

Distr.: Limited
10 February 2010
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الثامنة والثلاثون
نيويورك، ١٩-٢٣ نيسان/أبريل ٢٠١٠

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار

الجزء الثالث

معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار

أولاً- السمات العامة لمجموعات المنشآت

ثانياً- معالجة إعسار مجموعات المنشآت: المسائل الوطنية

مذكّرة من الأمانة

١- تتضمن هذه المذكرة مشروع التعليق ومشاريع التوصيات الخاصة بالجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار. ويمثل التعليق والتوصيات صيغة منقّحة للنص الذي ورد سابقاً في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.90 والإضافة Add.1، مع تنقيحها بالاستناد إلى تقرير الفريق العامل الخامس عن أعمال دورته السابعة والثلاثين، المعقودة في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٩ (A/CN.9/686).

٢- وتتناول الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.92 معاملة مجموعات المنشآت في السياق الوطني، بينما تتناول الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 السياق الدولي. أما الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2، فهي مقدمة إلى الفريق العامل للعلم والنظر، وهي تتضمن بعض الملحوظات الإيضاحية التي يراد بها توضيح التنقيحات التي أدخلت على مشاريع التوصيات، تسهيلاً للمناقشة وطرح مسائل لينظر فيها الفريق العامل؛ ولا يراد من محتوى A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 أن يشكل جزءاً من نص الجزء الثالث من الدليل التشريعي.



المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	٢-١	أولا- مقدّمة الجزء الثالث.....
٣	٣	الغرض من الجزء الثالث
٤	٤	مسرد المصطلحات
٤	٣٩-١	أولا- السمات العامة لمجموعة المنشآت.....
٤	٥-١	ألف- مقدمة
٦	١٦-٦	باء- طبيعة مجموعة المنشآت
١٢	٢٥-١٧	جيم- دواعي مباشرة الأعمال التجارية من خلال مجموعة منشآت.....
١٦	٣٠-٢٦	دال- تعريف "مجموعة المنشآت" - الملكية والسيطرة.....
١٨	٣٩-٣١	هاء- تنظيم مجموعات المنشآت.....
٢٠	١٥٢-١	ثانيا- معالجة إعسار مجموعات المنشآت: المسائل الوطنية
٢٠	٤-١	ألف- مقدمة
٢٢	٣٧-٥	باء- طلب الإجراءات وبدؤها.....
٣٦	٩١-٣٨	جيم- معاملة الموجودات عند بدء إجراءات الإعسار.....
٥٧	١٣٧-٩٢	دال- سبل الانتصاف.....
٧٩	١٤٥-١٣٨	هاء- المشاركون
٨٤	١٥٢-١٤٦	واو- إعادة تنظيم عضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت

الجزء الثالث

معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار

مقدمة الجزء الثالث

١- يركّز الجزء الثالث على معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار. ويتناول هذا الجزء الحالات التي قد يلزم فيها اتباع نهج مغاير للنهج المتبع في الجزء الثاني فيما يتعلق بمسألة معينة تمس مجموعات المنشآت، أو الحالات التي تثير فيها معاملة مجموعات المنشآت مسائل أخرى غير المسائل التي يناقشها الجزء الثاني. وإذا كان تناول أي مسألة في سياق مجموعات المنشآت ممثلاً لما نوقش أعلاه، فإن هذا الجزء لا يكرر تناولها. ومن ثم فإن مضمون الجزء الثاني ينطبق على مجموعات المنشآت ما لم يُذكر خلاف ذلك في هذا الجزء.

٢- ويتناول الفصل الأول السمات العامة لمجموعات المنشآت. أما الفصل الثاني فيتناول إعسار أعضاء المجموعة في سياق وطني، ويقترح عدداً من التوصيات المكتملة لتوصيات الجزء الثاني، متى نشأت مسائل إضافية بفعل سياق المجموعات. وأما الفصل الثالث فيتناول إعسار مجموعات المنشآت عبر الحدود، استناداً إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (قانون الإعسار)، الذي يتصل بإجراءات الإعسار عبر الحدود فيما يتعلق بعضو منفرد في مجموعة ولكنه لا يتناول المسائل المرتبطة بإعسار أعضاء المجموعة المختلفين في دول مختلفة، واستناداً إلى دليل الأونسيترال بشأن الممارسات المتعلقة بالتعاون في ميدان الإعسار عبر الحدود (دليل الممارسات).

الغرض من الجزء الثالث

٣- الغرض من هذا الجزء هو السماح، في السياقين الوطني والعابر للحدود على السواء، بمعاملة إجراءات إعسار عضو أو أكثر من أعضاء مجموعة منشآت في سياق مجموعة المنشآت بغية معالجة المسائل التي تخص إجراءات الإعسار المتعلقة بتلك المجموعات وتحقيق نتيجة أفضل وأكثر فعالية لمجموعة المنشآت ككل ولدائتيها، ولا سيما ابتغاء ما يلي:

(أ) تعزيز الأهداف الرئيسية للتوصية ١؛

(ب) معالجة حالات إجراءات الإعسار عبر الحدود المتعلقة بأعضاء مجموعة

المنشآت في سياق التوصية ٥ معالجة أشدّ فعالية.

مسرد المصطلحات

- ٤ - التعابير الإضافية التالية تخص مجموعات المنشآت، وينبغي أن تُقرأ مقترنة بالتعابير والإيضاحات المدرجة في المسرد الرئيسي الوارد أعلاه.
- (أ) "مجموعة المنشآت": هي منشأتان أو أكثر ترتبطان معا برباط السيطرة أو بحصة كبيرة من الملكية؛
- (ب) "المنشأة": هي أي كيان، بصرف النظر عن شكله القانوني، يمارس أنشطة اقتصادية ويمكن أن يخضع لقانون الإعسار؛^(١)
- (ج) "السيطرة": هي القدرة على تقرير السياسات التشغيلية والمالية للمنشأة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة؛
- (د) "التنسيق الإجمالي": هو تنسيق إدارة اثنين أو أكثر من إجراءات الإعسار المتعلقة بأعضاء مجموعة المنشآت. ويظل كل من أولئك الأعضاء، بما في ذلك موجوداته والتزاماته، مستقلاً ومتمايزاً؛^(٢)
- (هـ) "الدمج الموضوعي": هو معاملة موجودات والتزامات اثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت كأنها جزء من حوزة إعسار واحدة.^(٣)

أولاً - السمات العامة لمجموعات المنشآت

ألف - مقدمة

- ١ - يعترف معظم الولايات القضائية بالمفهوم القانوني "للشركة" باعتبارها كياناً ذا شخصية قانونية منفصلة عن الأفراد المكونين له، سواء كانوا مالكين أم مديريين أم عاملين.

(1) اتساقاً مع النهج المتبع فيما يتعلق بالمدينين المنفردين، يركز هذا الجزء على ما تقوم به كيانات تتوافق مع أنواع الكيانات المدرجة تحت وصف "منشأة" من أنشطة اقتصادية. ولا يُقصد بهذا التعريف أن يشمل المستهلكين أو الكيانات الأخرى ذات الطابع المتخصص (مثل المصارف وشركات التأمين) التي لا تخضع لقانون الإعسار. بمقتضى التوصيتين ٨ و ٩ (انظر الحاشية ٦ الملحقة بالتوصية ٩ أعلاه). ولا يتناول الدليل التشريعي على وجه التحديد الاعتبارات الخاصة الناشئة عن إعسار مدينين من هذا القبيل (انظر الفقرات ١-١١ من الفصل الأول من الجزء الثاني أعلاه).

(2) يرد في التعليق شرح مفصّل لمفهوم "التنسيق الإجمالي"، انظر الفقرات ٢٢-٢٥ أدناه.

(3) للاطلاع على آثار الدمج الموضوعي وكيفية معاملة المصالح الضمانية، انظر أدناه التوصيتين ٢٢٤ و ٢٢٥ والتعليق الوارد في الفصل الثاني، الفقرات ١٢٩-١٣٣.

والشركة، باعتبارها شخصا اعتباريا أو معنويا، تستطيع أن تتمتع ببعض الحقوق القانونية وتخضع لبعض الواجبات والالتزامات مثل القدرة على أن تُقاضي وتُقاضي، وعلى حيازة الممتلكات وإحالتها، وعلى توقيع العقود، وعلى دفع الضرائب. وتتمتع الشركة أيضا بخاصية الاستمرارية، أي أن وجودها يستمر مستقلا عن أعضائها في أي وقت وعلى مدار الزمن، ويكون بوسع أصحاب الأسهم فيها إحالة أسهمهم دون أن يؤثر ذلك في وجودها كشركة. كما قد تكون مسؤولية الشركة محدودة، بحيث لا يكون المستثمرون مسؤولين سوى عن المبلغ الذي يكونون قد قصدوا أن يخاطروا به في المنشأة، توفيراً لليقين وتشجيعاً للاستثمار؛ إذ من دون هذا التحديد للمسؤولية، سوف يعرض المستثمرون جميع موجوداتهم للخطر، في كل مرة يباشرون فيها مشاريع أعمال تجارية. وتعتمد الشركة على إجراءات قانونية لاكتساب شخصيتها القانونية، ثم تصبح بعد تكوينها خاضعة للقواعد التنظيمية المنطبقة على الكيانات التي تكون على هذا النحو. وبصورة عامة، لن يحد ذلك النظام مقتضيات الإنشاء فحسب، بل يحد أيضا تبعاته، مثل سلطات الشركة وقدراتها وحقوق الأعضاء فيها وواجباتهم ومدى مسؤولية هؤلاء الأعضاء عن ديون الشركة. ومن ثم فإن شكل الشركة يمكن أن يعتبر معززا لليقين في تنظيم شؤون عمل الشركة، لأنّ المتعاملين مع الشركة يعلمون أنه بوسعهم التعويل على شخصيتها القانونية وعلى الحقوق والواجبات والالتزامات المترتبة عليها.

٢- ويتزايد تسيير أعمال الشركات، وطنيا ودوليا على السواء، من خلال "مجموعات منشآت". فمصطلح "مجموعة منشآت" يشمل أشكالا مختلفة للتنظيم الاقتصادي القائم على الكيان الواحد، كما يمكن، من أجل وضع تعريف عملي لهذا المصطلح، أن يوصف بصورة فضفاضة بأنه كيانان اعتباريان أو أكثر (أعضاء المجموعة) يربط بينها شكل من أشكال السيطرة (سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة) أو الملكية (انظر أدناه). أمّا حجم مجموعة المنشآت وتعقدتها فقد لا يتبديان دائما بسهولة، لأنّ الصورة المرتمسة لكثير منها عند الناس هي أمّا مؤسسة موحدة تعمل بصفتها شركة واحدة.

٣- وقد نشأت مجموعات المنشآت منذ فترة من الزمن عندما ظهرت في بعض البلدان، بحسب بعض المعلقين، في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين من خلال عملية توسع داخلي تمكّنت الشركات خلالها من السيطرة على قدراتها المالية أو التقنية أو التجارية الخاصة. ثم توسّعت هذه المنشآت ذات الكيان الواحد نحو الخارج لتسيطر بذلك سيطرة قانونية أو اقتصادية على شركات أخرى. وربما كانت هذه الشركات الأخرى، في البداية، تعمل في نفس السوق، ولكنّ التوسع شمل، في نهاية الأمر، شركات تعمل في مجالات ذات صلة، كما شمل لاحقا شركات تعمل في مجالات مختلفة أو غير ذات صلة، سواء من حيث

المنتجات أو الموقع الجغرافي أو كليهما. ومن بين العوامل التي دعمت هذا التوسع، في بعض الولايات القضائية على الأقل، إضفاء الشرعية على ملكية شركة من الشركات لأسهم شركة أخرى، وهذه ظاهرة كانت في الأصل محظورة في نظامي القانون العام والقانون المدني.

٤ - وطوال هذا التوسع، احتفظت الشركات بشخصيتها القانونية المنفصلة ولا تزال تحتفظ بها على الرغم من أن الشركة المنفردة ربما هي الآن الشكل النمطي لتنظيم المنشآت التجارية الخاصة الصغيرة لا غير. أما مجموعات المنشآت فقد أصبحت منتشرة في كل من الأسواق الناشئة والأسواق المتقدمة، على السواء، كما أن لعملياتها في عدد كبير من الصناعات غير المترابطة في بعض الأحيان سمة مشتركة، كثيرا ما تتمثل في امتلاكها من جانب أسر، مع مشاركة مستثمرين خارجيين بدرجات متفاوتة. وأكبر الكيانات الاقتصادية في العالم لا تشمل دولا فحسب، بل تشمل أيضا عددا مساويا من مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات. وقد تكون كبرى المجموعات المتعددة الجنسيات هي المولدة لنسبة كبيرة من الناتج القومي الإجمالي في جميع أنحاء العالم، كما أن معدلات نموها وأحجام مبيعاتها السنوية تفوق ما لدى دول عديدة.

٥ - وعلى الرغم من الواقع الذي تمثله مجموعة المنشآت، فإن جزءا كبيرا من التشريعات المتعلقة بالشركات، وخصوصا بمعاملتها في حالة الإعسار، يُعنى بالكيان الاعتباري الواحد. ولكنّ القضاة وممثلو الإعسار في العديد من البلدان عمدوا إلى وضع جملة من الحلول لتحقيق نتائج تجسّد بشكل أدق الواقع الاقتصادي للأعمال التجارية الحديثة عندما واجهوا قضايا يمكن أن تعالج بصورة أفضل بالإشارة إلى منشأة واحدة بدلا من الإشارة إلى كيان اعتباري واحد رغم عدم وجود تشريعات في هذا الشأن.^(٤)

باء - طبيعة مجموعات المنشآت

٦ - قد تكون هياكل مجموعات المنشآت بسيطة أو في غاية التعقّد، حيث تشمل أعدادا من الشركات الفرعية المملوكة كلياً أو جزئياً، والشركات الفرعية العاملة، والشركات دون الفرعية، والشركات القابضة الفرعية، وشركات الخدمات، والشركات الخاملة، والعضوية في عدة مجالس إدارة وملكوية الأسهم وما إلى ذلك. كما قد تشمل أنواعاً أخرى من

(4) يُناقش التمييز بمزيد من التوسع أدناه، انظر الفقرات ٣١-٣٩ من الباب هاء.

الكيانات، مثل الكيانات الخاصة الغرض،^(٥) والمشاريع المشتركة،^(٦) واتحادات الشركات العاملة في المناطق الحرة،^(٧) والاتحادات الاستثمارية المدرة للدخل^(٨) والشراكات.

٧- وقد تكون مجموعات المنشآت ذات هياكل هرمية أو عمودية تتألف من شرائح متتابعة من الشركات الأم والشركات الخاضعة للسيطرة، التي قد تكون كيانات فرعية أو

(5) تُنشأ الكيانات الخاصة الغرض (المعروفة أيضا باسم "الهيئات الخاصة الغرض" أو "الكيانات المنفردة الإفلاس") لتحقيق أغراض محدودة أو مؤقتة، مثل حيازة وتمويل موجودات معينة، هدفها الأساسي عزل المخاطر المالية أو تعزيز الكفاءة الضريبية. ويكون الكيان الخاص الغرض عادة شركة فرعية تكاد تكون مملوكة بالكامل للشركة الأم؛ وتشترط بعض الولايات القضائية أن يمتلك مستثمر آخر نسبة ٣ في المائة منها على الأقل. أما هيكل موجوداتها والتزاماتها ووضعها القانوني فيجعلان التزاماتها مضمونة حتى في حالة إعسار الشركة الأم. وتستطيع الشركة المنشئة للكيان الخاص الغرض أن تحقق غرضها من دون حاجة إلى إدراج أي من الموجودات أو الالتزامات ذات الصلة في ميزانيتها العامة، وبذلك تكون تلك الموجودات والالتزامات "خارج الميزانية العامة" وقد تُستخدم الكيانات الخاصة الغرض أيضا في أغراض تنافسية لضمان أن تكون الملكية الفكرية، عندما تتعلق مثلا بتطوير تكنولوجيا جديدة، مملوكة لكيان منفصل لا يتأثر باتفاقات الترخيص القائمة من قبل.

(6) المشروع المشترك هو في كثير من الأحيان ترتيب تعاقدية أو شراكة تعاقدية بين طرفين أو أكثر من أجل تحقيق هدف تجاري مشترك. وفي بعض الأحيان قد يفضي مثل هذا الترتيب إلى تكوين كيان اعتباري واحد أو أكثر يمكن أن يسهم فيه الطرفان برأس المال ويتقاسمان الإيرادات والنفقات ويشتركان في السيطرة على المنشأة. وقد يقتصر غرض المشروع المشترك على تنفيذ مشروع معين، أو قد ينطوي على علاقة تجارية مستمرة. وتُستخدم المشاريع المشتركة على نطاق واسع في السياق الدولي، لأن بعض البلدان تشترط على الشركات الأجنبية أن تدخل في مشاريع مشتركة مع شريك وطني من أجل دخول السوق. وهذا الشرط كثيرا ما يؤدي إلى نقل التكنولوجيا والسيطرة الإدارية إلى الشريك الوطني. وإنشاء مشروع مشترك قد يساعد على بسط التكاليف والمخاطر؛ وتحسين الوصول إلى الموارد المالية؛ وإتاحة وفورات ومزايا الحجم؛ وتيسير النفاذ إلى التكنولوجيات الجديدة والزبائن الجدد أو إلى الممارسات الإدارية المبتكرة. وقد يخدم أيضا الأهداف التنافسية والاستراتيجية، مثل التأثير في التطور الهيكلي لصناعة من الصناعات؛ واستباق المنافسة؛ وإنشاء وحدات أقوى قادرة على المنافسة؛ وتسهيل نقل التكنولوجيا والمهارات، وكذلك التنويع.

(7) اتحادات الشركات العاملة في المناطق الحرة هي اتحادات عادية للشركات تُنشأ بمقتضى قوانين ولاية قضائية خارجية. وهي شبيهة من حيث طبيعتها وأثرها باتحادات الشركات العاملة في الداخل، وتشمل نقل موجودات إلى قيم لكي يديرها لفائدة شخص أو فئة أو أشخاص. وقد تنشأ الاتحادات العاملة في المناطق الحرة للأغراض الضريبية أو لحماية الموجودات. وعمليا، قد تكون فعالية هذه الاتحادات محدودة إذا كان قانون الإعسار في الولاية القضائية الوطنية في موطن الشخص المحيل للموجودات يحول دون إحالة الموجودات إلى اتحادات الشركات وإجراء معاملات يُقصد بها الاحتيايل على الدائنين.

(8) يقصد بالاتحاد الاستثماري المدر للدخل اتحادا استثماريا يحوز أصولا مدرة للدخل. كما قد يشير إلى كيان اعتباري أو هيكل رأسمالي أو هيئة مالكة لموجودات معينة أو صاحبة أعمال تجارية معينة. ويجري التعامل في أسهم الاتحاد أو وحداته في أسواق الأوراق المالية، وتوزع الإيرادات المحققة على المستثمرين أو حائزي الوحدات إما شهريا أو فصليا.

أنواعاً أخرى من الشركات المنتسبة أو ذات الصلة التي تعمل في نواح مختلفة من عملية الإنتاج والتوزيع. ويحدث الاندماج العمودي عموماً في إطار الصناعة الواحدة ويجمع، مثلاً، جزئياً أو كلياً العمليات المتعاقبة التي تتم بين مرحلة جلب المواد الخام وبيع المنتج النهائي. ويمكن لمن سيحتازها من الموردين أو بائعي الجملة أو التجزئة أن يتبعوا استراتيجية لزيادة السيطرة والموثوقية. كما يمكن أن يتحقق هذا الاندماج عندما تتحقق سيطرة قوية لشركة ما على الموردين أو الموزعين، ويحدث ذلك عادة عن طريق ممارسة صلاحية الاشتراء. ومن أمثلة الاندماج العمودي التي يكثر الاستشهاد بها صناعة النفط، حيث تجري مجموعات النفط الكبرى عمليات التنقيب واستخراج النفط الخام ونقله وتكريره وتضطلع بعمليات توزيع الوقود وبيعه بالتجزئة.

٨- وقد يكون لمجموعات المنشآت أيضاً هيكل أفقي، يجمع عدّة أعضاء أشقاء في المجموعة يتسمون في كثير من الأحيان بدرجة عالية من الملكية التبادلية والعمل على مستوى واحد في عملية معينة، مثلما هو الحال في عالم النشر، حيث قد يعتمد ناشر واحد إلى احتياز دور نشر أخرى من أجل أن يزيد من التنوع في تخصصات المحررين أو المؤلفين أو ليزيد بصورة أخرى من قدرته على المنافسة، أو كما هو الحال في صناعة الإعلام حيث يمكن لمجموعة واحدة أن تمتلك منافذ إعلامية متعددة تقدم محتوى واحداً أو متشابهاً جداً. والتكامل الأفقي مرتبط عموماً بالسيطرة على مرحلة واحدة من الإنتاج أو على صناعة واحدة، مما يمكن مجموعة من أن تستفيد من وفورات الحجم، لكن المجموعات المندمجة أفقياً قد تزاو أيضاً أعمالاً تجارية في ميادين ذات صلة أو في طائفة متنوعة من الميادين غير ذات الصلة. ويُرى أن المجموعات الأفقية أكثر شيوعاً في بعض مناطق العالم، مثل أوروبا، فيما المجموعات العمودية أكثر شيوعاً في مناطق أخرى، مثل الولايات المتحدة واليابان. وعلاوة على ذلك، فقد يكون الاندماج العمودي أكثر شيوعاً في الصناعة، بينما الاندماج الأفقي أكثر شيوعاً في التسويق.

٩- والمؤلفات البحثية التي تتناول مجموعات المنشآت تُظهر بوضوح أنّ هذه المجموعات يمكن أن تعتمد على أنواع مختلفة من التحالفات مثل العلاقات المصرفية، ومجالس الإدارة المترابطة، وتحالفات المالكين، والمشاركة في المعلومات، والمشاريع المشتركة، والكارتلات. وتبيّن البحوث أيضاً أنّ هياكل مجموعات المنشآت تختلف بين نظام لحكومة الشركات وآخر. فهي في بعض الدول قد تكون منظّمة إما عمودياً أو أفقياً وتشمل العديد من الصناعات. وهي تشمل عادة مصرفاً وشركة أمّا أو قابضة (يشار إليها باسم "الشركة

الأم"⁽⁹⁾ أو شركة تجارية ومجموعة متنوعة من شركات الصناعات التحويلية. وعلى العكس من ذلك، فإن مثل هذه المجموعات في دول أخرى تخضع عادة لسيطرة أسرة واحدة أو عدد قليل من الأسر، وهي كلها منظمّة تنظيمًا عموديا أو لها صلات قوية بالدولة، لا بأسر معيّنة. كما تتفاوت درجات التنوع تفاوتًا شديدًا، إذ يتسم بعض المجموعات بقدر كبير من التعامل التجاري الداخلي، وبعضها الآخر لا يتسم بذلك.⁽¹⁰⁾

١٠ - ويمكن أن تتفاوت درجة الاستقلال المالي والاستقلال في اتخاذ القرارات تفاوتًا كبيرًا بين واحدة وأخرى من مجموعات المنشآت. ففي بعض المجموعات، قد يكون الأعضاء كيانات تجارية نشطة تتحمّل المسؤولية الرئيسية عن أهدافها التجارية وأنشطتها وشؤونها المالية. وفي مجموعات أخرى، قد تُتخذ القرارات الاستراتيجية وتتقرر الميزانيات مركزياً، بحيث يعمل أعضاء المجموعة كشعب في منشأة أكبر، ويمارسون قدراً يسيراً من الصلاحيات التقديرية داخل الوحدة الاقتصادية المتلاحمة. وقد تمارس الشركة الأم سيطرة محكمة عن طريق توزيع رأس المال المحقق من الأسهم والقروض على أعضاء المجموعة من خلال عملية تمويل جماعي مركزية، وتقرير سياسات أولئك الأعضاء العملية والمالية، وتحديد أهداف الأداء، واختيار أعضاء مجلس الإدارة وغيرهم من كبار الموظفين، ومراقبة أنشطة المجموعة باستمرار. وقد تتمركز السلطة على المجموعة في الشركة الأم النهائية أو في شركة ذات درجة أدنى في سلسلة المجموعة، بحيث تمتلك الشركة الأم الأسهم الرئيسية للمجموعة ولكن دون أي دور إنتاجي أو إداري مباشر. أما المجموعات الكبرى فقد تكون لها مصارفها الخاصة وتؤدي الوظائف الرئيسية التي تؤديها سوق رأس المال. وقد يشمل التمويل الجماعي الإقراض داخل المجموعة بين الشركة الأم والشركات الفرعية وينطوي على قروض تقدّم من الشركة الأم وإليها وعلى منح كفالات متبادلة.⁽¹¹⁾ وقد يكون الإقراض داخل المجموعة رأس مال عاملاً أو ديناً قصير الأجل غير

(9) الشركة القابضة أو الشركة الأم هي شركة تمتلك في شركة أخرى، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، قدراً من حقوق التصويت يكفي للسيطرة على الإدارة والعمليات من خلال التأثير على أعضاء مجلس إدارة الشركة الأخرى أو من خلال انتخابهم. وقد يعني هذا المصطلح شركة لا تنتج بنفسها بضائع أو خدمات، لكن غرضها هو امتلاك أسهم شركات أخرى (أو امتلاك شركات أخرى بالكامل).

(10) ثمة بحوث تدل على أن المجموعات في شيلي، مثلاً، هي أكثر تنوعاً من المجموعات في كوريا الجنوبية، بينما تتسم المجموعات في الفلبين بتكامل عمودي أكبر مما هو الحال في المجموعات الهندية وبأن انخراطها في الخدمات المالية أكبر بكثير من انخراط المجموعات التايلندية. انظر T. Khanna and Y. Yafeh, Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites? Journal of Economic Literature, Vol. XLV (June 2007) pp. 331-372.

(11) توجد في العديد من البلدان طريقة هامة لزيادة رأسمال مجموعة المنشآت تتمثل في التمويل بواسطة الكفالات المتبادلة، حيث تكفل كل شركة من المجموعة أداء الشركات الأخرى. وقد تبين أنّ تنفيذ

مدفوع، مثل الأرباح أو الائتمانات غير المدفوعة فيما يتعلّق بالتبادل التجاري داخل المجموعة؛ وقد ينطوي أو لا ينطوي على دفع فائدة.

١١- وفي بعض الدول، تشكّل العلاقات الأسرية عامل ربط مهما في مجموعات المنشآت. وقد يكون أهم أفراد الأسرة والمقرّبون من أفراد الأسرة، على سبيل المثال، أعضاء في مجلس إدارة الشركة الأم للمجموعة، بينما يتوزع أعضاء ذلك المجلس على مجالس إدارة أعضاء المجموعة بحيث تتكوّن شبكة من العضوية المشتركة والمترابطة في مجالس الإدارة تمكّن الأسرة من أن تحافظ على سيطرتها على المجموعة. فعلى سبيل المثال، يُظهر الهيكل التنظيمي لمجموعة كبيرة في الهند وجود شبكة معقّدة من العضوية المشتركة في مجالس الإدارة تجمع بين أعضاء مجلس إدارة الشركة الأم، وأعضاء مجالس إدارة ٤٥ عضواً آخر في المجموعة.^(١٢)

١٢- واستفادت مجموعات المنشآت، في بعض البلدان، من علاقاتها الوثيقة بالحكومات ومن السياسات الحكومية التي تؤثّر مثلاً في تيسير الحصول على الائتمانات والعمّلات الأجنبية، والمنافسة، مما أثر تأثيراً كبيراً في تطوير المجموعات. كما إن هناك أمثلة على حالات استهدفت فيها السياسات الحكومية عمليات مجموعات المنشآت، بحيث ألغى بعض أنواع المعاملة التفضيلية، كتيسر الحصول على رؤوس الأموال.

١٣- ويُظهر هيكل الكثير من مجموعات المنشآت حجم تلك الترتيبات وما تنطوي عليه من تعقّد. إذ قد يتألف من طبقات متعددة من الشركات المختلفة تخضع كل طبقة منها، بدرجة أكبر أو أقل، لسيطرة الطبقة أو الطبقات الأعلى منها،^(١٣) وتشمل في بعض الحالات مئات بل ألوفاً من الشركات المختلفة.

مطالبات الكفالة المتبادلة في التصفية أمر صعب في بعض الولايات القضائية وتستبعد أحياناً هذه المطالبات. وفي إحدى الولايات القضائية، قد تؤدي الكفالات المتبادلة إلى تخفيف أعباء القيود الرقابية عن عاتق الشركات، عن طريق منح الشركات الأطراف في الترتيب إعفاء من القيود المتعلقة بالحاسبة ومراجعة الحسابات. فسند الكفالات المتبادلة يجعل، من نواح عدّة، مجموعة الشركات الأطراف في السند بمثابة كيان قانوني واحد ويعمل كشكل من أشكال التبرّع أو تجميع الموارد عندما تخضع شركة أو أكثر من الشركات الأطراف في السند إلى إجراءات تصفية وتكون الكفالة المتبادلة لا تزال نافذة. ومن مزايا هذا الترتيب أنّ الدائنين والدائنين المحتملين يستطيعون التركيز على الموقف الموحد لتلك الكيانات، بدلاً من التركيز على فرادى البيانات المالية للكيانات الفرعية المملوكة بالكامل والتي هي طرف في السند.

(12) انظر Khanna and Yafeh، في الحاشية ١٠.

(13) أظهر استقصاء أجري في استراليا عام ١٩٩٧ لأكثر ٥٠٠ شركة مدرجة في البورصة أنّ ٨٩ في المائة من تلك الشركات تسيطر على شركات أخرى؛ وأنّه كلّما عظمّ السعر السوقي لرأس المال الشركة المدرجة في البورصة، زاد عدد الشركات التي يحتل أن تسيطر عليها (تراوح متوسط هذا العدد بين ٧٢ شركة تسيطر

١٤ - وعلى سبيل المثال، أجريت دراسة تستند إلى حسابات وتقارير سنة ١٩٧٩ لعدد من كبرى الشركات المتعددة الجنسيات التي يوجد مقرها في بريطانيا، ثم اضطر القائمون بها إلى التخلي عن دراسة مجموعتين من أكبر المجموعات، تضمنان ٢٠٠ و ٨٠٠ شركة فرعية على التوالي، بسبب استحالة إنجاز المهمة. فقد لاحظ الباحثون أن قلة من الأشخاص داخل المجموعة كان بإمكانها أن تدرك بوضوح العلاقات القانونية الدقيقة بين جميع أعضاء المجموعة، وأنه بدا أنه لا يوجد لدى أي من المجموعات التي خضعت للدراسة هيكلها التنظيمي الكامل.^(١٤) كما أن الهياكل التنظيمية لعدة مجموعات عقارية في هونغ كونغ، مثل مجموعة كاريان (Carrion) التي أفلست منذ أكثر من ٢٠ عاماً، كانت تتألف من صفحات عديدة يحتاج معها القارئ إلى عدسة مكبرة من نوع جيد لكي يتبين الشركات الفرعية. والهيكلي التنظيمي لمجموعة Federal Mogul، التي تورّد مكونات للسيارات، يغطي كامل جدار أحد المكاتب الصغيرة عندما يُكبر بحيث يمكن للمرء أن يقرأ أسماء جميع الشركات الفرعية في المجموعة. أمّا الهيكلي التنظيمي لمجموعة كولنز وآيكمان (Collins and Aikman)، وهي واحدة أخرى من مجموعات صناعة السيارات، فقد طُبِع في كتاب ظهرت فيه المجموعات دون الفرعية بهياكل تساوي في تعقدها هياكل العديد من مجموعات المنشآت الوطنية.

