

Distr.: Limited
4 September 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الاعسار)
الدورة السابعة والعشرون
فيينا، ٩-١٣ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٢

مشروع الدليل التشريعي لقانون الاعسار مذكرة من الأمانة

المحتويات

[ترد المقدمة والجزء الأول من مشروع الدليل في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.63؛ ويرد الفصل الأول من الجزء الثاني في الوثيقتين A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 والاضافة Add.2، ويرد الفصل الثاني بآء في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4 وترد الفصول من الثالث إلى السابع في ااضافات لاحقة]

الصفحة	الفقرات	الجزء الثاني
٢	ثانيا- الطلب والبدء
٢	١٣-١	ألف- الأهلية والولاية القضائية
٢	٦-١	١- الأهلية: المدينون الذين يتعين أن يشملهم نظام الاعسار
٥	١٣-٧	٢- الولاية القضائية
٨	(١١)-(١٦)	التوصيات



تشير أرقام الفقرات الواردة بين [...] إلى أرقام الفقرات ذات الصلة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.58، وهي الصيغة السابقة لنص الدليل.

وتشير أرقام التوصيات الواردة بين [...] إلى التوصيات ذات الصلة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.61 والوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1، وهي الصيغة السابقة للتوصيات. وتبيّن الاضافات إلى التوصيات في نص رُسم تحته خط في هذه الوثيقة.

الجزء الثاني (تابع)

ثانياً - الطلب والبدء

ألف - الأهلية والولاية القضائية

١ - الأهلية: المدينون الذين يتعين أن يشملهم نظام الاعسار

١ - المسألة الأساسية الهامة في صوغ قانون عام للاعسار يركز على المدينين الذين يزاولون أنشطة تجارية هي تحديد المدينين الذين يمكن أن يخضعوا للقانون وتعريفهم بوضوح. وبقدر ما يستبعد أي مدين من الاجراءات القضائية، لا يتمتع هذا المدين بأشكال الحماية التي توفرها تلك الاجراءات ولا يخضع للنظام الخاص بها. وهذا ما يؤيد اتباع نهج شامل في صوغ قانون للاعسار، مع استثناءات محدودة. وسيؤدي صوغ أحكام الأهلية التي ستحدد أنواع المدينين الذين يجوز تصفية موجوداتهم أو اعادة تنظيمها وأي مدينين يراد استبعادهم من انطباق القانون إلى طرح سؤالين، أولاً، ما اذا كان ينبغي أن يميز القانون بين المدينين الأفراد والمدينين الذين يمثلون نوعاً من المنشآت أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، الذين لا يثير كل منهم اعتبارات سياسية مختلفة فحسب بل يثير أيضاً اعتبارات تتعلق بالمواقف الاجتماعية وغيرها من المواقف. وثانياً، ما هي أنواع المدينين (بصرف النظر عن مسألة ما اذا كان المدين كيانياً أو فرداً)، ان وجدت، التي ينبغي استبعادها من انطباق قانون الاعسار.

٢ - وتعتمد البلدان هوجاً مختلفة في تحديد نطاق انطباق قوانين الاعسار الخاصة بها. فبعض قوانين الاعسار ينطبق على جميع المدينين مع بعض الاستثناءات المحددة، كذلك التي ترد مناقشتها أدناه. وتميز بلدان أخرى بين المدينين الأفراد (الأشخاص الطبيعيين) والمدينين الاعتباريين أو المعنويين ولديها قوانين اعسار مختلفة بشأن كل منهم. وهناك نهج آخر يميز بين الكيانات أو الأفراد على أساس مزاولتهم أنشطة تجارية (أو استهلاكية). ويتناول بعض هذه القوانين اعسار "التجار" الذين يعرفون على أساس مزاولتهم الأنشطة التجارية باعتبارها مهنة عادية، أو الشركات التي تنشأ وفقاً للقوانين التجارية والكيانات الأخرى التي تضطلع

بالأنشطة التجارية بانتظام. ويشتمل بعض القوانين أيضا على اجراءات مختلفة تستند إلى مستويات المديونية، كما وضع عدد من البلدان نظم اعسار خاصة لقطاعات الاقتصاد المختلفة، ولا سيما القطاع الزراعي.

