

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار

الجزء الثالث: معاملة مجموعات
المنشآت في سياق الإعسار



يمكن الحصول على المزيد من المعلومات من أمانة الأونسيترال على العنوان التالي:

UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre

P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Telephone: (+43-1) 26060-4060

Telefax: (+43-1) 26060-5813

Internet: www.uncitral.org

E-mail: uncitral@uncitral.org

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار

الجزء الثالث: معاملة مجموعات
المنشآت في سياق الإعسار



الأمم المتحدة
نيويورك، ٢٠١٢

ملاحظة:

تتألف رموز وثنائق الأمم المتحدة من أحرف وأرقام معا. ويعني إيراد أحد هذه الرموز الإحالة إلى إحدى وثنائق الأمم المتحدة.

© الأمم المتحدة، آب/أغسطس ٢٠١٢. جميع الحقوق محفوظة.

لا تتطوي التسميات المستخدمة في هذا المنشور ولا طريقة عرض المادة التي يتضمَّنها على الإعراب عن أي رأي كان من جانب الأمانة العامة للأمم المتحدة بشأن المركز القانوني لأي بلد أو إقليم أو مدينة أو منطقة أو للسلطات القائمة فيها أو بشأن تعيين حدودها أو تخومها.

منشور صادر عن: قسم اللغة الإنكليزية والمنشورات والمكتبة، مكتب الأمم المتحدة في فيينا.

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
١	٢-١ مقدمة الجزء الثالث
١	٣ الغرض من الجزء الثالث
٢	٥-٤ مسرد المصطلحات
٥	٣٩-١ أولاً- السمات العامة لمجموعات المنشآت
٥	٥-١ ألف- مقدمة
٦	١٦-٦ باء- طبيعة مجموعات المنشآت
		جيم- دواعي مباشرة الأعمال التجارية من خلال
١١	٢٥-١٧ مجموعة منشآت
١٤	٣٠-٢٦ دال- تعريف "مجموعة المنشآت"- الملكية والسيطرة
١٦	٣٩-٣١ هاء- تنظيم مجموعات المنشآت
		ثانياً- معالجة إعسار مجموعات المنشآت: المسائل الوطنية
١٩	١٥٢-١ ألف- مقدمة
١٩	٤-١ باء- طلب الإجراءات وبدؤها
٢٠	٣٧-٥ جيم- معاملة الموجودات عند بدء إجراءات الإعسار
٣٤	٩١-٣٨ دال- سبل الانتصاف
٥٤	١٣٧-٩٢ هاء- المشاركون
٧٥	١٤٥-١٣٨ واو- إعادة تنظيم عضوين أو أكثر من أعضاء
٧٩	١٥٢-١٤٦ مجموعة المنشآت
		ثالثاً- معالجة إعسار مجموعات المنشآت: المسائل الدولية
٨٣	٥٤-١ ألف- مقدمة
٨٣	٦-١ باء- تعزيز التعاون والتسيق عبر الحدود في
٨٦	١٣-٧ حالات إعسار مجموعات المنشآت
٨٩	٤٠-١٤ جيم- أشكال التعاون الذي يشمل المحاكم
١٠٣	٤٧-٤١ دال- أشكال التعاون الذي يشمل ممثلي الإعسار
١٠٨	٥٤-٤٨ هاء- استخدام اتفاقات الإعسار عبر الحدود

المرفق الرابع- مقرّر لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري
الدولي بشأن الجزء الثالث وقرار الجمعية
العامة ٢٤/٦٥

١١٢

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 أيّ مسألة في سياق مجموعات المنشآت مماثلاً لما نوقش أعلاه، فإنّ هذا الجزء لا يكرّر تناولها. ومن ثمّ فإنّ 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 المكّملة لتوصيات الجزء الثاني، متى نشأت مسائل إضافية بفعل سياق المجموعات. وأما الفصل الثالث فيتناول إعسار مجموعات المنشآت عبر الحدود، استناداً إلى القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (قانون الإعسار النموذجي)^(١)، 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 الدليل العملي بشأن التعاون في مجال الإعسار عبر الحدود الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (دليل الأونسيترال العملي)^(٢).

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

^(١) الدليل التشريعي لقانون الإعسار (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10)، المرفق الثالث، الجزء الأول. وهو متاح على العنوان التالي: www.uncitral.org في قسم "نصوص الأونسيترال وحالتها".

^(٢) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.10.V.6، وهو متاح على العنوان التالي: www.uncitral.org، في قسم "نصوص الأونسيترال وحالتها".

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 معاً 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؛^(٣)

(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 و متميزاً؛^(٤)

(هـ) "الدمج الموضوعي": هو معاملة موجودات والتزامات اثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت كأنها جزء من حوزة إعسار واحدة.^(٥)

٥- وتبسيطاً للمصطلحات، يستخدم الجزء الثالث مصطلح "المنشأة الأم" للإشارة إلى الكيان الذي يسيطر على أعضاء مجموعة المنشآت، ومصطلح "عضو خاضع للسيطرة"

^(٣) اتساقاً مع النهج المتبع فيما يتعلق بالمدينين المنفردين، يركّز 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 دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V10)، الجزء الثاني، الفصل الأول، الحاشية ٦ الملحقة بالتوصية ٩). ولا يتناول دليل الأونسيترال التشريعي على وجه التحديد الاعتبارات الخاصة الناشئة عن إعسار مدينين من هذا القبيل (انظر الفقرات ١-١١ من الفصل الأول من الجزء الثاني).

^(٤) يرد شرح مفصّل لمفهوم "التنسيق الإجمالي"، انظر الفصل الثاني، الفقرات ٢٢-٢٥.

^(٥) للاطلاع على آثار الدمج الموضوعي وكيفية معاملة المصالح الضمانية، انظر التوصيتين ٢٢٤ و ٢٢٥ أدناه والفصل الثاني، الفقرات ١٢٩-١٣٢.

للإشارة إلى أيّ عضو من أعضاء مجموعة المنشآت الخاضعين لسيطرة المنشأة الأم، بصرف النظر عن هيكله القانوني. أمّا مصطلح "عضو في المجموعة" فيشير عادة إلى كل من المنشأة الأم وأعضاء مجموعة المنشآت، إلا إذا ذكر خلاف ذلك.

أولاً- السمات العامة لمجموعات المنشآت

ألف- مقدمة

١- يعترف معظم الولايات القضائية بالمفهوم القانوني "للشركة" باعتبارها كياناً ذا شخصية قانونية منفصلة عن الأفراد المكوّنين له، سواء كانوا مالكيين أم مديريين أم عاملين. والشركة، باعتبارها شخصاً اعتبارياً أو معنوياً، 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 أيضاً بخاصية الاستمرارية، أي أنّ وجودها يستمر مستقلاً عن أعضائها في أيّ 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 للليقين وتشجيعاً للاستثمار؛ إذ من دون هذا التحديد للمسؤولية، سوف يعرّض المستثمرون جميع موجوداتهم للخطر، في كلّ مرّة يباشرون فيها مشاريع أعمال تجارية. وتعتمد الشركة على إجراءات قانونية لاكتساب شخصيتها القانونية، ثم تصبح بعد تكوينها خاضعة للقواعد التنظيمية المنطبقة على الكيانات التي تكوّن على هذا النحو. وبصورة عامة، لن يحدّد ذلك النظام مقتضيات الإنشاء فحسب، بل يحدّد أيضاً تبعاته، مثل سلطات الشركة وقدراتها وحقوق الأعضاء فيها وواجباتهم ومدى مسؤولية هؤلاء الأعضاء عن ديون الشركة. ومن ثمّ فإنّ شكل الشركة يمكن أن يعتبر معرّزاً 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، وطنياً ودولياً على السواء، من خلال "مجموعات منشآت". فمصطلح "مجموعة منشآت" يشمل أشكالاً مختلفةً للتنظيم الاقتصادي القائم على الكيان الاعتباري الواحد، كما يمكن، من أجل وضع تعريف عملي لهذا المصطلح، أن يوصف بصورة فضفاضة بأنه كيانان اعتباريان أو أكثر (أعضاء المجموعة) يربط بينهما شكل من أشكال السيطرة (سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة) أو الملكية (انظر الفقرات ٢٦-٣٠ أدناه). أمّا حجم مجموعة المنشآت وتعقدها فقد لا يتبديان دائماً بسهولة، لأنّ الصورة المرسمة لكثير منها عند الناس هي أنها 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. ثمّ 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 لاحقاً 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 أنّ الشركة المنفردة ربما هي الآن الشكل النمطي لتنظيم المنشآت التجارية الخاصة الصغيرة لا غير. أمّا مجموعات المنشآت فقد أصبحت منتشرة في كلّ من الأسواق الناشئة والأسواق المتقدمة، على السواء، كما أنّ لعملياتها في عدد كبير من الصناعات غير المترابطة في بعض الأحيان سمة مشتركة، كثيراً ما تتمثّل في امتلاكها من جانب أسر، مع مشاركة مستثمرين خارجيين بدرجات متفاوتة. وأكبر الكيانات الاقتصادية في العالم لا تشمل دولاً فحسب، بل تشمل أيضاً عدداً من مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات. وقد تكون كبرى المجموعات المتعددة الجنسيات هي المولدة لنسبة كبيرة من الناتج القومي الإجمالي في جميع أنحاء العالم، كما أنّ معدلات نموها وأحجام مبيعاتها السنوية تفوق ما لدى دول عديدة.

٥- وعلى الرغم من الواقع الذي تمثله مجموعة المنشآت، فإنّ جزءاً كبيراً من التشريعات المتعلقة بالشركات، وخصوصاً بمعاملتها في حالة الإعسار، يُعنى بالكيان الاعتباري الواحد. ولكنّ القضاة وممثلي 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 بدلاً من الإشارة إلى كيان اعتباري واحد^(١) رغم عدم وجود تشريعات في هذا الشأن.

باء- طبيعة مجموعات المنشآت

٦- قد تكون هياكل مجموعات المنشآت بسيطة أو في غاية التعقّد، حيث تشمل أعداداً 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 وملكية الأسهم وما إلى ذلك. كما قد تشمل أنواعاً أخرى من

(١) يُناقش التمييز بمزيد من التوسع، انظر الفقرات ٣١-٣٩ أدناه.

الكيانات، مثل الكيانات الخاصة الغرض،^(٧) والمشاريع المشتركة،^(٨) واتحادات الشركات العاملة في المناطق الحرة،^(٩) والاتحادات الاستثمارية المدرة للدخل^(١٠) والشراكات.

٧- و قد تكون مجموعات المنشآت ذات هياكل هرمية أو عمودية تتألف من شرائح متتابعة من المنشآت الأم وأعضاء المجموعات الخاضعين للسيطرة، التي قد تكون شركات فرعية أو 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 الموردّين أو بائعي الجملة أو التجزئة أن يتبعوا استراتيجية لزيادة السيطرة والثوقية. كما يمكن أن يتحقق هذا الاندماج عندما تتحقق سيطرة قوية لشركة ما على الموردّين 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 التقيب 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

^(٧) تُنشأ الكيانات الخاصة الغرض (المعروفة أيضاً باسم "الهيئات الخاصة الغرض" أو "الكيانات المنفردة الإفلاس") لتحقيق أغراض محددة أو مؤقتة، مثل حيازة وتمويل موجودات معينة، هدفها الأساسي عزل المخاطر المالية أو تعزيز الكفاءة الضريبية. ويكون الكيان الخاص الغرض عادة شركة تكاد تكون مملوكة بالكامل للمنشأة الأم؛ وتشترط بعض الولايات القضائية أن يمتلك مستثمر آخر نسبة ٢ في المائة منها على الأقل. أما هيكل موجوداتها والتزاماتها ووضعها القانوني فيجعلان التزاماتها مضمونة حتى في حالة إعسار المنشأة 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 أيضاً في أغراض تنافسية لضمان أن تكون الملكية الفكرية، عندما تتعلق مثلاً بتطوير تكنولوجيا جديدة، مملوكة لكيان منفصل لا يتأثر باتفاقات الترخيص القائمة من قبل.

^(٨) المشروع المشترك هو في كثير من الأحيان ترتيب تعاقدى أو شراكة تعاقدية بين طرفين أو أكثر من أجل تحقيق هدف تجاري مشترك. وفي بعض الأحيان قد يفرض مثل هذا الترتيب إلى تكوين كيان اعتباري واحد أو أكثر يمكن أن يسهم فيه الطرفان برأس المال ويتقاسمان الإيرادات والتفقات ويشتركان في السيطرة على المنشأة. وقد يقتصر غرض المشروع المشترك على تنفيذ مشروع معين، أو قد ينطوي على علاقة تجارية مستمرة. وتستخدم 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 كثيراً 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 المتكسرة. وقد يخدم أيضاً الأهداف التنافسية والاستراتيجية، مثل التأثير في التطور الهيكلي لصناعة من الصناعات؛ واستباق المنافسة؛ وإنشاء وحدات أقوى قادرة على المنافسة؛ وتسهيل نقل التكنولوجيا والمهارات، وكذلك التوزيع.

^(٩) اتحادات الشركات العاملة في المناطق الحرة هي اتحادات عادية للشركات تُنشأ بمقتضى قوانين ولاية قضائية خارجية. وهذه الاتحادات شبيهة من حيث طبيعتها وأثرها باتحادات الشركات العاملة في الداخل، وتشمل نقل موجودات إلى قِسم لكى يديرها لفائدة شخص أو فئة أو أشخاص. وقد تُنشأ الاتحادات العاملة في المناطق الحرة للأغراض الضريبية أو لحماية الموجودات. وعملياً، 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 الاحتياط على الدائنين.

^(١٠) يقصد بالاحساد الاستثماري المدر للدخل اتحاداً استثمارياً يحوز أصولاً مدرة للدخل. وقد يشير هذا المصطلح أيضاً 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 شهرياً أو فصلياً.

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- المؤلفات البحثية التي تتناول مجموعات المنشآت تُظهر بوضوح أن هذه المجموعات يمكن أن تعتمد على أنواع مختلفة من التحالفات مثل العلاقات المصرفية، ومجالس الإدارة المترابطة، وتحالفات المالكين، والمشاركة في المعلومات، والمشاريع المشتركة، والكراتلات، وأن هياكل مجموعات المنشآت تختلف بين نظام لحوكمة الشركات وآخر. فهي في بعض الدول قد تكون منظّمة إما عمودياً أو أفقياً وقد تشمل العديد من الصناعات حيث يمكن أن تشمل منشأةً أما أو شركة تجارية ومجموعة متنوعة من شركات تعمل في مجال الصناعات التحويلية وتشمل أحياناً مصرفاً. ويمكن في بعض الحالات ألا تكون المنشأة الأم مسجلة بصفة شركة، كأن تكون مؤسسة أو نوعاً آخر من المنظمات غير الربحية. وعلى العكس من ذلك، فإن مثل هذه المجموعات في دول أخرى تخضع عادة لسيطرة أسرة واحدة أو عدد قليل من الأسر، وهي كلها منظّمة تنظيمياً عمودياً أو قد يكون لها صلات قوية بالدولة، لا بأسر معينة. كما تتفاوت درجات التنوع تفاوتاً شديداً، إذ يتسم بعض المجموعات بقدر كبير من التعامل التجاري الداخلي، وبعضها الآخر لا يتسم بذلك.^(١١)

١٠- ويمكن أن تتفاوت درجة الاستقلال المالي والاستقلال في اتخاذ القرارات تفاوتاً كبيراً 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 تتخذ 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 المنشأة 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 العملياتية والمالية، وتحديد أهداف الأداء، واختيار أعضاء مجلس الإدارة وغيرهم من كبار الموظفين، ومراقبة أنشطة

^(١١) أتمتة بحوث تدل على أن المجموعات في شيلي، مثلاً، هي أكثر تنوعاً من المجموعات في جمهورية كوريا، 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. 45, No. 2 (June 2007), pp. 331-372.

المجموعة باستمرار. وقد تتركز السلطة على المجموعة في المنشأة الأم النهائية أو في شركة ذات درجة أدنى في سلسلة المجموعة، بحيث تمتلك المنشأة 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 المنشأة الأم وأعضاء المجموعة وينطوي على قروض تقدّم من المنشأة الأم وإليها وعلى منح كفالات متبادلة.^(١٢) وقد يكون الإقراض داخل المجموعة رأس مال عاملاً أو ذيناً قصير الأجل غير 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 مهمّاً في مجموعات المنشآت. وقد يكون أهم أفراد الأسرة والمقرّبون من أفراد الأسرة، على سبيل المثال، أعضاء في مجلس إدارة المنشأة 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 المنشأة الأم وأعضاء مجالس إدارة ٤٥ عضواً آخر في المجموعة.^(١٣)

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

١٣- ويُظهر هيكل الكثير من مجموعات المنشآت حجم تلك الترتيبات وما تنطوي عليه من تعقّد. إذ قد يتألف من طبقات متعدّدة من الشركات المختلفة تخضع كل طبقة منها، بدرجة

^(١٢) توجد في العديد من البلدان طريقة هامة لزيادة رأسمال مجموعة المنشآت تتمثّل في التمويل بواسطة الكفالات المتبادلة، حيث يفضّل كل عضو من المجموعة أداء الأعضاء الآخرين. وقد تبين أنّ تنفيذ 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 نواحٍ 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.

^(١٣) "Business groups in emerging markets", Khanna and Yafeh, (انظر الحاشية ١١ أعلاه).

أكبر أو أقل، لسيطرة الطبقة أو الطبقات الأعلى منها،^(١٤) وتشمل في بعض الحالات مئات بل لوفاً من الشركات المختلفة.

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، تضم إحداها ٢٠٠ شركة فرعية وتضم الأخرى ٨٠٠ شركة فرعية، 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 بدأ أنه لا يوجد لدى أي من المجموعات التي خضعت للدراسة هيكلها التنظيمي الكامل.^(١٥) كما أن الهياكل التنظيمية لعدة مجموعات عقارية في هونغ كونغ، مثل مجموعة كاريان (Carrian) 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 تورد مكونات للسيارات، يغطي كامل جدار أحد المكاتب الصغيرة عندما يُكبر بحيث يمكن للمرء أن يقرأ أسماء جميع الشركات الفرعية في المجموعة. أما الهيكل التنظيمي لمجموعة كولنز وأيكمان (Collins & Aikman)، وهي واحدة أخرى من مجموعات صناعة السيارات، فقد طُبِعَ 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 الهيكل الإداري منظماً على أساس مركزي أم يحافظ على استقلالية مختلف الأعضاء، وما إذا كان الأعضاء في المجموعة يعتمدون في تمويلهم أو كفالات قروضهم على مجموعة المنشآت، وما إذا كانت شؤون الموظفين تعالج مركزياً، وإلى أي مدى تتخذ المنشأة 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 الكفالات بشأن المنتجات)؛ وصورة المجموعة لدى عموم الناس (على سبيل المثال، ما إذا كانت المجموعة تقدّم نفسها كمنشأة واحدة، وما إذا كانت التقارير الخارجية، مثل التقارير المقدمة إلى المساهمين والسلطات الرقابية والمستثمرين، تصف أنشطة الأعضاء المكوّنين للمجموعة بأنها عمليات لمجموعة).

^(١٤) أظهر استقصاء أجري في استراليا عام ١٩٩٧ لأكثر ٥٠٠ شركة مدرجة في البورصة أن ٨٩ في المائة من تلك الشركات تسيطر على شركات أخرى؛ وأنه كلما عظم السعر السوقي لرأسمال الشركة المدرجة في البورصة، زاد عدد الشركات التي يحتمل أن تسيطر عليها (تراوح متوسط هذا العدد بين ٧٢ شركة تسيطر 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 ذكر هذا الاستقصاء في (Australia, Companies and Securities Advisory Committee, Corporate Groups Final Report (Sydney, 2000), para. 1.2).

Tom Hadden, "Inside corporate groups", *International Journal of the Sociology of Law*, vol. ^(١٥)

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 الشَّعب وفق خطوط الإنتاج، وقد يكون لأعضاء المجموعة خط إنتاج واحد أو خطوط إنتاج عديدة ويشمل ذلك الخط أو الخطوط شُعباً مختلفة. وفي بعض الحالات، قد تعامل الإدارة أعضاء المجموعة المملوكين بالكامل على أنهم فروع للمنشأة الأمّ.

جيم- دواعي مباشرة الأعمال التجارية من خلال مجموعة منشآت

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

١٨- ومن المزايا المحتملة لمباشرة الأعمال التجارية من خلال هيكل قائم على مجموعة منشآت أنها تحد من المخاطرة التجارية وتعظم العائدات المالية، إذ تمكّن المجموعة من تنويع أنشطتها بمزاولة أنواع مختلفة من الأعمال التجارية يضطلع بكلّ منها عضو من المجموعة. فقد تحتاز مجموعة شركات أخرى من أجل توسيع وزيادة قوّتها السوقية، مع الحفاظ في الوقت نفسه على الشركات التي احتازتها ومواصلة تشغيلها ككيانات منفصلة، بغية استغلال اسمها التجاري وشهرتها وصورتها 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 بترشيح الشركات الأعضاء في المجموعة غير اللازمة وتصفيتها.

١٩- وهيكل المجموعة قد يمكّنها من جذب رؤوس أموال لجزء فقط من أعمالها التجارية دون أن تفقد سيطرتها الشاملة، وذلك بتأسيس عضو في المجموعة منفصل ينهض بذلك الجزء ويتمكن 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 معيّنين من المجموعة، مما يجعل بقية موجودات المجموعة بمنأى عن هذه المسؤولية المحتملة. وتوفير ضمان أفضل لسداد الديون أو لتمويل المشاريع قد يسهّل بنقل موجودات معيّنة إلى عضو منفصل من أعضاء المجموعة أسّس لذلك الغرض، مما يكفل

للمُقترض الأولوية الأولى في الحصول على كل أو معظم ممتلكات العضو الجديد. وقد يؤسّس أيضاً عضو منفصل تابع للمجموعة لكي ينفذ مشروعاً معيناً ويحصل على التمويل الإضافي من خلال رهن موجوداته ومشروعه، أو قد يكون ذلك العضو المنفصل لازماً لحيازة رخصة أو امتياز من الحكومة. ومن شأن هيكل المجموعة أن يُيسّر البيع الجزئي لإحدى المنشآت لأنه قد يكون من الأسهل، ومن الأنجع ضريبياً في بعض الأحيان، إحالة أسهم عضو من أعضاء المجموعة إلى المشتري، بدلاً من بيع موجودات منفصلة. وقد تُنشأ المجموعة عرضاً عندما تشتري إحدى الشركات شركة أخرى قد تكون بدورها منشأة أمّا لطائفة متنوعة من الشركات الأعضاء في مجموعة أخرى.

٢٠- وقد يسهل استخدام هيكل المجموعة استيفاء المقتضيات التنظيمية إذ يمكن لكل عضو في المجموعة أن يستوفي تلك المقتضيات على نحو منفصل. وفي حالة المجموعات المتعددة الجنسيات، قد تشترط القوانين الوطنية للبلدان الميمنة التي ترغب المجموعة في مزاوله أعمال فيها أن تمارس الأعمال الداخلية من خلال كيانات منفصلة (تخضع أحياناً للمقتضيات الوطنية الدنيا بشأن رأس المال) أو قد تفرض شروطاً أو قيوداً أخرى تتعلق، على سبيل المثال، بتنظيم التوظيف والعمالة. وقد استُخدمت الترتيبات التي لا تمس أسهم رأس المال من أجل التوسّع في الخارج نظراً، 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 عضو في المجموعة موجودة في مكان معين، عاملاً آخر ذا صلة بالنسبة للمجموعات المتعددة الجنسيات. وثمة اعتبار ذو صلة متزايد الأهمية، ربما يتعلق بالمكان الذي يتعيّن أن توجد فيه أجزاء هيكل المجموعة 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 تؤسّس وكيفية معاملة مجموعة المنشآت في الإعسار. والاختلافات في القوانين بين الولايات القضائية قد يعقّد هذه المسائل تعقيداً كبيراً.

٢١- وثمة دوافع رئيسية أخرى للأخذ بهيكل المجموعة المعقّد، منها الاعتبارات الضريبية وتأثيرها في تدفق النقد داخل المجموعات. وكثيراً ما تُذكر الضرائب كسبب لتأسيس مجموعات المنشآت ونموها في وقت لاحق، وقد دأبت نظم 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، فإنه قد يكون صالحاً للوفاء بأغراض أساسية مثل حماية مصالح الحكومات المتعلقة بالإيرادات وتخفيف العبء الضريبي الذي سوف يتأتى، بخلاف ذلك، من فرض ضرائب منفصلة على كل عضو من أعضاء المجموعة. ^(١٦) والتدابير التي تراعي الصلات بين المنشأة الأمّ والأعضاء في المجموعة الخاضعين

Organization for Economic Cooperation and Development, *International Investment and* ^(١٦)

Multinational Enterprises: Responsibility of Parent Companies and Their Subsidiaries (Paris, 1979)

للسيطرة تشمل إعفاء أرباح المجموعة الداخلية من الضرائب؛ وتخفيف العبء الضريبي على المجموعة؛ والتدابير الهادفة إلى مكافحة التهرب من الضرائب. وقد تتاح الإعفاءات الضريبية، مثلاً على الأرباح التي يدفعها عضو في المجموعة لأصحاب الأسهم المقيمين وعلى الأرباح الداخلية لأعضاء المجموعة الذين يربط بينهم قدر وافر من صلة الملكية. وقد يُسمح بخصم الضرائب الأجنبية المدفوعة على الأرباح الأساسية لعضو المجموعة الخاضع للسيطرة وبخصم الضرائب الأجنبية المفروضة مباشرة على الأرباح. وتخفيف العبء الضريبي على المجموعة قد يُتاح عندما يمكن معاملة الأعضاء الأشقاء كوحدة جبائية واحدة وعندما يقدم هؤلاء الأعضاء حسابات موحّدة. إذ يمكن خصم خسائر عضو من إيرادات عضو آخر أو تجميع الأرباح والخسائر فيما بين أعضاء المجموعة.

٢٢- ونظراً لأهمية الاعتبارات الضريبية، كثيراً 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.

