

Distr.: Limited
21 September 2017
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الثانية والخمسون
فيينا، ١٨-٢٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٧

قانون الإعسار

التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار: مجموعات المنشآت
مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

٢	مقدّمة
٣	دليل الأونسيتال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الرابع: التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار — مجموعات المنشآت
٣	أولاً - الخلفية
٧	ثانياً - أركان التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار
٧	ألف - طبيعة الالتزامات
٨	التوصيتان ٢٦٧ و ٢٦٨
١٠	باء - تحديد الأطراف التي تقع على عاتقها الالتزامات
١١	جيم - تضارب الالتزامات
١٣	التوصيتان ٢٦٩ و ٢٧٠



مقدمة

١- يتناول الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار معاملةً مجموعات المنشآت في سياق الإعسار ويوفّر معلومات أساسية عن طبيعة مجموعات المنشآت، ودواعي مباشرة الأعمال التجارية من خلال مجموعة منشآت، وماهية مجموعة المنشآت على خلفية مفاهيم معينة مثل الملكية والسيطرة، وتنظيم مجموعات المنشآت. ويتناول الجزء الرابع من الدليل التشريعي الالتزامات الواقعة على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار، حيث يناقش المسائل المتصلة بالالتزامات في تلك الفترة، وعلى الأخص الأساس المنطقي لفرض التزامات تتعلق على وجه التحديد بتلك الفترة عن طريق إجراءات الإعسار بدلاً من قانون الشركات. ولا يتناول أيٌّ من الجزأين الثالث والرابع المسائل المحددة التي قد تؤثر في التزامات المديرين الذين تُنطأ بهم إدارة منشأة واحدة أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت.

٢- واتفق الفريق العامل الخامس في دورته الرابعة والأربعين (كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣) على أهمية تناول التزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار، لأنّ من الواضح أنّ هناك مشاكلَ عمليةً صعبة في هذا المجال، ولأنّ حلول تلك المشاكل ستفيد كثيراً في أعمال نظم إعسار كفؤة. وفي الوقت نفسه، لاحظ الفريق العامل أنّ هناك حلولاً ممكنة تحتاج إلى دراسة متأنية لكي لا تؤدي إلى إعاقة تعافي المنشآت، أو تجعل من الصعب على المدير أن يواصل العمل على تسهيل ذلك التعافي، أو تؤثر على قراره فيستهل إجراءات الإعسار قبل أوانها. وعلى ضوء هذه الاعتبارات، اتفق الفريق العامل على أنّ من المفيد بحث الكيفية التي يمكن بها تطبيق أحكام الجزء الرابع من الدليل التشريعي في سياق مجموعات المنشآت وما قد يلزم تناوله من مسائل إضافية (مثل التضارب بين التزامات المدير تجاه شركته ومصالح المجموعة).

٣- وبدأت المداولات بشأن هذا الموضوع في دورة الفريق العامل السادسة والأربعين (كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤) استناداً إلى مشروع أعدته الأمانة عقب التشاور مع فريق خبراء غير رسمي بناء على طلب الفريق العامل (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.125)، وتواصلت في دورته السابعة والأربعين (أيار/مايو ٢٠١٥) استناداً إلى مشروع منقّح (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.129)، وفي دورته التاسعة والأربعين (أيار/مايو ٢٠١٦) استناداً إلى مزيد من التنقيحات (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.139).

٤- وقد أعدت الأمانة هذه المذكرة استناداً إلى مداولات واستنتاجات الفريق العامل أثناء دورته التاسعة والأربعين (الوثيقة A/CN.9/870، الفقرة ٨٦). وترد أدناه تنقيحات لمشاريع التوصيات ٢٦٧ إلى ٢٧٠ والتعليق المصاحب لها، وذلك استناداً إلى قرارات الفريق العامل. وتشير الفقرة ٤ من المقدمة إلى النص الجاري إعداده بشأن إعسار مجموعات المنشآت عبر الحدود؛ وسيُلزم استكمال تلك الفقرة حتى تُعبر عن عنوان ذلك النص عند وضع صيغته النهائية واعتماده من جانب اللجنة.

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الرابع: التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار - مجموعات المنشآت

مقدمة والغرض من هذا القسم

١- يستند هذا القسم الثاني من الجزء الرابع من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار إلى التوصيات ٢٥٥ إلى ٢٦٦ من القسم الأول، التي تتناول التزامات مديري شركات في فترة الاقتراب من الإعسار. وينصبُّ تركيز هذا القسم على طبيعة الالتزامات وعلى الخطوات التي يمكن اتخاذها من أجل الوفاء بتلك الالتزامات (على النحو المذكور في التوصيتين ٢٥٥ و ٢٥٦)، كما يقترح كيفية تنقيح تلك التوصيات من أجل تطبيقها على المديرين^(١) في سياق مجموعات المنشآت. وتظل التوصيات ٢٥٧ إلى ٢٦٦ من القسم الأول من الجزء الرابع تنطبق بصيغتها الراهنة في سياق مجموعات المنشآت، إلا أن الإحالات المرجعية الواردة في تلك التوصيات إلى التوصيتين ٢٥٥ و ٢٥٦ ينبغي أن تفسر في سياق هذا القسم الإضافي على أنها إحالات إلى التوصيتين ٢٦٧ و ٢٦٨.

٢- وقد أضيفت توصيتان أخريان (هما التوصيتان ٢٦٩ و ٢٧٠) إلى هذا القسم من أجل التعامل مع الوضع الذي يكون فيه المدير شاغلاً لهذا المنصب أو لمنصب إداري أو تنفيذي في أكثر من عضو واحد من أعضاء المجموعة ويكون هناك تضارب في الوفاء بالالتزامات حيال شتى أعضاء المجموعة.

