الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.V/WP.113

الجمعية العامة

Distr.: Limited
12 February 2013
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الثالثة والأربعون
نيويورك، ١٥-١٩ نيسان/أبريل ٢٠١٣

قانون الإعسار

الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
مقدّمة	١-٨	٢
دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار		٤
الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار		٤
أولاً- الخلفية	١-١٥	٤
ثانياً- أركان الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار	١٦-٥٧	١١
ألف- طبيعة الالتزامات	١٦-٢١	١١
باء- تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الالتزامات: فترة الاقتراب من الإعسار	٢٢-٢٥	١٧
جيم- تحديد الأطراف التي تقع على عاتقها الالتزامات	٢٦-٢٩	١٩
دال- المسؤولية	٣٠-٣٦	٢١
هاء- إنفاذ الالتزامات الواقعة على المديرين عند بدء إجراءات الإعسار	٣٧-٥٧	٢٥

270313 V.13-80787 (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

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 الأنشطة بشأن موضوعين من مواضيع الإعسار لهما معاً أهمية في الوقت الراهن، ويكون تحقيق مزيد من المواءمة في النُّهُج الوطنية بشأن كل منهما مفيداً في توفير اليقين وإمكانية التنبّؤ.

٣- وتتناول هذه المذكّرة الموضوع الثاني، الذي اقترحته المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية (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 دوراته الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين (٣١ تشرين الأول/أكتوبر - ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١، فيينا؛ ٣٠ نيسان/أبريل - ٤ أيار/مايو ٢٠١٢، نيويورك؛ ٢٦-٣٠ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٢، فيينا). وترِد مداولاتُ الفريق العامل واستنتاجاتُه في التقارير عن تلك الدورات (A/CN.9/715 وA/CN.9/738 وA/CN.9/742 وA/CN.9/763 على التوالي).

(1) نوقش الموضوع الأول، المتعلق بمركز المصالح الرئيسية والمسائل ذات الصلة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.112.

٥- 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 وA/CN.9/WG.V/WP.108، وإلى القرارات التي اتخذها الفريق العامل في دوراته التاسعة والثلاثين والأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين. ولتيسير الرجوع إلى الوثيقتين A/CN.9/WG.V/WP.104 وA/CN.9/WG.V/WP.108 المتضمنتين لمشروعي النص السابقين، أبقت هذه المذكرة على أرقام الفقرات والتوصيات المستخدمة في هاتين الوثيقتين بين قوسين معقوفتين.

٦- ووفقاً للافتراض العملي الذي اعتمده الفريق العامل في دورته الحادية والأربعين (A/CN.9/742، الفقرة ٧٤)، وهو أن يشكِّل العمل جزءاً من الدليل التشريعي لقانون الإعسار، يتّبع النص الوارد أدناه الشكل المعتمد في الدليل التشريعي. ولعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن يشكّل ذلك النص جزءاً جديداً من الدليل التشريعي أو يمكن إدراجه كباب إضافي في جزء قائم، مثلاً في الفصل الثالث من الجزء الثاني المتعلق بالمشاركين. ووفقاً لطلب مقدَّم خلال الدورة الثانية والأربعين، أصبح ترتيب التعليق يجسّد الآن ترتيب التوصيات، ولم تعد التوصيات ترِد مجتمعة في نهاية النص، بل تتبع الأجزاء ذات الصلة من التعليق. ويتصدّر بند عن الغرض كلَّ مجموعة توصيات على حدة، تماشياً مع الأجزاء من الأول إلى الثالث من الدليل.

٧- ولعلّ الفريق العامل يودّ أيضاً النظر فيما إذا كان ينبغي إدراج أي مصطلحات محدَّدة في مسرد مصطلحات لهذا [الجزء].

٨- ولعلّ الفريق العامل يودّ أن يحيط علماً بأن الفقرات التالية تتضمَّن نصاً جديداً مدرَجاً بين قوسين معقوفتين للنظر فيه: المقدّمة والغرض، الفقرتان ١ و٢؛ الخلفية، الفقرة ٢؛ الباب الثاني، الفقرات ٢٠ (د) و(و) و(ي) و٢١ و٢١ ألف و٢٢ و٢٥ و٣٣ و٣٥ و٣٦ و٤٧ و٤٨ و٥١ و٥٥ و٥٧. وأُدرجت بنود الغرض الخاصة بمشاريع التوصيات من ٣ إلى ١٢ للنظر فيها، فضلاً عن بعض الكلمات الواردة في مشاريع التوصيات ١ و٣ و٦ و٨ ومشروع التوصية ١٢ والحاشية المتعلقة به.

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار

الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار

مقدِّمة هذا [الجزء] والغرض منه

[١- يركّز هذا [الجزء] على الالتزامات التي يمكن أن تُفرَض على المسؤولين عن اتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة منشأة عندما تواجه حالة إعسار وشيك أو عندما يصبح الإعسار حتمياً. والهدف من فرض هذه الالتزامات، التي تصبح واجبة الإنفاذ لدى بدء إجراءات الإعسار، هو حماية المصالح المشروعة للدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين وتشجيع اتخاذ إجراءات في الوقت المناسب للحد قدر الإمكان من آثار الضائقة المالية التي تواجهها المنشأة. ويمثِّل تشكيل مجلس إدارة عاملاً مهماً في معالجة هذه القضايا. ويتألف المجلس، عموماً، من أفراد لهم حصة في ملكية المنشأة وأفراد يشتغلون لحسابها، كأن يديروا عملياتها التجارية، أو لهم علاقات بأصحاب أسهمها ("المديرون الداخليون")، إلى جانب أفراد مستقلين يقع عليهم الاختيار في أحيان كثيرة بحكم خبرتهم وحنكتهم في الميدان التجاري ("المديرون المستقلون"). وقد لا يطّلع المديرون المستقلون على المعلومات بالقدر نفسه المعروف أو المتاح للمديرين الداخليين أو للدائنين أو للأطراف الثالثة. ويمكن أن تتباين المسؤولية ما بين المديرين الداخليين والمديرين المستقلين تبعاً للوضع السائد في الواقع.]

[٢- وقد عولجت الأركان الأساسية للأحكام التي تفرض تلك الالتزامات، بما في ذلك (أ) طبيعة الالتزامات ونطاقها، (ب) الوقت الذي ينبغي أن تنشأ فيه الالتزامات، (ج) الأشخاص الذين تقع عليهم الالتزامات، (د) تبعة انتهاك الالتزامات، (ه) إنفاذ تلك الالتزامات، (و) الدفوع المنطبقة، (ز) سبل الانتصاف، (ح) الأشخاص الذين يمكنهم رفع دعوى لإنفاذ الالتزامات، (ط) كيفية تمويل تلك الدعاوى].

أولاً- الخلفية

١- [٦] تنظِّم أُطر حوكمة الشركات مجموعة العلاقات القائمة بين هيئة إدارة الشركة ومجلس إدارتها وأصحاب أسهمها وأصحاب المصلحة الآخرين، وهي لا تنص فقط على الهيكل الأساسي الذي يجري من خلاله تحديد أهداف الشركة وبلوغها، وإنما أيضاً على المعايير التي يُستند إليها في مراقبة الأداء. ومن شأن الحوكمة الجيدة للشركات أن توفِّر لمجلس الإدارة ولهيئة الإدارة حوافز للسعي إلى تحقيق الأهداف التي تصبّ في مصلحة الشركة

وأصحاب أسهمها، وأن تعزِّز الثقة اللازمة لزيادة الاستثمارات في الشركة وتطوير أعمالها. وقد بُذل الكثير من الجهود على الصعيد الدولي لوضع مبادئ لحوكمة الشركات تُعتمد على نطاق واسع،[٢] وتشمل الالتزامات التي تقع على عاتق المسؤولين عن اتخاذ قرارات تخص إدارة منشأة (الذين يشار إليهم في هذا [الجزء] بـ"المديرين")[٣] عندما تكون المنشأة موسرة.

٢- [٧] ويقرّ العديد من قوانين الإعسار بأنَّ الالتزامات الواقعة على المديرين تختلف عندما تبدأ إجراءات الإعسار من حيث الجوهر ومحور التركيز عن الالتزامات الواقعة عليهم قبل بدء تلك الإجراءات، إذ تكون الأولوية هي التركيز على تعظيم قيمة الحوزة إلى الحد الأقصى وصونها لتوزيعها على الدائنين. وفي كثير من الأحيان، يحلّ محل المديرين ممثل إعسار في تسيير الشؤون الجارية للشركة، ولو أنّ من الممكن أن يكون لهم مع ذلك دور مستمر بموجب بعض قوانين الإعسار، ولا سيما في إعادة التنظيم. [تتناول التوصية ١١٢ عدداً من الاحتمالات بشأن الدور الذي يمكن أن يؤديه المدين في استمرار عمل الشركة، بما في ذلك الاحتفاظ بالسيطرة الكاملة، والإحلال المحدود، والإحلال الكامل]. وترِد الالتزامات الواقعة على المديرين بعد بدء إجراءات الإعسار في التوصيات ١٠٨-١١٤ أعلاه وفي الفقرات ٢٢-٣٤ من التعليق الوارد في الفصل الثالث من الجزء الثاني. وتحدِّد التوصية ١١٠ بشيء من التفصيل الالتزامات التي تقع على المديرين بموجب قانون الإعسار لدى بدء إجراءات الإعسار وتستمر خلال تلك الإجراءات، بما في ذلك الالتزامُ بالتعاون مع ممثل الإعسار ومساعدته على أداء واجباته؛ وتقديم معلومات دقيقة وموثوقة وكاملة فيما يتعلق بالوضع المالي للشركة وأعمالها التجارية؛ والتعاون مع ممثل الإعسار ومساعدته على السيطرة على الحوزة بشكل فعّال وتيسير استرداد الموجودات والسجلات التجارية. وتُناقَش أيضاً مسألة فرض عقوبات عندما لا يمتثل المدين لهذه الالتزامات (التوصية ١١٤ والفقرات ٣٢-٣٤ من التعليق).

٣- [٨] وينبغي لقوانين الإعسار الفعّالة أن تتيح، بالإضافة إلى عملية قانونية يمكن التنبّؤ بها لمعالجة الصعوبات المالية التي تُلمُّ بالمنشآت المتعثّرة والإطار اللازم لإعادة تنظيم تلك المنشآت بفعالية أو لتصفيتها بصورة منظَّمة، دراسةَ الظروف التي تسبّبت في الإعسار ولا سيّما سلوك مديري المنشأة في الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار. بيْد أنَّه لم يُضطلَع بجهد يُذكَر على الصعيد الدولي لمواءمة مختلف النهوج المعتمدة في القوانين الوطنية على نحو قد ييسر دراسة ذلك السلوك، ولا تزال اختلافات كبيرة قائمةً في هذا المجال.

(2) انظر على سبيل المثال مبادئ منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي المتعلقة بحوكمة الشركات، ٢٠٠٤.

(3) ترِد مناقشة مسألة مَن يمكن أن يُعتبر مديراً لأغراض هذا [الجزء] في الفقرات ... أدناه. ومع أنه لا يوجد تعريف مقبول عموماً لذلك المصطلح، إلا أن هذا الجزء يشير عموماً إلى "المديرين" لتيسير الإحالة.

كذلك فإن طبيعة ونطاق الالتزامات التي قد تقع على المديرين في الفترة التي قد تواجه المنشأة التجارية فيها ضائقةً مالية ولكن دون أن تبلُغ مرحلة الإعسار أو تخضع لإجراءات الإعسار غير محدَّدَيْن جيداً، لكنهما باتا باطرادٍ موضوع نقاش واسع، ولا سيّما بالنظر إلى العدد الكبير من الشركات التي أخفقت إثر الأزمة المالية العالمية التي حدثت في سنة ٢٠٠٨.

