

Distr.: General
1 June 2010*
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثالثة والأربعون

نيويورك، ٢١ حزيران/يونيه - ٩ تموز/يوليه ٢٠١٠

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار: مشروع الجزء الثالث المتعلق بمعاملة مجموعات المنشآت في سياق الإعسار

تجميع لتعليقات الحكومات والمنظمات الدولية**

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٣٠-١ ثانياً- التعليقات الواردة من المنظمات الدولية
٢	٣٠-١ ألف- الجمعية القانونية لمدينة لندن (City of London Law Society)

* تأخر تقديم هذه الوثيقة لتأخر ورودها.

** تجدر الإشارة إلى أن هذه التعليقات أعدت استناداً إلى الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.90 وإضافتها. ويختلف ترقيم التوصيات الواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.90 اختلافاً طفيفاً عن ترقيم التوصيات الواردة في الوثيقة اللاحقة A/CN.9/WG.V/WP.92 وذلك على النحو التالي: التوصيات ٢٢٦-٢٣٩ في الوثيقة الأولى هي التوصيات ٢٢٥-٢٣٨ في الصيغة المنقحة اللاحقة.

170610 V.10-54106 (A)



ثانياً - التعليقات الواردة من المنظمات الدولية

ألف - الجمعية القانونية لمدينة لندن (City of London Law Society)

...

١ - الغرض من المذكرة

١ - نورد في هذه المذكرة تعليقاتنا على بعض جوانب مشروع التعليق [الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.92 والإضافة 1 Add.] ("التعليق") وعلى توصيات الجزء الثالث من دليل الأونسيرال التشريعي لقانون الإعسار ("مشاريع التوصيات")، التي:

(أ) تمس بالمبادئ الأساسية المعترف بها عموماً الخاصة بحماية الدائن؛ أو

(ب) قد يتعدّر تطبيقها أو تتسم بدرجة تعقيد غير مناسبة/بقابلية إساءة استعمالها.

٢ - إننا نسلم بوجود اختلافات كبيرة في قوانين الإعسار المعتمدة في النظم القانونية لمختلف الولايات القضائية. وكثيراً ما توصف الولاية القضائية بأنها موجهة لحماية المدين أو موجهة لحماية الدائن، ومن المتعدّر اعتماد نهج واحد "يوافق الجميع" عند وضع قانون إعسار نموذجي.

٣ - غير أنه ينبغي للجميع التقيّد ببعض المبادئ، وهذا ما نركز عليه في هذه المذكرة. ولم تُبد تعليقات على الإجراءات العامة/طرائق البحث التي اعتمدها الأونسيرال.

٤ - وترد في الجزء ٢ المسائل العامة التي تشمل جميع التوصيات، في حين ترد المسائل ذات الطابع الخاص في الجزء ٣ وما بعده.

٢ - لحة عامة

طبيعة "مجموعة المنشآت" وتعريفها

٥ - لئن كان العديد من الولايات القضائية لا يعترف بما يسمى "مجموعات المنشآت"، فإن لدى كثير من البلدان تشريعات محدّدة تعرف العلاقات بين أعضاء المجموعة من حيث السيطرة أو التأثير والمساهمة في رأس المال وحقوق التصويت والمشاركة في السياسة المالية واتخاذ القرارات وتحديد تشكيل مجلس الإدارة وما إلى ذلك.