٢٣- كما قد تتأثر عمليات المفاضلة الهيكلية فيما بين إنشاء فرع أو شركة عضو في مجموعة أيضاً باللوائح الضريبية متى كان من الممكن، على سبيل المثال، إعادة أرباح عضو أجنبي في المجموعة إلى الوطن معفاة من الضرائب عن طريق سداد قرض مستحق للمنشأة الأم، أو إعادة معفاة من الضرائب شريطة أن تكون المنشأة الأم تملك نسبة مئوية معيّنة (تتراوح بين ٥ و ٢٠ في المائة) من أسهم رأسمال العضو الأجنبي؛ أمّا الفائدة المفروضة على الأموال المقترضة لتمويل شراء عضو في المجموعة فيمكن خصمها من أرباحها، كما يمكن موازنة أرباح وخسائر مختلف الأعضاء، كما لوحظ آنفاً، عن طريق تقديم إقرار ضريبي موحّد. وتقسّم الأنشطة التجارية أيضاً بين عضوين أو أكثر من أجل استغلال الإعفاءات الضريبية أو القيود المفروضة على مقادير الإعفاءات الضريبية أو الشرائح التصاعديّة 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 المتوخّاة أو الممكنة، أو عمليات الدمج، أو عمليات التصفية، أو الهدايا أو الوصايا داخل الأسرة) المتاحة لعمليات دون أخرى.

٢٤- وللمقتضيات المحاسبية أيضاً دور في تقرير هيكل مجموعات المنشآت. ففي بعض الولايات القضائية، قد تُنشأ بعض الكيانات مثل العضو الذي يقتصر دوره على الوكالة لإدارة بعض جوانب الأعمال التجارية ولتمكين المنشأة الأم من تحاشي تقديم حسابات

تجارية مفضّلة عن ذلك العضو الذي ليس سوى وكيل للمنشأة الأم التي تمتلك جميع الموجودات ذات الصلة.

٢٥- والكثير من هذه المزايا المتأثّية من مباشرة الأعمال التجارية بواسطة مجموعة منشآت قد يكون وهمياً. فالحماية من الخسائر الفادحة قد تضعف نتيجة لاتفاقات التمويل الجماعية؛ والتعامل التجاري داخل المجموعة؛ والكفالات المتبادلة؛ وخطابات الطمأنة^(١٧) الموجهة إلى مراجعي حسابات المجموعة؛ ونزوع الدائنين الرئيسيين، لا سيما المصارف، إلى ضمان الحصول على التعويض من العضو الأهم في أي مجموعة. ومما لا شك فيه أنّ هياكل المجموعات ليست مطلوبة من الناحية المحاسبية، لأنّ المحاسبين يكفّهم بالفعل دمج الفروع في صورة مجموعات من الشركات الفرعية. ويبدو من المرجح أنّ القطاعات المصرفية والتجارية والقانونية كثيراً 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 أيضاً فيما بين مختلف التشريعات داخل الولاية القضائية الواحدة. ومن ثم فإنّ معايير مختلفة قد تطبق، لأغراض مختلفة، في تحديد ما يشكل مجموعة المنشآت، على الرغم من احتمال وجود عناصر مشتركة فيما بينها؛ كما أنه في الحالات التي تستخدم فيها تلك المعايير مفهوماً معيّناً مثل "السيطرة"، قد تكون التعاريف إمّا أوسع أو أضيق نطاقاً، بحسب الغرض المطلوب من التشريع، حسبما ذكر آنفاً.

(١٧) خطاب الطمأنة تقدّمه عادة المنشأة الأم لإقناع كيان آخر بالدخول في معاملة مع عضو تابع لها. وقد يشمل أنواعاً مختلفة من الالتزامات، التي لا يعادل أيّ منها تقديم كفالة، والتي يمكن أن تتضمن تعهد المنشأة الأم بالمحافظة على أسهمها في الشركة العضو أو على غيرها من الالتزامات المالية حيالها؛ أو الالتزام باستخدام نفوذها لجعل عضو المجموعة يفي بالتزاماته بمقتضى عقد أولي؛ أو تأكيد علمها بعقد مبرم مع ذلك العضو في المجموعة، دون وجود ما يشير صراحة إلى أنها ستتولى أي مسؤولية عن الالتزام الأولي.

٢٧- ومع أنّ الكثير من التشريعات يتحاشى تعريف مصطلح "مجموعة المنشآت" بصورة محددة، فثمة مفاهيم عدة شائعة في تحديد العلاقات القائمة بين الكيانات 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 بمجموعات المنشآت 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. وكثيراً ما يجسّد الاختيار بين المفهومين توازناً بين الرغبة في اليقين الذي يمكن تحقيقه من خلال تحديد مستوى معيّن 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 أعضاء المجموعة. وربما تتحدّد هذه العلاقة بالرجوع إلى معيار رسمي مثل الحيابة، المباشرة أو غير المباشرة، لنسبة مئوية معيّنة 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 تشكّل النسب المئوية أساساً لافتراض قابل للدحض بشأن الملكية، في حين قد تشكّل النسب المئوية العالية أساساً لافتراض قطعي.

٢٩- والأمثلة الأخرى لماهية مجموعة المنشآت تعتمد نهجاً عملياً أكثر وتركّز على جوانب السيطرة، أو النفوذ التحكمي أو الحاسم (يشار إليه في هذه المذكرة بمصطلح "السيطرة")، حيثما كانت "السيطرة" تعامل غالباً كمصطلح محدّد. أما العناصر الرئيسية للسيطرة فتشمل السيطرة الفعلية أو القدرة على السيطرة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على السياسة المالية والتشغيلية وعلى اتخاذ القرارات. وحيثما يتضمّن التعريف القدرة على السيطرة، فهو يرتئي عادة وجود قدرة كامنة على السيطرة، بدلاً 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 بين الكيانات، كالعلاقة بين المنشأة الأمّ وعضو المجموعة الخاضع للسيطرة، بقدر ما هو مضمون تلك العلاقة.

٣٠- أمّا 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. أمّا المعلومات التي قد تكون ذات صلة بأخذ هذه العوامل في الاعتبار فقد تشمل ما يلي: وثائق تأسيس أعضاء المجموعة؛ والتفاصيل المتعلقة بأسهم أعضاء المجموعة؛ والمعلومات المتعلقة بالقرارات الاستراتيجية الموضوعية لعضو المجموعة؛ 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 عضو في المجموعة. وهو يقوم أيضاً على المسؤولية المحدودة لأصحاب أسهم كل عضو في المجموعة وعلى واجبات مديري كل عضو منفصل في المجموعة تجاه ذلك العضو.

٣٣- والشخصية القانونية المنفصلة للشركة تعني بوجه عام أنّ لها حقوقها وواجباتها الخاصة، بغض النظر عن سيطر عليها أو يملكها (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^(١٨) لسداد تلك الديون. أمّا العقود التي تبرمها مع أشخاص خارجيين فلا تُلزم بصورة تلقائية المنشأة الأمّ أو أعضاء المجموعة الآخرين. ولا تستطيع المنشأة الأمّ، لدى تحديد أرباحها الخاصة، أن تضع في حسابها الأرباح غير الموزعة الخاصة بأعضاء المجموعة الآخرين. والمسؤولية المحدودة للشركة تعني أنّ أعضاء مجموعة المنشآت، على خلاف الشركاء أو المملكتيات الفردية، ليسوا على وجه العموم مسؤولين عن ديون المجموعة والتزاماتها، مما يعني أنّ 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 فرادي أعضاء المجموعة. وقد يتم الاقتراض على أساس المجموعة بحيث تُستخدم ترتيبات

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

خزينة المجموعة لموازنة الأرصدة الدائنة والمدينة لكل عضو في المجموعة؛ وقد يُسمح لأعضاء المجموعة بالعمل بخسارة أو برأس مال أقل في إطار الهيكل والاستراتيجية الماليين الشاملين للمجموعة؛ وقد تُنقل الموجودات 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 للشركة الأم وأي عضو في المجموعة خاضع لسيطرتها؛ وإجراء معاملات مع أشخاص من ذوي الصلة (متى كان محظوراً على عضو المجموعة بأي شكل من الأشكال أن يمنح عضو شقيق في المجموعة أيّ 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 يُؤدّن بإعفائها على نحو آخر)؛ والحياسة المتبادلة للأسهم (متى كان محظوراً على أعضاء المجموعة بصورة عامة حياسة أسهم المنشأة الأم، أو منح ضمانات على أساس تلك الأسهم، أو إصدار أو إحالة الأسهم إلى أيّ عضو خاضع للسيطرة)؛ والتعامل التجاري في حالة الإعسار (متى جاز تحميل المنشأة الأم، التي كان يتعين عليها أن تشتبه في إعسار عضو في المجموعة خاضع للسيطرة، تبعة الديون التي لحقت بذلك العضو عندما كان معسراً).

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^(١٩) تنقسم هيكل 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 المنشأة الأم، التي تمتلك بدورها نسبة معينة من أسهم عضو المجموعة الخاضع للسيطرة، بالموافقة على الإدماج الكامل لهذا العضو. ويكون للمنشأة الأم صلاحية غير محدودة في توجيه العضو الخاضع للسيطرة مقابل تحمّل المنشأة الأم مسؤولية جماعية وفردية عن ديونه والتزاماته؛

(١٩) ألمانيا.

(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 تكون التوجيهات متسقة مع مصالح المنشأة الأم أو مصلحة المجموعة ككل. وفي مقابل منح المنشأة الأم حق السيطرة، يُعطى 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 مهيمن على شركة أخرى. ومع أن تكوين المجموعة لا يتم بأي ترتيب رسمي، يجب أن تكون للمنشأة الأم، مع ذلك، مشاركة منتظمة في شؤون الشركة الخاضعة للسيطرة.

٣٨- وثمة بلد^(٢٠) أدرجت فيه مبادئ المنشأة الواحدة في التشريع المنظم للشركات، ويجوز فيه لمديري الأعضاء في المجموعة المملوكة كلياً أو جزئياً أن يعملوا لما فيه مصلحة المنشأة الأم لا لمصلحة شركاتهم الأعضاء في المجموعة؛ وتوجد أحكام لتبسيط دمج المجموعات؛ ويسمح التشريع أيضاً بأوامر الإسهام والدمج الموضوعي أو التجميع.

٣٩- وفي بلد آخر^(٢١) ما برحت قوانين الرقابة التجارية، التي تؤثر في مجموعات المنشآت، تأخذ بصورة متزايدة بمبادئ المنشأة الواحدة لضمان عدم تقويض أو تجنب السياسة التي تستند إليها تشريعات تجارية معينة 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 طبّق هذا المفهوم على قانون الإعسار لتحاشي معاملات معينة داخل المجموعة، ولدعم الكفالات داخل المجموعة وتحقيق الدمج الموضوعي في حالات محدودة. وللمحاكم أيضاً، عند تصفية عضو في المجموعة، صلاحية تغيير ترتيب أولوية المطالبات، إما بمعاملة بعض القروض الداخلية في المجموعة الممنوحة لذلك العضو كأسمال سهمي، لا كديون، أو بالتنازل عن القروض الداخلية الممنوحة لذلك العضو للوفاء بمطالبات دائنيه الخارجيين.

(٢٠) نيوزيلندا.

(٢١) الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانياً - معالجة إعاير مجموعات المنشآت: المسائل الوطنية

ألف - مقدمة

١- قد تكون مجموعات المنشآت مهيكلة بأشكال تقلل إلى أدنى حد من تعرُّض واحد أو أكثر من أعضائها لخطر الإعسار، وذلك بتقديم كفالات متبادلة وتعويزات والدخول في أنواع مماثلة من الترتيبات. وفي حال نشوء مشاكل، يمكن للمنشأة الأم 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 أحد أعضاء المجموعة، أو حتى جميع أعضائها، وتفضي إلى إعسار، قد تنشأ مشاكل لمجرد أن المجموعة تتألف من أعضاء يُعرَّف 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، فإنَّ 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 يتسنَّ تنسيق إجراءات الإعسار المتوازية المتعلقة بجميع أفراد المجموعة تنسيقاً دقيقاً.

٣- وكثير من الأحكام الموجودة فعلاً في القوانين الوطنية المتعلقة بإعسار مجموعات المنشآت يركِّز 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 يشمل 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 يُفرض 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. وبما أن ذبك الفصلين ينطبقان بالقدر نفسه على أعضاء مجموعة المنشآت المنفردين، 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 يفي بمعيار بدء إجراءات الإعسار (انظر التوصيتين ١٥ و١٦). 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 المدنين الذين هم أعضاء في مجموعة منشآت بنفس النحو الذي تنطبق به على المدنين الذين هم منشآت تجارية منفردة. والتوصيتان ١٥ و ١٦ ترسيان المعايير الخاصة بالطلبات المقدّمة من المدنين والدائنين لبدء إجراءات الإعسار، وتشكلان الأساس الذي يمكن أن يستند إليه الطلب فيما يخص كل عضو في المجموعة في تلك المعايير.^(٢٣) وفي سياق مجموعة المنشآت، قد يؤثر إعسار المنشأة الأم على الاستقرار المالي لعضو في المجموعة 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- من شأن السماح لأعضاء المجموعة الذين يفون بمعيار البدء بأن يقدموا طلباً مشتركاً لبدء إجراءات الإعسار أن يزيد من الكفاءة ويقلل من التكاليف حيث سيُسهل 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، ميزة تتمثل في تحديد موعد بدء مشترك لكل عضو معسر من أعضاء المجموعة. وهذا الموعد المشترك يمكن أن يسهل التقيد بالمواعيد النهائية وحساب فترة الريبة 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 تُقدّم في وقت واحد بشأن كل من أولئك الأعضاء. وقد يكون هذا النهج الأخير مناسباً عندما لا يكون أعضاء المجموعة موجودين

^(٢٣) تشمل التوصية ١٥ الإعسار الوشيك في حالة الطلب المقدم من الدائن.

في ولاية قضائية وطنية واحدة وتكون هناك محاكم مختصة مختلفة (كما سيرد في الفقرات ١٧-٢٠ أدناه)، أو عندما تكون للقضية ملاسبات أخرى، مثل لزوم التنسيق بين عدد كبير من الإجراءات، 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 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 للتنسيق الإجرائي. والغرض من السماح بالطلب المشترك هو تسهيل تنسيق اعتبارات البدء، وربما خفض التكاليف. ومن شأن بدء إجراءات متعددة بناءً على طلب مشترك أن يسهل أيضاً تنسيق تلك الإجراءات. فموعد البدء، وأي مواعيد أخرى تُحسب بالرجوع إلى ذلك الموعد، مثل المواعيد المتصلة بفترة الريبة، 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 كثيراً 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- وإذا 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 بعضو في المجموعة خاضع لسيطرتها). 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 الأعضاء كما لو كانوا كيانا واحداً بذات واحدة.

١٣- وهذا الضم لعضو موسر في المجموعة يمكن أن يسهل إيجاد حلّ لمسألة الإيسار يشمل المجموعة كلها، مما يحول دون بدء إجراءات مجزأة لأعضائها مع مرور الزمن عندما يتأثر أعضاء آخرون في المجموعة بإجراءات الإيسار التي استُهلّت 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 الإيسار على وجه العموم لن يشمل سوى الكيانات التي تُعتبر بحق وافية بمعيار بدء إجراءات الإيسار. ولكن يمكن أن تشمل خطة إعادة التنظيم طواعية 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 الإيسار 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 الإيسار أن ينظر أيضاً فيما إذا كان يمكن أن يُضم إلى إجراءات الإيسار 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 رُئي أن ضمه إلى الإجراءات سيخدم مصالح المجموعة ككل.

(هـ) الأشخاص الذين يُسَمَح لهم بتقديم طلب مشترك

١٦- اتساقاً مع النهج المتَّبَع 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 أيُّ دائن طلباً بشأن أيِّ 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 اثنين 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 عليهم 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 أنَّ هذا النهج مستحسن فإنَّ المسألة ستمثل 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، عندما تكون تلك المنشأة الأم مشمولة بالطلب. كما يمكن اختيار معايير أخرى، مثل حجم مديونية مختلف أعضاء المجموعة أو مكان مركز السيطرة في المجموعة، لتقرير غلبة اختصاص إحدى المحاكم في السياق الوطني. كما أنَّ دائني أعضاء المجموعة المختلفين قد يكونون موجودين في أماكن مختلفة، مما يثير مسألتَي التمثيل والمكان الذي ستجتمع أو تُنشأ فيه لجان الدائنين.

١٩- ومع أنَّ 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 يبيِّن 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 يوضِّح

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 وببدء 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 ذوي 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^(٣٢) لبدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت هو:

(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؛

^(٣٢) الطلب المشترك لبدء الإجراءات لا يمس بالهوية القانونية لكل عضو في المجموعة مشمول بالطلب؛ إذ يظل كل عضو منفصلاً ومتميزاً.

التوصيات ١٩٩-٢٠١ (تابع)

(ج) رفع الكفاءة وخفض التكاليف؛

(د) توفير آلية^(٢٤) تمكن المحكمة من تقييم ما إذا كان التنسيق الإجرائي لتلك الإجراءات أمراً مناسباً.

محتويات الأحكام التشريعية

الطلب المشترك لبدء إجراءات الإعسار (الفقرتان ٨ و٩)

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 بمعيار البدء المنطبق.^(٢٥)

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 ممّن يلي:

(أ) عضوان أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت على أن يفي كل منهم بمعيار البدء المنطبق، الوارد في التوصية ١٥؛ أو

(ب) أحد الدائنين، شريطة أن:

'١' يكون دائماً لكل عضو في المجموعة يُزعم إدراجه في الطلب؛

'٢' يستوفي كل عضو من أولئك الأعضاء معيار البدء المنصوص عليه في التوصية ١٦.

المحاكم المختصة (الفقرات ١٧-٢٠)

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.^(٢٦)

^(٢٤) الطلب المشترك ليس شرطاً مسبقاً للتنسيق الإجرائي، ولكن يمكن أن يسهل نظر المحكمة فيما إذا كان ينبغي إصدار أمر بذلك التنسيق.

^(٢٥) انظر التوصية ١٥ التي تتناول الطلبات المقدمة من المدينين، والتوصية ١٦ التي تتناول طلبات البدء المقدمة من الدائنين (دليل الأونسيترال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الأول).

^(٢٦) 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 (دليل الأونسيترال التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الأول). وتناقش في الفقرة ١٨ أعلاه المعايير التي قد تكون لها صلة بتحديد المحكمة المختصة.

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 أيضاً أن يساعد على تقييم الموجودات وتعيين هوية الدائنين وغيرهم من أصحاب المصلحة، 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 يشمله التنسيق الإجرائي، وإن أديرت 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 يبسط الإجراءات المتعددة بسبل شتى، هي: تيسير تبادل المعلومات من أجل الحصول على تقييم أشمل لحالة مختلف المدينين؛ وتجميع جلسات الاستماع والاجتماعات؛ 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 مشتركة للدائنين، والتنسيق بين لجان 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 الفقرات ١٣٩ - ١٤٤ أدناه). ويمكن أن ينطوي أيضاً على تعاون بين محكمتين أو أكثر أو قيام محكمة واحدة، عندما يجيز 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 المعلقة أو النزاعات

المحتملة وإيجاد حلول لها، مما يؤدي إلى تفادي المفاوضات المطوّلة وما ينتج عنها من تأخر. وتتطوي 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 مثل هذه الجلسات أيسر في السياق الوطني، لأنها لن تتطوي 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. وتتعلق 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 المنشأة الأم. ومع أن اشتراط توفير تفاصيل من هذا القبيل قد يكون عسيراً في الحالات التي يُسَمَح فيها للدائنين بأن يقدموا طلباً للتنسيق الإجرائي، فإنَّ لبُّ الطلب هو أنَّ المدَّين هم أعضاء في مجموعة واحدة وأنَّ 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- يناقش الجزء الثاني (الفصل الثالث، الفقرات ٩٩-١١٤) مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار، وخصوصاً مسألة تشكيل لجان الدائنين. وتطبق الاعتبارات الواردة في تلك المناقشات أيضاً في سياق إجراءات الإعسار المتعلقة بأعضاء مجموعة المنشآت. وفيما يتعلق بهذه الإجراءات، يمكن أن تتضارب مصالح دائني مختلف أعضاء المجموعة، ولا يرجح أن يتسنى تمثيل تلك المصالح في لجنة دائنين وحيدة. بيد أنه في الحالات التي يؤمر فيها بالتنسيق الإجرائي الذي يشمل العديد من أعضاء المجموعة، قد يتبين أنَّ إنشاء لجنة منفصلة لدائني كل عضو باهظ التكلفة وغير ناجع لأغراض إدارة الإجراءات. ولذلك السبب، تُمنَح المحاكم في بعض الدول صلاحية تقديرية بالأُتَشَى، في الحالات المناسبة، لجنة دائنين لكل عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار. وتشمل تلك الحالات المناسبة الحالات التي لا تتباين فيها مصالح دائني مختلف أعضاء المجموعة ويمكن الاهتمام بها وحمايتها على نحو مناسب في إطار لجنة وحيدة، أو عندما

يكون لجميع أعضاء المجموعة المعنيين دائنون مشتركون. وقد يتوقف مدى استحسان تشكيل لجنة وحيدة أيضاً على مدى إمكانية مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار في إطار قانون الإعسار المنطبق (انظر الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٧٥-٨٧) وعلى ما إذا كان بإمكان لجنة دائنين أن تيسر تلك المشاركة (انظر الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٩٩-١١٤). وعندما لا يكون من المناسب إنشاء لجنة وحيدة، سيكون من المستحسن تيسير التنسيق فيما بين مختلف اللجان المنشأة في إطار مختلف إجراءات الإعسار.

(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 تقديم الطلب 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 الآخرون 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 الإجرائي لم يبادر إلى ذلك. كما يمكن للمحكمة أن تأمر بالتنسيق الإجرائي 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) (١)). وحيثما يقدم طلب التنسيق الإجرائي وقت تقديم طلب البدء، ينبغي معالجة مسألة البدء بمعزل عن مسألة التنسيق الإجرائي لأن المعايير المطلوبة للوفاء بمقتضيات كل مسألة تختلف بوجه عام. كما أنه حالما تبدأ الإجراءات فليس هناك من داع لجعل أهلية طلب التنسيق الإجرائي محصورة في دائني الأعضاء المراد تنسيق إجراءات إعسارهم، لا سيما أن الغرض من التنسيق الإجرائي هو تحسين سير وإدارة الإجراءات. ويمكن لدائني أعضاء المجموعة الآخرين أن يتقدموا بطلب أيضاً إذ لا ينبغي أن يكون قرار الأمر بالتنسيق الإجرائي مرهوناً بوضعية الدائن الذي يقدم الطلب.

(هـ) المحاكم المختصة

٣١- يمكن أن يثير التنسيق الإجرائي أيضاً مسائل الولاية القضائية فيما يتعلق بطلبات البدء المشتركة (انظر الفقرتين ١٧ و١٨ أعلاه)، عندما تكون لمحاكم وطنية مختلفة ولاية على أعضاء المجموعة المختلفين الخاضعين لإجراءات الإعسار. وفي الولايات القضائية التي تنشأ فيها تلك المسائل، عادة ما يُبَيَّن فيها بالرجوع إلى القانون الإجرائي 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 مكان 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 مسألتَي التمثيل والمكان الذي سوف تجتمع أو تُشكَّل فيه لجان الدائنين. وفي الحالات التي لا يمكن فيها تجميع الإجراءات أمام محكمة واحدة أو إحالتها إلى محكمة واحدة، يلزم أن تتسق المحاكم المختصة لتكفل تحقيق هدف التنسيق الإجرائي.

٣٢- ومع أنّ هذه المسائل قد تُعالج في قانون غير قانون الإعمار، فقد يكون من المستحسن، (انظر الفقرة ١٩ أعلاه)، اتباع نهج التوصية ١٣. وهذا سيتطلب أن يبيّن قانون الإعمار 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، بما 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 أنّ 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 للدعاوى تهم 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 إنهائه تواءماً 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 إنهاء أمر من هذا القبيل، وإن كان نادراً ما يلزم ذلك، لأن الأمر الأولي لا يُقصد منه المساس بالحقوق الموضوعية. وكتدبير وقائي، يمكن لقانون الإعسار أن ينص على إتاحة إمكانية إنهاء 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 باتنين 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 لاثنتين أو أكثر من إجراءات الإعسار (الفقرات ٢٢-٢٥)

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

٢٠٣- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز للمحكمة^(٣٧) أن تأمر بالتنسيق الإجرائي، بناء على طلب من شخص مسموح له بأن يقدم طلباً بمقتضى التوصية ٢٠٦ أو بمبادرة ذاتية منها.

٢٠٤- يجوز أن يشمل التنسيق الإجرائي، على سبيل المثال، تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه؛ وإنشاء لجنة دائنين وحيدة؛ والتعاون بين المحاكم، بما يشمل

(٣٧) 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.

تنسيق جلسات الاستماع، والتعاون بين ممثلي الإعسار، بما يشمل تبادل المعلومات وتنسيق المفاوضات؛ وتوجيه الإشعار بصورة مشتركة؛ والتنسيق بين لجان الدائنين؛ 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 (الفقرتان ٢٧ و ٢٨)

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.^(٢٨)

—الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب (الفقرتان ٢٩ و ٣٠)

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

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

(ب) ممثل إعسار أحد أعضاء مجموعة المنشآت؛

(ج) دائن^(٢٩) لعضو في مجموعة المنشآت خاضع لطلب بدء إجراءات إعسار أو خاضع لإجراءات إعسار.

تنسيق النظر في الطلب (الفقرة ٣١)

٢٠٧- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز للمحكمة^(٣٠) أن تتخذ الخطوات المناسبة لتنسيق النظر في طلب التنسيق الإجرائي لإجراءات الإعسار المتعلقة بائنين أو أكثر من 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.

^(٢٨) تناقش في الفقرة ٢٧ أعلاه مسألة إمكانية إصدار أمر التنسيق الإجرائي في مرحلة متقدمة من إجراءات الإعسار.

^(٢٩) لا يتعين أن يكون الدائن دائناً لجميع أعضاء المجموعة الذين يُلمس التنسيق الإجرائي بشأنهم لكي يكون مؤهلاً لتقديم طلب التنسيق الإجرائي.

^(٣٠) انظر الحاشية المتعلقة بالتوصية ٢٠٣.

التوصيات ٢٠٢-٢١٠ (تابع)**تعديل أمر التنسيق الإجرائي أو إنهائه (الفقرة ٣٧)**

٢٠٨- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أنه يجوز تعديل أمر التنسيق الإجرائي أو إنهائه، شريطة ألا 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 (الفقرتان ٢١ و٢٢)

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.^(٣١)

الإشعار بالتنسيق الإجرائي (الفقرات ٢٣-٢٦)

٢١٠- ينبغي لقانون الإعسار أن يرسي 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

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

^(٣١) تناقش في الفقرة ١٨ أعلاه المعايير التي قد تكون لها صلة بتحديد المحكمة المختصة.

١- حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها

(أ) انطباق الوقف على عضو موسر في المجموعة

٣٩- يتضمن الكثير من قوانين الإعسار، حسبما ذكر في 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، تبعاً لطبيعة العضو الموسر ووظيفته ضمن هيكل المجموعة. فالأنشطة اليومية لعضو متاجر في المجموعة، مثلاً، قد تتضرر بدرجة أكبر من أنشطة عضو آخر فيها أنشئ لحيازة 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، مثلاً، مع حماية حقوق الملكية أو يثير مسائل تتعلق بالحقوق الدستورية. غير أنه قد يتسنى تحقيق الأثر ذاته إذا أمكن للمحكمة أن تأمر بتدابير حماية بالتزامن مع بدء إجراءات الإعسار 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، رهناً بما تراه مناسباً من الشروط.

٤٣- وقد تكون هذه التدابير مشمولة بالتوصية ٤٨، التي تنص على أن تمنح المحكمة إعفاءً 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 الملحقة بالتوصية ٤٨، على أنواع التدابير المتاحة في ولاية قضائية معينة والتدابير التي قد تكون مناسبة في إجراءات إعسار معينة.

٤٤- وقد تكون التدابير متاحة أيضاً على أساس مؤقت. فالتوصية ٣٩ تتناول التدابير المؤقتة، محدّدة أنواع الإعفاء التي يمكن أن تكون متاحة "بناءً 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 عليها أيضاً في التوصيات ذات الصلة الواردة في الجزء الثاني، الفصل الثاني. فالتوصيتان ٥٠ و٥١، مثلاً، تتناولان على وجه التحديد مسألة حماية الدائنين المضمونين ودواعي الإعفاء من الوقف المنطبق عند بدء الإجراءات ويمكن توسيع نطاقهما لتشمل دائني عضو المجموعة الموسر المضمونين. وثمة دواعٍ 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 المديون، قد يلزم اتباع نهج مفاير 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- وقد تنشأ حاجة مماثلة إلى التمويل أيضاً 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 معسراً ويقدم طلباً لبدء إجراءات الإعسار، كثيراً ما تسبب ذلك الطلب في حدوث تقصير ضمن إطار اتفاقات الإقراض الموجودة، مما يجعل من حق المقرض أن يوقف تقديم الأموال بمقتضى تلك الاتفاقات. وإذا كان قانون الإعسار لا ينص على بدء إجراءات الإعسار تلقائياً عند تقديم الطلب، فكثيراً ما تكون هناك فترة تمتد عدة أشهر بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات، ويجب على المحاكم أثناء تلك الفترة أن تجري تقييماً مستقلاً لما إذا كان المدينون الخاضعون لذلك الطلب يفون بالمعايير القانونية لبدء الإجراءات. ولكن إذا كان يُراد لعضو المجموعة أن يستمر كمنشأة عاملة وجب 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 شديد 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 في 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، مثلاً، على أنه في حال تقديم المقرض أموالاً إلى المدين المعسر في فترة ما قبل بدء الإجراءات، قد يكون المقرض

مسؤولاً عن أي زيادة في الالتزامات المالية للدائنين الآخرين أو قد يكون تقديم تلك الأموال خاضعاً 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 في الفقرة ٤٤ أعلاه، تسمح التوصية ٣٩ للمحكمة 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 مندرجاً ضمن نطاق التوصية ٣٩.

٢- استخدام الموجودات والتصرف فيها

٥٢- ذكر في 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 كثيراً ما يقتضي مواصلة استخدام موجودات حوزة الإعسار، والموجودات التي يحوزها 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 عضواً في المجموعة ليس خاضعاً لإجراءات الإعسار في دعم العمليات التجارية 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 يحوز 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، فإنَّ 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 دائتي 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 تحديداً الفقرتين ٩٤ و٩٥) بأن مواصلة تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار أهمية حاسمة في إعادة تنظيمها، وأهمية أقل شأناً في تصفيتها إذا كان يُراد بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ويجب أن يتيسر للمدين، من أجل الحفاظ على أنشطة منشأته، الحصول على أموال تمكّنه 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 أنّ 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 فإنَّ 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 فإنَّ 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 هم إلى حد بعيد أشخاص ذوي صلة (انظر الفقرة ١٢ (ي ي) من مسرد المصطلحات الرئيسي)؛ 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 عُيِّن 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 ذُكر في الفقرة ٩٩ من الفصل الثاني من الجزء الثاني، 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.

'١' 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 إيسار 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 الإيسار، فقد تكون تبعات توفير ذلك التمويل خاضعة في نهاية المطاف لقانون الإيسار. فعلى سبيل المثال، قد تنشأ مسائل بشأن ما إذا كان يحق لعضو المجموعة الموسر أن تكون له الأولوية المنصوص عليها في التوصية ٦٤ إذا وُقِر التمويل لعضو معسر في المجموعة؛ أو ما إذا كانت المطالبة الناشئة عن تلك المعاملة ستعامل معاملة خاصة لأنها جرت بين شخصين ذوي صلة، عملاً بالتوصية ١٨٤؛ أو ما إذا كان يمكن اعتبار تلك المعاملة معاملة تفضيلية، ومن ثم تخضع للإبطال في أيّ إيسار 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 تدليل 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 يشاركوا فيها على أساس تعاقدية. ومع أنه قد تكون هناك حالات يكون فيها هذا النهج مناسباً، فإنّ اشتراط التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في أيّ مرحلة مبكرة من إجراءات الإيسار، 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.

'٢' 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 الإيسار 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

العامّة يرجح أن يتضح عندما لا يكون المقرض والمقرض 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 أو تلقيه. 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، بدلاً 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. 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 (عندما 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 الإيسار الذي يحصل على تمويل لاحق لبدء الإجراءات من مقرر خارجي أو عضو موسر في المجموعة ذاتها. وما لا تتناوله التوصية ٦٣ فهو قيام عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإيسار مباشرة بتوفير تمويل لاحق لبدء الإجراءات لعضو آخر في المجموعة ذاتها خاضع أيضاً لإجراءات إيسار 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 إيسار 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 ستأتى من توفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات كافية لتعويض أي ضرر يلحق بدائني عضو المجموعة الذي يوفر التمويل.

٦٧- واتساقاً مع التوصية ٦٣، يمكن لقانون الإيسار 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 في 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 تعقيداً في ذلك السياق، إذ تشمل في واقع الأمر عدداً أكبر من الأطراف والترابطات والعلاقات المعقدة، فمن الأرجح أن يكون ممثلو إيسار 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 رُئي 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- يشير توفير التمويل في سياق المجموعات مسائل تتعلق باحتمال حدوث تحيز وتضارب في المصالح ليسا واردتين في سياق المدين المنفرد. فتضارب المصالح قد ينشأ، مثلاً، عند

الموازنة بين مصالح المجموعة ككل ومصالح مقرض وملتقي 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 أيضاً ممثل إعسار العضو الملتقي ويصبح مطالباً 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، ضماناً 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 أيضاً المسألة المتمثلة في احتمال أن يُطلب من عضو معسر في مجموعة المنشآت، ضمن إطار الترتيبات المالية للمجموعة ككل، أن يكفل تمويلًا يقدّم إلى عضو معسر في المجموعة في إطار ترتيبات مالية جارية خاصة بالمجموعة. وبما أنّ تقديم تلك الكفالة يرجح أن يمثل تصرفاً في موجودات عضو المجموعة المعسر فمن المحتمل أن يكون مشمولاً 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 ستُعطى للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات ودرجة تلك الأولوية، أي قبل الدائنين العاديين غير المضمونين، بمن فيهم ذوو الأولوية الإدارية. وهي تنطبق في سياق المجموعة حيثما وفرّ مقرض خارجي التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لأحد أعضاء المجموعة. وفي تلك الحالة يظل منح الأولوية يمثّل دافعاً مهماً لتوفير هذا التمويل. غير أنّ الدافع المطلوب لقيام عضو في المجموعة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات إلى عضو آخر خاضع لإجراءات الإعسار قد يختلف قليلاً.

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 أنّ 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 أنّ تلك المعاملة تشمل أشخاصاً متّصلين 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، أنّ أيّ ضرر قصير الأمد سيعوّض بالمكسب الطويل الأمد الذي سيعود على الدائنين، بمن فيهم دائنوه هو نفسه. أمّا 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 أنّ من المستحسن إعطاء المصلحة الضمانية الممنوحة لضمان التمويل الجديد أولوية على مصلحة ضمانية قائمة بشأن الموجودات ذاتها، حسبما ترتبته التوصية ٦٦، تكون التدابير الاحترازية المنطبقة بمقتضى تلك التوصية والتوصية ٦٧ سارية في سياق المجموعة.

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

٧٤- إن قيام أحد أعضاء المجموعة بتقديم كفالة لتوفير تمويل جديد لعضو آخر هي حالة لا تتشأ في حالة المدين المنفرد، ومن ثم فهي لا تُعالج 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 يبيت فيها ممثلو إعسار أعضاء المجموعة المقدمين للكفالة 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 بقائها 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 (الفقرات ٦٢-٦٧ و٧٤)

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

(أ) أن يقدم تمويلًا لاحقاً لبدء الإجراءات إلى سائر أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار؛

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

(د) أن يقدم 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 يقدم التمويل أو يمنح المصلحة الضمانية أو يقدم 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 موجوداته أو لتعزيزها؛
- (ب) أن أي ضرر سيلحق بدائني عضو المجموعة ذلك سوف تعوّضه المنفعة المتأتية 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 ضمانه 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 (الفقرتان ٦٤-٦٧)

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 (الفقرتان ٧٠ و٧١)

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

ضمانات التمويل اللاحق لبدء الإجراءات (الفقرتان ٧٢ و٧٣)

٢١٦- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن التوصيات ٦٥ و٦٦ و٦٧ 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 كلاً 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 في الفقرة ١٥٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني، 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 ومضارها موزعة على نحو أعم، فتلك المعاملات، مثل العقود التي تبرم لأغراض التسعير التحويلي،^(٣٦) قد تنطوي على أحكام وشروط مغايرة لتلك المدرجة في العقود المشابهة التي تبرمها الأطراف التجارية التي لا صلة بينها بشروط تجارية عادية. كما أنَّ بعض المعاملات المشروعة التي تجري داخل مجموعة المنشآت قد لا تكون مجدية تجارياً خارج سياق المجموعات إذا ما حُلَّت منافعها ومضارها بناءً على الأسس التجارية المعتادة.

٧٦- وقد تمثل المعاملات داخل المجموعة طائفة من الأنشطة المختلفة، تشمل ما يلي: تعامل تجاري بين أعضائها، أو توصيل للأرباح من أحد أعضاء المجموعة صعوداً إلى المنشأة الأم، 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 دَرَجَت 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 أنَّ

^(٣٦) يشير التسعير التحويلي إلى تسعير البضائع والخدمات داخل المؤسسات المتعددة الشعب. فقد تباع بضائع من شعبة الإنتاج إلى شعبة التسويق، أو قد تباع بضائع من منشأة أم إلى عضو أجنبي في المجموعة. ويؤثر اختيار أسعار التحويل على تقسيم مجموع الأرباح فيما بين أجزاء المجموعة وقد يكون من المفيد على مستوى مسك الحسابات اختيار أسعار تجعل تحقيق معظم الأرباح في بلد منخفض الضرائب.

هذا قد لا يخدم دائماً مصالح أعضاء المجموعة المنفردين على أفضل وجه، فإنَّ بعض القوانين يسمح لمديري أعضاء المجموعة المملوكين بالكامل، مثلاً، بأن يتصرفوا على هذا النحو، شريطة أن يخدم ذلك التصرف على أفضل وجه مصالح المنشأة الأم.

(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 ولمزيد من احتمال الإبطال بسبب الصلة القائمة بين الأطراف المتعاملة كأعضاء في المجموعة. وبسبب أحكام قانون الإيسار المنطبقة على المعاملات بين الأشخاص ذوي الصلة. ويعرّف "الشخص ذو الصلة" بأنه يشمل أعضاء مجموعة المنشآت، مثل المنشأة الأم لعضو المجموعة المعسر الذي بدأت إجراءات الإيسار ضده أو أي منشأة متفرعة عنه أو شريكة له أو منتسبة إليه، أو الشخص، بما فيه الشخص الاعتباري، الذي يسيطر على المدين أو كان يسيطر عليه (الفقرة ١٢ (ي ي) من مسرد المصطلحات الرئيسي).

٧٨- ويمكن في بعض الحالات تسوية الأخذ بقواعد أشد صرامة، على أساس أن تلك الأطراف المتصلة يرحّب أن تُحابي، ولأنها في الغالب أول من يعلم بالوقت الذي يصبح فيه عضو المجموعة المحدد في ضائقة مالية حقاً، فلديها أيضاً فرصة أكبر في الاستفادة من ذلك الوضع. وقد تحال الموجودات مثلاً 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 إيسار. 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 للإبطال مما لو تمت بين أطراف من غير ذوي الصلة. ومجرد وجود مجموعة المنشآت قد لا يمثل مع ذلك في كل الحالات مسوغاً كافياً لمعاملة جميع التعاملات داخل المجموعة كتعاملات بين أشخاص ذوي صلة ينبغي أن تخضع للإبطال، حسبما ورد في الفقرة ٤٨ من الفصل الخامس من الجزء الثاني.

٧٩- ومن ثم، فعلى الرغم من أن بعض المعاملات التي تحدث في سياق المجموعة قد يتبيّن بوضوح أنها تتدرج ضمن فئات المعاملات المعرضة للإبطال بمقتضى التوصية ٨٧، فثمة معاملات أخرى قد لا تتدرج بنفس القدر من الوضوح ضمن نطاق تلك التوصية وقد يلزم فحصها بدقة لتحديد المكنم 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 متاحاً 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 معتمداً على الجهة المقترضة في سياق أنشطة المجموعة (كأن يكون مثلاً مورداً للمكونات المستخدمة في نشاط صناعي أو مقدماً للملكية فكرية) أو لسبب آخر ما متصل بالمجموعة. ومن المستصوب لدى النظر في هذه المعاملات داخل المجموعة أن تتمكن المحكمة من أن تراعي سياق المجموعة وأن تأخذ في الحسبان عوامل مثل العوامل المذكورة أعلاه.

٨٠- وقد تكون هناك أيضاً معاملات تتم في سياق المجموعة ليست مشمولة بشروط أحكام الإبطال. فعلى سبيل المثال، تنص بعض قوانين الإعسار على إبطال المدفوعات التفضيلية إلى دائني المدين ولكن ليس إلى دائني عضو آخر في المجموعة، إلا إذا جرى الدفع بمقتضى كفالة مثلاً. ولهذه الأسباب، يُستحسن أن يتناول قانون الإعسار تلك المسائل في سياق المجموعات وأن يُدرج العوامل المتعلقة بالمجموعات كأمر يلزم أخذها في الاعتبار لدى تقرير ما إذا كانت معاملة معينة بين أعضاء المجموعة ستكون خاضعة للإبطال بمقتضى التوصية ٨٧.

٨١- وتتناول التوصية ٩٧ العناصر الواجب إثباتها لإبطال معاملة معينة والدفع المتاحة ضد الإبطال. وقد يكون من المناسب أن يُنظر في كيفية انطباق تلك العناصر في سياق المجموعات، وفيما إذا كان يلزم اتباع نهج مغاير. ومن النهج التي يمكن اتباعها في تناول مسألة عبء الإثبات في حالة المعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة، مثلاً، أن يُنص على أن عنصر القصد أو سوء النية الذي يجب توفُّره يُعتبر، أو يُفترض، أنه قد توفَّر عندما يُضطلع بأنواع معينة من المعاملات أثناء فترة الريبة، وعلى أن الطرف المقابل في المعاملة يتحمَّل عبء إثبات خلاف ذلك. وقد أرسى بعض القوانين، على سبيل المثال، افتراضاً قابلاً للدحض مفاده أن بعض المعاملات فيما بين أعضاء المجموعة والمساهمين في تلك المجموعة تلحق ضرراً بالدائنين، ومن ثم فهي خاضعة للإبطال. وهناك نهج مغاير هو الاعتراف، حسبما ذكر أعلاه، بأن المعاملات التي تجري داخل المجموعة، مع أنها ليست دائماً مجدية تجارياً إذا جرت خارج إطار المجموعة، هي معاملات مشروعة على وجه

العموم، خصوصاً عندما تجري ضمن حدود القانون المنطبق ذي الصلة وضمن سياق العمل المعتاد لأعضاء المجموعة المعنيين. ولكن يمكن إخضاع أيّ معاملة من هذا القبيل لتمحيص دقيق، وذلك إلى حد بعيد على نفس النحو الموصى به بشأن مطالبات الأشخاص ذوي الصلة في التوصية ١٨٤، وهو نهج تتبعه بعض القوانين التي تسمح أيضاً بإرجاء حقوق أعضاء المجموعة ذوي الصلة بمقتضى ترتيبات الديون داخل المجموعة أو جعلها أدنى مرتبة من حقوق الدائنين الخارجيين لأعضائها المعسرين.

٨٢- وتتيح التوصية ٩٣ للدائن قدرأً محدوداً من إمكانية بدء إجراءات الإبطال، بموافقة ممثل الإفسار أو بإذن من المحكمة. وربما كان من المستصوب في سياق المجموعات الإبقاء على نفس المنهج، حتى وإن تبيّنت صعوبته في الممارسة العملية. وقد يكون 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، إلى جانب الاعتبارات الواردة في التوصيات ٨٧-٩٩، هو النص على أنه يمكن لقانون الإفسار أن:

(أ) يسمح للمحكمة بأن تأخذ في الحسبان أن المعاملة قد حدثت ضمن إطار مجموعة منشآت؛

(ب) يحدد الظروف التي يجوز للمحكمة أن تأخذها في الاعتبار.

محتويات الأحكام التشريعية

المعاملات القابلة للإبطال (الفقرتان ٧٩ و ٨٠)

٢١٧- ينبغي لقانون الإفسار أن ينص على أنه يجوز للمحكمة، لدى النظر فيما إذا كان ينبغي إبطال أيّ 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 أشخاصاً آخرين ذوي صلة مزايا لا تمنح عادة بين الأطراف الذين لا تربطهم صلة.

التوصيتان ٢١٧ و ٢١٨ (تابع)

عناصر الإبطال والدفوع (الفقرة ٨١)

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

٥- إنزال مرتبة الأولوية

٨٣- ورد في الفقرة ٥٦ من 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، مثلاً، 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، مثلاً، 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 عضواً في مجموعة المنشآت ذاتها، قد لا يكون كافياً وحده في جميع الحالات لتسوية إيلاء معاملة خاصة لمطالبة ذلك الدائن خصوصاً 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 أشخاصاً ذوي صلة؛ أما في حالات أخرى فيمكن أن تثير شبهات وتستحق بالتالي عناية خاصة. وقد يجدر بقانون الإعسار أن يتضمن آلية لتحديد تلك الأنواع من التصرفات أو الحالات التي تستحق فيها

^(٣٢) أي العناصر التي يتعيّن إثباتها من أجل إبطال المعاملة، وإسناد عبء الإثبات، ووجود دفوع معيّنة ضد الإبطال، وانطباق الافتراضات الخاصة؛ انظر عموماً دليل الأونسيترال التشريعي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرات ١٤٨-٢٠٣.

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 عموماً بسياق المجموعات يمكن فيها تسويق إيلاء معاملة خاصة لمطالبة الشخص ذي الصلة (مثلاً، 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 المنشأة الأم في إدارة ذلك العضو؛ أو ما إذا كانت المنشأة الأم قد سعت إلى التلاعب بالمعاملات داخل المجموعة لمصلحتها هي على حساب الدائنين الخارجيين؛ أو إذا كانت المنشأة الأم قد تصرّفت على نحو مجحف آخر، مما ألحق الضرر بدائني عضو المجموعة الخاضع لسيطرته أو أصحاب أسهمها. وقد تشمل أمثلة المعاملة المجحفة 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 المنشأة الأم بإنزال مرتبة مطالباتها دون مرتبة مطالبات الدائنين غير المضمونين أو حتى مطالبات أصحاب أقلية الأسهم في عضو المجموعة الخاضع للسيطرة.

٨٧- ويتضمّن بعض القوانين نهجاً أخرى إزاء المعاملات فيما بين أعضاء المجموعة، مثل السماح بإنزال مرتبة الديون الواقعة على كاهل عضو المجموعة الذي اقترض الأموال بمقتضى ترتيب إقراض 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 يُعطى لأحد أعضاء المجموعة من أموال معيّنة على أنها مساهمة في رأس المال لا كقرض، عندما يجعل القانون المساهمات في رأس المال أدنى مرتبة من مطالبات الدائنين (فيما يتعلق بمعاملة 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 أيّ 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 إفسار 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 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 المترتبة بعد بدء الإجراءات). وبالتالي، قلّما تتلقى هذه الأطراف أيّ حصة من توزيع العائدات تتعلق بحصتها في المدين. وفي حال إجراء عملية توزيع، فإنّها تجرى عادة حسب ترتيب الأسهم المبين في قانون الشركة وميثاق تأسيسها. أما المطالبات الخاصة بالديون، مثل تلك المتعلقة بالقروض، فهي لا تخضع دائماً 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، فتخضع الأموال تلك النسبة؛ وإذا كان رأس المال السهمي المدفوع بالكامل غير كافٍ؛ وإذا كان من المستبعد أن يقدم دائن خارجي قرضاً في الظروف ذاتها؛ وإذا كانت الشروط التي قُدمت السلفة على أساسها غير معقولة أو لم تكن هناك دواعٍ معقولة لتوقع سدادها.

٩١- وتُناقش أعلاه مسألة إنزال المرتبة في سياق معاملة المطالبات والأولويات، ولكن الدليل لا يوصي بإنزال مرتبة أيّ نوع معين من المطالبات بمقتضى قانون الإعسار، بل يكتفي بالإشارة إلى أن المطالبات التي تنزل مرتبتها تحل في المرتبة التالية لمرتبة مطالبات الدائنين العاديين غير المضمونين (التوصية ١٨٩).^(٣٤)

دال - سبل الانتصاف

٩٢- نظراً لطبيعة مجموعات المنشآت وطريقة اشتغالها، قد تكون هناك شبكة معقّدة 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 معقّد ومكلف. ومع ذلك، فإنه لما كان التمسك بنهج الكيان

^(٣٤) انظر أيضاً دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.09.V.12)، الفصل الخامس.

المنفصل يعني أن كل 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 التمكّن من إجراء ذلك التفكيك، يعمل الامتثال لمبدأ الكيان المنفصل على جعل ما يستردّه الدائن قاصراً على موجودات عضو المجموعة المحدّد الذي هو دائن له. أما في حال تعذّر إجراء ذلك التفكيك أو وجود أسباب معيّنة أخرى لمعاملة المجموعة كمنشأة واحدة، فإنّ بعض القوانين يتضمّن سبل انتصاف تسمح باستبعاد نهج الكيان المنفصل. وقد وُضعت سبل الانتصاف هذه في الماضي من أجل التغلّب 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 يسرا، فإنّ 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 المعيّنين هو سبيل انتصاف متاح 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 تدرج 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 بسبل منها مواصلة تشغيل ذلك العضو بخسارة، خدمة لمصالح المنشأة الأم؛

(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؛

(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 استخدام هيكل مجموعة المنشآت كمجرد خدعة أو واجهة، كما في حالة استخدام شكل الشركة كوسيلة للالتفاف على الالتزامات القانونية أو التعاقدية؛

(و) عدم كفاية رسملة عضو ما في المجموعة بحيث لا يكون له أي أساس رأسمالي كاف لتنفيذ عملياته. وهذا قد ينطبق وقت الإنشاء، أو قد يكون نتيجة لاستنفاد رأس المال عن طريق رد 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 بالغ 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 إفسار 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 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 لتسويق تجاهل الشخصية القانونية المنفصلة لكل عضو في المجموعة واختراق الصفة الاعتبارية.

٩٩- وفي عدد من الأمثلة التي يمكن فيها توسيع نطاق المسؤولية ليشمل المنشأة الأم، يمكن لتلك المسؤولية أن تشمل المسؤولية الشخصية لأعضاء مجلس إدارة المنشأة الأم (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 المنشأة الأم مسؤولين شخصياً عن ديون أو تصرفات العضو المسيطر عليه الخاضع لإجراءات الإفسار، 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 المنشأة الأم 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 وإفساره. 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 أنَّ المنشأة الأم كانت تتصرف كمدير بحكم الواقع أو كمدير مستتر للعضو الآخر في المجموعة.

١٠٠- وهناك أيضا قوانين تنص على أن تقبل المنشأة الأم مسؤوليتها عن ديون أعضاء المجموعة الخاضعين للسيطرة 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 معيّنة 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 بدائني عضو المجموعة المعسر ويحقق كسباً غير منتظر لحملة أسهم العضو الموسر.

١٠٢- ومع أنَّ 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 محصوراً في إجراءات التصفية. وثمة عدد من المسائل، التي صممت أوامر الإسهام لمعالجتها، قد لا يتطلب أحكاماً 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 أنّ صلاحية إصدار أمر الإسهام لا تمارس بصورة شائعة. كما أنّ المحاكم أخذت بالرأي القائل بأنّ 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 معيّنة، مثل الرصيد المتبقي بعد الوفاء بالالتزامات المعقودة بحسن نية.

١٠٤- وفي ظل القوانين التي تجيز أوامر الإسهام، يجب على المحكمة أن تأخذ في اعتبارها ظروفًا معيّنة لدى النظر فيما إذا كان يجدر بها أن تصدر أمراً 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 سبباً كافياً لإصدار الأمر؛ ومدى كون الظروف التي تسببت في إجراءات الإعسار معزّوة إلى تصرفات عضو المجموعة الموسر؛ وتصرف عضو المجموعة الموسر بعد بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بعضو المجموعة المعسر، خصوصاً إذا كان ذلك التصرف يؤثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة في دائني ذلك العضو، مثلاً بعدم تنفيذ عقد يشمل عضو المجموعة المعسر؛ وما تراه المحكمة مناسباً من أمور أخرى.^(٢٥) كما قد يكون إصدار أمر من هذا القبيل ممكناً، على سبيل المثال، عندما يكون عضو المجموعة الخاضع للسيطرة يتحمّل مسؤولية كبيرة عن إصابة شخصية، أو عندما تكون المنشأة الأمّ قد سمحت لعضو المجموعة الخاضع للسيطرة بمواصلة التعامل التجاري رغم إعساره.

٢- الدمج الموضوعي

(أ) مقدّمة

١٠٥- عندما يؤمّر بالتنسيق الإجرائي، تظل موجودات المدينين والتزاماتهم المالية، مثلما ورد في الفقرة ٢٢ أعلاه، منفصلة ومستقلة، كما لا تتأثر حقوق المطالبين الموضوعية. أما الدمج الموضوعي فيتيح للمحكمة، في إجراءات الإعسار المتعلقة باثنين 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 يحوزها 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

^(٢٥) قانون الشركات النيوزيلندي لسنة ١٩٩٢، البنود ٢٧١ (١) (أ) و٢٧٢ (١).