٤- [٩] وتحتاج المنشآت التجارية التي يتعذَّر عليها الوفاء بالتزاماتها المالية والتعاقدية عند استحقاقها، أو تكون على وشك أن يتعذَّر عليها ذلك، إدارةً قوية، حيث يلزم في كثير من الأحيان اتخاذ قرارات صعبة وتقدير أمور صعبة تتسم بأهمية حاسمة بالنسبة لبقاء الشركة، مع ما يعود به ذلك من منافع على مالكيها ودائنيها وعملائها وموظفيها وغيرهم. وينبغي للمديرين المتمرسين أن يفهموا الوضع المالي للشركة وأن يكونوا مطلعين على كل ما هو متاح بصورة معقولة من المعلومات اللازمة لتمكينهم من اتخاذ التدابير المناسبة لمعالجة الضائقة المالية وتجنُّب تفاقم الوضع. ويكون على المديرين، في مثل هذه الأوقات، اختيار النهج الذي يخدم مصالح المنشأة ككل على أفضل وجه، بعد دراسة مصالح أصحاب المصلحة المعنيين في ظل ظروف الحالة المعيَّنة. وتَعتبر بعض القوانين أنَّ أصحاب المصلحة أولئك هم الشركة نفسها وأصحاب الأسهم فيها. وقد يشملون، طبقا لقوانين أخرى، مجموعة أوسع من أصحاب المصالح المشتركة تشمل الدائنين. وربما يعمَد المديرون المتخوفون من المسؤولية الشخصية والعواقب المالية التي قد تترتب على اتخاذ قرارات صعبة في تلك الظروف إلى إغلاق الشركة قبل الأوان بدلاً من السعي إلى حل المشاكل التي تواجهها، وربما يسلكون سلوكاً غير مناسب، بما في ذلك التصرّفُ على نحو جائر في موجودات الشركة أو ممتلكاتها وقد يغريهم قرار الاستقالة، وهو أمر كثيراً ما يفاقم الصعوبات التي تواجهها الشركة.

٥- [٩ ألف] وليس من اليسير على المديرين تحقيق التوازن بين المصالح والحوافز المختلفة لأصحاب المصلحة، مما يمثّل مصدراً محتملاً للمنازعات. فعلى سبيل المثال، يكون أصحاب الأسهم في المنشأة، الذين لا يُرجَّح لهم عادةً المشاركة في أي توزيع في إجراءات الإعسار، مهتمّين بزيادة قيمة أسهمهم إلى أقصى حدّ من خلال السعي إلى الخروج من مشكلة الإعسار عن طريق عملية مبادلة تجارية، أو تأخير أيّ عملية بيع ممكنة أملاً في الحصول على عوائد أفضل، ولا سيّما عندما لا يغطي سعر البيع إلاّ مطالبات الدائنين ولا يترك أيَّ شيء لأصحاب الأسهم. وقد تنطوي هذه التدابير على اعتماد استراتيجيات عالية المخاطر لحماية القيمة أو زيادتها لفائدة أصحاب الأسهم، بيد أنَّها في الوقت نفسه تعرِّض مصالح الدائنين للخطر. وربما تجسّد هذه التدابير أيضاً اهتماماً محدوداً بفرص النجاح، وذلك بسبب الحماية التي توفِّرها المسؤولية المحدودة أو ضمان مسؤولية المديرين في حال فشل تلك التدابير.

٦- [١٠] وعندما تواجه شركة ما ضائقة مالية، فلا بدّ من التعجيل باتخاذ تدابير رغم الصعوبات المحتملة المرتبطة باتخاذ قرارات تجارية مناسبة. فالتدهور المالي يحدث في العادة بصورة أسرع مما يتصوّرها الكثير من الأطراف، وكلما تردّى الوضع المالي للمنشأة تضاءلت بسرعةٍ أيضاً الخيارات المتاحة للتوصل إلى حل مجدٍ. ويتعين أن يكون اتخاذ التدابير في مرحلة مبكرة ميسَّراً بفضل سهولة استخدام الإجراءات ذات الصلة؛ فليس هناك مكاسب تُذكر من استعجال المديرين لاتخاذ تدابير في مرحلة مبكِّرة إذا تعذَّر وضع تلك التدابير في إطار إجراءات فعَّالة.(٤) وعلاوة على ذلك، فإنَّ القوانين التي تعرِّض المديرين لتبعات بسبب التعامل التجاري خلال سير إجراءات غير رسمية من قبيل المفاوضات الرامية إلى إعادة الهيكلة (التي نوقشت في الفقرات ٢-١٨ من الفصل الثاني من الجزء الأول) قد تُثني المديرين عن اتخاذ تدابير في مرحلة مبكِّرة. ورغم أنَّ محور التركيز في قوانين الإعسار السارية في العديد من البلدان قد عُدِّل بصورة مناسبة لزيادة عدد الخيارات المتاحة لاتخاذ تدابير مبكرة تيسيراً لإنقاذ المنشآت وإعادة تنظيمها، فلم يُركَّز بالقدر الكافي على وضع حوافز مناسبة للمديرين لاستخدام تلك الخيارات. وكثيراً ما يُترك للدائنين أمر الأخذ بتلك الخيارات أو بدء إجراءات الإعسار الرسمية بالنظر إلى عدم قيام المديرين بما يلزم في الوقت المناسب.

٧- [١١] ويتصدَّى عدد من الولايات القضائية لمسألة تشجيع التبكير باتخاذ التدابير من خلال فرض التزام على المدين بتقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار الرسمية في غضون فترة زمنية محدَّدة بعد وقوع الإعسار، لتفادي التعامل التجاري عندما تكون الشركة معسرة. وتتناول قوانين أخرى هذه المسألة بالتركيز على التزامات المديرين في الفترة السابقة لبدء إجراءات الإعسار وتحديد التبعات الواقعة عليهم بسبب الضرر الناجم عن مواصلتهم التعامل التجاري عندما يتضح لهم أنّه لا يمكن تفادي الإعسار أو كان ينبغي لهم توقع ذلك. وتهدف هذه الأحكام إلى وضع الحوافز المناسبة للتعجيل باتخاذ التدابير من خلال مفاوضات إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم، ومنع المديرين من تحميل جهات خارجية تكاليف الضائقة المالية التي تمر بها الشركة ومن تحميل الدائنين تبعات جميع مخاطر مواصلة التعامل التجاري.

٨- [١٢] ويشكّل فرض هذه الالتزامات موضوع نقاش متواصل. فمن يقرّ بأنّ لهذا النهج ميزات(٥) يشير إلى أنّ تلك الالتزامات قد تشجِّع المديرين على توخي الحذر والتبكير

(4) ذهب رأي إلى أنَّ قلة الحالات التي تخضع لتشريعات الشركات المعسرة في إحدى الدول يُعزى إلى السهولة النسبية لاستخدام الإجراءات الطوعية، حيث لا تُصفّى في نهاية المطاف إلاّ الشركات المعسرة إعساراً لا أمل في الخروج منه.

(5) انظر على سبيل المثال Directors in the Twilight Zone III (2009), INSOL International, Overview, p.5.

باتخاذ تدابير لوقف تدهور الشركة بغية حماية الدائنين الحاليين من تفاقم الخسائر والدائنين المقبلين من التورط في الضائقة المالية التي تعاني منها الشركة. وقد تؤدي هذه الالتزامات أيضاً إلى مراقبة المديرين وضبط تصرفاتهم، مما يثنيهم عن اتخاذ تدابير تنطوي على مخاطرة بالغة أو عن الموافقة بصورة لا فاعلة على اتخاذ ما يقترحه مديرون آخرون من تدابير مفرطة الخطورة بسبب العقوبات المفروضة في حال عدم أداء الالتزامات. وثمّة ميزة أخرى مرتبطة بفرض هذه الالتزامات، وهي أنها تحفز المديرين على الحصول على مشورة فنية مختصة عندما تلوح الضائقة المالية في الأفق.

٩- [١٣] أما المعلّقون الذين يرون أنّ لفرض تلك الالتزامات مساوئ كبيرة فيسوقون أمثلة منها أن قاعدة 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. وهناك احتمال أن يبادر المديرون، سعياً منهم لتفادي التبعات، إلى إغلاق منشآت تجارية قبل الأوان كان بإمكانها لولا ذلك مواصلة نشاطها، بدلاً من محاولة إخراجها من الضائقة التي تمر بها. بيْد أنّ من شأن الأحكام المصاغة بطريقة سليمة أن تثني عن التسرع المفرط في إغلاق المنشأة التجارية وأن تشجِّع المديرين على مواصلة التعامل التجاري عندما يكون ذلك هو السبيل الأنسب للحد من خسارة الدائنين، وهي الأوفر حظاً بدرجة كبيرة لأن تُحقِّق التوازن بين الحقوق والتوقعات المشروعة لجميع أصحاب المصلحة، حيث تميِّز بين حالات سوء السلوك والحالات التي تنطوي على أحوال السوق أو غيرها من العوامل الخارجية. ومن المساوئ التي يسوقها أولئك المعلّقون أيضاً أنَّ الالتزامات قد تنتقص من الوضع القانوني الذي اكتسبته الشركة عند تأسيسها، ولو أنَّ من الممكن القول بأنه ينبغي اعتبار المسؤولية المحدودة مزيةً وأنَّ المحاكم تتنبّه إلى احتمال إساءة استخدام المسؤولية المحدودة بما يُلحق الضرر بالدائنين. ويمكن أيضاً اعتبار أنَّ هذه الالتزامات تُضْعف حوافز المبادرة لأنَّ فرط المخاطر قد يثني المديرين عن اتخاذ تدابير. وينبغي ألاَّ تركِّز الأحكام المصاغة بصورة سليمة على أسباب الصعوبات بقدر تركيزها على ما يقوم به المديرون (أو يغفلونه) من أعمال بعد حدوثها. وتشير الأمثلة المستقاة من الولايات القضائية التي تتضمَّن قوانينها مثل هذه الالتزامات إلى أنَّ المديرين الذين أظهروا عدم المسؤولية بأكبر قدر من الوضوح كانوا هم فقط الذين تحمَّلوا تبعات.

١٠- [١٤] وقد قيل أيضاً إنَّ هذه الالتزامات قد تفاقم من عدم القدرة على التنبؤ، لأنَّ التبعات تتوقف على الظروف الخاصة بكل حالة وأيضاً على النُهُج التي ستتبعها المحاكم في المستقبل. وأُشيرَ إلى أنَّ العديد من المحاكم تفتقر إلى الخبرات اللازمة للنظر في السلوك

التجاري بعد وقوع الحدث، وقد تنزَع إلى انتقاد القرارات التي اتخذها المديرون في الفترة المعنية. أمّا في الولايات القضائية التي لديها خبرة في مجال إنفاذ هذه الالتزامات، فإنَّ المحاكم تنزع إلى قبول التدابير التي يتخذها المديرون، ولا سيما في حال اتخاذها بناء على مشورة مستقلة. وأُشيرَ أيضاً إلى تزايد مخاطر التبعات غير المتوقَّعة على المصارف وغيرها من الأطراف التي قد تُعتبر بمثابة مديرين بسبب علاقاتها بالشركة، وبخاصة وقت الإعسار. ويُستحسن أن تنص التشريعات ذات الصلة على توفير الحماية الواجبة لهذه الأطراف عندما تتصرف بحسن نية، وتتعامل بصورة مستقلة مع المدين، وبطريقة معقولة من الناحية التجارية.[٦] وقيل أيضا إنَّ فرض هذه الالتزامات هو مبالغة في تعويض الدائنين الذين يمكنهم حماية أنفسهم من خلال العقود التي يبرمونها وأنّه لا داعي بالتالي لتلك التشريعات. بيد أن هذا النهج يفترض مسبقاً، مثلاً، أنّ جميع الدائنين مرتبطون بعقد مع المدين وأنَّ بإمكانهم التفاوض بشأن تدابير مناسبة لحماية حقوقهم لتغطية مجموعة واسعة من الطوارئ وأنَّ لديهم الموارد وأنَّهم مستعدون لمراقبة أعمال الشركة وقادرون على ذلك. لكن ليس جميع الدائنين في هذا الوضع.

