

الدليل التشريعي لقانون الإعسار

الجزء الرابع: التزامات المديرين
في فترة الاقتراب من الإعسار
(بما في ذلك في مجموعات المنشآت)

الطبعة الثانية



يمكن الحصول على مزيد من المعلومات من أمانة الأونسيترال على العنوان التالي:

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

الهاتف: ٢٦٠٦٠-٤٠٦٠ (+٤٣-١) الفاكس: ٢٦٠٦٠-٥٨١٣ (+٤٣-١)
الموقع على الإنترنت: uncitral.un.org البريد الإلكتروني: uncitral@un.org

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار

الدليل التشريعي لقانون الإعسار

الجزء الرابع: التزامات المديرين
في فترة الاقتراب من الإعسار
(بما في ذلك في مجموعات المنشآت)

الطبعة الثانية



الأمم المتحدة
فيينا، ٢٠٢٠

ملحوظة

تتألف رموز وثائق الأمم المتحدة من حروف وأرقام معاً. ويبدل إيراد رمز منها على إحالة مرجعية إلى إحدى وثائق الأمم المتحدة.

منشورات الأمم المتحدة

e-ISBN 978-92-1-005445-4

© الأمم المتحدة، شباط/فبراير ٢٠٢٠. جميع الحقوق محفوظة.

لا تنطوي التسميات المستخدمة في هذا المنشور ولا طريقة عرض المادة التي يتضمنها على الإعراب عن أي رأي كان من جانب الأمانة العامة للأمم المتحدة بشأن المركز القانوني لأي بلد أو إقليم أو مدينة أو منطقة أو للسلطات القائمة فيها أو بشأن تعيين حدودها أو تخومها.

هذا المنشور من إنتاج: قسم اللغة الإنكليزية والمنشورات والمكتبة، مكتب الأمم المتحدة في فيينا.

المحتويات

الصفحة	المقررات	
١		مقدّمة الجزء الرابع والغرض منه
		القسم الأول
		التزامات مديري المنشأة في فترة الاقتراب من إعسارها
٣	٣-١	مقدّمة القسم الأول والغرض منه
٥	١٥-١	أولاً- الخلفية
١١	٤٤-١	ثانياً- أركان التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار...
١١	٧-١	ألف- طبيعة الالتزامات
١٥		التوصيتان ٢٥٥ و٢٥٦
		باء- تحديد وقت نشوء الالتزامات:
١٦	١٢-٨	فترة الاقتراب من الإعسار
١٨		التوصية ٢٥٧
١٨	١٦-١٣	جيم- تحديد الأطراف التي تقع على عاتقها الالتزامات .
١٩		التوصية ٢٥٨
٢٠	٣٥-١٧	دال- المسؤولية
٢٥		التوصيات ٢٥٩ إلى ٢٦١
٢٦	٤٤-٣٦	هاء- إنفاذ المسؤولية الواقعة على عاتق المديرين
٢٩		التوصيات ٢٦٢ إلى ٢٦٦
		القسم الثاني
		التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت
٣١		في فترة الاقتراب من الإعسار
٣١	٣-١	مقدّمة القسم الثاني والغرض منه

٣٢	٤ مسرد المصطلحات
٣٣	١١-١ أولاً- الخلفية
	 ثانياً- أركان التزامات مديري أعضاء مجموعات
٣٧	١٣-١ المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار
٣٧	٤-١ ألف- طبيعة الالتزامات
٣٨	 التوصيتان ٢٦٧ و٢٦٨
	 باء- تحديد الأشخاص الذين تقع
٤١	٨-٥ على عاتقهم الالتزامات
٤٢	١٣-٩ جيم- تضارب الالتزامات
٤٤	 التوصيتان ٢٦٩ و٢٧٠
		المرفق الخامس
		مقرّران اعتمدهما لجنة الأمم المتحدة للقانون
		التجاري الدولي في ١٨ تموز/يوليه ٢٠١٣
		و١٥ تموز/يوليه ٢٠١٩ وقرار الجمعية
٤٥	 العامة ١٠٧/٦٨ باء

الجزء الرابع

التزامات المديرين

في فترة الاقتراب من الإعسار

(بما في ذلك في مجموعات المنشآت)

الطبعة الثانية

مقدمة الجزء الرابع والغرض منه

الغرض من الجزء الرابع هو تحديد المبادئ الأساسية التي يتعين أن يجسدها القانون فيما يتعلق بالتزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار. وأضيف قسم جديد في هذه الطبعة الثانية لتناول سياق إعسار مجموعات المنشآت. ويتناول القسم الأول الأركان الرئيسية للتزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار. ويتناول القسم تلك الأركان في سياق فرادى الشركات عندما تواجه إعساراً وشيكاً، أو عندما يصبح إعسارها حتمياً. وبالاستناد إلى ما ورد في القسم الأول، يتناول القسم الثاني كيفية تنقيح بعض التوصيات الواردة في القسم الأول لتطبيقها على المديرين في سياق إعسار مجموعات المنشآت. ويحدد القسم إلى أي مدى يمكن لمدير منشأة عضو في مجموعة منشآت أن يراعي اعتبارات تتجاوز المنشأة العضو التي يديرها في فترة الاقتراب من الإعسار، ويحدد الضمانات الواجبة التطبيق. ويتضمن القسم أيضاً مزيداً من التوصيات تتناول الحالات التي يواجه فيها المدير تضارباً في الوفاء بالتزاماته تجاه مختلف المنشآت الأعضاء في مجموعة المنشآت.

القسم الأول

الالتزامات مديري المنشأة

في فترة الاقتراب من إعسارها

مقدمة القسم الأول والغرض منه

١- يركز هذا القسم على الالتزامات التي يمكن أن تُفرض على المسؤولين عن اتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة منشأة ما عندما تواجه حالة إعسار وشيك أو عندما يصبح إعسارها حتمياً. والهدف من فرض هذه الالتزامات، التي تكون واجبة الإنفاذ لدى بدء إجراءات الإعسار، هو حماية المصالح المشروعة للدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين وتوفير حوافز لاتخاذ إجراءات في الوقت المناسب للحد بقدر الإمكان من آثار الضائقة المالية التي تواجهها المنشأة.

٢- ويتناول هذا القسم الأركان الأساسية للأحكام التي تفرض تلك الالتزامات، بما في ذلك (أ) طبيعة الالتزامات ونطاقها؛ (ب) وقت نشوء الالتزامات؛ (ج) الأشخاص الذين تقع على عاتقهم الالتزامات؛ (د) المسؤولية عن انتهاك الالتزامات؛ (هـ) إنفاذ الالتزامات؛ (و) الدفع المنطبق؛ (ز) سبل الانتصاف؛ (ح) الأشخاص الذين يمكنهم رفع دعاوى لإنفاذ الالتزامات؛ (ط) كيفية تمويل تلك الدعاوى.

٣- ويستخدم هذا القسم المصطلحات المستخدمة في أجزاء أخرى من الدليل وفي نصوص أخرى أعدتها الأونسيترال بشأن الإعسار.^(١) وإرشاداً للقارئ، يُقرأ هذا القسم بالاقتران بالمصطلحات والتفاسير الواردة في مسرد المصطلحات في مقدمة الدليل.^(٢)

^(١) متاحة في الموقع uncitral.un.org تحت عنوان "نصوص الأونسيترال وحالتها".

^(٢) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

أولاً- الخلفية

١- تنظّم أطر حوكمة الشركات مجموعة العلاقات القائمة بين هيئة إدارة الشركة ومجلس إدارتها والمساهمين فيها 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. ولكي تكون حوكمة الشركات رشيدة ينبغي أن تمنح مجلس الإدارة وهيئة الإدارة حوافز للسعي إلى تحقيق الأهداف التي تصب في مصلحة الشركة والمساهمين فيها، وأن تعزز الثقة اللازمة لزيادة الاستثمارات في الشركة وتطوير أعمالها. وقد بُذل الكثير من الجهود على الصعيد الدولي لوضع مبادئ لحوكمة الشركات تُعتمد على نطاق واسع، وهي تشمل الالتزامات التي تقع على عاتق المسؤولين عن اتخاذ قرارات تخص إدارة المنشأة (الذين يشار إليهم في هذا الجزء بـ"المديرين")^(٧) عندما تكون المنشأة موسرة.

٢- ويقرُّ العديد من قوانين الإعسار بأن التزامات المديرين تختلف عندما تبدأ إجراءات الإعسار من حيث الجوهر ومحور التركيز عن التزاماتهم قبل بدء تلك الإجراءات، إذ تولى الأولوية للتركيز على تعظيم قيمة الحوزة إلى الحد الأقصى وصونها لتوزيعها على الدائنين. وفي كثير من الأحيان، يحل محل المديرين ممثل إعسار في تسيير الشؤون الجارية للمؤسسة، ولو أن من الممكن بموجب بعض قوانين الإعسار أن يظلوا يضطلعون بدور، ولا سيما في إعادة التنظيم. ويتناول الفصل الثالث من الجزء الثاني من الدليل عدداً من الاحتمالات بشأن الدور الذي يمكن أن يؤديه المدين في استمرار عمل الشركة، بما في ذلك الاحتفاظ بالسيطرة الكاملة، والتخية المحدودة، والتخية التامة (التوصية رقم ١١٢ والفقرات ١٠ إلى ١٨). ويتناول الفصل أيضاً التزامات المديرين لدى بدء إجراءات الإعسار (التوصيات ١٠٨ إلى ١١٤ والفقرات ٢٢ إلى ٣٤). وتحدد التوصية ١١٠ بشيء من التفصيل الالتزامات التي ينبغي أن تنشأ بموجب قانون الإعسار لدى بدء إجراءات الإعسار وتستمر خلال تلك الإجراءات، بما في ذلك الالتزام 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 في السيطرة على الحوزة بشكل فعال وتسيير استرداد الموجودات والسجلات التجارية. وتُنقَش أيضاً مسألة فرض عقوبات عندما لا يمتثل المدين لهذه الالتزامات (التوصية ١١٤ والفقرتان ٣٢ و٣٣).

(٧) ترد أدناه في هذا القسم، في الفقرات ١٣ إلى ١٦ من الفصل الثاني، مناقشة مسألة من يمكن أن يُعتبر مديراً لأغراض هذا الجزء. ومع أنه لا يوجد تعريف مقبول لدى الجميع لذلك المصطلح، فإن هذا الجزء يشير عموماً إلى "المديرين" لتيسير الإحالة.

٣- وينبغي لقوانين الإعسار الفعالة، بالإضافة إلى توفير عملية قانونية يمكن التنبؤ بها لمعالجة الصعوبات المالية التي تُلمُّ بالمنشآت المتعثرة والإطار اللازم لإعادة تنظيم تلك المنشآت بفعالية أو لتصفيتها بصورة منظمة، أن تتيح دراسة الظروف التي تسببت في الإعسار ولا سيما سلوك مديري المنشأة في الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار. بيد أنه لم يُضطلع بجهد يُذكر على الصعيد الدولي لمواءمة مختلف النهج المعتمدة في القوانين الوطنية على نحو قد يبسر دراسة ذلك السلوك، ولا تزال اختلافات كبيرة قائمة في هذا المجال. كما أن طبيعة ونطاق الالتزامات التي قد تقع على المديرين في الفترة التي قد تواجه المنشأة التجارية فيها ضائقة مالية ولكن دون أن تبلغ مرحلة الإعسار أو تخضع لإجراءات الإعسار غير محددين جيداً، لكنهما باتا باطرادٍ موضوع نقاش واسع، ولا سيما بالنظر إلى حالات التعثر الواسعة النطاق إثر الأزمة المالية العالمية التي حدثت في عام ٢٠٠٨.

٤- وتحتاج المؤسسة التجارية التي يتعذر عليها، فعلياً أو بصورة وشيكة، الوفاء بالتزاماتها عند استحقاقها إلى إدارة قوية، حيث يلزم في كثير من الأحيان اتخاذ قرارات وأحكام استثنائية تتسم بأهمية حاسمة بالنسبة لبقاء الشركة، مع ما يعود به ذلك من منافع على مالكيها ودائتيها وزبائنها 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 وتجنب المزيد من التدهور. 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 تلك الحالة المعيّنة. وتعتبر بعض القوانين أن أصحاب المصلحة أولئك هم الشركة نفسها والمساهمون فيها. وقد يشملون، طبقاً لقوانين أخرى، مجموعة أوسع من أصحاب المصلحة، بمن فيهم الدائنون. وربما يعتمد 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 الخروج من المشاكل التي تواجهها عن طريق التعامل التجاري، وربما يسلكون سلوكاً غير مناسب، بما في ذلك التصرف على نحو غير منصف في موجودات الشركة أو ممتلكاتها، وقد تراوهم فكرة الاستقالة، وهو أمر كثيراً ما يفاقم الصعوبات التي تواجهها الشركة.

٥- وليس من اليسير على المديرين والمسؤولين عن تسيير عمل الشركة تحقيق توازن بين مصالح أصحاب المصلحة ودوافعهم المختلفة، ويمثل ذلك مصدراً محتملاً للتضارب. فعلى سبيل المثال، يكون المساهمون في المنشأة، وهؤلاء من غير المرجح عادةً أن يشاركوا في أي عملية توزيع ضمن إجراءات الإعسار، مهتمين بزيادة قيمة أسهمهم إلى أقصى حد من خلال السعي إلى الخروج من مشكلة الإعسار عن طريق التبادل التجاري، أو تأخير أي عملية بيع ممكنة أملاً في الحصول على عوائد أفضل، ولا سيما عندما لا يغطي سعر البيع إلا مطالبات الدائنين ولا يترك شيئاً للمساهمين. وقد تتطوي مسارات العمل هذه على اعتماد استراتيجيات عالية المخاطر لإنقاذ القيمة أو زيادتها لفائدة المساهمين، بيد أنها في الوقت نفسه تعرّض مصالح

الدائنين للخطر. وربما تجسّد هذه التدابير أيضاً اهتماماً محدوداً بفرص النجاح، وذلك بسبب الحماية التي توفرها المسؤولية المحدودة أو التأمين الذي يغطي مسؤولية المديرين في حال فشل مسارات العمل تلك.

6- وعندما تواجه شركة ما ضائقة مالية، لا بد من اتخاذ تدابير مبكرة رغم الصعوبات المحتملة المرتبطة باتخاذ قرارات تجارية مناسبة. فالتهور المالي يحدث في العادة بصورة أسرع مما يتصور الكثير من الأطراف، وكلما تردى الوضع المالي للمنشأة تضاءلت بسرعة أيضاً الخيارات المتاحة للتوصل إلى حل مجدٍ. ويتعين تيسير التدابير المبكرة تلك بإتاحة الوصول إلى الإجراءات ذات الصلة؛ فليس هناك مكاسب تُذكر من حثّ المديرين على اتخاذ تدابير مبكرة إذا تعذر وضعها في إطار إجراءات فعالة وملائمة.⁽⁴⁾ وعلاوة على ذلك، فإن القوانين التي تُحمّل المديرين المسؤولية إذا أجروا تعاملات تجارية خلال تنفيذ إجراءات غير رسمية، من قبيل مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية (التي نوقشت في الفقرات ٢ إلى ١٨ من الفصل الثاني من الجزء الأول)، قد تُثني المديرين عن اتخاذ تدابير مبكرة. ورغم إعادة توجيه قوانين الإعسار السارية في العديد من البلدان بصورة مناسبة من أجل زيادة عدد الخيارات المتاحة لاتخاذ تدابير مبكرة تيسيراً لإنقاذ المنشآت وإعادة تنظيمها، فلم يركّز بالقدر الكافي على توفير حوافز مناسبة تشجع المديرين على استخدام 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- ويتصدى عدد من الولايات القضائية لمسألة تشجيع اتخاذ التدابير المبكرة من خلال إلزام المدين بتقديم طلب بدء إجراءات الإعسار الرسمية في غضون فترة زمنية محددة 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 وتحميلهم المسؤولية عن الضرر الناجم عن مواصلتهم التعامل التجاري مع أنه كان واضحاً لهم، أو كان ينبغي لهم أن يتوقعوا، أن الإعسار حتمي. وتهدف هذه الأحكام إلى توفير حوافز مناسبة لاتخاذ تدابير مبكرة من خلال اللجوء إلى 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- وفرض هذه الالتزامات موضوع نقاش متواصل. فمن يقرُّ بأن لهذا النهج ميزات يشير إلى أن تلك الالتزامات قد تشجع المديرين على توخي الحذر واتخاذ خطوات مبكرة لوقف تدهور الشركة بغية حماية الدائنين الحاليين من تفاقم الخسائر والدائنين المقبلين من التورط في الضائقة المالية التي تعاني منها الشركة. وبعبارة أخرى، قد تؤدي هذه الالتزامات أيضاً إلى السيطرة على المديرين وضبط سلوكهم، مما يشيهم عن المضي في مسارات عمل

⁽⁴⁾ ذهب رأي إلى أن قلة الحالات التي تخضع للتشريعات المتعلقة بالتعامل التجاري في حالة الإعسار في إحدى الدول يُعزى إلى السهولة النسبية لاستخدام الإجراءات الطوعية، حيث لا تُصَفى في نهاية المطاف إلا الشركات المعسرة إعساراً لا أمل في الخروج منه.

