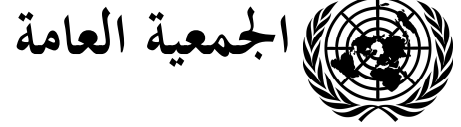


Distr.: Limited
1 September 2010
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة التاسعة والثلاثون
فيينا، ٦-١٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠

قانون الإعسار

نصوص قضائية متعلقة بقانون الأونسيتال النموذجي
بشأن الإعسار عبر الحدود

قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود:
المنظور القضائي

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	١١٤-٥٦	ثانياً - تفسير القانون النموذجي وتطبيقه
٢	١١٤-٥٦	جيم - إجراء الاعتراف
٢	٦٥-٥٦	١ - تعليقات استهلالية
٤	٧٠-٦٦	٢ - الإجراءات القضائية أو الإداري الجماعي
٦	٧٤-٧١	٣ - الخضوع لمراقبة "محكمة أجنبية" أو إشرافها
٧	١١٠-٧٥	٤ - الإجراءات "الرئيسي": مركز المصالح الرئيسية
٢١	١١٤-١١١	٥ - إجراءات غير الرئيسية - "المؤسسة"

(يتبع في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.2)



ثانياً - تفسير القانون النموذجي وتطبيقه

جيم - إجراء الاعتراف

١ - تعليقات استهلالية

٥٦ - لكي ينطبق على إجراء معين وصف "إجراء أجنبي"، يجب على الممثل الأجنبي أن يقنع المحكمة المتلقية بأن هذا الإجراء هو: ^(١)

(أ) إجراء قضائي أو إداري جماعي (مؤقت أو نهائي) يتم في دولة أجنبية؛

(ب) إجراء يُقام عملاً بقانون يتصل بالإعسار وتخضع فيه موجودات المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية؛

(ج) إجراء يُقام لغرض إعادة التنظيم أو التصفية.

٥٧ - وعند تحليل عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي" تثار أسئلة حول معنى عبارة "إجراء قضائي أو إداري جماعي"، وطبيعة "القانون المتصل بالإعسار" وحول ما إذا كانت هناك "مراقبة أو إشراف من جانب محكمة أجنبية". وتجسّد هذه المفاهيم المقتضيات المتعلقة بالولاية القضائية، ويتعين منطقياً البدء بتحديد ما قبل البت فيما إذا كان "الإجراء الأجنبي" هو إجراء "رئيسي" أو "غير رئيسي". ^(٢)

٥٨ - وإذا ما أرادت المحكمة المتلقية أن تتبين وجود "إجراء أجنبي"، فإنها تحوّل انتباهها إلى حالة ذلك الإجراء. ويرد في المادة ٢ تعريفاً عبارتي "إجراء أجنبي رئيسي" و "إجراء أجنبي غير رئيسي".

٥٩ - والسؤال الحاسم المطروح عند تحديد ما إذا كان ينبغي وصف أي إجراء أجنبي (فيما يتصل بشركة مدينة) على أنه إجراء "رئيسي"، هو ما إذا كان ذلك الإجراء يتم "في الدولة

(١) المرجع نفسه، المادة ٢ (أ)، تعريف "الإجراء الأجنبي".

(٢) المرجع نفسه، الفقرة ٢ من المادة ١٧ التي تحدد الحاجة إلى البت في حالة الإجراء الأجنبي الذي تعترف به المحكمة المتلقية للطلب.

التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية".^(٣) وفي حالة الشخص الطبيعي، فإن "مركز المصالح الرئيسية" يعادل "محل الإقامة المعتاد" لذلك الشخص.^(٤)

٦٠- ويتطلب إثبات وجود "إجراء غير رئيسي" إقامة الدليل على وجود صلة أقل وثوقاً، وهي أن للمدين "مؤسسة" داخل الدولة التي يقام فيها الإجراء الأجنبي. ويُعرف مصطلح "المؤسسة" على أنه "أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وبيع أو خدمات".^(٥) وقد يشير مصطلح "غير عارض" إما إلى مدة النشاط الاقتصادي المعني أو إلى موقع الاضطلاع بهذا النشاط.

٦١- ومثلما أشير أعلاه،^(٦) فإن قرار الاعتراف بأن الإجراء "رئيسي" أو "غير رئيسي" له تداعيات مهمة. فبمجرد الاعتراف بإجراء أجنبي على أنه الإجراء "الرئيسي"، فإنه يُتبع بتدابير انتصاف تلقائية تتجلى في وقف مختلف إجراءات الإنفاذ التي قد تُتخذ لولا ذلك ضمن الولاية القضائية للمحكمة المتلقية.^(٧) ومن ناحية أخرى، لا يُتاح للممثل الأجنبي سوى انتصاف تقديري في سياق إجراء "غير رئيسي".^(٨)

٦٢- ومن المنظور الاستدلالي، فإن للمحكمة المتلقية الحق فيما يلي:

(أ) أن تفترض أن أي قرار أو شهادة من النوع الذي تشير إليه الفقرة ٢ من المادة ١٥ هي وثيقة أصلية؛^(٩)

(ب) أن تفترض أن جميع الوثائق المقدمة دعماً لطلب الاعتراف بالإجراء هي وثائق صحيحة سواء كانت مصدقة قانونياً أم لم تكن؛^(١٠)

(3) انظر المناقشة الواردة في الفقرات ٧٥-١١٠ أدناه.

(4) قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٣ من المادة ١٦، في سياق افتراض "مركز المصالح الرئيسية" للهيئة الاعتبارية والشخص الطبيعي على حد سواء. انظر الفقرات ٥٨ و ٨١-١٠٤ أدناه. وللاطلاع على مناقشة عبارة "محل الإقامة المعتاد" في هذا السياق، انظر [2007] BPIR 141, at paras. 56-57. *Re Stojevic*.

(5) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (و)، والمناقشة الواردة في الفقرات ١١١-١١٤ أدناه.

(6) انظر الفقرة ٥٢.

(7) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢٠. انظر أيضاً الفقرات ١٢٦-١٣٣ أدناه.

(8) المرجع نفسه، المادة ٢١. انظر أيضاً الفقرات ١٣٤-١٥١ أدناه.

(9) المرجع نفسه، الفقرة ١ من المادة ١٦.

(10) المرجع نفسه، الفقرة ٢ من المادة ١٦.

(ج) "أن تفترض أن المقر الرئيسي المسجل للمدين، أو محل إقامته المعتاد في حالة المدين الفرد، هو مركز مصالح المدين الرئيسية، في حال عدم وجود دليل ينفي ذلك."^(١١)

٦٣- وعادة ما يتوقف تحديد ما إذا كان الإجراء "الأجنبي" ذا طابع يستوفي معايير إجراء "رئيسي"، على ما يقدمه الخبراء من أدلة فيما يخص القانون الداخلي ذا الصلة في الدولة التي يُستهل فيها الإجراء. وينطوي البت فيما إذا كانت "المؤسسة" موجودة (لإثبات إجراء غير رئيسي) على مسألة وقائية. فتبعاً للقانون الوطني المعمول به، قد يكون بمسئطاع المحكمة المتلقية أن تعول، في حال عدم وجود أدلة حبراء، على استنساخ القوانين التشريعية وغيرها من الوسائل التفسيرية التي تعين على تحديد حالة الشكل المعين الذي يتخذه إجراء الإعسار قيد النظر.^(١٢)

٦٤- وكان عدد من القضايا التي بُتَّ فيها والتي نُظر في سياقها في معاني مصطلحات "إجراء أجنبي" و"إجراء أجنبي رئيسي" و"إجراء أجنبي غير رئيسي" يتعلق بأعضاء في مجموعات شركات. غير أن قانون الأونسيترال النموذجي موجه إلى كيانات فردية، لا إلى هياكل مجموعات،^(١٣) ولأغراض هذا القانون، فإن التركيز ينصب على كل عضو من أعضاء مجموعة المنشآت بوصفه كيانا قانونيا متمائزا.