١١- [١٥] وتُحدَّد واجبات المديرين وتبعاتهم في قوانين تختلف من دولة إلى أخرى، من بينها قانون الشركات والقانون المدني والقانون الجنائي وقانون الإعسار، وقد تُدرَج في بعض الحالات في أكثر من واحد من تلك القوانين، أو قد تتوزع بينها. ففي النظم التي تعتمد القانون العام، قد تنطبق الالتزامات بموجب القانون العام، أو بموجب التشريعات ذات الصلة. وتوجد أيضاً وجهات نظر مختلفة بشأن ما إذا كانت مسؤوليات المديرين والتبعات الواقعة عليهم تمثل أحد مواضيع قانون الإعسار أم قانون الشركات. وتتعلق وجهات النظر هذه بوضع الشركة، سواء باعتبارها موسرة، فتسري عليها عادةً قوانين مثل قانون الشركات، أو باعتبارها خاضعة لإجراءات الإعسار، فيسري عليها قانون الإعسار (ولو أنَّ هناك أمثلة لا يمكن التمييز فيها بهذا القدر من الوضوح).[٧] وتثير الفترة السابقة لبدء إجراءات الإعسار، والتي يُحتمل أن يكون المدين فيها معسراً من الناحية الواقعية، شواغل ربما لا تُعالَج على النحو المناسب في قانون الشركات أو في قانون الإعسار. إلاَّ أنَّ فرض التزامات قابلة للإنفاذ بصفة رجعية بعد بدء إجراءات الإعسار قد يفضي إلى تداخل بين الالتزامات المنصوص عليها في مختلف القوانين، ويُستحسن التنسيق بينها لضمان الشفافية والوضوح وتفادي احتمالات التضارب.

(6) انظر الفقرة ٢٧ [٢١].

(7) تسليماً بهذه المسألة، تعتمد التوصيات الواردة في هذا [الجزء] نهجاً مرناً بالإشارة إلى "القانون المتعلق بالإعسار".

١٢- [١٦] ولا تتسم القوانين التي ترِد فيها الالتزامات هي فقط بالتنوّع، بل إنّ الالتزامات هي نفسها متنوعة أيضاً. فكما وردت الإشارة سلفاً، تختلف الالتزامات المنطبقة قبل بدء إجراءات الإعسار عادةً عن الالتزامات المنطبقة لدى بدء تلك الإجراءات (انظر الفقرات ٢٢-٣٣ من الفصل الثالث من الجزء الثاني). وتتنوع كذلك المعايير التي ينبغي للمديرين مراعاتها في أداء مهامهم تبعاً لطبيعة الكيان التجاري ونوعه، على سبيل المثال الشركة العمومية ككيان يختلف عن الشركة ذات الملكية المحدودة أو المغلقة أو الشركة الخاصة أو المنشأة المملوكة لأسرة، وتبعاً للولاية (أو الولايات) القضائية التي يعمل فيها هذا الكيان، وقد ترتهن أيضاً بما إذا كان المدير شخصاً خارجياً مستقلاً أو مديراً داخلياً.

١٣- [١٧] ويتصل تطبيق القوانين التي تعالج الالتزامات والتبعات الواقعة على المديرين اتصالاً وثيقاً بقواعد قانونية وأحكام تشريعية أخرى بشأن حوكمة الشركات ويتفاعل معها تفاعلاً وثيقاً. ففي بعض الولايات القضائية، تشكّل تلك القوانين جزءاً أساسياً من الأطر السياساتية القائمة، مثل الأطر التي تحمي المودِعين في المؤسسات المالية وتيسِّر جمع الإيرادات وتعالج ما لبعض فئات الدائنين من أولوية على دائنين آخرين (مثل الموظفين)، إلى جانب الأطر القانونية والتجارية والثقافية ذات الصلة في السياق المحلي.

١٤- [١٨] وينبغي للأحكام التنظيمية الفعّالة في هذا الميدان أن تهدف إلى الموازنة بين هذه الأهداف والمصالح المتضاربة لمختلف أصحاب المصلحة، وذلك بالمحافظة على حرية المديرين في ممارسة واجباتهم وفي تقديرهم للأمور على النحو الصحيح، مع تشجيعهم في الوقت نفسه على التصرف بروح المسؤولية، وتثبيط التصرفات غير السليمة وردع الإفراط في المخاطرة وتعزيز أنشطة إقامة المشاريع والتشجيع على القيام في مرحلة مبكرة بإعادة تمويل أو تنظيم المنشآت التي تواجه صعوبات مالية أو تواجه خطر الإعسار. ومن شأن هذه الأحكام التنظيمية أن تعزّز من ثقة الدائنين وتزيد من استعدادهم لممارسة الأعمال التجارية مع الشركات، وتشجّع مشاركة مزيد من المديرين المتمرسين، الذين قد يحجمون لولا ذلك عن المشاركة بسبب المخاطر المتعلقة بالإخفاق، وتُعززَ الحوكمة الرشيدة للشركات، مما يزيد من القدرة على التنبّؤ بالمركز القانوني لهؤلاء المديرين ويحدّ من مخاطر لجوء رافعي دعاوى الإعسار إلى مقاضاتهم بعد بدء إجراءات الإعسار. ومن شأن القصور وعدم الوضوح في المبادئ التوجيهية الخاصة بالتزامات المسؤولين عن اتخاذ قرارات بشأن إدارة المنشأة لدى اقترابها من الإعسار وقِدَم تلك المبادئ وتنافرها أن يقوِّض الفوائد المبتغى تحقيقها من خلال قانون فعال وناجع للإعسار ويفاقم الضائقة المالية المبتغى معالجتها.

١٥- [١٩] والهدف من هذا [الجزء] هو استبانة المبادئ الأساسية التي ينبغي إدراجها في القانون فيما يتعلق بالتزامات المديرين عندما تواجه الشركة خطر إعسار وشيك أو عندما يصبح الإعسار حتمياً، ويمكن أن تُستخدَم هذه المبادئ مرجعاً وأن يستخدمها مقرّرو السياسة العامة في معرض دراستهم وإعدادهم الأطر القانونية والتنظيمية المناسبة. ولئن كان يُسلَّم بأنَّ الرغبة في تحقيق أهداف قانون الإعسار (المبيَّنة أعلاه في الفقرات ١-١٤ من الفصل الأول من الجزء الأول وفي التوصية ١) من خلال التعجيل باتخاذ الإجراءات وانتهاج المديرين للسلوك المناسب، فإنه يُسلَّم في الوقت نفسه بما يمكن أن ينشأ عن وضع قواعد مفرطة في التشدّد من مزالق وأخطار تهدّد بعرقلة أنشطة المشاريع التجارية. ولا يتناول هذا [الجزء] التزامات المديرين التي يمكن أن تنطبق بموجب القانون الجنائي أو قانون الشركات أو قانون المسؤولية الشخصية، إذ يركِّز حصراً على الالتزامات التي يمكن إدراجها في القانون ذي الصلة وتصبح واجبة الإنفاذ عند بدء إجراءات الإعسار.

ثانياً- أركان الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار

ألف- طبيعة الالتزامات

١٦- [٢٨] في حين أنَّ السبب الأساسي لفرض التزامات على المديرين عندما يكون الإعسار وشيكاً قد يكون هو ذاته في ولايات قضائية مختلفة، فإنَّ نهوجاً مختلفةً تُتَّبع في صياغة هذه الالتزامات وتحديد المعايير التي يتعيّن استيفاؤها. بيْد أنَّ القوانين تنزع عموماً إلى التركيز على جانبين، أولهما فرض مسؤولية مدنية على المديرين لتسبّبهم في الإعسار أو لعدم اتخاذهم الإجراءات المناسبة قرب حدوث الإعسار (والتي قد تشمل طبقاً لبعض القوانين بدء إجراءات الإعسار بمقتضى التزام يقتضيه القانون الوطني - انظر الفقرة ١٧ [٢٩])، وثانيهما، متى بدأت إجراءات الإعسار، تفادي اتخاذ المديرين إجراءات، بما في ذلك بالنسبة لمعاملات تجارية رُبما تكون قد عُقدت عندما كانت الشركة قرب الإعسار.

١- الالتزام ببدء إجراءات الإعسار

١٧- [٢٩] كما سبقت الإشارة آنفاً، تفرض بعض القوانين الوطنية على المديرين التزاماً بتقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار، قد يشمل إعادة التنظيم أو التصفية، في غضون فترة زمنية محدَّدة، تكون عادةً قصيرة نسبياً كثلاثة أسابيع مثلاً، بعد التاريخ الذي أصبحت فيه الشركة معسرة من الناحية الواقعية. وقد يفضي عدم القيام بذلك إلى تحمل تبعات شخصية،

كلياً أو جزئياً، عما تتكبده الشركة ودائنوها من خسائر ناجمة عن ذلك، وإلى تحمّل تبعات جنائية في بعض الحالات، إذا واصلت الشركة تعاملها التجاري. ويُناقش هذا الالتزام بمزيد من التفصيل في الفقرتين ٣٥ و٣٦ من الفصل الأول من الجزء الثاني.

٢- المسؤولية المدنية

١٨- [٣٠] تستند المسؤولية المدنية التي تقع على المدير عندما تكون الشركة على وشك الإعسار عادةً إلى مسؤوليته عن التسبّب في الإعسار أو عن عدم اتخاذ الإجراءات المناسبة لمراقبة الوضع المالي للشركة وتفادي الضائقة المالية أو تحسين الوضع المالي والحدّ من الخسائر المحتمل أن يتكبدها الدائنون وتجنّب الإعسار. وقد تنشأ هذه المسؤولية عندما يجري المديرون معاملات تجارية لا يكون الغرض منها محاولة الخروج من الضائقة المالية وصون قيمة الشركة (كالمعاملات البالغة الخطورة أو التي يجري في إطارها التصرُّف في موجودات من حوزة الشركة، ويمكن أن تفضي إلى زيادة جوهرية في تعرض الدائنين للمخاطر دون مبرِّر). ويمكن أن تنشأ هذه المسؤولية أيضاً عندما يكون المديرون على علم باستحالة تجنّب الإعسار أو بأنّه لا يمكن للشركة أن تفي بالتزاماتها عند استحقاقها، ومع ذلك يواصلون التعامل التجاري الذي يشمل مثلاً الحصول على السلع والخدمات بالائتمان دون وجود أيّ مؤشر على أن الشركة ستتمكّن من سداد الديون ودون إطلاع هؤلاء الدائنين على الوضع المالي للشركة. وقد تنشأ هذه المسؤولية بموجب بعض القوانين عندما لا يمتثل المديرون لشتى الالتزامات المقرَّرة، من قبيل الإبلاغ عن عدم قدرة الشركة على سداد بعض المدفوعات، مثل أقساط الضرائب والضمان الاجتماعي، أو تقديم تصريح رسمي بإعسارها.

١٩- [٣١] وفيما عدا القوانين التي تُلزِم المديرين بالإبلاغ أو بتقديم تصريحات رسمية، يمكن أن يُتوقَّع من المديرين عموماً أن يتصرفوا في الظروف المبيَّنة أعلاه بصورة حكيمة وأن يتخذوا التدابير الكافية والمناسبة لمراقبة الوضع، لكي يبقوا على علم بالتطورات ويتمكنوا بالتالي من الحد من الخسائر التي يتكبدها الدائنون والشركة (بما في ذلك أصحاب أسهمها)، ويتجنّبوا الإجراءات التي تؤدي إلى تردّي الوضع، ويتخذوا إجراءات مناسبة لتفادي انزلاق الشركة إلى هاوية الإعسار.