مفرطة الخطورة أو عن إقرار بالسكوت لما يقترحه مديرون آخرون من تدابير مفرطة الخطورة بسبب العقوبات المفروضة في حال عدم أداء الالتزامات. وثمة ميزة أخرى مرتبطة بفرض هذه الالتزامات، وهي أنها تحفز المديرين على الحصول على مشورة فنية مختصة عندما تلوح الضائقة المالية في الأفق.

٩- أما المعلقون الذين يرون أن لفرض تلك الالتزامات مساوئ كبيرة فيسوقون أمثلة منها أن القاعدة التي تقترض سوء الإدارة فقط لوجود ضائقة مالية كثيراً ما تدفع المديرين ممن هم، لولا ذلك، من ذوي الدراية والكفاءة إلى مغادرة الشركة، مما يفوت فرصة إعادة تنظيم شؤون الشركة واستعادة قدرتها على تحقيق أرباح. وهناك احتمال أن يبادر المديرين، سعياً منهم لتفادي المسؤولية، إلى إغلاق منشآت تجارية قبل الأوان كان بإمكانها لولا ذلك مواصلة نشاطها، بدلاً من محاولة إخراجها من الضائقة التي تمر بها عن طريق التعامل التجاري. بيد أن من شأن الأحكام المصاغة بطريقة سليمة أن تنثني عن التسرع المفرض في إغلاق المؤسسات التجارية وأن تشجع المديرين على مواصلة التعامل التجاري عندما يكون السبيل الأنسب للحد من خسارة الدائنين، وقد تكون الأقدار على إقامة توازن بين الحقوق والتوقعات المشروعة لجميع أصحاب المصلحة، حيث تميّز بين حالات سوء السلوك والحالات المرتبطة بأوضاع السوق أو غيرها من العوامل الخارجية. ومن المساوئ التي يسوقها أولئك المعلقون أيضاً أن هناك من قد يرى أن الالتزامات تنتقص من الوضع القانوني الذي اكتسبته الشركة عند تأسيسها، ولو أن من الممكن القول بأنه ينبغي اعتبار المسؤولية المحدودة مزيةً وأن المحاكم تنتبه إلى احتمال إساءة استخدام المسؤولية المحدودة بما يلحق الضرر بالدائنين. ويمكن أيضاً اعتبار أن هذه الالتزامات تُضعف حوافز المبادرة في المنشأة لأن فرط المخاطر قد يحبط روح المبادرة لدى المديرين. وينبغي ألا تركز 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 تتضمن قوانينها مثل هذه الالتزامات إلى أن المسؤولية لا تُحمّل إلا للمديرين الذين تبين على نحو بالغ الوضوح أنهم تصرفوا بعدم مسؤولية.

١٠- ويقال أيضاً إن هذه الالتزامات قد تزيد من عدم القدرة على التنبؤ، لأن المسؤولية تتوقف على الظروف الخاصة بكل حالة وأيضاً على النهج التي ستتبعها المحاكم في المستقبل. ويشار إلى أن العديد من المحاكم تفتقر إلى الخبرات اللازمة للنظر في السلوك التجاري بعد وقوع الحدث، وقد تنزع إلى التشكيك في القرارات التي اتخذها المديرون في الفترة المعنية. أمّا في الولايات القضائية التي لديها خبرة في مجال إنفاذ هذه الالتزامات، فإن المحاكم تنزع إلى قبول التدابير التي يتخذها المديرون، ولا سيما في حال اتخاذها بناء على مشورة مستقلة. وأشير أيضاً إلى زيادة احتمال تحميل المصارف وغيرها من الأطراف التي قد تُعتبر بمثابة مديرين المسؤولية على نحو غير متوقع 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.^(٩) ويقال أيضاً إن فرض هذه الالتزامات هو مبالغة في تعويض الدائنين الذين يمكنهم حماية أنفسهم من خلال العقود التي يبرمونها، مما ينفي الحاجة إلى وضع لوائح تنظيمية. بيد أن هذا النهج يفترض مسبقاً، مثلاً، أن جميع الدائنين مرتبطون بعقد مع المدين وأن بإمكانهم التفاوض بشأن تدابير مناسبة لحماية حقوقهم تشمل مجموعة واسعة من إجراءات الطوارئ وأن لديهم الموارد لمراقبة أعمال الشركة وأنهم مستعدون لذلك وقادرون عليه. لكن ليس جميع الدائنين في هذا الوضع.

١١- وتُحدّد واجبات المديرين ومسؤولياتهم في قوانين تختلف من دولة إلى أخرى، من بينها قانون الشركات والقانون المدني والقانون الجنائي وقانون الإعسار، وقد تُدرج في بعض الحالات في أكثر من واحد من تلك القوانين، أو قد تتوزع بينها. ففي النظم التي تعتمد القانون الأنغلوسكسوني، قد تطبق الالتزامات بموجب القانون الأنغلوسكسوني أو بموجب التشريعات ذات الصلة. وتوجد أيضاً وجهات نظر مختلفة بشأن ما إذا كانت التزامات المديرين والمسؤوليات الواقعة على عاتقهم تخضع فعلياً لقانون الإعسار أو 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 أن هناك أمثلة لا يمكن التمييز فيها بين هاتين الحالتين بهذا القدر من الوضوح).^(١٠) وتثير الفترة السابقة لبدء إجراءات الإعسار، التي يُحتمل أن يكون المدين فيها معسراً من الناحية الفعلية، شواغل ربما لا تُعالج في الوقت الراهن على النحو المناسب في قانون الشركات أو في قانون الإعسار. إلا أن فرض التزامات قابلة للإنفاذ بأثر رجعي بعد بدء إجراءات الإعسار قد يفضي إلى تداخل بين الالتزامات المنصوص عليها في مختلف القوانين، ويُستحسن المواءمة بينها لضمان الشفافية والوضوح وتفايدي احتمالات التضارب.

١٢- ولا تتسم القوانين التي ترد فيها الالتزامات هي وحدها بالتنوع، بل إن الالتزامات نفسها متنوعة أيضاً. فكما وردت الإشارة إليه سلفاً، تختلف الالتزامات المنطبقة قبل بدء إجراءات الإعسار عادةً عن الالتزامات المنطبقة لدى بدء تلك الإجراءات (انظر الفقرات ٢٢ إلى ٢٣ 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 المسؤولية المحدودة أو الملكية المغلقة أو الشركة الخاصة أو المؤسسة العائلية، وتبعاً للولاية (أو الولايات) القضائية التي يعمل فيها هذا الكيان، وقد ترتب أيضاً بما إذا كان المدير شخصاً خارجياً مستقلاً أو مديراً داخلياً.

١٣- ويتصل تطبيق القوانين التي تتناول الالتزامات والمسؤوليات الواقعة على المديرين اتصالاً وثيقاً بقواعد قانونية وأحكام تشريعية أخرى بشأن حوكمة الشركات ويتفاعل معها تفاعلاً وثيقاً.

(٩) انظر الفصل الثاني من هذا القسم، الفقرة ١٤ أدناه.

(١٠) تسليمياً بهذه المسألة، تعتمد التوصيات الواردة في هذا الجزء نهجاً مرناً بالإشارة إلى "القانون المتعلق بالإعسار".

ففي بعض الولايات القضائية، تشكل تلك القوانين جزءاً أساسياً من الأطر السياساتية القائمة، مثل الأطر التي تحمي المودعين في المؤسسات المالية وتيسّر تحصيل الإيرادات وتتناول ما بعض فئات الدائنين من أولوية على دائنين آخرين (مثل الموظفين)، إلى جانب الأطر القانونية والتجارية والثقافية ذات الصلة في السياق المحلي.

١٤- وينبغي للوائح التنظيمية الفعالة في هذا الميدان أن تهدف إلى الموازنة بين هذه الأهداف والمصالح المتضاربة لمختلف أصحاب المصلحة، وذلك بالمحافظة على حرية المديرين في الوفاء بواجباتهم وفي تقديرهم للأمور على النحو الصحيح، مع تشجيعهم في الوقت نفسه على التصرف بروح المسؤولية، وتثبيط السلوك غير السليم والإفراط في المخاطرة، وتعزيز أنشطة إقامة المشاريع والتشجيع على القيام في مرحلة مبكرة بإعادة تمويل أو تنظيم المنشآت التي تواجه ضائقة مالية أو الإعسار. ويمكن لهذه اللوائح التنظيمية أن تعزز من ثقة الدائنين وتزيد من استعدادهم لممارسة الأعمال التجارية مع الشركات، وتشجع مشاركة المسؤولين عن تسيير أعمال الشركة ممن يتمتعون بخبرة أكثر لكن قد يحجمون لولا ذلك عن المشاركة بسبب المخاطر المتعلقة بالإخفاق، وتعزز الحوكمة الرشيدة للشركات، مما يزيد من القدرة على التنبؤ بالمركز القانوني لهؤلاء المديرين ويحد من احتمال لجوء الممارسين المختصين بالإعسار إلى مقاضاتهم لدى بدء إجراءات الإعسار. ومن شأن قصور المبادئ التوجيهية الخاصة بالالتزامات المسؤولين عن اتخاذ قرارات بشأن إدارة المنشأة لدى اقترابها من الإعسار وعدم وضوح تلك المبادئ وقدمها وعدم اتساقها أن تقوّض الفوائد المتبتغي تحقيقها من خلال قانون فعال وناجع للإعسار وأن تفاقم الضائقة المالية المتبتغي معالجتها من خلال تلك المبادئ.

١٥- والهدف من هذا القسم هو استبانة المبادئ الأساسية التي ينبغي إدراجها في القانون المتعلق بالالتزامات المديرين عندما تواجه الشركة إعساراً وشيكاً أو عندما يصبح الإعسار حتمياً، ويمكن أن تُستخدَم هذه المبادئ مرجعاً وأن يستخدمها مقرر السياسة العامة في معرض دراستهم وإعدادهم الأطر القانونية والتنظيمية المناسبة. ولئن كان يُسَلَّم بأن من المستصوب تحقيق أهداف قانون الإعسار (المبيّنة في الفقرات ١ إلى ١٤ من الفصل الأول من الجزء الأول وفي التوصية ١) من خلال اتخاذ المديرين تدابير مبكرة وأتباعهم سلوكاً ملائماً، فمن المسلم به أيضاً أن هناك مخاطر ومزالق تواجه ريادة الأعمال يمكن أن تنشأ من أتباع قواعد مفرطة التشدد. ولا يتناول هذا القسم مسؤولية المديرين بموجب القانون الجنائي أو قانون الشركات أو قانون المسؤولية التصويرية، إذ يركز حصراً على الالتزامات التي يمكن إدراجها في القانون المتعلق بالإعسار وتصبح واجبة الإنفاذ لدى بدء إجراءات الإعسار.

ثانياً- أركان التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار

ألف- طبيعة الالتزامات

١- قد يكون الأساس المنطقي للنظر في التزامات المديرين عندما تكون الشركة على وشك الإعسار متشابهاً في الولايات القضائية المختلفة، لكن نُهجاً مختلفة تُتَّبَع في صياغة هذه الالتزامات وتحديد المعايير التي يتعين استيفاؤها. بيد أن القوانين تنزع عموماً إلى التركيز على جانبين، أولهما فرض مسؤولية مدنية على المديرين لتسببهم في الإعسار أو لعدم اتخاذهم الإجراءات المناسبة عندما تكون الشركة على وشك الإعسار (والتي قد تشمل طبقاً لبعض القوانين بدء إجراءات الإعسار بمقتضى التزام وفقاً للقانون الوطني - انظر الفقرة ٢ أدناه)، وثانيهما، تفادي اتخاذ المديرين تدابير لدى بدء إجراءات الإعسار، بما في ذلك أي معاملات تجارية ربما كانوا قد أجروها والشركة على وشك الإعسار.

١- الالتزام ببدء إجراءات الإعسار

٢- كما سبقت الإشارة إليه آنفاً، تفرض بعض القوانين الوطنية على المديرين التزاماً بتقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار، التي تشمل إعادة التنظيم أو التصفية، في غضون فترة زمنية محددة (تكون عادةً قصيرة نسبياً كثلاثة أسابيع مثلاً) بعد التاريخ الذي أصبحت فيه الشركة معسرة إيساراً فعلياً. وقد يفرض عدم القيام بذلك إلى تحمل مسؤولية شخصية، كلياً أو جزئياً، عما تتكبده الشركة ودائنها من خسائر ناجمة عن ذلك، وإلى تحمل مسؤولية 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

٣- تقع على عاتق المدير عندما تكون الشركة على وشك الإعسار مسؤولية تتأتى عادةً عن التسبب في الإعسار أو عن عدم اتخاذ الإجراءات المناسبة لرصد الوضع المالي للشركة وتفادي الضائقة المالية أو تحسين الوضع المالي والحد 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 التصرف في موجودات من حوزة الشركة، ويمكن أن تفضي إلى تعريض الدائنين لخطر أكبر بكثير من المخاطر دون مبرر). ويمكن أن تنشأ أيضاً عندما يكون المديرون على علم باستحالة تجنب الإعسار أو بأنه لا يمكن للشركة أن تفي بالتزاماتها عند استحقاقها، ومع ذلك يواصلون التعامل التجاري الذي يشمل مثلاً الحصول على السلع والخدمات بالائتمان دون وجود أي مؤشر على أن الشركة ستمكن من سداد الديون ودون إطلاع هؤلاء الدائنين على الوضع المالي للشركة. وقد تنشأ المسؤولية بموجب بعض القوانين عندما لا يفي المديرون بشتى الالتزامات، من قبيل الإبلاغ عن عدم قدرة الشركة على سداد بعض المدفوعات، مثل الضرائب وأقساط الضمان الاجتماعي، أو إشهار الإعسار رسمياً.

٤- ويمكن أن يُتوقع من المديرين عموماً أن يتصرفوا في الظروف المبيّنة أعلاه بصورة حكيمة وأن يتخذوا خطوات كافية ومناسبة لرصد الوضع، لكي يواكبوا التطورات ويتكفوا بالتالي من الحد من الخسائر التي يتكبدها الدائنون والشركة (بما في ذلك المساهمون فيها)، ويتجنبوا الإجراءات التي تؤدي إلى تردي الوضع، ويتخذوا إجراءات مناسبة لتفادي انزلاق الشركة إلى هاوية الإعسار.

٥- ويمكن أن تشمل الخطوات الكافية والمناسبة بعض أو كل المذكور أدناه تبعاً للوضع الفعلي:

(أ) يمكن أن يضمن المديرون إمساك سجلات محاسبية صحيحة وتحديثها، وإلا ينبغي لهم ضمان تدارك الوضع على هذا الصعيد؛

(ب) يمكن أن يضمن المديرون حصولهم على المعلومات الدقيقة والمهمة 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، وأي تدابير يتخذها الدائنون من قبيل اللجوء إلى المحاكم أو التدابير الرامية إلى استرداد الأموال وأي منازعات مع الدائنين. وقد يتعين على المديرين في هذه الفترة تخصيص مزيد من الوقت والاهتمام للعناية بشؤون الشركة مقارنة بما يخصصونه لها عندما تكون معافاة؛

(ج) يمكن عقد اجتماعات دورية لمجلس الإدارة من أجل رصد الوضع، مع الاحتفاظ بمحاضر شاملة بشأن القرارات التجارية المتخذة (بما في ذلك الأصوات المعارضة) وأسبابها، وتضمينها عند الاقتضاء أسباب السماح للشركة بمواصلة التعامل التجاري، ودواعي الاعتقاد بوجود فرصة معقولة لتفادي التصفية بسبب الإعسار. وقد تشمل الخطوات الممكنة اتخاذها مواصلة التعامل التجاري، إذ من الممكن أن تبرر الظروف ذلك حتى بعد الخلوص إلى حتمية التصفية، لأن 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 ائتمانات جديدة (عندما يجيز القانون ذلك)، ينبغي تسجيل مبررات الحصول

عليها ومن ثم تكبد مزيد من الديون، وذلك لكفالة تضمين وجود مستندات تبرر 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. ففي حين تتسم المشورة القانونية بالأهمية بالنسبة للمديرين في هذا الوقت، فإن 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 يرجح أن يترتب عليه من نتائج، وأن يطلبوا المشورة في الوقت نفسه للتأكد من أن القرارات المتخذة ستكون مسوغة في ضوء تدقيق موضوعي ومستقل. وفي 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 بمستشارين قانونيين لتقديم مشورة مستقلة بشأن الخيارات المتاحة لمجلس الإدارة من أجل استبانة مدى نجاعة أي مقترحات تقدمها هيئة الإدارة؛

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

(و) يمكن أن يدرس المديرون هيكل المنشأة ومهامها 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 لتبني 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 والموردين والزبائن والحكومات والمساهمين، وللتركيز أيضاً في بعض الظروف على الشواغل المتعلقة بالبيئة المحيطة، بغية استبانة المنحى المناسب للإجراءات. وفي الفترة التي يُصبح الإعسار فيها وشيكاً أو حتمياً، يؤدي نقل التركيز من تعظيم القيمة لصالح المساهمين إلى مراعاة مصالح الدائنين أيضاً إلى توفير حافز للمديرين للحد من الأضرار التي قد تلحق بالدائنين (الذين يشكلون أصحاب المصلحة الرئيسيين لدى بدء إجراءات الإعسار)، والتي قد تتجم عن سلوك ينطوي على مخاطرة مفرطة أو تهور أو إهمال بالغ. وقد يشكل عقد اجتماعات مع مجموعات الدائنين المعنية آلية مناسبة لتقييم تلك المصالح؛

(ح) يمكن للمديرين ضمان حماية موجودات الشركة^(٧) وعدم اتخاذ الشركة إجراءات قد تفضي إلى فقد موظفين رئيسيين أو الدخول في معاملات من النوع المشار إليه

^(٧) لا يتعين بالضرورة حماية كل الموجودات في جميع الظروف. ومن أمثلة أنواع الموجودات التي قد لا تتطلب الحماية في جميع الظروف الموجودات التي تساوي أقل من المبلغ الذي ضمنت به، أو الموجودات المثقلة أو العديمة القيمة أو العسيرة التسييل (تتأقش هذه المسألة بمزيد من التفصيل في الفصل الثاني من الجزء الثاني، الفقرة ٨٨).