١٥ - ويمكن تحديد درجة تكامل المجموعة بالرجوع إلى عدة عوامل قد تشمل التنظيم الاقتصادي للمجموعة (أي ما إذا كان الهيكلي الإداري منظماً على أساس مركزي أم يحافظ على استقلالية مختلف الأعضاء، وما إذا كانت الشركات الفرعية تعتمد في تمويلها أو كفاءات قروضها على مجموعة المنشآت، وما إذا كانت شؤون الموظفين تُعالج مركزياً، وإلى أي مدى تتخذ الشركة الأم القرارات الرئيسية بشأن السياسات والعمليات والميزانية، وإلى أي مدى تتكامل الأعمال التجارية في المجموعة عمودياً أو أفقياً)؛ والكيفية التي تدير بها المجموعة عملياتها التسويقية (مثل أهمية عمليات البيع والشراء داخل المجموعة، واستخدام علامات تجارية وشعارات وبرامج إعلانات مشتركة، وتوفير الكفاءات بشأن المنتجات)؛ وصورة المجموعة لدى

عليها الشركات التي لرؤوس أموالها أكبر سعر سوقي وما متوسطه ٩ شركات لرؤوس أموالها أصغر سعر سوقي؛ وأن ٩٠ في المائة من الشركات الخاضعة للسيطرة هي شركات مملوكة بكاملها؛ وأن عدد درجات التسلسل الأفقي للكيانات الفرعية داخل مجموعة من مجموعات المنشآت تراوح بين ١ و ١١، بحيث بلغ المتوسط العام لعدد الدرجات بين ٣ و ٤. وهذه الأرقام هي أكبر بكثير في بلدان أخرى. وقد ذُكر هذا الاستقصاء في Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups .Final Report, 2000 (Australia), paragraph 1.2

Hadden, Inside Corporate Groups, 1984 International Journal of Sociology of Law, 12, pp. (14) 271-286, at 273.

عموم الناس (على سبيل المثال، ما إذا كانت المجموعة تقدّم نفسها كمنشأة واحدة، وما إذا كانت التقارير الخارجية، مثل التقارير المقدّمة إلى المساهمين والسلطات الرقابية والمستثمرين، تصف أنشطة الشركات المكوّنة للمجموعة بأها عمليات لمجموعة).

١٦- والهيكل القانوني للمجموعة المكوّن من عدد من الكيانات الاعتبارية المنفصلة لا يحدّد بالضرورة كيفية إدارة أعمال المجموعة. فقد يكون كلّ عضو في المجموعة كياناً منفصلاً، ومع ذلك تُنظّم الإدارة في الشُعَب وفق خطوط الإنتاج، وقد يكون للشركات الفرعية خط إنتاج واحد أو خطوط إنتاج عديدة ويشمل ذلك الخط أو الخطوط شُعباً مختلفة. وفي بعض الحالات، قد تعامل الإدارة الشركات الفرعية المملوكة بالكامل على أنّها فروع للشركة الأمّ.

جيم- دواعي مباشرة الأعمال التجارية من خلال مجموعة منشآت

١٧- ثمة عوامل مختلفة تتحكم في تكوين مجموعات المنشآت وكيفية عملها وتطوُّرها، تتراوح من عوامل قانونية واقتصادية إلى معايير مجتمعية وثقافية ومؤسسية ومعايير أخرى. وقد تتأثّر مجموعات المنشآت في البيئات المختلفة بقيادة الدولة وتقاليدها الإرث وهياكل القرابة (بما في ذلك اعتبارات تعاقب الأجيال) والأصل العرقي والإيديولوجيا الوطنية، فضلاً عن مستوى تطوُّر الإطار القانوني (مثل فعالية إنفاذ العقود) والإطار المؤسسي الذي يدعم النشاط التجاري قد يؤثّر في مجموعات المنشآت في بيئات مختلفة. وتشير بعض الدراسات إلى أنّ هياكل المجموعات يمكن أن تعوض عن المؤسسات المتخلفة، مما ينجّم عنه وفورات في تكاليف المعاملات.

١٨- ومن المزايا المحتملة لمباشرة الأعمال التجارية من خلال هيكل قائم على مجموعة منشآت أنّها تحدّ من المخاطرة التجارية وتعظّم العائدات المالية، إذ تمكّن المجموعة من تنويع أنشطتها بمزاولة أنواع مختلفة من الأعمال التجارية تضطلع بكلّ منها واحدة من شركات المجموعة. فقد تحتاز إحدى الشركات شركة أخرى من أجل توسيع وزيادة قوّتها السوقية، مع الحفاظ في الوقت نفسه على الشركة التي احتازتها ومواصلة تشغيلها ككيان منفصل، بغية استغلال اسمها التجاري وشهرتها وصورها لدى عامة الناس. وقد يحدث التوسيع من أجل الحصول على مهارات جديدة، تقنية أو إدارية. وربما تستمر المجموعات، بعد إنشائها، في الوجود والانتشار بسبب التكاليف الإدارية المرتبطة بترشيد الشركات الفرعية غير اللازمة وتصفيتها.

١٩- وهيكل المجموعة قد يمكّنها من جذب رؤوس أموال لجزء فقط من أعمالها التجارية دون أن تفقد سيطرتها الشاملة، وذلك بتأسيس كيان فرعي منفصل ينهض بذلك الجزء

وبتمكين المستثمرين الخارجيين من احتياز حصة أقلية في أسهمه. وقد يؤدي هيكل المجموعة إلى تمكين المجموعة من تقليل مخاطر المسؤولية القانونية من خلال حصر المخاطر ذات المسؤولية العالية، مثل المسؤولية البيئية والمسؤولية تجاه المستهلكين، في أعضاء معينين من المجموعة، مما يجعل بقية موجودات المجموعة بمنأى عن هذه المسؤولية المحتملة. وتوفير ضمان أفضل لسداد الديون أو لتمويل المشاريع قد يسهل بنقل موجودات معينة إلى عضو منفصل من أعضاء المجموعة أسس لذلك الغرض، مما يكفل للمقرض الأولوية الأولى في الحصول على كل أو معظم ممتلكات العضو الجديد. وقد يؤسس أيضا عضو منفصل تابع للمجموعة لكي ينفذ مشروعا معينا ويحصل على التمويل الإضافي من خلال رهن موجوداته ومشروعه، أو قد يكون ذلك العضو المنفصل لازما لحيازة رخصة أو امتياز من الحكومة. ومن شأن هيكل المجموعة أن يُيسر البيع الجزئي لإحدى المنشآت لأنه قد يكون من الأسهل، ومن الأنجع ضريبيا في بعض الأحيان، إحالة أسهم عضو من أعضاء المجموعة إلى المشتري، بدلا من بيع موجودات منفصلة. وقد تُنشأ المجموعة عرضا عندما تشتري إحدى الشركات شركة أخرى قد تكون بدورها شركة أمّا لطائفة متنوعة من الشركات الأخرى.

٢٠- واستيفاء المقتضيات التنظيمية قد يكون أسهل عندما تكون الشركات الخاضعة لتلك المقتضيات أعضاء منفصلين في مجموعة. وفي حالة المجموعات المتعددة الجنسيات، قد تشترط القوانين الوطنية للبلدان المعينة التي ترغب المجموعة في مزاوله أعمال فيها أن تمارس الأعمال الداخلية من خلال شركات فرعية منفصلة (تخضع أحيانا للمقتضيات الوطنية الدنيا بشأن رأس المال) أو قد تفرض شروطا أو قيودا أخرى تتعلق، على سبيل المثال، بتنظيم التوظيف والعمالة. وقد استخدمت الترتيبات التي لا تمس أسهم رأس المال من أجل التوسع في الخارج نظرا، على سبيل المثال، للعقبات الداخلية المتعلقة بالمشاركة في رأس المال، والمستوى التنظيم الرقابي المفروض على عمليات الاستثمار الأجنبي، وللمزايا النسبية لتكاليف تلك الأنواع من الترتيبات. وقد تكون الضرورات الجغرافية، مثل الحاجة إلى الحصول على المواد الأولية أو إلى تسويق المنتجات من خلال شركة فرعية موجودة في مكان معين، عاملا آخر ذات صلة بالنسبة للمجموعات المتعددة الجنسيات. وثمة اعتبار ذو صلة متزايد الأهمية، ربما يتعلق بالمكان الذي يتعين أن توجد فيه أجزاء هياكل المجموعات أكثر مما يتعلق بمسألة مدى جدوى تنظيم الأعمال التجارية من خلال هيكل مجموعة، وهو أهمية أحكام القانون الوطني المتعلقة بمسائل مثل تكلفة تأسيس الشركات وسهولته في المقام الأول، ثم واجبات الكيانات التي تؤسس وكيفية معاملة المجموعة في الإعسار. والاختلافات في القوانين بين الولايات القضائية قد يعقد هذه المسائل تعقيدا كبيرا.

٢١- وثمة دوافع رئيسية أخرى للأخذ بهيكل المجموعة المعقد، منها الاعتبارات الضريبية وتأثيرها في تدفق النقد داخل المجموعات. وكثيرا ما تُذكر الضرائب كسبب لتأسيس مجموعات المنشآت ونموها في وقت لاحق، وقد دأبت نُظم قانونية عديدة، بصورة تقليدية، على إعطاء ثقل للوحدة الاقتصادية للكيانات ذات الصلة. ومع أنّ فرض الضرائب على فرادى الكيانات بصورة منفصلة ربّما كان هو المبدأ الأساسي، فإنّه قد يكون صالحا للوفاء بأغراض أساسية مثل حماية مصالح الحكومات المتعلقة بالإيرادات وتخفيف العبء الضريبي الذي سوف يتأتى، بخلاف ذلك، من فرض ضرائب منفصلة على كلّ عضو من أعضاء المجموعة.^(١٥) والتدابير التي تراعي الصلات بين الشركات الأمّ والشركات الفرعية تشمل إعفاء أرباح المجموعة الداخلية من الضرائب؛ وتخفيف العبء الضريبي على المجموعة؛ والتدابير الهادفة إلى مكافحة التهرب من الضرائب. وقد تتاح الإعفاءات الضريبية، مثلا على الأرباح التي تدفعها شركة من الشركات لأصحاب الأسهم المقيمين وعلى الأرباح الداخلية للشركات التي يربط بينها قدر وافر من صلة الملكية. وقد يُسمح بخصم الضرائب الأجنبية المدفوعة على الأرباح الأساسية للشركة الفرعية وخصم الضرائب الأجنبية المفروضة مباشرة على الأرباح. وتخفيف العبء الضريبي على المجموعة قد يُتاح عندما يمكن معاملة الشركات الشقيقة كوحدة جبائية واحدة وعندما تقدّم هذه الشركات حسابات موحّدة. إذ يمكن خصم خسائر شركة فرعية من إيرادات شركة أخرى أو تجميع الأرباح والخسائر فيما بين أعضاء المجموعة.

٢٢- ونظرا لأهمية الاعتبارات الضريبية، كثيرا ما تقرر سياسات التسعير دخل نطاق المجموعة وسعر الضريبة والسياسات الضريبية على الصعيد الوطني كيفية توزيع الموجودات والالتزامات داخل مجموعات المنشآت. وقد تؤدي الفوارق في سعر الضريبة المفروضة على الشركات في مختلف الدول، وكذلك بعض الاستثناءات المطبقة في بعض الدول (مثل خفض سعر الضريبة على الأرباح المتأتية من أنشطة الصناعة التحويلية أو على إيرادات الخدمات المالية) إلى جعلها أماكن أكثر جاذبية من الدول التي تفرض ضرائب أعلى والتي تسمح بعدد قليل من الاستثناءات أو لا تسمح بها بالمرّة. ومع ذلك، قد يكون من حق السلطات الضريبية أن تراجع هياكل التسعير التحويلي الهادفة إلى تعيين مواضع الأرباح في الأماكن التي تكون الضريبة فيها منخفضة.

(15) International Investment and Multinational Enterprises - Responsibility of parent companies and their subsidiaries, OECD, 1979.

٢٣- كما قد تتأثر عمليات المفاضلة فيما بين إنشاء فرع أو شركة فرعية أيضا باللوائح الضريبية متى كان من الممكن، على سبيل المثال، إعادة أرباح شركة فرعية أجنبية إلى الوطن معفاة من الضرائب عن طريق سداد قرض مستحق للشركة الأم، أو إعادتها معفاة من الضرائب شريطة أن تكون الشركة الأم تملك نسبة مئوية معينة (تتراوح بين ٥ و ٢٠ في المائة) من أسهم رأسمال الشركة الأجنبية؛ أما الفائدة المفروضة على الأموال المقترضة لتمويل شراء شركة فرعية فيمكن خصمها من أرباحها، كما يمكن موازنة أرباح وخسائر الشركات الفرعية المختلفة، كما لوحظ آنفا، عن طريق تقديم إقرار ضريبي موحد. وتقسّم الأنشطة التجارية أيضا بين شركتين أو أكثر من أجل استغلال الإعفاءات الضريبية أو القيود المفروضة على مقادير الإعفاءات الضريبية أو الشرائح التصاعدية للضريبة. وقد تشمل الأسباب الأخرى استغلال الاختلافات في أساليب المحاسبة، والسنوات الخاضعة للضريبة، وأساليب حساب الاستهلاك في القيمة، وأساليب تقدير قيمة المخزونات، والخصوم الضريبية الأجنبية؛ والفصل بين الأنشطة التي قد يكون جمعها في كيان واحد خاضع للضريبة غير ملائم من الناحية الضريبية؛ واستغلال المعاملة التفضيلية لبعض الأنشطة (مثل البيوع المتوخاة أو الممكنة، أو عمليات الدمج، أو عمليات التصفية، أو الهدايا أو الوصايا داخل الأسرة) المتاحة لعمليات دون أخرى.

٢٤- وللمقتضيات المحاسبية أيضا دور في تقرير هيكل مجموعات المنشآت. ففي بعض الولايات القضائية، قد تُنشأ بعض الكيانات مثل الشركات الفرعية التي يقتصر دورها على الوكالة لإدارة بعض جوانب الأعمال التجارية ولتمكين الشركة الأم من تحاشي تقديم حسابات تجارية مفصلة عن تلك الشركة الفرعية التي ليست سوى وكيل للشركة الأم التي تمتلك جميع الموجودات ذات الصلة.

٢٥- والكثير من هذه المزايا المتأتية من مباشرة الأعمال التجارية بواسطة مجموعة منشآت قد يكون وهميا. فالحماية من الخسائر الفادحة قد تضعف نتيجة لاتفاقات التمويل الجماعية؛ والتعامل التجاري داخل المجموعة، والكفالات المتبادلة وخطابات الطمأننة^(١٦) الموجهة إلى مراجعي حسابات المجموعة، ونزوع الدائنين الرئيسيين، ولا سيما المصارف، إلى ضمان الحصول على التعويض من العضو الأهم في أي مجموعة. ومما لا شك فيه أن هياكل

(16) خطاب الطمأننة تقدّمه عادة الشركة الأم لإقناع كيان آخر بالدخول في معاملة مع شركة فرعية تابعة لها. وقد يشمل أنواعا مختلفة من الالتزامات، التي لا يعادل أي منها تقديم كفالة، والتي يمكن أن تتضمن تعهد الشركة الأم بالمحافظة على أسهمها في الشركة الفرعية أو على غيرها من الالتزامات المالية حيالها؛ أو الالتزام باستخدام نفوذها لجعل الشركة الفرعية تفي بالتزاماتها بمقتضى عقد أولي؛ أو تأكيد علمها بعقد مبرم مع الشركة الفرعية، دون وجود ما يشير صراحة إلى أنّها ستتولى أي مسؤولية عن الالتزام الأولي.

المجموعات ليست مطلوبة من الناحية المحاسبية، لأنّ المحاسبين يكفّهم بالفعل دمج الفروع في صورة مجموعات من الشركات الفرعية. ويبدو من المرجّح أنّ القطاعات المصرفية والتجارية والقانونية كثيرا ما لا تدرك الجوانب المحاسبية لمجموعات المنشآت.

دال - تعريف "مجموعة المنشآت" - الملكية والسيطرة

٢٦ - رغم التسليم المتزايد، في التشريعات وفي قرارات المحاكم، بوجود مجموعات المنشآت وبأهمية العلاقات القائمة بين أعضاء المجموعات، فإنّه لا توجد مجموعة متناسقة من القواعد التي تحكم تلك العلاقات بشكل مباشر وشامل. وفي الولايات القضائية التي لها تشريعات تعترف بمجموعات المنشآت، قد لا تعالج تلك التشريعات تنظيم تلك المجموعات معالجة محددة بقوانين تجارية أو قوانين متعلقة بالشركات، بل تعالجها بالأحرى ضمن تشريعات خاصة بالضرائب أو بحسابات الشركات أو بالمنافسة وعمليات الاندماج أو غيرها من المسائل؛ أمّا التشريعات التي تُعنى بمعاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار فهي نادرة. وإضافة إلى ذلك، يكشف تحليل للتشريعات التي تُعنى بالمسائل المتصلة بمجموعات المنشآت عن وجود طائفة متنوعة من النهج المتبعة إزاء المسائل المختلفة ذات الصلة بتلك المجموعات، وليس فيما بين الولايات القضائية فحسب بل أيضا فيما بين مختلف التشريعات داخل الولاية القضائية الواحدة. ومن ثمّ فإنّ معايير مختلفة قد تطبق، لأغراض مختلفة، على ما يشكل المجموعة، على الرغم من احتمال وجود عناصر مشتركة فيما بينها؛ كما أنه في الحالات التي تستخدم فيها تلك المعايير مفهوما معيّنا مثل "السيطرة"، قد تكون التعاريف إمّا أوسع أو أضيق نطاقا، بحسب الغرض المطلوب من التشريع، حسبما ذكر آنفا.

٢٧ - ومع أنّ الكثير من التشريعات يتحاشى تعريف مصطلح "مجموعة المنشآت" بصورة محددة، فثمة مفاهيم عدة شائعة في تحديد العلاقات القائمة بين الشركات التي تكون كافية لجعلها تشكل مجموعة منشآت لبعض الأغراض المعينة مثل توسيع نطاق المسؤولية والأغراض المحاسبية والاعتبارات الضريبية وما إلى ذلك. وهذه المفاهيم موجودة في التشريعات وكذلك في العديد من الأحكام القضائية المتعلقة بالمجموعات في مختلف البلدان، وعادة ما تشمل جوانب الملكية والقدرة المباشرة وغير المباشرة على السيطرة أو ممارسة النفوذ، رغم أنّه لا يؤخذ في الاعتبار في بعض الحالات إلا ما هو مباشر من الملكية أو القدرة على السيطرة أو ممارسة النفوذ. وكثيرا ما يجسّد الاختيار بين المفهومين توازنا بين الرغبة في اليقين الذي يمكن تحقيقه من خلال تحديد مستوى معين من الملكية من جهة ومن جهة أخرى المرونة التي قد يمكن

تحقيقها بصورة أفضل بالرجوع إلى القدرة على السيطرة أو ممارسة النفوذ والتسليم بالحقائق الاقتصادية المختلفة لمجموعات المنشآت.

٢٨- وتؤخذ الملكية في الاعتبار في بعض الأمثلة بالرجوع إلى العلاقة الرسمية بين الشركات، مثل مقومات العلاقة بين الشركة الأم والشركة الفرعية. وربما تتحدد هذه العلاقة بالرجوع إلى معيار رسمي مثل الحيازة، المباشرة أو غير المباشرة، لنسبة مئوية معينة من رأس المال أو الأصوات. وتتراوح الأمثلة على تلك النسب بين ٥ في المائة على أقل تقدير وأكثر من ٨٠ في المائة. وعادة ما تؤخذ في الاعتبار في القوانين التي تحدد نسباً متدنية عوامل إضافية مثل العوامل التي ترد مناقشتها أدناه، باعتبارها مؤشرات السيطرة أو النفوذ. وفي بعض الأمثلة، قد تشكل النسب المئوية أساساً لافتراض قابل للدحض بشأن الملكية، في حين قد تشكل النسب المئوية العالية أساساً لافتراض قطعي.

٢٩- والأمثلة الأخرى لماهية مجموعة المنشآت تعتمد نهجاً عملياً أكثر وتركز على جوانب السيطرة، أو النفوذ التحكيمي أو الحاسم (يشار إليه في هذه المذكرة بمصطلح "السيطرة")، حيثما كانت "السيطرة" تعامل غالباً كمصطلح محدد. أما العناصر الرئيسية للسيطرة فتشمل السيطرة الفعلية أو القدرة على السيطرة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على السياسة المالية والتشغيلية وعلى اتخاذ القرارات. وحيثما يتضمن التعريف القدرة على السيطرة، فهو يرتقي عادة وجود قدرة كامنة على السيطرة، بدلا من التركيز على السيطرة الممارسة فعلياً. ويمكن اكتساب السيطرة بامتلاك الموجودات، أو من خلال حقوق أو عقود تمنح الطرف المسيطر قدرة على السيطرة. والمهم ليس هو الشكل القانوني الصّرف للعلاقة، كالعلاقة بين الشركة الأم والشركة الفرعية، بقدر ما هو مضمون تلك العلاقة.

٣٠- أما العوامل التي من شأنها أن تشير إلى وجود سيطرة كيان على كيان آخر فيمكن أن تشمل ما يلي: القدرة على الهيمنة على تشكيلة أعضاء مجلس إدارة الكيان الثاني أو هيئته الإدارية؛ والقدرة على تعيين أو عزل جميع أو معظم أعضاء مجلس الإدارة أو أعضاء الهيئة الإدارية في الكيان الثاني؛ والقدرة على السيطرة على معظم الأصوات التي يُدلى بها في اجتماع من اجتماعات مجلس الإدارة أو الهيئة الإدارية للكيان الثاني؛ والقدرة على الإدلاء أو تنظيم الإدلاء بمعظم الأصوات التي يُرَجَّح الإدلاء بها في اجتماع عام من اجتماعات الكيان الثاني، بغض النظر عما إذا كانت تلك القدرة ناجمة عن أسهم أو اختيارات. أما المعلومات التي قد تكون ذات صلة بأخذ هذه العوامل في الاعتبار فقد تشمل ما يلي: وثائق تأسيس أعضاء المجموعة؛ والتفاصيل المتعلقة بأسهم الأعضاء؛ والمعلومات المتعلقة بالقرارات الاستراتيجية

الموضوعية للعضو؛ واتفاقات الإدارة الداخلية والخارجية؛ ومعلومات مفصلة عن الحسابات المصرفية وإدارتها والأطراف المأذون لها بالتوقيع؛ والمعلومات المتصلة بالموظفين.

هاء- تنظيم مجموعات المنشآت

٣١- يعتمد تنظيم مجموعات المنشآت عادة على واحد من نهجين اثنين أو، في بعض الحالات، على صيغة تجمع بين النهجين: نهج الكيان المنفصل (وهو النهج التقليدي والأكثر شيوعاً حتى الآن) ونهج المنشأة الواحدة.

٣٢- ويستند نهج الكيان المنفصل إلى عدة مبادئ أساسية، أهمها الشخصية القانونية المنفصلة لكل شركة من شركات المجموعة. وهو يقوم أيضاً على المسؤولية المحدودة لأصحاب أسهم كل شركة في المجموعة وعلى واجبات أعضاء مديري كل كيان منفصل في المجموعة تجاه ذلك الكيان.

٣٣- والشخصية القانونية المنفصلة للشركة تعني بوجه عام أن لها حقوقها وواجباتها الخاصة، بغض النظر عن من يسيطر عليها أو يمتلكها (أي عمّا إذا كانت مملوكة كلياً أو جزئياً لشركة أخرى) أو عن مشاركتها في أنشطة مجموعة المنشآت. والديون المستحقة عليها هي ديونها ولا يمكن عادة تجميع موجودات المجموعة^(١٧) لسداد هذه الديون. أمّا العقود التي تبرمها مع أشخاص خارجيين فلا تُلزم بصورة تلقائية الشركة الأم أو أعضاء المجموعة الآخرين. ولا تستطيع الشركة الأم، لدى تحديد أرباحها الخاصة، أن تضع في حسابها الأرباح غير الموزعة الخاصة بالشركات الأخرى التابعة للمجموعة. والمسؤولية المحدودة للشركة تعني أن أعضاء مجموعة المنشآت، على خلاف الشراكات أو الملكيات الفردية، ليسوا على وجه العموم مسؤولين عن ديون المجموعة والتزاماتها، مما يعني أن الخسائر المحتملة لا يمكن أن تتجاوز المبلغ المسهم به في عضو المجموعة عند اشتراء أسهمه.

٣٤- وفي مقابل ذلك، يعتمد نهج المنشأة الواحدة على التكامل الاقتصادي لأعضاء مجموعة المنشآت، بحيث تُعامل المجموعة كوحدة اقتصادية واحدة تعمل على تعزيز مصالح المجموعة ككل، أو مصالح العضو المهيمن على المجموعة بدلاً من مصالح فرادى أعضاء المجموعة. وقد يتم الاقتراض على أساس المجموعة بحيث تُستخدم ترتيبات خزينة المجموعة لموازنة الأرصدة الدائنة والمدينة لكل عضو في المجموعة؛ وقد يُسمح لأعضاء المجموعة بالعمل بخسارة أو برأس مال أقل في إطار الهيكل والإستراتيجية الماليين الشاملين للمجموعة؛ وقد تُنقل الموجودات

(17) للاطلاع على مناقشة للدمج الموضوعي، انظر الجزء الثالث، الفصل الثاني، الفقرات ١٠٥-١٣٧.

والالتزامات فيما بين أعضاء المجموعة بطرق مختلفة؛ ويمكن الدخول في قروض داخل المجموعة أو كفالات أو غير ذلك من الترتيبات المالية بشروط تفضيلية بصورة أساسية.

٣٥- وبينما تتبع عدة بلدان نهج الكيان المنفصل، هناك بعض البلدان التي تعترف باستثناءات من التطبيق الصارم لهذا النهج بينما استحدث البعض الآخر، إما عن طريق التشريعات أو من خلال المحاكم، نهج المنشأة الواحدة الذي ينطبق على بعض الحالات.

٣٦- ومن الحالات التي يبطل فيها التطبيق الصارم لنهج الكيان المنفصل ما يلي: دمج حسابات مجموعة المنشآت بالنسبة لإحدى الشركات وأي كيان خاضع لسيطرتها؛ وإجراء معاملات مع أشخاص من ذوي الصلة (متى كان محظورا على الشركة بأي شكل من الأشكال أن تمنح شركة شقيقة أي مزية مالية، بما في ذلك القروض أو الكفالات أو التعويضات أو الإعفاءات من الدين أو إحالة الموجودات داخل المجموعة، ما لم يوافق أصحاب الأسهم على تلك المعاملة أو يُؤذن بإعفائها على نحو آخر)؛ والحياسة المتبادلة للأسهم (متى كان محظورا على أعضاء المجموعة بصورة عامة حياسة أسهم أي عضو مسيطر، أو منح ضمانات على أساس تلك الأسهم، أو إصدار أو إحالة الأسهم إلى أي عضو خاضع للسيطرة)؛ والتعامل التجاري في حالة الإعسار (متى جاز تحميل الشركة الأم، التي كان يتعين عليها أن تشتهبه في إعسار شركة فرعية، بتبعية الديون التي لحقت بتلك الشركة الفرعية عندما كانت معسرة).

٣٧- وقد استحدثت بلدان قليلة فئات شتى من مجموعات المنشآت التي يمكنها أن تعمل كمنشأة واحدة في مقابل تعزيز حماية الدائنين وأصحاب أقلية الأسهم. ففي أحد البلدان،^(١٨) تنقسم هياكل مجموعات المنشآت التي تشتمل على شركات عمومية إلى ثلاث فئات: (أ) المجموعات المتكاملة؛ و(ب) المجموعات التعاقدية؛ و(ج) المجموعات بحكم الواقع، تنطبق عليها مجموعة مبادئ متناسقة خاصة بالمنشأة الواحدة تتناول حوكمة الشركات ومسؤوليتها:

(أ) تعتمد المجموعات المتكاملة على تصويت نسبة معينة من أصحاب أسهم الشركة الأم، التي تمتلك بدورها نسبة معينة من أسهم الشركة الفرعية، بالموافقة على الإدماج الكامل للشركة الفرعية. ويكون للشركة الأم صلاحية غير محدودة في توجيه الشركة الفرعية مقابل تحمّل الشركة الأم مسؤولية جماعية وفردية عن ديون الشركة الفرعية والتزاماتها؛

(ب) المجموعات التعاقدية يمكن أن تتكون بنسبة معينة من أصحاب أسهم كل شركة من الشركتين المرمتين لعقد يمنح إحداهما (الأم) الحق في توجيه الأخرى، بشرط أن

(18) ألمانيا.

تكون التوجيهات متسقة مع مصالح الشركة الأم أو مصلحة المجموعة ككل. وفي مقابل منح الشركة الأم حق السيطرة، يعطى صغار حملة الأسهم والدائنين حماية معززة؛

(ج) المجموعات بحكم الواقع هي المجموعات التي تقوم فيها شركة من الشركات، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بممارسة نفوذ مهيم على شركة أخرى. ومع أن تكوين المجموعة لا يتم بأي ترتيب رسمي، يجب أن تكون للشركة الأم، مع ذلك، مشاركة منتظمة في شؤون الشركة الخاضعة للسيطرة.

٣٨- وثمة بلد^(١٩) أدرجت فيه مبادئ المنشأة الواحدة في التشريع المنظم للشركات، ويجوز فيه لمديري الشركات الفرعية المملوكة كلياً أو جزئياً أن يعملوا لما فيه مصلحة الشركة الأم لا لمصلحة شركاتهم الفرعية؛ وتوجد أحكام لتبسيط دمج المجموعات؛ ويسمح التشريع أيضاً بأوامر الإسهام والدمج الموضوعي أو التجميع.

٣٩- وفي بلد آخر،^(٢٠) ما برحت قوانين الرقابة التجارية، التي تؤثر في مجموعات المنشآت، تأخذ بصورة متزايدة بمبادئ المنشأة الواحدة لضمان عدم تقويض أو تجنّب السياسة التي تستند إليها تشريعات تجارية معيّنة من خلال استخدام مجموعات المنشآت. وقد ساعدت المحاكم في هذا التطور حيث استحدثت بشكل انتقائي مفهوم المنشأة الواحدة لتحقيق السياسات التي تقوم عليها التشريعات. وقد طُبّق هذا المفهوم على قانون الإعسار لتحاكي معاملات معيّنة داخل المجموعة، ولدعم الكفالات داخل المجموعة وتحقيق الدمج الموضوعي في حالات محدودة. وللمحاكم أيضاً، عند تصفية كيان تابع للمجموعة، صلاحية تغيير ترتيب أولوية المطالبات، إما بمعاملة بعض القروض الداخلية في المجموعة الممنوحة لذلك الكيان كرأس مال سهمي، لا كديون، أو بالتنازل عن القروض الداخلية الممنوحة لذلك الكيان للوفاء بمطالبات دائنيه الخارجيين.

ثانياً - معالجة إعسار مجموعات المنشآت: المسائل الوطنية

أولاً - مقدمة

١- قد تكون مجموعات المنشآت مهيكلة بأشكال تقلل إلى أدنى حد من تعرّض واحد أو أكثر من أعضائها لخطر الإعسار، وذلك بتقديم كفالات متبادلة وتعويضات والدخول في

(19) نيوزيلندا.

(20) الولايات المتحدة الأمريكية.

أنواع مماثلة من الترتيبات. وفي حال نشوء مشاكل، يمكن للمنشأة الأم أو لعضو المجموعة المسيطر السعي إلى تفادي إعسار أعضاء آخرين في المجموعة من أجل الحفاظ على سمعة المجموعة وصون رصيدها في الأوساط التجارية والمالية بتوفير تمويل إضافي وبالموافقة على جعل المطالبات فيما بين أعضاء المجموعة أدنى مرتبة من الالتزامات الخارجية.