٣- ويستخدم هذا القسم نفس المصطلحات المستخدمة في سائر أجزاء الدليل التشريعي. وإرشاداً للقارئ، ينبغي تفسير هذا القسم على ضوء الجزء الثالث والقسم الأول من الجزء الرابع.

٤- وفي عام ٢٠١٠، اعتمدت الأونسيترال نصاً تشريعياً، عنوانه "..."، يسعى إلى تيسير إجراءات الإعسار عبر الحدود فيما يخص مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات. ويرسي هذا النص ودليل اشتراعه إطاراً يرمي إلى تبسيط عملية تسيير تلك الإجراءات والمساعدة على إيجاد حل بشأن إعسار المجموعات؛ وذلك بعدة وسائل منها توفير نظام للاعتراف عبر الحدود بالحلول المتعلقة بإعسار المجموعات والمساعدة التي قد تلزم لدعم إيجاد تلك الحلول. ويقدم ذلك... ودليل الاشتراع المصاحب له معلومات ستنتفع المديرين وغيرهم من شاغلي المناصب الذين ينصبُّ عليهم تركيز هذا الدليل.

أولاً - الخلفية

٥- يتناول القسم الأول من الجزء الرابع من الدليل التشريعي التزامات مديري شركات في فترة الاقتراب من الإعسار، ويتضمن معلومات بشأن كيفية تعامل القوانين الراهنة مع تلك الالتزامات. وفي حين أن بعض الولايات القضائية وضعت أحكاماً تفرض التزامات على

(١) يناقش الجزء الرابع (ألف) (التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار)، الفصل الثاني، الفقرات ١٣-١٦، مسألة من يجوز اعتباره مديراً في سياق هذا الجزء. وعلى الرغم من عدم وجود تعريف لهذا المصطلح يلقي قبولاً عاماً، فإن هذا الجزء (باء) يواصل الإشارة بوجه عام إلى "المديرين" تيسيراً على القارئ.

المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار، تظل المزايا والعيوب النسبية لمثل هذه النظم موضع نقاش.^(٢) ويشدد القسم الأول من الجزء الرابع على الحاجة إلى اتخاذ إجراءات مبكرة عندما تواجه الشركات صعوبات مالية من أجل تجنب تدهورها السريع وتيسير عملية إنقاذها وإعادة تنظيمها. كما يلاحظ ذلك القسم أنه في حين أن قوانين الإعسار المعمول بها في بلدان كثيرة شهدت إعادة توجيه ملائمة صوب زيادة الخيارات المتاحة لاتخاذ تلك الإجراءات المبكرة، لم يكن هناك في المقابل سوى قدر ضئيل من العناية بوضع حوافز ملائمة للمديرين من أجل الأخذ بتلك الخيارات.^(٣) ويشجع القسم الأول على وضع حوافز ملائمة من خلال الحرص على أن تدرج في القانون المتعلق بالإعسار الالتزامات الأساسية التي قد تقع على مدير الشركة في فترة الاقتراب من الإعسار والخطوات التي يجوز له أن يتخذها من أجل الوفاء بتلك الالتزامات. ولا تصبح تلك الالتزامات واجبة النفاذ إلا عند بدء إجراءات الإعسار.

٦- وفي سياق مجموعات المنشآت، لا يبدو أن التشريعات الوطنية قد تناولت بوضوح أو بتوسع مسألة التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار. ففي حين أن ولايات قضائية كثيرة قد تدارست وطورت مفهوم مجموعات المنشآت، يظل هناك قدر من عدم التيقن يكتنف مسألة التزامات مديري عضو واحد أو أكثر في مجموعات المنشآت تلك.^(٤)

٧- ويلاحظ الجزء الثالث من الدليل التشريعي، الذي يتناول معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار، أن مجموعات المنشآت كثيراً ما تتفاوت في درجات تكاملها الاقتصادي (فمنها ما هو شديد المركزية ومنها ما هو مستقل نسبياً) وفي أنواع هياكلها التنظيمية (رأسية أو أفقية) مما ينشئ علاقات معقدة بين أعضاء المجموعة وقد ينطوي على تباين في مستويات الملكية والسيطرة. وتطرح تلك العوامل، إلى جانب التقييد بمبدأ الكيان الواحد وعدم الاعتراف الصريح على نطاق واسع بواقع المجموعات في التشريعات المنطبقة على فرادى أعضائها، عدداً من المسائل أمام مديري أعضاء مجموعات المنشآت. فالتقييد بمبدأ الكيان الواحد عادةً ما يتطلب من المديرين تعزيز نجاح الشركة التي يديرونها والسعي إلى تحقيق مصالحها، مع احترام المسؤولية المحدودة لتلك الشركة وضمنان عدم التضحية بمصالحها من أجل مصالح مجموعة المنشآت. ويلزم تحقيق ذلك بغض النظر عن مصالح المجموعة ككل، وعن موقع مدير الشركة في هيكل المجموعة، وعن درجة استقلال أو تكامل أعضاء المجموعة، وعن مستويات الملكية والسيطرة. ولكن عندما تكون أعمال تلك الشركة جزءاً من أنشطة مجموعة منشآت، وعندما تعتمد، بقدر ما على الأقل، على أعضاء المجموعة الآخرين في أداء وظائف حيوية (كالتنظيم مثلاً، أو المحاسبة، أو الخدمات القانونية، أو التوريد، أو التسويق، 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 غيرها. [إن تبني تفسير ضيق جداً لالتزامات المدير قد يؤدي بالفعل إلى

(٢) دليل الأونسسترال التشريعي لقانون الإعسار، الجزء الرابع، الفقرات ٨ إلى ١٠.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ٦.

