

Distr.: Limited
4 October 2006
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الحادية والثلاثون
فيينا، ١١-١٥ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦

معاملة مجموعات الشركات في سياق الإعسار مذكرة من الأمانة*

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٥٤-١ بداية الإعسار: المسائل الداخلية
٣	١٢-٤ ألف- بدء الإجراءات
٦	١٩-١٣ باء- آثار بدء الإجراءات
٨	٢٠ جيم- أنواع الإجراءات العادية أو الخاصة
٨	٢٣-٢١ دال- إعادة تنظيم شركتين أو أكثر من شركات مجموعة
٩	٥١-٢٤ هاء- سبل الانتصاف
	 واو- مواضيع للبحث - معاملة مجموعات الشركات في سياق الإعسار على الصعيد الداخلي
٢٠	٥٤-٥٢

* قُدمت هذه الوثيقة في وقت متأخر لتمكين إتمام المشاورات.



ثالثاً- بداية الإعسار: المسائل الداخلية

١- يمكن أن تكون مجموعات الشركات منظمة بطرائق تقلل إلى أدنى حد من وقوع خطر الإعسار على إحدى شركات المجموعة أو على أكثر من واحدة منها، وذلك بعقد اتفاقات بخصوص كفالات متبادلة وتعويضات وما شابه ذلك من الترتيبات. وعندما تنشأ مشاكل فعلاً، قد تسعى الشركة الأم إلى أن تتفادى إعسار أي من شركات مجموعتها بغية الحفاظ على سمعتها والحفاظة على مكانتها المالية في الأوساط التجارية والمالية، وذلك بتوفير تمويل إضافي والموافقة على إنزال مرتبة المطالبات الداخلية في المجموعة لصالح الالتزامات الأخرى الخارجية.

٢- أما إذا اضطرب تعقد هيكل مجموعة شركات بسبب بداية ضائقة مالية تؤثر في إحدى شركات المجموعة أو في أكثر من واحدة منها أو حتى في كل شركاتها وتؤدي إلى إعسار، تنشأ مشاكل لا لسبب إلا لأن المجموعة مؤلفة من شركات أعضاء ويعترف بأن لكل منها شخصية قانونية منفصلة وكيانا منفصلاً. ونظراً إلى أن الغالبية الكبرى من القوانين الداخلية التي تنظم الإعسار والشركات تغفل النص على تصفية مجموعات الشركات أو إعادة هيكلتها فعلياً، رغم أنه قد يتسنى تناول المسائل الخاصة بالمجموعة خارج مجال الإعسار فيما يتعلق بالمعاملة المحاسبية ومسائل رقابية تنظيمية وأخرى ضريبية، فإن عدم وجود مرجع تشريعي مُغاير أو سلطة تقديرية قضائية للتدخل في الإعسار يعني أنه يجب تناول كل كيان بصورة منفصلة، وأن يدار بصورة منفصلة في حالة الإعسار إذا لزم الأمر. وفي بعض الحالات، كالحالة التي يكون فيها النشاط التجاري لشركة ما خاضعاً لتوجيه أو سيطرة شركة شقيقة، قد لا يكون من الإنصاف معاملة شركات المجموعة كشخصيات قانونية منفصلة. فقد يحول ذلك، مثلاً، دون الوصول إلى أموال شركة ما من أجل سداد ديون أو التزامات شركة مدينة شقيقة (باستثناء الحالة التي تكون فيها الشركة المدينة صاحبة أسهم في الشركة الشقيقة أو دائنة لها)، بصرف النظر عن العلاقة الوثيقة بين الشركتين وعن احتمال أن تكون الشركة الشقيقة قد شاركت في إدارة الشركة المدينة أو عملت بصفة مدير فيها وتسببت في تكبيدها ديوناً والتزامات مالية. وعلاوة على ذلك، عندما تكون الشركة المدينة منتسمة إلى مجموعة شركات، قد يكون من الصعب استجلاء الملابس الخاصة بأي حالة معيّنة من أجل تحديد الشركة التي تعامل معها الدائنون المعنّون من بين شركات المجموعة أو تحديد التعاملات المالية فيما بين شركات المجموعة.

٣- ويركّز الكثير من الأحكام الموجودة فعلاً في القانون الداخلي بشأن إعسار مجموعات الشركات على الظروف التي قد يكون من المناسب فيها أن تدمج حوزات

الإعسار. والشيء الذي يُفتقر إليه هو إرشاد أكثر شمولاً بشأن كيفية تناول إعسار مجموعات الشركات، وبالأخص ما إذا كان ينبغي معاملة مجموعات الشركات بطريقة مختلفة عن طريقة معاملة كيان اعتباري منفرد، وفي أي ظروف.

ألف - بدء الإجراءات

٤ - إن المعيار الذي ينبغي استيفاؤه من أجل بدء إجراءات الإعسار أساسي لصوغ قانون للإعسار. فهذا المعيار، بصفته أساس إجراءات الإعسار، يمثل وسيلة مهمة لتحديد المدنين الذين يمكن أن تشملهم آليات قانون الإعسار الحمائية والجزائية، وتحديد من يجوز له طلب بدء الإجراءات، أي ما إذا كان المدين أم الدائنين أم أطرافاً أخرى. ويلاحظ دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار⁽¹⁾ أنه ينبغي أن يكون مبدأ بدء الإجراءات شفافاً ومؤكداً ومرناً فيما يتعلق بنوعي إجراءات الإعسار المتاحين وسهولة اللجوء إلى ذينك الإجراءات.

٥ - وينبغي بحث مدى ملاءمة الحلول التي يوصي بها الدليل التشريعي من حيث تطبيقها على مجموعات الشركات. ومن المسائل الأولى التي ينبغي بحثها معيار اختبار الإعسار الواجب تطبيقه وعلى من ينطبق في سياق مجموعات الشركات. وتتعلق مسألة ثانية بمن يمكنه أن يطلب بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بشركات أعضاء في مجموعة أو بالمجموعة ككل، والعوامل الوثيقة الصلة بذلك القرار.

١ - معيار البدء

٦ - يقضي الكثير من قوانين الإعسار بأن يكون المدين معسراً (أيا كان تعريف الإعسار) لبدء إجراءات الإعسار. وعلى ذلك الأساس، لا يمكن عموماً بدء إجراءات الإعسار إلا ضد شركات المجموعة التي تفي بمعيار الإعسار. وهناك مسألة ذات صلة وثيقة بما إذا كانت إحدى الشركات الأعضاء في مجموعة من الشركات تفي بمعيار الإعسار أو لا تفي به، وهي كيف ينبغي معاملة التزامات مالية مختلفة مثل المديونية الداخلية في المجموعة والالتزامات المحتملة بموجب كفالة متبادلة.

٧ - وفي بعض الحالات، مثلاً عندما يكون هيكل المجموعة متنوعاً ويضم أعمالاً تجارية وموجودات غير متصلة ببعضها، قد لا يؤثر إعسار عضو واحد أو أكثر من أعضاء المجموعة

(1) دليل الأونسيترال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الأول، الباب باء، الفقرتان ٢٠ و ٢١.

في الأعضاء الآخرين أو في المجموعة ككل، ويمكن إدارة شؤون الشركات المعسرة بصورة منفصلة. أما في حالات أخرى فقد يسبب إعسار شركة عضو في المجموعة ضائقة مالية لغيرها من أعضاء المجموعة أو للمجموعة ككل، نتيجة لهيكل المجموعة المتكامل ووجود قدر كبير من الترابط فيما بينها، وارتباط الموجودات والديون بين مختلف أجزائها. وفي تلك الحالات، تسهّل القدرة على معاملة المجموعة ككل وضع حل لإعسار المجموعة بأسرها وتحويل دون بدء الإجراءات بشأن كل جزء على حدة على امتداد فترة من الزمن إذا أصبحت شركات أخرى في المجموعة متأثرة من جراء إجراءات الإعسار المتخذة ضد الشركات الأعضاء المعسرة أصلاً ومتى أصبحت كذلك. كما يتعلّب ذلك على ما قد ينشأ من مصاعب فيما يتعلق بتحديد المدين المناسب داخل هيكل مجموعة الشركات الذي ينبغي بدء الإجراءات ضده.

