الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.V/WP.108

الجمعية العامة

Distr.: Limited
17 September 2012
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الثانية والأربعون
فيينا، ٢٦-٣٠ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٢

قانون الإعسار

الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
مقدِّمة	١-٥	٣
أولا- الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار	٦-٥١	٤
ألف- مقدِّمة	٦-١٩	٤
باء- تحديد الأطراف الذين تقع على عاتقهم الالتزامات	٢٠-٢٣	٦
جيم- تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الالتزامات: فترة الاقتراب من الإعسار	٢٤-٢٧	٦
دال- طبيعة الالتزامات	٢٨-٣٣	٧
هاء- المعيار الذي ينبغي الوفاء به	٣٤-٣٧	٩
واو- إنفاذ الالتزامات الواقعة على المديرين عند بدء إجراءات الإعسار	٣٨-٥١	١٠
١- الدفوع	٣٨-٤٠	١٠

161012 V.12-55961 (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

	الفقرات	الصفحة
٢- سبل الانتصاف	٤١-٤٧	١٠
٣- الأطراف الذين يحقّ لهم رفع الدعوى	٤٨-٥٠	١١
٤- تمويل الدعوى	٥١	١٣
ثانيا- المسائل المتصلة بمديري الأعضاء في مجموعات المنشآت	٥٢-٦٠	٢٢
ألف- ملاحظات عامة	٥٢-٥٩	٢٢
باء- مسائل مطروحة للنظر فيها	٦٠	٢٥
ثالثا- المسائل العابرة للحدود	٦١	٢٦

مقدِّمة

١- عُرضت على اللجنة في دورتها الثالثة والأربعين في عام ٢٠١٠ سلسلة من الاقتراحات بشأن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً فيما يتعلق بقانون الإعسار (A/CN.9/WG.V/WP.93 وAdd.1 إلى Add.6 وA/CN.9/582/Add.6). وكانت تلك الاقتراحات قد نوقشت في الدورة الثامنة والثلاثين للفريق العامل الخامس (انظر الوثيقة A/CN.9/691، الفقرات ٩٩ إلى ١٠٧)، وقُدِّمت توصية إلى اللجنة بشأن المواضيع التي يمكن تناولها (A/CN.9/691، الفقرة ١٠٤). وتضمّنت وثيقة أخرى (A/CN.9/709)، قُدِّمت بعد دورة الفريق العامل الخامس تلك، نصوصاً إضافية للمقترح السويسري الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

٢- وبعد المناقشة، أقرّت اللجنة توصية الفريق العامل الخامس الواردة في الفقرة ١٠٤ من الوثيقة A/CN.9/691، والمتعلقة ببدء أنشطة بشأن موضوعين من مواضيع الإعسار كلاهما له أهمية في الوقت الراهن، وسوف يكون تحقيق مزيد من المواءمة في النُهُج الوطنية بشأن كل منهما مفيداً في توفير اليقين وإمكانية التنبّؤ.

٣- وتتناول هذه المذكّرة الموضوع الثاني، الذي اقترحته المملكة المتحدة (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4) والرابطة الدولية لأخصائيي إعادة الهيكلة والإعسار والإفلاس (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) ومعهد الإعسار الدولي (A/CN.9/582/Add.6) بشأن المسؤوليات والتبعات التي تقع على مديري منشأةٍ ما ومسؤوليها في حالات الإعسار وما قبل الإعسار.[(١)] وفي ضوء المخاوف التي أُعرب عنها أثناء مناقشات مستفيضة، اتفقت اللجنة على أن يركِّز العمل المتعلق بهذا الموضوع على المسؤوليات والتبعات الناشئة في سياق الإعسار فحسب، وعلى أنه ليس من المقصود أن يشمل هذا العمل مجالات المسؤولية الجنائية أو أن يتناول المجالات الأساسية لقانون الشركات.

٤- وقد استُهلّت مناقشة هذا الموضوع في الدورة التاسعة والثلاثين للفريق العامل (كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠، فيينا) واستمرت في دورتيه الأربعين والحادية والأربعين (تشرين الأول/أكتوبر - تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١، فيينا و٣٠ نيسان/أبريل - ٤ أيار/مايو ٢٠١٢، نيويورك). وتَرِد مداولات الفريق العامل واستنتاجاتُه في التقارير المتعلقة بتلك الدورات (A/CN.9/715 وA/CN.9/738 وA/CN.9/742، على التوالي).

(1) نوقش الموضوع الأول، المتعلق بمركز المصالح الرئيسية والمسائل ذات الصلة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.107.

٥- ووفقاً للافتراض العملي الذي اعتمده الفريق العامل في دورته الحادية والأربعين (A/CN.9/742، الفقرة ٧٤)، ومفاده أن يشكّل العمل جزءاً من الدليل التشريعي لقانون الإعسار، تتضمن هذه المذكرة كلاً من مشروع التعليق (الفقرات من ٦ إلى ٥١ من الجزء الأول) والتوصيات من ١ إلى ١٠، فضلاً عن بعض الملاحظات العامة بشأن الالتزامات الواقعة على المديرين في سياق مجموعات المنشآت (الجزء الثاني) والمسائل العابرة للحدود (الجزء الثالث). ويستند النص الوارد أدناه إلى الوثائق A/CN.9/WG.V/WP.96 وA/CN.9/WG.V/WP.100 وA/CN.9/WG.V/WP.104، وإلى القرارات التي اتخذها الفريق العامل في دوراته التاسعة والثلاثين والأربعين والحادية والأربعين. ولا تتضمن هذه الورقة فقرات مشروع التعليق الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.104 والتي لم يَجْرِ تنقيحها أو لا تتضمن نصوصاً منقَّحة، وترِد الإشارة إليها على النحو التالي: "٦- [...]". ولتيسير الرجوع إلى الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.104، أبقت هذه المذكرة على أرقام الفقرات الواردة في تلك الوثيقة. وحيثما أضيفت فقرة جديدة، فإنها تحمل رقم الفقرة السابقة مباشرة مع إضافة حرف هجائي. وسوف تساعد مقارنة هذه الوثيقة بالوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.104 القارئَ على فهم التعديلات المقترَحة فيها.

أولاً- الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار

ألف- مقدِّمة

٦- [...]

٧- [...]

٨- تُضاف في نهاية الجملة الأولى العبارة التالية: "خلال الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار". وتُحذَف من الجملة الثالثة العبارةُ التي تبتدئ بـ"بيْد أنَّ" وتنتهي بـ"هذه الإجراءات"، وتُدرَج العبارات التالية: "وليست طبيعة ونطاق الواجبات التي يمكن أن تقع على المديرين في تلك الفترة عند احتمال مواجهة المنشأة التجارية ضائقةً مالية، لكنها لم تبلُغ بعدُ مرحلة الإعسار، محدَّدَيْن بدقة، لكنهما"، وتُضاف عبارة "، باتا باطراد موضوع نقاش" في آخر الجملة بعد "العالمية".

٩- تُضاف في نهاية الجملة الأولى العبارات التالية: "ستكون حاسمة في بقاء الشركة، مع ما يعود به ذلك من منافع على كل من مالكي الشركة ودائنيها وعملائها وموظفيها وغيرهم". وفي نهاية الجملة الثالثة يُضاف نعت "المعنيين" بعد عبارة "أصحاب المصلحة".

وتُضاف جملة رابعة وجملة خامسة جديدتان نصهما كما يلي: "وتعتبر بعض القوانين أنَّ أصحاب المصلحة أولئك هم الشركة نفسها وأصحاب الأسهم فيها. وقد يشملون، بموجب قوانين أخرى، مجموعة أوسع من أصحاب المصالح المشتركة تشمل الدائنين". وتُنقَّح الجملة الأخيرة ليصبح نصها كما يلي: "وربما يعمَد المديرون الخائفون من العواقب المالية التي قد تترتب على اتخاذ قرارات صعبة في تلك الظروف إلى إغلاق الشركة قبل الأوان بدلاً من محاولة حل المشاكل التي تواجهها، وربما يسلكون سلوكاً غير مناسب، بما في ذلك التصرّفُ على نحو جائر في موجودات الشركة أو ممتلكاتها أو قد يغريهم قرار الاستقالة، وهو أمر كثيراً ما يفاقم الصعوبات التي تواجهها الشركة."