(٤) تُبين الفقرة ٤٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.115 بإيجاز الطريقة التي تعالج بها عدة ولايات قضائية مختلفة هذا الموضوع.

الفشل الذي يُؤمل تفاديه. [ويناقش الجزء الثالث بقدر من التفصيل الواقع الاقتصادي الراهن لمجموعات المنشآت، كما يناقش، في سياق الإعسار، ما لمعاملة أعضاء مجموعة المنشآت، باعتبارها كيانات لا رابط بينها، من تأثير على تجاوز الصعوبات المالية التي يواجهها بعض أعضاء المجموعة أو التي تواجهها المجموعة ككل. (٥)

٨- وقد يصبح التزام مدير الشركة بالسعي إلى تحقيق مصالحها أكثر تعقيداً في سياق مجموعة المنشآت عندما يكون مدير عضو من أعضاء المجموعة هو الذي يؤدي هذه الوظيفة أو يشغل منصباً إدارياً أو تنفيذياً في شركة أو شركات أخرى أعضاء في المجموعة. ففي هذه الحالة، قد يكون من الصعب على المدير أن يفصل ما بين مصالح كل عضو من هؤلاء الأعضاء وأن يتعامل معها على حدة. وعلاوة على ذلك، فإن مصالح هؤلاء الأعضاء قد تتأثر بالأهداف أو الاحتياجات المنافسة المحتملة لسائر أعضاء المجموعة وأهداف واحتياجات مجموعة المنشآت ككل. وقد يلزم تقييم الآثار القصيرة والطويلة الأجل على مصالح شتى أعضاء المجموعة، مما قد يعني قبول إلحاق بعض الضرر، ولو في الأجل القصير فقط، بمصالح فرادى أعضاء المجموعة من أجل تحقيق منفعة طويلة الأجل لمجموعة المنشآت التي ينتمي إليها أولئك الأعضاء. وإذا التمس الحل الإعساري الجماعي، فمن المنطقي أن تُطبَّق بعض الضمانات من أجل حماية مصالح دائني أعضاء المجموعة المضارين وغيرهم من أصحاب المصلحة.

٩- ولعل من أمثلة الحالات التي قد تؤثر فيها مصالح المجموعة ككل على مصالح فرادى أعضاء المجموعة الحالة التي يكون فيها أحد أعضاء المجموعة مورداً رئيسياً أو يقدم فيها تمويلاً إلى عضو آخر من أعضاء المجموعة أو يتصرف فيها هذا العضو كضامن لتمويل قدمه مُقرضٌ خارجي إلى عضو آخر من أعضاء المجموعة سعيًا وراء إنقاذ المجموعة ككل من الإفلاس، بما في ذلك الأنشطة التجارية لذلك العضو الممول أو الضامن؛ والحالة التي يوافق فيها أحد أعضاء المجموعة على تحويل أعماله التجارية أو موجوداته إلى عضو آخر من أعضاء المجموعة أو على التنازل لذلك العضو عن فرصة تجارية أو على التعاقد مع ذلك العضو على بنود لا يمكن اعتبارها بنوداً مجدية من الناحية التجارية، لكن من شأن التصرف على هذا النحو أن يفيد أعمال العضو الموافق التجارية في نهاية المطاف؛ أو الحالة التي يدخل فيها أحد أعضاء المجموعة مع أعضاء آخرين في المجموعة ذاتها في ترتيبات ضمانية مشتركة ترمي إلى مساعدة المجموعة ككل على تعزيز فعالية الاستفادة من موجوداتها في تمويل عمليات المجموعة.

١٠- وقد تكون هذه الاعتبارات هامة في فترة الاقتراب من الإعسار، إذا تطلبت أنشطة المجموعات مزيداً من السيطرة والتنسيق بغية تحقيق أقصى قدر من الفعالية وإيجاد حلول تكفل التغلب على الصعوبات المالية التي تواجهها المجموعة كلها أو بعض أجزائها. وفي الوقت ذاته، قد تلوح أيضاً فرص أكبر للاستفادة من أعضاء المجموعة الأكثر ضعفاً وتبعيةً لصالح أعضاء آخرين؛ وذلك مثلاً من خلال عمليات نقل الموجودات وتحويل دفة الفرص التجارية واستخدام

(٥) الدليل التشريعي، الجزء الثالث، الفصل الأول.

هؤلاء الأعضاء في تنفيذ معاملات أو أنشطة تنطوي على مخاطر أكبر أو في امتصاص الخسائر والموجودات المتعثرة.

١١- وقد يشترط مدير الشركة العضو في المجموعة، لخدمة المصلحة العليا لهذا العضو، قدرًا من المرونة بغية الموازنة بين شتى المصالح المتنافسة والتصرف على نحو ينفع أعضاء المجموعة الآخرين أو المجموعة كلها عندما يتطابق هذا التصرف مع المصلحة العليا للشركة العضو التي يديرها. وينبغي عدم تحميل المدير مسؤولية انتهاك التزاماته متى كان التصرف الذي يختار المدير أن يتبعه في تلك الظروف معقولاً ورامياً إلى تجنب الإعسار أو التقليل إلى أدنى حد من تأثيره على الشركة العضو التي يديرها. وعندما يتسبب التصرف الذي يقع عليه الاختيار بعد تقييم المصالح المتنافسة للشركات المدارة التي هي أعضاء في المجموعة في تضارب بين الالتزامات التي يدين بها المدير تجاه مختلف أعضاء تلك المجموعة، فإنه ينبغي الإفصاح لأعضاء المجموعة المتضررين عن ذلك التضارب. وقد يتطلب حل ذلك التضارب الوساطة أو التفاوض بشأن المصالح المتعارضة.

