

Distr.: Limited  
8 October 2013  
Arabic  
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي  
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)  
الدورة الرابعة والأربعون  
فيينا، ١٦-٢٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣

## قانون الإعسار

معلومات أساسية عن المواضيع التي تشكّل ولاية الفريق العامل الخامس  
الحالية والمواضيع التي يمكن الاضطلاع بأعمال بشأنها في المستقبل  
مذكّرة من الأمانة

### المحتويات

| الصفحة | الفقرات |   |
|--------|---------|---|
| ٣      | ٢-١     | مقدّمة .....  |
| ٣      | ٢٥-٣    | أولاً- ولاية الفريق العامل الخامس الحالية .....                     |
|        |         | ألف- تيسير إجراءات إعسار مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات          |
| ٣      | ٦-٣     | عبر الحدود .....  |
| ٥      | ١٦-٧    | باء- اتفاقية بشأن مسائل مختارة تتعلق بالإعسار الدولي .....          |
| ١٠     | ٢٢-١٧   | جيم- إعسار المؤسسات المالية الكبيرة والمعقدة .....                  |
|        |         | دال- الالتزامات الواقعة على مديري شركات مجموعة المنشآت في فترة      |
| ١٣     | ٢٥-٢٣   | الاقتراب من الإعسار .....   |
| ١٤     | ٤٩-٢٦   | ثانياً- المواضيع التي يمكن الاضطلاع بأعمال بشأنها في المستقبل ..... |



| الصفحة | الفقرات   |
|--------|---|
| ١٤     | ألف- المسائل المتعلقة بالدائنين والمطالبات ..... ٣٤-٢٦                              |
| ١٧     | باء- معاملة العقود المالية والمعاوضة في سياق الإعسار..... ٣٨-٣٥                     |
| ١٩     | جيم- تنظيم نشاط أخصائي الإعسار الممارسين..... ٤١-٣٩                                 |
| ٢١     | دال- إنفاذ الأحكام القضائية المنبثقة من قضايا الإعسار..... ٤٣-٤٢                    |
| ٢٢     | هاء- معاملة عقود الملكية الفكرية في قضايا الإعسار عبر الحدود ..... ٤٩-٤٤            |
|        | ثالثاً- الإجراءات المبسّطة المعجّلة، بما فيها الإجراءات المسبقة الترتيبات وغيرها من |
| ٢٤     | الآليات المناسبة لإعسار المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة ..... ٥٦-٥٠               |

## مقدمة

١- اعتمدت اللجنة في تموز/يوليه ٢٠١٣، دليل اشتراخ وتفسير قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (قانون الأونسيترال النموذجي)، الذي يتضمن نصوفاً جديدة بشأن جوانب مفهوم "مركز المصالح الرئيسية"، والجزء الرابع من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار (دليل الأونسيترال بشأن الإعسار)، الذي يتناول التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار. غير أن اللجنة أشارت إلى أن ولاية الفريق العامل الخامس الحالية، والتي تتعلق بجملة أمور منها "مركز المصالح الرئيسية" لم تُستوفَ بإنجاز دليل الاشتراخ والتفسير، وأنه لا تزال هناك مسائل تتعلق بمجموعات المنشآت. وافقت اللجنة على أن يعقد الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)، في الأيام القليلة الأولى من دورته التي ستعقد في النصف الثاني من عام ٢٠١٣، حلقة تدارس لتوضيح كيفية المضي في معالجة المسائل المتعلقة بمجموعات المنشآت وسائر الأجزاء المتبقية من ولايته الحالية. كما ينبغي له أن ينظر في المواضيع التي يمكن الاضطلاع بأعمال بشأنها في المستقبل، بما فيها مسائل الإعسار الخاصة بالمنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة. ولن تكون استنتاجات حلقة التدارس قطعية، بل ينبغي للفريق العامل أن ينظر فيها ويقيّمها في الأيام المتبقية من تلك الدورة، ضمن إطار ولايته الحالية. وينبغي إبلاغ اللجنة في عام ٢٠١٤ بما يحدّد من مواضيع يمكن الاضطلاع بأعمال بشأنها في المستقبل.<sup>(١)</sup>

٢- وتتضمن مذكرة الأمانة هذه: (أ) معلومات أساسية عن المسائل التي تشكل جزءاً من ولاية الفريق العامل الخامس الحالية وإشارات إلى وثائق الأونسيترال المتصلة بها؛ و(ب) معلومات واقتراحات بشأن المواضيع التي يمكن أن تشكل أساساً لما يُحتمل القيام به في المستقبل من أعمال بشأن قانون الإعسار.

## أولاً - ولاية الفريق العامل الخامس الحالية

### ألف - تيسير إجراءات إعسار مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات عبر الحدود

#### ١- مراجع الأونسيترال

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثالث

دليل الأونسيترال العملي بشأن التعاون في مجال الإعسار عبر الحدود

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/68/17)، الفقرة ٣٢٦.

- الفقرات ٥-١٢، A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2  
 الفقرات ٢-١٧، A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2  
 الفقرات ١٠-١٥، A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4  
 الفقرات ٣-١٣، A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1  
 الفقرات ٥٥-٦٤، A/CN.9/WG.V/WP.99  
 الفقرة ٥٤، A/CN.9/618  
 الفقرتان ٢٦-٢٧، A/CN.9/666  
 الفقرات ١٨-٢٣، A/CN.9/671  
 الفقرتان ٣٦-٣٧، A/CN.9/738  
 A/CN.9/WG.V/WP.114

## ٢- الخلفية

٣- في عام ٢٠٠٦، ورد في أحد الاقتراحات أن مجموعات المنشآت تمثل سمة مهمة من سمات الاقتصاد العالمي، كما أصبح لها دور مهم في التجارة الدولية، لأن أعمال الشركات الكبرى تُسيّر بصورة متزايدة، محلياً ودولياً من خلال مجموعات من المنشآت. واستجابة لذلك، استهل الفريق العامل الخامس عملاً في مجال معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار. وعلى الرغم من أهمية دور مجموعات المنشآت في التجارة الدولية وأهمية معرفة كيفية معاملة المجموعة في سياق الإعسار في حال تعثر أعمالها، وكذلك أهمية وجود آليات سريعة وفعالة لحلحلة مصاعبها المالية، فقد أشار ذلك الاقتراح أيضاً إلى أن هناك دولاً قليلة جداً، إن وُجدت، تعترف بمجموعات المنشآت ككيانات قانونية متميزة وتمتلك نظاماً شاملاً لمعاملة تلك المجموعات في سياق الإعسار.

٤- واعتمدت اللجنة في عام ٢٠١٠ الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي، الذي يتناول على وجه التحديد معاملة مجموعات المنشآت في حال الإعسار، سواء داخلياً أو في سياق عابر للحدود.

٥- وعقب إنجاز ذلك الجزء الثالث، أُسندت إلى الفريق العامل ولاية النظر في جوانب مختارة لمفهوم "مركز المصالح الرئيسية"، المستخدم في قانون الأونسيترال النموذجي، بغية تقديم مزيد من الإرشادات والمعلومات بشأن تفسيره وتطبيقه. وأعرب الفريق العامل في دورته الثانية والأربعين (عام ٢٠١٢) عن الآراء التالية: أن من الضروري أن ينظر في مسألة مركز المصالح الرئيسية من حيث صلته بمجموعات المنشآت، لأن معظم النشاط التجاري

يُسيّر حالياً من خلال تلك المجموعات؛ أن نطاق ولايته فيما يتعلق بمركز المصالح الرئيسية، حسبما أُقرت أصلاً، يشمل مركز المصالح الرئيسية في سياق مجموعات المنشآت؛ وأنه ينبغي النظر في هذا الموضوع بعد الانتهاء من التنقيحات التي يُقترح إدخالها على دليل اشتراع القانون النموذجي (انظر الفقرتين ١٣ و ١٤ من الوثيقة A/CN.9/763).

٦- وتقدم الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.114 (دورة الفريق العامل الثالثة والأربعين) ملخصاً لما نظر فيه الفريق العامل في دوراته السابقة من ورقات عمل بشأن فكرة تحديد مركز المصالح الرئيسية لمجموعة المنشآت أو مركز تنسيق أعمالها، خصوصاً في السياق العابر للحدود، ولما خلص إليه الفريق من استنتاجات بشأن تلك الفقرات. ولا يمكن تكرار تلك المعلومات في هذه المذكرة، غير أن الاستنتاجات التي خلص إليها الفريق تبرز صعوبات تطبيق ذلك المفهوم على مجموعات المنشآت وتقديم عرضاً للنهج المتبع في الجزء الثالث من الدليل التشريعي، والمتمثل في التركيز على التعاون والتنسيق في الإجراءات العابرة للحدود التي تنطوي على مجموعات منشآت.

## باء- اتفاقية بشأن مسائل مختارة تتعلق بالإعسار الدولي<sup>(٢)</sup>

### ١- مراجع الأونسيترال

A/CN.9/686

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٨٠-٩١ والتوصيات ٣٠-٣٤

دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، الفصل الثاني عشر، الفقرات ١٤-١٧ والتوصية ٢٢٣.

### ٢- الخلفية

٧- كان قد عُرض على الفريق العامل في دورته السابعة والثلاثين (عام ٢٠٠٩) ما يلي:  
"١٢٧- ... اقتراح مقدم من اتحاد المحامين الدولي بشأن إمكانية إعداد اتفاقية دولية في ميدان قانون الإعسار الدولي، يمكن أن تتناول المسائل التالية:

(2) اقترح هذا الموضوع أصلاً اتحاد المحامين الدولي، وأيدته في ذلك رابطة المحامين الدولية. وقد نُقحت النصوص المدرجة في هذه الورقة لتشمل ما قدمه ذلك الاتحاد وتلك الرابطة من معلومات إضافية.

