

Distr.: Limited
24 September 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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

مشروع الدليل التشريعي لقانون الإعسار 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 و Add.2؛ والفصل الثاني ألف وباء في الوثيقتين A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 و Add.4؛ والفصل الثالث من ألف إلى واو في الوثائق A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 إلى Add.9؛ والفصل الرابع جيم ودال والفصول من الخامس إلى السابع في إضافات لاحقة]

الصفحة الفقرات

		الجزء الثاني (تابع)
٢		رابعاً - المشاركون والمؤسسات
٢	٢٣٠-٢٠٣	ألف - المدين
٢	٢٠٣	١ - مقدمة
٣	٢١٧-٢٠٤	٢ - مواصلة نشاط منشأة المدين
٨	٢٢٠-٢١٨	٣ - حقوق المدين
٩	٢٢٩-٢٢١	٤ - التزامات المدين
١٢	٢٣٠	٥ - مسؤولية المدين
١٣	(٨٩)-(٩٥)	التوصيات



الصفحة	الفقرات	
١٦	٢٥٩-٢٣١	ممثل الإعسار..... باء-
١٦	٢٣٢-٢٣١	مقدمة ١-
١٧	٢٣٨-٢٣٣	المؤهلات ٢-
١٨	٢٤١-٢٣٩	اختيار ممثل الإعسار وتعيينه..... ٣-
٢٠	٢٤٣-٢٤٢	واجبات ممثل الإعسار ومهامه ٤-
٢٢	٢٤٤	السرية ٥-
٢٢	٢٥١-٢٤٥	أجر ممثل الإعسار..... ٦-
٢٥	٢٥٤-٢٥٢	واجب العناية [المسؤولية] ٧-
٢٦	٢٥٧-٢٥٥	عملاء ممثل الإعسار ٨-
٢٧	٢٥٨	إقالة ممثل الإعسار ٩-
٢٧	٢٥٩	استبدال ممثل الإعسار..... ١٠-
٢٧	(١٠٥)-(٩٦)	التوصيات.....

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

وتشير أرقام التوصيات الواردة بين [...] إلى التوصيات ذات الصلة الواردة في الوثيقتين A/CN.9/WG.V/WP.61 و A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1، متضمنتين الصيغة السابقة للتوصيات. وقد ميّزت النصوص المضافة إلى التوصيات في هذه الوثيقة بوضع سطر تحتها.

الجزء الثاني (تابع)

رابعاً- المشاركون والمؤسسات

ألف- المدین

١- مقدمة

٢٠٣- تعتمد قوانين الإعسار هوجا مختلفة إزاء الدور الذي يؤديه المدین في إجراءات الإعسار. بمجرد بدئها، وتمييز بوجه عام بين التصفية وإعادة التنظيم. وفي الحالة التي يتقرر فيها مواصلة نشاط المنشأة التجارية (لبيعها كمنشأة عاملة إما في التصفية وإما في إعادة التنظيم) تزداد الحاجة إلى اضطلاع المدین بدور من الأدوار في الإدارة. ويكون للمدین أيضا دور يؤديه في مساعدة ممثل الإعسار على أداء مهامه وفي توفير ما يلزم من معلومات عن

المنشأة للمحكمة أو لممثل الإعسار. ويكون للمدين أيضا حقوق معينة فيما يتعلق بتلك الإجراءات. ولضمان الكفاءة والفعالية في إدارة الإجراءات وتوفير اليقين للأطراف المشاركة فيها، يكون من المستصوب أن يقرر قانون الإعسار نطاق حقوق المدين والتزاماته.

٢- مواصلة نشاط منشأة المدين

(ب) التصفية

٢٠٤- [١٥٢] بمجرد بدء إجراءات التصفية، يقتضي صون حوزة المعسر تدابير شاملة لحمايتها، لا من دعاوى الدائنين فحسب (الجزء الثاني، الفصل الثالث-باء) بل أيضا من المنشأة المدينة أو من مديرها أو أصحابها.^(١) ولهذا السبب يقضي الكثير من قوانين الإعسار بتجريد المدين من جميع حقوق السيطرة على الموجودات وإدارة المنشأة وتسييرها في حالة التصفية، وتعيين ممثل للإعسار لتولي جميع المسؤوليات التي تم تجريد المدين منها. وبالإضافة إلى الصلاحيات المتصلة باستعمال الموجودات والتصرف فيها، قد تشمل هذه المسؤوليات الحق في إقامة الدعاوى القانونية والدفاع فيها باسم الحوزة، والحق في تسلم جميع المدفوعات الموجهة إلى المدين. وبعد بدء إجراءات التصفية، [١٥٣] تكون باطلة (أو خاضعة للإبطال) بوجه عام أي معاملة مقترنة بموجودات الحوزة أو بنقل تلك الموجودات ولم يأذن بها ممثل الإعسار أو المحكمة أو الدائنون (حسب المطلوب)، وتكون الموجودات المنقولة (أو قيمتها) خاضعة للاسترداد لصالح حوزة الإعسار (انظر الجزء الثاني، الفصل الثالث-دال-٧، وهاء-٨).

٢٠٥- [١٥٣] وفيما يتعلق بالحالات التي يتقرر فيها أن أجمع الوسائل لتصفية الحوزة هي بيع المنشأة كشركة عاملة، ينص بعض القوانين على أن يشرف ممثل الإعسار على المنشأة ويتولى الرقابة عليها عموما مع السماح للمدين بتعزيز قيمة المنشأة وتيسير بيع الموجودات بمواصلة تقديمه الخدمات والنصح لممثل الإعسار. وقد يشفع لهذا النهج معرفة المدين بمخاطر منشأته والسوق أو الصناعة المتصلة بها فضلا عن علاقتها المستمرة بالدائنين والموردين والزبائن. ويجوز اعتبار ممثل الإعسار مسؤولا عن أية أفعال ضارة تصدر عن المدين أثناء فترة

(1) بما أن قانون الإعسار لا بد وأن يغطي مختلف أنواع المنشآت التجارية، سواء كانت أفرادا أو شركات أو شكلا من أشكال الشركات، فإن مسألة الدور المستمر للمدين تثير تساؤلات وجيهة عن دور إدارة المنشأة المدينة أو دور أصحابها، تبعا للظروف. وتيسيرا للأمر، يقتصر الدليل على الإشارة إلى "المدين" ولكن المقصود أن يشمل استخدام هذا المصطلح إدارة المنشأة المدينة وأصحابها، حيثما يكون ذلك مناسبا.

مراقبته المنشأة، رهنا بمقدار المراقبة التي يمارسها على أنشطة المدين (انظر الجزء الثاني، الفصل الرابع-باء-٧).

(أ) إعادة التنظيم

٢٠٦- [١٥٤] لا يوجد في حالة إجراءات إعادة التنظيم نهج متفق عليه بشأن المدى الذي تكون عنده تنحية المدين هي التصرف الأنسب، ولا بشأن الدور المتواصل الذي يمكن أن يؤديه المدين في حالة حدوث قدر ما من التنحية. وقد يتوقف ذلك الدور إلى حد بعيد على تصرف المدين بحسن نية أثناء عملية إعادة التنظيم؛ وإذا لم يتصرف على هذا النحو كانت قيمة دوره المتواصل أمرا مشكوكا فيه. وقد يتوقف الحل في بعض الأحيان على ما إذا كان المدين قد بدأ إجراءات الإعسار طواعية أم أن الدائنين هم الذين بدأوها، مما قد يؤدي إلى اتخاذ المدين موقفا غير تعاوني بل وحتى عدائيا.

١٠٠٠ مزايا ومثالب مواصلة اشتراك المدين في إدارة المنشأة

٢٠٧- هناك عدد من المزايا المحتملة في النص على أن يكون للمدين دور متواصل. [١٥٤] ففي كثير من الظروف تكون لدى المدين معرفة مباشرة وحميمة بمنشأته وبالصناعة التي تعمل في نطاقها. وتكون هذه المعرفة هامة على وجه الخصوص في حالة منشآت الأفراد والشركات الصغيرة وقد توفر، لصالح استمرارية المنشأة، الأساس اللازم لكي يكون للمدين دور في اتخاذ القرارات الإدارية القصيرة الأجل واليومية. ويمكن أيضا أن تساعد مثل الإعسار على أداء مهامه بفهم أوثق وأعمق لسير أعمال منشأة المدين. ولأسباب مماثلة، كثيرا ما يكون المدين في وضع مناسب لاقتراح خطة لإعادة التنظيم ليوافق عليها الدائنون والمحكمة. وفي هذه الظروف، قد تؤدي التنحية الكاملة للمدين، رغم دوره في الصعوبات المالية التي تواجهها المنشأة، لا إلى القضاء فحسب على الحافز في أنشطة المبادرة والمخاطرة بوجه عام وحافز المدينين على بدء إجراءات إعادة التنظيم في مرحلة مبكرة، بل وقد تؤدي أيضا إلى تفويض فرص نجاح عملية إعادة التنظيم.

٢٠٨- [١٥٥] وربما يحتاج الأمر إلى موازنة مدى استصواب أن يكون للمدين دور متواصل أمام عدد من المثالب المحتملة. فقد تكون ثقة الدائنين بالمدين معدومة بسبب الصعوبات المالية التي تواجهها المنشأة (والدور الذي ربما يكون قد لعبه المدين في حدوث هذه الصعوبات) ويكون لا بد من إعادة بناء هذه الثقة إذا ما أريد لعملية إعادة التنظيم أن تنجح. والسماح للمدين بمواصلة تسيير المنشأة بدون رقابة كافية على صلاحياته قد يعمل

لا على زيادة تدهور الثقة فحسب بل وعلى زيادة استعداد الدائنين. وأي نظام يُرى أنه مفرط في محاباة المدين قد يؤدي إلى عدم مبالاة الدائنين بالإجراء القضائي وعدم رغبتهم في التعاون، الأمر الذي قد يفضي بدوره إلى مواجهة مشاكل في رصد سلوك المدين إذا قضى قانون الإعسار باضطلاع الدائنين بهذا الدور. وربما يشجع هذا أيضا على اتباع نهج معاكس للإجراء القضائي الخاص بالإعسار ويزيد بذلك من التكاليف والتأخير. وقد يكون لدى المدين مخططه الخاص الذي يتعارض مع أهداف نظام الإعسار وخصوصا مع تعظيم العائدات التي تؤول إلى الدائنين. وقد يكون هدفه الرئيسي، على سبيل المثال، هو ضمان عدم فقدانه السيطرة على المنشأة وليس تعظيم القيمة لصالح الدائنين. يضاف إلى ذلك أن نجاح عملية إعادة التنظيم قد يتوقف لا على إجراء التغيير فحسب الذي قد لا يكون المدين مستعدا للقبول به، بل وعلى توافر المعرفة والخبرة لدى المدين الكفيلتين باستخدامه قانون الإعسار لتذليل صعوباته المالية. وهناك عامل ذو صلة يتعين النظر فيه، وهو ما إذا كانت إجراءات الإعسار قد بدأت بملء إرادة المدين أو ضد إرادته (الحالة التي قد يكون فيها المدين معاديا للدائنين).