- ٦- ويرد في مشاريع التوصيات تعريف "مجموعة المنشآت" في مسرد المصطلحات (الفقرة ٤ من التعليق)، ونصه كما يلي: "مجموعة المنشآت": هي منشآت أو أكثر ترتبطان معا برباط السيطرة أو بحصة كبيرة من الملكية". وتعرّف السيطرة على أيهما: "القدرة على تقرير السياسات التشغيلية والمالية للمنشأة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة".
- ٧- ومعنى هذين التعريفين ليس واضحا وضوحا تاما. ومع أنه لا ينبغي إدراج تعريف نهائي لـ "مجموعة المنشآت" في مشاريع التوصيات، فإننا نرى أن من المفيد وضع قائمة شاملة بالعوامل التي لا يمكن بدونها اعتبار "مجموعة منشآت" قائمة، لأغراض حصر نطاق تطبيق مشاريع التوصيات.
- ٨- فينبغي على سبيل المثال ألا تنطبق مشاريع التوصيات إلا في حال وجود واحد أو أكثر من العوامل التالية:
- (أ) السيطرة القانونية: أي قدرة أحد الكيانات على السيطرة على كيان آخر أو التأثير عليه بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال حقوق التصويت، والمساهمة في رأس المال، وتحديد أعضاء مجلس الإدارة/الهيئة الإدارية، وملكية الموجودات، والترتيبات التعاقدية، وما إلى ذلك؛ أو
- (ب) السيطرة بحكم الواقع: أي تأثير أحد الكيانات على كيان آخر في حال عدم وجود أي ترتيبات رسمية.

٣- أثر إجراءات الإعسار على عضو مؤسس في المجموعة

- التوصيات ١٩٩-٢٠١ - الطلب المشترك لبدء إجراءات الإعسار (لا التنسيق الإجرائي)
- ٩- ومع أننا نتفهم مبررات السماح لعضو في مجموعة منشآت يكون على وشك الإعسار بأن يشترك في تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار (وفقا للتوصية ١٥ من الجزء الثاني من دليل الأونسيتال التشريعي^(١))، فإننا لا نؤيد أن يميز قانون للإعسار تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار يشمل أعضاء في المجموعة لا يستوفون معيار البدء المنصوص عليه في التوصية ١٥ (الفقرة ١٢ من التعليق).

(1) التوصية ١٥: "ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يمكن بدء إجراءات الإعسار بناء على طلب المدين، إذا كان بإمكان المدين أن يثبت:

١' أنه عاجز، أو سيكون عاجزا، عموما عن دفع ديونه عندما تصبح مستحقة؛ أو

٢' أن التزاماته المالية تتجاوز قيمة موجوداته."

١٠- فنحن نعتقد أن ذلك سيقوض السياسة الأساسية التي تفيد بأن قانون الإعسار، الرامي إلى حماية حوزة المدين المعسر وإدارتها، ينطبق حصرا على المدينين المتعثرين ولا ينطبق على المدينين الموسرين عموما.

التوصيتان ٤٨/٣٩ - انطباق الوقف على عضو موسر في المجموعة؟

١١- لا نؤيد تفسير التوصيتين ٣٩ و ٤٨ على نحو يجيز انطباق الوقف على عضو موسر في المجموعة (حتى مع استبعاد الدائنين المضمونين) (الفقرة ٤٠ من التعليق). فمن شأن ذلك أن يعتبر تدخلا تعسفيا في حقوق الدائنين فيما يتعلق بذلك الكيان القانوني.

١٢- ولا نؤيد كذلك الرأي القائل بأنه قد يكون من المناسب أن تشمل إجراءات الإعسار الخاصة بأحد أعضاء المجموعة موجودات عضو آخر موسر فيها (الفقرة ٥٤ من التعليق).

٤- التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

التوصيات ٢١١-٢١٦

١٣- صيغت التوصية ٢١١ صياغة فضفاضة لكي تميز لعضو في مجموعة منشآت خاضع لإجراءات الإعسار أن '١' يقدم التمويل اللاحق لبدء الإجراءات لأعضاء المجموعة الآخرين الخاضعين لإجراءات الإعسار، و'٢' يمنح مصلحة ضمانية في موجوداته (أو توفير ضمانات) من أجل التمويل اللاحق لبدء الإجراءات المقدم لعضو آخر في مجموعة المنشآت. ومن ثم، تتيح الصيغة الفضفاضة تقديم تمويل لعضو في المجموعة من داخل المجموعة ومن خارجها وضمان هذا التمويل بموجودات عضو آخر فيها.