٨- ويثير هذا التصوّر إحدى المسائل الرئيسية في معاملة مجموعات الشركات في سياق الإعسار، وهي مدى تكامل مجموعة الشركات اقتصادياً وتنظيماً، والأهم من ذلك إلى أي مدى ينبغي معاملة مجموعة شديدة التكامل بطريقة مختلفة في حالة الإعسار مقارنة بمجموعة تحتفظ الشركات الأعضاء فيها منفردة بقدر كبير من الاستقلالية. فيمكن أن تشير تلك المعاملة، مثلاً، إلى أنه يمكن توسيع إجراءات الإعسار لتشمل الشركات الأعضاء في المجموعة التي لا تفي بمعيار البدء، لأنه يلزم أن تُشمل في تلك الإجراءات من أجل المصلحة العامة للمجموعة ككل. وثمة مسألة قد تكون ذات صلة، وهي هل ينبغي أن يكون للمحكمة سلطة تقديرية لجمع أو دمج طلبات بدء الإجراءات ضد أكثر من شركة واحدة معسرة في المجموعة، من أجل تسهيل الإدارة المشتركة لتلك الإجراءات. وترد فيما يلي مناقشة للإدارة المشتركة.

٢- الأشخاص المسموح لهم بطلب الإجراءات

٩- يوصي الدليل التشريعي، في سياق قانون الإعسار العام، بأن يسمح للدائنين والمدينين بأن يقدموا طلباً لبدء إجراءات الإعسار. وهو لا يعالج على وجه التخصيص مسألة البدء فيما يتعلق بمجموعات الشركات،⁽²⁾ وتتضمن المسائل التي يجب بحثها ما إذا كانت شركة أمّ تستطيع أن تقدم طلباً لبدء إجراءات ضد واحدة أو أكثر من الشركات الأعضاء في مجموعتها، وما إذا كان يسمح لشركة عضو من المجموعة بأن تقدم طلباً فيما يتعلق بكل الشركات الأعضاء الأخرى، بما فيها الشركة الأمّ، وما إذا كان يجوز لممثل الإعسار المعيّن

(2) دليل الأونسيرال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٢٠-٧٩.

فيما يتعلق بإحدى شركات المجموعة أن يقدم طلبا فيما يتعلق بشركة أخرى فيها، أي مثلا، هل يستطيع ممثل إعسار الشركة الأم أن يقدم طلبا لبدء إجراءات ضد شركة فرعية؟

١٠ - وعلاوة على ذلك، هل توجد أي عناصر في السياسة العامة يمكن أن تشير إلى أن حكما ما يتعلق بإمكان تدخّل إحدى الهيئات الرقابية (مثل هيئة مراقبة الأوراق المالية أو هيئة مراقبة الشركات) قد يكون مناسبا؟ وهناك مسألة ذات صلة تتعلق بتقديم طلب للبدء في الإجراءات من جانب الدائنين. وبينما قد لا يكون هناك ما يبرر الابتعاد عن النهج الذي يوصي بأن يُسمح للدائنين بأن يتقدموا بطلب لبدء كل من إجراءات التصفية وإعادة التنظيم في حالة مجموعة شركات، قد يجعل هيكل مجموعة الشركات من الصعب بشكل خاص على الدائن أن يتبيّن ذلك الجزء من المجموعة بالذات الذي تعامل معه وأن يقدم البيّنة اللازمة للوفاء بمعيار بدء الإجراءات.⁽³⁾ وفي بعض الحالات، وبالأخص عندما لا تكون المجموعة مُحكمة التنظيم، يسهل تبنيّ الكيان المدين بالتحديد. أما عندما يكون هناك مستوى مرتفع من التكامل، قد تكون الإجابة أقل وضوحا، خصوصا عندما كان الدائن يعتقد أنه يتعامل مع المجموعة بوصفها منشأة واحدة.

١١ - وفيما يتعلق بالتدخّل من جانب هيئة رقابية أو إشرافية، يلاحظ الدليل التشريعي⁽⁴⁾ أنه إضافة إلى حق الحكومة بصفتها دائنا في البدء بإجراءات الإعسار، يُوفّر بعض البلدان للسلطة الحكومية أو غيرها من السلطات الإشرافية صلاحية إضافية أوسع أساسا لكي تستخدم نظام الإعسار من أجل إغلاق منشأة ما عندما لا تكون السلطة بالضرورة طرفا دائنا، ولكن إغلاق المنشأة يعتبر مفيدا للمصلحة العمومية. وفي تلك الحالة، لا يكون إثبات انعدام السيولة ضروريا دائما، الأمر الذي يمكّن الحكومة من إنهاء عمليات منشآت اضطلعت بأنشطة معيّنة هي عموما ذات طابع احتيالي أو جنائي، أو تنطوي على انتهاك خطير للالتزامات الرقابية، أو تتسم بتوليفة من هذه السمات. ويشير الدليل التشريعي إلى أنه نظرا لاحتمال إساءة استخدام هذه الصلاحية في ظروف ليست لها صلة بالإعسار، وحرصا على تحديد أسس المصلحة العمومية تحديدا واسعا جدا، فإنّ من المستصوب جدا ألا تكون هذه الصلاحية متاحة إلا في ظروف محدودة جدا وكملاذ أخير في غياب حلول مناسبة في إطار قوانين أخرى. وهذه الظروف المحدودة قد تشمل استخدام صلاحيات الإعسار مقترنة بقوانين كالقوانين المتعلقة بغسل الأموال أو تنظيم الأوراق المالية في الحالات التي قد لا يُشترط فيها إثبات الإعسار. ولا تشير توصيات الدليل التشريعي على وجه

(3) دليل الأونسيترال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرات ٣٧-٤١ و٤٨-٥٣، للاطلاع على مناقشة الطلب المقدم من الدائن.

(4) دليل الأونسيترال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الأول، الفقرة ٤٢.

التخصيص إلى السلطات الرقابية بأنها من بين الأطراف المسموح لها بأن تقدّم طلباً لبدء إجراءات الإعسار.⁽⁵⁾

١٢ - وكقاعدة عامة، تحترم قوانين الإعسار الوضع القانوني المنفصل لكل واحدة من شركات المجموعة وتقتضي تقديم طلب منفصل لبدء إجراءات الإعسار بشأن كل كيان معسر على حدة. غير أنه توجد بعض الاستثناءات المحدودة التي تسمح بأن يوسع طلب منفرد ليشمل شركات أخرى أعضاء في المجموعة، وذلك، مثلاً، عندما توافق كل الأطراف المعنية على ضم أكثر من شركة واحدة (جنوب أفريقيا)؛ أو في حالة وجود علاقة بين الشركات توصف بأشكال متباينة ولكن تنطوي، مثلاً، على قدر كبير من الترابط أو السيطرة؛ أو امتزاج الموجودات؛ أو الطبيعة الصورية للمجموعة؛ أو وحدة الهوية أو خلاف ذلك من الخصائص المماثلة (جنوب أفريقيا، إسبانيا، فرنسا، الأرجنتين، المكسيك، الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁶⁾) ولا تنشأ بالضرورة من العلاقة القانونية بين الشركات (مثل العلاقة بين شركة قابضة وشركة فرعية). وهذه الإدارة المشتركة (التي يشار إليها أيضاً أحياناً بالدمج الإجرائي أو الإداري) لا تمس بالحقوق الأساسية لكل من أولئك الدائنين أو مسؤولية كل شركة من المجموعة تجاه دائنيها. ويسهّل تعيين نفس ممثل الإعسار لكل شركة الإدارة المشتركة لجميع الشركات.

باء - آثار بدء الإجراءات

١٣ - تُبحث بالتفصيل في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار (الجزء الثاني الفصل الأول) الطرائق التي يؤثر بها بدء إجراءات الإعسار في المدين وموجوداته، وذلك بالنسبة للمدنيين الذين يشتغلون بأنشطة تجارية. إلا أن الدليل التشريعي لا يبحث كيف يمكن أن تتباين أو ينبغي أن تتباين تلك الآثار في حالة إعسار شركة واحدة أو أكثر من مجموعة شركات. ويتضمن بعض الآثار التي قد يلزم بحثها في سياق المجموعة ما يلي.