٢٠- [٣٢] ويمكن أن تشمل التدابير الكافية والمناسبة بعض أو كل المذكور أدناه تبعاً للوضع السائد في الواقع:

(أ) يمكن أن يضمن المديرون إمساك سجلات محاسبية صحيحة وتحديثَها، وإلاَّ فينبغي لهم ضمان تدارك الوضع على هذا الصعيد؛

(ب) يمكن أن يضمن المديرون حصولهم على المعلومات الدقيقة والمهمّة في الوقت المناسب، من خلال تدابير منها على الخصوص الاستعلام على نحو مستقل عن الوضع المالي للشركة (دون الاكتفاء بالركون إلى مشورة هيئة الإدارة)، وعن مدى الضغط الذي يمارسه الدائنون، وأيِّ تدابير تتخذها المحاكم أو تدابير يتخذها الدائنون لاسترداد الأموال، والمنازعات مع الدائنين. وقد يتعيّن على المديرين في هذه الفترة تخصيص المزيد من الوقت والاهتمام لشؤون الشركة أكثر مما هو مطلوب عندما تكون الشركة في وضع جيد؛

(ج) يمكن عقد اجتماعات دورية لمجلس الإدارة من أجل مراقبة الوضع، مع الاحتفاظ بمحاضر شاملة لوقائع القرارات التجارية المتَّخذة (بما في ذلك الأصوات المعارضة) وأسبابها، تشمل عند الاقتضاء أسباب السماح للشركة بمواصلة التعامل التجاري، وأسباب اعتبار أنّ هناك أملاً معقولاً في تفادي التصفية بسبب الإعسار. وقد تشمل الخطوات الممكن اتخاذها مواصلة التعامل التجاري، إذ من الممكن أن تبرّر الظروف ذلك حتى بعد الخلوص إلى حتمية التصفية، لأنَّ الشركة تملك مثلاً موجودات يمكن أن تعود بقيمة أعلى بكثير إذا بيعت عندما تكون الشركة منشأة قائمة. وعندما تتطلب مواصلة التعامل التجاري الحصول على مزيد من الائتمانات أو الحصول على ائتمانات جديدة (عندما يجيز القانون ذلك)، ينبغي تسجيل مبررات الحصول عليها ومن ثمّ تكبّد مزيد من الديون، وذلك لكفالة تضمين السجلات ما يُبرر الإجراءات التي يتخذها المديرون، إن دعت الحاجة إلى ذلك لاحقاً؛

(د) يمكن السعي للحصول على المشورة أو المساعدة من المختصين، بما في ذلك مشورة مختصي الإعسار. وفي حين تتسم المشورة القانونية بالأهمية بالنسبة للمديرين في هذا الوقت، فإنّ المسائل الأساسية المتعلقة بالوضع المالي للشركة تكون عادةً مسائل تجارية بطبيعتها أكثر منها قانونية. ومن المستحسن أن ينظر المديرون في الوضع المالي للشركة وأن يقيّموا بأنفسهم ما يرجَّح أن يترتب عليه من نتائج، وأن يطلبوا المشورة في الوقت نفسه للتأكّد من أنَّ القرارات المتخذة ستكون مسوَّغة في ضوء تدقيق موضوعي ومستقل. [في هذه الحالة يمكن أن يستعين المديرون، إما بصفة جماعية أو باعتبارهم مديرين داخليين أو مديرين مستقلين، بمحاسبين مستقلين أو خبراء في مجال إعادة الهيكلة أو مستشار قانوني لتقديم مشورة مستقلة بشأن الخيارات المتاحة لمجلس الإدارة من أجل استبانه مدى نجاعة أي مقترحات تقدّمها هيئة الإدارة]؛

(هـ) يمكن عقد مشاورات مبكرة مع مراجعي الحسابات، وإعداد تقرير مراجعة خارجية للحسابات عند اللزوم؛

(و) يمكن أن يدرس المديرون هيكل المنشأة ومهامَّها للنظر في قدرتها على البقاء وخفض نفقاتها. ويمكن النظر في عقد مفاوضات لإعادة الهيكلة أو بدء إعادة التنظيم وإعداد تقرير عن ذلك. [ويمكن أن ينظر المديرون أيضاً في قدرة هيئة الإدارة القائمة لتبيّن ما إذا كان ينبغي الإبقاء عليها أو استبدالها]؛

(ز) يمكن للمديرين أن يكفلوا تغيير الممارسات الإدارية للتركيز على طائفة من الأطراف ذات المصلحة، التي قد تشمل الدائنين والموظفين والمورِّدين والزبائن والحكومات وأصحاب الأسهم، وفي بعض الظروف، الشواغل البيئية، بغية استبانة المنحى المناسب للإجراءات. وفي الفترة التي يُصبح الإعسار فيها وشيكاً أو حتمياً، يؤدي نقل التركيز من تعظيم القيمة من أجل أصحاب الأسهم إلى مراعاة مصالح الدائنين أيضاً إلى توفير حافز للمديرين للحدّ من الأضرار التي قد تلحق بالدائنين (الذين يشكلون أصحاب المصلحة الرئيسيين بعد بدء إجراءات الإعسار)، والتي قد تنجم عن تصرف ينطوي على مخاطرة مفرطة أو تهور أو إهمال بالغ. ولعلَّ عقد اجتماعات مع مجموعات الدائنين المعنية يشكل آلية مناسبة لتقييم تلك المصالح؛

(ح) يمكن للمديرين ضمان حماية موجودات الشركة[٨] وعدم اتخاذ الشركة إجراءات قد تفضي إلى فقد موظفين رئيسيين أو الدخول في معاملات من النوع المشار إليه في التوصية ٨٧، وهي معاملات يمكن إبطالها لاحقاً، مثل نقل الموجودات خارج الشركة بقيمة منقوصة. وليست جميع المدفوعات أو المعاملات في هذه المرحلة مشبوهة بالضرورة؛ فالمدفوعات التي تُسدَّد لضمان استمرار الحصول على اللوازم أو الخدمات الأساسية مثلاً قد لا تشكِّل خياراً تفضيلياً إذا كان الهدف منها بقاء المنشأة. ويُستحسن تدوين أسباب هذه المدفوعات بوضوح لتبريرها في حال وضع المعاملة المعنية موضع تساؤل لاحقاً. فقد لا يُعتبر المديرون الذين يحوزون أسهماً كثيرة أو الذين يمثّلون أصحاب الأسهم الرئيسيين منزَّهين عن الغرض أو موضوعيين، وقد يكون لزاماً عليهم توخي عناية خاصة عند التصويت على المعاملات عندما تكون الشركة على وشك الإعسار؛

(8) لا يتعيّن بالضرورة حماية كل الموجودات في جميع الظروف. ومن أمثلة أنوع الموجودات التي قد لا تتطلب الحماية في جميع الظروف الموجودات التي تساوي أقل من المبلغ الذي ضُمنت من أجله، أو الموجودات المثقِلة أو العديمة القيمة أو العسيرة التسييل (تناقَش هذه المسألة بمزيد من التفصيل في الفقرة ٨٨ من الفصل الثاني من الجزء الثاني).

(ط) يمكن الدعوة إلى عقد اجتماع لأصحاب الأسهم، مراعاةً لمصالح الشركة على أفضل نحو ودون إرجاء لا مسوِّغ له، إذا بدا من الميزانية العامة أنَّ نسبة محدَّدة من رأس المال السهمي قد تناقصت (ينطبق ذلك عموماً عندما يتضمن القانون شروطاً تتعلق بالاحتفاظ برأس المال)؛

[(ي) يمكن مراجعة تكوين مجلس الإدارة لتحديد ما إذا كان يضم عدداً كافياً من المديرين المستقلين.]

٣- إبطال المعاملات

٢١- [٣٣] تتناول التوصيات من ٨٧ إلى ٩٩ إبطال المعاملات التي تجري بقيمة منقوصة أو التي توفِّر مزية تفضيلية أو المعاملات الرامية إلى الاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم أو عرقلتهم (انظر الفقرات ١٧٠-١٨٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). وتنطبق تلك التوصيات على إبطال المعاملات التي تجريها الشركة عندما تكون على وشك الإعسار. [ولا تشكّل قابلية معاملة ما للإبطال، في حد ذاتها، أساساً لتحميل المديرين تبعات شخصية].

٢١ ألف- [٣٣] [بيد أنه يمكن أن تؤدي معاملات معيّنة قابلة للإبطال إلى عواقب أخرى أيضاً.] وتقضي بعض القوانين بعدم قانونية إجراءات معيّنة يتخذها المديرون وذلك على سبيل المثال بموجب أحكام التعامل التجاري الاحتيالي أو غير المشروع، أو باعتبارها إجراءات أفضت إلى تفاقم وضع الشركة الاقتصادي أو إلى إعسارها، مثل الحصول على ائتمانات جديدة أو تقديم ضمانات إضافية دون وجود مسوّغات تجارية كافية. وإضافة إلى إبطال هذه المعاملات، يمكن أن يحمَّل مدير ما بموجب بعض القوانين مسؤولية شخصية عن السماح للشركة بإجراء مثل هذه المعاملات [الاحتيالية أو غير السليمة على أي نحو آخر]. ولا تقع هذه المسؤولية الشخصية عادةً، بموجب تلك الأحكام، إلا على المديرين الذين وافقوا على المعاملة؛ أمَّا المديرون الذين أعربوا صراحة عن اعتراضهم عليها اعتراضاً مدوَّناً وفق الأصول، فمن الأرجح ألا تقع عليهم مسؤولية من هذا القبيل.

التوصيتان ١ و٢

الغرض من الأحكام التشريعية

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

(أ) حماية المصالح المشروعة للدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين؛

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

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

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

(أ) التأثير السلبي على إعادة تنظيم المنشأة التجارية بنجاح؛

(ب) الثني عن 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.

مضمون الأحكام التشريعية

الالتزامات

١- ينبغي أن ينصّ القانون المتصل بالإعسار على أنه سوف يقع على الأشخاص المذكورين في [وفقاً لـ] التوصية ٤، ابتداءً من اللحظة المشار إليها في التوصية ٣، التزامٌ بأن يولوا المراعاة الواجبة لمصالح الدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين وأن يتخذوا خطوات معقولة من أجل:

(أ) تفادي الإعسار؛

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

٢- [١] لأغراض التوصية ١، يمكن أن تشمل الخطوات المعقولة ما يلي:

(أ) تقييم وضع الشركة المالي الراهن، وضمان وجود حسابات سليمة ومحدَّثة؛ وضمان الاطلاع من جهة مستقلة على وضع الشركة المالي الراهن والجاري؛ وعقد اجتماعات منتظمة لمجلس الإدارة من أجل رصد ذلك الوضع؛ والتماس مشورة فنية، بما فيها مشورة خاصة بالإعسار أو مشورة قانونية؛ وعقد مناقشات مع مراجعي الحسابات؛ والدعوة إلى اجتماع لأصحاب الأسهم؛ وتعديل الممارسات الإدارية بحيث تأخذ في الاعتبار مصالح الدائنين وسائر أصحاب المصلحة؛ وحماية موجودات الشركة من أجل تعظيم قيمة

الموجودات الأساسية وتفادي ضياعها؛ والنظر في هيكل المنشأة التجارية ووظائفها لفحص مدى قدرتها على البقاء ولتقليص الإنفاق؛ وعدم إلزام الشركة بأنواع المعاملات التي يمكن أن تخضع للإبطال، ما لم يكن لها مسوّغ تجاري مناسب؛ ومواصلة التعامل التجاري في الحالات التي يكون فيها فعل ذلك مناسباً لتعظيم قيمة المنشأة العاملة؛ وعقد مفاوضات مع الدائنين أو الشروع في إجراءات غير رسمية أخرى، مثل مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية؛[٩]

(ب) بدء إجراءات رسمية لإعادة التنظيم أو التصفية عندما يكون فعل ذلك مناسباً أو منصوصاً عليه في القانون الوطني.