(أ) إتاحة إمكانية الوصول إلى المحاكم أمام ممثلي الإعسار الأجانب؛  
 (ب) الاعتراف بإجراءات الإعسار الأجنبية (مما يُفرضي إلى منح الإجراءات الأجنبية نفس الحقوق التي تتمتع بها الإجراءات الوطنية أو إلى بدء إجراءات ثانوية)؛

(ج) التعاون والتخاطب بين ممثلي الإعسار والمحاكم.  
 "١٢٨- إذا ما بدا أنه يمكن الاتفاق على تلك المسائل، يرى الاقتراح أن الاتفاقية الدولية يمكن أن تحتوي أيضاً على أحكام بشأن:

(أ) الاختصاص المباشر ("اتفاقية ثنائية السند") [بشأن استهلال الإعسار، سواء أكانت رئيسية أم غير رئيسية]؛

(ب) القانون المنطبق ("اتفاقية ثلاثية السند"، يمكن أن تكون جزءاً من بروتوكول منفصل).<sup>(٣)</sup>

٨- وأبدى الفريق العامل تأييده للهدف المُبتغى من إعداد اتفاقية دولية، ولكن كانت هناك تحفظات بشأن إمكانية التوصل إلى اتفاق، خصوصاً بالنظر لما صُودف سابقاً من صعوبات في مجال قانون الإعسار الدولي.

٩- وأشار الفريق، في دورته الثامنة والثلاثين (عام ٢٠١٠)، في سياق مواصلة النظر في المواضيع التي يمكن الاضطلاع بأعمال بشأنها في المستقبل، إلى الصلة بين اقتراح للقيام بعمل بشأن توفير مزيد من الإرشادات والمعلومات عن مفهوم مركز المصالح الرئيسية، بصيغته المستخدمة في قانون الأونسيترال النموذجي (نُقذ هذا المشروع في صورة تنقيحات لدليل اشتراع القانون النموذجي، اعتمدها اللجنة في عام ٢٠١٣) والاقتراح الداعي إلى إعداد اتفاقية. وأبدي كثير من التأييد للرأي القائل الذي مفاده أنه يمكن تناول هذه المواضيع، اتساقاً مع النهج المتبع في أعمال الفريق العامل السابقة، على نحو لا يستبعد إعداد اتفاقية. والولاية المسندة إلى الفريق من جانب اللجنة تُجسد تلك الإمكانية.<sup>(٤)</sup>

١٠- وعُرضت على الفريق العامل أيضاً في دورته الثامنة والثلاثين تعليقات مقدمة من رابطة المحامين الدولية على اقتراح اتحاد المحامين الدولي (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6)، أعربت فيه

(3) تقرير الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) عن أعمال دورته السابعة والثلاثين (A/CN.9/686).

(4) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفقرة ٢٥٩.

عن تأييد المشتغلين بالقانون في جميع أنحاء العالم لذلك الاقتراح الداعي إلى إعداد اتفاقية دولية بشأن الإعسار تشجيعاً للتعاون والتنسيق القضائي والإداري في قضايا الإعسار العابرة للحدود، بما فيها القضايا المتعلقة بمجموعات المنشآت. وأشارت الرابطة إلى أن إخفاقات التعاون الدولي في قضايا الإعسار العابرة للحدود لا تزال مستمرة على الرغم من وجود قانون الأونسيترال التشريعي، ويمكن أن تُلحق ضرراً بتقدم التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية. إذ إن النزاعات القضائية والإدارية العابرة للحدود كثيراً ما تُفضي إلى فقدان لفرص العمل وتآكل لقيمة المنشآت التجارية وسوء توزيع للموجودات وإلى تقاضٍ عبر الحدود باهظ التكلفة. كما أن المبادئ التوجيهية للتخاطب والتعاون فيما بين المحاكم، وما شابهها من الأدوات المفيدة، لا تطبق على الدوام رغم فائدتها البالغة. ويمكن معالجة هذه التحديات معالجة فعالة من خلال اتفاقية دولية تركز في المقام الأول على المسائل الإجرائية، مثل الاعتراف وإنفاذ الأوامر عبر الحدود والتخاطب والتعاون القضائي والإداري وما إلى ذلك.

١١ - وثمة نصوص أخرى أعدها اتحاد المحامين الدولي وذكرت فيها النقاط التالية:

(أ) أنه، بسبب الاختلافات بين نظم الإعسار في الدول المختلفة، لم تجسّد أحكام قانون الأونسيترال التشريعي بشأن الإعسار عبر الحدود في النظم القانونية الداخلية للدول إلا بقدر محدود. وفي مواجهة هذه المشكلة، من شأن وجود اتفاقية دولية<sup>(5)</sup> أن يمثل أنسب الحلول التنظيمية التقنية لمناسقة وتقنين قواعد الإعسار الدولي، مما ييسر الاعتراف المتبادل بإجراءات الإعسار الأجنبية في مختلف الدول المتعاقدة؛

(5) لعل الفريق العامل يود أن يستذكر أن صانعي القانون النموذجي قد استندوا، طوال عملهم التحضيري لذلك القانون، إلى فرضية مفادها أن النص النهائي، سيكون قانوناً نموذجياً لا اتفاقية. وأحد أسباب اتباع هذا النهج وجود علاقة وثيقة بين قانون الإعسار وقانون الإجراءات القضائية والمدنية الوطني، وهما يتباينان تبايناً شديداً من دولة إلى أخرى. وثمة سبب ثانٍ هو الرغبة في إنجاز العمل في عام ١٩٩٧؛ إذ كان هناك تسليم عام في دورة اللجنة الثلاثين بأنّ التفاوض على معاهدة يتطلب مزيداً من العمل، وهو من الناحية التقنية أصعب بكثير من التفاوض على قانون نموذجي، كما أن النص الناتج لن يكون صعب التقبّل فحسب، إذ يتطلب إجراءات اعتماد أكثر تعقّداً، بل لن يُفضي في المدى القصير إلى أيّ تحسن في أحوال الإعسار العابر للحدود. وقد أشارت رابطة المحامين الدولية، على وجه الخصوص، إلى أنه لم يتحقق حتى تاريخه أيّ نجاح في التوصل إلى معاهدة متعددة الأطراف واسعة النطاق في مجال الإعسار العابر للحدود، وأنّ فرص اعتماد تشريع يُدخل تحسينات جوهرية على واقع الإعسار العابر للحدود تكمن في إعداد أحكام تشريعية نموذجية (انظر حولية الأونسيترال، المجلد الثامن والعشرين: ١٩٩٧، الجزء الثالث، الفقرة ٤١). ورأى مندوبون آخرون أنّ اعتماد الأحكام النموذجية ينبغي أن يسبق أيّ نظر في جدوى إعداد اتفاقية. ولدى اعتماد القانون النموذجي، رأت اللجنة أنه ينبغي لها أن تقيّم أثر القانون النموذجي وتجربتها معه قبل اتخاذ قرار بصوغ معاهدة (انظر حولية الأونسيترال، المجلد الثامن والعشرين: ١٩٩٧، الجزء الثاني، الفقرة ٢٠). ولم يُتخذ أيّ تدبير آخر بهذا الشأن حتى الآن.

(ب) أن الحاجة إلى اتفاقية دولية قد أصبحت أكثر جلاءً في سياق إجراءات الإعسار المتعلقة بمجموعات الشركات. فمن شأن عدم وجود صكوك ملزمة تنظم الجوانب الدولية لإعسار مجموعات الشركات أن يعيق التوصل إلى حلول متجانسة، إذ إن تطبيق القوانين الوطنية للدول لا يساعد على حسن تطوير إجراءات الإعسار عبر الحدود وصوغ خطط لإعادة تنظيم شركات المجموعة. ومن شأن وجود اتفاقية دولية أن يوفر حلاً داخلاً لمجموعة المنشآت، لأنها تتيح الاعتراف بالإجراءات الأجنبية ووصول ممثلي الإعسار إلى محاكم الدول المتعاقدة الأخرى، كما يتيح التعاون والتنسيق بين مختلف القواعد الإجرائية المتعلقة بمجموعات الشركات؛

(ج) أن نقطة الانطلاق لإعداد اتفاقية دولية ستكون هي مواد قانون الأونسيترال النموذجي ودليل اشتراعه وتفسيره، اللذين يمكن أن يُشغعا بالتوصيات الواردة في دليل الأونسيترال التشريعي، بما في ذلك أحكام الجزء الثالث المتعلقة بمعاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار. وهذه الأعمال التمهيدية للاتفاقية يمكن النظر فيها مقترنة بسائر النصوص المرجعية المتعلقة بهذا الموضوع، مثل لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية رقم 1346/2000، المؤرخة ١٩ أيار/مايو ٢٠٠٠، بشأن إجراءات الإعسار، والتي أثبتت فائدتها ونجاحتها البالغة في إطار الاتحاد الأوروبي؛

(د) أن درجة توافق الآراء داخل الفريق العامل الخامس بشأن نصوص الأونسيترال التي سبق اعتمادها في ميدان الإعسار العابر للحدود قد سهّل تكوين ما يلزم لإعداد اتفاقية دولية من آراء قانونية؛

(هـ) أن نهج القانون اللين قد استنفد كل فعاليته، خصوصاً في السياق الدولي. وقد أظهرت الأزمة العالمية أن هناك حاجة إلى صكوك قانونية ملزمة لتوفير مزيد من الاطمئنان والتيقن القانوني في حالات الإعسار العابر للحدود، وخصوصاً في الإجراءات المتعلقة بمجموعات منشآت دولية؛

(و) أنه على الرغم من أن فريق الأونسيترال العامل الخامس هو الهيئة الدولية الأكفأ والأنسب لتولي مهمة إعداد هذه الاتفاقية الدولية، فسوف يلزم التعاون والتنسيق مع منظمات دولية وإقليمية خبيرة أخرى، مثل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، ومع المفوضية الأوروبية.