١٤ - أولاً، تعيين نفس ممثل الإعسار لكل شركة في المجموعة. وفي حين أن الكثير من قوانين الإعسار لا يعالج تلك المسألة، فقد أصبح ذلك عرفاً في بعض الولايات القضائية (من بينها أستراليا وألمانيا وانكلترا). كما تحقق ذلك على نطاق محدود في بعض حالات الإعسار عبر الحدود في الاتحاد الأوروبي (يُبحث ذلك بمزيد من التفصيل فيما يلي). ولو أمكن تحقيق

(5) تنص التوصية ١٤ على أنه: "ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الأشخاص المسموح لهم بطلب بدء إجراءات الإعسار، وينبغي أن يكون من بينهم المدين وأي من دائنيه."

(6) الولايات المتحدة: تنص قاعدة الإفلاس ١٠١٥ صراحة على الإدارة المشتركة.

ذلك لتيسر حلّ إعسارات الشركات المعنية المنتمية إلى المجموعة على نحو منسق. وللاحتراز من احتمال حدوث تنازع يمكن إلزام ممثل الإعسار بأن يتعهد بأن يلتزم توجيهها من المحكمة في حالة نشوء تنازع أو يكون خاضعا لقاعدة ممارسة أو التزام قانوني يقضي بذلك. وإذا تعذر تعيين ممثل إعسار واحد، قد يلزم النظر في ما قد يحتاجه ممثلو الإعسار من سلطات إضافية من أجل تيسير تنسيق مختلف الإجراءات، ومنها: تقاسم المعلومات وإفشاؤها؛ واقتراح خطط منسقة لإعادة التنظيم والتفاوض عليها (إلا إذا أمكن إعداد خطة جماعية واحدة على النحو الوارد بحثه أدناه)؛ واستخدام سلطات الإبطال، إلى آخره. وثمة مسألة ذات صلة تتعلق بما إذا كان ينبغي لممثل الإعسار المعين في إجراءات إعسار شركة أم أن يتمتع بأي سلطات قد تتجاوز سلطات ممثلي الإعسار المعينين فيما يتعلق بالشركات الفرعية.

١٥ - وثانيا، الأسلوب الذي ينبغي أن تعالج به المنازعات المحتملة (أي مثلا بسبب الكفالات المتبادلة بين شركات المجموعة، أو الديون الداخلية في المجموعة، أو الضرر الذي تحدثه شركة عضو في المجموعة ويؤثر في شركة أخرى).

١٦ - ثالثا، الحاجة، في الولايات القضائية التي تسمح لإدارة الشركة بأن تستمر في القيام بعملها (سواء كانت خاضعة للإشراف أم غير خاضعة له)، إلى أي أحكام أخرى أو أحكام خاصة في حالة مجموعات الشركات.

١٧ - رابعا، مدى ملاءمة الأحكام المتعلقة بتطبيق وقف الإجراءات أو تعليقها في حالة مدين واحد على حالة مجموعة شركات.

١٨ - خامسا، الأحكام المنطبقة على استخدام موجودات الشركات المتأثرة في المجموعة والتصرف في تلك الموجودات حالما تبدأ الإجراءات وما إذا كانت هناك حاجة إلى أي أحكام خاصة، خصوصا فيما يتعلق باستخدام النقود.

١٩ - سادسا، الحاجة إلى أحكام خاصة فيما يتعلق بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات لمجموعة شركات (أو لاثنتين أو أكثر من الشركات الأعضاء فيها). ولهذا المسألة صلة وثيقة بشكل خاص فيما يتعلق بمجموعات الشركات في سياق الوضع الدولي (يبحث ذلك في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2). ويسلم الدليل التشريعي بأن مواصلة تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار أهمية حاسمة لإعادة التنظيم وكذلك، وبدرجة أقل، للتصفية إذا كان من المزمع بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ويجب أن يتيسر للمدين، من أجل الحفاظ على أنشطة منشأته، الحصول على أموال لكي يتمكن من مواصلة دفع ثمن الإمدادات بالبضائع والخدمات

الأساسية، بما في ذلك تكاليف العمل والتأمين والإيجار وصيانة العقود وغيرها من نفقات التشغيل الأخرى، وكذلك التكاليف المتصلة بالمحافظة على قيمة الموجودات. بيد أن الدليل يلاحظ أن الكثير من الولايات القضائية يقيّد توفير أموال جديدة في حالة الإعسار أو لا يعالج على وجه التحديد إصدار تمويل جديد أو أولوية سداده في حالة الإعسار. ويتضمن الدليل التشريعي⁽⁷⁾ عددا من التوصيات الهادفة إلى ترويج توافر التمويل اللازم لاستمرار عمل منشأة المدين أو بقائها، وتوفير الحماية المناسبة لموفري التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، إضافة إلى توفير حماية مناسبة للأطراف التي قد تتأثر حقوقها بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات.

جيم - أنواع الإجراءات العادية أو الخاصة

٢٠ - يتيح الكثير من قوانين الإعسار التصفية وإعادة التنظيم كآليتين لتذليل صعوبات المدين المالية. وفي سياق مجموعات الشركات، هل تكفي الآليتان تلكما أم أن هناك حاجة إلى تكييفهما من أجل تلبية الاحتياجات الخاصة لإعسار مجموعات الشركات، وبالنص، إضافة إلى ذلك، على إمكانية تطبيق أي سبل انتصاف أخرى خاصة بمجموعات الشركات؟

دال - إعادة تنظيم شركتين أو أكثر من شركات مجموعة

٢١ - عند بدء إجراءات الإعسار ضد شركتين أو أكثر أعضاء مجموعة، بصرف النظر عما إذا كان يمكن إدارة تلك الإجراءات بصورة مشتركة، هناك مسألة ما إذا كان يتسنى إعادة تنظيم المدينين بواسطة خطة إعادة تنظيم واحدة. وإذا كان ذلك النهج ممكنا، فما هي الأحكام التي تعدّل تلك التي بُحثت بالتفصيل في الفصل الخاص بإعادة التنظيم في الدليل التشريعي⁽⁸⁾ أو تُضاف إليها والتي قد تلزم لمعالجة مسائل جوهرية مثل: الأطراف المؤهلة لاقتراح الخطة أو المشاركة في اقتراحها؛ وطبيعة الخطة ومضمونها؛ والضمانات الخاصة بالخطة؛ والدعوة إلى عقد اجتماعات للدائنين بشأن الخطة وإدارتها؛ ومطالبات الدائنين؛ وتصنيف فئات الدائنين؛ وتصويت الدائنين؛ والموافقة على الخطة؛ والاعتراضات على الموافقة على الخطة (أو إقرارها حيثما كان ذلك لازما)؛ وتنفيذ الخطة.

(7) دليل الأونسيتال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الباب دال، الفقرة ٩٤، الغرض من الأحكام التشريعية، الوارد قبل التوصية ٦٣. الفصل الثاني، الباب دال، يرد في الوثيقة A/CN.9/582/Add.5.

(8) دليل الأونسيتال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الرابع.

٢٢- ويلزم أن تأخذ الخطة الواحدة لإعادة التنظيم في الحسبان تباين مصالح مختلف مجموعات الدائنين. كما يلزم لها أن تحقق توازنا مناسباً بين حقوق تلك المجموعات المختلفة من الدائنين فيما يتعلق بالموافقة على الخطة وأن تضمن أن رفض دائني إحدى الشركات الفرعية لا يعني تعذر استمرار الخطة، شريطة توافر ضمانات مشابهة لما تتضمنه التوصية ١٥٢ في الدليل التشريعي. وقد تتضمن تلك الضمانات أن تكون المنافع التي سوف يحصل عليها الدائنون بموجب الخطة مساوية لما كان سيحصلون عليه أو أكثر منه في حالة التصفية وأن تكون عادلة بالنسبة لوضعهم إزاء دائني شركات أخرى في المجموعة.

٢٣- ولا تتناول قوانين الإعسار تلك المسائل عموماً، إلا أن هناك ما يفيد في بعض الولايات القضائية بأن طلبات بدء الإجراءات المقدّمة من بعض الشركات الأعضاء في مجموعة تدار بصورة مشتركة عادة، وتؤدي المفاوضات عموماً إلى خطط رضائية لإعادة التنظيم تعامل فيها مختلف الكيانات في الواقع ككيان واحد، رغم أن المحكمة لا تنظر أبداً رسمياً في مسألة الدمج الموضوعي (الولايات المتحدة).

