قانون الأونسيترال النموذجي") ما يسمى "مركز المصالح الرئيسية" للمدين لتحديد المكان الصحيح للإجراءات الرئيسية لذلك المدين. وبالإضافة إلى قانون الأونسيترال النموذجي، يستخدم هذا المصطلح في [مشروع] اتفاقية الأونسيترال بشأن إحالة المستحقات في التجارة الدولية وفي لوائح المجلس الأوروبي رقم ٢٠٠٠/١٣٤٦ المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإعسار ("لوائح المجلس الأوروبي"). ولا يعرّف قانون الأونسيترال النموذجي هذا المصطلح؛ بينما تشير لوائح المجلس الأوروبي (الحيثيات الثالثة عشرة) إلى أن المصطلح ينبغي أن يعني "المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بصورة منتظمة، وبذلك يمكن للأطراف الثالثة تحديده". وهناك معيار ملائم يرد في المادة ١٦ (٣) من قانون الأونسيترال النموذجي، وفي المادة ٣ من لوائح المجلس الأوروبي: يفترض أن يكون المكتب الرئيسي المسجل للمدين، أو محل الإقامة المعتاد في حالة المدين الفرد، هو مركز مصالحه الرئيسية، ما لم يتضح أن مركز المصالح الرئيسية يقع في مكان آخر. وأي مدين يكون مركز مصالحه الرئيسية في دولة ينبغي أن يخضع لقانون إعسار تلك الدولة.

٧ - ورغم اعتماد معيار "مركز المصالح الرئيسية"، فإن أي منشأة مدينة لها موجودات في أكثر من دولة، قد تجد نفسها مستوفيا لاشتراطات خضوعها لقانون إعسار أكثر من دولة بسبب المعايير المختلفة لتوافر كفاءة المنشأة المدينة أو التفسيرات المختلفة لنفس المعيار، مع إمكان وجود إجراءات إعسار منفصلة في تلك البلدان. وفي مثل هذه الحالات، يكون من الملائم وجود تشريعات استنادا إلى قانون الأونسيترال النموذجي لمعالجة مسائل التنسيق والتعاون.

'٢' المؤسسة

٨ - تنص بعض القوانين على أنه يجوز بدء إجراءات الإعسار في ولاية قضائية توجد فيها مؤسسة للمدين. ويعرّف مصطلح "المؤسسة" في المادة ٢ من قانون الأونسيترال

النموذجي بأنه يعني "أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات." وتشتمل المادة ٢ من لوائح المجلس الأوروبي على تعريف مماثل ولكنها تحذف الإشارة إلى "الخدمات". ومن الأساسي عندئذ أن المؤسسة هي مكان المشروع التجاري وليس بالضرورة مركز المصالح الرئيسية. والتعريف هام للهيكل العام لقانون الأونسيترال النموذجي إذ أنه يحدد تلك الإجراءات التي لا يمكن الاعتراف بها إلا كإجراءات غير رئيسية؛ لأن الإجراءات الرئيسية تقتضي وجود مركز للمصالح الرئيسية. وتنص لوائح المجلس الأوروبي، بصورة مماثلة، على أنه يجوز افتتاح إجراءات إعسار ثانوية في ولاية قضائية توجد فيها مؤسسة للمدين، ولكن تطبيق تلك الإجراءات يقتصر على موجودات المدين الواقعة في إقليم تلك الدولة.

'٣' وجود الموجودات

٩ - تنص بعض القوانين على أنه يجوز البدء بإجراءات الإعسار من جانب أو ضد المدين الذي توجد لديه موجودات داخل الولاية القضائية أو كانت توجد لديه موجودات داخل الولاية القضائية، دون أن تقتضي وجود مؤسسة أو مركز مصالح رئيسية له داخل تلك الولاية القضائية. وفي هذا الصدد، ينبغي التفريق بين إجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم؛ في حين قد يكون وجود الموجودات أساسا ملائما لبدء إجراءات التصفية التي تشمل الموجودات القائمة في تلك الدولة، قد لا يكون هذا كافيا لتبرير بدء إجراءات إعادة التنظيم. ويحتمل أن يثير معيار وجود الموجودات مسائل تتعلق بتعدد الولايات القضائية، بما في ذلك تعدد الإجراءات، ومسائل التنسيق والتعاون بين الإجراءات التي قد تترتب على قانون الأونسيترال النموذجي.

٢ - ملخص وتوصيات - النطاق

(١) الغرض من الأحكام بشأن نطاق قانون الإعسار هو تحديد ما يلي:

(أ) ما هي المنشآت المدينة التي يمكن أن تخضع لقانون الإعسار؛

(ب) ما هي المنشآت المدينة التي تتطلب معاملة خاصة ولهذا ينبغي أن يشملها نظام متخصص للإعسار وأن تستثنى من النظام العام؛

(ج) معايير بدء إجراءات الإعسار في الدولة المشتَرِعَة.

(٢) ينبغي أن ينظم قانون الإعسار إجراءات الإعسار لجميع [المنشآت المدينة] [الكيانات الاعتبارية أو التجارية] المشتركة في أنشطة تجارية [بما في ذلك المنشآت المملوكة للدولة المشتَرِكَة في أنشطة [قطاع أعمال] [تجارية]].

(٣) يجوز أن تُستَبعَد المصارف وشركات التأمين وكيانات أخرى محددة التي تخضع لنظام خاص ولنظام الإعسار المتخصص من تطبيق قانون الإعسار العام.

(٤) يمكن بدء إجراءات الإعسار من جانب المدين أو ضد المدين إذا كان مركز مصالحه الرئيسية واقعاً في الدولة المشتَرِعَة.

(٥) في غياب ما يثبت العكس، يُفتَرَض أن يكون مركز المصالح الرئيسية للشخصية الاعتبارية في الدولة التي يوجد بها مكتبها المسجَّل.

(٦) في غياب ما يثبت العكس، يُفتَرَض أن يكون مركز المصالح الرئيسية للشخص الطبيعي في الدولة التي يوجد بها مكان الإقامة المعتاد.

(٧) يمكن بدء إجراءات التصفية من جانب أو ضد المدين إذا وُجِدَت للمدين مؤسسة في الدولة المشتَرِعَة، بيد أن تلك الإجراءات ينبغي أن تقتصر على موجودات المدين الموجودة في تلك الدولة.

باء – معايير طلب استهلال الإجراءات وبدئها

١ – ملاحظات عامة

١٠ – تُعتَبَر معايير طلب استهلال الإجراءات وبدئها من الأمور الأساسية لتصميم قانون للإعسار. وبإتاحة الأساس الذي يمكن عليه تقديم الطلب لبدء إجراءات الإعسار، تعتبر هذه المعايير هامة لتعريف الكيانات التي يمكن إخضاعها للآليات الحمائية والتأديبية لإجراءات الإعسار وتحديد الجهة التي قد تقدم الطلب.

١١ – وكمبدأ عام، من المستصوب أن يكون سبيل الوصول إلى إجراءات الإعسار ملائما وقليل التكلفة وسريعا بغية تشجيع المنشآت المتعثرة مالياً أو المعسرة على الخضوع طوعيا للإجراء القضائي. ومن المستصوب أيضا أن يكون سبيل الوصول إلى الإجراءات مرناً من حيث أنواع الإجراءات المتاحة والسهولة التي يمكن بها انتهاج سبيل الوصول إلى الإجراء ذي

الصلة بمنشأة مدينة معينة وإمكان التحويل بين مختلف أنواع الإجراءات. ويمكن لتقييد سبيل الوصول إلى الإجراءات أن يثني كلاً من المدينين والدائنين عن بدء الإجراءات، بينما قد يكون التأخير ضاراً من حيث أثره على قيمة الموجودات وإنهاء الإجراء القضائي بنجاح، وخصوصا في حالات إعادة التنظيم. وتتطلب سهولة الوصول إلى أن تكون متوازنة مع الضمانات الصحيحة والوافية لمنع إساءة استعمال الإجراء القضائي. ويجوز للمدين الذي لا يعاني من صعوبات مالية أن يقدِّم طلباً لبدء إجراءات الإعسار بغية الاستفادة من سُبُل الحماية التي يوفِّرها القانون، مثل الوقف التلقائي، ليس بسبب أنه لا يستطيع الوفاء لدائنيه بالكامل ولهذا يحتاج إلى سُبُل الحماية التي يوفرها قانون الإعسار. ويجوز أن يستفيد الدائنون الذين هم منافسون للمدين من الإجراء القضائي لوقف نشاط المدين التجاري وبالتالي كسب ميزة تنافسية.

١٢ - وتختلف القوانين حول معايير معيَّنة يجب الوفاء بها قبل أن يكون من الممكن بدء الإجراءات. ويشتمل عدد من القوانين على معايير بديلة كما تُميِّز أيضا بين المعايير المطبَّقة على بدء إجراء التصفية وإجراءات إعادة التنظيم ويميِّز كذلك بين الطلبات المقدمة من جانب المدين والدائن.

(أ) التصفية

١٣ - تنص قوانين الإعسار عموما على إجراءات للتصفية تستهل بطلب من المدين (كثيرا ما توصف بأنها إجراءات طوعية)، أو يستهلها دائن واحد أو أكثر (كثيرا ما توصف بأنها إجراءات غير طوعية) أو بإعمال القانون حيث يؤدي عدم وفاء المدين ببعض المتطلبات القانونية، بصورة تلقائية، إلى إجراءات الإعسار (توصف أيضا بأنها إجراءات غير طوعية).

١٤ - والمعيار الذي يستخدَم على نطاق واسع لبدء إجراءات التصفية هو معيار السيولة أو التدفق النقدي الذي يقتضي أن يتوقف المدين عموماً عن دفع المطلوبات أو أنه لا يستطيع أو لن يكون باستطاعته تسديد ديونه عندما يحين استحقاقها. ويهدف الاعتماد على معيار التوقُّف عن الدفع إلى تحريك الإجراءات في وقت مبكِّر بصورة كافية من فترة تعَثر المدين مالياً بغية تقليل حد بعثرة الموجودات وتجنُّب تسابق الدائنين على انتزاع الموجودات، مما يسبب تقطيع أوصال المدين ويلحق الضرر بالدائنين بصورة جماعية. والسماح ببدء الإجراءات في مرحلة متأخرة عندما يكون باستطاعة المدين أن يُظهر مزيدا من التعثُّر المالي، مثل الإعسار في كشف الميزانية العمومية، (عندما يُظهِر كشف الميزانية العمومية للمنشأة أن

قيمة التزامات المدين تتجاوز موجوداته)، فإن هذا ليس من شأنه سوى وقف تسابق الدائنين الواقع بالفعل.

١٥ - ويمكن حل إحدى المشاكل المرافقة لمعيار التوقف العام عن الدفع، كبدء إجراءات التصفية بشأن منشأة ذات تدفق نقدي مؤقت أو تعاني مشكلة سيولة، يمكن حلها عن طريق النص على رد الإجراءات أو تحويلها إلى إجراءات أخرى (كالتصفية إلى إعادة التنظيم، أنظر ...). ويمكن معالجة المشاكل الأخرى لإساءة استعمال الإجراء القضائي بالنص على رد الإجراءات أو تحويلها، والنص على جزاءات تُفرَض على الطرف الذي يسيء استعمال الإجراء القضائي أو على ذلك الطرف الذي لا يستخدِم بشكل صحيح الإجراء القضائي بحيث يدفع التكاليف والتعويضات عن الضرر إلى الطرف الآخر. والدعاوى التي تستدعي تلك الإجراءات قد تشمل استخدام المدين للإعسار كدرع يحتمي به في مواجهة دائن واحد أو كوسيلة للمراوغة وحرمان الدائنين من سرعة تسديد الديون بالكامل، أو وجود دائن يستخدم طلب إجراء الإعسار كبديل عن إجراءات إنفاذ الدين (التي قد لا تكون متطورة تطورا جيداً) أو لمحاولة فرض منشأة قائمة بعيدا عن مكان السوق أو الحصول على مدفوعات تفضيلية.

١٦ - وتتباين الطرق التي يستخدَم بها معيار التوقف العام عن الدفع في قوانين الإعسار. فهو في بعض البلدان يتيح الأساس لبدء إما إجراء التصفية أو إعادة التنظيم، وحيثما يتم اختيار التصفية يمكن تحويلها فيما بعد إلى إعادة التنظيم. وفي بلدان أخرى، يمكن فحسب بدء إجراء إعادة تنظيم على أساس هذا المعيار ويمكن تحويل الإجراء إلى تصفية فقط عندما يتبيَّن أن المنشأة لا يمكن إعادة تنظيمها. وفي إطار نهج ثالث، فإن المعيار يُعتَمَد عليه في بدء إجراءٍ موحّد (أنظر ...)، ويتم الاختيار بين التصفية وإعادة التنظيم فحسب بعد فترة من التقييم.

١٧ - ويتمثل نهج بديل لمعيار التوقف العام عن الدفع في اعتماد نهج الميزانية العمومية الذي يبيِّن زيادة المطلوبات على الموجودات ويدل على ضخامة التعَثر المالي. وقد يكون هذا النهج تدبيرا غير دقيق من تدابير الإعسار حيث تؤدي معايير المحاسبة وتقنيات التقييم إلى إخراج قيم لا تجسِّد القيمة السوقية العادلة لموجودات المدين أو حيث لا تكون الأسواق متطورة تطورا كافيا أو مستقرة بحيث تحدِّد تلك القيمة. وإضافة إلى ذلك، فإن هذا المعيار، لبدء إجراءات الإعسار، يمكن أن يؤدي إلى تأخير وصعوبات للإثبات حيث أن الأمر قد يتطلب عامة خبيرا لمراجعة الدفاتر والسجلات والبيانات المالية للتوصل إلى تحديد القيمة السوقية العادلة للمنشأة. وينطوي هذا الأمر على صعوبة خاصة حيث لا تكون السجلات قد

حُفِظَت بشكل صحيح أو متاحة بسهولة.ولهذه الأسباب فإن هذا المعيار كثيرا ما يؤدي إلى بدء الإجراءات بعد زوال إمكانيات إعادة التنظيم. وكمعيار لبدء صحة إجراءات الإعسار، قد لا يكون هذا المعيار بالضرورة مجدياً لقدرة المدين على التعامل بصورة جماعية مع دائنيه عندما تكون لديه منشأة تجارية عاملة، كما قد يُعرقِل هدف تعظيم القيمة. وفي حين يمكن استخدام نهج الميزانية العمومية للمساعدة على تحديد الإعسار، للأسباب المبيَّنة أعلاه، قد لا يكون موثوقا به بدرجة تكفي لجعله الأساس الوحيد لذلك التحديد.

'١' الطلب المقدم من المدين

١٨ - يعتمد كثير من قوانين الإعسار شرط "التوقف العام عن الدفع" فيما يتعلق بالطلبات المقدمة من المدين لإجراءات التصفية. وحيثما يكون المعيار هو الإعسار الوشيك الحدوث، فإن القدرة على تقديم الطلب قد تقتصر على المدين. وعموما سيكون الطلب المقدَّم من المدين، من حيث الممارسة، هو الملاذ الأخير عندما لا يكون قادراً على سداد ديونه. وعندما لا يتبع استيفاء المعيار بشكل دقيق. وتنعكس تلك الممارسة في بعض القوانين التي تسمح للمدينين بتقديم طلب استنادا إلى إعلان بسيط يصدره عن حالتهم المالية (وهي في حالة الشخصية الاعتبارية يقوم المديرون أو أعضاء آخرون في الهيئة الإدارية) بإصدار الإعلان دون تحديد أي معيار خاص للصعوبة المالية.

١٩ - وهناك مسألة تتصل بالطلبات المقدمة من المدين وهي إمكان أو عدم إمكان أن يُفرَض على المدين واجب تقديم طلب لبدء الإجراءات في مرحلة معيَّنة من مراحل الصعوبة المالية. وليس هناك نهج متفق عليه بشكل واسع إزاء اعتماد مثل هذا النص. وفي حالة التصفية، فإن فرض مثل هذا الواجب قد يحمي مصالح الدائنين بمنع مزيد من بعثرة موجودات المدين، وفي حالة إعادة التنظيم، تزداد فرص النجاح بتشجيع اتخاذ إجراء مبكِّر. بيد أن إقرار مثل هذا الالتزام سوف يثير مسائل عملية صعبة عن كيفية ومتى ينبغي تطبيقه، وخصوصا أن التأخير في طلب الإجراءات الرسمية يمكن أن يؤدي إلى مسؤولية شخصية على أفراد المدين. أو هيئته الإدارية أو مديريه. وفي تلك الظروف قد يعمل هذا على ثني المدين عن متابعة حلول بديلة لصعوباته المالية، مثل اتفاق خارج المحكمة من أجل إعادة التنظيم، وهو ما قد يكون بديلاً أنسب في حالات معينة. وقد يكون اعتماد الحوافز (مثل الحماية من دعاوى التنفيذ) وسيلة أكثر فعالية من أجل تشجيع المدين على استهلال الإجراءات في مرحلة مبكرة.

'٢' الطلب المقدم من الدائن

٢٠ - حيثما يُعتَمَد معيار التوقُّف العام عن الدفع فيما يتعلق بالطلبات المقدمة من الدائن، قد تنشأ مشاكل متعلقة بالإثبات. وفي حين قد يستطيع الدائنون إظهار أن المدين قد فشل في تسديد مطالبتهم أو مطالباتهم، فإن توفير دليل التوقُّف العام عن الدفع قد لا يكون أمراً سهلاً. فهناك حاجة عملية إلى أن يكون الدائن قادرا على تقديم الإثبات، في شكل بسيط نسبيا، وهو ما يوجد افتراضاً بحالة الإعسار من جانب المدين، دون أن يلقى عبء إثبات ثقيل بشكل لا مبرر له على عاتق الدائنين. ولتنقيح معيار التوقُّف العام عن الدفع بغية إيجاد حد أدنى للإثبات يمكن للدائنين استيفاؤه، قد يتمثَّل معيار ملائم وموضوعي في فشل المدين في دفع دَينه المستحق خلال فترة محدَّدة بعد تقديم طلب مكتوب للدفع. ومع ذلك، فإن الدائنين الذين يحوزون مطالبات لم يحن أوان تسديدها من الواضح أن لهم مصلحة مشروعة في بدء إجراءات الإعسار. وقد يتمثل شاغل خاص في حالة الذين يحوزون دَيناً طويل الأجل وقد لا يجوز لهم أبداً السعي إلى بدء الإجراءات حيث أن المعيار يتمثل في استحقاق الدَين، بيد أن دينهم قد يضار بأنشطة المدين. ومع ذلك، فإن وضع معيار يتيح لهذا الدائن بأن يستهل الإجراءات ويثير مسائل صعبة تخص الإثبات، وخصوصا فيما يتعلق بالوضع المالي للمدين. وحيثما ينص قانون الإعسار على تقديم طلبات لاستهلال الإجراءات من جانب الدائنين الذين لا يحوزون ديناً مستحق الأداء، فإن مسائل الإثبات قد تحتاج إلى أن تكون متوازنة إزاء الهدف من سرعة الوصول الملائم وغير المكلِّف للإجراء القضائي.

٢١ - وتتناول قوانين الإعسار مسألة طلبات الدائن من أجل الإجراءات بعدد من الطرق. فبعض القوانين تشترط أن يتم تقديم الطلب من جانب أكثر من دائن (وهو ما قد يُشتَرَط أن يكون دائنا غير مضمون ويحوز مطالبة غير متنَازَع بشأنها)؛ وتقضي قوانين أخرى بأن يكون لدى الدائنين مطالبات مستحقة الدفع وأنها تمثِّل قيمة مركَّبة معيَّنة للمطالبات (الجمع بين عدد محدَّد من الدائنين وقيمة مركَّبة للمطالبات). ويشترط نهج ثالث (في حالة تقديم طلب من دائن وحيد) بأن يقدِّم المدين معلومات إلى المحكمة تمكِّنها من تحديد ما إذا كان عدم الوفاء هو نتيجة نزاع مع الدائن أو أنه دليل على نقص الموجودات السائلة.

٢٢ - وغالبا ما يستند الأساس المنطقي لاشتراط أن يكون هناك أكثر من دائن يتقدم بالطلب إلى الرغبة في تقليل الإساءة المحتملة من دائن واحد قد يسعى إلى استخدام إجراء الإعسار كبديل لآلية تنفيذ الدَين، وخصوصا حيثما يكون الدَين المعني صغيرا. وقد تدعو الحاجة إلى أن يكون هذا الشاغل متوازنا في مواجهة هدف تيسير الوصول السريع والسهل إلى إجراء الإعسار. وزيادة على ذلك، يمكن معالجة هذا الشاغل بمراعاة قيمة المطالبة التي

يطالب بها دائن واحد، (رغم أن تحديد قيمة معيَّنة للمطالبات قد لا يكون دائماً طريقة مثالية حيث أن التغييرات في قيمة العملات قد تُحتِّم إجراء تعديل القانون) أو انتهاج إجراء مثل ذلك المُبيَّن أعلاه والذي يشترط أن يقدِّم المدين معلومات إلى المحكمة. ويمكن أيضاً معالجة هذا الشاغل بالنص على بعض النتائج المترتبة على ذلك، مثل التعويضات عن الضرر الذي يلحق بالمدين حيث يكون الطلب المقدم من الدائن إساءة لاستعمال إجراء الإعسار.

٢٣ - وحيثما تشترط معايير بدء الإجراءات أن تكون مطالبات الدائنين مستحقة قبل تقديم الطلب، فقد يكون من المستصوب وجود درجة من المرونة بغية تغطية الظروف الاستثنائية حيث لا تكون هناك مطالبة مستحقة السداد ولكن ينبغي مع ذلك بدء إجراءات الإعسار. وقد تشمل تلك الظروف الحالة التي يتوفر فيها دليل بأن المدين يعامِل بعض الدائنين بشكل تفضيلي أو الحالة التي يتصرف فيها المدين بشكل احتيالي فيما يتعلق بحالته المالية، وفي حالة إعادة التنظيم حيث تبدأ الإجراءات لتنفيذ ترتيب سبق التفاوض عليه.

'٣' الطلب المقدم من السلطة الحكومية

٢٤ - قد يعطي قانون الإعسار هيئة حكومية (تكون عادة مكتب المدعي العام أو ما يعادله) أو أي هيئة إشرافية أخرى سلطة غير حصرية لاستهلال إجراءات التصفية ضد أي منشأة إذا توقفت عن الدفع أو، بصورة أوسع في بعض البلدان، إذا اعتُبِر استهلال الإجراءات يفيد المصلحة العامة. وفي الحالة الأخيرة، قد يكون التدليل على عدم السيولة غير ضروري، الأمر الذي يمكِّن الحكومة من إنهاء عمليات المؤسسات التي تكون لولا ذلك عفية ولكنها اضطلعت بأنشطة معيَّنة ذات طبيعة احتيالية أو جنائية، على سبيل المثال. وفي حين قد تكون ممارسة مثل هذه السلطة الرقابية ملائمة في بعض الظروف، من المستصوب على نحو واضح أن لا يساء استغلالها (مثل استغلالها بشكل منتظم) وأن تُمَارس وفقا لمبادئ توجيهية واضحة. وعادة تكون السلطة الرقابية متاحة فحسب لبدء إجراءات التصفية، وإن كانت هناك ظروف حيث يمكن تحويل التصفية إلى إعادة تنظيم، رهنا ببعض الضوابط، مثل أن يكون النشاط التجاري مشروعا وتولى إدارة المنشأة ممثل معسر أو وكالة حكومية معسرة.

[الوثيقة A/CN.9/504، الفقرة ٣٤: وبناء على ذلك، اتفق الفريق العامل، على ضرورة توفير بعض المعايير التي ترشد إلى الحالات التي تؤدي إلى استخدام تلك الصلاحية والطريقة التي يمكن بها ممارستها، وذلك بغية تقييد الصلاحية التقديرية للسلطة المعنية.*]*

(ب) إعادة التنظيم

'١' الطلب المقدم من المدين

٢٥ - يتمثل أحد أهداف إجراءات إعادة التنظيم في إنشاء إطار يشجِّع المدينين على معالجة صعوباتهم المالية في مرحلة مبكِّرة. وقد يكون معيار البدء بالإجراءات الذي يتماشى مع ذلك الهدف معياراً لا يقتضي من المدين أن ينتظر إلى حين توقفه العام عن الدفع (أي ينتظر إلى أن يصبح عدم السيولة) حتى يقدِّم الطلب، ولكن يسمح بتقديم الطلب في الظروف المالية التي سوف ينتج عنها حالة إعسار إذا لم تُعَالَج. وتتباين النهوج إزاء الطلبات المقدمة من المدين فيما بين قوانين الإعسار. وفي بعض القوانين، لا يترتب على إجراء إعادة التنظيم فعلياً تطبيق أي معيار موضوعي: يجوز للمدين أن يُقدِّم طلباً في أي وقت يشاء. وتنص قوانين أخرى، من بينها تلك التي تنطوي على نهج موحد (أنظر ... أعلاه)، على أنه يجوز للمدين أن يقدِّم طلباً إذا كان يتوخى أنه لن يكون في المستقبل في وضع يمكِّنه من سداد ديونه عندما تصبح مستحقة السداد.

٢٦ - وقد يُشار إلى أن أي تخفيف لمعايير البدء في الإجراءات يمكن أن يغري على إساءة استغلال الإجراء. مثال ذلك أن المدين الذي لا يواجه صعوبة مالية قد يتقدم بطلب لبدء الإجراءات ويقدِّم خطة لإعادة التنظيم تسمح له بالتخلي عن التزامات ضخمة كعقود العمالة أو للمراوغة وحرمان الدائنين من سرعة سداد الديون لهم بالكامل. وسواء كانت إساءة الاستعمال هذه ستنشأ أم لا، فهي مسألة تتعلق بكيفية صوغ أركان إجراء إعادة التنظيم التي تهدف إلى شمول معايير بدء الإجراءات، وإعداد خطة إعادة التنظيم وسيطرة المدين على المنشأة التجارية بعد بدء الإجراءات. وقد تكون وسائل معالجة احتمال سوء الاستغلال من جانب المدين بأن يُنَص في قانون الإعسار على أن للمحكمة المختصة سلطة رفض الطلب، أو أن يكون المدين مسؤولا أمام الدائنين عن التكاليف المرتبطة بمعارضة طلب الإجراءات وأية تعويضات عن الضرر الذي يحدثه.

'٢' الطلب المقدم من الدائن

٢٧ - رغم أن قوانين الإعسار عادة ما تنص على إجراءات التصفية بأن يستهلها إما الدائن أو المدين، فليس هناك توافق في الآراء عمّـَا إذا كانت إجـراءات إعـادة التنظيم يمكن أيضا أن يستهلها أحد الدائنين. ولأن أحد أهداف إجراءات إعـادة التنظيم هو إتاحة الفرصة للدائنين لتحسين قيمة مطالباتهم عن طريق استمرار عمل المنشأة وإعادة تنظيمها، قد يكون

من المستصوب ألا يُعْطَى المدين السلطة الاستئثارية له لتقديم طلب الإجراءات. وتُعتَبَر قدرة الدائنين على التقدُّم بطلب من أجل إعادة التنظيم أمراً رئيسياً أيضا لمسألة ما إذا كان باستطاعة الدائنين اقتراح خطة لإعادة التنظيم (أنظر خطة إعادة التنظيم). وهناك عدد من البلدان يتخذ الموقف الذي مفاده أنه ينبغي للدائنين، حيث أنه في كثير من الحالات يكون هؤلاء الدائنون هم المستفيدون الأولون من نجاح إعادة التنظيم، أن تتاح لهم الفرصة لاقتراح الخطة. فإذا اتبِع هذا النهج، يبدو من المعقول النص على أنه باستطاعة الدائنين تقديم طلب يتعلق بإجراءات إعادة التنظيم.

٢٨ - وحيثما يمكن للدائنين أن يتقدموا بطلب من أجل إعادة تنظيم المنشأة المدينة، هناك آراء مختلفة تتخَذ إزاء معايير بدء الإجراءات.فأحد الآراء إزاء معايير بدء الإجراءات يتمثل في أنه يصعب تبرير أن يُطَبَّق نفس المعيار على طلبات الدائنين لبدء الإجراءات كما ينطبق المعيار في حالة طلبات المدين. وهذا أمر ليس فقط بسبب الصعوبات المرتبطة بالدائنين القادرين على إثبات أنه تم استيفاء معيار عدم السيولة المرتقبة، بل أيضا لأنه يبدو من غير المعقول على العموم بدء أي شكل من أشكال إجراءات الإعسار ضد رغبة المدين، ما لم يستطع الدائنون أن يبيِّنوا أنه جرى الإخلال بحقوقهم. وقد تشترط معايير بدء الإجراءات على الدائنين أن يبيِّنوا على سبيل المثال أن الأموال النقدية المستمرة ستكون متاحة لتسديد ما يتطلبه تسيير العمل اليومي للمنشأة التجارية، وأن قيمة الموجودات سوف تدعم إعادة التنظيم وأن مبلغ العائد إلى الدائنين في إجراء إعادة تنظيم يحتمَل أن يتجاوز العائد في التصفية. وأحد مساوئ هذا النهج يتمثل في أنه يشترط على الدائنين أن يكونوا قد أجروا أو قادرين على إجراء، تقييم دقيق للمنشأة التجارية قبل التقدُّم بطلب بدء الإجراءات. وللتغلب على الصعوبات المرتبطة بحصول الدائنين على المعلومات ذات الصلة، يمكن لقانون الإعسار أن ينص، بشأن التقدُّم بطلب من الدائنين لبدء الإجراءات، على تقييم للحالة المالية للمدين لتقوم به هيئة مستقلة. ومثل هذا الإجراء قد تكون له فائدة ضمان ألا تبدأ الإجراءات إلا في الحالات الملائمة، بيد أنه ينبغي توخي الحذر لضمان ألا تؤجِّل الاشتراطات الإضافية بدء الإجراءات مع ما يترتب على ذلك من نتائج تعظيم قيمة الموجودات واحتمال النجاح في إتمام إعادة التنظيم.

٢٩ - وترتبط مسألة تعقُّد أو بساطة معايير بدء الإجراءات بالنتائج المترتبة على بدء وسير إجراءات الإعسار. ففي قوانين الإعسار التي تُطَبِّق وقفا تلقائيا عند بدء الإجراءات، يمكن تقييم قدرة المنشأة على مواصلة الاتجار وعلى النجاح في إعادة تنظيمها بعد بدء الإجراءات.

وفي نُظُم أخرى، قد يتطلب الأمر تلك المعلومات قبل التقدُّم بطلب بدء الإجراءات لأن اختيار إعادة التنظيم يفترض أنها سوف تؤدي إلى عائد للدائنين أكبر من التصفية.

٣٠ - ولهذه الأسباب، قد يكون من المناسب تطبيق معيار البدء ذاته على طلبات الدائنين فيما يتعلق بالتصفية وإعادة تنظيم منشأة المدين (أي التوقُّف العام عن الدفع - أنظر ... أعلاه)، ومثل هذا المعيار يبدو متماشيا مع كل من النهج الثنائي والنهج الموحَّد (أنظر ... أعلاه)، حيث أن تطبيق معيار بدء مختلف لا يعتبر دالة لنوع الإجراءات المستهلة بل يتعلق بالأحرى بما إذا كان مقدم الطلب مدينا أو دائناً. ويستثنى من نهج اتباع نفس معايير بدء الإجراءات بالنسبة لكل من التصفية وإعادة التنظيم تلك النُظُم حيث يحال فيها دون قيام المدين أو الدائن باستهلال إجراءات التصفية إلى أن تتقرر استحالة إعادة التنظيم. وفي هذه الحالة لن يكون معيار البدء المتعلق بالتصفية هو التوقف العام عن الدفع بل التقرير بأن إعادة التنظيم لا يمكن أن تنجح.

٣١ - وكما هي الحال في إجراءات التصفية، يجوز للمعيار المنطبق على طلبات الدائنين من أجل إعادة التنظيم أن يشتمل على اشتراط تقديم الطلب من جانب عدد معيَّن من الدائنين أو من جانب دائنين حائزين على مطالبات مستحقة السداد ذات قيمة معيَّنة أو من جانب الفئتين.

(ج) المسائل الإجرائية

"١" القرار ببدء إجراءات الإعسار

٣٢ - تثير إجراءات الإعسار عدداً من المسائل الإجرائية. والنقطة الأولية هي الطريقة التي يبدأ بها الإجراء بمجرد تقديم الطلب. والممارسة المعتادة في عدد من البلدان هي أن تقرر محكمة ولاية قضائية مختصة، استنادا إلى طلب البدء بالإجراءات، ما إذا كان قد تم الوفاء بالشروط الضرورية للبدء بالإجراءات. وفي بعض البلدان يتم هذا التقرير أيضا بهيئة إدارية مختصة حيث تؤدي هذه الهيئة دورا إشرافيا في الإجراء القضائي الخاص بالإعسار. بيد أن المسألة الرئيسية ليست متعلقة بمن يتخذ القرار لبدء الإجراءات بل تتعلق بما يُطلَب إلى الهيئة أن تفعله بغية أن تتوصل إلى قرارها. ومن شأن شروط القيد التي تهدف إلى تيسير الوصول المبكِّر واليسير إلى الإجراء القضائي الخاص بالإعسار أن تُيسِّر نظر المحكمة في الطلب المقدَّم وذلك بالحد من التعقيد والمساعدة في التوصل إلى قرار بطريقة مناسبة من حيث التوقيت، ليس هذا فحسب بل أن هذا ينطوي أيضا على تقليل تكلفة الإجراءات وزيادة الشفافية

والقدرة على التنبؤ (أنظر الأهداف الأساسية ...). وقد تكون مسألة التكلفة ذات أهمية خاصة في حالة إعسار الكيانات التجارية الصغيرة والمتوسطة.

٣٣ - وتفرِّق بعض قوانين الإعسار ما بين طلبات البدء الطوعية وغير الطوعية. فطلب البدء الطوعي من جانب مدين قد يكون بمثابة اعتراف بالإعسار ويؤدي إلى بدء تلقائي للإجراءات، ما لم يتضح أن المدين يسيء استغلال الإجراء القضائي لكي يتهرب من دائنيه. وفي حالة طلب البدء غير الطوعي، يُطلَب إلى المحكمة أن تنظر فيما إذا كان قد تم استيفاء معايير بدء الإجراءات قبل اتخاذ قرارها. وفي قوانين أخرى، بغض النظر عمَّا إذا كان طلب البدء طوعيا أو غير طوعي، يُطلَب إلى المحكمة أن تُقرِّر ما إذا كانت شروط القيد قد استوفيت، ليس هذا فحسب بل أن تُقيِّم أيضا الحالة المالية للمدين لتقرِّر ما إذا كان نوع الإجراءات المطبَّقة مناسبا للظروف الخاصة للمدين. ومن بين وسائل تخفيف التعقيد المحتمل لهذا التقدير هو أن تنص أولا على أن يتم التقييم بعد بدء الإجراءات حيث يمكن مساعدة المحكمة من جانب ممثل الإعسار وخبراء آخرين، وثانيا تنص على التحويل بين التصفية وإعادة التنظيم. فإذا كانت عملية التقييم معقَّدة وهناك احتمال التأخير في الوقت بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات، فهناك أيضا احتمال لتكبد ديون أخرى في تلك الفترة حيث يواصل المدين الاتجار وقد يسمح بتزايد ديون تجارية أخرى للحفاظ على التدفق النقدي.

'٢' وضع أجل زمني لاتخاذ قرار بدء الإجراءات

٣٤ - عندما يطلب إلى المحكمة أن تتخذ قراراً بشأن بدء الإجراءات، من المستصوب أن يُتَّخَذ هذا الإجراء بطريقة مناسبة من حيث التوقيت لضمان التيقُّن والقدرة على التنبؤ في عملية اتخاذ القرار والسير الفعال للإجراءات دون تأخير. وأحد وسائل تحقيق تلك الأهداف الرئيسية قد يتمثل في عرض فترة محدَّدة بعد تقديم الطلب بحيث يتم فيها اتخاذ قرار بدء الإجراءات ورغم أن هذا النهج قد يخدم أهداف توفير اليقين والشفافية بالنسبة للمدين والدائنين، فإن تحقيق هذه الأهداف يحتاج إلى أن يكون متوازنا في مواجهة المضار المحتملة. وقد يعمل تحديد أجل زمني ثابت لا يتسم بالمرونة الكافية لمراعاة ظروف الحالة الخاصة، على وضع أجل زمني اعتباطي لا يراعي الموارد المتاحة للهيئة المسؤولة عن الإشراف في إجراء الإعسار أو لا يراعي الأولويات المحلية، وقد يثبت أنه من الصعب ضمان أن تتمسك هيئة اتخاذ القرار بالأجل الزمني الموضوع. ولهذه الأسباب، من المستصوب أن يعتمد قانون الإعسار نهجا مرنا يؤكد على مزايا سرعة اتخاذ القرار ويوفر التوجيهات بالنسبة لما هو معقول، ليس هذا فحسب بل يدرك أيضا المعوِّقات والأولويات المحلية.

[مذكرة إلى الفريق العامل: هل هناك أي تمييز بين الطلبات الطوعية وغير الطوعية من حيث توقيت نظر المحكمة فيها؟]

'٣' إشعار ببدء الإجراءات

٣٥ - يُعتَبَر توفير إشعار ببدء إجراءات الإعسار أمرا رئيسيا لعدد من الأهداف الأساسية لنظام الإعسار - حيث أنه يكفل شفافية الإجراء القضائي والمساواة في توفير المعلومات للدائنين في حالة الإجراءات الطوعية. ومع ذلك، قد تكون هناك ظروف استثنائية حيث يمكن توفير هذه المعلومات، بموافقة المحكمة من أجل الاستغناء عن إشعار المدين استنادا إلى أنه قد يستحيل توفير هذه المعلومات أو إنها قد تحبط الغرض من طلب معيَّن.

٣٦ - وفي حالة تقديم المدين لطلب طوعي، تكون للدائنين أو للأشخاص المهتمين الآخرين مصلحة مباشرة في الحصول على إشعار بالإجراءات وعلى فرصة للطعن في افتراضات الأهلية والإعسار (ربما خلال فترة زمنية محدَّدة، بغية منع إطالة الإجراءات بدون داعٍ). ومع ذلك هناك سؤال يطرح نفسه بالنسبة للوقت الذي ينبغي إشعار الدائنين فيه، بشأن تقديم الطلب أو بدء الإجراءات. فمصالح الدائنين في معرفة أن الطلب قد قُدِّم تحتاج إلى موازنة، في ظروف معيَّنة، مقابل احتمال أن يتأثر موقف المدين دون داعٍ في حالة رفض الطلب أو أن يتشجع الدائنون لإقامة الدعوى في اللحظة الأخيرة لتنفيذ مطالباتهم. ويمكن معالجة هذه الشواغل بالنص على إشعار الدائنين بشأن بدء الإجراءات.

٣٧ - وفي حالة تقديم طلب غير طوعي من الدائن من أجل إجراءات الإعسار، يحق للمدين أن يُخطَر على الفور بالطلب وينبغي أن تتاح له الفرصة بأن تُسمَع وجهة نظره وأن يعترض على مطالبات الدائنين فيما يتعلق بوضعه المالي (أنظر "حقوق والتزامات المدين").

٣٨ - وإضافة إلى مسألة الوقت الذي ينبغي تقديم الإشعار فيه، قد يحتاج قانون الإعسار إلى معالجة الطريقة التي يتم بها تقديم الإشعار والمعلومات التي يتعيَّن إدراجها في الإخطار لضمان أن يكون الإشعار فعَّالا. ويمكن لطريقة تقديم الإشعار أن تُعالِج كلاً من الطرف المطلوب منه تقديم الإشعار (على سبيل المثال، المحكمة أو الطرف الذي يقدِّم الطلب) والكيفية التي يمكن بها إتاحة المعلومات. وبينما يجوز توجيه الإشعار مباشرة إلى الدائنين المعروفين، على سبيل المثال، أدت الحاجة إلى إشعار الدائنين غير المعروفين إلى حمل المشترعين على إدراج حكم يقتضي نشر الإشعار في منشور حكومي رسمي أو في صحيفة وطنية تجارية أو واسعة الانتشار (أنظر المادة ١٤، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر

الحدود). ويجوز أن تشمل المعلومات التي يتعيَّن إدراجها في الإشعار الوقت اللازم للدائنين لتقديم المطالبات، والكيفية والمكان الذي يمكن تقديم فيه هذه المطالبات ومن هم الدائنون الذين ينبغي أن يقدموا المطالبات (أي ما إذا كان الدائنون الحائزون على ضمانات يحتاجون إلى تقديم مطالبة – أنظر "مطالبات الدائنين")

'٤' التكاليف

[مذكرة إلى الفريق العامل: هل ينبغي إدراج المسائل المتصلة بالتكاليف في الدليل؟]

٣٩ – قد تكون الطلبات التي يقدمها المدينون والدائنون على السواء بشأن إجراءات الإعسار عرضة لدفع رسوم. وقد تُتَّخَذ نُهوج مختلفة إزاء مستوى الرسوم المفروضة. وقد يكون أحد النُهُج المتبعة تحديد رسم يمكن استخدامه للمساعدة في تحمُّل تكاليف نظام الإعسار. وحيثما يكون الرسم الناتج عن ذلك عاليا، فإنه قد يعمل على أن يكون رادعا ويعرقِل هدف الوصول السريع والمناسب وغير المكلِّف إلى الإجراء القضائي الخاص بالإعسار. ومن ناحية أخرى، فإن فرض رسم منخفض قد لا يكون كافيا لردع الطلبات العابثة، ولذلك من المستصوب ضرورة التوصل إلى توازن بين هذه الأهداف.

٢ – ملخص وتوصيات – الطلب وبدء الإجراءات

(١) يتمثل الغرض من وجود نصوص أحكام في قانون للإعسار بشأن معايير الطلب وبدء الإجراءات فيما يلي:

(أ) توفير سُبُل يسيرة للاطلاع على قانون الإعسار من جانب المدينين المُعسرين ومن جانب الدائنين والهيئات الحكومية؛

(ب) تيسير تقديم طلبات من أجل إجراءات الإعسار، ومعالجتها بطريقة سريعة وكفؤة وبسيطة التكلفة؛

(ج) تيسير سُبُل الاطلاع على إجراءات الإعسار التي تُعتَبَر ذات صلة وثيقة للغاية بالحالة المالية للمدين؛

(د) وضع ضمانات أساسية لحماية المدينين والدائنين من الاستغلال الخاطئ المحتمل لقانون الإعسار.