١٢- وفي حين أن حفنة من القوانين، كما لوحظ من قبل، هي التي تتناول التزامات المديرين في سياق مجموعات المنشآت، فقد أعطت المحاكم في مختلف الولايات القضائية درجات متباينة من الاعتراف بالواقع العملي لكيفية اشتغال مجموعات المنشآت. فبينما يتواصل التركيز على المديرين الذين يمارسون صلاحياتهم لمصلحة عضو أو أعضاء مجموعتهم، قد تسمح بعض الولايات القضائية للمديرين بأن يولوا، على سبيل المثال، اهتماماً بالمنافع التجارية المباشرة أو غير المباشرة التي يجنيها ذلك العضو في المجموعة من اتباع تصرف معين مع أعضاء آخرين في المجموعة، ومدى ارتكان رضاء عضو مجموعتهم أو استمراره في البقاء بعافية المجموعة ككل. إلا أن المنفعة الجماعية ليست عادةً مبرراً كافياً في حد ذاتها يسوغ الإتيان بتصرفات يُقدَّر أنها تؤثر سلباً على الدائنين. وفضلاً عن ذلك، قد يُشترط على المديرين أيضاً أن يضعوا في الاعتبار أي أضرار متوقعة بصورة معقولة يمكن أن تلحق بعضو المجموعة الذي يديرونه من جراء التصرف المتبع وأن يراعوا وضعية دائنيه غير المضمونين، لا سيما حين يكون من شأن ذلك أن يؤثر في ملاءة هذا العضو. وتشتد أهمية الاعتبار الأخير عندما تكون المعاملة كفالة أو ضماناً لقرض يُمنح لعضو آخر في المجموعة، ولا سيما في الحالات التي لا تكون فيها استمرارية عمل ذلك العضو في المجموعة حاسمة في ملاءة العضو الذي قدم الكفالة أو الضمان.

١٣- وتسمح ولايات قضائية أخرى لمديري شركات المجموعات بالتصرف لما فيه مصلحة المجموعة كلها عند استيفاء شروط معينة، مثل توافر هيكل للمجموعة يمنح أعضاءها بعض التأثير في القرارات الكلية؛ ومشاركة عضو المجموعة في سياسات المجموعة الطويلة الأجل والمتناسكة، وافتراس المديرين بحسن نية وبصورة معقولة أن أي ضرر يلحق بعضو المجموعة الذي يديرونه يعوّض بمزايا أخرى في الوقت المناسب. ويسمح نهج آخر لمدير عضو في مجموعة بأن يتصرف لخدمة مصلحة الشركة الأم شريطة ألا يضر بقدرة عضو المجموعة على أداء ديونه لدائنيه وحصول المدير على إذن بذلك، إما بمقتضى النظام الأساسي لعضو المجموعة أو من قبل أصحاب الأسهم. وبموجب هذه القوانين، ولكي يتفادى المدير تحمل المسؤولية، ينبغي ألا يكون عضو المجموعة معسراً وقت قيام المدير بذلك، ولا أن يصبح معسراً من جراء ذلك.

١٤- ويحدد هذا القسم المدى الذي يجوز فيه لمدير شركة عضو في مجموعة منشآت أن يراعي اعتبارات تتجاوز الشركة التي يديرها في وفائه بالتزاماته في فترة الاقتراب من الإعسار، كما يحدد الضمانات التي تنطبق في هذا الصدد. وتعكس تلك الاعتبارات، بدرجة أو بأخرى، جوانب من الواقع الاقتصادي لمجموعة المنشآت. ويقترح هذا القسم مبادئ تُدرج في القانون المعني بالتزامات مديري شركات مجموعات المنشآت في فترة الاقتراب من الإعسار. ويمكن اتخاذ تلك المبادئ مرجعاً يستعين به واضعو السياسات عندما يبحثون ويضعون ما يلزم من أطر قانونية ورقابية. ولئن كان يُسَلَّم بأن من المستصوب تحقيق أهداف قانون الإعسار (المبيّنة في الفقرات ١-١٤ من الفصل الأول من الجزء الأول وفي التوصية ١) من خلال تعجيل المديرين باتخاذ الإجراءات وانتهاج السلوك المناسب، فإنه يُسَلَّم في الوقت نفسه بما يمكن أن ينشأ عن وضع قواعد مفرطة في التشدد من مزالق وأخطار تهدد بعرقلة أنشطة المشاريع التجارية.

١٥- ولا يتناول هذا القسم مسؤوليات المديرين بموجب القانون الجنائي أو قانون الشركات أو قانون المسؤولية الشخصية. فهو يركّز حصراً على الالتزامات التي يمكن إدراجها في القانون المتعلق بالإعسار وتصبح واجبة الإنفاذ عند بدء إجراءات الإعسار.