١٢- وقد استُكمل اقتراح اتحاد المحامين الدولي باقتراح قدمه معهد الإعسار الدولي بشأن مسألة محددة هي اختيار القانون في قضايا الإفلاس العابرة للحدود، وهو يطرح النقاط الإضافية الواردة أدناه.

١٣- من شأن اتباع نهج متناسق بشأن مسائل اختيار القانون في قضايا الإعسار العابر للحدود أن يحسّن كثيراً تنسيق عمليات تصفية المنشآت العابرة للحدود وإنقاذها. ومن المسائل الرئيسية التي قد يجدر معالجتها أولاً مسألة القانون المنطبق في تحديد مراتب المطالبات غير المضمونة، أو اختيار القانون فيما يخص حقوق الملكية الفكرية أو غيرها من الحقوق في الممتلكات غير المموسسة. فقد طُرحت هاتان المسألتان في كثير من قضايا الإعسار العابر للحدود، ولا تزال هناك مشاكل خطيرة في مجال اتساق النهج وقابلية التنبؤ بها. ولكن بدون مناسقة قواعد الإعسار الموضوعية، من شأن مناسقة القواعد المتعلقة باختيار القانون في قضايا الإعسار العابر للحدود أن تُفضي إلى زيادة الاتساق واليقين وقابلية التنبؤ وأن تحسّن وتُرشد محتوى قواعد اختيار القانون ذات الصلة.

١٤- وهذا العمل يمكن أن يكمل مشروع الأونسيترال الجاري الذي يهدف إلى تحسين الإدارة المنسقة للقضايا العابرة للحدود، حسبما ورد في قانون الأونسيترال النموذجي ودليل الأونسيترال التشريعي. إذ إنّ الرجوع إلى الدولة التي يقع فيها مركز المصالح الرئيسية للمدين على نطاق واسع يمكن أن يسهل الحوكمة المنسقة من خلال مركز إدارة قضية الإعسار وحوكمتها، بل من شأنها أيضاً أن تصدر سياسات توزيع الخسائر عبر الحدود الوطنية. ومن شأن وجود متسع لتطبيق القانون المحلي أن يجبط إدارة قضية الإعسار، ولكنه يحد من مدى إفضاء اختيار محل الإعسار إلى تعطيل الاستحقاقات المقررة وطنياً. وثمة نهج محتملة يمكن أن تسعى إلى تمييز قواعد الإعسار "الإجرائية" عن القواعد التي تمس الاستحقاقات الموضوعية، أو إلى استبانة أمور معينة تكون فيها المصالح المحلية هي المهيمنة.

١٥- ويمكن لهذا العمل أن يستكشف أولاً متى يكون من شأن قانون مكان التقاضي أن يحدد قطعياً مبادئ الإعسار الحاكمة (أي ما إذا كان ذلك المكان هو مكان محفل إجراء رئيسي أم غير رئيسي). ويمكنه بعد ذلك أن ينظر في الوقت الذي ينبغي فيه لمحكمة مكان التقاضي في إجراء غير رئيسي أن تطبق قانون الإعسار الخاص. يمكن الإجراء الرئيسي، وأن يستبين الحالات الأخرى التي يمكن فيها لمحكمة مكان التقاضي أن ترجع إلى قانون الإعسار في ولاية قضائية أخرى (أي ما إذا كان الإجراء معلقاً في تلك الولاية القضائية الأخرى أم لا). ويمكن أن تظل مبادئ القانون الدولي الخاص المعتادة هي الحاكمة في المسائل القانونية غير المتعلقة بالإعسار، مثل صحة المطالبات أو عدم صحتها.

١٦- ويمكن لهذا العمل أن يتفاعل مع العمل الذي سيُضطلع به بشأن تطبيق مفهوم مركز المصالح الرئيسية على مجموعات المنشآت وأن يعزّز ذلك العمل. كما يمكن أن يسهل اعتماد القانون النموذجي والمبادئ التي يركز عليها. وما دام قانون مكان التقاضي الرئيسي هو الذي يحدد القانون المنطبق على المجموعة، يكون التنسيق ميسراً. فمن شأن الانطباق الأضيق نطاقاً أن يحد كثيراً من إمكانية إزاحة الاستحقاقات والسياسات المحلية وأن يشجع التعاون، ولكنه قد يجعل التنسيق أكثر صعوبة. ومع أنه يُرى أن الأونسيترال هي في موقع فريد يمكنها من الاضطلاع بمشروع من هذا القبيل، نظراً لما تتمتع به من تجربة وخبرة فنية في مجال قانون الإعسار، فإن العمل على هذا الموضوع يمكن أن يُضطلع به في تنسيق مع منظمات دولية أخرى ذات خبرة فنية في مجال اختيار القانون، مثل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

## جيم- إعسار المؤسسات المالية الكبيرة والمعقدة

### ١- مراجع الأونسيترال

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5

A/CN.9/709

A/CN.9/WG.V/WP.109

A/CN.9/WG.V/WP.118

### ٢- الخلفية

١٧- ناقشت اللجنة في دورتها الثالثة والأربعين (عام ٢٠١٠) اقتراحاً مقديماً من وفد سويسرا بدراسة إمكانية إعداد صك دولي بشأن حلحلة<sup>(٦)</sup> المؤسسات المالية الكبيرة والمعقدة عبر الحدود (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 والفقرة ٥ من الوثيقة A/CN.9/709). وأُتفق على أن تُعد الأمانة تقريراً شاملاً عن جميع المسائل أو أي عدد منها.<sup>(٧)</sup>

(6) حيث تعني "الحلحلة" إعادة هيكلة مؤسسة ما لضمان استمرارية وظائفها الأساسية وضمان استقرارها المالي واستعادة قدرة تلك المؤسسة كلها أو جزء منها على الاستمرار.

(7) شملت تلك المسائل ما يلي: استبانة المسائل ذات الصلة بالتقليص التدريجي لأنشطة المؤسسات المالية الكبيرة والمعقدة والمسائل التي تخص ذلك الموضوع؛ و(ب) إجراء دراسة مقارنة لنظم قانونية مختارة فيما يتعلق بالآليات اللازمة لضمان التعاون عبر الحدود في سياق التقليص التدريجي لأنشطة المؤسسات المالية الكبيرة والمعقدة، و(ج) تحديد وتلخيص الأعمال التي اضطلعت بها، أو تضطلع بها حالياً، مؤسسات أخرى في هذا

١٨- وثمة مذكرة أولى أعدتها الأمانة تركّز على الفقرة (ج) من ذلك الاقتراح وتقدّم عرضاً موجزاً لأعمال اضطلع بها (أو يجري الاضطلاع بها) من جانب مؤسسات دولية (هي المجلس المعني بالاستقرار المالي ولجنة بازل المعنية بالإشراف على المصارف وصندوق النقد الدولي) أو إقليمياً في الاتحاد الأوروبي. كما تدرس الصلة بين تلك الأعمال والعمل الذي أنجزته الأونسيترال، سواء في ميدان الإعسار عبر الحدود أو فيما يتصل بمجموعات المنشآت. وتُجرى تلك الدراسة على أساس أن المؤسسات المالية مستعدة حالياً من نطاق كل ما اعتمده الأونسيترال من صكوك بهذا الشأن. وثمة مذكرة ثانية أعدتها الأمانة لدورة الفريق العامل الرابعة والأربعين (A/CN.9/WG.V/WP.118)، تُقدم معلومات محدثة عن الأعمال التي أُفيد عنها في المذكرة الأولى.

١٩- وتسلط المذكرة الأولى الضوء في المقام الأول على الجدوى العملية للوثيقة المعنونة "الخصائص الأساسية لتنظيم الحلحلة الفعالة للمؤسسات المالية" (اختصاراً: "الخصائص الأساسية")<sup>(٨)</sup> التي أعدها المجلس المعني بالاستقرار المالي وأقرتها مجموعة الـ ٢٠ في عام ٢٠١١.<sup>(٩)</sup> وتهدف تلك "الخصائص الأساسية" إلى إرساء معايير دولية لتنظيم حلحلة فعالة وإلى تشجيع التقارب الدولي، داعية إلى إجراء تغييرات تشريعية في نظم قانونية كثيرة من أجل تنفيذ تلك المعايير. وتتضمن الخاصية الأساسية ٧-٥ قاعدة خاصة بشأن الاعتراف والتعاون عبر الحدود، تتضمن العبارات التالية:

"ينبغي للنظم القانونية أن تنص على إجراءات شفافة ومعجلة لإنفاذ تدابير الحلحلة الأجنبية، إما على سبيل الاعتراف المتبادل وإما باتخاذ تدابير في إطار نظم الحلحلة

المجال، وكذلك محتويات أيّ عمل من هذا القبيل؛ و(د) استبانة المجالات والمسائل القانونية التي يمكن أو ينبغي أن تطبق فيها، بصورة مباشرة أو بالقياس، المبادئ التي أقرت في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار لعام ٢٠٠٤ وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود لعام ١٩٩٧؛ و(هـ) استبانة النهج البديلة المحتملة لتسهيل وضمان التعاون عبر الحدود في سياق التقليل التدريجي لأنشطة المؤسسات المالية الكبيرة والمعقدة؛ و(و) إصدار توصيات بشأن ما يمكن أن تضطلع به الأونسيترال أو الهيئات الأخرى، وكذلك المشرعون الوطنيون والسلطات التنظيمية الوطنية، من أعمال في المجالات المستبانة.