(٢) يجوز تقديم طلب يتعلق بإجراءات التصفية من جانب:

(أ) مدين، وفي هذه الحالة ينبغي للمدين أن يُظهِر أنه غير قادر أو سيكون غير قادر على تسديد ديونه عندما تصير مستحقة الدفع [أو عندما تتجاوز التزاماته قيمة موجوداته]؛

(ب) دائن واحد أو أكثر ممن يحوزون مطالبات تعتبر [مستحقة السداد و لم يسددها المدين] [مستحقة السداد حاليا وغير مسددة]؛ أو من جانب دائن أو أكثر لا يحوزون مطالبات مستحقة الدفع ولكن يمكنهم أن يظهروا أن المدين [غير قادر أو سيكون غير قادر على تسديد ديونه وعندما تصبح مستحقة [أو أن التزاماته تزيد على قيمة موجوداته]؛

(ج) سلطة مقررة حكومية أو غير حكومية استنادا إلى [...]].

(٣) يجوز تقديم طلب من أجل إجراءات إعادة التنظيم من جانب:

(أ) مدين، وفي هذه الحالة، ينبغي أن يُظهِر المدين أنه غير قادر أو سيكون غير قادر على تسديد ديونه متى تصبح مستحقة الدفع [أو أن التزاماته تتجاوز قيمة موجوداته]؛

(ب) دائن واحد أو أكثر ممن يحوزون مطالبات تُعتَبَر [مستحقه الدفع و لم يسددها المدين] [مستحقة حاليا ويجب سدادها] [ويستطيع الدائنون أن يبينوا أن المشروع التجاري يمكن أن يواصل الاتجار ويمكن إعادة تنظيمه بنجاح] أو من دائن واحد أو أكثر الذين لا يحوزون مطالبات تُعتَبَر مستحقة بيد أنهم يستطيعون أن يبينوا أن المدين [غير قادر أو سيكون غير قادر على تسديد ديونه ومتى سوف تصبح مستحقة] [أو أن التزاماته تتجاوز قيمة موجوداته]]؛

[(ج) سلطة مقررة حكومية أو غير حكومية على أساس [...]]

(٤) ينبغي أن يُقدَّم طلب البدء بالإجراءات إلى المحكمة. وفي حالة تقديم طلب طوعي، ينبغي أن ينشئ الطلب دعوى ظاهرة الوجاهة للإعسار وأن يعمل كبدء تلقائي للإجراءات. وفي حال تقديم طلب غير طوعي، ينبغي أن تتخذ المحكمة قرارا بشأن هذا الطلب في أقرب وقت ممكن وفي أي حال خلال [...] يوما من تاريخ تقديم الطلب. ويجوز للمحكمة أن ترد الإجراءات [أو تحولها] إذا قررت إن هناك إساءة لاستعمال الإجراء القضائي.

(٥) وفي حال تقديم طلب من دائن أو أكثر أو سلطة حكومية بموجب الفقرتين (١) و(٢) الواردين أعلاه، ينبغي تقديم إشعار بالطلب إلى المدين وإلى دائنين آخرين في وقت تقديم الطلب. وينبغي أن يشمل الإشعار المقدَّم إلى المدين: [...]. [إشعار الدائنين: أنظر (٨).]

(٦) وفي حالة تقديم طلب من المدين، ينبغي تقديم إشعار ببدء الإجراءات إلى الدائنين.

(٧) ينبغي تقديم إشعار ببدء الإجراءات إلى الدائنين بشكل فردي، ما لم تعتبر المحكمة، في ظل الظروف، أن هناك شكلاً آخر من الإشعار هو الأنسب [ينبغي تقديم إشعار أيضا إلى الدائنين المعروفين الذين ليست لديهم عناوين في هذه الدولة. وليس من المطلوب توجيه تفويض التماسي أو أي شكلية أخرى مماثلة – *[مذكرة إلى الفريق العامل: هل تحتاج أحكام القانون النموذجي إلى تكرارها هنا؟]*

(٨) ينبغي للإشعار الموجَّه إلى الدائنين:

(أ) أن يبيِّن في أي فترة زمنية قابلة للانطباق من أجل تقديم مطالبة وتحديد المكان الذي يمكن إجراء المطالبة فيه؛

(ب) أن يبيِّن ما إذا كان الدائنون المضمونون يحتاجون إلى تقديم مطالبة بقدر ما تغطي أو لا تغطي قيمة الضمان مطالباتهم؛

(ج) أن تشمل أية معلومات يُطلَب إدراجها في إشعار من هذا القبيل موجَّه إلى الدائنين وفقا لـ[قانون الدولة وأوامر المحكمة]

ثالثا – النتائج المترتبة على بدء إجراءات الإعسار

ألف – حوزة الإعسار

١ – ملاحظات عامة

٤٠ – من الأمور الأساسية للإجراء القضائي الخاص بالإعسار، ضرورة استبانة الموجودات التي تخص المدين وجمعها والحفاظ عليها والتصرُّف فيها. وكثير من نُظُم الإعسار تضع موجودات المدين المعسر خاضعة لنظام خاص. وهذا الدليل يستخدِم مصطلح "الحوزة" بمعناها الوظيفي للإشارة إلى موجودات المدين التي يتحكم فيها ممثل الإعسار والتي تخضع لإجراءات الإعسار. وهناك بعض الفروق الهامة في الطريقة التي يُفهَم بها مفهوم حوزة

الإعسار في مختلف الاختصاصات القضائية. ففي بعض البلدان، ينص قانون الإعسار على أن الملكية القانونية للموجودات تنتقل إلى المسؤول المنتدب. وفي بلدان أخرى، يظل المدين هو المالك القانوني للموجودات، لكن سلطاته في إدارة الموجودات والتصرف فيها تعتَبَر محدودة (على سبيل المثال التصرف، بما في ذلك إنشاء حقوق ضمانية، قد يتطلب موافقة ممثل الإعسار).

٤١ - وبغض النظر عن العرف القانوني المعمول به فإن قانون الإعسار سوف يحتاج إلى أن يُعرِّف بوضوح الموجودات التي تخضع لإجراءات الإعسار (ولهذا تدخل في مفهوم "الحوزة" حيث يستخدَم هذا المصطلح) وكيف أنها سوف تتأثر بتلك الإجراءات، حيث أن هذا سوف يؤثر على نطاق وسير الإجراءات وخصوصا في إعادة التنظيم حيث سيكون له أثر هام على احتمال نجاح تلك الإجراءات. وسوف يكفل وجود بيان واضح الشفافية واليقين لكل من الدائنين والمدين.

(أ) الموجودات المتعيَّن إدراجها في الحوزة

٤٢ - من المتوقع أن تشمل الحوزة موجودات المنشأة المدينة من تاريخ بدء إجراءات الإعسار وكذلك الموجودات التي احتازها ممثل الإعسار والمدين بعد ذلك التاريخ، سواء في ممارسة صلاحيات الإبطال (أنظر "دعاوى الإبطال") أو في المسار المعتاد لإدارة منشأة المدين.

٤٣ - وقد يُتَوقَّع أن تشمل الحوزة جميع الموجودات التي يكون للمدين فيها مصلحة أو حصة، سواء أكانت أم لم تكن في حيازة المدين وقت بدء الإجراءات، بما في ذلك جميع الموجودات الملموسة وغير الملموسة. فالموجودات الملموسة لا بد أن تكون جاهزة في كشوف ميزانية المدين مثل النقود والمعدات وقائمة جرد الموجودات والأشغال قيد الإنشاء والحسابات المصرفية والحسابات المستحقة والعقارات. أما الموجودات التي يتعيَّن إدراجها في فئة الموجودات غير المحسوسة فيجوز تعريفها على نحو مختلف في مختلف الدول، متوقفاً ذلك على القانون، بيد إنها قد تشمل الملكية الفكرية وحقوق العقود والأوراق المالية والمستندات المالية، و [...] [بقدر ما يخص مصلحة المدين]. وفي حالة الأشخاص الطبيعيين، قد تشمل الحوزة أيضا الموجودات مثل حقوق الإرث التي يوجد بها للمدين حصة أو التي يستحقها المدين وقت بدء إجراءات الإعسار أو التي تظهر إلى حيِّز الوجود أثناء إجراءات الإعسار.

٤٤ - المسائل المتعيَّن تناولها:

*[*الوثيقة *A/CN.9/504*، الفقرة ٤٦: *[...]* اقتُرِح كذلك تناول ترتيبات تعاقدية محدَّدة، مثل التحويلات التي تنشأ لغرض الضمان، أو الأمانات أو الترتيبات الائتمانية والبضائع المحالة.*]*

(ب) الموجودات التي يجوز استبعادها من الحوزة

'١' حيث يكون المعسر من الأشخاص الطبيعيين

في حالة إعسار شخص طبيعي، قد تستبعد الحوزة بعض الموجودات مثل تلك المتعلقة بعائدات لاحقة لتقديم الطلب متأتية من توفير خدمات شخصية،والموجودات التي تُعتَبَر ضرورية للمدين للارتزاق والموجودات الشخصية والأسرية. وحيثما ينص قانون الإعسار على استبعادات فيما يتعلق بموجودات شخص طبيعي، ينبغي استبانة تلك الاستبعادات وأن يقتصر عددها إلى الحد الأدنى الضروري للحفاظ على الحقوق الشخصية للمدين والسماح للدائن بأن يعيش حياة مثمرة.

'٢' الموجودات المضمونة

٤٦ - تعتمد قوانين الإعسار نُهوجاً مختلفة إزاء معاملة الموجودات الخاضعة للمصالح الضمانية . وتنص قوانين كثيرة على أن الموجودات المضمونة مشمولة في حوزة المدين، حيث أن بدء إجراءات الإعسار تُحدث آثاراً مختلفة. وتُقصِر بعض قوانين الإعسار ممارسة الحقوق الضمانية التي يحوزها الدائنون أو الأطراف الثالثة (مثل تطبيق الوقف والآثار الأخرى لبدء إجراءات الإعسار) في حين تنص قوانين أخرى على أن الحق الضماني لا يتأثر بالإعسار ويجوز للدائنين أن يباشروا تنفيذ حقوقهم القانونية والتعاقدية (أنظر "وقف الإجراءات"). وتتيح بعض قوانين الإعسار التي تشترط أن تخضع جميع الموجودات إلى الإجراءات في المقام الأول إلى أن يتم فصلها حيث يكون هناك إثبات بوقوع ضرر أو غُبن.وحيثما يتعيَّن إدراج الموجودات المضمونة في الحوزة، ينبغي أن يوضِّح قانون الإعسار أن الدائنين المضمونين لن يحرموا من حقوقهم بسبب هذا الإدراج.

٤٧ - وقد يكون لاستبعاد الموجودات المضمونة ميزة تحسين توافر الائتمان لأن الدائنين المضمونين سوف يطمئنون إلى أن مصالحهم لن تتأثر تأثيرا ضاراً بسبب بدء إجراءات الإعسار. بيد أن هذه الميزة قد تحتاج إلى موازنتها مقابل المزايا التي يمكن اكتسابها، وخصوصا في حالة إعادة التنظيم وكذلك حيث يتم بيع المنشأة كشركة عاملة في التصفية، من توفير جميع موجودات المدين إلى إجراءات الإعسار من وقت بدء الإجراءات. وهذا

النهج قد يساعد في ضمان المعاملة العادلة للدائنين ليس هذا فحسب، قد يكون أساسيا لإجراءات إعادة التنظيم حيث تُعتَبَر الموجودات المضمونة أساسية للمشروع التجاري؛ وحيثما تكون معدات الصناعة على سبيل المثال أساسية لعمليات مشروع المدين، فإن إعادة التنظيم لا يمكن أن تتم ما لم يتم الاحتفاظ بها من أجل الإجراءات، وحيثما تنشأ مسائل فيما يتعلق بموجودات معيَّنة أساسية للمشروع التجاري، فإن هذا التحديد يمكن أن يتم عن طريق ممثل الإعسار أو ربما عن طريق لجنة الدائنين.

'٣' ممتلكات الأطراف الثالثة

٤٨ - قد تنشأ مسائل معقَّدة في عملية البت فيما إذا كان شيء من الموجودات يمتلكه مدين أو طرف آخر، وما إذا كانت موجودات طرف ثالث في حيازة المدين، يخضع للاستعمال أو الإيجار أو ترتيبات الترخيص وقت بدء الإجراءات سوف تُدرَج في موجودات الحوزة. وفي بعض حالات الإعسار، يمكن لهذه الموجودات أن تكون حاسمة لاستمرار سير المشروع التجاري، وخصوصا في إجراءات إعادة التنظيم، ليس هذا فحسب، بل أيضا بدرجة أقل في بعض إجراءات التصفية، وسوف يكون من المفيد لقانون الإعسار أن يتيح آلية ما تمكِّن تلك الموجودات بأن تظل تحت تصرف إجراءات الإعسار. وتعالِج بعض قوانين الإعسار هذه المسألة من حيث أنواع الموجودات التي يتعيَّن إدراجها في نطاق حوزة الإعسار. وهناك قوانين إعسار أخرى تعالج ذلك في إطار معاملة العقود حيث تخضع ملكية المدين للشيء الموجود إلى ترتيبات تعاقدية. وهذا قد يشمل على سبيل المثال فرض تقييدات على إنهاء العقد الذي يحوز المدين الموجودات وفقا له، مما يمنع المالك من إعادة المطالبة بموجوداته في الإعسار (أنظر "معاملة العقود").

٤٩ - أما الموجودات التي يقوم المدين باستعمالها، ولكنها تخضع لاتفاق إيجار حيث يحتفظ المؤجر بسند ملكية قانوني، فإنها تتطلب اهتماما خاصا. وفي البلدان التي تتزايد فيها أهمية تمويل حقوق الملكية (حيث يكون لمقدِّم التمويل سند ملكية أو ملكية الشيء الموجود مقابل وجود رهن أو مصلحة ضمانية) قد تكون هناك حاجة إلى احترام الحق القانوني للدائن في الشيء الموجود والسماح بفصله عن حوزة الإعسار (مع مراعاة القواعد الواردة في معاملة العقود: جواز تحديد الحق في الفصل إذا صَدَّق ممثل الإعسار على عقد الإيجار). وعلى سبيل المقارنة، هناك أيضا أمثلة للقوانين التي تنص على فترة تأجيل بأمر المحكمة والتي تمنع الأطراف الثالثة من المطالبة بموجوداتهم لفترة زمنية محدَّدة بعد بدء الإجراءات. وقد يكون من المستصوب وجود توازن بين هذين النهجين، بهدف تحقيق تعظيم القيمة، وضمان ألا يصبح من المستحيل بيع المنشأة التجارية كشركة عاملة أو استحالة إعادة التنظيم بسبب الفصل

الحر للموجودات ذات الصلة. وقد توجد أيضا ظروف حيث ينبغي فحص هذه الأنواع من ترتيبات التمويل بغية البت فيما إذا كان الإيجار في الواقع هو أحد الترتيبات المستترة للإقراض المكفول بالضمان. وفي تلك الحالة يخضع المؤجِّر لنفس التقييدات مثل المُقرِض المكفول بضمان.

(ج) استرداد الملكية

٥٠ - قد تتطلب محاولة تحديد الموجودات التي ستخضع للإجراءات اتخاذ إجراء من ممثل الإعسار لاسترداد ملكية الحوزة التي جرى تحويلها بشكل غير سليم، أو حُوِّلَت في وقت إعسار وكانت النتيجة الإخلال بمبدأ عدم المفاضلة (أي أن يُعَامَل الدائنون من نفس النوع على قدم المساواة وتدفع لهم مبالغ متناسبة مع مطالباتهم من موجودات الحوزة). ويتيح معظم النُظُم القانونية وسيلة لإلغاء واسترداد قيمة المعاملات السابقة التي تنجم عنها معاملة تفضيلية لبعض الدائنين أو التي اتسمت بالاحتيال أو التي تمت في محاولة لإبطال حقوق الدائنين (أنظر "دعاوى الإبطال"). وقد تمتد سلطة استرداد الموجودات أو قيمتها لتشمل التحويلات التي يقوم بها المدين بعد بدء الإجراءات وحيث لا يكون التحويل قد أذِن به ممثل الإعسار.

(د) التصرُّف في الموجودات

٥١ - حيثما تكون للموجودات قيمة سلبية أو غير ذات شأن أو لا تكون أساسية لإعادة التنظيم، فقد يكون من الموافق مع هدف تعظيم القيمة السماح لممثل الإعسار أن يتخلى عنها، شريطة ألا يخل هذا التخلي بأي مصلحة عامة إجبارية. وسوف يساعد ترك الموجودات بهذه الطريقة على تقليل تكاليف الإجراءات على الحوزة.

٥٢ - المسائل التي يتعين معالجتها: أساليب متعلقة ببيع الموجودات والقدرة على بيع المصلحة الضمانية ذات الحقوق الخالصة والمطلقة ، والأتعاب وغير ذلك من الأعباء والتكاليف العقارية.

٢ - ملخص وتوصيات - حوزة الإعسار

(١) الغرض من الأحكام في قانون للإعسار والتي تتعلق بحوزة الإعسار هو تحديد تلك الموجودات التي تخضع لسيطرة ممثل الإعسار وتخضع لإجراءات الإعسار.

(٢) عند بدء إجراءات الإعسار، ينبغي لحوزة الإعسار أن تشمل ما يلي:

(أ) الموجودات التي يوجد للمدين فيها مصلحة في تاريخ بدء إجراءات الإعسار. وهذا سوف يشمل كلاً من الموجودات الملموسة وغير الملموسة، بغض النظر عمَّا إذا كانت في حوزة المدين أو تخضع لمصلحة ضمانية لصالح أحد الدائنين؛

(ب) الموجودات التي تمت حيازتها بعد بدء إجراءات الإعسار، سواء تمت حيازتها في ممارسة صلاحيات الإبطال أو بالمسار المعتاد للأعمال التجارية.

(٣) وحيثما يكون المدين شخصا طبيعيا، قد يُحدِّد قانون الإعسار الموجودات المطلوبة للحفاظ على الحقوق الشخصية للمدين التي ينبغي استبعادها من حوزة الإعسار.

(٤) ينبغي أن يتيح قانون الإعسار آلية للاحتفاظ في الحوزة بالموجودات التي يمتلكها طرف ثالث والتي يحوزها المدين في تاريخ بدء الإجراءات وبالموجودات المضمونة حيثما تُعتَبَر هذه الموجودات أساسية لإجراءات الإعسار. وينبغي أن يتضمَّن قانون الإعسار نصاً لحماية صاحب الموجودات في الحالات حيث يكون هناك إثبات للضرر نتيجة الإجحاف. [يجوز إدراج الموجودات التي يمتلكها طرف ثالث وتوجد في حوزة المدين بيد أنها تخضع لترتيب تعاقدي، رهنا بأحكام أخرى في قانون الإعسار مثل تلك التي تتناول استمرار وإنهاء العقود وتطبيق الوقف.]

باء – حماية حوزة الإعسار

١ – ملاحظات عامة

٥٣ – من الأهداف الأساسية لنظام فعَّال للإعسار إنشاء آلية حمائية لضمان عدم تضاؤل قيمة موجودات الحوزة بسبب دعاوى مختلف الأطراف المعنية. أما الأطراف الذين تحتاج الحوزة إلى أقصى حماية منهم فهم المدين ودائنوه. والطريقة التي يمكن بها حماية الحوزة من دعاوى المدين ورد النظر فيها في إطار "حقوق المدين والتزاماته".

(أ) **حماية الحوزة من الدائنين والأطراف الثالثة**

٥٤ - فيما يتعلق بالدائنين، يتمثل أحد المبادئ الأساسية لقانون الإعسار في أنه إجراء جماعي، ويتطلب حماية مصالح جميع الدائنين في مواجهة دعوى فردية يقيمها أحدهم. وتنص نُظُم كثيرة خاصة بالإعسار على فرض آلية تمنع الدائنين من إنفاذ حقوقهم عن طريق سُبُل الانتصاف القانونية أثناء بعض أو كل فترة إجراءات التصفية أو إعادة التنظيم، مع مراعاة الطبيعة الجماعية للإجراءات والمؤدية إلى تعزيز المصالح الجماعية للدائنين. وهذه الآلية تسمى بشكل متباين فترة تأجيل الدَين أو التعليق أو الوقف، متوقفاً ذلك على نطاق الآلية. ولأغراض هذا الدليل، يستخدَم مصطلح "الوقف" بالمعنى الواسع ليشير إلى كلٍ من تعليق الإجراءات وفترة تأجيل إزاء بدء إجراءات الدعوى.

٥٥ - وكمبدأ عام، فإن فرض وقف في التصفية يمكن أن يضمن إدارة عادلة ومرتَّبة لإجراءات الإعسار، مما يتيح لممثل الإعسار وقتا كافيا لتجنُّب إجراء بيع اضطراري يخفق في تعظم قيمة الموجودات التي يجري تصفيتها، ويتيح أيضا فرصة لمعرفة ما إذا كانت المنشأة التجارية يمكن بيعها كمنشأة عاملة. وفي إجراءات إعادة التنظيم، يتيح وقف الإجراءات للمدين فسحة لالتقاط الأنفاس لتنظيم شؤونه والوقت اللازم لإعداد خطة لإعادة التنظيم ولاتخاذ الخطوات الأخرى الضرورية لضمان إحراز النجاح في إعادة التنظيم، مثل فصل الأنشطة غير المربحة والعقود المرهِقَة. ويُعتَبَر تأثير الوقف في حد ذاته أكبر وبالتالي أكثر أهمية في إعادة التنظيم من التصفية ويمكن أن يتيح حافزا هاماً لتشجيع المدينين على استهلال إجراءات إعادة التنظيم. وفي الوقت نفسه، فإن بدء الإجراءات وفرض الوقف يعمل على إشعار جميع أولئك الذين يمارسون العمل التجاري مع المدين - أي أن مستقبل المنشأة التجارية غير مؤكَّد. وهذا يمكن أن يسبِّب أزمة ثقة وعدم تيقُّن بالنسبة للكيفية التي سوف يؤثر بها الإعسار عليهم كموردين وكزبائن وموظفين عاملين في المنشأة.

٥٦ - ومن بين المسائل الأساسية في تصميم نظام ناجع للإعسار كيفية الموازنة بين المنافع المباشرة التي تؤول إلى كيان المنشأة بوجود وقف عام فرض بسرعة لتقييد دعاوى الدائنين وبين المنافع الطويلة الأجل التي تُستَمَد من تحديد الدرجة التي يتدخل بها الوقف في العلاقات التعاقدية مع الدائنين.

٥٧ - ويتباين نطاق الحقوق التي تتأثر بالوقف تبايناً كبيرا فيما بين البلدان. وهناك جدال غير ذي شأن فيما يتعلق بالحاجة إلى تعليق الدعاوى المقدمة من الدائنين غير المكفولين بضمان ضد المدين أو ضد موجوداته. بيد أن تطبيق الوقف على الدائنين المكفولين بضمان يحتمل أن يكون أصعب ويتطلب الموازنة بين عدد من المصالح المتنافسة. وهذه تشمل، على سبيل المثال، مراعاة الصفقات التجارية والعقود؛ ومراعاة أولويات الدائنين المكفولين بضمان

فيما يتعلق بحقوقهم في الضمانة؛ وحماية قيمة المصالح المضمونة؛ وضمان تسديد مبالغ للدائنين تتناسب مع مطالبتهم من موجودات الحوزة؛ وتعظيم قيمة الموجودات بالنسبة لجميع الدائنين؛ وتشمل في حالات إعادة التنظيم، إحراز النجاح في إعادة تنظيم منشأة قابلة للاستمرار.

(ب) التدابير المؤقتة

٥٨ - في الفترة ما بين الوقت الذي يُقدِّم فيه المدين أو الدائن طلباً من أجل بدء إجراءات الإعسار والوقت عندما تبدأ فيه الإجراءات فعلاً، هناك إمكانية أن تتبدَّد موجودات المدين. فلدى تقديم الطلب، ربما يحدث ما يغري المدين على إحالة موجودات خارج المنشأة أو قد يقيم الدائنون، لدى العلم بتقديم الطلب، دعوى تعويض لإحباط أثر الوقف الذي قد يُفرَض لدى بدء الإجراءات.

٥٩ - وقد تسمح بعض قوانين الإعسار للمحكمة بأن تصدر تدابير وقائية لحماية الحوزة أثناء الفترة ما بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات، سواء عند تقديم الطلب من الدائنين أو بإجراء من تلقاء نفسها. وحيثما تتوفر هذه التدابير المؤقتة فإنها قد تشمل: تعيين ممثل أوَّلي للإعسار، ومنع المدين من التصرف في الموجودات؛ وحصر بعض أو كل موجودات المدين؛ ووقف إنفاذ المصالح الضمانية ضد المدين؛ ووقف أية دعوى لفصل موجودات المدين، كما يحدث في دائن مكفول بضمان أو حائز لحقوق الملكية؛ أو منع بدء الدعاوى الفردية من جانب الدائنين لإنفاذ مطالباتهم. وحيث أن هذه تدابير مؤقتة بطبيعتها وطُرِحَت قبل القرار بأن معايير بدء الإجراءات قد استوفيت، قد تطلب المحكمة إلى الدائنين المتقدمين بطلبات أن يقدموا دليلا يثبت أن التدبير ضروري، وفي بعض الحالات تقديم شكل من الضمان مقابل التكاليف أو الأضرار المتكبَّدة.

(ج) تطبيق الوقف - مسائل إجرائية

'١' نطاق الوقف

٦٠ - يعتمد بعض البلدان نهجا مفاده أنه لا بد لضمان جدوى الوقف أن يكون واسع النطاق وأن ينطبق على جميع سُبُل الانتصاف والإجراءات ضد المدين وموجوداته، سواء كانت إدارية أو قضائية أو بالاعتماد على النفس. كما يجب أن توقف الدائنين المكفولين وغير المكفولين بضمان من ممارسة حقوق التنفيذ، وتوقف الحكومات كذلك من ممارسة حقوق الأولوية [يتعيَّن التوسُّع في هذا المجال: مدى حصانة الكيانات الحكومية من دعوى المحكمة أو التمييز بين الدعوى الرسمية لإنفاذ الصلاحية الرقابية أو التنظيمية وإنفاذ المصالح

المالية]. والأمثلة لأنواع الدعاوى التي قد تُوقَف يمكن أن تشمل: بدء أو استمرار الدعاوى أو الإجراءات ضد المدين أو فيما يتعلق بموجوداته؛ بدء أو استمرار إجراءات الإنفاذ فيما يتعلق بموجودات المدين، بما في ذلك تنفيذ حكم وإجراء بإنفاذ ضمانة؛ واسترداد المالك أو المؤجر للملكية المستخدمة أو التي في حوزة المدين؛ تسديد أو توفير ضمانة فيما يتعلق بدَين تكبده المدين قبل تاريخ بدء الإجراءات؛ والحق في التحويل أو إثقال أية موجودات للمدين بالتزامات أو التصرُّف فيها خلافا لذلك، وإنهاء أو تعليق أو تعطيل توريد خدمات أساسية (على سبيل المثال، المياه والغاز والكهرباء والهاتف) إلى المدين. وتنص المادة ٢٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، على سبيل المثال، على وقف بدء أو استمرار الدعاوى الفردية أو الإجراءات الفردية بشأن موجودات المدين وحقوقه وواجباته أو التزاماته أو مسؤولياته والتنفيذ ضد موجودات المدين.

٦١ - وفي التصفية، حيث غالبا ما تُدرَج الإجراءات القانونية ضد المدين في نطاق الوقف، يوجد نص في بعض قوانين الإعسار بشأن مواصلة تلك الإجراءات إذا دعت الضرورة. والمادة ٢٠ (٣) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، تنص، على سبيل المثال، على ألا يضّر تطبيق الوقف على بدء الإجراءات أو مواصلة الدعاوى الفردية أو الإجراءات ضد المدين بالحق في بدء دعاوى فردية أو إجراءات بقدر ما يكون ضروريا للحفاظ على مطالبة ضد المدين. وفي المقابل، تستبعد بعض قوانين الإعسار الإجراءات القانونية من نطاق الوقف في إعادة التنظيم. وفي بعض البلدان لا تدخل في نطاق الوقف دعاوى الموظفين ضد المنشأة المدينة، بيد أنه سوف تندرج أي دعوى تنفيذ ناجمة عن تلك الإجراءات.

٦٢ - وينبغي أن يتم بوضوح في قانون الإعسار الإدراج أو استبعاد الدعاوى من نطاق الوقف، بغض النظر عن الشخص الذي قد يبدأ تلك الدعاوى، سواء كان الدائنون، (بما في ذلك أصحاب الدَين الممتاز مثل الموظفين، وأصحاب الضمان أو الحكومات) أو الأطراف الثالثة (مثل المستأجر أو صاحب الملك الذي في حيازة المدين أو يستخدمه أو يشغله المدين).

٦٣ - وقد تدعو الحاجة أيضا إلى تدارس إعفاءات أخرى مثل ما يتعلق بحقوق المقاصة أو المعاوضة في تسوية المطالبات في العقود المالية (أنظر "معاملة العقود")، أو إعفاءات لحماية مصالح السياسة العامة أو لمنع إساءة الاستعمال مثل استعمال إجراءات الإعسار كدرع واقٍ لإجراء أنشطة غير مشروعة.

'٢' تطبيق الوقف تلقائيا أو حسب تقدير المحكمة

٦٤ - هناك مسألة أولية تتمثل فيما إذا كان الوقف ينطبق تلقائيا أو حسب تقدير المحكمة. والشواغل السياساتية المحلية والعوامل مثل توفُّر المعلومات المالية الموثوقة وقدرة المدين والدائنين على توفير سُبُل الوصول إلى سلطة قضائية مستقلة ذات خبرة في مجال الإعسار قد تؤثر في القرار لتطبيق الوقف تلقائيا أو بقرار من المحكمة حسب تقديرها. وتطبيق الوقف على أساس تقدير المحكمة قد يتيح تكييف الوقف وفقا لاحتياجات الحالة المحدَّدة (فيما يتعلق بالمدين وموجوداته ودائنيه) ويعمل على تجنُّب إجراءات تطبيق الوقف غير الضرورية والتدخل غير الضروري في حقوق الدائنين المكفولين بضمان. بيد أنه لتجنُّب التأخير والحاجة إلى تقديم طلب إلى المحكمة للمساعدة على تعظيم قيمة الموجودات ولضمان أن يكون الإجراء القضائي الخاص بالإعسار عادلاً ومرتباً وكذلك متسما بالشفافية والقدرة على التنبؤ، ربما يقال أنه ينبغي تطبيق الوقف تلقائيا؛ والوقف التلقائي هو صفة لكثير من نُظُم القوانين الحديثة الخاصة بالإعسار.

'٣' وقت تطبيق الوقف

٦٥ - يتمثل أحد الشواغل المتصلة بكيفية تطبيق الوقف في الوقت الذي سوف ينطبق فيه الوقف في كل من إجراءات التصفية وإعادة التنظيم وفيما إذا كان قانون الإعسار سوف يضع لذلك الغرض تمييزا بين الطلبات المقدَّمة من مَدين والطلبات المقدمة من دائن.

٦٦ - وقد تتخَذ نهوج مختلفة لمعالجة هذه المسائل. وقد يتمثل أحد هذه النهوج من أجل تطبيق الوقف على تقديم طلب من أجل إجراءات التصفية وإعادة التنظيم بغض النظر عمَّا إذا كان الطلب مقدَّما من مدين أو دائن، متجنِّباً بذلك الحاجة إلى النظر في توافر تدابير حماية مؤقتة أو احتياطية لتغطية الفترة ما بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات. فبمجرد بدء الإجراءات، يظل الوقف منطبقاً في حالة إعادة التنظيم. وفي حالة التصفية، فإن استمرار تطبيق الوقف يمكن أن يكون تقديريا، حيث تباع الموجودات بطريقة مجزأة. وحيث تباع المنشأة كشركة عاملة، فقد يكون من المفيد لإدارة الإجراءات أن يظل الوقف منطبقا بعد بدء الإجراءات.

٦٧ - وهناك نهج ثانٍ قد يميِّز ما بين طلب المدين وطلب الدائن. وهذا النهج سوف يتيح تطبيق الوقف على الطلب المقدَّم من دائن فيما يتعلق بإجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم بعد بدء الإجراءات، مع توافر تدابير حمائية أو مؤقتة من المحكمة لتغطية الفترة ما بين

تقديم الطلب وبدء الإجراءات. وحيثما يتقدم المدين بطلب يتعلق بإجراءات الإعسار (سواء كانت للتصفية أو لإعادة التنظيم)، يمكن تطبيق الوقف تلقائيا على الطلب المقدَّم لتجنُّب إمكانية أن يقيم الدائنون دعوى، وخصوصا دعاوى التنفيذ، ضد المدين، في الفترة قبل بدء الإجراءات.

(د) تطبيق الوقف على الدائنين غير المكفولية بضمان

٦٨ - في إجراءات التصفية وإعادة التنظيم، تنص قوانين كثيرة متعلقة بالإعسار على أن الوقف ينطبق على الدائنين غير المكفولين بضمان طوال المدة التي تستغرقها الإجراءات.

(هـ) تطبيق الوقف على الدائنين المكفولين بضمان

٦٩ - يسعى الدائنون عموما إلى الحصول على ضمان لغرض حماية مصالحهم في حالة أن يخفق المدين في الوفاء. فإذا أريد للضمان أن يحقق هذا الغرض، فيمكن القول بأنه عند بدء إجراءات الإعسار، ينبغي عدم تعطيل الدائن المكفول بضمان أو منعه من تحصيل قيمة ضمانه على الفور. ذلك أن الدائن المكفول بضمان كان قد ساوم على الضمان مقابل القيمة التي تعكس الارتكان إلى الضمان. ولهذا السبب، فإن استعمال أي تدبير يقلل درجة اليقين في القدرة على استرداد الدَين أو يقلل من قيمة المصالح الضمانية، مثل تطبيق الوقف على الدائنين المكفولين بضمان، قد يحتاج إلى النظر فيه بدقة. فمثل هذا التدبير قد يقوِّض في نهاية الأمر ليس فقط حرية الأطراف وأهمية احترام الصفقات التجارية، بل أيضا يقوِّض توافر الائتمان الميسور: حيث تتناقص الحماية التي توفرها المصالح الضمانية، وقد يتطلب الأمر زيادة ثمن الائتمان لتعويض المخاطرة الأكبر.

٧٠ - ومع ذلك، فإن بعض قوانين الإعسار تراعى أن السماح في بعض الحالات للدائنين المكفولين بضمان في أن يعملوا بحرية على فصل ضمانهم من الموجودات الأخرى التي تخضع لإجراءات الإعسار، يمكن أن يحبط الأهداف الأساسية لتلك الإجراءات. وفي إجراءات إعادة التنظيم، فإن الموجودات الأساسية لسير أعمال المنشأة المدينة ترهقها المصالح الضمانية، وإنفاذ الدائنين المكفولين بضمان لمطالباتهم عند بدء الإجراءات ممّا يجعل من المستحيل على المدين أن يواصل عمل المنشأة بينما يقوم بصوغ خطة لإعادة التنظيم. وهذا صحيح أيضا، وإن كان بدرجة أقل، في إجراءات التصفية. وكمبدأ عام، حيث تكون مهمة ممثل الإعسار تحصيل وتحويل قيمة الموجودات إلى نقد وتوزيع العائدات بين الدائنين عن طريق توزيع الحصص النسبية، قد يُسمح للدائن المكفول بضمان أن يحوِّل قيمة ضمانته إلى نقود رغم

التصفية. ومع ذلك، قد تكون هناك حالات حيث قد يتمكن ممثل الإعسار من تحقيق نتيجة أفضل تُعَظِّم قيمة الموجودات من أجل المنفعة الجماعية لجميع الدائنين إذا ما طُبِّق الوقف لتقييد الفصل الخالص للضمان. وهذا يعتبر هاما بصفة خاصة عندما توجد إمكانية بيع المنشأة كشركة عاملة. وقد يصح هذا في بعض الحالات حيث يتطلب الأمر بعض الوقت حتى عندما يتم بيع الموجودات بطريقة مجزأة، وذلك لترتيب عملية بيع تعطي أعلى عائد من أجل منفعة جميع الدائنين غير المكفولين بضمان.

٧١ - وحيثما تندرج المصالح المضمونة في نطاق الوقف، يمكن لقانون الإعسار أن يعتمد تدابير تكفل عدم إبطال الحقوق المضمونة بتأثير الوقف. وهذه التدابير قد تتعلق بالفترة التي يستغرقها الوقف وبحماية قيمة الضمان وتسديد الفائدة وبالنص على أن يُرفَع الوقف حيث لا تكون المصالح المضمونة محمية بشكل كافٍ أو حيثما لا تكون الضمانة ضرورية لبيع المنشأة بكاملها أو بيع جزء مُنتِجٍ منها.

'١' التصفية

٧٢ - تتخذ قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء تطبيق الوقف على الدائنين المكفولين بضمان في إجراءات التصفية. فبعض قوانين الإعسار تستبعد من نطاق الوقف الدائنين المكفولين بضمان على أساس أنه حيثما يتعين تصفية الموجودات، ينبغي أن يكون الميزان لصالح التمسك بحقوق الدائنين المكفولين بضمان لإنفاذ حقوقهم. وحيثما يُعتَمَد هذا النهج، قد يتطلب الأمر بعض المرونة، لمعالجة الحالة حيث يمكن بيع المنشأة كشركة عاملة في سياق إجراء التصفية. ويركِّز بعض قوانين الإعسار التي تستبعد الدائنين المكفولين بضمان من الوقف على تشجيع المفاوضات السابقة لبدء الإجراءات بين المدين والدائنين لبلوغ اتفاق على كيفية التقاضي.وحيثما يكون هذا الإجراء القضائي فعَّالاً، ليست هناك حاجة إلى وقف يُطَبَّق على الدائنين المكفولين بضمان. وتعتمد قوانين أخرى ذلك النهج الذي مفاده أن ينطبق الوقف تلقائيا لدى بدء الإجراءات على الدائنين المضمونين لفترة قصيرة، مثل ٣٠ أو ٦٠ يوما، ما عدا تلك الحالات حيث تكون الضمانة أساسية لبيع المنشأة كشركة عاملة (وفي هذه الحالة قد يتم تمديد الوقف). وهذه الفترة سوف تتيح لممثل الإعسار أن يضطلع بواجباته وأن يُقيِّم الموجودات والتزامات الحوزة. وهناك نهج آخر يوسِّع نطاق الوقف ليشمل الدائنين المكفولين بضمان طوال فترة إجراءات التصفية، رهنا بصدور أمر من المحكمة يتعلق بالإعفاء حيثما يمكن إظهار أن قيمة الضمانة تتأثر تأثيرا ضارا.

٧٣ - وحيثما يقتصر الوقف على فترة محدَّدة، يمكن للقانون أن يتضمن بندا من أجل تمديد نطاق الوقف. وهذا يمكن أن يتم بناء على طلب من ممثل الإعسار عندما يمكن إظهار أن التمديد مطلوب لتعظيم القيمة (وهناك احتمال معقول أن المنشأة أو وحدات من المنشأة يمكن بيعها كمنشأة عاملة) شريطة ألا يعاني الدائنون المكفولون بضمان من ضرر غير معقول. ولتوفير حماية إضافية وتجنُّب تطبيق الوقف لفترة غير أكيدة أو طويلة دون ما داعٍ، قد تكون هناك حاجة إلى أن يضع قانون الإعسار حداً للفترة التي يمكن تمديد الوقف خلالها.

'٢' إعادة التنظيم

٧٤ - من المستصوب في الإجراءات حيث تكون هناك إمكانية حقيقية لإتمام إعادة تنظيم، أن يكون مدى الوقف واسعاً جداً وشاملاً. وفي بعض الحالات قد يكون من المستصوب أيضا أن ينطبق الوقف على الدائنين المكفولين بضمان طوال فترة الإجراءات لضمان سير إعادة التنظيم بطريقة مرتَّبة دون احتمال فصل الموجودات قبل إنهاء إعادة التنظيم. ومع ذلك بغية تجنُّب التأجيل وتشجيع سرعة الفصل في الإجراءات، قد تكون هناك بعض الميزة في تحديد تطبيق الوقف على الفترة التي يمكن أن تستغرق بشكل معقول من أجل الموافقة على خطة لإعادة التنظيم، ليس من المستصوب أن ينطبق الوقف على فترة غير مؤكدة أو على فترة طويلة دون ما ضرورة. ومثل هذا التقييد قد تكون له أيضا ميزة أن يتيح للدائنين المكفولين بضمان درجة من اليقين والقدرة على التنبؤ بالنسبة للفترة التي يستغرقها التدخُّل في حقوقهم. وحيثما لا تكون الضمانة المحدَّدة أساسية لإعادة التنظيم أو حيثما يمكن للدائن أن يظهر أسباباً أخرى، يمكن وضع نصٍ في قانون الإعسار من أجل رفع الوقف (أنظر أدناه).

(و) حماية الدائنين المكفولين بضمان

'١' الحفاظ على القيمة الاقتصادية للمطالبات المضمونة

٧٥ - رغم أنه من المتوقع حدوث بعض الضعف البسيط في مواقف ضمانات الدائنين المكفولين بضمان ملازما لإجراء إعادة التنظيم، من غير المستصوب أن يتحمل العبء بشكل فردي أو رئيسي دائن مضمون وحيد أو مجموعة من الدائنين المضمونين.

٧٦ - ويتمثل واحد من مجموعة التدابير الرامية إلى تدارك أي تأثير سلبي للوقف على الدائنين المكفولين بضمان عند التصفية، في التدبير الموجَّه إلى الحفاظ على القيمة الاقتصادية للمطالبات المكفولة بضمان أثناء فترة الوقف (في بعض الاختصاصات القضائية يشار إليها

بعبارة "الحماية الوافية"). ويتمثل نهج آخر في حماية قيمة الضمانة الرهنية نفسها على أساس أن عائدات بيع الضمانة الرهنية، سوف توزَّع مباشرة، لدى التصفية على الدائن بقدر قيمة الحصة المكفولة بضمان في المطالبة. وهذا النهج قد يتطلب اتخاذ عددٍ من الخطوات.

٧٧ - وأثناء فترة الوقف، من المحتمل أن تتناقص قيمة الضمانة الرهنية التي تخص الدائن. وهذا من المحتمل أن يؤثر على الأولوية الممنوحة للدائن وقت التوزيع، حيث أن الأولوية سوف تحددها قيمة الضمانة الرهنية. وتسمح بعض قوانين الإعسار بأن يعوِّض ممثل الإعسار الدائنين المكفولين بضمان عن قيمة هذا الانحطاط في القيمة بتوفير ضمانة بديلة أو تقديم مدفوعات نقدية دورية تتناسب مع مقدار انحطاط القيمة. ويسمح بعض البلدان التي تحافظ على قيمة الضمانة الرهنية على النحو المبيَّن من أجل دفع الفائدة أثناء فترة الوقف، ولكن بقدر ما تتجاوز قيمة الضمانة الرهنية قيمة المطالبة المضمونة. ومثل هذا النهج قد يشجِّع المُقرِضين على البحث عن ضمانة وافية تتجاوز قيمة مطالباتهم. وفي بعض الحالات، قد يجد ممثل الإعسار أنه من الضروري استخدام أو بيع الموجودات المثقلة بديون أو رهن قبل التصفية وذلك لتعظيم قيمة الحوزة. وعلى سبيل المثال، بقدر ما يعتنق ممثل الإعسار الرأي الذي مفاده أن قيمة الحوزة يمكن تعظيمها على أفضل وجه إذا استمرت المنشأة في العمل لفترة مؤقتة، فإنه قد يرغب في بيع الموجودات التي تعتَبَر مثقلة جزئيا برهن أو ديون. وهكذا في الحالات حيث يكون الدائنون المكفولون بضمان محميين بالحفاظ على قيمة الضمانة الرهنية، قد يكون من المستصوب أن يتيح قانون الإعسار لممثل الإعسار اختيار أن يوفّر للدائن ضمانة معادلة بديلة أو لتسديد كامل مبلغ المطالبة المضمونة.