(أ) المديونون: الأفراد الذين يزاولون أنشطة تجارية

٣- [١] السياسات المتبعة ازاء الدّين الفردي أو الشخصي والاعسار كثيرا ما تُظهر مواقف ثقافية لا تكون ذات صلة وثيقة بالمدينين التجاريين، مثل المواقف المتخذة ازاء تكبد دّين شخصي؛ وتوفر الاعفاء في حالة الدين الذي لا يمكن تديره؛ والأثر الاجتماعي الذي يتركه الافلاس على وضعية الأفراد؛ والحاجة إلى المشورة والمساعدة التثقيفية فيما يتعلق بالدّين الفردي؛ وتوفير بداية جديدة للمدينين عن طريق البراء من الديون والمطالبات. وبالمقارنة، فان السياسات المنطبقة على الاعسار في القطاع التجاري تقتصر بصورة عامة على الاعتبارات الاقتصادية والتجارية، كالدور الهام الذي تقوم به المنشأة التجارية في الاقتصاد؛ والحاجة إلى صون وتشجيع النشاط التجاري وتنظيم المشاريع؛ والحاجة إلى تشجيع توفير الائتمانات وإلى حماية المدينين عند توفير الائتمانات.

٤- [٢] والمسألة الرئيسية التي تحتاج إلى أن ينظر فيها تتعلق بالأفراد الذين يضطلعون بنشاط تجاري (بمن فيهم، على سبيل المثال، شركات الأفراد والتجار الأفراد) وبتقرير ما اذا كان ينبغي ادراجهم ضمن نطاق قانون الاعسار التجاري. وتختلف مصالح المدينين التجاريين الأفراد عن مصالح المدينين الاستهلاكيين الأفراد، على الأقل في بعض جوانب مديونياتهم، ولكن كثيرا ما يكون من الصعب فصل مديونية الفرد الشخصية عن مديونيته التجارية لأغراض تقرير كيفية معالجتهما في حالة الاعسار. وقد توضع معايير مختلفة لتفسير تقرير ذلك، كالتركيز على طبيعة النشاط الذي يجري الاضطلاع به، ومستوى الدّين، والصلة بين الدّين والنشاط التجاري. وقد تشتمل مؤشرات الانخراط في النشاط التجاري على ما اذا كانت المنشأة التجارية مسجلة بصفة تاجر أو أي ممارس آخر للنشاط التجاري؛ وعلى ما اذا كانت كيانا اعتباريا. بموجب القانون التجاري؛ وعلى طبيعة أنشطتها العادية؛ وعلى المعلومات المتعلقة باجمالي المبيعات والموجودات والمطلوبات؛ و [...] وتُدرج بلدان عديدة المدينين الأفراد الذين يزاولون النشاط التجاري في نطاق قوانين الاعسار التجاري فيها. وتشير خبرة بلدان أخرى إلى أنه على الرغم من أن أنشطة المنشآت التجارية الفردية تشكل جزءا من النشاط التجاري، كثيرا ما تعالج هذه الحالات في اطار النظام المتعلق بالاعسار الفردي لأن مالك المنشأة التجارية الشخصية سيزاول أنشطته في نهاية المطاف من خلال

هيكلا لا يتمتع بأية قيود على المسؤولية ويبقى مسؤولاً شخصياً، بدون قيد، عن ديون المنشأة التجارية. وتثير هذه الحالات أيضاً مسائل صعبة تتعلق بإبراء الذمة (إعفاء المدين من المسؤولية عن جزء من ديون معينة أو عنها كلها بعد انتهاء الإجراءات)، مثل طول الوقت اللازم انقضاءه قبل أن يكون في الامكان ابراء المدين والالتزامات التي يمكن ابراء منها أو الاعفاء من ابراء منها. وكثيراً ما تكون الديون التي لا يمكن ابراء منها تنطوي على مسائل شخصية مثل التسويات في إجراءات الطلاق أو التزامات اعادة الأطفال. وهناك اعتبار آخر هو أن ادراج الاعسار الفردي ضمن اطار نظام الاعسار التجاري قد ينطوي، في بعض البلدان، على امكان عرقلة استخدام النظام التجاري بسبب الموقف الاجتماعي ازاء الاعسار الفردي، بصرف النظر عن طبيعته التجارية. ومن المستصوب النظر في هذه الشواغل عند صوغ قانون للاعسار يعالج الاعسار التجاري. ويركز هذا الدليل على مزاوله الأنشطة التجارية بصرف النظر عن الوسيلة التي تجري من خلالها مزاوله تلك الأنشطة، ويحدد المسائل التي ستتطلب أحكاماً اضافية أو مختلفة اذا شُمل المدينون الأفراد في قانون الاعسار.