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 أنَّ الدمج ينقض مبدأ الهوية القانونية المنفصلة لكل عضو في المجموعة التي كثيراً ما تستخدم لهيكله 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 تقويض العديد من المزايا المتأتية من مرونة هيكل المنشأة.

١٠٦- ومع أنه لا يوجد سند قانوني مباشر أو معيار محدّد 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 تجسّد هذه الممارسة ازدياد اعتراف القضاء باتساع نطاق استخدام هيكل الشركات المترابطة لأغراض ضريبية وتجارية، بيد أن الظروف التي تسوّغ إصدار أمر الدمج محدودة جداً وتشمل ظروفًا تتضمن قدرًا كبيراً من الاندماج في أعمال وشؤون أعضاء المجموعة، من خلال السيطرة أو الملكية، مما يجعل من المتعذر بشدة، إن لم يكن مستحيلًا، تفكيك تشابك موجودات والتزامات مختلف أعضائها لمعرفة، مثلاً، الموجودات المملوكة لكل عضو في المجموعة وتحديد دائئيه، دون إنفاق الكثير من الوقت والموارد، مما يلحق الضرر في نهاية المطاف بجمع الدائنين.

١٠٧- ويناقش الدمج الموضوعي 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 الموضوعي في سياق أنواع مختلفة من إعادة التنظيم. وفي الولايات القضائية التي لا توجد فيها تشريعات خاصة بذلك، قد تكون أوامر الدمج الموضوعي متاحة في سياق التصفية وإعادة التنظيم على السواء، إذا كان هذا الأمر سيساعد، مثلاً، على إعادة تنظيم المجموعة. ومع أن الدمج الموضوعي يتطلب عادة أمراً من المحكمة، فيمكن أن يجري أيضاً استناداً إلى توافق آراء الأطراف المهتمة ذات الصلة. ويرى بعض المعلقين أن الدمج الموضوعي 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 الموضوعي 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. ويمكن تنفيذ تلك الخطة إذا صوّتت بالموافقة العدد المطلوب من الدائنين.

١٠٨- وقد يكون الدمج الموضوعي 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 ولنتاج 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 يحتمل 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 يُحرموا 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 قاصراً على موجودات عضو واحد في المجموعة.

١١٠- ولما كان الدمج الموضوعي ينطوي على تجميع موجودات مختلف أعضاء المجموعة، فقد لا يُفضي 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 يمكن 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 الإيسار؛ وأن يلحق الضرر ببقين 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 الموضوعي عادة أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإيسار، ولكنه يمكن أن يمتد في بعض الحالات، حيثما تسمح به بعض قوانين الإيسار، ليشمل عضواً يبدو موسراً من أعضاء المجموعة. وهذا قد يحدث عندما تكون شؤون ذلك العضو شديدة الاختلاط بشؤون أعضاء المجموعة الآخرين بحيث يصبح من المتعذر عملياً استبعاده من الدمج ويكون من المفيد أن يشملته الدمج، إذا ما تبين لدى إجراء مزيد من التقصي أنه في الواقع معسر بسبب اختلاط الموجودات أو عندما يكون الكيان الاعتباري صورياً أو منطوياً 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 الموضوعي سوى القيمة الصافية لرأس المال السهمي لعضو المجموعة الموسر من أجل حماية حقوق أولئك الدائنين، وإن كان هذا النهج عسيراً في حالات اختلاط الموجودات أو الاحتيايل.

(ب) الظروف الداعمة للدمج الموضوعي

١١٢- هناك عدة عناصر تبيّن أنّ 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 دوراً 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 أيّ 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 يرى مناسباً دون مراعاة للقواعد الرسمية الصحيحة؛ وكفاية رأس المال؛ واختلاط الموجودات أو العمليات التجارية؛ وتعيين مديرين أو موظفين مشتركين وعقد اجتماعات مشتركة لمجالس الإدارة؛ ووجود مكان عمل مشترك؛ والمعاملات الاحتياطية مع الدائنين؛ والممارسة المتمثلة في تشجيع الدائنين على معاملة المجموعة ككيان واحد، مما يحدث تشوّشاً بين الدائنين بشأن تحديد هوية عضو المجموعة الذي يتعاملون معه، ويطمس بذلك الحدود القانونية لأعضاء المجموعة؛ وما إذا كان الدمج الموضوعي سوف يُسهّل إعادة التنظيم أو يخدم مصالح الدائنين.

١١٣- ومع أنّ هذه العوامل العديدة تظل ذات صلة، فقد بدأ بعض المحاكم يركز على عدد محدود منها، وخصوصاً 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 عملياً فعل ذلك؛ أو يتطلب تفكيك الترابطات بين أعضاء المجموعة وملكية موجوداتها قدراً من الوقت والنفقات لا يتناسب مع النتيجة أو هو من الضخامة بحيث يعرّض للخطر تحقيق أيّ قيمة صافية للموجودات لصالح الدائنين؛ أو أنه ينطوي على توزيع للموجودات والالتزامات بين الأعضاء المعنيين يتسم أساساً بطابع اعتباطي ولا يجسد واقعاً اقتصادياً. 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 تقريباً إلى كيان حديث التكوين أو إلى كيانات منفصلة تتمتع بالملكية الذاتية بغرض الحفاظ على تلك الموجودات والاحتفاظ بها لمنفعته الخاصة ولعرقلة دائتيه وتأخيرهم والاحتيال عليهم، أو إلى مخططات تمويهية^(٣٦) أو "بونزي"^(٣٧) وغيرها من المخططات الاحتيالية الأخرى.

(ج) طلب الدمج الموضوعي

'١' 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 المعيّنين لإدارة أعضاء المجموعة سيكونون، في حالات عديدة، هم الذين توجد لديهم أتم معلومات عن أعضاء المجموعة وسيكونون بالتالي في أفضل وضع لتقييم ملائمة أو استصواب الدمج الموضوعي.

^(٣٦) التمويه قد ينطوي على عقود إما لا تعبر عن القصد الحقيقي للأطراف وليس لها أي أثر فيما بينهم وإما تحدث فيما بينهم أثاراً غير تلك المعبر عنها في العقود، أي عقود صورية.

^(٣٧) مخطط "بونزي" هو عملية استثمار احتيالية تسدد لفرادى المستثمرين عوائد من النقود التي دفعوها أو من نقود دفعها مستثمرون لاحقون، لا من أرباح جُنيَت حقاً.

١١٦- ومع أنه قد يمكن للمحكمة في بعض الدول أن تأمر بالدمج الموضوعي من تلقاء ذاتها، فإنَّ الأثر الشديد لذلك الأمر يقتضي اتباع إجراءات منصفة وعادلة وأن تتاح للأطراف ذات المصلحة فرصة الاستماع إليهم وللاعتراض على ذلك الأمر، وفقاً للتوصيتين ١٢٧ و١٢٨. ولذلك السبب، يبدو من المناسب التفريق بين الدمج الموضوعي والتنسيق الإجرائي واعتماد نهج عدم السماح للمحاكم بالتصرف من تلقاء نفسها فيما يتعلق بالدمج الموضوعي.

٢' وقت تقديم الطلب

١١٧- بما أنَّ العوامل الداعمة للدمج الموضوعي قد لا تكون دائماً واضحة أو أكيدة وقت بدء إجراءات الإعسار، فمن المستحسن أن يتبع قانون الإعسار نهجاً مرناً بشأن مسألة التوقيت، فيسمح بتقديم الطلب في نفس الوقت الذي يقدم فيه طلب بدء الإجراءات أو في أيِّ وقت لاحق. ولكن تجدر ملاحظة أنَّ إمكانية تقديم طلب الدمج الموضوعي عقب بدء الإجراءات قد تكون محدودة، من الناحية العملية، بسبب الحالة التي بلغتها إدارة الإجراءات، وخصوصاً فيما يتعلق، مثلاً، بتنفيذ خطة لإعادة التنظيم. فقد تكون بعض المسائل المحورية قد حُلَّت، 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 فعلاً ويحفظ الحقوق القائمة. ولذلك، فإنَّ ما سبق قبوله من مطالبات تجاه عضو في المجموعة، مثلاً، 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 الأولي مستوفاة أيضاً فيما يتعلق بهؤلاء الأعضاء. فإذا كان أمر الدمج الموضوعي صادراً بموافقة الدائنين، أو إذا أُتيحت للدائنين فرصة الاعتراض على أمر مقترح، فإنَّ إضافة عضو آخر من المجموعة في مرحلة لاحقة من الإجراءات يُحتمل أن تجعل الموجودات المجمعة مختلفة عن الموجودات التي اتفق عليها أصلاً 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 تناسيباً من دفعة التوزيع الجزئية التي سبق لذلك الدائن أن حصل عليها.

(د) المصالح المتنازعة في الدمج الموضوعي

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

'١' المالكون وأصحاب الأسهم

١٢٠- ثمة قوانين إيسار كثيرة تتبّع 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 يُفرض ذلك إلى عدم حصول المالكين وأصحاب الأسهم على أيّ 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 الموضوعي 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 أيّ منهم على دفعة من التوزيع.

'٢' الدائنون المضمونون

١٢١- تُناقش وضعية الدائنين المضمونين في إجراءات الإيسار في كل أجزاء الدليل (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 الإيسار على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة. وينطبق ذلك النهج أيضاً على معاملة الدائنين المضمونين في سياق مجموعة المنشآت. ومن المسلم به أيضاً أنه يمكن لقانون الإيسار، على الرغم من ذلك، أن يمس حقوق الدائنين المضمونين من أجل تنفيذ السياسات التجارية والاقتصادية، رهناً 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

تشتمل موجودات عضو آخر في المجموعة متى صدر أمر دمج موضوعي 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 مطالبات 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 المدمجين. ومن شأن السماح بتمديد أو بتوسيع أي مصلحة ضمانية لدائن مضمون نتيجة لأمر الدمج الموضوعي أن يحسن وضعية ذلك الدائن على حساب الدائنين الآخرين، ويمكن أن يمثل ذلك منفعة جائرة أو مكسباً 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 الموضوعي. وقد يلزم إيلاء اعتبار خاص لفردى 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 موضوعي 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 الموضوعي 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 المدمجة.

١٢٤- وقد يلزم أيضاً 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.

٣' الدائنون ذوي الأولوية

١٢٥- ثمة مسائل مشابهة تنشأ فيما يتعلق بمعاملة الدائنين ذوي الأولوية. وقد ينتفع هؤلاء أو يخسرون، عملياً، من تجميع موجودات المجموعة شأنهم شأن سائر الدائنين غير المضمونين. وعندما تكون الأولويات، كتلك التي تُعطى لمستحقات المستخدمين أو للضرائب،

قائمة على مبدأ الكيان الواحد، قد يلزم النظر في كيفية معاملة تلك الأولويات على نطاق المجموعة، خصوصاً عندما يكون هناك تفاعل فيما بينها. فعلى سبيل المثال، يُحتمل، في حالة الدمج الموضوعي، 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 عموماً 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 جداً تكميم الأولوية وتحديد مقدار ما هو متاح لتسوية كل مطالبة بالأولوية. ومن ثم، فقد لا يتسنى دائماً إنفاذ جميع ما يحدد وفق قانون الإرسار من أولويات فيما يتعلق بكل مدين منفرد، مع أنه يُستحسن الاعتراف بتلك الأولويات عندما يكون ذلك المدين خاضعاً للدمج الموضوعي.

(هـ) إبلاغ الدائنين

١٢٦- قد يخضع الطلب المتعلق بالدمج الموضوعي لنفس الاشتراطات المتعلقة بتوجيه الإشعار بطلب بدء الإجراءات (انظر، الفقرات ٦٤-٧١ من الفصل الأول من الجزء الثاني، والتوصيات ١٩ (أ) و٢٢-٢٥). 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، وفقاً للتوصية ١٩. أما الطلب الذي يقدمه أعضاء المجموعة في نفس الوقت الذي يقدم فيه طلب بدء الإجراءات فلا يتطلب إبلاغ الدائنين، بمقتضى التوصيتين ٢٢ و٢٣، اللتين لا تلزمان بتوجيه إشعار طلب بدء إجراءات الإرسار إلى دائني الكيان المعني.

١٢٧- والتأثير المحتمل للدمج الموضوعي على حقوق الدائنين يدل على أنه ينبغي أن يكون من حق الدائنين المتأثرين أن يبلِّغوا بأي أمر للدمج يصدر وقت بدء الإجراءات وأن يكون لهم حق في الاستئناف، وفقاً للتوصية ١٣٨. ومن بين المسائل التي ينبغي النظر فيها في تلك الحالة هي ما إذا كان اعتراض واحد كافيًا لمنع الدمج. فقد يكون من الممكن، مثلاً، إعطاء الدائنين المعارضين الذين سيصيبهم الدمج بغبن شديد قياساً إلى الدائنين الآخرين حصة من العائد أكبر مما يحصل عليه سائر الدائنين غير المضمونين، مما يشكل ابتعاداً عن النهج الصارم المتمثل بالتوزيع بالتساوي. وقد يمكن أيضاً استبعاد فئات معينة من الدائنين ذات أنواع معينة من العقود، مثل ترتيبات تمويل المشاريع التي تكون إمكانية

الطعن فيها محدودة والتي تبرم بشروط تجارية قائمة على المنافسة الحرة مع أعضاء من المجموعة معروفين جيداً.

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

(و) الأثر المترتب على أمر الدمج الموضوعي

١٢٩- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الآثار المترتبة على أمر الدمج الموضوعي. وقد تشمل هذه الآثار ما يلي: معاملة موجودات والتزامات أعضاء المجموعة المدمجين كأنها جزء 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، نظراً للصعوبة المذكورة أعلاه). وتتلاشى بوجه عام المطالبات الداخلية لدى الدمج على أساس أنّ المطالبات تنتمي لحوزة إعسار واحدة وأن التزامات السداد واجبة على الحوزة نفسها، ومن ثم فكل منها يلغي الآخر بالفعل.

'١' إبطال المعاملات التي تشمل أعضاء مجموعة خاضعين للدمج الموضوعي

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

'٢' احتساب فترة الريبة

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 الريبة لأغراض الإبطال (انظر الجزء الثاني، الفصل

الثاني، الفقرات ١٨٨-١٩١) والتوصية ٨٩) بغية توفير اليقين للمقرضين والأطراف الثالثة الأخرى. وقد تزداد المسألة أهمية بسبب تزايد الفترة المنقضية بين تاريخ طلب بدء إجراءات إعمار فردية أو تاريخ بدء تلك الإجراءات وتاريخ إصدار الأمر بالدمج الموضوعي. واختيار تاريخ الأمر بالدمج الموضوعي لاحتساب فترة الريبة لأغراض الإبطال يمكن أن يسبب مشاكل بالنسبة إلى المعاملات المبرمة بين تاريخ تقديم طلب البدء بإجراءات الإعمار المتعلقة بأعضاء منفردين في المجموعة أو تاريخ بدء تلك الإجراءات وتاريخ الدمج الموضوعي. وهناك نهج يمكن اتباعه مؤداه احتساب ذلك التاريخ وفقاً 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 الإعمار أو بدأت فيه تلك الإجراءات فيما يتعلق بأعضاء المجموعة المراد دمجه. وفي كلتا الحالتين، يُستحسن تحديد ذلك التاريخ في قانون الإعمار ضماناً للشفافية وإمكانية التنبؤ.

٣' إعادة التنظيم

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

٤' معاملة الكفالات

١٢٣- 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 الإعمار بشأن معاملات الأشخاص ذوي الصلة (انظر الجزء الثاني، الفصل الخامس، الفقرة ٤٨). وربما يقدم الكفالة أيضاً مانح خارجي إلى عضو المجموعة الخاضع للدمج الموضوعي. وما لم تعالج هذه الحالة معالجة محددة في قانون الإعمار، فسوف تعالج وفق القانون الوطني الذي قد يحد من مطالبة المانح متى كان قد دفع مالياً بمقتضى الكفالة. وربما قدم الكفالة أيضاً إلى مقرض خارجي عضو في

المجموعة للحصول على تمويل من أجل عضو آخر في المجموعة ثم أصبح كلا العضوين خاضعاً للدمج الموضوعي. 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 بمعاملة الدائن الحائز 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 الذي يؤثر أمر التعديل على أي حقوق أو مصالح مقرررة 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 تدبيراً 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 تحييد 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 المدمجين لأن تلك الحقوق أو الأجزاء غير مشمولة في الخطة الاحتياطية؛ أو الحالات التي يمكن أن يسفر فيها إدراج موجودات معينة في الأمر بالدمج الموضوعي عن تفاقم الآثار المترتبة على الخطة الاحتياطية؛ أو الحالات التي ترتبط فيها تلك الموجودات بأعباء مرهقة، مثل الموجودات التي تتطوي على تبعات بيئية أو الموجودات التي ستكون إدارتها صعبة أو باهظة التكاليف (انظر الفقرة ٨٨ من الفصل الثاني من الجزء الثاني). 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 أيّ نحو آخر، وإن كان هذا السبب لا يرجح أن يكون ذا صلة في حالات الاختلاط أو الاحتيال.

(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 أعلاه والتوصية ٢٠٩).

التوصيات ٢١٩-٢٣١

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 (الفقرة ١٠٥)

٢١٩- ينبغي لقانون الإفسار 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 (الفقرات ١٠٦ و ١١٢-١١٤)

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

التوصيات ٢١٩-٢٣١ (تابع)

(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 (الفقرتان ١٣٥ و ١٣٦)

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 وأن يحدد الظروف التي يجوز فيها الأمر بتلك الاستبعادات.

تقديم طلب الدمج الموضوعي

—توقيت تقديم الطلب (الفقرتان ١١٧ و ١١٨)

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.^(٢٨)

—الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب (الفقرتان ١١٥ و ١١٦)

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

الأثر المترتب على أمر الدمج الموضوعي (الفقرات ١٢٩-١٣٣)

٢٢٤- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن تكون لأمر الدمج الموضوعي الآثار التالية:^(٢٩)

(أ) معاملة موجودات والتزامات أعضاء المجموعة المدمجين موضوعياً كأنها جزء من حوزة إعسار واحدة؛

^(٢٨) تناقش في الفقرتين ١١٧ و ١١٨ أعلاه مسألة إمكانية إصدار أمر الدمج الموضوعي في مرحلة متقدمة من إجراءات الإعسار.

^(٢٩) يعالج أثر الأمر على المصالح الضمانية في التوصية ٢٢٥ وفي الفقرات ١٢١-١٢٤ أعلاه.

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

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

معاملة المصالح الضمانية في سياق الدمج الموضوعي (الفقرات ١٢١-١٢٤)

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 تُراعَى، 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 للتوصية ٨٧ أو ٨٨ أو ٢١٧.

الاعتراف بالأولويات في سياق الدمج الموضوعي (الفقرة ١٢٥)

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

اجتماعات الدائنين (الفقرة ١٣٢)

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

حساب فترة الريبة في سياق الدمج الموضوعي (الفقرتان ١٣٠ و ١٣١)

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 فيما يتعلق بعضوين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت.

التوصيات ٢١٩-٢٣١ (تابع)

(٢) يجوز أن يكون التاريخ المحدد الذي يبدأ منه حساب فترة الريبة بأثر رجعي وفقاً للتوصية ٨٩:

(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؛

(ب) تاريخاً موحداً لجميع أعضاء مجموعة المنشآت المشمولين بالدمج الموضوعي، على أن يكون إما '١' التاريخ الأبعد من بين تواريخ تقديم طلبات بدء إجراءات الإعسار أو تواريخ بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بأولئك الأعضاء؛ أو '٢' التاريخ الذي تكون قد قُدمت فيه جميع طلبات بدء الإجراءات أو بدأت فيه جميع الإجراءات.

تعديل أمر الدمج الموضوعي (الفقرة ١٣٤)

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 (الفقرة ١٣٧)

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)

الإشعار بالدمج الموضوعي (الفقرات ١٢٦-١٢٨)

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.

^(٤٠) لا يُقصد من استخدام تعبير "تعديل أمر الدمج الموضوعي" أن يشمل إنهاء ذلك الأمر.

^(٤١) تُناقش في الفقرة ١٨ أعلاه المعايير التي قد تكون لها صلة بتحديد المحكمة المختصة.

هاء- المشاركون

١- تعيين ممثل الإعسار

١٣٨- نوقشت مسألة تعيين ممثل الإعسار ودوره في الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٣٦-٧٤. وتطبق 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 محدّدة تشجع التنسيق، على غرار ما تنص عليه المادتان ٢٥ و ٢٦ من قانون الإعسار النموذجي، وتبين كيف يمكن تحقيقه، على غرار ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانون الإعسار 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 أنّ واجبات ممثلي الإعسار، وفقاً لما تنص عليه 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 للدائنين. ويمكن أن يتناول قانون الإعسار أيضاً تسوية النزاعات في الوقت المناسب بين مختلف ممثلي الإعسار المعيّنين.

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 المنشأة الأمّ إذا كانت خاضعة لتلك الإجراءات. ومع أنّ ذلك الدور القيادي يمكن أن يجسّد الواقع

^(٤٢) يوضح المسرد أن تعبير "ممثل الإعسار" يشمل الممثلين المعيّنين بصفة مؤقتة (انظر المقدمة، الباب "باء" من دليل الأونسيترال التشريعي (انظر الحاشية ٣ أعلاه)).

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 جميع ممثلي الإعسار مسؤولين عن الوفاء بالتزاماتهم بمقتضى قانون الولاية القضائية المعينين فيها؛ ولا يجوز استغلال هذه الترتيبات لتقليص أو حذف هذه الالتزامات.

١٤١- وفي بعض الولايات القضائية، يمكن أن تكون للمحاكم، لا لممثلي 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 أيضاً على المحاكم وأن تكون لديها صلاحيات على غرار ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانون الإعسار النموذجي.

(ب) تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه

١٤٢- يمكن تسهيل تنسيق الإجراءات المتعددة أيضاً 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 هناك ولايات قضائية أصبح فيها تعيين ممثل إعسار وحيد في سياق المجموعات عُرِفَ متبعاً، فإن العديد من قوانين الإعسار لا يتناول مسألة ذلك التعيين. وقد تحقق هذا التعيين أيضاً بقدر محدود في بعض قضايا الإعسار عبر الحدود، حيث عُيِّن ممثلو إعسار من نفس المؤسسة الدولية في الولايات القضائية المختلفة.^(٤٣)

^(٤٣) انظر دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثالث، الفقرة ١٠ (ي) التي تشير إلى قضايا تتعلق بمنطقة هونغ كونغ الإدارية الخاصة التابعة للصين، وكل من جزر فيرجن البريطانية وبرمودا.

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 وهيكلاً أعمالهم. ومن المستصوب بشدة كذلك أن تتوفر لدى أي شخص يعين بتلك الصفة الخبرات الفنية والمعارف المناسبة وفق ما ورد في الفقرة ٣٩ من الفصل الثالث من الجزء الثاني، 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 مثلاً بالكفالات المتبادلة، أو بالمطالبات والديون داخل المجموعة، أو بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات، أو بتقديم المطالبات والتحقق منها، أو بإلحاق أحد أعضاء المجموعة ضرراً 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. وضمناً لنفاذي 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 الأعضاء ذوي الصلة في المجموعة في حال وجود تضارب في المصالح. وقد تكون لذلك التعيين صلة بمجال التضارب على وجه الخصوص، بحيث يكون التعيين مقتصرًا على تسوية ذلك التضارب أو تعييناً أعم يستمر طوال مدة الإجراءات.

(ج) المدين الحائز

١٤٥- إذا كان قانون الإعسار يسمح للمدين بأن يبقى حائزاً للمنشأة، ولم يعين 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 المدين الحائز (انظر الفقرات ١٦-١٨ من الفصل الثالث من الجزء الثاني). وما دام المدين الحائز يؤدي وظائف ممثل الإعسار، يمكن أيضاً 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 المدين 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 بُدئ بها فيما يتعلق باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت؛

(ب) تشجيع التعاون في حال تعيين اثنين أو أكثر من ممثلي الإعسار، تبادياً 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 (الفقرات ١٤٢-١٤٤)

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

تضارب المصالح (الفقرة ١٤٤ والفقرتان ٤٢ و٤٣ من الفصل الثالث من الجزء الثاني)

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 باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت. ويمكن أن تشمل تلك التدابير تعيين ممثل إعسار إضافي واحد أو أكثر.

التعاون بين اثنين أو أكثر من ممثلي الإعسار (الفقرتان ١٣٩ و١٤٠)

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 معاً إلى أقصى مدى ممكن.^(٤٥)

^(٤٤) على الرغم من أن التوصية ١١٨ تتناول 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؛ (انظر دليل الأونسيترال التشريعي) (انظر الحاشية ٣ أعلاه). الفقرات ٤٤-٤٧ من الفصل الثالث، الجزء الثاني).

^(٤٥) إلى جانب أحكام قانون الإعسار المتعلقة بالتعاون والتنسيق، قد يجدر بالمحكمة عموماً أن تبين التدابير التي يتعين اتخاذها لهذه الغاية أثناء إدارة الإجراءات.

التعاون بين اثنين أو أكثر من ممثلي الإعسار في سياق التنسيق الإجرائي
(الفقرتان ١٣٩ و ١٤٠)

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 (الفقرتان ١٣٩ و ١٤٠)

٢٣٦- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص على أن التعاون بين ممثلي الإعسار إلى أقصى مدى ممكن 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) تنسيق 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؛ وممارسة 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.

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،

تتبدى مسألة واحدة لم تُتناول في أيِّ موضع آخر من الدليل، 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 تكفل اتباع نهج منسق في تدليل المصاعب المالية للمجموعة، وتُحقق وفورات في كل مراحل إجراءات الإعسار، 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 تنظيم 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 يفرضوا 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 و١٤٤^(٤٦) المتعلقتين 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 معيّنة، 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 أيِّ خطة، خصوصاً عندما يكون أعضاء المجموعة دائنين لأعضاء آخرين فيها، ويعتبرون "أشخاصاً ذوي صلة" (انظر الفقرة ١٥٠ أدناه). وقد يتطلب حساب الأغلبية المنطبقة في سياق المجموعة النظر في الطريقة

^(٤٦) انظر أيضاً دليل الأونسيرال التشريعي (انظر الحاشية ٣ أعلاه)، الجزء الثاني، الفصل الرابع، الفقرات ١٧-٢٥.

