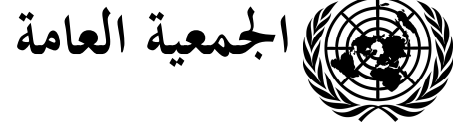


Distr.: General
20 December 2010
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الرابعة والأربعون
فيينا، ٢٧ حزيران/يونيه - ١٥ تموز/يوليه ٢٠١١

تقرير الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
عن أعمال دورته التاسعة والثلاثين
(فيينا، ٦-١٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠)

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٢-١	أولاً- مقدمة.....
٢	٨-٣	ثانياً- تنظيم الدورة.....
٤	٩	ثالثاً- المداولات والقرارات.....
		رابعاً- تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود
٤	٤٨-١٠	فيما يتعلق بمركز المصالح الرئيسية.....
٤	١٦-١١	ألف- مناقشة عامة.....
٦	٢٢-١٧	باء- الإجراءات الجديدة بالاعتراف بمقتضى القانون النموذجي: المادة ٢.....
٧	٢٥-٢٣	جيم- التفسير الموحد والمصدر الدولي - المادة ٨ من القانون النموذجي.....
٨	٤٨-٢٦	دال- الاعتراف.....
١٤	١٠٩-٤٩	خامساً- المسؤوليات والتبعات الواقعة على المديرين في حالات الإعسار وما قبل الإعسار.....
١٤	١٠٩-٥١	ألف- مقدمة.....
٢٧	١١٧-١١٠	سادساً- النصوص القضائية المتعلقة بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود.....



أولاً - مقدمة

١ - عُرضت على اللجنة في دورتها الثالثة والأربعين المنعقدة عام ٢٠١٠ مجموعة مقترحات بشأن عملها المقبل في مجال الإعسار (الوثائق A/CN.9/WG.V/WP.93 و Add.1 إلى Add.6 و A/CN.9/582/Add.6). وقد ناقش الفريق العامل الخامس تلك المقترحات في دورته الثامنة والثلاثين (انظر الفقرات ٩٩-١٠٧ من الوثيقة A/CN.9/691)، وقَدِّم إلى اللجنة توصيةً بشأن المواضيع المحتملة تناولها (انظر الفقرة ١٠٤ من الوثيقة A/CN.9/691). وقدمت وثيقة أخرى (A/CN.9/709) بعد دورة الفريق العامل الخامس تلك، تتضمن نصوصاً مضافة إلى اقتراح سويسرا الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

٢ - وبعد المناقشة، أقرَّت اللجنة توصيةً للفريق العامل الخامس بأن يبدأ العمل على موضوعين متعلقين بالإعسار، هما: (أ) تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود تتعلق بمركز المصالح الرئيسية؛ و(ب) المسؤوليات والتبعات الواقعة على المديرين في حالات الإعسار وما قبل الإعسار، وكتاتهما تكتسي أهمية في الوقت الحاضر؛ و(ج) النصوص القضائية المتعلقة بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود.

ثانياً - تنظيم الدورة

٣ - عقد الفريقُ العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)، المؤلف من جميع الدول الأعضاء في اللجنة، دورته التاسعة والثلاثين في فيينا، في الفترة من ٦ إلى ١٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠. وحضر الدورة ممثلون عن الدول التالية الأعضاء في الفريق العامل: الاتحاد الروسي والأرجنتين وإسبانيا وأستراليا وإسرائيل وألمانيا أوغندا وجمهورية إيران الإسلامية وإيطاليا وبيلاروس وتايلند وتركيا والجمهورية التشيكية وجمهورية كوريا والسلفادور والصين وفرنسا والفلبين وجمهورية فنزويلا البوليفارية وكندا وكولومبيا وماليزيا ومصر والمكسيك والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية وناميبيا والنمسا والولايات المتحدة الأمريكية واليابان واليونان.

٤ - وحضر الدورة أيضاً مراقبون عن الدول التالية: إندونيسيا وبلجيكا وتونس وجمهورية الكونغو الديمقراطية والدانمرك ورومانيا وسلوفاكيا وسلوفينيا وسويسرا وكرواتيا وليتوانيا ونيوزيلندا وهولندا.

٥- وحضر الدورة كذلك مراقبون عن المنظمات الدولية التالية:

- (أ) مؤسسات منظومة الأمم المتحدة: صندوق النقد الدولي والبنك الدولي؛
- (ب) المنظمات الحكومية الدولية المدعوة: الاتحاد الأوروبي والجمعية البرلمانية المشتركة للدول الأعضاء في كومنولث الدول المستقلة والجماعة الكاريبية؛
- (ج) المنظمات الدولية غير الحكومية المدعوة: رابطة الخريجين الخاصة بمسابقة فيليم فيس الصورية للتحكيم التجاري الدولي ونقابة المحامين الأمريكية واتحاد المقاصة الآسيوي ومركز الدراسات القانونية الدولية والفريق المعني بتدارس الإعسار ومنعه والرابطة الدولية لأحصائيي إعادة الهيكلة والإعسار والإفلاس (إنسول إنترناشونال) ورابطة المحامين الدولية والرابطة الدولية لتأمين القروض وضمائها ومعهد الإعسار الدولي ومعهد القانون الدولي والرابطة الدولية لصكوك المقايضة والصكوك الاشتقاقية والاتحاد النسائي الدولي للإعسار وإعادة الهيكلة واتحاد المحامين الدولي.

٦- وانتخب الفريق العامل عضوي المكتب التاليين:

الرئيس: السيد ويسيت ويسيتسورا-آت (تايلند)

المقرر: السيد أنتوني أوجوك أويوكو (أوغندا)

٧- وعُرضت على الفريق العامل الوثائق التالية:

(أ) جدول الأعمال المؤقت المشروع (A/CN.9/WG.V/WP.94)؛

(ب) مذكرة من الأمانة عن تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود فيما يتعلق بمركز المصالح الرئيسية (Add.1 و A/CN.9/WG.V/WP.95)؛

(ج) مذكرة من الأمانة عن المسؤوليات والتبعات الواقعة على المديرين في حالات الإعسار وما قبل الإعسار (A/CN.9/WG.V/WP.96)؛

(د) مذكرة من الأمانة عن النصوص القضائية المتعلقة بقانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (Add.1 و Add.2 و A/CN.9/WG.V/WP.97).

٨- وأقرّ الفريق العامل جدول الأعمال التالي:

١- افتتاح الدورة.

٢- انتخاب أعضاء المكتب.

- ٣- إقرار جدول الأعمال.
- ٤- النظر في (أ) تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود تتعلق بمركز المصالح الرئيسية؛ و(ب) المسؤوليات والتبعات الواقعة على المديرين في حالات الإعسار وما قبل الإعسار؛ و(ج) النصوص القضائية التي تتناول استخدام وتفسير قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود.
- ٥- مسائل أخرى.
- ٦- اعتماد التقرير.

ثالثاً- المداولات والقرارات

- ٩- أجرى الفريق العامل مناقشةً حول: (أ) توجيه عملية تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود تتعلق بمركز المصالح الرئيسية؛ و(ب) المسؤوليات والتبعات الواقعة على المديرين في حالات الإعسار وما قبل الإعسار؛ و(ج) إعداد نصوص قضائية تتناول استخدام وتفسير قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، استناداً إلى الوثائق A/CN.9/WG.V/WP.95 و A/CN.9/WG.V/WP.96 و A/CN.9/WG.V/WP.97 وإضافتها ووثائق أخرى أشير إليها في تلك الوثائق. ويرد في ما يلي عرض لمداولات الفريق العامل وقراراته بشأن هذه المواضيع.

رابعاً- تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود فيما يتعلق بمركز المصالح الرئيسية

- ١٠- ناقش الفريق العامل مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود تتعلق بمركز المصالح الرئيسية ("القانون النموذجي") استناداً إلى الوثيقتين A/CN.9/WG.V/WP.95 و Add.1.

ألف- مناقشة عامة

- ١١- أشار الفريق العامل إلى أن الولاية التي منحتها اللجنة بخصوص موضوع تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من القانون النموذجي متعلقة بمركز المصالح الرئيسية، تستند إلى مقترح الولايات المتحدة كما يرد في الفقرة ٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 لتوجيه عملية تفسير

وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود تتعلق بمركز المصالح الرئيسية ووضع قانون نموذجي أو أحكام نموذجية حول قانون الإعسار إذا أمكن لمعالجة قضايا دولية مختارة، بما فيها الولاية القضائية والاحتكام إلى القضاء والاعتراف بالإجراءات، على نحو لا يحول دون وضع اتفاقية⁽¹⁾. وفي هذا الصدد، أوضح أن القيام بعمل من هذا القبيل في المستقبل لا يقصد منه تعديل معايير الأونسيترال الموجودة بشأن الإعسار والمفاهيم الواردة فيها، بل توضيح معناها.

١٢- ولوحظ أن بعض المفاهيم الواردة في القانون النموذجي فيما يتعلق بمركز المصالح الرئيسية وبمفهوم المركز نفسه قد أثارت مسائل تفسيرية أفضت إلى تباين في قرارات المحاكم (انظر الوثيقتين A/CN.9/WG.V/WP.95 و Add.1).

١٣- وطُرح تساؤل عما إذا كان ينبغي للفريق العامل أن يشرع في إجراء مناقشة لشتى أنواع نصوص الأحكام القانونية الموحدة التي يمكن صوغها لتوفير توجيهات بشأن مختلف المفاهيم. وهذه الأنواع المختلفة من نصوص الأحكام القانونية الموحدة يمكن أن تتخذ شكل '١' قواعد، أو '٢' توصيات، أو '٣' تعليقات/مبادئ توجيهية بشأن مواضيع مختارة من القانون النموذجي. ورداً على ذلك التساؤل، استُذكر أن الفريق العامل كان قد ترك اعتبارات الشكل لكي يُبتَّ فيها بعد مناقشة المسائل الموضوعية. وارتئي عموماً أنه ينبغي اتباع النهج نفسه بشأن العمل على توضيح مفاهيم القانون النموذجي في المستقبل.

١٤- وفيما يخصّ توضيح مفهوم مركز المصالح الرئيسية حسبما ورد في القانون النموذجي، ذُكر أن هذا القانون لا يتضمّن أيّ تعريف للمفهوم على الرغم من وروده في أحكام مختلفة من ذلك القانون، مثل المواد ٢ (ب) و ١٦ (٣) و ١٧ (٢) (أ). وكمثال على نص حول الموضوع ذاته أعدته منظمة تكامل اقتصادي إقليمية، ذُكر أن لائحة المجلس الأوروبي رقم 1346/2000، المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠، بشأن إجراءات الإعسار (اختصاراً: "لائحة المجلس الأوروبي") تشير إلى مفهوم مركز المصالح الرئيسية أيضاً دون إيراد أيّ تعريف له. وذكر أيضاً أنه يستحسن تفادي التضارب في تفسير هذا المفهوم، نظراً لأهميته. ولكن، لوحظ أن هذا المفهوم يمكن أن يُستخدم في سياقات مختلفة؛ فهو يستخدم في إطار لائحة المجلس الأوروبي مثلاً فيما يتصل بالولاية القضائية التي ينبغي بدء الإجراءات الرئيسية فيها، كما يستخدم في إطار القانون النموذجي فيما يتصل بمدى استصواب

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفقرة ٢٥٩ (أ).