٧٨ - ويتمثل نهج آخر لحماية مصالح الدائنين المكفولين بضمان في حماية قيمة الحصة المكفولة بضمان في المطالبة. فمجرد بدء الإجراءات، يتم تقييم الموجودات المثقلة برهن أو التزامات وبناء على هذا التقييم، يتم تحديد قيمة الحصة المكفولة بضمان في مطالبة الدائن. وتظل هذه القيمة ثابتة طوال فترة الإجراءات، ويتلقى الدائن المكفول بضمان عند التوزيع عقب التصفية مستحقات المطالبة ذات الأولوية الأولى بقدر تلك القيمة. ويمكن للدائن المكفول بضمان أن يتلقى أثناء فترة الإجراءات، معدَّل الفائدة المشمول بالعقد على الحصة المكفولة بضمان في المطالبة للتعويض عن التأخير الذي تفرضه الإجراءات. والنص على الفائدة في بعض قوانين الإعسار يقتصر على الحالات التي تزيد فيها قيمة الضمانة الرهنية على المبلغ المطالَب به. وخلافاً لذلك، فإن التعويض عن التأخير قد يستنزف الموجودات المتاحة للدائنين غير المكفولين بضمان.

٧٩ - وقد يحتاج استصواب أنواع النهوج التي توفِّر الحماية للضمانة الرهنية إلى موازنته قبالة التعقُّد المحتمل وتكاليف تلك التدابير وضرورة أن تكون المحكمة قادرة على اتخاذ قرارات تجارية صعبة بشأن مسألة الحماية المناسبة. وحيثما يُعتَمَد نهج من هذا القبيل، قد يكون من المستصوب لقانون الإعسار أن يوفِّر توجيهات إرشادية لتحديد متى وكيف يستحق الدائنون الذين يحوزون نوعاً من الضمان في موجودات المنشأة المدينة أنواعاً من الحماية التي ورد بيانها أعلاه.

'٢' تسليم الضمانة

٨٠ - في التصفية [وإعادة التنظيم، قد تدعو الحاجة إلى نص يجيز تسليم الموجودات المكفولة بضمان إلى الدائن المكفول بضمان، حيثما يتقرر أن ضمانته سليمة وأن الموجودات المضمونة ليس لها قيمة للحوزة المعسرة، أو لا يمكن تحويلها إلى نقود في فترة زمنية معقولة من جانب ممثل الإعسار.

'٣' رفع الوقف

٨١ - في إجراءات التصفية وإعادة التنظيم، قد تنشأ ظروف حيث يكون من المناسب منح الإعفاء من تطبيق الوقف بالسماح بأن يُرفَع الوقف أو أن يتوقف عن التطبيق. وهذه الظروف قد تشمل الحالات حيث لا يحظى الدائن المكفول بضمانة بالحماية فيما يتعلق بقيمة ضمانته، وفي الحالات التي لا يمكن توفير الحماية أو التي تكون مُرهِقَة للغاية للحوزة أو في الحالات التي لا تدعو الحاجة إلى ضمانة من أجل إعادة التنظيم. وللتلاؤم مع هذه الظروف، قد ينص قانون للإعسار على أن باستطاعة الدائن المكفول بضمان أن يتقدم بطلب من أجل إزالة الوقف أو إعطاء ممثل الإعسار صلاحية الإفراج عن الضمانة دون الحاجة إلى موافقة المحكمة.

٨٢ - وفي حين تتناول الأحكام الخاصة برفع الوقف بشكل أساسي مصالح الدائنين المكفولين بضمان، هناك أمثلة لقوانين الإعسار التي تنص على أن الإعفاء من الوقف يمكن منحه إلى دائن غير مكفول بضمان للسماح على سبيل المثال، بأن يتم تحديد مطالبة ما في محفل آخر حيث يكون التقاضي في مستوى أعلى وسيكون من الأنجع أن يُستَكمَل هناك، أو للسماح بمتابعة مطالبة ضد شركة تأمين المدين.

(ز) التقييدات بشأن تصرف المدين في الموجودات

٨٣ - بالإضافة إلى التدابير الرامية إلى حماية حوزة الإعسار من دعاوى الدائنين والأطراف الثالثة، تعتَمد قوانين الإعسار عامة تدابير يُقصَد بها تقييد المدى الذي يمكن أن يصل إليه المدين وممثل الإعسار في التعامل مع موجودات الحوزة. وهذه المسائل تُعالَج في الأقسام التالية بشأن معاملة العقود، وحقوق المدين والتزاماته وحقوق والتزامات ممثل الإعسار.

٢ - ملخص وتوصيات - حماية حوزة الإعسار

(١) الغرض من هذه الأحكام هو:

(أ) توفير آلية، مثل الوقف، التي تكفل أن لا تتناقص قيمة الحوزة بسبب دعاوى مختلف الأطراف المعنية؛

(ب) تحديد نطاق الأنشطة التي تضار بالوقف؛

(ج) تحديد الأطراف الذين ينطبق عليهم الوقف وشروط تطبيقه، بما في ذلك الأسلوب والوقت والفترة التي يستغرقها التطبيق؛

(د) [...].

البديل ١ - تطبيق الوقف بقرار من المحكمة

(٢) في كل من إجراءات التصفية وإعادة التنظيم، قد تحافظ المحكمة، بناء على طلب من طرف معني، على مصالح الدائنين والأشخاص الآخرين بإصدار أوامر مناسبة تحدِّد الإجراءات ضد المدين والتي يتعيَّن وقفها. ويمكن بناء على تقدير المحكمة تطبيق الوقف على الدائنين المكفولين وغير المكفولين بضمانات، أو يمكن إرفاق الوقف الذي تقدره المحكمة على الدائنين المكفولين بضمان مع تطبيق تلقائي للوقف على الدائنين غير المكفولين بضمان.

(٣) حيثما يكون تطبيق الوقف حسب تقدير المحكمة، قد يحتاج قانون الإعسار إلى أن يُدرِج تدابير ترمي إلى تشجيع استخدام التفاوض قبل بدء الإجراءات لتحقيق أفضل نتيجة بالنسبة لجميع الدائنين.

البديل ٢ - التطبيق التلقائي للوقف

التصفية

(٢) يصير الوقف نافذا [تلقائيا] ضد الدائنين المكفولين وغير المكفولين بضمانات:

(أ) حيث يقوم بالتطبيق المدين، عند [تقديم الطلب] [بدء الإجراءات]؛
(ب) في الحالات حيث يقوم بالتطبيق دائن واحد أو أكثر، عند [تقديم الطلب] [بدء الإجراءات].

(٣) حيثما ينطبق الوقف على بدء الإجراءات، يجوز للمحكمة، بناء على طلب من طرف معني بالأمر، أن تحافظ على مصالح الدائنين وغيرهم من الأشخاص بإصدار أوامر مؤقتة مناسبة. وهذه الأوامر قد تشمل [.. .].

(٤) ينطبق الوقف القابل للتطبيق على دائنين غير مكفولين بضمان طوال الفترة التي تستغرقها إجراءات التصفية.

(٥) حيثما يصير الوقف نافذا عند تقديم الطلب، يجوز للمحكمة أن تأمر، عند بدء الإجراءات، باستمرار تطبيق الوقف على الدائنين المكفولين بضمان لفترة [تتراوح بين ٣٠ - ٦٠ يوما]. وبعد هذه الفترة يجوز لممثل الإعسار أن يتقدم بطلب لتمديد فترة الوقف لمدة أخرى قدرها [... يوما] شريطة أن يبين أن التمديد ضروري لتعظيم قيمة الموجودات لمنفعة جميع الدائنين وأن الدائنين المكفولين بضمان سوف لا يعانون ضررا دون سبب معقول.

(٦) يجوز للدائن المكفول بضمان أن يتقدَّم إلى المحكمة طالباً الإعفاء من تطبيق الوقف حيثما يستطيع أن يُبيِّن وقوع إجحاف شديد (على سبيل المثال أنه لا يتلقى الحماية المناسبة للقيمة الاقتصادية للضمانة الرهنية). وقد يفرج ممثل الإعسار عن الضمانة الرهنية حيثما يُقرر أن حماية قيمة الضمانة الرهنية ليست ممكنة أو أنها مرهِقَة للغاية لإجراءات الإعسار؛ وحيثما لا تكون للموجودات المكفولة بضمان قيمةَ للحوزة أو لا يمكن تحويلها إلى نقود في فترة زمنية معقولة؛ وحيثما تكون الضمانة الرهنية غير أساسية لبيع المنشأة برمتها.

إعادة التنظيم

(٧) تُعَد الاعتبارات فيما يتعلق بالوقت الذي يصبح فيه الوقف نافذا هي نفس الاعتبارات المتعلقة بإعادة التنظيم وبالنسبة للتصفية.

(٨) وحيثما يصبح الوقف نافذا لدى تقديم الطلب، فإنه يستمر تلقائيا بعد بدء الإجراءات ولا يخضع لتقدير المحكمة، باستثناء ما يتعلق برفع الوقف بالنسبة للدائنين الأفراد.

(٩) ينطبق الوقف بنفس القدر على كلٍ من الدائنين المكفولين وغير المكفولين بضمانات، رهناً بوجود نصٍ للإعفاء و [طوال فترة الإجراءات] [طوال الفترة التي قد يستغرقها بشكل معقول الموافقة على خطة إعادة التنظيم].

(١٠) قد يتقدم دائن مكفول بضمان بطلب لرفع الوقف حيثما يستطيع أن يبين حدوث إجحاف شديد (مثل أنه لا ينعم بحماية وافية للقيمة الاقتصادية للضمانة الرهنية). وقد يبطل تطبيق الوقف حيثما يقرِّر ممثل الإعسار أن حماية قيمة الضمانة الرهنية ليست ممكنة أو أنها باهظة التكلفة؛ أو أن الموجودات المكفولة بضمان ليست لها قيمة للحوزة ولا يمكن تحويلها إلى نقود في فترة زمنية معقولة أو أن الضمانة الرهنية ليست مطلوبة من أجل إجراءات إعادة التنظيم.

(١١) وحيثما ينطبق الوقف على الدائنين المكفولين بضمانات، ينبغي أن يعتمد قانون الإعسار تدابير محدَّدة تعالج حماية الضمانة الرهنية.

جيم – معاملة العقود

١ – ملاحظات عامة

٨٤ – عند بدء إجراءات الإعسار، من المتعذر تقريبا تجنُّب أن يصبح المدين طرفاً على الأقل في عقدٍ لم يتم بعد الوفاء به تماما سواء من جانب طرف أم من جانب طرفين.

٨٥ – ولا تلزم قواعد خاصة للحالة حيثما يقوم طرف بالوفاء تماما بالتزاماته. فإذا كان المدين هو الذي لم يف بالتزامه أو لم يف تماما به، تكون مطالبة الطرف الآخر بالوفاء أو بالتعويضات مطالبة إعسار ينبغي أن تتم في الإجراءات. فإذا كان الطرف المقابل هو الذي لم يف بالتزاماته أو لم يف تماما بها، يستطيع ممثل الإعسار أن يطالب بالوفاء أو بالتعويضات من هذا الطرف. وحيثما لا يفي الطرفان بالتزاماتهما أو لم يفيا تماما بالتزاماتهما، فمن السمات المشتركة في كثير من قوانين الإعسار أن يتدخل ممثل الإعسار في تلك العقود، حيث يختار ما بين رفض تلك العقود و إنهائها أو مواصلة العمل بها (ويحتمل بعد ذلك إحالة تلك العقود).

ولحين استمرار أو إنهاء أي عقد، من المستصوب أن يطلب إلى ممثل الإعسار [الحوزة] أن يسدد أية استحقاقات جرى تسلمها بموجب العقد.

٨٦ - ومع التطور في أي اقتصاد، فإن مزيداً من ثروته يصبح عرضة لاحتوائه في عقود أو التحكم فيها بعقود بدلا من كونها مالاً عقارياً. ونتيجة لذلك، فإن معاملة العقود في مجال الإعسار تعتبر ذات أهمية بالغة. وهناك صعوبتان عامتان في استنباط سياسات قانونية في هذا الصدد. الصعوبة الأولى هي أن العقود خلافا لجميع الموجودات الأخرى في حوزة المعسر مرتبطة عادة بالتزامات أو مطالبات. وهذا يعني أنه في أغلب الحالات يجب على حوزة المعسر أن تفي بالعقد أو تدفع مالاً لكي تتمتع بالحقوق التي يحتمل أن تكون موجودات قيِّمة. وتكون النتيجة أنه يجب اتخاذ قرارات صعبة بشأن معاملة أي عقد من العقود بغية إحراز أعظم قيمة للحوزة. ومن المعهود أن يُكلَّف ممثل الإعسار بإجراء هذا التقييم. وفي بعض الاختصاصات القضائية، تُعتَبَر موافقة المحكمة مطلوبة أيضا.

٨٧ - إن تحقيق أهداف تعظيم قيمة الحوزة وتقليل الالتزامات وتمكين المنشأة، لدى إعادة التنظيم، من مواصلة بقائها ومواصلة شؤونها إلى أقصى درجة ممكنة بطريقة غير منقطعة، قد يستلزم الاستفادة من تلك العقود التي تعتبر مفيدة وتسهم في القيمة وترفض تلك التي تعتبر مثقلة بالالتزامات أو تلك حيثما تتجاوز التكلفة الجارية فائدة العقد. وكمثال لذلك، عند وجود عقد من العقود حيث يكون المدين قد اتفق على شراء سلعة محدَّدة بسعر يبلغ نصف سعر السوق وقت الإعسار، من الواضح أنه من مصلحة ممثل الإعسار أن يظل يشتري بالسعر الأدنى وأن يبيع بسعر السوق. ومن الطبيعي أن الطرف المقابل يود أن يخرج مما يعتبر الآن اتفاقاً غير مربح، بيد أنه لا يسمح له في كثير من النُظُم بالقيام بذلك، رغم أنه قد يحق له أن يتلقى تأكيداً بأنه سيدفع له ثمن العقد بالكامل.

٨٨ - بيد أن هناك عدداً من المصالح المتنافسة التي يحتاج إنجاز هذه الأهداف في مواجهتها إلى نوع من التوازن. وهذه تشمل الشواغل الاجتماعية التي يطرحها بعض أنواع العقود مثل عقود العمل (أنظر ...)، وتأثير قدرة ممثل الإعسار على التدخل في شروط العقد غير الموفى به بشأن القدرة على التنبؤ بالعلاقات التجارية والمالية وبشأن التكلفة وتوافر الائتمان (كلما اتسعت صلاحية ممثل الإعسار للتدخل في العقود، ارتفعت التكلفة وقل توافر الائتمان المحتمل). كما أن قدرة ممثل الإعسار على إنهاء عقود العمل، على سبيل المثال، قد تحد منها الشواغل التي توحيي بأن بالإمكان استخدام التصفية كوسيلة لإلغاء جوانب الحماية المقدمة للموظفين العاملين بموجب هذه العقود. وهناك أنواع أخرى من العقود تتطلب معاملة خاصة وتشمل المعاملات السوقية المالية (أنظر ...) والعقود المتعلقة بالخدمات الشخصية،

حيث تعتبر ذات أهمية خاصة هوية الطرف الذي يفي بالاتفاق سواء كان المدين أو موظفا لدى المدين. وهناك مسألة ذات صلة وهي الظروف التي قد يغيِّر فيها ممثل الإعسار الأحكام والشروط الواردة في العقود من النوع الذي يتطلب معاملة خاصة.

٨٩ - والصعوبة الثانية تتمثل في أن العقود لها أنواع مختلفة كثيرة. فهي تشمل العقود البسيطة من أجل بيع السلع؛ وعقود قصيرة الأجل أو طويلة الأجل لاستئجار الأراضي أو الأملاك الخاصة؛ وعقود شديدة التعقيد خاصة بحقوق الامتياز أو من أجل تشييد مرافق رئيسية أو إدارتها، وذلك ضمن أشياء أخرى كثيرة. وزيادة على ذلك، قد يكون المدين بموجب عقد من العقود إما المشتري أو البائع، مقدِّم الخدمات أو متلقي الخدمات، والمشاكل المطروحة في الإعسار قد تكون مختلفة جداً عند النظر إليها من جوانب مختلفة. وثمة حل مشترك يكمن في عرض قواعد عامة لجميع أنواع العقود والاستثناءات فيما يتعلق ببعض العقود الخاصة على النحو المطروق أدناه.

٩٠ - وفي حالة الإفلاس، تنقسم العقود إلى فئتين: عقود أُبرِمَت قبل الإعسار من المدين وعقود أُبرِمَت بعد بدء إجراء الإعسار. ويترتب على الإخلال بعقد من الفئة الأولى (أُبرِم قبل الإعسار) في كثير من القوانين نشوء مطالبة غير مكفولة بضمانة، عادة ما تدفع على أساس "التناسب". والإخلال بعقد في الفئة الثانية (عقد لاحق للإعسار) عادة ما يكون مطالبة أولى بشأن الأموال المتاحة، ولهذا تدفع بالكامل كمصروفات لإدارة الإعسار (أنظر "أولويات التوزيع"). ويحدث اجتياز الخط الفاصل بين النوعين عندما يسعى ممثل الإعسار إلى الوفاء بعقد سابق للإعسار استنادا إلى تقييم يتضمن أن الوفاء بالعقد سوف ينتج عائدات صافية أكبر من الإخلال بالعقد. فإذا استمر العقد على هذا النحو يصير معتمدا فعلاً، وفي كثير من قوانين الإعسار، يصير أي إخلال فيما بعد أيضا مطالبة ذات أولوية أولى خاصة بالإدارة.

٩١ - ومهما اعتُمد من قواعد فيما يتعلق بالاستمرار أو الإنهاء، من المستصوب أن يقتصر أي حق في استمرار أو إنهاء عقد على العقد في مجموعه، وبالتالي يمكن تجنب حالة حيثما يمكن لممثل الإعسار أن يختار أن يواصل بعض أجزاء من العقد وينهي أجزاء أخرى.

(أ) **الاستمرار**

٩٢ - تظهر نُهوج مختلفة إزاء استمرار العقود في مختلف قوانين الإعسار. فبعض قوانين الإعسار تشترط أن يتخذ ممثل الإعسار قرارا بالنسبة للاستمرار وأن يحدد موعداً نهائيا يجب

أن يتم في نطاقه؛ والإخفاق في التصرف خلال الفترة المحددة ينجم عنه اعتبار العقد مرفوضا. وبمقتضى قوانين أخرى لا تتأثر العقود ببدء إجراءات الإعسار ولذلك تظل الالتزامات التعاقدية مُلزِمة وتستمر القواعد العامة في قانون العقد منطبقة ما لم ينص قانون الإعسار صراحة على قواعد مختلفة يتم تطبيقها، كما في حالة الإنهاء وإبطال بنود الإنهاء التلقائي (أنظر أدناه).

٩٣ - وتُعَامَل العقود المستمرة معاملة الالتزامات الجارية على المنشأة المعسرة والتي يجب الوفاء بها، وتصبح جميع الالتزامات التعاقدية المشمولة في حوزة الإعسار التزامات لاحقة لبدء الإجراءات. وحيثما يكون المدين عاجزا عن الأداء بموجب عقد ما في وقت تقديم الطلب المتعلق بالإعسار، فإن المسألة الخاصة بالسياسة العامة تكمن فيما إذا كان من العدل الاشتراط على الطرف المقابل أن يظل يتعامل مع مدين معسر عندما كان هناك فعلا عجز عن الأداء سابق للإعسار. وتقضي بعض قوانين الإعسار، كشرط للاستمرار، أن يقوم ممثل الإعسار بمعالجة أية جوانب لعدم الوفاء بمقتضى العقد وأن يعطي تأكيدا بالنسبة للأداء مستقبلا، وذلك بتقديم سند أو ضمانة على سبيل المثال.

٩٤ - وتعامَل المطالبات الناشئة من الوفاء بالعقد بعد بدء إجراءات الإعسار في عدد من قوانين الإعسار كأنها مصروفات إدارية (أنظر ...) و تعطى الأولوية في التوزيع. وحيث أن منح مثل هذه الأولوية يشكل خطرا محتملاً لدائنين آخرين (الذين ستدفع لهم الأموال بعد الدائنين ذوي الأولوية)، من المستصوب ألا تستمر سوى العقود التي ستكون مربحة والعقود التي تعتبر أساسية لاستمرار عمل المدين. وحيثما يخل ممثل الإعسار باتفاق جرى استئنافه بعد انقطاع، يحق للطرف الذي أضير نتيجة للإخلال بالعقد أن يسعى لنيل حقوقه وسُبُل انتصافه بمقتضى الاتفاق عملا بالقانون الواجب التطبيق وغير المختص بالإعسار، ويحق له تقاضي التعويضات، التي قد تصنَّف أيضا على أنها مطالبة إدارية (في مقابل مطالبة غير مكفولة بضمان).

'١' إعادة التنظيم

٩٥ - في إعادة التنظيم، حيث يتمثل الهدف في تمكين المنشأة من البقاء واستمرار شؤونها قدر المستطاع، قد تكون مواصلة العقود التي تعتبر مفيدة للأعمال وتسهم في زيادة القيمة في غاية الأهمية.

٩٦ - ويدرج كثير من العقود بنداً ينص على أن بدء إجراءات الإعسار يشكل واقعة تقصير تعطي الطرف المقابل حقاً غير مشروط في الإنهاء أو التعجيل أو تعطيه حقا آخر. ويؤيد بعض القوانين سريان هذه البنود وفي حالة أن يسعى ممثل الإعسار إلى مواصلة العقد فإنه لن يكون بمقدوره أن يواصل العقد إلا إذا لم يقم الطرف المقابل باختيار، أو أمكن إقناعه بعدم اختيار، إنهاء العقد أو التعجيل به. وحيثما يستطيع طرف مقابل إنهاء عقد من العقود، قد يتيح قانون الإعسار آلية يمكن استخدامها لإقناع الطرف المقابل بمواصلة العقد، مثلما يحدث عندما يتيح الوفاء بموجب العقد أولوية لتسديد ثمن الخدمات المقدمة بعد بدء الإجراءات (في بعض قوانين الإعسار يوجد هذا كحكم عام يعالج بشكل نموذجي التكاليف المتكبدة بعد بدء الإجراءات باعتبارها أولوية أولى من الموجودات غير المثقلة بالتزامات).

٩٧ - وقد يجد النهج المؤيد لبنود الإبطال تأييدا بعدد من العوامل تشمل ما يلي: استصواب احترام الصفقات التجارية؛ وضرورة منع المدين من الوفاء بشكل انتقائي بالتزامات العقود التي تعتبر مربحة مع إلغاء عقود أخرى (وهي ميزة ليست متاحة للطرف المقابل البريء)؛ وأثر بند الإلغاء على المعاوضة؛ والاعتقاد بأنه إذا كانت المنشأة المعسرة غير قادرة بوجه عام على الوفاء، فمن المحتمل أن يعمل تأجيل إنهاء العقود على زيادة مستويات الدَين القائمة؛ وضرورة أن يكون بمقدور مبدعي الملكية الفكرية التحكم في استخدام تلك الملكية؛ وأثر إنهاء العقد على منشأة الطرف المقابل فيما يخص الممتلكات العامة غير الملموسة؛ وعدم استصواب الاضطرار إلى تحويل عقد إلى محال إليه قد لا يكون معروفا للطرف المقابل أو الذي لا يرغب الطرف المقابل التعامل معه في المشروع.

٩٨ - ويتضمن نهج ثانٍ أنه بمقدور ممثل الإعسار أن يواصل العقد حتى مع اعتراض الطرف المقابل، أي أن سريان القانون يبطل أي واقعة تقصير يسببها بدء إجراءات الإعسار، وبالسبب هذا ينشأ حق في إنهاء العقد أو التعجيل به. وقد يكون السماح لإبطال هذه البنود المتعلقة بالإنهاء والتعجيل في إجراءات إعادة التنظيم هاما للغاية من أجل نجاح الإجراءات حيث يعتبر العقد، على سبيل المثال، إجارة هامة أو ينطوي على استخدام الملكية الفكرية المجسَّدة في مُنتَج. وقد يعمل هذا أيضا على تحسين العائدات المحتملة من المنشأة؛ وتقليل قوة المساومة لدى مورِّدٍ أساسي؛ والحجز على قيمة عقود المدين من أجل منفعة الدائنين. وحيثما تنص قوانين الإعسار على جواز إبطال بنود الإنهاء، يجوز للدائنين أن يبادروا إلى اتخاذ إجراء وقائي لتجنُّب تلك النتيجة بإنهاء العقد قبل تقديم الطلب الخاص بإجراءات الإعسار (مع افتراض تقصير المدين بخلاف التقصير الذي يحدثه بدء الإجراءات). ويمكن تخفيف مثل هذه

النتيجة بالنص على أن ممثل الإعسار له صلاحية إعادة سريان تلك العقود، شريطة الوفاء بالالتزامات السابقة واللاحقة لبدء الإجراءات.

٩٩ - ورغم أن بعض الاختصاصات القضائية قد نفَّذَت نصوص أحكام تسمح بإبطال بنود الإنهاء، فإنها لم تصبح سمة عامة في قوانين الإعسار. وهناك توتر كامن بين تشجيع بقاء نشاط المنشأة المدينة الذي يتطلب الحفاظ على العقود وزيادة عدم القابلية بالتنبؤ والتكلفة الإضافية في المعاملات التجارية بإيجاد طائفة متنوعة من الاستثناءات للقواعد العامة. في حين أن هذه المسألة قد تتطلب موازنة دقيقة بين المزايا والمساوئ، هناك مع ذلك ظروف حيث تكون قدرة ممثل الإعسار على مواصلة العقود هامة للغاية لسير الأمور وإحراز النجاح في تنفيذ إعادة التنظيم وكذلك للتصفية وإن كانت بدرجة أقل حيث يراد بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ويمكن موازنة أي أثر سلبي لسياسة إبطال بنود الإنهاء بتوفير تعويض للدائنين الذين يمكنهم أن يبينوا أنهم قد عانوا أضرارا أو خسائر نتيجة استمرار العقد.

'٢' التصفية

١٠٠ - في إجراء التصفية، يحتمل أن يكون استحسان استمرار العقود أقل اهتماما مما هو في إعادة التنظيم، باستثناء الحالة حيث قد يضيف العقد قيمة للمنشأة أو لجزء خاص من الموجودات أو يعمل على ترويج بيع المنشأة كشركة عاملة. فاتفاق الإيجار، على سبيل المثال، حيث تكون القيمة الإيجارية أقل من القيمة السوقية ويتميز بأن أمامه فترة طويلة قبل انقضائه، قد يثبت أنه شيء أساسي لأي بيع مقترح للمنشأة أو أنها قد تباع لإيجاد قيمة للدائنين.

١٠١ - وتشمل الآراء التي تحبذ إبطال بنود الإنهاء في التصفية الحاجة إلى إبقاء المنشأة دون تجزئة لتعظيم القيمة في بيعها أو لزيادة إمكانات عائداتها؛ والحجز على قيمة العقد من أجل الدائنين بدلا من فقدانه للطرف المقابل؛ واستصواب التقاء جميع الأطراف في حسم التصرُّف النهائي في المنشأة. *[تبريرات أخرى؟]*.

'٣' الاستثناءات

١٠٢ - تنقسم الاستثناءات في صلاحية ممثل الإعسار مواصلة العقود بوجه عام إلى فئتين. وفيما يتعلق بالفئة الأولى، حيث يتمتع ممثل الإعسار بصلاحية إبطال نصوص الإنهاء، قد تحدث استثناءات معينة للعقود مثل العقود المالية قصيرة الأجل (على سبيل المثال، اتفاقات مبادلة الديون والعقود الآجلة). وتتصل الفئة الثانية بتلك العقود حيثما لا يمكن مواصلة

العقد، بغض النظر عن الكيفية التي يعامِل بها قانون الإعسار نصوص الإنهاء، وذلك لأن العقد لا يمكن مواصلته لأنه ينص على الوفاء من جانب المدين بالتزامات الخدمات الشخصية التي يتعذر الاستعاضة عنها (على سبيل المثال، مغنية أوبرا).

(ب) الإنهاء

'١' التصفية

١٠٣ -للأسباب العامة التي نوقشت في المقدمة أعلاه، من المرغوب فيه أن تكون لممثل الإعسار صلاحية إنهاء عقد لم يقم الطرفان كلاهما فيه بالوفاء تماما بالتزاماتهما.

١٠٤ -وقد تُعتَمَد آليات مختلفة لإنهاء العقد. فبمقتضى واحد من النُّهج يشترَط على ممثل الإعسار أن يتخذ إجراءً لإنهاء العقد، مثلما يحدث بتقديم إشعارٍ إلى الطرف المقابل بأن العقد سينتهي. وهذا النهج قد لا يحقق الأهداف الأساسية المنشودة في التيقُّن والقدرة على التنبؤ والتقدُّم بكفاءة في سير الإجراءات إذا لم يتخذ ممثل الإعسار إجراءً مناسباً من حيث التوقيت للإنهاء وسمح للمسألة بأن تظل دون حسم لبعض الوقت. وقد يؤدي هذا إلى تراكم مصروفات غير ضرورية (على سبيل المثال، إيجار الملك العقاري والملكية الشخصية المؤجرة من المدين يمكن أن تكون تكلفة إدارية كبيرة إذا لم يتم إنهاء الإيجار على الفور).

١٠٥ -وبمقتضى نهج ثانٍ قد يعتَبَر العقد منتهيا تلقائيا إذا لم يتخير ممثل الإعسار استمرار العقد خلال فترة زمنية محددة، قد تكون أطول في إعادة التنظيم مما هي في إجراء التصفية. وهذا النهج يهدف إلى ضمان التيقُّن بالنسبة للطرفين. وهو يشترط على ممثل الإعسار أن يتخذ إجراءً مناسباً من حيث التوقيت فيما يتعلق بالعقود القائمة وقت بدء الإجراءات ويتيح للطرف المقابل بعض اليقين بالنسبة لاستمرار وجود العقد خلال فترة معقولة بعد بدء الإجراءات *[هل من تبريرات أخرى؟]*

١٠٦ -وحيثما يتم إنهاء عقد من العقود، يعفى الطرف المقابل من الوفاء ببقية التزامات العقد، والمسألة الجدِّية الوحيدة التي يتعين البت فيها هي حساب تعويضات الأضرار غير المشمولة بضمانات والناجمة عن الإنهاء. ويصبح الطرف المقابل دائنا غير مكفول بضمان مع مطالبة تعادل مبلغ التعويضات عن الأضرار. وحيثما يتم الوفاء بالتزامات في العقد لفترة زمنية أثناء إجراءات الإعسار قبل إنهائه، قد تكون للطرف المقابل مطالبات بالنسبة للفترة قبل الإنهاء (التي قد تُصنَّف كمطالبة إدارية) وبالنسبة للأضرار الناجمة من الإنهاء.

'٢' إعادة التنظيم

١٠٧ - في إجراء إعادة التنظيم، قد تتعزَّز احتمالات النجاح بالسماح لممثل الإعسار أن يرفض العقود المثقلة بالأعباء. وهذه قد تشمل العقود حيثما تكون تكلفة الوفاء أعلى من المنافع التي يمكن تلقيها، أو كما في حالة عقد الإيجار غير المنقضي، على سبيل المثال، ويتجاوز سعر العقد القيمة السوقية.

١٠٨ - ومع ذلك، في حين قد يكون من المعقول في إجراء التصفية افتراض أن إخفاق ممثل الإعسار في اتخاذ قرار بخصوص عقد ما سوف يستلزم على الأرجح قرارا بالإنهاء، قد لا يكون نفس الافتراض دائما مناسبا في إجراء إعادة التنظيم. ففي إعادة التنظيم قد يكون من المناسب السماح لممثل الإعسار أن يتخذ قرارا بخصوص الإنهاء حتى وقت الموافقة على خطة إعادة التنظيم، شريطة تسديد ما يتم تلقيه من فائدة بمقتضى العقد وأن يكون بمقدور الطرف المقابل أن يُرغم على اتخاذ قرار في وقت أبكر حيث يكون مطلوبا أو مرغوبا فيه. ومن المستصوب أن تُعَالَج معاملة العقود الخاصة بطريقة أوضح في الخطة، ربما بوضع نصٍ مفاده أن تُعَامَل العقود التي لم تُعَالَج على هذا النحو كأنها مرفوضة تلقائيا عند الموافقة على الخطة.

'٣' الاستثناءات

١٠٩ - بغض النظر عن مدى الصلاحيات الممنوحة لممثل الإعسار في إنهاء العقد، قد تدعو الحاجة إلى استثناءات فيما يتعلق بعقود معيَّنة. وأحد الاستثناءات لصلاحية الإنهاء يتمثل في عقود العمل (أنظر (د) أدناه). ويمكن بشكل ملائم تطبيق تقييد مشابه على حالة اتفاقات الإيجار حيث يكون المدين هو المؤجر أو صاحب حق الامتياز أو حيث يكون المدين صاحب ترخيص الملكية الفكرية ويعمل إنهاء الاتفاق على إنهاء أعمال الطرف المقابل أو الإضرار بشدة بأعماله، وخصوصا عندما تكون الفائدة المتأتية للمدين طفيفة نسبيا. وحيثما يكون المدين مستأجرا، قد يكون من المستصوب وضع حدٍ أقصى على التعويضات الناجمة عن الأضرار (التي قد تكون مبلغا ماليا أو فترة زمنية محدَّدة يستحق بشأنها تسديد التعويضات) بحيث لا تطغى المطالبة بمقتضى إيجار طويل الأجل على مطالبات الدائنين الآخرين. وباستطاعة المؤجرين في العادة تخفيف الخسائر عن طريق إعادة تأجير الممتلكات.

(ج) الإحالة

١١٠ -يمكن لقدرة ممثل الإعسار على أن يتخير مواصلة العقود وإحالتها بغض النظر عن بنود الإنهاء التي أحدثت الإعسار أو التقييدات على التحويل الوارد في العقد، أن تنطوي على فوائد هامة تنفع حوزة الإعسار، وبالتالي المنتفعين بالمتحصلات المتأتية من التوزيع عقب التصفية. وقد تحدث ظروف مثل الحالة عندما يكون ثمن الإيجار المذكور بالعقد أقل من القيمة السوقية، وفي حالة أن ينتج عن إنهاء العقد ربح مفاجئ للطرف المقابل. فإذا أمكن مواصلة العقد وإحالته، فإن حوزة الإعسار وليس الطرف المقابل سوف تستفيد من الفرق بين ثمن العقد والسعر السوقي.

١١١- بيد أن هذه القدرة قد تقوض الحقوق التعاقدية للطرف المقابل في العقد، وقد تطرح قضايا تتسم بالإجحاف، خصوصا حيثما تكون للطرف المقابل سلطة لا تذكر أو سلطة منعدمة في اختيار المحال إليه. وإزاء هذه المسألة تتخذ نهوج مختلفة. فبعض قوانين الإعسار تحدد أن بنود عدم الإحالة تصبح لاغية وباطلة ببدء إجراءات الإعسار. وتشترط قوانين أخرى خاصة بالإعسار اتفاق الطرف المقابل أو جميع الأطراف في العقد الأصلي لكي تتسنى إحالة العقد أو النص على إنه يجوز لممثل الإعسار، إذا لم يوافق الطرف المقابل على الإحالة، أن يحيل بإذن من المحكمة إذا أمكن إظهار أن الطرف المقابل يحجم عن الموفقة دون سبب معقول. وهناك نهج آخر ينص على أن العقد يمكن إحالته إذا أظهر ممثل الإعسار للطرف المقابل أن المُحال إليه يستطيع الوفاء بشكل كاف بالتزامات العقد. وعندئذ يكون ممثل الإعسار حرا في إحالة العقد من استحقاق الحوزة. وهذا النهج يتفق مع النهج المتخذ في المادة ٩ من [مشروع] اتفاقية الأونسيترال بشأن إحالة المستحقات في التجارة الدولية. وفي حين يعتبر هذا الخيار الأخير ذا أهمية حاسمة لإجراءات التصفية في بعض البلدان، فإنه في بلدان أخرى يعتبر غريبا ومستبعدا تماما.

١١٢ -وبغض النظر عن صلاحيات ممثل الإعسار في إحالة العقود، لا يمكن إحالة بعض العقود لأنها تتطلب الوفاء بالخدمات الشخصية التي لا يمكن الاستعاضة عنها أو لأن الإحالة يحول دون إتمامها سريان القانون. ويمنع بعض البلدان، على سبيل المثال، إحالة عقود الشراء الحكومية.

(د) الاستثناءات العامة لسلطة مواصلة العقود وإنهائها وإحالتها

'١' عقود العمل

١١٣ -يتمثل واحد من الاستثناءات الهامة في عقود العمل. وهذه العقود رغم أنها ذات صلة هامة بإعادة التنظيم، تعتبر ذات صلة أيضا بإجراء التصفية حيث يحاول ممثل الإعسار أن يبيع

المنشأة كشركة عاملة. ويمكن الحصول على سعر أعلى إذا كان بمقدور ممثل الإعسار أن ينهي عقود العمل المثقلة بالأعباء أو لتحقيق تخفيض ضروري في قوة العمل لدى المنشأة المدينة. ومع ذلك، تثير العلاقة بين الموظف وصاحب العمل بعض المشاكل الصعبة للغاية في قانون الإعسار. فالمسألة ليست ببساطة هي العقد في حد ذاته، ولكنها في الأصل هي عقد ماثلٌ مثل أي عقد آخر، ولكن البنود الإلزامية عادة في قانون خاص بغير الإعسار هي التي تحمي وضع الموظفين. وهذه البنود قد تتعلق على سبيل المثال بالطرد غير المنصف، والمعدلات الدنيا للأجور المدفوعة والإجازة المدفوعة الأجر، وفترات العمل القصوى؛ وإجازة الأمومة، والمعاملة العادلة وعدم التمييز. ويتمثل السؤال الصعب عادة في مدى تأثير هذه البنود على الإعسار، طارحة مسائل تعتبر أوسع بكثير من إنهاء العقد وأولوية المطالبات المالية. ولهذه الأسباب، يتقيد عدد من البلدان بنظم خاصة لمعالجة حماية مطالبات الموظفين في الإعسار (أنظر مطالبات الدائنين ومعاملتهم) ولتجنب إجراءات الإعسار من أن تستخدم كوسيلة لإزالة حماية الموظفين، وعلى وجه التحديد تقييد قدرة ممثل الإعسار على إنهاء عقود العمل. وهذه قد تشمل قصر استخدام الصلاحيات على بعض الظروف المحددة مثل الحالة التي يكون فيها الأجر أكبر بكثير مما يتقاضاه الموظف العادي في المتوسط عن نفس العمل. وفي بعض البلدان ينص القانون على أن يتبع الموظفون المنشأة في حالة البيع كشركة عاملة في إجراءات التصفية وإعادة التنظيم على السواء، وفي بلدان أخرى في حالة إعادة التنظيم فحسب.

١١٤ -ولتعزيز شفافية نظام الإعسار، من المستصوب أن تذكر بوضوح في قانون الإعسار التقييدات على صلاحيات ممثل الإعسار في التعامل مع هذه الأنواع من العقود.

(هـ) التخلي عن الموجودات المثقلة بالالتزامات

١١٥ -بالإضافة إلى صلاحية إنهاء العقود، ينص بعض قوانين الإعسار على أن ممثل الإعسار يستطيع أن يتخلى عن موجودات أخرى مدرجة في الحوزة عندما تكون الموجودات مثقلة بالتزامات بطريقة تجعل الاحتفاظ بها يتطلب نفقات زائدة أو أن تكون غير قابلة للبيع أو ليست جاهزة للبيع أو إنها تؤدي إلى التزام مثقل بديون. وكما في حالة إنهاء عقد ما، فإن الحق في التخلي قد يرافقه بند يتعلق بمطالبات عن الأضرار المتكبدة نتيجة للتخلي عن الموجودات وقد ترافقه بنود تسمح بملكية الشيء الموجود ليعهد به إلى شخص آخر غير المدين.

(هـ) المقاصة والمعاوضة والعقود المالية[1]

'١' المقاصة

١١٦ - من المسائل الهامة التي تظهر في تصميم قانون للإعسار هي معاملة الدائن الذي يصادف أيضاً، وقت تقديم طلب لإجراءات التصفية، أن يكون مدينا للحوزة. فإذا طبق المبدأ الأساسي للمساواة في المعاملة للدائنين المتشابهين في أوضاعهم، سوف تكون النتيجة مباشرة نسبيا: سيكون بمقدور ممثل الإعسار أن يتلقى كامل المبلغ الذي يدين به الدائن وسوف تستوفى مطالبة الدائن عند تصفية الحوزة. بيد أن نهجا بديلا آخر يسمح للدائن، في هذه الظروف بأن يمارس حقوق المقاصة تجاه الحوزة بعد تقديم طلب من أجل التصفية، وأثر ذلك أن تستوفى مطالبة الدائن بالكامل، متوقفاً هذا على حجم مطالبة الدائن في الحوزة.

١١٧ - وهناك أسباب عديدة لماذا يعتبر من المناسب إدراج حق المقاصة في قانون للإعسار. والسبب الأول يخص الإنصاف: فبغض النظر عن أهمية المساواة في المعاملة بين الدائنين، يعتبر من غير العدل أن يرفض المدين أداء الوفاء إلى دائنٍ ولكن يُصر في نفس الوقت على الوفاء من ذلك الدائن. وإضافة إلى ذلك، يعتبر الحق في المقاصة، حيث أن كثيراً من الأطراف المقابلة هي مصارف، مفيداً بوجه خاص للنظام المصرفي، وبسبب الدور الهام للمصارف في خلق الائتمان، فإنها تعتبر لذلك ذات فائدة عامة الاقتصاد. وبفضل المهام الأساسية التي تضطلع بها المصارف (الإقراض وحفظ الودائع) فإن المصارف التي قامت بإقراض مدين معسر غالبا ما تجد أن لديها التزامات مالية إزاء المدين في شكل ودائع. ووجود حق في المقاصة لاحق لما بعد بدء الإجراءات، سوف يتيح للمصارف أن تقابل مطالباتها غير المسددة بودائع المدين حتى لو كانت هذه المطالبات المتبادلة ليست مستحقة بعد وواجبة الدفع. فالمقاصة تتيح للدائن أن يفلت من الصعوبات التي يخلقها إعسار المدين وبالتالي تساعد المقاصة على تجنب الأثر المتتالي للإفلاس، وكذلك تخفيف حالات تعرضه للخطر وتكاليف المعاملات وبالتالي تكلفة الائتمان.