هاء- سبل الانتصاف

٢٤- نظراً لطبيعة مجموعات الشركات والأسلوب الذي تعمل به قد تكون هناك، كما ذكر عاليه، شبكة معقدة من المعاملات المالية فيما بين شركات المجموعة، وربما تعامل الدائنون مع شركات مختلفة فيها أو حتى مع المجموعة بصفقتها كياناً اقتصادياً واحداً، لا مع الشركات منفردة. وقد ينطوي تفكيك التشابك في ملكية الموجودات وفي الالتزامات وتحديد هوية دائني كل شركة عضو في المجموعة على إجراء تحقيق قانوني معقد ومكلف. ولكن بسبب التمسك بنهج الكيان المنفصل، يتعين على دائني كل كيان أن ينتظروا عموماً تسديد دينهم من ذلك الكيان. ويلزم عموماً عندما تكون إجراءات الإعسار قد بدأت فعلاً ضد شركة واحدة أو أكثر من أعضاء المجموعة، تفكيك التشابك في ملكية الموجودات وفي الالتزامات المالية الخاصة بالكيانات المعسرة.

٢٥- وحيثما يمكن إنجاز ذلك التفكيك، يؤدي التمسك بمبدأ الكيان المنفصل إلى قصر استرداد الدائن دينه على موجودات الكيان المعسر. وعندما يتعذر التفكيك أو توجد أسباب لمعاملة المجموعة كمنشأة واحدة، تتضمن بعض القوانين سبل انتصاف تسمح بإهمال نهج الكيان الواحد في ظروف محددة. وقد وضعت سبل الانتصاف هذه في الماضي من أجل التغلب على عدم الكفاءة وعدم الإنصاف الظاهرين في نهج الكيان المنفصل التقليدي في حالات معينة. وهي تتضمن، مثلاً، توسيع المسؤولية عن الديون الخارجية لتشمل شركات

أخرى مليئة ضمن المجموعة، وكذلك أصحاب المناصب وأصحاب الأسهم؛ أو أوامر الإسهام أو أوامر التجميع أو الدمج (الموضوعي)؛⁽⁹⁾ أو صرف النظر عن المعاملات الداخلية؛ أو إنزال مرتبة الإقراض داخل المجموعة. ونظرا للغبن الذي يحتمل أن يلحق بمجموعة من الدائنين عندما ترغم على التقاسم على قدم المساواة مع دائنين لكيان آخر قد يكون أقل ملاءة، لا تكون سبل الانتصاف هذه متاحة عموما، وعادة ما لا تكون شاملة ولا تنطبق إلا في ظروف محدودة. وقد تتطلب سبل الانتصاف المنطوية على توسيع المسؤولية "اختراق" أو "إزالة حجاب الهيئة الاعتبارية"، وهو إجراء يمكن بواسطته اعتبار أصحاب الأسهم الذين تُحجب عنهم عادة المسؤولية عن أنشطة الشركة، مسؤولين عن أنشطة معينة. وسبل الانتصاف الأخرى التي تُبحث هنا لا تؤدي إلى ذلك، مع أن الأثر قد يبدو مماثلا في بعض الظروف.

١- توسيع نطاق المسؤولية

٢٦- توسيع نطاق المسؤولية عن الديون الخارجية، وفي بعض الحالات عن تصرفات الشركة المعسرة العضو في المجموعة لتشمل الشركات المليئة في المجموعة وأصحاب المناصب المعنيين هو سبيل انتصاف يتاح للدائنين المنفردين على أساس كل حالة على حدة ويتوقف على ظروف علاقة ذلك الدائن بالمدين.

٢٧- وتعترف قوانين عديدة بالظروف التي تتاح فيها استثناءات من المسؤولية المحدودة ويمكن فيها اعتبار الشركات الشقيقة وأصحاب المناصب ذوي الصلة مسؤولين عن ديون إحدى شركات المجموعة وتصرفاتها. وتتبع بعض القوانين نهجا أكثر إلزامية وتكون الظروف فيه محدودة جدا، وتتبع قوانين أخرى نهجا أكثر توسعا وتُمنح المحاكم قدرا كبيرا من الصلاحية التقديرية في تقييم ظروف حالة معينة استنادا إلى مبادئ توجيهية محددة. بيد أنه في كلتا الحالتين يكون أساس توسيع نطاق المسؤولية إلى ما هو أبعد من الكيان المعسر هو العلاقة بين الشركة العضو المعسرة والشركات الشقيقة الأخرى في المجموعة من حيث كل من الملكية والسيطرة. وربما يكون عامل آخر ذو صلة هو سلوك الشركة الشقيقة تجاه دائني الشركة المعسرة.

(9) انظر مسرد الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.74.

٢٨ - في حين أنه توجد صيغ مختلفة للظروف التي يمكن فيها أن يُوسَّع فيها نطاق المسؤولية، وتندرج الأمثلة عادة ضمن الفئات التالية، إلا أنه تجدر ملاحظة أن كل هذه الفئات ليست مجسدة في جميع القوانين وأنها قد تتداخل إلى حد ما:

١' استغلال إحدى شركات المجموعة (ربما الشركة الأم) سيطرتها على شركة أخرى عضو في المجموعة أو إساءتها استغلال تلك السيطرة، بما في ذلك تشغيل شركة فرعية بخسارة بصورة مستمرة لمصلحة الشركة المسيطرة (الأرجنتين، أستراليا، جنوب أفريقيا، فرنسا، البرازيل)؛

٢' سلوك احتيالي من جانب صاحب الأسهم المسيطر، وقد يتضمن ذلك تسريب موجودات إحدى الشركات الفرعية أو زيادة التزاماتها المالية (فرنسا) أو تصريف شؤون الشركة الفرعية بقصد الاحتيال على الدائنين (لختنشتاين)؛

٣' تشغيل شركة فرعية كمثل أو وكيل أو شريك للشركة الأم (أستراليا، المملكة المتحدة)؛

٤' تصريف شؤون المجموعة أو شركة فرعية بطريقة قد تضرّ ببعض فئات الدائنين (مثلاً، تكبّد التزامات حيال موظفي إحدى شركات المجموعة) (بولندا)؛

٥' تفتيت منشأة موحّدة بطريقة زائفة إلى عدة كيانات لغرض عزل الكيان المنفرد عن مسؤوليات محتملة؛ أو عدم اتباع الإجراءات الشكلية لمعاملة الشركات الأعضاء في المجموعة ككيانات قانونية منفصلة، بما في ذلك تجاهل المسؤولية المحدودة للشركات الفرعية (الولايات المتحدة) أو خلط الموجودات الشخصية مع موجودات الشركة؛ أو حيث يكون هيكل مجموعة الشركات مجرد خدعة أو واجهة (المملكة المتحدة، فرنسا)، كما يحدث مثلاً عندما يُستخدم شكل الشركة كوسيلة للالتفاف على التزامات قانونية أو تعاقدية؛

٦' عدم كفاية رسملة الشركة بحيث لا يكون لها أساس كاف من رأس المال لإنجاز عملياتها (الولايات المتحدة). وقد ينطبق ذلك 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؛

٧' تصوير كاذب للطبيعة الحقيقية لمجموعة الشركات، مما يقود الدائنين إلى الاعتقاد بأنهم يتعاملون مع منشأة منفردة لا مع شركة عضو في مجموعة؛

٨٠٠ تجاوز القانون، حيث يمكن إلزام أي شخص، بما في ذلك شركة أخرى عضو في المجموعة، بالتعويض عن أي خسارة أو ضرر لحق بشركة من الشركات وكان ناجما عن احتيال أو إخلال بواجب أو أي تجاوز آخر للقانون، مثل الأفعال التي تسبب إصابة شديدة أو ضررا بيئيا (الولايات المتحدة، المملكة المتحدة)؛

٩٠٠ المتاجرة الباطلة، حيث يكون من واجب مديري الشركة، بمن فيهم المديرون المستترون،⁽¹⁰⁾ أن يراقبوا، مثلا، ما إذا كانت الشركة تستطيع أن تواصل عملها على نحو سليم في ضوء وضعها المالي، ويكونون ملزمين بتقديم طلب لإعلان الإعسار في غضون فترة محددة من الزمن متى أصبحت الشركة معسرة (فرنسا، المملكة المتحدة، روسيا). ويندرج ضمن هذه الفئة السماح لإحدى شركات المجموعة بتكبّد ديون أو أمرها بذلك عندما تكون معسرة أو يحتمل أن تصبح معسرة؛

١٠٠٠ عدم الامتثال للمقتضيات الرقابية، مثل مسك دفاتر محاسبية منتظمة للشركة الفرعية (فرنسا).