الاعتراف بإجراءات بدأت بالفعل. وذكر أيضاً أنه يُستحسن أن يشمل العمل الذي يضطلع به مستقبلاً التطرق بمزيد من التفصيل لكيفية تحديد مركز المصالح الرئيسية لمجموعة المنشآت.

١٥- واعترافاً بتنوع وتضارب السوابق القضائية المتعلقة بمفهوم مركز المصالح الرئيسية، ارتئي عموماً أن من شأن توضيح هذا المفهوم أن يفيد الاختصاصيين الممارسين والمحاكم. وذكر أيضاً أنه قد يصعب التوصل إلى تعريف محدد لمفهوم مركز المصالح الرئيسية، ولكن هناك سبباً عدة لتوضيحه، منها وضع قائمة بالعوامل التي يجدر أخذها بعين الاعتبار في تحديد مركز المصالح الرئيسية بغية مزيد من التوحيد والقابلية للتنبؤ.

١٦- وذكر كذلك أنه توجد في القانون النموذجي مصطلحات أخرى ذات صلة بمصطلحات مركز المصالح الرئيسية، مثل عناصر تعريف الإجراء الأجنبي ومسألة تحديد وقت تقييم مركز المصالح الرئيسية للدائن، وأُتفق على أن من المفيد أن يُنظر أولاً في تلك العوامل الأخرى قبل بدء النظر في مفهوم مركز المصالح الرئيسية.

باء- الإجراءات الجديدة بالاعتراف بمقتضى القانون النموذجي: المادة ٢

المسائل المتعلقة بتعريف "الإجراء الأجنبي" بمقتضى المادة ٢ (أ) من القانون النموذجي

١٧- ذكر أن تعريف "الإجراء الأجنبي" المدرج في المادة ٢ (أ) من القانون النموذجي قد أثار تفسيرات متباينة في السوابق القضائية (انظر الفقرات ٨-٣٧ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95). وطُرح تساؤل عما إذا كان ينبغي للفريق العامل أن يوضح تعريف بعض عناصر الإجراء الأجنبي بمقتضى المادة ٢ (أ) من القانون النموذجي، التي تنص على ما يلي: "الإجراء الأجنبي يقصد به أي إجراء قضائي أو إداري جماعي، بما في ذلك أي إجراء مؤقت، يتخذ عملاً بقانون يتصل بالإعسار في دولة أجنبية وتخضع فيه أموال المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية لغرض إعادة التنظيم أو التصفية".

١٨- وطُرح في هذا الصدد تساؤل بشأن ما إذا كان يلزم تعريف شرط إعسار المدين. ورداً على ذلك، قيل إنه لا حاجة إلى تعريف من هذا القبيل لأن شرط إعسار المدين مستمد من عبارة "عملاً بقانون يتصل بالإعسار".

١٩- وفيما يتعلق بالحاجة إلى إيراد تعريف لعبارة "عملاً بقانون يتصل بالإعسار"، ارتئي أن الصعوبات التي لوقيت في التفسيرات القضائية لتلك العبارة قد نشأت عن المعادلة بين تشريعات مختلف الولايات القضائية. وذكر أن الفريق العامل لا يهدف إلى توحيد قوانين الإعسار، بل إلى توضيح المفاهيم الواردة في القانون النموذجي. وقيل في هذا الصدد إنه

يتعدّر المضي في تفصيل تعريف "الإجراء الأجنبي" بحيث يظل مستوعباً لجميع الإجراءات المحلية. وذكر كذلك أنّ عبارة "قانون يتصل بالإعسار" توفّر بالفعل درجة المرونة المرغوبة. وذكر أيضاً أنّ دليل الأونسسترال التشريعي لقانون الإعسار ("الدليل التشريعي") يتضمّن في الفقرة ١٢ (ش) والتعليق المصاحب لها تعريفاً لإجراءات الإعسار يتسق والتعريف الوارد في القانون النموذجي.

٢٠- ولاحظ الفريق العامل أنّ دليل اشتراع القانون النموذجي ينص على أنّ اشتراط "إجراء جماعي" يدل على مشاركة الدائنين بصورة جماعية في الإجراء الأجنبي، لا على أنّ الإجراء يهدف إلى مساعدة دائن معيّن على الحصول على السداد. وفيما يتعلق باشتراط "الإجراءات الجماعية"، قيل إنّ هذا الاشتراط يمثّل عنصراً هاماً في التعريف. وذكر أنه قد تكون هناك إجراءات محلية يمكن فيها من الناحية التقنية التشكيك في استيفاء هذا الاشتراط تماماً، على الرغم من أنّ تلك الإجراءات قد حظيت بالاعتراف بمقتضى القانون النموذجي، وقد اعترف بها فعلاً. وفي هذا الصدد، شدّد مجدداً على ضرورة توخّي المرونة في تعريف "الإجراء الأجنبي" الوارد في القانون النموذجي. ومن الشواغل التي أبدت كذلك أنّ من شأن إرساء معايير أخرى لما يشكل إجراء أجنبياً أن يكون مفرط التقييد.

٢١- وارتئي أنه يمكن للأمانة أن تستبين بعض الإجراءات التي لا تندرج بوضوح ضمن نطاق التعريف الوارد في المادة ٢ (أ) من القانون النموذجي، أو التي يمكن أن يؤدي إدراجها، أو قد أدّى إدراجها فعلاً، إلى إثارة شواغل (والتي أشير إليها في المناقشة بعبارة "المنطقة الرمادية")، تسهيلاً لنظر الفريق العامل فيما إذا كان يلزم توضيح تعريف "الإجراء الأجنبي". وأبدي تشكك في جدوى إجراء هذه الدراسة لأنّها ستتناول الوضع الراهن ولن تستوعب المستجدات أو تأخذ بعين الاعتبار أنّ عبارة "قانون يتصل بالإعسار" فضفاضة جداً.

٢٢- وبعد المناقشة، اتّفق الفريق العامل على أنّ من السابق لأوانه، في هذه المرحلة من مداولاته، أن يتبيّن ما إذا كان يلزم توضيح تعريف "الإجراء الأجنبي". بمقتضى المادة ٢ (أ) من القانون النموذجي. وطلب الفريق العامل من الأمانة أن تُعدّ مذكرة إعلامية تساعد على النظر في هذه المسألة في دورة مقبلة.

جيم - التفسير الموحد والمصدر الدولي - المادة ٨ من القانون النموذجي

٢٣- لاحظ الفريق العامل أنّ المادة ٨ من القانون النموذجي تنصّ على أنّ يُوكّل الاعتبار لدى تفسير النص لمصدره الدولي ومدى استصواب التشجيع على التوحيد في تطبيقه وتوخي حسن النية. ونظر الفريق العامل فيما إذا كان ينبغي توفير مزيد من التوجيهات بشأن المصادر

التي يجدر استخدامها للمساعدة على تفسير القانون النموذجي في إطار المادة ٨ (انظر الفقرات ٤٠-٤٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95).

٢٤- ولوحظ أن وجود دراسات فقهية بشأن القانون النموذجي هو أمر هام لتوحيد التفسير. بمقتضى المادة ٨، وأن دليل اشتراع القانون النموذجي يشير إلى تسهيل ذلك التفسير المتناسق (انظر الفقرة ٩٢ من دليل اشتراع القانون النموذجي) من خلال نظام المعلومات الخاص بالسوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال (كلاوت)، الذي تنشر أمانة الأونسيترال في إطاره خلاصات لقرارات قضائية تفسر الاتفاقيات والقوانين النموذجية الصادرة عن الأونسيترال. وذُكر في هذا الصدد أن هناك نصوصاً أخرى للأونسيترال، غير القانون النموذجي (بما فيه الدليل التشريعي)، يمكن أن تساعد أيضاً على ذلك التفسير الموحد وقيل كذلك إن الدراسات الفقهية المتعلقة بتفسير القانون النموذجي تتضمن أيضاً إشارات إلى قضايا ذات صلة بنصوص أخرى غير نصوص الأونسيترال، مثل القضايا المتعلقة بلائحة الإعسار الصادرة عن المجلس الأوروبي، التي تتضمن أيضاً مفهوماً مركز المصالح الرئيسية (انظر الفقرة ١٤ أعلاه).

٢٥- وبعد المناقشة، ارتئي عموماً أنه لا حاجة إلى إيضاح إضافي بشأن المادة ٨ من القانون النموذجي.

دال - الاعتراف

١ - الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة - المادة ٦ من القانون النموذجي

٢٦- لاحظ الفريق العامل أن المادة ٦ من القانون النموذجي تشكل استثناءً من الاعتراف بالإجراء الأجنبي عندما يكون فعل ذلك "مخالفاً بوضوح للسياسة العامة" للدولة المتلقية. ولاحظ الفريق العامل أيضاً أن دليل الاشتراع يبيّن أن الاستثناء ينبغي أن يفسر عموماً تفسيراً ضيقاً، وأنه لا يقصد منه أن ينطبق إلا في حالات استثنائية تتعلق بمسائل ذات أهمية أساسية لدى الدولة المشترعة.

٢٧- ونظر الفريق العامل فيما إذا كان يلزم إيضاح الاستثناء المرتكز على السياسة العامة. وطُرح تساؤل عما إذا كان ينبغي إدراج المفاضلة بين المحاكم في هذا الاستثناء. وارتئي، رداً على ذلك، أن من المناسب تناول مسألة المفاضلة هذه في سياق تحديد مركز المصالح الرئيسية نفسه، لأنه يراد تطبيق الاستثناء المرتكز على السياسة العامة على نطاق ضيق.

٢٨- وأبلغ أحد الوفود الفريق العامل باشتراع القانون النموذجي داخليا في بلده، وأن هذا قد تطلّب إعلام هيئة حكومية بسير العملية وإعطاءها فرصة للتدخل متى طُرحت مسألة الاستثناء المرتكز على السياسة العامة، تفاديا لطرح هذه المسألة عبثيا. وأبدت بعض الآراء التي مفادها أن إيضاح هذا الاستثناء يمكن أن يفيد في مكافحة أيّ تعسف محتمل، خصوصا وأن هذا الحكم لا يوجد في جميع عمليات الاشتراع الداخلي. وقيل إنه قد يصعب تعريف الاستثناء المرتكز على السياسة العامة، إذ ارتئي أنه شأن يخص القانون الداخلي ويختلف من ولاية قضائية إلى أخرى.

