

Distr.: Limited
9 August 2011
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الأربعون

فيينا، ٣١ تشرين الأول/أكتوبر - ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١

قانون الإعسار

المسؤوليات والتبعات الواقعة على المديرين في حالات الإعسار
وما قبل الإعسار
مذكّرة من الأمانة

المحتويات

| الصفحة | الفقرات | |
|--------|---------|---|
| ٢ | ٤-١ | مقدمة |
| ٣ | ١١-٥ | أولاً- الأعمال التي ينبغي التوسّع فيها |
| ٣ | ١٠-٨ | ألف- شكل المبادئ أو المبادئ التوجيهية الممكنة |
| ٥ | ١١ | باء- المسائل التي ينبغي تناولها |
| ٥ | ١٤-١٢ | ثانياً- تحديد الأشخاص الذين يقع على عاتقهم أداء الواجبات |
| ٥ | ١٣ | ألف- المديرون المعيّنون رسمياً، باعتبارهم منطلق تحديد الجهة التي يقع على عاتقها أداء الواجبات |
| ٦ | ١٤ | باء- الأشخاص الإضافيون |
| ٦ | ١٦-١٥ | ثالثاً- تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الواجبات |
| ٦ | ١٩-١٧ | رابعاً- تحديد الأشخاص الذين تُؤدّى الواجبات تجاههم |
| ٧ | ٢٠ | خامساً- تحديد طبيعة الواجبات أو أنواع سوء السلوك المشمولة |
| ٧ | ٢٢-٢١ | سادساً- تحديد وسائل الانتصاف المتاحة |
| ٨ | ٢٣ | سابعاً- المسائل ذات الطابع العابر للحدود الوطنية |



مقدمة

- ١ - عُرضت على اللجنة، في دورتها الثالثة والأربعين في عام ٢٠١٠، مجموعة من الاقتراحات عن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال الإعسار (A/CN.9/WG.V/WP.93) والإضافات Add.1 إلى Add.6 و (A/CN.9/582/Add.6). وقد نُقِشت تلك الاقتراحات في الدورة الثامنة والثلاثين للفريق العامل الخامس (انظر الوثيقة A/CN.9/691، الفقرات ٩٩-١٠٧) وقُدِّمت توصية بشأن المواضيع المحتملة إلى اللجنة (A/CN.9/691، الفقرة ١٠٤). وأوردت وثيقة إضافية (A/CN.9/709)، قُدِّمت بعد دورة الفريق العامل الخامس تلك، نصوصاً إضافية على اقتراح سويسرا الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.
- ٢ - وبعد المناقشة، أقرَّت اللجنة توصية الفريق العامل الخامس الواردة في الفقرة ١٠٤ من الوثيقة A/CN.9/691، والمتعلقة ببدء أنشطة بشأن موضوعين من مواضيع الإعسار كلاهما له أهمية في الوقت الراهن وسوف يكون تحقيق مزيد من المواءمة في النهج الوطنية بشأن كل منهما مفيداً في توفير اليقين وإمكانية التنبؤ.
- ٣ - وتتناول هذه المذكرة الموضوع الثاني، الذي اقترحتَه المملكة المتحدة (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4) والرابطة الدولية لأخصائيي إعادة الهيكلة والإعسار والإفلاس (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) ومعهد الإعسار الدولي (A/CN.9/582/Add.6) بشأن المسؤوليات والتبعات التي تقع على مديري مُنشأةٍ ما وموظفيها في حالات الإعسار وما قبل الإعسار.^(١) وفي ضوء المخاوف التي أعرب عنها أثناء مناقشات مستفيضة، اتفقت اللجنة على أن يُركِّز العمل المتعلّق بهذا الموضوع على المسؤوليات والتبعات الناشئة في سياق الإعسار فحسب، وعلى أنه ليس من المقصود أن يشمل هذا العمل مجالات المسؤولية الجنائية أو أن يتناول المجالات الأساسية لقانون الشركات.
- ٤ - وتستند هذه المذكرة إلى الورقة التي أُعدَّت من أجل الفريق العامل في دورته التاسعة والثلاثين (A/CN.9/WG.V/WP.96)، وهي تُبرز الاستنتاجات التي توصَّل إليها الفريق العامل في دورته التاسعة والثلاثين (انظر A/CN.9/715)، وتطرح مسائل إضافية بغية النظر فيها.