٢٠٩- [الملاحظة المضافة إلى الفقرة ١٦١] يميّز عدد من قوانين الإعسار، من حيث دور المدين، بين الفترة الممتدة من بدء الإجراءات حتى الموافقة على خطة إعادة التنظيم، من ناحية، والفترة اللاحقة لهذه الموافقة، من الناحية الأخرى. ففيما يتعلق بالفترة الأولى، تنص هذه القوانين على قواعد محددة تتعلق بقدرة المدين على إدارة ومراقبة السير اليومي للمنشأة وتعيين ممثل إعسار مستقل. وفيما يتعلق بالفترة اللاحقة للموافقة على الخطة، تنص هذه القوانين على توقف سريان الحدود المنطبقة على ممارسة المدين الرقابة على أعمال المنشأة وإدارتها ويصبح المدين مسؤولا عن تنفيذ الخطة الموافق عليها.

٢١٠- [١٥٦] وتعتمد قوانين الإعسار هوجا مختلفة لتحقيق التوازن بين هذه الاعتبارات المتنافسة في عملية إعادة التنظيم. وتتراوح هذه النهج بين تنحية المدين وتعيين ممثل إعسار، من ناحية، والسماح للمدين بأن يظل ممسكا بزمام السيطرة على المنشأة تحت أقل قدر من الإشراف، من الناحية الأخرى. وتنص نهج متوسطة على تعيين ممثل إعسار لممارسة قدر ما من الإشراف وللاحتفاظ بالإدارة القائمة.

٢٠٩- النهج الممكنة - التنحية الكاملة للمدين

٢١١- [١٥٦] يتبع النهج الأول نفس الإجراء المتبع في التصفية، إذ يجرد المدين من جميع أشكال السيطرة على المنشأة ويعين ممثلا للإعسار للاضطلاع بمهام المدين المتعلقة بإدارتها.

ولكن تنحية المدين تماما قد تتسبب، كما ذكر أعلاه، في تعطل أعمال المنشأة وتسفر عن عواقب ضارة بعمل المنشأة في مرحلة حاسمة الأهمية في بقائها.

٣٤ النهج الممكنة - إشراف ممثل الإعسار على المدين

٢١٢- [١٥٧] تنشئ النهج المتوسطة مستويات مختلفة من السيطرة المشتركة بين المدين وممثل الإعسار. وتنطوي هذه عموما على ممارسة ممثل الإعسار قدرا ما من الإشراف على المدين، كأن يشرف بوجه عام على أنشطة المدين ويوافق على المعاملات الهامة بينما يواصل المدين تشغيل المنشأة واتخاذ القرارات يوما بيوم. وقد يحتاج هذا النهج إلى الدعم بقواعد دقيقة نسبيا لضمان وضوح خطوط انقسام المسؤولية بين ممثل الإعسار والمدين وكفالة التيقن من الطريقة التي ستسير بها عملية إعادة التنظيم. وتنص بعض قوانين الإعسار، مثلا، على جواز الاضطلاع ببعض المعاملات، كالدخول في ديون جديدة وتحويل الموجودات أو رهنها ومنح حقوق في استخدام ممتلكات حوزة الإعسار، دون طلب الموافقة من ممثل الإعسار أو المحكمة شريطة الاضطلاع بها في المجرى العادي لأعمال المنشأة. ولكن يتوجب الحصول على هذه الموافقة إذا لم يكن الاضطلاع بهذه المعاملات سيتم في المجرى العادي لأعمال المنشأة. وقد يكون رصد التدفق النقدي لمنشأة المدين أداة إضافية لمراقبة المدين ومعاملاته. وحيثما لا يلتزم المدين بالقيود المفروضة عليه ويدخل في عقود تتطلب الموافقة دون أن يحصل عليها أولا، قد يحتاج الأمر إلى أن يعالج قانون الإعسار مدى صحة هذه المعاملات وينص على الجزاءات المناسبة. وينص أحد قوانين الإعسار، مثلا، على إمكانية قيام المحكمة في هذه الظروف برفض دعوى الإعسار كلية. ويتوقف مدى وجاهة هذا الحل على ما إذا كانت الإجراءات طوعية أو غير طوعية.

٢١٣- وترسم قوانين الإعسار التي تعدد المعاملات التي تتطلب الموافقة خطأ واضحا نسبيا بين مسؤولية المدين ومسؤولية ممثل الإعسار أو المحكمة. وينص عدد من هذه القوانين أيضا على إمكانية اضطلاع ممثل الإعسار بدور أكبر في الرقابة على حوزة الإعسار والإدارة اليومية للمنشأة إذا اقتضت ذلك حماية حوزة الإعسار في حالة معينة. [١٥٨] وقد تشمل الظروف المناسبة لذلك الحالات التي يوجد فيها دليل على عدم نهوض المدين بمسؤولياته وحالات سوء إدارته للموجودات أو إساءة ائتمانه لها. وحيثما تنشأ هذه الظروف قد يكون من المستصوب النص على قيام المحكمة بتنحية المدين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ممثل الإعسار أو ربما بناء على طلب الدائنين أو لجنة الدائنين.

٢١٤- [١٥٧] وقد يكون للدائنين دور يؤديه في رصد الأنشطة الإدارية التي يضطلع بها المدين وضمان تنفيذه لها بفعالية. ومتى كان للدائنين دور كهذا قد تكون هناك حاجة إلى تدابير تحول دون إمكانية إساءة استعمال الدائنين لهذا الدور سعياً إلى تقويض إجراءات إعادة التنظيم أو إلى اكتساب قوة ضغط غير مشروعة. ويمكن تحقيق درجة الحماية المطلوبة بالاشتراط مثلاً بأن تصوت أغلبية مناسبة من الدائنين لكي يسمح لهم اتخاذ الإجراء اللازم لتنحية المدين أو توسيع نطاق الدور الإشرافي لممثل الإعسار.

٢١٥- وهناك نهج مختلف إزاء تقرير الحدود الفاصلة بين صلاحيات المدين وصلاحيات ممثل الإعسار، وهو عندما لا يحدد قانون الإعسار المعاملات التي يجوز للمدين الاضطلاع بها، بل يسمح للمحكمة أو لممثل الإعسار تحديد الأفعال القانونية التي تستطيع الإدارة القيام بها بعد الموافقة والتي لا تستطيع القيام بها. ولئن كان هذا النهج يسمح بدرجة ما من المرونة، فإنه قد يثني المدينين عن بدء إجراءات الإعسار لأن أثر بدئها على إدارة المنشأة والتحكم بأعمالها لن يكون واضحاً.

٤' النهج الممكنة - احتفاظ المدين بالسيطرة الكاملة

٢١٦- [١٥٩] يوجد نهج آخر إزاء مسألة الدور المتواصل للمدين ويتمثل في تمكين المدين من الاحتفاظ بالسيطرة الكاملة على أعمال المنشأة، مع ما يترتب على ذلك من عدم تعيين المحكمة ممثلاً مستقلاً بمجرد بدء الإجراءات (ويعرف أحياناً كثيرة باسم "المدين الممتلك"). وقد تكون لهذا النهج ميزة تحسين فرص النجاح في عملية إعادة التنظيم إذا أمكن الاعتماد على المدين في مواصلة أعمال المنشأة بطريقة آمنة واكتساب ثقة الدائنين وتعاونهم. ومع ذلك، قد تكون له مثالب، منها استخدام هذه العملية في حالات يكون من الواضح فيها أن النتيجة لن يكتب لها النجاح في الغالب، أي أن تستخدم لتأخير أمر محتوم وتكون نتيجة ذلك مواصلة تبديد الموجودات، واحتمال تصرف المدين بطريقة تعوزها المسؤولية بل وباحتيايل أثناء فترة السيطرة، مقوضاً بذلك عملية إعادة التنظيم ومعها ثقة الدائنين. ويمكن التخفيف من وطأة هذه الصعوبات باتخاذ تدابير حمائية معينة، كأن يشترط على المدين تقديم تقارير منتظمة إلى المحكمة عن سير الإجراءات أو أن يجري تعيين ممثل إعسار للإشراف على تصرفات المدين أو إعطاء الدائنين دوراً هاماً في مراقبة المدين أو الإشراف عليه أو الأخذ بآلية تسمح للمحكمة (إما بمبادرة منها أو بناء على طلب الدائنين) بتنحية المدين وتعيين ممثل إعسار مكانه أو تحويل إجراءات إعادة التنظيم إلى إجراءات تصفية. ومع ذلك، فإن هذا النهج معقد ويتطلب دراسة مفصلة لا لكونه يعتمد على قواعد إدارية صارمة وقدرة

مؤسسية متينة فحسب، بل ولكونه يؤثر على عدد من الجوانب الأخرى في تصميم نظام للإعسار (كخطة إعادة التنظيم وممارسة صلاحيات الإبطال ومعاملة العقود، على سبيل المثال).

٣- حقوق المدين

٢١٧- [١٦٨] بغية الحفاظ على ما يعتبر في بعض البلدان حقوقاً أساسية للمدين ولضمان معاملته معاملة عادلة ونزيهة، وربما الأهم من ذلك هو لتعزيز ثقة المدين بإجراءات الإعسار، يكون من المستصوب أن يحدد قانون الإعسار بوضوح دور المدين في إجراءات الإعسار وما سيكون له من حقوق فيما يتعلق بإدارة هذه الإجراءات. ففي العديد من البلدان، قد تتأثر حقوق المدين في إجراءات الإعسار، إذا كان شخصاً طبيعياً، بالالتزامات المنصوص عليها في المعاهدات الدولية والإقليمية مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (لعام ١٩٧٦) والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (لعام ١٩٥٠).