٢٩٠ - وعموما، لا يعتبر مجرد سيطرة الشركة الأم على شركة فرعية أو هيمنتها عليها أو أي شكل آخر من أشكال الدمج الاقتصادي الوثيق ضمن مجموعة الشركات سببا يكفي لتبرير تجاهل الشخصية القانونية المنفصلة لكل شركة عضو في المجموعة واختراق حجاب الهيئة الاعتبارية.

٣٠٠ - وفي عدد من الأمثلة التي يمكن فيها توسيع نطاق المسؤولية لتشمل الشركة الأم أو شركة أخرى مسيطرة على شركة فرعية معسرة، يجوز أن تشمل تلك المسؤولية المسؤولية الشخصية لأعضاء مجلس إدارة الشركة الأم أو الشركة المسيطرة (الذين يمكن وصفهم بمديرين بحكم الواقع أو مديرين مستترين). وبينما تترتب على مديري إحدى الشركات عموما واجبات معينة لتلك الشركة، قد يواجه مديرو شركة في مجموعة شركات مهمة الموازنة بين تلك الواجبات والمصالح التجارية والمالية الكلية للمجموعة. وقد يستلزم تحقيق المصالح العامة للمجموعة، مثلا، التضحية بمصالح شركات المجموعة منفردة في ظروف معينة. ومن بين العوامل التي ربما تكون ذات صلة بتقرير ما إذا كان مديرو الشركة المسيطرة مسؤولين شخصيا عن ديون أو تصرفات شركة تابعة معسرة ما يلي: إذا كانت هناك مشاركة فعلية في إدارة شؤون الشركة التابعة؛ أو إذا كان هناك إهمال جسيم أو احتيال في

(10) مديرون مستترون أو مديرون بحكم الواقع، انظر مسرد الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.74.

إدارة شؤون الشركة المعسرة؛ أو إذا كان يحتمل أن تكون إدارة الشركة الأم مخلّة بواجبات الحرص والعناية أو إذا كان هناك سوء استغلال للسلطة الإدارية؛ أو إذا كانت هناك علاقة مباشرة بين إدارة الكيان التابع وإعساره. وفي بعض الولايات القضائية، يمكن أيضا اعتبار المديرين مسؤولين جنائيا. وإحدى الصعوبات الرئيسية في توسيع نطاق المسؤولية في تلك الحالات هي إثبات السلوك المعني للدلالة على أن الشركة المسيطرة كانت تؤدي دور مدير بحكم الواقع أو مدير مستتر.

٣١- وهناك أيضا قوانين تنص على أن تقبل الشركات الأم المسؤولية عن ديون الشركات الفرعية بالتعاقد، وخصوصا عندما يكون الدائنون المعنيون مصارف (بلجيكا، هولندا)، أو بكفالات متبادلة طوعية (أستراليا). وبموجب قوانين أخرى تنص على أشكال مختلفة من دمج مجموعات الشركات (ألمانيا، البرتغال) يمكن أن تكون الشركة الرئيسية مسؤولة بالتكافل والتضامن تجاه دائني الشركات المدججة، وذلك عن التزامات نشأت قبل الإدماج رسميا وبعده.

٢- أوامر الإسهام

٣٢- ثمة سبيل انتصاف آخر في الإعسار هو أمر الإسهام، الذي يمكن به أن تُلزم المحكمة شركة مليئة في مجموعة شركات بأن تسهم بأموال معينة لتغطية جميع أو بعض ديون شركات أخرى في المجموعة تجري تصفيته. وقد أدخلت نيوزيلندا أوامر الإسهام في قانون الشركات عندها في عام ١٩٨٠.⁽¹¹⁾ وتنص الأحكام على أنه ينبغي أن تكون الشركات شركات "شقيقة" حسب التعريف.⁽¹²⁾ ووفقا لذلك التعريف لا يشترط أن تكون الشركة الشقيقة هي الشركة القابضة النهائية للشركة العضو في المجموعة الجارية تصفيته. وتسمح أحكام القانون النيوزيلندي بأن يتقدم مأمور تصفية الشركة الجارية تصفيته أو دائنها أو أحد أصحاب الأسهم فيها بطلب أمر إسهام، رغم أنه يجب أن يتم الدفع لمأمور التصفية لا لمقدم الطلب.

(11) قانون الشركات في نيوزيلندا، المادتان ٢٧١ و ٢٧٢.

(12) قانون الشركات لسنة ١٩٩٣، المادة ٢ (٣)، التي تعرّف العلاقة اللازمة بالاشارة إلى العلاقة بين شركة قابضة وشركة فرعية؛ أو الامتلاك المباشر أو غير المباشر لأكثر من نصف أسهم الشركة أما من جانب الشركة الأخرى أو أعضاء الشركة الأخرى أو شركات أخرى شقيقة للشركة الأخرى؛ أو إدارة أعمال الشركات بطريقة يتعذر معها فصلها؛ أو وجود إحدى هذه العلاقات المحددة بين كل من الشركة المعسرة والشركة الشقيقة من جهة وشركة ثالثة من جهة أخرى.

٣٣- وينص التشريع النيوزيلندي على أنه عندما تصدر المحكمة أمر إسهام، يجب أن تأخذ في الحسبان بعض الظروف المعينة، ومن بينها: مدى مشاركة شركة شقيقة في إدارة الشركة الجارية تصفيتها؛ وسلوك الشركة الشقيقة تجاه دائني الشركة الجارية تصفيتها، مع أن اعتماد الدائنين على وجود علاقة بين الشركات ليس سببا كافيا لإصدار الأمر؛ ومدى إمكانية عزو الظروف المؤدية إلى التصفية إلى تصرفات الشركة الشقيقة؛ وما قد تراه المحكمة مناسبا من مسائل أخرى.⁽¹³⁾

٣٤- ولا تمارس عادة سلطة إصدار أمر الإسهام، بسبب مشكلة التوفيق بين مصالح مجموعتي الدائنين غير المضمونين الذين تعاملوا مع الشركتين المنفصلتين. وعلاوة على ذلك، رأت المحاكم أن أمر الإسهام الكامل قد لا يكون مناسبا إذا كانت النتيجة المترتبة عليه هي تهديد ملاءة الشركة الشقيقة التي ليست بالفعل في مرحلة التصفية. غير أن سلوك الشركة المليئة بعد بدء تصفية شركتها الشقيقة قد يكون ذا صلة إذا كان له تأثير مباشر أو غير مباشر على دائني الشركة الشقيقة، كما فيما يتعلق بالتخلف عن تنفيذ عقد مثلا.

٣- الدمج أو التجميع الموضوعي

٣٥- هناك نوع آخر من سبل الانتصاف هو الدمج أو التجميع الموضوعي (ويشار إليه في هذه المذكرة بتعبير الدمج). وكما لوحظ آنفا، تظل موجودات المدينين والتزاماتهم منفصلة ومستقلة في حالة الإدارة المشتركة، مع عدم المساس بحقوق المطالبين الموضوعية. إلا أن الدمج يسمح للمحكمة في حالات الإعسار التي تتعلق بشركات أعضاء في نفس المجموعة بأن تتجاهل الهوية المنفصلة لشركات المجموعة في الظروف المناسبة وبأن تدمج موجوداتها والتزاماتها وبأن تعاملها كأنما تكبدها أو يجوزها كيان واحد. ويترتب على ذلك إيجاد حوزة واحدة لما فيه المصلحة العامة لكل دائني الكيانات المدجة جميعها. ويجوز أن يمتد الدمج ليشمل الشركات المليئة المنتمية إلى المجموعة ذاتها وأفرادا، مثل صاحب الأسهم المسيطر.

٣٦- وهذا النوع من الأمر ليس متاحا على نطاق واسع، كما لا يكثر استخدامه عموما حيثما وجد. وقليل من الولايات القضائية يمنح سلطة قانونية لأوامر الدمج.⁽¹⁴⁾ وبسبب عدم وجود سلطة قانونية مباشرة أو معيار محدد للظروف التي يمكن أن تصدر فيها تلك الأوامر، أدت المحاكم في بعض الولايات القضائية دورا مباشرا في صوغ تلك الأوامر وتعيين الظروف

(13) قانون الشركات في نيوزيلندا، المادة ٢٧٢ (١).