(1) يُناقش الموضوع الأول، المتعلق بمركز المصالح الرئيسية والمسائل ذات الصلة في الوثيقة

A/CN.9/WG.V/WP.95 و Add.1 و A/CN.9/WG.V/WP.99.

أولاً - الأعمال التي ينبغي التوسع فيها

٥- ذكرت في الفقرة ١٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96 الصعوبات المرتبطة بمواءمة القوانين المتعلقة بالمسؤوليات والتبعات التي تقع على عاتق المديرين في سياق الإعسار. وقد أقرّ الفريق العامل بتلك الصعوبات، ويبيّن أن من اللازم، عند النظر في هذا الموضوع، تجنّب التدخّل في مسائل قانون الشركات أو غيرها من مسائل القانون المدني أو القانون الجنائي (الفقرة ٦٦ من الوثيقة A/CN.9/715). ومع ذلك، اتُفق على أن من المناسب توفير توجيهات بشأن هذا الموضوع (الفقرة ٦٧ من الوثيقة A/CN.9/715). والهدف المتوخّى من ذلك هو كفالة أن تكون لدى المديرين، في حال وشوك الإعسار، الحوافز اللازمة لاتخاذ التدابير المناسبة في الوقت المناسب لصون قيمة الشركة، عوضاً عن مجرّد الانتظار إلى حين بدء إجراءات الإعسار. وينبغي تحقيق التوازن بين تلك الحوافز والتبعات، ومنها مثلاً المسؤولية الشخصية، التي تقع في حال عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة.

٦- والمقترحات التي تمّ الرد عليها في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96 تشير إلى إمكانية استخلاص مبادئ أساسية أو مبادئ توجيهية من نظم الإعسار الفعّالة، من أجل الاسترشاد بها في واجبات الموظفين والمديرين في حالات الإعسار. وأشار الفريق العامل (الفقرة ٦٢ من الوثيقة A/CN.9/715) إلى أن التوجيهات التي يُراد إعدادها يلزم أن تكون وصفية الطابع، لا معيارية ولا إلزامية، كما أن الصيغ التي تتخذها المبادئ ينبغي أن تتجنّب التدخّل في أمور تتعلق بقانون الشركات.

٧- ويمكن أن تشمل المسائل المزمع مناقشتها ما يلي: الشكل الذي سوف تتّخذه أيّ مبادئ أساسية أو مبادئ توجيهية والمواضيع التي ينبغي أن تتناولها.

ألف - شكل المبادئ أو المبادئ التوجيهية الممكنة

٨- لعلّ الفريق العامل يودّ، عند النظر في الشكل الذي قد تتّخذه المبادئ والمبادئ التوجيهية، أن يستذكر النهج المعتمد في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار (الدليل التشريعي)، في مناقشة العديد من المسائل المتصلة بإقامة نظام إعسار يتّسم بالفعالية والكفاءة، بشيء من التفصيل في التعليق، ومن ثم استنباط مجموعة من التوصيات التشريعية المناسبة بشأن المسائل الأساسية. ومن ثم فإنّ التوصيات لا تتناول جميع المسائل التي تجري مناقشتها في التعليق. وعلى المستوى العام، يمكن أن يوفرّ التعليق على واجبات المديرين توجيهات للدول بشأن الظروف التي يمكن أن تفضي إلى وقوع تبعات شخصية على المديرين، مع الإقرار في

الوقت نفسه بما يمكن أن ينشأ عن وضع قواعد مفروطة في التشدد من مزالق وأخطار تهدد بعرقلة أنشطة المشاريع التجارية. وكما أشار إلى ذلك الفريق العامل (الفقرة ١٠٨ من الوثيقة A/CN.9/715)، فإن الموازنة الصحيحة بين التشجيع على التصرف اللائق وتجنب الإعسار السابق لأوانه ستكون عنصراً أساسياً في التوجيهات المراد وضعها.