٦٥- ولأغراض بدء إجراء بموجب قوانين الدولة المانحة للاعتراف، يعتبر الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي دليلاً على أن المدين معسر، ما لم يوجد دليل على خلاف ذلك.^(١٤)

٢- الإجراء القضائي أو الإداري الجماعي

٦٦- كان الغرض من قانون الأونسيترال النموذجي ألا يطبق إلا على أنواع معينة من نظم الإعسار. ويستند مفهوم إجراء الإعسار "الجماعي" إلى قدرة ممثل إعسار واحد على السيطرة على تسهيل الموجودات لغرض توزيعها بالتناسب على جميع الدائنين (رهنا بالأولويات التشريعية الداخلية)، وذلك على نقيض إجراء يقصد منه مساعدة دائن معين في

(11) المرجع نفسه، الفقرة ٣ من المادة ١٦.

(12) يمكن الاطلاع على توضيح لهذا النهج في قضية شركة بيتكوروب (Betcorp)، التي استخدمت فيها محكمة الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس مذكرة تفسيرية مرفقة بمشروع قانون ومعدّة لمساعدة البرلمان من أجل فهم غرض وهيكل القانون قيد البحث في تلك القضية. ويجوز لأي محكمة أن تستعين بهذه المذكرة من أجل تبديد أوجه الغموض، ولكنها غير ملزمة بذلك.

(13) انظر أيضاً Eurofood, para. 37.

(14) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٣١.

الحصول على سداد مبلغ ما، أو إجراء يتوخى منه تحقيق أغراض أخرى غير غرض معالجة إعسار المدين، ولا يتعلق بموجودات المدين تحديدا.

٦٧- وضمن المعالم القياسية لتعريف "الإجراءات الأجنبية"، قد تكون هناك طائفة متنوعة من الإجراءات الجماعية التي تصبح مؤهلة للاعتراف بها. ومن المتوقع أن يكون بعض هذه الإجراءات إلزاميا، بينما قد يكون بعضها الآخر طوعيا، وقد يكون بعضها ذا صلة بتصفية موجودات المدين؛ في حين قد يركز بعضها الآخر على إعادة تنظيم شؤون المدين. والغرض أيضا من قانون الأونسيترال النموذجي هو أن يتناول الحالات التي يحتفظ فيها المدين (مؤسسة كان أم فردا) بقدر من المراقبة على موجوداته المالية، حتى وإن كان ذلك بإشراف من محكمة أو هيئة مختصة أخرى.^(١٥)

٦٨- ويجوز أن يُطلب إلى القضاة أن يفصلوا في مدى وجود إجراء إعسار "جماعي" خاضع للقانون النموذجي، وقد تكون هناك عدة حالات تساعد في هذا المضمار.

٦٩- وفي قضية شركة بيتكوروب (*Betcorp*)، قضت محكمة في الولايات المتحدة بأن إجراء تصفية طوعي استهل بموجب القانون الأسترالي هو إجراء إداري يندرج في نطاق القانون النموذجي. ونظرا لأن التصفية الطوعية مكّنت من تسهيل موجودات لصالح جميع الدائنين، فقد اعتبر أن الجانب اللازم للإجراء "الجماعي" موجود.^(١٦) ورأت محكمة في الولايات المتحدة أن الحراسة القضائية التي استُهلّت في قضية شركة غولد آند هوني (*Gold & Honey*) بموجب القانون الإسرائيلي لا تعدّ إجراء إعسار أو إجراء جماعيا على أساس أنها لم تلزم الجهات المتلقية بأن تراعي حقوق جميع الدائنين وواجباتهم، وأن الغرض منها في المقام الأول هو تمكين طرف معين من تحصيل ديونه.^(١٧) وفي قضية شركة التأمين البريطانية الأمريكية (*British American Insurance*)، اتفقت المحكمة مع المحكمتين اللتين نظرتا في قضيتي بيتكوروب وغولد آند هوني على معنى مصطلح "جماعي"، مشيرة إلى أن هذه الإجراءات تتوخى النظر في المطالبات المقدمة من مختلف أنواع الدائنين وكذلك على معالجة هذه المطالبات في نهاية المطاف، فضلا عن إتاحة إمكانية مشاركة الدائنين في الإجراءات الأجنبية.^(١٨)

(15) دليل الاشتراع، الفقرة ٢٤؛ كما هو الحال مثلا فيما يُسمّى بالمدين الحائز.

(16) *Betcorp*, p. 281.

(17) *Gold & Honey*, p. 370.

(18) *British American Insurance*, p. 902.

٧٠- وفي قضية أخرى تتعلق بمصرف ستانفورد الدولي (*Stanford International Bank*)، قرّرت المحكمة في إنكلترا أن أمر الحراسة القضائية الصادر عن محكمة في الولايات المتحدة لا يعتبر إجراء جماعيا وفقا لقانون الإعسار. وقضت المحكمة المتلقية بأن ذلك الأمر قد صدر بعد تدخل من لجنة الأوراق المالية في الولايات المتحدة "لمنع حدوث احتيال مستمر واسع النطاق". وكان الغرض من الأمر هو منع إلحاق الضرر بالمستثمرين، لا إعادة تنظيم الشركة أو إدارة الموجودات لصالح جميع الدائنين.^(١٩) وحظي هذا الرأي بالتأييد في الاستئناف، وذلك لأسباب تُعزى في جانب كبير منها إلى ما بيّنته المحكمة الإنكليزية الأدنى درجة.^(٢٠)

٣- الخضوع لمراقبة "محكمة أجنبية" أو إشرافها

٧١- لا يميّز تعريف "المحكمة الأجنبية"^(٢١) بين إجراء إعادة تنظيم أو إجراء تصفية يخضع لمراقبة أو إشراف هيئة قضائية أو إدارية. وقد أُخذ بهذا النهج ضمنا لانسحاب تعريف "الإجراء القضائي" حتى على النظم القانونية التي تتولّى فيها هيئات غير قضائية مهمة المراقبة أو الإشراف.^(٢٢)

٧٢- ولم يحظ مفهوم "المراقبة أو الإشراف" سوى باهتمام ضئيل من الهيئات القضائية حتى الآن. وثمة نهجان يمكن اتباعهما في هذا الصدد، وقد نُوقِش أولهما في سياق قضية شركة بيتكورب. وعلى الرغم من أن نوع الإجراء المطلوب الاعتراف به قد استُهل من دون أي تدخل للمحكمة من خلال تصويت الشركة المعنية عليه، فقد اعتبرت المحكمة أن معيار "المراقبة أو الإشراف"^(٢٣) مستوفى على أساس الرقابة الإدارية أو القضائية التي يمارسها المصفون المسؤولون عن إدارة الإجراء الجماعي بالنيابة عن جميع الدائنين. ورأى القاضي أن اللجنة الأسترالية للأوراق المالية والاستثمار تتحمل مسؤوليات عن الإشراف على المصفيين في إطار أدائهم لواجباتهم، وأن اللجنة قد تشترط عليهم الحصول على إذن قبل اتخاذ إجراءات معينة (من قبيل تدمير الدفاتر والسجلات) وأن لديها القدرة على تجريد أي شخص من صلاحية القيام بمهمة التصفية أو إبطال هذه الصلاحية. وبناء على ذلك، انتهى القاضي إلى أن اللجنة الأسترالية

(19) *Stanford International Bank*, paras. 73 and 84.

