

Distr.: Limited
4 September 2008
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الخامسة والثلاثون
فيينا، ١٧-٢١ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٨

الدليل التشريعي لقانون الإعسار

الجزء الثالث: معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٤٤-١	خامسا- معاملة الموجودات عند بدء إجراءات الإعسار
٢	٩-٢	ألف- حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها
٤	١٢-١٠	باء- استخدام الموجودات والتصرف فيها
٥	٢٩-١٣	جيم- التمويل اللاحق لبدء الإجراءات
٦	١٩-١٦	١- توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من قبل عضو مؤسر في المجموعة
٧	٢٩-٢٠	٢- توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من قبل عضو معسر في المجموعة
١٢	٣٥-٣٠	دال- إجراءات الإبطال
١٦	٤٤-٣٦	هاء- إنزال مرتبة الأولوية
١٦	٤١-٣٧	١- مطالبات الأشخاص ذوي الصلة
١٨	٤٤-٤٢	٢- معاملة الأسهم الرأسمالية



خامسا- معاملة الموجودات عند بدء إجراءات الإعسار

١- يناقش الدليل التشريعي (انظر الفصل الأول من الجزء الثاني) بالتفصيل الطريقة التي يؤثر بها بدء إجراءات الإعسار في المدين وموجوداته. وعلى العموم، تنطبق تلك الآثار بالتساوي على بدء إجراءات الإعسار ضد عضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت. وتناقش أدناه بعض الآثار التي قد تختلف في سياق المجموعة فيما يتعلق بحماية حوزة الإعسار وحفظها؛ والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ والإبطال؛ وإنزال مرتبة الأولوية؛ وسبل الانتصاف، بما فيها أوامر الدمج الموضوعي.

ألف- حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها

٢- يبين الدليل التشريعي (انظر الفقرة ٢٦ من الفصل الثاني من الجزء الثاني) أن العديد من قوانين الإعسار ينص على آلية لحماية قيمة حوزة الإعسار لا تقتصر على منع الدائنين من بدء دعاوى من أجل إنفاذ حقوقهم من خلال سبل انتصاف قانونية أثناء جزء من فترة إجراءات الإعسار أو أثناء الفترة كلها، بل تكفل أيضا تعليق الدعاوى الجارية فعلا ضد المدين. أما أحكام الدليل التشريعي المنطبقة على تلك الآلية المشار إليها بتعبير "وقف"، فتتطبق بصورة عامة في حالة إجراءات الإعسار المتخذة ضد عضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت (انظر التوصيات ٣٩-٥١).

٣- وهناك مسألة قد تنشأ في سياق إعسار مجموعات المنشآت، ولكن ليس في حالة المدينين المنفردين، وهي توسيع نطاق الوقف ليشمل عضو مجموعة المنشآت الذي لا يكون خاضعا لإجراءات الإعسار (هذه المسألة لن تنشأ في حال سماح قانون الإعسار بأن يشمل في الإجراءات عضو مجموعة المنشآت غير المعسر). وقد تكون للمسألة صلة خاصة بمجموعات المنشآت بسبب الترابط بين أعمال المجموعة. فعلى سبيل المثال، عندما يجري ترتيب التمويل على أساس المجموعة عن طريق كفالات متبادلة أو ضمانات رهنية متبادلة، يمكن للتمويل الموفر لعضو واحد أن يؤثر في التزامات عضو آخر أو يمكن للدعاوى التي تؤثر في موجودات أعضاء المجموعة الذين لا يكونون خاضعين لإجراءات الإعسار أن تؤثر أيضا في موجودات والتزامات أعضاء المجموعة الذين قدمت طلبات لبدء إجراءات الإعسار ضدهم أو بدأت إجراءات الإعسار ضدهم أو في قدرتهم على مواصلة تسيير أعمالهم العادية.

٤- ويمكن السعي لتوسيع نطاق الوقف في عدد من الحالات، على سبيل المثال لحماية كفالة داخلية بين أعضاء المجموعة تعتمد على موجودات عضو المجموعة الموسر الذي قدم

الكفالة؛ ومنع المقرض الذي يسعى إلى إنفاذ اتفاق ضد عضو معسر من أعضاء المجموعة من القيام بذلك، حيث يمكن أن يؤثر ذلك الإنفاذ في التزامات عضو خاضع لطلب إجراءات الإعسار؛ ومنع إنفاذ مصلحة ضمانية ضد موجودات كيان موسر تكون أساسية لأعمال المجموعة، بما في ذلك أعمال أعضاء المجموعة الخاضعين لطلب إجراءات الإعسار. ويمكن لذلك التوسيع لنطاق الوقف أن يؤثر في أعمال العضو الموسر وفي مصالح دائنيه، تبعاً لطبيعة العضو الموسر ووظيفته ضمن هيكل المجموعة. فالأنشطة اليومية لعضو تجاري في المجموعة، مثلاً، قد تتضرر بدرجة أكبر من أنشطة منشأة فرعية أنشئت لحيازة موجودات معينة أو لتولي التزامات معينة.

٥- وفي بعض الولايات القضائية، قد يتعذر إصدار أمر بمنح إعفاء ذي صلة بالإعسار ضد عضو موسر في المجموعة (ليس مشمولاً بإجراءات الإعسار) لأن ذلك قد يتعارض، مثلاً، مع حماية حقوق الملكية أو يثير مسائل تتعلق بالحقوق الدستورية. غير أنه قد يتسنى تحقيق الأثر ذاته إذا أمكن للمحكمة أن تأمر بتدابير حماية بالتزامن مع بدء إجراءات الإعسار ضد أعضاء مجموعة المنشآت الآخرين في حالات معينة، كما في حالة وجود كفالة داخلية بين أعضاء المجموعة. وقد تكون هذه التدابير متاحة حسب تقدير المحكمة، رهناً بما تراه مناسباً من الشروط.

٦- وقد تكون تلك التدابير مشمولة بالتوصية ٤٨ من الدليل التشريعي، التي تنص على أن تمنح المحكمة إعفاء إضافياً إلى أي إعفاء قد يكون منطبقاً بصورة تلقائية عند بدء إجراءات الإعسار (كالتدبير الذي تناوله التوصية ٤٦). ويتوقف ذلك الإعفاء الإضافي، حسبما ذلك في الحاشية الملحق بالتوصية ٤٨، على أنواع التدابير المتاحة في ولاية قضائية معينة والتدابير التي قد تكون مناسبة في إجراءات إعسار معينة.

٧- وقد تكون التدابير متاحة أيضاً على أساس مؤقت. وتتناول التوصية ٣٩ من الدليل التشريعي التدابير المؤقتة، محددة أنواع الإعفاء التي يمكن أن تكون متاحة "بناءً على طلب المدين أو الدائنين أو الأطراف الثالثة، عندما تكون هناك حاجة إلى الإعفاء من أجل حماية وصون قيمة موجودات المدين أو مصالح الدائنين في الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء الإجراءات".