٩- أما فيما يتعلق بنطاق المبادئ والمبادئ التوجيهية بحد ذاتها، فلعلّ الفريق العامل يودّ أن يستذكر مختلف النهج المعتمدة في الدليل التشريعي، ومنها تقديم توصيات تشير أساساً إلى الموضوع المراد تناوله في قانون الإعسار، وتبيّن على نحو أكثر تحديداً الطريقة التفصيلية التي ينبغي أن يعالج بها قانون الإعسار مسألة معينة. ويمكن أن تعتمد المبادئ أو المبادئ التوجيهية الخاصة بواجبات المديرين النهج الأعمّ الأول، بالإشارة إلى المسألة المراد معالجتها والطريقة العامة لتناولها، بما في ذلك تقديم بدائل، حسبما يكون مناسباً. ويمكن أن يوفر التعليق المصاحب لها، على شاكلة الدليل التشريعي، معلومات خلفية ومعلومات أكثر تفصيلاً عن المسألة المعيّنة.

١٠- وكما ذكر في الفقرة ١٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96، يمكن أن يكون هذا النهج مشابهاً للنهج المتّبع في إعداد مبادئ منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، التي يمكن أن توفر أساساً للعمل على معالجة هذا الموضوع:

"ليس هناك نموذج وحيد للأساليب السليمة لحوكمة الشركات. ولكن - في الوقت ذاته - فإن المهام التي تم الاضطلاع بها [...] قد أسفرت عن تعريف بعض العناصر المشتركة التي تحدّد ماهيّة الأساليب السليمة لحوكمة الشركات. وتستند المبادئ التي صاغتها المنظمة إلى تلك العوامل المشتركة، كما أنّ صياغة المبادئ تمت على نحو من شأنه أن يستوعب النماذج المختلفة القائمة.

"وليست المبادئ ملزمة، كما أنّها لا تهدف إلى تقديم توجيهات تفصيلية بشأن التشريعات الوطنية؛ بل هي تسعى إلى تحديد أهداف وتقدّم سبلاً مختلفة لتحقيقها. والغرض منها يتمثل في أن تكون بمثابة نقاط مرجعية. ويمكن أن يستخدمها مقرّرو السياسة العامة وهم يعكفون على إعداد الأطر القانونية والتنظيمية لأساليب حوكمة الشركات، والتي تعكس ظروفهم الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والثقافية الخاصة بهم، وأن تستعين بها الأطراف المشاركة في السوق عند قيامها بإعداد الممارسات الخاصة بها."^(٢)

(2) مبادئ منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، الصفحة ١٣.

باء- المسائل التي ينبغي تناولها

١١- يمكن أن تتناول المبادئ أو المبادئ التوجيهية المسائل التالية:

- (أ) تحديد الأشخاص الذين يقع على عاتقهم أداء الواجبات؛
- (ب) تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الواجبات؛
- (ج) تحديد الأشخاص الذين تُؤدَّى الواجبات تجاههم؛
- (د) تحديد طبيعة الواجبات أو أنواع سوء السلوك المشمولة؛
- (هـ) تحديد وسائل الانتصاف المتاحة؛
- (و) المسائل ذات الطابع العابر للحدود الوطنية.

ثانيا- تحديد الأشخاص الذين يقع على عاتقهم أداء الواجبات

١٢- اتفق الفريق العامل على أن من المناسب مبدئياً الاقتصار في هذا الصدد على المديرين المعيّنين رسمياً، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين. أما فيما يخص الأشخاص الإضافيين، مثل المديرين المعيّنين بحكم الواقع أو المديرين المستترين وسائر الأشخاص الذين لهم نفوذ (تمت استبانة عدد من الإمكانيات)، فقد اتفق على أن من الأنسب اعتماد نهج محدد الغرض عوضاً عن استخدام مصطلحات مثل "المدير بحكم الواقع" أو "المدير المستتر" (الفقرة ٦٩ من الوثيقة A/CN.9/715). واتفق الفريق العامل على أن مسألة ما إذا كان ينبغي توسيع مجموعة الأشخاص خارج نطاق المديرين لتشمل سائر الأشخاص من ذوي النفوذ سوف تخضع لمزيد من الدراسة (الفقرة ٧٢ من الوثيقة A/CN.9/715).