٩ألف- تُنقَّح الجملة الأولى ليصبح نصها كما يلي: "وليس من اليسير تحقيق التوازن بين المصالح والحوافز المختلفة لأصحاب المصلحة، مما يمثِّل مصدراً محتملاً للمنازعات." وفي الجملة الثانية تُنقَّح الأسطر الأولى ليصبح نصها كما يلي: "فعلى سبيل المثال، يكون أصحاب الأسهم في المنشأة، الذين من غير المرجَّح عادةً أن يشاركوا في أي توزيع في إجراءات الإعسار، مهتمّين بزيادة قيمة أسهمهم إلى أقصى حدّ من خلال السعي إلى الخروج من مشكلة الإعسار"، وتُنقَّح العبارة الواردة في نهاية الجملة ليصبح نصها كما يلي: "ولا يتركون أي شيء لأصحاب الأسهم."

١٠- ويُستعاض في الجملة الرابعة عن عبارة "في حال التعامل التجاري" بعبارة "من جرّاء التعامل التجاري" والتعديل الثاني غير منطبق على النص العربي.

١١- وينقَّح القسم الأوسط من الجملة الأخيرة كما يلي: "للتبكير في اتخاذ التدابير من خلال مفاوضات إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم، ومنع المديرين من تحميل جهات خارجية".

١٢- وفي الجملة الثالثة، يُستعاض عن عبارة "وهي أنَّها تحفز" بعبارة "وهي أنَّ هذه الالتزامات تحفز"، ويُستعاض عن عبارة "هيئة الإدارة وضبطها" بعبارة "المديرين وضبط تصرفاتهم".

١٣- تُدْرَج جملة ثانية جديدة نصها كما يلي: "وقاعدة افتراض سوء الإدارة بناء فقط على وجود ضائقة مالية كثيراً ما تدفع المديرين من ذوي الدراية والكفاءة إلى مغادرة الشركة، مما يفوّت فرصة إعادة تنظيم شؤونها واستعادتها لقدرتها على تحقيق أرباح". وتُضاف في نهاية الجملة الرابعة العبارة التالية: "ويرجَّح بدرجة كبيرة أن يحقق التوازنَ بين الحقوق والتوقعات المشروعة لجميع أصحاب المصلحة، مما يميّز بين حالات سوء السلوك والحالات التي تنطوي على سوء الطالع أو تأثير عوامل خارجية."

١٤- وتُضاف في الجملة الثانية عبارة "قد تميل إلى" قبل عبارة "تقييم". وفي الجملة الثالثة تُضاف كلمة "كانت" قبل كلمة "تنزع". ويُضاف في الجملة ما قبل الأخيرة لفظ "جميع" قبل "الدائنين".

١٥- يُضاف في الجملة ما قبل الأخيرة تعبير "حالياً" بعد عبارة "ربما لا تُعالَج". وتُضاف في بداية الجملة الأخيرة عبارة "ولكن".

١٦- وتُضاف في الجملة الأولى عبارة "كما ورد أعلاه" بعد النقطتين.

١٧- [...]

١٨- يُستعاض في الجملة الأولى عن عبارة "وذلك بالسعي إلى المحافظة على" بعبارة "المحافظة على"، وتُضاف بعد عبارة "تثبيط" عبارة "السلوك غير المشروع و". وتُضاف عبارة "عدم وضوحها" بعد عبارة "لدى اقترابها من الإعسار" في الجملة الأخيرة على النحو التالي: "ومن شأن القصور في المبادئ التوجيهية الخاصة بالتزامات المسؤولين عن إدارة المنشأة لدى اقترابها من الإعسار وعدم وضوحها وقِدَمها وتنافرها"، وتُضاف في نهاية الجملة العبارة التالية "ويفاقم الضائقة المالية المبتغى معالجتها."

١٩- يُستعاض في الجملة الأخيرة عن عبارة "إنفاذها" بعبارة "تصبح واجبة الإنفاذ".

باء- تحديد الأطراف الذين تقع على عاتقهم الالتزامات

٢٠- [...]

٢١- [...]

٢٢- في الجملة الثانية، يوضع الحرف "أو" وعبارة "أو ينبغي له اتخاذها" داخل معقوفتين.

٢٣- تُحذَف الفقرة.

جيم- تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الالتزامات: فترة الاقتراب من الإعسار

٢٤- تُدمج الجملتان الأولَيان ليكون نصهما على النحو التالي: يركِّز هذا [الجزء] على الالتزامات التي قد تقع على المديرين في مرحلة معيَّنة قبل بدء إجراءات الإعسار وتصبح واجبة الإنفاذ لدى بدء الإجراءات ونتيجة لبدء تلك الإجراءات، وتكون نافذة بأثر رجعي، وذلك على شاكلة الأحكام المتعلقة بالإبطال (انظر المناقشة ذات الصلة في الفقرات ١٤٨ إلى ١٥٠ و١٥٢ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). وتُنقَّح الجملة التي تبتدئ بعبارة "ورغم"

لتصبح صياغتها على النحو التالي: "ورغم ما قد ينطوي عليه هذا المفهوم من عدم الدقة، فإنَّ الغرض منه هو وصف فترة تردي الاستقرار المالي للشركة بحيث إذا لم يعالَج و لم يُتّخَذ أي إجراء علاجي يصبح الإعسار وشيكاً (أي عندما تكون الشركة غير قادرة عموماً على سداد ديونها حينما يحلّ أجلها (التوصية ١٥(أ) من الدليل التشريعي) أو أمراً لا مفر من وقوعه". وتُضاف جملتان نصُّهما كما يلي: "ويُعتبر التحديد الدقيق للوقت الذي تنشأ فيه هذه الالتزامات مسألةً حاسمة بالنسبة للمديرين الذين يسعون إلى اتخاذ قرارات في الوقت المناسب تتماشى مع تلك الالتزامات. وفضلاً عن ذلك، قد يكون من العسير على المديرين، في غياب مرجع واضح، التنبؤ بثقةٍ باللحظة التي ستستند إليها المحكمة عند النظر في أي دعوى مرفوعة أمامها بسبب مخالفة تلك الالتزامات من الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار".

٢٥- تُنقَّح الجملة الأولى بحيث يكون نصها كما يلي: "هناك عدة احتمالات لتحديد الوقت الذي قد تنشأ فيه التزامات المديرين خلال الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار". ويُستعاض في الجملة الثانية عن عبارة "يُفضي إلى" بكلمة "يوفّر". وفي نهاية الفقرة تُضاف عبارة "في تشجيع المديرين على اتخاذ تدابير في مرحلة مبكِّرة".

٢٦- يُستعاض في الجملة الرابعة عن عبارة "يُستخدمان" (في بعض الدول كأساس) بعبارة "يشكّلان" (في بعض الدول أساساً). وتُنقَّح الجملة الأخيرة لتصبح صياغتها على النحو التالي: "والحكمة من فرض الالتزامات على المديرين استناداً إلى اختبارَي الملاءة هذين هو تشجيعهم على التصرُّف لتجنب الإعسار أو، عندما يكون وقوع الإعسار حتمياً، تشجيعهم على اتخاذ تدابير للحد من نطاقه، بما في ذلك عند الاقتضاء بدءُ إجراءات الإعسار الرسمية."

٢٧- تُدرَج جملة جديدة رابعة نصها كما يلي: "ويقضي هذا المعيار، من حيث الجوهر، بتقييم قدرة المدير على تقدير الأمور قياساً على ما كان ينبغي أن يَعْلَمَه المدير الحصيف، أو ما يُفترض أن يكون قد علِمه، في تلك الظروف."

دال- طبيعة الالتزامات

٢٨- تُنقَّح، في نهاية الفقرة، العبارة الواردة بعد القوسين ليصبح نصها على النحو التالي: "وإبطال الإجراءات التي يتخذها المديرون عندما تكون الشركة على وشك الإعسار، بما فيها المعاملات التي تدخُل فيها الشركة، في إجراءات الإعسار."

(أ) **الالتزام ببدء إجراءات الإعسار**

٢٩- [...]

(ب) **المسؤولية المدنية**

٣٠- [...]

٣١- تُضاف بعد عبارة "الحدّ من الخسائر التي تتكبدها الشركة" عبارة "(بما في ذلك أصحاب أسهمها)".

٣٢- [...]

(أ) [...]

(ب) تُضاف الجملة التالية في نهاية الفقرة الفرعية: "قد يَلزَم المديرين في هذه الفترة تخصيص المزيد من الوقت والاهتمام لشؤون الشركة أكثر مما هو مطلوب عندما تكون الشركة في وضع جيد."

(ج)-(و) [...]