٨- وقد ترد حماية مصالح دائني عضو المجموعة الموسر، المضمونين منهم وغير المضمونين، في أحكام الدليل التشريعي ذات الصلة؛ في التوصية ٥١، مثلاً، تتناول على وجه التحديد مسألة حماية الدائنين المضمونين وأسس الإعفاء من الوقف المنطبق عند بدء الإجراءات ويمكن

توسيع نطاقها لتشمل الدائنين المضمونين لعضو المجموعة الموسر. وثمة أسس أخرى للإعفاء من الوقف يمكن أن تتعلق بالوضع المالي للعضو الموسر وما لذلك الوقف من أثر مستمر في عملياته المالية وربما في إيساره.

٩- وعندما يكون الدائن المضمون في نفس الوقت عضواً آخر في مجموعة المنشآت ذاتها، قد يلزم اتباع نهج مغاير إزاء مسألة الحماية، خصوصاً عندما يسمح قانون الإعسار بدمج مطالبات الأشخاص ذوي الصلة أو إنزال مرتبتها (انظر أدناه).

باء- استخدام الموجودات والتصرف فيها

١٠- يبين الدليل التشريعي (انظر الفقرة ٧٤ من الفصل الثاني من الجزء الثاني) أنه مع أن من المستصوب، كمبدأ عام، ألا يتدخل قانون الإعسار بدون لزوم في حقوق ملكية الأطراف الثالثة أو مصالح الدائنين المضمونين، فإن تسيير إجراءات الإعسار كثيراً ما يقتضي مواصلة استخدام موجودات حوزة الإعسار وموجودات المدين المستخدمة في منشأته أو مواصلة التصرف فيها (بما في ذلك بواسطة رهنها) لكي يتسنى بلوغ الهدف من الإجراءات المعنية.

١١- وعندما تكون إجراءات الإعسار متعلقة بعضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، قد تنشأ مسائل تتعلق باستخدام موجودات تخص عضواً في المجموعة لا يكون خاضعاً لإجراءات الإعسار لدعم عمليات هؤلاء الأعضاء الجارية الخاضعة لتلك الإجراءات إلى حين الفصل في الإجراءات. وعندما تكون تلك الموجودات في حيازة واحد من أعضاء المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار، قد تكفي التوصية ٥٤ من الدليل التشريعي التي تتناول استخدام ما في حيازة المدين من موجودات مملوكة لطرف ثالث.

١٢- وإذا لم تكن تلك الموجودات في حيازة أي عضو من أعضاء المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار، لن تنطبق التوصية ٥٤ على وجه العموم. غير أنه قد تكون هناك حالات يُشمل فيها عضو المجموعة الموسر في إجراءات الإعسار وتكون فيها أحكام خطة إعادة تنظيم المجموعة شاملة لموجوداته. فإذا لم يكن عضو المجموعة الموسر مشمولاً بإجراءات الإعسار، تكون المسألة تتعلق بما إذا كان يمكن استخدام تلك الموجودات لدعم أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار، وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الشروط التي سيخضع لها ذلك الاستخدام. وقد يثير استخدام تلك الموجودات مسائل تتعلق بالإبطال،

خصوصا عندما يصبح العضو الداعم معسرا في وقت لاحق، كما يثير شواغل لدى دائني ذلك العضو.

جيم- التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

١٣- يسلّم الدليل التشريعي بأن لمواصلة تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار أهمية حاسمة لإعادة التنظيم وكذلك، وبدرجة أقل، للتصفية إذا كان من المزمع بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ويجب أن يتيّسّر للمدين، من أجل الحفاظ على أنشطة منشأته، الحصول على أموال لكي يتمكن من مواصلة دفع ثمن الإمدادات بالبضائع والخدمات الأساسية، بما في ذلك تكاليف العمل والتأمين والإيجار ودعم العقود وغيرها من نفقات التشغيل الأخرى، وكذلك التكاليف المتصلة بالمحافظة على قيمة الموجودات. بيد أن الدليل يذكر أن كثيرا من الولايات القضائية تفرض قيودا على توفير أموال جديدة في حالة الإعسار ولا تتناول بالتحديد مسألة التمويل الجديد أو أولوية سدادته في حالة الإعسار. ومن بين تلك القوانين التي تتناول التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، هناك قوانين قليلة جدا، إن وجدت، تتناول بالتحديد المسألة في سياق مجموعات المنشآت.

١٤- وتهدف التوصيات ٦٣-٦٨ من الدليل التشريعي إلى تعزيز توافر التمويل لكي يستمر عمل منشأة المدين أو بقاؤها. وتوفير الحماية لمقدمي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، وكذلك الحماية المناسبة للأطراف التي قد تتأثر حقوقها بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات.

١٥- وقد يكون التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أكثر أهمية في سياق المجموعة منه، في سياق الإجراءات الفردية. وإذا لم تتوافر أموال مستمرة فإن إمكانية إعادة تنظيم مجموعة المنشآت المعسرة أو بيع المجموعة كلها أو جزء منها كمنشأة عاملة تكون ضئيلة جدا كما أن الأثر الاقتصادي لذلك الإحفاق يحتمل أن يكون أكبر بكثير، وخاصة في المجموعات الكبيرة، مما يكون في حالة المدين المنفرد. ومن ثم فإن أسباب تعزيز توافر التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق المجموعة مماثل لحالة المدين المنفرد، مع أن من المحتمل أن تنشأ عدة مسائل تختلف عن المسائل المتعلقة بالمدين المنفرد. وقد تشمل هذه ما يلي: موازنة مصالح أعضاء مجموعة المنشآت المنفردين مع متطلبات إعادة تنظيم المجموعة ككل؛ وقيام الأعضاء الموسرين بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، وخاصة في الحالات التي قد تنشأ فيها مسائل السيطرة، كما في حالة كون العضو الموسر خاضعا لسيطرة المنشأة المعسرة الأم للمجموعة؛ ومعاملة المعاملات الجارية أساسا بين الأشخاص ذوي الصلة (انظر الفقرة (ي ي) من مسرد المصطلحات)؛ وقيام أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار بتوفير

التمويل؛ وإمكانية حدوث تضارب في المصالح بين احتياجات مختلف المدينين فيما يتعلق بالتمويل الجاري، في حال تعيين ممثل إعسار واحد لعدة أعضاء في المجموعة؛ واستصواب الحفاظ، في إجراءات الإعسار، على ما كان للمجموعة من هيكل تمويلي قبل بداية الإعسار، خصوصا عندما يكون ذلك الهيكل منطويا على رهن جميع موجودات المجموعة للحصول على تمويل يقدم من خلال كيان مركزي في المجموعة يتمتع بوظائف الخزنة.

١- توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من قبل عضو موسر في المجموعة

١٦- وفقا لما ذكر أعلاه، فإن من المسائل المتعلقة بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق مجموعة المنشآت هي ما إذا كان يمكن استخدام موجودات عضو موسر في المجموعة، عن طريق توفير مصلحة ضمانية أو كفالة مثلا، للحصول على التمويل لعضو معسر فيها من مصدر خارجي أو لتمويل العضو المعسر مباشرة، وما هي، في تلك الحالة، الآثار المترتبة على توصيات الدليل التشريعي المتعلقة بالأولوية والضمان. وقد تكون لعضو موسر في المجموعة مصلحة في الاستقرار المالي للمنشأة الأم أو لأعضاء آخرين في المجموعة أو للمجموعة ككل بغية كفالة استقراره المالي نفسه واستمرار منشأته. ويمكن لأنواع مختلفة من الكيانات الموسرة، مثل الكيانات الخاصة الغرض، التي توجد عليها التزامات قليلة ولديها موجودات قيّمة، أن تشترك في توفير كفالة أو مصلحة ضمانية.

١٧- بيد أن استخدام موجودات عضو موسر في المجموعة كأساس للحصول على التمويل لعضو معسر فيها يطرح عددا من الأسئلة وخاصة إذا كان من المحتمل أن يصبح ذلك العضو الموسر معسرا أو إذا أصبح معسرا فيما بعد. وبينما يقدم الكيان الموسر ذلك التمويل بناء على صلاحيته هو بمقتضى قانون شركات ذي صلة في سياق تجاري وليس بمقتضى قانون الإعسار، يمكن تنظيم آثار توفير التمويل ذلك عن طريق قانون الإعسار. وقد يطرح سؤال، على سبيل المثال، عما إذا كان يحق للمنشأة الفرعية الموسرة في المجموعة أن تكون لها الأولوية بمقتضى التوصية ٦٤ من الدليل التشريعي إذا وفرت التمويل لعضو معسر في المجموعة؛ أو ما إذا كانت المطالبة الناشئة عن تلك المعاملة ستعامل بصورة خاصة لأن المعاملات تمت بين أطراف ذات صلة بمقتضى التوصية ١٨٤؛ أو ما إذا كان يمكن اعتبار تلك المعاملة معاملة تفضيلية في أي إعسار لاحق للعضو الذي يوفر ذلك التمويل. وبمقتضى بعض القوانين، فإن من المحتمل أن يشكل توفير التمويل إحالة لموجودات ذلك الكيان الموسر إلى الكيان المعسر بما يعود بالقدر على دائني الكيان الموسر وعلى حملة أسهمه، وهو لذلك محظور.

١٨- ويمكن تذليل بعض الصعوبات المرتبطة بتوفير التمويل من جانب عضو موسر في المجموعة إذا ما عُولجت في سياق خطة لإعادة التنظيم يمكن لعضو المجموعة الموسر وكذلك لموفري التمويل أن يشاركوا فيها على أساس تعاقدى. بيد أنه بينما قد تكون هناك حالات يكون فيها هذا النهج مناسباً، فإن تطبيق متطلبات التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في أي مرحلة مبكرة من إجراءات الإعسار وقبل أن يتسنى التفاوض على خطة معينة وفي الحالات المتعلقة بالتصفية على أساس منشأة عاملة، حيث لا تكون هناك خطة لإعادة التنظيم، سيكون محدوداً.

١٩- وترسي التوصية ٦٣ من الدليل التشريعي الأساس للحصول على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات (أن يقرر ممثل الإعسار أن ذلك ضروري لاستمرار تشغيل منشأة المدين أو لكفالة ديمومتها أو للمحافظة على قيمة موجودات الحوزة أو تحسينها) والكيفية التي يؤذن به (من قبل المحكمة أو الدائنين). وتبقى تلك الاشتراطات ذات صلة في سياق مجموعة المنشآت؛ غير أنه بغية تجنّب الشك، يمكن أن يبيّن بوضوح أنه، في سياق مجموعة المنشآت، ينبغي تفسير التوصية ٦٣ على أنها تنطبق على توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لعضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار من قبل مقرض خارجي أو عضو موسر في المجموعة.

٢- توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من قبل عضو معسر في المجموعة

٢٠- لا يتناول الدليل التشريعي بصورة مباشرة توفير التمويل اللاحق من قبل عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار لعضو آخر خاضع لإجراءات الإعسار. وقد تكون هناك حاجة إلى مواصلة النظر في بعض الصعوبات القائمة بمقتضى القوانين القائمة حالياً والمرتبطة بالكيانات المعسرة التي تقترض الأموال وتقرضها بغية توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في تلك الحالة. فبمقتضى بعض قوانين الإعسار، على سبيل المثال، من المحتمل أن يثير توفير ذلك التمويل مسائل تتعلق بمسؤولية كل من موفر التمويل والمدين الذين يجري تمويله. ووفقاً لما يرد في الدليل التشريعي (الفقرة ٩٦ من الفصل الثاني من الجزء الثاني) تنص بعض قوانين الإعسار، على سبيل المثال، أنه عندما يقدم مقرض سلفة مالية إلى مدين معسر في الفترة السابقة لبدء الإجراءات، يمكن أن يكون ذلك المقرض مسؤولاً عن أي زيادة في التزامات الدائنين الآخرين أو قد تكون السلفة خاضعة للإبطال في أي إجراءات إعسار تالية باعتبارها معاملة تفضيلية. وفي أمثلة أخرى، يطلب من ممثل الإعسار أن يقترض الأموال مع ما يمكن أن ينطوي عليه ذلك من أمور تتعلق بالمسؤولية الشخصية عن السداد.

٢١- ورغم أنه قد يكون من المتوقع عموماً أن يكون عضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار غير قادر على توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لعضو آخر خاضع لتلك الإجراءات، قد تكون هناك ظروف تجعل ذلك ممكناً ومستصوباً على السواء، وخاصة عندما ينظر إلى المجموعة ككل. وطالما أن لتوفير ذلك التمويل تأثير على حقوق الدائنين القائمين لكلا العضوين، سواء كان أولئك الدائنون مضمونين أم غير مضمونين، فإنه يجب موازنته في مقابل توقع كون الحفاظ على قيمة المنشأة العاملة، من خلال استمرار تشغيل المنشأة، سيوفر منفعة لهؤلاء الدائنين في نهاية المطاف. وينبغي أيضاً تحقيق التوازن بين التضحية بعضو في المجموعة لمنفعة الأعضاء الآخرين وتحقيق نتيجة إجمالية أفضل لجميع الأعضاء. ومع أن من الصعب تحقيق ذلك الهدف، فإنه ينبغي أن يكون توزيعاً عادلاً للضرر الذي قد ينشأ عن ذلك التمويل اللاحق لبدء الإجراءات على المدى القصير سعياً إلى تحقيق كسب طويل الأمد، بدلاً من التضحية بعضو واحد (ودائنيه) لمنفعة الآخرين.