في التوصية ٨٧، وهي معاملات يمكن إبطالها لاحقاً، مثل نقل الموجودات خارج الشركة بقيمة منقوصة. وليست جميع المدفوعات المسددة أو المعاملات المبرمة في هذه المرحلة مشبوهة بالضرورة؛ فالمدفوعات التي تُسَدَّد لضمان استمرار الحصول على اللوازم أو الخدمات الأساسية مثلاً قد لا تشكل خياراً إذا كان الهدف منها بقاء المؤسسة. ويُستحسن تدوين أسباب هذه المدفوعات بوضوح لتبريرها في حال وضع المعاملة المعنية موضع تساؤل لاحقاً. فالمدبرون الذين يحوزون أسهماً كثيرة أو الذين يمثلون المساهمين الرئيسيين لا يمكن اعتبارهم موضوعيين أو منزهين عن المصلحة الشخصية، وقد يكون لزاماً عليهم توخي عناية خاصة عند التصويت على المعاملات عندما تكون الشركة على وشك الإعسار؛

(ط) يمكن الدعوة إلى عقد اجتماع للمساهمين، مراعاةً لمصالح الشركة الفضلى ودون إرجاء لا مسوغ له، إذا بدا من الميزانية العامة أن نسبة محددة 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

٦- تتناول التوصيات ٨٧ إلى ٩٩ إبطال المعاملات التي تجري بقيمة منقوصة أو توفر ميزة تفضيلية أو ترمي إلى الاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم أو عرقلتهم (انظر الفقرات ١٧٠ إلى ١٨٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). وتنطبق تلك التوصيات على إبطال المعاملات التي تجريها الشركة عندما تكون على وشك إعسار. ولا تشكل قابلية معاملة ما للإبطال، في حد ذاتها، أساساً لتحميل المديرين مسؤولية شخصية.

٧- 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 مسوغات تجارية كافية. وإضافة إلى إبطال هذه المعاملات، يمكن أن يحتمل 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؛ أمّا المديرون الذين أعربوا صراحة عن اعتراضهم عليها أو أحيط علماً باعترضهم وفق الأصول، فمن الأرجح ألا يحتملوا هذه المسؤولية.

التوصيتان ٢٥٥ و ٢٥٦

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام التي تتناول ما يقع على عاتق المسؤولين عن اتخاذ قرارات تخص إدارة الشركة من التزامات 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 عند انتهاك تلك الالتزامات، يمكن إنفاذها بعد بدء إجراءات الإعسار.

وينبغي أن تتفقد الفقرات (أ) إلى (ج) على نحو يتجنب ما يلي:

- (أ) التأثير السلبي على النجاح في إعادة تنظيم الأعمال التجارية؛
- (ب) الشئ عن المشاركة في إدارة الشركات، لا سيما الشركات التي تمر بضائقة مالية؛
- (ج) منع ممارسة صلاحية التقدير المعقول للأمور المتعلقة بالأعمال التجارية أو اتخاذ تدابير تنطوي على مخاطرة تجارية معقولة.

مضمون الأحكام التشريعية

الالتزامات

٢٥٥- ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أنه سوف يقع على الأشخاص المحددين وفقاً للتوصية ٢٥٨، ابتداءً من اللحظة المشار إليها في التوصية ٢٥٧، التزاماً بأن يولوا العناية الواجبة لمصالح الدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين وأن يتخذوا خطوات معقولة من أجل:

- (أ) تفادي الإعسار؛
- (ب) الحد بقدر الإمكان من حجم الإعسار عندما يكون حتمياً.

الخطوات المعقولة لتنفيذ التوصية ٢٥٥

٢٥٦- لأغراض التوصية ٢٥٥، يمكن أن تشمل الخطوات المعقولة ما يلي:

- (أ) تقييم الوضع المالي الراهن للشركة، وضمان وجود حسابات سليمة ومحدثة؛ وضمان الاطلاع من جهة مستقلة على وضع الشركة المالي الراهن والجاري؛ وعقد اجتماعات

التوصيتان ٢٥٥ و٢٥٦ (تابع)

منظمة لمجلس الإدارة من أجل رصد ذلك الوضع؛ والتماس المشورة المتخصصة، بما فيها المشورة الخاصة بالإعسار أو المشورة القانونية؛ وعقد مناقشات مع مراجعي الحسابات والعمليات؛ والدعوة إلى اجتماع للمساهمين؛ وتعديل الممارسات الإدارية بحيث تأخذ في الاعتبار مصالح الدائنين وأصحاب المصلحة الآخرين؛ وحماية موجودات الشركة من أجل تعظيم قيمة الموجودات الأساسية وتفادي ضياعها؛ والنظر في هيكل المؤسسة ووظائفها لفحص مدى قدرتها على البقاء ولتقليل النفقات؛ وعدم إلزام الشركة بأنواع المعاملات التي يمكن أن تخضع للإبطال، ما لم يكن لها مسوغ 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؛^(٨)

(ب) بدء إجراءات رسمية لإعادة التنظيم أو التصفية، أو طلب البدء في هذه الإجراءات.

باء- تحديد وقت نشوء الالتزامات: فترة الاقتراب من الإعسار

٨- توصف الفترة التي قد تنشأ فيها الالتزامات التي نوقشت آنفاً بعبارة متنوعة منها "المنطقة الضبابية" أو "منطقة الإعسار" أو "وشك الإعسار". ورغم ما قد ينطوي عليه هذا المفهوم من عدم دقة، فإن الغرض منه هو وصف فترة تردّي الاستقرار المالي للشركة بحيث يصبح إعسارها وشيكاً (أي عندما يتعذر على الشركة عموماً سداد ديونها حينما يحل أجلها) (التوصية ١٥ (أ)) أو حتمياً. والتحديد الدقيق للوقت الذي تنشأ فيه الالتزامات مسألة 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 بثقة باللحظة الزمنية من الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار التي ستستند إليها المحكمة عند النظر في أي دعوى مرفوعة أمامها بسبب انتهاك تلك الالتزامات.

٩- وهناك عدة احتمالات بشأن تحديد الوقت الذي قد تنشأ فيه التزامات المديرين خلال الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار، وتُتبع عدة نهج في هذا الصدد. فمن الاحتمالات الممكنة الأخذ بوقت تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار، وهو الاحتمال الذي يتيح أقصى قدر من اليقين حسب رأي البعض. غير أنه إذا نص قانون الإعسار على بدء إجراءات الإعسار تلقائياً عقب تقديم

(٨) انظر الجزء الأول، الفصل الثاني، الفقرات ٢-١٨.

طلب أو إذا كانت الفترة الزمنية الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات قصيرة جداً (انظر التوصية ١٨)، فلن يكون لهذا الخيار سوى أثر ضئيل في تشجيع المديرين على اتخاذ تدابير مبكرة.

١٠- ومن الاحتمالات الممكنة أيضاً الأخذ بمبدأ نشوء الالتزامات عندما تكون الشركة معسرة إعساراً فعلياً، وهو ما قد يحدث طبقاً لبعض القوانين قبل تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار بوقت طويل. ووفقاً للنهج العام للدليل، يمكن أن يُقال أن الإعسار يحدث في الواقع عندما تصبح الشركة غير قادرة على سداد ديونها حينما يحل أجلها، أو عندما تتجاوز خصوم الشركة قيمة موجوداتها (التوصية ١٥). وثمة احتمال آخر يتمثل في الأخذ بالوقت الذي يكون فيه الإعسار وشيكاً، أي عندما تكون الشركة غير قادرة عموماً على سداد ديونها حينما يحل أجلها (التوصية ١٥ (أ)). إلا أن هذين المحكّين باتا يُستخدمان على نحو متزايد في قوانين الإعسار كمعيارين لبدء الإجراءات ويُتخذان في بعض الدول أساساً لفرض التزام على المديرين بتقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار في غضون فترة زمنية محددة، عادةً ما تكون قصيرة، بعد أن تصبح الشركة معسرة. وتبعاً لذلك، من غير المرجح أن يشجع هذان المحكّان على اتخاذ إجراءات مناسبة في وقت مبكر بما فيه الكفاية.

١١- وهناك نهج مختلف نوعاً ما يتمثل في البحث فيما كان يعرفه المدير عند نقطة معيّنة قبل بدء إجراءات الإعسار، أي متى علم المدير مثلاً، أو كان من المفترض أن يعلم، بأن الشركة معسرة، أو أن الإعسار وشيك ولا يوجد مؤشر معقول على أن الشركة يمكن أن تتفادى بدء إجراءات الإعسار، أو أن استمرار الأعمال معرّض للخطر. ويهدف هذا النهج إلى استئابة المديرين الذين يتسم تسييرهم لشؤون الشركة التي تواجه ضائقة مالية بعدم الحصافة، وتوفير حوافز لاتخاذ إجراءات مناسبة في الوقت الأمثل. ومع أن أحد الشواغل التي يثيرها هذا المعيار يتمثل في صعوبة أن تحدّد على وجه الدقة اللحظة التي يمكن أن يقال فيها إن المعرفة المطلوبة ينبغي أن تكون قد تكونت، شريطة أن تكون حسابات الشركة محفوظة على نحو مناسب ودقيقة، فإنه ينبغي للمدير أن يكون قادراً على الخلوص إلى أن الشركة تمر بضائقة وأنها تتعرض لخطر استيفاء معايير محكّي الإعسار هذين. ويمكن بدلاً عن ذلك افتراض أن المدير يعرف المعلومات التي كانت ستبين 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 أو يتعين أن يعلمه مدير يتمتع بقدر معقول من الكفاءة في تلك الظروف. ويتطلب هذا المعيار دراسة أوسع نطاقاً للظروف والسياق، بما في ذلك، على سبيل المثال، فحص دفاتر الشركة ودراسة وضعها المالي برمته. وقد يشمل ذلك النظر في الإيرادات والديون وإجراءات الطوارئ، بما في ذلك القدرة على تعبئة الأموال. وعموماً، لا يكون الدليل على نقص مؤقت في السيولة كافياً.

١٢- ولا تحول التوصيات دون قيام الدول بتحميل المديرين مسؤوليات يمكن إنفاذها خارج نطاق إجراءات الإعسار عند رفض بدء إجراءات الإعسار بسبب الافتقار إلى موجودات تغطي تكاليف الإجراءات.

التوصية ٢٥٧

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام الخاصة بالتوقيف هو تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الالتزامات في الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار.

مضمون الأحكام التشريعية

وقت نشوء الالتزامات

٢٥٧- ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أن الالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥ تنشأ في اللحظة التي علم فيها الشخص المحدد وفقاً للتوصية ٢٥٨ بأن الإعسار وشيك أو حتمي، أو يُفترض بصورة معقولة أن يكون قد علم بذلك.

جيم- تحديد الأطراف التي تقع على عاتقها الالتزامات

١٣- في معظم الدول، يتحمل 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^(٩) أو مديرين "مستترين"^(١٠)، أو أشخاصاً خوّل إليهم المديرون صلاحياتهم أو واجباتهم.

١٤- وقد يشمل التعريف الواسع للمدير أيضاً المستشارين الخاصين، وفي بعض الظروف المصارف والمقرضين الآخرين عندما يُسدون المشورة إلى شركة ما بشأن سبل معالجة الضائقة المالية التي تمر بها. ويمكن أن ترقى هذه "المشورة"، في بعض الحالات، إلى تحديد المنحى

^(٩) يُعتبر المدير بحكم الواقع بوجه عام شخصاً يمارس الإدارة ولكنه لم يعيّن رسمياً بهذه الصفة أو شاب خلل تقني تعيينه. وقد يشمل ذلك المسمى أي شخص يؤدي المهام المعنية بصرف النظر عن اللقب الوظيفي الرسمي الممنوح له. وقد يشمل أي شخص شارك في مرحلة ما في تكوين الشركة أو تطويرها أو إدارتها. وفي الشركات العائلية الصغيرة، قد يشمل ذلك أفراد الأسرة والمديرين السابقين والمستشارين وحتى كبار الموظفين. ولكي يُعتبر المرء مديراً بحكم الواقع لا يكفي عادةً مجرد مشاركته في إدارة الشركة، وقد تحدّد هذه الصفة من واقع قيامه بمجموعة من الأعمال، مثل توقيع الشيكات المصرفية والتوقيع على مراسلات الشركة باعتباره "المدير" والسماح للزبائن والدائنين والموردين والموظفين بتصور أنه هو المدير أو "صاحب القرار" والبت في الأمور المالية بشأن مستقبل الشركة مع المسؤولين المصرفيين والمحاسبين العاملين مع الشركة.

^(١٠) قد يكون المدير المستتر شخصاً اعتمد مديره الشركة أن يتصرفوا وفقاً لتعليماته رغم أنه ليس معيّناً رسمياً حتمياً بصفة مدير. ولا يشمل هذا بوجه عام المستشارين الفنيين الذين يمارسون عملهم بهذه الصفة. وقد يلزم 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 مجموعات المنشآت (انظر القسم الثاني)، قد يكون أحد أعضاء المجموعة مديراً مستتراً لعضو آخر في المجموعة. وعند النظر في السلوك الذي قد يؤهل الشخص ليُعتبر مديراً مستتراً، قد يلزم أن يؤخذ في الاعتبار مدى تواتر السلوك المعني وما إذا كان له تأثير فعلي أم لا.

الدقيق للإجراءات التي ينبغي أن تتخذها الشركة وإلى جعل اتباع هذا المنحى بالذات شرطاً لمنح الائتمان. لكن، إذا كان مديرو الشركة يحتفظون بصلاحياتهم التقديرية لرفض الأخذ بالنهج المعني، حتى وإن لم يكن لديهم في حقيقة الأمر خيار يُذكر لأن عدم الأخذ به سيفضي إلى تصفية الشركة، وإذا كان المستشارون الخارجيون يتصرفون بتجرد وحسن نية وبطريقة سليمة تجارياً، فإن من المستحسن عدم اعتبار أن هؤلاء المستشارين يندرجون في فئة الأشخاص الذين تقع على عاتقهم الالتزامات.

١٥- ولا يوجد تعريف مقبول عموماً لما هو "المدير". ولكن يمكن، كقاعدة عامة، اعتبار الشخص مديراً عندما يكلف باتخاذ قرارات أساسية فيما يتعلق بتسيير شؤون الشركة أو يتخذ مثل هذه القرارات في الواقع أو ينبغي له اتخاذها، بما يشمل مهام من قبيل ما يلي:^(١) تحديد استراتيجية الشركة، والسياسة المتعلقة بالمخاطر، والميزانيات والخطط التجارية السنوية، ورصد 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.

١٦- وتقع الالتزامات التي ترد مناقشتها أعلاه على عاتق أي شخص كان مديراً في الوقت الذي كانت الشركة تواجه فيه إعساراً فعلياً أو وشيكاً، ويمكن أن يشمل المديرين الذين استقالوا بعد ذلك (انظر الفقرة ٢٧ أدناه). ولا يشمل ذلك المدير المعين بعد بدء إجراءات الإعسار.

التوصية ٢٥٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام هو تحديد الأشخاص الذين تقع على عاتقهم الالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥.

مضمون الأحكام التشريعية

الأشخاص الذين تقع على عاتقهم الالتزامات

٢٥٨- ينبغي للقانون المتعلق بالإعسار أن يحدد الشخص الذي تقع على عاتقه الالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥، والذي قد يكون أي شخص معيّن رسمياً بصفة مدير وأي شخص آخر يمارس رقابة فعلية ويؤدي مهام المدير.

^(١) هذه الأمثلة مقدّمة على سبيل العلم ولا ترد وفق ترتيب محدد لدرجة أهمية كل منها.