(ز) يُستعاض عن الإشارة إلى "البيئة" بعبارة "وكذا الشواغل البيئية". وتُضاف في نهاية الفقرة الفرعية قبل عبارة "تصرّف المديرين تصرفاً ينطوي على مخاطرة مفرطة أو تهور أو إهمال بالغ" عبارة "وهي أضرار قد تكون ناجمة عن"؛

(ح) تُضاف في الجملة الأولى بعد عبارة "يمكن للمديرين ضمان" عبارة "حماية موجودات الشركة و". وتُضاف جملة ثانية جديدة نصّها كما يلي: "وليست كل الموجودات تتطلب الحماية في بعض الظروف، مثل الموجودات التي تساوي أقل من المبلغ الذي ضُمنت من أجله، أو الموجودات المثقِلة أو العديمة القيمة أو العسيرة التسييل (انظر الفقرة ٨٨ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). وتُدرَج في نهاية الفقرة الجملة التالية: "قد لا يُعتبر المديرون الذين يحوزون أسهماً كثيرة أو الذين يمثّلون أصحاب الأسهم الرئيسيين منزهين عن الغرض أو موضوعيين، وقد يتوجب عليهم توخي عناية خاصة عند التصويت على المعاملات عندما تكون الشركة على وشك الإعسار؛".

(ط) [...]

المسؤولية الجماعية والتضامنية

٣٢ألف- تقع تبعة الإخلال بالالتزامات على المديرين عادةً بصفة مشتركة وتضامنية، ولو أنَّ بعض القوانين تجيز للمحكمة أن تستخدم سلطتها التقديرية لتقضي بتحميل مدير من مجموعة من المديرين عبء المسؤولية برمتها، أو بتحميله القسط الأكبر عندما يَثبت، مثلاً، أنَّ المسؤولية عن الضرر الناجم غير متكافئة. ومن شأن المسؤولية المشتركة والتضامنية باعتبارها نقطة انطلاق أن تعزز العامل الرادع المتمثل في فرض هذه الالتزامات باعتبار أنَّ المديرين سيكون لديهم حافز لرصد سلوك زملائهم من المديرين حتى لا يتحملوا تبعة سلوكهم.

٣٢باء- ويمكن أن يتخذ المديرون خطوات حتى لا يتحملوا المسؤولية عن القرارات التي تكون فيما بعدُ موضع شك أو يحدوا من مسؤوليتهم عنها. ولعلَّ هذا الأمر يقتضي من المديرين أن يتقيدوا ببعض المتطلبات الشكلية من قبيل إدراج معارضتهم للقرارات في محاضر الاجتماع أو تقديم معارضة كتابية إلى أمانة الاجتماع قبل انقضائه أو تسليم أو إرسال معارضة كتابية إلى مكتب الشركة المسجَّل مباشرة بعد انقضائه. ويمكن اعتبار المديرين الذين غابوا عن الاجتماع الذي اتُّخذت فيه تلك القرارات موافقين عليها ما لم يتّبعوا الإجراءات المنطبقة، مثل اتخاذ تدابير لتسجيل معارضتهم داخل آجال معيَّنة بعد علمهم بالقرار المعني.

٣٢جيم- ويمكن التقليل من المسؤولية إلى أقصى حد من خلال التأمين أو استخدام ضمانات للتعويض عن الخسائر المحتملة. وفَور تقديم مطالبة إزاء أحد المديرين، يمكن، وفقاً لبعض القوانين، التوصل إلى تسوية من خلال التفاوض مع ممثل الإعسار. وهذا هو النهج المتَّبع عادةً في بعض الولايات القضائية.

(ج) إبطال المعاملات

٣٣- تُدرَج عبارة "تَعتبر بعض القوانين" في الجملة الثانية وتُحذَف عبارة "ويمكن كذلك أن تعد". وتُدرَج عبارة "بمقتضى تلك الأحكام" بعد عبارة "المسؤولية الشخصية" في الجملة الرابعة.

هاء- المعيار الذي ينبغي الوفاء به

٣٤- غير منطبق على النص العربي.

٣٥- [...]

٣٦- تُدرَج عبارة "أو الدخول في المعاملة" في الجملة الأولى بعد لفظ "الدَّين" ويعدَّل تعبير "المفضي" ليصبح: المفضيَين. ويُستعاض في الجملة الثانية عن عبارة "من وقوع الإعسار" بعبارة "من إعسار الشركة". والتعديل التالي لذلك غير منطبق على النص العربي.

٣٧- وتُضاف في الجملة الثالثة التي تبتدئ بعبارة "وأمثلة السلوك" عبارة "بموجب تلك القوانين" بعد لفظ "التبعات". وتُضاف في الجملة الأخيرة عبارة "بموجب بعض القوانين الآخذة بهذا النهج" بعد عبارة "ولا يستدعي الخلوصَ إلى سوء الإدارة".

واو- إنفاذ الالتزامات الواقعة على المديرين عند بدء إجراءات الإعسار

١- الدفوع

٣٨- غير منطبق على النص العربي.

٣٩- تُعدَّل عبارة "الاعتماد على هذه الدفوع" على النحو الآتي: "الاعتماد على هذه الأمور باعتبارها دفوعاً".

٤٠- [...]

٢- سبل الانتصاف

٤١- تُحذَف من بداية الجملة الأولى عبارة "ينص العديد من القوانين على" ويُستعاض عنها بتعبير "هناك". وتُضاف جملة جديدة قبل الجملة الأخيرة نصها كما يلي: "ولا يوجد في العادة أيّ عنصر من عناصر التعويضات الجزائية."

(أ) الأضرار والتعويضات

٤٢- تُنقَّح الجملة الثالثة ليصبح نصها كما يلي: "وكما ذُكر آنفاً، يرجَّح، عموماً، أن تكون مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مشتركة وتضامنية، ولكن ربما تقع، في بعض الحالات، على عاتق مديرين محدَّدين."

٤٣- تُنقَّح العبارة الأخيرة ليكون نصها كما يلي: "وتنص في هذه الحالة أيضاً على التعويض عن الضرر."

٤٤- تُنقَّح الجملتان الأُوليان ليصبح نصهما على النحو التالي: "وعند الخلوص إلى أنَّ المديرين يتحملون مسؤولية عن الخسارة، يمكن النص على إضافة المبلغ الذي سيُسترد منهم إلى

حوزة الإعسار، استناداً إلى أن المسوغ الرئيسي لملاحقة المديرين هو استرداد بعض من القيمة المفقودة من جراء الإجراءات التي يتّخذونها، وذلك في شكل تعويض يُمنح للحوزة. وبالتالي يكون التعويض في مصلحة جميع الدائنين بدلاً من فرادى الدائنين". ويُستعاض في الجملة الثانية عن "وجود" بعبارة "تَوفّر الشركة". وفي الجملة الثالثة يُستعاض عن عبارة "في هذه الحالات" بعبارة "دعماً لذلك النهج". وتُضاف في نهاية الفقرة الجملة التالية: "وقد توجد مسوغات، عندما يسمح قانون الإعسار في المقابل للدائنين برفع دعوى على المديرين (انظر أدناه)، لاقتراح استخدام التعويض، في المقام الأول، في تغطية التكاليف التي يتكبدها الدائن أو الدائنون الذين يبدؤون الدعوى وفي سداد مطالباتهم أو في تعديل مرتبة مطالباتهم."[٢]

٤٥- تُنقَّح العبارة الأخيرة ليكون نصها كما يلي: "انتهاك الالتزامات."

(ب) إسقاط الأهلية

٤٦- [...]

٤٧- [...]

٣- الأطراف الذين يحقّ لهم رفع الدعوى

٤٨- تُضاف العبارة التالية في نهاية الجملة الأولى: "أي قبل أو بعد بدء إجراءات الإعسار." وتُنقَّح الجملة الثانية ليكون نصها كما يلي: "وقد تنطبق اعتبارات مماثلة للاعتبارات السارية على ممارسة صلاحيات الإبطال، التي تعالجها التوصية ٨٧ (انظر الفقرات ١٩٢-١٩٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني)."

٤٩- تُحذَف من الجملة الأولى بعد عبارة "على المدير" العبارة "وذلك، على سبيل المثال، من أجل إبطال معاملة معيَّنة أو" مع إضافة "من أجل" مكانَها.

٤٩ألف- ومع أنَّ من المسوغات الرئيسية لفرض التزامات على المديرين عندما يكون الإعسار وشيكاً حمايةَ مصالح الدائن، إلا أنَّ القوانين ليست كلها سواء في السماح للدائنين برفع دعوى ضد مدير لإخلاله بتلك الالتزامات. ويجوز، في إطار بعض القوانين وفي ظل بعض الظروف، كما هو الحال عندما لا يتّخذ ممثل الإعسار أيَّ إجراء، أن يتمتّع الدائنون، وأحياناً أصحاب الأسهم، بحق اشتقاقي في رفع الدعوى (انظر الفقرات ١٩٢-١٩٥ من

(2) **ملحوظة إلى الفريق العامل**: لعلَّ الفريق العامل يودّ أن يناقش مدى ضرورة أن يتناول التعليق مسألة قدرة المدير أو عدم قدرته على أداء أي تعويض يصدر أمر بأدائه، وعواقب عدم القدرة على ذلك.