- حق المدين في أن تسمع دعواه وفي الوصول إلى المعلومات والاحتفاظ بالملكات الشخصية

٢١٨- [١٦٨] من المستصوب، للأسباب المبينة أعلاه، أن يكون للمدين الحق في أن تسمع دعواه في إجراءات الإعسار وفي المشاركة بوجه عام في صنع القرار الذي يشكل جزءاً ضرورياً من الإجراءات، ولا سيما إجراءات إعادة التنظيم. وبوجه خاص، ينبغي أن يكون باستطاعة المدين الوصول إلى المعلومات المتصلة بسير الإجراءات في جميع الأحوال، ولكن بصفة خاصة إذا كان قانون الإعسار ينص على تنحية المدين إلى حد ما (سواء في التصفية أو في إعادة التنظيم) عن إدارة المنشأة والسيطرة على أعمالها. وقد يكون الوصول إلى هذه المعلومات هاماً على وجه الخصوص في إعادة التنظيم إذا كان قانون الإعسار ينص على تنحية المدين إلى حد معين قبل الموافقة على الخطة ولكنه يلزمه بتحمل مسؤولية تنفيذ هذه الخطة. وقد يكون من المناسب أيضاً، في الظروف التي لا يقوم فيها المدين بأي دور في صياغة الخطة، أن يعطى فرصة الإعراب عن رأيه في الخطة قبل تقديمها من أجل الموافقة. ومثلما ذكر أعلاه في الفصل الثالث-ألف-٣ من الجزء الثاني، إذا كان المدين شخصاً طبيعياً، يجري بوجه عام استبعاد بعض الموجودات من حوزة الإعسار لتمكين هذا المدين من الاحتفاظ بحقوقه وحقوق أفراد أسرته الشخصية، ومن المستصوب أن يكون حق الاحتفاظ بتلك الملكات محددًا بوضوح في قانون الإعسار.

٢١٩- [١٦٩] ومع ذلك، قد توجد حالات تؤدي فيها ممارسة هذه الحقوق أو التقيد بها إلى شكليات وتكاليف تعرقل مسار الإجراءات دون أن تعود بأية فائدة مباشرة على المدين. فقد يحدث، على سبيل المثال، إذا لم يعد المدين متواجدا في الولاية القضائية المقامة فيها الإجراءات ورفض الاستجابة أو لم يستجب لكل المحاولات المعقولة من جانب ممثل الإعسار أو المحكمة لإقامة اتصال مباشر به، أن يؤدي الشرط المطلق بأن تسمع دعواه إلى عرقلة سير الإجراءات بكل معنى الكلمة إن لم يجعل الاضطلاع بها مستحيلا. ولئن كان من المستصوب النص على بذل كل الجهود المعقولة لإعطاء المدين فرصة الاستماع إلى دعواه، فقد يكون من الضروري أن يتيح قانون الإعسار بعض المرونة للحيلولة دون ممارسة هذا الحق على نحو يؤثر تأثيرا سلبيا على الإجراءات.

٤- التزامات المدين

٢٢٠- مثلما لوحظ فيما يتعلق بحقوق المدين، من المستصوب أن يحدد قانون الإعسار بوضوح التزامات المدين إزاء إجراءات الإعسار، بما في ذلك، بقدر الإمكان، مضمون هذه الالتزامات وشروطها ولمن يستحق كل التزام منها. وسيحتاج الأمر إلى تكييف هذه الالتزامات حسب الدور الذي سيؤديه المدين فيما يتعلق بإجراءات عمليتي التصفية وإعادة التنظيم، ولا سيما فيما يتعلق بإدارة المنشأة والسيطرة على أعمالها في حالة إعادة التنظيم. وعلى سبيل المثال، إذا ظل المدين مسيطرا على أعمال المنشأة في حالة إعادة التنظيم فلن ينطبق عليه الالتزام بالتنازل عن السيطرة على موجودات حوزة الإعسار.

(أ) التعاون والمساعدة

٢٢١- [١٦٧] لضمان إمكانية تنفيذ إجراءات الإعسار بكفاءة وفعالية، تفرض بعض قوانين الإعسار على المدين التزاما عاما بأن يتعاون مع ممثل الإعسار ويساعده في أداء مهامه، وتلزمه بعض القوانين بأن يمتنع عن أي تصرف قد يضر بسير الإجراءات. ويتعين أن يكون أحد الجوانب الأساسية للالتزام بالتعاون هو تمكين ممثل الإعسار من الأخذ بزمام السيطرة الفعلية على حوزة الإعسار بتسليمه الموجودات والسيطرة عليها وسجلات المنشأة ودفاتها. وقد يطلب من المدين أيضا أن يتعاون مع ممثل الإعسار على إعداد قائمة بالمدينين ومطالباتهم (انظر الفصل الرابع-باء-٤ من الجزء الثاني).

(ب) توفير المعلومات

٢٢٢- [١٦٢] لتيسير إجراء تقييم مستفيض ومستقل لأنشطة المدين التجارية، بما في ذلك احتياجاته الفورية من السيولة ومدى استصواب توفير تمويل لاحق لبدء الإجراءات، ولاحتمالات المنشأة في البقاء على المدى الطويل، وما إذا كانت الإدارة مؤهلة لمواصلة قيادة المنشأة، يقتضي الأمر توفير معلومات عن المدين وما لديه من موجودات وعليه من ديون وعن وضعه المالي وشؤونه المالية. وليتسنى بوجه عام إجراء هذا التقييم في حالتي التصفية وإعادة التنظيم، ولكن على وجه الخصوص في حالة إعادة التنظيم وعندما تكون المنشأة برسم البيع كمنشأة عاملة في التصفية، يكون من المستصوب أن يبقى المدين ملزماً بالكشف عن معلومات مفصلة بخصوص منشأته وشؤونه المالية على مدى فترة طويلة، وليس مجرد الفترة القريبة من بدء الإجراءات. ويمكن لتلك المعلومات المفصلة أن تشمل معلومات عن الموجودات والديون؛ وقوائم الزبائن؛ وإسقاطات الربح والخسارة؛ وتفصيل التدفق النقدي؛ والمعلومات التسويقية؛ واتجاهات الصناعة؛ والمعلومات التي يعتقد أنها تتعلق بأسباب الوضع المالي الذي انتهى إليه المدين؛ والكشف عن المعاملات السابقة التي قد تكون قابلة للإبطال بموجب أحكام الإبطال في قانون الإعسار؛ والمعلومات المتعلقة بالعقود القائمة والمعاملات التي يشترك فيها أشخاص ذوو صلة والإجراءات القضائية والتحكيمية والإدارية التجارية، بما في ذلك إجراءات الإنفاذ، المقامة ضد المدين أو التي يكون المدين طرفاً فيها. ويلزم عدد من قوانين الإعسار أيضاً المدين بتوفير معلومات بشأن دائنيه والقيام، بالتعاون أحياناً كثيرة مع ممثل الإعسار، بإعداد قائمة بالدائنين يمكن التحقق على أساسها من المطالبات. وقد يلزم المدين أيضاً بتحديث هذه القائمة من وقت لآخر عند التحقق من المطالبات وقبولها أو رفضها.

٢٢٣- [١٦٢] وعلى الرغم من أنه قد لا يكون من الضروري أن ينص قانون الإعسار بالتفصيل وبشكل حصري على المعلومات التي يتعين على المدين تقديمها، فقد يكون هذا النهج مفيداً في توفير التوجيه اللازم بشأن نوع المعلومات التي يكون من المتوقع توفيرها. وفي هذا الخصوص، وضعت بعض القوانين جداول موحدة المقاييس تبين المعلومات النوعية المطلوبة. ويتعين على المدين أن يستكمل هذه الجداول (تحت طائلة توقيع العقوبات المناسبة في حالة الإدلاء بمعلومات زائفة أو مضللة) أو أن يستكملها شخص مستقل أو مسؤول إداري.

٢٢٤- [١٦٣] ولضمان إمكانية استخدام المعلومات المقدمة للأغراض المذكورة أعلاه، يجب أن تكون هذه المعلومات حديثة وكاملة ودقيقة وموثوقة وأن تقدم في أقرب وقت ممكن

بعد بدء الإجراءات. وإذا استطاع المدين الوفاء بهذا الالتزام فقد يعمل ذلك على تعزيز ثقة الدائنين في قدرته على مواصلة إدارة المنشأة.

٢٢٥- [١٦٤] وإذا لم يكن المدين شخصا طبيعيا، يمكن أن يقدم المعلومات إلى ممثل الإعسار موظفو المدين وغيرهم من الأطراف التي تربطها صلة به. ويتمثل نهج آخر بديل في إلزام المدين نفسه (إذا كان شخصا طبيعيا) أو واحد أو أكثر من مديريه بأن يحضروا أو يرسلوا ممثلين عنهم لحضور اجتماع رئيسي للدائنين للإجابة على الأسئلة، ما لم يتعذر ذلك عمليا عندما لا يكون مقر عمل المديرين في المكان الذي قد تعقد فيه اجتماعات الدائنين.

(ج) السرية

٢٢٦- [١٦٥] كثيرا ما تكون المعلومات المطلوبة حساسة تجاريا (كالأسرار التجارية، وقوائم الزبائن والموردين، ومعلومات البحث والتطوير) وقد تكون إما مملوكة للمدين وإما تحت أمرته ولكنها مملوكة لطرف ثالث. ومن المستصوب أن يشمل قانون الإعسار أحكاما لحماية المعلومات السرية منعا لإساءة استعمالها من قبل الدائنين أو أطراف أخرى تكون في وضع يمكنها من استغلالها. وقد يتطلب الأمر أن ينطبق التزام التقيد بالسرية لا على المدين فحسب بل على الأطراف المتصلة به وعلى ممثل الإعسار ولجان الدائنين والأطراف الثالثة.