(14) انظر قانون المؤسسات لسنة ١٩٨٠ في نيوزيلندا، المادة ٢٧٢.

التي يمكن أن تصدر فيها. وهذه الظروف محدودة للغاية، مثلما هي حالة أوامر الإسهام، وعادة ما تكون عندما تكون درجة اندماج شركات المجموعة عالية ويصعب فيها تفكيك موجودات مختلف الكيانات والتزاماتها، إن لم يكن مستحيلاً.

٣٧- وأوجه القلق الرئيسية المتعلقة بتوافر تلك الأوامر، إضافة إلى ما يتصل منها بالمسألة الأساسية وهي إسقاط مبدأ الكيانات المنفصلة، تتضمن الإجحاف الذي يحتمل وقوعه على مجموعة من الدائنين عندما يُرغمون على التقاسم بالتساوي مع دائني كيان آخر قد يكون أقل ملاءة، وإذا كانت الوفورات أو الفوائد العائدة للدائنين مجتمعين تفوق الضرر العرضي الذي يلحق بالدائنين منفردين. وثمة مسألة إضافية هي المدى الذي يمكن فيه توافر الدمج أقوى وأكبر الدائنين من الانتفاع من موجودات لا تخصصهم على الوجه الصحيح وينبغي ألا تكون متاحة لهم كذلك. ومن بين الاعتبارات الأخرى الاحتمال بأن يؤدي إصدار أمر الدمج إلى تشجيع الدائنين الذين لا يوافقون على ذلك الأمر على التماس إعادة النظر في الأمر، فيطيلون بذلك إجراءات الإعسار، والضرر الذي يحتمل أن يلحق ببقين الضمانات القانونية وامكانية توقعها. وتختفي المطالبات الداخلية فيما بين الشركات نتيجة للدمج ويفقد الدائنون الذين لهم مصالح ضمانية في تلك المطالبات حقوقهم. وقد دعت أوجه القلق هذه بعض المعلقين إلى أن يقترحوا بالأحرى الدمج إلا عندما يوافق عليه الدائنون، أو أن يخضع لمراقبة دقيقة من جانب المحكمة إن لم يوافقوا عليه.⁽¹⁵⁾

٣٨- وفي الولايات القضائية التي أدت فيها المحاكم دوراً في صوغ أوامر الدمج، تبين عددًا من العوامل التي تُعتبر وثيقة الصلة بتقرير ما إذا كان هناك ما يبرر الدمج الموضوعي أم لا. والمسألة، في كل حالة، تتعلق بموازنة مختلف العناصر؛ ولا يكون أي عامل وحده حاسماً بالضرورة ولا يشترط وجود العناصر جميعها. وتتضمن العناصر: وجود أو عدم وجود ميزانيات مدججة؛ ووحدة المصالح والملكية فيما بين الكيانات؛ ودرجة صعوبة فصل الموجودات والالتزامات المنفردة؛ وتقاسم المصاريف الثابتة وتكاليف الإدارة والمحاسبة والمصروفات الأخرى ذات الصلة بين مختلف الكيانات؛ ووجود قروض داخلية فيما بين الكيانات وكفالات متبادلة على القروض؛ ومدى إحالة الموجودات أو نقل الأموال من كيان إلى آخر دون مراعاة الإجراءات الشكلية السليمة؛ وكفاية رأس المال؛ واختلاط الموجودات أو عمليات المنشآت؛ والمديرون أو المسؤولون المشتركون؛ ومكان العمل

(15) Peter, H., *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and*

How? In *Challenges of Insolvency Law in the 21st Century*, eds. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn,

Schulthess 2006, p. 206.

المشترك؛ والمعاملات الاحتمالية مع الدائنين؛ وما إذا كان الدمج سوف ييسر إعادة التنظيم أو إذا كان في مصلحة الدائنين. وبينما تظل هذه العوامل العديدة وثيقة الصلة بالموضوع، بدأت بعض المحاكم تركز على عاملين بوجه خاص، هما ما إذا كان الدائنون يتعاملون مع الكيانات كوحدة اقتصادية واحدة ولا يعتمدون على هويتها المنفصلة عند منح الائتمان، وما إذا كانت شؤون الكيانات متشابكة إلى حد أن الدمج يفيد كل الدائنين.

٣٩- وفي بعض الولايات القضائية التي لا توجد فيها سلطة تشريعية محددة للدمج (أستراليا)، يمكن رغم ذلك أن يُيسر الدمج طوعاً أحكاماً في القانون تعالج، مثلاً، ترتيبات الكفالة المتبادلة في المجموعة؛ ومخططات الترتيب؛ والترتيبات بين الدائنين والشركات الجارية تصفيتها أو التي توشك أن تصفّى. ويجوز أيضاً أن تصدر المحاكم أوامر دمج على أساس الموافقة (كندا). وفي قضية نُظرت مؤخراً في الولايات المتحدة وكانت تتعلق بطلب للدمج مقدّم من شركة الأم، اعترض على الدمج دائنو الشركة الفرعية التي كانت في وضع مالي أفضل بكثير. وتم الاتفاق على تسوية حصل بموجبها دائنو الشركة الفرعية المعترضون على تعهد بتلقي مبلغ أكبر بكثير مما يتلقاه الدائنون الآخرون غير المضمونين للشركة الأم،⁽¹⁶⁾ الأمر الذي يخرج عن السياسة الصارمة القاضية بالمساواة في التوزيع. ولوحظت في أماكن أخرى إمكانية النص على استثناء من هذا القبول من مبدأ التساوي فيما يتعلق بأوامر الدمج.⁽¹⁷⁾

٤٠- وصدرت أوامر دمج قليلة نسبياً في الولايات القضائية التي تسمح بها. وفي أبرز القضايا في نيوزيلندا،⁽¹⁸⁾ أخذت المحكمة في الحسبان ممارسات إدارة مجموعة الشركات المتشابكة، التي تضمنت اجتماعات مشتركة لمجالس إدارة مختلف شركات المجموعة؛ واستخدام حساب مصرفي واحد لجميع شركات المجموعة؛ وسياسة تقضي باستخدام أي من شركات المجموعة تكون مناسبة لمختلف العمليات المضطلع بها. وإضافة إلى تلك الممارسات، شجعت الإدارة الدائنين على معاملة المجموعة ككيان واحد، مما أوجد ارتباطاً عند الدائنين بشأن أي الكيانات كانوا يتعاملون معه، كما جعل الحدود القانونية لشركات المجموعة غير واضحة. واستنتجت المحكمة أنه نظراً لتلك الترتيبات أثرت سيولة كل شركة من شركات المجموعة على سيولة الشركات الأخرى. وثمة عامل آخر هو أن الطريقة الوحيدة لتحديد

WorldCom and MCI—Skeel, D. A., Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S., in (16) Challenges of Insolvency Law in the 21st Century, eds. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, p. 232.

Law Reform Commission of Australia, Report No. 45, General Insolvency Inquiry 1988, para. 856 (17)

Re Dalhoff and King Holdings Ltd (1991) 5 NZCLC 66,959 (18)

وضع مختلف الديون الداخلية، إذا لم يصدر أمر دمج، هي من خلال إجراءات قانونية منفصلة؛ مما يؤدي حتما إلى زيادة تكلفة التصفية والمدة اللازمة لها ومن ثم يستنزف الأموال المتاحة للدائنين.

٤١ - كما درست المحكمة النيوزيلندية المصالح المتنازعة بين الدائنين وأصحاب الأسهم، وخلصت إلى أن حقوق الدائنين في الإعسار تفوق بكثير حقوق أصحاب الأسهم، مؤيدة بذلك إصدار أمر الدمج. وعلاوة على ذلك، كان أصحاب الأسهم في بعض شركات المجموعة سيحصلون، دون أمر الدمج، على عائد على حساب دائني شركات أخرى أعضاء في المجموعة. وكان لا بد أيضا من أن تؤخذ في الاعتبار المصالح المتنازعة لأصحاب الأسهم في مختلف شركات المجموعة، وبالأخص مصالح أصحاب الأسهم في بعض الشركات وليس في غيرها.