الفصل الثاني من الجزء الثاني). وتنص قوانين أخرى على أنه لا يجوز لدائن وحيد أن يرفع دعوى على المديرين إلا بعد الحصول على موافقة أغلبية الدائنين أو موافقة لجنة الدائنين، أو يمكن للدائنين أن يطلبوا من ممثلهم أو من لجنة الدائنين أو من المحكمة مباشرةَ مثل هذه الدعوى لأنه ليس لديهم حق مستقل في تقديم إحدى المطالبات.

٤٩باء- وفي الحالات التي يُعتبر فيها من الملائم أن يسمح القانون للدائنين بملاحقة المديرين قضائياً، يمكن التمييز بين الدائنين الذين نشأ ديْنهم في الفترة التي تكون فيها الشركة على وشك الإعسار كنتيجة مباشرة للسلوك موضوع النظر، والدائنين الذين يكون ديْنهم سابقاً زمنياً لتلك الفترة. ويمكن أن تتمتع الفئة الأولى من الدائنين، بالإضافة إلى الحق في بدء الدعوى لمصلحة حوزة الإعسار، بحق شخصي في المطالبة بتعويضات تجاه المدير بناء على كون السلوك موضوع النظر قد وقع في الفترة الضبابية وعمّق الضائقة المالية للمدين. ويقتصر هذا الحق الفردي، بموجب بعض القوانين، على الحالات التي يكون فيها السلوك الجائر موضوعُ النظر قد طال دائناً بعينه. وإذا رُئي من المستصوب السماح للدائنين برفع دعوى على مدير، فيمكن أن توفر أحكام قانون الإعسار المنطبقة على إجراءات الإبطال مثالاً مفيداً للإجراءات التي يتعين اتباعها (انظر الفقرات ١٩٢-١٩٥ من الجزء الثاني). وهكذا يمكن أن يشترط القانون، مثلاً، الحصول مسبقاً على موافقة ممثل الإعسار، مما يكفل علمه بما يقترحه الدائنون ويتيح له الفرصة لرفض السماح لهم بذلك، متفادياً بذلك أي أثر سلبي قد تُلحقه تلك الإجراءات بإدارة الحوزة.

[٤٩جيم- وعندما يُشترط الحصول على موافقة ممثل الإعسار أو الدائنين ولا يُحصل عليها أو يُرفض إعطاؤها، قد يسمح قانون الإعسار للدائن بالتماس موافقة المحكمة على ملاحقة المدير. وينبغي أن يكون لممثل الإعسار الحق في أن تسمعه المحكمة في أي جلسة تُعقَد استجابة للالتماس، لكي يشرح السبب الذي يدفعه إلى الاعتقاد بأنه ينبغي عدم السماح ببدء الدعوى. وقد تأذن المحكمة في تلك الجلسة ببدء الدعوى أو قد تقرر النظر في حيثياتها. ويمكن أن يعمل هذا النهج على التقليل من احتمالات إبرام أي صفقات بين مختلف الأطراف. وعندما يُسمح بدعاوى الإبطال التي تكون بمبادرة من الدائن، تشترط بعض القوانين أن يدفع الدائنون تكاليف تلك الإجراءات، أو تسمح بفرض جزاءات عليهم لثنيهم عن محاولة إساءة استخدام تلك الإجراءات. ويمكن اتّباع النهج نفسه في الدعاوى التي يرفعها الدائنون على المديرين.][(٣)]

(3) **ملحوظة إلى الفريق العامل:** تستند هذه الفقرة إلى مواد مستمَدة من الدليل التشريعي فيما يتعلق بإجراءات الإبطال (وتحديداً الفقرة ١٩٣ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). ولعلّ الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا

٥٠- تُنقَّح الجملة الأولى ليكون نصها كما يلي: "وفي إطار القوانين التي تفرض على المديرين التزاماً ببدء إجراءات الإعسار (انظر الفقرة ٢٩)، يجوز للشركة نفسها وأصحاب أسهمها وللدائنين المطالبة بالتعويض عن الأضرار في حال الإخلال بذلك الالتزام". وتُضاف في نهاية الفقرة الجملة التالية: "ومن المستصوب أن يكفل قانون الإعسار تنسيق أي إجراءات يُحتمل أن تباشرها هذه الأطراف المختلفة."

٤- تمويل الدعوى

٥١- تُنقَّح الفقرة ليصبح نصها كما يلي: "من الصعوبات التي قد تنشأ في الولايات القضائية التي يُسمح فيها لممثلي الإعسار برفع دعوى كيفية سداد تكاليف الدعوى المرفوعة على المديرين في حال إخفاقها. وكثيراً ما يُذكَر نقص التمويل كسبب رئيسي للندرة النسبية للقضايا المرفوعة بدعوى الإخلال بهذه الالتزامات. ويمكن توفير التمويل من حوزة الإعسار عندما تشتمل على موجودات كافية للقيام بذلك، وهو الحال في كثير من إجراءات الإبطال، غير أنَّ ممثلي الإعسار قد لا يرغبون في إنفاق تلك الأموال في إقامة دعاوى قضائية ما لم تكن هناك فرصة جيدة جداً للنجاح (انظر الفقرة ١٩٦ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). لكن في كثير من الحالات، لا تتوفر موجودات كافية في حوزة الإعسار لملاحقة المدير، حتى ولو كان هناك احتمال قوي لنجاح الدعوى. ومن شأن استحداث نُهُج بديلة أن يوفّر، في الأوضاع المناسبة، وسيلة ناجعة لاستعادة قيمة الموجودات المفقودة من جراء تصرُّفات المديرين إلى الحوزة، وللتصدي للانتهاكات وللتحقيق في التصرفات الجائرة وتعزيز الحوكمة الرشيدة. ويمكن أن يحال الحق في بدء هذه الدعوى أو في الحصول على العوائد المتوقَّعة منها في حال نجاحها لقاء قيمة محددة إلى أطراف ثالثة بمن فيها الدائنون، أو يمكن التماس أموال من أحد المقرضين. وعندما يتولى الدعوى طرف آخر غير ممثل الإعسار، يمكن استرداد تكاليف بدء هذه الدعوى من قيمة أي تعويضات مسددة. وتجيز بعض القوانين تسوية المطالبات المقدَّمة ضدّ المديرين من خلال إجراء مفاوضات مع ممثلي الإعسار، مما يغني عن الحاجة إلى التماس تمويل. وقلّما يحدُث هذا في بعض الولايات القضائية، بينما جرى العرف بذلك في ولايات قضائية أخرى، وعادةً ما "يدعو" ممثلو الإعسار المديرين إلى المساهمة. كما أنَّ من العوامل التي قد يكون من المناسب أخذها في الاعتبار المحكمة التي يمكن فيها بدء الدعوى؛ وتُناقَش هذه المسألة أعلاه في الفقرة ١٩ من الفصل الأول من الجزء الثاني."

كان ينبغي إدراج هذه الفقرة في ذلك الموضع أو يكفي إدراج إحالة مرجعية إلى الفقرات ذات الصلة من الدليل التشريعي.

مشروع التوصيات ١-١٠

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام التي تتناول التزامات [المسؤولين عن اتخاذ قرارات تخص إدارة الشركة] [المديرين] التي تنشأ عندما يكون إعسار الشركة مرجَّح الوقوع [وشيكاً] أو حتمياً هو ما يلي:

(أ) حماية المصالح المشروعة للدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين؛

(ب) ضمان إلمام [المسؤولين عن اتخاذ قرارات بشأن إدارة الشركة] [المديرين] بأدوارهم ومسؤولياتهم في تلك الظروف؛

(ج) توفير سبل انتصاف مناسبة عن انتهاك تلك الالتزامات، يمكن إنفاذها بعد بدء إجراءات الإعسار.

وينبغي أن تنفذ الفقرات (أ)-(ج) على نحو يجنّب ما يلي:

(أ) التأثير السلبي على النجاح في إعادة تنظيم المنشأة التجارية؛

(ب) تثبيط المشاركة في إدارة الشركات، لا سيما الشركات التي تمرّ بضائقة مالية؛

(ج) منع ممارسة صلاحية التقدير المعقول للأمور المتعلقة بالمنشأة أو اتخاذ تدابير تنطوي على مخاطرة تجارية معقولة.