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

٢٢- [٢٤] توصَف الفترة التي قد تنشأ فيها الالتزامات التي نوقشت آنفاً بعبارات متنوّعة باعتبارها "المنطقة الضبابية" أو "منطقة الإعسار" أو "وشك الإعسار". ورغم ما قد ينطوي عليه هذا المفهوم من عدم الدقة، فإن الغرض منه هو وصف فترة تردي الاستقرار المالي للشركة بحيث يصبح الإعسار وشيكاً (أي عندما يتعذر على الشركة عموماً سداد ديونها حينما يحلّ أجلها (التوصية ١٥(أ) من الدليل التشريعي) أو حتمياً. 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 [من الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار] عند النظر في أي دعوى مرفوعة أمامها بسبب مخالفة تلك الالتزامات.

٢٣- [٢٥] وهناك عدة احتمالات لتحديد الوقت الذي قد تنشأ فيه التزامات المديرين خلال الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار، وتُتَّبع عدة نهوج في هذا الصدد. فمن الممكن أن يكون أحد الاحتمالات هو اللحظة التي يُقدَّم فيها طلب ببدء إجراءات الإعسار، ويذهب رأي إلى أن هذا هو الاحتمال الذي يتيح أقصى قدر من اليقين. غير أنه إذا نصّ قانون الإعسار على بدء إجراءات الإعسار تلقائياً عقب تقديم طلب أو إذا كانت الفترة الزمنية الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات قصيرة جداً (انظر التوصية ١٨)، فلن يكون لهذا الخيار سوى أثر ضئيل الأثر بالنسبة لتشجيع المديرين على اتخاذ تدابير في مرحلة مبكِّرة.

(9) انظر دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الفقرات ٢-١٨ من الفصل الثاني من الجزء الأول.

٢٤- [٢٦] وثمة احتمال آخر يركّز على الالتزامات التي تنشأ عندما تكون الشركة معسرة من الناحية الواقعية، وهو ما قد يحدث طبقاً لبعض القوانين قبل تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار بوقت طويل. ووفقاً للنهج العام للدليل التشريعي، يمكن أن يُقال إنّ الإعسار يحدث في الواقع عندما تصبح الشركة غير قادرة على سداد ديونها حينما تكون واجبة السداد، أو عندما تتجاوز خصوم الشركة قيمة موجوداتها (التوصية ١٥). وهناك احتمال آخر هو عندما يكون الإعسار وشيكاً، أي عندما تكون الشركة غير قادرة عموماً على سداد ديونها حينما يحل أجلها (التوصية ١٥(أ)). إلا أن هذين الاختبارين قد باتا يُستخدمان على نحو متزايد في قوانين الإعسار كمعيارين لبدء الإجراءات ويُتّخذان في بعض الدول أساساً لفرض التزام على المديرين بتقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار في غضون فترة زمنية محدَّدة، عادةً ما تكون قصيرة، بعد أن تصبح الشركة معسرة. وتبعاً لذلك، من غير المرجَّح أن يشجّع هذان الاختباران اتخاذ إجراءات مناسبة في وقت مبكر بما فيه الكفاية.

٢٥- [٢٧] وهناك نهج مختلف نوعاً ما يتمثل في دراسة المعرفة التي تكوّنت لدى المدير عند نقطة معيَّنة قبل بدء إجراءات الإعسار، حيث يكون المدير مثلاً على علم، أو يُفترض أن يكون على علم، بأنَّ الشركة معسرة أو أن الإعسار وشيك أو أنّه لا يوجد مؤشر معقول على أنَّ الشركة يمكن أن تتفادى بدء إجراءات الإعسار أو أنّ استمرار الأعمال معرَّض للخطر. [يهدف هذا النهج إلى استبانة المديرين الذين يتسم تسييرهم لشؤون الشركة التي تواجه ضائقة مالية بعدم الحصافة، وتوفير حوافز لاتخاذ إجراءات مناسبة في الوقت الأمثل.] ومع أنّ أحد الشواغل التي يثيرها معيار من هذا القبيل يتمثل في صعوبة التيقُّن في تحديد اللحظة التي يمكن أن يُقال فيها إنّ المعرفة المطلوبة ينبغي أن تكون قد تكوّنت، شريطة أن تكون حسابات الشركة محفوظةً على نحو مناسب ودقيقةً، إلا أنه ينبغي للمدير أن يكون قادراً على استخلاص أنّ الشركة تمرّ بضائقة والوقت الذي تتعرض فيه لخطر استيفاء معايير اختبارات الإعسار هذه. ويمكن بدلاً عن ذلك افتراض أنّ المدير يعرف المعلومات التي كانت ستتبيّن لو أن الشركة امتثلت للالتزام بالاحتفاظ بسجلات محاسبية صحيحة وإعداد حسابات سنوية. وأساساً، يقضي هذا المعيار بتقييم قدرة المدير على تقدير الأمور قياساً إلى ما كان ينبغي أن يَعْلَمَه المدير العاقل أو ما يُفترض له أن يعلمه في تلك الظروف. ويتطلب هذا المعيار دراسة أوسع نطاقاً للظروف والسياق، بما في ذلك، على سبيل المثال، فحص دفاتر الشركة ودراسة وضعها المالي برمّته. وقد يشمل ذلك النظرَ في الإيرادات والديون وإجراءات الطوارئ، بما في ذلك القدرة على تعبئة الأموال. وعموماً، لا يكون الدليل على نقص السيولة المؤقت كافياً.

التوصية ٣

الغرض من الأحكام التشريعية

[الغرض من الأحكام الخاصة بالتوقيت هو تحديد الوقت الذي ينبغي أن تنشأ فيه الالتزامات في الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار.]

مضمون الأحكام التشريعية

وقت نشوء الالتزامات

٣- [٢] ينبغي أن يحدِّد القانون المتعلق بالإعسار أنّ الالتزامات الواردة في التوصية ١ تنشأ عندما يكون الشخص المنصوص عليه في [وفقاً لـ] التوصية ٤ على علم، أو يُفترض بصورة معقولة أن يكون على علم، بأنّ الإعسار وشيك أو حتمي.

جيم- تحديد الأطراف التي تقع على عاتقها الالتزامات

٢٦- [٢٠] في معظم الدول، يتحمّل عدد من الأشخاص المختلفين المنتسبين إلى الشركة التزامات متصلة بإدارتها والإشراف على عملياتها. وقد يكون أولئك الأشخاص مالكيها أو مديريها المعيّنين رسمياً (قد يكون هؤلاء أشخاصاً خارجيين مستقلين أو موظفين في الشركة أو مسؤولين عن تسيير أعمالها يتصرفون بصفة مديرين تنفيذيين، ويشار إليهم باسم "مديرين داخليين") وأشخاصاً غير معيّنين وكيانات أخرى، ويشمل ذلك الأطراف الثالثة التي تمارس العمل كمديرين بحكم الواقع(١٠) أو مديرين "مستترين"،(١١) أو أشخاصاً خوَّل إليهم المديرون صلاحياتهم أو واجباتهم.(١٢)

(10) يُعتبر المدير بحكم الواقع بوجه عام شخصاً يمارس الإدارة ولكنه لم يعيَّن رسمياً بهذه الصفة أو كان ثمة خلل تقني يشوب تعيينه. وقد يشمل ذلك المسمى أيَّ شخص يؤدي المهام المعنية بصرف النظر عن اللقب الوظيفي الرسمي الممنوح له. وقد يشمل أيَّ شخص شارك في مرحلة ما في تكوين الشركة أو تطويرها أو إدارتها. وفي الشركات الصغيرة التي تملكها أسر، قد يشمل هذا أفراد الأسرة والمديرين السابقين والمستشارين وحتى كبار الموظفين. ولكي يُعتبر المرء مديراً بحكم الواقع لا يكفي عادةً مجرد مشاركته في إدارة الشركة، وقد تحدَّد هذه الصفة من واقع قيامه بمجموعة من الأعمال، مثل توقيع الشيكات المصرفية والتوقيع على مراسلات الشركة باعتباره "المدير" والسماح للزبائن والدائنين والموردين والموظفين بتصور أنّه هو المدير أو "صاحب القرار" والبت في الأمور المالية بشأن مستقبل الشركة مع المسؤولين المصرفيين والمحاسبين التابعين للشركة.

(11) قد يكون المدير المستتر شخصاً اعتاد مديرو الشركة أن يتصرّفوا وفقاً لتعليماته رغم أنه ليس معيَّناً رسمياً بصفة مدير. ولا يشمل هذا بوجه عام المستشارين الفنيين الذين يمارسون عملهم بهذه الصفة. وقد يلزم

٢٧- [٢١] وقد يشمل التعريف الواسع للمدير أيضاً المستشارين الخاصين، وفي بعض الظروف المصارف ومقدمي الائتمانات الآخرين عندما يسدون المشورة إلى شركة ما بشأن سبل معالجة الضائقة المالية التي تمر بها. ويمكن أن ترقى هذه "المشورة"، في بعض الحالات، إلى تحديد المنحى الدقيق للإجراءات التي ينبغي أن تتخذها الشركة وإلى جعل اتباع هذا المنحى بالذات شرطاً لمنح الائتمان. لكن، بما أنَّ مديري الشركة يحتفظون بصلاحيتهم التقديرية لرفض الأخذ بالنهج المعني، حتى وإن لم يكن لديهم في حقيقة الأمر خيار يُذكر لأنَّ عدم الأخذ به سيفضي إلى تصفية الشركة، وبما أنَّه يُفترض أنَّ المستشارين الخارجيين يتصرفون باستقلالية وحسن نية وبطريقة مسؤولة تجارياً، فإنَّ من المستحسن عدم اعتبار أن هؤلاء المستشارين يندرجون في فئة الأشخاص الذين تقع عليهم التزامات.

٢٨- [٢٢] ولا يوجد تعريف مقبول عموماً لما يمثِّل "المدير". ولكن يمكن، كقاعدة عامة، اعتبار الشخص مديراً عندما يكون مسؤولاً عن اتخاذ قرارات أساسية أو يتخذ مثل هذه القرارات في الواقع أو ينبغي له اتخاذها فيما يتعلق بتسيير شؤون الشركة، بما يشمل وظائف من قبيل ما يلي:[١٣] تحديد استراتيجية الشركة، والسياسة العامة المتعلقة بالمخاطر، والميزانيات والخطط التجارية السنوية، ومراقبة أداء الشركة، والإشراف على النفقات الرأسمالية الكبرى، ورصد ممارسات حوكمة الشركة، واختيار الرئيس التنفيذي وتعيينه ودعم أدائه، وضمان توافر الموارد المالية الكافية، ومعالجة أوجه التضارب المحتملة في المصالح، وضمان سلامة نظم الإبلاغ المحاسبية والمالية، وبيان أداء المؤسسة لأصحاب المصلحة.

لاعتبار المرء مديراً مستتراً أن تكون لديه القدرة على التأثير على مجلس الإدارة أو على أغلبية أعضائه واتخاذ قرارات مالية وتجارية ملزمة للشركة، وقد يلزم في بعض الحالات أن تكون الشركة قد خولت المدير المستتر، جزئياً أو كلياً، سلطاتها الإدارية. وفي سياق مجموعة من المنشآت، قد يكون أحد أعضاء المجموعة مديراً مستتراً لعضو آخر في المجموعة. وعند النظر في السلوك الذي قد يؤهل الشخص ليُعتبر مديراً مستتراً، قد يلزم مراعاة تواتر السلوك المعني وما إذا كان يمارس تأثيراً فعلياً أم لا.