(ب) المنشآت التجارية المملوكة للدولة

٥- [٣] يمكن لنظام عام للاعسار أن ينطبق على جميع أشكال الكيانات التي تزاوّل أنشطة تجارية، الخاصة منها والمملوكة للدولة، ولا سيما المنشآت التجارية المملوكة للدولة التي تنافس في السوق ككيانات أو منشآت تجارية متميزة وتعرض بشكل أو بآخر لنفس العمليات التجارية والاقتصادية التي تتعرض لها الكيانات المملوكة بصورة فردية. وامتلاك الحكومة للمنشأة التجارية قد لا يوفر، في حد ذاته، أساساً كافياً لاستبعاد تلك المنشأة التجارية من الخضوع لقانون الاعسار، مع أن عدداً من البلدان يعتمد ذلك النهج. وحيثما تقوم الدولة بأدوار مختلفة بالنسبة للمنشأة، ليس كمالكة فحسب بل أيضاً كمقرضة وكأكبر دائن، لن تنطبق الحوافز العادية، وقد يكون من الصعب التوصل إلى حلول وسط، ولا يوجد أساس واضح لنشوء تضارب في المصالح. ولذلك فإن ادراج تلك المنشآت ضمن اطار نظام الاعسار ينطوي على مزايا اخضاعها لأحكام النظام وعلى ارسال اشارة واضحة تفيد بأن الدعم المالي الحكومي لتلك المنشآت التجارية لن يكون غير محدود، وعلى توفير اجراء ينطوي على امكانية تقليل تضارب المصالح إلى أدنى حد. وقد تنشأ الحاجة إلى استثناءات من السياسة العامة المتعلقة بالادراج ضمن اطار نظام الاعسار حيث تكون الحكومة قد اعتمدت سياسة توفر ضمانات صريحة بخصوص التزامات تلك المنشآت التجارية وحيث تشكل معاملة منشآت الدولة جزءاً من تغيير في السياسة الاقتصادية الكلية، مثل برامج الخصخصة الواسعة النطاق. وفي هذه الحالات، قد يكون هناك ما يبرر صدور تشريعات مستقلة تعالج المسائل

ذات الصلة، بما فيها الاعسار، ولا يتناول الدليل المسائل التي لها صلة محددة بتلك التشريعات المستقلة.

(ج) الكيانات التي تتطلب معاملة خاصة

٦- [٤] مع أنه قد يكون من المستصوب توسيع الحماية ونظام قانون الاعسار بحيث يشملان أكبر مجموعة ممكنة من الكيانات، قد توفر معاملة منفصلة لبعض الكيانات ذات الطابع التخصصي، كالمؤسسات المصرفية ومؤسسات التأمين وشركات المنافع العامة وسماصة الأسهم أو السلع. وتتجسد الاستثناءات المتعلقة بهذه الأنواع من الكيانات على نطاق واسع في قوانين الاعسار ويجري تبريرها عادة استنادا إلى النظم القانونية الرقابية المفصلة التي كثيرا ما تخضع لها خارج نطاق الاعسار. وكثيرا ما تشمل النظم الرقابية هذه على أحكام تتناول اعسار الكيان الخاضع للرقابة. ولا يتناول الدليل بالتحديد الاعتبارات الخاصة الناشئة عن اعسار تلك الكيانات وعن اعسار المستهلكين.

٢- الولاية القضائية

٧- [٥] بالإضافة إلى حيازة المدين للخصائص المؤسسية أو التجارية، يجب أن تكون لديه صلة كافية بالدولة لكي يكون خاضعا لقانون الاعسار فيها. وفي حالات كثيرة، لا تنشأ أي مسألة تتعلق بانطباق قانون الاعسار، إذ ان المدين يكون مواطنا من مواطني الدولة أو مقيما فيها ويزاول أنشطته التجارية في الدولة من خلال كيان مسجل أو منشأ في تلك الدولة. غير أنه عندما يكون هناك شك بشأن صلة المدين بالدولة، تعتمد قوانين الاعسار معايير مختلفة من بينها أن مركز مصالح المدين الرئيسية موجود في الدولة وأن للمدين منشأة في الدولة وأن للمدين موجودات في الدولة.