ملاحظات

١- أضيفت الفقرة (ب) إلى بند الغرض وفقاً لقرار الفريق العامل في دورته الحادية والأربعين (A/CN.9/742، الفقرة ٩٩) بإدراج الغرض من استخدام الأحكام كأداة لتوعية المديرين بأدوارهم ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار. وأضيفَ الجزء الثاني من الفقرة الجديدة (ج) لتوضيح أنَّ الالتزامات لا تصبح واجبة النفاذ إلا عند بدء إجراءات الإعسار. وأُدرجت الفقرة (ج) سابقاً كجملة ثانية.

مضمون الأحكام التشريعية

التوصية ١ [سابقاً التوصيتان ٤، ٦]

الالتزام

١(١) ينبغي أن يحدِّد [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] أنَّ الأشخاص المشار إليهم في التوصية ٣، اعتباراً من اللحظة المذكورة في التوصية ٢، ملزمون بإيلاء العناية الواجبة لمصالح الدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين وبما يلي:

(أ) اتخاذ تدابير معقولة لتفادي الإعسار؛

(ب) الحدّ إلى أقصى قدر من نطاق الإعسار عندما يكون وقوعه حتمياً.

(٢) وتشمل التدابير المعقولة: ضمان [اطّلاعهم] [اطّلاعه] على كامل المعلومات المتعلقة بشؤون الشركة؛ وطلب المشورة الفنية عند الاقتضاء؛ وضمان حماية موجودات الشركة؛ [وعدم إلزام الشركة بمعاملات من النوع الذي يمكن أن يكون موضوعَ إبطال وفقاً لـ[التوصية ٨٧] [من الفصل الثاني من الجزء الثاني] أو السماح لها بالدخول في مثل هذه المعاملات.

ملاحظات

٢- نُقِّح تسلسل مشاريع التوصيات ليركّز أولاً على الالتزام ثم على وقت نشوئه ثم الأطراف التي يقع عليها. إلا أن هناك مسألة ستترتب على الصياغة لعلَّ الفريق العامل يودّ النظر فيها، تتعلق باستخدام تعبير "مدير" في بند الغرض وفي التوصيتين ١ و٢. ذلك أنه لـمّا كان الطرف الذي يقع عليه الالتزام موضوعَ توصية موضوعية (التوصية ٣)، فقد يكون من المناسب الإشارة في التوصيات الأخرى إلى الشخص المحدَّد في التوصية ٣ أو الإشارة إلى الشخص بصورة أعمّ، مثل الشخص المسؤول عن اتخاذ قرارات تخص إدارة الشركة أو الشخص المسؤول عن إدارتها.

٣- وقد طلب الفريق العامل، في دورته الحادية والأربعين، إلى الأمانة أن تعيد النظر في التوصيات ١ و٤ و٥ و٦ (A/CN.9/742، الفقرة ٩٣). ويجمع مشروع التوصية ١ الحالي مشروعي التوصيتين ٤ و٦ السابقيْن. وتتناول الفقرة ١ عناصر الالتزام، فيما تتوسَّع الفقرة ٢ في بيان ماهية التدابير المعقولة المطلوب اتخاذها بمقتضى الفقرة ١.

٤- والقصد من الإشارة إلى قانون الإعسار (أو القانون المتعلق بالإعسار) هو بيان أنَّ الالتزام المنصوص عليه في التوصية ١ لا يسري إلا بموجب ذلك القانون وأنَّ المسؤولية لا يمكن أن تنشأ إلا عند بدء إجراءات الإعسار على الرغم من أنَّ الإخلال بالالتزام يجب أن يقع قبل بدئها وفقاً للتوصية ٢، وإن لم يكن هذا الأمر واضحاً بما فيه الكفاية، فلعلَّ من المستصوب إدراج الجزء الثاني من الفقرة (ج) من بند الغرض في نص التوصيات.

٥- ويقتضي الشق الثاني من الالتزام المنصوص عليه في التوصية ١ اتخاذَ تدابير معقولة لتفادي الإعسار أو الحدِّ إلى أقصى قدر من نطاقه عندما يكون وقوعه حتمياً. وهذا يعني أن الالتزام قد ينشأ في لحظتين مختلفتين. لكن التمييز بين اللحظتين قد يكون، على صعيد الممارسة، رهيناً بتسلسل الأحداث، وقد لا يكون من الممكن تَبيُّنه بوضوح إلا بعد وقوع الحادث. فعلى سبيل المثال، قد يترتب على حادث كارثي أو صدمة خارجية حتميةُ وقوع الإعسار دون المرور عبر أية فترة يمكن اتخاذ إجراءات تصحيحية خلالها. وفي المقابل قد يصبح من المرجَّح وقوع الإعسار من جرّاء عوامل خارجية من قبيل وقوع حادث خاص أو حدوث انكماش عرضي في السوق، لكنه لا يقع لحدوث تحسّن في تلك العوامل الخارجية أو بفضل التدابير المتَّخذة لتجنّب عواقبها.

٦- ولعلَّ الفريق العامل يود النظر فيما إذا كانت مسألة التوقيت تثير أموراً تستلزم المعالجةَ في صياغة التوصيات (وبخاصة التوصيتين ١ و٢)، أو أنّ الصيغة الحالية واضحة بما فيه الكفاية.

التوصية ٢ [سابقاً التوصية ٣]

وقت نشوء الالتزامات

٢- ينبغي أن يحدِّد [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] أنَّ الالتزام الوارد في التوصية ١ ينشأ عندما يكون الشخص المنصوص عليه في التوصية ٣ على علم أو يفترض بصورة معقولة أن يكون على علم، بأنَّه يُرجَّح وقوع الإعسار [إعسار وشيك] أو بأنّ وقوعه حتمي.

ملاحظات

٧- اتُّفق في الدورة الحادية والأربعين على الاحتفاظ بالتوصية ٣ بصيغتها الحالية (A/CN.9/742، الفقرة ٨٢). ولكن أُعرب عن شاغل بشأن ما إذا كانت الصياغة الحالية تشمل كلاً من الوضع المالي للمدين باعتباره حقيقة واقعة (أي "أنه يرجح وقوع الإعسار

[إعسار وشيك] أو بأن وقوعه حتمي" في اللحظة المعنية) وعلِم المدير بتلك الحقيقة. ويفترض أن هذه المسألة تعالجها عبارة "أنه يرجح وقوع الإعسار [إعسار وشيك] أو بأنَّ وقوعه حتمي" التي ترد في نهاية مشروع التوصية بصيغته الحالية، باعتبار أنّ العلم بحقيقة ما أو وضع ما لا يمكن أن يتحقق إلا بعد حدوثهما. ولكن لعلَّ الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان من الضروري إضافة عبارات على سبيل التوضيح.

٨- ولعلَّ الفريق العامل يود أيضاً أن ينظر في ما إذا كانت المسألة المثارة في الفقرة ٥ أعلاه بشأن التوقيت تستدعي تناولها في التوصية ٢ أو أنَّ الصياغة الحالية من المرونة بما يكفي لاستيعاب شتى الاحتمالات.

التوصية ٣ [سابقاً التوصية ٢]

الأشخاص الذين تقع عليهم الالتزامات

٣- ينبغي أن يحدِّد [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] [الأشخاص] الذين يقع عليهم الالتزام. وقد يشمل أولئك الأشخاصُ أيَّ شخص معرَّف بموجب القانون الوطني بأنَّه يضطلع بدور المدير* [، مثل مدير معيَّن رسمياً أو أي شخص آخر [يمارس إشرافاً فعلياً] [[ويؤدي وظائف] [يضطلع بمسؤوليات] مدير]].

* انظر التفسير المتعلق بالشخص المؤهل لشغل منصب المدير في الفقرات ٢٠-٢٢ أعلاه.

ملاحظات

٩- قُدِّمت في الدورة الحادية والأربعين اقتراحات مختلفة بخصوص هذه التوصية (A/CN.9/742، الفقرتان ٧٩-٨٠). وثمة اتفاق واسع على أنه ينبغي أن تسري على الأشخاص المعرَّفين بموجب القانون الوطني بأنهم يضطلعون بدور المدير. فعلى سبيل المثال، اقتُرح (في الفقرة ٧٩) أن تسري الالتزامات المنصوص عليها في التوصية على الأشخاص الذين يمارسون بحرية وظائف إدارية أو يتّخذون بحرية قرارات إدارية، بمن في ذلك الأشخاص الذين يُفتَرض فيهم أن يتَّخذوا قرارات من هذا القبيل ولكنهم لا يفعلون ذلك بالضرورة. وقد أضيفت العبارات الواردة بين معقوفتين وحاشيةٌ تشير إلى الفقرات ذات الصلة من التعليق قصد توفير مزيد من التفاصيل بشأن أنواع الأشخاص الذين ينبغي إدراجهم ضمن نطاق ذلك التعريف.