(د) الالتزامات التبعية

٢٢٧- يفرض عدد من قوانين الإعسار التزامات إضافية تتبع التزام المدين بالتعاون والمساعدة. وقد تشمل هذه، على سبيل المثال، التزاما (إما على المدين الفرد وإما على مديري كيانه) بعدم مغادرة مكان إقامتهم المعتاد (بدون إذن من المحكمة)، والكشف عن كل المراسلات لممثل الإعسار أو المحكمة، وقيودا أخرى تمس الحرية الشخصية. وقد تكون هذه القيود حاسمة الأهمية لمنع تعطيل إجراءات الإعسار بالممارسة الشائعة المتمثلة في ترك المدينين المكان الذي تقع فيه منشأتهم واستقالة المديرين من مناصبهم عند بدء الإجراءات. وإذا كانت هذه الواجبات التبعية مدرجة في قانون الإعسار، فمن المستصوب أن تكون متناسبة مع الغرض الأساسي منها ومع الغرض الإجمالي المتمثل في الواجب العام بالتعاون؛ ويمكن تقييدها أيضا بتطبيق معاهدات واتفاقات حقوق الإنسان ذات الصلة كما ذكر أعلاه. وتنص بعض قوانين الإعسار على انطباق هذه الالتزامات بصورة آلية بينما ينص غيرها على جواز تطبيقها من قبل المحكمة إذا كانت ضرورية لإدارة الحوزة. وتميّز بعض القوانين أيضا بين المدينين الأفراد والأنواع الأخرى من المدينين؛ فإذا كان المدين فردا لا تنطبق القيود إلا

بأمر من المحكمة، أما إذا كان شركة فقد تنطبق بعض القيود بصورة آلية، كما يحدث في حالة الكشف عن المراسلات.

(هـ) توظيف أخصائيين فنيين لمساعدة المدين

٢٢٨- [١٦٠] لمساعدة المدين على الاضطلاع بواجباته فيما يتعلق بالإجراءات بوجه عام، تميز له بعض القوانين توظيف أخصائيين فنيين كالمحاسبين والمحامين والمثمنين وغيرهم من الأخصائيين الفنيين الذين قد يحتاج إليهم، رهنا بالحصول على إذن بذلك. وبموجب بعض القوانين، يعطي هذا الإذن ممثل الإعسار وتعطيه بموجب قوانين أخرى المحكمة أو الدائنون.

(و) عدم الامتثال للالتزامات

٢٢٩- [١٦٦] فيما يتعلق بحالة تخلف المدين عن الامتثال للالتزامات، قد يحتاج قانون الإعسار إلى النظر في الطريقة التي ينبغي معالجة هذا التخلف بها. ففي حالة حجب المدين للمعلومات، قد تكون هناك حاجة إلى آلية ما لإجباره على توفير المعلومات ذات الصلة، كأن تجري المحكمة أو ممثل الإعسار "استجوابا علنيا" للمدين. وفي الحالات الأشد خطورة في حجب المعلومات، يفرض عدد من البلدان عقوبات جنائية. وقد يحتاج قانون الإعسار أيضا إلى النظر في عواقب الأفعال المخلة بهذه الالتزامات وما إذا كان ينبغي أن تعتبر تلك الأفعال لاغية.

٥- مسؤولية المدين

٢٣٠- [١٧٠] في حالة ملاءة الكيان التجاري، يكون المدين مدينا بالتزامه الأصلي عادة لمالكي المنشأة وتكون علاقاته بدائنيه محكومة باتفاقاته التعاقدية معهم. ولكن عندما تصبح المنشأة معسرة، تتغير وجهة التركيز ويصبح الدائنون هم أصحاب المصلحة المالية الحقيقيين في المنشأة ويتحملون بذلك تبعه أية خسارة تترتب على استمرار المدين في التجارة. وعلى الرغم من هذا التغيير في وجهة التركيز، فإن سلوك وتصرف مالكي الكيان التجاري وإدارته هما قبل كل شيء مسألة قانونية وسياساتية تقع خارج نطاق قانون الإعسار. وليس من المستصوب أن يستخدم قانون الإعسار لمعالجة العيوب في ذلك المجال من التنظيم القانوني أو لضبط السياسات الإدارية، وإن جاز أن يتضمن بعض قوانين الإعسار التزاما ببدء إجراءات الإعسار في مرحلة مبكرة من الصعوبة المالية (انظر الفصل الثاني - باء من الجزء الثاني). وإذا

كانت عاقبة السلوك والتصرفات التي صدرت في الماضي عن أشخاص متصلين بالكيان التجاري المعسر هي إلحاق الضرر أو الخسارة بدائني هذا الكيان (كأن يحدث ذلك، على سبيل المثال، نتيجة التدليس أو التصرف غير المسؤول)، فقد يكون من المناسب لقانون الإعسار، رهنا بأنظمة المسؤولية المالية المنطبقة على التدليس من ناحية وعلى الإهمال من الناحية الأخرى، أن ينص على إمكانية استرداد قيمة الضرر أو الخسارة من الأفراد المعنيين.

التوصيات

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالمدين هو:

- (أ) تحديد حقوق والتزامات [مسؤوليات] المدين ~~والأشخاص الذين تربطهم صلة به~~ أثناء مواصلة إجراءات الإعسار؛
- (ب) معالجة سبل الانتصاف المتاحة عند تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته؛
- (ج) معالجة المسائل المتعلقة بإدارة المنشأة المدينة في كل من إجراءي التصفية وإعادة التنظيم.

مضمون الأحكام التشريعية

حق المدين في أن تسمع دعواه

(٨٩) [٦٩] ينبغي أن ينص قانون الإعسار على حق المدين [في حالي إجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم] في أن تسمع دعواه في هذه الإجراءات.

الحق في المشاركة وفي طلب المعلومات

(٩٠) [٧٠] ينبغي أن ينص قانون الإعسار على حق المدين في المشاركة في إجراءات الإعسار، وبصفة خاصة في إجراءات إعادة التنظيم، وفي طلب المعلومات من ممثل الإعسار ومن المحكمة. وللمدين الحقين أهمية بالغة في إجراءات إعادة التنظيم.

حق الاحتفاظ بالمتلكات حفاظا على الحقوق الشخصية للمدين

(٩١) ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أن يكون للمدين، إذا كان شخصا طبيعيا، الحق في الاحتفاظ بالمتلكات المستعبدة من حوزة الإعسار على أساس كونها ضرورية للحفاظ على الحقوق الشخصية للمدين.^(٢)

الالتزامات

(٩٢) [(٧١)] ينبغي لقانون الإعسار أن يحدد التزامات المدين تحديدا واضحا فيما يتعلق بإجراءات التصفية وإعادة التنظيم على السواء. وينبغي أن تشمل التزامات المدين ما يلي:

(أ) التعاون مع ممثل الإعسار ومساعدته على النهوض بمهامه [والامتناع عن أي تصرف يضر بإدارة الإجراءات]؛

(ب) تقديم معلومات دقيقة وموثوقة وكاملة بشأن وضعه المالي وشؤونه المالية مما يمكن بشكل معقول أن تطلبه المحكمة أو ممثل الإعسار أو لجنة الدائنين، بما في ذلك ما يلي:

١' المعلومات المتعلقة بالمعاملات التي جرت خلال الفترة المشبوهة؛
واتصلت بالمدين أو بموجوداته؛

٢' المعلومات المتعلقة بالإجراءات القضائية أو التحكيمية أو الإدارية الجارية، بما فيها إجراءات الإنفاذ؛

(ج) تمكين ممثل الإعسار من الأخذ بزمام السيطرة الفعلية على حوزة الإعسار وتسليمه الموجودات أو السيطرة على الموجودات التي تتكون منها حوزة الإعسار، سواء كانت محلية أو أجنبية،^(٣) وسجلات المنشأة؛

(د) إعداد قائمة بالدائنين ومطالباتهم بالتعاون مع ممثل الإعسار وتنقيح القائمة وتعديلها عند معالجة المطالبات؛

(هـ) امتناع المدين، إذا كان شخصا طبيعيا، عن ترك مكان إقامته المعتاد دون إذن المحكمة.

(2) انظر الفصل الثالث - ألف، الموجودات التي تتأثر، التوصية رقم (٢٩).

(3) انظر الفصل الثامن - القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود وتعيين ممثل أجنبي.

السرية

(٩٣) [(٧٢)] إذا كانت المعلومات المقدمة من المدين حساسة تجارياً، ينبغي أن تنطبق عليها الأحكام المناسبة لحماية السرية، سواء وردت تلك الأحكام في قانون الإعسار أو في القانون الإجرائي المنطبق. وينبغي أن ينطبق الالتزام بالسرية على المعلومات التي تقع تحت سيطرة المدين، سواء كانت ملكه أو ملك طرف ثالث، بما فيها الأسرار التجارية.

مواصلة تسيير أعمال منشأة المدين

(٩٤) [(٧٣)] ينبغي أن يعالج القانون مسألة الدور الذي يراد للمدين أن يؤديه في مواصلة تسيير أعمال المنشأة [في كلتا حالتي إعادة تنظيمها وبيعها كمنشأة عاملة]. ويمكن الأخذ بنهوج مختلفة، منها ما يلي:

(أ) تنحية المدين تنحية تامة عن أي دور في المنشأة وتعيين ممثل للإعسار؛

(ب) تنحية المدين تنحية محدودة بحيث يجوز له أن يواصل تسيير أعمال المنشأة يوماً بيوم بشرط أن يجري ذلك تحت إشراف ممثل الإعسار المعين، وفي هذه الحالة ينبغي أن يبين قانون الإعسار بوضوح الحدود الفاصلة بين مسؤوليات المدين ومسؤوليات ممثل الإعسار؛

(ج) الاحتفاظ بالسيطرة الكاملة على المنشأة (المدين الممتلك) وعدم تعيين ممثل للإعسار، ولكن مع اتخاذ تدابير حامية مناسبة تشمل درجات مختلفة من الرقابة على المدين والتدبير اللازم لتنحية المدين في ظروف محددة.^(٤)

جزاءات التخلف عن التقيد بالالتزامات

(٩٥) [(٧٤)] ينبغي أن ينص قانون الإعسار على جزاءات تطبق في حالة عدم تقيد المدين، سواء كان شخصاً طبيعياً أو كياناً تجارياً، بالالتزامات المحددة، بما في ذلك النص على بطلان أي أفعال مخالفة لهذه الالتزامات.

(4) تجدر الإشارة إلى أن هذا الخيار يعتمد على وجود بنية قضائية متطورة والأخذ بتدابير حامية تعمل على تنحية المدين في ظروف معينة. وللإطلاع على شرح مفصل لهذه المسألة، انظر الفقرات ٢٠٤-٢١٦ من التعليق التحليلي.