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 المنشأة الأم أو الفرعية أو المنتسبة للمدين (انظر الفقرة ١٢ (ي ي) من مسرد المصطلحات الرئيسي). وتناقش مسألة تصويت الأشخاص ذوي الصلة على الموافقة على الخطة في الفقرة ٤٨ من الفصل الرابع من الجزء الثاني، ويلاحظ أنه على الرغم من أن بعض قوانين الإعسار تقيّد قدرة الأشخاص ذوي الصلة على التصويت بسبل مختلفة، فإنّ معظم قوانين الإعسار لا تتناول هذه المسألة على وجه التحديد. وينبغي ملاحظة أنه عندما يشمل قانون الإعسار على تقييدات من هذا القبيل، فإنّ تلك التقييدات قد تسبب صعوبة في بعض المجموعات عندما لا يكون لأحد أعضائها إلا دائنون مصنّفون كأشخاص ذوي صلة أو عدد محدود جداً من الدائنين الذين ليسوا أشخاصاً ذوي صلة.

١٥١- ويمكن لقانون الإعسار أن يتضمّن أيضاً أحكاماً تتناول عواقب عدم إقرار خطة أو خطط 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 الموسرون في الخطة بموافقتهم، قد يلزم وجود أحكام خاصة لمنع نشوء مزايا أو مضار دون داعٍ من جراء تلك التصفية.

٢- إدراج عضو مجموعة موسر في خطة لإعادة التنظيم

١٥٢- تناقش الفقرات من ١١ إلى ١٥ أعلاه إمكانية إدراج عضو موسر من المجموعة في طلب بدء الإجراءات. ويُلاحظ أنّ 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 المحتمل أن يفضي إعسار بعض الأعضاء إلى إعسار أعضاء 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 تعاقدي بتلك الخطة حال إقرارها، وتشبيتها 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 بخطة 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 باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت، واقتراح تلك الخطط.

محتويات الأحكام التشريعية

خطط إعادة التنظيم (الفقرات ١٤٧-١٥١)

٢٣٧- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح باقتراح خطط منسقة لإعادة التنظيم في سياق إجراءات الإعسار المتعلقة باثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة المنشآت.

إشراك عضو في مجموعة المنشآت غير خاضع لإجراءات الإعسار في خطة إعادة تنظيم بشأن عضو في المجموعة خاضع لإجراءات الإعسار (الفقرة ١٥٢)

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 عضو واحد أو أكثر من أعضاء المجموعة الخاضعين لإجراءات الإعسار.

ثالثاً - معالجة إعسار مجموعات المنشآت: المسائل الدولية

ألف - مقدمة

١- يُلاحظ في مقدّمة دليل الأونسيترال العملي^(٤٧) أنه مع أنّ عدد قضايا الإعسار عبر الحدود قد زاد زيادة كبيرة منذ تسعينات القرن العشرين، فلم يواكب هذه الزيادة اعتماد نظم قانونية، سواء وطنية أم دولية، مهيأة لمعالجة القضايا ذات الطبيعة العابرة للحدود. وكثيراً ما أدى عدم توافر نظم من هذا القبيل إلى اتّباع نهج غير وافية بالغرض وغير متّسقة ولا يمكن التنبؤ بتطبيقها، وهي لم تؤدّ فحسبُ إلى إعاقة إنقاذ منشآت الأعمال المتعثّرة مالياً والإدارة المنصفة والكفؤة لقضايا الإعسار عبر الحدود، بل أعاقت أيضاً حماية قيمة موجودات الدائن المعسر والسعي إلى زيادتها إلى أقصى حد ممكن. وإضافة إلى ذلك، أسفرت أوجه التباين، وفي بعض الحالات التنازع، بين القوانين الوطنية عن عقبات لا ضرورة لها أمام تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية الأساسية المنشودة في إجراءات الإعسار. وكثيراً ما كان هناك افتقار إلى الشفافية، مع عدم توافر قواعد واضحة بشأن الاعتراف بحقوق الدائنين الحاليين وأولوياتهم، ومعاملة الدائنين الأجنبي، والقانون المنطبق على مسائل الإعسار عبر الحدود. وفي حين أنّ العديد من أوجه القصور هذه ظاهر أيضاً في نظم قوانين الإعسار الوطنية، فإنّ تأثيرها من المحتمل أن يكون أكبر بكثير في قضايا الإعسار عبر الحدود، وخصوصاً عندما يكون الهدف إعادة تنظيم المنشأة.

٢- وإضافة إلى قصور القوانين القائمة، فقد أضاف عدم القابلية للتنبؤ بشأن تطبيقها في الممارسة العملية، وما يقترن بذلك من تكاليف وتأخّر، بعداً آخر من جزاء انعدام اليقين يمكن أن يؤثّر على تدفق رؤوس الأموال والاستثمارات عبر الحدود. ويختلف القبول بأنواع مختلفة من الإجراءات واستيعاب المفاهيم الرئيسية والمعاملة التي يحظى بها الأطراف ذوو المصلحة في إجراءات الإعسار، ذلك أنّ إجراءات إعادة التنظيم أو الإنقاذ، على سبيل المثال، هي أكثر شيوعاً في بعض البلدان منها في بلدان أخرى. ويتباين إشراك الدائنين المضمونين، وكذلك المعاملة التي يحظون بها، في إجراءات الإعسار تبايناً كبيراً. كما اعترفت البلدان المختلفة بأنواع مختلفة من الإجراءات ذات أثر مختلف. ومن الأمثلة في سياق إجراءات إعادة التنظيم الحالات التي يتوخى فيها قانون إحدى الدول أن يواصل

^(٤٧) انظر دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه).

المدين الحائز ممارسة مهام الإدارة، بينما في قانون دولة أخرى، تُجرى فيها إجراءات إعسار متزامنة فيما يخص مدين واحد، يُستعاض عن الإدارة الحالية بإدارة أخرى، أو تُصَفَّى منشأة المدين. وقد طالب العديد من قوانين الإعسار الوطنية، فيما يتعلق بإجراءات الإعسار الخاصة بها، بتطبيق مبدأ عالمية الشمول، بهدف اتّباع إجراءات موحّدة حيث تكون الأوامر القضائية نافذة المفعول على الموجودات الكائنة في الخارج. وفي الوقت ذاته، لا تعترف تلك القوانين بمبدأ عالمية الشمول الذي تطالب به إجراءات الإعسار الأجنبية. وإضافة إلى الاختلافات بين المفاهيم الرئيسية ومعاملة المشاركين، فإنّ بعض آثار إجراءات الإعسار، مثل طلب وقف أو تعليق الدعاوى المرفوعة على المدين أو بشأن موجوداته المالية، والتي تعتبر عنصراً رئيسياً في العديد من القوانين، لا يمكن أن تُطبّق بفاعلية عبر الحدود.

٣- وفي السياق الدولي، قصرت دوماً النماذج التي وُضعت من أجل معالجة مسائل الإعسار عبر الحدود عن تناول مسألة مجموعات المنشآت على نحو مُرضٍ. فعندما نظر مجلس اللوردات في المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية في ما إذا كان ينبغي للمملكة المتحدة أن تنضم إلى الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بإجراءات الإعسار، ذكرت اللجنة في تعليقها أنّ الاتفاقية لم تتطرق إلى مجموعات الشركات—التي هي نموذج الأعمال التجارية الأكثر شيوعاً. وحتى عندما أصبحت تلك الاتفاقية لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية رقم ٢٠٠٠/١٣٤٦ المؤرّخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإعسار، ظلت تغفل تلك المسألة. وعندما نوقش نص الصك الذي أصبح قانون الإعسار النموذجي، اعتُبر تناول مسألة هذه المجموعات "مرحلة بعيدة جداً".

٤- وتوضح حالات كثيرة المشكلة الرئيسية المتعلقة بالمجموعات في السياق الدولي. فحيثما مورس العمل من خلال أعضاء مجموعة في عدد من الدول المختلفة على نحو متكامل، مثلما هو الحال بشأن مجموعات الاتصالات من قبيل KPNQwest^(٤٨) أو شركة شبكات نورتل،^(٤٩) أو المجموعات الصناعية مثل فيدرال مونغل العالمية^(٥٠) أو شركات الخدمات المالية مثل ليمان برذرز هولدينغز،^(٥١) فمن المرجح أن يؤدي الإخفاق الواسع النطاق إلى بدء عدد من

^(٤٨) كانت شركة KPNQwest مجموعة شركات اتصالات عن بُعد تمتلك وتشغّل شبكة كابلات من الألياف الضوئية تربط فيما بين عدد من بلدان أوروبية وبين تلك البلدان والولايات المتحدة. وكانت الكابلات الرئيسية مركّبة على شكل حلقات؛ فكانت شركة فرعية فرنسية تمتلك الجزء الفرنسي من الحلقة الأوروبية؛ وكانت شركة فرعية ألمانية تمتلك الجزء الألماني منها، وهلمّ جرّاً. وعندما أفلست المنشأة الأم الهولندية، اضطرت شركات فرعية عديدة إلى تقديم طلب للحصول على حماية المحاكم في مختلف الولايات القضائية التي كانت منشأة فيها. ولم يستطع أحد أن ينسّق الإجراءات، وفككت الشركة بالفعل.

^(٤٩) أُشير إليها في دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، المرفق الأول، القضية رقم ٢٨: محكمة العدل لولاية أونتاريو، تورنتو، القضية رقم 09-CL-7950 (١٤ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٩)، ومحكمة الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس لمنطقة ديلاوير، القضية رقم ٠٩-١٠١٣٨ (١٥ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٩).

^(٥٠) أُشير إليها في دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، المرفق الأول، القضية رقم ١٠: محكمة الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس لمنطقة ديلاوير، القضية رقم ٠١-١٠٥٧٨، والمحكمة العليا لإنكلترا وويلز، دائرة الاختصاص القضائي المطلق في لندن (٢٠٠١).

^(٥١) أُشير إليها في دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، المرفق الأول، القضية رقم ١٦: محكمة الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس لدائرة نيويورك الجنوبية، القضية رقم ٠٨-١٣٥٥٥ (١٧ حزيران/يونيه ٢٠٠٩).

إجراءات الإعسار المستقلة، أحيانا ما يكون بالغ الكبر، في ولايات قضائية مختلفة بشأن كل عضو من أعضاء المجموعة المعسرين. وما لم تتسق هذه الإجراءات، فمن المستبعد إعادة تنظيم المجموعة ككل وقد يلزم تفكيكها إلى أجزائها المكونة لها. والعلاقات المترابطة بين أعضاء المجموعة التي تحدد طريقة هيكله المجموعة وكيفية عملها أثناء سيرها تنفصم بوجه عام لدى الإعسار. وكثيرا ما يكون هناك توتر واضح بين نهج الكيان الاعتباري المنفصل التقليدي المتبع بشأن تنظيم الشركات وما ينطوي عليه من تبعات بالنسبة للإعسار، وتيسير إجراءات دعاوى الإعسار بشأن مجموعة شركات أو جزء من مجموعة شركات في حالة إعسار عبر الحدود بأسلوب يمكن من تحقيق هدف زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حدّ لما فيه منفعة كل الدائنين. ويؤكد تاريخ قضايا الإعسار عبر الحدود منذ قضية ماكسويل (Maxwell) في عام ١٩٩١^(٥٢) المشاكل التي تصادف عند إدارة عدد من الإجراءات المتوازية، والحاجة إلى الحلول المبتكرة التي استحدثت واعتمدت. وتناقش بعض هذه الحلول في دليل الأونسيترال العملي^(٥٣)، علماً بأن استحداث نظام تشريعي لمعالجة قضايا إعسار مجموعات المنشآت عبر الحدود يظل تحدياً لا بد من مواجهته.

٥- وجرت مناقشات مستفيضة في الآونة الأخيرة حول ما يمكن أن يشكل الأساس الذي يقوم عليه نظام قانوني يعالج مسائل إعسار مجموعات المنشآت عبر الحدود. وتضمّن بعض الاقتراحات تعديل مفهوم "مركز المصالح الرئيسية" حسبما ينطبق على دائن بمفرده لينطبق على حالة مجموعة من المنشآت، لكي يكون بالمستطاع بدء جميع الإجراءات فيما يخص أعضاء المجموعة وكذلك إدارتها في مركز واحد فقط ومن خلال محكمة واحدة وإخضاعها لقانون ناظم واحد فقط. وارتبّي في اقتراح آخر تحديداً مركز تنسيق للمجموعة، يمكن تعيينه بالرجوع إلى مكان المنشأة الأم للمجموعة، أو السماح لأعضاء المجموعة بتقديم الطلب بشأن الإعسار في الدولة التي بدأت فيها إجراءات إعسار المنشأة الأم للمجموعة.^(٥٤)

٦- غير أنّ هذه المقترحات تثير مسائل هامة وصعبة يتعلق بعضها بمحض طبيعة مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات وبكيفية تشغيلها—أي كيفية تعريف ماهية مجموعة منشآت في إطار أغراض الإعسار، وتحديد العوامل التي قد تكون مناسبة في تعيين مكان مركز المجموعة، على افتراض أنّ هنالك مركزاً واحداً فقط لكل

^(٥٢) شركة ماكسويل للاتصالات: أشير إليها في دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، المرفق الأول، القضية رقم ٢٤: محكمة الإفلاس في الولايات المتحدة لدائرة نيويورك الجنوبية، القضية رقم ٩١ B ١٥٧٤١ (١٥ كانون الثاني/يناير ١٩٩٢)، و المحكمة العليا لإنكرا وويلز، القضية رقم ٠٠١٤٠٠١ لعام ١٩٩١ (٣١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩١).

^(٥٣) انظر دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصلان الثاني والثالث.

^(٥٤) تناقش هذه المسائل ببعض التفصيل في ورقات العمل الصادرة عن الفريق العامل الخامس التابع للأونسيترال (المعنى بقانون الإعسار) (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1، الفقرتان ٥ و ٦؛ والوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1، الفقرات ٢-١٢؛ والوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4، الفقرات ٣-١٥؛ والوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2، الفقرات ٢-١٧؛ والوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2، الفقرات ٦-١٢)، وهي متاحة على العنوان التالي: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html.

مجموعة—وكذلك يتعلق بمسائل الولاية القضائية على الأعضاء المكوّنين للمجموعة، والأهلية لبدء إجراءات الإعسار، والقانون المنطبق. ويتعلق بعض المسائل الأخرى بالتحدي الخاص بالتوصل إلى اتفاق دولي واسع بشأن هذه المسائل من أجل بلوغ حل يُطبّق باتساق وعلى نطاق واسع كذلك، ويمكن أن يكون ملزماً، يجلب اليقين والقابلية للتنبؤ في حالات إعسار مجموعات المنشآت عبر الحدود.

باء- تعزيز التعاون والتنسيق عبر الحدود في حالات إعسار مجموعات المنشآت

١- مقدّمة

٧- ربما كانت الخطوة الأولى في العثور على حل للمشكلة التي تواجّه في كيفية تسهيل معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار معاملة متسقة على الصعيد العالمي، هي ضمان تطبيق ما هو موجود من المبادئ بشأن التعاون عبر الحدود على حالات إعسار مجموعات المنشآت، ذلك أنّ التعاون بين المحاكم وممثلي الإعسار في سياق إجراءات الإعسار التي تشمل مجموعات منشآت متعددة الجنسيات قد يساعد على تسهيل قابلية التنبؤ في المجال التجاري، وعلى زيادة اليقين لصالح التبادل التجاري والتجارة عموماً، وكذلك الإدارة المنصفة والناجعة للإجراءات، مما من شأنه أن يحمي مصالح الأطراف، ويزيد قيمة موجودات أعضاء المجموعة إلى أقصى حد ممكن بغية الحفاظ على العمالة وتقليل التكاليف إلى أدنى حد ممكن. ومع أنّ هنالك مجموعات من المنشآت قد يكون اللجوء بشأنها إلى إجراءات إعسار منفصلة خياراً مجدياً بسبب انخفاض مستوى الاندماج المتكامل في المجموعة واستقلال كل منشأة من المنشآت الأعضاء في المجموعة نسبياً عن الأخرى، فإنّ التعاون، بالنسبة إلى كثير من المجموعات، قد يكون هو الطريقة الوحيدة للحد من خطر تجزئة إجراءات الإعسار على نحو يُحتمل أن يؤدي إلى إهدار قيمة منشأة عاملة، وكذلك إلى اللجوء إلى ما يسمّى تسييج الموجودات بنقلها حماية لها أو إلى ترحيلها أيضاً، أو إلى لجوء المدينين إلى المفاضلة بين المحاكم.

٨- ومن القيود الواسعة الانتشار على التعاون بين المحاكم وممثلي الإعسار من ولايات قضائية مختلفة في قضايا الإعسار عبر الحدود، المعوقات الناشئة عن عدم وجود إطار تشريعي، أو عن عدم اليقين بشأن نطاق أيّ إذن تشريعي موجود، بخصوص ممارسة التعاون مع المحاكم الأجنبية وممثلي الإعسار الأجانب. ويوفر قانون الإعسار النموذجي ذلك الإطار التشريعي الذي يُعالج مسائل الوصول إلى المحاكم الأجنبية والاعتراف بإجراءات الإعسار الأجنبية ويمنح الإذن بالتعاون والتنسيق عبر الحدود فيما بين المحاكم وفيما بين المحاكم وممثلي الإعسار وفيما بين ممثلي الإعسار.^(٥٥)

^(٥٥) يعرض دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الأول، الباب باء، الفقرات ٩-١٦ مقدمة موجزة عن القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود؛ ويناقش الفصل الثاني من دليل الأونسيترال العملي أشكال التعاون الممكنة بمقتضى القانون النموذجي.

٩- غير أن أحكام قانون الإيسار النموذجي تركّز على فرادى المدينين، الذين لديهم مع ذلك موجودات في دول مختلفة، ولذا فإنّ تطبيقها محدود على مجموعات المنشآت التي لديها مدينون متعددون في دول مختلفة. ومن الاختلافات الرئيسية في حالات إيسار مجموعات المنشآت أن المحكمة في إحدى الولايات القضائية لا تتعامل بالضرورة مع المدين نفسه الذي تتعامل معه المحاكم في ولايات قضائية أخرى (مع أنه قد يكون هنالك مدين مشترك في حالة فرادى أعضاء المجموعة ممن لديهم موجودات في دول مختلفة، وهو وضع يندرج ضمن نطاق قانون الإيسار النموذجي). لكن حلقة الوصل بين الإجراءات المتوازية لا تتمثل في وجود مدين مشترك، بل في عضوية المدينين جميعاً في مجموعة منشآت واحدة. وما لم يكن وجود تلك المجموعة (وربما نطاقها) معترفاً به، أو ما لم يتسن الاعتراف به، بمقتضى القانون الوطني، فإنّ من شأن كل إجراء أن يبدو مقطوع الصلة بأي إجراء آخر، وقد لا يبدو موجب للتعاون على أساس أنه قد يتدخل في استقلال المحاكم المحلية أو قد يعتبر غير ضروري لأن كل إجراء هو في جوهره إجراء وطني. ولئن كان من الممكن في بعض الأحوال معاملة كل عضو من أعضاء المجموعة على نحو منفصل تماماً، فإنّ أفضل النتائج، بالنسبة إلى كثير من مجموعات المنشآت، يمكن تحقيقها لصالح مختلف الأعضاء من خلال إيجاد حل قائم على أساس أوسع نطاقاً، يمكن أن يكون عالمي النطاق، ويعبّر عن الأسلوب الذي تتبّعه المجموعة في تصريف أعمالها التجارية قبل بدء الإيسار ويعالج إما أجزاء متميزة من الأعمال التجارية وإما مجموعة المنشآت بكليتها، وخصوصاً متى كانت تلك الأعمال التجارية متكاملة على نحو وثيق.

١٠- ولهذه الأسباب، فإنّ من المستحسن أن يعترف قانون الإيسار بوجود مجموعات المنشآت، وبالحاجة، فيما يخص التعاون عبر الحدود، إلى التعاون بين المحاكم في البلد والمحاكم الأخرى وكذلك مع ممثلي الإيسار، لا فيما يتعلق بإجراءات الإيسار بخصوص المدين الواحد فحسب، بل فيما يخص أيضاً الأعضاء المختلفين في مجموعة المنشآت.

٢ - الوصول إلى المحاكم والاعتراف بالإجراءات الأجنبية

١١- تتسم القواعد والممارسات الحالية للمساعدة والتعاون عبر الحدود في شؤون الإيسار بشيء من التنوع، ويشمل ذلك القواعد المتصلة بالوصول إلى المحاكم والاعتراف بالإجراءات الأجنبية. ويُشترط مسبقاً في الكثير من الدول شكل ما من أشكال الاعتراف بالإجراءات الأجنبية لمواصلة المساعدة والتعاون. وللتوصّل إلى ذلك الاعتراف، يشترط عموماً أن تكون لمن يلتزم المساعدة والتعاون، سواء أكان ممثل الإيسار أو دائناً، وضعية تؤهّله لتقديم طلب إلى محكمة أجنبية. وقد يتصل الطلب بالمساعدة في وقف الإجراءات وفحص الشهود وغير ذلك من الأمور المدرجة في المادتين ٢٠ و ٢١ من قانون الإيسار

النموذجي. وقد أظهرت الجهود التي بُذلت في تحضير قانون الإعسار النموذجي الافتقار الواسع النطاق للقوانين الوطنية التي تعالج هذه المسائل والنهج المختلفة المتخذة في القوانين المشرعة. وللوصول إلى نهج موحد، يوقّر قانون الإعسار النموذجي الإطار التشريعي للوصول إلى المحاكم والاعتراف بالإجراءات الأجنبية^(٥٦)، حيث يضع شروطاً مناسبة لضمان الوصول إليها بسرعة وبطريق مباشر (المواد ٩-١٤)، ومعايير البت فيما إذا كانت الإجراءات الأجنبية إجراءات مؤهلة لأن يُعترف بها وأثر ذلك الاعتراف (المواد ١٥-٢٤). ورغم أن قانون الإعسار النموذجي محدود التطبيق في سياق مجموعات المنشآت، فمن المستصوب أن تُوقّر أيضاً لإجراءات الإعسار التي تشمل أعضاء في مجموعة منشآت واحدة ما يوقّر ذلك القانون من إمكانيات للوصول إلى المحاكم واعتراف بالإجراءات الأجنبية لفرادى الدائنين.

١٢- ويجدر بالذكر أن التعاون بين محكمة وطنية ومحكمة أجنبية أو ممثلين أجنبي^(٥٧) بالصورة المتوخاة في قانون الإعسار النموذجي لا يتطلب قراراً رسمياً سابقاً بالاعتراف بالإجراءات الأجنبية، مما يشجّع على التعاون منذ المراحل الأولى للإجراءات^(٥٨).

١٣- وقد لا يستلزم الأمر تشريعات أخرى في الدول التي لا تُشترط فيها إمكانية الوصول إلى تلك المحاكم والاعتراف بتلك الإجراءات لتسهيل التعاون. غير أن وجود أحكام من هذا القبيل قد لا يكون كافياً، إذ قد تكون الآليات المتاحة معرّقة للعمل وباهظة التكلفة ومهدرة للوقت. ولا يبرّح قيام أيّ تعاون فعال في إدارة الإجراءات المتعلقة بالمجموعات المتعددة الجنسيات إلا إذا بات الوصول إلى المحاكم والاعتراف بالإجراءات ميسراً في الوقت المناسب.

^(٥٦) يُعرّف الإجراء الأجنبي في المادة ٢ (أ) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر الحاشية ١ أعلاه) على أنه "أي إجراء قضائي أو إداري جماعي، بما في ذلك أي إجراء مؤقت، يتخذ عملاً بقانون يتصل بالإعسار في دولة أجنبية وتخضع فيه أموال المدين وشؤون مراقبة أو إشراف محكمة أجنبية لغرض إعادة التنظيم أو التصفية".

^(٥٧) يُعرّف "الممثل الأجنبي" في المادة ٢ (د) من قانون الإعسار النموذجي (انظر الحاشية ١ أعلاه) على أنه "أي شخص أو هيئة، بما في ذلك الشخص أو الهيئة المعينان على أساس مؤقت، يؤذن له أو لها، في إجراء أجنبي، بإدارة تنظيم أموال المدين أو أعماله على أسس جديدة أو تصفيتهما، أو التصرف كممثل للإجراء الأجنبي".

^(٥٨) دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (الدليل التشريعي لقانون الإعسار) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10، المرفق الثالث، الجزء الثاني، الفقرة ١٧٧.

التوصية ٢٣٩

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام الخاصة بالوصول إلى المحاكم الأجنبية والاعتراف بإجراءات الإيسار الأجنبية المتعلقة بأعضاء مجموعة منشآت هو ضمان أن يتيح القانون المنطبق هذا الوصول وذلك الاعتراف.

محتويات الأحكام التشريعية

الوصول إلى المحاكم والاعتراف بالإجراءات الأجنبية

٢٣٩- ينبغي أن ينص قانون الإيسار على ما يلي في سياق إجراءات إيسار أعضاء مجموعة منشآت:

(أ) تمكين الممثلين والدائنين الأجانب من الوصول إلى المحاكم؛

(ب) الاعتراف بالإجراءات الأجنبية، إذا كان ذلك ضرورياً بمقتضى القانون المنطبق.

جيم- أشكال التعاون الذي يشمل المحاكم

١٤- التعاون في قضايا الإيسار عبر الحدود قد يتخذ أشكالاً مختلفة وقد يشمل، حسبما هو مقترح في المادة ٢٧ من قانون الإيسار النموذجي، الاتصالات بين المحاكم، وبين المحاكم وممثلي الإيسار، وفيما بين ممثلي الإيسار أنفسهم، وكذلك استخدام اتفاقات الإيسار عبر الحدود،^(٥٩) والتنسيق بين جلسات الاستماع، والتنسيق في الإشراف على شؤون المدين وإدارتها. وفي سياق المدين الواحد، يرد النص على الإذن بالتعاون في المادتين ٢٥ و٢٦ من قانون الإيسار النموذجي. فالمادة ٢٥ تأذن للمحكمة أن تتعاون إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية، في حين تأذن المادة ٢٦ لممثل الإيسار أن يتعاون، في أثناء ممارسة وظائفه وتحت إشراف المحكمة، إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية ومع الممثلين الأجانب. وتعالج أيضاً مسألة التعاون، ضمن الاتحاد الأوروبي، بمقتضى اللائحة التنظيمية رقم ٢٠٠٠/١٣٤٦ الصادرة عن المجلس الأوروبي. فالحيثية ٢٠ تشير إلى أنه في سياق الإجراءات الرئيسية^(٦٠) والثانوية،^(٦١) يجب على القائمين بالتصفية أن يتعاونوا وتعاوناً وثيقاً فيما

^(٥٩) يُعرّف "اتفاق الإيسار عبر الحدود" في الفقرة ١٣ (ط) من دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه) (انظر المسرد والمقدمة، الباب باء) على أنه "اتفاق شفهي أو خطي يُقصد به تيسير التنسيق بين إجراءات الإيسار عبر الحدود والتعاون فيما بين المحاكم، وبين المحاكم وممثلي الإيسار، وفيما بين ممثلي الإيسار، كما يشمل أحياناً أطرافاً أخرى ذات مصلحة". ويضم دليل الأونسيترال العملي الممارسات العملية المتعلقة باستخدام هذا النوع من الاتفاقات والتفاوض بشأنها، بما في ذلك مناقشة المسائل التي يتطرق إليها عادة.