التوصية ٤ [سابقاً التوصيات ١ و٥ و٧]

المسؤولية

٤(١) ينبغي أن يحدِّد [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] أنه عندما [تتضرر مصالح الدائنين] [يتكبد الدائنون خسارة أو يَلحق بهم ضرر] من جرّاء الإخلال بالالتزام الوارد في التوصية ١ [الذي يُرتكب في الفترة المشار إليها في التوصية ٢]، يمكن أن يتحمل [الشخص الذي يقع عليه الالتزام] [المدير] المسؤولية.

٤(٢) ينبغي أن ينص [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] على أن تكون المسؤولية على انتهاك الالتزام الوارد في التوصية ١ محدودة بنطاق ما سبَّبه ذلك الانتهاك من خسارة أو ضرر.

ملاحظات

١٠- يجمع مشروع التوصية ٤ الأفكار التي وردت سابقاً في مشروع التوصيتين ١ و٥ وفي فاتحة التوصية ٧، ومفادها أنه عندما يُنتهك الالتزام المنصوص عليه في التوصية ١ ويتكبّد الدائنون خسارة أو يلحق بهم ضرر أو تتضرر مصالحهم، يجوز تحميل الشخص الذي يقع عليه الالتزام المسؤولية. وأُدمج باقي نص مشروع التوصية ٧ السابق (أي الفقرات (أ)-(د)) في مشروع التوصية ٦. وتتطرق الفقرة (٢) من مشروع التوصية ٤ للشرط الوارد سابقاً في فاتحة التوصية ٧ الذي يقضي بأن تكون المسؤولية متناسبة مع ما حصل من ضرر أو، بعبارة أخرى، محدودة بنطاق ما سبَّبه ذلك الانتهاك من ضرر.

١١- وقد اقتُرح في الدورة الحادية والأربعين (A/CN.9/742، الفقرة ٧٧) إضافة عبارة "ما ارتكبه المدير قبل بدء إجراءات الإعسار" إلى نص التوصية ١ سابقاً لتوضيح أنَّ الإخلال بالالتزام يجب أن يقع في الفترة السابقة لبدء إجراءات الإعسار. وبما أنَّ مشروع التوصية ١ يحيل إلى التوصية ٢، فقد يكون من المستصوب الاحتفاظ فقط بالإحالة المرجعية إلى مشروع التوصية ١ وتلافي زيادة التعقيد الناجم عن تكرار الشرط المتعلق بالوقت الذي يقع فيه الإخلال بالالتزام في مشروع التوصية ٤.

التوصية ٥ [توصية جديدة، تحلّ محلّ التوصية ٦]

أركان المسؤولية والدفوع

٥- ينبغي أن يحدِّد [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] الأركان الواجب إثبات توافرها للتدليل على حصول انتهاك للالتزام الوارد في التوصية ١ وإثبات أنَّ [الدائنين تكبّدوا

خسارة أو لحق بهم ضرر] [مصالح الدائنين قد تضررت] من جراء ذلك؛ وتحديد الطرف المسؤول عن إثبات توافر تلك الأركان؛ وبيان الدفوع المحدَّدة في مواجهة الادعاء بانتهاك الالتزام. وقد تشمل هذه الدفوع كونَ [الشخص الذي يقع عليه الالتزام] [المدير] اتّخذ تدابير معقولة من قبيل التدابير المشار إليها في التوصية ١(٢). ويجوز أن يضع القانون أيضاً افتراضات وأن يسمح بالقيام بتحويلات في عبء الإثبات لتسهيل سير الدعوى المتعلقة بانتهاك الالتزام.

ملاحظات

١٢- أُبديت في الدورة الحادية والأربعين شواغل بشأن كيفية تناول مشروع التوصية ٦ لمسألة إثبات الإخلال بالالتزام الوارد في التوصية ١ والدفوع الممكنة.

١٣- ويتناول مشروع التوصية الحالية سير الدعوى المتعلقة بعدم الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في التوصية ١ بالكيفية نفسها التي تتناول بها التوصية ٩٧ من الدليل التشريعي سير إجراءات الإبطال. فالدليل التشريعي يُبرز الحاجة إلى أن يعالج القانون مسائل من قبيل الدفوع والأركان الواجب إثبات توافرها واستخدام الافتراضات وعبء الإثبات، ومشروع التوصية يترك للقانون الوطني في الوقت نفسه أمر تحديد المقتضيات الدقيقة في هذا الشأن.

التوصية ٦ [سابقاً التوصية ٧]

سبل الانتصاف

٦- ينبغي أن يحدّد [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] أنّ سبل الانتصاف عند ثبوت المسؤولية [قد] [ينبغي أن] تشمل أداء كامل التعويضات المقدرة عن الإخلال بالالتزام الوارد في التوصية ١ إلى حوزة الإعسار. وعدم أداء تلك التعويضات كاملةً ينبغي أن يكون سبباً في منع [الشخص الذي يقع عليه الالتزام] [المدير] من ممارسة أي حق أو مطالبة إزاء حوزة الإعسار [خلال فترة عدم السداد] [إلى حين أداء التعويضات بالكامل].

ملاحظات

١٤- قرَّر الفريق العامل، في دورته الحادية والأربعين، أن يركّز مشروع التوصية على الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام المنصوص عليه في التوصية ١ وعلى توفير تعويض عن ذلك الضرر. وتوضح التوصية في صيغتها المنقَّحة أن التعويضات تعود إلى حوزة الإعسار (يوضح

مشروع التوصية ٧ أنَّ إمكانية ملاحقة المدير أو الحقَّ في ملاحقته هما شأنان من شؤون حوزة الإعسار). وتستند الجملة الثانية إلى الفقرتين (ج) و(د) من مشروع التوصية ٧ السابقة.

١٥- والغرض من اشتراط أداء التعويض بالكامل قبل أن يتسنى للمدير تقديم مطالبة إزاء الحوزة هو حسم مسألة مدى جواز المقاصة. لكن هناك قاعدة في بعض القوانين تقضي بمنع الشخص الذي يقع عليه الالتزام من ممارسة أي حق أو تقديم أيّ مطالبة إزاء حوزة الإعسار، ويمكن أن تثير هذه القاعدة صعوبات باعتبار أنَّ هذا الحكم يتصل اتصالاً وثيقاً بشؤون الملكية. فقد يرى البعض مثلاً أنها تلغي حقوق ملكية الدائنين في المطالبات. ويرمي مشروع التوصية ٦ إلى تشجيع السداد وإلى منع المدير الذي تَثبت مسؤوليته عن التعويض عن الأضرار من الاستفادة من أي عملية توزيع متعلقة بمطالبته إزاء الحوزة طالما لم يسدد التعويضات. ولعل التوصية توضح أن المقصود هو تأجيل الحق في تقديم المطالبة أو ممارسةِ الحقوق إزاء الحوزة طالما أنَّ التعويضات لم تُسدد بالكامل، وليس إلغاء ذلك الحق. انظر حاشية الفقرة ٤٤ أعلاه بخصوص تقييم قدرة المدير على أداء أيّ تعويضات مقدرة.

التوصية ٧ [سابقاً التوصية ٨]

رفع الدعوى بسبب الإخلال بالالتزام

٧- ينبغي أن يبيّن [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] أنّ سبب رفع الدعوى عن [الضرر الناجم عن] [الخسارة المتكبَّدة أو الضرر الناجم عن] انتهاك الالتزام المنصوص عليه في التوصية ١ يعود إلى حوزة الإعسار وأنّ المسؤوليةَ الرئيسية عن بدء الدعوى عن انتهاك ذلك الالتزام تقع على عاتق ممثل الإعسار. ويجوز أيضاً أن يسمح [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] للدائن أو أيّ طرف آخر ذي مصلحة أن يباشر هذه الدعوى بموافقة ممثل الإعسار، أو أن يلتمس الدائن أو الطرف ذو المصلحة موافقة المحكمة على بدء الدعوى في حال عدم موافقة ممثل الإعسار على ذلك.

ملاحظات

١٦- نُقّح مشروع التوصية ٧ وفقاً لقرار الفريق العامل في دورته الحادية والأربعين (الوثيقة A/CN.9/742، الفقرة ٩٦) بأن ينص على إمكانية رفع الدائنين أو غيرهم من الأطراف ذات المصلحة دعوى بسبب الإخلال بالالتزام الوارد في التوصية ١. وبما أنّ مصطلح "الطرف ذو المصلحة" معرَّف في مسرد المصطلحات الوارد في الدليل التشريعي (المقدمة، الفقرة ١٢(د د)، فهو يُستخدم في التوصية المنقَّحة لضمان شمول أصحاب الأسهم والأطراف الأخرى ذات الصلة.