٢٩- وردّا على ذلك، قدّمت مقترحات مختلفة لمكافحة الاستظهار غير اللائق بالاستثناء المرتكز على السياسة العامة. فقد اقترح مثلا أن تُدرج إشارة إلى "الطابع الاستثنائي" لذلك الاستثناء. واقترح أيضا أنه يكفي إدراج إشارة إلى المادة ٨ المتعلقة بتفسير القانون النموذجي وإلى القضايا المجموعة في نظام كلاوت (انظر الفقرة ٢٤ أعلاه). وقيل أيضا إن دليل الاشتراع يوفّر بالفعل إيضاحا وافية بشأن ما ينطوي عليه تطبيق الاستثناء المرتكز على السياسة العامة من حساسية. وقيل كذلك إن المادة ٢٢ من القانون النموذجي توفّر حماية كافية للدائنين وسائر الأشخاص ذوي المصلحة. وأبدي رأي مغاير مفاده أن يُطلّب من الأمانة توفير قائمة بأمثلة للاستثناء المرتكز على السياسة العامة. وردّا على ذلك، قيل إن إيراد أمثلة قد يثير صعوبات، لأنّ تلك الأمثلة تستند إلى قضايا لها وقائع خاصة، مما يتطلب مزيدا من التوجيهات. وإضافة إلى ذلك، قيل إن إيراد أمثلة سيتطلب من الفريق العامل تقييم مدى فائدة تلك القضايا.

٣٠- وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أن الاستثناء المرتكز على السياسة العامة مسألة تخص القانون الوطني وتبت فيها المحاكم الوطنية. واتفق الفريق العامل كذلك على أن يطبّق هذا الاستثناء على نطاق ضيق، لكنه لم يتخذ في هذه المرحلة من مناقشاته قرارا بشأن كيفية ضمان ذلك التطبيق المقيد، واتفق على مواصلة دراسة هذه المسألة عند مناقشة النصوص القضائية المتعلقة بالقانون النموذجي والواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.97 وإضافتها.

٢- تقرير ما إذا كان الاعتراف بالإجراء الأجنبي بمقتضى المادة ١٧ إجراء رئيسيا أم غير رئيسي عملا بالمادة ٢ (ب) و(ج) من القانون النموذجي

٣١- لوحظ أنّ الصعوبة لا تكمن في صياغة القانون النموذجي، بل في تطبيقه في مجال الاعتراف. ولوحظ كذلك أنّ كثيرا من عمليات الاشتراع الوطني للقانون النموذجي كانت حديثة الطابع نسبيا، فأدّى تطبيقه في بعض الأحيان إلى بعض البلبلة، لأنّ السوابق القضائية

قد أخذت تتكون لتوّها. ولوحظ أيضا أنّ المادة ١٧ من القانون النموذجي ترسي القواعد الإجرائية للاعتراف، بغض النظر عما إذا كانت تدابير الانتصاف ستمنح أو طبيعة تدابير الانتصاف التي ستمنح، بمقتضى المادتين ١٩ و ٢١ من القانون النموذجي.

(أ) الشرط المسبق للاعتراف: إجراء رئيسي أم غير رئيسي

٣٢- لاحظ الفريق العامل أنّ المادة ١٧ (٢) (أ) من القانون النموذجي تنص على الاعتراف بالإجراء الأجنبي، بمعناه الوارد في المادة ٢ (أ)، إما كإجراء أجنبي رئيسي (حيث يقع مركز المصالح الرئيسية للمدين) وإما كإجراء أجنبي غير رئيسي (المادة ٢ (ب) أو (ج)). ثم نظر الفريق العامل فيما إذا كان يجب أن تقتنع المحكمة بأنّ الإجراء المعني، بمقتضى القانون النموذجي، هو إما إجراء أجنبي رئيسي أم غير رئيسي، كشرط مسبق للاعتراف.

٣٣- وأُعرب عن رأي مفاده أنّ هذه المسألة قد عولجت معالجة كافية في قضية بير ستيرنز (Bear Stearns)،^(٢) حيث ارتئي أنّ البتّ في ذلك الأمر شرط مسبق للاعتراف.

٣٤- وطُرح تساؤل عما إذا كان ينبغي أيضا أن تكون هناك فئة ثالثة من الإجراءات أو أن يوسع، للغاية نفسها، نطاق مفهوم "المؤسسة" الوارد في المادة ٢ (و) من القانون النموذجي، لكي يستوعب الإجراءات المتخذة بناء على مكان الموجودات في الدولة المعنية، وأشير في هذا الصدد إلى المادة ٢٨ من القانون النموذجي. وردّا على ذلك، قيل إنّ هذا التوسيع سيؤدي إلى تعديل القانون النموذجي على نحو يتجاوز ولاية الفريق العامل فيما يخص عمله الحالي ويتعارض مع روح القانون النموذجي. ولوحظ أنّ القانون النموذجي ترك للقانون الداخلي صلاحية تقديرية كافية بأن يسمح ببدء إجراءات محلية بناءً على أسباب أخرى.

٣٥- وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أنّ القانون النموذجي ينص بوضوح على الاعتراف بنوعين فقط من الإجراءات، هما الإجراء الأجنبي الرئيسي والإجراء الأجنبي غير الرئيسي.

(ب) القواعد الإجرائية للبت فيما إذا كان الإجراء رئيسيا أم غير رئيسي

٣٦- اقترح أن تُدرج، إمّا في أمر المحكمة الأولي ببدء الإجراءات أو في إطار الأدلة الإضافية المقدّمة عملا بالمادة ١٥ (٢) (ج)، معلومات وقائعية حول ما إذا كان الإجراء

Bear Stearns Hi-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd. 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. Sep 2007); [CLOUT case No. 760]; A/CN.9/WG.V/W, paras. 45-48; Bear Stearns (on appeal) 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. May 2008); [CLOUT case No. 794]; A/CN.9/WG.V/W, paras. 45-48. انظر أيضا مرفق الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1

رئيسياً أم غير رئيسي بالمعنى الوارد في القانون النموذجي، للمساعدة على البت فيما إذا كان الإجراء الأجنبي رئيسياً أم غير رئيسي من جانب المحكمة التي يمكنها أن تبت في طلب الاعتراف في مرحلة لاحقة. وذكّر في هذا الصدد أن المادة ١٥ من القانون النموذجي تحدد بالفعل الوثائق التي ينبغي أن تشفع بطلب الاعتراف. ورداً على شاغل مفاده أن هذا الاقتراح من شأنه أن يؤثر سلباً على الإجراءات التي تنظم تحت إشراف سلطة أخرى غير المحكمة، استُذكر أن مفهوم "المحكمة" المستخدم في القانون النموذجي يشمل أيضاً السلطات القضائية أو غير القضائية المختصة بمراقبة الإجراء الأجنبي الذي يتخذ بمقتضى المادة ٢ (هـ) من القانون النموذجي أو بالإشراف على ذلك الإجراء. وأبدي شاغل آخر مفاده أن المحكمة التي تبت في بدء الإجراءات قد لا تكون على علم بضرورة ذلك الإدراج.

٣٧- وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أنه سيكون من المفيد أن تقوم المحكمة التي تبدأ الإجراءات بإدراج المعلومات المقترحة أعلاه في الأمر الذي تصدره، كما اتفق على إدراج هذه النقطة في محصّلة عمله النهائية.

٣- مكان مركز المصالح الرئيسية - المادة ١٦: القرائن الافتراضية

٣٨- لاحظ الفريق العامل أن المادة ١٦ (٣) من القانون النموذجي ترسي قرينة افتراضية يحق للمحكمة أن تعتمد عليها في تحديد مركز المصالح الرئيسية، إذ تنص على افتراض أن يكون المقر الرئيسي المسجّل للمدين (أو محل إقامته المعتاد إذا كان المدين فرداً) هو مركز مصالحه الرئيسية في حال انتفاء ما يثبت العكس. ولاحظ الفريق العامل أيضاً أن الفقرة ١٢٢ من دليل الاشتراع من القانون النموذجي تبين أن الغرض من تلك القرينة الافتراضية هو تعجيل عملية الإثبات. ولاحظ الفريق العامل كذلك أن هناك عدة قضايا أثارَت مسائل تتعلق بمكان مركز المصالح الرئيسية وبتفسير القرينة الافتراضية الواردة في المادة ١٦ (٣) (انظر الفقرات ٥-٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1). ونظر الفريق العامل فيما إذا كان ينبغي وضع قائمة بالعوامل الاسترشادية في تحديد مركز المصالح الرئيسية في ما يتعلق بدحض القرينة.

(أ) وضع قائمة بالعوامل الاسترشادية

٣٩- أُبدت آراء متباينة بشأن الأهمية اللازم إيلاؤها لمختلف العوامل المذكورة في الفقرة ٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 في ذلك التحليل لمسألة مركز المصالح الرئيسية. ورأى البعض على وجه الخصوص أن العوامل الواردة في الفقرات الفرعية من (أ) إلى (ز)

و(م) عوامل أساسية في تحليل تلك المسألة، بينما رأى آخرون أن "موقع القانون الذي ينظم أو يحكم العقود الرئيسية للشركة" (الفقرة الفرعية (د)) هو عامل ثانوي، أو أن "مكان تنظيم التمويل أو الإذن به أو مكان المصرف الرئيسي للمدين" (الفقرة الفرعية (و)) هو عامل غير ذي صلة ما لم يكن المصرف مسيطراً على شركة المدين. ورأى البعض أن "مكان عمل الموظفين" (الفقرة الفرعية (ك)) هو عامل بالغ الأهمية، على أساس أن المستخدمين يمكن أن يصبحوا دائنين في المستقبل، بينما رأى آخرون أن هذه المسألة تتعلق بحماية حقوق الأطراف ذات المصلحة ولا صلة لها بتحليل مركز المصالح الرئيسية وأنها عولجت بما فيه الكفاية في المادة ٢٢ من القانون النموذجي. وتباينت الآراء كذلك بشأن عملي "مكان إعادة تنظيم المدين" (الفقرة الفرعية (ل)) و"المكان الذي تجرى فيه عملية إعداد ومراجعة الحسابات ويسري قانونه عليها" (الفقرة الفرعية (س)). وفيما يتعلق بالعامل الأخير، ذكر أن حسابات الشركة يمكن أن تُراجع في دول مختلفة.