(20) *Stanford International Bank Ltd (on appeal)*, paras. 26-27.

(21) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (هـ).

(22) دليل الاشتراع، الفقرة ٧٤.

(23) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (أ).

للأوراق المالية والاستثمار هي "هيئة مختصة بمراقبة أي إجراء أجنبي والإشراف عليه" لأغراض تعريف "الإجراء الأجنبي". بموجب قانون الأونسيترال النموذجي.^(٢٤)

٧٣- وثمة رأي مخالف مفاده أن وجود قواعد تنظيمية معينة لا يشكل في حد ذاته مراقبة لموجودات المدين وشؤونه أو الإشراف عليها، وخاصة في الحالات التي تقصر فيها صلاحيات هيئة التنظيم الرقابي على ضمان أداء ممثلي الإعسار لوظائفهم على الوجه الصحيح، ولا تعني بالإشراف على إجراءات إعسار محدّدة.

٧٤- وعلاوة على الاستنتاج الذي خرجت به المحكمة في قضية شركة بيتكوب فيما يتعلق بهيئة التنظيم الرقابي، فقد رأت أن إجراءات التصفية الطوعية تخضع لإشراف هيئة قضائية؛ وهي المحاكم الأسترالية. واستند ذلك الرأي إلى العوامل الثلاثة التالية: (أ) قدرة المصفيين والدائنين في سياق تصفية طوعية على استصدار قرار من المحكمة في أي مسألة تنشأ في إطار هذه التصفية؛ (ب) وولاية الإشراف العامة التي تمارسها المحاكم الأسترالية على ما يتخذه المصفون من إجراءات؛ (ج) وقدرة أي شخص "يتضرر بفعل إجراء أو إغفال أو قرار" يتخذه المصفي، على الاستئناف أمام إحدى المحاكم الأسترالية، التي قد تؤيد الإجراء أو القرار أو تنقذه أو تعدّله، أو تعالج الإغفال، بحسب مقتضى الحال.^(٢٥)

٤- الإجراء "الرئيسي": مركز المصالح الرئيسية

٧٥- لكي تعترف المحكمة المتلقية بإجراء أجنبي على أنه إجراء "رئيسي" في حالة شركة مدينة، فإن عليها أن تحدد أن "مركز مصالح [المدين] الرئيسية" يقع داخل الدولة التي ينشأ فيها الإجراء الأجنبي.^(٢٦) ولعل أصل مفهوم "مركز المصالح الرئيسية" والطريقة التي يُطبّق بها على القضايا التي بُتّ فيها من الأمور التي قد تساعد القضاة الذين يحاولون جاهدين حل هذه المسألة.

٧٦- ولأغراض قانون الأونسيترال النموذجي، أُتخذ قرار متعمد بعدم تعريف عبارة "مركز المصالح الرئيسية". وهذا المفهوم مقتبس من اتفاقية الاتحاد الأوروبي المتعلقة بإجراءات الإعسار (الاتفاقية الأوروبية) لدواعي الاتساق.^(٢٧) ولم تكن الاتفاقية الأوروبية قد دخلت

(24) *Betcorp*, p. 284. تأييدا لهذا الاقتراح، اعتمد القاضي على قضية *Tradex Swiss AG* 384 BR 34 at 42 (2008)، التي رُئي فيها أن اللجنة الاتحادية السويسرية للشؤون المصرفية هي "محكمة أجنبية" لأنها تولت المراقبة والإشراف على تصفية كيانات في تجارة السمسرة.

(25) *Betcorp*, pp. 283-284.

(26) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (ب).

(27) انظر دليل الاشتراع، الفقرة ٣١؛ قارن المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية.

بعد حيز النفاذ أثناء وضع القانون النموذجي في صيغته النهائية، وانقضى أجل نفاذها لاحقا بسبب عدم تصديق جميع الدول الأعضاء عليها.^(٢٨)

٧٧- وفيما بعد، طُبِّقَت لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية رقم ١٣٤٦/٢٠٠٠ المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإعسار (لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية) على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي (باستثناء الدانرك)، باعتبارها وسيلة لمعالجة قضايا الإعسار عبر الحدود داخل الاتحاد الأوروبي. وتُقل مفهوم "الإجراءات الرئيسية" و"مركز المصالح الرئيسية" إلى نص لائحة المجلس الأوروبي.^(٢٩) وعلى النقيض من أحكام قانون الأونسيتال النموذجي، فإن لائحة المجلس الأوروبي تشدد على ضرورة توفير إمكانية "تحقق أطراف ثالثة" من مركز المصالح الرئيسية.^(٣٠) ويلاحظ دليل الاشتراع أن مفهوم "مركز المصالح الرئيسية" مطابق للصيغة الواردة في المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية ويسلم باستحسان فكرة "أن تركز إلى التنسيق الآخذ في النشوء بشأن مفهوم الإجراءات الرئيسية".^(٣١) ولكن برغم تماثل المفاهيم الواردة في النصين، فإنهما مختلفان من حيث الغرض المنشود منهما. فتحديد "مركز المصالح الرئيسية" في إطار لائحة المجلس الأوروبي مسألة تتعلق بالولاية القضائية التي ينبغي استهلال الإجراءات الرئيسية فيها. أما تحديد "مركز المصالح الرئيسية" في إطار القانون النموذجي فيتعلق بالآثار المترتبة على الاعتراف، وأبرز هذه الآثار خصوصا تدابير الانتصاف المتاحة للمساعدة في إتمام الإجراءات الأجنبية.

٧٨- وتنص الحثيتان (١٢) و(١٣) من لائحة المجلس الأوروبي على ما يلي:

"(١٢) تمكّن هذا اللائحة من بدء إجراءات الإعسار الرئيسية في الدولة العضو التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية. وهذه الإجراءات عالمية النطاق ويُقصد منها أن تشمل جميع موجودات المدين. وحماية لتنوع المصالح، فإن هذه اللائحة

(28) للاطلاع على السوابق ذات الصلة، انظر آراء المحامين العامين في المرجع التالي: *Re Staubitz-Schreiber*

[2006] ECR I-701 and *Eurofood*, at para 2. For a more extensive discussion see Moss, Fletcher and

Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (2nd ed.

2009 Oxford University Press), paras 1.01-1.25.

(29) لائحة المجلس الأوروبي، الحثيتان (١٢) و(١٣) الواردتان أدناه.

(30) المرجع نفسه، الحثية (١٣).

(31) دليل الاشتراع، الفقرة ٣١. انظر الوثيقة A/52/17، الفقرة ١٥٣، التي تشير إلى أن "... تفسير هذه العبارة في سياق الاتفاقية سيكون مفيدا أيضا في سياق [القانون] النموذجي." وتجدد الإشارة إلى أن لائحة المجلس الأوروبي لا تحدّد مركز المصالح الرئيسية - انظر الحثية ١٣ أدناه.

تمكّن من بدء إجراءات ثانوية تُدار بصورة متوازية مع الإجراءات الرئيسية. ويجوز بدء الإجراءات الثانوية في الدولة العضو التي يملك فيها المدين مؤسسة. وتقتصر آثار الإجراءات الثانوية على الموجودات الواقعة في تلك الدولة. وتفي القواعد الإلزامية المتعلقة بتنسيق الإجراءات الثانوية مع الإجراءات الرئيسية بالحاجة إلى تحقيق الوحدة على صعيد الجماعة.^(٣٢)

"(١٣) ينبغي أن يطابق "مركز المصالح الرئيسية" المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بانتظام وأن تتاح للأطراف الثالثة، من ثم، إمكانية التحقق منه."