دال- المسؤولية

١- المعيار الذي ينبغي الوفاء به

١٧- تحكم القوانين التي تنص على التزامات المديرين في الفترة التي تكون فيها الشركة على وشك الإعسار على سلوك المديرين في تلك الفترة استناداً إلى مجموعة متنوعة من المعايير، وذلك من أجل البت في امتثالهم لتلك الالتزامات أو عدم امتثالهم لها. ولا تصبح تلك الالتزامات واجبة النفاذ عادةً إلا عند بدء إجراءات الإعسار ونتيجةً لبدئها، وتكون الالتزامات عندها نافذة بأثر رجعي، وذلك على شاكلة الأحكام المتعلقة بالإبطال (انظر المناقشة الواردة في الفقرات ١٤٨ إلى ١٥٠ والفقرة ١٥٢ من الفصل الثاني من الجزء الثاني).

١٨- وبمقتضى بعض القوانين، يُبَيَّن في مسألة متى علم المدير أو الموظف المسؤول، أو كان عليه أن يعلم، بأن الشركة معسرة أو يُرَجَّح أن تصبح معسرة استناداً إلى المعرفة والكفاءة والخبرة العامة التي يجوز توقعها على نحو معقول من شخص يضطلع بنفس المهام التي يضطلع بها ذلك المدير فيما يخص الشركة. ويمكن توقع المزيد من مدير شركة كبرى لديها نُظْم وإجراءات محاسبية متطورة. وإذا كانت كفاءات المدير وخبرته تتجاوزان المستوى المطلوب للعمل الذي يؤديه، فإن الحكم عليه 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 يُحْكَم عليه بناءً على المهارات والخبرة المطلوبة للوظيفة.

١٩- ويتطلب نهج آخر وجود أسباب معقولة للاشتباه في أن الشركة معسرة أو قد تصبح معسرة في وقت تكبُّد الدَّين أو إجراء المعاملة المفضيين إلى الإعسار. ولا يكفي للاشتباه على نحو معقول في وقوع الإعسار مجرد التكهّن به، فيجب أن يكون لدى المدير توجُّس فعلي من أن الشركة معسرة. وهذه عتبة أدنى من توقع أن تكون الشركة معسرة أو معرفة أنها معسرة. وبمقتضى هذا النهج، يتمثل المعيار في مدير يتمتع بكفاءة عادية قادر على تكوين فهم أساسي لوضع الشركة المالي، ويجري التقييم على أساس المعرفة التي ربما كانت لدى مثل هذا المدير وليس على أساس المعلومات التي قد تتضح فيما بعد. وتشير الشواهد التجريبية في الولايات القضائية التي لديها أحكام من هذا القبيل إلى أن المحاكم أبدت عند استعراض الأحداث، ويكون ذلك عادةً قبل الاستعراض، قدراً كبيراً من الفهم للوضع الذي وجد المديرين أنفسهم فيه، محللةً تحليلًا دقيقاً الظرف الذي واجهوه ومتفهمّة الصعوبات التي واجهتها الشركة.

٢٠- وتتيح بعض القوانين ملاذاً آمناً للمديرين، مثلاً من خلال قاعدة لتقييم الشؤون التجارية تضع افتراضاً مفاده أن المديرين تصرفوا، على سبيل المثال، بحسن نية وكان لديهم اعتقاد منطقي بأن تصرفاتهم خدمت مصالح الشركة على أفضل نحو، ولم تكن لديهم مصلحة شخصية جوهرية، وأنهم اطلعوا على المعلومات اللازمة على نحو سليم. ولا يحتمل المدير

مسؤولية شريطة اتخاذه الإجراءات بحسن نية، مع توخي العناية الواجبة والعمل في إطار صلاحياته. ولكي يستفيد المديرون من هذه القاعدة، عليهم الإلمام بالأمور التي ينبغي البت فيها وذلك من خلال الحصول على المعلومات التي يجدها شخص عاقل في ظروف مماثلة مقنعة وخالية من أي تضارب في المصالح فيما يتعلق بتلك الأمور، ودراسة تلك المعلومات والاعتماد عليها.

٢١- وقد تقتضي قوانين أخرى وجود علاقة سببية بين فعل سوء الإدارة والديون المترتبة عليه، أو أن يثبت أن سوء الإدارة سبب هام في إعسار الشركة. ويقتضي هذا النهج أن يُدان المدير لارتكاب أخطاء في الإدارة عندما يقيّم استناداً إلى معايير المدير الجيد الاطلاع بدرجة عادية. وتشمل الأمثلة على أنماط السلوك أو الإجراءات التي قد تؤدي إلى تحميل المسؤولية بمقتضى تلك القوانين، التهور وعدم الكفاءة وعدم الاهتمام وعدم التصرف والانخراط في معاملات غير قائمة على الندية أو ذات طابع غير تجاري وتقديم الائتمان على نحو غير سليم وبما يتجاوز إمكانيات الشركة، بينما تشمل أكثر حالات الإخفاق شيوعاً مديرين سمحوا للشركة بالتعامل التجاري في حين كان من الواضح أنها معسرة وشرعوا في مشاريع تتجاوز قدرات الشركة المالية ولا تراعي مصالحها الفضلى. ومن الأمثلة الأخرى على سوء الإدارة: عدم تحري المديرين تحرياً كافياً سلامة القدرات المالية للشركاء التجاريين أو غير ذلك من العوامل الهامة قبل إبرام العقود؛ عدم تقديم المديرين معلومات كافية لتمكين المجلس الرقابي من ممارسة الإشراف على الإدارة؛ عدم حصول المديرين على الحسابات الإدارية أو عدم دراستها؛ إهمال المديرين إدارة الشركة إدارة مالية سليمة؛ تقاعس المديرين عن اتخاذ تدابير وقائية تحسباً لمخاطر متوقعة على نحو واضح؛ سوء إدارة شؤون الموظفين على نحو يؤدي إلى اضطرابات وإضرابات. وبموجب بعض القوانين الآخذة بهذا النهج، لا يقتضي الخلوص إلى حدوث سوء إدارة أن يكون المدير منخرطاً بنشاط في إدارة الشركة، إذ قد يكون مجرد إقراره بالسكوت كافياً.

٢- طبيعة المسؤولية

٢٢- يقتضي البت فيما إذا كان مدير ما قد انتهك التزاماته النظر في الوقائع المتعلقة بالسلوك الذي اتبعه ذلك المدير فأفضى إلى بدء إجراءات إعسار فيما يتعلق بالمدين. وعند إثبات انتهاك الالتزامات بمقتضى معيار الإثبات ذي الصلة، يمكن تحميل المسؤولية بعدة طرائق. فوفقاً لأحد النهج، تُحمّل المسؤولية لفردى المديرين تبعاً لمدى مشاركة كل منهم في القرارات المتخذة أو السلوك موضوع البحث، مع النظر في تلك المشاركة في إطار الظروف السائدة برمتها. ويمثل تشكيل مجلس الإدارة عاملاً مهماً في معالجة هذه القضايا. فعندما يكون في الشركة مديرون مستقلون لا يملكون حصة كبيرة في أسهمها ولا يمثلون مالكي الأسهم، قد لا يكون هؤلاء المديرون على اطلاع على المعلومات بالقدر نفسه المعروف أو المتاح للمديرين الداخليين. ويمكن أن تتفاوت المسؤولية بين المديرين المستقلين والمديرين الداخليين تبعاً للوضع السائد في الواقع.

٢٣- 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 اللوم، 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 محددة تتصل بالضرر موضوع البحث)، أو تحميل أحد المديرين قسطاً أكبر من المسؤولية عندما يتبين، مثلاً، أن المديرين ليسوا ملامين بالقدر نفسه عن الضرر الناجم. وبموجب أحد القوانين، لا يجوز أن يكون المديرين مسؤولين جماعياً وفردياً إلا إن ثبّت ضلوعهم عن قصد في الخداع أو سوء الأمانة؛ وفي سائر الحالات الأخرى، تكون المسؤولية متناسبة مع مدى إسهام الإجراءات التي اتخذها المدير في الخسارة التي تكبدها الشركة. ويأخذ قانون آخر بنهج مختلف اختلافاً طفيفاً تقرّر المحكمة بمقتضاه ما إذا كان يتعين على الشخص الذي ثبتت مسؤوليته دفع تعويضات إلى الشركة، وذلك استناداً إلى جسامة الخطأ وقوة العلاقة السببية، إلا أن تقدير التعويضات ليس بالضرورة متناسباً مع درجة المسؤولية أو الخطأ. وبموجب بعض القوانين، تعتمد مسألة تحديد ما إذا كانت المسؤولية جماعية أو موزعة تحديداً على المديرين المسؤولين عن السلوك المعني (الذي يمكن أن يشمل عدم اتخاذ إجراء أو التحقق من وفاء سائر المديرين بالتزاماتهم) على الإجراء الذي استتبع المسؤولية.

٣- الدفع

٢٤- يمكن للمديرين، في إطار بعض القوانين التي تفرض عليهم التزامات عندما تكون الشركة على وشك الإعسار، الاعتماد على دفع معيّن، مثل قاعدة افتراض حسن النية في قرارات الأعمال التجارية، لإثبات أنهم تصرفوا على نحو معقول. وثمة نهج مختلف اختلافاً طفيفاً يفسّر الشك لصالح المديرين بافتراض أن المخاطر التجارية لا يمكن تفاديها وأنها جزء عرّضي من الإدارة. وتُحجم المحاكم عن التشكيك في أفعال مدير يكون قد استوفى واجبي توشي العناية والولاء، أو عن اتخاذ قرارات ببصيرة من يدرس الأمر بعد وقوعه. وفي بعض الحالات، توفر قاعدة افتراض حسن النية في قرارات الأعمال التجارية دفوعاً بشأن بعض الالتزامات التي ينص عليها القانون، لكن ليس جميعها.

٢٥- وطبقاً لبعض القوانين، يحتاج المديرين إلى إثبات أنهم اتخذوا التدابير المناسبة للحد من الخسائر التي يمكن أن يتعرض لها دائنو الشركة متى خلصوا إلى أنه سيصعب على الشركة تفادي التصفية. وإذا تمكن المديرين من إثبات أنهم اتخذوا قرارات معقولة وموضوعية في تسيير الأعمال التجارية استناداً إلى معلومات مالية دقيقة ومشورة فنية مناسبة، فمن المرجح أن يتمكنوا من الدفع بذلك حتى وإن تبين لاحقاً أن قراراتهم تلك كانت غير سليمة من الناحية التجارية.

٢٦- وتتص بعض القوانين أيضاً على أنه يمكن للمديرين اتخاذ بعض الخطوات الإجرائية أو الشكلية لكي يتجنبوا تحمل المسؤولية عن القرارات التي تكون فيما بعد موضع شك أو جدواً من مسؤوليتهم عنها، من قبيل تسجيل اعتراضهم على القرارات في محاضر الاجتماعات، أو تقديم اعتراض كتابي إلى أمانة الاجتماع قبل انتهائه، أو تسليم أو إرسال اعتراض كتابي مباشرة بعد انتهاء الاجتماع إلى مكتب الشركة المسجل أو سلطة أخرى حسبما ينص عليه القانون الوطني. ويمكن اعتبار المديرين الذين تغيّبوا عن الاجتماع الذي اتُّخذت فيه تلك القرارات موافقين عليها ما لم يتبّعوا الإجراءات المعمول بها، مثل اتخاذ تدابير لتسجيل اعتراضهم في غضون آجال معيّنة بعد علمهم بالقرار المعني.

٢٧- ولا تُعد عدم معرفة المدير بشؤون الشركة، عموماً، عذراً لعدم الوفاء بالتزاماته. وبالإضافة إلى ذلك، استقالة المدير عندما تكون الشركة على وشك الإعسار لن تحصّنه بالضرورة من المسؤولية، إذ قد تفتح المجال للتساؤل وفقاً لبعض القوانين بأنه استقال على خلفية الإعسار، وبأنه كان مدركاً أو كان ينبغي له أن يكون مدركاً للإعسار الوشيك، وبأنه لم يتخذ التدابير المعقولة للحد من خسائر الدائنين وتحسين الوضع. وعندما يعرب مدير عن اعتراضه على قرار يخضع للبحث لاحقاً، ينبغي أن يكون اعتراضه عادةً مدوّناً لكي يتمكن من الدفع به. وعندما يختلف أحد المديرين مع نظرائه المديرين بشأن الإجراءات الواجب اتخاذها، وتفشل الخطوات المعقولة التي يتخذها لإقناعهم، قد يكون من المناسب له أن يستقيل شريطة أن تكون الجهود التي بذلها والمشورة التي قدّمها مدوّنة.

٢٨- ويمكن التقليل من المسؤولية إلى أدنى حد من خلال نوع محدد من التأمين، يمكن 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 المتبّع عادةً في بعض الولايات القضائية.

٤- سبل الانتصاف

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

(أ) الأضرار والتعويضات

٣٠- عندما يثبت أن المديرين مسؤولون عن أعمال أو إغفالات والشركة على وشك الإعسار، يكون نطاق المسؤولية متفاوتاً. فبمقتضى بعض القوانين، قد يُحمَّل المديرين المسؤولية عما يلحق بفرادى الدائنين والموظفين والشركة نفسها من خسارة أو ضرر، عندما تكون الخسارة نتيجة مباشرة لأعمالهم أو إغفالاتهم. وربما يُحمَّلون أيضاً مسؤولية المدفوعات التي تؤدي إلى إنقاص حوزة الإعسار أو أدت إلى تقليص موجودات الشركة. وتجزئ بعض القوانين للمحكمة مواءمة درجة المسؤولية لكي تتناسب مع طابع وجسامة سوء الإدارة أو أي عمل آخر يستتبع تلك المسؤولية. وتتص بعض القوانين على إمكانية تحميل المديرين المسؤولية عن الفرق بين قيمة موجودات الشركة في الوقت الذي كان يجب أن تتوقف فيه عن التعامل التجاري والوقت الذي توقفت فيه عن ذلك بالفعل. وثمة صيغة بديلة تتمثل في تحميل المديرين المسؤولية من خلال تحديد الفرق بين وضع الدائنين والشركة بعد انتهاك الالتزام والوضع لو لم يُنتهك ذلك الالتزام.

٣١- وبعض القوانين التي تنص على التزام بطلب بدء إجراءات الإعسار أو عقد اجتماع للمساهمين عند وقوع خسارة في رأس المال، تتضمن أحكاماً بشأن التعويض عن الأضرار أيضاً.

٣٢- وعندما يتبين أن المديرين مسؤولون، يمكن النص على إضافة المبلغ الذي يُسترد منهم إلى حوزة الإعسار، استناداً إلى أن المسوغ الرئيسي لملاحقة المديرين هو استرداد شيء من القيمة المفقودة من جراء الإجراءات التي اتخذوها وذلك في شكل تعويض لصالح الحوزة. ومن ثم يكون التعويض في مصلحة جميع الدائنين بدلاً من فرادى الدائنين. وتتص بعض القوانين على أنه في حال وجود رهن على المنشأة بمجملها، تسجّل المبالغ المستردة تعويضاً عن الأضرار لصالح الدائنين غير المضمونين. وقد يُقال، دعماً لهذا النهج، أن التعويض ينبغي ألا يؤول إلى الدائنين المضمونين لأن سبب الدعوى لا ينشأ إلا عند بدء إجراءات الإعسار ومن ثم 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. وعندما يسمح قانون الإعسار في المقابل للدائنين برفع دعوى على المديرين (انظر الفقرات ٣٦ إلى ٤٢ أدناه من هذا الفصل)، قد توجد مسوغات لاقتراح استخدام أي تعويض يُدفع، في المقام الأول، في تغطية التكاليف التي يتكبدها الدائن الذي يبدأ الدعوى أو الدائنون الذين يبدؤونها.

٣٣- وإضافة إلى سبل الانتصاف المذكورة، يمكن إرجاء الديون أو الالتزامات المستحقة من الشركة لصالح المديرين أو اعتبارها ثانوية، وقد يُطلب من المديرين تقديم كشف بشأن أي ممتلكات احتازوها أو اقتتوها من الشركة أو بشأن أي فائدة حصلوا عليها جراء انتهاك الالتزامات.

(ب) إسقاط الأهلية

٣٤- من النتائج المنصوص عليها في عدد من القوانين حينما تبدأ إجراءات الإعسار إسقاط أهلية المدير لممارسة مهام المدير أو المشاركة في تسيير شؤون الشركة أو إدارتها. وتعتبر هذه التدابير عادةً تدابير حماية ترمي إلى تنحية أولئك المديرين من منصب يمكنهم 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 أن الفرد "ليس أهلاً" للعمل مديراً. وتشمل العوامل التي يُستند إليها في اتخاذ ذلك القرار ما يلي: الإخلال بواجب ائتماني؛ وإساءة استخدام الأموال؛ وإصدار 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 عرضة للإبطال في ظل ظروف مشابهة لتلك المبينة 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 محددة. 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 فادحاً، ولو أن الأمر ليس دائماً كذلك.