١٤- ونتفهم نظريا مبررات التمويل اللاحق لبدء الإجراءات. فثمة مناقشات كثيرة جارية في المملكة المتحدة بشأن هذه المسألة. لكن يرى كثيرون في ضوء تجربة المملكة المتحدة في هذا المجال أنه ما من حاجة عملية إلى تضمين قانون الإعسار حكما محددًا بشأن التمويل اللاحق لتقديم الطلب أو اللاحق لبدء الإجراءات (سواء كان ذلك من أجل مدين واحد أو مجموعة منشآت)، ولا إلى النص في قانون الإعسار على جواز التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من أجل منح الأولوية على الديون الأخرى.

- ١٥- ففي ضوء تجربة المملكة المتحدة، عمد المقرضون في الحالات التي كانت فيها الأعمال التجارية لشركة/مجموعة جيدة أساسا إلى تقديم السيولة اللازمة لتمكين الشركة/المجموعة من البقاء كمنشأة عاملة.
- ١٦- ونعتقد أن عدم استعداد المقرضين في بعض الحالات لتقديم التمويل اللازم دون الحصول على الأولوية (انظر التوصية ٦٤) أو على حقوق ضمانية أعلى مرتبة من تلك الممنوحة للديون الأخرى سيؤثر في الأرجح على وضع الأعمال التجارية وقد يفضي إلى إطالة عمر الشركة اصطناعيا، لينتهي بها المطاف إلى الفشل.
- ١٧- ولا نؤيد الرأي القائل بأنه ينبغي لعضو معسر في مجموعة منشآت أن يتمكن من منح ضمان أو شبه ضمان للتمويل اللاحق لبدء الإجراءات المقدم لعضو آخر معسر في المجموعة (الفقرة ٧٢). فمناح الضمان على هذا النحو يقلص مجموعة الموجودات المتاحة لدائنيه غير المضمونين، وبالتالي، سيصعب تحيُّل أن يعود منح الضمان بأي منفعة حقيقية على دائنيه.
- ١٨- ونلاحظ أيضا أن مشروعية ترتيبات تمويل 'المدين الحائر' كانت موضع تساؤلات مؤخرا في الولايات المتحدة (انظر قضية شركة كلايد بيرغمان ضد شركة بابكوك آند ويلكوكس *Clyde Bergemann, Inc. v Babcock & Wilcox Co. (In re Babcock & Wilcox Co., 250 F 3d 955 (5th Circuit 2001)*). ففي تلك القضية، قدم مصرف تمويل مدين حائر لأعضاء مختلفين في مجموعة (المدينين)، مضمونا بحق مطالبة ذي امتياز أول وأولوية فائقة إزاء حوزة كل واحد من المدينين، وذلك ليس فيما يخص جميع ما اقترضه كل مدين من مبالغ لاحقة لبدء الإجراءات فحسب، بل وكذلك فيما يخص جميع المبالغ التي اقتترضها كل من المدينين الآخرين. بموجب الاتفاق. وهذا يعني أن التزامات جميع المدينين الحائزين أصبحت ضمانات احتياطية متبادلة فيما بينهم. وقد اعترض أحد الدائنين على ذلك محتجا بأن تقديم ضمانات احتياطية متبادلة بين المدينين هو بحكم الواقع دمج موضوعي للمدينين، دون استيفاء الشروط اللازمة للدمج الموضوعي. وقد رفضت محكمة استئناف الدائرة الخامسة (5th Circuit Court of Appeals) هذه الحجة. ولكن هناك حجة صحيحة^(٢) مفادها أن حوزات المدينين الحائزين كانت قد دُججت جزئيا دججا موضوعيا وأن مصرف تمويل المدين الحائر يقرض بالفعل مجموعة شركات واحدة غير متميزة وله الحق الكامل بالمطالبة بجميع موجودات المجموعة بصرف النظر عن المدين المعين الذي اقترض الأموال فعليا ضمن

Bankruptcy Law Letter, 1 August 2001. (2)

المجموعة. وعليه، يمكن الاحتجاج بأن هذا الدمج الموضوعي بحكم الواقع يقوّض المبادئ الأساسية للشخصية القانونية المنفصلة.