٧٩- وأعدّ تقرير تفسيري عن الاتفاقية الأوروبية (تقرير فيرغوس-شميت)،^(٣٣) ترقباً لتصديق جميع الدول الأعضاء عليها. ويقدم هذا التقرير إرشادات بشأن مفهوم "إجراءات الإعسار الرئيسية"، وقد حظي بقبول عام باعتباره أداة تعين على تفسير مصطلح "مركز المصالح الرئيسية" في لائحة المجلس الأوروبي، على الرغم من سقوط الاتفاقية لاحقاً.

٨٠- ويوضح تقرير فيرغوس-شميت مفهوم "إجراءات الإعسار الرئيسية" على النحو التالي:

"٧٣- إجراءات الإعسار الرئيسية"

"تمكّن الفقرة ١ من المادة ٣ من بدء إجراءات إعسار رئيسية شاملة في الدولة المتعاقدة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية، وهي إجراءات عالمية النطاق ويُتوخى منها أن تشمل جميع موجودات المدين في جميع أرجاء العالم وإلى التأثير على جميع الدائنين، أينما وجدوا.

"ويجوز بدء مجموعة واحدة فقط من الإجراءات الرئيسية في الإقليم المشمول بالاتفاقية.

...

(32) تشير لائحة المجلس الأوروبي إلى إجراءات ثانوية، في حين يستخدم القانون النموذجي إجراءات غير رئيسية. والإجراءات الثانوية بموجب لائحة الجماعة الأوروبية هي إجراءات تصفية: المادة ٣-٣.

(33) أعدّ تقرير إم فيرغوس وإي شميت (M. Virgos and E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*) قبل فتح باب التوقيع على الاتفاقية في ٢٣ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥. وهذا التقرير متاح إلكترونياً على العنوان التالي: http://global.abi.org/sites/global.abi.org/files/insolvency_report.pdf.

"٧٥- يجب تفسير مفهوم "مركز المصالح الرئيسية" على أنه المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بانتظام ويمكن من ثم للأطراف الثالثة التحقق منه.

"وليس من الصعب توضيح الأساس المنطقي لهذه القاعدة، فالإعسار خطر متوقع. لذا فإن من الضروري أن تستند الولاية القضائية الدولية (التي سنرى أنها تستلزم تطبيق قوانين الإعسار الخاصة بتلك الدولة المتعاقدة) إلى مكان معروف لدائني المدين المحتملين، الأمر الذي يمكن من تقدير المخاطر القانونية التي يتعين افتراضها في حالة الإعسار.

"والقصد من استخدام مصطلح "المصالح" هو ألا يقتصر على الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الأنشطة المهنية فحسب، بل أن يشمل أيضا الأنشطة الاقتصادية العامة، كيما يتسنى إدراج أنشطة الأفراد العاديين (كالمستهلكين). أما صفة "الرئيسي" فهي بمثابة معيار للحالات التي تشمل فيها هذه المصالح أنواعا مختلفة من الأنشطة تُدار من مراكز مختلفة.

"ومن حيث المبدأ، فإن مركز المصالح الرئيسية فيما يتعلق بالمهنيين هو محل إقامتهم المهني، أما بالنسبة للأشخاص الطبيعيين فهو عموما محل إقامتهم المعتاد.

"وحينما يتعلق الأمر بالشركات والأشخاص الاعتباريين، فإن الاتفاقية تفترض أن مركز مصالح المدين الرئيسية هو مكان مكتبه المسجل، ما لم يثبت خلاف ذلك. وهذا المكان يطابق عادة المكتب الرئيسي للمدين."

٨١- وهناك حاليا عدد من قرارات المحاكم التي تناولت معنى عبارة "مركز المصالح الرئيسية"، سواء في سياق لائحة المجلس الأوروبي أو في القوانين الداخلية المبنية على قانون الأونسيتال النموذجي. وقد برز عدد من الاختلافات الدقيقة في النهج المتبع، ولكن هذه الاختلافات قد تكون ظاهرية أكثر منها واقعية.

٨٢- وأبرز قرار أوروبي في هذا المضمار هو القرار الصادر في قضية شركة يوروفود (Eurofood)، والذي نشأ عن نزاع نشب بين محكمة إيرلندية ومحكمة إيطالية حول ما إذا كان "مركز المصالح الرئيسية" لشركة فرعية معسرة لديها مكتب مسجل في دولة أخرى غير دولة الشركة الأم، يقع في الدولة التي يوجد فيها مكتبها المسجل أو في دولة الشركة الأم.

٨٣- وللإجابة على هذا السؤال، كان على محكمة العدل للجماعات الأوروبية أن تحدّد قوة الافتراض الذي مفاده أن يُنظر إلى المكتب المسجل لشركة معينة على أنه مركز مصالحها

الرئيسية. ولأغراض لائحة الجماعة الأوروبية، فيما يلي نص الافتراض الوارد في الفقرة ١ من المادة ٣: (٣٤)

المادة ٣

الاختصاص الدولي

"١- تتمتع محاكم الدولة العضو التي يوجد على أراضيها مركز مصالح المدين الرئيسية باختصاص بدء إجراءات الإعسار. ويُفترض في حالة الشركات أو الأشخاص الاعتباريين أن يكون محل المكتب المسجل هو مركز المصالح الرئيسية للشركة أو الشخص المعني، ما لم يتم دليل على خلاف ذلك."

٨٤- ورأت محكمة العدل للجماعات الأوروبية أنه "عند تحديد مركز المصالح الرئيسية لشركة مدينة ما، فإن من المتعذر دحض الافتراض البسيط الذي تنص عليه تشريعات الجماعة الأوروبية لصالح المكتب المسجل ... إلا إذا كانت هناك على السواء عوامل موضوعية يُمكن لأطراف ثالثة أن تتحقق منها وتثبت كذلك أن هناك واقعا يختلف عن الوضع الذي يظهر عند اعتبار ذلك المركز كائنا في ذلك المكتب المسجل". (٣٥)

٨٥- ولدى نظر محكمة العدل للجماعات الأوروبية في افتراض المكتب المسجل، اقترحت أن من الممكن دحضه في حال وجود "شركة تعمل كصندوق بريد" لا تقوم بأي أعمال على أراضي الدولة التي يوجد فيها مكتبها المسجل. (٣٦) وفي المقابل، رأت المحكمة أن مجرد كون الشركة الأم قد حددت خيارات اقتصادية (لأسباب ضريبية على سبيل المثال) فيما يخص المكان الذي قد يقع فيه المكتب المسجل للشركة الفرعية التابعة لها، لا يكفي لدحض الافتراض. (٣٧)

٨٦- وتولي شركة يوروفود اهتماما كبيرا لضرورة توفير القدرة على التنبؤ فيما يتعلق بتحديد مركز مصالح المدين الرئيسية. وعلى نقيض شركة يوروفود، اعتمدت محكمة

(34) قارن الفقرة ٣ من المادة ١٦ من قانون الأونسيترال النموذجي. انظر أيضا 76 para. Virgos-Schmit.

(35) Eurofood, para. 34.

(36) المرجع نفسه، الفقرة ٣٥.

(37) المرجع نفسه، الفقرة ٣٦. انظر أيضا الملخص الكامل لاستنتاجات المحكمة بشأن هذا الموضوع في الفقرة ٣٧ من القرار.

الاستئناف الأولى بالولايات المتحدة، في قضية شركة سفينكس (*Sphinx*) وجهة نظر أوسع نطاقاً بشأن صلاحية تحديد مركز المصالح الرئيسية.