(8) [www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_111104cc.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf) (07/10/2013).

(9) بناء على هذا القرار، جاء في إعلان قادة مجموعة العشرين، الصادر في ٦ أيلول/سبتمبر ٢٠١٣، ما يلي: "إننا نحدد التزامنا بإجراء ما يلزم من إصلاحات لتنفيذ الخصائص الأساسية التي أعدها المجلس المعني بالاستقرار المالي تنفيذاً تاماً [...]". وسوف تتخذ التدابير الضرورية لإزالة معوقات الحلحلة عبر الحدود [...]". [www.g20.org/documents/](http://www.g20.org/documents/) (07/10/2013)), para. 68

الداخلية تدعم تدابير الحلحلة التي تتخذها سلطة الحلحلة الأجنبية في البلد الأم وتتسق معها. فمن شأن تدابير الاعتراف أو الدعم تلك أن تمكن سلطة الحلحلة الأجنبية في البلد الأم من السيطرة بسرعة على الشركة المعنية (فرع أو أسهم في شركة فرعية) أو موجوداتها الكائنة في الولاية القضائية المضيفة، حسب الاقتضاء، في الحالات التي يجري فيها حلحلة تلك الشركة. بمقتضى قانون الولاية القضائية الأجنبية في البلد الأم. [...]"

٢٠- وعلى الرغم مما تتسم به هذه المسألة من أهمية معترف بها على نطاق واسع، فلم تتخذ حتى الآن أي خطوات محددة، ذات نتائج ملموسة، للمضي في إنشاء إطار قانوني من هذا القبيل على الصعيد العالمي. أما على الصعيد الإقليمي، فإن إيعاز الاتحاد الأوروبي بشأن التصفية<sup>(١٠)</sup> ينص على أن تعترف جميع الدول الأعضاء في الاتحاد تبادلياً بالقرارات المتعلقة بإعادة تنظيم المصارف ومؤسسات التأمين التي لها فروع في دول أعضاء غير الدول التي توجد فيها مكاتبها الرئيسية وأن تُنفذ تلك القرارات. كما أن مشروع إيعاز الاتحاد الأوروبي بشأن الإنعاش والحلحلة<sup>(١١)</sup> ينص على إنشاء آلية اعتراف بين بلدان الاتحاد الأوروبي والبلدان الأخرى مستقبلاً.

٢١- وقد تبين أن تفكيك المؤسسات المالية بصورة غير منظمة يلحق ضرراً شديداً باقتصادات الدول. وبما أن وجود آلية فعالة للحلحلة عبر الحدود من شأنه أن يحد من ذلك الضرر مستقبلاً، فإن استنباط آلية من هذا القبيل على الصعيد العالمي يبدو أمراً مستحسنًا جداً. ويُفترض أن توفر تلك الآلية إطاراً قانونياً يمكن الولايات القضائية من إنفاذ تدابير الحلحلة الأجنبية المتعلقة بالمؤسسات المالية المتعثرة. أما سائر المسائل المتعلقة بالتنسيق عبر الحدود بين سلطات الإشراف، وكذلك سائر الأحكام الخاصة المنطبقة حصرياً على المؤسسات المالية المهمة نُظُمياً فينبغي أن تُترك خارج نطاق أي صك مقبل. وربما كان إعداد صك غير ملزم في شكل قانون نموذجي أو توصيات، تمثل جزءاً من دليل تشريعي أو إضافة إليه، هو النهج الأنسب لتحقيق توافق الآراء.

(10) الإيعاز 2001/24/EC، الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ ٤ نيسان/ أبريل ٢٠٠١ بشأن إعادة تنظيم المؤسسات الائتمانية وتصفياتها، وهو متاح في الموقع <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0024:EN:NOT>

(11) اقتراح بأن يُصدر البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي إيعازاً يرسى إطاراً لإنعاش وحلحلة المؤسسات الائتمانية والشركات الاستثمارية، وهو متاح في الموقع <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/st11/st11148-re01.en13.pdf> (07/10/2013)

٢٢- ويُرى أنه بالنظر إلى أن الأونسيتيرال تمتلك نحو ٢٠ سنة من التجربة في مسائل الإعسار عبر الحدود، وأن خبرتها التشريعية وطرائق عملها قد اجتازت امتحان التصدي لمواضيع طموحة تتسم بالصعوبة التقنية والحساسية السياسية، فإنها فيما يبدو هي الهيئة الأقدر على صوغ إطار قانوني لحلحلة المؤسسات المالية عبر الحدود. ويمكن للعمل المضطلع به بشأن هذا الموضوع أن يستند إلى مشاريع الأونسيتيرال السابقة، وكذلك إلى أعمال مؤسسات أخرى، وأن ينطوي على تنسيق وتعاون وثيقين مع هيئات خبيرة دولية أخرى.

## دال- الالتزامات الواقعة على مديري شركات مجموعة المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار

### ١- مراجع الأونسيتيرال

A/CN.9/WG.V/WP.115

دليل الأونسيتيرال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الرابع.

### ٢- الخلفية

٢٣- يتناول الجزء الرابع من دليل الأونسيتيرال التشريعي، الذي اعتمده اللجنة في عام ٢٠١٣، الالتزامات الواقعة على مديري الكيانات الوحيدة في فترة الاقتراب من الإعسار. وهو لا يتناول انطباق تلك الالتزامات في سياق مجموعة المنشآت.

٢٤- وقد نظر الفريق العامل، أثناء دورته الثانية والأربعين (عام ٢٠١٢)، في المسائل المتعلقة بالالتزامات الواقعة على مديري المنشآت الأعضاء في مجموعة منشآت (انظر الفقرة ٩٢ من الوثيقة A/CN.9/763). وأتفق على أنه بالرغم من أن هذا الموضوع يطرح مسائل معقدة، خصوصاً في سياق قانون الإعسار وقانون الشركات، فإنه ينبغي النظر جدياً في إمكانية القيام بمزيد من العمل في هذا المجال متى أتم الفريق العامل نظره في تلك المسائل في سياق الشركات المنفردة. وقد قُدمت إلى الفريق العامل في دورته الثالثة والأربعين (عام ٢٠١٣) معلومات عن كيفية معاملة التزامات المديرين في النظم القانونية الوطنية (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.115).

٢٥- ونظراً لأن كثيراً من الأعمال التجارية العصرية تُسبّر من خلال مجموعات منشآت، مما يفرض على المديرين في كثير من الأحيان أن يوازنوا بين مصالح شركتهم ومصالح المجموعة ككل، فقد يجدر النظر في ما يكون لهيكل مجموعة المنشآت من أثر في الالتزامات

المبينة في الجزء الرابع من الدليل التشريعي. وقد يلزم اتباع نهج مغاير، يُيسر إدراك وجود المجموعة وهيكلها وحقائق عملياتها اليومية - أي، بعبارة أخرى، نهج لا يقتصر على المراعاة القصوى لمصالح كل من الكيانات التي تتشكل منها المجموعة فحسب، بل يأخذ بعين الاعتبار أيضاً كيفية اتساق تلك المصالح مع مصالح المجموعة ككل، كما يحقق توازناً بين ذينك الاعتبارين.

## ثانياً - المواضيع التي يمكن الاضطلاع بأعمال بشأنها في المستقبل

### ألف - المسائل المتعلقة بالدائنين والمطالبات

#### ١ - وضع معايير عالمية للتقاضي بشأن المطالبات

##### (أ) الخلفية

٢٦ - إن التضارب الموجود بين القواعد الإجرائية في الولايات القضائية المختلفة يسبب ارتباكاً لدى المدنين والدائنين على السواء (خصوصاً عندما يُحتمل توافر أكثر من ولاية قضائية واحدة مختصة بالنظر في نزاع معين بشأن مطالبات، كما يتسبب في مصاعب للقضاة والاختصاصيين الممارسين، وفي شكوك بشأن إمكانية إنفاذ الحكم الصادر عن محكمة تابعة لولاية قضائية ما والاعتراف به في ولاية قضائية أخرى تتبع معياراً مغايراً. وقد مثلت هذه المسألة أحد أهم الاعتبارات في إجراءات الإعسار الكبيرة التي تشمل ولايات قضائية متعددة، مثل قضية إعسار (Lehman Brothers).

٢٧ - ومن شأن العمل على وضع قواعد إجرائية موحدة عالمية أن يعزز النجاعة واليقين في شؤون الإعسار على نطاق العالم وفي صناعة إعادة الهيكلة والإعسار العالمية.

#### ٢ - تحديد مراتب مطالبات الدائنين<sup>(١٢)</sup>

##### (أ) مراجع الأونسيترال

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفصل الخامس، الفقرات ٦٢-٧٩، والتوصيتان ١٨٩-١٩٠.

(12) هذا الموضوع اقترحه الرابطة الدولية لأخصائيي إعادة الهيكلة والإعسار والإفلاس.

## (ب) الخلفية

٢٨- من شأن وضع مبادئ توجيهية موحدة لتحديد مراتب المطالبات المختلفة الطابع ولمعاملة الدائنين "غير العاديين" (مثل صناديق التقاعد، والمستخدمين، وصناديق التأمين على الودائع) أن تساعد على التراضي في شؤون الإفلاس والإعسار. ولا يوجد حالياً أي اتساق في هذا المجال بين البلدان - بل إن بعض البلدان يعطي لفئة معينة من الدائنين "غير العاديين" حقوقاً استثنائية تمثل تحويراً هاماً لمخططات ترتيب أولويات التوزيع التي كان يُفترض أن تنطبق (والتي لا تزال سارية في بلدان أخرى).