٤٠ - واقترح أيضاً ترتيبُ العوامل الواردة في القائمة حسب الأولوية وإيجازها قدر الإمكان. ورداً على ذلك، قيل إنَّ الترتيب أمر صعب، لأنَّ التقييم قد يختلف من ولاية قضائية إلى أخرى، وأنَّ إيجاز القائمة قد يكون مضللاً. وأبدي قلقٌ بشأن تعبير "قائمة"، لأنه قد يوحي بالإلزامية. ورداً على ذلك، ذُكر الفريق العامل بأنَّ الغرض من هذه القائمة هو مساعدة القضاة في تحليلهم للمعايير الموضوعية لتحديد مركز المصالح الرئيسية، لإيجاد المحفل المناسب. وذكُر أيضاً أنَّ جميع المعايير تستند إلى المفهوم المتمثل في وجود "صلة كافية" بالدولة التي سيخضع المدين لقوانينها الخاصة بالإعسار، وهذا المفهوم يشار إليه أيضاً في الفقرة ١٢ من الفصل الأول في الجزء الثاني من الدليل التشريعي كأساس لاختصاص المحكمة.

٤١ - وبعد المناقشة، اتَّفَق الفريقُ العامل على أنَّ وجود قائمة عوامل استرشادية من شأنه أن يساعد القضاة في تحليلهم لمسألة مركز المصالح الرئيسية.

(ب) تأثير الاحتيال على العوامل التي تؤخذ في الاعتبار لدى تحديد مركز المصالح الرئيسية

٤٢ - نظر الفريقُ العامل فيما يترتب على وقوع احتيال من تأثير على العوامل التي تؤخذ في الاعتبار لدى تحديد مركز المصالح الرئيسية. وطُرحت تساؤلات بشأن تعريف الاحتيال. فقيل إنه يمكن أن يشير إلى شركة تقوم بأنشطة احتيالية أو يكون إنشاؤها ذاته فعلاً احتيالياً. وطُرحت تساؤلات أخرى بشأن ما إذا كان هذا التعريف يشمل الاحتيال المدني أم الجنائي، كما طُرحت تساؤلات بشأن ما إذا كانت المفاضلة "غير المشروعة" بين المحاكم، التي يحاول المدين أن يجد عن طريقها ولاية قضائية أكثر محاباة له بهدف ردع الدائنين، تندرج ضمن هذا

التعريف. وأبدت شواغل مفادها أن لدى كل ولاية قضائية مفهومها الخاص بشأن الاحتيال، وهذا موضوع سيتم تناوله في سياق الاستثناء المرتكز على السياسة العامة ضمن إطار المادة ٦ من القانون النموذجي.

٤٣ - وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أن هذه المسألة تحتاج إلى مزيد من الدراسة.

(ج) الفترة الزمنية لتحديد مركز المصالح الرئيسية

٤٤ - نظر الفريق العامل فيما إذا كان ينبغي تحديد مركز المصالح الرئيسية اعتباراً من تاريخ طلب بدء إجراءات الإعسار أم من تاريخ طلب الاعتراف بتلك الإجراءات، نظراً لأنه كانت هناك عدة قضايا ناشئة عن القانون النموذجي ولائحة المجلس الأوروبي تتعلق بانتقال المدين من ولاية قضائية إلى أخرى قبيل بدء إجراءات الإعسار. ولاحظ الفريق العامل أن القانون النموذجي لا يتطرق البتة للتوقيت المتعلق بتحديد مركز المصالح الرئيسية (انظر الفقرات ٢٦-٣٦ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1). وقيل إن الأخذ بوقت طلب الاعتراف قد يفضي إلى نتائج غير منصفة ويتناقض مع روح القانون النموذجي، وخصوصاً بالنظر إلى احتمال مضي سنوات كثيرة بين تاريخ البدء وتاريخ طلب الاعتراف. وأبدي في هذا الصدد رأي مفاده أن الفترة الزمنية المختارة لتحديد مركز المصالح الرئيسية ينبغي أن تحقق الاستقرار.

٤٥ - وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أن تكون الفترة الزمنية المناسبة لتحديد مركز المصالح الرئيسية هي تاريخ الطلب الأولي لبدء إجراءات الإعسار، وعلى أن يُدرج هذا الاستنتاج في محصلة العمل النهائية، التي يمكن أن تكون تعديلاً للنص القضائي المتعلق بالقانون النموذجي والوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.97 وإضافاتها.

٤ - المؤسسة

٤٦ - نظر الفريق العامل في ما إذا كان يلزم إيضاح مفهوم "المؤسسة"، المعرف في المادة ٢ (و) من القانون النموذجي والذي له صلة بالبت في كون الإجراء غير رئيسي. وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أن مفهوم المؤسسة لا يحتاج إلى إيضاح، سواء أكان المدين شركة أم فرداً.

٥- مركز المصالح الرئيسية لمجموعات الشركات

٤٧- لوحظ أنّ كثيراً من القضايا المدرجة في إطار القانون النموذجي تتعلق بمجموعات شركات، وأنه قد يكون من المفيد أن ترد أيضاً في القانون النموذجي توجيهات بشأن تفسير مركز المصالح الرئيسية لهذه المجموعات.

٤٨- وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أن يطلب من الأمانة، إذا سمحت الموارد بذلك، إعداد دراسة عن مركز المصالح الرئيسية لمجموعات الشركات لكي تنظر فيها في دورة مقبلة، على أن تشمل ما يلي: '١' مناقشات الفريق أثناء أعمال السابقة بشأن الجزء الثالث من الدليل التشريعي؛ و'٢' الممارسات المتبعة حالياً فيما يتعلق بمجموعات الشركات؛ و'٣' تقديم مقترحات قدر الإمكان بشأن مدى مواصلة هذا العمل مستقبلاً.

خامساً- المسؤوليات والتبعات الواقعة على المديرين في حالات الإعسار وما قبل الإعسار

٤٩- ناقش الفريق العامل المسؤوليات والتبعات الواقعة على مديري وموظفي الشركات في حالات الإعسار وما قبل الإعسار استناداً إلى الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96 ووثائق أخرى مذكورة فيها.

٥٠- واستذكر الفريق العامل الولاية التي أسندتها إليه اللجنة بأن يركّز العمل المتعلق بهذا الموضوع على المسؤوليات والتبعات الناشئة في سياق الإعسار، وأنه لا يقصد منه تناول مجالات تتعلق بالتبعية الجنائية أو معالجة مسائل خاصة بالشركات خارج سياق الإعسار (انظر الفقرة ٢٥٩ (ب) من الوثيقة A/65/17).

ألف- مقدمة

١- ملاحظات عامة

٥١- استُذكرت الاقتراحات الأصلية المقدّمة من المملكة المتحدة وإنسول إنترناشونال ومركز الإعسار الدولي، الواردة في الوثائق A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3 و A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4 و A/CN.9/582/Add.6، وقدم مؤيدو هذه الاقتراحات عرضاً للمسائل المطروحة.

٥٢- وذكّر ما لوحظ من أنّ مديري الشركات التي توشك على الإعسار يسيئون استغلال هذه الحالات فيقومون مثلاً بمعاملات تلحق ضرراً بالشركة و/أو بدائيتها، ربما لمنفعة المدير المعني، منها وضع الموجودات بعيداً عن متناول الدائنين وشاغلي المنصب في المستقبل.

٥٣ - وأبرزت عدّة جوانب لهذا الموضوع، هي: ما إذا كان يمكن إرساء معايير دنيا تحكم سلوك المديرين، ووضع توجيهات لتشجيع الممارسات الفضلى؛ وما إذا كانت واجبات المديرين تتغير مع اقتراب وقوع الإعسار؛ والكيفية التي تؤثر بها حالات الإعسار عبر الحدود على تلك الواجبات؛ وما يمكن أن يترتب على الإخلال بالواجبات من عواقب مناسبة.

٥٤ - وقيل إنّ العمل المتعلق بهذا الموضوع يهدف إلى ضمان اتخاذ المديرين، عندما يكون الإعسار وشيكاً بالفعل، تدابير من شأنها أن تحافظ على قيمة الشركة، ربما من خلال إعادة التنظيم، بدلاً من الاكتفاء بانتظار بدء إجراءات الإعسار. ومع أنّ هناك نظماً كثيرة تشجّع على إعادة التنظيم كأداة هامة وبنّاءة، فإنّ هذه الأداة لا تستخدم استخداماً كافياً في الممارسة العملية، وكثيراً ما يكون ذلك بسبب نقص الحوافز. وإضافة إلى ذلك، لا يعاقب المديرون عادة على أخذهم موجودات قيمة من الشركة المتعثرة لكي يستخدموها في المستقبل. ومن ثم، فإنّ الجهود المبذولة بهذا الشأن ستسعى إلى توفير حوافز لاتخاذ التدابير المناسبة، مع موازنة تلك الحوافز بعواقب منها تحمّل تبعة شخصية في حال عدم اتخاذ تلك التدابير.

٥٥ - وشُدّد على أنّ الهدف هو تشجيع المديرين على اتخاذ خطوات مناسبة في الوقت المناسب عندما يدركون أنّ الشركة لا تستطيع تجاوز صعوباتها، وهذا يمكن أن يشمل السعي إلى بدء إجراءات إعسار مناسبة في وقت مبكر. وقيل إنه ينبغي موازنة هذا التشجيع مع احتمال شروع المديرين في تصفية أعمال الشركة قبل الأوان (تفادياً لاحتمال التعرّض لتبعية شخصية) عندما يكون من الأجدى اتخاذ إجراءات لإعادة التنظيم وإتاحة وقت كاف لكي تعطي تلك الإجراءات أكلها. وذكّر أنه يلزم اتباع نهج مرّن يسمح للمديرين الذين يتصرّفون بحسن نية بأن يتخذوا أنسب التدابير.

٥٦ - ولوحظ أنه لا توجد حتى الآن معايير دولية بشأن هذه المسألة، وإنّ أشير إلى الواجبات اللاحقة للإعسار والأحكام المتعلقة بالإبطال الواردة في التوصية ٨٧ من الدليل التشريعي واستذكر أنّ المفوضية الأوروبية والبنك الدولي قد أشارا إلى ضرورة إرساء هذه المعايير. وشُدّد أيضاً على أنّ تناول هذه المسألة من شأنه أن يعزّز أهداف القانون النموذجي والدليل التشريعي.

٥٧ - وأبرزت أيضاً أهمية النظر في هذه المسألة في سياق مجموعات الشركات؛ وإلا فإنّ شركة تنتمي إلى مجموعة ما وتعمل في بلد ذي نظام متشدّد قد تضطر، حسب أحد الشواغل التي أعرب عنها، إلى الخضوع للتصفية قبل الأوان، مع ما يترتب على ذلك من أثر ضار بالمجموعة ككل.

٥٨ - واستذكر الفريق العامل استبيانياً أصدره معهد الإعسار الدولي بشأن هذا الموضوع، ومنشوراً مفصلاً أصدرته رابطة إنسول يحتوي على تحليل يتناول كل بلد على حدة، ولوحظ أنّ إجراء دراسات أخرى للوضع الراهن في مختلف أنحاء العالم يمكن أن يساعد الفريق في مداولاته المقبلة.