٢- بيد أنه إذا ما اختلت تركيبة هيكل مجموعة المنشآت بفعل ضائقة مالية تمس واحداً أو أكثر من أعضاء المجموعة، أو حتى جميع أعضائها، وتفضي إلى إعسار، قد تنشأ مشاكل مجرد أن المجموعة تتألف من أعضاء يُعترف بأن لكل منهم شخصيته القانونية المنفصلة ووجوده المنفصل. وبما أن الغالبية العظمى من قوانين الإعسار وقوانين المنشآت الوطنية، حسبما ذكر آنفاً، لا تتناول إعسار مجموعات المنشآت، حتى وإن كانت فيما يحتمل تعالج المسائل المتعلقة بالمجموعة خارج مجال الإعسار فيما يتصل بالمعاملة المحاسبية والمسائل الرقابية والضرائب، فإن عدم وجود سند تشريعي لمعالجة إعسارها أو صلاحية تقديرية للقضاء بالتدخل في حالة الإعسار يعني أن كل كيان ينبغي أن يُنظر إليه على انفراد وأن يُدار، إذا اقتضت الضرورة، بصورة منفصلة في حال إعساره. وفي حالات معينة، كما في الحالة التي يكون فيها النشاط التجاري لأعضاء المجموعة وثيق التكامل، قد لا يحقق ذلك النهج دائماً أفضل نتيجة للمدين المنفرد أو لأعمال المجموعة ككل، ما لم يتسن تنسيق إجراءات الإعسار المتوازية المتعلقة بجميع أفراد المجموعة تنسيقاً دقيقاً.

٣- وكثير من الأحكام الموجودة فعلاً في القوانين الوطنية المتعلقة بإعسار مجموعات المنشآت يركّز على الحالات التي قد يكون من المناسب فيها تجميع حوزات الإعسار. والشيء الناقص هو الإرشادات بشأن الكيفية التي ينبغي بها تناول إعسار مجموعات المنشآت على نحو أشمل، وخصوصاً ما إذا كان ينبغي معاملة مجموعات المنشآت بصورة مغايرة لمعاملة كيان المنشأة الواحدة، وماهية الحالات التي ينبغي فيها ذلك.

٤- وثمة مسألة محورية ثانية فيما يتعلق بمعاملة مجموعات المنشآت في حالة الإعسار، هي درجة تكامل المجموعة اقتصادياً وتنظيماً والكيفية التي يمكن أن تؤثر فيها درجة التكامل تلك على معاملة المجموعة في حالة الإعسار، وخصوصاً المدى الذي يمكن الذهاب إليه في معاملة المجموعة الشديدة التكامل معاملة مختلفة عن المجموعة التي يحتفظ فيها أعضاؤها بدرجة عالية من الاستقلالية. وفي بعض الحالات، ومنها مثلاً عندما يكون هيكل المجموعة متنوعاً بحيث يشتمل على شركات وموجودات غير مترابطة، قد لا يؤثر إعسار واحد أو أكثر من أعضاء المجموعة على أعضاء آخرين أو على المجموعة ككل، ويمكن إدارة الأعضاء المعسرين بصورة منفصلة. أما في حالات أخرى فيمكن أن يؤدي إعسار أحد أعضاء المجموعة إلى إجهاد مالي

في أعضاء آخرين أو في المجموعة كلها، بسبب هيكل المجموعة المتكامل، مع وجود درجة عالية من التكافل وموجودات وديون مترابطة بين مختلف أجزائها. وفي تلك الحالات، كثيراً ما قد يفرض إعسار عضو أو أكثر من أعضاء المجموعة إلى إعسار جميع الأعضاء حتماً (مفعول "الدومينو")، وقد يكون من المجدي بعض الشيء عند الحكم بوشك وقوع الإعسار الرجوع إلى حالة المجموعة ككل أو تنسيق النظر في هذا الشأن فيما يتعلق بأعضاء متعددين.

باء- طلب الإجراءات وبدؤها

٥- تناقش الاعتبارات العامة المتعلقة بطلب إجراءات الإعسار وبدئها في الفصلين الأول والثاني من الجزء الثاني أعلاه. وبما أن ذينك الفصلين ينطبقان بالقدر نفسه على أعضاء مجموعة المنشآت المنفردتين، فينبغي النظر فيهما جنباً إلى جنب مع ما سيناقش أدناه من مسائل إضافية تخص مجموعات المنشآت.

١- الطلب المشترك لبدء الإجراءات

(أ) الخلفية

٦- على وجه العموم، تراعي قوانين الإعسار الوضعية القانونية المنفصلة لكل عضو في مجموعة المنشآت، وتقضي بأن يقدم طلب منفصل لبدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بكل من هؤلاء الأعضاء. كما ينبغي أن يكون كل عضو منهم مشمولاً بقانون الإعسار (انظر التوصية ١٠) وأن يفى بمعيار بدء إجراءات الإعسار (انظر التوصيتين ١٥ و ١٦). وتتضمن بعض القوانين أحكاماً تنص على استثناءات محدودة تسمح بتوسيع نطاق طلب وحيد ليشمل أعضاء آخرين في المجموعة، مثلاً عندما يوافق جميع الأطراف المهتمين على ضم أكثر من عضو واحد في المجموعة؛ أو عندما يحتمل أن يؤثر إعسار أحد أعضاء المجموعة على أعضاء آخرين؛ أو عندما يكون هناك تكامل اقتصادي وثيق بين الأطراف في الطلب، كما في حالة وجود اختلاط في الموجودات أو درجة معينة من السيطرة أو الملكية؛ أو عندما يكون لاعتبار المجموعة كياناً واحداً جدوى قانونية خاصة، ولا سيما في سياق خطط إعادة التنظيم.

٧- وتنطبق التوصيات المذكورة أعلاه المتعلقة بطلب إجراءات الإعسار وبدئها على المدينين الذين هم أعضاء في مجموعة منشآت بنفس النحو الذي تنطبق به على المدينين الذين هم منشآت تجارية منفردة. والتوصيتان ١٥ و ١٦ ترسيان المعايير الخاصة بالطلبات المقدمة من المدينين والدائنين لبدء إجراءات الإعسار، وتشكلان الأساس الذي يمكن أن يستند إليه

الطلب فيما يخص كل عضو في المجموعة يفني بتلك المعايير.⁽²¹⁾ وفي سياق مجموعة المنشآت، قد يؤثر إعسار المنشأة الأم أو عضو المجموعة المسيطر على الاستقرار المالي لشركة فرعية أو عضو خاضع للسيطرة، أو قد يؤثر إعسار عدد من أولئك الأعضاء تأثيراً ضاراً على يسر (الملاءة المالية) أعضاء آخرين، بحيث يصبح الإعسار وشيكاً على نطاق المجموعة. وهذه الحالة يرجح أن تكون مشمولة بأحكام التوصية ١٥ إذا كان يمكن أن يقال، وقت تقديم الطلب فيما يخص أعضاء المجموعة المعسرين، إن أعضاء المجموعة الآخرين هم بوجه عام غير قادرين أو لن يقدرُوا على سداد ديونهم عندما يستحق أجلها.

(ب) الغرض من تقديم طلب مشترك

٨- ومن شأن السماح لأعضاء المجموعة الذين يفون بمعيار البدء بأن يقدموا طلباً مشتركاً لبدء إجراءات الإعسار أن يزيد من الكفاءة ويقلل من التكاليف حيث سيسهل نظر المحكمة بصورة منسقة في تلك الطلبات، دون مساس بالهوية المنفصلة لكل عضو من أعضاء المجموعة أو استبعاد ضرورة وفاء كل منهم بمعيار البدء المنطبق عليه. ومن شأنه أيضاً أن ينبه المحكمة إلى وجود مجموعة، وخصوصاً إذا كان يتعين أن يُشفع الطلب بمعلومات تثبت وجود المجموعة والعلاقة بين أعضاء المجموعة ذوي الصلة، كما أن له، في حال بدء الإجراءات لاحقاً على أساس ذلك الطلب المشترك، مزية تتمثل في تحديد موعد بدء مشترك لكل عضو معسر من أعضاء المجموعة. وهذا الموعد المشترك يمكن أن يسهل التقيد بالمواعيد النهائية وحساب فترة الرتبة لأغراض الإبطال.

٩- ويمكن أن يتمثل ذلك الطلب المشترك، حيثما كان مسموحاً به بمقتضى القانون وممكناً في الظروف القائمة، في طلب وحيد يشمل جميع أعضاء المجموعة الذين يفون بمعيار البدء، أو في طلبات متوازية تُقدَّم في وقت واحد بشأن كل من أولئك الأعضاء. وقد يكون هذا النهج الأخير مناسباً عندما لا يكون أعضاء المجموعة موجودين في ولاية قضائية وطنية واحدة وتكون هناك محاكم مختصة مختلفة (كما سيرد أدناه)، أو عندما تكون للقضية ملاسبات أخرى، مثل وجود عدد كبير من الإجراءات يلزم التنسيق بينها، تدل على أن تقديم طلب وحيد لن يكون مناسباً من الناحية العملية. ومن المستصوب في كلتا الحالتين، أن يسهل قانون الإعسار قيام المحكمة بالنظر على نحو منسق فيما إذا كانت معايير البدء قد

(21) تشمل التوصية ١٥ الإعسار الوشيك في حالة الطلب المقدم من الدائن.

استوفيت فيما يتعلق بكل عضو من أعضاء المجموعة، مع أخذ سياق المجموعة بعين الاعتبار، حيثما اقتضى الحال ذلك.

(ج) التمييز بين الطلب المشترك والتنسيق الإجرائي

١٠ - ينبغي التمييز بين تقديم طلب مشترك لبدء إجراءات الإعسار وتقديم طلب بما يشار إليه أدناه بالتنسيق الإجرائي. والغرض من السماح بالطلب المشترك هو تسهيل تنسيق اعتبارات البدء، وربما خفض التكاليف. ومن شأن بدء إجراءات متعددة بناء على طلب مشترك أن يسهل أيضا تنسيق تلك الإجراءات. فموعد البدء، وأي مواعيد أخرى تُحسب بالرجوع إلى ذلك الموعد، مثل المواعيد المتصلة بفترة الرتبة، ستكون واحدة لكل من الأعضاء. والسماح بتقديم طلب مشترك لا يُقصد منه التقرير المسبق للكيفية التي ستدار بها الإجراءات إذا ما بدأت، وعلى وجه الخصوص، ما إذا كانت تلك الإجراءات ستخضع لتنسيق إجرائي. ومن ثم، فمن المستصوب ألا ينص قانون الإعسار على تقديم طلب مشترك كشرط مسبق للتنسيق الإجرائي. ومع ذلك، يمكن لطلب البدء المشترك أن يشمل طلباً للتنسيق الإجرائي، كما سيرد أدناه، ويمكن أن يسهل على المحكمة اتخاذ قرار بشأن تنسيق الإجراءات.

(د) ضم عضو موسر في المجموعة في طلب مشترك

١١ - ثمة مسألة كثيرا ما تُناقش في سياق المجموعات، هي ما إذا كان يمكن ضم عضو موسر في المجموعة في طلب لبدء إجراءات الإعسار بشأن الأعضاء المعسرين في المجموعة، وإذا كان الأمر كذلك ففي أي ظروف. فإذا كان أحد أعضاء المجموعة موسراً فيما يبدو، لكن التحريات الإضافية تظهر أنه على وشك الإعسار، فإن ضم ذلك العضو في الطلب يكون مشمولاً بالتوصية ١٥، كما سيرد أدناه.

١٢ - إذا كان الأمر لا يتعلق بإعسار وشيك، وكان من الواضح أن عضو المجموعة موسر، يمكن اتباع نهج مختلفة. فعندما تكون المجموعة وثيقة التكامل، يمكن لقانون الإعسار أن يسمح بأن يضم طلب البدء أعضاء آخرين لا يفون بمعيار البدء، على أساس أنه من المستصوب، خدمة لمصالح المجموعة ككل، أن يُشمل أولئك الأعضاء في الإجراءات. ومن العوامل التي قد تكون ذات صلة في تقرير ما إذا كانت درجة التكامل اللازمة موجودة: وجود علاقة بين أعضاء المجموعة توصف بأشكال مختلفة لكنها تنطوي، مثلاً، على درجة عالية من التكافل أو السيطرة؛ واختلاط الموجودات؛ ووحدة الهوية؛ والاعتماد على دعم إداري ومالي، أو وجود عوامل مشابهة أخرى لا يلزم بالضرورة أن تكون ناشئة عن العلاقة القانونية بين أعضاء

المجموعة (مثل علاقة المنشأة الأم بمنشأة فرعية). وثمة حالة أخرى قد يكون فيها ضم عضو موسر في المجموعة إلى الطلب المشترك مناسباً، هي حالة كون وجود "المجموعة" وهمياً. وقد يحدث هذا على سبيل المثال متى كانت أنشطة المجموعة تنفذ كما لو كانت متصلة بكيان واحد ومتى كان وجود المجموعة مجرد واجهة لأنشطة ذلك الكيان الواحد. وقد يحدث أيضاً متى كان الأعضاء مترابطين إلى حد أنه لا يوجد في الواقع سوى قاعدة موجودات واحدة وعدم الإبقاء على الفاصل القانوني بين أعضاء المجموعة حيث تتعامل الإدارة، وكذا الدائنون، مع مختلف الكيانات كما لو كانت كيانا واحداً بذات واحدة.

١٣- واتباع نهج من هذا القبيل يمكن أن يسهل إيجاد حلّ لمسألة لإعسار يشمل المجموعة كلها، مما يحول دون بدء إجراءات مجزأة لأعضائها مع مرور الزمن عندما يتأثر أعضاء آخرون في المجموعة بإجراءات الإعسار التي استُهلكت بشأن أعضائها المعسرين أصلاً. كما يمكنه أن يسهل إعداد خطة إعادة تنظيم شاملة، تتناول موجودات أعضاء المجموعة الموسرين والمعسرين على السواء.

١٤- بيد أن ضم أحد أعضاء المجموعة الموسرين ينطوي على مشاكل، منها أن قانون الإعسار على وجه العموم لن يشمل سوى الكيانات التي تعتبر بحق وافية بمعيار بدء إجراءات الإعسار. ولكن يمكن أن تشمل خطة إعادة التنظيم طوعية عضواً معسراً في المجموعة، عندما يتخذ مجلس إدارة ذلك العضو أو القائمون على إدارته قراراً تجارياً (وفقاً للقانون المنطبق) بأن يشارك في الخطة (انظر الفقرة ١٥٢ أدناه).

١٥- ويمكن أيضاً السماح بمقتضى بعض قوانين الإعسار بتقديم طلب مشترك لبدء الإجراءات عندما يوافق جميع أعضاء المجموعة المهتمين على إدراج واحد أو أكثر من أعضائها الآخرين، سواء أكانوا معسرين أم لا، أو عندما يوافق على ذلك جميع الأطراف ذوي المصلحة، بمن فيهم الدائنون. وقد يتبين على وجه العموم أن الحصول على موافقة جميع الدائنين في مثل تلك الأحوال أمر بالغ الصعوبة وقد يستغرق وقتاً طويلاً. ويمكن لقانون الإعسار أن ينظر أيضاً فيما إذا كان يمكن أن يُضم إلى إجراءات الإعسار لاحقاً عضو في المجموعة لم يكن مشاركاً فيها وقت بدء تلك الإجراءات بشأن أعضاء آخرين فيها، إذا ما تأثر تأثراً سلبياً لاحقاً بتلك الإجراءات أو إذا ما رئي أن ضمه إلى الإجراءات سيخدم مصالح المجموعة ككل.

(هـ) الأشخاص الذين يُسمح لهم بتقديم طلب مشترك

١٦- اتساقاً مع النهج المتبع في التوصية ١٤، يمكن لقانون الإعسار أن يسمح لاثنتين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت الذين يفون بمعيار البدء المنصوص عليه في ذلك القانون (انظر الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٣٢-٥٣) بتقديم طلب مشترك. كما يمكن أن يقدم أي دائن طلباً بشأن أي عضو من أعضاء المجموعة مدين له. ومن شأن السماح للدائن بتقديم طلب بشأن أعضاء المجموعة غير المدينين له أن يتعارض مع معيار البدء المنصوص عليه في التوصية ١٤.

(و) المحاكم المختصة

١٧- قد يثير طلب مشترك لبدء الإجراءات بشأن اثنتين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت مسائل تتعلق بالولاية القضائية، حتى في السياق الوطني، إذا كان أولئك الأعضاء موجودين في أماكن مختلفة توجد بها محاكم مختلفة يمكن أن تكون لها ولاية على فرادى أعضاء تلك المجموعة ومن ثم تكون مختصة بالنظر في ذلك الطلب. وهذا يمكن أن يحدث، مثلاً، فيما يتعلق بمجموعة تعمل على الصعيد الوطني في دول تكون فيها المسائل المتعلقة بالإعسار من اختصاص محاكم تقع في أماكن مختلفة أو يمكن فيها تقديم طلبات البدء في محاكم مختلفة. فبعض القوانين قد يسمح بأن تعالج طلب البدء المشترك محكمة واحدة تكون لها الولاية القضائية على فرادى أعضاء المجموعة المشمولين به.

١٨- ومع أن هذا النهج مستحسن فإن المسألة ستتمثل في نهاية المطاف فيما إذا كان القانون الوطني يسمح بأن تعامل الطلبات المشتركة التي تشمل مدينين مختلفين (وإن كانوا أعضاء في المجموعة نفسها) في ولايات قضائية مختلفة أو أمام محاكم مختلفة على هذا النحو. ويجوز في بعض الدول نقل الدعاوى المنظورة أمام محاكم مختلفة إلى محكمة واحدة أو دمجها لدى محكمة واحدة. وقد تكون هناك معايير شتى، في تلك الأحوال، ذات صلة بتحديد أنسب محكمة لمعالجة طلب من هذا القبيل. فقد تكون، على سبيل المثال، هي المحكمة المختصة بإدارة إجراءات الإعسار المتعلقة بالمنشأة الأم في المجموعة أو العضو المسيطر فيها، عندما يكون ذلك العضو مشمولاً بالطلب. كما يمكن اختيار معايير أخرى، مثل حجم مديونية مختلف أعضاء المجموعة أو مركز السيطرة في المجموعة، لتقرير غلبة اختصاص إحدى المحاكم في السياق الوطني. كما أن دائني أعضاء المجموعة المختلفين قد يكونون موجودين في أماكن مختلفة، مما يثير مسألتَي التمثيل والمكان الذي ستجتمع أو تُنشأ فيه لجان الدائنين.

١٩- ومع أن مسألة تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الطلب المشترك لبدء الإجراءات، عندما يكون أعضاء المجموعة المعنيون موجودين في ولايات قضائية وطنية مختلفة، يمكن أن يتناولها قانون آخر غير قانون الإعسار، فمن المستحسن اتباع نهج التوصية ١٣. وهذا سيتطلب أن يبين قانون الإعسار بوضوح القانون الذي يحدد المحكمة المختصة بالنظر في ذلك الطلب أو أن يتضمن إشارة إلى ذلك القانون. ومن شأن اعتماد ذلك النهج أن يوضح لجميع الأطراف المعنيين المحكمة التي يمكن فيها تقديم طلب من ذلك القبيل وكيفية تقديمه. ولهذا أهمية خاصة متى كانت هناك أكثر من محكمة واحدة يمكن أن تكون لها ولاية على فرادى أعضاء المجموعة.

٢٠- ومتى أجاز قانون الإعسار تقديم طلب مشترك بات من الممكن الاقتصاد في التكاليف، فعلى سبيل المثال سوف تنظر محكمة واحدة في استيفاء معيار البدء بشأن عدد من أعضاء مجموعة منشآت واحدة في وقت واحد. ومن ثم، فقد تستحق مسألة الرسوم المستحقة وسائر المسائل الإجرائية المتصلة بطلب بدء إجراءات الإعسار وبدء الإجراءات إعادة النظر في سياق الطلبات المشتركة (انظر الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٧٦-٧٨).

(ز) الإشعار بالطلب

٢١- تنطبق على الطلب المشترك التوصيات المذكورة أعلاه المتعلقة بالإشعار بتقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار (انظر الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٦٤-٦٧). فالطلب المشترك الذي يقدمه الدائن ينبغي أن يبلغ به أعضاء المجموعة الذين هم موضوع ذلك الطلب، وفقاً للتوصية ١٩ (أ). أما في حالة تقديم طلب مشترك من جانب أعضاء المجموعة فلا يلزم توجيه إشعار إلى الدائنين والأطراف الأخرى صاحبة المصلحة إلى حين بدء الإجراءات بناء على ذلك الطلب، وفقاً للتوصية ٢٢.

التوصيات ١٩٩-٢٠١

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالطلب المشترك^(٢٢) لبدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بأثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت هو:

(22) الطلب المشترك لبدء الإجراءات لا يمس بالهوية القانونية لكل عضو في المجموعة مشمول بالطلب؛ إذ يظل كل عضو منفصلاً ومتمايزاً.

- (أ) تيسير النظر بصورة منسقة في طلب بدء إجراءات إعسار فيما يتعلق بأعضاء مجموعة المنشآت؛
- (ب) تمكين المحكمة من الحصول على معلومات عن مجموعة المنشآت من شأنها أن تسهّل البت فيما إذا كان ينبغي لها أن تأمر ببدء إجراءات إعسار بشأن أعضاء المجموعة أولئك؛
- (ج) رفع الكفاءة وخفض التكاليف؛
- (د) توفير آلية^(٢٣) تمكن المحكمة من تقييم ما إذا كان التنسيق الإجرائي لتلك الإجراءات أمرا مناسباً.

محتويات الأحكام التشريعية

الطلب المشترك لبدء إجراءات الإعسار (الفقرة ٨)

١٩٩- يمكن لقانون الإعسار أن ينص على جواز تقديم طلب مشترك لبدء إجراءات إعسار بشأن اثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، على أن يفي كل منهم بمعياري البدء المنطوق.^(٢٤)

الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب (الفقرة ١٦)

٢٠٠- [متى كان قانون الإعسار ينص على تقديم طلبات مشتركة وفقاً للتوصية ١٩٩،] فينبغي أن ينص على أنه يجوز أن يقدم الطلب المشترك أي ممن يلي:

- (أ) عضوان أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت على أن يفي كل منهم بمعياري البدء المنطوق، الوارد في التوصية ١٥؛
- (ب) أحد الدائنين، شريطة أن يكون دائناً لكل عضو في المجموعة يستوفي معياري البدء المنصوص عليه في التوصية ١٦ ويشمله الطلب المشترك.

(23) الطلب المشترك ليس شرطاً مسبقاً للتنسيق الإجرائي، ولكن يمكن أن يسهل نظر المحكمة في ما إذا كان ينبغي إصدار أمر بذلك التنسيق.

(24) انظر أعلاه، التوصية ١٥ التي تتناول الطلبات المقدّمة من المدينين، والتوصية ١٦ التي تتناول طلبات البدء المقدّمة من الدائنين.

المحاكم المختصة (الفقرات ١٧-١٩)

٢٠١- لأغراض التوصية ١٣، تشمل عبارة "بدء إجراءات الإعسار وتسييرها، بما في ذلك المسائل التي تنشأ في سياق تلك الإجراءات" تقديم طلب مشترك لبدء إجراءات إعسار بشأن اثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت.^(٢٥)

٢- التنسيق الإجرائي

(أ) الغرض من التنسيق الإجرائي

٢٢- القصد من التنسيق الإجرائي تعزيز الملاءمة الإجرائية وكفاءة التكلفة، ويمكن لهذا التنسيق أن يسهل الحصول على معلومات شاملة عن العمليات التجارية لأعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار، وليس هذا فحسب، بل يمكنه أيضا أن يساعد على تقييم الموجودات وتعيين هوية الدائنين وغيرهم ممن له مصالح معترف بها قانوناً، وأن يحول دون ازدواجية الجهود. والتنسيق الإجرائي يشير إلى ما يمكن أن يكون في واقع الأمر درجات متفاوتة من التنسيق فيما يتعلق بتسيير وإدارة إجراءات إعسار متعددة بدأت بشأن اثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت وربما تشمل محكمة واحدة أو أكثر. وتظل موجودات والتزامات كل عضو في المجموعة يشملها التنسيق الإجرائي، وإن أُديرت على نحو منسق، منفصلة ومميزة، مما يحافظ على وحدة أعضاء المجموعة ويحدد هوية كل عضو منها ويصون حقوق المطالبين الموضوعية. ومن ثم، فإن أثر التنسيق الإجرائي يقتصر على الجوانب الإدارية للإجراءات ولا يتطرق إلى المسائل الموضوعية. ويتحدد نطاق أمر التنسيق الإجرائي، بما تقرره المحكمة لكل حالة على حدة.

٢٣- وأمر التنسيق الإجرائي يمكن أن ييسر الإجراءات المتعددة بسبل شتى، هي: تيسير تبادل المعلومات من أجل الحصول على تقييم أشمل لحالة مختلف المدينين؛ وتجميع جلسات الاستماع والاجتماعات، بما فيها اجتماعات الدائنين المشتركة؛ وإعداد قائمة وحيدة للدائنين وسائر الأطراف ذات المصلحة لأغراض توجيه الإشعارات وتنسيق توجيهها؛ وتحديد مواعيد قصوى مشتركة؛ والاتفاق على إجراء مشترك بشأن المطالبات وعلى تنسيق تسهيل وبيع الموجودات وتنسيق إجراءات الإبطال؛ وعقد اجتماعات وحيدة للدائنين، والتنسيق بين لجان

(25) تنص التوصية ١٣ على ما يلي: ينبغي لقانون الإعسار أن يبين بوضوح (أو أن يتضمن إشارة إلى القانون ذي الصلة الذي يحدد) المحكمة التي لها ولاية على بدء إجراءات الإعسار وتسييرها، بما في ذلك المسائل الناشئة في سياق تلك الإجراءات. وتناقش في التعليق المعايير التي قد تكون لها صلة بتحديد المحكمة المختصة؛ انظر الفقرة ١٨ أعلاه.

الدائنين. وهذا التنسيق يمكن أن ييسره أيضاً تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه ليتولى إدارة إجراءات الإعسار، أو كفالة التنسيق بين ممثلي الإعسار في حال تعيين اثنين أو أكثر (انظر الفقرتين ١٣٩ و ١٤٠). ويمكن أن ينطوي أيضاً على تعاون بين محكمتين أو أكثر أو قيام محكمة واحدة، عندما يميز ذلك القانون الوطني، بإدارة الإجراءات المتعلقة بأعضاء المجموعة.

٢٤- وحيثما يتعلق الأمر بمحكمتين أو أكثر، يمكن أن يشمل التعاون، مثلاً، تنسيق عقد جلسات الاستماع، وتبادل المعلومات والإفصاح عنها. وحسبما ذكر أدناه فيما يتعلق بالتعاون عبر الحدود (انظر الفقرات ٣٨-٤٠ من الفصل الثالث)، يمكن لجلسات الاستماع المنسقة أن تعزز إلى حد بعيد كفاءة إجراءات الإعسار المتوازية المتعلقة بأعضاء مجموعة المنشآت إذ تجمع أصحاب المصلحة ذوي الصلة معاً في وقت واحد لمناقشة المسائل المتعلقة أو النزاعات المحتملة وإيجاد حلول لها، مما يؤدي إلى تفادي المفاوضات المطوّلة وما ينتج عنها من تأخر. وتنطوي جلسات الاستماع هذه على قيام محكمتين أو أكثر بعقد جلسات استماع في وقت واحد مع إتاحة إمكانية التخاطب الآني بحيث يتسنى للأطراف على الأقل أن يتابعوا وقائع الإجراءات في كل محكمة بالاستماع إليها، وربما مشاهدتها أيضاً. وقد يكون تنظيم هذه الجلسات أيسر نسبياً في السياق الوطني، لأنها لن تنطوي عموماً على ما قد يحدث في السياق العابر للحدود من صعوبات تتمثل في اختلاف اللغات والتوقيت والقوانين والقواعد الإجرائية والتقاليد القضائية. بيد أن تنظيم جلسات استماع من هذا القبيل قد يتطلب، كما هو الحال في السياق الدولي، استخدام قواعد إجرائية مشتركة والاتفاق، مثلاً، على كيفية القيام بتقديم المستندات والمعلومات فيما بين المحاكم المختلفة.

٢٥- وثمة عوامل مختلفة قد يكون لها صلة بالنظر فيما إذا كان التنسيق الإجرائي مناسباً في حالة معينة. وتعلق هذه العوامل، مثلاً، بالمعلومات التي تثبت وجود المجموعة وتحدد الصلات بين أعضائها، بما في ذلك موقع كل عضو مشمول بالطلب داخل المجموعة، خصوصاً عندما يكون أحدهم هو العضو المسيطر أو المنشأة الأم. ومع أن اشتراط توفير تفاصيل من هذا القبيل قد يكون عسيراً في الحالات التي يسمح فيها للدائنين بأن يقدموا طلباً للتنسيق الإجرائي، فإن لب الطلب هو أن المدينين هم أعضاء في مجموعة واحدة وأن التنسيق الإجرائي سيفيد في تسيير وإدارة إجراءات الإعسار. وعليه يلزم إقناع المحكمة بوجود تلك العلاقة عندما تبت فيما إذا كان ينبغي بدء الإجراءات وإصدار أمر بالتنسيق الإجرائي.

(ب) مشاركة الدائنين

٢٦- وفيما يتعلق بمشاركة الدائنين، يمكن أن تتضارب مصالح دائني مختلف أعضاء المجموعة، ولا يَرَجَّح أن يتسنى تمثيل تلك المصالح في لجنة وحيدة. بيد أن إنشاء لجنة منفصلة لدائني كل عضو في حالات التنسيق الإجرائي التي تشمل أعضاء كثيرين في المجموعة قد يتبين أنه باهظ التكلفة وغير ناجح لأغراض إدارة الإجراءات. ولذلك السبب، تُمنَح المحاكم في بعض الدول صلاحية تقديرية بالألأ تُنشئ لجنة دائنين لكل كيان منفصل في الحالات المناسبة. ومن ثم، قد يكون المبدأ العام هو أنه من المستحسن أن يسمح قانون الإعسار بإنشاء لجنة دائنين وحيدة في الحالات المناسبة.

(ج) توقيت تقديم الطلب

٢٧- إن المنافع المتأتية من التنسيق الإجرائي قد تكون جلية وقت تقديم طلب البدء أو قد تنشأ بعد بدء الإجراءات، ولذا فمن المستحسن أن يتبع قانون الإعسار نهجاً مرناً إزاء توقيت طلب التنسيق الإجرائي. ويمكن تقديم ذلك الطلب في نفس الوقت الذي يقدم فيه طلب بدء الإجراءات أو في أي وقت لاحق. ولكن بما أن الغرض من التنسيق الإجرائي هو تنسيق إدارة إجراءات متعددة فإن جدوى إصدار أمر بذلك في مرحلة متأخرة من الإجراءات ستكون من الناحية العملية محدودة. وبعبارة أخرى، قد يكون السعي إلى تنسيق إجراءات توشك على الانتهاء قليل الفائدة. وبالمثل سوف يحدد الوقت الذي يصبح فيه الأعضاء الآخريين في المجموعة معسرين ما إذا كان من الممكن إضافتهم إلى أمر التنسيق الإجرائي القائم.

٢٨- وقد يتبع قانون الإعسار نهجاً يتمثل في النص على حد زمني لتقديم طلب التنسيق الإجرائي توفيراً لقدر من اليقين. ولكن، كما هو الحال عادة في أي اعتبار يتعلق بالحاجة إلى حد زمني، يجب الموازنة بين مزايا إرساء حد زمني من هذا القبيل وعيوب التصلب المحتملة وضرورة ضمان مراعاة الحد الزمني على نحو مناسب (انظر الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرة ٦٠).