١١٨ - ورغم أن هناك عدداً من المزايا لإتاحة المقاصة، فإنها تحتاج إلى أن توازن قُبالة بعض الآراء المناهضة لحق المقاصة. فالمقاصة الخاصة بالإعسار هي انتهاك لمبدأ المساواة وعدم

(١) المادة الموجودة في هذا الفرع مقتبسة بدرجة كبيرة من "إجراءات الإعسار المنظمة والفعالة: المسائل الرئيسية"، الإدارة القانونية، صندوق النقد الدولي، ١٩٩٩، الصفحات ٤٢ إلى ٤٤، ومقتبسة من"المبادئ والخطوط الإرشادية لنظم فعَّالة بشأن الإعسار وحقوق الدائنين"، البنك الدولي، نيسان/أبريل ٢٠٠١، الفقرات١٢١-١٢٥.

المفاضلة لأن الدائن مع استخدام المقاصة يسدد له المبلغ بالكامل. والمقاصة يمكن أن تستنفد موجودات المدين وتمنع إعادة التنظيم وخصوصا حيثما يفقد المدين سُبُل الاتصال بحساباته المصرفية أو أمواله النقدية و[أشياء أخرى؟].

١١٩ -والموقف الدولي فيما يتعلق بالمقاصة يعتبر معقدا. فهناك عدد صغير من البلدان لا يسمح بالمقاصة، إلا فيما يتعلق ببعض المعاملات وفيما يتعلق بمقاصات في الحسابات الجارية. وهناك قلة من البلدان وسعت حالات المقاصة في معاملاتها وأدخلت تشريعات خاصة بالمعاوضة التي لا تنطبق إلا على عقود محدده. ومن بين تلك الدول التي تسمح تقليديا بالمقاصة، هناك عدد صغير من الدول تفرض وقفا في إجراءات إعادة التنظيم، رغم سماحها باستثناءات تتعلق بالعقود المالية. أما قوانين الإعسار الأخرى فلا تتناول مسألة المقاصة.

١٢٠ -ويتفاعل حق المقاصة مع بنود أخرى في الإعسار في عدد من النواحي الهامة. وعلى سبيل المثال، فإن حق دائن ما في أن يطالب بالمنفعة الناتجة من مقاصة سوف يخضع لبنود الإبطال إذا وقع في زمن تقديم أو استلام الائتمان إلى المدين أو من المدين في فترة الاشتباه ذات الصلة وكان المدين معسرا في ذلك الوقت أو صار معسرا بسبب المقاصة. وقد يخضع هذا الحق أيضا إلى الإبطال حيثما يحدث بعد تقديم الطلب ببدء الإجراءات. وحيثما يسمح قانون الإعسار بوجه عام بإبطال بنود الإنهاء مما يسمح لممثل الإعسار أن يواصل عقودا غير موفى بها، لن يكون بمقدور الدائن سوى ممارسة حقوق المقاصة فيما يتعلق بالمطالبات النقدية المتبادلة حيث يوجد الحق في إبطال بند الإنهاء ويسمح للدائن صراحة أن ينهي العقد وأن يسوي هذه المطالبات بالمقاصة. وهذا يعتبر هاما بصفة خاصة في سياق المعاملات المالية قصيرة الأجل (أنظر ...).

'٢' العقود المالية والمعاوضة

١٢١ -إذ يتوقف الأمر على الكيفية التي يُعالِج بها نظام الإعسار المسائل المتعلقة بمعاملة العقود وحقوق المقاصة، فإنه قد يحتاج أو لا يحتاج إلى إدراج أحكام بخصوص بعض أنواع العقود المالية القصيرة الأجل، ومن بينها الاتفاقات الاستتباعية (على سبيل المثال، العملات أو المبادلات الخاصة بسعر الصرف). فالشروط الواردة في الاتفاقات الرئيسية التي يتزايد طابعها النموذجي والتي تحكم هذه المعاملات الفردية عادة ما تحتوي على أحكام تُمكِّن طرفا واحدا، لدى بدء إعسار الطرف الآخر، من أن يُعَوِّض (أنظر التعاريف) إجمالي مجموع مكاسبه وخسائره وجميع المبالغ غير المدفوعة بشأن المعاملات المنفصلة. وعادة لا تكون الأحكام الخاصة "بمعاوضة التصفية" (أنظر التعاريف) والتي تجمل جميع التزامات المدفوعات

المستقلة، لا تكون عادة فعَّالة إلا لدى إعسار واحد من الأطراف إذا تضمَّن قانون الإعسار سمتين. الأولى أنه يجب أن يسمح بالإنهاء (أو "التصفية") لجميع المعاملات القائمة بموجب الاتفاق بشأن إعسار طرف من الأطراف، والسمة الثانية، أنه يجب أن يسمح للطرف غير المعسر بأن يجري مقاصة لمطالباته قُبَالة التزامات الطرف المعسر.

١٢٢ -ولا تتضمن قوانين الإعسار في عدد من البلدان هاتين السمتين. وفيما يتعلق بالإنهاء، يتيح بعض الدول لممثل الإعسار أن يتخير مواصلة العقد انتهاكا لأحكام الإنهاء في العقد. وفيما يتعلق بالمقاصة، لا يسمح عدد من البلدان بمقاصة المطالبات المالية المستقلة التي ليست مستحقة السداد في وقت بدء الإجراءات.

١٢٣ -وكثير من البلدان التي لا تمتلك هذه القواعد العامة التي تنص على الإنهاء والمقاصة سويا، قد وضعت لنفسها استثناءات لقواعد الإعسار المعمول بها من أجل أغراض محدَّدة تسمح "بالمعاوضة في التصفية" فيما يتعلق بالعقود المالية. والسبب المنطقي لهذه الاستثناءات يتمثل في الأهمية المتزايدة لهذه المعاملات في السوق المالية العالمية ولأن سُبُل الوصول لهذه المعاملات سوف تكون مقيَّدة إذا لم يكن هناك تيقُّن بخصوص المعاوضة لدى إعسار واحد من الأشخاص. وبغض النظر عن هذه المزايا الهامة، ينبغي مراعاة أن هذه الاستثناءات الموضوعة، تُعَقِّد القانون وتسفر عن معاملة تفضيلية لأنواع معيَّنة من الدائنين.

٢ - ملخص وتوصيات - معاملة العقود

(١) الغرض من هذه الأحكام هو:

(أ) تمكين ممثل الإعسار من التدخل في العقود التي لم يوفَ بمضمونها أو لم يوفِ بها تماما كل من المدين وطرفه المقابل بهدف تعظيم القيمة وتقليل التزامات الحوزة؛

(ب) تحديد نطاق صلاحيات ممثل الإعسار للتدخل في العقود والحالات التي يمكن أن تمارس فيها؛

(ج) تحديد العقود التي ينبغي استبعادها من تلك الصلاحيات؛

(د) [...].

(٢) يجوز لممثل الإعسار أن يُنهي العقود التي لم يوفَ بها أو لم يوفِ بها تماما كل من المدين والطرف المقابل.

(٣) يجوز اتخاذ نهجين بخصوص الموعد الذي يصبح الإنهاء فيه نافذ المفعول:

(أ) عندما يقدِّم ممثل الإعسار إشعارا بالإنهاء [المزايا والمساوئ من الفقرة ... لكي تدرج هنا]؛ أو

(ب) تلقائيا في غياب قرار من ممثل الإعسار (أو المحكمة) لمواصلة العقد خلال فترة زمنية محددة، حيث يمكن تمديد الوقت المحدد أو تقليله بقرار من المحكمة [المزايا والمساوئ من فقرة ... لكي يُدرج هنا].

(٤) الإنهاء يثير مطالبة غير مضمونة بالتعويضات عن الأضرار الناجمة من الإنهاء.

(٥) في إجراءات الإعسار ينبغي أن يكون الحق في إنهاء فئات معيَّنة من العقود من بينها عقود العمل والعقود المالية و [...] محدودا. وينبغي أن تكون صلاحيات ممثل الإعسار فيما يتعلق بتلك العقود مذكورة بوضوح في قانون الإعسار.

(٦) يجوز لممثل الإعسار أن يتخير مواصلة العقود التي ستكون مفيدة للمنشأة وتضيف قيمة لحوزة الإعسار، باستثناء العقود المالية والعقود التي لا يمكن مواصلتها لأنها تتطلب من الدائن أن يفي بالخدمات الشخصية التي تتعذر الاستعاضة عنها و [...]. وينبغي أن تكون الأحكام بشأن مواصلة العقد والإحالة مشفوعة بتعويض الطرف المقابِل عن الأضرار التي سببها التقصير، إن وُجِد.

(٧) وحيثما يوجد بند في العقد له أثر إنهاء العقد مثل بدء إجراءات الإعسار:

(أ) قد يُعامَل هذا البند من ممثل الإعسار أو من المحكمة باعتباره باطلا ولاغيا؛ أو

(ب) يمكن لقانون الإعسار أن ينص على أن هذا البند باطل ولاغٍ؛ أو

(ج) لا يمكن التذرُّع ببند الإنهاء التلقائي كدفاع قُبَالة مطالبة ممثل الإعسار من أجل الوفاء بالتزامات العقد.

(٨) تصبح العقود التي يواصلها ممثل الإعسار التزامات في نطاق الحوزة ابتداء من بدء الإجراءات.

(٩) وباستثناء العقود التي لا يمكن إحالتها لأنها تتطلب الوفاء بالخدمات الشخصية التي يتعذر الاستعاضة عنها أو لأن الإحالة محظورة بسبب سريان القانون، يجوز لممثل الإعسار أن يُعامِل بندا خاصا بعدم الإحالة باعتباره باطلا وأن يحيل عقدا مستمرا رهنا بمراعاة اتفاق جميع الأطراف في العقد الأصلي.

(١٠) وحيثما لا توافق الأطراف الداخلة في العقد على الإحالة، يجوز للمحكمة مع ذلك أن توافق على إحالة العقد إذا كان مفيدا للمنشأة، أو يضيف قيمة لحوزة الإعسار، وتجد المحكمة أن المُحال إليه يستطيع الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

(١١) وباستثناء تلك الفئات من العقود الخاصة التي توجد لممثل الإعسار صلاحيات محدودة قِبَلها، ينبغي أن تكون صلاحيات ممثل الإعسار بالنسبة للإنهاء والاستمرار وإحالة العقود قابلة للممارسة دون حاجة للموافقة من المحكمة أو من الدائنين، بيد أنها تكون خاضعة للمراجعة من المحكمة عند تقديم طلب من طرف معني بالأمر.

دال – دعاوى الإبطال

١ – ملاحظات عامة

١٢٤ – يجوز أن تبدأ إجراءات الإعسار (في التصفية وإعادة التنظيم) على فترات مُطَوَّلة بعد أن يصبح المدين أولا على وعي بأن مثل هذه النتيجة لا يمكن إبطالها. وفي تلك الفترة المتداخلة، قد تكون هناك فرص هامة للمدين لمحاولة إخفاء موجودات من الدائنين، وتكبُّد التزامات مصطنعة، ومنح هبات للأقارب والأصدقاء، أو دفع مبالغ لبعض الدائنين مع استبعاد آخرين. وتكون نتيجة مثل هذه الأنشطة من حيث إجراءات الإعسار في آخر الأمر، إلحاق ضرر بعامة الدائنين غير المكفولين بضمانات، والذين هم ليسوا طرفا في هذه الدعاوى ولا يتمتعون بحماية الضمانة، وتقويض الهدف الأساسي للمعاملة العادلة لجميع الدائنين.

١٢٥ – ويتضمن كثير من قوانين الإعسار نصوصا تنطبق بأثر رجعي وتهدف إلى إبطال وإسقاط تلك المعاملات الماضية التي كان المدين المعسر طرفا فيها والتي كان لها أثر تخفيض صافي القيمة المالية المستحقة للمدين (على سبيل المثال، بتقديم موجوداتها كهبات أو إحالتها أو بيع الموجودات بثمن أقل من قيمتها التجارية العادلة) أو بإبطال مبدأ المشاطرة العادلة بين الدائنين من ذوي الفئة نفسها (على سبيل المثال، بتسديد دَين إلى دائن غير مكفول بضمان أو منح ضمانة رهنية إلى دائن يُعتَبَر خلافا لذلك غير مكفول بضمان عندما يظل دائنون آخرون غير مكفولين بضمان دون تسديد مبالغ لهم). وثمة هدف أساسي لصلاحيات الإبطال يتمثل في ضمان أن يتلقى الدائنون نصيبا عادلا من موجودات المدين المعسر بما يتفق مع الأولويات الموضوعة للوفاء. وبغض النظر عن هذا الهدف، من الأهمية ألا يغيب عن البال أن كثيرا من المعاملات التي قد تخضع لصلاحيات الإبطال هي عادية تماما ومقبولة عندما

تحدث خارج إطار الإعسار، بيد أنها تصبح مشتبها بها فحسب لأنها حدثت قريبا من بدء إجراءات الإعسار.

١٢٦ -وتدور نقاشات كثيرة حول قواعد الإبطال، وأساسا تدور حول مفعولها في الممارسة والقواعد الاعتباطية نوعا التي تُعتَبَر ضرورية لتعريف الفترات الزمنية ذات الصلة على سبيل المثال وطبيعة المعاملات التي يتعين إدراجها. ومع ذلك، فإن نصوص الإبطال يمكن أن تكون هامة لقانون الإعسار ليس فحسب لأن السياسة التي تستند إليها تُعتَبَر سليمة، بل أيضا لأنها قد تسفر عن استرداد الاستحقاق للدائنين بوجه عام، ولأن النصوص من هذا النوع تساعد على نشوء مدوَّنة لقواعد السلوك التجاري العادل، وهي جزء من معايير مناسبة من أجل الإدارة الرشيدة للكيانات التجارية.

١٢٧ -وكما هو الحال مع عدد من النصوص الأساسية في قانون للإعسار، من المستصوب التوصل إلى توازن، في وضع نصوص لصلاحيات الإبطال، بين الاستحقاقات الاجتماعية المتنافسة. وهذه قد تشمل قيمة الصلاحيات القوية لتعظيم قيمة الحوزة من أجل منفعة جميع الدائنين واحتمال تقويض القدرة على التنبؤ والتيقُّن في العقد. وعندما يشير التوازن إلى أن معاملة معيَّنة تعتبر ضارة، فإنها قد تصبح "قابلة للإبطال" من الناحية القانونية، أي تخضع لأن تُعامَل بأنها باطلة قانونا، ولهذا يجوز لممثل الإعسار أن يسترد الموجودات التي تَخَلَّص منها المدين أو تَخَلَّص من قيمتها وذلك من أجل منفعة الدائنين بوجه عام.

١٢٨ -وهناك نهوج مختلفة تُتخَذ إزاء تحديد المعاملات التي تخضع لأحكام الإبطال. وهناك نهج يُشَدِّد على الارتكان إلى المعايير المستقرأة الموضوعية من أجل تحديد ما إذا كانت المعاملات قابلة للإبطال. والسؤال المطروح، على سبيل المثال عمَّا إذا كانت المعاملة حدثت في غضون فترة محدَّدة قبل بدء إجراءات الإعسار (غالبا يشار إليها بأنها "الفترة المشبوهة") أو عمَّا إذا كانت المعاملة تحتوي على أي من الخصائص العامة المبيَّنة في القانون (على سبيل المثال، اشتراطات توفير القيمة المناسبة). وفي حين قد تكون المعايير المستقرأة بسيطة في تطبيقها، فإنها قد تسفر أيضا عن نتائج اعتباطية إذا جرى الارتكان إليها بشكل خالص. ولهذا قد تصبح المعاملات المشروعة والمفيدة التي تندرج في غضون الفترة المحددة باطلة، في حين قد تصبح المعاملات الاحتيالية أو التفضيلية التي تقع خارج الفترة المذكورة متمتعة بالحماية.

١٢٩ -وهناك نهج آخر يُشدِّد على المعايير الذاتية المختصة بكل حالة مثل ما إذا كان هناك دليل على اعتزام إخفاء موجودات عن أعين الدائنين، وما إذا كان المدين معسرا عندما

أجريت المعاملة، وما إذا كان الطرف المقابل يعرف بحالة الإعسار. وقد يتطلب هذا النهج المتفرد النظر بشيء من التفصيل في قصد الأطراف في المعاملة وفيما يشكِّل المسار المعتاد للتعامل فيما بينهم. وقد أدى نوع هذا النهج في بعض البلدان إلى كثير من الخصومة والتكلفة الزائدة على حوزة الإعسار. وبغية تجنب هذه التكاليف (أنظر ... أدناه)، اعتمدت بعض القوانين نهجاً خاصاً بالحد الزمني القصير فيما يتعلق بالفترة المشبوهة، مثل ٣ إلى ٤ شهور، مشفوعة بقاعدة اعتباطية مفادها أن جميع المعاملات التي تحدث خلال تلك الفترة تكون مشبوهة ما لم يكن هناك تبادل متعاصر تقريبا في القيمة بين أطراف المعاملة.

١٣٠ -وبغض النظر عمَّا إذا كان قانون الإعسار يعتمد أيًّا من هذين النهجين أو يعتمد نهجا وسيطا يسعى إلى تحقيق توازن بين الإثنين، فإنه من المقبول عموما أن تنطبق قواعد متشددة على المعاملات التي تتم لأطراف ذوي صلة (أي الأشخاص الذين لهم علاقة تجارية أو أسرية وثيقة بالمدين أو بدائنيه، المشار إليهم أحيانا بأنهم من المقرَّبين). وقد يوجد ما يبرر نظاماً أكثر صرامة على أساس أن هؤلاء الأطراف يحتّمَل أن يلقوا معاملة أفضل وربما تتاح لهم معرفة بأبكر موعد يصبح فيه المدين معسراً بالفعل.

(أ) أنواع المعاملات القابلة للإبطال

١٣١ -القصد من استعمال كلمة "المعاملة" هو الإشارة بوجه عام إلى طائفة عريضة من الوسائل التي يمكن بها التصرُّف في الموجودات، من بينها عن طريق التحويل أو الوفاء أو الضمانة الرهنية أو الكفالة أو الالتزام أو القرض أو التنازل أو إبراء الذمة.

١٣٢ -وتوجد في معظم النُظُم القانونية ثلاثة أنواع شائعة من المعاملات القابلة للإبطال، وهذه هي معاملات يُقصَد بها الاحتيال على الدائنين، ومعاملات منقوصة القيمة ومعاملات مع دائنين معيَّنين يمكن اعتبارها معاملات تفضيلية. وتوجد لبعض المعاملات خصائص لأكثر من فئة من هذه الفئات المختلفة، متوقفاً ذلك على الظروف الفردية لكل عقد. وعلى سبيل المثال، فإن المعاملات التي تبدو تفضيلية قد تميل إلى أن تتسم بصفة المعاملات الاحتيالية عند حدوثها حينما يكون المدين معسرا تقريبا، أو حيثما تترك المعاملات المدين بموجودات غير كافية لتسيير نشاطه التجاري. وبالمثل، فإن المعاملات المنقوصة القيمة قد تكون تفضيلية عندما يدخل فيها دائنون، وليس عندما تشارك فيها أطراف ثالثة. ولدى دراسة فئات المعاملات التي يتعيَّن إبطالها، قد يركِّز قانون الإعسار على الآثار المترتبة على المعاملة والعلاقة بين الأطراف المشاركة فيها. ويمكن إدراك وجاهة مثل هذا النهج، على سبيل المثال، في الحالة حيث يسعى مديرو المنشأة المدينة إلى الوفاء كاملا بجميع الالتزامات التي ضمنها هؤلاء

شخصيا وذلك في الفترة قبل بدء الإجراءات. وفي حين قد تبدو مسألة المدفوعات مقبولة، يتعيَّن النظر في أثر هذه المدفوعات.

١٣٣ -وتصبح الأنواع الثلاثة هذه من المعاملات قابلة للإبطال لعدة أسباب من بينها: لمنع الاحتيال (على سبيل المثال، المعاملات التي تهدف إلى إخفاء الموجودات من أجل الفائدة اللاحقة للمدين أو لفائدة الموظفين، أو أصحاب المنشأة المدينة أو مديريها)؛ ولمنع المحاباة، حيث يرغب المدين في إفادة بعض الدائنين على حساب الباقين؛ ولمنع الخسارة المفاجئة في القيمة من كيان المنشأة قبل فرض إشراف الإجراءات الخاصة بالإعسار؛ ولإنشاء إطار لإجراء تسوية خارج المحكمة - وسوف يعرف الدائنون أن ما يتم في آخر لحظة من تحويلات للموجودات أو وضع اليد عليها يمكن إبطاله وبالتالي يكون من المرجَّح العمل مع المدينين للوصول إلى تسويات عملية بدون تدخُّل المحكمة.

'١' المعاملات الاحتيالية

١٣٤ -المعاملات الاحتيالية هي تلك التي تقوم بها إدارة المنشأة المدينة بقصد إبطال أو عرقلة أو إرجاء الجهود التي يقوم بها الدائنون لتحصيل مطالبات، وذلك بتحويل الموجودات إلى أي طرف ثالث وراء متناول الدائنين، حيث يعرف الطرف الثالث بمثل هذا القصد. وعلى خلاف المعاملات الأخرى التي نُوقِشَت في هذا الفرع، فإن المعاملات الاحتيالية لا يمكن إبطالها تلقائيا بالرجوع إلى معيار موضوعي يتعلق بالفترة المشبوهة الثابتة بسبب الحاجة إلى إثبات قصد المدين. وكمسألة عملية، وبغية إثبات القصد، إذا لم يستطع المدين تفسير الغرض التجاري لمعاملة معيَّنة أنقصت قيمة الحوزة، فقد يكون من الأمور المباشرة نسبيا إظهار أن المعاملة تتسم بالاحتيال. وفي وضع قانون للإعسار، على النحو المذكور أعلاه، قد يكون من المستصوب الإشارة إلى أن المعاملات التي يُحتَمَل أن تكون احتيالية بمقتضى قانون الإعسار غالبا ما تُعتَبَر صحيحة تماما بمقتضى قانون خاص بعدم الإعسار.

'٢' المعاملات المنقوصة القيمة

١٣٥ -قد تصير المعاملات باطلة حيثما كانت القيمة التي تلقاها المدين نتيجة التصرف في أي من الموجودات إلى طرف ثالث إما قيمة إسمية أو أقل بكثير من القيمة الحقيقية لنوع الموجودات التي تم التصرف فيها وحيثما تكون المعاملة تمت خلال فترة زمنية محدَّدة قبل بدء إجراءات الإعسار. وتشترط بعض القوانين أيضا التوصل إلى نتيجة أن المدين كان معسرا

وقت حدوث المعاملة أو أنه صار معسرا نتيجة للمعاملة. وهذه المعاملات تشمل الدائنين والأطراف الثالثة.

'٣' المعاملات التفضيلية

١٣٦ -قد تتعرض المعاملات التفضيلية إلى الإبطال حيثما تكون المعاملة تمت خلال فترة محدَّدة وإن كانت عادة قصيرة نسبيا قبل بدء إجراء الإعسار مع دائن بسبب دَين من الديون، ونتيجة لهذه المعاملة يتلقى الدائن أكثر من نصيبه التناسبي المشروع في موجودات المدين. وكثير من البلدان يشترط أيضا وجود دليل يثبت الإعسار أو ما يقارب الإعسار عندما جرت المعاملة. والسبب المنطقي لإدراج هذه الأنواع من المعاملات داخل نطاق أحكام الإبطال هو أنها عندما تحدث قريبة جدا من بدء إجراءات الإعسار، يحتمل أن توجد حالة من الإعسار وهذه المعاملات تخل بالهدف الأساسي لمعاملة الدائنين معاملة عادلة.

١٣٧ -وقد تشمل أمثلة المعاملات التفضيلية المعاملات التي تتم بعد تقديم طلب يتعلق بإجراءات الإعسار ولكن قبل بدء الإجراءات، ما لم يؤذن بالمعاملة بمقتضى أحكام قانون الإعسار. وقد يكون من المستصوب لقانون الإعسار أن ينص على أنه حيثما تكون هذه المعاملات غير مأذون بها فينبغي أن تكون باطلة وليست قابلة للإبطال بغية تجنُّب النزاعات. ورغم أن الهبات في بعض الحالات قد تكون متسمة تماما بالبراءة ويجيزها القانون، فإنها قد تكون أيضا غير عادلة بالنسبة للدائنين وقابلة للإبطال باعتبارها معاملات احتيالية أو منقوصة القيمة أو تفضيلية. وقد تُعتَبَر المقاصة، في حين أنها غير قابلة للإبطال في حد ذاتها، مجحفة عندما تحدث خلال فترة زمنية قصيرة قبل تقديم الطلب من أجل بدء إجراء الإعسار ويترتب عليها أثر تغيير توازن الدَين بين الأطراف بطريقة تخلق أفضلية أو حيثما تنطوي على تحويل أو إحالة للمطالبات بين الدائنين من أجل إيجاد أنواع من المقاصة. وقد تخضع أيضا للإبطال حيثما تحدث المقاصة في ظروف غير عادية مثلما يحدث عندما لا يوجد عقد بين الأطراف من أجل المقاصة.

١٣٨ -ومن بين ما يقال من دفاع عن إدعاء المعاملة التفضيلية هو لإظهار أن المعاملة وإن كانت تبدو مخالفة للقانون، فإنها في الواقع متَّسقة مع الممارسة التجارية المعتادة ومتَّسقة خصوصا مع المسار العادي للتعامل التجاري بين أطراف المعاملة. وعلى سبيل المثال، لا يجوز إبطال الوفاء الذي يتم عند استلام البضائع التي تُسَلَّم بانتظام ويتم الوفاء عنها، حتى لو تم هذا خلال فترة قريبة من بدء إجراءات الإعسار، في حين أن الوفاء لدَين يستحق منذ فترة طويلة يمكن إبطاله. وهذا النهج يشجع مورِّدي البضائع والخدمات على مواصلة القيام

بالأنشطة التجارية مع مدين قد يعاني من مشاكل مالية مؤقتة، لكنه لا يزال يمارس نشاطا مجديا.

١٣٩ - ويجوز أن تكون المصالح الضمانية الصالحة بمقتضى القوانين التي تسمح بمنح ضمانة رهنية للدائنين قابلة للإبطال في إجراءات الإعسار في إطار فئات المعاملات الاحتيالية أو التفضيلية أو منقوصة القيمة. وعلى سبيل المثال، فإن منح مصلحة ضمانية قبيل الإعسار بوقت قصير، وإن كانت صحيحة، قد يرى أنها تحابي دون إنصاف دائنا معيَّنا على حساب الباقين. وحيثما يمكن منح مصلحة ضمانية على أساس عوض سابق أو على أساس دَين قائم (وهو ما يُسمَح به في بعض النُظُم القانونية ولا يسمح به في نُظُم أخرى) قد تكون أيضا غير صحيحة باعتبارها تحابي ذلك الدائن المحدَّد دون إنصاف.

(د) تثبيت الفترة المشبوهة

١٤٠ - يحدِّد بعض قوانين الإعسار بصراحة الفترة المشبوهة (على سبيل المثال، بأيام أو شهور كثيرة قبل بدء الإعسار) التي قد يتعرَّض فيها كل نوع من أنواع المعاملات هذه للإبطال. وفي قوانين أخرى، تُحَدِّد المحكمة الفترة المشبوهة بأثر رجعي بعد أن تكون الإجراءات قد بدأت. وفي تلك القوانين، غالبا ما يكون قرار المحكمة مستندا إلى تحقيق قضائي بشأن الموعد الذي توقَّف فيه المدين عن تسديد ديونه بالطريقة المعتادة ("توقُّف عن الدفع"). وهناك مسالة ذات صلة وهي ما إذا كانت الفترات المشبوهة المنصوص عليها في قانون الإعسار يمكن تمديدها من المحكمة في حالات مناسبة مثل الحالة عندما تكون المعاملات التي جرت خارج الفترات المشبوهة في ظروف تدعو للشك لها أثر تناقص قيمة الحوزة. وفي حين قد يسمح النهج المستند إلى قرار من المحكمة بدرجة معيَّنة من المرونة فيما يتعلق بالمعاملات التي تَعلَق بأحكام الإبطال، فإنها قد تؤدي أيضا إلى الإرجاء في الإجراءات ولا تعطي دلالة مؤكَّدَة أو واضحة للدائنين بشأن أنواع المعاملات التي يُحتَمَل أن تصبح باطلة. فإذا ما كانت المعاملات غير منتهية حيثما جرت في فترة زمنية غير محدَّدة قبل بدء إجراءات الإعسار وتخضع إلى تقدير المحكمة، يحتمل أن تكون هناك درجة أقل من السلامة في المعاملات التجارية والمالية.

١٤١ - وقد توجد لدى بعض النُظُم فترة مشبوهة واحدة بالنسبة إلى جميع أنواع المعاملات القابلة للإبطال، في حين يوجد لدى نُظُم أخرى فترات مختلفة متوقفا ذلك على عوامل مثل ما إذا كان الضرر الذي أصاب الدائنين مقصودا (أي احتيالياً)، وما إذا كان المحوَّل إليه من المطَّلعين على بواطن الأمور (أي شخص له علاقة مع العاملين في شركة أو علاقة أسرية

وثيقة مع المدين أو مع دائنيه). ولأن المعاملات الاحتيالية تنطوي على سلوك ضار غير قانوني بشكل مقصود، لا يُحدِّد كثير من قوانين الإعسار الفترة الزمنية التي قد جرت فيها هذه المعاملات لكي تكون قابلة للإبطال. وتثبت قوانين أخرى خاصة بالإعسار حداً زمنيا طويلا (الأمثلة تتراوح من سنة إلى ست سنوات) حيث تُحسَب الفترة المشبوهة من تاريخ بدء الإجراءات.

١٤٢ -وحيثما تشمل المعاملات التفضيلية والمعاملات المنقوصة القيمة دائنين من غير المطلعين على بواطن الأمور، قد تكون الفترة المشبوهة قصيرة نسبيا، ربما لا تتعدى عدة أشهر. ومع ذلك، حيثما يشترك في الموضوع المطلعون على بواطن الأمور المقربون من المدين، يعتمد كثير من البلدان النهج الذي يتضمن تطبيق قواعد متشدِّدة، بما في ذلك فترات مشبوهة أطول وانتقال عبء الإثبات من يد إلى أخري والاستغناء عن الاشتراطات التي تقضي بأن يكون المدين معسرا وقت المعاملة أو أن يصبح معسرا نتيجة للمعاملة.

(هـ) مسؤولية الأطراف المقابلة إزاء المعاملات الباطلة

١٤٣ -فيما يتعلق بكل نوع من أنواع المعاملات هذه، ينشأ تساؤل عمَّا إذا كان من الجائز إعفاء الطرف المقابل من المسؤولية وعمَّا إذا كان من المرغوب فيه إلغاء المعاملة. وقد يخضع مثل هذا القرار لاعتبارات مختلفة فيما يتعلق بكل نوع من المعاملة وسوف يستلزم موازنة متطلبات الإنصاف بالنسبة للأطراف البريئة إزاء الصعوبات في إثبات الدافع والعلم بالشيء والضرر الذي يصيب الدائنين، بمعزل عن الحالة الذهنية للطرف المقابل.

١٤٤ -وفي حالة المعاملات الاحتيالية، على سبيل المثال، يُعتَبَر على قدر من الأهمية مدى ما دفعه الطرف المقابل من قيمة كافية وكان على علم بالقصد الفعلي للمدين بأنه يحتال على الدائنين. وفي حالة المعاملات المنقوصة القيمة سيكون من الأهمية التساؤل عمَّا إذا كان أو لم يكن الطرف المقابل من المقرَّبين المطلعين على الأمور وكان على علم بالإعسار الفعلي أو الوشيك للمدين أو أن المدين كان من المحتمل أن يصبح معسرا نتيجة للمعاملة. وتسمح بعض قوانين الإعسار بالدفوع مثل أن يقوم الطرف المقابل في المعاملة بإعطاء قيمة، وكان على غير علم بالحقائق الهامة، في حين يشترط آخرون عودة الحوزة بغض النظر عن أية قيمة أعطاها فعلا الطرف المقابل وإن كانت مع بعض الحماية.

١٤٥ -وبالنسبة للمعاملات التفضيلية، قد تتخذ نهوج مختلفة. فبمقتضى أحد النهوج، حيثما يكون الدائن قد تصرَّف بحسن نية وليس لديه علم بأن المدين كان معسرا وقت

المعاملة أو أنه أصبح معسرا نتيجة للمعاملة، لا يخضع الدائن للمسؤولية ولا يلغي المعاملة. وهناك نهج آخر يعطي نفس النتيجة حيثما كانت المعاملة متعاصرة بدرجة كبيرة مع إنشاء مطالبة الدائن وأعقبها بعد ذلك توفير القيمة، أو حدثت في المسار المعتاد للنشاط التجاري للمنشأة.

١٤٦ -وحيثما يشارك في هذه المعاملات مطلعون على بواطن الأمور، قد تعتَمد قواعد متشدِّدة ويمكن تقييد قدرتهم على تقديم مطالبات في الإجراءات أو أن تخضع مطالباتهم لجميع الدائنين الآخرين.

(و) المعاملات الباطلة والممكن إبطالها

١٤٧ -حيثما تندرج معاملة في أي من هذه الفئات، فإن قوانين الإعسار إما أن تجعلها باطلة تلقائيا أو تجعلها قابلة للإبطال، متوقفا ذلك على المعيار المعتمد فيما يتعلق بكل فئة من فئات المعاملة. وعلى سبيل المثال، حيثما لا يشير القانون إلا للمعاملات الجارية في غضون فترة زمنية ثابتة محدَّدة ولا تشمل معايير ذاتية، يمكنه أن يحدِّد أن تكون تلك المعاملات باطلة. وحتى حيثما تكون المعاملة باطلة، قد يتعيَّن على ممثل الإعسار مع ذلك أن يتخذ إجراءاً لكي ينال تعويضا من الطرف المقابل.

١٤٨ -وفي تلك القوانين حيثما تكون المعاملة قابلة للإبطال، يُطلَب إلى ممثل الإعسار أن يقرر ما إذا كان إبطال المعاملة سوف يكون مفيدا للحوزة، مع مراعاة أركان كل فئة من فئات المعاملات القابلة للإبطال وكذلك نواحي التأخير في استرداد الموجودات المعنية أو استرداد قيمة الموجودات والتكاليف المحتملة للتقاضي. وهذا الرأي التقديري سيخضع عموما لالتزام ممثل الإعسار بتعظيم قيمة الحوزة، وقد يكون مسؤولا عن تقصيره في القيام بذلك.

١٤٩ -وحيثما لا يتخذ ممثل الإعسار إجراءً لإبطال بعض المعاملات، تعتَمد قوانين الإعسار نهوجا مختلفة إزاء مباشرة إجراءات الإبطال وإزاء الطريقة التي يمكن بها تمويلها حيثما لا توجد موجودات كافية في حوزة الإعسار للقيام بذلك. وبخصوص سير تلك الإجراءات، تسمح بعض القوانين للدائن أو للجنة الدائنين باتخاذ إجراء ليطلب إلى ممثل الإعسار رفع دعوى إبطال حيثما يبدو أنه من المفيد للحوزة القيام بذلك أو تسمح بعض القوانين أيضا للدائن نفسه أو للجنة الدائنين ببدء إجراء لإبطال هذه المعاملات، حيثما يوافق الدائنون الآخرون. وحيثما يُسمح بهذا الإجراء الأخير، تنص بعض القوانين على أن تُعَامَل الموجودات

أو القيمة التي يستردها الدائن كجزء من الحوزة؛ وفي حالات أخرى فإن أي شيء يُسترَد يمكن استعماله في المقام الأول للوفاء بمطالبة الدائن الذي يتخذ الإجراء.

١٥٠ -أما بالنسبة للطريقة التي يمكن أن تموَّل بها المعاملات، يقوم بعض البلدان بتوفير أموال عامة لممثل الإعسار لبدء دعاوى الإبطال. وفي بلدان أخرى، تموَّل هذه الإجراءات من حوزة المعسر. وهذا النهج الأخير قد يؤدي إلى منع استرداد الموجودات التي نُقِلَت من الحوزة مع القصد المحدَّد بترك الحوزة وفيها بضعة موجودات يُموَّل منها استردادها عن طريق دعوى إبطال. ويسمح بعض قوانين الإعسار لممثل الإعسار بإحالة الإجراء المتعلِّق بالقيمة إلى طرف ثالث أو بمفاتحة مُقرِضٍ لتسليف أموال لبدء إجراء الإبطال. ودعماً لاستخدام الآليات الأخيرة من الواضح أن هناك فروقا هامة بين البلدان في توفير الموارد العامة لهذا التمويل وحيثما لا توجد قدرة على تمويل دعاوى الإبطال من حوزة المعسر، يمكن لهذه النهوج البديلة أن تَعرِض، في حالات مناسبة، وسيلة فعَّالة لاستعادة القيمة إلى الحوزة.

(ز) المسائل الإثباتية

١٥١ -تعتَمِد قوانين الإعسار نهوجا مختلفة لإقامة أركان دعوى إبطال. وفي بعض القوانين، يُطالَب المدين بإثبات أن المعاملة لا تندرج في أي فئة من فئات المعاملات القابلة للإبطال. وفي قوانين أخرى، يُطالَب ممثل الإعسار أو أي شخص آخر يُسمَح له بالطعن في المعاملة، مثل الدائن، بأن يثبت وجود كل ركن في دعوى الإبطال. ويسمح بعض القوانين بأن ينتقل عبء الإثبات من يد إلى أخرى، حيثما يكون من الصعب مثلا على ممثل الإعسار إثبات القصد الفعلي للمدين بأن يحتال على الدائنين ما عدا عن طريق دلالات خارجية، أو مظاهر موضوعية أو غير ذلك من دليل ظرفي يشير إلى هذا القصد. وفي تلك القوانين ينتقل إلى الطرف المقابل في المعاملة عبء إثبات براءة الدافع لدى المدين.

٢ - ملخص وتوصيات - الإبطال

(١) الغرض من أحكام الإبطال هو:

(أ) تحديد الظروف التي تعتَبَر فيها بعض المعاملات التي جرت قبل إجراءات الإعسار ويشترك فيها المدين بأنها تنطوي على ضرر للدائنين لإنها كانت احتيالية أو إنتهكت مبدأ معاملة الدائنين معاملة عادلة؛

(ب) تمكين ممثل الإعسار بأن يتخذ إجراءات لإبطال تلك المعاملات؛

(ج) التمكين من استرداد الأموال أو الموجودات من الأشخاص المعنيين في المعاملات التي تم إبطالها؛

(د) التمكين من إعلان أن التزامات المدين الناشئة من المعاملات التي أُبطِلَت غير قابلة للتنفيذ.

البديل ١

(٢) يجوز لممثل الإعسار أن يتخذ إجراءات في المحكمة لكي يُبطِل المعاملة:

(أ) المعاملات المقصود بأن تُبطِلَ أو ترجئ أو تُعرقِل قدرة الدائنين على تحصيل قيمة المطالبات [بغض النظر عن الوقت الذي جرت فيه تلك المعاملات] [حيث جرت المعاملة خلال فترة [...] سنة على الفور قبل أو بعد بدء الإجراءات]؛

(ب) المعاملات بقيمة منقوصة جرت خلال فترة [...] [شهرا] [سنة] على الفور قبل بدء الإجراءات [في وقت كان المدين فيه معسرا أو إذا أصبح المدين معسرا نتيجة للمعاملة]؛

(ج) المعاملات التفضيلية التي يدخل فيها الدائنون والتي جرت خلال فترة [...] شهرا على الفور قبل بدء الإجراءات [في وقت كان المدين فيه معسرا أو أصبح معسراً نتيجة للمعاملة]؛

(د) المعاملات المنقوصة القيمة التي يشترك فيها أشخاص لهم صلة أو معاملات تفضيلية يشترك فيها دائنون مطلعون مقربون وجرت خلال فترة [...] [شهرا] [سنة] على الفور قبل بدء الإجراءات [في وقت كان المدين فيه معسرا أو أصبح معسرا نتيجة للمعاملة].

البديل ٢

(٢) يتمثل نهج بديل في النّص على أن المعاملات المنقوصة القيمة والمعاملات التفضيلية على السواء يمكن إبطالها تلقائيا بالرجوع فحسب إلى فترة مشبوهة ثابتة.

(٣) يمكن للمحكمة أن تمدد الفترات الزمنية المشار إليها في الفقرة (٢).

(٤) ينبغي أن يحدِّد قانون الإعسار الأركان التي يتعيَّن إثباتها بغية إنشاء حالة للإبطال وكذلك الدفوع الممكنة لذلك الإجراء.

(٥) فيما يتعلق بالمعاملات الاحتيالية، يمكن اتخاذ نهجين:

(أ) يكون ممثل الإعسار قادرا على إثبات القصد الفعلي للمدين عن طريق دلالات خارجية، ومظاهر موضوعية، أو دلائل ظرفيه أخرى؛ أو

(ب) يُطلَب إلى الطرف المقابل أن يثبت الدافع البريء للمدين.

(٦) يمكن لقانون الإعسار أن يوفِّر نهوجا بديلة لتغطية الحالات حيثما لا يسعى ممثل الإعسار إلى دعاوى إبطال. وهذه قد تشمل السماح للدائنين الأفراد أو للجنة الدائنين بالسعي إلى إجراءات أو *[*تدابير أخرى يتعيَّن إدراجها*]*.

(٧) المعاملات الجارية بعد بدء الإجراءات ينبغي أن تكون باطلة ما لم يؤذن بها من ممثل الإعسار أو من المحكمة والموجودات المحالة تخضع للاسترداد.

رابعا– إدارة الإجراءات

ألف – حقوق المدين والتزاماته

١ – ملاحظات عامة

(أ) مراقبة إدارة المدين

'١' التصفية

١٥٢ –بمجرد بدء إجراءات التصفية، يقتضي صون حوزة المعسر تدابير شاملة لحماية الحوزة، لا من إجراءات الدائنين فحسب (أنظر أعلاه ...) بل وأيضا من المنشأة المدينة أو من مديريها أو من أصحابها[٢]. ولهذا السبب، تلجأ قوانين كثيرة بشأن الإعسار إلى تجريد المدير من جميع الحقوق في إدارة وتسيير المنشأة وتعيين ممثل للإعسار لتولي جميع المسؤوليات التي تم تجريدها. وهذه المسؤوليات قد تشمل الحق في رفع الدعاوى القانونية أو تولي الدفاع فيها باسم الحوزة، والحق في تسلُّم جميع المدفوعات الموجَّهة إلى المدين. وبمجرد بدء إجراءات التصفية، تكون أي تصرفات يقوم بها المدين وتضر بالحوزة باطلة عادة.