٢٢- وبغية تجنّب الشك، ينبغي أن يوضّح بأنه، في سياق مجموعة المنشآت، ينبغي تفسير التوصية ٦٣ باعتبارها تنطبق، إضافة إلى الظروف المذكورة أعلاه، على توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من قبل عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار لعضو آخر خاضع لإجراءات الإعسار.

(أ) تضارب المصالح

٢٣- توفير ذلك التمويل يثير مسائل تتعلق بإمكانية نشوء إجحاف وتضارب مصالح لا ينشأ في سياق المدين المنفرد. فتضارب المصالح قد ينشأ، مثلاً، عندما يعيّن ممثل إعسار واحد لإجراءات إعسار تتعلق بعدد من أعضاء المجموعة. وعلى سبيل المثال، قد يكون ممثل الإعسار للعضو الذي يوفر التمويل ممثل الإعسار أيضاً للعضو المتلقي للتمويل. ويمكن معالجة هذا الوضع بتعيين ممثل إعسار إضافي (يناقش أدناه، انظر الفقرات ٤٢-٤٦ من الوثيقة A/CN.9/WP.82/Add.3) سواء من أجل معالجة نزاع معين أو بصورة أعم، تحقيق توازن أفضل بين مصالح دائني مختلف أعضاء المجموعة.

(ب) الأولوية المسندة إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٢٤- تحدد التوصية ٦٤ من الدليل التشريعي الحاجة إلى تقرير الأولوية التي ستسند إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات ومستوى تلك الأولوية، أي قبل الدائنين العاديين غير المضمونين، بمن فيهم الذين لهم أولوية إدارية. وبينما توفر الأولوية حافزاً مهماً لتوفير ذلك

التمويل، ربما كان الدافع المطلوب في سياق المجموعة مختلف قليلا عنه في حالة المدين المنفرد. وقد يكون لموفر المجموعة الذي يوفر التمويل صلة اهتمام خاص بنتيجة الإعسار بالنسبة إلى المجموعة ككل (بمن فيهم ذلك العضو) أكثر منه بالنسبة إلى اعتبارات الربح أو المكاسب القصيرة الأمد. وفي مثل هذه الظروف، قد يكون من الضروري النظر فيما إذا كان مستوى الأولوية الموصى به في الدليل التشريعي مناسباً. وقد يرى أن الأولوية نفسها ستكون مناسبة، إذ يجب أن تكون هناك حوافز لتوفير التمويل، وأن الأولوية ستوفر حماية أكبر لدائني موفر التمويل. وقد يرى كذلك أنه بسبب طبيعة معاملة الطرف ذي الصلة وسياق المجموعة (بما في ذلك الاهتمام الشخصي لموفر التمويل بنتيجة إجراءات الإعسار بالنسبة إلى المجموعة ككل)، ينبغي إسناد أولوية أدنى لحماية مصالح الدائنين بصورة أعم وتحقيق توازن بين مصالح دائني موفر التمويل ومصالح عضو المجموعة الذي يتلقى التمويل. وأياً كان النهج المتبع، فإن من المستصوب أن يمنح قانون الإعسار أولوية لذلك الإقراض ويحدد المستوى المناسب.

(ج) منح ضمان بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٢٥- تتناول التوصيات ٦٥-٦٧ من الدليل التشريعي مسائل تتصل بمنح ضمان بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات وتنطبق بصورة عامة في سياق مجموعة المنشآت. فمنح مصلحة ضمانية من النوع المشار إليه في التوصية ٦٥ من قبل عضو مجموعة خاضع لإجراءات الإعسار بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لعضو آخر خاضع لإجراءات الإعسار يمكن تمييزه عن معاملة التمويل نفسها بين مقرض خارجي ومدين منفرد. أما في سياق المجموعة، فيقوم عضو المجموعة بمنح الضمان على موجوداته غير المرهونة ولكنه لا يتلقى بصورة مباشرة منفعة من التمويل اللاحق لبدء الإجراءات ويحتل أن ينخفض قيمة الموجودات المجمعة المتاحة لدائنيه. بيد أنه يمكنه أن يجني منفعة غير مباشرة في سياق المجموعة عندما ييسر توفير التمويل حلاً أفضل لإعسار المجموعة ككل كما أنه، وفقاً لما ذكر أعلاه، سيعوض أي ضرر قصير الأمد بالمكسب الطويل الأمد للدائنين، بمن فيهم دائنوه هو نفسه. أما العضو الذي يتلقى التمويل فيجني منفعة مباشرة ولكنه يزيد من مديونيته مع احتمال إلحاق الضرر بدائنيه، مع أنهم ينبغي أن يستفيدوا هم أيضاً على المدى الطويل.

٢٦- وبغية تحقيق التوازن بين مصالح دائني موفر التمويل ودائني عضو المجموعة الذي يتلقى التمويل، قد يكون من المستصوب، فيما يتعلق بالتوصية ٦٥، أن يطلب من الدائنين المضمونين أن يوافقوا على منح تلك المصلحة الضمانية أو أن يكون من الواجب تعويض الضرر الذي سيلحق بالمدينين بالمنفعة التي ستجني من منح المصلحة الضمانية. وترتبط مسألة

الضرر أو المنفعة بتقرير ضرورة التمويل اللاحق لبدء الإجراءات والإذن به عملاً بالتوصية ٦٣، ومن ثم فإن من المستصوب أن يكون الأشخاص المسؤولون بمقتضى التوصية مسؤولين أيضاً عن اتخاذ القرار المتعلق بالضرر واتساقاً مع التوصية ٦٣ يمكن أن يكون ذلك الشخص هو ممثل الإعسار مع إمكانية طلب الإذن أيضاً من الدائنين أو المحكمة.