(12) ملحوظة إلى الفريق العامل: يمكن تضمين النص التالي في أي نص يُعَد بخصوص مجموعات المنشآت أو حذفُه. رغم أنّ بعض القوانين قد تنص على أنّه لا يمكن أن يعيَّن أحد أعضاء مجموعة منشآت مديراً لعضو آخر في المجموعة، فيمكن اعتبار عضو في المجموعة، وفقاً لتعريف واسع لمصطلح "مدير"، مديراً لأعضاء آخرين في المجموعة. ويحدث ذلك عادةً عندما يؤدي عضو في مجموعة (أو مديروه) مهامَّ تتعلق بتسيير شؤون أعضاء آخرين في المجموعة والإشراف عليها. وقد تتسم هذه المسألة بأهمية كبيرة في سياق أعضاء المجموعات الخاضعة للسيطرة وأعضاء المجموعات الأم، حيث تتدخل المجموعة الأم تدخلاً مستمراً في نواح كثيرة من تسيير شؤون عضو المجموعة الخاضعة للسيطرة. بيد أنّ اتخاذ عضو في مجموعة خاضعة للسيطرة قراراً بدعم الشركة الأم في ظروف يكون فيها هذا الدعم في مصلحته وليس نتيجة لتدخل الشركة الأم لا يجعل الشركة الأم في منزلة مدير للعضو الآخر في المجموعة.

(13) هذه الأمثلة مقدَّمة على سبيل الإعلام ولا ترِد وفق ترتيب محدَّد لدرجة أهمية كل منها.

٢٩- [٢٢] وتقع الالتزامات التي ترِد مناقشتها أعلاه على أيِّ شخص كان مديراً في الوقت الذي كانت الشركة تواجه فيه إعساراً فعلياً أو وشيكاً، ويمكن أن يشمل المديرين الذين استقالوا بعد ذلك (انظر الفقرة ٤٠ أدناه). ولا يشمل ذلك المصطلح المدير المعيَّن بعد بدء إجراءات الإعسار.

التوصية ٤ [٣]

الغرض من الأحكام التشريعية

[الغرض من الأحكام هو تحديد الأشخاص الذين ينبغي أن تقع عليهم الالتزامات.]

مضمون الأحكام التشريعية

الأشخاص الذين تقع عليهم الالتزامات

٤- [٣] ينبغي للقانون المتعلق بالإعسار أن يحدّد الشخص الذي تقع عليه الالتزامات، وقد يشمل هذا أيَّ شخص معيَّن رسمياً بصفة مدير وأيَّ شخص آخر يمارس إشرافاً فعلياً ويؤدي وظائف مدير.

دال- المسؤولية

١- المعيار الذي ينبغي الوفاء به

٣٠- [٣٤] تقيّم القوانين التي تنص على التزامات المديرين في الفترة التي تكون فيها الشركة على وشك الإعسار سلوك المديرين في تلك الفترة استناداً إلى مجموعة متنوعة من المعايير، للبت في امتثالهم لتلك الالتزامات أو عدم امتثالهم لها. [٢٤] ولا تصبح تلك الالتزامات واجبة النفاذ عادةً إلا عند بدء إجراءات الإعسار ونتيجةً لبدء تلك الإجراءات، وتكون الالتزامات عندها نافذة بصورة رجعية، وذلك على شاكلة الأحكام المتعلقة بالإبطال (انظر المناقشة ذات الصلة في الفقرات ١٤٨ إلى ١٥٠ و١٥٢ من الفصل الثاني من الجزء الثاني).

٣١- [٣٥] وبموجب بعض القوانين، يُبتّ في مسألة متى علم المدير أو الموظف المسؤول، أو متى كان له أن يعلم، بأنّ الشركة معسرة أو يُرجَّح أن تصبح معسرة استناداً إلى المعرفة العامة والكفاءة والخبرة التي يجوز توقُّعها على نحو معقول من شخص يضطلع بنفس الوظائف التي يضطلع بها ذلك المدير فيما يخص الشركة. ويمكن توقُّع المزيد من مدير شركة كبرى لها نُظم وإجراءات محاسبية معقَّدة. وإذا كانت كفاءات المدير وخبرته تتجاوزان المستوى

المطلوب للعمل الذي يؤديه، فإنّ الحكم سيستند إلى ما يتمتع به من مهارات وخبرة فعلية، عوض الاستناد إلى المهارات والخبرة المطلوبة لأداء الوظيفة. وبالمقابل، قد لا يكون نقص الكفاءات والخبرة اللازمة للوظيفة عذراً للمدير ويمكن أن يُحكَم عليه بناء على المهارات والخبرة المطلوبة للوظيفة.

٣٢- [٣٦] ويتطلّب نهج آخر وجود أسباب معقولة للاشتباه في أن الشركة معسرة أو قد تصبح معسرة في وقت تكبّد الدين أو إجراء المعاملة المفضيين إلى الإعسار. ولا يكفي للاشتباه على نحو معقول في وقوع الإعسار مجرّد التكهّن به، فيجب أن يكون لدى المدير توجّس فعلي من إعسار الشركة. وهذه عتبة أدنى من توقُّع إعسار الشركة أو معرفة أنها معسرة. وبمقتضى هذا النهج، يتمثل المعيار في مدير يتمتع بكفاءة عادية قادر على فهم أسس الوضع المالي للشركة، ويجري التقييم على أساس المعرفة التي تكون قد تكوّنت لدى مثل هذا المدير وليس على أساس المعلومات التي قد تتضح فيما بعد. وتشير الشواهد التجريبية في الولايات القضائية التي تشمل أحكاماً من هذا القبيل إلى أنَّ المحاكم تبدي، عند استعراض تسلسل الأحداث، أو حتى قبل استعراضه في بعض الأحيان، قدراً كبيراً من التفهم لوضعية المديرين، وتُجري تحليلاً دقيقاً للوضع، وتتفهم الصعوبات التي واجهتها الشركة. وتحجم المحاكم عن التشكيك في التعاملات التجارية للمديرين، من منطلق أنّه ليس من المناسب افتراض أنّ ما وقع بالفعل كان أمراً محتماً أو كان واضحاً بالضرورة في ذلك الوقت.

٣٣- [٣٨] وتتيح بعض القوانين ملاذاً آمناً للمديرين، مثلاً من خلال قاعدة لتقييم الشؤون التجارية ترسي افتراضاً مفاده أنّ المديرين قد تصرفوا، على سبيل المثال، بحسن نية وكان لديهم اعتقاد معقول بأن تصرفاتهم تخدم مصالح الشركة على أفضل نحو، ولم تكن لديهم مصلحة شخصية جوهرية، وأنهم قد اطلعوا على المعلومات اللازمة على نحو سليم. [شريطة اتخاذ المدير الإجراءات بحسن نية، مع توخي العناية الواجبة وفي إطار سلطاته، فلن يخضع للمسؤولية. ولكي يستفيد المديرون من هذه القاعدة، يجب عليهم الاستعلام عن الأمور التي ينبغي البت فيها وذلك من خلال الحصول على المعلومات التي يجدها الشخص العاقل في الظروف المماثلة مقنعة وخالية من أي تضارب في المصالح فيما يتعلق بتلك الأمور، ودراسة تلك المعلومات والدفع بها.]

٣٤- [٣٧] ويُركِّز نهج آخر على سوء الإدارة. وقد تطلب القوانين الآخذة بهذا النهج وجود علاقة سببية بين سوء الإدارة والديون المترتبة عليه، أو ثبوت كون سوء الإدارة سبباً هاماً في إعسار الشركة. وبموجب هذا النهج، يُدان المدير بسبب ارتكاب أخطاء في الإدارة عندما يقيَّم استناداً إلى معايير المدير الجيّد الاطلاع بدرجة معقولة. وتشمل أمثلة السلوك أو

الإجراءات التي قد تؤدي إلى تحمّل التبعات، بمقتضى تلك القوانين، التهورَ وعدم الكفاءة وعدم الاهتمام وعدم التصرف والانخراط في معاملات لا تتصف بالاستقلالية أو ذات طابع غير تجاري وتقديم الائتمان على نحو غير سليم وبما يتجاوز إمكانات الشركة، بينما شملت أكثر حالات الإخفاق شيوعاً مديرين سمحوا للشركة بالتعامل التجاري في حين أنَّه كان من الواضح أنّها معسرة وشرعوا في مشاريع تتجاوز قدرات الشركة المالية ولا تراعي مصالحها على أفضل نحو. ومن الأمثلة الأخرى لسوء الإدارة حالات لا يقوم فيها المديرون بالتحري الكافي لسلامة القدرات المالية للشركاء التجاريين أو غير ذلك من العوامل الهامة قبل إبرام العقود، وحالات لم يقدّم فيها المديرون معلومات كافية لتمكين المجلس الرقابي من ممارسة الإشراف على الإدارة، وحالات أهمل فيها المديرون إدارة الشركة إدارة مالية سليمة، وحالات أهملوا فيها أيضاً اتخاذَ تدابير وقائية لمواجهة مخاطر متوقَّعة بوضوح، وحالات أدّى فيها سوء إدارة المديرين لشؤون الموظفين إلى حالات اضطراب وإضرابات. وبموجب بعض القوانين الآخذة بهذا النهج، لا يستدعي الخلوص إلى سوء الإدارة أن يكون المدير منخرطاً بنشاط في إدارة الشركة، إذ قد يكون مجرد موافقته بصورة سالبة كافياً.

٢- طبيعة الالتزامات

٣٥- [٣٢ ألف] [يقتضي البت فيما إذا كان مدير ما انتهك الالتزامات الواقعة عليه النظرَ في ظروفه الشخصية. وعند إثبات انتهاك الالتزامات بمقتضى معيار الإثبات ذي الصلة، يمكن توزيع المسؤولية بعدة طرق. فبموجب أحد النهوج، توزَّع المسؤولية على فرادى المديرين تبعاً لمدى مشاركة كل منهم في القرارات المتَّخذة أو التصرف موضوع الدراسة، مع النظر في تلك المشاركة في إطار الظروف السائدة برمّتها.]

٣٦- [٣٢ ألف] [ويرسي عدد من القوانين الأخرى القاعدة العامة التي تنص على أن المديرين يتحملون المسؤولية عن عدم الوفاء بتلك الالتزامات جماعياً وفردياً. وقد يكون هذا هو الحال حتى عندما لا يكون كل مدير مسؤولاً عن أداء جميع الالتزامات المعنية. على أن بعض هذه القوانين تنص على أنه يجوز للمحكمة مع ذلك أن تستخدم سلطتها التقديرية في توزيع المسؤوليات بين المديرين، آخذة في الاعتبار وقائع القضية، بما فيها مختلف درجات المسؤولية. فعلى سبيل المثال، قد تقضي المحكمة بتحميل مدير من ضمن مجموعة من المديرين عبء المسؤولية كاملةً (مثلاً في الحالات التي تكون قد أُسندت فيها إلى المدير شخصياً التزامات محدَّدة تتصل بالضرر موضوع البحث)، أو تحميل أحد المديرين القسط الأكبر من المسؤولية عندما يتبيّن، مثلاً، أنَّ المسؤولية عن الضرر الناجم غير موزّعة بالتساوي. وبموجب

أحد القوانين، لا يجوز أن يكون المديرون مسؤولين جماعياً وفردياً إلا إن ثَبتت مشاركتهم عن قصد في الخداع والتضليل؛ وفي سائر الحالات الأخرى، تكون المسؤولية متناسبة مع مدى إسهام الإجراءات التي اتخذها المدير في الخسارة التي تكبدتها الشركة. ويأخذ قانون آخر بنهج مختلف اختلافاً طفيفاً تقرر المحكمة بمقتضاه ما إذا كان يتعين على الشخص الذي تثبتت مسؤوليته أداء تعويضات إلى الشركة، وذلك استناداً إلى مدى جسامة الخطأ وقوة الارتباط السببي، إلا أنَّ تقدير التعويضات ليس بالضرورة متناسباً مع درجة المسؤولية أو الخطأ. وبموجب بعض القوانين، تعتمد مسألة تحديد ما إذا كانت المسؤولية جماعية أو موزَّعة تحديداً على المديرين المسؤولين عن التصرف المعني (الذي يمكن أن يشمل عدم اتخاذ إجراء أو التحقق من وفاء سائر المديرين بالتزاماتهم) على الإجراء الذي استتبع المسؤولية.]