(٢) لأن قانون الإعسار يشمل المنشآت التي يديرها أنواع مختلفة من الكيانات، سواء أكانت أفراد أو شركات أو شكل ما من أشكال الشركة، فإن مسألة الدور المستمر للمدين يطرح تساؤلات عن دور إدارة المنشأة المدينة أو أصحابها، متوقفا ذلك على الظروف. ولسهولة الاطلاع على المرجع، يشير الدليل فحسب إلى "المدين" بيد أن المقصود أن يشمل استخدام هذا المصطلح، حسب الاقتضاء، إدارة المنشأة المدينة وأصحابها.

١٥٣ -وحيثما يتقرر أن أنجع وسيلة لتصفية الحوزة هي بيع المنشأة كشركة عاملة، ينص بعض القوانين على أن يُشرف ممثل الإعسار وأن تكون له المراقبة الشاملة على المنشأة في حين يسمح للمدين بأن يُعزِّز قيمة المنشأة وأن ييسر بيع الموجودات بمواصلة تقديم الخدمات والنصح. وهذا النهج يمكن دعمه بالمعرفة التفصيلية للمدين عن المنشأة التابعة له والسوق أو الصناعة ذات الصلة وكذلك العلاقة القائمة مع الدائنين. وفي إطار هذا النهج، فإن أي تحويل لموجودات المدين التي تحدث بعد بدء الإجراءات والتي لا يأذن بها ممثل الإعسار أو المحكمة سوف تكون باطلة وأن تخضع الموجودات التي حوِّلت للاسترداد (أنظر ...). ويجوز أن يُعتَبَر ممثل الإعسار مسؤولا عن أية أفعال ضارة من جانب المدين أثناء فترة إشرافه.

'٢' إعادة التنظيم

١٥٤ -في حالة إجراءات إعادة التنظيم، ليس هناك نهج متفق عليه بشأن المدى الذي يمكن فيه أن تكون تنحية المدين هي التصرف الأنسب، أو بشأن الدور المتواصل الذي يجب أن يؤديه المدين. وفي كثير من الظروف تكون لدى المدين معرفة مباشرة وحميمة بأعمال المدين والصناعة التي تعمل في نطاقها. وتعتَبَر هذه المعرفة هامة بصفة خاصة في حالة منشآت الأعمال الفردية والشراكات الصغيرة وقد توفِّر أساساً للإدارة بأن تتيح الاستمرارية في المنشأة وبأن تؤدي دوراً في صنع قرارات الإدارة القصيرة الأجل. ويمكن أيضا أن تساعد ممثل الإعسار على أداء مهامه الوظيفية بمزيد من التفُّهم المباشر والكامل لسير أعمال المدين. ولأسباب مماثلة، كثيراً ما تكون إدارة المدين في وضع مناسب لاقتراح خطة لإعادة التنظيم ليوافق عليها الدائنون والمحكمة. وفي مثل هذه الظروف، قد تؤدي التنحية الكاملة للمدين، ورغم دوره في خلق الصعوبات المالية للمنشأة، إلى القضاء على الحافز في أنشطة المبادرة وتحمل المخاطرة وكذلك القضاء على الحافز لدى المدينين لبدء إجراءات إعادة التنظيم في مرحلة مبكِّرة، ليس هذا فحسب، بل إن تنحية المدين تقوِّض أيضا فرص نجاح عملية إعادة التنظيم.

١٥٥ -وقد يتطلب الأمر في استصواب أن يكون للمدين دور مستمر أن يتوازن هذا مع عددٍ من المساوئ المحتملة. وربما يفتقر الدائنون إلى الثقة في المدين بسبب الصعوبات المالية التي يواجهها (والدور الذي ربما لعبته الإدارة في تلك الحالة) وتحتاج الثقة إلى إعادة بناء إذا ما أريد إحراز النجاح في إعادة التنظيم. كما أن السماح للمدين بأن يواصل تسيير المنشأة بدون رقابة كافية على صلاحياته قد يعمل ليس فقط على زيادة انهيار الثقة، بل سوف يعمل أيضا على استعداء الدائنين. كما أن وجود نظام يتسم بأنه يؤيد المدين بشكل زائد سوف يسفر عن فتور شعور الدائنين إزاء الإجراء القضائي وعدم رغبتهم في المشاركة، مما يؤدي

بدوره إلى مشاكل في مراقبة سلوك المدين حيث يقضي قانون الإعسار أن يلعب الدائنون هذا الدور.وربما يشجع هذا أيضا على اتباع نهج معاكس للإجراء القضائي الخاص بالإعسار، مما يضيف إلى التكاليف والتأخير. وربما يكون للمدين جدول أعماله الخاص الذي يتعارض مع أهداف نظام الإعسار وخصوصا مع تعظيم العائدات من أجل الدائنين. وربما يتوقف النجاح في إعادة التنظيم على إرساء التغيير الذي قد لا ترغب الإدارة القائمة في عمله، وعلى الإدارة الحالية التي تتوفر لديها المعرفة والخبرة لاستخدام قانون الإعسار للعمل طوال فترة صعوباتها المالية. وهناك عامل ذو صلة يتعين النظر فيه وهو ما إذا كانت إجراءات الإعسار قد بدأت طواعية أو عن غير طواعية (وفي هذه الحالة ربما يكون المدين معاديا للدائنين).

١٥٦ -وتعتمد قوانين الإعسار نهوجا مختلفة لموازنة هذه الاعتبارات المتنافسة. ويتمثل أحد الخيارات في اعتماد نفس النهج المتبع في إجراء التصفية، مع إزالة الرقابة على المنشأة من المدين وإعادة وضعها لدى ممثل الإعسار. ومع ذلك فإن تنحية المدين تماما قد تسبب تعطل أعمال المنشأة وتحدث عواقب ضارة بسير أعمال المنشأة في مرحلة حاسمة في بقائها.

١٥٧ -وهناك نهج آخر يتمثل في وضع ترتيب تشاركي بين المدين وممثل الإعسار، حيث يشرف هذا الأخير على أنشطة المدين ويعتمد المعاملات الكبيرة ويواصل المدين تسيير شؤون المنشأة اليومية. وقد يحتاج هذا النهج إلى دعمه بقواعد دقيقة نسبياً لضمان وضوح الأمور فيما يتعلق بتقسيم المسؤولية بين ممثل الإعسار والمدين، ولكفالة التيقُّن بشأن كيفية مباشرة إعادة التنظيم. وقد يحتاج هذا النهج أيضا إلى دعم بالنص على أن يتخذ الدائنون إجراء مناسباً لضمان أن يكون الترتيب التشاركي فعَّالاً وناجعاً وذا كفاءة. وحيثما تعطى هذه الصلاحيات للدائنين أو للجنة الدائنين، قد يحتاج الأمر إلى تدابير حماية لتوقي احتمال إساءة الاستعمال من جانب دائنين يسعون إلى إحباط إجراءات إعادة التنظيم أو يسعون إلى كسب نفوذ دون وجه حق.ويمكن تحقيق الدرجة المطلوبة من الحماية بأن يُشتَرَط، مثلا، تصويت أغلبية مناسبة من الدائنين قبل السماح للدائنين باتخاذ إجراء لالتماس الإعفاء من الترتيب التشاركي.

١٥٨ -وحيثما يُعتَمَد هذا النهج ويوجد دليل على سوء إدارة أو استغلال جسيم للموجودات، أو على أن هدف إعادة التنظيم لم يعد أمرا واقعيا، فقد يكون من المستصوب أن يُنَص على أن تُنحِّي المحكمة المدين، بمبادرة منها أو بناءً على اقتراح من ممثل الإعسار أو ربما من الدائنين أو لجنة الدائنين.

١٥٩ -ويتمثل نهج ثالث في تمكين المدين من الاحتفاظ بسيطرة كاملة على تسيير الأعمال، مع ما يترتب على ذلك من عدم تعيين المحكمة ممثلا مستقلا بمجرد بدء الإجراءات (ويعرف باسم "المدين الحائز"). وهذا النهج قد تكون له ميزة تحسين فرص إحراز النجاح في إعادة التنظيم إذا أمكن الاعتماد على المدين في مواصلة أعمال المنشأة بطريقة أمينة وأن يحصل على الثقة والأمان والتعاون من جانب الدائنين. ومع ذلك قد يكون من المساوئ استخدام هذه العملية في حالات حيث يكون من الواضح أنه لا يُنتَظَر للعملية أن تنجح، أي حيث تستخدَم هذه العملية لتأخير وقوع ما لا بد منه، بما يؤدي إليه ذلك من الاستمرار في تبديد الموجودات، واحتمال أن تتصرف الإدارة بطريقة لا مسؤولة بل واحتيالية أثناء فترة الرقابة، مقوِّضَة بذلك عملية إعادة التنظيم وكذلك ثقة الدائنين. ويمكن التخفيف من هذه الصعوبات باتخاذ بعض تدابير الحماية مثل تعيين ممثل للإعسار للإشراف على تصرفات المدين أو إيجاد آلية تسمح للمحكمة (إما بمبادرة منها أو بناءً على طلب الدائنين) بتنحية المدين ووضع ممثل الإعسار بدلا منه أو بتحويل الإجراءات إلى التصفية وكذلك إعطاء الدائنين دوراً هاماً في المراقبة أو الإشراف على المدين. ومع ذلك، فإن هذا النهج معقَّد جداً ويتطلب دراسة مفصلة ليس فقط لأنه يعتمد على قواعد لإدارة رشيدة قوية وقدرة مؤسسية، بل أيضا لأنه يؤثر على عدد من الجوانب الأخرى لتصميم نظام خاص بالإعسار.

١٦٠ -ولمساعدة المدين على الاضطلاع بواجباته فيما يتعلق بالإجراءات بوجه عام، تسمح له بعض القوانين باستخدام مهنيين كالمحاسبين والمحامين والمثمنين وغيرهم من المهنيين حسب الضرورة، رهناً بالحصول على إذن بذلك. وفي بعض القوانين يُعطى هذا الإذن من ممثل الإعسار ويعطى في قوانين أخرى من المحكمة أو الدائنين.

١٦١ -المسائل المراد معالجتها:

[الوثيقة A/CN.9/504، الفقرة ٩٤ - بعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أنه من المستصوب التمييز بين الفترة التي تمتد من استهلال الإعسار إلى الموافقة على خطة إعادة التنظيم، هذا من ناحية والفترة اللاحقة لتلك الموافقة، من الناحية الأخرى. ورئي أنه وإن كان من المناسب في الفترة الأولى أن يضع التشريع قواعد محددة وأن ينص على إشراك ممثل مستقل للإعسار، فقد يكون من المستصوب، خلال الفترة اللاحقة للموافقة على الخطة وطيلة تنفيذها، اتباع نهج أكثر مرونة يمنح الأطراف استقلالاً أوسع نطاقاً بغية تعزيز فرص نجاح عملية إعادة التنظيم.*]*

(ب) توفير المعلومات

١٦٢ -لتيسير إجراء تقييم دقيق ومستقل لأنشطة المنشأة التي تتبع المدين بما في ذلك احتياجاته الفورية من السيولة ومدى استصواب توفير تمويل لاحق لبدء الإجراءات؛ وآفاق نشاط المنشأة ومدى قدرتها على البقاء في الأجل الطويل، وما إذا كانت الإدارة مؤهلة للاستمرار في إدارة المنشأة، يقتضي الأمر بوجه عام تزويدهم بمعلومات بشأن المدين وموجوداته ومسؤولياته ووضعه المالي وشؤونه. وليتسنى إجراء هذا التقييم في كل من نوعي إجراءات الإعسار، وإن كان على وجه الخصوص في إجراءات إعادة التنظيم، من المستصوب أن يبقى المدين ملزما بالكشف عن المعلومات المفصلة بخصوص أعماله وشؤونه المالية على مدى فترة كبيرة، وليس مجرد الفترة قرب بدء الإجراءات. ويمكن لهذه المعلومات التفصيلية أن تشمل توقعات الربح والخسارة؛ وتفاصيل التدفق النقدي؛ والمعلومات التسويقية؛ واتجاهات الصناعة؛ وكذلك المعلومات بشأن الأسباب وراء الحالة المالية للمدين والكشف عن المعاملات السابقة التي قد تكون قادرة على الإبطال بموجب أحكام الإبطال في قانون الإعسار. ورغم أنه ليس من الضروري أن يتناول قانون الإعسار بالتفصيل وبشكل جامع المعلومات التي يتعين تقديمها، يمكن لمثل هذا النهج أن يكون مفيدا لتوفير التوجيهات بالنسبة لنوع المعلومات المتوقع تقديمها. وفي هذا الخصوص، وَضَعَت بعض القوانين جداول زمنية للمعلومات المقننة التي توضح المعلومات المحدَّدة المطلوبة. وهذه المعلومات يتعين أن يستكملها المدين (مع جزاءات مناسبة للإدلاء بمعلومات زائفة أو مضلِّلة) أو يستكملها شخص مستقل أو مدير إعسار.

١٦٣ -ولضمان إمكان استخدام المعلومات المقدمة من أجل هذه الأغراض، فإنها تحاج إلى أن تكون مستوفاة بما استحدث ومستكملة ودقيقة ويمكن الاعتماد عليها ومن المستحسن أن الالتزام يتطلب تقديم المعلومات في أقرب وقت مستطاع بعد بدء الإجراءات. وحيثما يستطيع المدين تلبية هذا الالتزام فإنه قد يعمل على تعزيز ثقة الدائنين في قدرة المدين على مواصلة إدارة المنشأة.

١٦٤ -وحيثما لا يكون المدين شخصا طبيعيا، يمكن أن تُقدَّم المعلومات إلى ممثل الإعسار من الموظفين وغيرهم من الأطراف الأخرى ذات الصلة. ويتمثل نهج بديل آخر في مطالبة المدين نفسه (حيث يكون شخصا طبيعيا) أو واحد أو أكثر من مديري المنشأة المدينة لكي يُمَثِّل وأن يشارك في اجتماع أساسي للدائنين ليجيب عن أسئلتهم، فيما عدا إذا تعذر ذلك عمليا عندما يكون المديرون غير موجودين في المكان الذي قد تُعقَد فيه اجتماعات الدائنين.

١٦٥ -وغالبا ما تكون المعلومات المعنية حساسة من الناحية التجارية (مثل الأسرار التجارية) ومن المستصوب أن يتضمن قانون للإعسار أحكاماً لحماية المعلومات السرية لمنع إساءة استعمال تلك المعلومات من جانب الدائنين أو أي أطراف أخرى تكون في وضع تستفيد منه.

١٦٦ -وحيثما تُحجَب هذه المعلومات، قد تكون هناك حاجة إلى آلية ما للإجبار على توفير المعلومات ذات الصلة مثل "الفحص العام" لحالة المدين من جانب المحكمة أو ممثل الإعسار. وفي حالات أكثر خطورة في حجب المعلومات يفرض عدد من البلدان جزاءات جنائية.

١٦٧ -وبالإضافة إلى الالتزام المحدَّد لتقديم المعلومات، قد يفرض قانون للإعسار على المدين التزاما عاما بأن يتعاون معه وأن يساعد ممثل الإعسار على أداء واجباته.

(ج) حق الشخص في أن تُسمع دعواه

١٦٨ -بغية الحفاظ على ما يُعتَبَر في بعض البلدان حقوقا أساسية للمدين ولضمان معاملته معاملة عادلة وغير متحيِّزة، وكذلك لتشجيع ثقة المدين في الإجراء القضائي الخاص بالإعسار، من المستصوب أن يكون للمدين الحق في أن تُسمع دعواه في إجراءات الإعسار أو للمشاركة بوجه عام في اتخاذ القرار الذي يعتبر جزءاً ضروريا من الإجراءات. ومثل هذا الحق يتسق مع الاتفاقات الدولية والإقليمية مثل ما جاء في المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (١٩٧٦) وفي المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان).

١٦٩ -وحيثما تؤدي ممارسة الحق إلى شكليات وتكاليف قد تعرقل مسار الإجراءات دون أن تكون لها أية فائدة مباشرة للمدين، قد يكون من المستصوب تحديد الحق في الحالات حيث تكون للمدين مصلحة فيما يتعلق بحالته المالية وحقوقه الشخصية. وقد تكون الحال مثلا حيثما لا يكون المدين متاحاً بعد الآن في الاختصاص القضائي الذي تجري فيه الإجراءات ويرفض أو يفشل في الاستجابة لجميع المحاولات المعقولة من ممثل الإعسار أو المحكمة لإيجاد اتصال، فالاشتراط المطلق بأن تُسمع دعواه يمكن أن يعرقل بشكل خطير سير الإجراءات، إن لم يجعل الاضطلاع بها مستحيلاً. وفي حين من المستصوب النص على أن تُبذل جميع الجهود المعقولة للمدين لكي تُسمع دعواه، قد يحتاج قانون الإعسار إلى إبطال ممارسة الحق الذي يسفر عن إساءة الاستعمال مما يؤثر تأثيرا سيئا على الإجراءات.

(د) مسؤولية المدين

١٧٠ -عندما يصبح كيان المنشأة موسراً قادراً على الوفاء بالديون، عادة ما تدين الإدارة بالتزامها الأصلي لأصحاب المنشأة وسوف يحكم علاقاتها مع الدائنين اتفاقاتهم التعاقدية. بيد أن المنشأة عندما تصبح معسرة غير قادرة على الوفاء، يتغيَّر التركيز ويصبح الدائنون هم حملة الأسهم المالية الحقيقيون في المنشأة، متحملين المخاطرة وأي خسارة متكبَّدة حيث تواصل المنشأة المدينة نشاطها التجاري. ويُعتَبَر سلوك وتصرُّف أصحاب المنشأة وإدارتها في المقام الأول مسألة قانونية وسياسة عامة خارج نظام الإعسار. وليس من المستصوب أن يُستخدَم قانون الإعسار لتدارك عيوب في مجال التنظيم القانوني أو لحماية سياسات الإدارة الرشيدة وإن كان بعض قوانين الإعسار يتضمن التزاما ببدء إجراءات الإعسار في مرحلة مبكرة من الصعوبة المالية (أنظر "تقديم الطلب وبدء الإجراءات"). فإذا كانت عاقبة السلوك والتصرفات الماضية للأشخاص المتصلين بكيان منشأة معسرة هو الضرر أو الخسارة الواقعة على الدائنين لكيان المنشأة (على سبيل المثال، عن طريق الاحتيال أو التصرُّف غير المسؤول)، قد يكون من المناسب لقانون الإعسار أن ينص على إمكان استرداد قيمة الضرر أو الخسارة. وهذا قد يمتد ليشمل صلاحيات التحقيق والاستجواب.

٢ - ملخص وتوصيات - حقوق المدين والتزاماته

(١) الغرض من هذه الأحكام هو [...].

(٢) في إجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم على السواء، يحق للمدين أن [يُستَمَع إليه بشأن أي مسألة تتعلق بالإجراءات] [المشاركة في اتخاذ القرار] شريطة ألا ينتج عن ممارسة هذا الحق إساءة استعمال للإجراء القضائي الذي من شأنه أن يؤثر تأثيرا سيئا على السير العاجل للإجراءات.

(٣) في إجراءات التصفية وإعادة التنظيم، ينبغي تحديد التزامات المدين تحديداً واضحاً في القانون. وهذه يمكن أن تشمل ما يلي:

(أ) التزاماً من شأنه بوجه عام أن يتعاون مع ممثل الإعسار ويساعده على أداء واجباته؛

(ب) التزاماً بأن يزوِّد المحكمة وممثل الإعسار، وحسب الاقتضاء لجنة الدائنين، بالمعلومات الجارية والدقيقة والموثوقة المتعلقة بوضعه المالي وشؤونه بوجه عام.

(٤) أما المعلومات التي يتعين أن يقدمها المدين فتشمل: [بيان بالموجودات والالتزامات؛ وكذلك معلومات بشأن الأسباب والدواعي للوضع المالي للمدين والإفصاح عن المعاملات الماضية التي يتسنى بها الإبطال بموجب أحكام الإبطال في قانون الإعسار و *[...]*]. وتشمل المعلومات الإضافية ذات الأهمية الخاصة لإعادة التنظيم ما يلي: *[*تقديرات الربح والخسارة؛ تفاصيل التدفق النقدي؛ معلومات التسويق؛ اتجاهات الصناعة*]*. وينبغي أن تُقَدَّم المعلومات في أقرب وقت مستطاع بعد بدء الإجراءات.

(٥) حيثما يفشل المدين في توفير المعلومات ذات الصلة، ينبغي أن يشمل قانون الإعسار تدابير بديلة للحصول على المعلومات الضرورية. وهذه قد تشمل أن يُفرض على المدين التزام بأن يخضع لاستجواب من ممثل الإعسار أو المحكمة بخصوص موجوداته وشؤونه.

(٦) حيثما تكون المعلومات المقدمة من المدين حساسة من الناحية التجارية، ينبغي أن يعتمد قانون الإعسار أحكاما خاصة بالسرية لحمايتها.

(٧) في إجراءات التصفية، ينبغي أن يقوم بإدارة [حوزة الإعسار] [المنشأة المدينة] ممثل الإعسار. وحيثما يتقرر أن أفعل وسيلة لتصفية الحوزة تتمثل في بيع المنشأة كشركة عاملة، ينبغي أن يُشرف ممثل الإعسار على ذلك وأن تكون له رقابة عامة شاملة على المنشأة، ويجوز له أن يشرك إدارة المنشأة المدينة للمساعدة في سير أعمال المنشأة إذا كانت هذه المشاركة مفيدة للإجراءات.

(٨) في إجراءات إعادة التنظيم، يجوز أن يقوم بإدارة [حوزة الإعسار] [المنشأة] بموجب ترتيب تشاطري بين المدين وممثل الإعسار، حيث يشرف ممثل الإعسار على ذلك وتكون له رقابة عامة على [الحوزة] [المنشأة] ويوافق على المعاملات الهامة، في حين تواصل المنشأة المدينة تسيير الأعمال بصفة يومية، بيد أنها لا تستطيع التصرف في موجودات حوزة الإعسار ولا تستطيع أن تدخل في التزامات تُلزِم الحوزة. وينبغي أن يشمل قانون الإعسار قواعد محدَّدة بخصوص كيفية تقسيم مسؤوليات الأطراف في هذه المشاطرة.

(٩) حيثما يكون هناك مشاطرة بين ممثل الإعسار والمدين ويوجد دليل يشير إلى إساءة إدارة أو إساءة استغلال جسيمة للموجودات من جانب المدين أو إلى أن

هدف إعادة التنظيم لم يعد أمراً واقعيا، يمكن تنحية المدين تماما بناءً على مبادرة من المحكمة أو باقتراح من ممثل الإعسار أو بناءً على اقتراح من الدائنين أو لجنة الدائنين أو أن تحوَّل الإجراءات إلى إجراءات تصفية.

(باء) حقوق ممثل الإعسار والتزاماته

١ – ملاحظات عامة

١٧١ –تشير قوانين الإعسار إلى الشخص المسؤول عن إدارة إجراءات الإعسار بعدد من الألقاب المختلفة، من بينها المديرون، أو الأمناء المستعهدون، أو مأمور التصفية، أو المشرفون أو الحُرَّاس القضائيون أو الأوصياء أو المديرون المسؤولون أو المديرون القضائيون، أو المفوَّضون المنتدبون. ويُستَخدَم مصطلح "ممثل الإعسار" في هذا الدليل ليشير إلى ذلك المدير بالمعنى العريض دون تمييز بين مختلف المهام التي قد تؤدى. فممثل الإعسار قد يكون فرداً أو في بعض الاختصاصات القضائية قد يكون هيئة اعتبارية أو أي كيان قانوني مستقل آخر.وسواء عُيِّن ممثل الإعسار من الدائنين أو المحكمة أو إدارة أو وكالة حكومية أو سلطة عامة أو سلطة قانونية أو من المنشأة المدينة، فإنه يؤدي دوراً رئيسيا في التنفيذ الفعَّال لقانون الإعسار، مع صلاحيات معيَّنة على الدائنين وعلى موجوداتهم وفي الاضطلاع بواجب حمايتهم وحماية قيمتها وضمان أن يُطبَّق القانون بشكل فعَّال ونزيه.

١٧٢ –ونظراً لأن ممثل الإعسار لديه عادة معظم المعلومات المتعلقة بحالة المدين، فإنه يكون في أفضل وضع لاتخاذ قرارات مستنيرة بشأن سير إجراءات الإعسار. وهذا لا يعني أن ممثل الإعسار بديل للمحكمة، حيث أن المحكمة يُطلَب منها بوجه عام أن تفصل في النزاعات الناشئة في سير الإجراءات وغالباً ما تُطلَب موافقة المحكمة في عدد من مراحل الإجراءات. وحتى في البلدان التي يكون فيها دور المحكمة في إجراءات الإعسار محدوداً، هناك حد لمدى السلطة التي تُمنَح عادة لممثل الإعسار.

(أ) المهام التي يتعيَّن أن يؤديها ممثل الإعسار

١٧٣ –غالبا ما تحدِّد قوانين الإعسار الصلاحيات والواجبات التي سوف تُعطى لممثل الإعسار لممارستها إزاء المدينين وإزاء موجوداتهم. ورغم أن بعض هذه الواجبات قد تكون ذات أهمية للتصفية أكثر من أهميتها لإعادة التنظيم، فإنها قد تشمل عادة ما يلي:

'١' التصرف بصفة ممثل لحوزة الإعسار[٣].

'٢' التمتع بالأهلية الخالصة لأن يرفع الدعاوى وترفع عليه نيابة عن حوزة الإعسار؛

'٣' اتخاذ جميع الخطوات اللازمة للحفاظ على أي أصول تشتمل عليها حوزة الإعسار وإبقائها في حالة معقولة؛

'٤' تسجيل حقوق الحوزة (حيثما يكون التسجيل لازماً لإثبات حقوق الحوزة إزاء المشترين حَسَنِي النيَّة)؛

'٥' استبقاء محاسبين ومحامين ومُثَمِّنين وغيرهم ممن يلزم من المهنيين لمساعدة ممثل الإعسار في أداء واجباته؛

'٦' استجواب المدين وأي شخص كانت له معاملات مع المدين من أجل التحقيق في الشؤون المالية للمدين وإثبات وجود ومكان ومدى وظروف أية موجودات يرى ممثل الإعسار إدراجها في حوزة الإعسار؛

'٧' التقدُّم بطلب إلى المحكمة لاستصدار أمر يُلزِم أي شخص بتسليم أي أصول من الموجودات في حوزة الإعسار أو يمنع أي شخص من التصرف في أي أصول موجودة في حوزة الإعسار؛

'٨' فحص المطالبات وقبولها وإعداد بيان بالمطالبات المقبولة والمطعون فيها؛

'٩' تلبية الطلبات المعقولة للحصول على معلومات بشأن حوزة الإعسار أو بشأن إدارتها، باستثناء ما تضع المحكمة تقييدا عليها؛

'١٠' تقديم تقارير دورية إلى المحكمة تتضمن تفاصيل عن سير الإجراءات. ويتعين أن يحتوي التقرير، على سبيل المثال، تفاصيل الموجودات التي بيعَت أثناء الفترة المعنية، والأسعار المتحصل عليها ومصروفات البيع وما قد تتطلبه المحكمة أو ما قد تتطلبه بشكل معقول لجنة الدائنين من معلومات؛ والمبالغ المستلمة والمنصرفة؛ والموجودات المتبقية التي يتعين إدارتها؛

(٣) للاطلاع على تعريف لاستخدام مصطلح "الحوزة" في الدليل، أنظر تحت حوزة الإعسار والمَسرَد.

'١١' حضور اجتماعات الدائنين ولجنة الدائنين وتقديم التقارير إلى الدائنين عن تشغيل حوزة الإعسار. ويجوز أن يُحدِّد قانون الإعسار التفاصيل التي يتعين إدراجها في هذه التقارير؛

'١٢' بيع الموجودات التي تشتمل عليها حوزة الإعسار بأفضل سعر يمكن بشكل معقول الحصول عليه في السوق؛

'١٣' إغلاق الحوزة دون تأخير وبكفاءة ووفقا لما يخدم على أفضل وجه مصالح مختلف أطراف القضية؛

'١٤' وتقديم تقرير ختامي وكشف محاسبي إلى المحكمة عن إدارة حوزة الإعسار.

(ب) اختيار وتعيين ممثل الإعسار

١٧٤ - في بعض الاختصاصات القضائية، تقوم المحكمة باختيار ممثل الإعسار وتعيينه والإشراف على أعماله. وفي اختصاصات قانونية أخرى، يقوم مكتب أو جهة مستقلة باختيار ممثل الإعسار بعد أن توجِّهُها المحكمة إلى ذلك، وتكون مسؤولة عن التنظيم العام لجميع ممثلي الإعسار. ويتزايد اعتماد هذا النهج في قوانين الإعسار ويسمح بتعيين سلطة للاستفادة من الفنيين الذين تتوفر لهم الخبرة الفنية والمعرفة للتعامل مع ظروف قضية محدَّدة - ولتكن طبيعة أعمال المنشأة المدينة أو أنشطة أخرى؛ ونوع الموجودات؛ والسوق الذي يعمل فيها المدين أو عمل فيه قبل ذلك؛ والمعرفة الخاصة المطلوبة لتفهم شؤون المدين؛ أو أي سبب خاص آخر. وثمة نهج ثالث يسمح للدائنين بأداء دور في تزكية واختيار ممثل الإعسار المزمع تعيينه، شريطة أن يكون ذلك الشخص مستوفيا المؤهلات اللازمة للعمل بهذه الصفة في القضية المعّينة. وقد تعمل النُهج التي تعتمد على سلطة التعيين المستقلة ولجنة الدائنين على تلافي أي تصوُّرات بالانحياز، وتساعد على تخفيف العبء الإشرافي الواقع على المحاكم. وسوف يتوقف اختيار سلطة التعيين المستقلة على وجود هيئة مناسبة تتوفر لها الموارد والبنية التحتية اللازمة لأداء المهام المطلوبة.

'١' حوزات الإعسار بدون موجودات

١٧٥ - في الحالات التي لا توجد فيها موجودات في حوزة الإعسار لتمويل إدارة الإعسار؛ قد يحتاج الأمر إلى استنباط نوع من الآلية لحل ما يحدث للإجراءات. وتنص بعض قوانين

الإعسار على سرعة إنهاء الإجراء لدى تقييم المحكمة بشأن عدم وجود موجودات، وينص بعضها على عدم اتخاذ أي إجراء، في حين تتيح قوانين أخرى آلية لتعيين ممثل للإعسار.

١٧٦ -وفي تلك البلدان التي تتيح آلية لتعيين ممثل للإعسار، قد يكون ممثل الإعسار هذا موظفا عاما أو محترفا مهنيا في مجال الإعسار يُعَيَّن على أساس وجود إسمه في كشف أسماء الأشخاص المكلفين بأداء واجبات قضائية معيَّنة عند الطلب، والقصد من ذلك ضمان توزيع عادل ومُنَظَّم لجميع حالات الإعسار، سواء كانت توجد موجودات أو غير ذلك. وفي هذه الحالات، تدفع الدولة الأجر عن إدارة الحوزة التي لا توجد بها موجودات. وهناك عيب محتمل في نظام كشف أسماء الأشخاص المكلفين بأداء واجبات قضائية معيَّنة عند الطلب، على الأقل في تلك الحالات حيث لا توجد في الحوزة موجودات كافية لدفع أجر الإدارة، ويتمثل هذا العيب في أن النظام قد لا يضمن تعيين الشخص الأنسب من ناحية المؤهلات لإدارة سير الحالة المعيَّنة. وهذا قد يتوقف بالطبع على الطريقة التي تم بها إعداد قائمة كشف الأسماء والمؤهلات المطلوبة للأشخاص المهنيين في مجال الإعسار لكي يتم إدراج أسمائهم في تلك القائمة. وقد لا يلاحظ أن ذلك العيب يعتبر شيئا هاماً حيثما لا توجد موجودات في الحوزة.

(ج) المؤهلات

١٧٧ -يمكن اختيار ممثل الإعسار من بين عدد من ذوي الخلفيات المختلفة، كأن يكون من بين صفوف رجال الأعمال أو الموظفين في وكالة حكومية متخصصة أو من بين أفراد هيئة خاصة يتمتعون بالمؤهلات اللازمة. ومن المسائل ذات الصلة هي ما إذا كان يجب أن يكون ممثل الإعسار شخصاً طبيعيا أو ما إذا كان يحق أيضا للشخص الاعتباري التعيين. وكيفما يُعيَّن ممثل الإعسار، فإن تعقيد الكثير من إجراءات الإعسار يجعل من المستصوب أن يكون ممثل الإعسار مُلماً بالقانون ونزيها ولديه خبرة وافية في الشؤون التجارية والمالية. فإذا تطلَّب الأمر مزيدا من المعرفة المتخصصة، فإنه يمكن دائما توفيرها بالاستعانة بخبراء يؤجَّرون لهذا الغرض. وبالإضافة إلى توفُّر المعرفة المطلوبة قد يكون من المستصوب أن يتوفَّر لدى ممثل الإعسار صفات شخصية معيَّنة مثل أن يكون الشخص لائقا وصالحاً لأداء مختلف الواجبات المالية المطلوبة.

١٧٨ -وتتخذ نُهوج مختلفة إزاء مسألة مؤهلات ممثل الإعسار. فمن بين الاشتراطات التي اعتُمِدَت في مختلف البلدان ما يتضمن المؤهلات المهنية وأداء امتحانات؛ وإصدار ترخيص من سلطة حكومية أو هيئة مهنية حيثما يدار نظام الترخيص؛ ودورات تدريبية متخصصة وإجراء

امتحانات لمنح الشهادات؛ ومستويات معيَّنة من الخبرة (عادة ما تُحَدَّد بأعداد من السنوات) في مجالات مختصة، مثل المالية والتجارة؛ *[*هل هناك أمور أخرى؟*]*.

١٧٩ -وفي تصميم الإجراءات والمتطلبات اللازمة للتعيين، من المستصوب وجود توازن بين متطلبات صارمة تؤدي إلى تعيين شخص عالي الكفاءة والمؤهلات، بيد أنها قد تحد بشكل هام من تجميع عدد من المهنيين الذين يعتبرون مؤهلين تأهيلا مناسبا وقد يضيف هذا إلى تكاليف الإجراءات، وبين المتطلبات التي تعتبر متدنية للغاية فلا تضمن نوعية الخدمة المطلوبة.

١٨٠ -وقد يكون تنازع المصالح الناشئ عن علاقة قائمة من قبل مع المدين أو مع دائن أو مع عضو في المحكمة أو حتى مع منافس للمدين، كافيا في بعض البلدان لاستبعاد تعيين ذلك الشخص كممثل للإعسار. وبغية تعزيز الشفافية والقدرة على التنبؤ والنزاهة في نظام الإعسار، ينبغي أن يُشتَرَط على ممثل الإعسار المرتقب أن يفصح عن الظروف التي قد تؤدي لمثل هذا النزاع أو افتقاد الاستقلالية.

(د) واجب العناية

١٨١ -يعتبر مستوى العناية التي يجب أن يبذلها ممثل الإعسار ومسؤوليته الشخصية عنصرين مهمين في إدارة إجراءات الإعسار. فممثل الإعسار يعمل كأمين سر في أداء واجباته، سواء كان مسؤولا من المحكمة حيث جرى تعيينه من المحكمة أو كان غير ذلك. وممثل الإعسار بصفته هذه قد يُسأل عن أي خرق لتلك الواجبات. كما يحتاج وضع مقياس لما يجب من العناية والاجتهاد والمهارة إلى معيار يأخذ في الحسبان الظروف الصعبة التي تواجه ممثل الإعسار في أداء واجباته.

١٨٢ -وقد تتخَذ نهوج مختلفة لتحديد ذلك المقياس، رغم أن المقياس المعتمد سوف يتوقف على كيفية تعيين ممثل الإعسار وطبيعة التعيين (موظف حكومة مثلا - هذه نقطة يجب إمعان معالجتها). وقد يتمثل نهج في اشتراط أن يراعي ممثل الإعسار معيارا لا يزيد في تشدده عمَّا هو متوقع في تطبيقه على المدين في الاضطلاع بأنشطته التجارية المعتادة في حالة الإعسار، أي معيار شخص حكيم في هذا الموقف. بيد أن بعض البلدان قد يشترط معيارا أعلى من الحصافة في حالة من هذا القبيل لأن ممثل الإعسار يتعامل مع موجودات شخص آخر، وليس مع موجوداته هو. وهناك نهج آخر يستند إلى توقع بأن يتصرف ممثل الإعسار بحسن نية لتحقيق أغراض سليمة. *[*مذكرة إلى الفريق العامل: هل هناك حقاً فرق هنا أم أن هذا اختلاف ألفاظ؟*]* وهناك نهج آخر يستند إلى معيار الرعاية المطلوبة في حالة الإهمال. وفي

تحديد المعيار الواجب التطبيق، من المستصوب وجود توازن بين معيار يضمن كفاءة الأداء في بواجبات ممثل الإعسار وبين معيار متشدد لدرجة أنه يثير القضايا القانونية ضد ممثل الإعسار ويزيد تكاليف خدماته.

١٨٣ -وتتمثل إحدى الوسائل لمعالجة مسألة التكاليف في اشتراط أن يصدر ممثل الإعسار صك تأمين أو أن يوفِّر تغطية تأمينية إزاء حدوث إخلال بواجباته. بيد أن هذا الحل قد لا يتوفر في جميع البلدان. فلدى وضع حل لهذه المسألة، قد يكون من المستصوب وجود توازن بين الحد من تكاليف الخدمة وتوزيع مخاطر عملية الإعسار بين المشاركين بدلا من وضعها كلية على ممثل الإعسار على أساس توافر التأمين الشخصي للتعويض عن الخسائر.

١٨٤ -وحيثما تتكبد الحوزة خسائر لتصرفات وكلاء أو موظفي ممثل الإعسار، قد تدعو الحاجة أن يعالِج قانون الإعسار مسؤولية ممثل الإعسار عن تلك التصرفات. وتقضي بعض قوانين الإعسار بعدم مسؤولية ممثل الإعسار شخصيا إلا إذا أخفق في ممارسة الإشراف بالدرجة المناسبة في أداء واجباته.

١٨٥ -وتشترط بعض قوانين الإعسار حصول ممثل الإعسار على إذن من المحكمة لاستخدام من قد يلزم من محاسبين ومحامين ومُثَمِّنين ومهنيين آخرين لمساعدة ممثل الإعسار في الاضطلاع بواجباته. وهناك قوانين أخرى لا تشترط مثل هذا الإذن. ومن المستصوب أن يضع قانون الإعسار بعض المعايير المتعلقة بتوظيف هؤلاء المهنيين بالنسبة لخبراتهم ومعارفهم وسمعتهم وكذلك الحاجة إلى أن تكون خدماتهم مفيدة للحوزة.وفيما يتعلق بأجور هؤلاء المهنيين، تشترط بعض القوانين تقديم طلب إلى المحكمة وموافقة منها، بينما يتمثل نهج آخر في اشتراط موافقة معشر الدائنين. ويجوز أن تُدفَع أجور المهنيين بصفة دورية أثناء الإجراءات، أو أن يُطلَب منهم الانتظار لحين إتمام الإجراءات.

(هـ) الاستبدال أو التنحية

١٨٦ -في حالة وفاة ممثل الإعسار أو استقالته أو تنحيته، يمكن تلافي توقُّف الإجراءات وما قد ينجم من تأخير عن عدم توفير خلف له، باتخاذ الترتيبات لتعيين خلف لممثل الإعسار. وتجيز بعض قوانين الإعسار تنحية ممثل الإعسار في حالات معيَّنة قد تشمل الحالة عندما ينتهك ممثل الإعسار واجباته القانونية بمقتضى نظام الإعسار أو يفشل في الامتثال لتلك الواجبات،أو عندما يظهر عدم كفاءة أو إهمالاً جسيما. وتقضي النهوج المختلفة بجواز التنحية على أساس قرار من المحكمة تتخذه بمبادرة منها أو بناءً على طلب أحد الأطراف

المعنية، أو بقرار يتخذ بأغلبية مناسبة من الدائنين غير الحائزين على ضمانات. وحيثما ينص قانون الإعسار على تنحية ممثل الإعسار، قد يحتاج أيضا إلى معالجة المسائل المتصلة باستبداله وخلافته لملكية الموجودات في الحوزة أو الرقابة (حسب الاقتضاء) على هذه الموجودات (أنظر "حوزة الإعسار").

٢ - ملخص وتوصيات - حقوق ممثل الإعسار والتزاماته

(١) الغرض من هذه الأحكام هو:

(أ) تحديد مهام الشخص الذي سيقوم بدور رئيسي في تنفيذ قانون الإعسار؛

(ب) وضع آلية لتعيين ممثلي الإعسار، بما في ذلك تبيان المؤهلات المناسبة المطلوبة؛

(ج) النص على مسؤولية المهنيين المختصين بالإعسار وتنحيتهم واستبدالهم؛

(د) [...]

(٢) يجوز تعيين ممثل الإعسار:

(أ) من المحكمة، كتدبير مؤقت، للفترة ما بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات؛

(ب) [من المحكمة] [من سلطة تعيين مستقلة] [على أساس توصية من لجنة الدائنين] عند بدء الإجراءات.

(٣) ينبغي أن تتوفر لممثل الإعسار مؤهلات معيَّنة وصفات شخصية معيَّنة. وهذه قد تشمل أن يكون ممثل الإعسار شخصا لائقا ومناسبا لأداء التزامات الثقة المطلوبة من ممثل الإعسار، وأن يكون مستقلا ونزيها وتتوفر لديه المعرفة المطلوبة بالقانون التجاري المختص والخبرة في المسائل التجارية وقطاع الأعمال.

(٤) يُشتَرَط على ممثل الإعسار المرتقب الإفصاح عن الظروف التي قد تؤدي إلى نزاع في المصالح أو افتقاد الاستقلالية.

(٥) ينبغي أن يُحَدَّد في القانون تحديداً واضحا واجبات [مهام] [حقوق والتزامات] فيما يتعلق بإجراءات التصفية وإعادة التنظيم.

(٦) ينبغي أن يُعالِج قانون الإعسار مسألة مسؤولية ممثل الإعسار عن الإخفاق في أداء [واجباته] [مهامه].

(٧) ينبغي أن يعالِج قانون الإعسار استبدال و تنحية ممثل الإعسار. ويجوز تنحية ممثل الإعسار بقرار من المحكمة أو بطلب من الدائنين أو من لجنة الدائنين أو من المحكمة بمبادرة منها لأسباب مثل عدم الاختصاص أو الإهمال أو الإخفاق في ممارسة العناية بالدرجة المناسبة في أداء واجباته.