٨٧- وبموجب الفصل ١٥ من قانون الإفلاس في الولايات المتحدة (الفصل الذي اعتمد بموجبه قانون الأونسيتال النموذجي)، غُيِّرَت صيغة الافتراض من "إثبات" العكس إلى وجود "دليل" يفيد العكس.^(٣٨) وتوحي السوابق التشريعية لهذا التغيير بأنه يعكس المصطلحات المتداولة في الولايات المتحدة، أي أن طريقة استخدام كلمة "دليل" (*evidence*) قد تجسد على نحو أدق مدلول مصطلح "إثبات" (*proof*) كما يُستخدم في بعض الدول الأخرى الناطقة بالإنكليزية.^(٣٩) وهذا هو السياق الذي يجب أن يُقرأ ضمنه القرار الصادر في قضية سفينكس والقرارات الصادرة لاحقاً عن محاكم الولايات المتحدة.

٨٨- وتعلق قضية سفينكس بالتماس قدّمه ممثلو الإعسار المؤقتون عن شركة مسجلة في جزر كايمان للاعتراف بهذا النظام على أنه "إجراء رئيسي". ويستفاد من قضية سفينكس أن استنتاج وجود مفاضلة غير سليمة بين محاكم قد يكون من العوامل التي تُؤخذ في الحسبان عند تحديد مركز المصالح الرئيسية للشركة المدينة. وذكرت محكمة الاستئناف ما يلي:^(٤٠)

"إن هذه التحليلات غير الصحيحة للغرض والطعون، إلى جانب اعتبارات عملية، أدت مجتمعةً إلى استنتاج محكمة قضايا الإفلاس بأنه، عندما تشير عوامل موضوعية عدة إلى أن جزر كايمان ليست هي مركز مصالح المدين الرئيسية، وأن الاعتراف بالإجراءات القائمة في هذه الجزر على أنها إجراءات غير رئيسية لن يخلف آثاراً سلبية على ما يبدو، فذلك هو الخيار الأفضل.

"وإجمالاً، فقد كان من المناسب أن تنظر محكمة قضايا الإفلاس في العوامل التي نظرت فيها، وأن تحتفظ بمرونتها، وأن تتوصل إلى تسوية عملية مدعومة بوقائع مقررّة. ولم يُستشهد بأي حجة قانونية منافية لذلك".

٨٩- وفي قضية شركة بير ستيونز، أولت محكمة الولايات المتحدة مزيداً من الاهتمام لمسألة تحديد مركز مصالح المدين الرئيسية. ومرة أخرى كان طلب الاعتراف بالإجراء يتعلق

(38) ينص الباب ١٥١٦ (ج) من قانون الإفلاس في الولايات المتحدة على ما يلي: "يفترض أن يكون ... مكتب المدين المسجل هو مركز مصالحه الرئيسية ما لم يثبت العكس."

(39) HR Rep No 31, 109th Cong, 1st Session 1516 (2005).

SPhinX, p. 21 (40)

بشركة مسجلة في جزر كايمان كانت قد وضعت قيد التصفية المؤقتة في نطاق تلك الولاية القضائية.

٩٠- وحددت المحكمة الأساس المنطقي لتغيير الافتراض المأخوذ به في تشريعات الولايات المتحدة، بشأن الاستعاضة عن كلمة "إثبات" بكلمة "دليل". وقال القاضي، بالرجوع إلى سوابق الحكم التشريعية:

"إن الافتراض القاضي بأن يكون مكان المكتب المسجل هو أيضا مركز مصالح المدين الرئيسية قد أُدرج من أجل الإسراع بعملية الإثبات وتسهيلها في حال عدم وجود خلاف شديد".^(٤١)

٩١- وذكر القاضي أن هذا الأمر "يسمح باتخاذ إجراءات سريعة ويشجّع على اتخاذها في الحالات التي قد تكون فيها السرعة ضرورية، ويترك مسألة تحديد "المركز" الحقيقي للمدين مفتوحا للمناقشة في الحالات التي تكون فيها الوقائع أكثر إثارة للشكوك". وأضاف القاضي قائلا إن هذا "الافتراض ليس بديلا مفضلا عندما يكون هناك فصل بين الولاية القضائية التي تأسست فيها الشركة ومقرها الحقيقي".^(٤٢)

٩٢- وأشارت المحكمة في قضية شركة بير ستيرنز إلى عبء دحض الافتراض، واعتبرت أن هذا العبء يقع على عاتق الممثل الأجنبي الذي يسعى إلى الاعتراف بإجراء لإثبات أن مركز المصالح الرئيسية يقع في مكان آخر غير مكان المكتب المسجل.^(٤٣) وفي هذه الحالة تحديدا، اعتبرت المحكمة أن الافتراض داحض بالدليل المقدم من الممثل الأجنبي تأييدا للالتماس. وأشارت جميع الأدلة إلى أن مكان العمل الرئيسي يقع في الولايات المتحدة.

٩٣- وبعد مناقشة الحكم الصادر في قضية شركة يوروفود، أعربت محكمة الولايات المتحدة عن رأي مفاده أن المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بانتظام ويمكن لأطراف ثالثة من ثمّ التحقق منه، يعادل عموما مفهوم "مكان العمل الرئيسي" في قانون الولايات المتحدة.^(٤٤) وهذا المفهوم قد عرّفته المحكمة العليا في الولايات المتحدة في الآونة الأخيرة بأنه "المركز العصبي" لأغراض بعض القوانين، وذلك قضية شركة هيرتز ضد فريند

(41) انظر الحاشية ١٠٤.

(42) *Bear Stearns*, p.128.

(43) المرجع نفسه، الصفحة ١٢٨.

(44) المرجع نفسه، الصفحة ١٢٩.

(*Hertz Corp v Friend*).^(٤٥) ويدو أن هذا النهج قد أثبت في قضية فيرفيلد سينتري (*Fairfield Sentry*) لأغراض القانون النموذجي.^(٤٦)

٩٤ - واستؤنف القرار الصادر في قضية شركة بير ستيرنز بحجة أنه لا "يتفق" مع مبادئ المحاملة القضائية والتعاون وأنه أكد تفسيراً خاطئاً لافتراض القاضي. وفي استئناف الحكم، لم يجد قاضي الاستئناف صعوبة في استنتاج أن مفهوم الاعتراف طغى على مبادئ المحاملة القضائية، واعتبر أنه ينبغي التفريق بين "الاعتراف" و"الانتصاف". وجرى اتّباع القرار الصادر في قضية شركة بير ستيرنز في قضية شركة أطلس شيبينغ (*Atlas Shipping*) حيث رأت المحكمة أنه بمجرد أن تعترف المحكمة بإجراء أجنبي رئيسي، فإن الفصل ١٥ ينص صراحةً على أن المحكمة تمارس سلطتها التقديرية فيما يتعلق بصوغ تدابير الانتصاف المناسبة في مرحلة ما بعد الاعتراف، بما يتفق مع مبادئ المحاملة.^(٤٧) كما تُسج على منوال ذلك القرار في قضية شركة ميتكالف ومانسفيلد (*Metcalfe and Mansfield*)، التي طُلب فيها إلى محكمة الولايات المتحدة إنفاذ أوامر انتصاف معينة صادرة عن محكمة كندية، وهي أوامر أوسع نطاقاً مما هو مسموح به بمقتضى قانون الولايات المتحدة. ولاحظت المحكمة أن مبادئ المحاملة القضائية لا تتطلب تطابق الانتصاف الممنوح في إطار الإجراءات الأجنبية والانتصاف المتاح في الولايات المتحدة. وكان المعيار الأساسي هو تحديد مدى استيفاء الإجراءات المتبعة في الإجراء الأجنبي بالمعايير الأساسية للعدالة في الولايات المتحدة؛ ورأت المحكمة أن الإجراءات الكندية تفي بهذا المعيار.^(٤٨)

٩٥ - ورأت محكمة الاستئناف في قضية شركة سفينكس أنه قد يكون من المناسب النظر إلى الافتراض على أنه داحض إن لم يعارض أحد الأطراف هذه النتيجة. أما في قضية شركة بير ستيرنز، فقد أكدت محكمة الاستئناف قرار المحكمة الأدنى القاضي بأن يقع عبء دحض الافتراض على الممثل الأجنبي، وأن على المحكمة أن تؤدي واجبها على نحو مستقل فيما يخص تحديد ما إذا كان ذلك قد تم فعلاً، بصرف النظر عما إذا كان الطرف معارضاً لذلك أم لا.^(٤٩)

(45) 130 S Ct 1181 (2010).