٢٩- وثمة عوامل سياسية في بعض الولايات القضائية تقلل من احتمال اعتماد معيار عالمي موحد تماماً؛ ومع ذلك، فمن شأن صوغ مبادئ توجيهية عامة أن يساعد على تعزيز التيقن في إجراءات الإفلاس والإعسار وعلى درء تباين حقوق الدائنين من ولاية قضائية إلى أخرى.

٣- حقوق التصويت النسبية لحائزي الديون والأسهم<sup>(١٢)</sup>

## (أ) مراجع الأونسيترال

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفصل الرابع، الفقرات ٢٦-٥٥ والتوصيات ١٤٥-١٥١.

## (ب) الخلفية

٣٠- ثمة تفاوت شديد بين بعض الولايات القضائية فيما يخص حقوق تصويت حائزي الديون والأسهم على خطة إعادة التنظيم، مما قد يُفضي إلى تسوّقٍ لمخلف التقاضي وإلى تشكك في إمكانية إنفاذ تلك الخطة بين ولاية قضائية وأخرى. وعلى وجه الخصوص، إذا كان مخطط الإعسار في أحد البلدان يسمح بخطة إعادة تنظيم غير توافقية بأمر من المحكمة (أي رغم تصويت فئة من الدائنين وحائزي الأسهم ضد تلك الخطة)، ولا يسمح بذلك في بلد آخر، فقد تكون مسألة ما إذا كان ينبغي أن تكون خطة إعادة التنظيم القائمة على ذلك المخطط معترفاً بها من جانب محكمة في البلد الآخر مسألة مهمة في بعض إجراءات الإعسار العابرة للحدود. وإلى جانب ذلك، إذا كان نظام الإعسار في أحد البلدان لا يميز بين حقوق التصويت المسندة إلى المطالبات الخاصة بديون الدائنين من الأطراف الثالثة وديون الدائنين الداخليين وكان ذلك النظام في بلد آخر يميز بين تلك الحقوق، فقد تكون مسألة ما إذا كان

ينبغي أن تكون خطة إعادة التنظيم معترفاً بها من جانب محكمة في البلد الآخر مسألة مهمة أيضاً.

٣١- ففي قضية *In re Vitro S.A.B. de C.V.* (شركة *Vitro, S.A.B. de C.V.* ضد شركة *ACP Master, Ltd*) الحديثة العهد، رأت محكمة الولايات المتحدة أن عدداً من الأحكام الواردة في خطة إعادة تنظيم مكسيكية مؤكدة والتي تُسقط مطالبات حائزي السندات تجاه الشركات الفرعية غير المدينة وتجاه كافلي تلك السندات يتضارب تضارباً جلياً مع المبادئ الأساسية للولايات المتحدة فيما يتعلق بحماية مطالبات الأطراف الثالثة في سياق الإعسار. ومع أن الإجراءات المكسيكية يُعترف بها في الولايات المتحدة كإجراءات أجنبية. بمقتضى التشريع المنفذ لقانون الأونسيترال النموذجي (الفصل ١٥ من قانون الإفلاس)، فقد رفضت المحكمة إنفاذ خطة إعادة التنظيم لكونها تتعارض مع السياسات العامة الأساسية للولايات المتحدة.

٣٢- ومن شأن وجود إرشادات بشأن المبادئ التوجيهية الملائمة فيما يخص حقوق التصويت النسبية (والتييسير الذي يُمنح لمخطط ولاية قضائية أخرى) أن يساعد على تفادي نزاعات بشأن مسائل عسيرة بعض إجراءات الإعسار.

#### ٤- تنسيق سبل حصول الدائنين على المعلومات والتمثيل الجماعي<sup>(١٣)</sup>

##### (أ) مراجع الأونسيترال

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٧٥-١١٥ والتوصيات ١٢٦-١٣٦.

##### (ب) الخلفية

٣٣- ثمة هدف واحد مشترك بين جميع نظم الإعسار هو تحقيق القدر الأقصى من استرداد الدائنين ديونهم. وثمة هدف يتصل بذلك هو تمكين الدائنين من الحصول على المعلومات لكي يتسنى لهم أن يشاركون في القضية وأن يحموا مصالحهم الفردية ومصالح الدائنين ذوي الوضعيات المشابهة. وقد يمكن لبعض الدائنين أن يحصلوا محلياً على ممثل إعسار، فقد لا يتسنى ذلك للدائنين البعيدين جغرافياً عن مكان الإجراءات المحلية أو قد لا يتسنى لهم معرفة كيفية التوصل إلى القضية أو إلى الممثل أو الحصول على معلومات عن وضعية القضية.

(13) هذا الموضوع اقترحه الاتحاد النسائي الدولي للإعسار وإعادة الهيكلة.



كما أن الممثل، في بعض الولايات القضائية، قد لا يكون ملزماً بالتخاطب مع الدائنين، مما يجعل العملية تبدو عويصةً. ولدى عدة ولايات قضائية نهج راسخ يتمثل في تعيين لجان رسمية للدائنين لكي تمثل المصالح الجماعية للدائنين غير المضمونين أو لتوفر أنواعاً أخرى من التمثيل الجماعي، وإن كان مع اختلاف في المبادئ التوجيهية بشأن تعيين الدائنين الأعضاء في تلك اللجان. وفي حالة الإجراءات المتزامنة بشأن المدين ذاته أو الإجراءات العابرة للحدود ذات الصلة فيما يخص أعضاء في مجموعة منشآت، يتناول القانون النموذجي التعاون فيما بين المحاكم وفيما بين الممثلين الأجانب، لكنه لا يتناول التعاون بين ممثلي الدائنين (الرسميين أو غير الرسميين). كما أن التوصيات ١٢٦-١٣٦ من دليل الأونسيترال التشريعي، التي تتناول مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار، لم يؤخذ بها إلا في عدد محدود من قوانين الإعسار. ومن شأن اتباع نهج منسق في تمكين الدائنين، وكذلك تمثيلهم جماعياً عند الاقتضاء، أن يكفل حرية تدفق المعلومات، وأن يشجع مشاركة الدائنين، وأن يزيد من نسبة الاسترداد ويعزز الشفافية إلى أقصى حد ممكن.

٣٤- ويمكن للفريق العامل الخامس أن ينظر في استحداث نهج منسق في تمكين الدائنين من الوصول إلى ممثلي الإعسار بغية تنظيم إمكانية حصول الدائنين على المعلومات والمشاركة في الإجراءات. ويمكن لذلك العمل أن يتوسع في شرح توصيات دليل الأونسيترال التشريعي ١٢٦-١٣٦، أو ربما تطويرها إلى دليل للممارسات الفضلى. كما يمكن إدراجها في دليل اشتراع وتفسير قانون الأونسيترال النموذجي في الفقرات التي تتناول التعاون في إطار المادة ٢٧. وبدلاً عن ذلك، يمكن تناول هذه المسألة ضمن إطار العمل المقبل المتعلق بإعسار مجموعات المنشآت.

## باء- معاملة العقود المالية والمعاوضة في سياق الإعسار<sup>(١٤)</sup>

### ١- مراجع الأونسيترال

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ٢٠٨-٢١٥ والتوصيات ٧١ و٩٢ و١٠١ و١٠٧.

(14) هذا الموضوع اقترحه الاتحاد النسائي الدولي للإعسار وإعادة الهيكلة.

## ٢ - الخلفية

٣٥- إنَّ معاملة العقود المالية معاملة قانونية فعالة هو أمر ضروري لسلامة عمل الأسواق المالية. ويُرى أنه لا بد من وجود تيقن بشأن ماذا يحدث عندما يُقصر أحد أطراف تلك العقود في تنفيذ التزاماته، لأسباب منها الإعسار، كما يرى كثيرون أنَّ تلك العقود ينبغي أن تحظى بمعاملة وحماية خاصة في حال الإعسار. غير أنَّ تلك المعاملة الخاصة يمكن أن تتضارب مع أهداف أخرى لقانون الإعسار. وإلى جانب ذلك، أظهرت الأزمة المالية العالمية أنَّ النهج المتمثل في عزل العقود المالية عن آثار عملية الإعسار قد يكون موضع خلاف.

٣٦- والنهج الحمائي التقليدي إزاء العقود المالية مأخوذ به أيضاً في دليل الأونسيترال التشريعي. فالدليل التشريعي: (أ) يستثني العقود المالية (بتعريفها الواسع) من أعمال أيِّ وقف يُفرض على إنهاء العقود، أو أيِّ تقييدات تُفرض على إمكانية إنفاذ بنود العقد التي تنهي العقد تلقائياً أو تعجل تنفيذه، عند بدء إجراءات الإعسار (قواعد تبعات الفعل)؛ و(ب) يستثني تلك العقود كذلك من أيِّ تقييدات تُفرض على ممارسة حقوق المقاصة وعلى المعاوضة عند بدء إجراءات الإعسار؛ و(ج) يحدّ من انطباق قواعد الإبطال في هذا الصدد؛ و(د) يستثني المصالح الضمانية المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن العقود المالية من أيِّ وقف يسري على إنفاذ المصلحة الضمانية. وتنطبق هذه الاستثناءات سواء أكان أحد الأطراف المقابلة في العقد مؤسسة مالية أم لم يكن (انظر التوصيات ٧١ و٩٢ و١٠١-١٠٧). والأساس المنطقي الرئيسي الذي يقدمه الدليل التشريعي لهذه الاستثناءات هو تقليل المخاطر التنظيمية التي يمكن أن تهدد استقرار الأسواق المالية، وهذا ما قد يكون هو الناتج إذا ما سُمح للمدينين بأن يتخيروا ما يشاؤون من العقود فينفذون بعضها ويخالفون بعضها الآخر وإذا ما كان هناك تشكك قانوني بشأن أثر الإعسار في العقود المالية.