(٨) في حالة وفاة ممثل الإعسار أو استقالته أو تنحيته، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على تعيين خلف لممثل الإعسار. وإذا عُهِد إلى ممثل الإعسار بحق ملكية الحوزة، ينبغي أن ينص القانون على خلافة في [حق الملكية] [الرقابة] على موجودات الحوزة.

جيم التمويل بعد بدء الإجراء

١ – ملاحظات عامة

١٨٧ –يُعَد استمرار تشغيل المنشأة المعسرة أمراً حاسم الأهمية بالنسبة لإعادة التنظيم، وبدرجة أقل، حيثما يتم بيع المنشأة كشركة عاملة في إجراء التصفية. وبغية الحفاظ على أنشطة المدين في المنشأة، يجب أن تتاح له سُبُل الحصول على التدفق النقدي ليتسنى له دفع ثمن توريدات البضائع والخدمات الحاسمة الأهمية. وحيثما لا تتوفر للمدين أموال كافية لتلبية احتياجات التدفق النقدي الفورية، يمكن أن يعترف قانون الإعسار بالحاجة إلى الاقتراض بعد بدء الإجراءات وأن يأذن به ويقرر أولوية في السداد للمقرض. والمسألة الرئيسية هنا هي نطاق الصلاحية، وخصوصا مدى الإغراءات التي يمكن أن يقدمها ممثل الإعسار إلى دائن محتمل كوسيلة للحصول على الائتمان. وبقدر ما يؤثر الحل الذي يؤخذ به على حقوق الدائنين الحاليين الحائزين على ضمانات أو الدائنين الحائزين على حصة في الموجودات سابقة في الوقت، يستصوب أن تكون الأحكام التي تعالج التمويل بعد بدء الإجراءات متوازنة مع الحاجة إلى دعم الصفات التجارية للمنشأة وضرورة حماية حقوق الدائنين وأولوياتهم وتقليل الأثر السلبي على توافر الائتمان، وخصوصا الائتمان المكفول بضمان.

١٨٨ –ومن المحتمل أن يتأتى الإقراض بعد بدء الإجراءات من عدد محدود من المصادر. والمصدر الأول هو المقرضون السابقون للإعسار الذين توجد لهم علاقة مستمرة مع المنشأة المدينة ومع نشاطها التجاري وقد يقومون بتسليف أموال جديدة بغية تعزيز احتمال استرداد

مطالباتهم القائمة وربما الحصول على قيمة إضافية عن طريق معدلات أعلى تُفرَض على الإقراض الجديد. وهناك نوع ثان من المقرضين ليس له صلة سابقة للإعسار مع أنشطة منشأة المدين ويحتمل ألا تحركه سوى إمكانية الحصول على عائدات عالية. والشيء المغري لهذين النوعين من المقرضين هو التيقُّن أن هناك معاملة خاصة سوف تُمنَح للإقراض اللاحق لبدء الإجراءات. وبالنسبة للمقرضين الحاليين هناك إغراءات إضافية للعلاقة القائمة مع المنشأة المدينة ونشاطها التجاري والتأكيد بأن شروط الإقراض السابق لبدء الإجراءات لن تتغيَّر.

١٨٩ - ويمكن اتخاذ عدد من النهوج المختلفة لاجتذاب الائتمان اللاحق لبدء الإجراءات وتوفير ضمانة لإعادة السداد. ويمكن توفير الضمانة على ممتلكات غير مثقلة بالتزامات أو على حصة ضمانية ذات أولوية ثانية مقدَّمة على أملاك مثقلة بالتزامات. وحيثما تكون تلك النهوج غير كافية أو غير متوافرة، تنص بعض قوانين الإعسار على إعطاء الأولوية في إعادة سداد القرض على الدائنين الآخرين. وهذه الأولويات تشمل أولوية إدارية (أنظر الفرع الخاص بأولويات التوزيع)، الذي يتصدر عامة الدائنين غير الحائزين على ضمانات، بيد أنه لا يتصدر الدائن الحائز على ضمان فيما يتعلق بضمانته، أو أولوية إدارية "عليا" أي أولوية تتصدر الدائنين ذوي الأولوية الإدارية. وهناك نهج آخر يتيح للمقرضين تقديم ائتمان لاحق لبدء الإجراءات مع أولوية تتصدر جميع الدائنين، بما فيهم الدائنون الحائزون على ضمانات (أحيانا يشار لهذا بمصطلح "امتياز أول"). وفي البلدان حيث يُعتَرَف بهذا النوع من الأولوية، نادرا ما يعطى بدون موافقة الدائنين الحائزين على ضمانات. وقرار الحصول على ائتمان استنادا لهذا الأساس لا يعتَبَر بالتالي هو القرار الذي يمكن اتخاذه بشكل فردي من المحكمة أو من ممثل الإعسار أو من الدائنين غير الحائزين على ضمانات. وفي بعض النُظُم القانونية تتوافر جميع هذه الخيارات.

١٩٠ - ويُعتَبَر الحصول على الائتمان التجاري دون ضمانات أمراً أساسياً في أية حالة تسمح باستمرار العمليات التجارية للمنشأة. وينص كثير من قوانين الإعسار على أن ممثل الإعسار يستطيع الحصول على الائتمان دون ضمانات بدون موافقة المحكمة أو الدائنين، في حين تشترط قوانين أخرى في ظروف معينة موافقة المحكمة أو الدائنين. وفيما يتعلق بمنح مختلف أنواع الأولويات، مثل الأولوية الإدارية، تتيح بعض القوانين لممثل الإعسار صلاحية الموافقة، في حين يُشتَرَط في قوانين أخرى موافقة المحكمة أو الدائنين فيما يختص ببعض أشكال الأولويات.

١٩١ -المسائل التي يتعين معالجتها:

[الوثيقة A/CN.9/504، الفقرة ١٢٦: [...] لوحظ أنه لا بد من التمييز من حيث توفير التمويل، بين مختلف مراحل عملية إعادة التنظيم، كالفترة اللاحقة لتقديم الطلب والفترة السابقة للخطة والفترة اللاحقة لوضع الخطة، إذ لا تتناول الخطة سوى الفترة اللاحقة لها. وطرح سؤال عمَّا إذا كانت مسألة التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لا تتصل أيضا بحالة بيع المنشأة التجارية على سبيل التصفية.*]*

٢ - ملخص وتوصيات - التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

(١) الغرض من هذه الأحكام هو: [...].

(٢) ينبغي أن يراعى قانون الإعسار الحاجة إلى الإقراض اللاحق لبدء الإجراءات وتوفير إذن له في إجراءات التصفية حيث يتعيَّن بيع المنشأة كشركة عاملة وفي إجراءات إعادة التنظيم.

(٣) إذا قرر ممثل الإعسار أنه من الضروري تقديم مزيد من الائتمان لاستمرار عمل المنشأة المدينة أو نشاطاتها، يجوز [لممثل الإعسار] [للمنشأة المدينة] الحصول على الائتمان الضروري وتقديم ضمانة بشأن ملكيتها.

(٤) لتيسير توفير الائتمان، يجوز لقانون الإعسار أن يسمح لممثل الإعسار بأن يعطي الدائن بعد بدء الإجراءات أولوية متعلقة بالتسديد تسبق الوفاء للدائنين غير الحائزين على لضمانات (أولوية إدارية) أو تسديد المصروفات الإدارية (أولوية إدارية عليا).

(٥) ليس للضمانة المنشأة بشأن موجودات المدين من أجل التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أولوية تسبق أية ضمانة قائمة على نفس الموجودات ما لم يحصل ممثل الإعسار على اتفاق مكتوب بهذا المعنى من حائز الضمانة القائمة.

دال - لجان الدائنين

١ - ملاحظات عامة

١٩٢ -بمجرد بدء إجراءات الإعسار يصبح للدائنين مصلحة كبيرة في المنشأة. وكقاعدة عامة، يجري حماية مصالح الدائنين هذه بتعيين ممثل للإعسار؛ بيد أن كثيرا من قوانين الإعسار

تنص على أن يكون الدائنون مشاركين بشكل مباشر في الإجراءات بمختلف الطرق ولعدد من الأسباب. فهؤلاء باعتبارهم الطرف ذا المخاطرة الاقتصادية الرئيسية في نتائج الإجراءات قد يفقدون الثقة في الإجراء القضائي حيث تتخذ قرارات أساسية دون استشارتهم ومن قبل أفراد قد يُرى أن لهم تجارب أو خبرة أو استقلالية محدودة. وإضافة إلى ذلك، غالبا ما يكون الدائنون في وضع جيد لإسداء النصح وتقديم المساعدة فيما يتعلق بنشاط المنشأة المدينة ولمراقبة تصرفات ممثل الإعسار، مما يُثبِّط الاحتيال وإساءة الاستعمال والتكاليف الإدارية المفرطة.

١٩٣ -وحيثما يكون هناك عدد كبير من الدائنين يمكن أن يوفِّر تكوين لجنة للدائنين آلية تيسِّر مشاركة الدائنين في إدارة القضية، سواء كانت الإجراءات للتصفية أو لإعادة التنظيم.

(أ) إشراك الدائنين في عملية اتخاذ القرارات

١٩٤ -هناك درجات مختلفة ممكنة لمشاركة الدائنين في عملية صنع القرارات فيما يتعلق بإجراءات الإعسار. ففي بعض قوانين الإعسار، يتخذ ممثل الإعسار جميع القرارات الأساسية في مسائل الإدارة والتصفية العامة غير المتنازع بشأنها، مع قيام الدائنين بدور هامشي وممارستهم تأثيرا ضئيلا. ويمكن أن يكون هذا النهج ناجعا حيثما يعالج الأمر ممثل إعسار متمرس، نظرا لأنه يتلافى التأخير والتكاليف التي تدخل في إدارة مشاركة الدائنين. ويمكن أن يلقى هذا النهج تأييداً من نظام الإعسار الذي يوفِّر مستوى عاليا من التنظيم للإجراء القضائي وللمشاركين فيه.

١٩٥ -وتتيح نهوج أخرى مشاركة أكبر للدائنين في الإجراءات. فبمقتضى بعض قوانين الإعسار، يمكن أن يكون بوسع الدائنين، في إجراءات للتصفية، اختيار ممثل الإعسار واستبداله، والموافقة على استمرار ممثل الإعسار في مباشرة النشاط بصفة مؤقتة، والموافقة على عمليات بيع الموجودات والموافقة على تحويل إجراءات التصفية إلى إجراء إعادة التنظيم. ففي إجراءات إعادة التنظيم، قد يقوم هؤلاء بمهام مثل مراقبة أنشطة المنشأة (مثلما يحدث حيثما يتيح النظام للمدين درجة من درجات الرقابة بعد بدء الإجراءات) ومراقبة أنشطة ممثل الإعسار، وكذلك الاقتراح والموافقة على خطة إعادة التنظيم. وقد يكون لهؤلاء دور أيضا في المطالبة أو التوصية باتخاذ إجراء من جانب المحكمة، بما في ذلك، على سبيل المثال، التوصية بتحويل إعادة التنظيم إلى تصفية أو إبطال الدعوى التي يبدأها الدائنون. ومن حيث التكاليف، يجوز أيضا أن يُعطى للدائنين دور في مراقبة أجر ممثل الإعسار.

١٩٦ -وفي إجراء التصفية، رغم أنه بوجه عام قد لا يكون هاماً للدائنين التدخل في العملية أو المشاركة في اتخاذ القرار، من المستصوب أن تتاح لهم الفرصة في المشاركة حيث يستطيع هؤلاء توفير مصدر قيِّم من الخبرة والنُصح والمعلومات بشأن منشأة المدين، وخصوصا حيثما يتعيَّن بيعها كشركة عاملة. وقد يكون من المستصوب أيضا للدائنين أن يتلقوا تقارير عن إدارة التصفية لتأكيد ثقتهم في العملية وكذلك لضمان الشفافية بشأنها. وفي إجراء إعادة التنظيم، يُعتَبَر إسهام الدائنين مفيدا وضروريا على السواء حيث أنه يقرِّر بوجه عام ما إذا كانت إعادة التنظيم ستحرز النجاح.

١٩٧ -وبغية مراعاة طبيعة الحالة المعينة وحجمها، من المستصوب أن يعتمد قانون الإعسار نهجا مرنا إزاء المهام التي يتعيَّن على اللجنة القيام بها، بدلا من النص على أداء مهام محدَّدة في كل حالة. وكقاعدة عامة، يجوز للجنة أن تؤدي مهمة استشارية في إجراءات الإعسار. وإضافة إلى ذلك، ربما تكون لديها مهام محددة فيما يخص وضع خطة إعادة التنظيم وفي إجراء التصفية وبيع الموجودات الهامة وكذلك المشاركة كيفما ومتى يطلب منها ذلك ممثل الإعسار أو المحكمة.

١٩٨ -وهناك مسألة هامة قد تحتاج إلى النظر فيها حيثما يسمح قانون الإعسار للدائنين بالمشاركة بشكل ناشط في الإجراء القضائي، وهي عن كيفية التغلب على نفور الدائنين وتشجيع المشاركة في الإجراءات. ويمكن معالجة هذا الشاغل بالتوازن العام الذي يقيمه قانون الإعسار بين مختلف مصالح الأطراف المعنية في الإجراءات (أنظر، على سبيل المثال، الاعتبارات في إطار حقوق المدين والتزاماته: مراقبة إدارة المنشأة المدينة) وباتخاذ تدابير محدَّدة تتعلق، على سبيل المثال، باختيار لجنة الدائنين (أنظر أدناه).

(ب) تكوين لجان الدائنين

١٩٩ -هناك نهوج مختلفة يمكن الأخذ بها في تكوين لجان الدائنين. وعلى الرغم من أن لجنة الدائنين لا تمثل عادة إلا الدائنين غير الحائزين على ضمان، نجد أن بعض القوانين تعترف بأنه قد تكون هناك حالات يمكن فيها تبرير وجود لجنة منفصلة للدائنين الحائزين على ضمان. وتؤسس تلك النظم هذا النهج على واقع أن مصالح الفئات المختلفة من الدائنين قد لا تتلاقى دائما وأن تمكين الدائنين ذوي الضمانات من المشاركة في قرارات اللجنة وربما التأثير على نتيجتها قد لا يكون دائما ملائما أو محققا لأفضل مصالح الدائنين الآخرين.

٢٠٠ -وتنص قوانين أخرى خاصة بالإعسار على هذين النوعين من الدائنين لكي يتم تمثيلهم في نفس اللجنة. والسبب المنطقي لهذا النهج هو أن لجنة الدائنين تعتَبَر مسؤولة عن المشاركة في عملية اتخاذ القرار وعن اتخاذ قرارات هامة، وينبغي للدائنين الحائزين على ضمانات أن يشاركوا وإلا فإنهم يستبعدون من اتخاذ القرارات الهامة التي قد تضر بمصالحهم. وقد يكون هناك نهج آخر لقانون الإعسار بعدم تحديد أي من الدائنين ليُمَثَّل في حالة بعينها، بل السماح للدائنين باختيار ممثليهم على أساس الاستعداد لتقديم الخدمات (لمعالجة مشكلة نفور وتردُّد الدائنين التي تعتبر شائعة) ولاتخاذ تدابير من أجل توسيع أو تخفيض حجم اللجنة على النحو المطلوب. وحيثما تتباين أنواع الدائنين الذين يطلبون التمثيل بدرجة لا تستوعب مصالحهم داخل لجنة وحيدة، كما يحدث في الحالة المتعلقة بجماعات المصالح الخاصة مثل المطالبين بتعويضات عن الأضرار وحملة الأسهم، يمكن لقانون الإعسار أن ينص على وجود لجان مختلفة لتمثيل مختلف المصالح. بيد أنه من المستصوب ألا تستخدم هذه الآلية إلا في حالات خاصة، بغية تجنُّب التكاليف واحتمال أن تصبح آلية تمثيل الدائنين عملية يصعب التعامل بها.

٢٠١ -وقد تكون مشاركة حملة الأسهم أو أصحاب المنشأة المدينة والدائنين ذوي الصلة بالمنشأة المدينة مسألة خلافية، وخصوصا حيثما يكون للجنة الدائنين سلطة التأثير على حقوق الدائنين الحائزين على ضمانات أو حيث يكون حملة الأسهم أو أصحاب المنشأة مشاركين في إدارة المنشأة المدينة. ومع ذلك، ستكون هناك حالات حيث لا يكون لحملة الأسهم معرفة مباشرة أو مشاركة في إدارة المنشأة المدينة، مثلما الحالة حيثما يكون حملة الأسهم مستثمرين وليس لهم ارتباط مباشر أو سُبُل اتصال بالإدارة. وفي مثل هذه الحالات، قد تكون هناك أسباب اضطرارية للسماح لحملة الأسهم بالمشاركة عن طريق لجنتهم الخاصة.

٢٠٢ -وقد يظهر سؤال مشابه عن المشاركة فيما يتعلق بالأطراف الذين يشترون مطالبات الدائنين. وقد يكون هؤلاء المشترون على صلة بالمدين أو قد يكونوا أطرافا ثالثة ليست لهم مصلحة معيَّنة في أنشطة المنشأة المدينة. وقد تثير مشتروات الأطراف الثالثة شواغل مقلقة بشأن الاطلاع على معلومات حساسة وسرِّية قد تكون ذات قيمة في سوق الدَين الثانوي، في حين تثير مشتروات المقرَّبين المطلعين على الأمور التساؤل عما إذا كان يحق للمشتري أن يطالب بالقيمة الإسمية الأصلية للمطالبة أو يحق له فقط المطالبة بالمبلغ المدفوع مقابلها.

٢٠٣ - ولمعالجة أية مشكلة محتملة، يمكن لقانون الإعسار أن يعتمد النهج الذي ينص على أيٍ من الأطراف لا يحق له المشاركة في لجنة الدائنين أو التصويت بشأن الموافقة على خطة لإعادة التنظيم.

(ج) تكوين لجان الدائنين

٢٠٤ - حيثما ينص القانون على تكوين لجان الدائنين، غالبا ما يتناول أيضا تفاصيل كيفية تكوين اللجنة، ونطاق وحدود واجباتها، وسلامة إدارتها وسير عملها، بما في ذلك أهلية التصويت وصلاحياته، والنِصَاب القانوني للاجتماعات وإدارتها، وكذلك إبدال وإحلال الأعضاء. وقد يكون من المستصوب إدراج مثل هذه الأحكام في قانون للإعسار ليس فقط لتجنُّب النزاعات وضمان السرِّية، بل أيضا لتوفير إجراءات تتسم بالشفافية والقدرة على التنبؤ.

٢٠٥ - ولتيسير إدارة اللجنة والإشراف عليها، تحدِّد بعض قوانين الإعسار حجم اللجنة - الذي عادة ما يتكون من عدد فردي لضمان الحصول على أغلبية في التصويت. وحيثما تُمَثَّل اللجنة فقط الدائنين غير الحائزين على ضمانات، فإن عضوية اللجنة تقتصر عادة على كبار الدائنين غير الحائزين على ضمانات. ويمكن تحديد هؤلاء الدائنين بعدة وسائل من بينها مطالبة مديري المنشأة المدينة بإعداد قائمة بأكبر الدائنين للمنشأة. ولضمان المساواة في معاملة الدائنين، من المستصوب بالنسبة للدائنين كأولئك الذين لم يُوافق بعد على مطالباتهم والدائنين الأجانب أن يتمتعوا بأهلية التعيين في اللجنة.

٢٠٦ - ويُتخَذ عدد من النهوج المختلفة إزاء اختيار أعضاء اللجنة. وأحد هذه النهوج يتمثل في أن يتم التعيين من ممثل الإعسار أو من المحكمة أو من هيئة أخرى مأذون لها بالتعيين. وهذا النهج قد يخضع لأفكار تنطوي على تحيز، وافتقاد الإنصاف والشفافية. وقد لا تتوفر لدى الدائنين الثقة في نظام لا يُشجِّع على السماح لهم بأداء دور في اختيار ممثليهم وقد لا يعمل هذا على التغلُّب على المشاكل الواسعة النطاق والخاص بنفور وتردُّد الدائنين. وهناك نهج آخر قد يشجع ثقة الدائنين والمشاركة في الإجراء القضائي الخاصة بالإعسار ويتمثل في السماح للدائنين باختيار أعضاء اللجنة.

٢٠٧ - ولضمان أن تفي اللجنة بواجبها في أن تكفل تمثيلا منصفاً للدائنين، من المستصوب الإشراف على اللجنة ويمكن أن يتولى هذا الإشراف ممثل الإعسار.

(د) واجبات لجنة الدائنين

٢٠٨ -يمكن تعيين لجنة الدائنين للقيام بعددٍ من المهام من بينها مراقبة تقدُّم سير القضية، والتشاور مع الأصلاء المكفولين الآخرين في الإجراء، وخصوصا ممثل الإعسار والإدارة القائمة للمنشأة المدينة، وإسداء النصح لممثل الإعسار بشأن رغبات مجموع الدائنين بشأن مسائل مثل بيع الأصول الهامة وصوغ خطة لإعادة التنظيم. وقد تحتاج اللجنة، لأداء وظائفها، إلى مساعدة إدارية وعون من الخبراء. ويمكن معالجة هذا بالنص على أنه يجوز للجنة أن تطلب من ممثل الإعسار إذناً باستخدام سكرتير وكذلك، إذا اقتضت الظروف استخدام خبراء استشاريين ومهنيين على نفقة حوزة الإعسار.

٢٠٩ -وستكون اللجنة مُلزَمَة في أداء واجبها أمام مجموع عامة الدائنين، بيد أنها لن تكون عليها مسؤولية أو واجب ائتماني أمام أصحاب المنشأة المعسرة. وقد يكون من المستصوب أن يُطلَب إلى اللجنة أن تتصرف بحسن نية وأن تنص على أن يعفى أعضاء اللجنة من المسؤولية فيما يختص بالتصرفات والقرارات المتخذة منهم كأعضاء في اللجنة ما لم يتضح أنهم قد تصرفوا بشكل غير لائق أو أنهم قد أخلوا بواجب ائتماني إزاء الدائنين الذين يمثلونهم. ولدى النظر في مسألة مسؤولية اللجنة، هناك حاجة إلى إقامة توازن بين وضع مستوى عالي للغاية من المسؤولية من شأنه أن يشجع على نفور وتردُّد الدائنين ويثني الدائنين فعلا عن المشاركة وبين مستوى متدنٍ للغاية قد يؤدي إلى إساءة الاستعمال ومنع اللجنة من أداء واجباتها بشكل فعَّال كهيئة تمثيلية.

(هـ) تصويت الدائنين

٢١٠ -حيثما يكون للتدابير اللازم اتخاذها في سياق الإجراءات تأثير هام على جماعة الدائنين، يستصوب أن يكون لجميع الدائنين (مقابل لجنة الدائنين) الحق في تلقي إشعار بهذه التدابير وفي التصويت عليها. وهذه التدابير قد تشمل التصويت على اختيار ممثل الإعسار حيثما ينص قانون الإعسار على وجود دائنين يقومون بهذا الدور؛ بشأن الموافقة على خطة إعادة التنظيم؛ وبشأن أحداث هامة أخرى مثل بيع الأصول الهامة. ويمكن اتباع عدة نهوج مختلفة فيما يتعلق بإجراء ذلك التصويت تبعا لطبيعة الموضوع المطلوب التصويت عليه. فتنص بعض القوانين على إجراء ذلك التصويت شخصيا في اجتماع للدائنين، بينما تنص قوانين أخرى على جواز إجراء التصويت بالبريد أو بالتوكيل حينما يكون هناك عدد كبير من الدائنين أو حيثما لا يكون الدائنون من المقيمين المحليين. وقد يستصوب الاعتراف بإمكان إجراء التصويت باستخدام الوسائل الالكترونية.

٢١١ -وهناك نهوج مختلفة تتبع فيما يتعلق بنوع التصويت المطلوب لإلزام الدائنين بمختلف القرارات. وفيما يتعلق بأنواع نُظُم التصويت، يُشتَرَط في بعض قوانين الإعسار تصويت عدد يمثل أغلبية عظمى من قيمة مطالبات من يشتركون فعلا في التصويت لإلزام جميع الدائنين، *[*لأي نوع من القرارات؟*]*، حيث يمكن أن تكون النسبة المطلوبة لأغلبية عظمى هي نسبة الثلاثة أرباع أو الثلثين. وهناك نهج آخر يشترط أغلبية في عدد الدائنين المصوِّتين مع أغلبية عظمى في قيمة المطالبات.

٢١٢ -وفي أمثلة أخرى، يميِّز قانون الإعسار بين مختلف أنواع القرارات، فبعض القوانين تشترط أغلبية في القيمة بالنسبة لمعظم القرارات وبالنسبة للقرارات مثل اختيار تنحية ممثل الإعسار والتعاقد مع مهنيين محددين من قِبَل ممثل الإعسار، وتشترط الأغلبية في القيمة والعدد. وتنص قوانين أخرى على أن الأغلبية البسيطة تكفي بشأن مسائل مثل اختيار أو تنحية ممثل الإعسار. وتميِّز بعض القوانين أيضا بين المسائل التي تتطلب تأييد كل من الدائنين الحائزين وغير الحائزين على ضمانات: فالدائنون الحائزون على ضمانات سوف يشاركون فحسب في التصويت على مسائل محدَّدة مثل اختيار ممثل الإعسار والمسائل التي تضر بضمانتهم.

٢ - ملخص وتوصيات - لجان الدائنين

(١) الغرض من هذه الأحكام هو: [...].

(٢) حيثما يكون لمنشأة المدين عدد كبير من الدائنين، يجوز تعيين لجنة للدائنين لتيسير مباشرة إجراءات الإعسار. وقد تُمَثِّل اللجنة الدائنين [غير الحائزين على ضمانات] [والحائزين على ضمانات]. وحيثما لا تُمَثَّل مصالح الدائنين تمثيلا صحيحا في لجنة وحيدة، يجوز تعيين لجان مختلفة.

(٣) يتعيَّن على لجنة الدائنين، في إجراءات التصفية وإعادة التنظيم على السواء أن تؤدي مهمة استشارية عامة، بحيث تقدِّم نصيحة الخبراء والمساعدة إلى ممثل الإعسار. وبالإضافة إلى المهمة الاستشارية العامة التي تضطلع بها اللجنة، ينبغي أن تؤدي دوراً مركزياً في بعض مجالات محدَّدة، من بينها وضع خطة إعادة التنظيم، وبيع الأصول الهامة وفي مسائل أخرى حسب ما يصدر من توجيهات من ممثل الإعسار أو المحكمة.

(٤) لمساعدة اللجنة على أداء المهام المحدَّدة المذكورة في الفقرة (٢)، يجوز للجنة الدائنين، رهنا بموافقة ممثل الإعسار، أن تُعَيِّن مستشارين اختصاصيين تُدفَع أجورهم من موجودات حوزة الإعسار.

(٥) ينبغي أن يختار الدائنون أعضاء لجنة الدائنين، بوصفها لجنة تمثيلية، على أساس مدى استعدادهم لتقديم الخدمات. ويجوز أن ينص قانون الإعسار على أن تتألف لجنة الدائنين من عدد لا يتجاوز العدد المحدَّد، على الأفضل أن يكون عددا فرديا من الدائنين غير الحائزين على ضمانات [والحائزين على ضمانات] [مع درجة من المرونة لتوسيع أو تخفيض حجم اللجنة حسب المطلوب ليلائم احتياجات الإجراءات المحدَّدة]. [وقد تتمثل آلية لاختيار أعضاء اللجنة في أن يتم اختيار الممثلين على أساس التصويت بالأغلبية من أولئك الدائنين الذين يحضرون اجتماعا للدائنين، على أن يستند التصويت إلى معايير مثل قيمة المطالبات وعدد الدائنين].

(٦) ينبغي أن يضطلع أعضاء اللجنة بواجب التصرُّف بحسن نيَّة. وينبغي أن يُعفى هؤلاء من مسؤولية التصرفات التي يتخذونها بوصفهم أعضاء في اللجنة ما لم يثبت على سبيل المثال أنهم تصرفوا بطرق احتيالية أو أنهم قد أخلوا بواجبهم الائتماني إزاء الدائنين. وينبغي ألا تضطلع لجنة الدائنين بأي واجب ائتماني إزاء حملة الأسهم أو أصحاب المنشأة المدينة.

(٧) وحيثما يُطلَب من لجنة الدائنين أن تبت في أي مسألة، ينبغي أن يكون لكل عضو من أعضاء اللجنة صوت واحد وينبغي أن تُتَخَذ قرارات اللجنة على أساس الأغلبية.

(٨) ويتطلب الأمر إجراء تصويت لهيئة الدائنين العامة بخصوص [...].

هاء – مطالبات الدائنين ومعاملة هذه المطالبات

١ – ملاحظات عامة

٢١٣ –هناك مصالح كثيرة متباينة ومتنافسة في إجراء الإعسار. فالدائنون في معظمهم هم دائنون بسبب أنهم دخلوا في علاقة قانونية وتعاقدية مع المدين قبل بدء الإعسار. بيد أن هناك دائنين لم يدخلوا في مثل هذا الترتيب مع المدين، مثل سلطات الضرائب (الذين غالبا ما

يشتركون في إجراءات الإعسار) والمطالبين بتعويضات عن أضرار (الذين يكون اشتراكهم عادة أقل شيوعا).

٢١٤ -ويحكم حقوق هؤلاء الدائنين عدد من قوانين مختلفة. ففي حين قد يتشابه كثير من الدائنين في الوضع بالنسبة لأنواع المطالبات التي يحوزونها استنادا إلى حقوق متشابهة قانونية أو تعاقدية، قد تكون لدائنين آخرين مطالبات أعلى أو يحوزون حقوقا أعلى. وحتى في إطار نفس فئة المدين، تكون هناك حقوق متنافسة مثل الدائنين المكفولين بضمان الذين لهم ضمانة أفضل من الآخرين. ولهذه الأسباب، تُصنِّف قوانين الإعسار الدائنين بوجه عام بالرجوع إلى مطالباتهم، وهو نهج لا يتفق مع هدف المعاملة العادلة. ومن المستصوب في إعداد هذه الفئات التوصُّل إلى توازن بين الحقوق القانونية والتجارية للدائنين استنادا إلى الإنصاف والمعقولية التجارية لأوضاعهم النسبية، مع مراعاة هدف المساواة في المعاملة في نفس الوقت، بما يحفظ التوقُّعات التجارية المشروعة وتعزيز القدرة على التنبؤ في العلاقات التجارية. بيد أن هناك حداً على المدى الذي يمكن أن تصل إليه هذه الأهداف، مع وجود التوازن المنشود في قانون الإعسار بين هذه الأهداف المتنافسة وغيرها من اعتبارات السياسة العامة. وبقدر ما تتنافس هذه المصالح العامة الأعرض مع المصالح الخاصة، فإنها قد تؤدي إلى الإخلال بالحوافز التجارية المعتادة. وفي حين تُعطى أولوية لهذه المصالح العامة، لا تُراعى المساواة في المعاملة استنادا إلى تصنيف المطالبات، ولهذا من المستصوب أن تُعالَج بوضوح الأسباب السياساتية المتعلقة بوضع تلك الأولوية في قانون الإعسار. وفي غياب المساواة في المعاملة، سوف يتيح هذا النهج على الأقل عنصرا من عناصر الشفافية والقدرة على التنبؤ في مجال المطالبات والتوزيع.

٢١٥ -وتسير المطالبات المقدمة من الدائنين على مستويين في إجراءات الإعسار - لأغراض تحديد أي الدائنين يجوز له التصويت وكيفية التصويت (تبعاً لفئة الدائنين التي يندرجون فيها)، ولأغراض التوزيع. وتختلف القوانين فيما يتعلق بأنواع المطالبات التي يمكن التقدُّم بها. فبعض القوانين تنص على أن هناك مطالبات معيَّنة لا تُقبل لأسباب تتعلق بالسياسة العامة، على سبيل المثال، مطالبات الضرائب الخارجية والأحكام التي يتم الحصول عليها بالاحتيال، والغرامات والجزاءات وديون القمار (أنظر المطالبات المستبعدة). ولأغراض تحديد أولوية توزيع العائدات من الحوزة في إجراء التصفية، ترد الإشارة بوجه عام إلى الفئات التي ينقسم إليها الدائنون. وإضافة إلى الارتكان إلى هذه الفئات استنادا إلى العلاقات التجارية والقانونية بين المنشأة المدينة ودائنيها، تعكس سياسات التوزيع أيضا في كثير من الأحيان اختيارات تراعي المصالح العامة ذات الأهمية.

(أ) **الدائنون**

٢١٦ - يندرج الدائنون لمنشأة مدينة معسرة بوجه عام إلى فئات الدائنين المكفولين بضمان والدائنين ذوي الأفضلية أو الأولوية، والدائنين غير المكفولين بضمان أو العاديين. وفي بعض قوانين الإعسار، يؤخذ في الاعتبار العاملون في المنشأة كمجموعة مصالح منفصلة.

'١' الدائنون المكفولون بضمان

٢١٧ - يضع معظم قوانين الإعسار تمييزا بين المطالبات المضمونة والمطالبات غير المضمونة، متوقفا ذلك على الكيفية التي تُعامَل بها المصالح الضمانية في الإجراءات، وخصوصا من حيث تطبيق الوقف. وحيثما ينص قانون الإعسار على دائن مكفول بضمان يقوم بفصل ضمانته، فإنه لن تكون له بعد ذلك مطالبة ما لم يُسَلِّم ضمانته أو أن يكون منقوص الضمان (أي قيمة مطالبته تتجاوز قيمة ضمانته) ويرغب في المطالبة بالحصة غير المضمونة. وحيثما يُحتَفَظ بالضمانة لبيع المنشأة كشركة عاملة أو في إجراء إعادة التنظيم، تكون هناك مطالبة للدائن المكفول بضمان. ويمكن قبول الضمانات التي يُطالِب بها الدائنون المكفولون بضمان بصفة مؤقتة حيثما تكون هناك صعوبات في إجراء تقييم دقيق لقيمة الضمانة وقت بدء الإجراءات (أنظر المطالبات المؤقتة).

٢١٨ - يعترف كثير من قوانين الإعسار بحقوق الدائنين المكفولين بضمان بأن لها أولوية أولى في الوفاء بديونهم من ضمانتهم أو من عائداتها. ويتوقف أسلوب التوزيع على الدائنين المكفولين بضمان على الأسلوب المستخدم لحماية الدائن المكفول بضمان أثناء الإجراءات. فإذا كانت المصلحة الضمانية محمية بالحفاظ على قيمة الضمانة، فإن الدائن المكفول بضمانة عادة ما يتمتع بمطالبة ذات أولوية على عائدات ضمانته بقدر قيمة المطالبة المضمونة. أما إذا كانت المصالح الضمانية للدائن المكفول بضمان محمية بتثبيت قيمة الحصة المضمونة في المطالبة وقت بدء الإجراءات، فستكون للدائن بوجه عام مطالبة ذات أولوية في العائدات العامة بالنسبة إلى تلك القيمة.

٢١٩ - وتنص قوانين أخرى للإعسار على أن الدائنين المكفولين بضمان قد يوجدون وراء مصالح أخرى، مثل مطالبات الأجور غير المدفوعة، والمطالبات الضريبية، والمطالبات البيئية والمطالبات عن الأضرار الشخصية *[أمور أخرى؟]*. بيد أنه من المستصوب أن تكون هذه الأنواع من الاستثناءات لقاعدة الأولوية الأولى محدودة لتوفير اليقين فيما يتعلق باسترداد الائتمان المكفول بضمان، ممّا يُشجِّع على توفير الائتمان المضمون وتخفيض التكاليف المرتبطة

بذلك. وقد ينشأ نوع مختلف من الاستثناء لأولوية الدائنين المكفولين بضمان من التكاليف المرتبطة بإجراءات الإعسار. وحيث أن المطالبة المضمونة سوف توفى مباشرة من صافي عائدات التحصيل للموجودات المعنية، فإن الدائن المكفول بضمان، على عكس الدائنين غير المكفولين بضمان، لن يسهم في التكاليف العامة لإجراء الإعسار. بيد أنه قد يسهم في تكاليف أخرى مرتبطة بشكل مباشر بها، مثل المصروفات الإدارية المرتبطة بالحفاظ على الضمانة. فإذا أنفق ممثل الإعسار موارد في الحفاظ على قيمة الضمانة، قد يكون من المعقول أن يخصم تلك المصروفات باعتبارها مصروفات إدارية. وقد تتصل هذه الاستثناءات أيضاً بالأولويات المقدَّمة بالنسبة للتمويل فيما بعد بدء الإجراءات، حيث ينبغي أن يكون الأثر على مصالح الدائنين المكفولين بضمان لأية أولوية ممنوحة واضحاً وقت الحصول على التمويل، وخصوصا أن هذا ربما يكون قد وافق عليه الدائنون المكفولون بضمان *[*هل من أسباب أخرى؟*]* .

'٢' المطالبات الإدارية

٢٢٠ - كثيرا ما تتطلب إجراءات الإعسار مساعدة من المهنيين، مثل ممثل الإعسار ومن يقدمون المشورة للمدين أو لممثل الإعسار. كذلك قد تتكبد لجان الدائنين نفقات وأيضاً لأغراض تسيير عمل المنشأة والاضطلاع بالإجراءات، بما في ذلك كثير من ديون ما بعد بدء الإجراءات أو جميعها، مثل مطالبات العاملين في المنشأة وتكاليف الإيجار ومطالبات مشابهة. وغالبا ما يكون لمصروفات إجراء الإعسار أولوية، بوصفها مطالبات إدارية، على المطالبات غير المضمونة، وتُعامَل معاملة مختلفة عن المطالبات الأخرى، لضمان السداد السليم للأطراف المعنية بإجراءات الإعسار.

٢٢١ - وبغض النظر عن أهمية توفير الأجور المناسبة لهؤلاء المشاركين في مباشرة إجراءات الإعسار، فإن المصروفات الإدارية يحتمل أن يكون لها أثر هام على قيمة حوزة الإعسار. وفي حين قد يتوقف هذا الأثر إلى حد ما على وضع قانون للإعسار وعلى بنيته التحتية الداعمة، من المستصوب النظر في كيفية تقليل هذا الأثر. ويستطيع قانون للإعسار على سبيل المثال أن يضع معايير دقيقة ولكن مرنة تتعلق بالسماح بهذه المصروفات. ويمكن لهذه المعايير أن تنص على أن السماح بهذه المصروفات مشروط بجدوى المصروفات في زيادة قيمة الحوزة من أجل المنفعة العامة لجميع الأطراف المعنية، أو أن تكون هذه المصروفات معقولة وضرورية ليس هذا فحسب، بل تكون أيضا متماشية مع الأهداف الأساسية للإجراء القضائي. ويمكن تقدير مدى معقولية المصروفات بالرجوع إلى مبلغ الموارد المتاحة للإجراءات ولما

للمصروفات من أثر محتمل على الإجراءات. *[مذكرة إلى الفريق العامل: هل هناك أمثلة لقوانين تشتمل على مثل هذه المعايير؟]*.

٢٢٢ -ويمكن اتخاذ نهوج مختلفة إزاء مباشرة هذا التقييم. وقد يتمثل أحد النهوج في طلب إذن من المحكمة قبل تَكبُّد التكاليف، أو إذن من المحكمة بجميع التكاليف التي تقع خارج نطاق المسار العادي لأعمال المنشأة. ويتضمن نهج ثانٍ أن يقوم الدائنون بهذا التقييم، لتيسير الشفافية في الإجراءات، شريطة الرجوع إلى المحكمة في حالة النزاع على تقييم الدائنين.

'٣' أصحاب الديون ذات الأولوية أو أصحاب الديون الممتازة

٢٢٣ -غالبا ما تعزو قوانين الإعسار الحقوق ذات الأولوية إلى مطالبات معيَّنة (غير مضمونة أساسا) والتي سوف تكون لها في النتيجة أولوية السداد على المطالبات الأخرى غير المضمونة وغير التفضيلية (أو الأقل تفضيلية). وهذه الحقوق ذات الأولوية تناقض مبدأ التوزيع على أساس المساواة وتعمل عموما ضد مصلحة الديون العادية غير المضمونة بتقليل الموجودات المتاحة للتوزيع. وقد تسفر أيضا عن احتمال زيادة الجدال العقيم بشأن تقييم المزايا المرتبطة بمختلف أنواع المطالبات ذات الأولوية.

٢٢٤ -وتتبع نهوج مختلفة كثيرة إزاء أنواع المطالبات التي تتمتع بالأولوية وإزاء ما ستكون عليه تلك الأولوية. وتتباين أنواع الأولويات التي توفرها البلدان، ولكن السائد منها نوعان. النوع الأول يمنح أولوية لمرتبات واستحقاقات العاملين (الضمان الاجتماعي ومطالبات خاصة بالمعاش التقاعدي) وهو نهج يتماشى بوجه عام مع الحماية الخاصة التي تتاح للعاملين في مجالات أخرى في قانون الإعسار (أنظر أدناه). ويتعلق النوع الثاني بمطالبات الضرائب الحكومية. ومنح أولوية للمطالبات الضريبية يمكن أن يُعرِّض للخطر الإنفاذ الموحَّد للقوانين الضريبية وأن يشكِّل نوعاً من الإعانة الرسمية التي يمكن أن تقوِّض النظام الذي يهدف نظام الإعسار الفعَّال إلى دعمه. *[هل من أمثلة أخرى؟]*.

٢٢٥ -وفي بعض قوانين الإعسار الصادرة مؤخرا كان هناك تخفيض كبير في عدد هذه الأنواع من الحقوق ذات الأولوية، بما يعكس تغييرا في التقبُّل العام لمثل هذه المعاملة التفضيلية بيد أنه يوجد في بلدان أخرى نزوع إلى زيادة فئات الديون التي تتمتع بالأولوية. على أن الإبقاء على عدد من الأوضاع التفضيلية المختلفة لكثير من أنواع المطالبات يمكن أن يُعَقِّد الأهداف الأساسية لعملية الإعسار وأن يجعل مهمة إنجاز هذه العملية بكفاءة وفعالية أمراً صعبا. وقد يخلق أشكالا من الإجحاف ويُعَقِّد عملية إعداد الخطة في حالة إعادة التنظيم.

وإضافة إلى ذلك، ينبغي التذكير بأن تعديل أولويات التوزيع لخلق هذه الأولويات لن يزيد من مجموع مبلغ الأموال المتاحة للدائنين. وهذا سيسفر فحسب عن فائدة لمجموعة واحدة من الدائنين على حساب مجموعة أخرى. فكلما زاد عدد الفئات المفضلة من الدائنين ذوي الأولوية، كبر النطاق للمجموعات الأخرى في مطالبتها بأنها تستحق أيضا معاملة تفضيلية. وكلما ازداد عدد الدائنين الذين يتمتعون بمعاملة تفضيلية، قلت الفائدة المرجوة.