(46) *Fairfield Sentry*, p. 6. أشارت المحكمة العليا إلى أنه ينبغي أن تركز المحاكم على المكان الفعلي الذي يجري فيه تنسيق شؤون الشركة وتوجيهها والسيطرة عليها، ولاحظت أن من المرجح أن يكون مكانها هذا واضحاً بجلاء لأفراد الجمهور الذين يتعاملون معها.

(47) *Atlas Shipping*, p. 78.

(48) *Metcalf and Mansfield*, pp. 697-698.

(49) *Bear Stearns*, p. 335.

٩٦- واتفقت محكمة الاستئناف مع المحكمة الأدنى درجة على أن مفهوم مركز المصالح الرئيسية والافتراض بأنه هو المكتب المسجل نابعان من الاتفاقية الأوروبية، وعلى أن "مركز المصالح الرئيسية" معادل "المكان العمل الرئيسي". وأكدت محكمة الاستئناف أيضاً قائمة من العوامل المحددة في قرار المحكمة الابتدائية، التي يتعين أن تؤخذ في الاعتبار عند تقييم ما إذا كان مركز المصالح الرئيسية قد أنشئ وفقاً لطلب الاعتراف بالإجراء. وفيما يلي العوامل التي حُدِّدت في هذا الصدد:^(٥٠)

- (أ) موقع مقر الشركة المدينة الرئيسي؛
 - (ب) مكان القائمين على إدارة الشركة المدينة؛
 - (ج) موقع موجودات المدين الرئيسية؛
 - (د) موقع غالبية الدائنين، أو على الأقل موقع المتأثرين بالقضية؛
 - (هـ) القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق المنازعات التي قد تنشأ بين المدين والدائن.
- ٩٧- وفيما يتعلق بقضية شركة بيتكوروب، فعلى الرغم من أن مركز المصالح الرئيسية للشركة الأسترالية لم يكن موضع خلاف شديد على ما يبدو، فقد عرض القاضي بعض الأفكار حول هذا الموضوع، وخلص إلى أن "... عامة القضايا التي تحلل [مراكز المصالح الرئيسية] للمدينين تبرهن على أن المحاكم لا تطبق أي صيغ جامدة أو تعتبر باستمرار أحد العوامل حاسماً؛ وإنما تحلل طائفة من العوامل لتحديد بموضوعية المكان الذي توجد به أعمال المدين الرئيسية. وهذا التحقيق يتقضى سبل إدارة المدين لأعماله وتدير شؤونه وعملياته، إلى جانب بحث قدرة أطراف ثالثة معقولة وعادية على تبيان أو تصوّر المكان الذي يضطلع فيه المدين بمختلف وظائفه هذه".^(٥١) ورأى القاضي أن الوقت الذي ينبغي أن يُحدد فيه مركز المصالح الرئيسية يراعي الوقت الذي يُقدّم فيه طلب الاعتراف بالإجراء.^(٥٢) ويبدو أن هذا التفسير ناشئ عن الزمن الذي استعمل في التعبير عن تعريف "الإجراء الأجنبي الرئيسي". وثمة مشكلة مماثلة ناشئة فيما يخص مكان وجود "المؤسسة"، في إطار تعريف "الإجراء الأجنبي غير الرئيسي". وطبق النهج المتبع في قضية شركة بيتكوروب على قضيتي شركة يوفال ران (Yuval Ran) وشركة التأمين البريطانية الأمريكية (British American Insurance).

(50) *Bear Stearns*, p. 128; *Bear Stearns* (on appeal), p. 336.

(51) *Betcorp*, p. 292.

(52) المرجع نفسه.

٩٨- أما القرارات المتبقية فهي القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف في قضية مصرف ستانفورد الدولي. وهي قضية تتعلق بتقديم طلب في إنكلترا للاعتراف بإجراء استهْل في أنتيغوا. وقد بحثت المحكمة في سياق هذه القضية مسألة ما إذا كان معيار "وظائف المكتب الرئيسي" الذي أوضحته المحاكم الإنكليزية في قرارات سابقة لا يزال قاعدة قانونية جيدة، مع مراعاة قضية شركة يوروفود.

٩٩- وقَبِل القاضي في البداية عرضا يفيد بأن تحقق أطراف ثلاثة من الأمر هو اعتبار شامل، وذلك باتباع النهج المحدد في قضية شركة يوروفود.^(٥٣) وقد أصدر القاضي هذا القرار في سياق اللائحة التنظيمية المتعلقة بالإعسار عبر الحدود لعام ٢٠٠٦ (التي أدمجت أحكام قانون الأونسيتال النموذجي في بريطانيا العظمى)، وليس بموجب لائحة المجلس الأوروبي. وأشار القاضي لدى تحديد معنى عبارة "قابل للتحقق"، إلى المعلومات المتاحة لعموم الجمهور والمعلومات التي يمكن أن يستخلصها طرف ثالث عادةً من تعاملاته مع المدين.^(٥٤) وفي غضون ذلك، رفض القاضي اتباع قرار أصدره سابقا وطبق فيه معيار "وظائف المكتب الرئيسي".^(٥٥)

١٠٠- ولاحظ القاضي أن الاختلاف في النهج المتبع بين محاكم الولايات المتحدة والمحاكم الأوروبية فيما يتعلق بدحض الافتراض، هو أن محاكم الولايات المتحدة تلقي العبء على عاتق الشخص الذي يؤكد أن الإجراءات المعنية هي "إجراءات رئيسية"، بينما ألقى العبء في قضية يوروفود على الطرف الذي سعى إلى دحض الافتراض.^(٥٦)

١٠١- وأعرب القاضي عن بعض الشكوك حول ما إذا كانت العوامل المذكورة في قضية شركة بير ستيرنز^(٥٧) محددة على أساس اشتراط "إمكانية التحقق"، مشيرا إلى أن ذلك من الشروط المعتمدة في قضية شركة يوروفود. ولكن على الرغم من أن محكمة الولايات المتحدة لم تحدد قائمة المعايير المعينة بهذه الطريقة، فإن من الممكن على ما يبدو أن يكون الدائن المطلع على الأقل على علم بموقع القائمين بإدارة شؤون الشركة المدينة وبمقرها الرئيسي والمكان الذي يمكن أن تقع فيه الموجودات الرئيسية وبما إذا كان المدين يشغل

(53) *Stanford International Bank*, para. 61.

(54) المرجع نفسه، الفقرة ٦٢.

(55) المرجع نفسه، الفقرة ٦١.

(56) المرجع نفسه، الفقرتان ٦٣ و ٦٥.