٢٧- ونظراً إلى أن التمويل الجديد يمكن أن يكون مطلوباً بصورة عاجلة إلى حد ما من أجل كفالة استمرار المنشأة، فإن من المستصوب إبقاء عدد الأذون اللازمة في أدنى حد. ويناقش الدليل التشريعي (انظر الفقرتين ١٠٥ و ١٠٦ من الفصل الثاني من الجزء الثاني) مزايا ومساوئ الاعتبارات المختلفة المتعلقة بالإذن الذي ينطبق أيضاً في سياق المجموعة. ويمكن أن يضاف إلى ذلك ما مؤداه أنه لما كان من المحتمل أن تكون المسائل التي تحتاج إلى تقرير أكثر تعقيداً في ذلك السياق، إذ تشمل كما هي الحال عدداً أكبر من الأطراف والعلاقات المتبادلة المعقدة، فإن من الأرجح أن يكون ممثلو إعسار أعضاء المجموعة المعنيين هم من يكونون في أفضل وضع لتقييم تأثير ترتيب التمويل المقترح بنفس القدر الذي يكونون فيه فيما يتعلق بتقرير الحاجة إلى تمويل جديد وفقاً للتوصية ٦٣. بيد أنه إذا اعتبر أن إشراك الدائنين أو المحاكم مستصوباً، فإنه ينبغي ألا يغرب عن البال أن مسائل التأخير يمكن أن تواجه حيث يوجد عدد أكبر من الدائنين الذين يتعين استشارتهم أو حيث لا تكون المحكمة قادرة على اتخاذ قرارات عاجلة.

٢٨- وحيثما يعتبر أن من المستصوب إيلاء المصلحة الضمانية الممنوحة لضمان التمويل الجديد أولوية تسبق مصلحة ضمانية قائمة بشأن الموجودات ذاتها، حسبما هو متوقع في التوصية ٦٦، فإن التدابير المطبقة بمقتضى تلك التوصية والتوصية ٦٧ تنطبق في سياق المجموعة.

(د) تقديم كفالة أو ضمانات أخرى بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٢٩- قيام عضو في المجموعة بمنح كفالة بشأن دفع تمويل جديد لعضو آخر ليس وضعاً ينشأ في حالة المدين المنفرد ومن ثم لم يعالج في الدليل التشريعي. بيد أنه لما كانت الاعتبارات التي تنشأ مماثلة لتلك التي جرت مناقشتها أعلاه فيما يتعلق بمنح مصلحة ضمانية، قد يكون من المناسب اعتماد النهج ذاته، أي طلب موافقة الدائنين أو التقرير بأن الضرر المحتمل سيعوض بالمنطقة التي ستُجنى.

التوصيات

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات المقدم إلى مجموعات المنشآت هو كما يلي:

- (أ) تيسير التمويل الذي يراد الحصول عليه من أجل كفالة استمرار تشغيل منشأة أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار أو ديمومتها أو من أجل المحافظة على قيمة موجودات حوزات أولئك الأعضاء أو تحسينها؛
- (ب) تيسير توفير التمويل من قبل أعضاء مجموعة المنشآت، بمن فيهم الأعضاء الخاضعون لإجراءات الإعسار؛
- (ج) تأمين الحماية المناسبة لمواري التمويل اللاحق لبدء الإجراءات وللأطراف التي قد تتأثر حقوقها بتوفير ذلك التمويل؛
- (د) تعزيز الهدف المتمثل في توزيع المنفعة والضرر على جميع أعضاء المجموعة.

مضمون الأحكام التشريعية

توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من قبل عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار ١٠ - ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لعضو مجموعة المنشآت الخاضع لإجراءات الإعسار بما يلي:

- (أ) أن يقدم التمويل اللاحق لبدء الإجراءات إلى أعضاء مجموعة المنشآت الآخرين الخاضعين لإجراءات الإعسار؛
- (ب) أن يرهن موجوداته كضمان للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات الموفر لأعضاء مجموعة المنشآت الآخرين الخاضعين لإجراءات الإعسار؛
- (ج) أن يقدم كفالة أو ضماناً أخرى بسداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات الذي حصل عليه أعضاء مجموعة المنشآت الآخرون الخاضعون لإجراءات الإعسار، شريطة أن يقرر ممثل إعسار العضو الذي يقدم التمويل أو يرهن موجوداته أو يوفر الكفالة أن ذلك ضروري لاستمرار تشغيل عضو مجموعة المنشآت ذاك أو لكفالة ديمومتها أو للمحافظة على قيمة حوزة عضو مجموعة المنشأة ذلك أو تحسينها. وقد يقتضي قانون

الإعسار أن تأذن المحكمة بذلك أو أن يقبل بذلك دائنو عضو المجموعة المقترض أو الراهن أو الكافل.

الأولوية المسندة إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

١١- يجوز أن يحدد قانون الإعسار الأولوية التي ينبغي أن تطبق على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات الذي يوفره عضو في مجموعة المنشآت خاضع لإجراءات الإعسار لعضو آخر في المجموعة خاضع أيضا لإجراءات الإعسار. وحيثما لا يحدد قانون الإعسار الأولوية، ينبغي أن يؤذن للمحكمة بتقرير تلك الأولوية.

منح ضمان بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

١٢- ينبغي أن يحدد قانون الإعسار أنه يجوز منح مصلحة ضمانية من النوع المشار إليه في التوصية ٦٥ من الدليل التشريعي من قبل عضو في مجموعة المنشآت خاضع لإجراءات الإعسار لسداد تمويل لاحق لبدء الإجراءات مقدّم إلى عضو آخر في المجموعة خاضع أيضا لإجراءات الإعسار، شريطة قبول الدائنين أو اتخاذ قرار وفقا لقانون الإعسار بأن أي ضرر يلحق بالدائنين سيعوض بالمنفعة التي ستُجنى من منح المصلحة الضمانية.^(١)

تقديم كفالة أو ضمانات أخرى بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

١٣- ينبغي أن يحدد قانون الإعسار أنه يجوز لعضو في مجموعة المنشآت خاضع لإجراءات الإعسار أن يقدم كفالة أو ضمانات أخرى بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات الذي حصل عليه عضو آخر في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار، شريطة قبول الدائنين أو اتخاذ قرار وفقا لقانون الإعسار بأن أي ضرر يلحق بالدائنين سيعوض بالمنفعة التي ستُجنى من تقديم الكفالة أو الضمانات الأخرى بشأن التسديد.

دال - إجراءات الإبطال

٣٠- التوصيات ٨٧-٩٩ من الدليل التشريعي المتعلقة بالإبطال تنطبق عموما على إبطال المعاملات في سياق مجموعة المنشآت، وإن كانت هناك اعتبارات إضافية قد تنطبق على

(١) تبين التوصيات ٦٦ و ٦٧ من الدليل التشريعي الضمانات التي ينبغي تطبيقها على منح مصلحة ضمانية من أجل تأمين التمويل اللاحق لبدء الإجراءات وتنطبق تلك الضمانات على منح مصلحة ضمانية في سياق مجموعة المنشآت.