٥- الدمج الموضوعي

التوصيات ٢١٩-٢٣١

١٩- رغم إقرارنا بأن الدمج الموضوعي قد يكون أداة مفيدة في ظروف معينة محدودة للغاية، فإننا نحث على إدراج صيغة في مشاريع التوصيات للحد من الشروط التي تميز الدمج الموضوعي بحيث يقتصر على ظروف محدودة للغاية.

٢٠- ومن التصورات الخاطئة الشائعة أن الدمج الموضوعي أداة مستخدمة على نطاق واسع في الولايات المتحدة. والواقع أن الدمج الموضوعي لا يستخدم إلا على نطاق ضيق، وقد أثبتت تساؤلات بشأن صلاحية محاكم الإفلاس في الولايات المتحدة لإصدار أمر الدمج الموضوعي في القضية المتعلقة بالشركة القابضة المحدودة المسؤولية في نيو مكسيكو.^(٣) ويتجلى التعبير الحديث لهذا المذهب في الولايات المتحدة في عدد من الآراء الصادرة عن محاكم الاستئناف للدائرة الثالثة^(٤) والثانية^(٥) والخاصة بمنطقة كولومبيا في الولايات المتحدة.^(٦) وتشترك آراء مختلف محاكم الاستئناف هذه، رغم الاختلاف الطفيف في صيغتها، في عنصرين أساسيين: '١' أن هناك "اختلاطاً" و"تشابكاً" بين موجودات الكيانات والتزاماتها أو أن لهذه الكيانات "هوية موضوعية متطابقة" لدرجة تصبح فيها معاملتها بصورة منفصلة مضرة بالدائنين؛ و'٢' أن الدائنين تصوروا الكيانات أو عاملوها على أنها كيان/وحدة اقتصادية واحدة، ولم يعتمدوا على انفصال هوية الكيانات أو اعتمدوا على هويتها المشتركة في هذه الحالة (ويُشار إلى أن المحاكم التي تتبع تسلسل السلطة المأخوذ به في قضية Auto-train Corp لن تلجأ إلى الدمج إلا في الحالات التي لا يعتمد فيها الدائن اعتماداً فعلياً على انفصال الكيانات). وفي حال عدم تمتع محكمة الاستئناف بسلطة إشرافية، تميل

(3) *Re NM Holdings Company LLC*, 407 B.R. 232.

(4) US Court of Appeal for the Third Circuit, *Owens Corning*, 419 F.3d 195, 205-09 (3d Cir.2005).

(5) US Court of Appeal for the Second Circuit, *In Re Augie/Restivo Baking Co. Ltd.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988).

(6) US Court of Appeal for the District of Columbia Circuit, *In re Auto-Train Corp., Inc* 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987).

المحاكم إلى الاعتماد على قائمة من العوامل/العناصر للبت في أمر اللجوء إلى الدمج الموضوعي.

٢١- ويُضاف إلى ذلك أن الدمج الموضوعي في الولايات المتحدة ينبع من الاختصاص الإنصافي المسند لمحاكم الإفلاس، وأن البت في المسائل يتم استنساباً على أساس كل حالة على حدة. ونعتقد أن البلدان التي تعتمد نظاماً قانونية مستمدة من القانون الروماني، ليس فيها مفهوم الاختصاص الإنصافي ولا تدرج فيها المحاكم على اعتماد هذا النهج التقديرى، من الممكن إساءة استخدام الدمج الموضوعي إذا لم تحدّد مشاريع التوصيات بوضوح نطاق انطباقه بحيث يقتصر على ظروف محدودة للغاية.