باء - ممثل الإعسار

١ - مقدمة

٢٣١- [١٧١] تشير قوانين الإعسار إلى الشخص المسؤول عن إدارة إجراءات الإعسار بعدد من الألقاب المختلفة، من ضمنها المديرين والمستعهدون ومأمورو التصفية والمشرفون والحراس القضائيون والأوصياء والمديرون الرسميون أو القضاة والمفوضون المنتدبون. وقد استخدم مصطلح "ممثل الإعسار" في هذا الدليل للإشارة إلى الشخص المضطلع بطائفة المهام التي يمكن أداؤها بالمعنى العريض دون تمييز بين المهام المختلفة التي يمكن القيام بها في مختلف أنواع الإجراءات. ويمكن أن يكون ممثل الإعسار فردا ويمكن في بعض الولايات القضائية أن يكون شركة أو كيانا قانونيا آخر مستقلا. وسواء جاء تعيين ممثل الإعسار من قبل الدائنين أو المحكمة أو إدارة أو وكالة حكومية أو هيئة عامة أو قانونية أو من قبل المدین، فإنه يؤدي دورا رئيسيا في التنفيذ الفعال لقانون الإعسار وله صلاحيات معينة على المدینين وموجوداتهم وعليه واجب حمايتها وحماية قيمتها وضمان تطبيق القانون بفعالية ونزاهة. وينظر في بعض الولايات القضائية إلى طبيعة هذا التعيين بوصفها مطابقة أو شديدة الشبه بطبيعة تعيين المستعهد الذي يمارس سلطات لصالح العام ويضطلع بمهام لفائدة الدائنين والمدین. وعندما يجري تعيين ممثل الإعسار على أساس مؤقت من جانب المحكمة قبل بدء إجراءات الإعسار، فإن المحكمة هي التي تحدد عادة صلاحيات هذا الشخص ومهامه. وإذا كانت هذه الصلاحيات والمهام مطابقة لصلاحيات ومهام ممثل الإعسار المعين بعد بدء إجراءات الإعسار، ينبغي أن يكون ممثل الإعسار المؤقت متساويا في المؤهلات والمسؤولية والأجر مع الممثل المعين بعد بدء الإجراءات.

٢٣٢- [١٧٢] وتعتمد قوانين الإعسار نوجا متنوعة إزاء العلاقة بين ممثل الإعسار والمحكمة، ولا سيما إزاء تحديد الخطوط الفاصلة بين مسؤولياتهما. ولأن لدى ممثل الإعسار عادة معظم المعلومات المتعلقة بحالة المدین، فهو كثيرا ما يكون في أفضل وضع لاتخاذ قرارات مستنيرة بشأن إدارة إجراءات الإعسار. ولكن ذلك لا يعني أن بإمكان ممثل الإعسار أن يعمل كبديل للمحكمة، إذ يطلب من المحكمة بوجه عام أن تفصل في المنازعات الناشئة في سير الإجراءات وكثيرا ما تلزم موافقة المحكمة في عدد من مراحل الإجراءات. وهناك، حتى في البلدان التي تؤدي فيها المحكمة دورا محدودا بقدر أكبر، حد لمقدار الصلاحيات التي تمنح عادة لممثل الإعسار. ويمكن أن تتأثر صلاحيات ممثل الإعسار أيضا بالدور المسند إلى الدائنين بموجب قانون الإعسار.

٢- المؤهلات

٢٣٣- [١٧٧] يمكن اختيار ممثل الإعسار من بين عدد من الخلفيات المتباينة، كأن يكون من بين صفوف الأعمال أو من بين موظفي إحدى الوكالات الحكومية المتخصصة أو من بين فريق خاص من الأشخاص ذوي المؤهلات (في الغالب محامون أو محاسبون أو غيرهم من الأخصائيين الفنيين). وإذا كان قانون الإعسار ينص على تعيين مسؤول حكومي ممثلاً للإعسار، فإن المؤهلات النوعية التي ترد مناقشتها فيما يلي لن تنطبق عامة على ذلك التعيين (وإن جاز أن تنطبق على توظيف المسؤول من قبل الوكالة الحكومية).

٢٣٤- [١٧٧] ويتوجب في العديد من البلدان، لا بد من أن يكون ممثل الإعسار شخصاً طبيعياً، ولكن بعض البلدان يميز للشخص الاعتباري أيضاً أن يكون أهلاً للتعيين رهناً ببعض الشروط، كشرط تمتع الأفراد الذين سيضطعون بالعمل باسم الشخص الاعتباري بالمؤهلات المناسبة وأن يكون الشخص الاعتباري نفسه خاضعاً للتنظيم. وطابع التعقد الذي يتسم به الكثير من إجراءات الإعسار يجعل من المستصوب جداً أن يكون ممثل الإعسار ملماً بالقانون (لا بقانون الإعسار فحسب، بل بقانون التجارة وقطاع الأعمال أيضاً) وأن تكون لديه، فضلاً عن ذلك، خبرة وافية في المسائل التجارية والمالية. وإذا تطلّب الأمر المزيد من المعرفة المتخصصة، فمن الممكن دائماً أن يوفرها خبراء يؤجّرون لهذا الغرض. ويقضي بعض قوانين الإعسار أيضاً بأن يكون لدى الشخص الذي سيعين ممثلاً للإعسار في حالة معينة الخبرة الفنية والمهارات المناسبة لتلك الحالة.

٢٣٥- [١٧٧] وبالإضافة إلى شرط تمتع ممثل الإعسار بالمعرفة والخبرة، قد يكون من المستصوب أيضاً أن يكون متمتعاً بصفات شخصية معينة، كالأستقامة والنزاهة والتجرد من المصالح المكتسبة. [١٨٠] وقد ينشأ تضارب المصالح عن عدد من العلاقات السابقة أو القائمة مع المدين. وقد تكون الملكية السابقة للمنشأة المدينة أو العلاقة التجارية السابقة مع المدين أو العلاقة مع أحد دائني المدين أو العمل في السابق ممثلاً للمدين أو وجود علاقة مع منافس للمدين أمراً كافياً في بعض البلدان لاستبعاد تعيين الشخص المعني ممثلاً للإعسار. ومع ذلك، يجوز في بعض البلدان تعيين هذا الشخص شريطة الكشف عن تضارب المصالح. ولزيادة الشفافية وإمكانية التنبؤ والنزاهة في نظام الإعسار، يستحسن أن يحدد قانون الإعسار درجة العلاقة التي يمكن أن تؤدي إلى تضارب المصالح وتتطلب من ممثل الإعسار المراد تعيينه أن يكشف عن الظروف التي قد تؤدي إلى مثل هذا التضارب أو انعدام الاستقلالية. ويترك للمحكمة عادة أمر تقرير ما إذا كان يوجد أو لا يوجد في حالة معينة تضارب مصالح أو أساس لإثبات انعدام الاستقلالية.

٣٣٦- وقد تختلف المؤهلات التي يشترط أن تكون متوفرة لدى الشخص الذي يمكن تعيينه ممثلاً للإعسار باختلاف تصميم نظام الإعسار فيما يتعلق بدور ممثل الإعسار (بما في ذلك ما إذا كانت الإجراءات خاصة بالتصفية أو إعادة التنظيم) والدرجة النسبية لإشراف المحكمة على ممثل الإعسار (وعلى إجراءات الإعسار بوجه عام). وقد تختلف أيضا باختلاف عملية التعيين (انظر أدناه).

٢٣٧- [١٧٨] وتتخذ نهج مختلفة لضمان توفر المؤهلات المناسبة لدى ممثل الإعسار، بما في ذلك اشتراط توافر مؤهلات مهنية معينة وأداء امتحانات؛ وحيازة ترخيص حيثما يكون نظام الترخيص خاضعا لسلطة حكومية أو نقابة مهنية؛ وحضور دورات تدريبية متخصصة واجتياز امتحانات الشهادة؛ وشرط التمتع بمستويات معينة من الخبرة (التي تحدد عامة بعدد سنواتها) في المجالات ذات الصلة، كالمالية والتجارة والمحاسبة والقانون، وفي إدارة إجراءات الإعسار. وكثيرا ما تعالج النظم التي تشترط توفر شكل ما من أشكال الترخيص أو المؤهل المهني والعضوية في النقابات المهنية مسألتى الإشراف والانضباط أيضا، وقد يخضع ممثل الإعسار للوائح تنظيمية تفرضها المحكمة أو نقابة مهنية أو هيئة منظمة للشركات أو هيئة أخرى. ويتسم عدد من هذه النظم بالتعقيد، والنظر فيها بأي درجة من التفصيل إنما يقع خارج نطاق هذا الدليل.

٢٣٨- [١٧٩] وعند تقرير المؤهلات المطلوب توافرها لدى الشخص المراد تعيينه ممثلاً للإعسار، من المستصوب تحقيق توازن بين الشروط الصارمة التي تؤدي إلى تعيين شخص عالي الكفاءة والمؤهلات ولكنها قد تحد كثيرا من عدد الأخصائيين الفنيين الذين يعتبرون متمتعين بالمؤهلات المناسبة وتضيف بذلك إلى تكاليف الإجراءات، وبين الشروط المتدنية إلى حد لا يتسنى معه تأمين الخدمة المطلوبة. وعند الافتقار إلى الأخصائيين المهنيين ذوي المؤهلات المناسبة، يمكن أن يصبح الدور المسند إلى المحكمة في التعيين والإشراف عاملا هاما في تحقيق هذا التوازن المطلوب.

٣- اختيار ممثل الإعسار وتعيينه

٢٣٩- [١٧٤] تعتمد قوانين الإعسار عددا من النهج المختلفة في اختيار ممثل الإعسار وتعيينه. وتنص قوانين الإعسار في بعض الولايات القضائية على تعيين مسؤول حكومي محدد (يختلف لقبه بين المستعهد الرسمي والحارس القضائي والمنتدب الرسمي وغير ذلك) تعيينا تلقائيا في كل قضايا الإعسار أو في أنواع معينة منها. وفي العديد من الولايات القضائية، تتولى المحكمة اختيار ممثل الإعسار وتعيينه والإشراف عليه. ويمكن أن يجري هذا الاختيار من

قائمة بالأخصائيين الفنيين ذوي المؤهلات المناسبة حسب تقدير المحكمة، ويمكن أن يجري بالرجوع إلى نظام الكشف أو المناوبات أو إلى وسيلة أخرى، كالتركية من الدائنين أو المدين. ولئن كان نظام الكشف يكفل توزيع القضايا دون تحيز، [١٧٦] فمن مثالبه أنه قد لا يكفل تعيين أفضل شخص مؤهل لإدارة القضية المعيّنة. وهذا ما قد يتوقف، بالطبع، على طريقة إعداد قائمة الكشف وعلى المؤهلات التي يشترط توافرها لدى الأخصائيين الفنيين في مجال الإعسار لإدراجهم في تلك القائمة. وقد لا يعتبر هذا العيب مسألة هامة عندما لا يكون لدى الحوزة موجودات (انظر الفصل الثاني-باء-٤ (و) من الجزء الثاني).