(أ) مركز المصالح الرئيسية

٨- [٦] مع أن بعض قوانين الاعسار تستخدم معايير مثل مكان العمل الرئيسي، فقد اعتمدت الأونسيترال، في القانون النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود، ("قانون الأونسيترال النموذجي") معيار "مركز المصالح الرئيسية" للمدين لتحديد المكان الصحيح لما يطلق عليه اسم "الإجراءات الرئيسية" لذلك المدين. وعلى الرغم من أن القانون النموذجي يتناول المسائل المتعلقة بالاعسار الدولي، فإن معيار "مركز المصالح الرئيسية" ينطبق أيضا على الاعسار الداخلي. وبالإضافة إلى قانون الأونسيترال النموذجي، يستخدم هذا المصطلح في

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 يعرف 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". والمعيار الملائم هو المعيار الذي يرد في المادة ١٦ (٣) من قانون الأونسيترال النموذجي، وفي المادة ٣ من لوائح المجلس الأوروبي: وهو أن المكتب الرئيسي المسجل للمدين، أو محل الإقامة المعتاد في حالة المدين الفرد، يفترض أن يكون مركز مصالحه الرئيسية، ما لم يتضح أن مركز المصالح الرئيسية يقع في مكان آخر. وأي مدين يكون مركز مصالحه الرئيسية في إحدى الدول ينبغي أن يخضع لقانون إعسار تلك الدولة.

٩- [٧] ورغم اعتماد معيار "مركز المصالح الرئيسية"، فإن المدين الذي لديه موجودات في أكثر من دولة، قد يجد نفسه مستوفياً لاشتراطات الخضوع لقانون إعسار أكثر من دولة بسبب المعايير المختلفة لأهلية المدين أو للتفسيرات المختلفة لنفس المعيار، مع إمكان وجود إجراءات إعسار منفصلة في تلك البلدان. وفي مثل تلك الحالات، يكون من الملائم وجود تشريعات تستند إلى قانون الأونسيترال النموذجي لمعالجة مسائل التنسيق والتعاون (انظر الجزء الثاني الفصل الثامن).^(١)

(ب) المؤسسة

١٠- [٨] تنص بعض القوانين على أنه يجوز بدء إجراءات الإعسار في ولاية قضائية توجد فيها مؤسسة للمدين. ويعرف 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 الناحية الأساسية، تكون المؤسسة هي مكان العمل، وليس من الضروري مركز المصالح الرئيسية. والتعريف مثل تعريف "مركز المصالح الرئيسية" هام للهيكل العام لقانون الأونسيترال النموذجي ولمعالجته لحالات الإعسار عبر الحدود، باعتباره معياراً للاعتراف بإجراءات الإعسار الأجنبية وتطبيق تدابير للانتصاف. ولذا فهو ملائم لنظام الإعسار الداخلي ولبدء الإجراءات فيما يتعلق بموجودات مؤسسة

(1) قدم اقتراح بأن يكون القانون النموذجي ودليل الاشتراع (الذي نقح لمراعاة التطورات التي حدثت في مجال الإعسار عبر الحدود منذ اعتماد القانون النموذجي) مشمولين كفصل إضافي إلى هذا الدليل.

المدين في دولة معينة. وفي بلدان عديدة، يتحمل مديرو المؤسسة غير القادرة على سداد ديونها مسؤولية شخصية تجاه الدائنين ما لم يبدأوا اجراءات اعسار. ولذلك فان من الضروري توفر الأهلية لبدء الاجراءات بمقتضى قانون الدولة الخاص بالاعسار على أساس المؤسسة.

١١- [٨] وتنص لوائح المجلس الأوروبي، بصورة مماثلة، على أنه يجوز فتح اجراءات اعسار ثانوية في ولاية قضائية توجد فيها مؤسسة للمدين. وبصورة عامة، يقتصر انطباق تلك الاجراءات على اجراءات التصفية التي تشمل موجودات المدين الواقعة في اقليم تلك الدولة. واستنادا إلى طبيعة عمل المدين التجاري وموجوداته المعنية، قد تكون هناك حالات محدودة يمكن أن تتخذ فيها اجراءات اعادة التنظيم على أساس المؤسسة.