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

ألف- طبيعة الالتزامات

١٦- تتناول الفقرات ١ إلى ٧ من القسم الأول من الجزء الرابع الأساس المنطقي الذي يستند إليه فرضُ التزامات على المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار؛ وينطبق ذلك الأساس بالقدر نفسه في سياق مجموعات المنشآت. وتظل التزامات مديري عضو من أعضاء المجموعة هي نفس الالتزامات الأساسية المذكورة في التوصية ٢٥٥، لكن يمكن النص على السماح بمراعاة السياق الأعم للواقع الاقتصادي لمجموعة المنشآت عند تحديد الخطوات التي ينبغي أن يتخذها المدير حتى لا يتحمل مسؤولية انتهاك التزاماته. ويجوز أن تتضمن العوامل الهامة التي تؤخذ في الحسبان وضعية عضو مجموعة المنشآت داخل المجموعة؛ ودرجة التكامل بين أعضاء المجموعة (على النحو المشار إليه في التوصية ٢١٧ من الجزء الثالث)؛ وإمكانية تحقيق أقصى قيمة للمجموعة من خلال إيجاد حل لصعوباتها المالية يشمل المجموعة كلها أو بعض أجزائها. وقد تتطلب مثل هذه الحلول من مدير شركة عضو في المجموعة تعاني من ضائقة مالية أن يتخذ خطوات قد تبدو للوهلة الأولى ضارة بهذا العضو لكنها تبرز له في نهاية المطاف نتيجة أفضل وتكفل استمرار أعماله التجارية وتحقيق أقصى قيمة له. وقد يؤدي اتخاذ نفس تلك الخطوات في ظروف لا يُرجح أن تفيد عضو المجموعة الذي يعاني من ضائقة مالية إلى تحميل المديرين مسؤولية عدم أداء التزاماتهم على نحو معقول.

١٧- ومن الاعتبارات التي ينبغي أن يأخذها في الحسبان المديرون الذين يعكفون على تقييم الخطوات اللازمة لتجاوزها للتغلب على الصعوبات المالية التي يواجهها عضو المجموعة تأثير تلك الخطوات على دائني ذلك العضو، خاصة عند وجوب مراعاة مصالح المجموعة ككل. وتطالب

التوصية ٢٥٥ المديرين بأن يولوا العناية الواجبة لمصالح الدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة في عضو المجموعة. ويمكن الحفاظ على مصالح الدائنين من خلال تحديد معيار بشأن "تفادي وضع أسوأ"، بمعنى أن الخطوات المتخذة لن تؤدي بالدائنين إلى أن يكونوا في وضع أسوأ مما كانوا سيحسون أنفسهم فيه لو لم تتخذ تلك الخطوات.

١٨- ويناقد القسم الأول من الجزء الرابع أنواع الخطوات التي قد يتوقع على نحو معقول أن يتخذها المدير بغية التصدي لل صعوبات المالية وتجنب بدء الإعسار أو بغية التقليل من تأثيره إذا تعذر تجنبه (انظر الفقرة ٥ من الفصل الثاني من الجزء الرابع). وستظل لتلك الخطوات أهميتها في سياق المجموعة، بل وقد تُستكمل، تبعاً للأوضاع الحقيقية، بخطوات إضافية قد تقتضي بالفعل قدرًا من المساعدة المتبادلة والتعاون مع أعضاء المجموعة الآخرين. ويمكن أن تتأثر تلك الخطوات الإضافية بوضعية عضو مجموعة المنشآت داخل المجموعة، وأن تتطلب النظر في مدى إمكانية صون أو توليد قيمة من خلال المساعدة على تنفيذ حل يصلح للمجموعة كلها أو لبعض أجزائها تفوق القيمة التي يمكن صونها أو توليدها من خلال اتخاذ خطوات لا تتعلق سوى بعضو المجموعة وحده. وينبغي النظر في تقييم التزامات العضو المعني المالية والقانونية حيال أعضاء المجموعة الآخرين؛ والمعاملات التي ينبغي (أو لا ينبغي) إجراؤها مع أعضاء المجموعة الآخرين؛ والمصادر الممكنة للتمويل ومدى توافره (سواء أثناء فترة الاقتراب من الإعسار أو بعد بدء إجراءات الإعسار الرسمية)، بما في ذلك قيام عضو المجموعة المعني بتوفير التمويل لأعضاء المجموعة الآخرين؛ وتأثير الحلول الممكنة في العضو المعني أو في المجموعة ككل وفي الدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة في العضو المعني. كما يجوز للمدير أن ينظر في اتخاذ خطوات ترمي إلى إجراء مفاوضات غير رسمية مع الدائنين، كإجراء مفاوضات طوعية لإعادة الهيكلة، بغية إيجاد حل لمجموعة المنشآت كلها أو لبعض أجزائها متى كان هذا الحل يعود بفائدة على الشركة العضو التي يتولى إدارتها.

١٩- وعندما يكون الإعسار أمراً لا مفر منه بحيث يتحتم بدء إجراءات إعسار رسمية، يجوز للمدير أن ينظر في أمر المحكمة التي ستبدأ فيها تلك الإجراءات، خاصة عندما يكون من الممكن تقديم طلب مشترك مع سائر أعضاء المجموعة بشأن تنسيق الإجراءات، على النحو الذي يناقشه الجزء الثالث.^(٦)

التوصيتان ٢٦٧ و ٢٦٨

الغرض من الأحكام التشريعية

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

(٦) المرجع نفسه، الجزء الثالث، التوصيات ٢٠٢ إلى ٢١٠.

(أ) حماية المصالح المشروعة لدائني عضو مجموعة المنشآت وغيرهم من أصحاب المصلحة فيه؛ و

(ب) ضمان إلمام المسؤولين عن اتخاذ قرارات بشأن إدارة المنشأة العضو في مجموعة المنشآت بأدوارهم ومسئولياتهم في تلك الظروف؛ و

(ج) إدراك أثر وضعية المنشأة العضو في مجموعة منشآت داخل مجموعتها على الطريقة التي ينبغي بها إدارة هذه المنشأة للتعامل مع إعسارها الوشيك أو الحتمي والتزامات المسؤولين عن اتخاذ قرارات بشأن إدارة هذه المنشأة العضو في المجموعة، بما في ذلك الحالات التي يكونون فيها مسؤولين أيضاً عن اتخاذ قرارات بشأن إدارة غيرها من المنشآت الأعضاء في المجموعة؛ و

(د) السماح بإدارة المنشأة العضو في مجموعة منشآت، عند الاقتضاء، على نحو يُعظّم القيمة في مجموعة المنشآت من خلال تعزيز هُجج ترمي إلى تسوية الإعسار فيما يخص مجموعة المنشآت كلها أو بعض أجزاءها، وفي الوقت ذاته اتخاذ خطوات معقولة لضمان ألا يؤول وضع دائني تلك المنشأة العضو في المجموعة وأصحاب المصلحة الآخرين فيها إلى وضع أسوأ مما كان سيؤول إليه الأمر لو كانت أمور تلك المنشأة العضو لم تُدر على نحو يعزز اتباع مثل هذه النهج حيال التسوية.