٢ - سمات العمل المقبل

٥٩ - نظر الفريق العامل بالتفصيل في نطاق العمل المقبل. ومع أنه ذكر أنّ الفريق لا يعتزم تناول التبعة الجنائية أو المسائل التي تخصّ حوكمة الشركات فقد اتفق على أنّ تشابك هذه المسائل هو حقيقة واقعة ينبغي مراعاتها.

٦٠ - وفيما يتعلق بالترابط بين مسائل القانون الجنائي والقانون المدني، استُذكر أنّ الجزاءات أو العقوبات الجنائية ليست من اختصاص الفريق العامل. وأبرزت صعوبة الفصل الكامل بين هذه المجالات في الممارسة العملية. وذكر على سبيل المثال أنّ مسألة التعويض الخاص بالمطالبات المدنية يمكن أن تُعلّق مؤقتاً إلى حين الانتهاء من القضايا الجنائية المتعلقة بالإعسار المعني، مثلما هو الحال في بعض الولايات القضائية. وأضيف أنه سوف يتعين على الفريق العامل أن يتكفل بمراعاة جوانب هذا التفاعل العملية في عمله طوال مداولاته.

٦١ - وفيما يتعلق بالتشابك بين قانون الإعسار وقانون الشركات، ذكر أنّ التبعات الواقعة على المديرين هي في العادة مسألة تخصّ حوكمة الشركات، ولا تدخل من ثمّ في نطاق ولاية الفريق العامل، كما لا ينبغي لقانون الإعسار أن يمتد إلى تناول تلك المسائل. وشُدّد على أنّ واجبات المديرين، في حال انتفاء الإعسار، تكون تجاه الشركة (وهذا يعني، في بعض النظم، أن تكون أيضاً تجاه أصحاب الأسهم)؛ أما عند اقتراب وقوع الإعسار أو بدء إجراءات الإعسار فقد تكون تلك الواجبات قائمة تجاه الدائنين وسائر الجهات صاحبة المصلحة أو يمكن أن تمتد لتشملهم؛ وقد تكون مصالح هذه الفئات متضاربة (فعلى سبيل المثال، قد يكون من الأجدى للدائنين أن تُصفّى الشركة وتوزّع عائدات تصفيتها، أما أصحاب الأسهم فقد يرغبون في استمرار عمل الشركة طالما كان هناك أمل في تفادي الإعسار). وذكر في هذا الصدد أنّ الفترة الحرجة للنظر في الوقت الذي يحتمل أن تنشأ فيه الواجبات الإضافية هي الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار.

٦٢ - وفيما يتعلق بالنص أو التوجيهات التي ستصدر في نهاية المطاف، ذكر أنّ هذا المجال شديد الارتباط بخصوصية الواقع القائم ولا يسهل وضع قواعد بشأنه، ومن ثمّ فإنّ التوجيهات التي يراد إعدادها يلزم أن تكون وصفية الطابع، لا معيارية ولا إلزامية؛ كما أنّ

الصيغ التي تتخذها المبادئ ينبغي أن تتفادى التدخّل في أمور تتعلق بقانون الشركات. وأكد على ضرورة تفادي النهي عن المخاطرة والمبادرة المتسمتين بروح المسؤولية. وأبرزت التفاوتات في نطاق التبعات الواقعة على المديرين، واستُذكر في هذا الصدد أنه ليس من المعتاد أن تتضمن كل النظم مراجعة قضائية لتقييمات من هذا النوع.

٦٣- وأضيف أنه قد تكون لدى الدائن تدابير انتصافية ضد المديرين، وأن تكون هناك تدابير إنفاذية تتخذ خارج نطاق إجراءات الإعسار. وهذا الجانب من المسألة قد لا يندرج ضمن ولاية الفريق العامل على وجه الدقة، ولكن ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار احتمال وجود تلك التدابير (التي يمكن أن تمس بحوزة الإعسار).

٦٤- وأبرزت جوانب عملية أخرى لهذا الموضوع: أولاً، لوحظ أنّ مسألة تمويل أيّ تدبير تمثّل عائقاً كبيراً أمام إنفاذه في الممارسة العملية، حتى وإن كانت له فرص نجاح معقولة؛ وينبغي، ثانياً، أن يؤخذ في الاعتبار المستفيدون من أيّ مبالغ مسترجعة: فعندما تذهب النقود المسترجعة إلى الدائنين المضمونين بمقتضى مصلحة ضمانية تشمل جميع موجودات الشركة أو كل منشآتها، لا إلى مجموع الدائنين، لا يكون لدى ممثل الإعسار حافز يُذكر لكي يتصرف.

٦٥- وأشار أيضاً إلى أهمية المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، سواء فيما يتصل بالولاية القضائية أو بالقانون المنطبق. وأُتفق على أنّ مناسقة المعايير المتعلقة بهذه المسائل تجعل البتّ فيها أكثر سهولة. وعلى ضوء هذه الاعتبارات، أُتفق على إضافة سياق الإعسار عبر الحدود إلى جوانب الموضوع الواردة في الفقرة ٧٤ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96 والتي سينظر الفريق العامل فيها.

٦٦- واستُذكر أنه ينبغي عدم تفادي الخوض في مجالات قانون الشركات تلقائياً لدى مناقشة المسائل المراد النظر فيها والحلول المحتملة لتلك المسائل. إذ يلزم ضمان ألا تخرج النتائج النهائية عن سياق الإعسار أو تتدخل في مسائل قانون الشركات أو غيرها من مسائل القانون المدني أو الجنائي.

٦٧- وأُتفق الفريق العامل على أنّ في هذه الاعتبارات دليلاً على لزوم وضع توجيهات بشأن هذا الموضوع. واستمع الفريق العامل أيضاً إلى اقتراحات بشأن مختلف عناصر الموضوع التي يمكن أن تشكل أساس المبادئ التوجيهية أو التوجيهات الأخرى بشأن هذه المسألة، استناداً إلى النقاط الواردة في الفقرة ٧٤ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96 (انظر الباب ٣ أدناه). وأشار إلى ما يكتسبه اتخاذ خطوات يمكن أن تفضي إلى زيادة في حوزة الإعسار من أهمية عامة.

٣- المسائل التي يتعين النظر فيها

(أ) تعريف الأشخاص الذين يقع عليهم أداء الواجبات

٦٨- كان الجانب الأول المطروح هو ضرورة تحديد الأشخاص الذين قد يجب عليهم أداء تلك الواجبات. ولاحظ الفريق العامل أن نقطة الانطلاق هي المديرون المعيّنون رسمياً (وأن القاعدة المتبعة هي وضع تعريف قانوني للمديرين)؛ ويبيّن الوصف الوارد في الفقرات ١٨-٢٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96، بما في ذلك المبادئ الصادرة عن منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، كيفية توسيع دائرة الأشخاص الذين قد يقع عليهم أداء الواجبات.

٦٩- وثمة أشخاص إضافيون، منهم المديرون الفعليون أو مديرو الظل (أي أولئك الذين يتصرفون كمديرين أو يوجهون الشركة أو يتحكمون فيها على نحو آخر، أو الذين اعتادت الشركة على التصرف وفقاً لتعليماتهم)؛ والموظفون الذين يتولّون مسؤوليات ذات صلة بإدارة الشركة (ويمكن أن يشمل هؤلاء الرؤساء أو مراجعي الحسابات أو المديرين العامين)؛ ومجالس الإدارة أو المديرين في الشركات الكبرى ومجموعات الشركات؛ والأشخاص الذين لهم نفوذ أو هيمنة حاسمان؛ والأشخاص الذين يتمتعون بسلطة ظاهرية في عقد التزامات باسم الشركة. وأشار في هذا الصدد إلى التفاعل بين تحديد هوية الأشخاص الذين تقع الواجبات على عاتقهم وطبيعة تلك الواجبات.

٧٠- وشُدّد في هذا السياق على مخاطر حصر الواجبات في الأشخاص المعيّنين رسمياً كمديرين؛ إذ إن ذلك يمكن أن يؤدي، في جملة أمور، إلى تشجيع استخدام مديرين اسميين أو "واجهات"، بحيث يكون متخذو القرارات الحقيقيون بمأمن من أيّ تبعه. غير أنه حثّ على توخّي الحذر لأن بعض الولايات القضائية لا تنظّم واجبات المديرين غير أولئك المعيّنين رسمياً، على الأقل في فترة ما قبل الإعسار.

٧١- واتفق الجميع على الرأي القائل إن المديرين يمكن أن يكونوا، في هذا السياق، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين. وقد يشمل الأشخاص الاعتباريون شركات أخرى في مجموعة شركات، أو مصارف، أو بيوت خبرة استشارية أو شركات استشارية أخرى أو شركات مراجعة حسابات. ومع أنه اتُفق على أن هذه الهيئات يمكن أن تؤثر على تصرفات الشركة، فقد تباينت الآراء بشأن ما إذا كان تأثيرها بمثابة إدارة للشركة، وبشأن ما إذا كانت تلك الإدارة شرطاً لازماً لأي تبعه (أي كيف تُحدّد صلة مسألة التسبب بتعريف الأشخاص الذين تقع الواجبات ذات الصلة على عاتقهم، وبالإخلال بتلك الواجبات). وذكّر أنّ من الاعتبارات الهامة تحديد هوية مجموعة الأشخاص الذين يمكن أن يتسببوا في

الضرر باتخاذ نوع ما من التدابير الإدارية؛ ويمكن أن يكون الضرر ناشئاً في شركة فرعية من خلال تدابير اتخذت بإيعاز من الشركة الأم. وأشار إلى الاختلافات المحتملة بين مراجعي الحسابات، على وجه الخصوص، وسائر فئات الأشخاص.

٧٢- وخلص إلى أن من المناسب اتباع نهج محدّد الغرض؛ إذ يمكن للقانون الوطني أن يحدّد، على نحو غير حصري، الأشخاص الذين تقع عليهم واجبات مناسبة. وينبغي تحديد هوية الأشخاص الآخرين تحديداً وصفيًا يستند إلى ماهية الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تمتد الواجبات لتشملهم، بدلاً من تقديم وصف تقني للمديرين الفعليين أو مديري الظل، مثلاً. وأثفق على أن تستند المداورات المقبلة إلى هذا النهج، وأشار إلى أن مسألة ما إذا كان ينبغي توسيع مجموعة الأشخاص خارج نطاق المديرين لتشمل سائر الأشخاص المؤثرين سوف تخضع لمزيد من الدراسة.

(ب) تحديد هوية الأشخاص الذين تُؤدّى الواجبات تجاههم

٧٣- لوحظ أن تحديد هوية الأشخاص الذين قد يجدر أداء الواجبات تجاههم يمكن أن يستند إلى المسؤولية المحتملة تجاه جميع أصحاب المصلحة، أو تجاه مجموعة محدّدة، مثل الشركة و/أو أصحاب الأسهم و/أو الدائنين، أو أولئك الذين سيتنفعون بما يسترجع من نقود. وأعرب عن رأي مفاده أن يُفسّر الدائنون بهذا المعنى بأنهم مجموع الدائنين، لا أيّ دائن معيّن أو مجموعة معيّن من الدائنين.