١٧- ولـمّا كان من الممكن أن تسمح ولايات قضائية مختلفة للدائنين وغيرهم بأن يرفعوا دعاوى، فيمكن إدراج تلك الإمكانية في التوصية باعتبارها أحد الخيارات المتاحة. وينبغي أن يعود الحق في بدء دعوى من هذا القبيل إلى حوزة الإعسار أو يكونَ جزءاً منها من أجل إرساء مبدأ واضح وتحديد وجهة واضحة لأداء أيّ تعويضات يجري تقديرها فيما يتصل بالإخلال (انظر مشروع التوصية ٦).

١٨- وتنص بعض القوانين على وجوب تخلي أغلبية الدائنين أو لجنة الدائنين عن الحق في ملاحقة المدير بسبب الانتهاك قبل إجازة إحالة هذا الحق إلى دائن منفرد. وقد ذُكرت هذه الإمكانية في التعليق (الفقرتان ٤٩ألف-باء)، لكنها قد تزيد مشروع التوصية تعقيداً من حيث النص على ما يلي: (أ) أنَّ سبب إقامة الدعوى يخص الحوزة، (ب) أنه يحق لممثل الإعسار أن يرفع الدعوى، (ج) أنَّ هناك احتمالاً لأن يرفع الدائنون دعوى بموافقة ممثل الإعسار (أو المحكمة)، (د) أنه لا يمكن لدائن منفرد أن يقوم بذلك إلا بموافقة أغلبية الدائنين إضافة إلى ممثل الإعسار.

التوصيتان ٨ و٩ [سابقاً التوصيتان ٩ و١٠]

تمويل الدعوى المرفوعة بسبب الإخلال بالالتزام

٨- ينبغي أن يبيّن [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] أنّ تكاليف الدعوى المرفوعة ضد المدير سوف تُدفع على أنها نفقات إدارية.

٩- يجوز أن ينص [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] على نُهج بديلة بشأن مباشرة الدعوى وتمويلها.

ملاحظات

١٩- أَقرَّ الفريق العامل في دورته الحادية والأربعين (الوثيقة A/CN.9/742، الفقرة ٩٧) مضمون مشروعي التوصيتين ٩ و١٠ السابقتين.

التوصية ١٠ [سابقاً التوصية ١١]

التدابير الإضافية

١٠- يجوز أن يشمل [قانون الإعسار] [القانون المتعلق بالإعسار] تدابير أخرى تُضاف إلى سبل الانتصاف الواردة في التوصية ٦ لردع السلوك الذي يؤدي إلى تحمّل المسؤولية بموجب

التوصية ٤. [ويمكن أن تشمل هذه التدابير تقييد [قدرة الشخص الذي يقع عليه الالتزام] [قدرة المدير] على الاضطلاع بهذا المنصب بفترة زمنية محدَّدة.]

ملاحظات

٢٠- أُعرب في الدورة الحادية والأربعين عن شواغل بشأن الجملة الثانية من مشروع التوصية، على أساس أنها قد ترقى إلى إجراء عقابي ومن ثمّ تكون غير مناسبة (الوثيقة A/CN.9/742، الفقرة ٩٨). وحيث إنه لم يُتوصَّل إلى أي اتفاق حول هذه النقطة في نهاية الأمر، فقد اتُّفق على الاحتفاظ بالجملة الثانية بين معقوفتين لمواصلة النظر فيها لاحقاً.

ثانياً- المسائل المتصلة بمديري الأعضاء في مجموعات المنشآت

ألف- ملاحظات عامة

٥٢- يلاحظ الجزء الثالث من الدليل التشريعي أنَّ مجموعات المنشآت كثيراً ما تتميز بدرجات مختلفة (تتراوح بين المركزية الشديدة والاستقلالية النسبية) وأنواع متباينة (عمودية وأفقية) من الاندماج وبتعقد العلاقات بين أعضاء المجموعة التي قد تنطوي على مستويات مختلفة من الملكية والسيطرة. وتثير هذه العوامل، إلى جانب الكيفية التي تنزع بها هذه المجموعات إلى تنظيم نفسها بموجب القانون المنطبق (أي بصفتها كيانات منفصلة في مقابل منشأة واحدة)، جملةً من المسائل بالنسبة إلى مديري أعضاء المجموعة. وتتناول المناقشة التالية مسألتين تمسان التزامات المدير في سياق المجموعة. وتخص المسألة الأولى شيوع مبدأ الكيان الواحد وتأثيرَه على المدير عندما يكون هناك توتر في العلاقة بين العمل لمصلحة عضو المجموعة الذي يتولى إدارته من جهة ومصالح المجموعة ككل من جهة أخرى. أما الثانية فتتعلق بتعريف الشخص الذي يمكن أن يُعتبر مديراً (انظر الفقرات ٢٠-٢٢ أعلاه) والظروف التي يمكن في ظلها أن يندرج أعضاء آخرون من المجموعة ضمن نطاق ذلك التعريف، لا سيما في حالة علاقاتُ الشركة الأمّ بشركة فرعية مملوكة كلياً لها أو خاضعة لسيطرتها.

(أ) تأثير هياكل مجموعات المنشآت على التزامات المديرين

٥٣- تقع على عاتق المديرين عادةً التزامات إزاء شركتهم، ويجب عليهم أن يعملوا من أجل مصلحتها. ويتعين، في سياق المجموعة، التقيد بمبدأ الفصل بين الكيانات وتسري، بمقتضى معظم القوانين، تلك الالتزامات نفسها بصرف النظر عن أي اعتبار لمصالح المجموعة

وموقع شركة المدير داخل هيكل المجموعة. ويكتسي هذا التركيز على مصالح العضو المنفرد في المجموعة أهميةً بالغة حين يكون من الوارد أن تشكّل ملاءته قضية أو تصبحَ قضية بعد الدخول في أي معاملة يُقصد منها أن تفيد المجموعة ككل. لكن قد يشمل هيكل المجموعة، في الواقع العملي، مديرين يتعين عليهم أن يتصرفوا لخدمةً المصلحة العامة للمجموعة، بحيث يصبح عليهم أن يوازنوا بين مصالح عضو المجموعة الذي يديرونه من جهة والأهداف والاحتياجات الاقتصادية للمجموعة بصفة جماعية من جهة أخرى، وهي أهداف واحتياجات من المحتمل أن تكون متضاربة. ومن أمثلة الحالات التي قد ينشأ فيها هذا التضارب منح عضو من المجموعة قرضاً لعضو آخر في المجموعة أو كفالته لقرض يمنحه مقرضٌ خارجي لعضو آخر في المجموعة. ومنها أيضاً إبرام عضو من المجموعة لاتفاق مع عضو آخر من المجموعة لإحالة أعماله التجارية أو موجوداته إلى ذلك العضو الآخر أو التنازل له عن صفقة تجارية أو التعاقد معه وفق شروط لا يمكن اعتبارها مجدية تجارياً؛ أو دخول عضو من المجموعة في كفالات متبادلة مع أعضاء آخرين من المجموعة لمساعدة المجموعة ككل في استخدام موجوداتها بصورة أكثر فعالية في تمويل عملياتها. وقد تثير هذه المعاملات إشكالاً بسبب العلاقة القائمة بين الأطراف المتعاملة (أي فيما يتصل بالملكية والسيطرة) أو بسبب موقعها داخل المجموعة (بمعنى هل يتعلق الأمر بشركة أُمٍّ أم بشركة فرعية) وأيضاً بسبب كون المعاملة تنطوي على توزيع للمنافع والأضرار يختلف عما يمكن اعتباره، عموماً، مجدياً من الناحية التجارية. فعلى سبيل المثال، قد تكون استبانة المنافع التي تجنيها الشركة الأمّ من إقراض شركة فرعية مملوكة كلياً أو الدخول في معاملات أخرى معها (معاملات المصب) أيسرَ مما يكون عليه الأمر في الحالة المقابلة (معاملات المنبع)، لا سيما حين لا تكون الشركة الفرعية مملوكة كلياً، أو المنافع المتأتية من المعاملات داخل المجموعة بين الشركات الفرعية (معاملات جانبية).