٤٢ - كما يجب مراعاة مصالح الدائنين المضمونين وغير المضمونين، وبالأخص ما إذا كان ينبغي أن تظل حقوق الدائنين المضمونين غير متأثرة بأمر الدمج. ويبحث الدليل التشريعي لقانون الإعسار في وضع الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار، والنهج الذي يتبعه هو أنه بينما ينبغي الاعتراف، كمبدأ عام، بفاعلية المصلحة الضمانية وأولويتها والمحافظة على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة في إجراءات الإعسار، يجوز لقانون الإعسار أن يعدّل حقوق الدائنين المضمونين بغية تنفيذ سياسات الأعمال التجارية والسياسات الاقتصادية، رهنا بالضوابط المناسبة.⁽¹⁹⁾

٤٣ - وقد يتأثر الدائنون المنفردون أيضا إذا اعتبرت المحكمة أن أي رسوم أو ضمانات أو خلاف ذلك من أوراق مالية داخلية فيما بين الشركات الجارية تصفيتها باطلة. وحكمت المحكمة النيوزيلندية في قضية Re Dalhoff بأن الدائن الخارجي لا يستطيع أن ينفذ كفالة داخلية في المجموعة بالاعتماد على الاحتفاظ بهوية منفصلة عن شركات المجموعة الجارية تصفيتها؛ وبأن يعامل الدائن كدائن غير مضمون إلا إذا رأت المحكمة أنه يجب أن يحتفظ بشيء من الأولوية على دائنين آخرين.⁽²⁰⁾

(19) يبيّن المرفق الأول لدليل الأونسيرال التشريعي أبواب الدليل التي تعالج معاملة الدائنين المضمونين طوال فترة إجراءات الإعسار.

(20) انظر الحاشية ١٨.

٤٤ - وقد تترتب أيضا آثار ضريبية على أوامر الدمج، حينما تتوقف القواعد الضريبية مثلا على تعيين المصدر المحدد لأي عائدات يحصل عليها أصحاب الأسهم بعد توزيعها على الدائنين (أستراليا).

٤ - الدمج أو التجميع الموضوعي الجزئي

٤٥ - تستطيع المحاكم في بعض الولايات القضائية التي تسمح بالدمج (نيوزيلندا) أن تصدر أمرا محدودا عن طريق استثناء مطالبات دائنين غير مضمونين معينين والوفاء بها من الموجودات الخاصة بإحدى الشركات الجارية تصفيتها عندما يكون ذلك منصفًا. ويمكن تحقيق الدمج الجزئي من خلال: قَصْر الأمر على الدائنين غير المضمونين، على أساس أن الدائنين المضمونين اعتمدوا على مبدأ الكيان الواحد؛ وقَصْر الأمر على صافي رأس مال الشركات المليئة في المجموعة، بما لا يؤثر على حقوق دائني تلك الكيانات المليئة؛ وجعل الشركة الأم مسؤولة فقط عن صافي قيمة رأس المال السالبة للشركة المعسرة في المجموعة، بما لا يؤثر في موجودات تلك الشركة؛ والحد من دمج الموجودات والالتزامات المختلطة واستثناء الموجودات الواضحة الملكية.⁽²¹⁾

٥ - الإبطال

٤٦ - كما يلاحظ دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار،⁽²²⁾ يتضمن العديد من قوانين الإعسار أحكاما تنطبق بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ معين (كتاريخ تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو تاريخ بدء الإجراءات فعلا) لفترة زمنية معينة (كثيرا ما يشار إليها بعبارة فترة الاشتباه) وتهدف إلى إسقاط المعاملات الماضية التي كان المدين المعسر طرفا فيها أو التي شملت موجودات المدين عندما تكون لها آثار معينة، مثل خفض القيمة الصافية لمنشأة المدين أو إبطال مبدأ التقاسم بالتساوي بين الدائنين من نفس الرتبة. وتتضمن أنواع المعاملات التي تنطبق عليها تلك الأحكام عموما ما يلي: المعاملات التي يقصد بها الاحتيال على الدائنين أو عرقلتهم أو تأخيرهم؛ والمعاملات المنقوصة القيمة؛ والمعاملات التفضيلية؛ والمعاملات مع أشخاص ذوي صلة. ويشير الدليل التشريعي إلى صعوبات إثبات العناصر الذاتية لمقتضيات الإبطال، مثل نية المدين عند الدخول في المعاملة؛ ومعرفة الطرف المقابل الذاتية. ويكون إثبات تلك العوامل أكثر صعوبة في سياق مجموعات الشركات.

(21) H. Peter، الحاشية ١٦، صفحة ٢٠٨.

(22) دليل الأونسيترال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الباب واو، الفقرة ١٥٠.

٤٧- وتلك الأحكام وأنواع المعاملات التي تنطبق عليها وثيقة الصلة في سياق إعسار واحدة أو أكثر من الشركات الأعضاء في مجموعة. وهي قد تؤثر في ذلك السياق في المعاملات المالية الداخلية، مثل القروض وإحالة الموجودات والكفالات، وكذلك رهون أو كفالات الأطراف الثالثة المقدمة إلى مقرضين خارجيين. وفي بعض الولايات القضائية (أستراليا)، قد تكون المدفوعات من شركة إلى دائن شركة شقيقة وكذلك الكفالة أو الرهن المقدم من إحدى شركات المجموعة دعماً لقرض من طرف خارجي لشركة أخرى في المجموعة عرضة للإبطال إذا كان الضرر المترتب على الدخول في المعاملة يفوق المنافع العائدة على الكفيل أو الراهن. وقد تتعرض للإبطال أيضاً المعاملات الداخلية التي قد تنطوي على إخلال مدير إحدى الشركات الأعضاء في المجموعة بواجباتها الائتمانية وتكون الشركة الأخرى في المجموعة على علم بتلك الحقيقة فعلياً أو ضمناً، مثل القروض أو إحالات الموجودات أو رهون الأطراف الثالثة المقدمة من شركة قبل تصفيتها ولكن دون أي منفعة مباشرة أو غير مباشرة.

٤٨- والمسألة التي ينبغي بحثها فيما يتعلق بتلك الأنواع من المعاملات هي كيف ينبغي معاملتها في سياق إعسار مجموعات الشركات. فمثلاً، هل ينبغي لأحكام الإبطال المنطبقة في سياق المدين الذي هو كيان اعتباري أن تطبق في سياق مجموعات الشركات أم هل هناك حاجة إلى أحكام أكثر اتساعاً تشمل فئات مختلفة من المعاملات؟ وإضافة إلى ذلك، هل يكون المعيار ذو الصلة فيما يتعلق بالمعاملات الجماعية هو ما إذا كانت المعاملة تأتي بميزات للشركة الأم لا تمنح عادة بين شركات غير شقيقة؟

٦- إنزال المرتبة

٤٩- في بعض الحالات التي قد يكون الدمج فيها غير مناسب، يمكن التفكير في سبل انتصاف أخرى مثل إنزال المرتبة. ويمكن أن يكون من الأمثلة على ذلك قيام المطلعين على بواطن الأمور (وعادة ما يكون المطلع هو صاحب الأسهم الرئيسي أو شخص ذو صلة بصاحب الأسهم الرئيسي) بالتصرف بطريقة تدلّ على أنهم قد لا يستحقون أولوية على دائنين خارجيين تصرفوا بحسن نية.

٥٠- وتنص بعض القوانين على إنزال مرتبة دين الشركة الشقيقة إلى أدنى من مرتبة الدائنين الخارجيين (اسبانيا، ألمانيا، الولايات المتحدة). وبموجب قانون الشركات في إحدى الولايات القضائية (الولايات المتحدة) يجوز للمحاكم أن تراجع الترتيبات المالية الداخلية لمجموعة الشركات لتقرير ما إذا كان ينبغي معاملة أموال معينة أُعطيت لشركة في المجموعة

كإسهام في رأس المال (وهو ما يمكن إنزال المرتبة إلى أدنى من مرتبة مطالبات الدائنين) وليس كقرض داخلي، أو ما إذا كان ينبغي إنزال مرتبة الديون المستحقة علي إحدى الشركات الأعضاء في المجموعة الجارية تصفيتها. بموجب ترتيب للإقراض الداخلي إلى أدنى من مرتبة حقوق الدائنين الخارجيين لتلك الشركة العضو في المجموعة. فمثلاً، يجوز للشركة الأم التي هي الدائن المضمون لشركة تابعة تجري تصفيتها أن تُنزل مرتبة مطالبها إلى أدنى من مرتبة مطالبات الدائنين الخارجيين غير المضمونين أو حتى صغار أصحاب الأسهم في الشركة التابعة، استناداً إلى عوامل مثل: مستوى رسملة الشركة التابعة؛ أو مشاركة الشركة الأم في إدارة الشركة التابعة؛ أو ما إذا كانت الشركة التابعة قد سعت إلى أن تتلاعب في المعاملات الداخلية في المجموعة لمصلحتها الذاتية على حساب الدائنين الخارجيين؛ أو ما إذا كانت الشركة الأم قد تصرفت خلافاً لذلك بأسلوب جائر، بما يعود بضرر على دائني الشركة التابعة وأصحاب الأسهم فيها.