٢٤٠- [١٧٤] وفي بعض الولايات القضائية، يقوم مكتب مستقل أو مؤسسة مستقلة يكونان مكلفين بالتنظيم العام لمهام جميع ممثلي الإعسار باختيار ممثل الإعسار بناء على توجيه من المحكمة بالقيام بذلك. وقد اعتمد عدد من البلدان هذا النهج، وقد تكون له حسنة السماح لهيئة التعيين المستقلة بالاختيار من بين أخصائيين فنيين لديهم الخبرة الفنية والمعرفة اللازمة للتعامل مع ظروف قضية معينة، بما في ذلك طبيعة العمل التجاري للمدين أو الأنشطة الأخرى التي يضطلع بها؛ ونوع الموجودات؛ والسوق التي يعمل أو التي عمل فيها المدين؛ والمعرفة الخاصة المطلوبة لفهم شؤون المدين؛ وأي ظرف خاص آخر. ويتوقف استخدام هيئة تعيين مستقلة على وجود هيئة أو مؤسسة مناسبة لديها كلتا الموارد والبنية التحتية اللازمة لأداء المهام المطلوبة.

٢٤١- [١٧٤] وهناك نهج آخر يسمح للدائنين بأداء دور في تركيبة واختيار ممثل الإعسار الذي سيجري تعيينه، شريطة أن يكون ذلك الشخص مستوفياً للمؤهلات اللازمة للعمل في القضية المعيّنة. وقد تكون للنهج التي تعتمد على هيئة التعيين المستقلة ولجنة الدائنين فائدة منع الاعتقاد بوجود تحيز والمساعدة على تخفيف عبء الإشراف الملقى على عاتق المحاكم. ويوجد نهج مختلف يسمح للمدين بتعيين ممثل الإعسار في الحالات التي يقوم فيها المدين نفسه ببدء إجراءات الإعسار. ويسمح هذا النهج بعقد مناقشات بين المدين وأطراف أخرى، كالدائنين المضمونين، قبل بدء إجراءات الإعسار لإطلاع الممثل المحتمل على أعمال المنشأة ويسمح للمدين بأن يختار ممثل الإعسار الذي يرى أنه أفضل من يستطيع إدارة عملية إعادة التنظيم. ولكن قد تثار بعض الشواغل المتعلقة باستقلال ممثل الإعسار المعين من قبل المدين. ويمكن معالجة هذه الشواغل بالسماح للدائنين، في الظروف المناسبة، بالاستعاضة عن ممثل الإعسار المعين من قبل المدين بغيره.

٤ - واجبات ممثل الإعسار ومهامه

٢٤٢- [١٧٣] تحدد قوانين الإعسار أحيانا كثيرة المهام التي يتعيّن على ممثل الإعسار أدائها في الإجراءات، ومن المهم أن يزوّد قانون الإعسار ممثل الإعسار بالصلاحيات اللازمة للنهوض بهذه المهام. ولئن كان من الجائز أن تنطبق بعض الواجبات والمهام المبينة أدناه على التصفية أكثر من انطباقها على إعادة التنظيم، فقد تشمل واجبات ممثل الإعسار ومهامه بوجه عام ما يلي:

- ١' الأخذ على الفور بزمam السيطرة على الموجودات التي تتكون منها حوزة الإعسار^(٥) وعلى سجلات المدين التجارية؛
- ٢' تمثيل حوزة الإعسار؛
- ٣' إدارة حوزة الإعسار بوجه عام؛
- ٤' ممارسة حقوق لصالح حوزة الإعسار فيما يتعلق بالإجراءات القضائية أو التحكيمية أو الإدارية الجارية؛
- ٥' اتخاذ كل الخطوات اللازمة لحماية وحفظ موجودات حوزة الإعسار ومنشأة المدين، بما في ذلك منع التصرف غير المأذون في تلك الموجودات وممارسة صلاحيات الإبطال سعيا لاسترداد الموجودات التي تم التصرف فيها على نحو غير مشروع بقصد الاحتيال على الدائنين؛
- ٦' تسجيل حقوق الحوزة (عندما يكون التسجيل ضروريا لإثبات حقوق الحوزة إزاء المشتريين الحسني النية)؛
- ٧' تعيين المحاسبين والمحامين وغيرهم من الأخصائيين الفنيين الذين قد يلزمون لمساعدة ممثل الإعسار في أداء مهامه ودفع أجورهم؛
- ٨' الحصول على معلومات عن المدين وموجوداته وما عليه من مستحقات ومعاملاته السابقة (لا سيما المعاملات المنفذة خلال الفترة المشبوهة)، بما في ذلك استجواب المدين وأي شخص ثالث كانت له معاملات مع المدين؛

(5) للاطلاع على تعريف استخدام كلمة "حوزة" في هذا الدليل، انظر الفصل الثالث من الجزء الثاني والمسرد الوارد في الجزء الأول.

٢٤٣- وبالإضافة إلى هذه الواجبات والمهام المحددة، كثيرا ما تفرض قوانين الإعسار بعض الالتزامات العامة على ممثل الإعسار. وقد تشمل هذه الالتزامات الالتزام بتعظيم قيمة حوزة الإعسار وحماية أمنها، وواجب الحصول على أفضل سعر يعقل الحصول عليه في بيع موجودات حوزة الإعسار؛ و [غير ذلك؟].

٥- السرية

٢٤٤- لقد أشير أعلاه إلى ضرورة فرض التزام بالسرية على المدين. وقد يكون من المناسب أيضا أن يفرض قانون الإعسار واجب الالتزام بالسرية على ممثل الإعسار لأن الكثير من المعلومات التي يتم الحصول عليها فيما يتعلق بشؤون المدين يكون حساسا من الناحية التجارية (كالأسرار التجارية ومعلومات البحث والتطوير والمعلومات المتعلقة بالزبائن) وينبغي عدم الكشف عنه لأطراف ثالثة قد تكون في وضع يسمح لها باستغلاله على نحو غير منصف. وقد تكون مراعاة السرية هامة بوجه خاص عندما يكون لدى ممثل الإعسار صلاحية الإجبار على كشف المعلومات والمستندات في معرض استجواب المدين. وقد يأتي بعض هذه المعلومات من أطراف ثالثة ويكون خاضعا لأحكام حماية الخصوصية ولأحكام السرية، كتلك المنطبقة على المصارف. ومن المستصوب ألا يسمح لممثل الإعسار باستخدام تلك المعلومات إلا لأغراض إجراءات الإعسار التي يكون هذا الاستجواب مسموحا في إطارها، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك. وقد تسري هذه المسألة أيضا على توفير المعلومات والحصول عليها في سياق الإجراءات الجنائية المقامة ضد المدين. وينبغي أن ينطبق التزام مماثل على عملاء ممثل الإعسار (انظر أدناه) وعلى أطراف أخرى وفقا لما تأمر به المحكمة.

٦- أجر ممثل الإعسار

(أ) تقرير المبلغ

٢٤٥- بالإضافة إلى ردّ المصروفات الفعلية المتكبدة أثناء إدارة الحوزة، سيحق لممثل الإعسار تقاضي أجر نظير خدماته. وينبغي أن يكون هذا الأجر متناسبا مع مؤهلات ممثل الإعسار والمهام المطلوب منه أدائها وأن يحقق توازنا بين المجازفة والمكافأة من أجل اجتذاب أخصائيين فنيين متمتعين بالمؤهلات المناسبة. وتستخدم عدة طرائق لحساب هذا الأجر. فقد يتحدد بالرجوع إلى جدول مقرر للأتعاب صادر عن وكالة حكومية أو نقابة مهنية؛ أو يحدد من قبل هيئة عامة للدائنين أو المحكمة أو هيئة أخرى من الهيئات الإدارية أو هيئة تحكيمية في حالات معينة؛ أو بالاستناد إلى الوقت الفعلي الذي أنفقه ممثل الإعسار (والفئات المختلفة من

الأشخاص الذين يرحح أن يعملوا على إدارة الحوزة، من الموظفين المكتبيين إلى المسؤول الرئيسي المعين لهذا الغرض) في إدارة الحوزة؛ أو يمكن تحديده بناء على نسبة مئوية من قيمة موجودات الحوزة التي بيعت أو وزعت أو من كليهما معا (بحسابه في نهاية الإجراءات عندما تكون الموجودات قد بيعت وعرفت قيمتها). وقد تكون هذه نسبة مئوية ثابتة وتشمل تدبيرا للزيادة أو التخفيض وفقا للحالة المعينة.

٦٠ النظم المستندة إلى الوقت المنفق

٢٤٦- من مزايا المنهج المستند إلى الوقت المنفق أنه كثيرا ما سيكون هناك في البداية قدر كبير من الشك في مدى تعقد إدارة معينة ومدى كثافة الموارد التي تحتاج إليها، وذلك على الأقل إلى أن يتم تنفيذ بعض الأعمال التمهيديّة. ومن مثالب هذا المنهج أنه على الرغم من احتمال تشجيعه على القيام بإدارة شديدة الدقة، فقد يعمل في بعض الحالات كحافز على تعظيم الوقت المنفق في الإدارة دون أن يسفر ذلك بالضرورة عن مردود متناسب من القيمة لصالح الحوزة.

٦١ النظم المستندة إلى العمولة

٢٤٧- من مزايا نظام العمولة، من وجهة نظر الدائنين على الأقل، أن بعض الموجودات المستردة على الأقل، إن لم يكن كلها، سيوزع عليهم. ولكنه قد يكون من وجهة نظر ممثل الإعسار منهجا حساسيا مشكوكا في صحته لأن كمية العمل المنفق في الإدارة لا تكون بالضرورة متناسبة مع قيمة الموجودات المتاحة للتوزيع. وقد يشجع أيضا على اتباع نهج قائم على مبدأ تحقيق "أقصى مردود بأقل تكلفة" ولا يوفر حافزا يذكر على الاضطلاع بمهام لا تتصل مباشرة بزيادة عائدات الدائنين، كالترامات تقديم التقارير إلى المحكمة وإلى الدائنين ومساعدة الهيئات التنظيمية في تحقيقاتها في شؤون الدائنين وفي احتمال سوء تصرفهم.