ألف- المديرون المعيّنون رسمياً، باعتبارهم منطلق تحديد الجهة التي يقع على عاتقها أداء الواجبات

١٣- بالنظر إلى ما تقدّم، يمكن أن يكون المنطلق في وضع أي مجموعة مبادئ أو مبادئ توجيهية بشأن هذه المسألة هو اعتبار أن المديرين المعيّنين رسمياً، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين، هم الذين يقع على عاتقهم أداء تلك الواجبات. ويمكن أن تتضمن المبادئ بياناً عاماً بهذا الخصوص، أو أن تتبع، بدلاً من ذلك، نهجاً مشابهاً للنهج المتبع في إعداد مبادئ منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، في أن الواجبات يقع أداؤها على عاتق الأعضاء المعيّنين رسمياً لأيّ كيان مكلف بمهام حوكمة شؤون المنشأة ومراقبة إدارتها. وفي حال لزوم

تقديم أمثلة على هذه المهام الوظيفية، فمن الجائز إيراد إشارة مرجعية إلى نصوص أخرى، مثل مبادئ منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، التي تتضمن شرحاً أكثر تفصيلاً لها.

باء- الأشخاص الإضافيون

١٤- لعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي إدراج أشخاص إضافيين في نطاق أيّ مبادئ يضعها، على أساس المناقشة الواردة في الفقرات ١٩ إلى ٢٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96، والمناقشة التي دارت خلال الدورة التاسعة والثلاثين (الفقرات ٦٩ إلى ٧١ من الوثيقة A/CN.9/715). ويمكن تناول هذه المسألة، على سبيل المثال، بالإشارة في تعليق إلى أنواع الأشخاص الذين يمكن أن يقع على عاتقهم أداء مثل هذه الواجبات، بدلاً من بيان المبادئ، بالاستناد، على سبيل المثال، إلى الفقرات ١٩-٢١ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96.

ثالثا- تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الواجبات

١٥- اتفق الفريق العامل على أن الواجبات من شأنها أن تنشأ عندما يكون المدين معسراً أو عندما يوشك أن يصبح معسراً بالفعل، وهو ما أشير إليه بعبارة "وشك الإعسار"، مع أنه لا يمكن إنفاذ الواجبات إلا عندما تبدأ إجراءات الإعسار رسمياً. وذكر أن اللحظة المعيّنة التي تنشأ فيها الواجبات هي اللحظة المعيّنة التي ينبغي فيها للمديرين أن يكونوا قد أدركوا عدم وجود إمكانية معقولة لتجنّب الإعسار (الفقرة ٨١ من الوثيقة A/CN.9/715).

١٦- حيث إن الفريق العامل اتفق على الإقرار بأن الواجبات يمكن أن تنشأ قبل بدء إجراءات الإعسار، فإن من الضروري تحديد العامل الذي يعيّن اللحظة التي يلزم أن تنشأ فيها هذه الواجبات، ربما بالإشارة إلى حالة "الإعسار" اللازمة. ويمكن الاسترشاد مثلاً بالفقرات ٢٣ إلى ٣٠ من الفصل الأول من الجزء الثاني من الدليل التشريعي وبالتوصيتين ١٥ و١٦، حيث تُتناول المعايير اللازم توفرها لبدء إجراءات الإعسار، بما في ذلك وشك الإعسار، وذلك باعتبارها منطلقاً لمواصلة المناقشات (انظر أيضاً الفقرات ٤٩ إلى ٥٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96).

رابعا- تحديد الأشخاص الذين تُؤدّى الواجبات تجاههم

١٧- طرح الفريق العامل عدداً من المسائل، منها أهمية الوقت الذي ينبغي فيه النظر في أداء الواجبات (أي عند بدء الإعسار أو بعد بدء إجراءات الإعسار على سبيل المثال)؛ وما

إذا كان ينبغي تأدية هذه الواجبات تجاه مجموع الدائنين أو تجاه حوزة الإعسار بحدّ ذاتها (حيث قيل إنّ هذا النهج متّسق مع الدليل التشريعي وإنّه يتّسم بالطابع العملي استناداً إلى تحديد المستفيدين المحتملين من أيّ إجراءات لاسترداد الأموال)؛ وكيفية معالجة المسألة في سياق مجموعات المنشآت.