(ج) وجود الموجودات

١٢- [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. ولا ينص القانون النموذجي على الاعتراف بالاجراءات الأجنبية التي يجري البدء بها على أساس وجود الموجودات. بيد أنه لا ينص على أنه حالما تبدأ الاجراءات في الولاية القضائية التي يُعترف فيها بوجود مركز مصالح المدين في الدولة الأجنبية، يمكن للاجراءات المحلية المستندة إلى وجود الموجودات أن تبدأ في الدولة المعترف بها بغية تناول تلك الموجودات المحلية.^(٢)

١٣- [٩] وربما كان من الممكن التمييز بين اجراءات التصفية واجراءات اعادة التنظيم التي تبدأ على أساس وجود الموجودات؛ وبينما قد يكون وجود الموجودات أساسا ملائما لبدء اجراءات التصفية بشأن موجودات معينة قائمة في احدى الدول، قد لا يكون ذلك كافيا لبدء اجراءات اعادة التنظيم، ولا سيما حيث تكون الاجراءات التي بدأت في مركز المصالح الرئيسية هي اجراءات تصفية. ومع أن أحد البلدان لا ينص على أن وجود الموجودات سيكون كافيا لبدء اجراءات اعادة التنظيم (وأن تلك الاجراءات يمكن أن تشمل موجودات المدين حيثما وجدت) لن يكون من الضروري تنسيق تلك الاجراءات مع الولايات القضائية الأخرى التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية وربما مؤسساته.

(2) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢٨.

ولذلك فإن معيار وجود الموجودات قد يثير مسائل تتعلق بتعدد الولايات القضائية، بما في ذلك تعدد الاجراءات ومسائل التنسيق والتعاون بين الاجراءات التي قد تترتب على قانون الأونسيترال النموذجي (انظر الجزء الثاني، الفصل الثامن).

التوصيات

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالأهلية والولاية القضائية هو تحديد ما يلي:

- (أ) أنواع المدينين الذين يمكن أن يخضعوا لقانون الاعسار [العام]؛
- (ب) أنواع المدينين الذين يجوز أن يستبعدوا من نطاق قانون الاعسار [العام]؛
- (ج) المدينون الذين لديهم ارتباط بالدولة المعنية يكفي لاختصاصهم لقوانينها المتعلقة بالاعسار؛ و
- (د) المحاكم ذات الولاية القضائية للنظر في مسائل الاعسار.

محتويات الأحكام التشريعية

الأهلية

- (١١) ينبغي أن يحكم قانون الاعسار اجراءات الاعسار الخاصة بجميع المدينين، بمن فيهم الأفراد والمنشآت التي تملكها الدولة وتزاول أنشطة تجارية.
- (١٢) ينبغي أن تكون الاستبعادات من نطاق تطبيق قانون الاعسار [العام] محدودة وأن تُعرّف بوضوح في القانون.⁽³⁾

(3) قد تتطلب الكيانات الخاضعة للتنظيم الرقابي الرفيع المستوى، كالمصارف وشركات التأمين، معاملة متخصصة يمكن النص عليها على نحو مناسب في نظام منفصل بشأن الاعسار أو من خلال أحكام خاصة في قانون الاعسار العام. وعندما يكون نظام خاص أو أحكام خاصة قد وضعت، يجوز استبعاد تلك الكيانات من انطباق أحكام نظام الاعسار العام.

الولاية القضائية

(١٣) ينبغي أن يحدد قانون الاعسار المدينين الذين لهم صلة كافية بالدولة لكي يخضعوا لقوانينها الخاصة بالاعسار. ويجوز اتباع نهج مختلفة لتبين عوامل الصلة المناسبة، ولكن الأسس التي يكون فيها المدين خاضعا لقانون الاعسار ينبغي أن تتضمن ما يلي:

(أ) أن يكون مركز المصالح الرئيسية للمدين في تلك الدولة؛ أو

(ب) أن تكون للمدين مؤسسة في تلك الدولة.

(١٤) وينبغي في تفسير عبارة "مركز المصالح الرئيسية"، أن يوفر قانون الاعسار الافتراض بأنه، في غياب ما يثبت العكس، يكون مركز المصالح الرئيسية للشخص الاعتباري واقعا في الدولة التي يوجد فيها مكتبه المسجل، ويكون مركز المصالح الرئيسية للشخص الطبيعي واقعا في الدولة التي يوجد فيها مكان اقامته المعتاد.

(١٥) وينبغي أن يعرف قانون الاعسار عبارة "المؤسسة" بأنها "أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات".^(٤)

(١٦) [١٥] وينبغي أن يبين قانون الاعسار بوضوح المحاكم ذات الاختصاص فيما يتعلق باجراءات الاعسار والمسائل الناشئة عن اتخاذ اجراءات الاعسار.

(4) قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود، المادة ٢ (و).