(57) انظر الفقرة ٩٦ أعلاه.

بالتجارة على الصعيد المحلي أم على الصعيد الدولي.^(٥٨) وتكمن أهمية ملاحظة محكمة الدرجة الأولى في قضية مصرف ستانفورد الدولي في تركيزها ضمناً على الحاجة إلى أدلة تثبت ماهية العوامل التي يمكن أن تتحقق منها أطراف ثالثة تتعامل مع المدين.

١٠٢- وأيدت محكمة الاستئناف القرار الصادر في قضية مصرف ستانفورد الدولي. ورأى القاضي رئيسُ الجلسة أن ثمة ترابطاً واضحاً في الحكم الرئيسي بين العبارتين المستخدمتين في قانون الأونسيترال النموذجي ولائحة المجلس الأوروبي، اللتين تتعلقان كليهما "بمركز المصالح الرئيسية" والافتراض بأنه هو المكتب المسجل.^(٥٩) وبعد مناقشة السوابق القضائية في الولايات المتحدة والسوابق القضائية الأخرى، انتهى القاضي إلى أن قاضي المحكمة الابتدائية مصيب في الاقتداء بمثال قضية شركة يوروفودود، وأكد أن التفسير الوارد في تقرير فيرغوس-شميت^(٦٠) (فيما يتعلق بقابلية التحقق) كان في محله أيضاً فيما يتعلق بالإجراءات التي تقام في إطار القانون النموذجي. ولم يعتبر القاضي رئيس الجلسة بالضرورة أن الولايات المتحدة تطبق عبثاً مختلفاً على دحض الافتراض، ولكنه ترك باب المناقشة في هذه المسألة مفتوحاً.^(٦١)

١٠٣- وانضم إلى القاضي رئيسُ الجلسة عضو آخر من أعضاء المحكمة وافق على الأسباب التي ساقها القاضي.^(٦٢) ومع أن العضو الثالث في المحكمة أيد عموماً الآراء التي أعرب عنها القاضي رئيس الجلسة، فقد أعرب عن الرأي التالي بشأن معيار "وظائف المكتب الرئيسي":^(٦٣)

"أختلف مع [القاضي رئيس الجلسة]، مع احترامي له، اختلافاً طفيفاً فيما يخص المعيار المراد تطبيقه لمراجعة قرار المحكمة الابتدائية بشأن موقع [مركز المصالح الرئيسية]. وعلى السيد القاضي أن يستخلص نتائج بخصوص ماهية الأنشطة التي يضطلع بها في كل مركز محتمل من [مراكز المصالح الرئيسية]، وأن يستفسر بعد ذلك عما إذا كان القيام بهذه الأنشطة يعتبر بمثابة أداء وظائف المكتب الرئيسي،

(58) *Stanford International Bank*, para. 67. قارن قائمة العوامل المحددة في الفقرة ٩٢ أعلاه.

(59) *Stanford International Bank*, (on appeal), para. 39.

(60) Virgos-Schmit report, para. 75.

(61) *Stanford International Bank*, (on appeal) para 55.

(62) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٩.

(63) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٣.

وعما إذا كانت أهمية هذه الأنشطة تفوق من حيث الكمية والنوعية أهمية الأنشطة التي يُضطلع بها في المكتب المسجل".

وقد يُنظر إلى هذه الملاحظات على أنها توحى بإلزام المحكمة بإصدار قرارها بموضوعية، بناءً على الأدلة المعروضة عليها، بشأن المكان الذي يقع فيه مركز مصالح المدين الرئيسية، بدلا من الوصول إلى هذه النتيجة بناءً على أدلة تتعلق بالأمور التي يمكن أن يتحقق منها في الواقع الدائنون وغيرهم من الأطراف المهتمة ممن يتعاملون مع المدين في سياق أعماله التجارية. وتُميل أحكام الاستئناف المتبقية الصادرة في قضية مصرف ستانفورد الدولي والقرار الصادر في قضية شركة يوروفورد إلى تأييد الاقتراح الأخير.

١٠٤- ويشير استعراض القضايا التي تتناول المسألة الشائكة المتعلقة "بمركز المصالح الرئيسية" إلى مجالات التنازع التالية:

- (أ) ما هي الجهة التي تتحمل عبء إثبات دحض افتراض "المكتب المسجل"؟
- (ب) هل ينبغي تفسير عبارة "مركز المصالح الرئيسية" تفسيراً مختلفاً في إطار القانون النموذجي ومقتضى لائحة المجلس الأوروبي، في ضوء اختلاف الأغراض التي يُستخدم لأجلها هذا المعيار؟
- (ج) ما هي الحالات القابلة للتحقق منها بشكل موضوعي التي يمكن أن تؤخذ في الاعتبار عند تحديد موقع "مركز المصالح الرئيسية"؟ وخصوصاً في الحالات التالية:
 - '١ هل ينبغي أن تُعالج المسألة قيد النظر بالرجوع إلى مكان العمل الرئيسي (أو "المركز العصبي")، أو بالرجوع إلى المكان الذي ينظر إليه المتعاملون مع الشركة على أنه المكان الفعلي الذي يجري فيه تنسيق أعمال المدين وتوجيهها ولسيطرة عليها؟
 - '٢ ما هي العوامل التي يمكن أن تتحقق منها بموضوعية أطراف ثالثة بالمعنى المتوخى في قضية شركة يوروفورد؟ وبوجه خاص، في أي وقت يُجرى التحقيق في مركز المصالح الرئيسية - هل هو في الوقت الذي يتعامل فيه المدين تجارياً مع أطراف ثالثة أم في الوقت الذي يخضع فيه لإجراء إعسار جماعي أم في وقت جلسة استماع الاعتراف بالإجراء؟
 - '٣ هل يمكن أن تأخذ المحكمة في الاعتبار محاولات المدين لإيجاد محكمة أفضل من وجهة نظره، عند البت في إمكانية منح الاعتراف؟

(د) ما هو القدر المطلوب من المراقبة القضائية أو الإدارية على "إجراءات أجنبية" من أجل استيفاء هذا الجانب من التعريف؟

١٠٥- والقضايا المحددة في هذا الصدد هي قضايا لا بدّ أن يأخذها القاضي في الاعتبار، عند تفسير التشريعات الداخلية في ضوء قانون الأونسيتال النموذجي، مع مراعاة السوابق القضائية الدولية وعوامل السياسة العامة ذات الصلة.

١٠٦- ومن غير المحتمل، كما ذُكر سابقاً،^(٦٤) أن يكون الطرف الذي يُلقى عليه عبء دحض الافتراض هو العامل الحاسم في الغالبية العظمى من القضايا. وعادة ما يتضح من الأدلة المقدّمة من الأطراف ذات الصلة ما إذا كان المكان الذي يقع فيه المكتب المسجّل هو مركز المصالح الرئيسية. والحالة الوحيدة التي يُرجّح فيها أن يكون عبء دحض الافتراض حاسماً فيما يتعلق بطلب الاعتراف هي حالة توازن الأدلة.

١٠٧- ومع أن هناك اختلافات في النهج المتبع في تحديد مركز مصالح المدين الرئيسية، فإن الاتجاه العام السائد في القضايا التي بُتّ فيها يؤيد فيما يبدو معيار التحقق الموضوعي من جانب الأطراف الثالثة التي تتعامل مع المدين في أوقات يعتد بها في القضية.^(٦٥) ولبّ القضية هو التركيز في بعض الولايات القضائية على عوامل محددة، مثل "المركز العصبي" أو "المكتب الرئيسي" للكيان المعيّن الموجه إليه طلب الاعتراف بالإجراء.