التوصيتان ٥ و٦

الغرض من الأحكام التشريعية

[الغرض من الأحكام الخاصة بالمسؤولية هو ما يلي:

(أ) النص على قواعد بشأن الظروف التي يمكن أن تُعتبر فيها الإجراءات التي يتخذها شخص تقع عليه الالتزامات الواردة في التوصية ١ قبل بدء إجراءات الإعسار ضارة وبالتالي انتهاكاً لتلك الالتزامات؛

(ب) استبانة عواقب ذلك الانتهاك.]

مضمون الأحكام التشريعية

المسؤولية

٥- [٤] ينبغي أن يحدِّد القانون المتعلق بالإعسار أنه عندما يتكبد الدائنون خسارة أو يَلحق بهم ضرر جرّاء انتهاك الالتزامات الواردة في التوصية ١، يمكن أن يتحمل الشخص الذي تقع عليه الالتزامات المسؤولية.

٦- [٤] ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أن تكون المسؤولية [عن] [الناشئة عن] انتهاك الالتزام الوارد في التوصية ١ محدودةً بمدى ما سبَّبه ذلك الانتهاك من خسارة أو ضرر.

هاء- إنفاذ الالتزامات الواقعة على المديرين عند بدء إجراءات الإعسار

١- الدفوع

٣٧- [٣٨] يمكن للمديرين، في إطار بعض القوانين التي تفرض عليهم التزامات عندما تكون الشركة على وشك الإعسار، أن يعوِّلوا رغم ذلك على دفوع معيّنة، مثل قاعدة تقييم الشؤون التجارية، لإثبات أنهم تصرّفوا على نحو معقول. وثمة نهج مختلف اختلافاً طفيفاً يفسر الشك لصالح المديرين بافتراض أنّ المخاطر التجارية لا يمكن تفاديها وأنها جزء عرَضي من الإدارة. وكما سبق ذكره أعلاه، تُحجم المحاكم عن التشكيك في تقديرات مدير يكون قد استوفى واجبي توخي العناية والولاء، أو عن انتقاد قراراته على أساس إنعام النظر المتأخّر. وفي بعض الحالات، توفّر قاعدة تقييم الشؤون التجارية دفوعاً بشأن بعض الالتزامات التي ينص عليها القانون، وليس جميعها.

٣٨- [٣٩] وطبقاً لبعض القوانين، يحتاج المديرون إلى إثبات أنّهم اتَّخذوا التدابير المناسبة للحد من الخسائر التي يمكن أن يتعرّض لها دائنو الشركة متى خلصوا إلى أنّه سيصعب على الشركة تفادي التصفية. وإذا تمكّنوا من إثبات أنّهم اتخذوا قرارات معقولة وموضوعية بشأن الشركة استناداً إلى معلومات مالية دقيقة ومشورة فنية مناسبة، فمن المرجَّح أن يتمكنوا من الدفع بذلك حتى وإن تبيَّن لاحقاً أنَّ قراراتهم تلك كانت غير سليمة من الناحية التجارية.

٣٩- [٣٢ باء] وتنص بعض القوانين أيضاً على أنه يمكن للمديرين اتخاذ بعض الخطوات الإجرائية أو الشكلية لكي لا يتحملوا المسؤولية عن القرارات التي تكون فيما بعدُ موضع شك أو يحدّوا من مسؤوليتهم عنها، من قبيل إدراج معارضتهم للقرارات في محاضر الاجتماع، أو تقديم معارضة كتابية إلى أمانة الاجتماع قبل انقضائه، أو تسليم أو إرسال معارضة كتابية مباشرة بعد انقضاء الاجتماع إلى مكتب الشركة المسجَّل أو سلطة أخرى حسبما ينص عليه القانون الوطني. ويمكن اعتبار المديرين الذين يتغيّبون عن الاجتماع الذي تُتخذ فيه تلك القرارات موافقين عليها ما لم يتّبعوا الإجراءات المنطبقة، مثل اتخاذ تدابير لتسجيل معارضتهم داخل آجال معيَّنة بعد علمهم بالقرار المعني.

٤٠- [٤٠] ولا يُعذر المدير، عموماً، في عدم الوفاء بالتزاماته بعدم اطلاعه على شؤون الشركة. كذلك فإن استقالة المدير عندما تكون الشركة على وشك الإعسار لن تحصّنه بالضرورة من المسؤولية، إذ قد تُعتبر استقالته بمقتضى بعض القوانين متصلة بالإعسار، وقد يُعتبر أنّه كان مدركاً أو كان ينبغي له أن يكون مدركاً للإعسار الوشيك وأنّه لم يتخذ

التدابير المعقولة للحد من خسائر الدائنين وتحسين الوضع. وعندما يعرب مدير عن اعتراضه على قرار يُنظر فيه لاحقاً، ينبغي أن يكون اعتراضه مدوَّناً لكي يتمكن من الدفع به. وعندما يختلف أحد المديرين مع نظرائه المديرين بشأن الإجراءات الواجب اتخاذها، وتفشل التدابير المعقولة التي يتخذها لإقناعهم، قد يكون من المناسب له أن يستقيل شريطة أن تكون الجهود التي بذلها والمشورة التي قدَّمها مدوَّنة.

٤١- [٣٢ جيم] ويمكن التقليل من المسؤولية إلى أدنى حد من خلال تأمين محدَّد، وهو تأمين يُمكن للشركة أن تشتريه لمديريها، أو من خلال استخدام التعويضات. [وعندما يتاح التأمين، تكون الحالتان الرئيسيتان لعدم سريانه هما عادةً الخداع المتعمد والتعامل التجاري لتحقيق منفعة شخصية، مما يجعل المديرين مشمولين عموماً بالحماية من انتهاك الالتزامات التي نوقشت في هذه الوثيقة ما لم تكن تغطية التأمين غير مناسبة، كما قد يحدث في حالة الإعسار.] ووفقاً لبعض القوانين، يمكن، عند تقديم مطالبة إزاء أحد المديرين، التوصل إلى تسوية من خلال التفاوض مع ممثل الإعسار؛ وهذا هو النهج المتَّبع عادةً في بعض الولايات القضائية.

٢- سبل الانتصاف

٤٢- [٤١] ينص القانون المدني على سبل انتصاف مختلفة وعلى توليفات منها في حال انتهاك المدير لالتزاماته. وتركّز سبل الانتصاف على تقديم تعويضات عن انتهاك الالتزام وعن الضرر الناجم عنه، وإنْ تنوعت طرائق قياس كميتها. ولا يوجد في العادة أيّ عنصر من عناصر التعويضات الجزائية. وينص [عدد] [العديد] من القوانين أيضاً على إسقاط أهلية المدير للتصرف كمدير أو المشاركة في تسيير شؤون شركة وإدارتها.

(أ) الأضرار والتعويضات

٤٣- [٤٢] عندما يثبُت أن المديرين مسؤولون عن أعمال أو إغفالات قرب الإعسار، فإن نطاق المسؤولية يكون متفاوتاً. فبمقتضى بعض القوانين، قد يتحمّل المديرون تبعات ما يلحق بفرادى الدائنين والموظفين والشركة نفسها من خسارة أو ضرر، عندما تكون الخسارة نتيجة مباشرة لأعمالهم أو إغفالاتهم. وربما يتحمّلون أيضاً تبعات المدفوعات التي تؤدّي إلى إنقاص حوزة الإعسار أو موجودات الشركة. وتسمح بعض القوانين للمحكمة بمواءمة درجة التبعات لكي يتناسب مع طابع وجسامة سوء الإدارة أو أيّ عمل آخر نجمت عنه تلك التبعات. وتنص بعض القوانين على أنّه يمكن تحميل المديرين التبعات عن الفرق بين قيمة

موجودات الشركة في الوقت الذي كان يجب أن تتوقّف فيه عن التعامل التجاري والوقت الذي توقّفت فيه عن ذلك بالفعل. وثمة صيغة بديلة تتمثل في تحميل المديرين تبعات من خلال تحديد الفرق بين ديون الشركة وموجوداتها بعد انتهاك الالتزام وديون الشركة وموجوداتها لو لم يُنتهك ذلك الالتزام. ويجوز في نهج مختلف اختلافاً طفيفاً السماح بأن يُسترد من المديرين الفرق بين الموجودات المتاحة ومجموع المبالغ اللازمة لكي تسدِّد الشركة ديونها.

٤٤- [٤٣] وتتضمن بعض القوانين التي تنص على التزام بطلب بدء إجراءات الإعسار أو عقد اجتماع لأصحاب الأسهم عند وقوع خسارة في رأس المال على أحكام أيضاً بشأن التعويض عن الأضرار.

٤٥- [٤٤] وعندما يتبين أن المديرين مسؤولون، يمكن النص على إضافة المبلغ الذي يُسترد منهم إلى حوزة الإعسار، استناداً إلى أن المسوّغ الرئيسي لملاحقة المديرين هو استرداد بعض من القيمة المفقودة من جراء الإجراءات التي اتخذوها وذلك في شكل تعويض لصالح الحوزة. وبالتالي يكون التعويض في مصلحة جميع الدائنين بدلاً من فرادى الدائنين. وتنص بعض القوانين على أنّه في حال وجود رهن من الشركة على المنشأة بمجملها، تسجَّل المبالغ المستردة تعويضاً عن الأضرار لصالح الدائنين غير المضمونين. وقد يُقال، دعماً لهذا النهج، إنّ التعويض ينبغي ألاّ يؤول إلى الدائنين المضمونين لأنَّ سبب اتخاذ هذا الإجراء لا ينشأ إلاّ عند بدء إجراءات الإعسار ومن ثمّ لا يمكن أن يكون خاضعاً لمصلحة ضمانية أنشأتها الشركة قبل تلك اللحظة. كذلك فإن المطلوب ليس استرداد موجودات الشركة، خلافاً لما يكون الوضع عليه في إجراءات الإبطال، وإنما الحصول على مساهمة من المديرين للتعويض عن الضرر الذي لحق بالدائنين. وقد توجد مسوّغات، عندما يسمح قانون الإعسار في المقابل للدائنين برفع دعوى على المديرين (انظر أدناه)، لاقتراح استخدام أي تعويض يُدفَع، في المقام الأول، في تغطية التكاليف التي يتكبدها الدائن أو الدائنون الذين يبدؤون الدعوى.

٤٦- [٤٥] وإضافة إلى سبل الانتصاف المذكورة، يمكن إرجاء الديون أو الالتزامات المستحقة من الشركة لصالح المديرين أو إنزال مرتبتها، وقد يُطلب من المديرين تقديم كشف بشأن أيّ ممتلكات احتازوها أو اقتنوها من الشركة أو بشأن أيّ فائدة حصلوا عليها جراء انتهاك الالتزامات.

(ب) إسقاط الأهلية

٤٧- [٤٦] من النتائج المنصوص عليها في [عدد] [العديد] من القوانين حينما تبدأ إجراءات الإعسار إسقاطُ أهلية المدير لممارسة وظائف المدير أو المشاركة في تسيير شؤون

الشركة أو إدارتها. وتُعتبر هذه التدابير عادةً تدابير حماية ترمي إلى تنحية أولئك المديرين من منصب يمْكنهم فيه التسبب في مزيد من الضرر بمواصلتهم أداء مهام تنظيمية وإدارية في الشركة نفسها أو في غيرها. ويجوز، في إطار أحد القوانين، إصدار أمر بإسقاط الأهلية لمدة تتراوح بين سنتين و١٥ سنة عندما يثبت أنَّ الفرد "غير مؤهَّل" للعمل مديراً. وتشمل العوامل التي يُستند إليها في اتخاذ ذلك القرار ما يلي: الإخلال بواجب ائتماني؛ وإساءة استخدام الأموال؛ وإعداد بيانات مالية وغير مالية مضللة؛ وعدم الاحتفاظ بحسابات سليمة وتحقيق عائدات. وقد تشمل أيضاً أفعالاً تتصل بإعسار الشركة، مثل مسؤولية الشخص عن دخول الشركة في معاملات تستوفي حكم الإبطال في ظل ظروف مشابهة لتلك المبيَّنة في التوصية ٨٧، أو مواصلة الشركة التعامل التجاري عندما يكون المدير قد علم، أو كان ينبغي له أن يعلم، بأنها معسرة. ويُنظر عموماً في مختلف العوامل مجتمعة لدى تحديد عدم الأهلية في حالة محدّدة. وفي الولايات القضائية التي تسمح بإسقاط الأهلية، غالباً ما يفتقر الأشخاص الذين يتبين عدم أهليتهم للنزاهة التجارية أو يصدر عنهم إهمال جسيم أو يُظهرون عدم كفاءة فادح، ولو أن الأمر ليس دائماً كذلك.