٣٥- ويمكن لإسقاط الأهلية أن يقترن بسبل انتصاف وبعقوبات أخرى على النحو المبين أعلاه، أو قد يُلتزم على نحو مستقل إذا كان السلوك العام للشخص باعتباره مديراً يستحق عقوبةً من هذا القبيل. وعندما يكون خيار إسقاط الأهلية متاحاً، قد تقتصر الجهات التي يجوز لها التماسه على وكالات أو مسؤولين محددين وممثل الإعسار، وفي بعض الحالات، الدائنين.

التوصيات ٢٥٩ إلى ٢٦١

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 ٢٥٥ قبل بدء إجراءات الإعسار ضارة وتمثل من ثم انتهاكاً لتلك الالتزامات؛

(ب) تحديد الدفع في مواجهة ادعاء بانتهاك الالتزامات؛

(ج) تحديد عواقب ذلك الانتهاك.

التوصيات ٢٥٩ إلى ٢٦١ (تابع)

مضمون الأحكام التشريعية

المسؤولية

٢٥٩- ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أنه عندما يتكبد الدائنون خسارة أو يلحق بهم ضرر جراء انتهاك الالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥، يمكن أن يتحمل الشخص الذي تقع عليه الالتزامات المسؤولية.

٢٦٠- ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أن تكون المسؤولية الناشئة عن انتهاك الالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥ محدودة بحجم ما سببه ذلك الانتهاك من خسارة أو ضرر.

أركان المسؤولية والدفع

٢٦١- ينبغي أن يحدد القانون المتعلق بالإعسار: الأركان الواجب إثبات توافرها للتدليل على حدوث انتهاك للالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥ وعلى أن الدائنين تكبدوا خسارة أو لحق بهم ضرر من جراء ذلك؛ الطرف المسؤول عن إثبات توافر تلك الأركان؛ الدفع المحددة في مواجهة ادعاء بانتهاك الالتزامات. ويمكن أن تشمل تلك الدفع اتخاذ الشخص الذي تقع عليه الالتزامات تدابير معقولة من قبيل التدابير المشار إليها في التوصية ٢٥٦.

هاء- إنفاذ المسؤولية الواقعة على عاتق المديرين

١- الأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى

٣٦- يفرض عدد من القوانين قيوداً بشأن من يحق له رفع دعوى على مدير لانتهاكه 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 إلى ١٩٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني).

٣٧- وينص عدد من القوانين على أنه 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 أي خسارة تكون قد لحقت بالشركة. ويمكن أن تسمح قوانين التعامل التجاري غير المشروع، على سبيل المثال، لممثل

الإعسار بملاحقة المديرين لكي يقدموا مساهمات في حوزة الإعسار عندما يكون سلوكهم قد أسهم في إعسار شركتهم أو شكّل سوء إدارة. وتجزئ بعض القوانين أيضاً رفع هذه الدعوى من جانب النائب العام أو المحكمة بمبادرة منها.

٢٨- ومع أن المبرر الرئيسي لفرض التزامات على المديرين عندما تكون الشركة على وشك الإعسار هو حماية مصالح الدائنين، فإن القوانين لا تجيز كلها للدائنين رفع دعوى ضد مدير لانتهاكه تلك الالتزامات. ويجوز، طبقاً لبعض القوانين، عندما لا يتخذ ممثل الإعسار أي إجراء، أن يتمتع الدائنون، وأحياناً المساهمون، بحق اشتقائي في رفع الدعوى (انظر الفقرات ١٩٢ إلى ١٩٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). وإذا كانت أي تعويضات يجري تقديمها ستعود إلى حوزة الإعسار لمصلحة الدائنين، فقد لا يكون لدى المساهمين أي حافز يُذكر في رفع هذه الدعوى. وتسمح قوانين أخرى للدائنين برفع دعاوى بشأن أنواع معيّنة فقط من الإجراءات أو المعاملات التجارية، مثل الأفعال المخالفة للقانون أو المعاملات المنقوصة القيمة. وبموجب قوانين أخرى، حين لا يكون للدائنين حق مستقل في تقديم إحدى المطالبات، فإنه 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 مباشرة مثل هذه الدعوى.

٣٩- وفي الحالات التي يُعتبر فيها من الملائم أن يسمح القانون للدائنين بملاحقة المديرين قضائياً، يمكن التمييز بين الدائنين الذين نشأ ديونهم في الفترة التي تقترب فيها الشركة من الإعسار كنتيجة مباشرة للسلوك موضوع النظر، والدائنين الذين يكون ديونهم سابقاً زمنياً لتلك الفترة. وتبعاً للقانون المتعلق بالإعسار المنطبق، يجوز لممثل الإعسار أن يرفع دعوى على أحد المديرين، إذا أُجيز رفعها، تحقيقاً لمنفعة حوزة الإعسار. ويجوز لدائن أن يرفع دعوى على أحد المديرين، إذا أجاز القانون المتعلق بالإعسار رفعها، تحقيقاً لمنفعة حوزة الإعسار إذا لم يرفع تلك الدعوى ممثل الإعسار. وفي بعض الدول، يجوز للدائن، رهنأً بالقانون المتعلق بالإعسار، أن يرفع دعوى على أحد المديرين تحقيقاً لمنفعته الشخصية. وتستند كل تلك الدعاوى إلى كون السلوك موضوع النظر قد وقع في الفترة التي تكون فيها الشركة على وشك الإعسار. ويقتصر هذا الحق الفردي للدائن، بمقتضى بعض القوانين، على الحالات التي يكون فيها السلوك الفاضح موضوع 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 مثلاً مفيداً للإجراءات التي يتعين اتباعها (انظر الفقرات ١٩٢ إلى ١٩٥ من الفصل الثاني 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 تلحقه تلك الإجراءات بإدارة الحوزة.

٤٠- وعندما يُشترط الحصول على موافقة ممثل الإعسار أو الدائنين ولا يُحصل عليها أو يُرفض إعطاؤها، قد يجيز قانون الإعسار للدائن التماس موافقة المحكمة على ملاحقة المدير. وينبغي أن يكون لممثل الإعسار الحق في أن تسمعه المحكمة في أي جلسة تُعقد 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 القضية بناءً على حيثياتها. ويمكن أن يسهم هذا النهج في التقليل من احتمالات إبرام أي صفقات بين مختلف الأطراف. وعندما تُجاز إقامة دعاوى الإبطال بمبادرة من الدائن، تشترط بعض القوانين أن يدفع الدائنون تكاليف تلك الدعاوى، أو تجيز فرض جزاءات عليهم لتثييمهم عن محاولة إساءة استخدامها. ويمكن أتباع النهج نفسه في الدعاوى التي يرفعها الدائنون على المديرين.

٤١- وفي إطار القوانين التي تفرض على المديرين التزاماً ببدء إجراءات الإعسار، يجوز للشركة نفسها والمساهمين فيها ودائبيها المطالبة بالتعويض عن الأضرار في حال انتهاك ذلك الالتزام. وعندما يقمّم المديرون مدفوعات على نحو يخالف وقف التعامل التجاري الذي يقترن بالالتزام ببدء إجراءات الإعسار، يمكن للشركة نفسها أن تقمّم مطالبات للتعويض عن الأضرار. ويجوز للشركة أيضاً تقديم مطالبات بموجب القوانين التي تفرض التزاماً بعقد اجتماع للمساهمين إذا وقعت خسارة في رأس المال. ومن المستصوب أن يكفل قانون الإعسار تنسيق أي إجراءات يُحتمل أن تباشرها هذه الأطراف المختلفة.

٤٢- ويمكن أن يعود رفع دعوى ضد المديرين الذين انتهكوا التزاماتهم بفائدة كبيرة على حوزة الإعسار وأن يزيد من عائدات الدائنين. إلا أن تعليق الفصل في مثل هذه الدعاوى يؤدي في ولايات قضائية كثيرة إلى الحيلولة دون إقفال إجراءات الإعسار وتوزيع العائدات توزيعاً نهائياً. لذا من المستصوب أن يبحث ممثل الإعسار، قبل البدء برفع دعوى ضد أحد المديرين، في فرص نجاح تلك الدعاوى وكذلك في ظروف أخرى، مثل قدرة المدير على الاستجابة لقرار يلزمه بدفع تعويضات، ونطاق التغطية التأمينية المتاحة للمدير، وتأثير الدعوى على المدة التي تستغرقها إجراءات الإعسار.

٢- تمويل الدعوى

٤٣- تتعلق إحدى الصعوبات التي قد تنشأ في الولايات القضائية التي تسمح لممثل الإعسار برفع دعوى بشأن انتهاك هذه الالتزامات بكيفية سداد تكاليف الدعوى في حال إخفاقها. فكثيراً ما تُساق مسألة نقص التمويل كسبب رئيسي للندرة النسبية للقضايا المرفوعة بسبب انتهاك هذه الالتزامات. ويمكن توفير التمويل من حوزة الإعسار عندما تشمل على موجودات كافية للقيام بذلك، على نحو ما هو متبّع في كثير من إجراءات الإبطال، غير أن 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 بنجاح الدعوى.

٤٤- وقد يوفر استحداث نُهج بديلة للتمويل في مثل هذه الظروف، في الأوضاع المناسبة، وسيلة ناجعة لاستعادة قيمة موجودات الحوزة المفقودة من جراء سلوك المديرين وللتصدي للانتهاكات والتحقيق في السلوك غير المنصف 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 المتوقعة منها في حال نجاحها لقاء قيمة محددة إلى أطراف ثالثة، بما في ذلك الدائنون، أو يمكن التماس أموال من أحد المقرضين. وعندما يقدّم سبب الدعوى طرف آخر غير ممثل الإعسار وكان دافعه إلى ذلك تحقيق مصالح الدائنين الجماعية، يمكن استرداد تكاليف بدء هذه الدعوى من قيمة أي تعويضات. وتجزئ بعض القوانين تسوية المطالبات المقدّمة ضد المديرين من خلال التفاوض مع ممثلي الإعسار، مما يفني عن الحاجة إلى التماس تمويل. وقلّمًا يحدث هذا في بعض الولايات القضائية، بينما جرى العرف على ذلك في ولايات قضائية أخرى حيث "يدعو" ممثلو الإعسار عادةً المديرين إلى المساهمة. ومن المسائل الأخرى التي قد يكون من المناسب أخذها في الاعتبار المحكمة التي يمكن فيها بدء مثل هذه الدعوى؛ وتناقش هذه المسألة في الفقرة ١٩ من الفصل الأول من الجزء الثاني.

التوصيات ٢٦٢ إلى ٢٦٦

الغرض من الأحكام التشريعية

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

مضمون الأحكام التشريعية

سبل الانتصاف

٢٦٢- ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أن سبل الانتصاف فيما يتعلق بمسؤوليات تجد المحكمة أنها مترتبة على انتهاك للالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥ ينبغي أن تشمل دفع كامل التعويضات التي تقدرها المحكمة إلى حوزة الإعسار.

رفع دعوى بسبب انتهاك الالتزام

٢٦٣- ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أن سبب الدعوى بشأن خسارة متكبّدة أو ضرر ناجم عن انتهاك للالتزامات الواردة في التوصية ٢٥٥ يعود لحوزة الإعسار وأن المسؤولية الرئيسية عن رفع الدعوى عن انتهاك تلك الالتزامات تقع على عاتق ممثل

التوصيات ٢٦٢ إلى ٢٦٦ (تابع)

الإعسار. ويجوز أيضاً أن يسمح القانون المتعلق بالإعسار للدائن أو أي 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

٢٦٤- ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أن تكاليف الدعوى المرفوعة على الشخص الذي تقع عليه الالتزامات تُدفع باعتبارها نفقات إدارية.^(١٢)

٢٦٥- يجوز أن يوفر القانون المتعلق بالإعسار نهجاً بديلة بشأن مباشرة هذه الدعوى وتمويلها.

التدابير الإضافية

٢٦٦- من أجل ردع نوع السلوك الذي يفضي إلى نشوء مسؤولية بمقتضى التوصية ٢٥٩، يجوز تضمين القانون المتعلق بالإعسار تدابير انتصاف أخرى^(١٣) تضاف إلى التعويضات التي تنص عليها التوصية ٢٦٢.

^(١٢) للاطلاع على تفسير لمصطلح "النفقات الإدارية"، انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، الفقرة ١٢ (أ).

^(١٣) تتوقف 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 دفع تعويض. وترد في الفقرات ٢٢ إلى ٢٥ من هذا الفصل مناقشة لأمثلة على تدابير الانتصاف هذه.

القسم الثاني

التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار

مقدّمة القسم الثاني والغرض منه

١- يستند هذا القسم إلى التوصيات ٢٥٥ إلى ٢٦٦ من القسم الأول التي تتناول التزامات مديري فرادى الشركات في فترة الاقتراب من الإعسار. وينصّب التركيز فيه على طبيعة الالتزامات وعلى الخطوات التي يمكن اتخاذها من أجل الوفاء بتلك الالتزامات (على النحو المذكور في التوصيتين ٢٥٥ و٢٥٦)، مقترحاً كيفية تكييف تلك التوصيات من أجل تطبيقها على المديرين^(١٤) في سياق مجموعات المنشآت. وتظل التوصيات ٢٥٧ إلى ٢٦٦ من القسم الأول منطبقة في سياق مجموعات المنشآت، إلا أن الإحالات المرجعية الواردة في تلك التوصيات إلى التوصيتين ٢٥٥ و٢٥٦ ينبغي أن تفسّر لأغراض هذا القسم على أنها إحالات إلى التوصيتين ٢٦٧ و٢٦٨ اللتين تردان في هذا القسم.

٢- وقد أدرجت في هذا القسم توصيتان أخريان (هما التوصيتان ٢٦٩ و٢٧٠) لمعالجة الوضع الذي يكون فيه المدير شاغلاً لمنصب إداري أو تنفيذي في أكثر من منشأة عضو في مجموعة المنشآت وبنشأ تضارب في الوفاء بالالتزامات حيال شتى أعضاء المجموعة.

٣- وينبغي أن يُقرأ هذا القسم بالاقتران مع القسم الأول، وكذلك بالاقتران مع الجزء الثالث من الدليل. وبالإضافة إلى ذلك، اعتمدت الأونسيترال في عام ٢٠١٩ نصاً تشريعياً هو "قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت"^(١٥)، يسعى إلى تيسير إجراءات الإعسار لمجموعات المنشآت. ويشكل ذلك النص ودليل الاشتراع المصاحب له إطاراً يرمي إلى تبسيط سير تلك الإجراءات والمساعدة على وضع حل لإعسار المجموعات، بما في ذلك من خلال توفير نظام للاعتراف عبر الحدود بحلول الإعسار الجماعي والتدابير الانتصافية التي قد تلزم لدعم وضع تلك الحلول. ويوفر القانون النموذجي ودليل الاشتراع المصاحب له معلومات من شأنها أن تكون مفيدة للمديرين وغيرهم من شاغلي المناصب الذين يتصّب عليهم تركيز هذا القسم.

^(١٤) ترد في القسم الأول، الفصل الثاني، الفقرات ١٢ إلى ١٦، مناقشة لمسألة من الذي يمكن أن يُعتبر مديراً. وعلى الرغم من عدم وجود تعريف مقبول لدى الجمع لهذا المصطلح، فإن هذا القسم يواصل الإشارة بوجه عام إلى "المديرين"، على سبيل التيسير.

^(١٥) الوثائق الرسمية للأمم المتحدة، الدورة الرابعة والسبعين، الملحق رقم ١٧ (A/74/17)، المرفق الثاني.

مسرد المصطلحات

٤- يستخدم هذا القسم نفس المصطلحات المستخدمة في سائر أجزاء الدليل. والمصطلحات الإضافية التالية تتعلق بهذا القسم تحديداً، وينبغي أن تُقرأ مقترنة بالمصطلحات والشروح المدرجة في مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل وكذلك مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الجزء الثالث من الدليل:

(أ) "الإجراء التخطيطي" يُقصد به إجراء رئيسي يباشر في حق عضو في مجموعة منشآت، بشرط ما يلي:

- ١' أن يشارك في ذلك الإجراء الرئيسي عضو أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت بفرض وضع حل إعسار جماعي وتنفيذه؛
- ٢' أن يَرَجَّح أن يكون عضو مجموعة المنشآت الخاضع للإجراء الرئيسي مشاركاً ضرورياً وأساسياً في حل الإعسار الجماعي؛
- ٣' أن يكون قد تم تعيين ممثل للمجموعة؛

(ب) "الإجراء الرئيسي" يُقصد به إجراء إعسار ينفذ في الدولة التي يوجد فيها مركز المصالح الرئيسية للعضو المدين في مجموعة المنشآت؛

(ج) "حل الإعسار الجماعي" يُقصد به مقترح معد أو مجموعة مقترحات معدة في إطار إجراء تخطيطي، من أجل إعادة تنظيم أو بيع أو تصفية بعض أو كل موجودات وعمليات عضو أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، بهدف حماية القيمة الإجمالية الكلية لأعضاء مجموعة المنشآت المعنيين أو الحفاظ على تلك القيمة أو تسهيلها أو تعزيزها؛

(د) "عضو مجموعة منشآت" يُقصد به منشأة تشكل جزءاً من مجموعة منشآت؛

(هـ) "ممثل المجموعة" يُقصد به أي شخص أو كيان، بما في ذلك أي شخص أو كيان معيّن على أساس مؤقت، مأذون له بالتصرف بصفته ممثلاً لإجراء تخطيطي؛

ورهنأً بمقتضيات أحكام الفقرات الفرعية '١' إلى '٣' أعلاه، يجوز للمحكمة أن تعترف بإجراء ما على أنه إجراء تخطيطي في حال وافقت عليه محكمة ذات ولاية قضائية على إجراء رئيسي يباشر في حق عضو في مجموعة المنشآت لغرض وضع حل إعسار جماعي بالمعنى المقصود في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت.