المعاملات بين أعضاء المجموعة. وقد يلزم إنفاق الكثير من الوقت والمال لتفكيك التشابك بين أنواع المعاملات داخل المجموعة من أجل تحديد المعاملات الخاضعة للإبطال، إن وجدت. فبعض المعاملات التي قد تبدو تفضيلية أو منقوصة القيمة فيما بين الأطراف المباشرة يمكن أن تُرى على نحو مغاير عندما يُنظر إليها في السياق الأوسع لمجموعة وثيقة الاندماج، حيث يمكن أن تكون منافع المعاملات ومضارها موزعة على نحو أعم. وقد تنطوي تلك المعاملات على أحكام وشروط مختلفة عن نفس العقود التي تبرمها أطراف تجارية غير ذات صلة بموجب شروط تجارية عادية، كالعقود المبرمة لغرض التسعير التحويلي على سبيل المثال.⁽²⁾ وبالمثل، ثمة معاملات مشروعة تجري داخل المجموعة ربما لا تكون مجدية تجارياً خارج نطاقها إذا ما حُللت منافعها ومضارها على أسس تجارية طبيعية.

٣١- وقد تمثل المعاملات داخل المجموعة تعاملات تجارية بين أعضائها؛ أو توصيلاً للأرباح من المنشأة الفرعية إلى المنشأة الأم؛ أو قروضا من أحد الأعضاء إلى عضو آخر دعماً لاستمرار النشاط التجاري للعضو المقترض؛ أو إحالة موجودات وتوفير كفالات بين أعضاء المجموعة؛ أو مدفوعات من أحد أعضاء المجموعة إلى دائن عضو منتسب إلى المجموعة ذاتها؛ أو كفالة أو تقديم رهن عقاري من أحد أعضاء المجموعة دعماً لقرض مقدّم من طرف خارجي إلى عضو آخر في المجموعة؛ أو معاملات متنوعة أخرى. وربما تكون المجموعة قد درّجت على استخدام جميع الأموال والموجودات المتاحة في المجموعة أفضل استخدام تجاري ممكن لخدمة مصالح المجموعة ككل، بدلاً من استخدامها لمنفعة عضو المجموعة المنفرد الذي تخصه تلك الأموال والموجودات. وقد يشمل هذا ضخ النقود من المنشآت الفرعية إلى عضو المجموعة الممول. ومع أن هذا قد لا يخدم دائماً مصلحة الشركة الفرعية على أفضل وجه، فإن بعض القوانين تسمح لمديري المنشآت الفرعية المملوكة بالكامل، مثلاً، بالتصرف على هذا النحو، شريطة أن يخدم مصالح المنشأة الأم على أفضل وجه.

٣٢- وبعض المعاملات التي تحدث في سياق المجموعة قد يتبيّن بوضوح أنها تندرج ضمن فئات المعاملات الخاضعة للإبطال. بمقتضى التوصية ٨٧ من الدليل التشريعي. وثمة معاملات أخرى قد لا تندرج بنفس القدر من الوضوح ضمن نطاق التوصية ٨٧، وقد تثير مسائل تتعلق بمدى تشغيل المجموعة كمنشأة واحدة ومدى امتزاج موجودات أعضاء المجموعة

(2) يشير التسعير التحويلي إلى تسعير البضائع والخدمات داخل المؤسسات المتعددة الشعب. فقد تباع بضائع من شعبة الإنتاج إلى شعبة التسويق، أو قد تُباع بضائع من شركة أم إلى شركة فرعية أجنبية. ويؤثر اختيار أسعار التحويل على اقتسام مجموع الأرباح فيما بين أجزاء الشركة وقد يكون من المفيد اختيار هذه الأسعار حتى يتسنى، على مستوى مسك الحسابات، تحقيق معظم الأرباح في البلد ذي الضرائب المنخفضة.

والتزامهم، مما يمكن أن يؤثر في طبيعة المعاملات فيما بين الأعضاء والدائنين الخارجيين. وقد تكون هناك أيضا معاملات ليست مشمولة بشروط أحكام الإبطال. فعلى سبيل المثال، تنص بعض قوانين الإعسار على إبطال المدفوعات التفضيلية إلى دائني المدين ولكن ليس إلى دائني عضو ذي صلة في المجموعة، إلا إذا جرى الدفع بمقتضى كفالة، مثلا. ومن المستصوب أن يشمل قانون الإعسار هذه العوامل كمسألة ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار لدى تقرير ما إذا كانت معاملة معينة بين أعضاء المجموعة ستكون خاضعة للإبطال. بمقتضى التوصية ٨٧.

٣٣- وهناك مسألة قد تقتضي الحاجة أن يُنظر إليها في سياق المجموعة، وهي ما إذا كان هدف أحكام الإبطال هو حماية المعاملات التي تتم داخل المجموعة لمصلحة المجموعة ككل أو إخضاعها لتمحيص دقيق بسبب العلاقة بين أعضاء المجموعة. وقد تكون المعاملات فيما بين أعضاء المجموعة مشمولة بأحكام قانون الإعسار التي تتناول المعاملات بين الأشخاص ذوي الصلة. ويعرّف الدليل التشريعي "الشخص ذا الصلة" بأنه يشمل الأعضاء في مجموعة المنشآت من قبيل المنشأة الأم لعضو المجموعة المعسر الذي بدأت إجراءات الإعسار ضده أو أي منشأة متفرعة عنه أو شريكة له أو منتسبة إليه، أو الشخص، بما فيه الشخص الاعتباري الذي يسيطر على المدين أو كان يسيطر عليه. وكثيرا ما تكون تلك المعاملات خاضعة، بمقتضى قانون الإعسار، لقواعد إبطال أشد صرامة مما تخضع له المعاملات الأخرى، خصوصا فيما يتعلق بطول فترات الاشتباه، وكذلك فيما يتعلق بالافتراضات أو عكس أعباء الإثبات تسهيلات لإجراءات الإبطال، والاستغناء عن الاشتراطات بأن يكون المدين معسرا وقت المعاملة أو قد أصبح معسرا نتيجة لها. ويمكن تسويق الأخذ بقواعد أشد صرامة على أساس أن تلك الأطراف يرجح جدا أن تتمتع بالحماية أو أن تكون أول من يعلم بالوقت الذي يصبح فيه المدين، حقا، في ضائقة مالية.