٦٢ مشاركة الدائنين

٢٤٨- قد يكون مطلوبا في بعض البلدان أن تؤدي الهيئة العامة للدائنين (أو لجنة الدائنين نيابة عنهم) دورا في تحديد الأجر أو الموافقة عليه، مع مراعاة عوامل يذكر منها تعقد الحالة وطبيعة مسؤوليات ممثل الإعسار ودرجتها ومدى الفعالية التي نفذت بها، فضلا عن قيمة موجودات الحوزة وطبيعتها. وقد تساعد مشاركة الدائنين على التغلب على بعض الصعوبات المشروحة أعلاه، إذ سيكون الدائنون أكثر إدراكا للمسائل ذات الصلة وستكون

لديهم فرصة المشاركة في تحديد الأتعاب والموافقة عليها. ويمكن أيضا استعراض الأتعاب دوريا أثناء سير الإجراءات ومعالجة أي مشاكل قد تنشأ وحلها، ربما بالتحكيم أو بشكل آخر من أشكال حل المنازعات بين ممثل الإعسار والدائنين.

٢٤٩- ومن المستصوب جدا أن ينشئ قانون الإعسار آلية لتحديد أجر ممثل الإعسار تكون واضحة وشفافة لمنع المنازعات وتوفير قدر من اليقين بشأن تكاليف إجراءات الإعسار. وكيفما حسب أجر ممثل الإعسار، من المستصوب أيضا أن يعترف قانون الإعسار بأهمية إيلاء أولوية لدفعه.

(ب) وسائل الدفع

٢٥٠- كثيرا ما يكون دفع أجر ممثل الإعسار مصدر شكوى من الدائنين غير المضمونين لأنه غالبا ما تكون مصادر الأموال المتاحة هي الموجودات غير المضمونة وقد لا يتبقى منها شيء للتوزيع عليهم. ولئن كان من الإجحاف الاستنتاج بأن تكاليف الإدارة كانت زائدة عن الحد لمجرد أنها تجاوزت قيمة الموجودات غير المضمونة المتاحة لسداد الديون المستحقة للدائنين غير المضمونين، فإن ما قد يحدث من رؤية هؤلاء الدائنين أن معظم، إن لم يكن كل الموجودات المتاحة، قد استخدم لتغطية تكاليف الإدارة، والشعور بعدم الإنصاف فيما يتعلق بالتكلفة الكلية للإدارة مقارنة بالموجودات المستردة، إنما يشير إلى ضرورة دراسة هذه المسألة دراسة متأنية. ويمكن اتباع نهج مختلفة إزاء دفع أجر ممثل الإعسار. فعلى سبيل المثال، إذا كانت الحوزة تحتوي على موجودات غير مضمونة، يمكن أن يدفع الأجر من هذه الموجودات؛ ويمكن فرض رسم إضافي على حساب الموجودات لدفع ثمن إدارة تلك الموجودات أو بيعها إذا كانت هذه الإدارة ذات فائدة للدائنين؛ ويمكن أيضا فرض رسم إضافي على الدائنين عند تقديم طلب غير طوعي لتغطية التكاليف الأولية لأداء المهام الأساسية على الأقل (انظر الفصل الثاني-باء-٥ من الجزء الثاني).

(ج) إعادة النظر في الأجر

٢٥١- رهنا بالأسلوب الذي يقرر به أجر ممثل الإعسار، قد يكون من المستصوب النص على عملية إعادة نظر من أجل معالجة استياء ممثل الإعسار نفسه أو استياء الدائنين. وفي الحالات التي يتقرر فيها الأجر في اجتماع للدائنين، تكون للمحكمة عادة سلطة إعادة النظر في المبلغ بناء على طلب مقدم من ممثل الإعسار أو من نسبة مئوية محددة أو عدد محدد من الدائنين، كأن يمثل هؤلاء الدائنون ١٠ في المائة من الرأسمال السهمي المكتتب أو أن

يكون مستحقاً لهم ما لا يقل عن ١٠ في المائة أو ٢٥ في المائة من مجموع الديون. وعندما تقوم المحكمة من الأول بتقرير هذا الأجر، فقد يكون أو لا يكون لممثل الإعسار حق الطعن في ذلك القرار؛ وتنص بعض قوانين الإعسار على عدم جواز تقدم المدين بطلب لإعادة النظر. وفي الحالات التي يشترط فيها أن يكون ممثل الإعسار عضواً في منظمة مهنية أو أن يكون مرخصاً، قد يكون أيضاً لدى المنظمة المهنية أو هيئة الترخيص صلاحيات فيما يتعلق بإعادة النظر في الأتعاب التي يطلبها أعضاؤها أو قد توفر آليات غير رسمية لحل المنازعات.

٧- واجب العناية [المسؤولية]

٢٥٢- [١٨١] إن معيار العناية الذي ينبغي أن يأخذ به ممثل الإعسار ومسؤوليته الشخصية عنصران هامان في إدارة إجراءات الإعسار. ويتطلب إرساء مقياس للعناية والاجتهاد والمهارة التي يتعين أن ينفذ بها ممثل الإعسار واجباته ومهامه معياراً يأخذ في الاعتبار الظروف الصعبة التي يجد ممثل الإعسار نفسه فيها عند قيامه بواجباته وتحقيق التوازن في ذلك المعيار بين مقدار الأجر المناسب واستصواب اجتذاب أشخاص مؤهلين للعمل بتلك الصفة. وقد تنطوي مسؤولية ممثل الإعسار أحياناً كثيرة على تطبيق القانون خارج نطاق الإعسار.

٢٥٣- [١٨٢] ويمكن الأخذ بنهوج مختلفة في قانون الإعسار لتحديد ذلك المقياس، وإن يكن المقياس المعتمد يتوقف على كيفية تعيين ممثل الإعسار وطبيعة هذا التعيين (إن كان ممارساً مستقلاً أو موظفاً حكومياً، مثلاً). ويمكن أن يتمثل أحد هذه النهوج في إلزام ممثل الإعسار بالامتثال لمعيار لا يكون أكثر تشدداً مما ينتظر أن ينطبق على المدين عند اضطراره بأنشطته التجارية العادية في حالة الملاءة المالية، أو على شخص متعقل في ذلك الوضع. ولكن بعض البلدان قد يشترط معياراً أعلى من التعقل في هذه الحالة لأن ممثل الإعسار يتعامل بموجودات مملوكة لشخص آخر وليس بموجوداته الخاصة. وتستند صيغة مختلفة إلى التوقع بأن يتصرف ممثل الإعسار بحسن نية للأغراض الوجيهة. وقد يستند نهج آخر إلى معيار العناية الذي يتقرر على أساسه وقوع الإهمال. وفي تقرير المعيار الواجب تطبيقه، من المستصوب تحقيق توازن بين معيار يكفل أداء ممثل الإعسار واجباته بكفاءة ومعيار من التشدد بدرجة تسفر عن إقامة دعاوى على ممثل الإعسار وتزيد من تكاليف خدماته. وعندما يكون ممثل الإعسار عضواً في منظمة مهنية، يمكن أن تنطبق عليه المعايير المهنية لهذه المنظمة.

٢٥٤- [١٨٣] وقد يكون من وسائل معالجة مسؤولية التعويض عن الأضرار الاضطرار على ممثل الإعسار تقديم ضمان لتغطية فقدان موجودات الحوزة أو توفير غطاء تأميني للتعويضات التي قد يتعين عليه دفعها نتيجة إخلاله بواجباته. ويشترط عدد من قوانين الإعسار الضمان والتأمين بينما لا تشترط أخرى سوى التأمين. وفي بعض الحالات، يتصل مقدار الضمان المطلوب بالقيمة الدفترية للموجودات، وفي حالات أخرى يكون كل من قيمة الضمان المطلوب ومبلغ التغطية التأمينية المطلوبة مقررا في قواعد النقابة المهنية أو الهيئة التنظيمية ذات الصلة. ولكن هذه الحلول قد لا تكون موجودة في جميع البلدان. وقد يكون من المستصوب في تصميم حل لهذه المسألة تحقيق توازن بين الحد من تكاليف الخدمة وتوزيع تبعات الإجراء القضائي الخاص بالإعسار بين المشاركين عوضا عن إلقائها كلية على عاتق ممثل الإعسار استنادا إلى وجود تأمين على المسؤولية الشخصية عن تعويض الأضرار.

٨- عملاء ممثل الإعسار

٢٥٥- [١٨٥] تشترط بعض قوانين الإعسار حصول ممثل الإعسار على إذن من المحكمة لاستخدام من قد يلزمه من المحاسبين والمحامين والمثمنين وغيرهم من الأخصائيين الفنيين لمساعدته على النهوض بواجباته. وهناك قوانين أخرى لا تشترط الحصول على هذا الإذن. ومن المستصوب أن يقرر قانون الإعسار نوعا من المعايير المتصلة بتوظيف هؤلاء الأخصائيين الفنيين من حيث خبرتهم ومعارفهم وسمعتهم، فضلا عن ضرورة أن تعود خدماتهم بالفائدة على الحوزة. وفيما يتعلق بأجور هؤلاء الأخصائيين، يشترط بعض القوانين تقديم طلب إلى المحكمة وموافقتها عليه، بينما قد يتمثل نهج آخر في اشتراط موافقة هيئة الدائنين. ويمكن أن تدفع أجور الأخصائيين الفنيين دوريا أثناء الإجراءات أو يمكن أن يطلب إليهم الانتظار لحين إتمام الإجراءات. وقد تسري على الأخصائيين الفنيين الذين يوظفهم ممثل الإعسار شروط الكشف عن تضارب المصالح التي تسري على ممثل الإعسار نفسه. وقد تسري عليهم أيضا التزامات الحفاظ على السرية.

٢٥٦- [١٨٤] وحيثما تتكبد الحوزة خسائر ناجمة عن تصرفات عملاء ممثل الإعسار وموظفيه، قد يحتاج قانون الإعسار إلى معالجة مسؤولية ممثل الإعسار عن تلك التصرفات. وتنص بعض قوانين الإعسار على عدم مسؤولية ممثل الإعسار شخصا إلا في حالة عدم ممارسته الإشراف بالدرجة المناسبة في أداء واجباته.

٢٥٧- ويمكن الأخذ بنهج مختلفة إزاء دفع أجور الأخصائيين الفنيين الموظفين من قبل ممثل الإعسار. وتقضي بعض قوانين الإعسار بأن يدفع ممثل الإعسار أجر الأخصائي

الفني ثم يلتزم استرداد المبلغ من الحوزة. ويقضي غيرها بأن تكون للأحصائي الفني مطالبة إدارية ضد الحوزة.