٢٢٦ -وتثير بعض الأولويات مسائل من الأفضل معالجتها بقانون لا يختص بالإعسار بدلا من وضع قانون للإعسار يحقق أهدافا اجتماعية ترتبط بشكل غير مباشر فحسب بمسائل الدَين والإعسار. وحيثما تدرج الأولويات في قانون للإعسار أو توجد الأولويات في قوانين أخرى سوف تؤثر على سريان قانون الإعسار، من المستصوب أن تُذكَر بوضوح تلك الأولويات أو يشار إليها في قانون الإعسار. وهذا سوف يضمن أن يتصف نظام الإعسار على الأقل بالتيقّن والشفافية والقدرة على التنبؤ به بالنسبة لأثره على الدائنين وسوف يمكِّن المقرضين من إجراء تقييم أدق للمخاطر المرتبطة بالإقراض.

'٤' الدائنون العاديون غير المكفولين بضمان

٢٢٧ -بمجرد حصول جميع الدائنين المكفولين بضمان أو المتمتعين بالأولوية على الوفاء بمطالباتهم، يُوَزَّع الباقي بوجه عام على أساس التناسب بين الدائنين العاديين غير المكفولين بضمان. وقد تكون هناك تصنيفات فرعية داخل الفئة الواحدة، حيث تُعامَل بعض المطالبات باعتبارها أدنى مرتبة. وتَعتَبِر بعض البلدان المطالبات، مثل الإكراميات والغرامات والجزاءات وسلف حملة الأسهم والفوائد التي تستحق بعد التماس فتح إجراءات الإعسار في مرتبة أدنى بالنسبة للمطالبات العامة غير المضمونة، بينما تُعامِل بلدان أخرى بعض هذه المطالبات كمطالبات مستبعدة.

'٥' العاملون في المنشأة

٢٢٨ -غالبا ما تتنافس حقوق العاملين، بوصفها جزءً أساسيا من المنشأة، مع تلك الحقوق التي تخص الدائنين الآخرين. فالعاملون بوصفهم فئة يميلون إلى الانخراط بين طرفي أصحاب الحقوق المالكين والمدراء والمقرضين أو الدائنين، بسبب علاقتهم بالمدين استنادا إلى التزام ضمني بضرورة دفع أجور عن أعمالهم، وحيثما يعملون بشكل فعَّال سوف تستمر أعمالهم. وهذا الالتزام مُقيَّد بالضرورة في حالات الإعسار، بيد أن كثيرا من قوانين الإعسار يدرك

أهمية الالتزام ويمنح أولوية للأجور المعلَّقة على بعض فئات أخرى من الدائنين (أنظر أيضا معاملة العقود).

٢٢٩ -وعلى مستوى أوسع، تثير علاقة العمل مسائل أخرى من المعهود أنه يصعب حلها وأنها تضع مصالح العاملين في منافسة مع مصالح الدائنين الآخرين، مع ما يحتمل من أثر على توافر الائتمان وتكاليفه، وخصوصا فيما يتعلق بالمنشآت الكثيفة العمالة. وقد تنشأ بعض هذه المسائل في الحالات حيث يكون للعمال حِراك ضئيل في الوظائف، وحيثما تنتشر البطالة، وحيثما تتوقف استحقاقات المعاشات التقاعدية واستحقاقات الضمان على استمرار المنشأة أو أنه يُعهَد بها إلى ما يوجد لدى المنشأة المدينة، وحيث توجد شبكة ضعيفة للسلامة الاجتماعية تتعلق بالعمال و [...].

٢٣٠ -وحيثما تتمتع أجور العاملين بحماية من صناديق خاصة (بالعاملين)، من غير المحتمل أن يتغير مسار الإعسار ما لم يستبعد الصندوق الذي يضمن تلك المطالبات من تقديم مطالبة في حالة الإعسار أو إذا لم تكن لتلك المطالبات نفس الأولوية التي حصل عليها العاملون في المنشأة. وتتمثل الممارسة المعتادة في تمتُّع الصندوق بنفس الحقوق مثل العامل، على الأقل بخصوص بمبلغ محدَّد قد يشار إليه بالنسبة لمبلغ الأجور أو أسابيع من الأجر المدفوع.

٢٣١ -المسائل التي يتعيَّن معالجتها:

[تقرير الفريق العامل A/CN.9/504، الفقرة ١٥٣ فيما يتعلق بالامتياز الممنوح لمرتبات واستحقاقات المستخدمين، لوحظ أن النص على نظام كفالة اجتماعية ستترتب عليه منفعة لحوزة الإعسار، لأن من شأن ذلك أن يتيح استبعاد تلك المطالبات من عملية توزيع الموجودات. غير أنه ذُكِر على سبيل التوضيح أن ذلك سيقتضي عدم السماح بأن تكون للمؤسسة الاجتماعية التي تكفل تلك المطالبات نفس الأولوية الممنوحة للموظفين فيما يتعلق بحوزة الإعسار. وذهب رأي آخر إلى أنه ينبغي لمشروع الدليل أن يلفت الانتباه إلى الحلول المتاحة في مختلف النظم القانونية.*

'٦' أصحاب المنشآت

٢٣٢ -يأخذ الكثير من قوانين الإعسار بالقاعدة العامة بأن أصحاب المنشآت ليست لهم أحقية في توزيع عائدات الموجودات إلى أن يتم سداد كامل مستحقات الدائنين بوصفهم سابقين لهم في الأولوية. وقد يقتضي ذلك، أو لا يقتضي، دفع الفوائد. ومن المفترض، حيث

يجري التوزيع، أن يتم وفقا لمرتبة الأسهم المنصوص عليها في نظام الشركة وقانون الشركات.

'٧' الدائنون الأطراف ذوو الصلة

٢٣٣ - هناك فئة أخرى من الدائنين قد تتطلب إيلاء اعتبار خاص وهي فئة الأشخاص ذوي الصلة بالمدين سواء بصفتهم الأسرية أو بعلاقتهم بالمنشأة. وقد يكون هناك ما يبرر المعاملة الخاصة على أساس أن هذه الأطراف يحتمل أنهم ينعمون برعاية وينزعون إلى أن تكون لهم معرفة سابقة بالصعوبات المالية للمدين و *[غير ذلك؟]*. وفي حين أنهم لا يندرجون بشكل صحيح في فئات المطالبات المستبعدة، قد يكون من المناسب النظر فيما إذا كان ينبغي معاملتهم بنفس الطريقة مثل الدائنين الآخرين أو يخضعون للمعاملة الخاصة، مثل إخضاع المطالبات الخاصة بهم إلى مرتبة أدنى من مطالبات الدائنين الآخرين ومنع الدائن ذي القربى من التصويت مع الدائنين الآخرين على الموافقة على الخطة وعلى المسائل الأساسية الأخرى.

(ب) مطالبات الدائنين

'١' إعداد المطالبات

٢٣٤ - كمبدأ عام لا يمكن تقديم المطالبات بالنسبة للديون المتكَبَّدَة قبل بدء الإعسار. أما عن كيفية معاملة الدَين المتكَبَّد بعد بدء الإعسار فتتوقف على طبيعة الإجراءات وما يرد من نصوص في قانون الإعسار - حيث ينص كثير من القوانين على أنها واجبة السداد بالكامل كتكاليف للإجراءات.

٢٣٥ - ويمكن استخدام آليات مختلفة لإعداد المطالبات. وكثير من قوانين الإعسار يضع على الدائنين عبء تقديم الإثبات لمطالباتهم إلى ممثل الإعسار (الذي يمقتضى بعض قوانين إعادة التنظيم قد يكون المدين) لمراجعته. وتنص بعض القوانين على أن تُعَد كخطوة أولى، قائمة بالدائنين والمطالبات، إما بواسطة المحكمة أو بواسطة المدين. ولإعداد هذه القائمة بواسطة المدين ميزة معرفة المدين لدائنيه ولمطالباتهم وتزويده ممثل الإعسار ببيان لحالة المنشأة في وقت مبكر. ويتمثل نهج بديل بأن يقوم ممثل الإعسار بإعداد تلك القائمة، وهو نهج قد يعمل على تقليل الشكليات المرتبطة بعملية التحقق من المطالبات، بيد أنه قد يضيف إلى المصروفات ويسبب نوعا من التأخير. فإذا ما أعدَّت القائمة، يُدعى الدائنون إلى تقديم مطالباتهم إلى ممثل الإعسار لأغراض التحقق منها. ووجود آلية تشترط على الدائنين تقديم

مطالباتهم إلى ممثل الإعسار وأن يتحقق ممثل الإعسار منها سوف يساعد هذا على ضمان التوزيع السليم.

٢٣٦ -ولضمان إعداد المطالبات في الوقت المناسب، ولكي لا تطول إجراءات الإعسار دون داعٍ، يمكن أن يُدرَج في قانون للإعسار المواعيد النهائية لتقديم المطالبات إلى ممثل الإعسار. بيد أن هذه المواعيد النهائية قد تعمل على الإضرار بالدائنين الأجانب الذين قد لا يستطيعون في كثير من الحالات الوفاء بنفس المواعيد النهائية مثل الدائنين المحليين. ولضمان المساواة في معاملة الدائنين المحليين والأجانب، ولمراعاة الاتجاه الدولي لإلغاء التمييز استنادا إلى جنسية الدائن، قد يتسنى اعتماد نهج بإعداد المطالبات في وقت سابق للتوزيع، أو يحدد أجلا زمنيا يمكن تمديده أو التخلي عنه حيث تتوفر للدائن أسباب وجيهة لعدم التقيد بالموعد المحدد أو أن يعمل هذا الموعد كعقبة خطيرة أمام الدائن. وحيثما تُقدَّم المطالبة وتتسبب في تكبُّد تكاليف، ينبغي أن يتحمل الدائن هذه التكاليف.

٢٣٧ -ولكي يتسنى إعداد المطالبات في وقتها المناسب، من المستصوب أن يشترط قانون الإعسار تقديم إشعار واف إلى الدائنين، المحليين والأجانب ببدء إجراءات الإعسار. وفيما يتعلق بالدائنين الأجانب، يذكر دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود فيما يتعلق بالمادة ١٤ أن عددا من الشكليات المطلوبة لتقديم إشعار بشأن هؤلاء الدائنين يعتَبَر مرهقا ومبددا للوقت وأن استخدامها عادة لا يُقَدِّم للدائنين الأجانب إشعاراً مناسبا من حيث التوقيت بشأن إجراءات الإعسار. ويوصي دليل الاشتراع بعدم اشتراط هذه الإجراءات، ما عدا عندما تتعلق بالتزام وارد في معاهدة دولية (الفقرات ١٠٦ - ١١١، من دليل الاشتراع).

٢٣٨ -وثمة مسألة أخرى ذات أهمية خاصة للدائنين الأجانب وهي ما إذا كان يجب إعداد المطالبة بلغة الاختصاص القضائي الذي بدأت فيه إجراءات الإعسار، وما إذا كانت المطالبة تخضع لشكليات معيَّنة مثل توثيقها من الكاتب العدل (الموثِّق العام) وترجمتها. ولتيسير سُبُل الوصول أمام الدائنين الأجانب، يجدر النظر فيما إذا كانت المتطلبات أساسية أو يمكن تخفيفها في حالة الشكليات الإجرائية التي وردت مناقشتها بالنسبة للمادة ١٤ من القانون النموذجي.

٢٣٩ -وينص معظم القوانين على أن الدائنين الذين جرى تحديد هويتهم والممكن تحديد هويتهم يحق لهم تلقي إشعار بما أُعد من مطالبات. ويجوز إعطاء هذا الإشعار شخصيا أو بنشر إشعارات في المنشورات التجارية المناسبة. وقد يُطلَب إلى ممثل الإعسار إضافة إلى ذلك

أن يُعِد قائمة بالمطالبات المقبولة والمطعون فيها ويقدمها إلى المحكمة أو إلى هيئة إدارية أخرى لتيسير توفير الإشعار إلى الدائنين غير المعروفين وتقديم معلومات محدَّثة عن سير الأمور فيما يتعلق بقبول أو رفض المطالبات المطعون فيها.

'٣' المطالبات المؤقته

٢٤٠ -قد تكون مطالبات الدائنين من نوعين: مطالبات تتضمن مبلغاً محدَّداً ومطالبات لم تُحَدِّد أو لا يمكن أن تُحَدِّد فيها حاليا، المبالغ التي يدين بها المدين. ومثل هذه المطالبات قد تكون في طبيعتها تعاقدية أو غير تعاقدية، وقد تنشأ بشأن مطالبات مضمونة أو غير مضمونة. وحيث لا يُحَدَّد أو لا يمكن أن يُحَدَّد يقيناَ مبلغ المطالبة في الوقت الذي يلزم فيه تقديم المطالبة إلى ممثل الإعسار، تقضي قوانين كثيرة بأن تُقَدَّم المطالبة على أساس مؤقت أو أن تُعطى قيمة مؤقتة. ويثير قبول المطالبات المؤقتة عدداَ من المشاكل، وتتعلق هذه المشاكل بتقييم المطالبة وبالطرف الذي يضطلع بالتقييم (ممثل الإعسار، أو المحكمة أو أي شخص مُعَيَّن آخر)؛ وبتصويت الدائنين المؤقتين على مسائل هامة مثل تقرير ما إذا كان الأمر يتعلق بتصفية أو بإعادة تنظيم أو بالموافقة على خطة إعادة التنظيم (أنظر لجان الدائنين)؛ وبما إذا كان يمكن، بوصفهم أقلية، الالتزام بخطة لم يوافقوا عليها (أنظر "خطة إعادة التنظيم").

'٤' التحقق من المطالبات

٢٤١ -يستلزم التحقق ليس فقط إجراء تقييم للمشروعية التي تقوم عليها المطالبة ومبلغها، بل يستلزم أيضا تحديدا للفئة التي تندرج فيها المطالبة لأغراض التصويت والتوزيع (على سبيل المثال، المطالبات المضمونة مقابل المطالبات غير المضمونة؛ والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات مقابل المطالبات اللاحقة لبدء الإجراءات).

٢٤٢ -وينص كثير من قوانين الإعسار على أن يتحقق ممثل الإعسار من مطالبات الدائنين، الذين لهم نزاعات يتعيَّن أن تحسمها المحكمة. بيد أنه قد يقال أن اتباع نهج يعتمد بشدة على تقدير وحرية تصرُّف ممثل الإعسار قد يؤدي إلى التأخير بل وإلى التواطؤ مع المدين، مما يقوِّض إمكانية النظام للتنبؤ بالأمور. ومع ذلك إذا اعتُمِد ذلك النهج، من المستصوب أن يطلب إلى ممثل الإعسار أن يعطي أسباباَ لرفض المطالبة، ومن الأفضل أن يُقَدَّم ذلك كتابة. ومثل هذا الإجراء يحتمل أن يُعَزِّز شفافية الإجراء ويُحتَمَل أن يعزِّز القدرة على التنبؤ. وهناك نهج ثان يتمثل في النص على أن تتحقق المحكمة من جميع المطالبات وأن تحسم النزاعات. وينطوي هذا النهج على إمكان أن يؤدي إلى تأخير كبير

في وقت قد يكون من الأمور البالغة الأهمية ضمان أن تسير الإجراءات بشكل سريع وفعَّال، وقد يتطلب استخدام قدر هام من موارد المحكمة.

٢٤٣ -وقد يتمثل نهج بديل في النص على أن المطالبات القائمة وقت بدء الإجراءات لا تتطلب التحقق منها ويمكن قبولها على أساس تلقائي ما لم يُطعَن في المطالبة. فإذا اعتُمِد هذا النهج، قد يكون من المستصوب الجمع بين هذا وآلية تهدف إلى ضمان توفُّر المعلومات فيما يتعلق بالمطالبات المقبولة على هذا الأساس، إلى جميع الأطراف المعنية. وقد يعمل القبول التلقائي للمطالبات على تجنُّب كثير من الصعوبات المرتبطة بما لا بد أن يقوم به ممثل الإعسار من إجراء تقييم دقيق للحالة عند بدء الإجراءات ليتسنى للدائنين المشاركة في الاجتماعات والتصويت في هذه الاجتماعات المعقودة في مرحلة مبكرة من الإجراءات. والقبول التلقائي للمطالبات قد يساعده اشتراط أن تعد المطالبات في شكل إعلان مثل تقرير كتابي مشفوع بقَسَم، تلحق به الجزاءات في حالة حدوث احتيال. ويمكن أيضا مؤازرة هذا بقبول المطالبات التي تكون مدعومة بسجلات محاسبية مدوَّنة بشكل صحيح.

٢٤٤ -فقبول مطالبة الدائن تثبِّت حق الدائن في حضور اجتماع الدائنين وتثبِّت المبلغ الذي يستحق للدائن لكي يدلي بصوته في اجتماع الدائنين أو لأغراض التصويت عند انتخاب ممثل الإعسار أو الموافقة على خطة لإعادة التنظيم والمبلغ الذي يجب أن يأخذه ممثل الإعسار في الاعتبار عند الوفاء إلى الدائن في حالة التوزيع على الدائنين.

٢٤٥ -وحيثما يسمح قانون الإعسار بالطعن في المطالبة، فإنه قد يشير أيضا إلى أي من الأطراف يحق لهم البدء بإجراء طعن. وتسمح بعض القوانين لممثل الإعسار بأن يطعن في المطالبات، في حين تسمح قوانين أخرى للأطراف المعنية، بما فيهم الدائنون بالطعن في المطالبة. ولتلافي حالة حيث يكون هناك عدد هام من المطالبات التي يطعن فيها الدائنون، قد يكون من المستصوب النص على مراجعة نهائية لقائمة مطالبات الدائنين في اجتماع ما من اجتماعات الدائنين، عقب إعداد القائمة. وحيثما تنشأ نزاعات بشأن المطالبات، سواء كانت بين دائن وممثل الإعسار أو بين المدين وممثل الإعسار وتشتمل على نزاعات بخصوص الضمانة أو الحقوق الضمانية، يعتبر من الأمور الأساسية وجود آلية للحسم السريع لضمان سير وتقدُّم الإجراءات بشكل فعَّال ومُنَظَّم. فإذا لم يمكن حسم المطالبات المتنازع بشأنها بشكل سريع وفعَّال، قد تُستَخدَم القدرة على الطعن في مطالبة لإحباط الإجراءات وخلق تأخير لا ضرورة له.

'٥' المطالبات المستبعَدَة

٢٤٦ -قد يسعى قانون الإعسار، لعدد متباين من الأسباب المتعلقة بالسياسة العامة إلى استبعاد بعض أنواع من المطالبات. ومثل هذه المطالبات قد تشمل مطالبات الضرائب الخارجية، والغرامات والجزاءات وديون القمار.

٢٤٧ -وفي الوقت الحالي يستبعد كثير من البلدان المطالبات الضريبية الخارجية، ومن المعترف به بوجه عام أن مثل هذا الاستبعاد لا ينتهك هدف المساواة في معاملة الدائنين الأجانب والدائنين المحليين. ومع ذلك، لا توجد بالرغم من هذا الرأي العام أسباب إجبارية لماذا لا يمكن قبول مثل هذه المطالبات إذا رغب بلد في القيام بذلك. وحيثما تُقبل المطالبات الضريبية الخارجية، يمكن معاملتها بنفس الطريقة، مثل المطالبات الضريبية المحلية أو كمطالبات عامة غير مكفولة بضمان. والمادة ١٣ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، تَعتَرِف بهذه النهوج المختلفة، التي تنص على أن اشتراط المساواة في معاملة الدائنين الأجانب والدائنين المحليين لا يتأثر باستبعاد المطالبات الضريبية الخارجية ومطالبات الضمان الاجتماعي أو بجعلها تقف في مصاف المطالبة العامة غير التفضيلية أو في مرتبة أقل إذا كانت للمطالبات المحلية المعادلة لها مرتبة أدنى.

٢٤٨ -وحيثما تُعامَل ديون القمار كمطالبات مستبعدة فإن هذا يتم بوجه عام على أساس أنها تنشأ من نشاط يُعتَبَر غير مشروع في حد ذاته. وبدلا من التركيز على أنواع معيَّنة من المطالبات قد تُستَبعَد بوصفها غير مشروعة، قد يستبعِد قانون الإعسار، كفئة عامة، تلك المطالبات التي تنشأ من النشاط غير المشروع وبالتالي تعتبر غير قابلة للإنفاذ.

٢٤٩ -وفيما يتعلق بالغرامات والجزاءات، قد يُفَرِّق قانون الإعسار بين تلك التي تعتبر ذات طابع إداري محض أو طابع عقابي (مثل الغرامة المفروضة نتيجة انتهاك إداري أو جنائي) وتلك المطالبات ذات الطبيعة التعويضية. ويمكن أن يقال أن الفئة الأولى لا بد من استبعادها على أساس أنها تنشأ من فعل خاطئ من جانب المدين. وينبغي ألا يتحمل الدائنون غير المكفولين بضمان عبء هذا الفعل الخاطئ بأن يروا تخفيضا في الموجودات المتاحة من أجل التوزيع. وعلى سبيل المقارنة، قد يبدو أنه لا يوجد سبب إجباري لاستبعاد الفئة الثانية، وخصوصا حيثما تتعلق بالتعويض عن الأضرار التي يتكبدها طرف آخر، باستثناء ما قد يُبَرَّر هذا الاستبعاد أيضا كوسيلة لزيادة الموجودات المتاحة للدائنين غير المكفولين بضمان. وقد يتمثل نهج بديل في قبول المطالبات القائمة على الغرامات والجزاءات لأنها خلافا لذلك ستظل دون تحصيل *[هل من أسباب أخرى؟]*.

'٦' تحويل المطالبات بالعملات الأجنبية

٢٥٠ - يعتَبَر تقييم المطالبات ذا أهمية خاصة للدائنين الأجانب الذين بوجه عام يعدون مطالباتهم بعملات غير عملة البلد الذي تتم فيه إجراءات الإعسار. ولأغراض التحقق والتوزيع، عادة يتم تحويل هذه المطالبات إلى العملة المحلية. فإذا تحدَّد تاريخ التحويل في تاريخ بدء إجراءات الإعسار، وقلت قيمة العملة أو زادت في الفترة قبل التوزيع (وهو ما قد يحدث في وقت لاحق بدرجة كبيرة) سوف يحدث تقلُّب في قيمة المطالبة. ويتمثل نهج بديل في إجراء التحويل المؤقت في وقت بدء الإجراءات لأغراض التصويت، ولكن إذا حدث تقلُّب في سعر الصرف أكثر من نسبة مئوية معيَّنة في الفترة قبل التوزيع، يمكن عندئذ إجراء التحويل في وقت التوزيع.

'٧' إحالة المطالبات

٢٥١ - *[...]*

٢٥٢ - المسائل المراد معالجتها:

{تقرير الفريق العامل A/CN.9/504، الفقرة ١١٧ فيما يتعلق بمعاملة القروض المقدمة من المساهمين، ذهب أحد الآراء إلى أن هذه القروض تستحق نظاما يأخذ في الحسبان الأسباب المحددة الكامنة عادة وراء إصدارها، والتي قد لا تكون بالضرورة نفس الأسباب في حالة القروض المقدمة من كيانات أخرى. وأشير، على سبيل إبداء الملاحظة، إلى أنه ينبغي لمشروع الدليل أن يُنبِّه المشرعين الوطنيين إلى الآثار التي يمكن أن تترتب على الاختيارات التشريعية على المستوى الإداري للشركات.

١١٨ - وقدِّم اقتراح بأن يتناول مشروع الدليل مسألة معاملة الالتزامات المشتركة بموجب قانون الإعسار وحظي بتأييد كبير. واقتُرِح بوجه خاص أن يتناول مشروع الدليل مسألة ما إذا كان - وإلى أي مدى - يؤثر بدء إجراءات الإعسار في حق الدائن في إنفاذ المطالبة ضد مدين واحد أو مدينين مشتركين غير المدين الخاضع لإجراءات الإعسار. وفي هذا الصدد، دعا رأي آخر إلى أن يتضمن مشروع الدليل معاملة الضامنين وأن يتناول حالة إعسار الضامن أيضا.

١١٩ -ورئي فضلا عن ذلك أن مشروع الدليل ينبغي أن يوصي تحديدا بتناول مسألة معاملة المطالبات غير المكفولة بضمان المكتسبة بعد بدء إجراءات الإعسار، وذلك بتبيان النهوج المختلفة المتاحة في النُظُم القانونية المختلفة.]

٢ - ملخص وتوصيات - مطالبات الدائنين

(١) الغرض من الأحكام بشأن مطالبات الدائن هو:

(أ) النص على أن يقوم الأشخاص الذين يطالبون بدَين أو بمسؤولية ضد منشأة مدينة معسرة بتقديم مطالباتهم من أجل أن ينظر فيها ممثل الإعسار؛

(ب) يُطلَب إلى ممثل الإعسار أن ينظر في المطالبات وأن يقبلها أو يرفضها، بالكامل أو أجزاء منها، وأن يُنَص على إجراءات استئناف من هذا الإجراء القضائي؛

(ج) النص على معالجة مطالبات محددة، من بينها المطالبات التي تخص أولئك الدائنين المكفولين بضمان، والدائنين الأجانب، والدائنين الذين تكون مطالباتهم بعملات أجنبية، والمطالبات المتعلقة بالفائدة، والمطالبات بخصوص الالتزامات غير المستحقة الأداء؛

(د) النص على نظام يُرتب الأولوية في دفع مطالبات الدائنين؛

(هـ) النص على تطبيق نفس القواعد فيما يخص الأهداف المذكورة أعلاه في حالة التصفية وفي حالة إجراء التنظيم.

(٢) ينبغي إخطار جميع الدائنين المحليين والأجانب على السواء، ببدء الإجراءات والوقت المسموح به لتقديم المطالبات. وينبغي تقديم إشعار بالطريقة التي تتفق مع المتطلبات الواردة في المادة ١٤ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود.

(٣) يجوز إعداد المطالبات في غضون فترة محدَّدة بعد بدء الإجراءات [الإشعار ببدء الإجراءات] أو أي وقت قبل التوزيع.

(٤) لتيسير عملية تجهيز المطالبات، ينبغي أن يُعِد ممثل الإعسار قائمة بالدائنين وبياناً بالمطالبات.

(٥) يحق لكل دائن [غير مكفول بضمان] [ومكفول بضمان] أن يعد مطالبة ضد حوزة الإعسار [خلال [...يوما] بعد بدء إجراءات الإعسار] [في أي وقت قبل التوزيع]. وحيثما يعتمد قانون الإعسار أجلا زمنيا لإعداد المطالبات، ينبغي أن يكون هذا الأجل الزمني قابلا للتمديد أو الإلغاء من جانب المحكمة. وينبغي أن تُعامَل أية مطالبة يقدمها دائن أجنبي بنفس الطريقة مثل أية مطالبة أخرى. أما المطالبات المقدمة من دائنين مكفولين بضمان فلا ينبغي تقديمها إلا حيثما يكون الدائن قد سلَّم ضمانته أو أنه مكفول بضمانة ناقصة (أي أن قيمة مطالبته تتجاوز قيمة ضمانته) ويرغب في المطالبة بالحصة غير المكفولة بضمان.

(٦) ويجوز استبعاد مطالبات معيَّنة. وهذه قد تشمل المطالبات الناشئة من أنشطة تعتبر غير مشروعة (مثل ديون القمار) [مطالبات الإيرادات الخارجية]، [الغرامات والجزاءات]، *[أمور أخرى؟]*.

(٧) يجوز للدائن أن يقدِّم مطالبة بإبراز دليل يثبت مطالبته إلى ممثل الإعسار في شكل [إقرار] [إقرار مكتوب بقسم].

(٨) وعلى ممثل الإعسار أن يقبل أو يرفض أية مطالبة بالكامل أو أجزاء منها، أو يمكن قبول المطالبات تلقائيا [على أساس السجلات المحاسبية] ما لم يطعن فيها [دائن] [ممثل الإعسار]. وحيثما يرفض ممثل الإعسار مطالبة فإنه مطالب بإبداء الأسباب الداعية للرفض. ويكون للدائنين الذين رُفِضَت مطالباتهم الحق في الاستئناف أمام المحكمة.

(٩) ينبغي قبول المطالبات ذات القيمة غير المحددة والمطالبات المضمونة، والمطالبات المتنازع بشأنها بصفة مؤقتة لحين تقييم المطالبة أو الضمانة أو لحين حسم النزاع من جانب المحكمة. ويمكن أن يضطلع بتقييم المطالبة ممثل الإعسار أو المحكمة. وينبغي أن يكون باستطاعة الدائنين الاستئناف ضد أي تقييم أمام المحكمة.

(١٠) إن قبول أية مطالبة يتقدَّم بها الدائن تثبت ما يلي:

(أ) حق الدائن في حضور الاجتماع والمبلغ الذي يحق للدائن به أن يُصوِّت في اجتماع الدائنين بشأن منشأة مدينة معسرة أو لأغراض التصويت على انتخاب ممثل الإعسار أو الموافقة على خطة لإعادة التنظيم؛

(ب) المبلغ الذي يجب أن يأخذه ممثل الإعسار في الاعتبار في الوفاء للدائن في إجراء للتوزيع على الدائنين.

(١١) الحق في المقاصة

(١٢) مطالبات من المقرَّبين العالمين ببواطن الأمور والمساهمين

خامسا – التصفية والتوزيع

ألف – أولويات التوزيع

١ – ملاحظات عامة

٢٥٣ –يتم توزيع العائدات المتأتية من الحوزة عموما وفقا لتصنيف الدائنين حسب الفئة ومختلف الأولويات الممنوحة لتلك الفئات.

٢٥٤ –وحيثما يوجد عدد من الفئات المختلفة ذات الأولويات المختلفة، فإن كل مستوى من الأولوية سوف يدفع له بالكامل قبل أن تدفع مبالغ للمستوى التالي. فإذا ما وصل التوزيع إلى مستوى من الأولوية لا تكفي معه الأموال المتاحة لسداد جميع الدائنين المندرجين فيه بالكامل، فإنهم يتقاسمونها بالتناسب. وفي بعض القوانين التي لا تنص على مستويات مختلفة للأولوية يتقاسم الدائنون جميعا الأموال بالتناسب بينهم إذا لم تكن هذه الأموال كافية لسدادهم بالكامل.

٢٥٥ –وقد يكون من المستصوب في إجراءات إعادة التنظيم النص على أن تدفع المطالبات ذات الأولوية بالكامل كإسناد لتأكيد خطة ما لم يتفق الدائنون ذوو الأولوية المضارين على خلاف ذلك. ويجوز أن تقترح خطة إعادة التنظيم أولويات توزيع تختلف عن تلك المنصوص عليها في قانون الإعسار، شريطة أن يوافق الدائنون المصوِّتون على الخطة على مثل ذلك التعديل.

٢ – ملخص وتوصيات – التوزيع

(١) الغرض من هذه الأحكام هو: [...].

(٢) يُدفَع المبلغ المتاح للتوزيع على الدائنين بالترتيب التالي:

(أ) [المطالبات المكفولة بضمان]

(ب) النفقات والأجور المرتبطة بتعيين ممثل الإعسار وبواجباته ومهامه؛

(ج) النفقات الإدارية؛

(د) [المطالبات الأخرى الموافق عليها].

(٣) تُرَتَّب المطالبات في كل من هذه الفئات بالتساوي فيما بينها وتُسَدَّد بالكامل جميع المطالبات المندرجة في فئة معيَّنة قبل السداد للفئة التالية. وإذا لم تكن هناك أموال كافية للسداد لهم بالكامل فيدفع لهم على أساس التناسب.

باء – إبراء الذمة

١ – ملاحظات عامة

٢٥٦ –في أعقاب التوزيع يحتمل ألا يدفع لعدد من الدائنين أموالهم بالكامل. وسوف يحتاج قانون الإعسار إلى النظر فيما إذا كان هؤلاء الدائنون ما زالت لهم مطالبات معلَّقة قبالة المنشأة المدينة أو بدلا من ذلك سوف تُعفى المنشأة المدينة من الدين أو "تبرأ ذمتها" من تلك المطالبات المتبقية.

٢٥٧ –وعندما يكون كيان الإعسار شركة محدودة المسؤولية، لا تنشأ مسألة إبراء الذمة عقب التصفية؛ فإما أن ينص القانون على اختفاء الكيان الاعتباري أو بدلا من ذلك يواصل الكيان بقاءه كهيكل غير مكتمل وبدون موجودات. ولا يكون المساهمون عندئذ مسؤولين عن المطالبات المتبقية ولا تظهر مسألة إبراؤهم من الذمة. بيد أن هذه تظهر في إطار إعادة التنظيم وينبغي معالجتها. فإذا ما اتخذ كيان المنشأة شكلا مختلفا مثل وجود فرد (ملكية منفردة)، أو مجموعة أفراد (شراكة) أو كيان له أصحاب عليهم مسؤولية غير محدودة، ينشأ تساؤل عما إذا كان هؤلاء الأفراد ما زالوا مسؤولين شخصيا عن المطالبات غير المستوفاة عقب التصفية.

٢٥٨ –وتعتمد قوانين الإعسار نُهوجا مختلفة إزاء مسألة إبراء الذمة. ففي بعض القوانين، لا يزال المدين مسؤولا عن المطالبات غير المستوفاة بالسداد، رهناً بأحكام أي قانون بخصوص التقادم. وهذا النوع من القانون يشدد على قيمة العلاقة بين المدين والدائن: فاستمرار مسؤولية الدائن عقب التصفية يعمل على تلطيف التصرفات المالية للمدين كما يشجِّع الدائن على توفير التمويل. وتنص قوانين أخرى للإعسار على إبراء كامل لذمة المدين الأمين غير المحتال فوراً عقب التصفية. وهذا النهج يؤكد "البداية الجديدة" التي تترتب على إبراء الذمة وغالبا ما تهدف إلى تشجيع ظهور فئة جديدة من مبادرات تنظيم المشاريع. وهذا

اعتراف أيضا بأن المديونية الثقيلة هي واقع اقتصادي راهن. ويحاول نهج ثالث أن يقيم حلاً وسطا: فيُمنَح إبراء الذمة بعد فترة عقب التوزيع، ويتوقع أثناءها من المدين أن يبذل بحسن نية جهوداً للوفاء بالتزاماته.

٢٥٩ -وفي بعض الظروف، قد يكون من المناسب تقييد توافر إبراء الذمة. وهذه الظروف قد تشمل الحالة، حيثما يكون المدين قد تصرف بشكل احتيالي، وشارك في نشاط إجرامي، وانتهك قوانين العمل أو القوانين البيئية و [أمور أخرى؟]. وفي بعض البلدان حيث يُمنَح إبراء الذمة، يجوز استبعاد ديون معيَّنة، مثل تلك الناشئة من اتفاقات خاصة بالصيانة، والاحتيال، وغرامات المحاكم والضرائب. ويمكن فرض شروط أخرى على المدين، أثناء الإجراءات أو كشرط لإبراء الذمة، إما عن طريق توصية من ممثل الإعسار أو من المحكمة. وهذه الشروط قد تشمل تقييدات على قدرة الحصول على ائتمان جديد، أو مغادرة البلد أو مواصلة النشاط التجاري لفترة زمنية معيَّنة. وتتعلق تقييدات أخرى بعدد المرات التي يمكن فيها إبراء ذمة المدين. ففي بعض الاختصاصات القضائية، يُعتَبَر إبراء الذمة فرصة واحدة طوال العمر؛ وفي اختصاصات قضائية أخرى هناك حد أدنى لفترة الانتظار، على سبيل المثال، عشر سنوات، قبل أن يكون المدين مؤهلا لإبراء جديد لذمته، أو حتى قبل أن يتمكن من الدخول في إجراءات إعسار قد تؤدي إلى إبراء ذمة جديد.

٢٦٠ -وهناك مسألة تدعو إلى أخذها في الاعتبار عند النظر في إبراء ذمة الأفراد المشاركين في مشروع منشأة وهي تقاطع مديونية المشروع مع مديونية المستهلكين. ومع مراعاة أن هناك نُهوجا مختلفة تتخذ إزاء إعسار الأشخاص الطبيعيين (في بعض البلدان لا يمكن إعلان إفلاس الشخص الطبيعي على الإطلاق، وفي بلدان أخرى، هناك اشتراط بأن يكون الفرد قد تصرَّف بصفته "تاجرا") ومع مراعاة أن كثيراً من البلدان لم تضع نظاما لإعسار المستهلكين، فهناك عدد من البلدان لديها قوانين إعسار تسعى للتمييز بين أولئك الذين هم ببساطة مدينون مستهلكون وأولئك الذين تنشأ مسؤلياتهم من أعمال تجارية صغيرة. ففي كثير من الحالات، على سبيل المثال، يستعمل الائتمان الاستهلاكي لتمويل مشاريع تجارية صغيرة كرأسمال ابتدائي أو كأموال للتشغيل، وقد يصعب الفصل بين الديون لتصنيفها في فئات واضحة. ولهذا السبب، حيثما يوجد نظام قانوني يعترف بالمستهلك الفرد وديون المنشأة التجارية، ليس من المجدي وجود قواعد بشأن الديون التجارية للأفراد التي تختلف عن القواعد الواجبة التطبيق على ديون المستهلكين.

٢ - ملخص وتوصيات - إبراء الذمة

(١) حيثما يسمح قانون الإعسار بإعسار الأفراد المشاركين في نشاط تجاري، ينبغي وضع نص للمدين لكي تُبرأ ذمته عقب التصفية. وينبغي أن يكون إبراء الذمة [كاملا وفوريا حيث يكون المدين أمينا وغير محتال] [خاضعا لأجل زمني محدد] *[غير ذلك؟]*.

سادسا - خطط إعادة التنظيم

١ - ملاحظات عامة

٢٦١ - تتناول قوانين الإعسار عدداً من المسائل في سياق صوغ خطة لإعادة التنظيم، مثل طبيعة أو شكل الخطة؛ ومتى ينبغي إعداد الخطة؛ ومن الذي بوسعه أن يعد الخطة؛ وماذا يجب أن يدرج في الخطة؛ وكيف تتم الموافقة على الخطة وتأثير هذه الخطة.

٢٦٢ - تؤدي خطط إعادة التنظيم مهام مختلفة في مختلف أنواع الإجراءات. ففي بعضها، قد تكون الخطة مُلحقاً مذيَّلا بإجراءات إعادة التنظيم، بحيث تتناول تسديد إيراد السهم بالكامل وتسوية كاملة ونهائية لجميع المطالبات (يشار إليها أيضا كصلح واقٍ من الإفلاس بتسوية بين المدين المعسر والدائنين أو مخطط لترتيب الأمور) أو قد تُقترح عند بدء الإجراءات وتحدَّد الطريقة التي ينبغي التعامل بها مع المدين والمنشأة أثناء فترة إعادة التنظيم، مثل خطة المنشأة، وكذلك تحديد الإيرادات المتوقعة من الأسهم ومواعيد السداد. وقد توجد أيضا ظروف حيث تُعد خطة مثل خطة إعادة التنظيم في التصفية حيث يتعين بيع المنشأة كشركة عاملة. وهذه الخطة قد تكون مثل خطة المنشأة ولن تعالج أية مسائل تتعلق بالتوزيع حيث أن هذا سوف يُعالَج وفقا لقانون الإعسار.

(أ) طبيعة وشكل الخطة

٢٦٣ - الغرض من إعادة التنظيم هو مضاعفة العائد النهائي الممكن للدائنين وإعطاء نتيجة أفضل مما يحدث لو تمت تصفية المنشأة المدينة. ومع وجود موكِّلين مختلفين مشاركين في عملية إعادة التنظيم، قد توجد لكل منهم آراء مختلفة عن الكيفية التي يمكن بها الوصول إلى هذا الهدف، على سبيل المثال، عن طريق استمرار المنشأة مع مستهلك أو مورِّد كبير مقابل سرعة التسديد، ومستويات مختلفة من تحمُّل المخاطر. وقد يفضل بعض الدائنين المساهمة بحصة في رأس مال المنشأة التجارية، في حين لا يفضل آخرون ذلك. ولهذا من المعهود أن

تكون هناك طائفة من الخيارات التي ينتقى منها في حالة بعينها وإذا اعتَمَد قانون للإعسار نهجاً إرشاديا لطائفة من الخيارات المتاحة أو للاختيار الذي يتعين الأخذ به في حالة محددة، من المحتمل أن يعرقل تحقيق هدف تعظيم القيمة. ومن المستصوب ألا يسمح القانون، على سبيل المثال، بمجرد خطة تهدف إلى إعادة تأهيل المنشأة بالكامل تأهيلا كاملا؛ وألا ينص على عدم إمكان شطب الدَين؛ وألا ينص على وجوب تسديد قيمة دنيا في نهاية الأمر إلى الدائنين. كما أن من الأفضل ترك تحديد ما هو الحل التجاري الأنسب إلى مكان السوق.

٢٦٤ -ويجوز لقانون الإعسار أن يضع بعض الحدود، مثل الحفاظ في إعادة التنظيم على الأولويات الممنوحة للدائنين في التصفية، وألا يكون تأثير الخطة بحيث ينتج عنها أن تظل المنشأة المدينة معسرة وأن تعود إلى مكان السوق بتلك الحالة. ومن شأن اتباع نهج لا يشوبه التدخل أن يسفر عن مرونة تكفي للسماح بما هو أنسب (بالنسبة للمنشأة المحددة) لاختيار طائفة من الإمكانيات. وتعتمد بعض قوانين الإعسار نهجا يدرج بعض الإمكانيات التي يمكن اعتمادها، ولكن ليس القصد أن تكون القائمة حصرية مانعة لنهوج أخرى. فقد تشمل هذه الإمكانيات اختيار صُلح بسيط وواقٍ من الإفلاس (هو اتفاق بأن يُدفَع للدائنين نسبة مئوية من مطالباتهم)؛ واستمرار النشاط التجاري للمنشأة التجارية وبيعها في النهاية كشركة عاملة (وبالنسبة للمنشأة المدينة يتم تصفيتها عندئذ)؛ وتحويل جميع أو جزء من موجودات الحوزة إلى واحد أو أكثر من الكيانات القائمة أو الكيانات التي سوف تُنشأ؛ واندماج أو تضامن المنشأة المدينة مع كيان أو أكثر من الكيانات الأخرى؛ وشكل متطور من إعادة هيكلة المنشأة المدينة وحق الدائنين في الموجودات أو أي حل آخر.

(ب) إعداد الخطة

٢٦٥ -يتعين النظر في مسألتين هامتين بالنسبة لإعداد خطة لإعادة التنظيم وهما ساحة الإجراءات التي ينبغي إعداد الخطة فيها والطرف الذي ينبغي أن يكون مسؤولا عن إعدادها. ويمكن اتخاذ عدد من النهوج المختلفة بالنسبة لكل مسألة من هاتين المسألتين.