١٠٨- وفيما يتعلق بطلب الاعتراف، هل ينبغي أن تكون المحكمة قادرة على أن تتعلّل بانتهاك إجراءاتها لتبرير رفض الاعتراف؟ وليس في قانون الأونسيتال النموذجي في حد ذاته ما يوحي بوجوب مراعاة الحالات الاستثنائية، من قبيل انتهاك الإجراءات، عند البت في طلب الاعتراف. فالقانون النموذجي يقتضي أن يبتّ في الطلب بالرجوع إلى المعايير المحددة في تعاريف كل من "الإجراء الأجنبي" و"الإجراء الأجنبي الرئيسي" و"الإجراء الأجنبي غير الرئيسي". على أن من الواضح أن هناك مشكلة عندما تسفر المفاضلة غير المشروعة بين المحاكم عن وضع المدين في موقف أفضل، مع ما يترتب على ذلك من إضرار بالدائنين. ولا يجمع القانون النموذجي المحاكم المتلقية للطلب من تطبيق القانون الداخلي، ولا سيما القواعد الإجرائية، للتصدي لأي حالة إساءة استخدام للإجراءات القضائية.

(64) انظر الفقرة ٩٢ أعلاه.

(65) Eurofood and Bear Stearns.

١٠٩- ولعلّ من الطرائق البديلة لتبديد القلق من مشكلة المفاضلة غير المشروعة بين المحاكم أن يُنظر في مدى إمكانية رفض الاعتراف لأسباب تتعلق بالسياسة العامة.^(٦٦) وتندرج مسألة المفاضلة غير المشروعة بين المحاكم، عند النظر إليها من هذه الزاوية، ضمن النطاق الأوسع لإساءة استخدام الإجراءات القضائية. ويمكن سوق حجة تؤيد الرأي القائل بأن طلب الاعتراف بإجراء رئيسي هو إساءة استخدام للإجراءات القضائية، إذا كان المسؤولون عن متابعة الطلب يعرفون أن مركز المصالح الرئيسية يقع في مكان آخر، ولكنهم يقرّرون عمدا نقل المكتب المسجّل إلى موقع مختلف لكي يدّعوا خلاف ذلك و/أو ليحجبوا هذا النوع من المعلومات عند تقديم طلب اعتراف بالإجراء. وينطوي النهج القائم على الاستثناء لاعتبارات "السياسة العامة" على مزية تتمثل في فصل مسألة التحقيق في طلب الاعتراف عن مسألة إساءة استخدام الإجراءات القضائية بطريقة تجسد قانون الأونسيتال النموذجي نصا وروحا.

١١٠- ورفضت محكمة الولايات المتحدة في قضية شركة غولد آند هوني (*Gold & Honey*) الاعتراف بإجراءات إسرائيلية لأسباب تتعلق بالسياسة العامة. وصدر في تلك القضية أمر بالحراسة القضائية على شركة المدين في إسرائيل في أعقاب استهلال إجراءات تصفيتها في الولايات المتحدة وبعد أن دخل وقفها التلقائي حيّز النفاذ. ورفض القاضي الاعتراف بذلك الإجراء، لأن الاعتراف به "يعني المكافأة على [انتهاك] كل من الوقف التلقائي [والأوامر الصادرة لاحقا عن المحكمة] بشأن الوقف، وإضفاء طابع الشرعية على ذلك الانتهاك".^(٦٧) ونظرا لأن الاعتراف "سيعرقل بشدة قدرة محاكم الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس على تنفيذ سياستين وتحقيق غرضين من أهم السياسات والأغراض الأساسية المتعلقة بالوقف التلقائي - ألا وهما منع أحد الدائنين من الحصول على مزية على غيره من الدائنين، واشتراط توزيع موجودات المدين على جميع الدائنين وفقا لأولوياتهم النسبية توزيعا فعّالا ومنظّما"،^(٦٨) اعتبر القاضي أن الحد الأعلى اللازم لإقرار الاستثناء على أساس السياسة العامة قد استوفي.

٥- الإجراءات غير الرئيسية - "المؤسسة"

١١١- لكي يُعترف بإجراء المدين على أنه "إجراء غير رئيسي"، يجب أن تكون لديه "مؤسسة" في الولاية القضائية الأجنبية. ويندرج مصطلح "المؤسسة" ضمن تعريف "الإجراء

(66) انظر المناقشة المتعلقة بالاستثناء لاعتبارات السياسة العامة في الفقرات ٤٧-٥١ أعلاه.

(67) *Gold & Honey*, p. 371.

(68) المرجع نفسه، الصفحة ٣٧٢.

الأجنبي غير الرئيسي" الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي. كما يُستخدم المصطلح في لائحة المجلس الأوروبي لمساعدة محاكم الدول الأعضاء في تحديد مدى توافر الاختصاص لبدء إجراءات الإعسار، عندما يقع مركز المصالح الرئيسية في دولة عضو أخرى. وتنص الفقرة ٢ من المادة ٣ من لائحة المجلس الأوروبي على ما يلي:

المادة ٣

الاختصاص الدولي

"٢- عندما يقع مركز مصالح المدين الرئيسية داخل إقليم إحدى الدول الأعضاء، فإن المحاكم التابعة لدولة عضو أخرى لا تتمتع باختصاص بدء إجراءات الإعسار ضد هذا المدين إلا إذا كانت لديه مؤسسة داخل إقليم تلك الدولة العضو الأخرى. وتقتصر آثار تلك الإجراءات على موجودات المدين الواقعة في إقليم الدولة العضو الأخيرة".

١١٢- وتحديد مدى وجود "المؤسسة" مسألة تتعلق إلى حد بعيد بجوانب وقائية، وهذه المسألة الوقائية تدور بالضرورة حول الأدلة المدلى بها. ذلك أنه يجب إثبات أن المدين "يقوم بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات" داخل الدولة المعنية.^(٦٩) ولكن ثمة مشكلة قانونية تتعلق بما إذا كان مصطلح "غير عارض" يمكن أن يشير إلى فترة النشاط الاقتصادي المعنية أو إلى المكان المحدد الذي يُضطلع فيه بالنشاط.^(٧٠)

١١٣- وقد نُوقش مصطلح "المؤسسة" في بعض السوابق القضائية. ففي قضية شركة بير ستيرنز،^(٧١) اعتبر المصطلح المذكور معديلاً لمصطلح "مكان العمل المحلي". وقد رأت المحكمة في تلك القضية أنه لا يوجد دليل يثبت الاضطلاع بنشاط اقتصادي غير عارض في جزر كايمان. وفي الاستئناف، أوضحت محكمة الاستئناف أن أنشطة مراجعة الحسابات المضطلع بها لإعداد وثائق التأسيس لا تشكل "عمليات" أو "أنشطة اقتصادية" لأغراض إقامة "مؤسسة"، لا هي ولا التحقيقات التي أجراها المصفون المؤقتون لمعرفة ما إذا كان يمكن تجنب المعاملات السابقة.^(٧٢)

(69) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (و).

(70) *Fairfield Sentry*, pp. 8-9.

(71) *Bear Stearns*, p. 131.

(72) *Bear Stearns* (on appeal), p.339.

١١٤- ولعلّ من الضروري إيلاء مزيد من الاهتمام لعبارة "بواسطة وسائل بشرية و سلع أو خدمات"، في تعريف "المؤسسة". ويبدو أن عمليات تجارية يديرها أفراد وتشمل سلع أو خدمات تندرج ضمناً في نوع النشاط التجاري المحلي الذي يكون كافياً لاستيفاء تعريف مصطلح "المؤسسة".