وينبغي أن تُنفذ الفقرات (أ) إلى (د) على نحو يكفل تجنب ما يلي:

(أ) التأثير السلبي، دون داع، في إعادة التنظيم الناجح للأعمال التجارية للمنشأة العضو في مجموعة المنشآت، مع مراعاة المنفعة المحتملة من تعظيم قيمة مجموعة المنشآت والترويج لحل إعساري يخص مجموعة المنشآت كلها أو بعض أجزاءها، ووضعية عضو مجموعة المنشآت داخل المجموعة، ودرجة التكامل بين أعضاء المجموعة؛ أو

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

(ج) منع ممارسة صلاحية التقدير المعقول للأمور المتعلقة بالمنشأة 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، من أجل الترويج لحل يتصدى لإعسار مجموعة المنشآت كلها أو بعض أجزاءها. ويجوز لهذا الشخص، عند اتخاذه تلك الخطوات، أن يراعي المنافع المحتملة لتعظيم قيمة مجموعة المنشآت ككل، وأن يتخذ في الوقت نفسه خطوات معقولة لضمان ألا يؤول وضع

دائني تلك المنشأة العضو في المجموعة وأصحاب المصلحة الآخرين فيها إلى وضع أسوأ مما كان سيؤول إليه الأمر لو كانت أمور تلك المنشأة العضو لم تُدر على نحو يروج لذلك الحل.

الخطوات المعقولة في سياق التوصية ٢٦٧

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

١- (أ) تقييم الوضع المالي الراهن للعضو في مجموعة المنشآت ولمجموعة المنشآت ذاتها من أجل النظر فيما إذا كان من الممكن صون أو توليد قيمة أكبر من خلال إيجاد حل لمجموعة المنشآت كلها أو لبعض أجزائها؛ و

(ب) النظر فيما على عضو المجموعة من التزامات مالية والتزامات أخرى حيال أعضاء مجموعة المنشآت الآخرين وما إذا كان ينبغي الدخول في معاملات مع غيره من أعضاء المجموعة، وفي المصادر المحتملة للتمويل ومدى توافره؛ و

(ج) تقييم ما إذا كان دائنو عضو مجموعة المنشآت وغيرهم من أصحاب المصلحة سيكونون في وضع أفضل لو طُبّق حلٌّ إعساري يخص مجموعة المنشآت كلها أو بعض أجزائها؛ و

(د) المساعدة على تنفيذ حل إعساري يخص مجموعة المنشآت كلها أو بعض أجزائها؛ [و]

(هـ) إجراء مفاوضات غير رسمية مع الدائنين، ولتكن مثلاً مفاوضات طوعية لإعادة الهيكلة،^(٧) والمشاركة في تلك المفاوضات متى كانت تخص مجموعة المنشآت كلها أو بعض أجزائها؛ [و]

(و) [النظر في مدى وجوب البدء في إجراءات إعسار رسمية].

٢- النظر، متى 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^(٨) مع أعضاء آخرين ذوي صلة في مجموعة المنشآت، وفيما إذا كان ينبغي تنسيق الإجراءات من الناحية الإجرائية.^(٩)

باء- تحديد الأطراف التي تقع على عاتقها الالتزامات

٢٠- قد يكون تحديد المسؤولين عن القرارات الإدارية أمراً أكثر تعقيداً في سياق مجموعة المنشآت منه في سياق الشركة الواحدة. فهناك مستويات مختلفة من الإدارة والنفوذ يمكن أن تؤثر في شؤون أيِّ عضو من أعضاء المجموعة وفي الطريقة التي يُسير بها أعماله التجارية، خاصة في فترة الاقتراب من الإعسار. ويمكن لهذا النفوذ أن يقوّض قدرة مديري شركة عضو في المجموعة

(٧) المرجع نفسه، الجزء الأول، الفقرات ٢ إلى ١٨.

(٨) المرجع نفسه، الجزء الثالث، التوصيات ١٩٩ إلى ٢٠١.

(٩) المرجع نفسه، الجزء الثالث، التوصيات ٢٠٢ إلى ٢١٠.

على اتخاذ ما يلزم من خطوات من أجل التغلب على الصعوبات المالية التي تواجه تلك الشركة أو من أجل إشراك تلك الشركة في الصعوبات المالية التي تواجه أعضاء المجموعة الآخرين، وهو الأمر الذي يلحق الضرر بدائني تلك الشركة. وقد يحدث ذلك في ظروف عديدة، كأن يتألف مجلسا إدارة الشركتين العضوين في المجموعة من نفس الأشخاص تقريباً، أو تكون أغلبية أعضاء مجلس إدارة عضو في المجموعة معينة من جانب عضو آخر يكون في موقع سيطرة، أو أن يكون أحد أعضاء المجموعة مسيطراً على اتخاذ القرارات المالية والإدارية المتعلقة بالمجموعة، أو أن يتدخل أحد أعضاء المجموعة تدخلاً مستمراً ومتغلغلاً في تسيير شؤون عضو آخر من أعضاء المجموعة، ويحدث ذلك عادةً في حالة الشركة الأم وعضو المجموعة الخاضع لسيطرتها.