(د) الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب

٢٩- يُستحسن أن يكون التنسيق الإجرائي متاحاً على أوسع نطاق ممكن وأن تُعطى المحكمة صلاحية تقديرية للنظر فيما إذا كان تنسيق الإجراءات المختلفة يعود بالنفع على إدارتها. ويمكن للمحكمة أن تنظر فيما إذا كان ينبغي لها أن تأمر بالتنسيق الإجرائي بمبادرة ذاتية منها، وخصوصاً لمعالجة الحالات التي ترى فيها أن التنسيق الإجرائي للإجراءات يخدم

مصالح مجموعة المنشآت على أفضل نحو ويسهل إدارة الإجراءات، لكن أحداً من الأطراف المأذون لهم بتقديم طلب للتنسيق الإجمالي لم يبادر إلى ذلك. كما يمكن للمحكمة أن تأمر بالتنسيق الإجمالي استجابة لطلب من أطراف مأذون لهم بذلك، مثل أي عضو في المجموعة خاضع لإجراءات إعسار، أو ممثل إعسار أحد الأعضاء ممن يمتلكون في العادة المعلومات الأوثق صلة بتقديم طلب من هذا القبيل، أو أحد الدائنين.

٣٠- وفي حالة الدائنين لا يلزم أن ينطبق بالضرورة معيار الحد من الأهلية الذي ينطبق على تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار (التوصية ٢٠٠ (ب)). وحيثما يقدم طلب التنسيق الإجمالي وقت تقديم طلب البدء، ينبغي معالجة مسألة البدء بمعزل عن مسألة التنسيق الإجمالي لأن المعايير المطلوبة للوفاء بمقتضيات كل مسألة مختلف بوجه عام. كما أنه حالما تبدأ الإجراءات فليس هناك من داع لجعل القدرة على طلب التنسيق الإجمالي محصورة في دائني الأعضاء المراد تنسيق إجراءات إعسارهم، إذا كان التنسيق الإجمالي سيفيد في تسيير وإدارة الإجراءات. ويمكن لدائني أعضاء المجموعة الآخرين أن يتقدموا بطلب أيضاً إذ لا ينبغي أن يكون قرار الأمر بالتنسيق الإجمالي مرهوناً بوضعية الدائن الذي يقدم الطلب.

(هـ) المحاكم المختصة

٣١- يمكن أن يثير التنسيق الإجمالي أيضاً مسائل الولاية القضائية كما ورد أعلاه فيما يتعلق بطلبات البدء المشتركة (انظر الفقرات ١٧-١٩ أعلاه)، عندما تكون لمحاكم وطنية مختلفة ولاية على أعضاء المجموعة المختلفين الخاضعين لإجراءات الإعسار. وفي الولايات القضائية التي تنشأ فيها تلك المسائل، عادة ما يُبت فيها بالرجوع إلى القانون الإجمالي الوطني. وفي بعض الدول، يجوز تجميع الإجراءات المختلفة أو إحالتها إلى محكمة واحدة، مثل المحكمة المختصة بإدارة إجراءات الإعسار الخاصة بالمنشأة الأم للمجموعة. وثمة مجموعة معايير أخرى، مثل أولوية تقديم الطلب أو حجم المديونية أو مركز السيطرة، يمكن أيضاً اختيارها لتقرير اختصاص محكمة واحدة دون المحاكم الأخرى بنظر الأمر في السياق الوطني. ومن العناصر المحورية في تجميع الإجراءات أمام محكمة واحدة أو إحالتها إلى محكمة واحدة إقامة تواصل بين المحاكم المعنية قبل تلك الإحالة. كما أن دائني أعضاء المجموعة المختلفين قد يكونون موجودين في أماكن مختلفة، مما يثير مسألتى التمثيل والمكان الذي سوف تجتمع أو تُشكّل فيه لجان الدائنين.

٣٢- ومع أن هذه المسائل قد تُعالج في قانون غير قانون الإعسار، فقد يكون من المستحسن، مثلما ورد أعلاه فيما يتعلق بالطلبات المشتركة (الفقرة ١٩)، اتباع نهج

التوصية ١٣. وهذا سيتطلب أن يبيّن قانون الإعسار بوضوح القانون ذا الصلة الذي يقرر ما هي المحكمة التي لها ولاية على طلب تنسيق الإجراءات، أو أن يتضمن إشارة إلى ذلك القانون.

(و) الإشعار المتعلق بالتنسيق الإجرائي

٣٣- يمكن أن يخضع طلب التنسيق الإجرائي لنفس المتطلبات المتعلقة بتوجيه الإشعار بطلب بدء الإجراءات (انظر التوصيات ١٩ و ٢٢-٢٤ والجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٦٤-٦٨). وفي حال تقديم طلب التنسيق الإجرائي في نفس وقت تقديم طلب بدء الإجراءات، لن يلزم توجيه إشعار إلى المدينين ذوي الصلة، مما يتوافق مع التوصية ١٩، إلا إذا كان طلب التنسيق الإجرائي مقدماً من الدائنين.

٣٤- ولا يقتضي تقديم طلب في ذلك الوقت من جانب أعضاء المجموعة إشعار الدائنين، بما يتوافق مع التوصيتين ٢٣ و ٢٤، ولكن يمكن أن تُدرج في الإشعار ببدء الإجراءات معلومات ذات صلة، مثل محتوى الأمر أو الآثار المترتبة عليه.

٣٥- وفي حال تقديم طلب تنسيق الإجراءات عقب بدء الإجراءات، قد يكون من المناسب توجيه إشعار إلى الدائنين على الرغم من أن التنسيق الإجرائي لا يمس حقوقهم الموضوعية. وقد يكون توجيه الإشعار بالغ الأهمية عندما ينص القانون، حسبما ورد أعلاه، على أن تُحال القضايا التي بُدئ بها في ولايات قضائية مختلفة إلى محكمة واحدة أو أن تباشرها محكمة واحدة، ويمكن أن تؤثر تلك الإحالة على جوانب إجرائية للدعوى تمه الدائنين، مثل مكان اجتماعات لجان الدائنين أو مكان تقديم المطالبات.

٣٦- ويمكن الوفاء بتوجيه إشعار إلى جميع الدائنين بتوجيه إخطار جماعي، بأن يُنشر مثلاً إشعار بذلك في منشور قانوني معين، عندما يسمح التشريع الوطني بذلك وعندما يكون ذلك مناسباً، كما في حالة وجود دائنين كثيرين (انظر الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرتين ٦٩ و ٧٠). وإضافة إلى المعلومات التي تقتضيها التوصيات المذكورة أعلاه التي تتناول توجيه الإشعار ببدء الإجراءات (التوصية ٢٥ والجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرة ٧١)، يمكن أن يتضمن الإشعار بأمر التنسيق الإجرائي أحكام ذلك الأمر ومعلومات تتصل مثلاً بتنسيق جلسات الاستماع والاجتماعات الأخرى، وبما يتعين اتخاذه من ترتيبات بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات.

(ز) تعديل أمر التنسيق الإجرائي أو إنهاؤه

٣٧- بما أن غرض التنسيق الإجرائي هو تعزيز الملاءمة الإدارية وكفاءة التكلفة، يمكن لقانون الإعسار أن يتضمن أحكاماً تتعلق بتعديل الأمر بالتنسيق الإجرائي أو نقضه تزامناً مع الظروف المتغيرة. وقد يكون ذلك النهج مناسباً عندما يتعذر مثلاً إجراء إعادة تنظيم منسقة ويتعين تصفية كل عضو على حدة. وينبغي أن يكون بالإمكان نقض أمر من هذا القبيل، وإن كان نادراً ما يلزم ذلك، لأن الأمر الأولي لا يُقصد منه المساس بالحقوق الموضوعية. وكالتدبير وقائي، يمكن لقانون الإعسار أن ينص على إتاحة إمكانية نقض الأمر أو تعديله، شريطة ألا يكون في ذلك مساس بالحقوق المقررة والمصالح الناشئة من الأمر الأولي.

التوصيات ٢٠٢-٢١٠

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالتنسيق الإجرائي لإجراءات الإعسار فيما يتعلق باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت هو:

(أ) تيسير تنسيق إدارة تلك الإجراءات، مع مراعاة استقلالية الهوية القانونية لكل عضو في المجموعة؛

(ب) تعزيز كفاءة التكلفة وزيادة العائد على الدائنين.

محتويات الأحكام التشريعية

التنسيق الإجرائي لاثنين أو أكثر من إجراءات الإعسار

٢٠٢- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز تنسيق إدارة إجراءات الإعسار فيما يتعلق باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت لأغراض إجرائية.

٢٠٣- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز للمحكمة^(٢٦) أن تأمر بالتنسيق الإجرائي، بناءً على طلب من شخص مسموح له بأن يقدم طلباً بمقتضى التوصية ٢٠٦ أو بمبادرة ذاتية منها.

(26) قد يشمل التنسيق محاكم مختلفة ذات اختصاص فيما يتعلق بأعضاء المجموعة المختلفين أو محكمة واحدة ذات اختصاص بشأن عدد من إجراءات الإعسار المختلفة المتعلقة بأعضاء مجموعة واحدة. ومن ثم فإن إصدار أمر بالتنسيق الإجرائي قد يتطلب اتخاذ إجراءات من جانب أكثر من محكمة واحدة.

٢٠٤- يجوز أن يشمل التنسيق الإجرائي، على سبيل المثال، تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه؛ والتعاون بين المحاكم، مما يشمل تنسيق جلسات الاستماع، والتعاون بين ممثلي الإعسار، مما يشمل تبادل المعلومات وتنسيق المفاوضات؛ وتوجيه الإشعار بصورة مشتركة؛ وتنسيق الإجراءات الخاصة بتقديم المطالبات والتحقق من صحتها؛ وتنسيق إجراءات الإبطال. وينبغي أن تحدد المحكمة نطاق التنسيق الإجرائي ومداه.

تقديم طلب التنسيق الإجرائي

- توقيت تقديم الطلب

٢٠٥- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز تقديم طلب التنسيق الإجرائي في نفس وقت تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار أو في أي وقت لاحق.^(٢٧)

- الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب

٢٠٦- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز تقديم طلب التنسيق الإجرائي من جانب أي من يلي:

(أ) عضو في مجموعة المنشآت خاضع لطلب بدء إجراءات إعسار أو خاضع لإجراءات إعسار؛

(ب) ممثل إعسار أحد أعضاء مجموعة المنشآت؛

(ج) دائن^(٢٨) لعضو في مجموعة المنشآت خاضع لطلب بدء إجراءات إعسار أو خاضع لإجراءات إعسار.

تنسيق النظر في الطلب

٢٠٧- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز للمحكمة^(٢٩) أن تتخذ الخطوات المناسبة لتنسيق النظر في طلب التنسيق الإجرائي لإجراءات الإعسار المتعلقة بائنين أو أكثر من

(27) تناقش في التعليق مسألة إمكانية إصدار أمر التنسيق الإجرائي في مرحلة متقدمة من إجراءات الإعسار. انظر الفقرة ٢٧.

(28) لا يتعين أن يكون الدائن دائماً لجميع أعضاء المجموعة الذين يُلتزم بالتنسيق الإجرائي بشأنهم لكي يكون مؤهلاً لتقديم طلب التنسيق الإجرائي.

أعضاء مجموعة المنشآت مع أي محكمة مختصة أخرى. ويمكن أن تشمل تلك الخطوات، على سبيل المثال، تنسيق وقائع الدعوى؛ وعقد جلسات استماع منسقة؛ وتبادل المعلومات والإفصاح عنها.

تعديل أمر التنسيق الإجرائي أو إنهائه

٢٠٨- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز تعديل أمر التنسيق الإجرائي أو إنهائه، شريطة ألاّ يمس ذلك التعديل أو الإنهاء بأي تدابير أو قرارات سبق اتخاذها. بمقتضى ذلك الأمر. وعندما يكون أمر التنسيق الإجرائي صادراً عن أكثر من محكمة واحدة، يجوز لتلك المحاكم أن تتخذ خطوات مناسبة لتنسيق تعديل أمر التنسيق الإجرائي أو إنهائه.

المحاكم المختصة

٢٠٩- لأغراض التوصية ١٣، تشمل عبارة "بدء وتسيير إجراءات الإعسار، بما في ذلك المسائل الناشئة في سياق تلك الإجراءات" طلبات وأوامر التنسيق الإجرائي لإجراءات الإعسار المتعلقة باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت.^(٣٠)

الإشعار بالتنسيق الإجرائي

٢١٠- ينبغي لقانون الإعسار أن يرسى المتطلبات الخاصة بتوجيه الإشعارات بشأن طلبات وأوامر التنسيق الإجرائي وبشأن تعديل أمر التنسيق الإجرائي أو إنهائه، بما في ذلك نطاق ذلك الأمر ومداه؛ والأطراف الذين ينبغي توجيه الإشعار إليهم؛ والطرف المسؤول عن توجيه الإشعار؛ ومحتوى الإشعار.

جيم- معاملة الموجودات عند بدء إجراءات الإعسار

٣٨- ترد أعلاه، في الفصل الثاني من الجزء الثاني، مناقشة مفصلة للكيفية التي يؤثر بها بدء إجراءات الإعسار في المدين وموجوداته. وعلى وجه العموم، تنطبق تلك الآثار بالمثل على بدء إجراءات الإعسار بشأن عضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت. وتناقش أدناه بعض الآثار التي قد تختلف في سياق المجموعة فيما يتعلق بحماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها؛ والتمويل

(29) انظر التوصية ٢٠٣ والحاشية ٢٦ أعلاه.

(30) تُناقش في التعليق المعايير التي قد تكون لها صلة بتحديد المحكمة المختصة، انظر الفقرة ١٨ أعلاه.

اللاحق للطلب، واستخدام الموجودات والتصرف فيها، والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ والإبطال؛ وإنزال مرتبة الأولوية؛ وتدابير الانتصاف، بما فيها أوامر الدمج الموضوعي.

١- حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها

(أ) انطباق الوقف على عضو موسر في المجموعة

٣٩- يتضمن الكثير من قوانين الإعسار، حسبما ذكر أعلاه (انظر الفقرة ٢٦ من الفصل الثاني من الجزء الثاني) آلية لحماية قيمة حوزة الإعسار لا تقتصر على منع الدائنين من الشروع في تدابير لإنفاذ حقوقهم من خلال سبل الانتصاف القانونية أثناء جزء من مدة إجراءات الإعسار أو كلها، بل تكفل أيضاً تعليق التدابير الجارية فعلاً ضد المدين. والتوصيات المتعلقة بتطبيق تلك الآلية، المشار إليها بتعبير "وقف"، تنطبق بصورة عامة في حال وجود إجراءات إعسار بشأن عضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت (انظر التوصيات ٣٩-٥١).

٤٠- وهناك مسألة قد تنشأ في سياق إعسار مجموعات المنشآت، ولكنها لا تنشأ في حالة المدينين المنفردين، هي توسيع نطاق الوقف ليشمل عضواً في مجموعة المنشآت ليس خاضعاً لإجراءات الإعسار (هذه المسألة لن تنشأ في حال سماح قانون الإعسار بأن يُشمل 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 جماعي عن طريق كفالات متبادلة أو ضمانات رهنية متبادلة، يمكن أن يؤثر التمويل المقدم إلى أحد الأعضاء في التزامات عضو آخر، أو يمكن للتدابير التي تؤثر في موجودات أعضاء المجموعة غير الخاضعين لإجراءات الإعسار أن تؤثر أيضاً في موجودات والتزامات أعضاء المجموعة الذين قُدمت طلبات لبدء إجراءات إعسار بشأنهم أو بدأت إجراءات إعسار بشأنهم، أو في قدرة أولئك الأعضاء على مواصلة تسيير أعمالهم المعتادة.

٤١- ويمكن في عدد من الحالات التماس توسيع نطاق الوقف، ليشمل عضو المجموعة الموسر، على سبيل المثال لحماية كفالة داخلية بين أعضاء المجموعة تعتمد على موجودات عضو المجموعة الموسر الذي قدم الكفالة؛ ولمنع المقرض الذي يسعى إلى إنفاذ اتفاق ما ضد عضو موسر من أعضاء المجموعة من القيام بذلك، إذا كان ذلك الإنفاذ يمكن أن يمس بالتزامات عضو آخر في المجموعة خاضع لطلب إجراءات إعسار؛ ولمنع إنفاذ مصلحة ضمانية ضد ما للعضو الموسر من موجودات ذات أهمية محورية أساسية لأعمال المجموعة، بما فيها أعمال أعضاء المجموعة الخاضعين لطلب إجراءات إعسار. وتوسيع نطاق الوقف في هذه الحالات

يمكن أن يؤثر في أعمال العضو الموسر وفي مصالح دائنيه، تبعا لطبيعة العضو الموسر ووظيفته ضمن هيكل المجموعة. فالأنشطة اليومية لعضو متاجر في المجموعة، مثلا، قد تتضرر بدرجة أكبر من أنشطة عضو آخر فيها أنشئ لحياسة موجودات معينة أو لتولي التزامات معينة.

٤٢- وفي بعض الدول، قد يتعذر إصدار أمر بمنح إعفاء ذي صلة بإجراءات الإعسار متعلق بعضو موسر في المجموعة (ليس مشمولاً بإجراءات الإعسار) لأن هذا يتعارض، مثلا، 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 بشأن أعضاء مجموعة المنشآت الآخرين في حالات معينة، كما في حالة وجود كفالة داخلية بين أعضاء المجموعة. وقد تكون هذه التدابير متاحة حسب تقدير المحكمة، رهنا بما تراه مناسباً من الشروط.

٤٣- وقد تكون هذه التدابير مشمولة بالتوصية ٤٨، التي تنص على أن تمنح المحكمة إعفاء إضافياً إلى جانب أي إعفاء قد ينطبق تلقائياً عند بدء إجراءات الإعسار (حسبما ورد في التوصية ٤٦). ويتوقف ذلك الإعفاء الإضافي، حسبما ورد في الحاشية الملحق بالتوصية ٤٨، على أنواع التدابير المتاحة في ولاية قضائية معينة والتدابير التي قد تكون مناسبة في إجراءات إعسار معينة.

٤٤- وقد تكون التدابير المتاحة أيضاً على أساس مؤقت. فالتوصية ٣٩ تتناول التدابير المؤقتة، محددة أنواع الإعفاء التي يمكن أن تكون متاحة "بناء على طلب المدين أو الدائنين أو الأطراف الثالثة، عندما يكون ذلك الإعفاء ضرورياً لحماية وصون قيمة موجودات المدين أو مصالح الدائنين في الفترة ما بين وقت تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار ووقت بدء الإجراءات".

٤٥- ومسألة حماية مصالح دائني عضو المجموعة الموسر، المضمونين منهم وغير المضمونين، يمكن العثور عليه أيضاً في التوصيات ذات الصلة. فالتوصية ٥١، مثلا، تتناول على وجه التحديد مسألة حماية الدائنين المضمونين ودواعي الإعفاء من الوقف المنطبق عند بدء الإجراءات ويمكن توسيع نطاقها لتشمل دائني عضو المجموعة الموسر المضمونين. وثمة دواع أخرى للإعفاء من الوقف قد تتعلق بالوضع المالي للعضو الموسر وما لذلك الوقف من أثر مستمر في عملياته اليومية، وربما في يسره.

٤٦- وعندما يكون الدائن المضمون عضواً في نفس مجموعة المنشآت التي ينتمي إليها المدين أو المدينون، قد يلزم اتباع نهج مغاير إزاء مسألة الحماية، خصوصاً عندما يسمح قانون

الإعسار بالدمج الموضوعي أو بإنزال مرتبة مطالبات الأشخاص ذوي الصلة (انظر الفقرات ٨٤-٨٨ أدناه).

(ب) التمويل اللاحق لتقديم الطلب

٤٧- تُسَلَّم المناقشة الواردة في الفصل الثاني من الجزء الثاني بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات بأن مواصلة تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار أهمية بالغة في إعادة تنظيمها، وأهمية أقل شأنًا في تصفيتها إذا كان يُراد بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ولكي يتسنى للمدين مواصلة أنشطة منشأته، يجب أن يتيسر له الحصول على أموال تُمكنه من مواصلة دفع ثمن الإمدادات الهامة من السلع والخدمات، بما في ذلك تكاليف اليد العاملة والتأمين والإيجار ومواصلة تنفيذ العقود وسائر نفقات التشغيل، وكذلك التكاليف المرتبطة بالحفاظ على قيمة الموجودات.

٤٨- وتنشأ حاجة مماثلة إلى التمويل أيضا في الفترة ما بين وقت تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار ووقت بدء تلك الإجراءات (يُشار إليه بالتمويل اللاحق لتقديم الطلب). فعندما يصبح عضو مجموعة المنشآت معسرا ويقدم طلبا لبدء إجراءات الإعسار، كثيرا ما يتسبب ذلك الطلب في حدوث تقصير ضمن إطار اتفاقات الإفراض الموجودة، مما يجعل من حق المقرض أن يوقف تقديم الأموال بمقتضى تلك الاتفاقات. وإذا كان قانون الإعسار لا ينص على بدء إجراءات الإعسار تلقائيا عند تقديم الطلب، فكثيرا ما تكون هناك فترة تمتد عدة أشهر بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات، ويجب على المحاكم أثناء تلك الفترة أن تجري تقييما مستقلا لما إذا كان المدينون الخاضعون لذلك الطلب يفون بالمعايير القانونية لبدء الإجراءات. ولكن إذا كان يُراد لعضو المجموعة أن يستمر كمنشأة عاملة وحب أن يكون قادراً على مواصلة أعماله وأن يدفع أجور مستخدميه وأن يسدّد المبالغ المستحقة لمورديه وأن يواصل عموماً أنشطته اليومية. وتوافر التمويل أو نقصه أثناء هذه الفترة الانتقالية يمكن أن يكون عاملاً حاسماً أو شديداً التأثير في مسألة ما إذا كانت إعادة تنظيم المنشأة ستكون في نهاية المطاف خياراً مجدياً أم سيلزم تصفيتها. ومتى كانت الأعمال التجارية التي يزاولها عضو المجموعة المعسر مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالأعمال التجارية لسواه من أعضاء المجموعة، فقد تؤثر قدرته في الاستمرار في العمل على يسر هؤلاء الأعضاء الآخرين، وتؤثر في نهاية المطاف على يسر المجموعة ككل تبعاً لموضعه في الهيكل الهرمي للمجموعة.

٤٩- وحسبما ذكر أعلاه (انظر الفقرة ٩٦ من الفصل الثاني من الجزء الثاني)، في حال عدم معالجة هذه المسألة معالجة تمكينية أو توضيحية في قانون الإعسار، قد يثير توفير التمويل

في هذه الفترة قبل بدء إجراءات الإعسار مسائل صعبة تتعلق بانطباق صلاحيات الإبطال ومسؤولية كل من المقرض والمدين. فبعض قوانين الإعسار ينص، مثلا، على أنه في حال تقديم المقرض أموالا إلى المدين المعسر في فترة ما قبل بدء الإجراءات، قد يكون المقرض مسؤولا عن أي زيادة في الالتزامات المالية للدائنين الآخرين أو قد يكون تقديم تلك الأموال خاضعا للإبطال في أي إجراءات إعسار لاحقة باعتباره معاملة تفضيلية.

٥٠- ومن شأن وجود حكم في قانون الإعسار يتيح الحصول على تمويل في الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات أن يوفر الإذن اللازم وأن يوفر لأي مقرض حالي أو جديد الاطمئنان والحافز الضروريين لتوفير التمويل الإضافي اللازم لتغطية تلك الفترة.

٥١- وكما ورد أعلاه، تسمح التوصية ٣٩ للمحكمة (انظر الفقرة ٤٤) بأن تأمر بتدابير مؤقتة للحفاظ على موجودات المدين قبل بدء إجراءات الإعسار. وبما أن تلك التدابير يمكن أن تشمل الإذن بتمويل لاحق لتقديم الطلب فينبغي من ثم اعتبار توفير ذلك التمويل مندرجا ضمن نطاق التوصية ٣٩.

٢- استخدام الموجودات والتصرف فيها

٥٢- ذكر أعلاه (انظر الفقرة ٧٤ من الفصل الثاني من الجزء الثاني) أنه على الرغم من أنه يُستحسن، كمبدأ عام، ألا يتدخل قانون الإعسار دون داع في حقوق ملكية الأطراف الثالثة أو في مصالح الدائنين المضمونين، فإن تسيير إجراءات الإعسار كثيرا ما يقتضي مواصلة استخدام موجودات حوزة الإعسار، والموجودات التي يجوزها المدين ويستخدمها في منشأته، أو مواصلة التصرف فيها (بما في ذلك على سبيل الرهن) لكي يتسنى بلوغ الهدف من الإجراءات المعنية.

٥٣- وعندما تكون إجراءات الإعسار متعلقة بعضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، قد تنشأ مسائل تتعلق باستخدام موجودات تخص عضوا في المجموعة ليس خاضعا لإجراءات الإعسار في دعم العمليات الجارية للأعضاء الخاضعين لتلك الإجراءات إلى حين الفصل في الدعوى. وعندما تكون تلك الموجودات في حيازة أحد أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار، قد تكفي التوصية ٥٤، التي تتناول استخدام ما في حيازة المدين من موجودات مملوكة لطرف ثالث.

٥٤- وإذا لم تكن تلك الموجودات في حيازة أي من أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار، فإن التوصية ٥٤ لا تنطبق عادة. غير أن هناك حالات قد يكون فيها عضو المجموعة الموسر الذي يجوز تلك الموجودات مشمولاً بإجراءات الإعسار أو ينبغي فيها

لأحكام خطة إعادة تنظيم المجموعة أن تشمل موجوداته (للاطلاع على مناقشة لمسألة ضم عضو المجموعة الموسر في خطط إعادة التنظيم، انظر الفقرة ١٥٢ أدناه). فإذا لم يكن عضو المجموعة الموسر مشمولاً بإجراءات الإعسار، تكون المسألة هي إذا كان يمكن استخدام تلك الموجودات في دعم أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار، وإذا كان الأمر كذلك، فإن المسألة تتمثل في ماهية الشروط التي سيخضع لها ذلك الاستخدام. وقد يثير استخدام تلك الموجودات مسائل تتعلق بالإبطال، خصوصاً عندما يصبح العضو الداعم معسراً في وقت لاحق، كما يثير شواغل لدى دائي ذلك العضو.

٣- التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

(أ) الحاجة إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٥٥- تسلّم المناقشة الواردة في الفصل الثاني من الجزء الثاني أعلاه بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات (انظر الفقرتين ٩٤ و ٩٥) بأن مواصلة تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار أهمية حاسمة في إعادة تنظيمها، وأهمية أقل شأنًا في تصفيتها إذا كان يُراد بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ويجب أن يتيسر للمدين، من أجل الحفاظ على أنشطة منشأته، الحصول على أموال تمكنه من مواصلة دفع ثمن الإمدادات الهامة من البضائع والخدمات، بما في ذلك تكاليف اليد العاملة والتأمين والإيجار ومواصلة تنفيذ العقود وسائر نفقات التشغيل، وكذلك التكاليف المرتبطة بالحفاظ على قيمة الموجودات. ولكن يُذكر أيضاً أن كثيراً من الولايات القضائية تفرض قيوداً على توفير أموال جديدة في حالة الإعسار أو لا تتناول بالتحديد مسألة التمويل الجديد أو أولوية سداده في حالة الإعسار. ومن بين القوانين التي تتناول التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، هناك قوانين قليلة جداً، إن وجدت، تتناول هذه المسألة بالتحديد في سياق مجموعات المنشآت.

٥٦- وقد يكون التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أكثر أهمية في سياق المجموعة منه في سياق إجراءات الإعسار الفردية. وإذا لم تتوافر أموال مستمرة فإن إمكانية إعادة تنظيم مجموعة المنشآت المعسرة أو بيع المجموعة كلها أو أجزاء منها كمنشأة عاملة تكون ضئيلة جداً. ويرجح أن يكون الأثر الاقتصادي لذلك النقص أكبر بكثير، وخصوصاً في المجموعات الكبيرة، مما في حالة المدين المنفرد. ومن ثم فإن دواعي تعزيز توافر التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق المجموعة مماثل لحالة المدين المنفرد، مع أنه من المرجح أن تنشأ عدة مسائل مغايرة للمسائل المتعلقة بالمدين المنفرد. وهذه المسائل قد تشمل ما يلي: موازنة مصالح أعضاء مجموعة المنشآت المنفردين مع متطلبات إعادة تنظيم المجموعة ككل؛ وقيام الأعضاء الموسرين بتوفير التمويل

اللاحق لبدء الإجراءات، وخصوصاً في الحالات التي قد تنشأ فيها مسائل السيطرة (كما في حالة كون العضو الموسر خاضعاً لسيطرة المنشأة الأم المعسرة في المجموعة)؛ ومعالجة المعاملات القائمة بين أعضاء المجموعة الذين تربط بينهم روابط جوهريّة (انظر الفقرة (ي ي) من مسرد المصطلحات)؛ وقيام أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار بتوفير التمويل؛ واستحسان الحفاظ، في إجراءات الإعسار، على ما كان للمجموعة من هيكل تمويلي قبل وقوع الإعسار، خصوصاً عندما ينطوي ذلك الهيكل على رهن جميع موجودات المجموعة للحصول على تمويل يقدم من خلال كيان مركزي في المجموعة يتولى وظائف الخزانة.

٥٧- وسوف يقتضي استخدام التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق المجموعة النظر في مدى استصواب ذلك التمويل وتأثيره، لا على أعضاء المجموعة المنتفعين منه وحدهم، بل كذلك على أعضاء المجموعة الذين يقدمونه أو يسهلون الحصول عليه عن طريق المصالح الضمانية أو الكفالة. ومتى شمل ذلك الاعتبار أكثر من ممثل للإعسار، بات التنسيق والاتفاق بين هؤلاء الممثلين ضرورياً. وإذا ما عين ممثل واحد للإعسار لإدارة شؤون عدة أعضاء، سيلزم مراعاة ومعالجة تضارب المصالح المحتمل أن ينشأ بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات.

(ب) مصادر التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق المجموعات

٥٨- حسبما ذكر في الفصل الثاني من الجزء الثاني (انظر الفقرة ٩٩)، يرجح أن يأتي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من عدد محدود من المصادر. وفي سياق مجموعات المنشآت، قد يشمل هذا مصادر من خارج المجموعة وداخلها، حيث يمكن أن تشمل المصادر الداخلية على أعضاء موسرين في المجموعة وعلى أعضاء فيها خاضعين أصلاً لإجراءات الإعسار ومع أن بعض حوافز توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات قد تكون هي واحدة بالنسبة للمقرضين الداخليين والخارجيين، فقد يكون لدى المقرضين الداخليين حافز إضافي يتعلق بقدرتهم على البقاء عندما يُراد لهم أن يكونوا جزءاً من إعادة التنظيم.

٦٤- توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من جانب عضو موسر في المجموعة

٥٩- حسبما ذكر أعلاه، من بين المسائل المتعلقة بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق مجموعات المنشآت مسألة ما إذا كان يمكن استخدام موجودات عضو موسر في المجموعة، كأساس لمنح مصلحة ضمانية أو توفير كفالة مثلاً، للحصول على تمويل لعضو معسر فيها من مصدر خارجي أو لتمويل العضو المعسر مباشرة، وإذا كان الأمر كذلك فما هي الآثار المترتبة على التوصيات المتعلقة بالأولوية والضمان. فقد تكون لعضو موسر في

المجموعة مصلحة في الاستقرار المالي للمنشأة الأم أو لأعضاء آخرين في المجموعة أو للمجموعة ككل، ضماناً لاستقراره المالي واستمرار منشأته، خصوصاً عندما يكون على علاقة تكاملية وثيقة بالأعضاء المعسرين أو يعتمد عليهم في استمرار نشاطه التجاري. وقد يحدث هذا عادةً في مجموعة صناعية مندمجة عمودياً مثلاً. وثمة أنواع مختلفة من الكيانات الموسرة، مثل الكيانات الخاصة الغرض ذات الالتزامات القليلة والموجودات القيمة، يمكن أن تشارك في إجراءات إعسار سائر أعضاء المجموعة بسبل مختلفة، مثل توفير كفالة أو منح مصلحة ضمانية لتأمين حصول أعضاء المجموعة المعسرين على تمويل جديد.