٢٦٦ -وبالنسبة للمسألة الأولى، يتوقف النهج على الغرض أو الهدف من إعادة التنظيم الخاصة. فبعض القوانين تأخذ بالنهج الذي يقضي بأن خطة إعادة التنظيم تشكِّل جزءاً من طلب الموافقة على إجراءات لإعادة التنظيم (حيث يمكن أن يُسمى الطلب "اقتراحا" لإعادة التنظيم)، بينما تنص قوانين أخرى على إعداد الخطة بعد بدء إجراءات إعادة التنظيم. وتتمثل إحدى الصعوبات الممكنة في إعداد الخطة قبل بدء الإجراءات في أنها لن تكون خطة

بالإمكان تنفيذها إذا ما أُعدت دون مشاورة مع الدائنين وغيرهم من الأطراف المعنيين، ويمكن بالتالي أن تعمل على إحباط الإجراءات وأن تسبب التأخير.

٢٦٧ -وفيما يتعلق بالمسألة الثانية، قد يتحمل مختلف المشاركين في إجراءات إعادة التنظيم المسؤولية الأولية عن إعداد خطة إعادة التنظيم، متوقفا ذلك على الطريقة التي يوضع بها قانون الإعسار وخصوصا الأدوار المختصة المسندة إلى ممثل الإعسار وإلى المدين والدائنين. ففي بعض قوانين الإعسار، على هؤلاء الأطراف التزام أكيد بالتعاون في إعداد الخطة. ولدى تحديد أي من الأطراف تقع عليه المسؤولية الأولية عن إعداد الخطة، من المستصوب وجود توازن بين الحرية الممنوحة لمختلف الأطراف لإعداد الخطة، والقيود الملحقة بالضرورة بالعملية من حيث متطلبات الموافقة (التصويت)، والآجال الزمنية للإعداد، وتعديل الخطة، واعتبارات إجرائية أخرى. ووجود نهج مرن، على العكس من النهج الرقابي، يحتمل أن يكفل تحقيق هذا التوازن رغم أنه من المستحسن، من أجل تحقيق الفعالية والتيقُّن والقدرة على التنبؤ، أن يتخذ قانون الإعسار بعض الخطوات لمعالجة هذه المسائل.

٢٦٨ -وتشترط بعض قوانين الإعسار أن يقوم المدين بإعداد خطة إعادة التنظيم. وهذا النهج قد تكون له مزايا تشجيع المدينين على بدء إجراءات إعادة التنظيم في مرحلة مبكرة وأفضل استغلال لمعرفة المدين بمنشأته ومعرفة الخطوات الضرورية لجعل المنشأة المعسرة قادرة على البقاء (وإن كان يتعيَّن موازنة الحرية الممنوحة للمدين قُبالة الحاجة إلى ضمان ثقة الدائنين في المنشأة المدينة واقتراحها). ويمكن للفرصة الممنوحة للمدين أن تكون حصرية مانعة أو حصرية بالنسبة لفترة محددة، مع توفُّر الصلاحية للمحكمة أن تمدد الفترة إذا ما كانت مفيدة لإجراءات إعادة التنظيم. وحيثما يتعين إعداد الخطة قبل بدء الإجراءات، لا يمكن أن تُعَد الخطة إلا من المدين، حيث أن الدائنين يفتقرون إلى المعلومات وإلى الهيكل التنظيمي للقيام بذلك ولا يتأتى تعيين ممثل للإعسار.

٢٦٩ -ونظرا لأن الخطة لن يُكتَب لها النجاح إلا إذا وافقت عليها أغلبية مطلوبة من الدائنين، هناك دائما احتمال فشل إعادة التنظيم إذا لم تلق الخطة المقدمة من المدين قبولا. فقد ينشد الدائنون فحسب، الموافقة على خطة تُجَرِّد حملة أسهم المنشأة المدينة من السيطرة على أسهم رأس المال في المنشأة المعسرة، وقد تحرم هذه الخطة أيضا الإدارة القائمة من تولي أي مسؤوليات في الإدارة. فإذا أعطى المدين فرصة استئثارية لإعداد الخطة ويرفض النظر في مثل هذا الترتيب، فهناك خطر أن تفشل عملية إعادة التنظيم، بما يضر الدائنين والعاملين والمنشأة المعسرة. ولمعالجة ذلك الأمر المهم، تنص بعض قوانين الإعسار على أنه إذا أخفق المدين في تقديم خطة مقبولة قبل نهاية الفترة الحصرية، تُعطى الفرصة للدائنين لاقتراح خطة

(يمكن إنجاز ذلك عن طريق لجنة للدائنين (أنظر "لجان الدائنين")). وقد يوفر هذا الخيار وسيلة الضغط اللازمة للتوصل إلى حل وسط بين الأطراف المشاركة.

٢٧٠ -ويتمثل نهج ثالث في إعطاء ممثل الإعسار فرصة لإعداد الخطة، سواء كبديل لإعدادها من قِبَل المدين أو الدائنين أو كتدبير مُكمِّل لذلك. ومع إعطاء الفرصة لممثل الإعسار بأن يصبح على معرفة بشأن منشأة المدين، فإنه سيكون في وضع حسن يستطيع منه أن يحدد ما هي التدابير التي تعتبر ضرورية للمنشأة لكي تظل عاملة مجدية. وتعتمد أهمية النص على مشاركة ممثل الإعسار أو مشاركة الدائنين على مقصد القانون. ففي الظروف التي تكون فيها موافقة الأغلبية المطلوبة من الدائنين شرطا لازما لنفاذ الخطة، يكون للخطة التي تأخذ في الحسبان المقترحات التي يقبلها الدائنون احتمال لاعتمادها أكثر من خطة لا تراعي ذلك. وهذا الاعتبار لا ينطبق حيثما لا تكون موافقة الدائنين ضرورية أو يمكن تجاوزها بقرار من المحكمة. وفي حين يمكن أن يُعطى عدد من الأطراف الفرصة لإعداد خطة. فإنه من غير المستصوب عموما أن يتم إعداد عدد من الخطط في نفس الوقت. ورغم أن هذا يُعَقِّد العملية ويؤدي إلى عدم الفاعلية فإنه في بعض الحالات قد يُشجَع على إعداد خطة يقبلها جميع الأطراف.

٢٧١ -وينص بعض القوانين على أن تنظر المحكمة في آراء أطراف ثالثة بشأن الخطة، كآراء الوكالات الحكومية ونقابات العمال. ورغم أن هذا قد يساعد في حالات محددة في إعداد خطة مقبولة، فهذا الإجراء قد يكون من شأنه إطالة مدة العملية، وقد يكون مستصوبا فقط إذا ما كان مفيدا في حالة محددة وإذا ما روقبت العملية بعناية وفُرِضَت عليها قيود زمنية.

(ج) المضمون

٢٧٢ -لدى معظم البلدان قوانين تقضي بأن تكشف خطة إعادة التنظيم بشكل كاف وبوضوح لجميع الأطراف عن المعلومات المتعلقة بالوضع المالي للمنشأة وبتغيُّر الحقوق القانونية المقتَرَح في الخطة. وقد تشمل المعلومات بالنسبة للوضع المالي للمنشأة المدينة الأصول والخصوم وبيانات التدفق النقدي؛ وتفاصيل المقترحات الدقيقة المدرجة في الخطة؛ وتفاصيل ما قد يتسلمه الدائنون (وكيف يكون هذا أكثر مما يتلقونه خلافا لذلك في حالة التصفية)؛ والأساس الذي تستطيع المنشأة بناء عليه أن تواصل الاتجار وأن تنجح في إعادة التنظيم. أما المعلومات المتعلقة بالمقترحات التي يتعين إدراجها في الخطة فقد تشمل: تفاصيل توزيع الأموال؛ الاستمرار أو إنهاء العقود التي ليست مُنفذه تماما والإيجارات غير المنقضية آجالها؛ وتسوية المطالبات؛ وبيع الضمانة؛ والحد الأدنى من الأرباح العائدة من الأسهم والتي

تُسَدَّد للدائنين؛ والإفصاح عن الأوضاع وقبول الإجراء؛ والحقوق في المطالبات المتنازع بشأنها للمشاركة في عملية التصويت وتدابير من أجل حسم المطالبات المتنازع بشأنها؛ وحقوق التصويت وصلاحيات "المقرَّبين المطّلعين على بواطن الأمور". ومن شأن توفير هذه المعلومات أن يدعم الهدف الأساسي للشفافية ويمكن أن يساعد في ضمان ثقة الدائنين في الإجراء القضائي. ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى إيجاد توازن قُبَالة شواغل السرِّية الناشئة من اطلاع المدين على ما قد يكون من معلومات مالية وتجارية حساسة متصلة بالمنشأة المدينة، حتى حيثما تدخل المعلومات في نهاية المطاف في حقل الاطلاع العام عن طريق الموافقة من المحكمة على الخطة.

٢٧٣ -وترتبط مسألة ما يجب أن تتضمنه الخطة ارتباطا وثيقا بمسألة الموافقة على الخطة وأثرها. وتعتمد نتيجة الخطة على ما هو ممكن عمليا، وبعبارة أخرى عمَّا إذا كانت الخطة والمنشأة المدينة سوف تنجحان، استنادا للحقائق والظروف المعروفة والافتراضات المعقولة. وعند التصويت على خطة، يحتاج الدائنون إلى أن يكون بوسعهم الاطمئنان أن الخطة ممكنة عمليا وليست مستندة على سبيل المثال إلى افتراضات خاطئة أو أنها تترك المنشأة المدينة وقد أثقلتها الديون. ولتيسير هذا التقييم، يمكن أن تكون الخطة مشفوعة بتقرير من خبير مهني مؤهل يتوقع منه أن يُقَدِّم وجهة نظر معقولة وغير منحازة بالتدابير التي تقترحها الخطة. وحيثما لا يوافق الدائنون على تقييم الخبير المهني، يمكن أخذ هذه الآراء في الاعتبار إما في التصويت على الخطة، بآلية تسمح بتعديل الخطة، أو عن طريق المحكمة عندما تُقِر الخطة (حيثما يكون هذا عنصرا مطلوبا في الإجراء القضائي).

٢٧٤ -كذلك يثير محتوى الخطة مسائل تتعلق بقوانين أخرى. فمثلاً، بقدر ما يحظر القانون الوطني للشركات تحويل الدَين إلى حصة في رأس المال، لا يمكن الموافقة على خطة تتضمن تحويلا من هذا القبيل. ونظرا لأن تحويل الديون إلى حصة في رأس المال يمكن أن يكون سمة هامة لإعادة التنظيم، فسيكون من الضروري إلغاء هذا الحظر إذا أريد إدخال هذه الأحكام في الخطة والموافقة عليها. وبالمثل إذا كانت الخطة قاصرة على الإعفاء من الديون أو تمديد آجال استحقاقها، فقد لا تلقى من الدائنين دعما كافيا لنجاحها. كذلك تثير بعض حالات الإعسار مشكلات مباشرة ولا خلاف عليها بشأن العلاقة بين قانون الإعسار والقوانين الأخرى. وهناك حالات أخرى قد تثير مشاكل أكثر تعقيدا. وقد يكون من بينها الحدود المفروضة على الاستثمار الأجنبي وضوابط الصرف الأجنبي (وخصوصا في الحالات حيثما يكون الكثير من الدائنين من غير المقيمين)، أو معاملة العاملين بمقتضى قوانين العمل ذات الصلة حيثما تثير إعادة التنظيم، مثلا، مسائل تتعلق بتعديل لاتفاقات التفاوض الجماعي، أو

المسائل المتصلة بقانون الضرائب. وتسمح بعض قوانين الإعسار ببعض التقييدات الواردة في قوانين أخرى بتجاوزها في ظروف معيَّنة ومن المستصوب، بغية ضمان الشفافية والقدرة على التنبؤ، أن يُعالِج قانون الإعسار على وجه التحديد مسألة علاقته بالقوانين الأخرى.

(د) اعتماد الخطة ومفعولها

٢٧٥ - يتطلب إعداد القانون فيما يتعلق باعتماد الخطة وإعمالها الموازنة بين عدد من الاعتبارات المتزاحمة. فمن ناحية قد يكون من المستصوب إيجاد طريقة لفرض خطة مُتَّفَق عليها على أقلية من الدائنين المعارضين لها بغية تعزيز فرص نجاح عملية إعادة التنظيم. وبقدر ما يؤدي اعتماد الخطة وتنفيذها على الدائنين المعارضين، قد تكون هناك حاجة تكفل أن يتيح مضمون الخطة حماية مناسبة للدائنين المعارضين، وخصوصا ألا تضار حقوقهم بشكل غير عادل. ومن ناحية أخرى بقدر ما يؤدي إجراء الموافقة إلى إخلال شديد بمطالب الدائنين دون موافقتهم (خصوصا الدائنين المكفولين بضمان)، هناك خطر تقويض استعداد الدائنين لتوفير الائتمان مستقبلا.

'١' المطالبات المضمونة وذات الأولوية

٢٧٦ - في حالات كثيرة، تمثِّل المطالبات المضمونة نسبة هامة من قيمة الديون التي يدين بها المدين، ويمكن الأخذ بنهوج مختلفة إزاء موافقة الدائنين أصحاب الضمانات والأولوية على الخطة. وفي إطار أحد النهوج، حيثما يكفل القانون ألا تمنع الخطة المعتمدة الدائنين ذوي الضمانات من ممارسة حقوقهم، لا تكون هناك عموما حاجة إلى إعطاء هؤلاء الدائنين حق التصويت حيث أن الخطة لن تنال من مصالحهم. ويُعَد الدائنون أصحاب الأولوية في وضع مماثل وفقا لهذا النهج - ولا يمكن للخطة أن تنال من قيمة مطالباتهم ويحق لهم الحصول على سداد كامل لها. بيد أن التقييد الذي ينطوي عليه هذا النهج، يتمثل في أنه قد يحد من فرص نجاح عملية إعادة التنظيم، وخصوصا حيث تكون الموجودات الضامنة لهذه المطالبة حاسمة الأهمية لنجاح الخطة - ذلك أنه إذا لم يكن الدائن الحائز على ضمان مُلزَماً بالخطة أو أن الخطة تنص على الوفاء الكامل لمطالبات الدائن الحائز على ضمان، فإن اختيار هذا الدائن لممارسة حقوقه قد يجعل الخطة متعذِّرة التنفيذ. وبالمثل فإن الطريقة الوحيدة التي تنجح فيها الخطة، في بعض الظروف، بأن تنص على أن يحصل الدائنون أصحاب الأولوية على أقل من كامل قيمة مطالباتهم لدى الموافقة على الخطة.

٢٧٧ -ولحسم بعض هذه الصعوبات، يعتمد بعض البلدان النهج الذي يسمح للدائنين من أصحاب الضمانات والأولوية بالتصويت كفئات منفصلة على خطة من شأنها، خلافا لذلك، أن تنتقص من قيمة مطالباتهم. أو يوافقوا خلافا لذلك على أن يكونوا ملتزمين بالخطة. وينطوي إنشاء هذه الفئات على اعتراف بأن حقوق ومصالح أولئك الدائنين تختلف عن حقوق ومصالح الدائنين غير الحائزين على ضمانات. وبقدر ما يتم الحصول على دعم الأغلبية من كلتا فئتي الدائنين الحائزين على ضمانات والدائنين المتمتعين بالأولوية يكون هؤلاء الدائنون ملزمين بأحكام الخطة. وفي هذه الظروف، تقضي القوانين عامة بأحقية الدائنين المعارضين في الحصول على ما لا يقل عما كانوا سيحصلون عليه في حالة التصفية. وتنص بعض قوانين الإعسار أيضا على أن الدائنين الحائزين على ضمانات قد يُلزَمون بالخطة حيث تكون للمحكمة صلاحية إصدار أمر بأنهم ملزمون، شريطة أن تفي الخطة ببعض الشروط. وهذه الشروط قد تشمل أن إنفاذ الضمانة من جانب الدائن المكفول بضمان سيكون له تأثير مادي مناوئ على تحقيق أغراض الخطة وأن ضمانة ومصالح الدائن المكفول بضمان سوف تتمتع بحماية وافية بموجب الخطة.

'٢' عامة الدائنين غير المكفولين بضمانات

٢٧٨ -من المستصوب، حتى إذا لم يسمح بالتصويت للدائنين أصحاب الضمانات والأولوية، من المستصوب أن تتوفر للدائنين عامة من غير الحائزين على ضمانات وسيلة فعَّالة للتصويت على الخطة. ويمكن أن تُستخدَم لذلك آليات مختلفة، بيد أنه ينبغي مهما اختير من آلية أن يُحَدَّد هذا بوضوح في قانون الإعسار لضمان القدرة على التنبؤ والشفافية.

٢٧٩ -الأغلبيات: تضع بعض القوانين حداً أدنى للتأييد اللازم من عامة الدائنين غير الحائزين على ضمانات من أجل جعل الخطة مُلزِمة لهؤلاء الدائنين، كما تُحدِّد إجراءات التصويت التي تُستخدَم لتحديد ذلك التأييد. ومن المسائل ذات الأهمية كيفية حساب الأصوات وما إذا كان يتم على أساس النسبة المئوية لقيمة الدَين التي تدعم الخطة، أم أيضا على أساس عدد الدائنين المؤيدين. وتشترط بعض القوانين، على سبيل المثال، أن تلقى الخطة تأييدا من ثُلثَي قيمة الديون ومن نصف عدد الدائنين. وهناك أيضا توليفات أخرى مستخدمة. ورغم أن هذا الإجراء يزيد من صعوبة الحصول على الموافقة، فإنه يمكن تبريره على أساس أنه يحمي الطبيعة الجماعية للإجراءات. فإذا كان واحد فقط من الدائنين حائزا مثلا على أغلبية القيمة، فإن هذه القاعدة تمنع ذلك الدائن من فرض الخطة على جميع الدائنين الآخرين رغم إرادتهم. وبالمثل فإن عدداً كبيرا من الدائنين ذوي المكانة الصغيرة لا يستطيعون فرض قرارهم على قلة من دائنين حائزين على مطالبات كبيرة جدا. وقد يكون هناك أيضا

ما يبرر ذلك الإجراء على أساس أنه يساعد على ضمان أن يكون التأييد للخطة كافياً ليتسنى تنفيذها بنجاح.

٢٨٠ - وفيما يتعلق بإجراءات التصويت، تأخذ بلدان كثيرة بنهج حساب النسبة المئوية للتأييد على أساس الدائنين المشتَركين فعلا في التصويت. ويُعتَبَر أن المتخلفين ليس لديهم اهتمام كبير بالإجراءات. ومثل هذا النهج يتطلب تضمين الإشعار أحكاما وافية مع تطبيقها فعليا، وخصوصا حيث يكون هناك دائنون غير مقيمين (أنظر ...).

٢٨١ - فئات الدائنين: بعض البلدان التي أنشأت فئات للدائنين أصحاب الضمانات والأولوية تأخذ أيضا بتقسيم الدائنين غير الحائزين على ضمانات إلى فئات مختلفة. والغرض من إنشاء هذه الفئات هو تعزيز فرص إعادة التنظيم من ثلاث نواحٍ على الأقل، بتهيئة وسيلة مفيدة للتعرف على المصالح الاقتصادية المختلفة للدائنين غير الحائزين على ضمانات؛ وبتوفير إطار لتحديد بنية أحكام الخطة؛ ووسيلة للمحكمة لاستخدام تأييد الأغلبية اللازمة من إحدى الفئات لجعل الخطة مُلزِمَة للفئات الأخرى التي لا تؤيد الخطة. وحيث أن إنشاء فئات مختلفة ينطوي على احتمال تعقيد إجراء التصويت، فإن هذا مستصوب فحسب حيثما تكون هناك أسباب اضطرارية لمعاملة خاصة لبعض الدائنين غير الحائزين على ضمانات. أما المعايير التي قد تكون هامة في تحديد الصفات المشتركة للمصلحة فقد تشمل: طبيعة الديون التي تنشأ منها المطالبات؛ سُبُل الانتصاف المتاحة للدائنين في غياب خطة لإعادة التنظيم والمدى الذي يستطيع الدائنون الوصول إليه لاسترداد مطالباتهم بممارسة سُبُل الانتصاف تلك؛ ومعاملة المطالبات بموجب خطة إعادة التنظيم؛ والمدى الذي تُسَدَّد عنده المطالبات بموجب الخطة.

٢٨٢ - سلطة "الإلزام": بعض البلدان التي تشترط تصويت الدائنين الحائزين على ضمانات والدائنين أصحاب الأولوية وإنشاء فئات مختلفة للدائنين غير الحائزين على ضمانات، تشمل أيضا آلية تتيح تأييد فئة واحدة لجعل الخطة جعلها مُلزِمَة للفئات الأخرى (بما فيها فئات الدائنين ذوي الضمانات وأصحاب الأولوية) بدون موافقتها. وكثيرا ما يُشار إلى ذلك بأنه حكم "الإلزام". ويؤدي إنشاء الفئات وتطبيق مثل هذه القواعد إلى تعقيد قانون الإعسار وتعقيد تطبيقه من جانب ممثل الإعسار والمحكمة، وقد يتطلب، مثلا، ممارسة قدر كبير من التقدير الاستنسابي بشأن المسائل الاقتصادية، مثل تقسيم المحكمة للدائنين غير الحائزين على ضمان إلى فئات على أساس مصالحهم الاقتصادية. وهذا التقدير الاستنسابي، حيث لا يمارس بطريقة مستنيرة ومستقلة ويمكن التنبؤ بها، قد يُقَوِّض ثقة الدائنين.

٢٨٣ - حملة الأسهم: تنص بعض القوانين على ضرورة موافقة حملة أسهم المنشأة المدينة على الخطط، على الأقل حيث تؤثر الخطة على شكل الشركة أو على هيكل رأس المال أو عضوية المنشأة المدينة. وإضافة إلى ذلك فإن من الممكن حيث تقوم إدارة المنشأة باقتراح الخطة أن تكون أحكام الخطة قد ووفق عليها فعلا من حملة الأسهم (متوقفا ذلك على كيان المنشأة المعنية، وهذا قد يكون مُشترطاً في الصك التأسيسي لبعض الشركات). وهذا هو الحال غالبا حيثما تؤثر الخطة تأثيرا مباشرا على حملة الأسهم بأن تنص مثلا على تحويل للديون إلى أسهم في رأس المال، إما بتحويل للأسهم الموجودة أو بإصدار أسهم جديدة.

٢٨٤ - وفي الظروف التي يسمح فيها القانون للدائنين أو لممثل الإعسار باقتراح الخطة، وتتجه الخطة إلى تحويل للديون إلى أسهم في رأس المال، تجيز بعض البلدان الموافقة على الخطة رغم معارضة حملة الأسهم، بغض النظر عن أحكام الصك التأسيسي للمنشأة. وقد تفضي الخطط من هذا القبيل إلى استبعاد كامل لبعض حملة الأسهم الحاليين دون موافقة منهم.

'٣' الدائنون الأطراف ذوو الصلة

٢٨٥ - [التصويت على الموافقة على الخطة]

'٤' مفعول الخطة

٢٨٦ - حيثما يُوافَق على الخطة، تتخذ نهوج مختلفة إزاء من يلتزم بها. وفيما يبدو، لا تُلزِم بعض قوانين الإعسار سوى أولئك الدائنين الذين قاموا بالتصويت على الخطة، في حين تُلزِم قوانين أخرى، فيما يبدو، جميع الدائنين غير المكفولين بضمانات والمديرين وحملة الأسهم.

(هـ) موافقة المحكمة على الخطة

٢٨٧ - لا تشترط البلدان جميعها موافقة المحكمة على الخطة التي وافق عليها الدائنون؛ فالموافقة من غالبية الدائنين هي كل ما يُطلَب في هذا الصدد. بيد أن المحكمة قد يكون لها دور تؤديه فيما يتعلق بمراجعة الخطة حيث أن الخطة نفسها أو الوسائل التي دُبِّرَت بها تطعن فيها أقلية من الدائنين (أنظر "الاعتراضات على الخطة").

٢٨٨ - وحيثما يُطلَب إلى المحكمة (أو في بعض البلدان يُطلَب إلى سلطة إدارية) أن تؤكد موافقتها على خطة ما، يُنتَظَر منها عادة أن تؤكد خطة وافقت عليها الغالبية المطلوبة من الدائنين. وتتيح بلدان كثيرة للمحاكم أن تؤدي دورا نشطا في "إلزام" الدائنين بجعل الخطة واجبة التنفيذ على فئة من الدائنين لم توافق على الخطة. وهذا قد يُشرِك المحكمة في

الاضطلاع بدور يدخل في طبيعة الشكلية القانونية؛ فهو لا يتطلب من المحكمة أن تفحص الأساس التجاري الذي نالت الخطة على أساسه الموافقة بل لضمان أن يكون قرار الدائنين تحقق بشكل صحيح وأن الشروط السابقة الضرورية قد استوفيت. وقد ترفض المحكمة الخطة على أساس أن مصالح الدائنين المعارضين لم تلق الحماية بشكل واف (وذلك، مثلاً، لأنهم لم يحصلوا بموجبها على مقدار ما كان يمكن أن يحصلوا عليه في حالة التصفية)، أو أن هناك دليلا على حدوث احتيال في عملية الموافقة.

٢٨٩ - كذلك تعطي بعض القوانين المحكمة سلطة رفض خطة على أساس أنها لا يمكن تنفيذها عمليا. وقد يُبَرَّر ذلك، على سبيل المثال، حيث لا يكون الدائنون الحائزون على ضمانات مُلزَمين بالخطة ولكن الخطة لا تنص على سداد كامل للمطالبات المضمونة لهؤلاء الدائنين. ويجوز للمحكمة أن ترفض الخطة في مثل هذه الحالة إذا رأت أن الدائنين أصحاب الضمانات سوف يمارسون حقوقهم على الضمانة، وبالتالي يجعلون الخطة غير ممكنة التنفيذ. ويمكن معالجة مثل هذه المخاطرة في الأحكام المتعلقة بإعداد الخطة والموافقة عليها. ومهما يكن دور المحكمة المطلوب أن تؤديه بالنسبة لخطة إعادة التنظيم، من المستصوب ألا يُطلَب لها مراجعة الأساس الاقتصادي والتجاري لقرار الدائنين ما لم تتمتع بالاختصاص والخبرة للقيام بذلك.

(و) الاعتراضات على الخطة

٢٩٠ - حيث يُحتَمَل أن يُضار جميع الدائنين بسبب إجراءات إعادة التنظيم، قد يتطلب الأمر بوجه عام وجود مستوى من الإجحاف أو الضرر يتجاوز الإجحاف أو الضرر الذي يتكبده دائنون آخرون أو فئات من الدائنين، وذلك لدعم الاعتراضات على الخطة. وتنص بعض القوانين أيضا على أن تخضع الخطة للاعتراض، مع وجود بند ينص على إعادة النظر فيها أو تجاهلها، بالرجوع إلى المعايير الموضوعة والتي بها يمكن الحكم على رفض أولئك الدائنين. وقد تشمل المعايير أن الموافقة على الخطة تم الحصول عليها بالاحتيال (مثل ما يُقَدَّم من معلومات زائفة أو مُضَلِّلة أو منع معلومات مادية بشأن خطة إعادة التنظيم)، أو كان هناك نوع من مخالفة الأصول المرعية في إجراء التصويت (مثل مشاركة الدائنين الأشخاص ذوي الصلة أو أن القرار الذي بمقتضاه تمت الموافقة على الخطة ليس متسقا مع مصالح الدائنين بوجه عام) أو في سير الاجتماع الذي جرى فيه التصويت.

(ز) تعديل الخطة

٢٩١ - حيثما يفشل التصويت على خطة لإعادة التنظيم في تحقيق المستوى المطلوب للموافقة على الخطة، قد يعتمد قانون الإعسار آلية يمكن أن تؤدي إلى أن يقوم الدائنون بتعديل الخطة وإعادة النظر فيها. وقد يتمثل أحد النُهوج مثلا في السماح لغالبية الدائنين بالتصويت لتأجيل اجتماع اتخاذ القرار ليتسنى المزيد من الإفصاح عن الأمور إذا ما بدا أن إجراء مزيد من التفاوض حول الخطة قد يسفر عن نتيجة إيجابية أو معالجة نزاعات ومسائل غير محسومة. ومن المستصوب، كما هو الحال في جميع مجالات الإجراء القضائي، أن يكون التأجيل في ظروف محددة أو على الأقل في عدد محدد من المرات، ربما مع آجال زمنية تدرج لتيسير الحسم السريع للمفاوضات الجديدة وتجنُّب إساءة الاستعمال.

٢٩٢ - وقد يشمل قانون الإعسار أيضا نصاً يتعلق بتعديل الخطة بعد الموافقة عليها إذا ما تعطل تنفيذها أو اتضح عدم قابلية الاضطلاع بها. وتنص اختصاصات قضائية كثيرة على تعديل الخطة إذا ما كان هذا يخدم مصالح الدائنين. وحيثما تكون المحكمة قد أكدت الموافقة على الخطة الأصلية، قد يطلب إليها أيضا تأكيد الموافقة على الخطة المعدَّلة.

(ح) تنفيذ الخطة

٢٩٣ - يمكن تنفيذ معظم الخطط دون حاجة إلى مزيد من التدخل. بيد أنه قد يكون من الضروري أحيانا للتنفيذ أن يقوم شخص مستقل بالإشراف عليه أو بمراقبته. وتنص عدة بلدان على أن للمحكمة دوراً مستمراً في الإشراف على المنشأة المدينة بعد الموافقة على الخطة واعتمادها، ريثما يتم تنفيذ الخطة. وقد يكون هذا مهما حيث تبرز مسائل تتعلق بتفسير أداء أو التزامات المدين أو غيره. وتجيز بعض البلدان للمحكمة أن تأذن باستمرار الإشراف على أمور المنشأة المدينة، بدرجات مختلفة حيث يقوم بذلك مشرف أو ممثل الإعسار بعد تأكيد الموافقة على الخطة.

(ط) حيثما لا يُوَافَق على الخطة أو يفشل تنفيذها

٢٩٤ - في الحالات التي لا يُوافَق فيها على الخطة أو يتعطل التنفيذ فيها، وفي كلتا الحالتين لا يسهم تعديل الخطة في حل هذه الصعوبات، يجوز لقانون الإعسار أن يعتمد نهوجا مختلفة إزاء ما ينبغي حدوثه. فبعض قوانين الإعسار تنص على أن فشل الدائنين في الموافقة على الخطة لا بد أن يؤخذ على أنه دلالة على أنهم يفضلون التصفية. وهذا النهج يعمل على تشجيع المنشآت المدينة على اقتراح خطة مقبولة، ولكن من المستصوب أن يخضع هذا

لضمانات تمنع إساءة الاستعمال في الحالات حيثما لا يكون تأييد التصفية في مصلحة جميع الدائنين.

٢٩٥ -وحيثما يتعطل تنفيذ الخطة بشكل يتعذر إصلاحه، يجوز لقانون الإعسار أن ينص على التحويل إلى إجراء التصفية. ورغم أن هذا النهج قد يتيح بعض التيَقُّن بالنسبة لحل نهائي للإجراءات، فإنه قد يؤدي إلى مزيد من التأخير وتناقص القيمة، وتكون النتيجة قيمة أقل بالنسبة للدائنين من إجراء إعادة التنظيم. وقد يتمثل نهج آخر في اعتبار إجراءات الإعسار كغاية وأن يتخذ الدائنون إجراءات فردية. وهذا النهج لا يحل الصعوبات المالية للمنشأة المدينة وقد يؤدي إلى سباق من أجل الموجودات التي كان المقصود من بدء الإجراءات الجماعية أن يتجنَّبه. وقد يتمثل نهج توفيقي في إتاحة اقتراح بأن يُقَدِّم دائنون خطة مختلفة خلال فترة زمنية محددة وفقط في الحالات حيث لا يستطاع إعداد خطة فيعقب ذلك إجراء التصفية. ويجب الاعتراف بأن إيجاد التوازن عند نقطة ما بين تحقيق أفضل نتيجة بالنسبة لجميع الدائنين وتحقيق ما يعتبر نصائح مجدية وعملية من أجل متابعة ما هو ممكن عمليا، ومن المستصوب أن يكون قانون الإعسار مرنا بدرجة كافية تتيح حدوث هذا.

(ي) التحويل إلى التصفية

٢٩٦ -قد تنشأ عدة ظروف في مسار إجراء إعادة التنظيم حيث يكون من المستصوب لقانون الإعسار أن يتيح آلية لتحويل الإجراءات إلى تصفية. وهذه الظروف قد تشمل الحالة حيثما يتقرر أنه ليس هناك احتمال معقول بإعادة تأهيل المنشأة بنجاح أو حيثما يبدو أن المنشأة المدينة تسيء استعمال عملية إعادة التنظيم إما بعدم التعاون مع ممثل الإعسار (منع المعلومات مثلا) أو التصرُّف خلافا لذلك بسوء نية (تحويلات احتيالية مثلا). وممثل الإعسار هو الطرف الذي يستطيع أن يؤدي دورا رئيسيا في عملية التحويل، بعد أن تتوفر أكبر معرفة للمنشأة المدينة أو لإدارتها بالنشاط التجاري للمنشأة وغالبا ما يعلم في مرحلة مبكرة ما إذا كانت منشأة المدين قادرة أو غير قادرة على البقاء. وإضافة إلى ذلك قد يكون من المعقول السماح للدائنين أو للجنة الدائنين (حيثما يكون قد تم تعيين اللجنة)، بأن تطلب إلى المحكمة تحويل الإجراءات لأسباب مماثلة. ويمكن أيضا منح المحكمة صلاحية التحويل بناء على مبادرة منها.

٢٩٧ -ويمكن اعتماد نهوج عديدة لتوفير ضمانات تحول دون إساءة استعمال إجراء التحويل. وقد يتمثل أحد الخيارات في إتاحة آجال زمنية لإتمام إجراء إعادة التنظيم (على سبيل المثال، ١٢٠ يوما من بدء الإجراءات) ولا يتاح للمحكمة سلطة تمديد تلك الفترة.

وهذا النهج قد تكون له ميزة وضع موعد نهائي محدد يعمل كعنصر حفَّاز من أجل إعداد الخطة والموافقة عليها، وإن كان هذا يمكن أن يعرضها لمخاطرة بفرض مُعَوِّقات اعتباطية قد يثبت أنها غير ضرورية أو لا مبرر لها في حالات معيَّنة (مثل حالات الإعسار الكبيرة جدا حيث قد يستغرق إعداد الخطة أكثر من ١٢ شهرا) وقد يؤدي إلى فشل إعادة تنظيم كانت خلافاً لذلك ستنجح، وذلك بسبب عدم مرونة الوقت النهائي المحدَّد. وهناك نهج مغاير لهذا يتمثل في إعطاء دفعة أكبر للدائنين لإنشاء فترة زمنية أولية (ربما من ٦٠ إلى ٩٠ يوما) بحيث لا يمكن تمديدها إلا بتصويت من الدائنين (ربما على أساس تقرير من ممثل الإعسار أو من خبير مستقل بخصوص جدوى إعادة التنظيم) بيد أنها لا يمكن على أي حال أن تتجاوز أجلا زمنيا (على سبيل المثال ١٢٠ يوما).

(ك) الإعفاء من الديون والمطالبات

٢٩٨ -لضمان أن تتاح للمنشأة المعاد تنظيمها أفضل فرصة للنجاح، يمكن لقانون الإعسار أن ينص على الإعفاء أو تغيير الديون والمطالبات التي أعفيت أو خلافا لذلك عُدِّلت بمقتضى الخطة. وهذا النهج يدعم هدف التيقُّن التجاري بإتاحة أثر مُلزِم للتغاضي عن الديون أو إلغائها أو تعديلها وفقا للخطة المعتَمَدة. ويُعتَبَر هذا المبدأ هاما بصفة خاصة لضمان الامتثال لأحكام الخطة من جانب الدائنين الذين رفضوا الخطة ومن جانب الدائنين الذين لم يشاركوا في العملية. كما أنها تتيح نوعا من التيقُّن للمقرضين والمستثمرين الآخرين بأنهم لن يشتركوا في تصفية غير متوقعة أو الذين يتعين عليهم التزاحم مع مطالبات مستترة أو لم يُكشَف عن جوانبها. وبالتالي فإن الإعفاء من الديون يُثبِت بشكل جَلِي لا لبس فيه أن الخطة تُعالِج تماما الحقوق القانونية للدائنين.

(ل) إنهاء الخطة

٢٩٩ -عادة ما تُعامل أية خطة لإعادة التنظيم على أنها خطة منتهية حيثما تكون نُفِّذَت تماما أو حيثما تأمر المحكمة بإنهائها بسبب فشل التنفيذ. وفي الحالة الأخيرة، وبغية تجنُّب أن تُترَك المنشأة المدينة في حالة معسرة بدون حسم وضعها المالي، قد تصدر المحكمة أيضا أمراً يتعلق بالإجراءات لكي تتحول إلى التصفية.

٢ - ملخص وتوصيات - خطط إعادة التنظيم

(١) الغرض من الأحكام المتعلقة بخطة إعادة التنظيم هو:

(أ) تيسير المفاوضات بين المنشأة المدينة ودائنيها وغيرهم من الأطراف المعنية بغرض التعامل مع الصعوبات المالية للمنشأة المدينة في إطار خطة لإعادة التنظيم؛

(ب) إلزام جميع الدائنين والمنشأة المدينة بخطة إعادة التنظيم؛

(ج) النص على تنفيذ خطة إعادة التنظيم؛

(د) معالجة آثار الفشل في اقتراح خطة مقبولة، وعدم القدرة على نيل موافقة الدائنين على الخطة، وفشل تنفيذ الخطة؛

(هـ) تحويل الإجراءات إلى تصفية في ظروف معيَّنة؛

(و) الإعفاء من الديون والمطالبات.

(٢) يمكن اقتراح خطة لإعادة التنظيم لدى تقديم طلب يتعلق بإجراء الإعسار أو بعد بدء إجراء الإعسار. وحيثما يتطلب الأمر خطة لإعادة التنظيم لدى تقديم الطلب، يقوم المدين بإعداد هذه الخطة.

(٣) وحيثما يتعيَّن صياغة خطة لإعادة التنظيم بعد بدء الإجراءات، ينبغي لقانون الإعسار أن يَعتَمِد نهجا مرناً لصياغة الخطة التي يحتمل أن تُشرِك جميع الأطراف الرئيسيين في إجراءات الإعسار - المنشأة المدينة والدائنين، وممثل الإعسار. وعلى سبيل المثال يمكن أن ينص القانون على أن تعطى المنشأة المدينة فترة حصرية لاقتراح خطة، بيد أنها ينبغي أن تتشاور مع الدائنين ومع ممثل الإعسار في القيام بذلك. وبعد انقضاء تلك الفترة الحصرية، إذا لم تتمكن المنشأة المدينة من اقتراح خطة مقبولة، يمكن إعطاء الفرصة لاقتراح خطة إلى واحدٍ أو أكثر من الدائنين أو إلى لجنة الدائنين، بالتشاور مع ممثل الإعسار.

(٤) يجوز لقانون الإعسار أن يبين الحد الأدنى للمحتويات في خطة إعادة التنظيم، مع مراعاة أحكام قوانين أخرى ذات صلة. وهذا يمكن أن يشمل [بيانات خاصة بالوضع المالي للمنشأة المدينة تشمل الأصول والخصوم وبيانات التدفُّق النقدي؛ وتفاصيل الاقتراحات الدقيقة المدرجة في الخطة؛ وتفاصيل ما قد يتلقاه الدائنون (وكيف يتعيَّن أن يكون هذا أكبر مما سيتلقونه خلافا لذلك في إجراء

التصفية)؛ والأساس الذي ستتمكن بناء عليه المنشأة التجارية من مواصلة الاتجار وإعادة تنظيمها بنجاح*]*.

(٥) ولأغراض تتعلق بخطة إعادة التنظيم، يمكن تقسيم الدائنين إلى فئات وفقا لطبيعة ومضمون حقوقهم الخاصة.

(٦) يمكن أن تُعتَمَد خطة إعادة التنظيم إذا حظيت بالتأييد من:

(أ) أغلبية فئات الدائنين أصحاب الأولوية والضمانات (حيثما تضار حقوقهم بسبب الخطة المقتَرَحة)؛

(ب) أغلبية فئات الدائنين غير المكفولين بضمانات؛

(ج) أغلبية أصحاب الأسهم في المنشأة المدينة (عندما تضار حقوقهم بسبب الخطة المقتَرَحَة).

(٧) ولأغراض الموافقة، ينبغي أن تكون الأغلبية نصف عدد الدائنين الذين يُصَوِّتون فعلا وثُلُثي قيمة الدين الذي يحوزونه.

(٨) يجوز لقانون الإعسار أن ينص على أن موافقة أغلبية الدائنين على إعادة التنظيم تجعل الخطة مُلزِمَة على الفئات المعتَرِضَة ("حكم الإلزام").

(٩) يجوز لقانون الإعسار أن ينص على الموافقة على خطة إعادة التنظيم من المحكمة أو من هيئة إدارية مختصة لجعلها قابلة للنفاذ على الدائنين. ويجوز أن تكون للمحكمة الصلاحية لتأكيد الموافقة على الخطة شريطة أن:

(أ) تتوفر حماية مناسبة لمصالح الدائنين المُعتَرِضين؛

(ب) تكون الخطة قابلة للتنفيذ؛

(ج) *[*غير ذلك*]*.

(١٠) ويمكن للدائنين الرافضين الاعتراض على الخطة على أساس أن الموافقة على الخطة جرت بالاحتيال (مثل تقديم معلومات زائفة أو مُضَلِّلة أو منع معلومات مادية فيما يتعلق بخطة إعادة التنظيم)، أو كانت هناك مخالفة من نوع ما للأصول المرعية في إجراء التصويت (مثل مشاركة دائنين ذوي علاقة القربى، أو أن القرار بالموافقة على الخطة لا يتفق مع مصالح الدائنين بوجه عام).

(١١) ينبغي أن تتمتع المحكمة بصلاحية الإشراف على تنفيذ الخطة أو إعطاء الإذن بالإشراف لمشرف أو لممثل الإعسار، حيثما يكون ذلك ضروريا.

(١٢) ينبغي اتخاذ تدابير من أجل تعديل الخطة عندما تفشل في تحقيق مستوى التأييد المطلوب من أجل الموافقة، أو بعد الموافقة، استنادا إلى إن تنفيذ الخطة يتعطل أو إذا وُجِد أنه من غير المستطاع تنفيذ الخطة.

(١٣) ينبغي أن يُعالِج قانون الإعسار مسألة الإعفاء من الديون والمطالبات على أساس الطريقة التي تُعالَج بها في خطة إعادة التنظيم.

(١٤) ينبغي أن ينص قانون الإعسار على إنهاء الخطة عندما يُستكمَل التنفيذ أو، حيثما يفشل التنفيذ ولا يستطاع تعديل الخطة، ينص على تحويل الإجراءات إلى تصفية.