أولاً - الخلفية

١- يتناول القسم الأول التزامات مديري فرادى الشركات في فترة الاقتراب من الإعسار، ويقدم معلومات عن كيفية معاملة تلك الالتزامات بموجب القوانين الراهنة. وفي حين تفرض بعض الولايات القضائية التزامات على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار، فإن المزايا والعيوب النسبية لمثل هذه النظم تظل موضع نقاش.^(١٦) ويشدد القسم الأول على الحاجة إلى اتخاذ تدابير مبكرة عندما تواجه الشركات صعوبات مالية، من أجل تجنب تدهورها السريع وتيسير عملية إنقاذها وإعادة تنظيمها. كما يلاحظ ذلك القسم أنه في حين أعادت بلدان كثيرة توجيه قوانين الإعسار المعمول بها فيها لزيادة الخيارات المتاحة لاتخاذ تدابير إجراءات مبكرة، لم يول سوى قدر ضئيل من العناية لوضع حوافز ملائمة للمديرين من أجل الأخذ بتلك الخيارات.^(١٧) ويشجع القسم الأول على وضع حوافز ملائمة من خلال تحديد الالتزامات الأساسية التي قد تقع على عاتق مدير الشركة في فترة الاقتراب من الإعسار والخطوات التي يمكن أن يتخذها من أجل الوفاء بتلك الالتزامات. ولا تصبح تلك الالتزامات قابلة للإنفاذ إلا عند بدء إجراءات الإعسار.

٢- وفي سياق مجموعات المنشآت، لا يبدو أن التشريعات الوطنية تتناول بوضوح أو بتوسع مسألة التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار. ففي حين أن ولايات قضائية كثيرة نظرت في مفهوم مجموعات المنشآت وطورته، يظل هناك قدر من عدم اليقين يكتنف مسألة التزامات مديري عضو أو أكثر في تلك المجموعات من المنشآت.

٣- ويلاحظ الجزء الثالث من الدليل، الذي يتناول معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار، أن مجموعات المنشآت كثيراً ما تتسم باختلاف درجات تكاملها الاقتصادي (من المركزية الشديدة إلى الاستقلال النسبي) وأنواع هياكلها التنظيمية (رأسية أو أفقية)، الأمر الذي ينشئ علاقات معقدة بين أعضاء المجموعة وقد ينطوي على تباين مستويات الملكية والسيطرة. وتطرح هذه العوامل، إلى جانب التقيد بنهج الكيان المستقل وانتشار عدم الاعتراف الصريح بواقع مجموعات المنشآت في التشريعات المنطبقة على فرادى أعضائها، عدداً من المسائل أمام مديري أعضاء مجموعات المنشآت. فالتقيد بنهج الكيان المستقل يتطلب من المديرين عادةً تعزيز نجاح الشركة التي يديرونها والسعي إلى تحقيق مصالحها، مع احترام مسؤوليتها المحدودة وضمن عدم التضحية بمصالحها من أجل مصالح مجموعة المنشآت. ويلزم تحقيق ذلك بغض

^(١٦) انظر الفصل الأول من القسم الأول، الفقرات ٨-١٠.

^(١٧) المرجع نفسه، الفقرة ٦.

النظر عن مصالح مجموعة المنشآت ككل، وموقع مدير الشركة في هيكل تلك المجموعة، ودرجة استقلال أعضائها أو التكامل بينهم، ومستويات الملكية والسيطرة. ولكن عندما تكون أعمال تلك الشركة جزءاً من أنشطة مجموعة منشآت وتعتمد، بقدر ما على الأقل، على أعضاء المجموعة الآخرين في أداء وظائف حيوية (كالمالية أو المحاسبية، أو الخدمات القانونية، أو الموردين، أو الأسواق، أو التوجيه الإداري واتخاذ القرارات، أو الملكية الفكرية)، يصبح من الصعب غالباً، إن لم يكن من المستحيل في بعض الحالات، معالجة الصعوبات المالية لتلك الشركة بمعزل عن الشركات الأخرى. وقد يؤدي عدم فهم تعقد التزامات المدير إلى الفشل الذي يؤمل تفاديه. ويناقد الجزء الثالث بقدر من التفصيل الواقع الاقتصادي لمجموعات المنشآت؛ كما يناقش، في سياق الإعسار، ما لمعاملة أعضاء مجموعة المنشآت باعتبارها كيانات لا رابط بينها من تأثير على تسوية الصعوبات المالية التي يواجهها بعض أعضاء المجموعة أو التي تواجهها المجموعة على نطاق أوسع.^(١٨)

٤- وقد يصبح الالتزام الواقع على عاتق مدير الشركة بأن يسعى إلى تحقيق مصالحها أكثر تعقداً في سياق مجموعة المنشآت عندما يؤدي مديراً عضوٍ من أعضاء المجموعة هذه الوظيفة في منشأة أخرى أو أكثر من المنشآت الأعضاء في تلك المجموعة أو يشغل منصباً إدارياً أو تنفيذياً في تلك المنشأة أو المنشآت. ففي هذا الوضع، قد يصعب على المدير أن يحدد مصالح كل عضو من أعضاء المجموعة على حدة وأن يتعامل معها بمعزل عن مصالح الأعضاء الآخرين. وعلاوة على ذلك، قد تتأثر مصالح أعضاء المجموعة هؤلاء بما قد يكون لدى غيرهم من أعضاء المجموعة وكذلك مجموعة المنشآت ككل من أهداف أو احتياجات اقتصادية قد تكون متنافسة. وقد يلزم تقييم الآثار القصيرة الأجل والطويلة الأجل على مصالح مختلف أعضاء المجموعة، وهو ما قد ينطوي على قبول إلحاق بعض الضرر بمصالح فرادى أعضاء المجموعة، ولو في الأجل القصير وحسب، من أجل تحقيق منفعة أطول أجلاً لمجموعة المنشآت التي ينتمي إليها فرادى هؤلاء الأعضاء. فمن المنطقي عند تنفيذ حل إعسار جماعي أن تنطبق بعض الضمانات من أجل حماية مصالح دائني أعضاء مجموعة المنشآت المتضررين وغيرهم من أصحاب المصلحة.

٥- ومن الأمثلة على حالات قد تتأثر فيها مصالح فرادى أعضاء المجموعة بمصالح مجموعة المنشآت بصفة أعم: أن يكون أحد أعضاء المجموعة مورداً رئيسياً، أو يقدم تمويلاً إلى عضو آخر من أعضاء المجموعة، أو يتصرف بصفة ضامن لتمويل قدّمه مقرض خارجي إلى عضو آخر من أعضاء المجموعة سعياً إلى تجنب تعثر المجموعة ككل، بما في ذلك الأنشطة التجارية لذلك العضو الممول أو الضامن؛ أو أن يوافق أحد أعضاء مجموعة المنشآت على تحويل أعماله التجارية أو موجوداته إلى عضو آخر من أعضاء المجموعة أو على التنازل لذلك العضو عن فرصة تجارية أو على التعاقد معه على بنود لا يمكن اعتبارها بنوداً مجدية من الناحية التجارية، ولكن يكون من شأن التصرف على هذا النحو أن يفيد في نهاية المطاف

(١٨) انظر الجزء الثالث، الفصل الأول.

أعمال عضو المجموعة الذي يوافق على ذلك التحويل أو التنازل أو التعاقد؛ أو أن يدخل أحد أعضاء مجموعة المنشآت في ترتيبات ضمانية متبادلة مع أعضاء آخرين في المجموعة من أجل مساعدة المجموعة ككل على الاستفادة من موجوداتها بفعالية أكبر في تمويل عمليات المجموعة.

6- وقد تكون هذه الاعتبارات هامة في فترة الاقتراب من الإعسار، حين قد تتطلب أنشطة المجموعات مزيداً من السيطرة والتنسيق بغية تحقيق أقصى قدر من الفعالية وتصميم حلول الإعسار الجماعي من أجل التغلب على الصعوبات المالية التي تواجهها المجموعة ككل أو بعض أجزائها. لكن في الوقت ذاته، قد تزداد أيضاً فرص استغلال أعضاء المجموعة الأكثر ضعفاً وتبعياً لصالح أعضاء آخرين، وذلك مثلاً من خلال تحويل الموجودات وتسريب الفرص التجارية واستخدام هؤلاء الأعضاء في تنفيذ معاملات أو أنشطة تنطوي على مخاطر أكبر أو في امتصاص الخسائر والموجودات التي فقدت قيمتها.

7- ويجوز للمدير، لدى تحديد ما يحقق على أفضل وجه مصالح عضو مجموعة المنشآت الذي يديره، أن ينظر في المصالح المختلفة ويوازن بينها. وقد تشمل هذه المصالح أيضاً مصالح أعضاء آخرين في المجموعة، أو مصالح مجموعة المنشآت ككل، حين تكون تلك المصالح متفقة أيضاً مع مصالح المنشأة العضو التي يديرها ذلك المدير. ويقدر ما يكون السلوك الذي يختار المدير اتباعه في هذه الظروف معقولاً ويرمي إلى تفادي الإعسار أو تقليل أثره على المنشأة العضو التي يديرها، لا ينبغي تحميل ذلك المدير المسؤولية عن انتهاك التزاماته. وعندما يتسبب مسار العمل الذي يتم اختياره، بعد تقييم المصالح المتعارضة للمنشآت المدارة الأعضاء في المجموعة في تضارب بين التزامات المدير تجاه أعضاء المجموعة المختلفين هؤلاء، ينبغي الإفصاح لأعضاء المجموعة المتأثرين عن ذلك التضارب. وقد تتطلب تسوية ذلك التضارب وساطةً أو تفاوضاً بشأن المصالح المتعارضة.

8- وكما لوحظ أعلاه، في حين أن قليلاً من القوانين يتناول التزامات المديرين في سياق مجموعات المنشآت، فقد منحت المحاكم في مختلف الولايات القضائية درجات متباينة من الاعتراف بالواقع العملي لكيفية عمل مجموعات المنشآت. فبينما لا يزال التركيز منصباً على المديرين الذين يمارسون صلاحياتهم لمصلحة عضو أو أعضاء في مجموعة منشأتهم، قد تسمح بعض الولايات القضائية للمديرين بأن يولوا الاعتبار، على سبيل المثال، للمنافع التجارية المباشرة أو المشتقة التي تعود على ذلك العضو في المجموعة من اتباع مسار عمل معين مع أعضاء آخرين في المجموعة، ومدى ارتهان ازدهار عضو مجموعتهم أو استمرار وجوده بعافية المجموعة ككل. إلا أن المنفعة الجماعية ليست في العادة في حد ذاتها مبرراً كافياً للأفعال التي يُعتبر أنها تضر بالدائنين. وإضافة إلى ذلك، يُشترط على المديرين أيضاً أن يضعوا في الاعتبار أي أضرار من المعقول توقعها قد تلحق بعضو في مجموعة منشأتهم نتيجة لمسار العمل المتبع، وأن يراعوا وضعية دائنيه غير المضمونين، ولا سيما عندما يكون من المحتمل أن تتأثر الملاءة المالية لذلك العضو. وتكون لهذا الاعتبار الأخير أهمية خاصة عندما تكون المعاملة كفالة أو

ضماناً لقرض ممنوح لعضو آخر في المجموعة، ولا سيما عندما لا يكون بقاء ذلك العضو الآخر حاسم الأهمية للملاءة المالية للعضو الذي قدّم الكفالة أو الضمان.

٩- ودرجت ولايات قضائية أخرى على السماح لمديري أعضاء مجموعة المنشآت بأن يتصرفوا وفقاً لما تملّيه مصلحة المجموعة كلها عند استيفاء شروط معينة، منها مثلاً: أن يكون للمجموعة هيكل يمنح أعضائها بعض التأثير في القرارات العامة؛ أو أن يكون ذلك العضو في مجموعة المنشآت قد شارك في تنفيذ سياسة طويلة الأجل ومتسقة لتلك المجموعة؛ وأن يكون المديرين قد افترضوا بحسن نية وبمعقولية أن أي ضرر يلحق بعضو مجموعة منشآتهم سيعوّض بمزايا أخرى في الوقت المناسب. ويسمح نهج آخر لمدير عضو مجموعة المنشآت بأن يتصرف على نحو يخدم مصلحة الشركة الأم شريطة ألا يضر ذلك التصرف بقدرة عضو المجموعة على سداد ديونه لدائنيه وأن يكون المدير مخلواً بذلك، إما بمقتضى وثائق تأسيس عضو المجموعة أو من قبل المساهمين. وبموجب هذه القوانين ينبغي، لكي يتفادى المدير تحمّل المسؤولية، ألا يكون عضو المجموعة معسراً في وقت قيام المدير بذلك التصرف وأن لا يصبح العضو معسراً من جرّاءه.

١٠- ويحدد هذا القسم إلى أي مدى يجوز لمدير شركة عضو في مجموعة منشآت أن يراعي في فترة الاقتراب من الإعسار اعتبارات تتجاوز الشركة التي يديرها، والضمانات التي تنطبق في هذا الصدد. وسوف تجسّد تلك الاعتبارات، بدرجة أو بأخرى، جوانب من الواقع الاقتصادي لمجموعة المنشآت. ويقترح هذا القسم مبادئ لإدراجها في القانون المتعلق بالتزامات مديري أعضاء مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار. ويمكن أن تُتخذ تلك المبادئ منطلقاً وأن يستعين بها صانعو السياسات عندما يدرسون ويضعون الأطر القانونية والرقابية الملائمة. ومع التسليم باستصواب تحقيق أهداف قانون الإعسار (المبنيّة في الفقرات ١ إلى ١٤ من الفصل الأول من الجزء الأول وفي التوصية ١) من خلال اتخاذ المديرين تدابير مبكرة وأتباعهم سلوكاً ملائماً، فمن المسلم به أيضاً أن هناك مخاطر ومزالق تواجه منظمي المشاريع يمكن أن تنشأ من أتباع قواعد مفرطة التشدد.

١١- ولا يتناول هذا القسم مسؤوليات المديرين بموجب القانون الجنائي أو قانون الشركات أو قانون المسؤولية التصريية. فهو يركز حصراً على الالتزامات التي يمكن إدراجها في القانون المتعلق بالإعسار وتصبح واجبة الإنفاذ لدى بدء إجراءات الإعسار.

ثانياً- أركان التزامات مديري أعضاء مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار

ألف- طبيعة الالتزامات

١- يتناول القسم الأول (الفقرات ١ إلى ٧ من الفصل الأول) الأساس المنطقي الذي يستند إليه فرض التزامات على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار؛ وينطبق ذلك الأساس بالقدر نفسه في سياق مجموعات المنشآت. وتظل التزامات مديري عضو مجموعة المنشآت هي نفس الالتزامات الأساسية المذكورة في التوصية ٢٥٥، لكن قد يكون من المحبذ أن يسمح القانون بمراعاة السياق الأعم للواقع الاقتصادي لمجموعة المنشآت عند تحديد الخطوات التي ينبغي أن يتخذها المدير لكي يتجنب تحمُّل مسؤولية عن انتهاك تلك الالتزامات. وقد تتضمن العوامل ذات الصلة التي تؤخذ في الحسبان وضعية عضو مجموعة منشآت داخل المجموعة، ودرجة التكامل بين أعضاء المجموعة (على النحو المشار إليه في التوصية ٢١٧)، وإمكانية تعظيم القيمة في المجموعة من خلال وضع حل إعسار جماعي لصعوباتها المالية يشمل المجموعة كلها أو بعض أجزائها. وقد تتطلب حلول الإعسار الجماعي من مدير منشأة عضو في مجموعة منشآت وتعاني من ضائقة مالية أن يتخذ خطوات قد تبدو للوهلة الأولى ضارة بهذا العضو لكنها ستحترز له في نهاية المطاف نتيجة أفضل وتكفل استمرار أعماله التجارية وتعظيم القيمة بالنسبة له. وقد يؤدي اتخاذ نفس هذه الخطوات في ظروف لا يُرجَّح أن تفيد عضو المجموعة الذي يعاني من ضائقة مالية إلى تحميل المديرين مسؤولية عدم أداء التزاماتهم على نحو معقول.