١٨- ولكن القرار المشار إليه أعلاه في الجزء الثالث فيما يتعلق بوقت نشوء الواجبات يُلمح إلى أنّ الأشخاص الذين تُؤدّى الواجبات تجاههم قد يتجاوزون نطاق حوزة الإعسار بحدّ ذاتها، لأنّ تلك الحوزة لا تتشكّل إلّا عند بدء إجراءات الإعسار. ولكن إذا كان يتعذّر تنفيذ أداء الواجبات إلّا بعد بدء إجراءات الإعسار، فيمكن أن تكون حوزة الإعسار هي المستفيدة المعنيّة، وأن يكون ممثّل الإعسار هو الشخص الذي يُرجّح أن ينفّذ هذه الواجبات. وقد نُوقشت مختلف الخيارات ذات الصلة في الفقرة ٣٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96.

١٩- وأتفق الفريق العامل على مواصلة مداولاته في دورة مقبلة استناداً إلى المناقشات التي أجراها في دورته التاسعة والثلاثين (الفقرات ٧٣ إلى ٧٩ من الوثيقة A/CN.9/715).

خامساً- تحديد طبيعة الواجبات أو أنواع سوء السلوك المشمولة

٢٠- أُنّفق الفريق العامل على أن يعكف في مداولاته المقبلة على تحديد الخطوات اللازمة لتخاذها لأداء واجب بشأن التعامل التجاري غير المشروع (الفقرة ٩١ من الوثيقة A/CN.9/715). وترد في الفقرات ٥٨ إلى ٦٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96 مقمّدة عن التشريعات الخاصة بالتعامل التجاري غير المشروع.

سادساً- تحديد وسائل الانتصاف المتاحة

٢١- أُنّفق عموماً على أنّ من شأن ممثّل الإعسار أن يكون له الحقّ عادة في إنفاذ الواجب ذي الصلة بالإعسار (الفقرة ٩٧ من الوثيقة A/CN.9/715)؛ وأُنّفق على ألاّ تُنكّر في الأحكام المتعلقة بالإعسار حقوق الأشخاص الآخرين في رفع الدعوى بسبب تقصير عندما تنشأ هذه الحقوق بموجب قوانين أخرى (القانون المدني أو قانون الشركات أو قانون جبر الأضرار) (الفقرة ٩٨ من الوثيقة A/CN.9/715).

٢٢- ولعلّ الفريق العامل، إذ يضع في الاعتبار الاستنتاجات التي توصّل إليها بخصوص وقت إنفاذ الواجبات وبخصوص حقوق الأشخاص الآخرين في رفع الدعوى بسبب تقصير، يودّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تتناول التوجيهات الإرشادية المراد تقديمها مسألة

الأطراف الأخرى التي قد يكون لها الحق في رفع الدعوى بسبب تقصير في حالة عدم تمكّن ممثّل الإعسار مثلاً من القيام بذلك. ولعلّ الفريق العامل يود أيضاً أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تتناول التوجيهات الإرشادية مسائل من قبيل تسديد التكاليف عندما يعمل ممثل الإعسار على اتخاذ مثل هذا الإجراء لكنه يُخفق في ذلك.

سابعاً- المسائل ذات الطابع العابر للحدود الوطنية

٢٣- اتفق الفريق العامل على أن ينظر خلال دورة مقبلة في عدد من المسائل المطروحة (القانون المطبّق، وإمكانية الاحتكام إلى ولاية قضائية أجنبية لرفع دعوى من أجل تحديد التبعات، وما إذا كانت الدفع في ولاية قضائية ما سارية في الإجراءات القضائية في ولاية قضائية أخرى) (الفقرة ١٠٩ من الوثيقة A/CN.9/715).