٩- إقالة ممثل الإعسار

٢٥٨- [١٨٦] تجيز بعض قوانين الإعسار إقالة ممثل الإعسار في ظروف معينة قد يكون من بينها أنه أخلّ بواجباته القانونية التي ينص عليها قانون الإعسار أو لم يمتثل لها، أو أنه أظهر قدرا جسيما من عدم الكفاءة أو الإهمال، أو أنه لم يكشف عن وجود تضارب في المصالح، أو أنه أتى تصرفا غير قانوني، أو لأسباب أقل خطورة كأن تتطلب الإجراءات اختصاصا معيناً أو مختلفاً لا يتوافر لدى ممثل الإعسار. وتنص مختلف النهوج على جواز حدوث التنحية بناء على قرار من المحكمة تتخذه بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد الأطراف المعنية، أو بقرار تتخذه أغلبية مناسبة من الدائنين غير المضمونين. وفي الحالات التي يكون فيها ممثل الإعسار خاضعا للإشراف المهني أو التنظيمي، يمكن إقالته نتيجة التحقيق أو إعادة النظر، مما قد يؤدي أيضا إلى سحب أي ترخيص أو إذن آخر.

١٠- استبدال ممثل الإعسار

٢٥٩- [١٨٦] في حالة استقالة ممثل الإعسار أو إقالته أو حدوث أي واقعة أخرى تجعله عاجزا عن أداء واجباته، كالوفاة أو المرض العضال، يمكن الحيلولة دون تعطل سير الإجراءات وما قد يترتب من تأخير على عدم الاحتياط للخلافة، بالنص على تعيين خلف لممثل الإعسار إما من قبل المحكمة وإما من قبل الدائنين. وحيثما ينص قانون الإعسار على استبدال ممثل الإعسار، قد يحتاج أيضا إلى معالجة المسائل المتصلة باستبداله وخلافته إما في ملكية موجودات الحوزة وإما في السيطرة عليها (حسب الاقتضاء) (انظر الفصل الثالث- ألف من الجزء الثاني) فضلا عن مسألة تسليم الخلف الدفاتر والسجلات وغيرها من المعلومات المتصلة بالمدين. وقد يحتاج قانون الإعسار أيضا إلى النظر في مسألة شرعية الأفعال الصادرة في إدارة الإجراءات عن ممثل الإعسار المستبدل.

التوصيات

الغرض من الأحكام التشريعية

إن الغرض من الأحكام المتعلقة بممثل الإعسار هو:

- (أ) تحديد المؤهلات التي يجب أن تتوافر لدى الشخص لتعيينه ممثلاً للإعسار؛
- (ب) إرساء آلية لتعيين ممثلي الإعسار؛
- (ج) تحديد صلاحيات ممثل الإعسار ومهامه؛
- (د) النص على أجر ممثل الإعسار ومسؤوليته وإقالته واستبداله.

مضمون الأحكام التشريعية

المؤهلات

(٩٦) [٧٥] يجوز أن يحدد قانون الإعسار المؤهلات والصفات الشخصية التي يجب أن تتوافر لدى الشخص لتعيينه ممثلاً للإعسار. وتشمل المعايير المتصلة بذلك أن يكون ممثل الإعسار مستقلاً ونزيهاً وأن تتوافر لديه المعرفة اللازمة بالقانون التجاري ذي الصلة والخبرة في شؤون التجارة وإدارة الأعمال.

التعيين

(٩٧) [٧٦] ينبغي أن يرسى قانون الإعسار آلية تعيين ممثل الإعسار عند بدء الإجراءات. ويمكن اتباع نهج مختلفة يذكر منها التعيين من قبل المحكمة؛ أو من قبل هيئة تعيين مستقلة؛ أو على أساس التزكية من قبل الدائنين أو من قبل لجنة الدائنين؛ أو من قبل المدين نفسه؛ أو بإعمال القانون عندما يكون ممثل الإعسار وكالة حكومية أو إدارية أو موظفاً رسمياً.

(٩٨) إذا كان قانون الإعسار ينص على تعيين ممثل للإعسار لإدارة حوزة لا موجودات فيها، ينبغي له أيضاً أن ينص على آلية لتعيين ذلك الممثل ودفع أجره. ويمكن أن تشمل تلك الآلية تعيين مسؤول حكومي أو تعيين الممثل بالرجوع إلى نظام كشف بأسماء المكلفين بأداء هذه المهمة تحت الطلب، ودفع أجر الممثل من قبل الدولة أو [...] .

تضارب المصالح

(٩٩) [٧٧] ينبغي أن يشترط قانون الإعسار على الشخص المرشح للتعيين ممثلاً للإعسار أن يكشف النقاب عن أي ظروف يمكن أن تؤدي إلى تضارب في المصالح أو عدم الاستقلال عن مصالح أخرى. وينبغي أن يشترط قانون الإعسار أيضاً أن يكون الأشخاص الذين

يوظفهم ممثل الإعسار ملزمين بالكشف عن الظروف التي يمكن أن تؤدي إلى تضارب في المصالح أو عدم الاستقلال [عن مصالح أخرى].

المسلطات والوظائف واجبات ممثل الإعسار ومهامه

(١٠٠) [٧٨] ينبغي أن يقضي قانون الإعسار بأن يكون على ممثل الإعسار التزام عام بتعظيم قيمة الحوزة وحماية أمنها. وينبغي أن يحدد قانون الإعسار بوضوح سلطات واجبات ممثل الإعسار ومهامه، وتشمل هذه ما يلي:

(أ) الأخذ بزمام السيطرة على الموجودات التي تتكون منها حوزة الإعسار وسجلات أعمال المدين التجارية بما فيها التي تكون في حيازة أطراف ثالثة؛

(ب) الإدارة العامة للحوزة؛

(ج) مراقبة عمليات جمع الموجودات وبيعها وتوزيعها؛

(د) الحصول على معلومات بشأن المدين وموجوداته ومسؤولياته المالية ومعاملاته السابقة (لا سيما ما يجري منها خلال الفترات المشبوهة)، بما في ذلك القيام باستجواب المدين (سواء تحت القسم أو أي إجراء معادل له)؛

(هـ) ضمان تقييد المدين بالتزاماته؛

(و) مساعدة المدين في إعداد قائمة بالدائنين ومطالباتهم وضمنان تنقيح هذه القائمة وتعديلها عند قبول المطالبات؛

(ز) ممارسة صلاحيات الإبطال؛

(ح) ممارسة الحقوق لصالح حوزة الإعسار فيما يتعلق بالإجراءات القضائية أو التحكيمية أو الإدارية الجارية والتي ينطبق عليها الإبطال والتعليق؛

(ط) التحقق من صحة المطالبات وقبولها؛

(ي) إدارة المنشأة التجارية في إعادة التنظيم وفي التصفية عندما يتقرر بيعها كمنشأة عاملة؛

(ك) تقديم المعلومات والتقارير عن سير الإجراءات إلى الدائنين وإلى الحكمة بصورة منتظمة؛

(ل) تعيين الأخصائيين الفنيين لمساعدة ممثل الإعسار ودفع أجورهم؛

(م) في حالة إعادة التنظيم، إعداد (أو التعاون في إعداد) خطة لإعادة التنظيم أو تقرير يبيّن أسباب استحالة إعادة التنظيم (عندما يكون ذلك من مهام ممثل الإعسار)؛

(ن) ما تقررته المحكمة أو يجيله الدائنون أو لجنة الدائنين إلى ممثل الإعسار من أمور أخرى.

المسؤولية

(١٠١) [٧٩] ينبغي أن يعالج قانون الإعسار الآثار المترتبة على، بما في ذلك المسؤولية الشخصية المحتملة عن أو الناشئة من، عدم أداء أو أداء ممثل الإعسار صلاحياته واجباته ومهامه [المحددة في التوصيتين (٩٩) و (١٠٠)].^(٦) وقد تشمل المسائل المتعلقة بمسؤولية ممثل الإعسار أيضا تطبيق قانون عدم الإعسار.

الإقالة والاستبدال

(١٠٢) [٨٠] ينبغي أن يحدد قانون الإعسار الأسباب الداعية إلى إقالة ممثل الإعسار والإجراء الذي يتعين اتباعه لإقالته. ويمكن أن تشمل هذه الأسباب ما يلي:

(أ) عدم كفاءته أو اتسامه بالإهمال أو تخلفه عن أداء صلاحياته ومهامه أو عن ممارسة الدرجة اللازمة من العناية في أدائها؛

(ب) افتقاره إلى كفاءة معينة أو متخصصة تقتضيها حالة محددة؛

(ج) تورطه في أفعال أو سلوكيات غير قانونية؛ أو

(د) تضارب المصالح أو انعدام واضح للاستقلالية في ظروف تبرر

الإقالة.

(١٠٣) [٨١] وينبغي أن يكون الإجراء المتبع في إقالة ممثل الإعسار متفقا مع الأسلوب الذي اتبع في تعيينه، ولكنه يجوز أن يشمل الإقالة من جانب المحكمة بناء على طلب من الدائنين أو من لجنة الدائنين؛ والإقالة من جانب المحكمة بمبادرة منها؛ والإقالة من جانب الدائنين إذا كان الدائنون هم الذين عينوا ممثل الإعسار؛ و [...].

(6) أُعرب في الدورة السادسة والعشرين للفريق العامل (أيار/مايو ٢٠٠٢) عن بعض التأييد لإدراج المزيد من التفصيل فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة من المهام المحددة في التوصيتين (٩٩) و (١٠٠). ولعل الفريق العامل ينظر مرة أخرى في هذه المسألة ويقدم اقتراحات محددة بما ينبغي إدراجه في التوصية (١٠١).

(١٠٤) [٨٢] ينبغي أن ينص قانون الإعسار على تعيين خلف لممثل الإعسار في حالة وفاته أو استقالته أو عجزه عن العمل أو إقالته.

الأجر

(١٠٥) [٨٣] ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أجر ممثل الإعسار وأن يحدد آلية لتقرير ذلك الأجر ويكفل أولوية دفعه.

المراجعة القضائية

(٨٤) ~~[حكم عام بشأن إعادة النظر في أي قرار يتخذه ممثل الإعسار ويتعلق، على سبيل المثال، بمعاملة العقود أو دعاوى الإبطال أو قبول المطالبات، وما إلى ذلك: انظر الحاشية ١٤].~~