٣٧- ويبدو أنَّ الوقت قد حان لإعادة تمحيص هذه الفرضية البديهية، بالاستناد إلى ما اكتسب من تجربة من الأزمة المالية وما تراكم من ممارسات لدى مختلف النظم القانونية التي تمنح العقود المالية ملاذات آمنة. وثمة تطور مهم يمكن أن يؤثر في هذه المسألة، هو المعايير الجاري وضعها للنظم التي تحكم حلحلة المؤسسات المالية. فهذه المعايير تشمل فرض تقييدات معينة على أعمال الحقوق المنبثقة من العقود المالية بحيث لا تعيق التنفيذ الفعال لتدابير الحلحلة (انظر الجزء ٤ والمرفق الرابع من وثيقة "الخصائص الأساسية لنظم فعالة لحلحلة المؤسسات المالية"، الصادرة عن المجلس المعني بالاستقرار المالي؛<sup>(١٥)</sup> وانظر أيضاً مبادئ اليونيدروا المتعلقة

(15) متاحة في الموقع [www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_111104cc.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf).

بإعمال أحكام المعايضة الإقفالية، المبدأين ٧ و٨<sup>(١٦)</sup>. كما أن تطبيق الاستثناءات الممنوحة للعقود المالية في سياق الإعسار على نطاق واسع قد يكون منافعاً للغرض في سائر سياقات إعادة الهيكلة أيضاً.

٣٨- وفي سياق دليل الأونسيترال التشريعي، قد يكون السؤال المحوري هو ما إذا كان الدليل يحقق توازناً سليماً بين الحفاظ على صافي المنفعة الاجتماعية للعقود المالية والحد من الأثر الضار الذي يمكن أن يترتب على منح تلك العقود حصانة من مختلف قواعد الإعسار. وفي هذا الصدد، يمكن النظر فيما يترتب على إيلاء العقود المالية معاملة خاصة في حال الإعسار من تداعيات معينة، بما فيها:

(أ) احتمال أن يتحاشى الدائنون الذين ليسوا أطرافاً ماليين مقابلين إجراءات الإعسار؛

(ب) إمكانية وجود عوامل منفردة من رصد القوة الائتمانية للشركاء التجاريين؛

(ج) احتمال وجود حافز يدفع إلى تأخير معاملات مثل العقود المالية وإلى الحصول على مصلحة ضمانية غير مكشوفة واقعياً؛

(د) احتمال عدم إنصاف عموم كتلة الدائنين (أي توزيع خسائر الإعسار على نحو غير متكافئ)؛

(هـ) احتمال إساءة استغلال إجراءات الإعسار من جانب "الدائنين الفارغين" (الذين تكون مصالحهم الاقتصادية متباينة عن حقهم في التصويت بشأن مطالباتهم)، مما يمكن أن يلحق ضرراً بمحاولات إعادة الهيكلة؛

(و) احتمال توسع الاستثناء بما يتجاوز نطاقها المقصود.

## جيم - تنظيم نشاط أخصائي الإعسار الممارسين<sup>(١٧)</sup>

### ١- مراجع الأونسيترال

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٣٦-٤٣ و٤٨ والتوصيات ١١٥-١١٧.

(16) متاحة في الموقع [www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2013session/cd92-06a-e.pdf](http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2013session/cd92-06a-e.pdf).

## ٢ - الخلفية

٣٩ - حدد المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير، في عام ٢٠٠٧، مجموعة مبادئ يسترشد بها واضعو القوانين في إرساء معايير لمؤهلات شاغلي المناصب في قضايا الإعسار وتعيينهم وسلوكهم والإشراف عليهم وتنظيم نشاطهم. وتهدف هذه المبادئ الخاصة بشاغلي المناصب في قضايا الإعسار<sup>(١٧)</sup> إلى تعزيز النزاهة والإنصاف والنجاعة في منظومة قانون الإعسار بضمان أن يكون شاغلو المناصب في قضايا الإعسار اختصاصيين فنيين ذوي مؤهلات مناسبة. وتتضمن هذه المبادئ التوجيهية قائمة مرجعية بمعظم المسائل الرئيسية التي ينبغي تجسيدها في أي قواعد قانونية خاصة بالإعسار تنص على تعيين من يشغلون المناصب في قضايا الإعسار أو إعادة التنظيم؛ على أنه لا يُقصد من تلك المبادئ أن تكون حصرية. وبذلك، فهي تستند إلى الأحكام ذات الصلة في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ومبادئ البنك الدولي لضمان فعالية نظم الإعسار وحقوق الدائنين،<sup>(١٨)</sup> بتقديم مزيد من التفاصيل والإرشادات بشأن تطبيق المعايير التي اقترحتها هاتان المؤسسات.

٤٠ - وعلى الرغم من اختلاف النظم القانونية، يمثل شاغلو المناصب في قضايا الإعسار، والذين تطلق عليهم تسميات شتى مثل الأمناء والمديرين والمحصلين والمصفيين وممثلي الإعسار، جانباً بالغ الأهمية في القدرة المؤسسية التي تحدد فعالية وكفاءة معظم نظم الإعسار في مختلف أنحاء العالم. وهم ملزمون بأن يتصرفوا بأمانة وحرفية ومسؤولية. وعادة ما يمنحون سيطرة على الموجودات وصلاحيات واسعة للبت في كيفية وتوقيت إدارة الموجودات وتسييلها وتوزيعها. ومن ثم، فإن وجود كوادرات مؤهلة ومدربة ومنظمة من شاغلي المناصب هو ضرورة أساسية لضمان شفافية تلك المنظومات ونجاعتها وكفاءة عملها. غير أن التقييمات والاستقصاءات تظهر أن كثيراً من منظومات قانون الإعسار يفتقر إلى العناصر الأساسية لضمان سلامة عمل تلك المنظومات.

٤١ - وينبغي النظر في تطوير هذه المبادئ كي تطبق على الصعيد الدولي.

(17) متاحة في الموقع [www.ebrd.com/downloads/legal/insolvency/ioh\\_principles.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/legal/insolvency/ioh_principles.pdf)

[www.google.at/search?q=EBRD+Insolvency+Office+Holder+Principles&rls=com.microsoft:en-gb:IE-SearchBox&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&rlz=117GGHP\\_en-#](http://www.google.at/search?q=EBRD+Insolvency+Office+Holder+Principles&rls=com.microsoft:en-gb:IE-SearchBox&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&rlz=117GGHP_en-#)

(18) مبادئ البنك الدولي التوجيهية لنظم فعالة بشأن الإعسار وحقوق الدائنين، متاحة في موقع <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/LAWANDJUSTICE/GILD/0,,pagePK:18102~theSitePK:215006,00.html>

## دال - إنفاذ الأحكام القضائية المنبثقة من قضايا الإعسار<sup>(١٢)</sup>

### ١ - مراجع الأونسيترال

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، المادة ٢١، ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرات ١٨٩-١٩٥.

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي (صيغة ٢٠١٢)، الفقرات ١٣٨-١٤٦.

القضية رقم ١٢٧٠ في نظام "كلاوت" *Rubin* ضد *Eurofinance SA*

### ٢ - الخلفية

٤٢ - في قضية *Rubin* ضد *Eurofinance*<sup>(١٩)</sup>، التمس الممثل الأجنبي للشركة المدينة، إلى جانب الاعتراف بالإجراءات الأجنبية، إنفاذ حكم قضائي صادر عن محكمة الإفلاس بالولايات المتحدة (United States Bankruptcy Court) ضد أطراف ثالثة لدفع مبلغ مستحق لدائني الشركة المدينة. ولدى تقديم استئناف ضد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بأنه يمكن إنفاذ الحكم، عاجلت المحكمة العليا الإنكليزية (English Supreme Court) المسألة الرئيسية المتمثلة في ما إذا كان الاعتراف بالأحكام القضائية وإنفاذها للذين يُمنحان في سياق إجراءات إعسار (مثل الأحكام الصادرة في دعاوى إبطال معاملات) يخضعان لقواعد القانون العام التقليدية التي تحكم الاعتراف بالأحكام القضائية الشخصية والعينية، أو ما إذا كانت تسري على إجراءات الإعسار قواعد مغايرة. ورأت المحكمة أنه لا تسري قواعد مغايرة، وأنّ اللائحة التنظيمية الخاصة بالإعسار عبر الحدود لعام ٢٠٠٦ (التي استشرعت القانون النموذجي في بريطانيا العظمى) لا تنص على الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية ضد الأطراف الثالثة وعلى إنفاذ تلك الأحكام. وقالت المحكمة إنه سيكون أمراً مثيراً للاستغراب إذا كان يراد من القانون النموذجي أن يتناول الأحكام القضائية في مسائل الإعسار بصورة ضمنية. إذ إنّ المواد ٢١ و ٢٥ و ٢٧ من قانون الأونسيترال النموذجي تُعنى بمسائل إجرائية. وقالت المحكمة إنه لا ريب في ضرورة تفسير تلك المواد تفسيراً ذا مغزى وتأويلها تأويلاً واسعاً على ضوء أهداف القانون النموذجي، ولكن ليس هناك ما يدل على أنّها تنطبق على الاعتراف بالأحكام الأجنبية ضد الأطراف الثالثة وإنفاذ تلك الأحكام. ومضت المحكمة إلى القول إنّ القانون النموذجي لا يهدف إلى النص على الإنفاذ التبادلي للأحكام القضائية.