٢- ومن الاعتبارات التي ينبغي أن يراعيها المديرين الذين يعكفون على تقييم الخطوات التي ينبغي اتخاذها للتغلب على الصعوبات المالية التي يواجهها عضو في مجموعة المنشآت تأثير تلك الخطوات على دائتي ذلك العضو، ولا سيما عند الحاجة إلى مراعاة مصالح المجموعة ككل. وتطالب التوصية ٢٥٥ المديرين بأن يولوا العناية الواجبة لمصالح الدائنين، وكذلك أصحاب المصلحة الآخرين، في عضو مجموعة المنشآت. ويمكن ضمان مصالح الدائنين بإرساء معيار "عدم زيادة الوضع سوءاً"، بمعنى أن لا تؤدي الخطوات المتخذة إلى جعل الدائنين في وضع أسوأ من الوضع الذي كانوا سيجدون أنفسهم فيه لو لم تتخذ تلك الخطوات.

٣- ويناقدش القسم الأول (الفقرة ٥ من الفصل الثاني) أنواع الخطوات التي من المعقول أن يُتوقع من المدير اتخاذها للتصدي لل صعوبات المالية وتجنب وقوع الإعسار والتقليل من تأثيره إذا تعذر تجنبه. وستظل لتلك الخطوات أهميتها في سياق مجموعة المنشآت، بل قد تُستكمل، تبعاً للأحوال الفعلية، بخطوات إضافية ربما تقتضي بالفعل قدراً من المساعدة المتبادلة والتعاون مع أعضاء مجموعة المنشآت الآخرين. ويمكن أن تتأثر تلك الخطوات الإضافية بوضعية عضو مجموعة المنشآت داخل المجموعة، وأن تتطلب النظر في مدى إمكانية صون أو توليد قدر من القيمة للمنشأة عن طريق المساعدة على تنفيذ حل إعسار جماعي يصلح للمجموعة كلها أو لبعض أجزائها يفوق القدر الذي يمكن صونه أو توليده من خلال اتخاذ خطوات لا تتعلق سوى بعضو المجموعة وحده. وقد يُنظر في تقييم التزامات العضو الممدار، المالية والقانونية على حد سواء، حيال أعضاء مجموعة المنشآت الآخرين؛ والمعاملات التي ينبغي (أو لا ينبغي) إجراؤها مع أعضاء المجموعة الآخرين؛ والمصادر الممكنة للتمويل ومدى توافره (أثناء فترة الاقتراب من الإعسار وبعد بدء إجراءات الإعسار الرسمية على حد سواء)، بما في ذلك قيام عضو المجموعة الممدار بتوفير التمويل لأعضاء المجموعة الآخرين؛ وتأثير حلول الإعسار الجماعي الممكنة، سواء أكانت مقتصرة على عضو المجموعة الممدار أم تشمل المجموعة بصفة أعم، في الدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة في العضو الممدار. وقد ينظر المدير أيضاً في اتخاذ خطوات لإجراء مفاوضات غير رسمية مع الدائنين، من قبيل مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية، بغية وضع حل إعسار جماعي لمجموعة المنشآت كلها أو لبعض أجزائها، متى كان هذا الحل يعود بالفائدة على عضو المجموعة الممدار.

٤- وعندما يكون الإعسار حتمياً وستبدأ دعوى إعسار رسمية، يمكن أن ينظر المدير في المحكمة التي ستبدأ فيها تلك الإجراءات، وبخاصة عندما يكون بالوسع تقديم طلب مشترك مع أعضاء المجموعة الآخرين وتنسيق تلك الدعوى إجرائياً، على النحو الذي يناقش في الجزء الثالث من الدليل (التوصيات ٢٠٢ إلى ٢١٠).

التوصيتان ٢٦٧ و٢٦٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام التي تتناول ما يقع على عاتق المسؤولين عن اتخاذ قرارات تخص إدارة عضو في مجموعة منشآت من التزامات تنشأ عندما يكون الإعسار وشيكاً أو حتمياً هو ما يلي:

(أ) حماية المصالح المشروعة لدائني عضو مجموعة المنشآت وأصحاب المصلحة الآخرين؛

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

(ج) إدراك ما لوضعية عضو مجموعة المنشآت داخل المجموعة من أثر في الطريقة التي ينبغي أن تدار بها المنشأة من أجل التعامل مع إعسارها الوشيك أو الحتمي، والتزامات المسؤولين عن اتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة عضو المجموعة المعني، بما في ذلك الأحوال التي يكونون فيها مسؤولين أيضاً عن اتخاذ قرارات بشأن إدارة أعضاء آخرين في المجموعة:

(د) السماح بإدارة عضو مجموعة المنشآت، عند الاقتضاء، على نحو يعظم قيمة مجموعة المنشآت من خلال العمل على تطبيق نُهج ترمي إلى تسوية مسألة الإعسار فيما يخص مجموعة المنشآت ككل أو بعض أجزائها، مع اتخاذ خطوات معقولة لضمان ألا يصبح دائنو عضو المجموعة المعني وأصحاب المصلحة الآخرين في ذلك العضو في وضع أسوأ مما لو لم تتم إدارة العضو المعني على نحو يساعد على تطبيق تلك النُهج حيال التسوية.

وينبغي أن تُنفَّذ الفقرات (أ) إلى (د) على نحو يتجنب ما يلي:

(أ) التأثير السلبي غير الضروري على إعادة التنظيم الناجح للأعمال التجارية لعضو مجموعة المنشآت، مع مراعاة المنفعة المحتملة من تعظيم قيمة مجموعة المنشآت والعمل على تطبيق حل إعسار جماعي لمجموعة المنشآت ككل أو لبعض أجزائها؛ ووضعية عضو مجموعة المنشآت داخل المجموعة؛ ودرجة التكامل بين أعضاء المجموعة؛ أو

(ب) الشيء عن المشاركة في إدارة الشركات، لا سيما الشركات التي تمر بضائقة مالية؛

أو

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

مضمون الأحكام التشريعية

الالتزامات

٢٦٧- (أ) ينبغي أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أن الالتزامات المذكورة في التوصية ٢٥٥ تنطبق على الشخص المحدد وفقاً للتوصية ٢٥٨ فيما يخص الشركة العضو في مجموعة المنشآت؛

(ب) يجوز للشخص المشار إليه في الفقرة الفرعية (أ) أن يتخذ خطوات معقولة، ما لم تتعارض مع تلك الالتزامات، للعمل على تطبيق حل إعسار جماعي يتناول إعسار مجموعة المنشآت ككل أو بعض أجزائها. ويجوز لذلك الشخص، عند اتخاذه تلك الخطوات، أن يراعي المنافع المحتملة لتعظيم قيمة مجموعة المنشآت ككل، مع اتخاذ خطوات معقولة تضمن ألا يصبح دائنو عضو المجموعة المعني وأصحاب المصلحة الآخرين في ذلك العضو في وضع أسوأ مما لو لم تتم إدارة العضو المعني على نحو يساعد على تطبيق حل الإعسار الجماعي.

التوصيتان ٢٦٧ و٢٦٨ (تابع)

الخطوات المعقولة لأغراض التوصية ٢٦٧

٢٦٨- لأغراض التوصيتين ٢٥٥ و٢٦٧، وبشرط عدم التعارض مع التزامات الشخص المشار إليه في الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٢٦٧ حيال عضو المجموعة الذي عُيِّن من أجله ذلك الشخص، يمكن أن تتضمن الخطوات المعقولة في سياق مجموعة المنشآت، إلى جانب الخطوات المذكورة في التوصية ٢٥٦، ما يلي:

١- (أ) تقييم الوضع المالي الراهن لعضو مجموعة المنشآت ولمجموعة المنشآت، من أجل النظر فيما إذا كان من الممكن صون أو توليد قدر أكبر من القيمة من خلال النظر في حل إعسار جماعي لمجموعة المنشآت ككل أو لبعض أجزائها؛

(ب) النظر في الالتزامات المالية وغيرها الواقعة على عاتق عضو مجموعة المنشآت حيال أعضاء مجموعة المنشآت الآخرين، وما إذا كان ينبغي الدخول في معاملات مع أعضاء المجموعة الآخرين، وفي المصادر الممكنة للتمويل ومدى توافره؛

(ج) تقييم ما إذا كان دائنو عضو مجموعة المنشآت وغيرهم من أصحاب المصلحة سيكونون في وضع أفضل في ظل حل إعسار جماعي يتعلق بمجموعة المنشآت ككل أو ببعض أجزائها؛

(د) المساعدة على تنفيذ حل إعسار جماعي يتعلق بمجموعة المنشآت ككل أو ببعض أجزائها؛

(هـ) إجراء مفاوضات غير رسمية مع الدائنين، مثل مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية،^(١٩) والمشاركة في تلك المفاوضات، متى ما أُجريت بشأن مجموعة المنشآت ككل أو بعض أجزائها؛

(و) النظر فيما إذا كان ينبغي البدء في إجراءات إعسار رسمية.

٢- النظر، متى ما لزم البدء في إجراءات إعسار رسمية، في تحديد المحكمة التي ينبغي أن تبدأ فيها تلك الإجراءات، وفيما إذا كان من الممكن أو الملائم تقديم طلب مشترك^(٢٠) مع أعضاء آخرين ذوي صلة في مجموعة المنشآت، وفيما إذا كان ينبغي تنسيق الإجراءات من الناحية الإجرائية.^(٢١)

(١٩) انظر الجزء الأول، الفصل الثاني، الفقرات ٢-١٨.

(٢٠) انظر التوصيات ١٩٩-٢٠١.

(٢١) انظر التوصيات ٢٠٢-٢١٠.

باء- تحديد الأشخاص الذين تقع على عاتقهم الالتزامات

٥- قد يكون تحديد المسؤولين عن القرارات الإدارية أكثر تعقداً في سياق مجموعة المنشآت منه في سياق الشركة الواحدة. فهناك مستويات مختلفة من الإدارة والنفوذ يمكن أن تؤثر في شؤون أي عضو منفرد من أعضاء مجموعة المنشآت وفي الطريقة التي يُسيَّر بها أعماله التجارية، وبخاصة عندما يكون على وشك الإعسار. ويمكن أن يقوِّض هذا النفوذ قدرة مديري منشأة عضو في المجموعة على اتخاذ الخطوات الملائمة من أجل التغلب على الصعوبات المالية التي تواجه تلك المنشأة أو من أجل إشراك تلك المنشأة في الصعوبات المالية التي تواجهه عضو المجموعة المدار؛ وهو أمر يلحق الضرر بدائتي المنشأة المدارة العضو في المجموعة. وقد يحدث ذلك في ظروف عديدة، منها مثلاً: إذا كان مجلسا إدارة عضوين في مجموعة المنشآت مؤلفين إلى حد بعيد من نفس الأشخاص؛ أو إذا كان معظم أفراد مجلس إدارة عضو في مجموعة المنشآت معيّنين من جانب عضو آخر في المجموعة في موضع سيطرة على المجموعة؛ أو إذا كان أحد أعضاء مجموعة المنشآت مسيطراً على اتخاذ القرارات الإدارية والمالية لمجموعة المنشآت؛ أو عندما يتدخل أحد أعضاء المجموعة تدخلاً مستمراً وواسع النطاق في تسيير شؤون عضو آخر في المجموعة، ويحدث ذلك عادةً في حالة شركة أم وعضو مجموعة خاضع لسيطرتها.

٦- وقد تكون هناك أيضاً مجموعات منشآت يصعب فيها تعيين الحدود الدقيقة التي تفصل بين الأعضاء، بسبب ضبابية المسؤوليات الإدارية بين مجالس الإدارات المختلفة. وإضافة إلى ذلك، يمكن أن يكون المسؤولون التنفيذيون ومتخذو القرارات ذوو الصلة معيّنين من جانب أعضاء في المجموعة تفصلهم عدة خطوات عن عضو المجموعة المعني، ويتم بوجه عام في العمل اليومي للمجموعة تجاهل الهوية والمسؤولية المنفصلتين لذلك العضو. وفي هذه الحالات، يمكن أن تنشأ مسائل جدية بشأن التزامات هؤلاء الأشخاص فيما يخص الأعمال التجارية الفعلية التي يضطلع بها عضو مجموعة المنشآت المعني وفيما يخص عضو المجموعة الذي عيّن هؤلاء الأشخاص.

٧- ومن بين الأشخاص الذين يجوز اعتبارهم مديرين في سياق مجموعة المنشآت عضو آخر في المجموعة أو مدير عضو آخر في المجموعة، بما يشمل المدير المستتر^(١١) لذلك العضو الآخر. وفي حين لا تسمح بعض القوانين بأن يُعيّن رسمياً عضو في مجموعة منشآت مديراً لعضو آخر في المجموعة، فإنه يمكن مع ذلك اعتبار هذا العضو مديراً مستتراً للعضو الآخر إذا مارس نفوذاً على أنشطة ذلك العضو أو تولى توجيهها.

٨- ويتناول القسم الأول (الفقرات ١٣ إلى ١٦ من الفصل الثاني) موضوع الأشخاص الذين تقع على عاتقهم الالتزامات التي نوقشت أعلاه. وتبنّى التوصية ٢٥٨ صيغة واسعة في هذا الصدد، إذ تنص على وجوب أن يضم أولئك الأشخاص أي شخص يعيّن رسمياً في منصب

^(١١) هذا المصطلح موضح في الجزء الأول، الفصل الثاني، الفقرة ١٣.

مدير أو يمارس سلطة فعلية ويؤدي مهام المدير. وتشير الفقرة ١٥ من شرح تلك التوصية إلى أنواع المهام التي قد يُتوقع أن يؤديها مثل هذا الشخص. وتطبق هذه الاعتبارات أيضاً في سياق مجموعات المنشآت، الذي يناقش في هذا القسم.

جيم- تضارب الالتزامات

٩- قد يحدث كثيراً في مجموعات المنشآت أن يؤدي مديرٌ وظيفته هذه، أو أن يشغل منصباً إدارياً أو تنفيذياً، في أكثر من منشأة عضو في المجموعة؛ وذلك سواء نتيجة لطبيعة ملكية مجموعة المنشآت أو بنية السيطرة عليها، أو نتيجة للتحالفات القائمة بين أعضاء المجموعة، أو للروابط الأسرية داخل المجموعة، أو لجانب آخر من جوانب الطريقة التي ينظم بها العمل التجاري أو الأعمال التجارية للمجموعة.^(١٦) وأياً كان السبب فإن المدير الذي يكون عضواً في مجالس إدارة عدد من مختلف أعضاء مجموعة المنشآت، أو يتحمل مسؤوليات إدارية فيها، قد يواجه، في فترة الاقتراب من الإعسار، احتمال التضارب بين الالتزامات تجاه المنشآت المختلفة الأعضاء في المجموعة لدى محاولتهم تحديد مسار العمل الذي قد يكون الأقدر على صون قيمة كل عضو في المجموعة على حدة وأن يوفر أفضل حل للضائقة المالية التي تمر بذلك العضو. وقد تتعلق طبيعة هذا التضارب ودرجة تعقده بموقع المنشآت المُدارة الأعضاء في المجموعة ضمن التسلسل الهرمي للمجموعة، ودرجة التكامل ذات الصلة بين أعضاء المجموعة، ومستويات السيطرة والملكية. فعلى سبيل المثال، عندما يكون المدير عضواً في مجلس إدارة المنشأة الأم ومجالس إدارة أعضاء المجموعة الخاضعين لسيطرة المنشأة الأم، فسيتعين أن يكون ذلك المدير قادراً على أن يبرهن على أن أي معاملة متعلقة بالمنشأة الأم قد أخذت في اعتبارها المنشأة العضو الخاضعة لسيطرة المنشأة الأم وكانت منصفة ومعقولة فيما يخص تلك المنشأة العضو.

١٠- يضاف إلى ذلك أن المصالح المباشرة للمنشآت المُدارة الأعضاء في المجموعة قد تتشابك مع المصالح الأعم لمجموعة المنشآت؛ بما يتطلب النظر في الواقع الاقتصادي للمجموعة برمتها. وفي هذه الظروف، يمكن أن تكون الخطوات التي قد تعتبر مضرّة لمنشأة تعمل ككيان قائم بذاته خطواتٍ معقولةً إذا نُظر إليها في هذا السياق الأعم. فعلى سبيل المثال، قد تكون الأعمال التجارية التي تنفذها المنشأة الفرعية معتمدة عموماً على الأعمال الأعم لمجموعة المنشآت، وقد يكون من الملائم لتلك المنشأة الفرعية أن توفر التمويل اللازم لأعضاء آخرين في المجموعة في الأجل القصير من أجل ضمان استمرار الأعمال الأعم لمجموعة المنشآت بما يفضي في نهاية المطاف إلى إنقاذ أعمال المنشأة الفرعية ذاتها.

(١٦) انظر الجزء الثالث، الفصل الأول، الفقرات ٦-١٥.