٥١ - وفي إحدى الولايات القضائية التي لا توجد فيها أحكام تشريعية تسمح بإنزال المرتبة (المملكة المتحدة) يجوز للمحاكم في حالات محدودة أن تُوجّل أولوية حقوق الدائنين الداخليين في المجموعة إلى ما بعد حقوق الدائنين الخارجيين غير المضمونين، بموجب مبادئ الإثراء غير المشروع.⁽²³⁾ وفي ولاية قضائية أخرى (أستراليا)، يجوز أن توافق شركة دائنة في مجموعة شركات طوعاً على أن تُنزل مطالباتها إلى مرتبة أدنى من مرتبة مطالبات الدائنين الخارجيين.⁽²⁴⁾

واو - مواضيع للبحث - معاملة مجموعات الشركات في سياق الإعسار على الصعيد الداخلي

٥٢ - تشير المناقشة السابقة إلى جوانب معاملة مجموعات الشركات في سياق الإعسار التي تعالجها القوانين التي تحكم الإعسار على الصعيد الداخلي؛ والواضح هو أن معظم الاهتمام كان مركّزاً على الظروف التي يمكن فيها إعادة النظر في نهج الكيان الاعتباري المنفصل حالما تبدأ إجراءات الإعسار. وقليل من القوانين يعالج على وجه الخصوص مسائل مثل بدء تلك الإجراءات ضد شركة واحدة أو أكثر في مجموعة الشركات، أو آثار بدء تلك

(23) مبدأ قانوني يفيد بأنه إذا حصل شخص على نقد أو مُلك آخر دون جهد شخصي على حساب شخص آخر، وجب على المستفيد أن يعيد المُلْك إلى صاحبه المشروع، حتى إن لم يكن قد حصل على المال على نحو غير مشروع، وتأمّر معظم المحاكم بإعادة المُلْك إذا رفع الشخص المتضرر دعوى.

(24) أستراليا: قانون الشركات، المادة ٥٦٣ جيم.

الإجراءات. ولذلك، وفي حين أنه قد يمكن الاستنتاج بأن الأسلوب الذي تعالج به قوانين إعسار الشركات تلك المسائل في سياق الشركات المنفردة مناسب لإعسار شركة واحدة أو أكثر في مجموعة الشركات، ذكر أن ذلك قد لا يصح دائما.

٥٣- وربما يود الفريق العامل أن ينظر أيضا في ما قد يمكن الاضطلاع به من أعمال في المستقبل بشأن معاملة مجموعات الشركات في سياق الإعسار، في ضوء الاحتمالات المبينة فيما يلي. ولدى النظر في تلك الاحتمالات ربما يود الفريق العامل أن يفترض أنه لا يُقصد بأي اقتراحات أو توصيات أن تتدخل في ارتفاع معدل ظهور مجموعات الشركات وتزايد تعقد هياكلها، ولا أن تتدخل في العدد الهائل من المعاملات التجارية التي يُدخل فيها مع مجموعات الشركات أو خلق عدم اليقين بشأنها (وكثيرا ما يجري ذلك بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود تشريعات تتعلق باحتمال إعسار مجموعة شركات أو في داخل المجموعة). وينبغي تجنب إمكانية أو احتمال أن يدفع عمل يتعلق بمجموعات الشركات تلك المجموعات نحو اللجوء إلى "ملاذ آمن".

٥٤- وربما يود الفريق العامل أن ينظر في المسائل التالية:

(أ) نطاق العمل المقبل، وبالأخص كيف يمكن تعريف مصطلح "مجموعة شركات" لذلك الغرض؛

(ب) سبل الوصول إلى إجراءات الإعسار في حالة إعسار شركة واحدة أو أكثر في مجموعة الشركات، ويمكن أن يتضمن ذلك النظر فيما يلي:

١' الظروف التي يكون من المناسب فيها بدء إجراءات ضد مجموعة شركات بأسرها أو ضد جزء منها، ومعيار البدء الواجب انطباقه، خصوصا على الشركات الأعضاء في المجموعة التي قد لا تفي بذلك المعيار ولكن ينبغي ضمها إلى الإجراءات لأسباب أخرى؛

٢' الشخص المؤهل لتقديم طلب لبدء الإجراءات؛

٣' آثار بدء الإجراءات وإلى أي مدى ينبغي لها أن تختلف عن تلك التي نوقشت في دليل الأونسيرال التشريعي، مثلا، فيما يتعلق باستخدام الموجودات والتصرف فيها؛

(ج) ما هي سبل الانتصاف التي ينبغي توافرها في إجراءات الإعسار ضد مجموعة شركات، بما في ذلك:

١٠٠ الانتصاف الإجرائي، مثل ما إذا كان يمكن تعيين نفس ممثل الإعسار لكل شركة معسرة في المجموعة أو إلى أي مدى يكون من المناسب أن تدار حوزات الإعسار بصورة مشتركة؛

١٠١ الانتصاف الموضوعي، مثل مدى توافر سبل الانتصاف والحماية وإجراءات الانتصاف الرسمية حيال الشركات المليئة في مجموعة شركات؛ وإلى أي مدى يجوز التنازل عن حماية المسؤولية المحدودة التي تتمتع بها كيانات منفصلة؛ وإلى أي مدى يجوز أن تكون شركة واحدة أو أكثر في مجموعة شركات مسؤولة عن الديون الخارجية لإحداها؛ وإلى أي مدى يكون من المناسب تيسير الدمج الموضوعي لموجودات والتزامات شركات المجموعة وأوامر الإسهام وإنزال مرتبة المطالبات؛

١٠٢ أشكال أخرى من سبل الانتصاف يمكن أن تكون مناسبة في حالة مجموعات الشركات؛

(د) التعاون بين المحاكم وممثلي الإعسار في حالات مجموعات الشركات، وخصوصاً عند تعيين ممثلي إعسار مختلفين لمختلف الشركات الأعضاء في المجموعة؛

(هـ) مسائل أخرى تخص مجموعات الشركات قد تتطلب أحكاماً خاصة، مثل:

١٠٣ سلطات ممثل الإعسار المعين في حالة إعسار شركة أم في مجموعة شركات، وإلى أي مدى، مثلاً، يمكن أن يوجّه ممثل الإعسار ذلك الإجراءات التي ينبغي أن تتخذها الشركة الفرعية (المعسرة)؛

١٠٤ ما إذا كانت هناك حاجة إلى أحكام إضافية إلى توصيات دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار فيما يتعلق بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات في سياق مجموعات الشركات؛

١٠٥ إلى أي مدى ينبغي أن تنطبق التوصيات المتعلقة بأحكام الإبطال الواردة في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار في سياق مجموعات الشركات، وما إذا كانت هناك حاجة إلى أحكام أكثر شمولاً تتضمن فئات مختلفة من المعاملات، بما في ذلك تلك التي تبرم بين شركات أعضاء في مجموعة؛

١٠٦ إلى أي مدى قد تلزم أحكام خاصة في حالة مجموعات الشركات التي يُسمح لإدارتها أن تستمر في العمل؛

‘هـ’ ما إذا كانت هناك حاجة إلى أحكام إضافية إلى توصيات دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار فيما يتعلق بإعادة تنظيم مجموعات الشركات، خصوصا فيما يتعلق بالتفاوض على خطة إعادة التنظيم والموافقة عليها وتنفيذها.

[رابعاً- ترد المسائل الدولية في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2]