[2012] UKSC 46 (on appeal from [2010] EWCA Civ 895 and [2011] EWCA Civ 971); CLOUT case no. 1269 (19)

٤٣- وقد يجدر النظر فيما إذا كان ينبغي لقانون الأونسيترال النموذجي أن يتناول، على وجه التحديد، إنفاذ الأحكام القضائية المنبثقة من إجراءات الإعسار ضمن إطار تدابير الانتصاف التقديرية المتاحة بمقتضى المادة ٢١. وقد يجدر النظر أيضاً فيما إذا كان ينبغي أن يتضمن النص النمطي للقانون النموذجي، في تعريف "الإجراء الأجنبي"، شيئاً على غرار "إجراء يتعلق بتصحيح الدين"، تجسيدا للتغييرات المقترح إدخالها على لائحة المجلس الأوروبي رقم 1346/2000، المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠، بشأن إجراءات الإعسار، وكذلك الطريقة التي اشترع بها القانون النموذجي في بعض الدول. فمن شأن هذا التنقيح أن يساعد على الاعتراف عبر الحدود باتفاقات إعادة الهيكلة الطوعية.

## هاء- معاملة عقود الملكية الفكرية في قضايا الإعسار عبر الحدود<sup>(٢٠)</sup>

### ١- مراجع الأونسيترال

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرة ١١٥  
دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، الملحق المتعلق بالحقوق الضمانية في  
الممتلكات الفكرية (٢٠١١)

### ٢- الخلفية

٤٤- ذُكر في دليل الأونسيترال التشريعي أنه قد يلزم إدراج استثناء بشأن معاملة تراخيص الملكية الفكرية في سياق مواصلة العقود ورفضها وإنهائها،<sup>(٢١)</sup> ولكن الدليل لا يعالج تلك المسألة بأي قدر من التعمق ولا يقدم أي توصيات بهذا الشأن. وفي ضوء التطورات الأخيرة المتعلقة بالممتلكات الفكرية في حالات الإعسار وتزايد أهمية الممتلكات الفكرية كموجودات لدى المنشآت المعسرة، قد يجدر إجراء دراسة متعمقة لكيفية معاملة الموجودات من الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار وصوغ مبادئ توجيهية خاصة بذلك.

٤٥- وتزايد أهمية عقود الملكية الفكرية في الأنشطة التجارية، ومن ثم فهي تمثل في كثير من الأحيان عنصراً أساسياً من الموجودات التي تُعالج في إجراءات الإعسار. وفي حالات كتلك المتعلقة بـ Nortel Networks Corporation و Eastman Kodak Company، كانت حقوق

(20) هذا الموضوع اقترحه معهد الإعسار الدولي.

(21) انظر، مثلاً، الدليل التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرة ١١٥.

الملكية الفكرية للمدينين تشكل أكبر الموجودات. وكثيراً ما تنطوي معاملة حقوق الملكية الفكرية هذه على اعتبارات مهمة تختلف عن الاعتبارات التي تقوم عليها معاملة أشكال أخرى من العقود. ومع أن القواعد التي تحكم إنهاء العقود العادية ومواصلتها وإحالتها كثيراً ما يُملئها التقدير التجاري السليم لممثل الإعسار والدائنين والمحكمة، فقد تكون لمعاملة عقود الملكية الفكرية تشعبات أوسع نطاقاً.

٤٦- وقد تجلّى اختلاف النهج المتبعة إزاء هذه المسائل في إجراءات إعسار Qimonda AG.<sup>(٢٢)</sup> وهي شركة ألمانية كانت تنتج رقائق DRAM للحواسيب وتعمل على نطاق العالم وتمتلك ما يزيد على ١٢ ٠٠٠ براءة اختراع. وكانت الشركة قد أبرمت عدداً من اتفاقات تبادل رخص استخدام براءات الاختراع مع شركات نظيرة. وفي كانون الثاني/يناير ٢٠٠٩، استهلت Qimonda إجراءات إعسار في ألمانيا؛ وبمقتضى قانون الإعسار الألماني، أُهيت تراخيص الملكية الفكرية التي منحتها Qimonda كجهة مرخصة. وثمة معاملة مماثلة لتراخيص الملكية الفكرية تحدث في بلدان أخرى، منها إيطاليا، حيث أُهيت تراخيص الملكية الفكرية في إجراءات الإعسار المتعلقة بشركة think3. وعندما قدم ممثل إعسار Qimonda، بمقتضى الفصل ١٥ من قانون الإفلاس بالولايات المتحدة (الذي اشترع قانون الأونسيتيرال النموذجي في الولايات المتحدة)، طلباً يلتمس فيه إنفاذ إنهاء تراخيص الملكية الفكرية، رأت محكمة الولايات المتحدة أن الانتصاف الملتزم يتضارب صراحة مع السياسة العامة للولايات المتحدة بشأن الابتكار التكنولوجي، وأشارت إلى "أدغال براءات الاختراع" التي تتخلل صناعة أشباه الموصلات. وهذه القضية تسلط الضوء على التضاربات في معاملة عقود الملكية الفكرية بين مختلف النظم، وتُحدث تشوشاً بشأن تطبيق قانون الأونسيتيرال النموذجي.

٤٧- ومع أن إنهاء العقود يمكن أن يكون مفيداً لدائني المدين المعسر، وهو مسموح به في كثير من البلدان، فقد يكون لإنهاء عقود الملكية الفكرية تشعبات بعيدة المدى. فعلى سبيل المثال، إذا أُهيت مرخص براءة الاختراع المُعسر رخصة استعمال تلك البراءة في عملية ما لصنع أشباه موصلات، فقد يؤدي هذا إلى وقف الإنتاج في مصنع للمرخص له يبلغ حجم أعماله بليون دولار، ويحدث نقصاً عالمياً في الإمدادات للصانعين الذين يستعملون ذلك المنتج في أجهزتهم. وهذا الأثر التسلسلي لإنهاء العقود قد حدا ببعض البلدان إلى توفير الحماية لمواصلة استعمال الممتلكات الفكرية من جانب المرخص لهم.

.Re Qimonda AG Bankr. Lit., 433 B.R. 547; 462 B.R. 165 (2011); Clout case no. 1213 (22)

٤٨ - ومن ناحية أخرى، يمكن للمدين المعسر في بعض البلدان، التي يكون فيها المدين هو المرخص له، أن يواصل استعمال تراخيص الملكية الفكرية وأن يحيل حقوق استعمالها، بينما يمكن للمرخص الذي ليس مديناً في بلدان أخرى أن ينهي تلك العقود. ومع تزايد أهمية تراخيص الملكية الفكرية في إعادة تأهيل الكيانات المعسرة، أصبحت قدرة المرخص له المعسر على مواصلة استخدام حقوق الملكية الفكرية، وربما بيع تلك الحقوق أو إحالتها، عاملاً مهماً في إجراءات الإعسار. وثمة تعقيدات إضافية تنشأ عندما تتعلق الرخصة بعلامات تجارية وأشكال أخرى من الممتلكات الفكرية يرتي فيها قانون الملكية الفكرية مواصلة إشراك كلا طرفي العقد. وثمة تعقيدات أخرى تنشأ عندما تكون الملكية الفكرية مرتبطة بأداء خدمات شخصية كتلك الموجودة في ترتيبات استخدام الاسم التجاري. كما يلزم النظر في مسائل مثل القدرة على علاج أوجه التقصير غير المتعلقة بالنقود، وضمان استمرار المدين أو المحال إليه في تنفيذ العقد.

٤٩ - ويمكن أن يتضمن العمل إجراء تحليل شامل لمعاملة تراخيص الملكية الفكرية في إجراءات الإعسار في مختلف البلدان، وإعداد توصيات لمناسبة كيفية معاملة الأطراف في تلك التراخيص في مختلف النظم. ويمكن تناول مسائل تتعلق ببيع عقود الملكية الفكرية وإنهاءها ومواصلتها ورفضها وإحالتها. وسوف يلزم مواءمة الاستنتاجات المتوصل إليها مع ما يبتغيه الأطراف في عقود الملكية الفكرية من أهداف في مجال التجارة التقليدية. وقد أشير في الدليل التشريعي إلى إمكانية وجود استثناءات من القواعد العامة المتعلقة بالعقود غير المنقذة، ولكن لم تُدرج فيه، حسبما ذكر أعلاه، أي توصيات بشأن معاملة عقود الملكية الفكرية. ويدل تزايد أهمية هذه العقود في سلامة سير إجراءات الإعسار على أن هناك حاجة إلى دراسة وافية لهذه المسائل، وإلى إعداد مبادئ توجيهية متسقة لمعاملة عقود الملكية الفكرية. ويمكن أن تتخذ نتائج هذه الدراسة شكل ملحق للدليل التشريعي أو قانون نموذجي أو بيان مبادئ، وينبغي تنسيق تلك النتائج مع جهود سائر الأفرقة العاملة والمنظمات التي تعالج مسائل الملكية الفكرية.

## ثالثاً - الإجراءات المبسطة المعجلة، بما فيها الإجراءات المسبقة الترتيبات وغيرها من الآليات المناسبة لإعسار المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة

### ١ - مراجع الأونسيترال

A/CN.9/780 (تقرير حلقة تدارس نظمتها الأونسيترال بشأن التمويل البالغ الصغر، وعقدت من ١٦ إلى ١٨ كانون الثاني/يناير ٢٠١٣)



الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/68/17)، الفقرات ٣١٦-٣٢٢ و٣٢٦.