٤٨- [٤٧] ويمكن لإسقاط الأهلية أن يقترن بسبل انتصاف وبعقوبات أخرى على النحو المبيّن أعلاه، أو قد يُلتمس على نحو مستقل إذا كان السلوك العام للشخص باعتباره مديراً يستحق عقوبةً من هذا القبيل. [وعندما يكون خيار إسقاط الأهلية متاحاً، قد يقتصر الأشخاص الذين يجوز لهم التماسه على وكالات أو مسؤولين محددين وممثل الإعسار، وفي بعض الحالات، الدائنين.]

٣- الأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى

٤٩- [٤٨] يحدِّد عدد من القوانين الأطراف التي يحق لها رفع دعوى على مدير لانتهاك الالتزامات التي نوقشت أعلاه تبعاً لطبيعة الدعوى والشخص الذي يحق له رفعها. ويمكن أن تنطبق اعتبارات مماثلة للاعتبارات السارية على ممارسة صلاحيات الإبطال، التي تتناولها التوصية ٨٧ (انظر الفقرات ١٩٢-١٩٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني).

٥٠- [٤٩] وينص عدد من القوانين على أنّه حينما تكون إجراءات الإعسار قد بدأت، لا يحق إلا لممثل الإعسار، الذي يكون قد استعرض ما اتخذه المدير من إجراءات قبل الإعسار، أن يرفع دعوى على المدير من أجل الحصول على تعويض لصالح الدائنين عن أيّ خسارة تكون قد لحقت بالشركة. ويمكن أن تسمح قوانين التعامل التجاري غير المشروع، على سبيل المثال، لممثل الإعسار بملاحقة المديرين لكي يقدّموا مساهمات في حوزة الإعسار

عندما يكون سلوكهم قد أسهم في إعسار شركتهم أو شكّل سوء إدارة. وتجيز بعض القوانين أيضاً رفع هذه الدعوى من جانب النائب العام أو المحكمة بمبادرة منها.

٥١- [٤٩ ألف] ومع أنّ المبرر الرئيسي لفرض التزامات على المديرين عندما يكون الإعسار وشيكاً حمايةَ مصالح الدائن، فليست القوانين كلها تسمح للدائنين برفع دعوى ضد مدير لانتهاكه تلك الالتزامات. ويجوز، طبقاً لبعض القوانين وفي ظل بعض الظروف، كما هو الحال عندما لا يتّخذ ممثل الإعسار أيّ إجراء، أن يتمتّع الدائنون، وأحياناً أصحاب الأسهم، بحق اشتقاقي في رفع الدعوى (انظر الفقرات ١٩٢-١٩٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). [وحينما تعود أية تعويضات يجري تقديرها إلى حوزة الإعسار لمصلحة الدائنين، قد لا يكون لأصحاب الأسهم أيّ حافز يُذكَر في رفع هذه الدعوى. وتنص قوانين أخرى على تمكين الدائنين من رفع دعاوى بشأن أنواع معيّنة فقط من الإجراءات أو المعاملات التجارية، مثل الإجراءات التي تخالف القانون أو المعاملات المنقوصة القيمة.] وتنص قوانين أخرى على أنه حين لا يكون للدائنين حق مستقل في تقديم إحدى المطالبات، لا يجوز لدائن وحيد أن يرفع دعوى على مدير 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.

٥٢- [٤٩ باء] 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 فترة وشك الإعسار 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 توفّر 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.

٥٣- [٤٩ جيم] 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 تقرّر النظر في حيثياتها. ويمكن أن يسهم هذا النهج في 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 استخدامها. ويمكن اتّباع النهج نفسه في الدعاوى التي يرفعها الدائنون على المديرين.

٥٤- [٥٠] وفي إطار القوانين التي تفرض على المديرين التزاماً ببدء إجراءات الإعسار، يجوز للشركة نفسها وأصحاب أسهمها وللدائنين المطالبة بالتعويض عن الأضرار في حال انتهاك ذلك الالتزام. وعندما يقدِّم المديرون مدفوعات على نحو يخالف وقف التعامل التجاري الذي يقترن بالالتزام ببدء إجراءات الإعسار، يمكن للشركة نفسها أن تقدِّم مطالبات للتعويض عن الأضرار. ويجوز للشركة أيضاً تقديم مطالبات بموجب القوانين التي تفرض التزاماً بعقد اجتماع لأصحاب الأسهم إذا وقعت خسارة في رأس المال. ومن المستصوب أن يكفل قانون الإعسار تنسيق أي إجراءات يُحتمل أن تباشرها هذه الأطراف المختلفة.

٥٥- [ومن المرجَّح أن الدعوى القضائية المرفوعة بشأن التزامات مديري الشركة الخاضعة لإجراءات الإعسار لن تكون مكلفة فحسب، وإنما مستنفدة للوقت أيضاً، وقد تؤدي إلى تأخير استكمال إجراءات الإعسار ذات الصلة. ومع أن هذه المسألة تتجاوز نطاق هذه المناقشة، إلا أنها قد تكون جديرة بالنظر من أجل الحد من آثار دعاوى من هذا القبيل على تلك الإجراءات ذات الصلة.]

٤- تمويل الدعوى

٥٦- [٥١] تتعلق إحدى الصعوبات التي قد تنشأ في الولايات القضائية التي تسمح لممثل الإعسار برفع دعوى لانتهاك هذه الالتزامات بكيفية سداد تكاليف الدعوى في حال إخفاقها. فكثيراً ما تُساق مسألة نقص التمويل كسبب رئيسي للندرة النسبية للقضايا المرفوعة بدعوى انتهاك هذه الالتزامات. ويمكن توفير التمويل من حوزة الإعسار عندما تشتمل على موجودات كافية للقيام بذلك، على نحو ما هو متَّبَع في كثير من إجراءات الإبطال، غير أنّ 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). بيد أنه في كثير من الحالات لا تتوافر موجودات كافية في حوزة الإعسار لملاحقة المدير، حتى ولو كان هناك احتمال قوي لنجاح الدعوى.

٥٧- [٥١] ومن شأن استحداث نُهُج بديلة للتمويل في مثل هذه الظروف أن يوفّر، في الأوضاع المناسبة، وسيلة ناجعة لاستعادة قيمة الموجودات المفقودة من جراء تصرُّفات المديرين إلى الحوزة والتصدي للانتهاكات والتحقيق في التصرفات الجائرة وتعزيز الحوكمة الرشيدة. [ويمكن دعم الحصول على هذا التمويل البديل بتضمين أي قانون متعلق بالإعسار تصريحاً مناسباً بذلك على غرار ما هو منصوص عليه في التوصية ٩٥ فيما يتصل بتمويل إجراءات الإبطال.] ويمكن أن يحال الحق في بدء مثل هذه الدعوى أو في الحصول على العوائد المتوقَّعة منها في حال نجاحها لقاء قيمة محددة إلى أطراف ثالثة، بما في ذلك 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 مسدَّدة. وتجيز بعض القوانين تسوية المطالبات المقدَّمة ضدّ المديرين من خلال التفاوض مع ممثلي الإعسار، مما يغني عن الحاجة إلى التماس تمويل. وقلّما يحدُث هذا في بعض الولايات القضائية، بينما جرى العرف على ذلك في ولايات قضائية أخرى حيث "يدعو" ممثلو الإعسار المديرين إلى المساهمة. ومن المسائل التي قد يكون من المناسب أخذها في الاعتبار المحكمة التي يمكن فيها بدء مثل هذه الدعوى؛ وتُناقَش هذه المسألة أعلاه في الفقرة ١٩ من الفصل الأول من الجزء الثاني.

التوصيات ٧-١١

الغرض من الأحكام التشريعية

[يتمثل الغرض من الأحكام التي تتناول إنفاذ الالتزامات في إرساء سبل انتصاف مناسبة لانتهاك الالتزامات وتيسير بدء وسير دعوى الحصول على التعويض عن ذلك الانتهاك.]

مضمون الأحكام التشريعية

أركان المسؤولية والدفوع

٧- [٥] ينبغي أن يحدّد القانون المتعلق بالإعسار الأركان الواجب إثبات توافرها للتدليل على حدوث انتهاك للالتزامات الواردة في التوصية ١ وعلى أنّ الدائنين تكبّدوا خسارة أو لحق بهم ضرر من جراء ذلك؛ والطرف المسؤول عن إثبات توافر تلك الأركان؛ والدفوع المحدَّدة في مواجهة ادعاء بانتهاك الالتزامات. وقد تشمل تلك الدفوع كونَ الشخص الذي تقع عليه الالتزامات اتّخذ تدابير معقولة من قبيل التدابير المشار إليها في التوصية ٢.

سبل الانتصاف

٨- [٦] ينبغي أن يحدِّد القانون المتعلق بالإعسار أنّ سبل الانتصاف فيما يتعلق بتبعات تجد المحكمة أنها مترتبة على انتهاك للالتزامات الواردة في التوصية ١ ينبغي أن تشمل دفع كامل التعويضات التي تقدّرها المحكمة [تعويضاً عن ذلك الانتهاك] إلى حوزة الإعسار. وينبغي أن يؤدي عدم دفع تلك التعويضات كاملةً إلى الحد من ممارسة الشخص الذي يقع عليه الالتزام لحق الحصول على تعويضات لقاء الديون المستحقة له من الشركة إلى حين أداء الدفع بالكامل.

رفع دعوى بسبب انتهاك الالتزام

٩- [٧] ينبغي أن يحدد القانون المتعلق بالإعسار أنّ سبب رفع دعوى بشأن خسارة متكبَّدة أو ضرر ناجم عن انتهاك للالتزامات الواردة في التوصية ١ يعود إلى حوزة الإعسار وأنّ المسؤوليةَ الرئيسية عن رفع الدعوى عن انتهاك تلك الالتزامات تقع على عاتق ممثل الإعسار. ويجوز أيضاً أن يسمح القانون المتعلق بالإعسار للدائن أو أيّ طرف آخر ذي مصلحة أن يباشر هذه الدعوى بموافقة ممثل الإعسار. وفي حال عدم موافقة ممثل الإعسار على ذلك، يلتمس الدائن أو الطرف ذو المصلحة موافقة المحكمة على بدء الدعوى.

تمويل الدعوى المرفوعة بسبب انتهاك الالتزام

١٠- [٨] ينبغي أن يحدد القانون المتعلق بالإعسار أنّ تكاليف الدعوى المرفوعة ضد الشخص الذي تقع عليه الالتزامات سوف تُدفع باعتبارها نفقات إدارية.

١١- [٩] ويجوز أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على نُهج بديلة بشأن مباشرة الدعوى وتمويلها.

التدابير الإضافية

[١٢- [١٠] من أجل ردع نوع السلوك الذي يفضي إلى نشوء مسؤولية بمقتضى التوصية ٥، يجوز للقانون المتعلق بالإعسار أن يتضمّن تدابير انتصاف أخرى[١٤] تضاف إلى التعويضات التي تنص عليها التوصية ٨.]

[14 سوف تتوقّف تدابير الانتصاف الإضافية التي يمكن إتاحتها على أنواع سبل الانتصاف المتاحة في الولاية القضائية المعنية، وعلى ما قد يكون متناسباً مع السلوك المعني وملائماً في ظروف الحالة المعنية، إلى جانب سداد التعويض. وترِد في الفقرات ... [من التعليق] مناقشة لتدابير انتصاف من هذا القبيل.]