٦٠ - بيد أن استخدام موجودات عضو موسر في المجموعة على ذلك النحو يطرح عدداً من الأسئلة، خصوصاً إذا كان من المحتمل أن يصبح ذلك العضو الموسر معسراً أو إذا أصبح معسراً فيما بعد. ومع أنه يمكن للكيان الموسر أن يقدم ذلك التمويل بتفويض منه بمقتضى قانون الشركات ذي الصلة، وليس بمقتضى قانون الإعسار، فقد تكون تبعات توفير ذلك التمويل خاضعة في نهاية المطاف لقانون الإعسار. فعلى سبيل المثال، قد تنشأ مسائل بشأن ما إذا كان يحق لعضو المجموعة الموسر أن تكون له الأولوية المنصوص عليها في التوصية ٦٤ إذا وفر التمويل لعضو معسر في المجموعة؛ أو ما إذا كانت المطالبة الناشئة عن تلك المعاملة ستعامل معاملة خاصة لأنها جرت بين طرفين ذوي صلة، عملاً بالتوصية ١٨٤؛ أو ما إذا كان يمكن اعتبار تلك المعاملة معاملة تفضيلية، ومن ثم تخضع للإبطال في أي إعسار لاحق يصيب العضو الذي يوفر ذلك التمويل. وقد يحظر بعض القوانين توفير ذلك التمويل باعتباره إحالة لموجودات كيان موسر إلى كيان معسر، مما يلحق الضرر بدائني الكيان الموسر وحملة أسهمه.

٦١ - 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 الخارجيين أن يشاركون فيها على أساس تعاقدية. ومع أنه قد تكون هناك حالات يكون فيها هذا النهج مناسباً، فإن اشتراط التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في أي مرحلة مبكرة من إجراءات الإعسار، يوحي بأن تطبيقه سيكون محدوداً. ففي إجراءات إعادة التنظيم مثلاً يلزم بوجه عام هذا التمويل قبل أن يتسنى التفاوض على خطة لإعادة التنظيم أو إقرار خطة من هذا القبيل. ومتى تقرر بيع المنشأة باعتبارها منشأة عاملة، فلن تكون هناك خطة إعادة تنظيم، ومع هذا قد يلزم التمويل للإبقاء على عمل المنشأة قبل بيعها.

٦٢ توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من جانب عضو معسر في المجموعة

٦٢ - لا تُعالج مسألة توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من جانب عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار لعضو آخر خاضع لها معالجة مباشرة في موضع آخر من الدليل. وقد يلزم مواصلة النظر في بعض ما تقضي به القوانين الموجودة من محظورات عامة ترتبط بقيام كيانات معسرة باقتراض الأموال وإقراضها، تيسيراً لتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في تلك الحالة. والسند المنطقي لهذه المحظورات على صعيد السياسة العامة يرجح أن يتضح عندما لا يكون المقرض والمقترض معسرين وخاضعين لإجراءات الإعسار فحسب، بل عضوين في مجموعة منشآت واحدة أيضاً. كما أن سياق المجموعات يمكن أن يثير شواغل تتعلق بواجبات ممثل الإعسار والتزاماته، عندما يسعى ممثل إعسار أحد أعضاء المجموعة المعسرين إلى تسهيل توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لعضو معسر آخر في المجموعة. ويسعى ممثل الإعسار لعضو المجموعة الثاني إلى الحصول على ذلك التمويل اللاحق لبدء الإجراءات. ومن المستصوب في تلك الحالات أن يعالج قانون الإعسار شقي توفير التمويل وتلقي التمويل فيما يتعلق بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات.

٦٣ - ورغم أنه قد يُتوقع عادة أن يكون عضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار عاجزاً عن توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لعضو آخر خاضع لتلك الإجراءات، أو عن توفير الدعم اللازم لتوفير ذلك التمويل، قد تكون هناك حالات، وإن كانت محدودة، يكون فيها ذلك ممكناً ومستحسناً، وخاصة عندما ينظر إلى مصالح مجموعة المنشآت ككل. وما دام لتوفير ذلك التمويل تأثير على حقوق الدائنين الحاليين لكلا عضوي المجموعة، المضمونين منهم وغير المضمونين، فيستحسن موازنته مع احتمال أن يؤدي الحفاظ على قيمة المنشأة العاملة، من خلال مواصلة تشغيلها، إلى جلب منفعة لأولئك الدائنين في نهاية المطاف. وقد يستحسن أيضاً إيجاد توازن بين التضحية بأحد أعضاء المجموعة من أجل منفعة الأعضاء الآخرين وتحقيق نتيجة إجمالية أفضل لجميع الأعضاء. وربما يكون الهدف، وإن كان يصعب تحقيقه، هو التقاسم المنصف لما قد ينشأ عن ذلك التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من ضرر على المدى القصير، بغية تحقيق كسب على المدى الطويل الأمد، بدلا من التضحية بأحد الأعضاء (ودائنيه) لمنفعة الأطراف الآخرين المشاركين في ذلك التمويل.

(ج) معالجة توفير وتلقي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق المجموعة

٦٤ - تهدف التوصيات ٦٣-٦٨ إلى تعزيز توافر التمويل لكي يستمر عمل منشأة المدين أو بقاؤها، وضمان الحماية المناسبة لمقدمي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، وكذلك لسائر

الأطراف الذين قد تتأثر حقوقهم بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات. وفي سياق مجموعات المنشآت، تنطبق هذه التوصيات على توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات إلى أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار من المقرضين من خارج المجموعة ومن أعضاء المجموعة الموسرين.

٦٥- وترسي التوصية ٦٣ الأساس للحصول على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات (الذي يقرر ممثل الإعسار أنه ضروري لاستمرار تشغيل منشأة المدين أو لضمان بقائها أو للمحافظة على قيمة الحوزة أو زيادتها) والإذن بذلك (من جانب المحكمة أو الدائنين). وتظل تلك الاشتراطات صالحة في سياق مجموعات المنشآت؛ وتجنباً للشك، ينبغي تفسير التوصية ٦٣ على أنها تشمل عضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار الذي يحصل على تمويل لاحق لبدء الإجراءات من مقرض خارجي أو عضو موسر في المجموعة ذاتها. وما لا تناوله التوصية ٦٣ فهو قيام عضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار مباشرةً بتوفير تمويل لاحق لبدء الإجراءات لعضو آخر في المجموعة ذاتها خاضع لإجراءات إعسار أو بتسهيل توفير ذلك التمويل بواسطة مصلحة ضمانية أو كفالة أو تلقي هذا التمويل من عضو المجموعة المعسر.

٦٦- وعلى غرار الاشتراطات الواردة في التوصية ٦٣، ولمعالجة مسألة عضو المجموعة المقدم للتمويل، قد يكون من المستحسن إلزام ممثل إعسار عضو المجموعة الذي يوفر التمويل بأن يتأكد من أن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات ضروري لاستمرار تشغيل منشأة ذلك العضو أو بقائها أو للحفاظ على قيمة حوزته أو تعزيزها. وثمة اشتراط محتمل آخر هو وجوب أن تكون المنفعة التي ستأتي من منح المصلحة الضمانية كافية لتعويض أي ضرر يلحق بدائي عضو المجموعة الذي يوفر التمويل.

٦٧- واتساقاً مع التوصية ٦٣، يمكن لقانون الإعسار أن يشترط أيضاً إذناً من المحكمة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو موافقة دائني عضو المجموعة الذي يوفر التمويل على ذلك. ونظراً لأن التمويل الجديد قد يكون لازماً بصورة عاجلة نوعاً ما لضمان استمرارية المنشأة، فمن المستحسن إبقاء عدد الأذون اللازمة قليلة إلى أدنى حد. وترد أعلاه (انظر الفقرتين ١٠٥ و ١٠٦ من الفصل الثاني من الجزء الثاني) مناقشة لمزايا وعيوب مختلف الاعتبارات المتعلقة بالإذن التي تنطبق أيضاً في سياق المجموعة. ويمكن أن يضاف إلى ذلك أنه بما أن المسائل اللازم حسمها يرجح أن تكون أكثر تعقداً في ذلك السياق، إذ تشمل في واقع الأمر عدداً أكبر من الأطراف والترابطات والعلاقات المعقدة، فمن الأرجح أن يكون ممثلو إعسار أعضاء المجموعة المعنيين هم الأقدر على تقييم آثار ترتيبات التمويل المقترحة مثلما هي الحال تقريباً فيما يتعلق بتقرير الحاجة إلى تمويل جديد. بمقتضى التوصية ٦٣. بيد أنه إذا

ما رئي أن من المستحسن إشراك المحاكم أو الدائنين، فينبغي أن يوضع في الاعتبار احتمال مواجهة مشاكل تتعلق بالإبطاء عندما يتعين التشاور مع عدد كبير من الدائنين أو عندما لا تكون المحكمة قادرة على اتخاذ قرارات عاجلة.

(د) تضارب المصالح

٦٨- يثير توفير التمويل في سياق المجموعات مسائل تتعلق باحتمال حدوث تمييز وتضارب في المصالح ليسا واردَين في سياق المدين المنفرد. فتضارب المصالح قد ينشأ، مثلا، عند الموازنة بين مصالح المجموعة ككل ومصالح مقرض ومتلقي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات التي قد تتباين، وقد يتبدى شاغل خاص عندما يعيّن ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة إجراءات إعسار تتعلق بعدد من أعضاء المجموعة. فقد يكون ممثل إعسار العضو الذي يوفر التمويل هو أيضا ممثل إعسار العضو المتلقي ويصبح مطالبا بأن يقيّم مصالح كل عضو على حدة إلى جانب مصالح المجموعة. ويمكن معالجة هذا الوضع في قانون الإعسار بأساليب مختلفة، مثل اشتراط موافقة المحكمة أو الدائن على ذلك التمويل اللاحق لبدء الإجراءات حسبما ترى التوصية ٦٣، أو بتعيين ممثل إعسار إضافي واحد أو أكثر، ضمانا لحماية مصالح دائني مختلف أعضاء المجموعة (انظر الفقرة ١٤٤ أدناه) ويمكن أن يكون ذلك التعيين من أجل الوقت اللازم لمعالجة ذلك التضارب بعينه أو لأسباب أعم طوال مدة الإجراءات.

٦٩- وهناك أيضا المسألة المتمثلة في احتمال أن يُطلب من عضو معسر في مجموعة المنشآت، ضمن إطار الترتيبات المالية للمجموعة ككل، أن يكفل تمويلًا يقدم إلى عضو موسر في المجموعة في إطار ترتيبات مالية جارية خاصة بالمجموعة. وبما أن تقديم تلك الكفالة يرحح أن يمثل تصرفا في موجودات عضو المجموعة المعسر فمن المحتمل أن يكون مشمولًا بالتوصيات التي تتناول تلك المسألة (انظر التوصيات ٥٢-٦٢).

(هـ) الأولوية المعطاة للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٧٠- تنص التوصية ٦٤ على ضرورة تقرير الأولوية التي ستعطي للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات ودرجة تلك الأولوية، أي قبل الدائنين العاديين غير المضمونين، بمن فيهم ذوي الأولوية الإدارية. وهي تنطبق في سياق المجموعة حيثما وفر مقرض خارجي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لأحد أعضاء المجموعة. وفي تلك الحالة يظل منح الأولوية يمثل دافعا مهما لتوفير هذا التمويل. غير أن الدافع المطلوب لقيام عضو في المجموعة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات إلى عضو آخر خاضع لإجراءات الإعسار قد يختلف قليلا.

٧١- وقد تكون المصلحة الخاصة لعضو المجموعة الذي يوفر التمويل أشد ارتباطاً بنتيجة إجراءات الإعسار بالنسبة للمجموعة ككل (بما فيها ذلك العضو) منها باعتبارات الربح أو المكاسب التجارية القصيرة الأمد ولا سيما متى توفرت درجة كبيرة من التكامل أو الاعتماد بين الأعمال التجارية لأعضاء المجموعة. وفي تلك الحالات، قد يلزم النظر فيما إذا كانت درجة الأولوية المعطاة في التوصية ٦٤ مناسبة. فقد يذهب أحد الآراء إلى أن تلك الدرجة توفر حافزاً مناسباً لتوفير التمويل، وتكفل حماية مناسبة لدائني موفر التمويل بغض النظر عما إذا كان موفر التمويل من خارج المجموعة أم من داخلها. وقد يذهب رأي آخر إلى أن تلك المعاملة تشمل أشخاصاً متصلين في سياق مجموعة، وعليه فمن المستصوب إعطاء أولوية أدنى لحماية مصالح الدائنين بصورة أعم ولتحقيق توازن بين مصالح دائني موفر التمويل ومصالح عضو المجموعة الذي يتلقى التمويل. وأياً كان النهج المتبع، يُستحسن أن يعطي قانون الإعسار أولوية لذلك الإقراض وأن يحدد درجة الأولوية المناسبة.

(و) منح ضمانات للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٧٢- تتناول التوصيات ٦٥-٦٧ المسائل المتصلة بمنح ضمانات للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات، وهي تنطبق عموماً في سياق مجموعة المنشآت. ويمكن لعضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار أن يمنح مصلحة ضمانية من النوع المشار إليه في التوصية ٦٥ لضمان التمويل اللاحق لبدء الإجراءات الذي حصل عليه لاستخدامه الخاص. وهذه الحالة مشمولة بوضوح بالتوصيات ٦٥-٦٧. كما يمكن لعضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار أن يمنح مصلحة ضمانية من النوع المشار إليه في التوصية ٦٥ لضمان سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات المقدم إلى عضو آخر في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار. وفي الحالة الأخيرة، يقوم عضو المجموعة بمنح الضمانة على موجوداته غير المرهونة، لكنه لا يتلقى منفعة مباشرة من التمويل اللاحق لبدء الإجراءات ويمكن أن يقلل قيمة مجمل الموجودات المتاحة لدائنيه. بيد أنه يمكنه أن يجني منفعة غير مباشرة عندما يساعد توفير التمويل على إيجاد حل أفضل لإعسار المجموعة ككل، مما يعني، وحسبما ذكر أعلاه، أن أي ضرر قصير الأمد سيعوض بالمكسب الطويل الأمد الذي سيعود على الدائنين، بمن فيهم دائنوه هو نفسه. أما العضو الذي يتلقى التمويل فيجني منفعة مباشرة ولكنه يزيد من مديونيته، مما قد يلحق الضرر بدائنيه، وإن كان يُفترض أن ينتفعوا هم أيضاً على المدى الطويل.

٧٣- وحيثما يُرى أن من المستحسن إعطاء المصلحة الضمانية الممنوحة لضمان التمويل الجديد أولوية على مصلحة ضمانية قائمة بشأن الموجودات ذاتها، حسبما ترتبه التوصية ٦٦، تكون التدابير الاحترازية المنطبقة بمقتضى تلك التوصية والتوصية ٦٧ سارية في سياق المجموعة.

(ز) تقديم كفالة أو ضمانة سداد أخرى من أجل التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٧٤- إن قيام أحد أعضاء المجموعة بمنح كفالة لتوفير تمويل جديد لعضو آخر هي حالة لا تنشأ في حالة المدين المنفرد، ومن ثم فهي لا تعالج في موضع آخر من الدليل. ولكن بما أن الاعتبارات التي تنشأ في تلك الحالة مماثلة لتلك التي نوقشت أعلاه فيما يتعلق بمنح مصلحة ضمانية والحصول عليها، فقد يكون من المناسب اعتماد النهج ذاته في الأمور التي يتعين أن يبت فيها ممثلو إعسار أعضاء المجموعة المانحين للمصلحة والحاصلين عليها على السواء وإمكانية صدور إذن من المحكمة أو موافقة من الدائنين.

التوصيات ٢١١-٢١٦

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق مجموعات المنشآت هو:

- (أ) تيسير حصول أعضاء مجموعة المنشآت الخاضعين لإجراءات الإعسار على التمويل اللازم لضمان استمرار تشغيل منشآتهم أو بقائهم أو للحفاظ على قيمة موجوداتهم أو تعزيزها؛
- (ب) تيسير توفير التمويل من جانب أعضاء مجموعة المنشآت، بمن فيهم الأعضاء الخاضعون لإجراءات الإعسار؛
- (ج) تأمين الحماية المناسبة لموفري التمويل اللاحق لبدء الإجراءات ومتلقيه، وكذلك للأطراف الذين قد تتأثر حقوقهم بتوفير ذلك التمويل؛
- (د) تعزيز الهدف المتمثل في تقاسم المنافع والأضرار المرتبطة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات بين جميع أعضاء المجموعة المعنيين تقاسماً عادلاً.

محتويات الأحكام التشريعية

التمويل اللاحق لبدء الإجراءات المقدم من جانب عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار لعضو آخر في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار

٢١١- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح لعضو مجموعة المنشآت الخاضع لإجراءات الإعسار بما يلي:

(أ) أن يُقدّم تمويلاً لاحقاً لبدء الإجراءات إلى سائر أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار؛

(ب) أن يُمنح مصلحة ضمانية في موجوداته مقابل التمويل اللاحق لبدء الإجراءات الذي يُقدّم إلى عضو آخر في مجموعة المنشآت خاضع لإجراءات الإعسار؛

(ج) أن يُقدم كفالة أو ضمانة سداد أخرى من أجل التمويل اللاحق لبدء الإجراءات الذي يُقدّم إلى عضو آخر في مجموعة المنشآت خاضع لإجراءات الإعسار.

٢١٢- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات وفقاً للتوصية ٢١١، عندما يرى ممثل إعسار عضو المجموعة الذي يُقدّم التمويل أو يُمنح المصلحة الضمانية أو يُقدم الكفالة أو الضمانة الأخرى ما يلي:

(أ) أن ذلك ضروري لاستمرار تشغيل أعمال منشأة ذلك العضو في مجموعة المنشآت أو لضمان بقائها؛ أو أن ذلك ضروري للحفاظ على قيمة موجودات ذلك العضو في مجموعة المنشآت أو لتعزيزها؛

(ب) أن أي ضرر سيلحق بدائني عضو المجموعة ذلك [سوف] تعوضه المنفعة المتأتبة من تقديم التمويل أو منح المصلحة الضمانية أو تقديم الكفالة أو الضمانة الأخرى.

٢١٣- يمكن لقانون الإعسار أن يشترط أن تأذن المحكمة بتوفير التمويل أو منح المصلحة الضمانية أو تقديم كفالة أو ضمانة أخرى أو أن يوافق الدائنون على ذلك وفقاً للتوصيتين ٢١١ و٢١٢.

حصول عضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من عضو آخر في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار

٢١٤- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه، وفقاً للتوصية ٦٣، يجوز لعضو في مجموعة المنشآت خاضع لإجراءات الإعسار أن يحصل على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من

عضو آخر في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار، عندما يقرّر ممثل إعسار عضو المجموعة المتلقي أن ذلك التمويل ضروري لمواصلة تشغيل منشأة ذلك العضو في المجموعة أو لضمان بقائها، أو للحفاظ على قيمة حوزته أو تعزيزها. ويمكن لقانون الإعسار أن يشترط أن تأذن المحكمة بالحصول على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو أن يوافق الدائنون على ذلك.

درجة أولوية التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٢١٥- ينبغي لقانون الإعسار أن يحدّد درجة الأولوية المنطبقة على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات الذي يقدّمه عضو في مجموعة المنشآت خاضع لإجراءات إعسار إلى عضو آخر فيها خاضع لإجراءات إعسار.

ضمانات التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٢١٦- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن التوصيات ٦٥ و ٦٦ و ٦٧ تنطبق على منح مصلحة ضمانية وفقاً للتوصية ٢١١ (ب).

٤- إجراءات الإبطال

(أ) طبيعة معاملات مجموعة المنشآت

٧٥- التوصيات ٨٧-٩٩ المتعلقة بالإبطال تنطبق عموماً على إبطال المعاملات في سياق مجموعة المنشآت، وإن كانت هناك اعتبارات إضافية قد تنطبق على المعاملات بين أعضاء المجموعة بسبب طبيعة هيكل المجموعة واختلاف العلاقات التي يمكن أن تربط كلا من أعضائها بالأعضاء الآخرين. وقد يلزم إنفاق الكثير من الوقت والمال لتفكيك تشابكات المعاملات داخل المجموعة من أجل تحديد المعاملات الخاضعة للإبطال، إن وجدت. وكما ورد من قبل (الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرة ١٥٥) يجب موازنة التكاليف المتصلة بإجراءات الإبطال مع احتمال استرداد الموجودات والفائدة الشاملة التي ستعود على الحوزة في ظروف كل حالة. 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 منشآت، حيث يمكن أن تكون منافع المعاملات ومضارّها موزّعة على نحو أعم، فتلك المعاملات، مثل العقود التي ترم لأغراض التسعير التحويلي،^(٣١) قد تنطوي على أحكام

(31) 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

وشروط مغايرة لتلك المدرجة في العقود المشابهة التي تيرمها الأطراف التجارية التي لا صلة بينها بشروط تجارية عادية. كما أن بعض المعاملات المشروعة التي تجري داخل مجموعة المنشآت قد لا تكون مجدية تجارياً خارج سياق المجموعات إذا ما حُللت منافعها ومضارها بناء على الأسس التجارية المعتادة.

٧٦- وقد تمثل المعاملات داخل المجموعة طائفة من الأنشطة المختلفة، ربما تشمل ما يلي: تعامل تجاري بين أعضائها، أو توصيل للأرباح من أحد أعضاء المجموعة صعوداً إلى العضو المسيطر فيها، أو قروض من أحد الأعضاء إلى عضو آخر دعماً لاستمرار النشاط التجاري للعضو المقترض، أو إحالة موجودات وتقديم كفالات فيما بين أعضاء المجموعة، أو مدفوعات من أحد أعضاء المجموعة إلى دائن عضو ذي صلة في المجموعة، أو كفالة أو رهن عقاري مقدم من أحد أعضاء المجموعة دعماً لقرض مقدّم من مقرض خارجي إلى عضو آخر في المجموعة. وربما تكون المجموعة قد درّجت على استخدام جميع الأموال والموجودات المتاحة في المجموعة أفضل استخدام تجاري ممكن لخدمة مصالح المجموعة ككل، بدلاً من استخدامها لمصلحة أو منفعة عضو المجموعة الذي تخصه تلك الأموال والموجودات. وقد يشمل هذا ضخ نقود من بعض أعضاء المجموعة إلى عضو المجموعة الممول. ومع أن هذا قد لا يخدم دائماً مصالح أعضاء المجموعة المنفردين على أفضل وجه، فإن بعض القوانين يسمح لمديري أعضاء المجموعة المملوكين بالكامل، مثلاً، بأن يتصرفوا على هذا النحو، شريطة أن يخدم ذلك التصرف على أفضل وجه مصالح عضو المجموعة المسيطر.

(ب) معايير الإبطال في سياق مجموعات المنشآت

٧٧- هناك مسألة قد يلزم أخذها بعين الاعتبار في سياق المجموعات، وهي هدف أحكام الإبطال. ويمكن أن يكون الهدف حماية المعاملات التي تجري داخل المجموعة لمصلحة المجموعة ككل، على أساس كونها معاملات تجارية عادية في "السياق المعتاد"، أو يمكن أن يكون الهدف إخضاعها لتمحيص دقيق ولزيد من احتمال الإبطال بسبب الصلة القائمة بين الأطراف المتعاملة كأعضاء في المجموعة. وبسبب أحكام قانون الإعسار المنطبقة على المعاملات بين الأشخاص ذوي الصلة. ويعرّف "الشخص ذا الصلة" بأنه يشمل أعضاء مجموعة المنشآت، مثل المنشأة الأم لعضو المجموعة المعسر الذي بدأت إجراءات الإعسار ضده أو أي منشأة متفرعة

أسعار التحويل على تقسيم مجموع الأرباح فيما بين أجزاء الشركة وقد يكون من المفيد على مستوى مسك الحسابات اختيار أسعار تجعل تحقيق معظم الأرباح في بلد منخفض الضرائب.

عنه أو شريكة له أو منتسبة إليه، أو الشخص، بما فيه الشخص الاعتباري، الذي يسيطر على المدين أو كان يسيطر عليه (الفقرة (ي ي) من مسرد المصطلحات).

٧٨- ويمكن في بعض الحالات تسويق الأخذ بقواعد أشد صرامة، على أساس أن تلك الأطراف المتصلة يرجح أن تُحابي، ولأنها في الغالب أول من يعلم بالوقت الذي يصبح فيه عضو المجموعة المحدد في ضائقة مالية حقا، فلديها أيضا فرصة أكبر في الاستفادة من ذلك الوضع. وقد تحال الموجودات مثلا من عضو المجموعة الذي يعاني من ضائقة مالية إلى أعضاء المجموعة الآخرين للتمكن من استمرار استخدام تلك الموجودات في سياق المجموعة ولتجنب خضوعها لأي إجراءات إعسار. كما قد يكون لأعضاء المجموعة أصحاب أسهم ومديرون مشتركون يسيطرون على المعاملات بين أعضاء المجموعة أو قادرون على تحديد سياسات التشغيل والسياسات المالية. ويمكن لهذه الحالات أن تجعل المعاملات التي تتم داخل المجموعة أكثر عرضة للبطلان مما لو تمت بين أطراف من غير ذوي الصلة. ومجرد وجود مجموعة المنشآت قد لا يمثل مع ذلك في كل الحالات مسوغا كافيا لمعاملة جميع التعاملات داخل المجموعة كتعاملات بين أشخاص ذوي صلة ينبغي أن تخضع للإبطال، حسبما ورد أعلاه (الفقرة ٤٨ من الفصل الخامس من الجزء الثاني).

٧٩- ومن ثم، فعلى الرغم من أن بعض المعاملات التي تحدث في سياق المجموعة قد يتبين بوضوح أنها تندرج ضمن فئات المعاملات المعرضة للإبطال. بمقتضى التوصية ٨٧، فثمة معاملات أخرى قد لا تندرج بنفس القدر من الوضوح ضمن نطاق تلك التوصية وقد يلزم فحصها بدقة لتحديد المكمن الفعلي للمنافع والمضار المتصلة بها. وقد تثير تلك المعاملات مسائل تتعلق بمدى تشغيل المجموعة كمنشأة واحدة ومدى اختلاط موجودات أعضاء المجموعة والتزاماتهم أو أنشطتهم، مما يمكن أن يؤثر في طبيعة المعاملات فيما بين الأعضاء والدائنين الخارجيين. وقد تتم معاملات داخل المجموعة لأنه لا يمكن إجراؤها على نحو آخر أو لأنها تنشأ عن أسلوب هيكلية المجموعة. فعلى سبيل المثال، قد لا يكون التمويل في بعض الحالات متاحا إلا على أساس تعامل داخل المجموعة، وليس هناك مسوغ لمعالجة تعامل من هذا القبيل بصورة أشد صرامة مما في حالة انطوائه على مقرض خارجي. كما أن المجموعة يمكن أن تنطوي على عمليات مركزية للتدفق النقدي أو التحويلات النقدية، حسبما ورد أعلاه، قد لا تحدث في حال عدم وجود مجموعة. وفي حالة تقديم الكفالات داخل المجموعة الموصوفة أعلاه فيما يتعلق بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات، قد لا يستمد مقدم الكفالة أي منفعة مباشرة من التمويل المقدم، ولكن قد يستمد منفعة غير مباشرة لأنه قد يكون معتمدا على الجهة المقترضة في سياق أنشطة المجموعة (كأن يكون مثلا موردا للمكونات المستخدمة

في نشاط صناعي أو مقدا لللكفة فكرفة) أو لسبب آخر ما متصل باللمومفة. ومن المسلوب لدف النظر فف هذف المعاملات داخل اللومومفة أن تتمكن المحكمفة من أن ترافف فف سفاق اللومومفة وأن فأخذ فف الحسبان عوامل مثل العوامل المذكورة أعلاه.

٨٠- وقد تكون هناك أفضا معاملات تتم فف سفاق اللومومفة لفسف مشمولة بشروط أحماف الإبطال. فعلى سببل المثال، تنص بعض قوانفن الإعسار على إبطال المدفوعات الففضفلفة إلى دائف المدفن ولكن لفس إلى دائف عضو ذف صلة فف اللومومفة، إلا إذا جرى الدفع بمقتضى كفالة مثلا. ولهذف الأسباب، ففسحسن أن ففناول قانون الإعسار تلك المسائل فف سفاق اللومومفات وأن فدرج العوامل المتعلقة باللمومفات كأومر فلفزم أخذها فف الاعفبار لدف تقرير ما إذا كانت معاملة معفنة بفن أعضاء اللومومفة سلكون خاضعة للإبطال بمقتضى الفوصفة ٨٧.

٨١- وفنناول الفوصفة ٩٧ العناصر الواجب فبافها لإبطال معاملة معفنة والمدفوع المتاحة ضد الإبطال. وقد فكون من المناسب أن فُنظر فف كفففة انطباق تلك العناصر فف سفاق اللومومفات، وفما إذا كان فلفزم افباع فُج مغافر. ومن الفُهج الفف فمكن افباعها فف فناول مسألة عبء الفباف فف حالة المعاملات مع الأشفاص ذوف الصلة، مثلا، أن فُنص على أن عنصر القصد أو سوء النفة الذف فجب فوفره فُعبّر، أو فُفترض، أنه قد فوفّر عندما فُضطلع بأنواع معفنة من المعاملات أثناء فترة الرفة، وعلى أن الطرف المقابل فف المعاملة ففحمل عبء فباف خلاف ذلك. وقد أرسف بعض القوانين، على سببل المثال، افراضا قابلا للدهض مفاده أن بعض المعاملات ففما بفن أعضاء اللومومفة والمساهفم فف تلك اللومومفة فلفق ضررا بالدائفن، ومن ثم فهف خاضعة للإبطال. وهناك فُج مغافر هو الاعفراف، حسبما ذكر أعلاه، بأن المعاملات الفف فجري داخل اللومومفة، مع أنها لفسف دائما مفدفة ففجارفا إذا جرت خارج إطار اللومومفة، هف معاملات مشروعة على وجه العموم، خصوصا عندما فجري ضمن حدود القانون المنطبف ذف الصلة وضمن سفاق العمل المعتاد لأعضاء اللومومفة المعفنفن. ولكن فمكن إخضاع أف معاملة من هذا القبفل ففمحفص فقفق، وذلك إلى حد بعفد على نفس النحو الموصف به بشأن مطالباف الأشفاص ذوف الصلة فف الفوصفة ١٨٤، وهو فُج ففبعه بعض القوانين الفف فسمح أفضا بفارءاء حقوق أعضاء اللومومفة ذوف الصلة بمقتضى فرفباف الففون داخل اللومومفة أو جعلها أدف مرتبة من حقوق الدائفن الفارفففن لأعضائها المعسرفن.

٨٢- وفففح الفوصفة ٩٣ للدائن قدرا مفدودا من فمكانفة بدء ففراءاف الإبطال، بموافقة مثل الإعسار أو فاذن من المحكمفة. وربما كان من المسلوب فف سفاق اللومومفات الفبقاء على نفس المنهج، فف وإن ففبنف صعوبفه فف الممارسة العملفة. وقد فكون لدرجة اندماج

المجموعة تأثير شديد في قدرة الدائنين على تحديد هوية عضو المجموعة الذي تعاملوا معه، ومن ثم قدرتهم على توفير المعلومات اللازمة لبدء إجراءات الإبطال.