٣٤- وتتناول التوصية ٩٧ العناصر الواجب إثباتها من أجل إبطال معاملة معينة ووسائل الدفاع، وقد يكون من المناسب النظر في كيفية تطبيقها في سياق المجموعة وفيما إذا كان من الضروري اتباع نهج مختلف. ومن النهج التي يمكن اتباعها في تناول مسألة عبء الإثبات في حالة المعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة، مثلا، أن يُنص على أن عنصر القصد أو سوء النية الذي يجب توافره يُعتبر أو يُفترض أنه قد توفّر عندما يُضطلع بأنواع معينة من المعاملات أثناء فترة الاشتباه، وعلى أن الطرف المقابل في المعاملة يتحمل عبء إثبات العكس. وفي سياق مجموعات المنشآت، أرست بعض القوانين افتراضا قابلا للدحض مفاده أن المعاملات فيما بين أعضاء المجموعة والمساهمين في تلك المجموعة تلحق ضررا بالدائنين، ومن ثم فهي خاضعة للإبطال. وهناك نهج آخر هو الاعتراف، حسبما ذكر أعلاه، بأن المعاملات التي تتم

داخل المجموعة، مع أنها لا تكون مجدية من الناحية التجارية إذا تمت خارج سياق المجموعة، هي شرعية على العموم، خصوصاً عندما تتم ضمن حدود القانون المنطبق وضمن سياق العمل العادي لأعضاء المجموعة المعنيين، ولكن ينبغي مع ذلك إخضاعها لتمحيص دقيق (بنفس الطريقة التي أوصي بها بشأن مطالبات الأشخاص ذوي الصلة في التوصية ١٨٤ من الدليل التشريعي). وتسمح بعض القوانين أيضاً بإخضاع مطالبات عضو المجموعة ذي الصلة لمعاملة خاصة وإرجاء حقوق أعضاء المجموعة ذوي الصلة ضمن إطار ترتيبات الديون داخل المجموعة أو جعلها أدنى مرتبة من حقوق الدائنين الخارجيين لأعضائها المعسرين. وفيما يتعلق ببدء إجراءات الإبطال، قد يكون لدرجة اندماج المجموعة أيضاً تأثير شديد على قدرة الدائنين على تحديد هوية أعضاء المجموعة الذين تعاملوا معهم، عندما يسمح لهم قانون الإعسار ببدء إجراءات الإبطال.

٣٥- وتتضمن التوصية ٩٣ نصاً محدوداً بشأن السماح للدائن ببدء إجراءات الإبطال بموافقة ممثل الإعسار أو بموافقة المحكمة. وفي سياق المجموعة، قد يكون لدرجة اندماج المجموعة تأثير شديد في قدرة الدائنين على تحديد هوية عضو المجموعة الذي تعاملوا معه ومن ثم توفير المعلومات الضرورية لبدء إجراءات الإبطال.

التوصيات

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من أحكام الإبطال هو كما يلي:

- (أ) إعادة تكوين سلامة الحوزة وكفالة المعاملة المنصفة للدائنين؛
- (ب) توفير اليقين للأطراف الثالثة بإرساء قواعد واضحة بشأن الظروف التي يمكن فيها للمعاملات التي تجرى قبل بدء إجراءات الإعسار وتشمل المدينين وموجودات المدينين أن تعتبر ضارة ومن ثم تخضع للإبطال؛
- (ج) تمكين بدء الإجراءات من إبطال تلك المعاملات؛
- (د) تيسير استرداد الأموال أو الموجودات من الأشخاص المشتركين في المعاملات التي تم إبطالها.

مضمون الأحكام التشريعية

المعاملات القابلة للإبطال

١٤- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه قد يجدر بالحكمة، لدى النظر فيما إذا كان ينبغي إبطال أي معاملة من النوع المشار إليه في التوصية ٨٧ (أ) أو (ب) أو (ج) من الدليل التشريعي جرت بين أشخاص ذوي صلة في سياق مجموعة منشآت، أن تراعي ظروف مجموعة المنشآت التي جرت فيها المعاملة. ويمكن أن تشمل تلك الظروف: درجة التكامل بين أعضاء مجموعة المنشآت الذين هم أطراف في المعاملة؛ وغرض المعاملة؛ وما إذا كانت المعاملة قد أعطت أعضاء المجموعة مزايا ما كانت تعطى في الظروف الطبيعية بين أطراف ليست ذات صلة.

عناصر الإبطال والدفع

١٥- يجوز أن يحدد قانون الإعسار الطريقة التي ستطبق بها العناصر المشار إليها في التوصية ٩٧ من الدليل التشريعي على إبطال معاملات في سياق إجراءات الإعسار فيما يتعلق بعضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت.⁽³⁾

هاء- إنزال مرتبة الأولوية

٣٦- ينص الدليل التشريعي (انظر الفقرة ٥٦ في الفصل الخامس من الجزء الثاني) على أن إنزال المرتبة يشير إلى إعادة ترتيب أولويات الدائنين في سياق الإعسار ولا يتعلق بصحة المطالبة أو مشروعيتها. إذ يمكن إنزال مرتبة مطالبة ما، على الرغم من صحتها، بسبب اتفاق طوعي أو أمر قضائي. وثمة نوعان من المطالبات يمكن عادة إنزال مرتبتها في سياق الإعسار، هما مطالبات الأشخاص ذوي الصلة بالمدين ومطالبات مالكي المنشأة المدينة وأصحاب أسهمها.

١- مطالبات الأشخاص ذوي الصلة

٣٧- في سياق مجموعات المنشآت، يمكن أن يعني إنزال مرتبة مطالبات الأشخاص ذوي الصلة، مثلاً، جعل حقوق أعضاء المجموعة ضمن إطار ترتيباتها الداخلية أدنى مرتبة من حقوق الدائنين الخارجيين لأعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار.

(3) أي العناصر التي ينبغي إثباتها من أجل إبطال معاملة، وعبء الإثبات، ووسائل الدفاع المحددة في مواجهة الإبطال، وتطبيق افتراضات خاصة.

٣٨- ومثلما ذكر أعلاه، يشمل تعبير "الشخص ذو الصلة"، حسبما هو مستخدم في الدليل التشريعي، أعضاء مجموعة المنشآت. وبمجرد وجود علاقة خاصة لدائن ما بالمدين، بما في ذلك، ضمن سياق المجموعة، كونه عضواً آخر في المجموعة ذاتها، قد لا يكون كافياً وحده في جميع الحالات، لتسوية إيلاء معاملة خاصة لمطالبة ذلك الدائن. ففي بعض الحالات، تتسم هذه المطالبات بالشفافية التامة وينبغي أن تُعامل على نفس النحو الذي تعامل به المطالبات المماثلة المقدّمة من الدائنين الذين ليسوا أشخاصاً ذوي صلة؛ أما في حالات أخرى فيمكن أن تثير شبهات وتستحق بالتالي عناية خاصة. وقد يجدر بقانون الإعسار أن يتضمن آلية لتحديد تلك الأنواع من التصرفات أو الحالات التي تستحق فيها المطالبات عناية إضافية. وثمة اعتبارات مماثلة تنطبق، حسبما ذكر أعلاه، فيما يتعلق بإبطال المعاملات التي تجري فيما بين أعضاء مجموعة المنشآت.