## ٢- الخلفية

٥٠- نظمت الأونسيترال حلقتي تدارس في مجالي التمويل البالغ الصغر وتوفير بيئة قانونية تمكينية للمنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة. ونظرت اللجنة أثناء دورتها السادسة والأربعين (عام ٢٠١٣) في الأعمال المضطلع بها بشأن هذين الموضوعين، وخصوصاً في نتائج حلقة التدارس التي عُقدت من ١٦ إلى ١٨ كانون الثاني/يناير ٢٠١٣. واتفقت اللجنة على أن يُضاف إلى برنامج عملها عمل يتعلق بقانون التجارة الدولية ويهدف إلى الحد مما تواجهه المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة (خصوصاً تلك الموجودة في الاقتصادات النامية) من عقبات قانونية طوال دورة حياتها. واتفقت اللجنة أيضاً على أن يبدأ العمل مركزاً على المسائل القانونية المتعلقة بتبسيط تأسيس المنشآت، وعلى أن تُعد الأمانة وثائق كشرط لازم للتبكير بعقد دورة لفريق عامل. وسوف يعقد الفريق العامل الأول، الذي أُسند إليه العمل المتعلق بهذا الموضوع، اجتماعه الأول في نيويورك، من ١٠ إلى ١٤ شباط/فبراير ٢٠١٤.

٥١- وناقشت اللجنة أيضاً في دورتها السادسة والأربعين مسائل تتعلق بإعسار المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة، وطلبت إلى الفريق العامل الخامس أن يُجري، أثناء دورته التي ستعقد في النصف الأول من عام ٢٠١٤، دراسة أولية للمسائل ذات الصلة، وأن ينظر بصفة خاصة فيما إذا كان دليل الأونسيترال التشريعي يوفر لتلك المنشآت حلولاً كافية وملائمة. وإذا لم يكن الأمر كذلك، فيُطلب إلى الفريق العامل أن ينظر في ماهية ما قد يلزم القيام به من عمل ونتائج ذلك العمل، حسبما ذكر أعلاه، من أجل تيسير وتبسيط القواعد الإجرائية لإعسار تلك المنشآت. وينبغي له أن يُدرج في تقريره المرحلي الذي سيقدم إلى اللجنة في عام ٢٠١٤ عرضاً مفصلاً بما فيه الكفاية لما خلص إليه من استنتاجات بشأن هاتين المسألتين، لكي يتسنى للجنة أن تنظر فيما قد يلزم القيام به مستقبلاً من أعمال، إن وُجدت.<sup>(١)</sup>

٥٢- وثمة أسباب عدة تجعل المؤسسات الصغرى والصغيرة والمتوسطة تواجه نمطياً، في حالة الضائقة المالية، مشاكل لا تواجهها المنشآت الأكبر. ومن هذه الأسباب:

(أ) وجود عبء مفرط من المخاطر المرتبطة بقلّة رأس المال العامل. وهذه الحالة ترتبط أيضاً بانخفاض التمويل السهمي وازدياد نسبة طلبات التمويل المرفوضة وارتفاع فروق أسعار الفائدة وازدياد متطلبات الرهون؛

(ب) وجود نموذج مركزي للحكومة، تتداخل فيه الملكية والسيطرة (كثيراً ما يكون ذلك في إطار أسرة واحدة). ومن ثم، تكون الإدارة في كثير من الأحيان عاجزة أو عاجزة عن معالجة أيّ أزمة مالية في الوقت المناسب وعن طلب استهلال إجراءات إعسار. فالملكية الأسرية كثيراً ما تعني أنّ الإدارة ترفض قبول حل إعساري يمكن أن يفضي إلى فقدان السيطرة على المنشأة. وفي بعض الأحيان، يلجأ المالك إلى إخفاء الأزمات خشية الإضرار بالسمعة التجارية الحسنة وبالعلاقات مع المستخدمين والموردين والسوق وتعطيل التسهيلات الائتمانية الموجودة. وحتى في الحالات التي تكون فيها المنشأة الصغرى أو الصغيرة أو المتوسطة المملوكة لأسرة أو لفرد قد أسست في صورة شركة، كثيراً ما يكون الدائنون عاجزين عن تبيين الوضع الاقتصادي الحقيقي للمنشأة. وهذه العوامل قد تعني أنّ الأزمات لا تصبح جلية إلا عندما تستفحل بحيث يتعذر إخفاؤها وتكون المنشأة قد اجتازت النقطة التي يتعذر بعدها تفادي خسارة قيمتها الاقتصادية. وعندما يبحث مالك المنشأة الصغيرة عن حل غير رسمي، كثيراً ما يكون مفتقراً إلى الخبرة اللازمة للعثور على حل مناسب، كما قد تكون المساعدة الفنية المتخصصة الضرورية باهظة التكلفة؛

(ج) أنّ حجم المنشأة قد يعني أنها أصغر من أن تستفيد مما يتيح قانون الإعسار من قواعد إجرائية رسمية لإعادة التنظيم والتصفية، وخصوصاً عندما تكون تلك الإجراءات مصممة لتناسب المنشآت الأكبر حجماً وغير ملائمة للتعامل مع ما يتسم به كثير من تلك المنشآت من طابع فردي أساساً. كما أنّ قواعد الإعسار الخاصة بالأشخاص الطبيعيين ليست مصممة لمعالجة المصاعب المالية للمنشآت ذات الطابع الصناعي أو التجاري، مهما صغرت. وعادة ما توضع هذه الأنواع من القواعد الإجرائية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين لحل مشاكل تتعلق بتسوية ديون المستهلكين ولا تأخذ في الحسبان النطاق التجاري للمنشأة، التي قد تكون، إذا ما أنقذت، قادرة على مواصلة أنشطتها لإرضاء دائنيها.

٥٣- وثمة اتفاق عام على أنه يمكن لأيّ نظام إعسار يخصص المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة أن يستفيد من القواعد التي تنظم إعسار المنشآت الأكبر حجماً وكذلك من القواعد التي تنظم إعسار الأشخاص الطبيعيين. وينبغي لذلك النظام أن يهدف إلى تنظيم الموجودات والحفاظ على استمرار نشاط المنشأة من ناحية، وأن يوفر إبراء للذمة وبداية جديدة من ناحية أخرى. وفي الوقت نفسه، يلزم لأيّ نظام إعسار خاص بالمنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة أن يأخذ بعين الاعتبار ثقافة البلد الاجتماعية والاقتصادية، خصوصاً فيما يتعلق بتعريف المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة في تلك الولاية القضائية. وفيما يتعلق بالشركات، مهما صغرت، ينبغي أن يكون بالإمكان ضمان استمراريتها. أما

في حالة الأفراد الذين يعملون دون حماية من شركة (تشمل هذه الفئة أيضاً الشركاء التي يكون فيها الشركاء مسؤولين عن ديون المنشأة)، فيكون تحقيق الاستمرارية أصعب مناصلاً. غير أنه يلزم وجود توازن بين مصالح مختلف الجهات المعنية، وينبغي تفادي النهج العقابية.

٥٤ - وتدل التجربة على أنه رغم وجود قوانين إعسار كثيرة يمكن أن توفر أدوات مرنة وفعالة لتجاوز الأزمات المتكررة في النشاط التجاري، فهي لا تتضمن حتى الآن قواعد إجرائية ملائمة للمنشآت الصغيرة والصغرى. فقد تحدّد قوانين الإعسار عتبات عشوائية لولوج إجراءات الإعسار، بالرجوع مثلاً إلى مقدار الدّين، مما يستبعد المنشآت الأصغر حجماً. كما أنّ المنشآت التي هي أكبر قليلاً من العتبات قد تكون عاجزة عن العثور على حلول ملائمة، لأنّ المصارف والمؤسسات المالية قد لا تكون مستعدة لتمويل إعادة تنظيمها أو إعادة هيكلتها. إذ إنّ تمويل المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة قد لا يكون متاحاً إلا إذا كان بوسع الملكية أن توفر ضماناً رهنية كافية؛ أما في حالة الدائنين الماليين، فقد يكون استرجاع مطالباتهم من خلال بيع الضمانة الرهنية أهم من تمويل إنقاذ المنشأة.

٥٥ - وقد اشترعت بعض الدول، مثل إيطاليا، قوانين لمعالجة إعسار الأشخاص الطبيعيين، تشمل المستهلكين والمنشآت الصغيرة أيضاً. ومع أنّ القانون الإيطالي ينص على إبرام اتفاق مع الدائنين وعلى تصفية مقرونة بالإبراء فإنّ تعقّد الإجراءات، والتكاليف المرتبطة به، والشروط المنطبقة على الإبراء، والوقت اللازم للحصول على الإبراء تمثل عوامل منفرة من استخدام هذا القانون.

٥٦ - وينبغي أن تتضمن أهداف أيّ نظام لإعسار المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة ما يلي: بتشجيع المدينين على طلب استهلال إجراءات الإعسار عند الضرورة؛ وتخفيف المؤسسات المالية على المشاركة النشطة في هذه العملية؛ وتوفير إجراءات مبسّطة لإعادة التنظيم والتصفية ذات أطر زمنية أقصر ومتطلبات إثباتية أيسر، وخطوات إجرائية أقل عدداً، وكذلك طوعاً أقل إن أمكن؛ وتوفير إبراء وبداية جديدة لمنظمي المشاريع من الأفراد.