٢٢- ونعتقد أن من المهم للغاية ألا يؤثر الدمج الموضوعي على حقوق الدائنين العينية. ومن المقبول عموماً أن الحقوق العينية/الحقوق الامتلاكية هي حقوق لا يجوز انتهاكها، وينبغي أن يدعمها النظام القانوني. ونعتقد أنه ينبغي تحديد نطاق حكم الاستبعاد الوارد في الصيغة الحالية للتوصية ٢٢٥ تحديداً أضيق. فينبغي الاستعاضة عن الصيغة الحالية للتوصية ٢٢٥، وهي "ينبغي أن تراعى، إلى أقصى مدى ممكن"، بصيغة توحى بأنه ينبغي ألا يؤثر الدمج الموضوعي أبداً على الحقوق العينية، إلا في الحالات المحددة في الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج)، التي تبدو أنها تمثل استثناءات معقولة.

٢٣- ولذا، فإننا نفضل ألا تتاح إمكانية الدمج الموضوعي إلا في ظروف مقيدة، يكون فيها الدمج الموضوعي الوسيلة الوحيدة لإيجاد حل فعال لإعسار المجموعة. ولكننا نرى أن هذا الخيار ينبغي ألا يُترك لمبادرة الدائنين أو فرادى أعضاء المجموعة. فآثار الدمج الموضوعي كبيرة لدرجة نعتقد معها أن العاملين في مجال الإعسار القادرين على تقييم آثار إجراءات الإعسار على الشركة، وأعضاء المجموعة الآخرين هم وحدهم الذين ينبغي أن يكون لهم الحق في تقديم طلب بالدمج الموضوعي، وأنه ينبغي أن يكون للدائنين في الوقت نفسه حق الاعتراض عليه. وقد يكون من المناسب أيضاً أن يكون لأغلبية الدائنين في ظروف معينة الحق في تقديم طلب الدمج الموضوعي.

٢٤- ونود أيضاً أن نشير إلى أن مشاريع التوصيات لا تتطرق حالياً إلى بعض النتائج السلبية الأخرى التي قد تنجم عن الدمج الموضوعي. فعلى سبيل المثال، ينبغي عدم استخدام الدمج الموضوعي للتحويل على الدفوع أو الحقوق التي كانت متاحة للمدين قبل الدمج الموضوعي. وقد أُثيرت هذه المسألة في محكمة الإفلاس الخاصة بالمقاطعة الشمالية لميسيسيبي في الولايات المتحدة، وذلك في قضية مديني شركة إنجلاند موتور وشركة هايب داى موتورز

وشركة إنجلاند هولدينجز،^(٧) حيث احتج أحد مقرضي الشركة الأم بأن الديون (المتأنية من الودائع) المستحقة عليه للشركات الفرعية ينبغي مُقاصَّتها بالقرض الذي منحه للشركة الأم. فلولا الدمج الموضوعي، لما تمكن المقرض من الاحتجاج بالمقاصة لأن الشركة المدينة مختلفة عن الشركة التي يدين لها بالتزامات، ومن ثم فإن شرط التبادل المطلوب غير مستوفى في هذه الحالة. وقد احتج المقرض بأن الديون أصبحت متبادلة عندما حدث الدمج الموضوعي، الذي استتبع تجميع موجودات والتزامات الكيانات المنفصلة. لكن المحكمة رفضت هذه الحجة على أساس أنها تستلزم أن للدمج الموضوعي أثرا رجعيًا من حيث نسف الدفع والحقوق التي كانت موجودة قبل نفاذ أمر الدمج الموضوعي.

٢٥- ومن ثم، ينبغي أن تركز مشاريع التوصيات على وضع تفسير موزون للدمج الموضوعي وأن تتأكد أنه لا يفضي إلى حصول بعض الدائنين على مزايا غير منصفة مقارنة بالآخرين. ويتجلى هذا الأساس المنطقي في الوصف التالي للدمج الموضوعي الوارد في القضية المعروضة على محكمة استئناف الدائرة السادسة بشأن مصرف بارنسفيل الوطني الأول ضد رافوث:^(٨)

"يستخدم الدمج الموضوعي في الحالات التي تكون فيها العلاقات بين المدينين بالغة الغموض وتكون فيها المدة والنققات اللازمة لتبديد هذا الغموض كبيرة إلى درجة أنها تهدد تسييل أي موجودات صافية لفائدة جميع الدائنين في أي قضية مدمجة، ويُفهم ضمنا من قرار المحكمة بالدمج أنها خلصت إلى أن ضرورة الدمج من الناحية العملية بغية كفالة تسييل أي مستردات لفائدة أغلبية الدائنين غير المضمونين، تفوق بكثير الضرر الذي يمكن أن يلحق بدائن معينين."