٧٤- وقُدّم اقتراح بديل مفاده أن تكون حوزة الإعسار ذاتها هي الجهة التي تُؤدّى الواجبات تجاهها. وتأييدا لهذا الاقتراح، أشار إلى وجود تعريف لهذا المفهوم يحظى بقبول حسن، ويشمل جميع الأشخاص الذين يتعين أن تؤدي لهم خدمات أو أموال، وشُدّد في هذا الصدد على منافع تفادي التعامل مع فئات مختلفة من أصحاب المصلحة. وقيل إن هذا النهج من شأنه أيضا أن يتسق مع الهدف المتمثّل في معاملة الدائنين ذوي الوضعية المتشابهة معاملة متساوية (التوصية ١ (د) من الدليل التشريعي) وأن ينطوي على نهج عملي، لا نظري، يقوم على تحديد هوية المستفيدين المحتملين من أيّ تدبير استرجاعي.

٧٥- وذكر أنه ينبغي افتراض أن يتصرّف المديرون بحسن نية، لكي تتطابق مصالح الشركة مع مصالح أصحاب الأسهم والدائنين والمستخدمين. والتصرّف بسوء نية يمكن أن يعرّض المدير للمحاكمة.

٧٦- وأشير إلى التفاعل بين هذه المسألة وتوقيت نشوء الواجبات. وأشير أيضاً إلى أن واجبات مديري الشركة المعسرة تؤدَّى تجاه تلك الشركة ولا ينبغي توسيع نطاقها؛ أما في حالة الشركة المعسرة فتؤدَّى الواجبات تجاه الحوزة، وبذلك يمكن أن تمتد الواجبات لتشمل أصحاب الأسهم وغيرهم من أصحاب المصلحة، الذين تمثل مصالحهم في نهاية المطاف من خلال ممثل الإعسار.

٧٧- ودُعي الفريق العامل إلى التمييز بين وقوع الإعسار فعلياً وبدء إجراءات الإعسار رسمياً. ففي الفترة الفاصلة بين هذين الحدثين، تُساوي الولايات القضائية التي تعترف بمفهوم التعامل التجاري غير المشروع أو التعامل التجاري للمعسر بين مسؤولية المديرين المعيّنين رسمياً ومسؤولية جميع الأشخاص الآخرين الذين يعتبرون أنفسهم متصرفين بناءً على سلطة خُوِّلت إليهم إزاء الشركة، أو الذين أصدروا تعليمات أو أثروا بشكل آخر على إدارة الشركة.

٧٨- وأبرزت أهمية إدراك نطاق ومدى الواجبات التي يمكن أن تنشأ في سياق مجموعة الشركات عند تحديد هوية الأشخاص المسؤولين، وكذلك إدراك أنه قد تكون هناك درجات متفاوتة من المسؤولية.

٧٩- وأثفق على أن يواصل الفريق العامل مداولاته في دورة مقبلة، استناداً إلى المسائل المبيّنة أعلاه.

(ج) تحديد الوقت الذي تنشأ فيه الواجبات خلال الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار

٨٠- أثفق على أن الواجبات قيد النظر يمكن أن تنشأ قبل بدء إجراءات الإعسار الرسمية. ولوحظ في هذا الصدد أن هذا الوقت قلما يتزامن مع وقوع الإعسار فعلياً.

٨١- وأثفق على أن الواجبات تنشأ عندما تكون الشركة معسرة أو عندما توشك أن تصبح معسرة بالفعل (من الناحية العملية، عندما يُعرَّض مال الدائنين لخطر حقيقي أو عندما تكون الشركة معرضة لخطر حقيقي، وهو ما أشير إليه في المناقشة بعبارة "وشك الإعسار")، رغم أنه لا يمكن إنفاذ الواجبات إلا في سياق إجراءات إعسار رسمية. ومن ثم، فإن التوقيت يبرز أهمية هذا الموضوع في دعم اتخاذ تدابير مناسبة وفي حينها عندما تصبح الشركة معسرة. وبعبارة أخرى، ينبغي أن يكون الوقت الذي تنشأ فيه الواجبات هو الوقت الذي كان يُفترض أن يدرك فيه المديرون أنه ليست هناك إمكانية معقولة لتجنب التصفية بسبب الإعسار.

(د) تحديد طابع الواجبات المستحقة أو أنواع سوء السلوك التي يجب شملها، مثل:

- ١٠٩ التعامل التجاري غير المشروع - حيثما كان على المدير أو الموظف أن يكون على علم بأنه لا مفر من الإعسار ولم يتخذ المدير أو الموظف تدابير معقولة للحد من التسبب في خسائر للدائنين؛
- ١١٠ الإخلال بالواجب - حيثما كان المدير أو الموظف قد أساء استخدام أموال الشركة أو ممتلكاتها أو احتفظ بها، أو حيثما كان سوء تصرف أو إخلال بالواجب، سواء أكان ائتمانياً أو غير ذلك، قد تسبب في سوء استخدام موجودات الشركة أو سبب خسارة للشركة؛
- ١١١ سوء السلوك المتعلق بأموال الشركة أو ممتلكاتها - حيثما يتسبب المدير أو الموظف في منح أفضلية أو إجراء معاملة منقوصة القيمة، أو يسمح بمنح تلك الأفضلية أو إجراء تلك المعاملة، بما يلحق الضرر بالدائنين.

٨٢- كان هناك اتفاق عام على أن مسألة طبيعة الواجبات المستحقة تشمل النظر في ماهية الجهة التي يقع عليها أداء الواجب (البند ٣ (أ)) والجهة التي يتعين أن يؤدى الواجب تجاهها (البند ٣ (ب)) والوقت الذي يستحق فيه أدائه (البند ٣ (ج)).

٨٣- وفيما يتعلق بالتعامل التجاري غير المشروع (الفقرة (د) '١')، لوحظ أن بعض الولايات القضائية تفترض التقصير المرتبط بالإعسار في ظروف معينة. وعرضت تجربة أحد البلدان: ففي حالة إعسار أمكن فيها تسديد ما يقل عن ٢٠ في المائة من ديون الشركة، ذكر أن التبعة وقعت على عاتق المديرين، وأمکن للمحكمة أن تلزمهم بسداد أموال إلى الحوزة. وشُدّد من جهة أخرى على أنه لا ينبغي افتراض التقصير.

٨٤- وفيما يتعلق بنطاق الواجبات، حُثَّ على توخّي الحذر لأنّ فرض نظام مفرط الصرامة قد يُنقِر من التعامل التجاري ومن تنظيم المشاريع (وهذا يتعارض مع الولاية العامة المسندة إلى الأونسيترال). وعندما تكون هناك أسباب خارجية للإعسار، كأن يكون هناك كساد اقتصادي عام، ينبغي عدم معاقبة المديرين الذين يُعملون حَسَنَهم التجاري السليم. وذهبت آراء أخرى إلى أن المديرين ينبغي أن يكونوا على وعي بظروف التعامل التجاري وإن كان يمكن الاعتداد بها كدفوع في حال اتخاذ أيّ تدبير استرجاعي.

٨٥- وفي هذا الصدد، شُدّد على أنه يوجد دائماً تساؤلان مطروحان، هما: ما إذا كان هناك واجب، وما إذا كان ثمة إخلال بهذا الواجب. ففي بعض الولايات القضائية، يُلزم

المديرون، عندما تكون الشركة على وشك الإعسار، بالتقصّي عمّا إذا كانت الشركة موسرة قبل القيام بمعاملات كبيرة (مثل معاملات تخاطر بنصف موجودات الشركة، أو عمليات نقل كبيرة للموجودات أو توزيع أرباح على أصحاب الأسهم). ويمكن أيضا إلزام المديرين بتبرير المعاملات المعنية وبأن يكونوا قد أخذوا احتمال الإعسار في الحسبان.

٨٦- وشُدّد على أهمية تجنّب فكرة التبعة التامة؛ وذكر أنّ على ممثلي الإعسار الذين يتخذون تدابير ضد المديرين أن يثبتوا وجود الواجب، وحدوث إخلال به، وأنّ هذا الإخلال قد سبّب ضررا بالفعل. وقيل إنّ أيّ نهج آخر سيعطلّ حقاً تحقيق الهدف المتمثّل في الترويج لممارسات جيدة في مجال الإعسار دون المساس بروح المبادرة.

٨٧- وفي هذا الصدد، أُنْفِق على أن تكون أيّ تبعة مرتبطة كلياً بواقعة معيّنة، وأنّ توافر آلية للنظر في الوقائع هو أمر بالغ الأهمية. ومن هذا المنظور، فإنّ وضع قائمة بالممارسات الإدارية السيئة سيكون عملية غير مجدية لا نهاية لها، وستترتب عليه بالفعل تبعة تامة في بعض الحالات. وإضافة إلى ذلك، فإنّ هذا النهج لن يأخذ في الاعتبار الظروف المتغيرة، وهو أمر قد يغيّر دون مرور وصف القرار. وفي ضوء ما تقدّم، قيل إنه سيتعدّر وضع تعريف عالمي لهذا الواجب. واعتُبر أنّ النهج الأجدى نفعاً هو وضع توجيهات بشأن كيفية أداء الواجب ذاته، وذلك بتناول الخطوات التي يمكن أو ينبغي اتخاذها. ويمكن أن تشمل الإجراءات المناسبة الاستمرار في التعامل التجاري سعياً إلى تصحيح مسار الشركة أو تصفيتها أو اتخاذ خطوات أخرى كثيرة بين الخيارين. ويمكن أن تشمل الخطوات المناسبة عندما يكون الإعسار مرجّحاً إشعار الأطراف ذات المصلحة (مع عدم تجاوز الالتزامات التي تنشأ في سياق إجراءات إعسار رسمية)، وتوحيّ الحرص في تسيير الشركة، واتخاذ إجراءات لصالح حوزتها.

٨٨- وذهب رأي آخر إلى أنه يمكن صوغ بيان عام بالواجبات بتوحيّ أقصى قدر من الحرص، والتركيز على قدرة المديرين على إظهار أهمّ قد اتخذوا جميع الخطوات المعقولة لتكون الشركة في وضع جيد أو من أجل تحسين وضعها. غير أنه ينبغي وضع معيار معقول، وإلاّ فإنّ المديرين قد يعتمدون ببساطة على الاستقالة مع ما يترتب على ذلك من آثار سلبية على إعادة تنظيم الشركة أو إجراءات الإعسار في مرحلة لاحقة.

٨٩- وأُعرب عن رأي آخر مفاده أنّ الواجبات ينبغي أن تُناط بمهويات المجموعة التي يجب أن تُؤدّى تجاهها: والهدف من ذلك، بوجه خاص، هو ضمان ألاّ تظلّ الواجبات مقصورة على الشركة في حد ذاتها (بدل الحوزة).