^(٦٠) يُعرّف "الإجراء الرئيسي" في قانون الإيسار النموذجي (انظر الحاشية ١ أعلاه) على أنه "أي إجراء يتم في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية".

^(٦١) يشار إلى الإجراء الثانوي في قانون الإيسار النموذجي بعبارة "الإجراء غير الرئيسي" ويُعرّف على أنه "أي إجراء، غير الإجراء الأجنبي الرئيسي، يتم في الدولة التي يوجد فيها مؤسسة للمدين بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (و) من هذه المادة"، (انظر الحاشية ١ أعلاه).

بينهم، وخصوصاً بتبادل المعلومات بقدر كافٍ. وينبغي أن تكون لدى القائم بالتصفية في الإجراءات الرئيسية القدرة على التدخل في الإجراءات الثانوية وعلى اقتراح خطة لإعادة التنظيم أو التقدّم بطلب لتعليق عملية تسييل الموجودات في سياق تلك الإجراءات. وتقرر المادة ٣١ من لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية واجباً يقع على عاتق القائم بالتصفية في سياق الإجراءات الرئيسية والثانوية في إبلاغ المعلومات، وخصوصاً المعلومات التي قد تكون وثيقة الصلة بالإجراءات الأخرى، وتتعلق بالتقدّم المحرز بشأن تقديم المطالبات والتحقق منها والتدابير الرامية إلى إنهاء الإجراءات. ولكن لا يعالج قانون الإعسار ولا لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية الحاجة إلى التعاون فيما يخص مجموعات المنشآت، في حالات تقتضي الضرورة فيها أن تكون تلك الالتزامات الخاصة بها واجبة التطبيق على نحو أوسع نطاقاً، ويكون التمييز بين الإجراءات الرئيسية وغير الرئيسية لا محل له، إلا لدى تطبيقه على الإجراءات المتعددة بخصوص عضو بمفرده من أعضاء المجموعة.

١- الاتصالات التي تجريها المحاكم

(أ) اعتبارات عامة

١٥- يشير كل من دليل اشتراع قانون الإعسار النموذجي^(١٢) ودليل الأونسيترال العملي^(١٣) إلى استحسان تمكين المحاكم، في سياق إجراءات الإعسار عبر الحدود، من الاتصال مباشرة بالمحاكم الأجنبية وبممثلي الإعسار بغية اجتناب اتباع إجراءات تقليدية تستنزف الكثير من الوقت، مثل التماسات التفويض القضائي أو غير ذلك من القنوات الدبلوماسية أو القنصلية والاتصالات عبر المحاكم العليا. وهذه القدرة تكون ذات أهمية حاسمة حينما ترتب المحاكم أنه يجدر بها أن تتصرف على نحو عاجل اجتناباً لاحتمال حدوث منازعات أو حفاظاً على قيمة الممتلكات أو لأن المسائل المراد النظر فيها تتأثر بمرور الزمن. وينبغي أن تشمل تلك القدرة على الاتصال القدرة على المبادرة بالاتصال، بطلب المعلومات أو المساعدة من المحاكم الأجنبية ومن ممثلي الإعسار، وكذلك القدرة على تلقي مثل تلك الطلبات من الخارج ومعالجتها. ومن المستصوب، حسبما ورد في الفقرة ١٢ أعلاه بشأن التعاون عموماً، ألا يعتمد الاتصال على الاعتراف الرسمي بالإجراءات الأجنبية، مما يتيح إجراء الاتصال قبل تقديم طلب الاعتراف وبغض النظر عن تقديمه.

١٦- وإن النُهج المختلفة المتخذة بشأن الاتصال بين المحاكم والأطراف قد تفتيد في إيضاح بعض المشاكل التي قد تُواجه عند السعي إلى توثيق التعاون عبر الحدود. وإضافة إلى

^(١٢) دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار (انظر الحاشية ٥٨ أعلاه)، الفقرتان ١٧٨

و١٧٩.

^(١٣) دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثاني، الفقرات ٤-١٠، والفصل الثالث،

الفقرات ١٤٦-١٨١.

مسألة وجود إذن محدّد بشأن الاتصال بين المحاكم، كثيراً جداً ما يكون هناك تردد أو إجماع من جانب المحاكم في مختلف الولايات القضائية بشأن الاتصال المباشر فيما بينها. وقد يستند ذلك التردد أو الإجماع إلى اعتبارات أخلاقية؛ أو إلى الثقافة القانونية؛ أو إلى اللغة؛ أو إلى الافتقار إلى الإلمام بالقوانين الأجنبية وتنفيذها. وقد يتعلّقان أيضاً بدواعي القلق بشأن تبعات الاتصال على استقلال القضاء واتخاذ القرارات دونما تحييز. ولدى بعض الدول نهج متحرر نسبياً تجاه الاتصال بين القضاة، بينما لا يجوز للقضاة في دول أخرى الاتصال مباشرة بالأطراف في الإعسار أو ممثليه، أو لا يجوز لهم بالفعل الاتصال بالقضاة الآخرين، لأن تلك الاتصالات قد تثير مسائل دستورية. وفي بعض الدول، تعتبر الاتصالات من جانب طرف واحد بالقاضي مألوفاً وضرورية، بينما لا تكون تلك الاتصالات مقبولة في دول أخرى. وأما داخل الدول، فقد تكون للقضاة والممارسين القانونيين آراء مختلفة تماماً بشأن مدى سلامة الاتصالات بين القضاة من دون علم الممثلين القانونيين للأطراف أو من دون مشاركتهم. ولا يرى بعض القضاة، على سبيل المثال، غضاظة في أن يجري القضاة اتصالات خاصة فيما بينهم، بينما يعارض بعض الممارسين القانونيين تلك الممارسة بشدة. وتركّز المحاكم عادةً على المسائل المعروضة عليها، وقد تحجم عن توفير المساعدة في الإجراءات ذات الصلة في دول أخرى، كما ورد أعلاه، وخصوصاً عندما لا يبدو أنّ الإجراءات التي تتولى المسؤولية عنها تنطوي على عنصر دولي مجسّد في شكل مدين أجنبي أو دائنين أجانب أو معاملات أجنبية.

١٧- وإحدى المسائل الأخرى المهمة لتسهيل التعاون بين إجراءات الإعسار التي تمس أعضاء مجموعات المنشآت قد تكون مسألة قدرة المحاكم أو استعدادها بشأن الأخذ بنظرة عالمية النطاق بخصوص الأعمال التجارية للمدين، وملاحظة ما يحدث في إجراءات قضايا الإعسار في ولايات قضائية أخرى فيما يخص مديناً واحداً أو أعضاء آخرين في المجموعة الواحدة. وقد يتسم هذا بأهمية بالغة متى كان من المرجح أن يكون لما يحدث في تلك الولايات القضائية الأخرى تأثير على الصعيد الوطني (مثلاً بخصوص الموظفين المحليين وغير ذلك من مسائل السياسة العامة الاجتماعية). ومعرفة الإجراءات الأجنبية أو الإلمام بها لن يغيّر من الصلاحيات التي تملكها المحاكم بموجب القانون الوطني، ولكنهما مع ذلك قد يؤثران في النهج الذي تتبعه المحكمة في الإجراءات المحلية، وفي مدى استعدادها للتسيق بين تلك الإجراءات وبين الإجراءات الأجنبية. غير أنّ ممكن التحدي هو في حصول المحكمة على المعلومات الضرورية عن عمليات المدين على النطاق العالمي وعن إجراءات الإعسار المترامنة التي تلزم لتسهيل التسيق، ولا سيما حينما ينطوي ذلك على الحصول على منفذ للمعلومات والسجلات التي تؤلف جزءاً من إجراءات للإعسار في ولايات قضائية أخرى بشأن مدينين مختلفين، وإن كانوا مع ذلك أعضاء في مجموعة المنشآت نفسها. ومن ثم فإنّ الشق الأول هو الحصول على منفذ للمعلومات ذات الصلة. والشق الثاني هو إتاحة الانتفاع بها في الإجراءات المحلية. وقد يكون أحد النهج المتبعة في ذلك السماح بتقديم أدلة مستندية مناسبة، أو بمثول محام ممارس أجنبي أو ممثل إعسار أجنبي لأعضاء المجموعة ذات الصلة بالموضوع أمام المحكمة المحلية. وعلى الرغم من هذه

الصعوبات، من المستحسن أن تكون المحكمة قادرة على أخذ العلم بالإجراءات الأجنبية التي قد تؤثر في الإجراءات المحلية بشأن المجموعة نفسها، ولا سيما متى التمس حل عالمي لمجموعة المنشآت.

١٨- ويمكن لإقامة الاتصالات في قضايا الإعسار عبر الحدود التي تشمل مجموعات منشآت أن تسهّل مسار الإجراءات عبر الحدود بطرائق عديدة. فهي على سبيل المثال قد تساعد الأطراف على فهم تبعات القانون الأجنبي أو تطبيقه فهماً أفضل، وخصوصاً فهم الاختلافات أو جوانب التداخل التي قد تؤدي، في حال عدم فهمها، إلى التقاضي؛ وتيسير تسوية المسائل من خلال حل يأتي عن طريق التفاوض ويكون مقبولاً للجميع؛ وحضّ الأطراف على الاستجابة بتصرفات أكثر موثوقية، وذلك باجتباب أيّ تحيُّز كامن أو تحريف يثير الخصومة قد يتبديان عندما يعرض الأطراف دواعي القلق الخاصة بهم في الولايات القضائية التي يتبعونها. وقد تخدم أيضاً المصالح الدولية بتيسير تكوين فهم أفضل من شأنه أن يساعد على تشجيع الأعمال التجارية الدولية والمحافظة على القيمة التي كانت ستُفقد، لولا ذلك، في حال اتباع إجراءات قضائية مجرّاة. وقد يصعب استبانة بعض المنافع المحتملة في البداية، ولكنها قد تتضح فور أن يتم الاتصال بين الأطراف. وقد تكشف الاتصالات عبر الحدود، على سبيل المثال، عن واقعة أو إجراء ما يُبيِّنان فعلاً التسوية الأفضل للقضية، وربما يهيئان، على المدى الأبعد، دافعا إلى إصلاح القوانين.

١٩- وينبغي أن تُتبع في الاتصالات فيما بين القضاة أو غيرهم من الأطراف المعنية طرائق إجرائية سليمة لضمان أن يكون الاتصال شفافاً وفعالاً وموثوقاً به. وعلى مستوى عام، قد يكون من المناسب النظر فيما إذا كان ينبغي للاتصالات أن تعامل باعتبارها مسألة بديهية أو ملاذاً أخيراً؛ وما إذا كان يجوز للقاضي أن يدعو إلى اتباع مسار معين في الإجراءات؛ وكذلك، فيما يتعلق بالشروط التي قد تنطبق على الاتصالات، ومنها مثلاً الشروط المذكورة أدناه، سواء إذا ما كان ينبغي أن تطبق على جميع القضايا أم إذا كان يمكن أن تكون هناك استثناءات في هذا الخصوص. وفي حين أنه ينبغي منح المحاكم صلاحية تقديرية واسعة في ممارسة الاتصال بالهيئات المناظرة الأجنبية، لا ينبغي أن تكون مطالبة بالقيام باتصالات تعتبرها غير مناسبة في ملاسبات حالة معيّنة. وتتعلق مسألة أخرى بموضوع الاتصالات، وخصوصاً ما إذا كان من الممكن أن تقتصر الاتصالات على معالجة المسائل الإجرائية أم يمكن أن تتناول مسائل جوهرية أيضاً. ويأخذ بعض القضاة بالرأي القائل بأنه يمكنهم مناقشة مسائل إدارة الدعوى، ومسائل التوقيت، واستخدام الاتفاقات العابرة للحدود، وتحديد المحاكم التي قد تسوي مسائل معينة، ولكن لا يمكنهم تناول المسائل الجوهرية التي تمس حيثيات القضية.

(ب) وسائل الاتصال

٢٠- يجوز إبلاغ المعلومات بعدة طرق، ومنها مثلاً بتبادل الوثائق (مثل نسخ الأوامر الرسمية والأحكام والآراء وأسباب القرارات ومحاضر وقائع الدعوى والإقرارات وسائر

الأدلة)، أو قد يجري ذلك شفويًا. وقد تكون وسيلة الإبلاغ هي البريد أو الفاكس أو البريد الإلكتروني أو أي وسائل إلكترونية أخرى، أو الهاتف، أو التداول بالاتصالات المرئية، تبعاً لما هو متاح وميسور التكلفة في الدول المشمولة في الاتصالات، وتبعاً لما هو مناسب أو لازم في كل حالة. ويجوز أن تُقدّم نسخ من الاتصالات المكتوبة إلى الأطراف وفقاً لأحكام الإشعار المنطبقة. ويمكن أن تُجرى الاتصالات مباشرة بين القضاة أو بين موظفي المحاكم أو بواسطتهم (أو عن طريق وسيط تعينه المحكمة — انظر الفقرة ٣٧ أدناه) أو بين ممثلي الإفسار، رهناً بالقواعد المحلية. كما إنَّ تطور تكنولوجيات الاتصال الجديدة يدعم مختلف جوانب التعاون والتنسيق، مع احتمال التقليل من حالات التأخر، ويسهّل الاتصال الشخصي المباشر، حسبما يكون مناسباً. ومع تزايد حالات التقاضي العالمية، فإنَّ أساليب الاتصالات المباشرة هذه يجري استخدامها بقدر متزايد. وقد فُضِّل استخدام وسيلة التداول بالاتصال المرئي، مثلاً في عدد من الحالات على المداولات الهاتفية، لأنها توفر قدراً معقولاً من التحكم في العملية الإجرائية وتيسر تنظيم الاتصالات بطريقة منضبطة، حيث يمكن للمشاركين سماع كل منهم الآخر ورؤيته؛ وهو جانب محوري في إجراءات القضايا في المحاكم عموماً. ولكن لعدم كون هذه التكنولوجيات متاحة لدى كل المحاكم، فمن المستحسن التركيز على كيفية تسهيل الاتصالات لكي تلائم احتياجات القضية المعينة، بدلاً من التركيز على استخدام أي تكنولوجيا بعينها.

(ج) وضع قواعد أو إجراءات تُتَّبَع بشأن الاتصالات فيما بين المحاكم

٢١- في أيّ قضية بعينها، سوف يكون من المستحسن أن تُحدّد، حسبما يكون مناسباً للولايات القضائية المعنية ووفقاً للقانون المنطبق، الإجراءات المتبعة التي تخضع لها الاتصالات فيما بين المحاكم حرصاً على إقامة التوازن بين مصالح مختلف الأطراف وضمان عدم وقوع غبن على أحد بأي نحو جوهري. وقد تتناول الإجراءات: الأطراف المراد إبلاغهم بالاتصال المقترح بإشعار يُوجّه إليهم (مثلاً، كل الأطراف ذوي المصلحة وممثليهم القانونيين)؛ والأشخاص المسموح لهم بالمشاركة في الاتصال وما يُطبّق على ذلك من قيود؛ والمسائل المراد النظر فيها؛ وما إذا كان للأطراف نوايا واحدة أو فهم واحد فيما يتعلق بالاتصالات؛ وتنظيم الاتصالات وتوقيتها؛ وتسجيل الاتصالات؛ وأي تدابير احترازية من شأنها أن تطبّق على حماية حقوق الأطراف الموضوعية والإجرائية؛ ولغة الاتصالات وأي حاجة لاحقة إلى ترجمة المستندات المكتوبة أو ترجمة الاتصالات الشفوية (ومن يتحمل التكاليف الإدارية)؛ وأساليب الاتصالات المقبولة؛ ومعالجة الاعتراضات على الاتصالات المقترحة؛ ومسائل الحفاظ على السرية والشفافية.

٢٢- ويجوز للمحاكم أن تعتمد مبادئ توجيهية، مثل المبادئ التوجيهية بشأن الاتصالات فيما بين المحاكم،^(٦٤) وذلك بغية معالجة بعض من هذه المسائل المذكورة. والقصد من هذه المبادئ التوجيهية، عادة، تعزيز الاتصالات التي تتسم بالشفافية بين المحاكم، والسماح للمحاكم التابعة للولايات القضائية المختلفة بالاتصال كل منها بالأخرى، من دون تغيير القواعد أو الإجراءات الداخلية الواجب تطبيقها، أو المساس بالحقوق الجوهرية لأي طرف مشمول في إجراءات الدعوى المرفوعة أمام المحكمة، أو الانتقاص من تلك الحقوق.

'١' وقت الاتصال ومكانه وأسلوبه

٢٣- من ناحية عامة، يُستحسن أن تُبشّر الاتصالات في أوقات وأماكن وأساليب تُقرر على نحو مشترك فيما بين المحاكم وممثلي الإعسار وسائر الأطراف ذوي المصلحة، حسبما ينطبق الأمر. ولا ينبغي بالضرورة أن يتولى القضاة مباشرة إعداد هذه الترتيبات، بل يمكن أن يشارك في إعدادها موظفو المحاكم ذوو الصلة.

'٢' الإشعار بالاتصال المقترح

٢٤- في إجراءات الإعسار التي تشمل مجموعات منشآت متعددة الجنسيات، لا بد من تحقيق توازن بين تسهيل الاتصال بأسلوب عملي ومريح وحماية نزاهة الاتصال، وذلك بضمان إجراءاته في إطار من الانفتاح والشفافية. وقد تمسّ الاتصالات بين المحاكم بمختلف الأطراف، وقد يكون من الصعب، وحتى من غير العملي في كثير من الأحيان، التيقن من هوية كل أولئك الأطراف، بمن فيهم، على سبيل المثال، الدائنون. وعلاوة على ذلك، فإنّ الولايات القضائية المشمولة قد تعمل بمقتضى قواعد مختلفة بشأن توجيه الإشعار، مما يؤثر في مسائل التوقيت وهوية المتلقين (أي قد لا يحق لجميع الأطراف ذوي المصلحة تلقي إشعار بمسائل معينة). ولذلك فإنّ واحداً من الأسئلة الرئيسية سوف يتعلق بتحديد الأطراف الذين ينبغي إشعارهم بأيّ من الاتصالات المقترحة وفقاً للقانون المنطبق ويقدر ما يمكن تنسيقه من الاشتراطات القائمة في القوانين المختلفة. وإن عدم وجود قواعد واضحة بشأن كيفية مباشرة هذه المسألة يُحتمل أن يسبب تأخراً وتضارباً في قيمة الموجودات، وبخاصة متى كان من اللازم أن يؤدي الاتصال إلى تسوية منازعات أو اجتناب وقوعها، أو أن يعالج موضوع التنسيق في مسائل معينة، مثل بيع الموجودات أو تقديم المطالبات والتحقق منها.

٢٥- وقد يساعد عموماً على توجيه الإشعار اللجوء إلى التعاون فيما بين مختلف المحاكم من أجل إعداد قائمة بالأطراف الذين يلزم إشعارهم، والتي قد تشمل الأطراف الذين يحق لهم تلقي إشعار بما تقوم به أيّ محكمة من عمل يتعلق بإجراءات الإعسار، بما في ذلك

^(٦٤) المبادئ التوجيهية الجائز تطبيقها على الاتصالات فيما بين المحاكم في القضايا العابرة للحدود، التي نشرها معهد القانون الأمريكي (١٦ أيار/مايو ٢٠٠٠)، واعتمدها معهد الإعسار الدولي (١٠ حزيران/يونيه ٢٠٠١)، متاحة على الموقع الشبكي: <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>.

الاتصالات^(٦٥) ومن الجائز القيام بالتنسيق بشأن توجيه الإشعار من خلال نظام إلكتروني أو موقع شبكي يمكنه أن يُسهل تتبع أيّ تغييرٍ في هوية الأشخاص الذين يحق لهم تلقي إشعار في كثير من إجراءات الإعسار، مما ينتج، على سبيل المثال، عن إحالة المطالبات أو مقايضتها، وأن يقلل إلى أدنى حد من التكاليف المرتبطة بتوجيه الإشعارات؛ وأن يُراعى الاختلافات في القوانين الواجب تطبيقها بشأن توجيه الإشعارات. غير أنه لا بد أيضاً من أن توضع في الاعتبار مسائل اللغة وإمكانية الدخول إلى المواقع الحاسوبية والحفاظ على السرية، التي يمكن أن تطرأ في هذا الخصوص.

'٣' الحق في المشاركة

٢٦- بغية كفالة مصداقية الاتصالات والأطراف التي تشملها على نحو مباشر، وكذلك الإنصاف والشفافية، من المستحسن أن تُبأشر الاتصالات بأسلوب يتسم بالانفتاح بشأن مشاركة الأطراف ذات الصلة، بدلاً من الاقتصار على طرف واحد.

٢٧- ولكن حسبما ورد أعلاه، هنالك حاجة إلى الموازنة بين تلك المقترضات والجوانب العملية لتنظيم الاتصالات والقيام بها. وقد يقتضي هذا الحد من عدد المشاركين بجعله مقصوراً على الأطراف ذوي المصلحة. وعلى الرغم من أنّ معايير مختلفة قد تحكم مسألة تحديد الشخص الذي يجوز اعتباره طرفاً ذا مصلحة^(٦٦) في الملابس الخاصة للدعوى أو الاتصالات المذكورة، فمن الممكن بوجه عام افتراض أنّ الأطراف الرئيسيين ذوي المصلحة يشملون الدائن (حيثما كان الدائن الحائز) أو ممثل الإعسار أو الممثل القانوني ذا الصلة. ولئن كان من الممكن أن يكون المبدأ العام في هذا الشأن هو أنّ لأولئك الأطراف ذوي المصلحة تحديداً الحق في المشاركة، فقد يكون من المستصوب أن يكون للمحاكم الحق في أن تحدد، عند الاقتضاء، من ينبغي له المشاركة في أيّ حالة معينة لضمان سير العملية بطريقة تيسر إدارتها وتحقق لها الفعالية.

'٤' تسجيل الاتصالات باعتبارها جزءاً من سجل الإجراءات

٢٨- لضمان المزيد من الشفافية في الاتصالات فيما بين المحاكم، يمكن أن يسمح قانون الإعسار بتسجيل أيّ اتصال وتفرغ كتابته. ومن الجائز اعتبار النص المفرغ جزءاً من محضر الوقائع ويجوز أن يتاح بهذا الوصف بوجه عام، على الأقل إلى أولئك المشاركين في الاتصال وممثلهم القانونيين أو بصورة أوسع، وفقاً للقواعد المنطبقة على إتاحة سجلات المحاكم من هذا القبيل.

(٦٥) انظر المبدأ التوجيهي ١٢ بشأن الاتصالات فيما بين المحاكم.

(٦٦) يُعرّف "الطرف ذو المصلحة" في الفقرة ١٢ (دد) من مسرد المصطلحات الرئيسي (انظر المقدمة، الباب "باء" من دليل الأونسيترال التشريعي (انظر الحاشية ٣ أعلاه)).

٥' السرية

٢٩- من الناحية العامة، ينبغي أن تكون الاتصالات بين المحاكم المشمولة في إجراءات الإعسار المتوازية ذات الصلة بأعضاء مجموعة متعددة الجنسيات، شفاقة بقدر الإمكان لكفالة إنصاف الأطراف المشمولين واجتناب إثارة حوافز تدفع الأطراف إلى اللجوء إلى التحوط من احتمال حصول نتيجة تتعارض مع مصلحتهم. ومن ثم فإنَّ من المستحسن ألا تُعامل المعلومات على أنها معلومات سرية لغير سبب سوى أنها تجري في سياق عبر الحدود.

٣٠- غير أنَّ الكثير من المعلومات ذات الصلة بالمدينين وشؤونهم التي يلزم النظر فيها وتبادلها في إجراءات الإعسار التي تشمل مجموعات منشآت متعددة الجنسيات، قد يتسم من الناحية التجارية بالحساسية أو السرية أو قد يكون خاضعاً لالتزامات مستحقة لأشخاص آخرين (كالأسرار التجارية ومعلومات البحث والتطوير والمعلومات عن الزبائن). وقد تكون المعلومات من هذا القبيل حساسة بصفة خاصة في حالة مدين خاضع لإجراءات إعادة التنظيم، حيث إنَّ مواصلة قدرته على تسيير أعماله في السوق وحماية قيمتها قد تقتضي الحفاظ على سرية المعلومات. ووفقاً لذلك، فإنَّ استعمال تلك المعلومات قد يحتاج إلى تروُّ مع تقييد كشفها بضوابط مناسبة لمنع أيِّ أطراف ثالثة من استغلالها على نحو غير منصف.

٣١- وقد يكون لدى الولايات القضائية المشمولة في إجراءات دعاوى الإعسار ذات الصلة بأعضاء مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات قواعد موضوعية مختلفة بشأن سرية المعلومات والإذن بكشفها للأطراف. ويلزم أن توضع تلك الاختلافات في الحسبان عند النظر في مسألة الاتصالات عبر الحدود وكيفية القيام بها وتسجيلها، وذلك بغية السماح للمحاكم بالتوصل إلى اتفاق بشأن تدابير الحماية الضرورية للامتثال للقانون الواجب تطبيقه.

٣٢- ومن الجائز أيضاً معالجة مسألة سرية المعلومات ضمن اتفاق بشأن الإعسار عبر الحدود،^(١٧) يمكن أن تُقرر فيه الاشتراطات الخاصة بإمكانية الوصول إلى تلك المعلومات، بما في ذلك استخدام الاتفاقات الخاصة بالسرية.

٦' تكاليف الاتصالات

٣٣- قد تكون مسألة تكاليف الاتصالات واحداً من الاعتبارات الهامة، وبخاصة حيثما وجدت أطراف كثيرة تمسها القضية، وحيثما استخدمت وسيلة اتصال تترتب عليها، في بعض الدول، تكاليف مرتفعة نسبياً، كالمداولة بالاتصالات المرئية. وعلاوة على ذلك، قد

^(١٧) انظر دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثالث، الفقرات ١٦٨-١٧١؛ ودليل الأونسيترال التشريعي (انظر الحاشية ٣ أعلاه)، الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٢٨ و٥٢ و١١٥، والتوصية ١١١ المتعلقة بالالتزامات الخاصة بسرية المعلومات في إجراءات الإعسار.