التوصيتان ٢١٧ و ٢١٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من أحكام الإبطال فيما بين أعضاء مجموعة المنشآت هو: النص على أنه يمكن لقانون الإعسار أن يسمح للمحكمة بأن تأخذ في الحسبان، إلى جانب الاعتبارات الواردة في التوصيات ٨٧-٩٩، أن المعاملة قد حدثت ضمن إطار مجموعة منشآت، وتحديد الظروف التي يجوز للمحكمة أن تأخذها في الاعتبار.

محتويات الأحكام التشريعية

المعاملات القابلة للإبطال

٢١٧- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز للمحكمة، لدى النظر فيما إذا كان ينبغي إبطال أي معاملة من النوع المشار إليه في التوصية ٨٧ (أ) أو (ب) أو (ج) جرت بين أعضاء مجموعة المنشآت أو بين عضو في مجموعة المنشآت وأشخاص آخرين ذوي صلة، أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف التي جرت فيها تلك المعاملة. ويمكن أن تشمل تلك الظروف: العلاقة بين أطراف المعاملة؛ ودرجة الاندماج بين أعضاء مجموعة المنشآت الذين هم أطراف في المعاملة؛ والغرض من المعاملة؛ وما إذا كانت المعاملة قد أسهمت في عمليات المجموعة ككل؛ وما إذا كانت المعاملة قد منحت أعضاء المجموعة أو أشخاصا آخرين ذوي صلة مزايا لا تمنح عادة بين الأطراف الذين لا تربطهم صلة.

عناصر الإبطال والدفع

٢١٨- ينبغي لقانون الإعسار أن يحدد كيفية انطباق العناصر المشار إليها في التوصية ٩٧ على إبطال المعاملات في سياق مجموعات المنشآت.^(٣٢)

(32) أي العناصر التي يتعين إثباتها من أجل إبطال المعاملة، وإسناد عبء الإثبات، ووجود دفع معيّنة ضد الإبطال، وانطباق الافتراضات الخاصة.

٥ - إنزال مرتبة الأولوية

٨٣ - ورد أعلاه (انظر الفقرة ٥٦ في الفصل الخامس من الجزء الثاني) 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 بين الدائنين يوافق فيه أحد الدائنين على النزول بمرتبة أولويته إزاء الدائن الآخر أو بموجب أمر قضائي ناتج، مثلا، بسبب تصرف غير مناسب من جانب أحد الدائنين أو طرف متصل بالمدين، وفي تلك الحالة يجوز إنزال مرتبة المطالبة إزاء مطالبات جميع الدائنين الآخرين. وثمة نوعان من المطالبات يمكن عادة إنزال مرتبتها في سياق الإعسار، هما مطالبات الأشخاص ذوي الصلة بالمدين ومطالبات مالكي المنشأة المدينة وأصحاب أسهمها وكلا النوعين متصل بسياق مجموعة المنشآت.

(أ) مطالبات الأشخاص ذوي الصلة

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

٨٥ - ويشمل تعبير "الشخص ذو الصلة"، حسبما أوضح، أعضاء مجموعة المنشآت. بيد أن مجرد وجود علاقة خاصة بالمدين، بما في ذلك، في سياق المجموعات، كونه عضوا في مجموعة المنشآت ذاتها، قد لا يكون كافيا وحده في جميع الحالات، لتسوية إيلاء معاملة خاصة لمطالبة ذلك الدائن خصوصا وأن ذلك قد يضر بدوره دائني ذلك الدائن. ففي بعض الحالات، تتسم تلك المطالبات بالشفافية التامة وينبغي أن تُعامل على نفس النحو الذي تعامل به المطالبات المماثلة المقدّمة من الدائنين الذين ليسوا أشخاصا ذوي صلة؛ أما في حالات أخرى فيمكن أن تثير شبهات وتستحق بالتالي عناية خاصة. وقد يجدر بقانون الإعسار أن يتضمّن آلية لتحديد تلك الأنواع من التصرفات أو الحالات التي تستحق فيها المطالبات عناية إضافية. وثمة اعتبارات مماثلة تنطبق، حسبما ورد أعلاه، فيما يتعلق بإبطال المعاملات التي تجري فيما بين أعضاء مجموعة المنشآت.

٨٦ - وتُحدّد الفقرة ٤٨ من الفصل الخامس من الجزء الثاني عدة حالات شديدة الصلة عموما بسياق المجموعات يمكن فيها تسوية إيلاء معاملة خاصة لمطالبة الشخص ذي الصلة (مثلا، عندما يعاني المدين من نقص شديد في رأس المال وعندما تكون هناك شواهد على

التعامل الذاتي). وثمة اعتبارات إضافية يمكن أن تشمل، فيما بين العضو المسيطر وعضو المجموعة الخاضع لسيطرته، مدى مشاركة العضو المسيطر في إدارة ذلك العضو؛ أو ما إذا كان العضو المسيطر قد سعى إلى التلاعب بالمعاملات داخل المجموعة لمصلحته هو على حساب الدائنين الخارجيين؛ أو إذا كان العضو المسيطر قد تصرف على نحو محفٍ آخر، مما ألحق الضرر بدائني عضو المجموعة الخاضع لسيطرته أو أصحاب أسهمه. وقد تشمل أمثلة المعاملة المحففة فرض رسوم إدارية أو استشارية باهظة أو اتباع سياسات لتوزيع الأرباح مصممة لتجريد العضو الخاضع للسيطرة من أمواله. وبمقتضى بعض القوانين، يمكن أن يؤدي وجود تلك الظروف إلى قيام العضو المسيطر بإنزال مرتبة مطالباته دون مرتبة مطالبات الدائنين غير المضمونين أو حتى مطالبات أصحاب أقلية الأسهم في عضو المجموعة الخاضع للسيطرة.

٨٧- ويتضمن بعض القوانين نُهجاً 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 معينة على أنها مساهمة في رأس المال لا كقرض، عندما يجعل القانون المساهمات في رأس المال أدنى مرتبة من مطالبات الدائنين (فيما يتعلق بمعاملة رأس المال السهمي، انظر أدناه)؛ أو السماح بجعل المطالبات فيما بين أعضاء المجموعة طوعياً أدنى مرتبة من مطالبات الدائنين الخارجيين.

٨٨- وقد تكون النتيجة العملية لإنزال المرتبة في سياق مجموعات المنشآت تخفيض أي سداد إلى أعضاء المجموعة الذين أنزلت مرتبة مطالباتهم أو إسقاطه فعلياً إذا كانت مطالبات الدائنين الخارجيين المضمونين وغير المضمونين كبيرة بالنسبة للأموال المتاحة للتوزيع. وفي بعض الحالات، قد يؤدي هذا إلى إضعاف قدرة عضو المجموعة الذي أنزلت مرتبة مطالبته على البقاء، وإلحاق الضرر لا بدائنيه فحسب بل أيضاً بأصحاب أسهمه، وكذلك بالمجموعة ككل، في حالة إعادة التنظيم. كما قد يؤدي اعتماد سياسة تقضي بإنزال مرتبة تلك المطالبات إلى تثبيط الإقراض داخل المجموعة.

(ب) معاملة رأس المال السهمي

٨٩- ثمة قوانين إعسار عديدة تميز بين مطالبات المالكين ومطالبات حائزي رأس المال السهمي التي قد تنشأ عن قروض مقدّمة إلى المدين أو عن حصتهم في ملكية المدين (انظر أعلاه الفقرة ٧٦ من الفصل الخامس من الجزء الثاني). ففيما يتعلق بالمطالبات الناشئة عن

حصص الأسهم، يعتمد العديد من قوانين الإعسار قاعدة عامة، هي أن مالكي المنشأة وحائزي رأسمالها السهمي لا يحق لهم الحصول على حصة في توزيع عائدات الموجودات إلى أن تسدد بالكامل جميع المطالبات الأخرى ذات الأولوية الأعلى (بما فيها المطالبات المتعلقة بالفوائد المتركمة بعد بدء الإجراءات). وبالتالي، قلما تتلقى هذه الأطراف أي حصة من توزيع العائدات تتعلق بحصتها في المدين. وفي حال إجراء عملية توزيع، فإنها تجري عادة حسب ترتيب الأسهم المبين في قانون الشركة وميثاق تأسيسها. أما المطالبات الخاصة بالديون، مثل تلك المتعلقة بالقروض، فهي لا تخضع دائما لإنزال المرتبة.

٩٠ - وثمة قوانين إعسار قليلة تتناول إنزال مرتبة المطالبات المتعلقة برأس المال السهمي في سياق مجموعات المنشآت. وأحدها يسمح 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 كرأس مال سهمي متى كانت نسبة الديون الأصلية إلى رأس المال السهمي عالية قبل الإسهام بتلك الأموال، فتخفض الأموال تلك النسبة؛ وإذا كان رأس المال السهمي المدفوع بالكامل غير كاف؛ وإذا كان من المستبعد أن يقدم دائن خارجي قرضا في الظروف ذاتها؛ وإذا كانت الشروط التي قدّمت السلفة على أساسها غير معقولة ولم تكن هناك دواع معقولة لتوقع سدادها.

٩١ - وتُناقش أعلاه مسألة إنزال المرتبة في سياق معاملة المطالبات والأولويات، ولكن الدليل لا يوصي بإنزال مرتبة أي نوع معين من المطالبات بمقتضى قانون الإعسار، بل يكفي بالإشارة إلى أن المطالبات التي تُنزل مرتبتها تحل في المرتبة التالية لمرتبة مطالبات الدائنين العاديين غير المضمونين (التوصية ١٨٩).^(٣٣)

دال - سبل الانتصاف

٩٢ - نظرا لطبيعة مجموعات المنشآت وطريقة اشتغالها، قد تكون هناك شبكة معقدة من المعاملات المالية بين أعضاء المجموعة، وربما تعامل الدائنون مع أعضاء مختلفين فيها أو حتى مع المجموعة ككيان اقتصادي واحد، لا مع الأعضاء فرادى. وقد ينطوي تفكيك التشابك في ملكية الموجودات وفي الالتزامات وتحديد هوية دائني كل عضو في المجموعة على إجراء تحقيق قانوني معقد ومكلف. ومع ذلك، فإنه لما كان التمسك بنهج الكيان المنفصل يعني أن كل

(33) انظر أيضا دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة.

عضو في المجموعة لا تقع عليه أي مسؤولية سوى تجاه دائنيه، قد يصبح من الضروري، عندما تكون إجراءات الإعسار قد بدأت فيما يتعلق بعضوين أو أكثر من أعضاء المجموعة، تفكيك التشابك في ملكية الموجودات وفي الالتزامات.

٩٣- وعند التمكن من إجراء ذلك التفكيك، يعمل الامتثال لمبدأ الكيان المنفصل على جعل ما يستردّه الدائن قاصراً على موجودات عضو المجموعة المحدد الذي هو دائن له. أما في حال تعذر إجراء ذلك التفكيك أو وجود أسباب معيّنة أخرى لمعاملة المجموعة كمنشأة واحدة، فإن بعض القوانين يتضمّن سبل انتصاف تسمح باستبعاد نهج الكيان المنفصل. وقد وُضعت سبل الانتصاف هذه في الماضي من أجل التغلب على القصور والإجحاف الظاهرين في نهج الكيان المنفصل التقليدي في حالات مجموعات معيّنة. وإلى جانب استبعاد المعاملات فيما بين أعضاء المجموعة أو إنزال مرتبة الإقراض داخل المجموعة، يمكن أن تتضمّن سبل الانتصاف ما يلي: توسيع المسؤولية عن الديون الخارجية لتشمل أعضاء المجموعة الموسرين، وكذلك أصحاب المناصب وأصحاب الأسهم؛ وأوامر الإسهام؛ وأوامر التجميع أو الدمج الموضوعي. ويتطلّب بعض سبل الانتصاف هذه إجراء بحث عن المخطئ، بينما يعتمد بعضها الآخر على تقرير حقائق معيّنة فيما يتعلق بعمليات مجموعة المنشآت. وفي بعض الحالات، وخصوصاً عندما ينطوي الأمر على إساءة تصرف من جانب الإدارة، قد يكون من الأنسب اتباع سبل انتصاف أخرى، مثل عزل المديرين المذنبين والحد من مشاركة الإدارة في إعادة التنظيم.

٩٤- ونظراً للإجحاف الذي يُحتمل أن ينشأ عن إجبار عضو من المجموعة على تقاسم الموجودات والالتزامات مع أعضاء آخرين منها قد يكونون أقل يسراً، فإن الاستعانة بسبل الانتصاف التي تستبعد نهج الكيان المنفصل ليست متاحة للجميع وعادة ما تكون غير شاملة ولا تنطبق إلا في حالات محدودة. وسبل الانتصاف المنطوية على توسيع المسؤولية قد تنطوي على "اختراق" أو "نزع الصفة الاعتبارية"، مما قد يؤدي إلى إلقاء المسؤولية عن أنشطة معيّنة على كاهل أصحاب الأسهم، الذين عادة ما تُدرأ عنهم المسؤولية عن أنشطة المنشأة. أما سبل الانتصاف التي تناقش أدناه فلا تنطوي على نزع الصفة الاعتبارية، وإن كان مفعولها قد يبدو مشابهاً في بعض الحالات.

١- توسيع نطاق المسؤولية

٩٥- إن توسيع نطاق المسؤولية عن الديون الخارجية، وفي بعض الحالات عن تصرفات أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار، ليشمل أعضاء المجموعة الموسرين وأصحاب

المناصب المعنيين هو سبيل انتصاف يتاح في بعض القوانين للدائنين المنفردين تبعاً للحالة ويتوقف على ظروف علاقة ذلك الدائن بالمدين.

٩٦- وثمة قوانين عديدة تعترف بوجود ظروف تتاح فيها استثناءات من المسؤولية المحدودة للكيانات الاعتبارية ويمكن فيها اعتبار أحد أعضاء المجموعة وأصحاب المناصب ذوي الصلة مسؤولين عن ديون وتصرفات عضو آخر فيها. وتتبع بعض القوانين نهجاً متشدداً تكون فيه تلك الحالات محدودة جداً؛ وتتبع قوانين أخرى نهجاً أكثر مرونة يمنح المحاكم صلاحية تقديرية واسعة في تقييم ظروف كل حالة استناداً إلى مبادئ توجيهية معينة. بيد أن أساس توسيع نطاق المسؤولية إلى ما يتجاوز عضو المجموعة المعسر هو في كلتا الحالتين العلاقة بين ذلك العضو وأعضاء المجموعة ذوي الصلة من حيث الملكية والسيطرة. وربما يكون هناك عامل آخر ذو صلة، هو سلوك أعضاء المجموعة ذوي الصلة تجاه دائني العضو الخاضع لإجراءات الإعسار.

٩٧- وعلى الرغم من وجود صياغات مختلفة للأحوال التي يمكن فيها توسيع نطاق المسؤولية، فإن الأمثلة تندرج عادة ضمن الفئات التالية، وإن كان يجدر ملاحظة أن هذه الفئات لا ترد كلها في جميع القوانين وأنها قد تتداخل إلى حد ما:

(أ) استغلال أحد أعضاء المجموعة (ربما المنشأة الأم) سيطرته على عضو آخر في المجموعة أو إساءة استعماله تلك السيطرة بسبب منها مواصلة تشغيل ذلك العضو بخسارة، خدمة لمصالح عضو المجموعة المسيطر؛

(ب) قيام صاحب الأسهم المهيمن بتصرف احتيالي، قد يتضمن التسريب الاحتيالي لموجودات أحد أعضاء المجموعة أو زيادة التزاماته المالية، أو تصريف شؤون ذلك العضو بقصد الاحتيال على الدائنين؛

(ج) تشغيل أحد أعضاء المجموعة كوكيل أو وصي أو شريك للمنشأة الأم أو لعضو المجموعة المسيطر؛

(د) تصريف شؤون المجموعة أو شؤون أحد أعضائها على نحو قد يلحق الضرر ببعض فئات الدائنين (مثلاً، تحمل التزامات مالية تجاه مستخدمي أحد أعضاء المجموعة)؛

(هـ) تجزئة منشأة واحدة تجزئة مصطنعة إلى عدة كيانات مختلفة بغرض عزل المنشأة الواحدة عن التزامات مالية محتملة؛ أو عدم اتباع القواعد الرسمية في معاملة أعضاء المجموعة ككيانات قانونية منفصلة، بما في ذلك تجاهل المسؤولية المحدودة لأعضاء المجموعة أو

خلط الموجودات الشخصية بموجودات الشركة؛ أو عندما يكون هيكل مجموعة المنشآت مجرد خدعة أو واجهة، كما في حالة استخدام شكل الشركة كوسيلة للالتفاف على الالتزامات القانونية أو التعاقدية؛

(و) عدم كفاية رسملة كيان ما بحيث لا يكون له أي أساس رأسمالي كاف لتنفيذ عملياته. وهذا قد ينطبق وقت الإنشاء، أو قد يكون نتيجة لاستنفاد رأس المال عن طريق ردّ مبالغ إلى أصحاب الأسهم أو قيام أصحاب الأسهم بسحب أرباح أكثر من الأرباح القابلة للتوزيع؛

(ز) إعطاء فكرة خاطئة عن الطبيعة الحقيقية لمجموعة المنشآت، مما يقود الدائنين إلى الاعتقاد بأنهم يتعاملون مع منشأة منفردة لا مع عضو في مجموعة؛

(ح) إساءة التصرف، بحيث يمكن إلزام أي شخص، بما في ذلك أي عضو في المجموعة، بالتعويض عن أي خسارة أو ضرر يلحق بعضو آخر في المجموعة من جراء احتيال أو إخلال بواجب أو ارتكاب جريمة أخرى، مثل الأفعال التي تسبب أذى بالغاً أو ضرراً بيئياً كبيراً؛

(ط) المتاجرة الباطلة، حيث يكون من واجب مديري أي عضو في المجموعة، بمن فيهم مديروه المستترون، أن يراقبوا، مثلاً، ما إذا كان ذلك العضو قادراً على مواصلة أعماله بصورة سليمة في ضوء وضعه المالي، ويكونون ملزمين بتقديم طلب لبدء إجراءات إعسار بشأنه في غضون فترة محددة من الزمن حالما يصبح معسراً. ويندرج ضمن هذه الفئة السماح لأحد أعضاء المجموعة، أو الإيعاز إليه بأن يتداين عندما يكون معسراً أو يحتمل أن يصبح معسراً؛

(ي) عدم الامتثال لمقتضيات اللوائح التنظيمية، مثل الاحتفاظ بسجلات محاسبية منتظمة لمنشأة فرعية أو لعضو في المجموعة خاضع للسيطرة.

٩٨- وعلى وجه العموم، لا يعتبر مجرد سيطرة أحد أعضاء المجموعة على عضو آخر أو هيمنته عليه أو أي شكل آخر من أشكال الاندماج الاقتصادي الوثيق داخل مجموعة المنشآت سبباً كافياً لتسوية تجاهل الشخصية القانونية المنفصلة لكل عضو في المجموعة واختراق الصفة الاعتبارية.

٩٩- وفي عدد من الأمثلة التي يمكن فيها توسيع نطاق المسؤولية ليشمل عضو المجموعة المسيطر، يمكن لتلك المسؤولية أن تشمل المسؤولية الشخصية لأعضاء مجلس إدارة عضو المجموعة المسيطر (الذين يمكن وصفهم بمديرين بحكم الواقع أو مديرين مستترين). ومع أنه

قد تقع على عاتق مديري أي عضو منفرد في المجموعة عادة واجبات معينة تجاه ذلك العضو، فقد تواجههم مهمة موازنة تلك الواجبات مع مجمل المصالح التجارية والمالية للمجموعة. فتحقيق المصالح العامة للمجموعة قد يستلزم، مثلاً، التضحية بمصالح أعضاء منفردين في ظروف معينة. وثمة عوامل قد تكون لها صلة بتقرير ما إذا كان مديرو عضو المجموعة المسيطر مسؤولين شخصياً عن ديون أو تصرفات العضو المسيطر عليه الخاضع لإجراءات الإعسار، منها: ما إذا كانت هناك مشاركة فعلية في إدارة شؤون عضو المجموعة المسيطر عليه؛ أو ما إذا كان هناك إهمال جسيم أو احتيال في إدارة شؤون عضو المجموعة المعسر؛ أو ما إذا كان يحتمل أن تكون إدارة عضو المجموعة المسيطر قد أخلت بواجبات العناية والحرص أو كان هناك سوء استغلال للصلاحيات الإدارية؛ أو ما إذا كانت هناك علاقة مباشرة بين إدارة عضو المجموعة المسيطر عليه وإعساره. وفي بعض الولايات القضائية، يمكن أيضاً اعتبار المديرين مسؤولين جنائياً. ومن الصعوبات الرئيسية في توسيع نطاق المسؤولية في تلك الحالات إثبات ذلك السلوك لكي يتبين أن عضو المجموعة المسيطر كان يتصرف كمدير بحكم الواقع أو كمدير مستتر.

١٠٠- وهناك أيضاً قوانين تنص على أن يقبل عضو المجموعة المسيطر أو الكيان الأم مسؤوليته عن ديون أعضاء المجموعة المسيطر عليهم أو الكيانات الفرعية تعاقدياً، خصوصاً عندما يكون الدائنون المعنيون مصارف، أو بإبرام كفالات متبادلة طوعية. وبمقتضى قوانين أخرى تنص على أشكال مختلفة من الاندماج لمجموعات المنشآت، يمكن أن تقع على عضو المجموعة الرئيسي مسؤولية جماعية وفردية تجاه دائني أعضاء المجموعة المندمجين عن الالتزامات المالية الناشئة قبل الاندماج الرسمي وبعده.

٢- أوامر الإسهام

١٠١- أمر الإسهام هو أمر يمكن به للمحكمة أن تُلزم عضواً موسراً في المجموعة بأن يُسهم بأموال معينة لتغطية جميع ديون أعضاء المجموعة الآخرين الخاضعين لإجراءات الإعسار أو بعض تلك الديون ولا سيما متى كان عضو المجموعة الموسر قد أتى بتصرف غير مناسب إزاء عضو المجموعة المعسر. وقد تشمل هذه التصرفات غير المناسبة مثلاً إحالة موجودات عضو المجموعة المتهاوي إلى عضو مجموعة آخر بثمن غير مناسب أو استفادة عضو في المجموعة من المزايا الضريبية المتجمعة لدى عضو المجموعة المتهاوي بما يقلل من مقدار الأموال التي سوف تسدد إلى دائني عضو المجموعة المتهاوي في دعوى الإعسار اللاحقة. والسماح بذلك السلوك

غير المناسب دون سبيل انتصاف يمكن أن يضر بدائي عضو المجموعة المعسر ويحقق كسبا غير منتظر لحملة أسهم العضو الموسر.

١٠٢- ومع أن أوامر الإسهام ليست متاحة على نطاق واسع في قوانين الإعسار، فقد اعتمدت بضع ولايات قضائية تدابير من هذا القبيل أو تنظر في اعتمادها، وعادة ما يكون ذلك محصورا في إجراءات التصفية. وثمة عدد من المسائل، التي صممت أوامر الإسهام لمعالجتها، قد لا يتطلب أحكاما خاصة تُدرج في قانون الإعسار، إذ قد تكون سبل الانتصاف موجودة بالفعل في إطار قوانين أخرى، كتلك التي تتناول المسؤولية والمتاجرة الباطلة.

١٠٣- وأشيع الصعوبات الماثلة في البت في مسألة إصدار أمر الإسهام هي الموازنة بين مصالح أصحاب الأسهم والدائنين غير المضمونين لعضو المجموعة الموسر ومصالح دائني عضو المجموعة قيد التصفية غير المضمونين، ولا سيما متى كان أمر الإسهام قد يؤثر على يسر الأول. وبوسع دائني عضو المجموعة الموسر أن يحتجوا بأنهم اعتمدوا على الموجودات المستقلة لذلك العضو عندما تعاملوا معه وأنه لا ينبغي حرمانهم من الحصول على سداد كامل لمطالبتهم بسبب العلاقة بين عضو المجموعة الموسر ذلك والأعضاء الآخرين وتصرفاته إزاءهم. والصعوبة في التوفيق بين هذه المصالح المختلفة تعني أن صلاحية إصدار أمر الإسهام لا تمارس بصورة شائعة. كما أن المحاكم أخذت بالرأي القائل بأن أمر الإسهام الكامل قد لا يكون مناسباً إذا كان من شأنه تهديد يسر عضو المجموعة غير الخاضع لإجراءات الإعسار بالفعل، وإن كان يمكن إصدار أمر إسهام جزئي يقتصر على موجودات معينة، مثل الرصيد المتبقي بعد الوفاء بالالتزامات المعقودة بحسن نية.

١٠٤- وفي ظل القوانين التي تميز أوامر الإسهام، يجب على المحكمة أن تأخذ في اعتبارها ظروف معينة لدى النظر فيما إذا كان يجدر بها أن تصدر أمرا من هذا القبيل. وتتصل هذه الظروف بالعلاقة بين عضو المجموعة الموسر وعضو المجموعة الخاضع لإجراءات الإعسار وتشمل: مدى مشاركة عضو المجموعة الموسر في إدارة عضو المجموعة المعسر؛ وكيفية تصرف عضو المجموعة الموسر إزاء دائني العضو المعسر، وإن كان اعتماد الدائنين على وجود علاقة بين عضوي المجموعة ليس سببا كافيا لإصدار الأمر؛ ومدى كون الظروف التي تسببت في إجراءات الإعسار معزوة إلى تصرفات عضو المجموعة الموسر؛ وتصرف عضو المجموعة الموسر بعد بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بعضو المجموعة المعسر، خصوصا إذا كان ذلك التصرف يؤثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة في دائني ذلك العضو، مثلا بعدم

تنفيذ عقد يشمل عضو المجموعة المعسر؛ وما تراه المحكمة مناسبة من أمور أخرى.^(٣٤) كما قد يكون إصدار أمر من هذا القبيل ممكناً، على سبيل المثال، عندما يكون الكيان الفرعي أو عضو المجموعة المسيطر عليه يتحمل مسؤولية كبيرة عن إصابة شخصية، أو عندما يكون الكيان الأم أو عضو المجموعة المسيطر قد سمح للكيان الفرعي أو لعضو المجموعة المسيطر عليه بمواصلة التعامل التجاري رغم إعساره.

٣- الدمج الموضوعي

(أ) مقدمة

١٠٥- عندما يؤمر بالتنسيق الإجرائي، تظل موجودات المدينين والتزاماتهم المالية، مثلما ورد أعلاه، منفصلة ومستقلة، كما لا تتأثر حقوق المطالبين الموضوعية. أما الدمج الموضوعي فيتيح للمحكمة، في إجراءات الإعسار المتعلقة بائنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، أن تصرف النظر عن الهوية المنفصلة لكل من أعضاء المجموعة في الأحوال المناسبة وأن تدمج موجوداتهم والتزاماتهم المالية فتعاملها كأنما كان يجوزها ويتحملها كيان واحد. ومن ثم، تُعامل الموجودات كما لو كانت جزءاً من حوزة واحدة لمنفعة جميع دائني أعضاء المجموعة المدمجين. وثمة ولايات قضائية قليلة فقط توفر سنداً قانونياً لأوامر الدمج الموضوعي لكنها تخضع لقواعد استدلال صارمة ولا تستخدم على نطاق واسع في الولايات القضائية التي يتاح فيها سبيل الانتصاف هذا. ومن الشواغل الرئيسية في هذا الشأن أن الدمج ينقض مبدأ الهوية القانونية المنفصلة لكل عضو في المجموعة التي كثيراً ما تستخدم لهيكل مجموعة منشآت لكي تستجيب لمختلف الاعتبارات التجارية، الأمر الذي يخدم أغراضاً مختلفة وله آثار هامة من حيث، مثلاً، قانون الضرائب وقانون الشركات وقواعد حوكمة الشركات. وإذا ما وافقت المحاكم روتينياً على الدمج الموضوعي فقد يؤدي هذا إلى تفويض العديد من المزايا المتأتية من مرونة هيكل المنشأة.

١٠٦- ومع أنه لا يوجد سند قانوني مباشر أو معيار محدد للظروف التي يمكن أن تصدر فيها أوامر الدمج الموضوعي، فقد كان لمحاكم بعض الولايات القضائية دور مباشر في تطوير تلك الأوامر وتحديد الظروف المناسبة لإصدارها. وربما تُجسّد هذه الممارسة ازدياد اعتراف القضاء باتساع نطاق استخدام هياكل الشركات المترابطة لأغراض ضريبية وتجارية، بيد أن الظروف التي تسوّغ إصدار أمر الدمج محدودة جداً وتشمل ظروفًا تتضمن قدراً كبيراً من الاندماج في أعمال وشؤون أعضاء المجموعة، من خلال السيطرة أو الملكية، مما يجعل من المتعذر بشدة، إن

(34) قانون الشركات النيوزيلندي لسنة ١٩٩٣، البنود ٢٧١ (١) (أ) و٢٧٢ (١).

لم يكن مستحيلاً، تفكيك تشابك موجودات والتزامات مختلف أعضائها لمعرفة، مثلاً، الموجودات المملوكة لكل عضو في المجموعة وتحديد دائيته، دون إنفاق الكثير من الوقت والموارد، مما يلحق الضرر في نهاية المطاف بجميع الدائنين.

١٠٧- ويناقد الدمج عادة في سياق التصفية، والتشريعات التي تأذن به لا تفعل ذلك إلا في ذلك السياق. بيد أن هناك اقتراحات تشريعية من شأنها أن تسمح بالدمج في سياق أنواع مختلفة من إعادة التنظيم. وفي الولايات القضائية التي لا توجد فيها تشريعات خاصة بذلك، قد تكون أوامر الدمج متاحة في سياق التصفية وإعادة التنظيم على السواء، إذا كان هذا الأمر سيساعد، مثلاً، على إعادة تنظيم المجموعة. ومع أن الدمج يتطلب عادة أمراً من المحكمة، فيمكن أن يجري أيضاً استناداً إلى توافق آراء الأطراف المهتمة ذات الصلة. ويرى بعض المعلقين أن الدمج بتوافق الآراء هو كثير الحدوث في القضايا المنطوية على مجموعة منشآت، وكثيراً ما يكون ذلك في الحالات التي تؤيد فيها المحاكم عموماً اعتراضات الدائنين على الدمج إذا كان يلزم تقديم طلب رسمي. كما قد يكون الدمج الموضوعي ممكناً في سياق خطة لإعادة التنظيم. فبعض القوانين يسمح بأن تتضمن الخطة اقتراحات لدمج عضو مدين مع أعضاء المجموعة الآخرين، سواء كانوا معسرين أم موسرين، يمكن أن تنفذ إذا صوتت بالموافقة العدد المطلوب من الدائنين.

١٠٨- وقد يكون الدمج مناسباً عندما لا يكون هناك انفصال حقيقي بين أعضاء المجموعة وإنما يُحافظ على هيكل المجموعة لغرض الخداع أو الاحتيال فحسب. وهناك سبب آخر يستخدم في بعض الولايات القضائية، وهو أن يفضي الدمج الموضوعي إلى زيادة القيمة التي تعود على الدائنين، سواء بسبب العلاقة الهيكلية بين أعضاء المجموعة وكيفية تسييرهم لأعمالهم وعلاقاتهم المالية، أو بسبب قيمة الموجودات المشتركة للمجموعة كلها، مثل الملكية الفكرية لعملية تنفذ عبر أعضاء عديدين في المجموعة ولتنتج تلك العملية على السواء.