٢٦- ونتفهم أن بعض الولايات القضائية تعتمد مبدأ الدمج الموضوعي، الذي يجوز بموجبه لمحكمة الإفلاس متى ثبت لديها توافر الشروط المناسبة أن تعتمد إلى دمج موجودات والتزامات مختلف الكيانات عن طريق ضم موجوداتها والتزاماتها ومعاملتها ككيان مدمج لأغراض إجراءات الإفلاس.

٢٧- ولا يوجد في قانون الإعسار الإنكليزي مبدأ عام يخوّل المحاكم الإنكليزية صلاحية معاملة موجودات والتزامات كيان واحد كأنها موجودات والتزامات كيان آخر لأغراض

(7) US Bankruptcy Court, N.D. Mississippi in *Re England Motor Company, Happy day Motors, Inc. and England Holdings, Inc., Debtors*, 2010 WL 220152 (Bkrcty.N.D.Miss.).

(8) sixth circuit case *First National Bank of Barnesville v Rafter*, 974 F.2d 712, 720 (6th Cir. 1992).

تصفية أحد هذين الكيانين أو إدارته بصرف النظر عن استناد هذه الصلاحية إلى تطبيق مبادئ الإنصاف.

٢٨- وينبغي أن تكون لدى القائم بتصفية الشركة سلطات عامة بموجب الجدول ٤ من قانون الإعسار لكي يتمكن من إيجاد حلول توفيقية أو ترتيبات مع دائني تلك الشركة. بموافقة المحكمة. وثمة سابقة لحل توفيقية أو ترتيب أبرم بموافقة المحكمة بين شركات تنضوي في مجموعة (كانت كل منها قد بدأت إجراءات الإعسار الخاصة بها) ودائني كل من هذه الشركات، بشأن دمج أعمال الشركتين فعلياً وتجميع الموجودات والالتزامات من أجل تصفيتهما. بيد أن ذلك لا يعتبر سابقة لدمج أعمال شركة قيد التصفية بأعمال شركة ليست قيد التصفية. وإننا نعتقد أن المحكمة لن تركز مثل هذا الحل التوفيقية أو الترتيب في أي حال من الأحوال، إلا إذا كانت أعمال الشركتين المعنيتين متشابكة ومتداخلة إلى درجة يتعذر معها تمييز موجودات والتزامات إحداهما عن الأخرى أو تمييز الموجودات والالتزامات الخاصة بكل من المدينين، وتحديد أن هذا الترتيب يخدم تماماً مصالح دائني الشركتين.

٦- المسائل العابرة للحدود

٢٩- فيما يتعلق بنظام إعسار مجموعة المنشآت عبر الحدود، يبدو أن المناقشة تدور حول التنسيق الإجرائي، وهو أمر نؤيده، إذ يتضح من الأمثلة الأخيرة لحالات الإعسار العالمية أن التنسيق الإجرائي لا يعتبر مفيداً فحسب، بل يعتبر أيضاً جانباً رئيسياً من قانون الإعسار. وكان التنسيق الإجرائي يتم من الناحية العملية بتعيين نفس المديرين في مختلف الشركات الخاضعة لإجراءات الإعسار (مثلاً في قضية MG Rover، وEurotunnel وغيرها).

٣٠- ونلاحظ عدم تعريف مركز المصالح الرئيسية للمجموعة، لكننا نعتقد أن تحديده ضروري لأن التنسيق الإجرائي يُعنى بإجراءات الإعسار التي تنفذ على أساس كل كيان على حدة.