٣٩- ويحدّد الدليل التشريعي عدة حالات يمكن فيها تسوية إيلاء معاملة خاصة لمطالبة الشخص ذي الصلة (مثلاً، عندما يعاني المدين من نقص شديد في رأس المال وعندما تكون هناك شواهد على المتاجرة الذاتية). وفي سياق المجموعات، ثمة اعتبارات إضافية يمكن أن تشمل، فيما بين المنشآت الأم والشركة الفرعية الخاضعة لسيطرتها، مدى مشاركة المنشأة الأم في إدارة المنشأة الفرعية؛ أو ما إذا كانت المنشأة الأم قد سعت إلى التلاعب بالمعاملات داخل المجموعة لمصلحتها هي على حساب الدائنين الخارجيين؛ أو إذا كانت الشركة الأم قد تصرفت على نحو مجحف آخر، مما ألحق الضرر بدائني عضو المجموعة الخاضع لسيطرتها أو أصحاب أسهمه. وبمقتضى بعض القوانين، يمكن أن يؤدي وجود تلك الظروف إلى قيام المنشأة الأم بإنزال مرتبة مطالباتها دون مرتبة مطالبات الدائنين غير المضمونين أو حتى مطالبات أصحاب أسهم الأقلية في المنشأة الخاضعة لسيطرتها.

٤٠- ويتضمن بعض القوانين نهجاً أخرى إزاء المعاملات فيما بين أعضاء المجموعة، مثل السماح بإنزال مرتبة الديون الواقعة على كاهل عضو المجموعة الذي اقترض الأموال. بمقتضى ترتيب إقراضي داخل المجموعة إنزالاً غير طوعي دون مرتبة حقوق الدائنين الخارجيين لذلك العضو المقترض؛ أو السماح للمحكمة بمراجعة الترتيبات المالية داخل المجموعة لتقرير ما إذا كان ينبغي معاملة ما يعطى لأحد أعضاء المجموعة من أموال معيّنة على أنها مساهمة في رأس المال لا كقرض، عندما يجعل القانون المساهمات في رأس المال أدنى مرتبة من مطالبات الدائنين (فيما يتعلق بمعاملة الأسهم الرأسمالية، انظر أدناه)؛ أو السماح بإنزال مرتبة المطالبات فيما بين أعضاء المجموعة إنزالاً طوعياً دون مرتبة الدائنين الخارجيين.

٤١- وقد تكون النتيجة العملية للأمر بإنزال المرتبة في سياق مجموعات المنشآت هو تخفيض أي سداد إلى أعضاء المجموعة الذين أنزلت مرتبة مطالبهم أو إسقاطه فعليا إذا كانت مطالبات الدائنين الخارجيين المضمونين وغير المضمونين كبيرة بالنسبة للأموال المتاحة للتوزيع. وفي بعض الحالات، قد يؤدي هذا إلى زعزعة قدرة عضو المجموعة التي أنزلت مرتبة مطالبته على البقاء، وإلحاق الضرر لا بدائنيه فحسب بل أيضا بأصحاب أسهمه، وكذلك بالمجموعة ككل، في حالة إعادة التنظيم. وقد يكون من تأثير اعتماد سياسة إنزال مرتبة تلك المطالبات تثبيط الإقراض داخل المجموعة.

٢- معاملة الأسهم الرأسمالية

٤٢- ينص الدليل التشريعي (الفقرة ٧٦ من الفصل الخامس من الجزء الثاني) على أن قوانين إعسار عديدة تميز بين مطالبات المالكين ومطالبات حائزي الأسهم الرأسمالية التي قد تنشأ عن قروض مقدّمة إلى المنشأة المدينة أو عن فوائد ملكيتهم في المنشأة المدينة. ففيما يتعلق بالمطالبات الناشئة عن فوائد الأسهم الرأسمالية، يعتمد العديد من قوانين الإعسار قاعدة عامة وهي أنّ مالكي المنشأة وحائزي الأسهم فيها لا يستحقون توزيع عائدات الموجودات إلى أن تسدد بالكامل جميع المطالبات الأخرى الأعلى مرتبة من حيث الأولوية (بما فيها المطالبات المتعلقة بالفوائد المتراكمة بعد بدء الإجراءات). وبالتالي، قلّما تتلقى هذه الأطراف أيّ توزيع يتعلق بفوائد أسهمهم في المنشأة المدينة. وفي حال القيام بعملية توزيع، فإنّها تتم عموما وفقا لتحديد مراتب الأسهم المبين في قانون الشركة وميثاق تأسيسها. غير أنّ المطالبات بالديون، ومنها تلك المتعلقة بالقروض، لا تُعامل دائما باعتبارها أدنى مرتبة.

٤٣- وثمة قوانين إعسار قليلة تتناول إنزال مرتبة المطالبات المتعلقة بالأسهم الرأسمالية في سياق مجموعة المنشآت. والقوانين التي تنص ذلك تسمح للمحاكم بمراجعة الترتيبات المالية داخل المجموعة لتقرير ما إذا كانت الأموال المعينة التي تعطى لعضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار ينبغي أن تعامل كمساهمة في رأس المال لا كقرض داخلي في المجموعة، مما يمكنها من أن تحل في مرتبة تلي مرتبة مطالبات الدائنين. ومن المرجح أن تعامل تلك الأموال كأسهم رأسمالية إذا كانت نسبة الدين إلى الأسهم الرأسمالية عالية قبل المساهمة بتلك الأموال وقبل أن تخفض الأموال تلك النسبة؛ وإذا كانت أسهم رأس المال المدفوعة بالكامل غير كافية؛ وإذا كان من غير المحتمل أن يقدّم دائن خارجي قرضا في الظروف ذاتها؛ وإذا كانت الشروط التي قدّمت السلفة على أساسها غير معقولة ولم يكن من المتوقع بصورة معقولة سدادها.

٤٤- ويناقش الدليل التشريعي إنزال المرتبة في سياق معاملة المطالبات والأولويات ولكنه لا يوصي بإنزال مرتبة أي نوع معين من المطالبات. بمقتضى قانون الإعسار، بل يلاحظ فقط أن المطالبات التي أنزلت مرتبتها تحل في المرتبة التالية لمرتبة مطالبات الدائنين العاديين غير المضمونين (التوصية ١٨٩).

[تنص الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.82 على مقدمة لمجموعات المنشآت: فالإضافة Add.1 تتناول تطبيق إجراءات الإعسار وبدئها (الطلبات المشتركة والتنسيق الإجرائي)؛ والإضافة Add.3 تتناول سبل الانتصاف (توسيع المسؤولية وأوامر المساهمة والإدماج الموضوعي) والمشاركون (مثل إعسار وحيد) وخطط إعادة التنظيم؛ والإضافة Add.4 تتناول المسائل الدولية.]