٢١- وقد تكون هناك أيضاً مجموعات منشآت معينة يصعب فيها الوقوف على الحدود الدقيقة التي تفصل بين أعضائها بسبب عدم وضوح المسؤوليات الإدارية لشتى مجالس إدارة شركاتها. كما قد يكون المسؤولون التنفيذيون ومتخذو القرارات ذوو الصلة معينين من جانب أعضاء في المجموعة تفصلهم عدة خطوات عن عضو المجموعة المعني؛ وقد يكون تشغيل المجموعة اليومي يتجاهل بوجه عام الهوية والمسؤولية المنفصلتين لذلك العضو. وفي تلك الحالات، يمكن أن تثار أمور خطيرة بشأن التزامات هؤلاء الأشخاص فيما يخص الأعمال التجارية الفعلية التي يضطلع بها عضو المجموعة المعني وفيما يخص عضو المجموعة الذي عينهم.

٢٢- ويمكن أن يشمل الأشخاص الذين يجوز اعتبارهم مديرين في سياق المجموعة عضواً آخر في المجموعة أو مدير عضو آخر في المجموعة؛ بمن في ذلك المدير المستتر^(١٠) لذلك العضو الآخر. وفي حين لا تسمح بعض القوانين بأن يُعَيَّن رسمياً عضو في المجموعة مديراً لعضو آخر في المجموعة، إلا أن هذا العضو يمكن اعتباره مديراً مستتراً لذلك العضو الآخر إذا مارس نفوذاً على أنشطة ذلك العضو أو تولى توجيه أنشطته.

٢٣- وتناقش الفقرات ١٣ إلى ١٦ من القسم الأول من الجزء الرابع مسألة الأطراف التي تقع عليها الالتزامات المشار إليها آنفاً. وتتبنى التوصية ٢٥٨ صيغة فضفاضة في هذا الصدد، إذ تنص على وجوب أن تضم تلك الأطراف أي شخص يعيَّن رسمياً في منصب مدير أو يمارس سلطة فعلية ويؤدي مهام المدير. وتشير الفقرة ١٥ من التعليق إلى أنواع المهام التي قد يتوقع أن يؤديها مثل هذا الشخص. وتنطبق هذه الاعتبارات أيضاً في سياق مجموعات المنشآت، وهو السياق الذي يناقشه هذا الجزء.

جيم - تضارب الالتزامات

٢٤- قد يتصادف أحياناً في مجموعات المنشآت أن يؤدي مدير تلك الوظيفة أو أن يشغل منصباً إدارياً أو تنفيذياً في أكثر من شركة عضو في المجموعة، وذلك سواء نتيجة لهيكل الملكية والسيطرة الخاص بالمجموعة، أم للتحالفات بين أعضاء المجموعة، أم للروابط الأسرية داخل المجموعة، أم لجانب آخر من جوانب الطريقة التي تنظم بها الأعمال التجارية للمجموعة.^(١١) وأياً كان السبب،

(١٠) المرجع نفسه، الجزء الرابع، الفصل الثاني، الحاشية ١١ بشأن الفقرة ١٣.

(١١) المرجع نفسه، الجزء الثالث، الفصل الأول، الفقرات ٦ إلى ١٥.

فإن المدير الذي يكون عضواً في مجالس إدارة عدد من الشركات المختلفة الأعضاء في المجموعة، أو الذي يتولى المسؤولية الإدارية عن هذا العدد من الشركات، قد يواجه، في فترة الاقتراب من الإعسار، أوجه تضارب محتملة بين التزاماته حيال تلك الشركات المختلفة عند سعيه إلى تحديد الطريقة الأقدر على صون قيمة كل شركة عضو في المجموعة وعلى إيجاد أفضل حل للصعوبات المالية التي تواجه كلاً منها. وقد تتعلق طبيعة هذا التضارب ودرجة تعقيده بموقع الكيانات المدارة داخل تسلسل المجموعة الهرمي وبدرجة التكامل بين أعضاء المجموعة ومقدار السيطرة والملكية. فعلى سبيل المثال، عندما يكون المدير عضواً في مجالس إدارة الشركة الأم والشركات الخاضعة لسيطرتها داخل المجموعة، فإنه يحتاج إلى أن يكون قادراً على أن يبرهن على أن أي معاملة شملت الشركة الأم قد أخذت في اعتبارها الشركة العضو الخاضعة لسيطرة الشركة الأم وكانت معاملة منصفة ومعقولة فيما يخص تلك الشركة العضو.

٢٥- أضف إلى ذلك أن مصالح الشركات الأعضاء المدارة قد تتداخل تداخلاً وثيقاً مع مصالح مجموعة المنشآت ككل؛ مما يتطلب النظر إلى الواقع الاقتصادي للمجموعة ككل. وفي تلك الظروف، يمكن أن تكون الخطوات التي قد يُنظر إليها على أنها تلحق الضرر بشركة تعمل باعتبارها كياناً قائماً بذاته خطوات معقولة إذا نُظر إليها في هذا السياق الأعم. فعلى سبيل المثال، قد تكون أنشطة الشركة الفرعية معتمدة اعتماداً عاماً على أنشطة المجموعة ككل، وقد يكون من الملائم لتلك الشركة الفرعية أن توفر في الأجل القصير التمويل اللازم لأعضاء آخرين من أجل الإبقاء على أنشطة المجموعة ككل. بما يفرض في نهاية المطاف إلى إنقاذ أنشطة الشركة الفرعية ذاتها.

٢٦- وقد يُتوقع من المديرين الذين يواجهون مثل هذا التضارب أن يتصرفوا تصرفاً معقولاً وأن يتخذوا الخطوات الملائمة واللازمة لمعالجة هذا الوضع. وقد يقتضي ذلك من المدير، تبعاً للأوضاع الواقعية، أن يحدد طبيعة التضارب ونطاقه وفقاً للقانون المنطبق وكيفية مجابهته. وفي بعض الظروف، قد يكفي أن يقوم المدير بالإفصاح لمجالس إدارات الكيانات المضارة عن المعلومات ذات الصلة بهذا التضارب، بما في ذلك طبيعته ونطاقه؛ في حين قد يكون من المعقول في ظروف أخرى أن يشمل هذا الإفصاح أشخاصاً إضافيين كالدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة علاوة على مجالس إدارة أعضاء المجموعة الآخرين. وقد يكون هذا الإفصاح كافياً لدعم استمرار الثقة في نزاهة المدير؛ واستناداً إلى الظروف التي يتم الإفصاح للآخرين عنها، يمكن تقييم أي قصور يُشتبه في أنه يشوب ما يلزم أن يكون عليه المدير من حياد واستقلالية.

٢٧- وقد يكون من الملائم في بعض الظروف أن يمتنع المدير عن المشاركة في أي قرارات تتعلق بالتضارب يتعين على مجالس إدارة الشركات المضارة أن تتخذها أو عن حضور أي اجتماعات تناقش فيها مواضيع ذات صلة، وأن يُدوّن امتناعه على أنه نهج متعمد ومتفق عليه مع زملائه المديرين، وليس سهواً منه. وقد يكون من الممكن في بعض الحالات تعيين عضو مجلس إدارة إضافي أو بديل؛ وإذا تعذرت تسوية التضارب جاز للمدير أن ينظر، كملاذ أخير، في الاستقالة من مجلس إدارة شركة واحدة أو أكثر من الشركات المضارة. ومن المحتمل أن يشمل ذلك الاستقالة من مجلس إدارة عضو معسر أو غير معسر من أعضاء المجموعة. وفي حين أن خيار الاستقالة هذا قد

يعفي المدير من حل هذه المعضلة، فإنه يتغافل في الوقت ذاته عن المشكلة الأكبر مما قد يؤدي إلى تفاقم الوضع، خاصة في فترة الاقتراب من الإعسار إذا لم يوفر لعضو المجموعة المضارب، أو أعضائها المضاربين، الخبرات الضرورية لمجابهة صعوباته المالية. وكما ورد في القسم الأول من الجزء الرابع، فإن استقالة المدير من مجلس الإدارة لن تحصنه بالضرورة من المسؤولية، إذ قد توحى استقالته وفقاً لبعض القوانين بأنها متصلة بالإعسار أو بأن المدير لم يتخذ خطوات معقولة للحد من خسائر الدائنين إزاء الإعسار الوشيك.^(١٢)

٢٨- ولعلّ من المهم جداً للمدير، من أجل الوفاء بالتزاماته حيال التضارب، أن تكون هناك سياسة جيدة لحوكمة الشركات تدعم إجراء تحليل لأوضاع الشركات أعضاء المجموعة المتسببة في نشوء التضارب وتدوين أسباب الإجراءات المتخذة. ولكن سياسة حوكمة الشركات لا تحل محل الالتزامات الواقعة على المدير تجاه عضو أو أعضاء المجموعة ولا تحد من تلك الالتزامات، وإنما توفر مؤشرات على نوع الخطوات التي تعد معقولة في إدارة التضارب. ويمكن لوجود سياسات ومعايير حوكمة متباينة لدى أعضاء مجموعة منشآت أن يؤدي أيضاً إلى حلول ونتائج متضاربة يجب 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 من أعضاء مجموعة المنشآت، سواء كانت المنشأة الأم أم منشأة عضواً في المجموعة خاضعة للسيطرة. وقد يفضي هذا الوضع، في فترة الاقتراب من الإعسار، إلى تضارب بين الالتزامات إزاء مختلف الأعضاء في المجموعة، مما من شأنه أن يؤثر في اتخاذ الخطوات اللازمة للوفاء بتلك الالتزامات.

مضمون الأحكام التشريعية

تضارب الالتزامات

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

(١٢) المرجع نفسه، الجزء الرابع، الفقرة ٢٧.

الخطوات المعقولة في سياق التوصية ٢٦٩

٢٧٠- يجوز أن ينصَّ قانون الإعسار على أنه ينبغي لأيِّ مدير يواجه التزامات متضاربة من هذا القبيل اتخاذ خطوات معقولة للتصرف حيال هذه التضاربات. ويجوز أن تتضمن تلك الخطوات المعقولة ما يلي:

- (أ) الحصول على مشورة من أجل تحديد طبيعة مختلف الالتزامات ونطاقها؛
- (ب) تحديد الأطراف التي يجب الإفصاح لها عن تضارب الالتزامات، والإفصاح عن المعلومات ذات الصلة، بما في ذلك، على وجه الخصوص، طبيعة التضارب ونطاقه؛
- (ج) تحديد متى ينبغي للمدير أن يمتنع عن '١' المشاركة في أيِّ قرار تتخذه مجالس إدارات أيِّ من الشركات المعنية الأعضاء في المجموعة بشأن الأمور التي أثارت التضارب، أو '٢' حضور أيِّ اجتماع يعقده مجلس إدارة من أجل النظر في تلك الأمور؛
- (د) التماس تعيين مدير إضافي متى تعذر التوفيق بين الالتزامات المتضاربة؛
- (هـ) الاستقالة من مجلس الإدارة المعني/مجالس الإدارة المعنية، كملاذ أخير إذا لم يكن ثمة بديل متاح.