١٠٩- ومن الشواغل الرئيسية المقترنة بإتاحة تلك الأوامر، إضافة إلى ما يتصل منها بالمسألة الجوهرية المتمثلة في إسقاط مبدأ الكيان المنفصل، ما يجتمل أن يصيب إحدى مجموعات الدائنين من إجحاف عندما تُرغم على التقاسم بالتساوي مع دائني عضو آخر أقل يسراً، وما إذا كانت الوفورات أو المنافع العائدة على جميع فئات الدائنين تفوق الضرر العرضي الذي يلحق بدائنين منفردين. ويمكن أن يكون بعض الدائنين قد اعتمدوا على الموجودات المنفصلة أو الكيان القانوني المنفصل لعضو معين في المجموعة عند التعامل معه، ولا ينبغي من ثم أن يُحرّموا من السداد التام بسبب علاقة شريكهم التجاري بعضو آخر في المجموعة لم يكونوا على علم به. أما الدائنون الآخرون، فيمكن أن يكونوا قد اعتمدوا على موجودات

المجموعة كلها، فلا يصبح من الإنصاف أن يكون سداد ديونهم قاصرا على موجودات عضو واحد في المجموعة.

١١٠- ولما كان الدمج ينطوي على تجميع موجودات مختلف أعضاء المجموعة، فقد لا يفضي إلى زيادة مستردات كل دائن، بل يعمل على المساواة بين جميع الدائنين فيما يستردونه، فيزيد من المبالغ الموزعة على بعضهم على حساب البعض الآخر. وإضافة إلى ذلك، يمكن لتيسر الدمج أن يمكّن الدائنين الأكبر والأقوى من الاستفادة من موجودات لا ينبغي أن تكون متاحة لهم؛ وأن يشجع الدائنين الذين لا يوافقون على إصدار أمر من هذا القبيل على التماس إعادة النظر فيه، مما يطيل إجراءات الإعسار؛ وأن يلحق الضرر بيقين المصالح الضمانية وإمكانية إنفاذها (فعندما تختفي المطالبات فيما بين أعضاء المجموعة نتيجة للدمج، تضيع حقوق الدائنين الذين لهم مصالح ضمانية في تلك المطالبات).

١١١- ويشمل الدمج عادة أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار، ولكنه يمكن أن يمتد في بعض الحالات، حيثما تسمح به بعض قوانين الإعسار، ليشمل عضوا يبدو موسرا من أعضاء المجموعة. وهذا قد يحدث عندما تكون شؤون ذلك العضو شديدة الاختلاط بشؤون أعضاء المجموعة الآخرين بحيث يصبح من المتعذر عمليا استبعاده من الدمج ويكون من المفيد أن يشمل الدمج، إذا ما تبين لدى إجراء مزيد من التقصي أنه في الواقع معسر بسبب اختلاط الموجودات أو عندما يكون الكيان الاعتباري سوريا أو منظويا على مخطط احتيالي. وعندما يراد أن يشمل الدمج عضو المجموعة الموسر. قد تكون لدى دائني ذلك العضو شواغل خاصة، فيمكن اتباع نهج محدود بحيث لا يشمل الدمج سوى القيمة الصافية لرأس المال السهمي لعضو المجموعة الموسر من أجل حماية حقوق أولئك الدائنين، وإن كان هذا النهج عسيرا في حالات اختلاط الموجودات أو الاحتيال.

(ب) الظروف الداعمة للدمج

١١٢- هناك عدة عناصر تبين أن لها صلة بتقرير ما إذا كان ثمة مسوغ للدمج الموضوعي أم لا، سواء في التشريعات التي تأذن بأوامر الدمج أو في الحالات التي لعبت فيها المحاكم دورا في تطوير تلك الأوامر. وتتعلق المسألة، في كل حالة، بالموازنة بين مختلف العناصر للوصول إلى قرار منصف وعادل؛ فليس هناك عنصر وحيد حاسم بالضرورة وليست هناك حاجة إلى وجود جميع تلك العناصر في أي حالة بعينها. وقد شملت تلك العناصر ما يلي: وجود بيانات مالية موحدة للمجموعة؛ واستخدام حساب مصرفي واحد لكل أعضاء المجموعة؛ ووحدة المصالح والملكية بين أعضاء المجموعة؛ ومدى صعوبة الفصل بين الموجودات والالتزامات المنفردة؛

وتقاسم النفقات العامة والإدارية والمحاسبية وسائر النفقات ذات الصلة بين مختلف أعضاء المجموعة؛ ووجود قروض داخل المجموعة وكفالات متبادلة للقروض؛ ومدى إحالة الموجودات ونقل الأموال من عضو إلى آخر حسبما يُرى مناسبا دون مراعاة للقواعد الرسمية الصحيحة؛ وكفاية رأس المال؛ واحتياط الموجودات أو العمليات التجارية؛ وتعيين مديرين أو موظفين مشتركين وعقد اجتماعات مشتركة لمجالس الإدارة؛ ووجود مكان عمل مشترك؛ والمعاملات الاحتمالية مع الدائنين؛ والممارسة المتمثلة في تشجيع الدائنين على معاملة المجموعة ككيان واحد، مما يحدث تشوُّشا بين الدائنين بشأن تحديد هوية عضو المجموعة الذي يتعاملون معه، ويطمس بذلك الحدود القانونية لأعضاء المجموعة؛ وما إذا كان الدمج سوف يُسهّل إعادة التنظيم أو يخدم مصالح الدائنين.

١١٣- ومع أن هذه العوامل العديدة تظل ذات صلة، فقد بدأ بعض المحاكم يركز على عدد محدود منها، وخصوصا ما إذا كانت شؤون أعضاء المجموعة مختلطة إلى درجة يتعذر معها تحقيق الفصل بين الموجودات والالتزامات إلا بتكاليف غير عادية وبإنفاق الكثير من الوقت، أو ما إذا كان أعضاء المجموعة ضالعين في مخططات احتيالية أو أنشطة ليس لها غرض تجاري مشروع. ففيما يتعلق بالسبب الأول، تعتبر درجة الاختلاط اللازمة صعبة التحديد كما، وقد وصفتها محاكم مختلفة بأشكال شتى، تشمل درجة من الاختلاط لا أمل في تفكيك تشابكها أو يتعذر عمليا فعل ذلك؛ أو يتطلب تفكيك الترابطات بين أعضاء المجموعة وملكية موجوداتها قدرا من الوقت والنفقات لا يتناسب مع النتيجة أو هو من الضخامة بحيث يعرّض للخطر تحقيق أي قيمة صافية للموجودات لصالح الدائنين؛ أو أنه ينطوي على توزيع للموجودات والالتزامات بين الأعضاء المعنيين يتسم أساسا بطابع اعتباطي ولا يجسد واقعا اقتصاديا. ولدى التوصل إلى قرار بأن درجة الاختلاط في حالة ما تسوغ الدمج الموضوعي، تكون المحاكم قد نظرت في عوامل مختلفة، منها الطريقة التي يعمل بها أعضاء المجموعة وطبيعة علاقة كل منهم بالآخر، بما في ذلك فيما يتعلق بالمسائل الإدارية والمالية؛ ومدى كفاية حفظ السجلات الخاصة بكل من أعضاء المجموعة؛ ومدى مراعاة الرسميات المؤسسية الصحيحة؛ والطريقة التي تحال بها الأموال والموجودات بين مختلف الأعضاء؛ وعوامل مشابهة أخرى تتعلق بعمليات المجموعة.

١١٤- ونوع الاحتيال المتصور هنا ليس الاحتيال الذي يحدث في العمليات اليومية لأي شركة، بل الانتفاء التام لأي غرض تجاري مشروع يمكن أن تكون له صلة إما بأسباب إنشاء الشركة وإما بالأنشطة التي تضطلع بها الشركة، متى أنشئت (انظر الفقرة ٩٧ هـ) أعلاه). وقد تشمل أمثلة ذلك الاحتيال قيام المدين بإحالة جميع موجوداته تقريبا إلى كيان

حديث التكوين أو إلى كيانات منفصلة تتمتع بالملكية الذاتية بغرض الحفاظ على تلك الموجودات والاحتفاظ بها لمنفعتها الخاصة ولعرقلة دائنيه وتأخيرهم والاحتيايل عليهم، أو إلى مخططات تمويهية⁽³⁵⁾ أو "بونزي".⁽³⁶⁾

(ج) طلب الدمج الموضوعي

١٤٠ الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب

١١٥- ينبغي لأي قانون إعسار أن يتناول مسألة من الذي يجوز له أن يطلب الدمج الموضوعي ومتى يمكنه ذلك. ففيما يتعلق بالأطراف المسموح لهم بتقديم الطلب، يبدو من المناسب اتباع النهج الوارد في التوصية ١٤ بشأن الأطراف المسموح لهم بتقديم طلب بدء إجراءات الإعسار. وهذا يشمل، في سياق المجموعة، عضو المجموعة ودائن أي عضو من أعضاء المجموعة. وبالإضافة إلى ذلك، سيكون من المناسب السماح بتقديم الطلبات من جانب ممثل إعسار أي عضو في المجموعة، لأن ممثل الإعسار أو الممثلين المعينين لإدارة أعضاء المجموعة سيكونون، في حالات عديدة، هم الذين توجد لديهم أتم معلومات عن أعضاء المجموعة ويكونون بالتالي في أفضل وضع لتقييم ملاءمة أو استصواب الدمج الموضوعي.

١١٦- ومع أنه قد يمكن للمحكمة في بعض الدول أن تأمر بالدمج الموضوعي من تلقاء ذاتها، فإن الأثر الشديد لذلك الأمر يقتضي اتباع إجراءات منصفة وعادلة وأن تتاح للأطراف ذات المصلحة فرصة الاستماع إليهم وللاعتراض على ذلك الأمر، وفقا للتوصيتين ١٣٧ و١٣٨. ولذلك السبب، يبدو من المناسب التفريق بين الدمج الموضوعي والتنسيق الإجرائي واعتماد نهج عدم السماح للمحاكم بالتصرف من تلقاء نفسها فيما يتعلق بالدمج الموضوعي.

١٤٠ وقت تقديم الطلب

١١٧- بما أن العوامل الداعمة للدمج الموضوعي قد لا تكون دائما واضحة أو أكيدة وقت بدء إجراءات الإعسار، فمن المستحسن أن يتبع قانون الإعسار نهجا مرنا بشأن مسألة التوقيت، فيسمح بتقديم الطلب في نفس الوقت الذي يقدم فيه طلب بدء الإجراءات أو في أي وقت لاحق. ولكن تجدر ملاحظة أن إمكانية تقديم طلب الدمج الموضوعي عقب بدء

(35) التمويه قد ينطوي على عقود إما لا تعبر عن القصد الحقيقي للأطراف وليس لها أي أثر فيما بينهم وإما تُحدث فيما بينهم أثارا غير تلك المعبر عنها في العقود، أي عقود صورية.

(36) مخطط "بونزي" هو عملية استثمار احتيالية تسدد لفرادى المستثمرين عوائد من النقود التي دفعوها أو من نقود دفعها مستثمرون لاحقون، لا من أرباح حُنيت حقا.

الإجراءات قد تكون محدودة، من الناحية العملية، بسبب الحالة التي بلغتها إدارة الإجراءات، وخصوصا فيما يتعلق، مثلا، بتنفيذ خطة لإعادة التنظيم. فقد تكون بعض المسائل المحورية قد حُلّت، مثل بيع الموجودات أو التصرف فيها وتقديم المطالبات وقبولها، أو قد تكون قد صدرت قرارات معينة واتخذت بناء عليها إجراءات بشأن أعضاء منفردين في المجموعة مما يسبب صعوبات عملية في دمج إجراءات أدير جزء منها. وفي هذه الحالة يستحسن أن يأخذ الأمر في الحسبان الحالة التي بلغتها إدارة الإجراءات، فيدمج الإجراءات المنفصلة الجارية فعلا ويحفظ الحقوق القائمة. ولذلك، فإن ما سبق قبوله من مطالبات تجاه عضو في المجموعة، مثلا، يمكن أن يُعامل كمطالبات مقبولة بشأن الحوزة المدمجة.

١١٨- وقد ينطبق النهج نفسه على إضافة أعضاء في المجموعة إلى دمج موضوعي قائم. ومع استمرار إدارة مختلف أعضاء مجموعة المنشآت، قد يتبين أنه ينبغي ضم عدد إضافي من أعضاء المجموعة لأن أسباب إصدار الأمر الأوّلي مستوفاة أيضا فيما يتعلق بمؤلاء الأعضاء. فإذا كان أمر الدمج صادرا بموافقة الدائنين، أو إذا أُتيحت للدائنين فرصة الاعتراض على أمر مقترح، فإن إضافة عضو آخر من المجموعة في مرحلة لاحقة من الإجراءات يحتمل أن تجعل الموجودات المجمّعة مختلفة عن الموجودات التي اتفق عليها أصلا أو أُبلغ بها الدائنون. ويستحسن في تلك الحالة أن تتاح للدائنين فرصة أخرى للموافقة أو للاعتراض على ضم أعضاء إضافيين إلى عملية الدمج. وعندما يصدر أمر بالدمج الموضوعي بعد إجراء توزيع جزئي على الدائنين، قد يستحسن الأخذ بقاعدة المزج. فهذا يساعد على ضمان ألا يحصل الدائن الذي كان قد حصل على دفعة توزيع جزئية فيما يتعلق بمطالبته تجاه عضو في المجموعة على مبلغ آخر لقاء المطالبة نفسها في إجراءات الدمج ما دامت المبالغ المدفوعة للدائنين الآخرين من نفس الفئة أقل تناسبا من دفعة التوزيع الجزئية التي سبق لذلك الدائن أن حصل عليها.

(د) المصالح المتنازعة في الدمج

١١٩- إضافة إلى المصالح المتنازعة لدائني مختلف أعضاء المجموعة، قد يجدر النظر، ضمن سياق الدمج، في مصالح سائر أصحاب الأسهم، بما فيها مصالح الدائنين تجاه أصحاب الأسهم؛ ومصالح أصحاب الأسهم في مختلف أعضاء المجموعة، وخصوصا الذين هم أصحاب أسهم في بعض الأعضاء دون الأعضاء الآخرين؛ ومصالح الدائنين المضمونين وذوي الأولوية لمختلف أعضاء المجموعة المدمجين.

١٤ المالكون وأصحاب الأسهم

١٢٠- ثمة قوانين إعسار كثيرة تُتبع القاعدة العامة القائلة بأرجحية حقوق الدائنين على حقوق المالكين وأصحاب الأسهم، إذ تُدرج مطالبات المالكين وأصحاب الأسهم بعد جميع المطالبات الأخرى في ترتيب الأولوية لأغراض التوزيع. وكثيراً ما يفضي ذلك إلى عدم حصول المالكين وأصحاب الأسهم على أي دفعة من التوزيع (انظر الفقرة ٧٦ من الفصل الخامس من الجزء الثاني). وفي سياق مجموعات المنشآت، قد يحصل أصحاب أسهم بعض أعضاء المجموعة ذوي الموجودات الكثيرة والالتزامات القليلة على عائد ما، بينما لا يحصل عليه دائنو أعضاء المجموعة الآخرين الذين لديهم موجودات أقل وعليهم التزامات أكثر. وإذا كان يُراد في سياق الدمج توسيع نطاق النهج العام المتمثل في جعل مرتبة أصحاب الأسهم دون الدائنين غير المضمونين، بحيث يشمل كل أعضاء المجموعة المدمجين، يمكن السداد إلى جميع دائني أعضاء المجموعة قبل حصول أصحاب الأسهم في أي منهم على دفعة من التوزيع.

١٥ الدائنون المضمونون

١٢١- تُناقش وضعية الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار في كل أجزاء الدليل التشريعي (للاطلاع على الإحالات ذات الصلة، انظر المرفق الأول)، والنهج المتبع فيه هو أنه ينبغي، كمبدأ عام، الاعتراف بنفاذ المصلحة الضمانية الصحيحة وأولويتها، كما ينبغي الحفاظ في إجراءات الإعسار على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة. وينطبق ذلك النهج أيضاً على معاملة الدائنين المضمونين في سياق مجموعة المنشآت. ومن المسلم به أيضاً أنه يمكن لقانون الإعسار، على الرغم من ذلك، أن يمس حقوق الدائنين المضمونين من أجل تنفيذ السياسات التجارية والاقتصادية، رهنا بضمانات مناسبة (انظر الفقرة ٥٩ من الفصل الثاني من الجزء الثاني).

١٢٢- وتتضمن المسائل التي قد تنشأ فيما يتعلق بالدمج ما يلي: ما إذا كانت المصلحة الضمانية في بعض موجودات أحد أعضاء المجموعة أو كل تلك الموجودات يمكن أن تُوسّع لتشمل موجودات عضو آخر في المجموعة متى صدر أمر دمج أو ما إذا كان ينبغي أن تقتصر تلك المصلحة الضمانية على مجموع الموجودات المحددة التي كان الدائن المضمون قد اعتمد عليها أصلاً؛ وما إذا كان يمكن للدائنين المضمونين الذين ليست لديهم ضمانات كافية أن يقدموا مطالبة بشأن الموجودات المجمعة لكل أعضاء المجموعة المدمجين، أسوة بالدائنين غير المضمونين؛ وما إذا كان ينبغي معاملة الدائنين المضمونين الداخليين (أي الدائنين الذين يكونون في نفس الوقت أعضاء في المجموعة) معاملة مختلفة عن الدائنين المضمونين الخارجيين. والمصالح الضمانية

في حوزة المدين كلها عادة ما تتبلور عند بدء إجراءات الإعسار، ولا ينبغي أن تنشأ مسألة توسيع تلك المصلحة لتشمل الموجودات المجمعة لجميع أعضاء المجموعة المدجين. ومن شأن السماح بتمديد أو بتوسيع أي مصلحة ضمانية لدائن مضمون نتيجة لأمر الدمج الموضوعي أن يحسّن وضعية ذلك الدائن على حساب الدائنين الآخرين، ويمكن أن يمثل ذلك منفعة جائرة أو مكسبا غير مستحق، وهو أمر غير مستحسن عادة. وينطبق الشيء نفسه فيما يتعلق بمطالبات المستخدمين.

١٢٣- ومن الحلول المحتملة فيما يتعلق بمعاملة الدائنين المضمونين الخارجيين استبعادهم من عملية الدمج. وقد يلزم إيلاء اعتبار خاص لفرادى الدائنين المضمونين الذين اعتمدوا على الهوية المنفصلة لأعضاء المجموعة، كما في حالة اعتمادهم على كفالة داخلية. ولا يمكن إنفاذ الكفالة متى كان أعضاء المجموعة المعنيين خاضعين لأمر دمج وتلاشت هويتهم الفردية. وقد يؤدي هذا إلى معاملة الدائن المضمون كدائن غير مضمون ما لم يُجز القانون معاملته كصاحب شيء من الأولوية على الدائنين الآخرين في سياق الدمج الموضوعي. وعندما تكون هناك حاجة إلى الموجودات المرهونة لاستخدامها في إعادة التنظيم، قد يمكن إيجاد حل مغاير، مثل السماح للمحكمة بتعديل أمر الدمج لإدراج حكم خاص بتلك الموجودات أو اشتراط موافقة الدائن المضمون المتأثر. ويمكن للدائن المضمون أن يتنازل عن مصلحته الضمانية عقب الدمج فيصبح الدين مستحق الدفع على جميع الكيانات المدجة.

١٢٤- وقد يلزم أيضا مراعاة مصالح الدائنين المضمونين الداخليين. فبمقتضى بعض القوانين يمكن إسقاط تلك المصالح الضمانية الداخلية، مما يجعل مطالبات أولئك الدائنين مطالبات غير مضمونة أو يمكن تعديل تلك المطالبات أو إنزال مرتبتها.

٣٤ الدائنون ذوو الأولوية

١٢٥- ثمة مسائل مشابهة تنشأ فيما يتعلق بمعاملة الدائنين ذوي الأولوية. وقد ينتفع هؤلاء أو يخسرون، عمليا، من تجميع موجودات المجموعة شأنهم شأن سائر الدائنين غير المضمونين. وعندما تكون الأولويات، كذلك التي تُعطى لمستحقات المستخدمين أو للضرائب، قائمة على مبدأ الكيان الواحد، قد يلزم النظر في كيفية معاملة تلك الأولويات على نطاق المجموعة، خصوصا عندما يكون هناك تفاعل فيما بينها. فعلى سبيل المثال، يُحتمل، في حالة الدمج، أن يتنافس مستخدمو عضو في المجموعة لديه موجودات كثيرة وعليه التزامات قليلة مع مستخدمي عضو آخر في المجموعة ذي حالة معاكسة، أي لديه موجودات قليلة وعليه التزامات كثيرة. ومع أن الدائنين ذوي الأولوية قد يحصلون عموما على نتيجة أفضل، على

حساب الدائنين غير المضمونين الذين لا أولوية لهم، فقد تضطر الفئات المختلفة من أولئك الدائنين ذوي الأولوية إلى تعديل ما قد يكون لديهم من توقعات نتيجة لمرتبة الأولوية التي يتمتعون بها فيما يتعلق بموجودات الكيان الواحد. وعندما تكون الموجودات مختلطة بحيث يتعذر تحديد ما يملكه كل عضو من تلك الموجودات، قد يكون من العسير جدا تكميم الأولوية وتحديد مقدار ما هو متاح لتسوية كل مطالبة بالأولوية. ومن ثم، فقد لا يتسنى دائما إنفاذ جميع ما يحدد وفق قانون الإعسار من أولويات فيما يتعلق بكل مدين منفرد، مع أنه يُستحسن الاعتراف بتلك الأولويات عندما يكون ذلك المدين خاضعا للدمج الموضوعي.

(هـ) إبلاغ الدائنين

١٢٦- قد يخضع الطلب المتعلق بالدمج الموضوعي لنفس الاشتراطات المتعلقة بتوجيه الإشعار بطلب بدء الإجراءات.^(٣٧) وعندما يقدم الطلب المتعلق بالدمج الموضوعي في نفس الوقت الذي يقدم فيه الطلب المتعلق ببدء الإجراءات، لا يقتضي الأمر إشعار المدينين المعنيين إلا بطلب الدمج الموضوعي المقدم من الدائنين، وفقا للتوصية ١٩. أما الطلب الذي يقدمه أعضاء المجموعة في نفس الوقت الذي يقدم فيه طلب بدء الإجراءات فلا يتطلب إبلاغ الدائنين، بمقتضى التوصيتين ٢٢ و ٢٣، اللتين لا تلزمان بتوجيه إشعار طلب بدء إجراءات الإعسار إلى دائني الكيان المعني.

١٢٧- والتأثير المحتمل للدمج الموضوعي على حقوق الدائنين يدل على أنه ينبغي أن يكون من حق الدائنين المتأثرين أن يبلغوا بأي أمر للدمج يصدر وقت بدء الإجراءات وأن يكون لهم حق في الاستئناف، وفقا للتوصية ١٣٨. ومن بين المسائل التي ينبغي النظر فيها في تلك الحالة هي ما إذا كان اعتراض واحد كافي لمنع الدمج. فقد يكون من الممكن، مثلا، إعطاء الدائنين المعارضين الذين سيصيبهم الدمج بغبن شديد قياسا إلى الدائنين الآخرين حصة من العائد أكبر مما يحصل عليه سائر الدائنين غير المضمونين، مما يشكّل ابتعادا عن النهج الصارم المتمثل بالتوزيع بالتساوي. وقد يمكن أيضا استبعاد فئات معينة من الدائنين ذات أنواع معينة من العقود، مثل ترتيبات تمويل المشاريع التي تكون إمكانية الطعن فيها محدودة والتي ترم بشروط تجارية قائمة على المنافسة الحرة مع أعضاء من المجموعة معروفين جيدا.

(37) انظر، الفقرات ٦٤-٧١ من الفصل الأول من الجزء الثاني، والتوصيات ١٩ (أ) و ٢٢-٢٥.

١٢٨- وفي حال تقديم الدائنين طلب الدمج بعد بدء الإجراءات، قد يُستحسن توجيه إشعار بذلك الطلب إلى ممثلي إعسار الكيانات المراد دمجها. وينبغي أن يوجه الإشعار على نحو فعال وفي الوقت المناسب بالشكل الذي يحدده القانون الداخلي.

(و) الأثر المترتب على أمر الدمج الموضوعي

١٢٩- ينبغي أن يحدد قانون الإعسار الآثار المترتبة على أمر الدمج الموضوعي. وقد تشمل هذه الآثار ما يلي: معاملة موجودات والتزامات أعضاء المجموعة المدمجين كأجزاء من حوزة إعسار واحدة؛ وإسقاط المطالبات فيما بين أعضاء المجموعة؛ ومعاملة المطالبات المقدمة ضد أعضاء المجموعة المنفردين المراد دمجهم كما لو كانت مطالبات بشأن الحوزة المدمجة؛ والاعتراف بالأولويات المقررة تجاه أعضاء المجموعة المنفردين كأولويات تجاه الحوزة المدمجة (قدر الإمكان، نظرا للصعوبة المذكورة أعلاه). وتتلشى بوجه عام المطالبات الداخلية لدى الدمج على أساس أن المطالبات تنتمي لحوزة إعسار واحدة وأن التزامات السداد واجبة على الحوزة نفسها، ومن ثم فكل منها يلغى الآخر بالفعل.

إبطال المعاملات التي تشمل أعضاء مجموعة خاضعين للدمج

١٣٠- عندما يدمج أعضاء المجموعة دمجاً موضوعياً، يصبح من المتعذر عملياً السعي إلى إبطال المعاملات بين أعضاء المجموعة المدمجة، بالنظر إلى أن الموجودات التي ينبغي استردادها والحوزة التي سترد إليها ستعامل كجزء من الحوزة المدمجة نفسها. غير المعاملات بين أحد أعضاء المجموعة المدمجة وغيره من أعضائها أو طرف خارجي تخضع للإبطال بموجب قواعد الإبطال المعتادة، بما يشمل أي قواعد بشأن حساب فترة الرتبة متى صدر الأمر بالإدماج. وعندما يمكن إبطال تلك المعاملات واسترداد الموجودات والقيمة، يصبح هذا الاسترداد لصالح الحوزة المدمجة.

احتساب فترة الرتبة

١٣١- عندما يصدر أمر الدمج الموضوعي بعد بدء الإجراءات، أو عندما يضاف أعضاء في المجموعة إلى الدمج الموضوعي في أوقات مختلفة، قد يلزم النظر في مسألة اختيار التاريخ الذي يبدأ منه احتساب فترة الرتبة لأغراض الإبطال (انظر الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ١٨٨-١٩١ والتوصية ٨٩) بغية توفير اليقين للمقرضين والأطراف الثالثة الأخرى. وقد تزداد المسألة أهمية حيث إن الفترة المنقضية بين طلب بدء إجراءات الإعسار منفرد والأمر

بالدمج الموضوعي تزداد. واختيار تاريخ الأمر بالدمج الموضوعي لاحتساب فترة الريبة لأغراض الإبطال يمكن أن يسبب مشاكل بالنسبة إلى المعاملات المبرمة بين تاريخ تقديم طلب البدء بإجراءات الإعسار المتعلقة بأعضاء منفردين في المجموعة أو تاريخ بدء تلك الإجراءات وتاريخ الدمج الموضوعي. وهناك نهج يمكن اتباعه مؤداه احتساب ذلك التاريخ وفقا للتوصية ٨٩. وقد يؤدي هذا النهج إلى تاريخ مختلف لكل عضو مختلف خاضع لأمر الدمج، وقد يكون تنفيذه شاق من الناحية العملية. وهناك نهج آخر مؤداه إمكان تحديد تاريخ مشترك بالرجوع إلى أقدم تاريخ جرى فيه تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو بدأت فيه تلك الإجراءات فيما يتعلق بأعضاء المجموعة المراد دمجهم. وفي كلتا الحالتين، يُستحسن تحديد ذلك التاريخ في قانون الإعسار ضمانا للشفافية وإمكانية التنبؤ.

إعادة التنظيم

١٣٢- فيما يتعلق بأثر الدمج الموضوعي على إعادة التنظيم، تكون قيمة التصفية، وفاء بأغراض التوصية ١٥٢ (ب)، هي قيمة تصفية الحوزة المدمجة، وليس قيمة تصفية فرادى الأعضاء قبل الدمج الموضوعي. ويمكن لأمر الدمج الموضوعي كذلك أن يجمع الدائنين لغرض التصويت على أي خطة لإعادة تنظيم أعضاء المجموعة المدججين. ومتى لزم عقد اجتماعات للدائنين عقب الأمر بالدمج الموضوعي، بعد بدء الإجراءات، يكون جميع دائني أعضاء المجموعة مؤهلين للحضور.

معاملة الكفالات

١٣٣- يمكن أن تتأثر الكفالات التي تشمل أعضاء المجموعة بأمر الدمج الموضوعي بعدة طرق. فقد يقدم أحد أعضاء المجموعة كفالة لعضو آخر في مجموعته، وقد يخضع الاثنان لأمر الدمج أو قد لا يخضع المانح لذلك الأمر. وفي الحالة الأولى، تتلاشى الكفالة وأي مطالبات متصلة بها باعتبارها مطالبة داخلية في إطار المجموعة. ويمكن معالجة الحالة الثانية بأحكام في قانون الإعسار بشأن معاملات الأشخاص ذوي الصلة (انظر الجزء الثاني، الفصل الخامس، الفقرة ٤٨). وربما يقدم الكفالة أيضا مانح خارجي إلى عضو المجموعة الخاضع للدمج الموضوعي. وما لم تعالج هذه الحالة معالجة محددة في قانون الإعسار، فسوف تعالج وفق القانون الوطني الذي قد يجد من مطالبة المانح متى كان قد دفع مالا بمقتضى الكفالة. وربما قدم الكفالة أيضا إلى مقرض خارجي عضو في المجموعة للحصول على تمويل من أجل عضو آخر ثم أصبح كلا العضوين خاضعا للدمج. وكما لوحظ من قبل، يرجح في حالة توقف

إنفاذ الكفالة على الهوية المستقلة لأعضاء المجموعة، أن يعامل المقرض الخارجي معاملة الدائن غير المضمون ما لم يسمح قانون الإعسار بمعاملته معاملة الدائن الحائر لبعض الأولوية على الدائنين الآخرين لأعضاء المجموعة المدمجين.

(ز) تعديل أمر الدمج الموضوعي

١٣٤- على الرغم من أن تعديل أمر الدمج الموضوعي قد لا يكون ممكناً أو مستحسناً على الدوام، بالنظر إلى الأثر الموضوعي لذلك الأمر، فقد تكون هناك حالات تشير فيها التغييرات الظرفية أو توافر معلومات جديدة إلى استصواب تعديل الأمر الأصلي. وينبغي لأي تعديل من ذلك القبيل أن يكون مشروطاً بالأثر يؤثر أمر التعديل على أي حقوق أو مصالح مقررة تنشأ عملاً بالأمر الأولي تأثيراً ظالمًا. ويمكن أن تتصل تلك الحقوق أو المصالح، سواء نشأت بحكم قضائي أو بقرار ممثل الإعسار، ببيع الموجودات وتوفير التمويل لأعضاء المجموعة.

(ح) الاستبعاد من أمر الدمج الموضوعي

١٣٥- يتيح بعض القوانين تديراً يمكن أن يوصف اصطلاحاً بأنه أمر دمج موضوعي جزئي أو محدود، أي أمر دمج موضوعي يستبعد موجودات أو مطالبات معينة.

١٣٦- وهذه الاستبعادات ستكون نادرة عموماً نظراً لافتراض تمييز الدمج الموضوعي في حال استيفاء الشرط الخاص بالاختلاط أو الخطط الاحتياطية. ولكن قد توجد حالات تسوغ الاستبعاد ربما تشمل الحالات التي يمكن فيها بسهولة تحديد حقوق الملكية في بعض الموجودات المحددة أو فصل أجزاء من الأنشطة التجارية لأعضاء المجموعة المندمجين لأن تلك الحقوق أو الأجزاء غير مشمولة في الخطة الاحتياطية. وتذهب المطالبات المتصلة بالموجودات المستبعدة مع تلك الموجودات. وقد يقتصر الدمج، مثلاً، على الدائنين غير المضمونين كذلك، مما يستبعد الدائنين المضمونين الخارجيين، الذين قد تكون لهم حرية إنفاذ مصالحهم الضمانية (ما لم تكن تلك المصالح معتمدة على الهوية المنفصلة لأعضاء المجموعة المراد دمجهم). وثمة نهج آخر يستبعد موجودات معينة من الدمج الموضوعي إذا كان ذلك الدمج يسبب إجحافاً للدائنين على أي نحو آخر، وإن كان هذا السبب لا يرجح أن يكون ذا صلة في حالات الاختلاط أو الاحتياطي.