٩٠ - وفي ضوء هذه الاعتبارات، اتفق الفريق العامل على أن يستند في مداولاته المقبلة إلى تحديد الخطوات التي سيلزم اتخاذها لأداء الواجب المبيّن في البند '١'.

٩١ - وبخصوص الأمثلة على الإخلال بالواجب (الفقرة ٣ (د) '٢') وسوء التصرف في أموال الشركة أو ممتلكاتها (الفقرة ٣ (د) '٣')، استُذكر أن الدليل التشريعي يتضمّن بالفعل أحكاماً بشأن الأفضليات والمعاملات التي يمكن إبطالها؛ وطُرحت أيضاً مسألة الواجبات العامة الملقاة على عاتق المديرين خارج سياق الإعسار، وذُكر أنه ينبغي من ثمّ أن يركز في العمل المقبل على البند المتعلق بالتعامل التجاري غير المشروع (الفقرة ٣ (د) '١')، وأنه قد يتعيّن تقييد فئة الأشخاص الذين يمكن أن يتمنّعوا بالحماية.

(هـ) تحديد وسائل الانتصاف المتاحة من ذلك السلوك أو الإخلال بالواجب

٩٢ - نظر الفريق العامل في المسائل الثلاث المبيّنة في الفقرة ٦٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96.

٩٣ - ولوحظ أنّ الهدف الرئيسي لدعوى الإنفاذ هو إرجاع الحوزة إلى الوضع الذي كان يمكن أن تكون عليه لولا سوء السلوك الذي تسبّب في رفع تلك الدعوى، ومن ثمّ، فإنّ طبيعة الدعوى المرفوعة تستند إلى هذا الهدف. ويمكن وصف ذلك السلوك بأنه متاجرة غير مشروعة أو متاجرة معسر، ولكن مسألة المصطلحات سينظر فيها لاحقاً. وأضيف أنّ النقاش سيكون أكاديمياً محضاً وأنّ الأهداف السياسية للعمل الحالي لن تتحقق إذا لم تتوافر وسائل انتصاف فعّالة. ولوحظ أيضاً أنّ من شأن وجود قواعد قانونية تنوحيّ إنفاذ الواجبات أن يكون له مفعول رادع، وأن يشجّع على اتباع ممارسات جيدة في إدارة الشركات الموشكة على الإعسار؛ ومع ذلك، ينبغي ألا تصاغ الأحكام على نحو يشجع على بدء إجراءات إعسار سابقة لأوانها، بسبب ما ينطوي عليه ذلك من مخاطر تتعلق بالتبعية الشخصية.

٩٤ - ولوحظ أنّ عدد الدعاوى المرفوعة بسبب المتاجرة غير المشروعة أو متاجرة المعسر هي أقل مما قد يكون متوقعاً بالنظر إلى عدد حالات الإعسار. ومن ثمّ، فعلى الرغم من أنّ سبب رفع الدعوى قد يعتبر وجيهاً، ينبغي أن تسعى التوجيهات المراد وضعها إلى تدليل أيّ عقبات تعترض إقامة دعوى فعّالة. وإضافة إلى مسألة تأمين التمويل اللازم لإقامة دعاوى الانتصاف، ذُكر أنّ كثيراً من القضايا قد تُسوّى أو قد لا يكون لدى المديرين موجودات كافية لتكون الدعوى ناجحة التكلفة.

٩٥- وقيل إنَّ هناك وسيلة انتصاف إضافية، هي إمكانية إنزال أولوية ما يكون للمديرين الذين ارتكبوا السلوك السيئ من مطالبات تجاه حوزة المعسر. وأبدي التأييد لرأي مفاده أنَّ إنزال الأولوية يمكن أن يشكل وسيلة انتصاف فعّالة، وأُتفق على أنه يلزم مواصلة دراسة هذا الموضوع، بغية تمكين الفريق العامل من النظر فيه في دورة مقبلة ضمن وسائل الانتصاف المتاحة.

٩٦- وحُثَّ الفريق العامل على توخّي الحذر لدى النظر في وسائل الانتصاف المحتملة تفادياً لتجاوز نطاق ولايته، لأنَّ تلك الوسائل تثير مسائل يتعين أن تبت فيها كل دولة على حدة، سواء فيما يتعلّق بطبيعة المطالبات أو بمن يحقُّ له أن يقدمها، إلى جانب مسائل ذات صلة مثل عبء الإثبات ومعياره.

٩٧- وفيما يتعلّق بالشخص الذي يحق له رفع دعوى الإنفاذ، ذُكر أنَّ ذلك الحق ينبغي أن يُعطى للأشخاص الذين يتعين أن يؤدّي تجاههم واجب ذو صلة، وأولئك الذين تكبدوا خسارة. وكان هناك اتفاق في الآراء على أن يتمتع بذلك الحق ممثل الإعسار، بصفته ممثلاً لحوزة المعسر، على أن يمارس ذلك الحق على نحو يراعي مصالح الدائنين الجماعية. وفيما يتعلّق بسائر فئات الأشخاص، ذُكر أنَّ هناك نظماً قانونية مختلفة تعطي لطائفة واسعة منهم أيضاً الحق في مقاضاة المديرين، وأنه ليس هناك نهج مشترك بين تلك النظم. وتشمل تلك الفئات الدائنين كأفراد، والدائنين كهيئة جماعية أو كفئات من الدائنين أو كلجنة دائنين، والشركات (أي الأشخاص الاعتباريين) والمدعي العام للدولة، وأي وصي أو مراجع تعينه المحكمة (حيثما تكون هناك حاجة إلى هذا الشخص بسبب تضارب المصالح الذي ينشأ في الحالات التي يواصل فيها المديرون إدارة الشركة أثناء إجراءات الإعسار).

٩٨- وفيما يتعلّق بالدائنين، ذُكر أنَّ الحقوق التي يمكن أن تخوّل بمقتضى قواعد قانونية مختلفة (مثل القانون المدني أو قانون الشركات أو قانون جبر الأضرار) لا يُعتدُّ بها في هذا السياق، مع أنه لوحظ أنَّ تلك القواعد القانونية الأخرى يمكن أن تبين الطريقة التي تتاح بها إمكانية رفع دعوى الإنفاذ، وأُتفق على أنه ينبغي ألا تنكر الأحكام المتعلقة بالإعسار تلك الحقوق. ومتى كان هناك واجب مستحق للدائنين، معزل عن الواجب المستحق للحوزة، ينبغي تمكين الدائنين من إنفاذ ذلك الحق لأسباب تتعلق بالاتساق؛ وإذا ما اتخذ قرار بإنكار ذلك الحق، وجب أن تُبيّن بوضوح أسباب اتباع ذلك النهج. وقيل إنَّ هناك نهجاً بديلاً يركّز على ما يرد في التوصية ٨٧ من الدليل التشريعي من أحكام تتعلق بإبطال المعاملات، وهو أن يُسمح للدائنين بأن يطلبوا من ممثل الإعسار رفع دعوى؛ فإذا لم يفعل، أمكن للدائنين أن يرفعوا دعوى بأنفسهم؛ بل قد يكون لديهم في بعض الحالات سبب لرفع دعوى على ممثل الإعسار.

٩٩- ولوحظ أيضاً أن الدائن لا يمتلك في العادة الدليل اللازم لرفع الدعوى، كما يصعب تحديد مدى الضرر الذي لحق به. وأبدي تأييد للرأي القائل بأن تؤول عائدات أيّ دعوى تُكسب إلى الحوزة ككل، ولكن ينبغي تمكين الدائن الذي أقام الدعوى من استرداد ما تكبّده من تكاليف وأتعاب. ومع ذلك، لوحظ أن عائدات الدعوى في بعض الولايات القضائية لا تؤول بالضرورة إلى جميع الدائنين (عندما تكون هناك مصالح ضمانية ذات صلة، مثلاً). وذكر أن هذه المسائل ستخضع لمزيد من البحث في وقت لاحق.

١٠٠- وذكر أيضاً أن الدعوى المحتملة موجود ضمن موجودات حوزة المعسر، وأنه ينبغي لممثل الإعسار أن يتحلّى بالمرونة اللازمة لمعاملة الدعوى معاملة أيّ موجودات أخرى، وأنّ عليه واجب فعل ذلك: والإجراء المناسب في هذا الشأن يمكن أن يشمل التصرف في ذلك الموجود لصالح الدائن — أي أنه يمكن، بعبارة أخرى، إحالة الحق في رفع الدعوى (لقاء مقابل مادي) إلى ذلك الدائن. وأضيف أن هذا النهج يمكن أن يساعد أيضاً على معالجة أحد العوائق التي لوحظ وجودها أمام دعوى الإنفاذ، وهو عدم توافر الأموال اللازمة لإقامة الدعوى. وفيما يتعلق بهذه المسألة الأخيرة، ذكر أيضاً أن الدائنين قد يكونون على استعداد لتزويد ممثل الإعسار بالأموال اللازمة لإقامة الدعوى بسبب ما يحتمل أن تجلبه من منافع.

١٠١- وفيما يتعلق بالأشخاص المحتملين الآخرين الذين قد يكون لهم الحق في إقامة دعوى إنفاذ، حُثّ على توخّي الحذر تفادياً للتداخل مع الإجراءات الجنائية (مثلاً قد يحدث في حال انخراط المدعي العام للدولة في القضية). وذكر أنه قد يكون هناك، مع ذلك، بعض التداخل بين وسائل الانتصاف المدنية والجنائية في حال إقامة دعوى التماساً لتعويض مالي، وقد يكون من المناسب أن يشار إلى أثر الإجراءات الجنائية القائمة في الدعوى المقامة في سياق الإعسار.

١٠٢- وعُرضت تجارب بعض الولايات القضائية فيما يتعلق بدعوى الإنفاذ، وأشير إلى الفائدة من اتباع إجراءات مبسّطة تنفّذي ما تنطوي عليه بعض أنواع التقاضي من تكاليف ومدد زمنية طويلة.

١٠٣- وفيما يتعلق بتوقيت رفع الدعوى، ذكر أنه قد تكون لدى الدائنين قبل بدء إجراءات الإعسار وسائل انتصاف من المديرين، ولكن تلك الوسائل تتأثّر بمقتضى قواعد قانونية أخرى. ومن ثم، أُنْفِق على ألا تكون تلك الوسائل موضع مناقشة أخرى يجريها الفريق العامل بشأن هذا الموضوع.

١٠٤- وذكرت وسيلة انتصاف منفصلة وردت في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.96، وهي إمكانية إسقاط أهلية المديرين، وأشار إلى أن المراد منها هو أن تكون جزءاً إدارياً لا جنائياً، وإن شُدّد مجدداً في هذا الصدد على مخاطر التداخل. فالهدف من وسيلة الانتصاف هذه ليس معاقبة المدير المعني بل حماية عامة الناس من أفعال شخص ثبت أنه غير مؤهل لإدارة شركة ذات مسؤولية محدودة (إلى جانب مسألة الردع). وارتئي أن وسيلة الانتصاف هذه هي مسألة متفرّعة من المسألة الرئيسية المتمثلة في استرجاع حوزة المعسر. وذكّر أنها آلية جديدة بالاعتبار، ولكن الآراء تباينت بشأن المدى الذي ينبغي للفريق العامل أن يذهب إليه في تناولها.

١٠٥- وذهب رأي آخر إلى أن دعاوى إسقاط الأهلية قد مضى عهدها، فهي تجسد نهجاً عقابياً لم يعد يُعتبر بناءً، وأن تلك الدعاوى تنطوي حتماً على تداخل مع المسائل الجنائية. وذكّر أيضاً أن فعالية إسقاط الأهلية قد تكون موضع تشكُّك إذا أمكن لمدير أسقطت أهليته أن يواصل العمل كمدير فعلي أو مدير ظل، أو إذا لم تتخذ تدابير لضمان أن يكون لإسقاط الأهلية مفعول عابر للحدود. ومن جهة أخرى، ارتئي أن إمكانية إسقاط الأهلية تمثل رادعاً فعّالاً. واتفق على معاودة النظر في هذه المسائل في دورة مقبلة.

١٠٦- ونظر الفريق العامل في الدفع التي قد يثيرها المديرون في سياق دعوى الإنفاذ. وذكّر أن فرص إجراء إعادة تنظيم غير رسمية قد تتضرر إذا كانت مخاطر التبعة كبيرة جداً. ولوحظ أن الدفع المحتملة يمكن أن تشمل وجود أسباب وجيهة لتوقُّع إيسار الشركة، كما أن ما يتعين اتخاذه من خطوات محدّدة يمكن أن يشمل التماس المشورة من أخصائي فني مناسب، وإعداد حسابات تُبيّن سجلاً دقيقاً لأوضاع الشركة المالية، وأن مسار العمل المقترح يخدم مصالح الدائنين، وأن المديرين يقومون بإعادة هيكلة الشركة. وأشار إلى أن هناك صلة بين أسلوب صوغ الواجب والدفع المحتملة؛ ويمكن معاملة هذه النقاط المعروضة أعلاه إما كدفع محتملة وإما كطريقة لأداء الواجب الرئيسي.

١٠٧- واستُذكرت الصعوبات العملية التي ينطوي عليها التنازع المطوّل بشأن هذه المسائل، بما فيها الصعوبات الناشئة عن إثبات الوقائع والخطوات اللازمة لأداء الواجب. ومن هذا المنظور، ارتئي أنه يمكن صوغ الواجب بحيث يصف الأفعال التي ينبغي لها أن تتبّه المدير إلى المخاطر المحتملة (مثل نقل جزء من الموجودات، أو القيام بمعاملات تتجاوز عتبة معينة، أو الدخول في مجازفة تعرّض جزءاً معيناً من الموجودات للخطر)، واستكمالاً للمبدأ نفسه. وأضيف أنه يتعين على المدير، من الناحية العملية، أن يكون قادراً على إثبات أنه قد درس تأثير الأفعال المقترحة على إيسار الشركة، وأن يذكر، إذا كان الإعسار أمراً محتملاً، الخطوات التي اتخذها لحماية مصالح الدائنين، وما إلى ذلك.

١٠٨- وأُتفق على أن الموازنة الصحيحة بين التشجيع على التصرف اللائق وتجنب الإعسار السابق لأوانه ستكون عنصراً أساسياً في التوجيهات المراد وضعها، وأن المسائل المعروضة أعلاه سوف تُبحث في دورة مقبلة.

(و) المسائل العابرة للحدود

١٠٩- أثّرت مجموعة من القضايا المتصلة بالمسائل العابرة للحدود. فقد أُشير أولاً إلى أن القانون النموذجي لم يتناول الولاية القضائية، وبالتالي فقد ظلت هذه المسألة خاضعة لأحكام القانون الدولي الخاص. وشجّع الفريق العامل على أن يعتبر، في إطار الإجراءات المتصلة بالإعسار، أن المحاكم المتخصصة هي المحفل الملائم، ومن ثم سيكون من المفيد وضع توجيهات لهذا الغرض. ثانياً، أُشير، فيما يتعلق بالقانون المنطبق، إلى أن هنالك طائفة شتى من الحلول المطروحة في النظم القانونية التي تمارس على الصعيد العملي (فيما يتعلق بالإجراءات القضائية ومسائل المسؤولية والأضرار على السواء). ثالثاً، أُشير إلى أن القانون النموذجي يمنح الممثلين الأجانب إمكانية الاحتكام إلى ولايات قضائية أخرى في ظروف محدودة، ولكن هذه الظروف لا تشمل إجراءات المسؤولية. وأخيراً، أثّرت مسألة ما إذا كانت الدفع في ولاية قضائية ما سارية في الإجراءات القضائية في ولاية قضائية أخرى. وأحاط الفريق العامل علماً بالتعليقات التي قُدمت، واتفق على أن يعود لمناقشة المسائل في دورة مقبلة.

سادساً- النصوص القضائية المتعلقة بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود

١١٠- ناقش الفريق العامل النصوص القضائية المتعلقة بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود استناداً إلى الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.97 وإضافاتها.

١١١- وتوضيحا لخلفية النصوص القضائية، أشار الفريق العامل إلى أن المشاركين في حلقة التدارس القضائية التي عقدتها الأونسيترال بالتعاون مع رابطة "إنسول إنترناشونال" والبنك الدولي أعربوا عن رغبتهم في توفير معلومات وتوجيهات للقضاة بشأن مسائل الإعسار عبر الحدود، وخصوصاً بشأن القانون النموذجي. وذكّر أن اللجنة كلفت الأمانة، على ضوء ذلك، بوضع هذا النص بنفس القدر من المرونة الذي تحقق في إعداد دليل الأونسيترال العملي

بشأن التعاون في مجال الإعسار عبر الحدود^(٣) مع إشراك الممارسين والأخصائيين العاملين في مجال الإعسار، ولكي ينظر فيه الفريق العامل الخامس في مرحلة مناسبة، وتضعه اللجنة في صيغته النهائية وتعتمده، ربما في عام ٢٠١١.^(٤)

١١٢- وأوضح أن هذه النصوص القضائية هي ذات طابع وصفي محض، وأن الهدف منها هو توفير المساعدة للقضاة بشأن القانون النموذجي عملاً بالتكليف الصادر عن اللجنة، مما يعزز القدرة على التنبؤ واتساق السوابق القضائية. وأوضح أيضاً أن النصوص القضائية ضمنت إشارات إلى قضايا تبيين مختلف الآراء التي أخذ بها في تفسير القانون النموذجي. وتعزيزاً للغرض من النصوص القضائية، قيل إن من المفيد تحديث هذه النصوص باستمرار بالتشاور مع القضاة والأخصائيين الممارسين. وتحقيقاً لهذه الغاية، ارتئي أن نشر النصوص في شكل إلكتروني قد يكون بالغ الفائدة.

١١٣- واتفق الفريق العامل بوجه عام على أن النصوص القضائية ستكون وثيقة مفيدة جداً، وأنها سوف تساعد القضاة في البلدان التي اشترعت القانون النموذجي، وكذلك في البلدان التي لم تشترعه بعد، حيث ستيسر اعتماد القانون النموذجي تيسيراً كبيراً.

١١٤- وأثيرت، بشأن احتمال إدراج إضافات أو توضيحات في النصوص القضائية، بضع نقاط هي: (١) ما إذا كان بوسع ممثل أجنبي أن يمثل المدين في إجراءات غير إجراءات الإعسار (دعوى مدنية) دون اعتراف مسبق؛ و(٢) معنى تعبير "المشاركة في الإجراء القائم"، الوارد في الفقرة ٢٩ (ب)، لأن إشارة إلى المادة ١٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.97 وردت في حاشيته؛ و(٣) معنى تعبير "التدخل"، الوارد في الفقرة ٢٩ (د) من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.97؛ و(٤) ضرورة معالجة سياق مجموعات المنشآت بمزيد من التفصيل؛ و(٥) ضرورة إدراك أن التشريعات الداخلية لا تتطلب كلها وجود "مؤسسة" ليكون هناك إجراء غير رئيسي عملاً بالمادة ٢ (و)؛ و(٦) ما إذا كانت المحكمة المتلقية يمكن أن تعيد النظر في قرار المحكمة الأولى بشأن مسألة مركز المصالح الرئيسية.

١١٥- وارتئي أن عنوان النصوص القضائية ينبغي أن يكون "الدليل القضائي"، على غرار نصوص الأونسيتال الأخرى، مثل الدليل التشريعي والدليل العملي. وردا على ذلك، قيل إن الاختيار لم يقع على كلمة "الدليل" لأنها قاصرة عن التعبير عن الطابع الوصفي للنصوص.

(3) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.10.V.6.

(4) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفقرة ٢٦١.

وارتقي أن العنوان ينبغي أن يتحاشى إعطاء الانطباع بأن هذه النصوص القضائية هي ذات طابع إلزامي.

١١٦- واتفق الفريق العامل على مواصلة تطوير النصوص القضائية على ضوء التعليقات التي أبدت في هذه الدورة، بغية وضعها في صيغتها النهائية في الدورة المقبلة. ودعا الفريق العامل الدول إلى إبداء تعليقات بشأن تجربتها في التعامل مع القانون النموذجي، تُقدّم إلى الأمانة، عسى أن تأخذها في الاعتبار عند إعداد المشروع المنقّح.

١١٧- واستمع الفريق العامل إلى معلومات مقدمة من البنك الدولي عن معيار الإعسار وحقوق الدائنين، الذي يمثل جزءاً من مبادرة مجلس الاستقرار المالي بشأن المعايير والمدونات والذي يستخدمه البنك الدولي في تقارير الإعسار وحقوق الدائنين المتعلقة بمراجعة المعايير والمدونات. واستُذكر أن معيار الإعسار وحقوق الدائنين يتضمّن بالفعل التوصيات الواردة في الدليل التشريعي ومبادئ البنك الدولي الخاصة بالنظم الفعالة للإعسار وحقوق الدائنين. وقد وُضع معيار الإعسار وحقوق الدائنين بالتنسيق مع أمانة الأونسيف. وأبلغ الفريق العامل أيضاً بأنه يجري حالياً تحديث معيار الإعسار وحقوق الدائنين، لكي يأخذ بعين الاعتبار الجزء الثالث من الدليل التشريعي. وأحاط الفريق العامل علماً بذلك التطوّر مع التقدير، وطلب من الأمانة أن تواصل المشاركة في هذه العملية بتعاون وثيق مع البنك الدولي.