٥٤- وقد تبدو مطالبة مديري أعضاء المجموعة بتجاهل الهيكل التنظيمي الذي يشتغل في نطاقه عضو المجموعة الذي يديرونه غيرَ واقعية من الناحية التجارية، لكن وجه الصعوبة التي تنشأ، في إطار الاعتبارات المشار إليها آنفاً، هي كيفية تقييم المنافع التي سوف يجنيها عضو منفرد من المجموعة من معاملة لا تبدو معقولة إلا عند النظر إليها من منظور المجموعة العام. فقد تكون المنفعة، في بعض الحالات، مباشرة ومن اليسير نسبياً التأكد منها، وقد لا تكون بيّنة على الفور في حالات أخرى، بل وقد تقتضي من الأعضاء المنفردين نوعاً من التضحية، ولو على المدى القصير فحسب. وعلاوةً على ذلك، قد يشمل التقييم عوامل متعددة شبيهة بالعوامل التي ورد ذكرها في التوصية ٢١٧ (الجزء الثالث)، من قبيل العلاقة بين أطراف

المعاملة ودرجة الاندماج بينها والغرض من المعاملة، وما إذا كانت المعاملة قد مَنحت أعضاء المجموعة أو أشخاصاً آخرين ذوي صلة مزايا لا تُمنح عادةً بين الأطراف التي لا تربطها صلة، وما إذا كانت المعاملة يمكن وصفها بأنها من المنبع أو المصب أو معاملة جانبية.

٥٥- وقد أعطت المحاكم في مختلف الولايات القضائية درجاتٍ متباينة من الاعتراف بالواقع العملي لكيفية اشتغال مجموعات المنشآت. فبينما يتواصل التركيز على المديرين الذين يمارسون صلاحياتهم لمصلحة أعضاء مجموعتهم، قد يولي المديرون، مع ذلك، في ولايات قضائية أخرى، على سبيل المثال، اهتماماً بالمنافع التجارية المباشرة أو الثانوية التي يجنيها ذلك العضو في المجموعة من معاملة معيَّنة مع أعضاء آخرين في المجموعة، ومدى ارتهان رخاء عضو مجموعتهم أو استمراره في البقاء بعافية المجموعة ككل. وليست المنفعة الجماعية في العادة مبرراً كافياً في حد ذاتها. وفضلاً عن ذلك، قد يُشترط على المديرين أيضاً أن يضعوا في الاعتبار أية أضرار متوقَّعة بصورة معقولة يمكن أن تُلمّ بعضو المجموعة الذي يديرونه من جرّاء المعاملة وأن يراعوا وضعية دائنيه غير المضمونين، لا سيما حين يكون من شأن المعاملات المعنية أن تؤثّر في ملاءة ذلك العضو. ويكتسي الاعتبار الأخير أهمية خاصة عندما تكون المعاملة كفالةً أو ضماناً لقرض يُمنح لعضو آخر في المجموعة.(٤)

٥٦- وتسمح ولايات قضائية أخرى لمديري شركات المجموعات بالتصرف لما فيه مصلحة المجموعة برمّتها عند استيفاء بعض الشروط، مثل وجود هيكل متوازن وراسخ للمجموعة، ومشاركة عضو المجموعة في سياسات المجموعة الطويلة الأجل والمتماسكة، وافتراض المديرين بحسن نية وبصورة معقولة أن أي ضرر سوف يلحق بعضو المجموعة الذي يديرونه سوف يعوض بمزايا أخرى في الوقت المناسب. ويسمح نهج آخر لمديرِ عضو في مجموعة بأن يتصرف لخدمة مصلحة الشركة الأمّ شريطة ألا يضر بقدرة عضو المجموعة على أداء ديونه لدائنيه وحصول المدير على إذن بذلك، إما بمقتضى النظام الأساسي لعضو المجموعة أو من قِبَل أصحاب الأسهم، تبعاً لما إذا كان عضو المجموعة مملوكاً كلياً أو جزئياً. وينبغي ألا يكون عضو المجموعة معسراً وقت قيام المدير بذلك، ولا أن يصبح معسراً من جراء ذلك.

٥٧- وكما ذُكر في الجزء الثالث (الفقرات ٧٥-٨٠)، فقد يُكتشف أن بعض المعاملات داخل المجموعة هي معاملات بين أشخاص ذوي صلة وعرضة للإبطال في سياق الإعسار. وتنص بعض القوانين على أن هذه المعاملات من شأنها أيضاً أن تُعرّض المدير للمسؤولية

(4) هذه الاعتبارات شبيهة بالاعتبارات المشار إليها في التوصية ٢١٢ بشأن توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق المجموعة.

الشخصية إذا كان عضو المجموعة معسراً فعلاً أو أصبح معسراً بسبب المعاملة. وقد لا تغطي الأحكام المتعلقة بالأطراف ذات الصلة معاملات أو تصرفات أخرى، مثل قرار الامتناع عن اتخاذ إجراء (مثلاً عدم التنافس مع عضو آخر في المجموعة على فرصة معيَّنة) أو تغيير دور الشركة (على سبيل المثال ببيع موجودات العضو إلى جهة خارجية إما لتقليص نشاطها أو لتحويلها إلى "خزانة مالية" للمجموعة). ولا تشترط الأحكام المتعلقة بالأطراف ذات الصلة مراعاة مصالح الدائنين.

(ب) تعريف "المدير" في سياق المجموعة

٥٨- تناقش الفقرة ٢٠ أعلاه المسألة الثانية المتعلقة بالظروف التي يمكن فيها اعتبار عضو في المجموعة أو مديرِ عضو في المجموعة (مثل شركة قابضة) مديراً، بما في ذلك المديرُ المستتر (الحاشية ٦)، لعضو آخر في المجموعة. ولا تسمح بعض القوانين لعضو في المجموعة بأن يعيَّن مديراً لعضو آخر في المجموعة، بيد أنه يمكن اعتبار عضو في المجموعة مديراً مستتراً لعضو آخر. وقد يَحدُث ذلك بصور شتى، مثل أن يكون مجلسا إدارتيهما مشكَّلَيْن في صلبهما من نفس الأشخاص، أو تكون أغلبية أعضاء مجلس إدارة عضو في المجموعة معيَّنة من لدن العضو الآخر الذي يكون في موقع سيطرة، أو أن يشرف عضو على اتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة المجموعة وماليتها، أو أن يتدخل عضو من المجموعة تدخلاً مستمراً ومتغلغلاً في تسيير شؤون عضو مجموعة أخرى، ويحدُث ذلك عادةً في حالة الشركة الأم وعضو المجموعة الخاضع لسيطرتها.

٥٩- ويناقش الجزء الثالث من الدليل التشريعي توسيع المسؤولية عن الديون الخارجية في سياق المجموعة ويلاحظ (في الفقرة ٩٩) أنه يجوز في عدد من الأمثلة، التي يمكن فيها توسيع نطاق المسؤولية لتشمل الكيان الأُمّ، أن تشمل تلك المسؤولية المسؤوليةَ الشخصية لأعضاء مجلس إدارة الكيان الأُمّ (الذين قد يكونون مديرين معيَّنين رسمياً أو مديرين بحكم الواقع أو مديرين مستترين). ومن الصعوبات الرئيسية في توسيع نطاق المسؤولية في تلك الحالات إثبات ذلك السلوك للتدليل على أن الكيان الأمّ كان يتصرف كمدير بحكم الواقع أو كمدير مستتر لعضو المجموعة الآخر.

باء- مسائل للنظر

٦٠- لعلّ الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان من اللازم إدراج توصيات إضافية لمعالجة المسائل المثارة أعلاه. فهل من المستصوب، على سبيل المثال، تمكين مدير شركة على وشك الإعسار من مراعاة مصالح المجموعة ككل بالإضافة إلى مصالح العضو الذي يدير

شؤونه في المجموعة، أم ينبغي التركيز حصراً على عضو المجموعة الذي يتولى إدارته؟ ثانياً، اتفق الفريق العامل على أنه ينبغي تحديد تعريف "المدير" لأغراض هذا العمل وفقاً للقانون الوطني (انظر مشروع التوصية ...). فهل ذلك التعريف واسع بما يكفي ليشمل الاعتبارات ذات الصلة بمجموعات المنشآت؟

ثالثاً- المسائل العابرة للحدود

٦١- اتفق الفريق العامل في دورتيه التاسعة والثلاثين والأربعين على أن ينظر في المسائل العابرة للحدود في دورة مقبلة (A/CN.9/715، الفقرة ١٠٩ وA/CN.9/738، الفقرة ٥٢). ولعل الفريق العامل يود أن يحدد منها المسائل التي ينبغي مواصلة النظر فيها في سياق العمل الحالي والكيفيةَ التي يمكن بها معالجتها.