يؤدي استخدام لغات متعددة إلى تعقيد الاتصالات، مع ما ينطوي عليه ذلك من تبعات خاصة بالتكاليف متى استلزم الأمر ترجمة الوثائق وتوفير الترجمة الفورية في الاتصالات الشفهية. ومن ثم سوف يكون من المهم تقرير كيفية تحميل هذه التكاليف على إجراءات الإعسار ذات الصلة أو كيفية قسمتها فيما بينها. وإذا ما اقتضى ذلك استرداد التكاليف فيما يخص بعض الأطراف، فينبغي أن يكون واضحاً كيف يجري ذلك وبأي عملة.

٧' تأثير الاتصالات

٣٤- في الأحوال التي تتصل فيها محكمة ما بمحكمة أجنبية في سياق إجراءات دعوى إعسار عبر الحدود، ينبغي أن يوضح قانون الإعسار أن مجرد حدوث الاتصال لا يعني ضمناً أن له مفعولاً موضوعياً يؤثر في سلطة المحكمة أو صلاحياتها، أو المسائل المعروضة عليها، أو الأوامر التي تصدرها، أو حقوق ومطالبات الأطراف المشاركة في الاتصال. ووجود نص شرطي من هذا النحو يطمئن الأطراف بأن الاتصالات بين السلطات المشمولة في إجراءات الإعسار لن تضر بحقوقهم، أو تؤثر في سلطة واستقلال المحكمة التي يمثلون أمامها. ومن المرجح أيضاً أن يقلل من احتمالات الاعتراض على الاتصال المزمع إجراؤه، وأن يزود المحاكم وممثليها بقدر أكبر من المرونة في التعاون فيما بينها. كما أنه قد يكفل عدم تجاوز المحاكم وممثليها في الأداء حدود سلطات المحاكم والممثلين عند الاتصال بالنظر في الولايات القضائية المختلفة. وعلى الرغم من هذا الشرط، ينبغي تمكين المحاكم من التوصل صراحة إلى اتفاق حول طائفة من الأمور، من بينها إقرار اتفاق بشأن الإعسار عبر الحدود.

٢- التنسيق بشأن موجودات المدين وشؤونه

٣٥- كثيراً ما يتطلب تسيير إجراءات الإعسار عبر الحدود فيما يخص مجموعات المنشآت الاستمرار في استخدام موجودات من حوزات الإعسار المختلفة أو تسييلها أو التصرف فيها في أثناء سير الإجراءات. والتنسيق بشأن ذلك الاستخدام أو التسييل أو التصرف من شأنه أن يساعد على اجتناب وقوع منازعات وضمان أن ينصب التركيز على تحقيق المنفعة لجميع الأطراف ذوي المصلحة، وخصوصاً في سياق إعادة التنظيم. وعلى سبيل المثال، قد يكون واحد من أعضاء مجموعة منشآت هو المورد الحصري لمشتريات عضو آخر، أو لديه حصراً سلطة التحكم بمورد رئيسي من الموارد التي يستخدمها عضو آخر، بحيث يكون لإجراءات الإعسار فيما يخص واحداً من أولئك الأعضاء عواقب شديدة على استمرار عمل المجموعة كلها. وقد يشمل التنسيق بشأن موجودات المدين وشؤونه المحاكم وممثلي الإعسار على السواء. وقد يتطلب بعض المسائل استصدار موافقة معينة من المحاكم، في حين قد يتسنى معالجة مسائل أخرى بالاتفاق بين ممثلي الإعسار.

٣٦- وقد يشمل بعض المسائل التي ينبغي النظر فيها لتيسير هذا التنسيق ما يلي: موقع مختلف الموجودات وتعيين الولاية القضائية التي تخضع لها؛ وتحديد القانون الذي يحكم الموجودات والأطراف المسؤولة عن تحديد الكيفية التي يمكن بها استخدامها أو التصرف فيها (مثل ممثل الإعسار أو المحاكم، أو ممثل المدين في بعض الحالات). بما في ذلك إجراءات الموافقة اللازمة؛ والمدى الذي يمكن فيه التشارك في المسؤولية عن تلك الموجودات فيما بين مختلف الأطراف في الدول المختلفة أو توزيع تلك المسؤولية فيما بينهم؛ والكيفية التي يمكن بها الحصول على المعلومات الخاصة بأعمال المدينين المختلفين في الولايات القضائية المختلفة وتبادلها لضمان التنسيق والتعاون؛ والمسار المرحلي الذي ينبغي أن تتطور فيه إجراءات القضية. وقد يكون التنسيق ذا صلة بالتحري عن موجودات المدين والنظر في إجراءات الإبطال المحتملة، وتقييد قدرة المدين على نقل الموجودات إلى مواضع لا يطولها أي من المحكمة أو ممثل الإعسار. وقد يتطلب أيضاً أن تقوم المحاكم بتحديد الهيئة القضائية المثلى لمعالجة مسألة بعينها، مثل بيع موجودات معينة أو التصرف فيها، وأن تُحيل إلى تلك الهيئة البت في تلك المسألة أو غيرها إلى الحد الذي يسمح به القانون.^(٣٨)

٣- تعيين ممثل للمحكمة^(٣٩)

٣٧- من الجائز أن تُعين محكمة ما ممثلاً لها من أجل تسهيل التنسيق في إجراءات الإعسار التي تخص أعضاء مجموعة منشآت وتُسير في ولايات قضائية مختلفة. وقد تُسند إلى ذلك الشخص عدة مهام وظيفية ممكنة متنوعة وفق توجيهات المحكمة، على ألا يعتبر ممثل إعسار آخر أو بديلاً لممثل إعسار موجود. وقد تشمل وظائف الممثل الممكنة: القيام بدور حلقة الوصل بين المحاكم وممثلي الإعسار المعنيين، وبخاصة حينما تطرأ مسائل اللغة؛ وإعداد اتفاق بشأن الإعسار عبر الحدود بالتشاور مع الأطراف المعنيين؛ والتشجيع على تسوية المسائل بتوافق الآراء بين الأطراف؛ وتيسير تدفق المعلومات بين مختلف الإجراءات؛ وضمان توجيه إشعار بخصوص شؤون معينة معروضة أمام المحاكم إلى جميع الأطراف ذوي المصلحة (مثل الأعضاء الآخرين في مجموعة المنشآت، أو الدائنين، أو المحاكم الأجنبية، أو ممثلي الإعسار). ويجوز للمحكمة القائمة بالتعيين أن تنظر في المؤهلات المطلوبة لأداء الوظائف التي ستوكل إلى الممثل، وكذلك في المسائل المتنازع بشأنها، كما أنها سوف تعتمد عادة على تبيان الشروط التي بمقتضاها يُؤذن للشخص المعين بالتصرف ومدى الصلاحيات المخولة له. ويجوز تعيين ممثل لغرض محدد، مثل التفاوض حول اتفاق بشأن الإعسار عبر الحدود أو للقيام بوجه أعم بطائفة من الوظائف المذكورة أعلاه. ومن الجائز أن يكون مطلوباً من ذلك الشخص أن يقدم تقارير بانتظام إلى المحكمة أو المحاكم المشمولة في إجراءات الإعسار، وكذلك إلى الأطراف.

^(٣٨) ترد مناقشة مسألة توزيع المسؤولية عن بعض إجراءات العمل المعينة بين المحاكم المختلفة ومسألة الإحالة في دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثاني، الفقرات ١٨-٢٠؛ والفصل الثالث، الفقرات ٥٩-٧٤.

^(٣٩) انظر دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثاني، الفقرتان ٢ و٣.

٤- تنسيق جلسات الاستماع

٣٨- جلسات الاستماع التي قد تُوصف في صيغ متنوعة بأنها مشتركة أو متزامنة أو منسقة ("جلسات الاستماع المنسقة")^(٧٠) يمكن أن تعزز على نحو ملحوظ الكفاءة في إجراءات دعاوى الإعسار المتوازية التي تشمل أعضاء مجموعة منشآت متعددة الجنسيات، وذلك بجمع الأطراف ذوي المصلحة المعنيين معا في وقت واحد لتبادل المعلومات والمناقشة وتسوية المسائل المعلقة أو المنازعات المحتملة، بغية اجتناب المفاوضات المطوّلة وما ينتج عنها من حالات تأخر في المهل الزمنية. غير أن ما يحتاج إلى تأكيد فيما يخص هذا النوع من جلسات الاستماع هو أنه ينبغي لكل محكمة أن تتوصل إلى اتخاذ قرارها هي على نحو مستقل ودونما تأثير من أي محكمة أخرى. وفي حين أن جلسات الاستماع من هذا النوع قد تكون ملائمة نسبياً لتنظيمها في إطار وطني لضمان التنسيق بين الإجراءات فيما يخص مختلف أعضاء مجموعة المنشآت، فإنها يمكن أن تكون معقدة جداً من حيث تأمين كل ما يلزم لتنظيمها في إطار دولي، فيما يُحتمل أن يشمل اختلاف اللغات ومناطق التوقيت الزمنية والقوانين والإجراءات المتبعة والتقاليد القضائية. وقد تؤدي بالنتيجة إلى طريق مسدود، وذلك على سبيل المثال إذا لم تكن اختصاصات السلطات المشاركة في جلسة الاستماع متفقا عليها أو مقررّة بدقة.

٣٩- ومع أن جلسات الاستماع من هذا النوع يُحتمل أن تكون صعبة التنظيم، فقد درج استخدامها فيما بين بعض الدول التي تتشارك في اللغة وفي التقاليد القانونية وفي مناطق التوقيت الزمنية، وحققت النجاح في تسوية مسائل عسيرة بما عاد بالنفع على جميع الأطراف المعنية.^(٧١) وقد تستخدم جلسات الاستماع من هذا النوع على نطاق أوسع في المستقبل، بالاقتران مع إجراءات وضمانات احترازية مناسبة تساعد على توشي العناية في التخطيط واجتتاب التعقيدات. ومن الجائز أن تعالج القواعد الإجرائية، على سبيل المثال، مسائل استخدام طريقة عقد اجتماعات قبل جلسات الاستماع؛ وتسيير جلسات الاستماع، بما في ذلك اللغة المراد استخدامها والحاجة إلى الترجمة الشفوية؛ ومقتضيات تقديم الإشعارات؛ وطرائق الاتصال المراد استخدامها لكي تستطيع المحاكم أن تستمع كل منها إلى الأخرى على نحو متزامن؛ والشروط الواجب تطبيقها على حق الأطراف في المتول أمام المحكمة للاستماع إلى دعواهم؛ والوثائق التي يجوز تقديمها؛ والمحاكم التي يجوز للمشاركين تقديم الوثائق إليها؛ وطريقة تقديم الوثائق إلى المحكمة وإتاحتها إلى المحاكم الأخرى؛ ومسألة السرية؛ واقتصار الولايات القضائية لكل محكمة على الأطراف الماثلة أمامها؛^(٧٢) وإصدار القرارات.

^(٧٠) نوقشت هذه الأنواع من الجلسات في دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثالث، الفقرات ١٥٤-١٥٩.

^(٧١) انظر، على سبيل المثال، قضايا شركة كيبكور وورلد المتحدة، محكمة مونتريال العليا، الشعبة التجارية (كندا)، القضية رقم ٥٠٠-١١-٢٢٢٣٨-٠٨٥، ومحكمة الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس للدائرة الجنوبية من ولاية نيويورك، القضية رقم ٠٨-١٠١٥٢ (٢٠٠٨)، وشركة سلوف-إكس كندا المحدودة وسلوف-إكس كوربوريشن، شعبة محكمة ألبرتا في كوينز، القضية رقم ٩٧٠١-١٠٠٢٢ (٢٨ كانون الثاني/يناير ١٩٩٨)، ومحكمة الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس لمنطقة نيومكسيكو، القضية رقم 11-97-14362-MA (٢٨ كانون الثاني/يناير ١٩٩٨). ويرد المزيد من تفاصيل هذه القضايا في دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، المرفق الأول، القضية رقم ٣٦ والقضية رقم ٤٠.

^(٧٢) انظر، على سبيل المثال، قانون الإعسار النموذجي (انظر الحاشية ١ أعلاه)، المادة ١٠.

٤٠- وتتص بعض المبادئ التوجيهية والاتفاقات التي تتناول هذه الأنواع من جلسات الاستماع، على أنه بغية التخطيط على أفضل نحو لإدارة شؤون هذه الجلسات بأسلوب منظم، ينبغي للمحاكم أو الأشخاص الذين تعيّنهم أو ممثلي الإعسار الحرص على الاتصال مع نظرائهم الأجانب قبل عقد جلسة الاستماع من أجل وضع مبادئ توجيهية فيما يتصل بكل المسائل الإجرائية والإدارية والتمهيدية. ولدى اختتام جلسة استماع، يجوز للسلطات المعنية مواصلة الاتصال فيما بينها لتقييم مضمون الجلسة والتباحث بشأن الخطوات التالية (بما في ذلك عقد جلسات استماع إضافية)، وتطوير المبادئ التوجيهية أو تعديلها فيما يخص جلسات الاستماع المقبلة، والنظر فيما إذا كان ممكناً عملياً أو مسوّغاً اللجوء إلى إصدار أوامر مشتركة، وتحديد كيف ينبغي تسوية مسائل إجرائية معينة أثرت في جلسة الاستماع.^(٧٣)

التوصيات ٢٤٠-٢٤٥

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام التشريعية بشأن التعاون فيما يشمل المحاكم في سياق مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات هو ما يلي:

(أ) الإذن بالتعاون بين المحاكم التي تباشر إجراءات الإعسار ذات الصلة بأعضاء مجموعة منشآت مختلفين في دول مختلفة وتيسيره؛

(ب) الإذن بالتعاون بين المحاكم وممثلي الإعسار المعيّنين لإدارة تلك الإجراءات المختلفة وتيسيره؛

(ج) تسهيل وترويج استخدام أشكال مختلفة من التعاون من أجل التنسيق بين إجراءات دعاوى الإعسار فيما يخص مختلف أعضاء مجموعات المنشآت في مختلف الدول، ووضع الشروط والتدابير الاحترازية التي ينبغي أن تسري على تلك الأشكال من التعاون حماية للحقوق الموضوعية والإجرائية للأطراف، وسلطة المحاكم واستقلالها.

محتويات الأحكام التشريعية^(٧٤)

التعاون بين المحكمة والمحاكم الأجنبية أو ممثلي الإعسار الأجانب^(٧٥) (الفقرتان ١٤ و ٣٧)

٢٤٠- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح للمحكمة التي لها اختصاص بشأن إجراءات الإعسار المتعلقة بأحد أعضاء مجموعة منشآت بأن تتعاون إلى أقصى مدى ممكن مع المحاكم الأجنبية

^(٧٣) انظر أيضا دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثاني، الفقرة ١٥، والفصل الثالث، الفقرات ١٥٤-١٥٩؛ والمبدأ التوجيهي ٩ (هـ) الخاص بالاتصالات فيما بين المحاكم (انظر الحاشية ٦٤ أعلاه).

^(٧٤) يقصد من هذه التوصيات الخاصة بالتعاون الإباحة، لا التوجيه، وهي متسقة مع المادتين المقابلتين من قانون الإعسار النموذجي (انظر الحاشية ١ أعلاه)، الفقرة ١ من المادة ٢٥ والفقرة ١ من المادة ٢٦.

^(٧٥) انظر الحاشية ٥٧ بشأن تعريف "الممثل الأجنبي".

أو ممثلي الإعسار الأجنب، إما مباشرة وإما من خلال ممثل الإعسار أو شخص آخر معين ليتصرف بناء على توجيهات المحكمة لتسهيل التنسيق بين تلك الإجراءات وإجراءات الإعسار التي بُدئت في دول أخرى فيما يخص أعضاء مجموعة المنشآت نفسها.

التعاون إلى أقصى مدى ممكن فيما يشمل المحاكم (الفقرة ١٤)

٢٤١- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص تحديداً على ممارسة التعاون إلى أقصى مدى ممكن بين المحكمة والمحاكم الأجنبية أو ممثلي الإعسار بأي وسائل مناسبة، بما في ذلك على سبيل المثال:

(أ) إبلاغ المعلومات بأي وسيلة تراها المحكمة مناسبة؛ بما يشمل تزويد المحكمة الأجنبية أو ممثل الإعسار الأجنبي بنسخ مما تصدره المحكمة أو ما هو محفوظ أو سيحفظ لديها من وثائق تتعلق بأعضاء مجموعة المنشآت الخاضعين لإجراءات الإعسار، أو المشاركة في الاتصالات مع المحكمة الأجنبية أو ممثل الإعسار الأجنبي؛

(ب) التنسيق في إدارة شؤون أعضاء مجموعة المنشآت الخاضعين لإجراءات الإعسار والإشراف عليها؛

(ج) تعيين شخص أو هيئة للتصرف بناء على توجيهات المحكمة؛

(د) الموافقة على الاتفاقات الخاصة بتنسيق إجراءات الإعسار، أو تنفيذها، وفقاً للتوصية ٢٥٤.

الاتصال المباشر بين المحكمة والمحاكم الأجنبية أو ممثلي الإعسار الأجنبي^(٧٦)
(الفقرات ١٥-٢٠)

٢٤٢- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح للمحكمة التي لها اختصاص بشأن إجراءات الإعسار المتعلقة بعضو في مجموعة منشآت بأن تتصل مباشرة بالمحاكم الأجنبية أو بممثلي الإعسار الأجنب، أو أن تطلب معلومات أو مساعدة مباشرة من تلك المحاكم أو أولئك الممثلين فيما يتعلق بتلك الإجراءات وإجراءات الإعسار التي بُدئت في دول أخرى بشأن أعضاء مجموعة المنشآت نفسها، بغية تيسير تنسيق تلك الإجراءات.

^(٧٦) انظر قانون الإعسار النموذجي (انظر الحاشية ١ أعلاه)، الفقرة ٢ من المادة ٢٥، والفقرة ٢ من المادة ٢٦.

التوصيات ٢٤٠-٢٤٥ (تابع)

الشروط الواجب تطبيقها على الاتصالات عبر الحدود فيما يشمل المحاكم (الفقرات ٢١-٢٣)

٢٤٢- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص تحديداً على أن تكون الاتصالات فيما بين المحاكم وبين المحاكم وممثلي الإعسار الأجانب خاضعة للشروط التالية:

(أ) أن يُحدد وقت الاتصال ومكانه وأسلوبه بالاتفاق فيما بين المحاكم أو بين المحاكم وممثلي الإعسار الأجانب؛

(ب) أن يوجّه إشعار بأي اتصال مقترح إلى الأطراف ذوي المصلحة وفقاً للقانون المنطبق؛

(ج) أن يحق لممثل الإعسار أن يشارك شخصياً في الاتصال. ويجوز للطرف ذي المصلحة أن يشارك في الاتصال وفقاً للقانون المنطبق وعندما ترى المحكمة أن تلك المشاركة مناسبة؛

(د) يجوز تسجيل الاتصال وإعداد محضر حريفي به حسب توجيهات المحاكم. ويجوز معاملة المحضر على أنه محضر رسمي لذلك الاتصال وحفظه كجزء من سجل الإجراءات؛

(هـ) ينبغي ألا تُعامل الاتصالات بين المحاكم على أنها سرية إلا في حالات استثنائية بالقدر الذي تراه المحاكم مناسباً ووفقاً للقانون المنطبق؛

(و) ينبغي أن تراعى الاتصالات القواعد الإلزامية الخاصة بالولايات القضائية المشمولة في الاتصالات، وكذلك الحقوق الموضوعية والإجرائية للأطراف ذوي المصلحة، وخصوصاً سرية المعلومات.

تأثير الاتصالات (الفقرة ٣٤)

٢٤٤- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص تحديداً على أن أيّ اتصال يشمل المحاكم يجب ألا يُؤوّل ضمناً على أنه:

(أ) حل توفيقى أو تنازل من المحكمة عن أيّ صلاحيات أو مسؤوليات أو سلطات؛ أو

(ب) حسم موضوعي لأيّ مسألة معروضة على المحكمة؛ أو

(ج) تنازل من أيّ من الأطراف عن أيّ من حقوقه الموضوعية أو الإجرائية؛ أو

(د) يقلل من مفعول أيّ من الأوامر الصادرة عن المحكمة.

التنسيق بشأن جلسات الاستماع (الفقرات ٣٨-٤٠)

٢٤٥- قد يسمح قانون الإعسار للمحكمة بتنظيم جلسة استماع بتنسيق مع محكمة أجنبية. وفي الأحوال التي تكون فيها جلسات الاستماع منسّقة، قد تخضع لشروط معينة تصون حقوق الأطراف الموضوعية والإجرائية وتصون الولاية القضائية لكل محكمة. ويمكن أن تتناول تلك الشروط القواعد الواجب تطبيقها على تنظيم جلسة الاستماع؛ والمتطلبات المتعلقة بتوجيه الإشعار؛ وطريقة الاتصال التي ينبغي استخدامها؛ والشروط الواجب تطبيقها على حق الطرف في أن يمثّل أمام المحكمة وأن يُستمع إليه؛ وأسلوب تقديم الوثائق إلى المحكمة وإتاحتها إلى المحاكم الأجنبية؛ واقتصار ولاية كل محكمة على الأطراف الماثلة أمامها.^(٧٧) وعلى الرغم من تنسيق الجلسات تظل كل محكمة مسؤولة عن التوصل إلى قرارها هي بشأن المسائل المعروضة أمامها.

دال - أشكال التعاون الذي يشمل ممثلي الإعسار

١ - تعزيز التعاون

٤١- حسبما ورد في الجزء الثاني، الفصل الثالث، بدءاً من الفقرة ٣٥، يؤدي ممثل الإعسار دوراً محورياً في تنفيذ قانون الإعسار على نحو يحقق الفعالية والكفاءة، ويتولى مسؤولية يومية عن إدارة شؤون حوزة موجودات المدين المشمولة في قضية الإعسار. وهكذا، فإنّ من شأن ممثلي الإعسار أن يقوموا بدور رئيسي في ضمان التنسيق الناجح بين إجراءات إعسار متعددة تتعلق بأعضاء مجموعات منشآت، وذلك من خلال التعاون فيما بينهم ومع المحاكم المعنية. وبغية الوفاء بهذا الدور، يحتاج ممثل الإعسار، وكذلك المحكمة، لإذن مناسب للقيام بالمهام اللازمة، مثل تبادل المعلومات وتنسيق إدارة شؤون المدين والإشراف عليها يومياً، والتفاوض على اتفاقات الإعسار عبر الحدود.

٤٢- وكما ورد آنفاً، لا يمكن لترتيبات التعاون والتنسيق هذه أن تقلل أو تلغي واجبات ممثلي الإعسار بمقتضى القانون الذي ينظم تعيينهم.

^(٧٧) انظر أيضاً قانون الإعسار النموذجي (انظر الحاشية ١ أعلاه)، المادة ١٠.

التوصيات ٢٤٦-٢٥٠

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام التشريعية بشأن التعاون فيما بين ممثلي الإعسار وبين ممثلي الإعسار والمحاكم الأجنبية في سياق مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات هو ما يلي:

(أ) الإذن بالتعاون فيما بين ممثلي الإعسار المعيّنين لإدارة إجراءات الإعسار المتعلقة بأعضاء مختلفين في مجموعة منشآت في دول مختلفة وبين أولئك الممثلين للإعسار والمحاكم الأجنبية، وتيسير ذلك التعاون؛

(ب) تسهيل وترويج استخدام مختلف أشكال التعاون فيما بين أولئك الممثلين للإعسار وبينهم والمحاكم الأجنبية، وتقرير الشروط والتدابير الاحترازية التي ينبغي أن تسري على تلك الأشكال من التعاون لحماية الحقوق الموضوعية والإجرائية للأطراف ذوي المصلحة.

محتويات الأحكام التشريعية

التعاون بين ممثلي الإعسار والمحاكم الأجنبية

٢٤٦- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح لممثل الإعسار المعين لإدارة إجراءات الإعسار المتعلقة بعضو في مجموعة منشآت، لدى ممارسة وظائفه ورهنًا بإشراف المحكمة، بأن يتعاون إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية لتسهيل التنسيق بين تلك الإجراءات وإجراءات الإعسار التي تبدأ في دول أخرى بخصوص أعضاء مجموعة المنشآت نفسها.

التعاون فيما بين ممثلي الإعسار

٢٤٧- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح لممثل الإعسار الذي يُعين لإدارة إجراءات إعسار تتعلق بعضو في مجموعة منشآت، لدى ممارسة وظائفه ورهنًا بإشراف المحكمة، بأن يتعاون إلى أقصى حد ممكن مع ممثلي الإعسار الأجانب^(٧٨) المعيّنين لإدارة إجراءات الإعسار التي تبدأ في دول أخرى فيما يخص أعضاء مجموعة المنشآت نفسها، بغية تيسير تنسيق تلك الإجراءات.

الاتصال المباشر بين ممثلي الإعسار والمحاكم الأجنبية

٢٤٨- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح لممثل الإعسار الذي يُعين لإدارة إجراءات الإعسار المتعلقة بعضو في مجموعة منشآت، لدى ممارسة وظائفه ورهنًا بإشراف المحكمة، بأن يتصل

^(٧٨) انظر الحاشية ٥٧ أعلاه فيما يتعلق بتعريف الممثل الأجنبي الذي قد يشمل ممثلاً للإعسار يعين بصفة مؤقتة.

مباشرة بالمحاكم الأجنبية أو أن يطلب معلومات أو مساعدة مباشرة من تلك المحاكم فيما يتعلق بتلك الإجراءات وإجراءات الإعسار التي تبدأ في دول أخرى بشأن أعضاء مجموعة المنشآت نفسها، بغية تيسير تنسيق تلك الإجراءات.

الاتصال المباشر فيما بين ممثلي الإعسار

٢٤٩- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح لممثل الإعسار الذي يُعيّن لإدارة إجراءات إعسار تتعلق بعضو في مجموعة منشآت، لدى ممارسة وظائفه ورهناً بإشراف المحكمة، بأن يتصل مباشرة بممثلي الإعسار الأجنبي المعيّنين لإدارة إجراءات الإعسار التي تبدأ في دول أخرى بشأن أعضاء مجموعة المنشآت نفسها، بغية تيسير تنسيق تلك الإجراءات.

التعاون إلى أقصى حد ممكن بين ممثلي الإعسار

٢٥٠- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص تحديداً على ممارسة التعاون إلى أقصى حد فيما بين ممثلي الإعسار بأي وسيلة مناسبة، بما في ذلك ما يلي:

(أ) تبادل المعلومات الخاصة بأعضاء مجموعة المنشآت الخاضعين لإجراءات الإعسار والإفصاح عنها، شريطة اتخاذ ترتيبات مناسبة لحماية المعلومات السرية؛

(ب) استخدام اتفاقات الإعسار عبر الحدود،^(٧٩) وفقاً للتوصية ٢٥٣؛

(ج) توزيع المسؤوليات بين ممثلي الإعسار، بما في ذلك تولي أحد ممثلي الإعسار دوراً تنسيقياً؛

(د) التنسيق بشأن إدارة شؤون أعضاء مجموعة المنشآت 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؛ واستخدام صلاحيات الإبطال؛ والاتصال بالدائنين واجتماعاتهم؛ وتقديم المطالبات وقبولها، بما يشمل المطالبات داخل المجموعة الواحدة؛ وصرف دفعات توزيع للدائنين؛

(هـ) التنسيق بشأن اقتراح خطط إعادة التنظيم والتفاوض عليها.

^(٧٩) انظر دليل الأونسيرال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الذي يجمع الممارسات المتبعة بخصوص استخدام هذه الاتفاقات والتفاوض بشأنها، بما في ذلك مناقشة المسائل التي يُتطرق إليها عادة.

٢- تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه

٤٣- من الجائز تناول مسألة تعزيز التنسيق أيضاً من خلال تعيين ممثل الإعسار بالنظر، على سبيل المثال، في تعيين ممثل الإعسار نفسه أو ممثل إعسار وحيد في إجراءات إعسار متعددة تمس أعضاء في مجموعة واحدة في دول مختلفة، عندما يفي ذلك الشخص (سواء أكان طبيعياً أم اعتبارياً) بالاشتراطات المحلية المنطبقة (انظر الفقرات ١٣٩-١٤٥ من الفصل الثاني أعلاه فيما يخص الإجراءات الوطنية). وبالإضافة إلى الفوائد التي قد يجلبها هذا التعيين إلى الإجراءات الوطنية المتعددة، يمكنه أن ييسر في السياق الدولي التعاون بشدة بين مختلف الإجراءات وإعادة تنظيم المجموعة ككل.

٤٤- وكما ورد أعلاه فيما يتعلق بالسياق الوطني، يلزم النظر في طبيعة المجموعة، بما يتضمن مستوى التكامل بين أعضائها وهيكل عملها، عند البت فيما إذا كان من المناسب تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه. ومن المستصوب بشدة كذلك أن تتوافر في أي شخص يعين بتلك الصفة الخبرة الفنية المناسبة والمعرفة بالشؤون الدولية في مجال الإعسار (انظر الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٣٦-٤٧ ولا سيما الفقرة ٣٩) وأن تخضع تلك الخبرة والمعرفة لفحص دقيق قبل تعيينه لضمان أن يكون مناسباً لأعضاء مجموعة المنشآت المعنية وأعمالها التجارية. ومن المستصوب ألا يعين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة عضوين أو أكثر من أعضاء المجموعة إلا إذا كان تعيينه من مصلحة إجراءات الإعسار.

٤٥- يكون ذلك الشخص، حيثما أمكن تعيينه، خاضعاً للقانون المحلي للدول التي يُعَيَّن فيها، وخصوصاً فيما يتعلق بالمؤهلات والترخيص (حيثما ينطبق ذلك) والصلاحيات والواجبات وإشراف المحكمة. وبناء عليه، يكون ممثل الإعسار خاضعاً لأحكام محلية واحدة على غرار أي ممثل إعسار يُعَيَّن في إحدى تلك الدول.

٤٦- ويمكن أن يُختار لأجل هذا التعيين شخص طبيعي مؤهل للتصرف في دول مختلفة أو شخص اعتباري، عندما يكون لدى الشخص الاعتباري ضمن موظفيه أو أعضائه أشخاص مؤهلون يمكن أن يقوموا بمهام ممثلي الإعسار في عدد من الدول المختلفة. ومع أن توافر أولئك الأشخاص المؤهلين قد يكون محدوداً عموماً، فقد تكون هنالك مناطق يكون فيها ذلك التعيين أكثر شيوعاً أو قد يكون من شأن عوامة التجارة والخدمات أن تزيد من إمكانية القيام به.^(٨٠)

^(٨٠) انظر دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثالث، الفقرة ١٠ (ي)، التي تشير إلى قضايا تتعلق بمنطقة هونغ كونغ الإدارية الخاصة التابعة للصين وجزر فيرجن البريطانية وبرمودا.

٤٧- وحيثما يُتَّبَع نهج من هذا النحو، قد تستدعي الحاجة النظر في وضع أحكام بشأن اجتناب أيّ تضارب محتمل في المصالح. وقد يطرأ ذلك التضارب في المصالح عندما يكون لأعضاء مجموعة المنشآت الذين يمثلهم ممثل إعسار وحيد مصالح مختلفة بشأن مسألة معينة، ومن ذلك على سبيل المثال التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو التحقق من المطالبات أو قبولها، ولا سيما، المطالبات داخل المجموعة، أو عندما تكون التزامات ممثل الإعسار، بموجب قوانين مختلفة خاصة بالإعسار، متضاربة تضارباً مباشراً. ومن الجائز معالجة تلك الحالات بالطريقة نفسها المذكورة أعلاه بخصوص تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه في السياق الوطني (الفصل الثاني، الفقرة ١٤٤ أعلاه والتوصية ٢٣٣).

التوصيتان ٢٥١ و ٢٥٢

الغرض من الأحكام التشريعية

إن الغرض من الأحكام التشريعية بشأن تعيين ممثل الإعسار في سياق مجموعات المنشآت المتعددة الجنسيات، من واقع الحرص على تعزيز الكفاءة والفعالية في إدارة إجراءات الإعسار المتعلقة بأعضاء ينتمون إلى مجموعة منشآت واحدة في دول مختلفة، إنما يتمثل فيما يلي:

- (أ) الإذن بتعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة إجراءات متعددة متى رأت المحكمة أنّ تعيينه يراعي على أفضل وجه مصلحة إجراءات الإعسار ذات الصلة؛
- (ب) معالجة أيّ تضارب في المصالح قد ينشأ متى عُيِّن ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه.

مضمون الأحكام التشريعية

تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه (الفقرات ٤٣-٤٦)

٢٥١- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح للمحكمة في الحالات المناسبة بأن تتسّق مع المحاكم الأجنبية مسألة تعيين ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة إجراءات الإعسار التي تخص أعضاء مجموعة المنشآت نفسها في دول مختلفة، شريطة أن يكون ممثل الإعسار مؤهلاً لتعيينه في كل من الدول ذات الصلة بالقضية. ويخضع ممثل الإعسار لإشراف كل من المحاكم التي عيّنته، وفق ما يقتضيه القانون المنطبق.

تضارب المصالح (الفقرة ٤٧)

٢٥٢- ينبغي لقانون الإعسار أن ينص تحديداً على التدابير اللازمة لمعالجة ما قد ينشأ من تضارب في المصالح عندما يُعَيَّن ممثل إعسار وحيد أو ممثل الإعسار نفسه لإدارة شؤون إجراءات الإعسار الخاصة باتّنين أو أكثر من أعضاء مجموعة منشآت في دول مختلفة. ومن الجائز أن تشمل تلك التدابير تعيين ممثل إعسار إضافي في واحد أو أكثر.

هاء- استخدام اتفاقات الإعسار عبر الحدود

٤٨- تواجه الأوساط المعنية بأمور الإعسار الضرورة اليومية إلى التعامل مع قضايا الإعسار والسعي إلى التنسيق في إدارة شؤون قضايا الإعسار عبر الحدود مع عدم وجود قوانين ميسرة وطنية أو دولية معتمدة على نطاق واسع، ولذا فقد لجأت إلى استحداث اتفاقات الإعسار عبر الحدود. وتُبحث هذه الاتفاقات بتفصيل في دليل الأونسيترال العملي. وهي اتفاقات مُصمَّمة لمعالجة المسائل التي تنشأ في سياق قضايا الإعسار عبر الحدود، وذلك لتسهيل العمل على تسويتها بكفاءة من خلال التعاون بين المحاكم والمدین وسائر الأطراف ذوي المصلحة عبر حدود الولايات القضائية، وزيادة عمليات تسييل الموجودات لمصلحة الدائنين الذين يُحتمل أن يكونوا في ولايات قضائية متنافسة. وإن استخدامها يمكن أن يخفِّض فعلاً تكاليف اللجوء إلى التقاضي، ويمكِّن الأطراف من التركيز على سير إجراءات الإعسار، بدلاً من التركيز على تسوية مسائل تنازع القوانين وغيرها من النزاعات المشابهة. وعلاوة على ذلك، فإنَّ الاتفاقات من هذا النوع، بالإضافة إلى فائدتها في توضيح توقعات الأطراف، يمكن أن تساعد في الحفاظ على موجودات المدین، بل في زيادة قيمتها إلى أقصى حد أيضاً. ويتبين حتى الآن من الممارسة العملية أنَّ المحاكم عادة ما تقر الاتفاقات من هذا النوع، ولكن قد يقرها أيضاً الدائنون أو لجانهم كاتفاقات تعاقدية بين أطراف موقعة.^(٨١)

٤٩- وتُبرم اتفاقات الإعسار عبر الحدود، بصفة عامة، لغرض تيسير التعاون على الصعيد الدولي والتنسيق بين إجراءات دعاوى الإعسار المتعددة في دول مختلفة. وتكون عادة مصممة للمساعدة في إدارة تلك الإجراءات، والغرض منها هو تجسيد المواءمة بين المسائل الإجرائية بدلاً من المسائل الموضوعية بين الولايات القضائية المشمولة فيها (وإن كان يجوز لهذه الاتفاقات أن تعالج المسائل الموضوعية في ظروف محدودة). وهي تختلف في شكلها (الكتابية مقابل الشفوية) ونطاقها (من العامة إلى المحددة) ويجوز أن تبرمها أطراف مختلفة. وقد تركز الاتفاقات العامة البسيطة على ضرورة قيام تعاون وثيق بين الأطراف، من دون أن تعالج قضايا محددة، في حين أنَّ الاتفاقات المحددة التي هي أكثر تفصيلاً تضع إطاراً من المبادئ التي تحكم إجراءات دعاوى الإعسار المتعددة.

٥٠- ويمكن اعتبار تلك الاتفاقات عقوداً مبرمة بين موقعين أو، في حالة الإقرار من المحكمة، يمكن أن تحصل على الصفة القانونية للأمر القضائي. ويجوز أن تشمل الاتفاقات مسألة أو أكثر، ولا يوجد ما يمنع الأطراف من أن تبرم عدة اتفاقات مع تقدّم سير الإجراءات لمعالجة المسائل المختلفة التي تنشأ. وليس من غير الشائع مثلاً وجود اتفاقات تعالج الاتصالات العامة والتعاون في بداية إجراءات الإعسار، ثم تتبعها اتفاقات محددة بشأن الإجراءات المتعلقة بالمطالبات في مرحلة لاحقة. ولذا، فإنَّ إبرام الاتفاق الخاص بالإعسار عبر الحدود غير محدود بمدة زمنية، مثل قبل بدء الإجراءات. ولئن كان من المحبذ بالتأكيد إبرام تلك الاتفاقات في مرحلة متقدّمة من الإجراءات من أجل معالجة

^(٨١) دليل الأونسيترال العملي (انظر الحاشية ٢ أعلاه)، الفصل الثالث، الفقرات ٢١-٢٣.

الاستثناءات وتوفير الوضوح، فقد يبرم اتفاق في مرحلة متأخرة عندما تنشأ مسائل معينة تشير إلى الحاجة إلى التعاون. وقد تعدل الاتفاقات أيضاً رهناً بأي أحكام في الاتفاق الخاص بالتعديل.

٥١- وحسبما هو مذكور أعلاه، يجوز ألا تتضمن الاتفاقات الخاصة بالإعسار عبر الحدود إلا على مبادئ عامة بشأن كيفية تناول مسائل التعاون والتنسيق، أو قد تعالج أيضاً مسائل محددة تبعاً لاحتياجات القضية المعيّنة بذاتها والمسائل المراد تسويتها. وتشمل المسائل التي تُعالج عادة كل المسائل التالية أو بعضاً منها:

(أ) توزيع المسؤولية عن مختلف جوانب تسيير الإجراءات وإدارتها بين مختلف المحاكم المشمولة فيها وبين ممثلي الإعسار المعنيين، بما في ذلك القيود المفروضة على سلطة التصرف من دون موافقة المحاكم الأخرى أو ممثلي الإعسار؛

(ب) إتاحة سبل الانتصاف والتنسيق بشأنها؛

(ج) التنسيق في استرداد الموجودات بما يعود بالنفع على الدائنين عموماً، في حالة نشوء مطالبات بشأن موجودات عضو في المجموعة خاضع لإجراءات إعسار في دولة مختلفة؛

(د) تقديم المطالبات ومعالجتها؛

(هـ) استخدام الموجودات والتصريف فيها؛

(و) طرائق الاتصال، بما في ذلك اللغة والتواتر والوسائل؛

(ز) توجيه الإشعار؛

(ح) التنسيق والمواءمة بين خطط إعادة التنظيم؛

(ط) المسائل المتعلقة تحديداً بالاتفاق، بما في ذلك تعديله وإنهاؤه وإيقافه ونفاذ مفعوله وتسوية المنازعات؛

(ي) إدارة الإجراءات، وخصوصاً فيما يتعلق بحالات وقف الإجراءات، أو الاتفاق بين الأطراف على عدم اتخاذ تدابير قانونية معينة؛

(ك) اختيار القانون الواجب تطبيقه بخصوص المسائل المتداخلة؛

(ل) توزيع المسؤوليات بين الأطراف في الاتفاق؛

(م) التكاليف والأجور؛

(ن) التدابير الاحترازية.

٥٢- وتتعلق التدابير الاحترازية في العادة بضمنان خلو الاتفاقات من أي حالات خروج عن استقلال المحاكم وسلطتها وعن السياسة العامة والقانون الواجب تطبيقه، وخصوصاً بشأن أي التزامات يتعهد بها ممثل الإعسار أو الأطراف، بمن في ذلك المدين، في الاتفاق.

٥٣- وقد أخذ يزداد شيوع هذا النوع من الاتفاقات، وبخاصة في بعض الدول المعينة، وما فتئت تُستخدم بنجاح في أحوال مختلفة، ومنها مثلاً إجراءات إعادة تنظيم وتصفية متزامنة في دول مختلفة؛ وإجراءات رئيسية وغير رئيسية، بحسب تعريفها في قانون الإعسار النموذجي؛^(٨٧) وإجراءات دعاوى إعسار متزامنة مع إجراءات غير مرتبطة بالإعسار في دول مختلفة. غير أنه ينبغي أن يُلاحظ أنه في حين قد يسمح القانون الخاص بالإعسار في بعض الدول المعينة للمحاكم بأن توافق على الاتفاقات عبر الحدود بخصوص المدين نفسه (وعلى سبيل المثال، من خلال اللجوء إلى أحكام قانونية متناظرة مع أحكام المادة ٢٧ من قانون الإعسار النموذجي)، فإن ذلك الإذن الممنوح قد لا يمتد بالضرورة ليشمل استخدام هذه الاتفاقات في السياق الخاص بمجموعات المنشآت. ومن ثم فإن ما قد يكون لازماً لتسهيل إيجاد الحلول على الصعيد العالمي للصعوبات المالية التي تواجه مجموعة منشآت (سواء أكان ذلك من خلال عملية إعادة تنظيم على النطاق العالمي أم كان من خلال توليفة تجمع بين إجراءات مختلفة)، فهو اتفاق على التنسيق بين إجراءات متعددة فيما يخص مدينين مختلفين في دول مختلفة، وإن كانوا أعضاء في المجموعة نفسها. وقد تفتقر قوانين كثيرة إلى الأحكام الضرورية لتمكين محكمة ما من الموافقة أو الاعتراف اللازمين لاتفاق لا يتعلق بالمدينين الخاضعين لولاياتها القضائية فحسب، بل يتعلق بالمدينين غير الخاضعين لها أيضاً، حتى إذا كانوا أعضاء في مجموعة المنشآت نفسها.

٥٤- ولذلك فإن من المستحسن لتعزيز التعاون عبر الحدود أن يأذن أي قانون بشأن الإعسار للأطراف المعنيين - أي ممثلو الإعسار وغيرهم من الأطراف ذوي المصلحة - باللجوء إلى إبرام اتفاقات بشأن الإعسار عبر الحدود فيما يخص مختلف أعضاء مجموعة منشآت في دول مختلفة، وأن يسمح للمحاكم بالموافقة على تلك الاتفاقات أو تنفيذها، مع النظر بعين الاعتبار إلى السياق الخاص بمجموعة المنشآت. وينبغي أن يُلاحظ أن الدول المختلفة قد يكون لديها مقتضيات مختلفة تتعلق بالشكل لا بد من مراعاتها لكي تكون الاتفاقات نافذة المفعول في الولايات القضائية ذات الصلة بالقضية.

التوصيتان ٢٥٣ و ٢٥٤

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام التشريعية بشأن اتفاقات الإعسار عبر الحدود هو ضمان ما يلي:

(أ) أن يسمح القانون الخاص بالإعسار باللجوء إلى استخدام هذه الاتفاقات لتسهيل التعاون بشأن إجراءات الإعسار في دول مختلفة، فيما يخص أعضاء مجموعة المنشآت الواحدة؛

(ب) أن يأذن للمحاكم بأن توافق عليها، حسبما يكون مناسباً.

^(٨٧) للاطلاع على تعاريف هذه المصطلحات، انظر الحاشيتين ٦٠ و ٦١.

محتويات الأحكام التشريعية

الإذن بإبرام اتفاقات الإعسار عبر الحدود (الفقرات ٤٨ و ٥٠ و ٥٣ و ٥٤)

٢٥٣- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح لممثلي الإعسار وسائر الأطراف ذوي المصلحة بإبرام اتفاق للإعسار عبر الحدود يشمل اثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة منشآت في دول مختلفة، تيسيراً للتنسيق بين إجراءات الإعسار المتعلقة بأولئك الأعضاء في تلك المجموعة.

الموافقة على اتفاقات الإعسار عبر الحدود أو تنفيذها (الفقرتان ٥٣ و ٥٤)

٢٥٤- ينبغي لقانون الإعسار أن يسمح للمحاكم بأن تقر أو تنفذ اتفاقات الإعسار عبر الحدود، الشاملة لاثنين أو أكثر من أعضاء مجموعة منشآت في دول مختلفة، التي تُبرم تيسيراً للتنسيق بين إجراءات الإعسار المتعلقة بأولئك الأعضاء في تلك المجموعة.

المرفق الرابع

مقرّر لجنة الأمم المتحدة
للقانون التجاري الدولي بشأن الجزء الثالث
وقرار الجمعية العامة ٢٤/٦٥

ألف- مقرّر اللجنة

اعتمدت اللجنة، في جلستها ٩١٨، المعقودة في ١ تموز/يوليه ٢٠١٠، المقرّر التالي:

إنّ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

إذ تسلّم بأنّ نظم الإعسار الفعّالة بات يزداد النظر إليها باعتبارها وسيلة لتشجيع التنمية الاقتصادية والاستثمار، فضلاً عن تعزيز نشاط تنظيم المشاريع والحفاظ على العمالة،

وإذ تلاحظ أنه، نظراً لتزايد أعمال الشركات، على الصعيدين الوطني والدولي على السواء، من خلال مجموعات المنشآت، يُعدّ تشكيل مجموعات المنشآت سمة من سمات الاقتصاد العالمي المتزايد العولمة وبعده، من ثمّ، مهمّاً للتبادل التجاري الدولي والمعاملات التجارية الدولية،

وإذ تسلّم بأنّ من المهم، عندما تفشل أعمال مجموعة منشآت، ليس معرفة كيف ستُعامل المجموعة في إجراءات الإعسار فقط بل من المهم أيضاً ضمان أن تسهّل تلك المعاملة سرعة وكفاءة سير إجراءات الإعسار، لا أن يعرقلها،

وإذ تدرك أنّ دولاً قليلة جداً تعترف بمجموعة المنشآت باعتبارها كيانياً قانونياً، إلاّ بطرائق محدودة ولأغراض محدّدة، وأنّ القليل جداً من الدول، إنّ وجد، لديه نظام شامل لمعاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار،

وإذ تلاحظ أنّ دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار^(١) يوفّر أساساً سليماً لتوحيد قوانين الإعسار، ويشكّل العناصر الرئيسية لإطار قانوني تجاري حديث، ولكنه مع ذلك لا يتناول إعسار مجموعات المنشآت،

^(١) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05/V.10.

وإذ تستذكر الولاية المسندة إلى الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) لاستكمال دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار بأحكام تتعلق بمعاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار،

وإذ تقدّر ما قدّمته المنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية العاملة في مجال إصلاح قوانين الإعسار من دعم لصوغ جزء إضافي من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار يتناول معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار، ومشاركتها في صوغ ذلك الجزء،

وإذ تعرب عن تقديرها للفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) على الأعمال التي قام بها في صوغ الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار بشأن معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار،

١- تعتمد الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار، المؤلّف من نص الوثيقتين Add.1 و A/CN.9/WG.V/WP.92 والتتقيحات التي وافق عليها الفريق العامل في دورته الثامنة والثلاثين (بصيغتها الواردة في الوثيقتين A/CN.9/708 و A/CN.9/691، والتعديلات التي اعتمدها اللجنة في دورتها الحالية، وتأذن للأمانة بأن تحرّر نص الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار وتضعه في صيغته النهائية في ضوء مداوات اللجنة؛

٢- تطلب إلى الأمين العام أن يحيل نص الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار إلى الحكومات والهيئات المهتمة الأخرى؛

٣- توصي بأن تستخدم جميع الدول دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار لتقييم الكفاءة الاقتصادية لنظمها الخاصة بقوانين الإعسار، وأن تنظر إلى الدليل بعين الاعتبار لدى تنقيح أو اعتماد تشريعات ذات صلة بالإعسار، وتدعو الدول التي استخدمت الدليل إلى إبلاغ اللجنة بذلك؛

٤- توصي أيضاً بأن تواصل جميع الدول النظر في تنفيذ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود؛^(ب)

٥- توصي بأن يواصل القضاة الاختصاصيون والممارسون في مجال الإعسار وغيرهم من أصحاب المصلحة المعنيين بإجراءات الإعسار عبر الحدود إيلاء الاعتبار الواجب لدليل الأونسيترال العملي بشأن التعاون في مجال الإعسار عبر الحدود.

باء- قرار الجمعية العامة ٢٤/٦٥

٢- في ٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠، اتخذت الجمعية العامة القرار التالي:

^(ب) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.99.V.3.

الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار

إنَّ الجمعية العامة،

إذ تشير إلى قرارها ٢٢٠٥ (د - ٢١) المؤرَّخ ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦ الذي أنشأت بموجبه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بهدف تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي لمصلحة جميع الشعوب، ولا سيما شعوب البلدان النامية،

وإذ تشير أيضاً إلى قرارها ٤٠/٥٩ المؤرَّخ ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤ الذي يوصي باستخدام دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار،^(٤)

وإذ تسلَّم بأنَّ نظم الإعسار الفعَّالة بات يزداد النظر إليها باعتبارها وسيلة لتشجيع التنمية الاقتصادية والاستثمار ولتعزيز نشاط تنظيم المشاريع والحفاظ على العمالة،

وإذ تلاحظ أنه، نظراً لتزايد أعمال الشركات، على الصعيدين الوطني والدولي على السواء، من خلال مجموعات المنشآت، يُعدُّ تشكيل مجموعات المنشآت سمة من سمات الاقتصاد العالمي المتزايد العولمة ويُعدُّ، من ثمَّ، أمراً مهماً للتبادل التجاري الدولي والمعاملات التجارية الدولية،

وإذ تسلَّم بأنه، في حالة فشل أعمال مجموعة الشركات، ليس من المهم معرفة الكيفية التي ستعامل بها المجموعة في إجراءات الإعسار فحسب وإنما أيضاً ضمان أن تسهل تلك المعاملة سرعة وكفاءة سير إجراءات الإعسار، لا أن تعرقلها،

وإذ تدرك أنه، باستثناء بعض الطرق المحدودة والأغراض المحددة، لا تعترف سوى دول قليلة للغاية بمجموعة الشركات باعتبارها كياناً قانونياً، وأن القليل جداً من الدول، إن وجد، لديه نظام شامل لمعاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار،

وإذ تلاحظ أنَّ دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار يوفِّر أساساً سليماً لتوحيد قوانين الإعسار ويشكل في الوقت نفسه العناصر الرئيسية لإطار قانوني تجاري حديث، لكنه لا يتناول إعسار مجموعات المنشآت،

وإذ تقدِّر ما قدَّمته المنظمات الحكومية الدولية والمنظمات الدولية غير الحكومية العاملة في مجال إصلاح قوانين الإعسار من دعم لصوغ جزء إضافي من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار يتناول معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار، ومشاركتها في صوغ ذلك الجزء،

(٤) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.05.V.10.

- ١- تعرب عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لاضطلاعها بوضع واعتماد الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار بشأن معاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار؛^(د)
- ٢- تطلب إلى الأمين العام أن يحيل نص الجزء الثالث من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار إلى الحكومات والهيئات المهتمة الأخرى؛
- ٣- توصي بأن تستخدم جميع الدول دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار لتقييم الكفاءة الاقتصادية لنظمها الخاصة بقوانين الإعسار وأن تنظر إلى الدليل بعين الاعتبار لدى تنقيح أو اعتماد تشريعات ذات صلة بالإعسار، وتدعو الدول التي استخدمت الدليل إلى إبلاغ اللجنة بذلك؛
- ٤- توصي أيضاً بأن تواصل جميع الدول النظر في تنفيذ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود؛^(هـ)
- ٥- توصي كذلك بأن يواصل القضاة والممارسون في مجال الإعسار وغيرهم من أصحاب المصلحة المعنيين بإجراءات الإعسار عبر الحدود إيلاء الاعتبار الواجب للدليل الأونسيترال العملي بشأن التعاون في مجال الإعسار عبر الحدود.

^(د) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/65/17)، الفصل

الخامس.

^(هـ) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.99.V.3.

منشورات الأمم المتحدة
طُبِعَ فِي النَّمْسَا



V.12-51337—August 2012—125