١١- وقد يُتوقع من المديرين الذين يواجهون مثل هذا التضارب أن يتصرفوا بمعقولية وأن يتخذوا الخطوات الكافية والملائمة لمجابهة هذا الوضع. وقد يقتضي ذلك من المدير، تبعاً للأوضاع الفعلية، أن يحدد طبيعة التضارب ونطاقه وفقاً للقانون المنطبق ويقرر كيفية مجابهته. وقد يكفي في بعض الظروف أن يُفصح المدير لمجالس إدارات الكيانات المتضررة عن المعلومات ذات الصلة بشأن هذا التضارب، بما في ذلك طبيعته ونطاقه، في حين قد يكون من المعقول في ظروف أخرى أن يكون هذا الإفصاح أوسع نطاقاً فيشمل الدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة، بما في ذلك مجالس إدارة أعضاء المجموعة الآخرين. وقد يكون هذا الإفصاح كافياً لتأكيد عدم تأثر نزاهة المدير، ويمكن تقييم أي انعدام في الحياد والاستقلال لدى المدير على ضوء الظروف التي يتم الإفصاح عنها.

١٢- وقد يكون ملائماً في بعض الظروف أن يتمتع المدير عن المشاركة في أي قرارات تتصل بالتضارب يتعين أن تتخذها مجالس إدارة الشركات المتأثرة، أو عن حضور أي اجتماعات تناقش فيها مواضيع ذات صلة، وأن يُدوّن امتناعه على أنه نهج متعمد، وليس إغفالاً منه. وربما أمكن في بعض الحالات تعيين عضو مجلس إدارة إضافي أو بديل، وإذا تعذرت تسوية التضارب جاز للمدير أن ينظر، كحل أخير، في الاستقالة من أحد مجالس إدارة المنشآت المتأثرة. ويمكن أن يشمل ذلك الاستقالة من مجلس إدارة عضو معسر أو غير معسر من أعضاء مجموعة المنشآت. وفي حين أن خيار الاستقالة هذا قد يخلص المدير من معضلته، فإنه يهمل في الوقت ذاته المشكلة الأكبر، وقد يؤدي إلى تفاقم الوضع، وبخاصة في فترة الاقتراب من الإعسار، إذا ترك هذا الخيار أعضاء المجموعة المتأثرة فاقدين للخبرة اللازمة لمجابهة صعوباتهم المالية. وكما ورد في القسم الأول (الفقرة ٢٧ من الفصل الثاني)، فإن استقالة المديرين من مجلس الإدارة لن تحصّنهم من المسؤولية، إذ يمكن في إطار بعض القوانين أن تفتح استقالتهم المجال للتساؤل عما إذا كانت استقالتهم متصلة بالإعسار أو ما إذا كانوا قد اتخذوا خطوات معقولة للحد من خسائر الدائنين إزاء الإعسار الوشيك.

١٣- ويمكن أن تكون الحوكمة الرشيدة للشركات، التي تدعم تحليل أوضاع العضو المعني في مجموعة المنشآت التي ينشأ منها التضارب، مع تدوين أسباب اتخاذ الإجراءات، من الأمور الحاسمة الأهمية لوفاء المدير بالتزاماته فيما يخص التضارب. بيد أن السياسة المتبعة بشأن حوكمة الشركات لا تحل محل التزامات المديرين تجاه العضو أو الأعضاء في مجموعة المنشآت ولا تحد من تلك الالتزامات. وتوفر هذه السياسة مؤشرات على الخطوات التي تعتبر معقولة في معالجة التضارب. ويمكن أيضاً أن يؤدي تباين سياسات ومعايير حوكمة الشركات بين أعضاء مجموعة المنشآت إلى حلول ونتائج متضاربة، يتعين على المديرين استعراضها وتقييمها بدقة.

التوصيتان ٢٦٩ و ٢٧٠

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بتضارب الالتزامات هو معالجة الحالة التي يشغل فيها مدير منشأة عضو في مجموعة منشآت منصب المدير أو منصباً إدارياً أو تنفيذياً في منشأة أو منشآت أخرى أعضاء في مجموعة المنشآت، سواء كانت هي المنشأة الأم أو منشأة عضواً في المجموعة خاضعة لسيطرة المجموعة. وقد يفضي هذا الوضع، في فترة الاقتراب من الإعسار، إلى تضارب بين الالتزامات إزاء مختلف أعضاء مجموعة المنشآت، الأمر الذي قد يؤثر في اتخاذ الخطوات اللازمة للوفاء بتلك الالتزامات.

مضمون الأحكام التشريعية

تضارب الالتزامات

٢٦٩- ينبغي أن يتناول القانون المتعلق بالإعسار حالة مدير المنشأة العضو في مجموعة منشآت الذي يشغل منصب المدير أو منصباً إدارياً أو تنفيذياً في منشأة أو أكثر من أعضاء المجموعة عندما يواجه، اعتباراً من التوقيت المشار إليه في التوصية ٢٥٧، تضارباً بين التزاماته نحو الدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة في هؤلاء الأعضاء المختلفين في المجموعة.

الخطوات المعقولة لمعالجة تضارب الالتزامات

٢٧٠- يجوز أن ينص القانون المتعلق بالإعسار على أنه ينبغي لأي مدير يواجه تضارباً بين الالتزامات اتخاذ خطوات معقولة لمعالجة هذا التضارب. ويمكن أن تتضمن الخطوات المعقولة ما يلي:

- (أ) الحصول على مشورة من أجل تحديد طبيعة الالتزامات المختلفة ونطاقها؛
- (ب) تحديد الأشخاص الذين يجب الإفصاح لهم عن تضارب الالتزامات، والإفصاح عن المعلومات ذات الصلة، بما في ذلك، على وجه الخصوص، طبيعة التضارب ونطاقه؛
- (ج) تحديد الحالات التي ينبغي فيها للمدير أن يتمتع عن '١' المشاركة في أي قرار تتخذه مجالس إدارة أي من المنشآت المعنية الأعضاء في المجموعة بشأن الأمور التي ينشأ منها التضارب، أو '٢' حضور أي اجتماع يعقده مجلس الإدارة تُبحث فيه تلك الأمور؛
- (د) السعي إلى تعيين مدير إضافي متى تعذر التوفيق بين الالتزامات المتضاربة؛
- (هـ) الاستقالة من مجلس الإدارة المعني (مجالس الإدارة المعنية)، كإجراء أخير إذا لم يكن هناك مسار عمل بديل متاح.

المرفق الخامس

مقرران اعتمدهما لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ١٨ تموز/يوليه ٢٠١٣ و ١٥ تموز/يوليه ٢٠١٩ وقرار الجمعية العامة ١٠٧/٦٨ باء

ألف- مقرراً للجنة

١- اعتمدت اللجنة في جلستها ٩٧٣، المعقودة في ١٨ تموز/يوليه ٢٠١٣، المقرّر التالي:

إنّ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

إذ تسلّم بأنّ نظم الإعسار الفعّالة أصبح يُنظر إليها أكثر فأكثر باعتبارها وسيلة لتشجيع التنمية الاقتصادية والاستثمار، فضلاً عن تعزيز أنشطة ريادة المشاريع والحفاظ على العمالة،

وإذ ترى أنّه ينبغي أيضاً لنظم الإعسار الفعّالة أن تتيح، إضافة إلى توفير عملية قانونية يمكن التنبؤ بها لمعالجة الصعوبات المالية التي تُلمّ بالمنشآت المتعثرة والإطار اللازم لإعادة تنظيم تلك المنشآت بكفاءة أو لتصفيتهما بطريقة مننّمة، القيام بدراسة للظروف التي تسببت في الإعسار وخصوصاً سلوك مديري المنشأة في الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار،

وإذ تلاحظ أنّ دليل الأونسيرال التشريعي لقانون الإعسار،^(١) مع أنّه يتناول التزامات مديري المنشأة حالما تبدأ إجراءات الإعسار، فإنه لا يتناول سلوك المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار والالتزامات التي قد تقع على عاتقهم في تلك الفترة،

وإذ ترى أنّ تقديم حوافز للمديرين لكي يبادروا في الوقت المناسب إلى اتخاذ إجراءات ترمي إلى معالجة آثار الضائقة المالية التي تعانيتها المنشأة، قد يكون له بالغ الأثر في نجاح عملية إعادة تنظيمها أو تصفيتهما، وأنّه ينبغي لتلك الحوافز أن تكون جزءاً من نظام الإعسار الفعّال،

^(١) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

وإذ تعرب عن تقديرها للفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) لما قام به من عمل في صوغ الجزء الرابع من الدليل التشريعي بشأن الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار،

١- تعتمد الجزء الرابع من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، المؤلف من النص الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.113 بصيغته التي نُقِّحها كلٌّ من الفريق العامل في دورته الثالثة والأربعين (انظر الوثيقة A/CN.9/766) واللجنة في دورتها الحالية (انظر تقرير اللجنة عن أعمال دورتها السادسة والأربعين (A/68/17)، الفقرة ٢٠٢)، وتأذن للأمانة أن تحرّر نص الجزء الرابع من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار وتضعه في صيغته النهائية في ضوء تلك التنقيحات؛

٢- تطلب إلى الأمين العام أن ينشر نص الجزء الرابع من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، بما في ذلك نشره إلكترونياً، وأن يحيله إلى الحكومات وسائر الهيئات المهتمة، وأن ينظر في العمل على دمج الأجزاء من الأول إلى الرابع من الدليل التشريعي معا ونشرها؛ بما في ذلك نشرها إلكترونياً، في تاريخ لاحق؛

٣- توصي بأن تستخدم الدول كافةً دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار لتقييم الكفاءة الاقتصادية لنظمها المتعلقة بقوانين الإعسار، وأن تنظر إلى الدليل التشريعي بعين الاعتبار عند تنقيح تشريعاتها ذات الصلة بالإعسار أو اعتماد تشريعات من هذا القبيل، وتدعو الدول التي استعملت الدليل إلى إبلاغ اللجنة بذلك.

٢- واعتمدت اللجنة في جلستها ١٠٩٩، المعقودة في ١٥ تموز/يوليه ٢٠١٩، المقرّر التالي:

إنّ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

إذ تشير إلى قرار الجمعية العامة ٢٢٠٥ (د-٢١)، المؤرخ ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، الذي أنشأت الجمعية بمقتضاه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وكلفتها بتعزيز التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي لمصلحة جميع الشعوب، وخصوصاً شعوب البلدان النامية،

وإذ تسلّم بأنّ نظم الإعسار الفعّالة أصبحت تُعتبر أكثر فأكثر وسيلة لتشجيع التنمية الاقتصادية والاستثمار، ولتعزيز أنشطة تنظيم المشاريع والحفاظ على العمالة،

وإذ ترى أنّ نظم الإعسار الفعّالة ينبغي أن توفر عمليةً قانونيةً يمكن التنبؤ بها لمعالجة الصعوبات المالية للمنشآت المتعثرة، والإطار اللازم لإعادة تنظيم تلك المنشآت على نحو ناجح أو لتصفيتها بصورة منظمّة، وأن تتيح أيضاً دراسة الظروف التي تتسبّب في الإعسار، وخصوصاً سلوك مديري تلك المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار،

وإذ تشير إلى اعتماد الجزء الرابع من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار (٢٠١٢)،^(١) الذي يتناول التزامات مديري شركات في فترة الاقتراب من الإعسار،

وإذ تلاحظ أهمية مجموعات المنشآت، سواء كانت مكوّنة على الصعيد الوطني أو الدولي، للتجارة الدولية في سياق التزايد المطرد لعولمة الاقتصاد العالمي،

وإذ تشير إلى اعتماد الجزء الثالث من الدليل التشريعي لقانون الإعسار (٢٠١٠)،^(٢) الذي يتناول معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت (٢٠١٩)،^(٣)

وإذ تشير أيضاً إلى أن عمل الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) بشأن التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار قد جرى بالتوازي مع العمل المتعلق بمشروع القانون النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت، مع التسليم بأن الجزء الثالث والجزء الرابع من الدليل التشريعي لقانون الإعسار لا يعالجان الحالة التي يكون فيها المدير معيّناً في منصب إداري أو تنفيذي، أو شاغلاً لمنصب إداري أو تنفيذي، في أكثر من عضو واحد من أعضاء المجموعة ويكون هناك تضارب في الوفاء بالتزاماته تجاه مختلف الأعضاء،

وإذ تعرب عن تقديرها للفريق العامل الخامس لما قام به من عمل في إعداد قسم إضافي للجزء الرابع من الدليل التشريعي لقانون الإعسار، الذي يتناول التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار، مع التركيز على الوفاء بالتزامات المدير تجاه مختلف أعضاء مجموعة المنشآت،

وإذ تقدّر مشاركة المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، الناشطة في مجال إصلاح قانون الإعسار، في ذلك العمل،

واقتراعاً منها بأن نظام الإعسار الفعال ينبغي أن يتضمن إطاراً قانونياً يعالج تضارب الالتزامات تجاه الدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة في مختلف أعضاء مجموعة المنشآت، مع المراعاة الواجبة لسائر الاعتبارات، ولا سيما استعادة القدرة على مزاولة العمل التجاري،

١- تعتمد قسماً إضافياً للجزء الرابع من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، يعالج التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار، بالصيغة الواردة في الوثيقة A/CN.9/990؛

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ والتصويب (A/68/17) (Corr.1)، الفقرة ٢٠٤.

(٢) المرجع نفسه، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفقرة ٢٣٢.

(٣) المرجع نفسه، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم ١٧ (A/74/17)، الفقرة ١١٠ والمرفق الثاني.

٢- تطلب إلى الأمين العام أن ينشر الجزء الرابع من الدليل التشريعي لقانون الإعسار، مع تضمينه القسم الإضافي بشأن التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار، بلغات الأمم المتحدة الرسمية الست، بما يشمل نشره إلكترونياً بتلك اللغات، وأن يعممه على نطاق واسع على الحكومات وسائر الهيئات المهتمة:

٣- توصي جميع الدول بأن تستخدم الدليل التشريعي لقانون الإعسار لتقييم الكفاءة الاقتصادية لنظمها المتعلقة بقانون الإعسار، وأن تنظر إيجابياً في الدليل التشريعي عند تنقيح تشريعاتها ذات الصلة بالإعسار أو اعتماد تشريعات من هذا القبيل، وتدعو الدول التي استخدمت الدليل التشريعي إلى إبلاغها بذلك.

باء- قرار الجمعية العامة ١٠٧/٦٨ باء

في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣، اتخذت الجمعية العامة القرار التالي:

الجزء الرابع من الدليل التشريعي لقانون الإعسار

إن الجمعية العامة،

إذ تشير إلى قرارها ٢٢٠٥ (د-٢١) المؤرخ ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦ الذي أنشأت بموجبه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري وعهدت إليها بأن تواصل التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي وبأن تراعي في هذا الصدد مصالح جميع الشعوب، وبخاصة شعوب البلدان النامية، في سياق تنمية التجارة الدولية على نطاق واسع،

وإذ تشير أيضاً إلى قرارها ٤٠/٥٩ المؤرخ ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤ الذي أوصت فيه باستخدام الدليل التشريعي بشأن قانون الإعسار للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي^(١) و٢٤/٦٥ المؤرخ ٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠ الذي أوصت فيه باستخدام الجزء الثالث من الدليل الذي يتناول معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار،

وإذ ترى أن نظم الإعسار الفعالة ينبغي، إضافة إلى توفيرها عملية قانونية معروفة لمعالجة الصعوبات المالية التي تلم بالمنشآت المتعثرة والإطار اللازم لإعادة تنظيم تلك المنشآت بكفاءة أو لتصفيتها بطريقة منظمة، أن تتيح أيضاً دراسة للظروف التي تسببت في الإعسار، وبخاصة سلوك مديري المنشأة في الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار،

(١) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

وإذ تلاحظ أن الدليل التشريعي، على الرغم من تناوله للالتزامات التي تقع على عاتق مديري المنشأة حالما تبدأ إجراءات الإعسار، لا يتناول سلوك هؤلاء المديرين في الفترة المفضية إلى الإعسار ولا الالتزامات التي قد تقع على عاتقهم في تلك الفترة،

وإذ ترى أن تقديم حوافز للمديرين لكي يبادروا في الوقت المناسب إلى اتخاذ إجراءات ترمي إلى معالجة آثار الضائقة المالية التي تعانيها المنشأة قد يكون له بالغ الأثر في نجاح عملية إعادة تنظيمها أو تصفيتها وأنه ينبغي لتلك الحوافز أن تكون جزءاً من نظام الإعسار الفعال،

١- تعرب عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لإعدادها واعتمادها الجزء الرابع من الدليل التشريعي بشأن قانون الإعسار الذي يتناول الالتزامات الواقعة على عاتق المديرين في الفترة المفضية إلى الإعسار؛^(١)

٢- تطلب إلى الأمين العام أن ينشر، بوسائل منها الوسائل الإلكترونية، نص الجزء الرابع من الدليل التشريعي وأن يحيله إلى الحكومات وسائر الهيئات المهتمة بالأمر؛

٣- توصي بأن تستخدم جميع الدول الدليل التشريعي في تقييم الكفاءة الاقتصادية لنظمها المتعلقة بقوانين الإعسار وبأن تنظر بعين الاعتبار إلى الدليل عند تنقيح أو اعتماد تشريعاتها ذات الصلة بالإعسار، وتدعو الدول التي استخدمت الدليل إلى إبلاغ اللجنة بذلك.

^(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٧ والتصويب (A/68/17، و Corr.1)، الفصل الخامس، القسم باء.