(ط) المحكمة المختصة

١٣٧- المسائل التي نوقشت أعلاه في سياق الطلبات المشتركة والتنسيق الإجرائي تنطبق أيضاً فيما يتعلق بالمحكمة المختصة بإصدار أمر الدمج الموضوعي (انظر الفقرات ١٧-١٩ والتوصية ٢٠٩، أعلاه).

التوصيات ٢١٩-٢٣٢

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالدمج الموضوعي هو:

- (أ) توفير سند تشريعي للدمج الموضوعي، مع مراعاة المبدأ الأساسي المتمثل في استقلالية الهوية القانونية لكل عضو في مجموعة المنشآت؛
- (ب) تحديد الحالات المحدودة جداً التي يكون فيها الدمج الموضوعي متاحاً كتدبير انتصافي، ضماناً للشفافية وقابلية التنبؤ؛
- (ج) تحديد الأثر الناجم عن الأمر بالدمج الموضوعي، بما في ذلك كيفية معاملة المصالح الضمانية.

محتويات الأحكام التشريعية

مبدأ استقلالية الهوية القانونية

٢١٩- ينبغي لقانون الإعسار أن يراعي استقلالية الهوية القانونية لكل عضو في مجموعة المنشآت. وينبغي أن تكون الاستثناءات من ذلك المبدأ العام قاصرة على الأسباب المبيّنة في التوصية ٢٢٠.

الحالات التي يجوز فيها إتاحة الدمج الموضوعي

٢٢٠- يمكن لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز للمحكمة، بناءً على طلب الأشخاص المسموح لهم بتقديم طلب بمقتضى التوصية ٢٢٣، أن تأمر بالدمج الموضوعي فيما يتعلق بأثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت في الحالات المحدودة التالية فحسب:

(أ) عندما تكون المحكمة مقتنعة بأن موجودات أعضاء مجموعة المنشآت أو التزاماتهم مختلطة معاً إلى حد يتعدّد معه تحديد ملكية الموجودات أو المسؤولية عن الالتزامات دون نفقات مفرطة أو إبطاء مفرط؛ أو

(ب) عندما تقتنع المحكمة بأن أعضاء مجموعة المنشآت ضالعون في مخطط أو نشاط احتيالي دون غرض تجاري مشروع، وأن الدمج الموضوعي ضروري جداً لتقويم ذلك المخطط أو النشاط.

الاستبعادات من الدمج الموضوعي

٢٢١- في حالة ما إذا كان قانون الإعسار ينص على الدمج الموضوعي وفقاً للتوصية ٢٢٠، ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح للمحكمة باستبعاد موجودات ومطالبات معينة من أمر الدمج الموضوعي. ويحدد الشروط الواجبة التطبيق على تلك الاستبعادات [الظروف التي يجوز فيها الأمر بتلك الاستبعادات].

تقديم طلب الدمج الموضوعي

- توقيت تقديم الطلب

٢٢٢- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز تقديم طلب الدمج الموضوعي في نفس وقت تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بأعضاء مجموعة المنشآت أو في أي وقت لاحق.^(٣٨)

- الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب

٢٢٣- ينبغي لقانون الإعسار أن يحدد الأشخاص المسموح لهم بتقديم طلب الدمج الموضوعي، والذين يمكن أن يشملوا أحد أعضاء مجموعة المنشآت أو دائته أو ممثل إعساره.

الأثر المترتب على أمر الدمج الموضوعي

٢٢٤- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن تكون لأمر الدمج الموضوعي الآثار التالية:^(٣٩)

(38) تناقش في التعليق مسألة إمكانية إصدار أمر الدمج الموضوعي في مرحلة متقدمة من إجراءات الإعسار، انظر الفقرتين ١١٧ و ١١٨ أعلاه.

(أ) معاملة موجودات والتزامات أعضاء المجموعة المدجين كأهما جزء من حوزة إعسار واحدة؛

(ب) إسقاط المطالبات والديون فيما بين أعضاء المجموعة المشمولين بالأمر؛

(ج) معاملة المطالبات ضد أعضاء المجموعة المشمولين بالأمر [على أنها] [كما لو كانت] مطالبات ضد حوزة الإعسار الواحدة.

معاملة المصالح الضمانية في سياق الدمج الموضوعي

٢٢٥- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن حقوق وأولويات الدائن الذي لديه مصلحة ضمانية في أحد موجودات عضو مجموعة المنشآت الخاضع لأمر الدمج الموضوعي ينبغي أن تراعى، إلى أقصى مدى ممكن، في سياق الدمج الموضوعي، ما لم:

(أ) تكن المديونية المضمونة مستحقة بين أعضاء المجموعة فقط وأسقطها أمر الدمج الموضوعي؛ أو

(ب) يتبين أن المصلحة الضمانية قد حُصل عليها بفعل احتيالي شارك فيه الدائن، أو

(ج) تكن المعاملة التي منحت المصلحة الضمانية خاضعة للإبطال وفقاً للتوصيات ٨٧ و ٨٨ و ٢١٧.

الاعتراف بالأولويات في سياق الدمج الموضوعي

٢٢٦- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن الأولويات المقررة بمقتضى قانون الإعسار والمنطبقة على أعضاء مجموعة المنشآت المنفردين قبل صدور أمر الدمج الموضوعي، ينبغي أن يُعترف بها، إلى أقصى مدى ممكن، في سياق الدمج الموضوعي.

اجتماعات الدائنين

٢٢٧- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه متى كان القانون يقضي بعقد اجتماع للدائنين عقب صدور أمر الدمج الموضوعي، يحق للدائنين جميع أعضاء المجموعة المشمولين بالدمج أن يحضروا ذلك الاجتماع.

(39) يعالج أثر الأمر على المصالح الضمانية في التوصية ٢٢٥.

حساب فترة الريبة في سياق الدمج الموضوعي

٢٢٨- (١) ينبغي لقانون الإعسار أن يحدد التاريخ الذي يبدأ منه حساب فترة الريبة الخاصة بإبطال المعاملات من النوع المشار إليه في التوصية ٨٧ عندما يُؤمَر بالدمج الموضوعي.

(٢) عندما يُؤمَر بالدمج الموضوعي في نفس الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات الإعسار، ينبغي أن يُقرَّر التاريخ المحدد الذي يبدأ منه حساب فترة الاشتباه بأثر رجعي وفقاً للتوصية ٨٩.

(٣) عندما يُؤمَر بالدمج الموضوعي في وقت لاحق لبدء إجراءات الإعسار، يجوز أن يكون التاريخ المحدد الذي يبدأ منه حساب فترة الاشتباه بأثر رجعي:

(أ) تاريخاً مختلفاً لكل من أعضاء المجموعة المشمولين بالدمج الموضوعي، على أن يكون هو تاريخ تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار أو تاريخ بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بذلك العضو، وفقاً للتوصية ٨٩؛ أو

(ب) تاريخاً موحداً لجميع أعضاء المجموعة المشمولين بالدمج الموضوعي، على أن يكون هو الأبعد من بين تواريخ تقديم طلبات بدء إجراءات الإعسار أو تواريخ بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بأولئك الأعضاء.

تعديل أمر الدمج الموضوعي

٢٢٩- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على جواز تعديل أمر الدمج الموضوعي، شريطة ألا يمس ذلك التعديل بأي تدابير أو قرارات سبق أن اتخذت بمقتضى ذلك الأمر.^(٤٠)

المحكمة المختصة

٢٣٠- لأغراض التوصية ١٣، تشمل عبارة "بدء إجراءات الإعسار وتسييرها، بما في ذلك المسائل الناشئة في سياق تلك الإجراءات" طلب الدمج الموضوعي أو الأمر به، بما في ذلك تعديل ذلك الأمر.^(٤١)

(40) لا يُقصد من استخدام تعبير "تعديل أمر الدمج الموضوعي" أن يشمل إنهاء ذلك الأمر.

(41) تُناقش في التعليق المعايير التي قد تكون لها صلة بقرار المحكمة المختصة؛ انظر الفقرة ١٨ أعلاه.

الإشعار بالدمج الموضوعي

٢٣١- ينبغي لقانون الإعسار أن يرسى الاشتراطات الخاصة بتوجيه الإشعار فيما يتعلق بتقديم طلبات الدمج الموضوعي وأوامر الدمج الموضوعي وتعديل تلك الأوامر، بما في ذلك [نطاق ومدى الأمر؛ و] الأطراف الذين يتعين توجيه الإشعار إليهم؛ والطرف المسؤول عن توجيه الإشعار؛ ومحتوى الإشعار.

هاء- المشاركون

١- تعيين ممثل الإعسار

١٣٨- نوقشت مسألة تعيين ممثل الإعسار ودوره أعلاه (انظر الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٣٦-٧٤). وتنطبق المسائل المناقشة مع التوصيات ١١٥-١٢٥ انطباقاً عاماً على سياق مجموعة المنشآت.

(أ) تنسيق الإجراءات

١٣٩- عندما تبدأ إجراءات متعددة فيما يتعلق بأعضاء المجموعة، قد يصدر أو لا يصدر أمر بتنسيق الإجراءات، ولكن يمكن في أي من الحالتين، تسهيل تنسيق تلك الإجراءات إذا ما تضمن قانون الإعسار أحكاماً محددة تشجع التنسيق وتبين كيف يمكن تحقيقه، على غرار ما تنص عليه المادة ٢٧ من القانون النموذجي. ويمكن اعتماد ذلك النهج فيما يتعلق بالتنسيق بين مختلف المحاكم القائمة بإدارة الإجراءات المتعلقة بمختلف أعضاء المجموعة وبين مختلف ممثلي الإعسار المعيّنين في تلك الإجراءات، بما يشمل الممثلين المعيّنين بصفة مؤقتة.^(٤٢) كما أن واجبات ممثلي الإعسار، خصوصاً التوصيات ١١١ و ١١٦ و ١١٧ و ١٢٠ يمكن توسيعها في سياق مجموعات المنشآت لتشمل مختلف جوانب التنسيق، بما فيها تبادل المعلومات والإفصاح عنها؛ والموافقة على الاتفاقات أو تنفيذها فيما يتعلق بتقسيم ممارسة الصلاحيات وتوزيع المسؤوليات فيما بين ممثلي الإعسار؛ والتعاون على استخدام الموجودات والتصرف فيها؛ واقتراح خطط إعادة تنظيم منسقة والتفاوض بشأنها (ما لم يمكن إعداد خطة وحيدة للمجموعة حسبما تجري مناقشته أدناه)؛ واستخدام صلاحيات الإبطال؛ والحصول على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ وتقديم المطالبات والاعتراف بها وصرف دفعات توزيع

(42) يوضح المسرد أن تعبير "ممثل الإعسار" يشمل الممثلين المعيّنين بصفة مؤقتة.

للدائنين. ويمكن أن يتناول قانون الإعسار أيضا تسوية النزاعات في الوقت المناسب بين مختلف ممثلي الإعسار المعينين.

١٤٠- وعندما يعين عدد من ممثلي الإعسار لإجراءات مختلفة، تتعلق بأعضاء في المجموعة، يمكن لقانون الإعسار أن يسمح لواحد منهم أن يقوم بدور قيادي في تنسيق تلك الإجراءات. فعلى سبيل المثال، يمكن أن يكون ذلك الممثل هو ممثل الشركة الأم، أو عضو المجموعة المسيطر إذا كان خاضعاً لتلك الإجراءات. ومع أن ذلك الدور القيادي يمكن أن يجسّد الواقع الاقتصادي لمجموعة المنشآت أو هيكلها، فينبغي الحفاظ على المساواة بين جميع ممثلي الإعسار بمقتضى القانون. كما يمكن تحقيق التنسيق تحت قيادة ممثل إعسار واحد على أساس طوعي، بقدر ما يتيح القانون المنطبق. وعلى الرغم من ترتيبات التعاون والتنسيق هذه، يظل كل ممثل إعسار مسؤولاً عن الوفاء بالتزاماته بمقتضى قانون الولاية القضائية المعين فيها؛ ولا يجوز استغلال هذه الترتيبات لتقليل أو حذف هذه الالتزامات.

١٤١- وفي بعض الولايات القضائية، يمكن أن تكون للمحاكم، لا للمثلي الإعسار، الصلاحية الرئيسية لتنسيق إجراءات الإعسار. وعندما ينص قانون الإعسار على ذلك وتضطلع محاكم مختلفة بإدارة الإجراءات المتعلقة بأعضاء مختلفين من المجموعة، يستحسن أن تكون الأحكام المتعلقة بتنسيق الإجراءات منطبقة أيضا على المحاكم وأن تكون لديها صلاحيات على غرار ما تنص عليه المادة ٢٧ من القانون النموذجي.

(ب) تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه

١٤٢- يمكن تسهيل تنسيق الإجراءات المتعددة أيضا بتعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه ليتولى إدارة مختلف أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار. ومن الناحية العملية، قد يكون من الممكن تعيين ممثل إعسار وحيد لإدارة الإجراءات المتعددة أو قد يلزم تعيين ممثل الإعسار نفسه لكل من الإجراءات المراد تنسيقها، تبعاً للمقتضيات الإجرائية وعدد المحاكم المعنية. ومع أن إدارة كل من أعضاء المجموعة ستظل منفصلة (كما في حالة التنسيق الإجرائي، فإن من شأن ذلك التعيين أن يساعد على ضمان تنسيق إدارة مختلف أعضاء المجموعة وأن يقلل ما يتصل بذلك من نفقات وتأخير، وأن يسهل جمع المعلومات عن المجموعة ككل. وفيما يتعلق بالنقطة الأخيرة، قد يلزم توخي الحرص في كيفية معاملة المعلومات، بما يكفل على وجه الخصوص مراعاة مقتضيات السرية فيما يتعلق بأعضاء المجموعة المنفردين. ومع أن العديد من قوانين الإعسار لا يتناول مسألة تعيين ممثل إعسار وحيد، فإن هناك ولايات قضائية أصبح فيها ذلك التعيين في سياق المجموعات عُرفاً متبعاً.

وقد تحقق هذا أيضا بقدر محدود في بعض قضايا الإعسار عبر الحدود، حيث عُيِّن ممثلو إعسار من نفس المؤسسة الدولية في الولايات القضائية المختلفة.^(٤٣)

١٤٣- وعند البت فيما إذا كان من المناسب تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه، يلزم مراعاة طبيعة المجموعة، بما يشمل مستوى التكامل بين الأعضاء وهيكل أعمالهم. ومن المستصوب بشدة كذلك أن تتوفر لدى أي شخص يعين بتلك الصفة الخبرات الفنية والمعارف المناسبة وفق ما ورد أعلاه (الجزء الثاني الفصل الثالث، الفقرة ٣٩)، مع ضرورة تمحيص تلك المعارف والخبرات الفنية بدقة قبل التعيين لضمان ملاءمتها لأعضاء المجموعة المعنيين. ومن المستصوب ألا يعين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة عضوين أو أكثر من أعضاء المجموعة ما لم يكن هذا في مصلحة إجراءات الإعسار.

١٤٤- وعند تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة عدة أعضاء في المجموعة لديهم علاقات مالية وتجارية معقدة ومجموعات مختلفة من الدائنين يصبح من المحتمل فقدان الحياد والاستقلالية، كما قد تنشأ تضاربات في المصالح تتعلق مثلا بالكفالات المتبادلة، أو بالمطالبات والديون داخل المجموعة، أو بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات، أو بتقديم المطالبات والتحقق منها، أو بإلحاق أحد أعضاء المجموعة ضررا بعضو آخر فيها. ومن ثم، فإن واجب الإفصاح عما يوجد أو يحتمل وجوده من تضاربات في المصالح، الوارد في التوصيتين ١١٦ و١١٧ سيكون ذا أهمية في سياق المجموعة. وضماناً لتفادي التضاربات المحتملة، يمكن أن يشترط على ممثل الإعسار أن يقدم تعهداً أو أن يخضع لقاعدة عُرفية أو لالتزام قانوني بالتماس توجيه من المحكمة. وإضافة إلى ذلك، يمكن لقانون الإعسار أن ينص على تعيين ممثل إعسار إضافي واحد أو أكثر لإدارة الكيانات موضع التضارب. وقد تكون لذلك التعيين صلة بمجال التضارب على وجه الخصوص، بحيث يكون التعيين مقتصرًا على تسوية ذلك التضارب أو تعيينا أعم ويستمر طوال مدة الإجراءات.

(ج) المدین الحائز

١٤٥- إذا كان قانون الإعسار يسمح للمدين بأن يبقى حائزاً للمنشأة، ولم يعيّن ممثل إعسار، قد يلزم إيلاء اعتبار خاص لتقرير الكيفية التي ينبغي بها تنسيق إجراءات متعددة وإلى أي مدى تكون الواجبات المنطبقة على ممثل الإعسار، بما فيها أي واجبات إضافية مشار إليها أعلاه، منطبقة على المدین الحائز (انظر الفقرات ١٦-١٨ من الفصل الثالث من الجزء

(43) دليل الممارسات، الفصل الثالث، الفقرة ١٠ (ي).

الثاني). وما دام المدین الحائز يؤدي وظائف ممثل الإعسار، يمكن أيضا النظر في الكيفية التي يمكن بها لأحكام قانون الإعسار التي تسمح بتعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه أو واحد من عدة ممثلي إعسار لتولي دور قيادي في تنسيق الإجراءات أن تنطبق في سياق المدین الحائز.

التوصيات ٢٣٢-٢٣٦

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بتعيين ممثلي الإعسار في سياق مجموعات المنشآت هو:

- (أ) إتاحة تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه، تيسيراً لتنسيق إجراءات الإعسار التي بدئ بها فيما يتعلق بائنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت؛
- (ب) تشجيع التعاون في حال تعيين اثنين أو أكثر من ممثلي الإعسار، تفادياً لازدواجية الجهود، وتيسيراً لجمع المعلومات عن الشؤون المالية والتجارية لمجموعة المنشآت ككل، وخفضاً للتكاليف.

محتويات الأحكام التشريعية

تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه

٢٣٢- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على جواز تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة إجراءات الإعسار الخاصة بائنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت عندما يتبين أن هذا يراعي صالح إدارة تلك الإجراءات على أفضل وجه.^(٤٤)

تضارب المصالح

٢٣٣- ينبغي لقانون الإعسار أن يحدد التدابير اللازمة لمعالجة ما قد ينشأ من تضارب في المصالح عندما يعين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة إجراءات الإعسار الخاصة بائنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت. ويمكن أن تشمل تلك التدابير تعيين ممثل إعسار إضافي واحد أو أكثر.

(44) على الرغم من أن التوصية ١١٨ تناول اختيار ممثل الإعسار وتعيينه، فهي لا توصي بأن تقوم بذلك التعيين أي سلطة على وجه التحديد، بل تترك الأمر لقانون الإعسار. وينطبق النهج نفسه على سياق مجموعات المنشآت.

التعاون بين اثنين أو أكثر من ممثلي الإعسار

٢٣٤- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه في حال تعيين ممثلي إعسار مختلفين لإدارة إجراءات إعسار تتعلق باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، ينبغي لممثلي الإعسار أولئك أن يتعاونوا معا إلى أقصى مدى ممكن.^(٤٥)

التعاون بين اثنين أو أكثر من ممثلي الإعسار في سياق التنسيق الإجرائي

٢٣٥- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه في حال تعيين أكثر من ممثل إعسار واحد لإدارة إجراءات إعسار خاضعة للتنسيق الإجرائي، ينبغي لممثلي الإعسار أن يتعاونوا معا إلى أقصى مدى ممكن.

التعاون إلى أقصى مدى ممكن بين ممثلي الإعسار

٢٣٦- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن التعاون بين ممثلي الإعسار إلى أقصى مدى ممكن، [ينبغي] [يجوز] أن ينفذ بأي وسيلة مناسبة، بما في ذلك:

(أ) تبادل المعلومات والإفصاح عنها بشأن أعضاء المجموعة الخاضعين إلى إجراءات إعسار، بشرط اتخاذ التدابير المناسبة لحماية المعلومات السرية؛

(ب) إقرار أو تنفيذ الاتفاقات المتعلقة بتوزيع المسؤوليات بين ممثلي الإعسار، بما في ذلك قيام أحد ممثلي الإعسار بدور تنسيقي؛

(ج) التنسيق فيما يخص إدارة شؤون أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار والإشراف عليها، بما فيها العمليات اليومية في حال اعتزام مواصلة الأعمال؛ والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ والحفاظ على الموجودات؛ واستخدام الموجودات والتصرف فيها؛ واستعمال صلاحيات الإبطال؛ [والاتصال بالدائنين والاجتماع معهم] وتقديم المطالبات وقبولها بما يشمل المطالبات الداخلية في إطار المجموعة؛ وصرف دفعات توزيع للدائنين؛

(د) [التنسيق فيما يخص اقتراح خطط إعادة التنظيم والتفاوض بشأنها] [اقتراح خطط منسقة لإعادة التنظيم والتفاوض بشأنها].

(45) إلى جانب أحكام قانون الإعسار المتعلقة بالتعاون والتنسيق، قد يجدر بالمحكمة عموماً أن تبين التدابير التي يتعين اتخاذها لهذه الغاية أثناء إدارة الإجراءات.

واو- إعادة تنظيم عضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت

١٤٦- تتناول التوصيات ١٣٩-١٥٩ مسائل تخص إعداد خطة لإعادة التنظيم واقتراحها ومحتواها والموافقة عليها وتنفيذها. وتنطبق هذه التوصيات، بصورة عامة، في سياق مجموعة منشآت.

١- خطط إعادة تنظيم منسقة

١٤٧- عندما تبدأ إجراءات إعادة التنظيم بشأن عضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، بصرف النظر عما إذا كان ينبغي إخضاع تلك الإجراءات للتنسيق الإجرائي، تبدى مسألة واحدة لم تُتناول في أي موضع آخر من الدليل التشريعي، هي ما إذا كان سيتسنى إعادة تنظيم المدينين من خلال خطة إعادة تنظيم واحدة. تشمل عدة أعضاء أو من خلال خطط إعادة تنظيم منسقة ومتشابهة إلى حد بعيد بشأن كل عضو على انفراد. وتلك الخطط يمكن أن تُحقق وفورات في كل مراحل إجراءات الإعسار وأن تكفل اتباع نهج منسق في تدليل المصاعب المالية للمجموعة وأن تُعظم القيمة العائدة للدائنين. ورغم أن هناك عدة قوانين إعسار تسمح بالتفاوض على خطة إعادة تنظيم واحدة، لا يُسمح باتباع هذا النهج، في بعض القوانين، إلا في حال تنسيق الإجراءات إجرائياً أو الدمج الموضوعي، بينما لا تكون خطة إعادة التنظيم الواحدة ممكنة عموماً، بمقتضى قوانين أخرى، إلا إذا كان بالإمكان تنسيق الإجراءات على أساس طوعي.

١٤٨- ومن الناحية العملية، يتطلب مفهوم خطة إعادة التنظيم الواحدة أو خطط إعادة التنظيم المنسقة إعداد خطة إعادة التنظيم واحدة أو خطة إعادة تنظيم مماثلة والموافقة عليها في كل من الإجراءات المتعلقة بأعضاء المجموعة المشمولين بالخطة. ويُنظر في الموافقة على تلك الخطة، لكل عضو على حدة، مع قيام دائني كل عضو في المجموعة بالتصويت وفقاً لمقتضيات التصويت المنطبقة على الخطة المتعلقة بمدين وحيد، ولا يُستحسن النظر في الموافقة على أساس جماعي والسماح لغالبية دائني غالبية الأعضاء بأن يقرروا الموافقة على خطة بشأن جميع الأعضاء. وينبغي أن تراعي عملية إعداد الخطة والتماس الموافقة ضرورة موافقة جميع أعضاء المجموعة على الخطة وأن تقتضي، بناءً على ذلك، ضرورة معالجة المنافع المتأتية من تلك الموافقة والمعلومات اللازمة للحصول على تلك الموافقة. وستكون تلك المسائل مشمولة في التوصيتين ١٤٣ و ١٤٤ المتعلقين بمضمون الخطة والبيان الإفصاحي المرافق لها. أما التفاصيل الإضافية التي يمكن الإفصاح عنها بصورة مناسبة في سياق المجموعة فقد تشمل تفاصيل تتعلق

بعمليات المجموعة والترابطات فيما بين أعضائها وموقع كل عضو مشمول بالخطة داخلها وكيفية عملها كمجموعة.

١٤٩- ويلزم لخطة أو خطط إعادة التنظيم هذه أن تراعي المصالح المختلفة لفئات الدائنين المختلفة، بما في ذلك احتمال استصواب أن تنص الخطة، في ظروف معينة، على نسب متباينة للعائد الذي يحصل عليه دائنو مختلف أعضاء المجموعة. كما يُستحسن تحقيق توازن مناسب بين حقوق مختلف فئات الدائنين فيما يتعلق بالموافقة على الخطة، بما في ذلك الأغلبية الملائمة، سواء بين دائني عضو واحد في المجموعة أو بين دائني مختلف أعضاء المجموعة. ويلزم أيضاً النظر في تصنيف المطالبات وفئات الدائنين. وكذلك في كيفية تصويت الدائنين والموافقة على أي خطة، خصوصاً عندما يكون أعضاء في المجموعة دائنين لأعضاء آخرين فيها، فيكونون بالتالي "أشخاصاً ذوي صلة". وقد يتطلب حساب الأغلبية المنطبقة في سياق المجموعة النظر في الطريقة التي ينبغي أن يُحسب بها، لأغراض التصويت، الدائنون الذين يقدمون المطالبة نفسها ضد أعضاء مختلفين في المجموعة، خصوصاً عندما تكون للمطالبات أولويات مختلفة. وقد يلزم النظر أيضاً في ما إذا كان رفض الدائنين لعضو واحد من بين أعضاء عديدين في المجموعة قد يمنع الموافقة على الخطة المتعلقة بالمجموعة كلها وفي ما ينطوي عليه ذلك الرفض من نتائج. وقد يستند أحد النهج إلى الأحكام المنطبقة على الموافقة على خطة إعادة التنظيم الخاصة بمدين واحد. وثمة نهج محتمل آخر هو وضع متطلبات مختلفة بشأن الأغلبية تكون مصممة خصيصاً لتسهيل الموافقة على الخطة في سياق المجموعة. كما يمكن إدراج تدابير احترازية شبيهة بتلك الواردة في التوصية ١٥٢، مع إدراج اشتراط إضافي بأن تكون الخطة منصفة فيما بين دائني مختلف أعضاء المجموعة.

١٥٠- ويشمل الشخص ذو الصلة، في سياق المجموعة، الشخص الذي يكون أو كان في موقع المسيطر على المدين أو على المنشأ الأم أو الفرعية أو المنتسبة للمدين (انظر الفقرة (ي ي) من مسرد المصطلحات). وتناقش أعلاه مسألة تصويت الأشخاص ذوي الصلة على الموافقة على الخطة (انظر الفقرة ٤٦ من الفصل الرابع من الجزء الثاني)، ويلاحظ أنه على الرغم من أن بعض قوانين الإعسار تقيد قدرة الأشخاص ذوي الصلة على التصويت بسبل مختلفة، فإن معظم قوانين الإعسار لا تتناول هذه المسألة على وجه التحديد. وينبغي ملاحظة أنه عندما يشتمل قانون الإعسار على تقييدات من هذا القبيل، فإن تلك التقييدات قد تسبب صعوبة في بعض المجموعات عندما لا يكون لأحد أعضائها إلا دائنون مصنفون كأشخاص ذوي صلة أو عدد محدود جداً من الدائنين الذين ليسوا أشخاصاً ذوي صلة.

١٥١- ويمكن لقانون الإعسار أن يتضمن أيضاً أحكاماً تتناول عواقب عدم إقرار خطة إعادة التنظيم، حسبما ورد في التوصية ١٥٨. فعلى سبيل المثال، ثمة قانون ينص على أن عدم إقرار الخطة يستتبع تصفية جميع أعضاء المجموعة المعسرين. وعندما يشارك الأعضاء الموسرين في الخطة بموافقتهم، قد يلزم وجود أحكام خاصة لمنع نشوء مزايا أو مضار دون داع من جراء تلك التصفية.

٢- إدراج عضو مجموعة موسر في خطة لإعادة التنظيم

١٥٢- تناقش الفقرات ١١-١٥ أعلاه إمكانية إدراج عضو موسر من المجموعة في طلب بدء الإجراءات. ويُلاحظ أن العضو الموسر ظاهرياً قد يتبين عند إجراء مزيد من البحث أنه يفي بمعيار البدء الخاص بالإعسار الوشيك، ويمكن بالتالي أن تشملته التوصية ١٥ لأغراض بدء الإجراءات. وقد لا تكون هذه الحالة نادرة الحدوث في مجموعة المنشآت، حيث يكاد يكون من المحتم أن يفرض إعسار بعض الأعضاء إلى إعسار آخرين. أما إذا كان الإعسار الوشيك ليس وارداً، فلا يمكن لعضو المجموعة الموسر عادة أن يشارك في خطة إعادة تنظيم لأعضاء آخرين في المجموعة ذاتها الخاضعة لإجراءات إعسار منظمة بمقتضى قانون الإعسار. غير أنه قد تكون هناك حالات تكون فيها مشاركة عضو موسر في خطة إعادة التنظيم بدرجات متفاوتة، على أساس طوعي، أمراً مناسباً ومجدياً. وهذه المشاركة من جانب أعضاء موسرين في المجموعة ليست في الواقع أمراً غير عادي في الممارسات العملية. وبذلك، يمكن لعضو المجموعة الموسر أن يساعد على إعادة تنظيم أعضاء آخرين في مجموعة المنشآت، ويقع عليه التزام تعاقدى بتلك الخطة حال إقرارها، وتثبيتها إذا لزم الأمر. وقرار عضو المجموعة الموسر بأن يشارك في خطة إعادة التنظيم هو قرار يتخذه ذلك العضو في سياق العمل المعتاد، ولن تكون موافقة الدائنين ضرورية ما لم يشترطها قانون الشركات المنطبق. أما بشأن أي بيان إفصاحي مصاحب للخطة يشمل عضو المجموعة الموسر، فيلزم توخي الحرص في الإفصاح عن المعلومات ذات الصلة بذلك العضو الموسر في المجموعة وشؤون أعماله.

التوصيتان ٢٣٧ و ٢٣٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بخطط إعادة التنظيم في سياق مجموعة المنشآت هو:

- (أ) تيسير إعادة التنظيم المنسق لأعمال أعضاء مجموعة المنشآت الخاضعين لقانون الإعسار، مما يحافظ على العمالة ويحمي الاستثمارات، في حال وجودها؛
- (ب) وتيسير التفاوض على خطط منسقة لإعادة التنظيم في إجراءات الإعسار المتعلقة بائنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، واقتراح تلك الخطط.

محتويات الأحكام التشريعية

خطة إعادة التنظيم

- ٢٣٧- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح باقتراح خطط منسقة لإعادة التنظيم في سياق إجراءات الإعسار المتعلقة بائنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت.
- ٢٣٨- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز لأي عضو في مجموعة المنشآت غير خاضع لإجراءات الإعسار أن يشارك طوعاً في خطة إعادة التنظيم المقترحة بشأن اثنين أو أكثر من أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار.