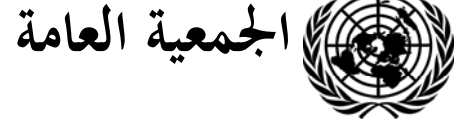


Distr.: Limited
29 July 2011
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الأربعون

فيينا، ٣١ تشرين الأول/أكتوبر - ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١

قانون الإعسار

تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيتال النموذجي
بشأن الإعسار عبر الحدود فيما يتعلق بمركز المصالح الرئيسية

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٨-١	مقدمة
٤	٦٤-٩	أولاً - تفسير وتطبيق المفاهيم المتعلقة بمركز المصالح الرئيسية
٤	٣١-٩	ألف - الإجراءات الجديدة بالاعتراف بها بموجب القانون النموذجي: المادة ٢
٤	١١-٩	١ - شرط إعسار المدين
٦	٣١-١٢	٢ - عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي"
١٢	٥٤-٣٢	باء - الاعتراف
١٢	٣٤-٣٢	١ - الإجراءات الرئيسية وغير الرئيسية
١٢	٣٧-٣٥	٢ - مكان مركز المصالح الرئيسية - المادة ١٦ القرائن الافتراضية
١٣	٤٤-٣٨	٣ - العوامل المتصلة بتحديد مركز المصالح الرئيسية ودحض الافتراض
١٥	٤٦-٤٥	٤ - آثار الاعتراف بمركز المصالح الرئيسية
١٥	٤٨-٤٧	٥ - تأثير الاحتيال
١٦	٥٤-٤٩	٦ - التوقيت المتعلق بتحديد مركز المصالح الرئيسية
١٨	٦٤-٥٥	جيم - مجموعات المنشآت



مقدمة

١ - عُرض على اللجنة، في دورتها الثالثة والأربعين في عام ٢٠١٠، مجموعة من الاقتراحات عن الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلا في مجال الإعسار (A/CN.9/WG.V/WP.93) والإضافات Add.1 إلى Add.6، وA/CN.9/582/Add.6. وقد نوقشت تلك الاقتراحات في الدورة الثامنة والثلاثين للفريق العامل الخامس (انظر الوثيقة A/CN.9/691، الفقرات ٩٩-١٠٧) وقُدِّمت توصية بشأن المواضيع المحتملة إلى اللجنة (A/CN.9/691، الفقرة ١٠٤). وأُتاحت وثيقة إضافية (A/CN.9/709)، قُدِّمت بعد دورة الفريق العامل الخامس تلك، نصوصا إضافية لاقتراح سويسرا الوارد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

٢ - وبعد المناقشة، أقرّت اللجنة توصية الفريق العامل الخامس المتعلقة ببدء أنشطة بشأن موضوعين من مواضيع الإعسار، كلاهما له أهمية في الوقت الراهن وسيكون تحقيق مزيد من المواءمة في النهج الوطنية بشأن كل منهما مفيدا في توفير اليقين وإمكانية التنبؤ.

٣ - وموضوع هذه المذكرة هو الموضوع الأول من هذين الموضوعين، الذي يتعلق باقتراح الولايات المتحدة، المبين في الفقرة ٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1، والداعي إلى توفير إرشادات بشأن تفسير وتطبيق مفاهيم مختارة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (القانون النموذجي) فيما يتعلق بمفهوم مركز المصالح الرئيسية وإمكانية وضع قانون نموذجي أو أحكام نموذجية بشأن قانون الإعسار تعالج مسائل دولية مختارة، من بينها الولاية القضائية وسبل الوصول إلى المحاكم والاعتراف بالإجراءات، وذلك على نحو لا يحول دون وضع اتفاقية.^(١) ويرد في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.101 اقتراح^(٢) بشأن تعريف محتمل لمفهوم "مركز المصالح الرئيسية". أما الموضوع الثاني المتعلق بمسؤولية مديري وموظفي شركة في حالات الإعسار وما قبل الإعسار فتتناوله الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.100.

٤ - ويمكن للفريق العامل أن ينظر في مسألة أولية، وهي ضرورة البت في الشكل والطريقة التي يمكن أن يعرض بها الجزء الأول من الاقتراح، أي الإرشادات بشأن المسائل المتعلقة بمركز المصالح الرئيسية. والاقتراح (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2، الفقرات ٦٨-٧٠) يدعو الفريق العامل، عند النظر في التساؤلات المطروحة أدناه، إلى سرد المبررات من منظور السياسة العامة لأي استنتاجات قد يتوصل إليها ويكون من الممكن أن تشكل أسس إرشادات تُقدّم بشأن

(1) انظر الاقتراح ذا الصلة المقدم من اتحاد المحامين الدولي، فيما يتعلق بإمكانية وضع اتفاقية، حسبما وردت الإشارة إليه في الوثيقة A/CN.9/686، الفقرات ١٢٧-١٣٠.

(2) اقتراح تعريف لمفهوم "مركز المصالح الرئيسية" (المادتان ٢ (ب) و ١٦ (٣) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود) قدمته وفود كل من اتحاد المحامين الدولي وإسبانيا والمكسيك.

تفسير القانون النموذجي. ويوضح أنَّ المبررات المتعلقة بالسياسة العامة يمكن أيضاً أن توفر "سجلاً تاريخياً تشريعياً" مفيداً لفقهاء القانون أو مسؤولي الإعسار يعينهم على فهم نطاق ومعنى شتى أحكام القانون النموذجي. ولعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في الكيفية التي يمكن بها تحقيق ذلك. ويمكن وضع أنواع مختلفة من الوثائق، حسب مستوى الإرشاد الذي يسعى الفريق العامل إلى توفيره، مثل تقديم معلومات وتعليقات، في جانب، أو توصيات، في الجانب الآخر. وربما يتمثل أحد الحلول في وضع وثيقة إعلامية يمكن أن تصحب النص الحالي للقانون النموذجي ودليل اشتراعه (دليل الاشتراع)، في حين قد يتمثل حل آخر في إدراج النص الذي أصدره الفريق العامل في دليل الاشتراع نفسه. ولعلَّ الفريق العامل يودُّ أن يلاحظ أنَّ النص المعنون "قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي" (المنظور القضائي)، الذي يقدم معلومات للقضاة بشأن استخدام القانون النموذجي وتفسيره قد وُضع في صيغته النهائية واعتمدته اللجنة في دورتها الرابعة والأربعين في عام ٢٠١١.^(٣)

٥- ولعلَّ الفريق العامل يودُّ أن يأخذ في الاعتبار، لدى النظر في مسألة الشكل الذي تتخذه أعماله، أنَّ تقديم تعليقات أو إرشادات إضافية إلى دليل الاشتراع القائم قد يثير البلبلة لدى القارئ أو المستعمل، لا سيما عندما تحيد التعليقات أو الإرشادات عن النقاط التي سبق أن تناولها دليل الاشتراع أو تتوسَّع في تناول تلك النقاط. ولهذا السبب فإنَّ تنقيح دليل الاشتراع قد يكون أنجع نهج وأكثر فعالية لتوفير مصدر وحيد للمعلومات والإرشادات. وفي هذا الصدد، يمكن اعتبار أنَّ بعض المسائل التي تُناقش أدناه تتصل باستخدام وتنفيذ القانون النموذجي كما جرى اشتراعه، أكثر ممَّا تتصل بالاشتراع في حدِّ ذاته، ومن ثمَّ فمن غير المناسب إدراجها في أيِّ تنقيح لدليل الاشتراع. غير أنَّ حالة دليل الاشتراع واستخدام المحاكم له كدليل تهمدي به في فهم القانون النموذجي (إضافة إلى استخدام المشرِّعين ومقرري السياسات له في اشتراع القانون النموذجي، كما وردت الإشارة إلى ذلك في الفقرة ٩ من دليل الاشتراع) تدلُّ على أنه قد يكون من المناسب إدراج تعليقات أو إرشادات إضافية في دليل الاشتراع.

٦- ونظراً إلى عدم اتخاذ الفريق العامل أيَّ قرار بشأن هذه المسألة ولأنَّ شكل نتاج العمل النهائي تبعاً لذلك غير واضح، فإنَّ ورقة العمل هذه لا تشير إلَّا إلى المسائل التي يمكن إدراجها في "تعليقات إضافية" أو بسطها بمزيد من التفصيل. غير أنَّها تحدّد بعض فقرات دليل الاشتراع التي قد تتطلب إعادة النظر والتعديل إذا ما قرَّر الفريق العامل تضمين دليل الاشتراع تعليقات أو إرشادات إضافية بشأن المسائل المطروقة.

(3) تُتاح نسخة من النص سابقة للإصدار في الموقع التالي: www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-judicial-perspective.pdf.

٧- وهذه الورقة تستقي مادتها من ورقات العمل السابقة التي تتناول موضوع مركز المصالح الرئيسية، وخصوصا الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95 والإضافة Add.1. ولعل الفريق العامل يودّ أن يذكرّ بالمسائل التي لم يتوصل بشأنها إلى استنتاج خلال دورته السابقة التي نوقشت فيها تلك الأوراق:^(٤)

(أ) مختلف عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي" في المادة ٢ من القانون النموذجي (انظر الوثيقة A/CN.9/715، الفقرة ٢٢)؛

(ب) تطبيق الاستثناء لاعتبارات السياسة العامة الوارد في المادة ٦ (الوثيقة A/CN.9/715، الفقرة ٣٠). واتفق الفريق العامل على تفسير هذا الاستثناء تفسيرا ضيقا، غير أنه لم يتوسّع في مناقشة كيفية ضمان تحقيق ذلك؛

(ج) وضع قائمة تُرتّب حسب درجة الأولوية بالعوامل المراد استعمالها لتحديد مركز المصالح الرئيسية ودحض الافتراض الوارد في الفقرة (٣) من المادة ١٦ (الوثيقة A/CN.9/715، الفقرة ٤١)؛

(د) تأثير الاحتيال على تحديد مركز المصالح الرئيسية (الوثيقة A/CN.9/715، الفقرة ٤٣).

٨- وبالإضافة إلى النصوص المقدّمة سابقا، تتيح المناقشة التالية مزيدا من المعلومات بشأن بعض النقاط التي سبقت مناقشتها مع طرح مسائل إضافية لكي ينظر فيها الفريق العامل.

أولا- تفسير وتطبيق المفاهيم المتعلقة بمركز المصالح الرئيسية

ألف- الإجراءات الجديرة بالاعتراف بما بموجب القانون النموذجي: المادة ٢

١- شرط إعسار المدين (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ٨ إلى ١٢)

٩- لم يتوصّل الفريق العامل، خلال دورته التاسعة والثلاثين، إلى استنتاج بشأن ضرورة مواصلة مناقشة مسألة ما إذا كان القانون النموذجي يتضمّن اشتراط وقوع المدين في ضائقة مالية أو في حالة إعسار، بل اكتفى بإبداء رأي (A/CN.9/715، الفقرة ١٨) مفاده أنّ من السابق لأوانه البتّ فيما إذا كان تعريف "الإجراء الأجنبي" الوارد في المادة ٢ يتطلب توضيحا إضافيا غير التوضيح الذي سبق أن ورد في دليل اشتراع القانون النموذجي.

(4) يرد تقرير الفريق العامل الخامس عن أعمال دورته التاسعة والثلاثين في الوثيقة A/CN.9/715.

١٠ - وقد سبق للفريق العامل أن نظر في عدد من النقاط، مثلما ذكر في ورقة العمل التي أُعدت للدورة التاسعة والثلاثين (A/CN.9/WG.V/WP.95)، أثناء وضع القانون النموذجي واتخذت قرارات شتى بهذا الشأن. فعلى سبيل المثال، سلّم بأنه لما كان ما يُفهم من عبارة "إجراء إعسار" يختلف باختلاف الولايات القضائية فليس من اليسير تعريف هذا المصطلح؛ وبدلاً من ذلك، ينبغي أن ينصبّ الجهد على تحديد السمات التي ينبغي أن تتّصف بها إجراءات الإعسار الأجنبية لكي تكون جديدة بالاعتراف بها (A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرة ٨). وهناك نقاط سبق إدراجها في دليل الاشتراع فيما يتعلق باشتراط الإعسار. فقد لوحظ، على سبيل المثال، أن المدين لا بدّ أن يكون في ضائقة مالية أو معسراً (دليل الاشتراع، الفقرات ١ و ١٣ و ١٤ و ٥١ و ٧١).

١١ - ولتقديم مزيد من المساعدة لمستعملي القانون النموذجي، لعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في المقترحات التالية بشأن تعليقات إضافية على هذه النقطة التمهيدية:

(أ) زيادة التأكيد على دياحة القانون النموذجي، وخصوصاً الفقرة (هـ) والإشارة إلى "المتعسّر مالياً". ويمكن إعادة النظر في هذا الصدد في الفقرات ١ و ١٣ و ٢٣-٢٤ و ٥١-٥٣ و ٧١ من دليل الاشتراع؛

(ب) إدراج إحالات إلى عناصر شتى من الدليل التشريعي أو التوسّع في تناول تلك العناصر، بما في ذلك تعريف الإعسار (مسرد المصطلحات، الفقرة ١٢ (ق)؛ الأهداف الرئيسية لنظام فعّال وكفؤ بشأن الإعسار (الجزء الأول، الفصل الأول، الفقرات ١-١٤ والتوصيات ١-٦)، وكذلك السمات العامة لقانون الإعسار (الجزء الأول، الفصل الأول، الفقرات ٢٠-٢٧ والتوصية ٧) والتوصيتان ١٥ و ١٦ اللتان تتناولان الإعسار أو الإعسار الوشيك، حسب تعريفهما، باعتبارهما شرطين لبدء إجراءات الإعسار. ويمكن أن تكون الفقرات ١٣-١٩ و ٥١-٥٣ من دليل الاشتراع ذات صلة بتلك المسألة؛

(ج) مناقشة بعض الخصائص العامة للإجراءات الجديدة بالاعتراف بها بمقتضى القانون النموذجي، نظراً لبعض المسائل المثارة في القضايا التي تتناول هذه المسألة (A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ١٨-٢٣). فعلى سبيل المثال، فإنّ وصف قانون على أنه قانون إعسار قد لا يكون عنصراً حاسماً؛ بل المقصود هو قانون يتعلق بالإعسار أو يتناول الوقاية من حالة الإعسار أو معالجة الضائقة المالية، بما في ذلك القوانين التي ربما لا تشترط وقوع الإعسار لبدء إجراءات الإعسار الرسمية، لكنها تتناول الضائقة المالية، على نقيض القوانين التي تركّز على التخلص من كيان اعتباري (خصوصاً عندما يكون ذلك الكيان موسراً). ويمكن أن تكون الفقرات ٢٣-٢٤ و ٥١-٥٣ من دليل الاشتراع ذات صلة بتلك المسألة.

٢- عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي" (A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ١٣ إلى ٣٨)

١٢- لكي يُعترف بإجراء أجنبي، بموجب القانون النموذجي، يجب أن يقع الإجراء ضمن نطاق التعريف الوارد في الفقرة (أ) من المادة ٢، والذي يشمل عدّة عناصر. فالإجراء ينبغي (التوكيد مضاف):

- ١' أن يكون قضائياً أو إدارياً جماعياً في دولة أجنبية، بما في ذلك أي إجراء مؤقت،
- ٢' أن يُتخذ عملاً بقانون يتصل بالإعسار،
- ٣' أن تخضع فيه أموال المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية،
- ٤' أن يكون لغرض إعادة التنظيم أو التصفية.

١٣- وينبغي أن يُشار إلى أن الفقرة (١) من المادة ١٦ تنصّ على افتراض يتعلق بتعريفي "الإجراء الأجنبي" و"الممثل الأجنبي" الواردين في المادة ٢. فإذا كان قرار بدء الإجراءات الأجنبية وتعيين الممثل الأجنبي يبيّن أن الإجراء الأجنبي هو إجراء ينسحب عليه معنى التعريف الوارد في الفقرة (أ) من المادة ٢ وأن الممثل الأجنبي هو شخص أو هيئة طبقاً للمعنى الوارد في الفقرة (د) من المادة ٢، حقّ للمحكمة أن تفترض ذلك.

١٤- وينبغي أن يُشار أيضاً إلى أن المحاكم المانحة للاعتراف اعتمدت على هذا الافتراض في عدة قضايا (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرتان ١٥ و ١٦)، حيث لاحظت المحكمة التي استهلّت إجراء الإعسار الأجنبي (المحكمة المستهلة للإجراءات) أن ممثل الإعسار يكون، لأغراض التماس الاعتراف، ممثلاً أجنبياً وأن الإجراءات هي إجراءات أجنبية. ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في ما إذا كان ينبغي أن تشجّع المحاكم المستهلة للإجراءات على أن تنص فقط على أن الإجراءات تدرج ضمن نطاق التعريف الوارد في المادة ٢ (أ) ومن ثمّ فهي "إجراءات أجنبية" لأغراض تطبيق القانون النموذجي أو ما إذا كان ينبغي إضافة إلى ذلك أن تشجّع على أن تبين في الأوامر التي تصدرها جوهر الأدلة التي عرضت عليها مما يُيسّر الاعتراف بالإجراءات على أنها إجراءات أجنبية. بمقتضى المادة ٢ (أ). ويمكن أن ينطبق نفس الاعتبار على تعيين ممثل الإعسار والاعتراف بذلك الشخص على أنه الممثل الأجنبي بمقتضى المادة ٢ (د). ويمكن أن تشير التعليقات على المادتين ١٥ و ١٧ من القانون النموذجي (الفقرات ٣٠-٣١ و ٦٧-٦٨ و ١٢٥ من دليل الاشتراع) إلى أن القرارات والأوامر الصادرة عن المحكمة المستهلة للإجراءات غير حاسمة أو ملزمة للمحكمة المتلقية، التي يتعيّن عليها أن تقتنع بأن الإجراءات تستوفي مقتضيات المادة ٢ (أ)، لكن المحكمة المتلقية

يمكنها في الظروف المناسبة أن تقيم وزنا لهذه القرارات والأوامر عند نظرها في تلك المسألة والخلوص إلى استنتاجات خاصة بها.

١٥- وهناك مسألة ذات صلة بما تقدّم وتتعلق بحالة الإجراءات إمّا بوصفها رئيسية أو غير رئيسية (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1، الفقرات ١-٣). وقد اتفق الفريق العامل في دورته السابقة على أنه سيكون من المفيد أن تدرج المحكمة المستهله للإجراءات معلومات عن حالة الإجراءات في أيّ أوامر تصدر عنها وأنّ هذه النقطة يمكن، تبعاً لذلك، أن تدرج في التعليقات الإضافية (الوثيقة A/CN.9/715، الفقرة ٣٧). ويمكن أن تكون الفقرات ٧٣ و ١٢٦-١٢٧ من دليل الاشتراع ذات صلة بتلك المسألة.

(أ) الإجراء الجماعي (A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ١٨ إلى ٢٣)

١٦- تجدر الإشارة إلى أنّ دليل الاشتراع يلاحظ اشتراط مشاركة الدائنين جماعياً في الإجراء الأجنبي،^(٥) لا أن يكون الإجراء مصمماً لكي يساعد دائناً بعينه على الحصول على السداد. ويلاحظ أيضاً أنّ طائفة متنوعة من الإجراءات الجماعية من شأنها أن تصبح مؤهلة للاعتراف بها، "إلزامية كانت أم طوعية، وخاصة بالشركات أو بالأفراد، ومتعلقة بالتصفية أو بإعادة التنظيم"، وهي تشمل الإجراءات التي يحتفظ فيها المدين بقدر من المراقبة على أصوله المالية، حتى وإن كان ذلك بإشراف من المحكمة (مثل المدين الذي له الحياة، تعليق المدفوعات).^(٦) وعندما نوقش الموضوع في الفريق العامل في سياق وضع القانون النموذجي، لوحظ أنّ "الطابع الجماعي ينطوي على تمثيل لـ الدائنين".^(٧)

١٧- وفي القضايا التي نوقشت في ورقات العمل السابقة (A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ١٩ إلى ٢٣)، حدّدت المحاكم عناصر شتّى اعتُبرت ضرورية للوفاء بالاشتراط "الجماعي"، ومنها أنّ الإجراء ينبغي: أن يُراعى حقوق جميع الدائنين وواجباتهم وأنّ يمكن من تسهيل الموجودات لصالح جميع الدائنين؛ وأن يتوخّى النظر في المطالبات المقدّمة من مختلف أنواع الدائنين وكذلك معالجتها في نهاية المطاف، فضلاً عن إمكانية مشاركة الدائنين في الإجراء الأجنبي؛ أو أن يتناول جمع موجودات المدين وتوزيعها. وعلى الرغم من هذه العناصر، لا يزال هناك قدر من عدم الدقّة في التحديد فيما يتعلق بأنواع الإجراءات التي قد

(5) دليل الاشتراع، الفقرة ٢٣.

(6) المرجع نفسه، الفقرة ٢٤.

(7) A/CN.9/WP.422، الفقرة ٤٨.

تستوفي أو لا تستوفي الاشتراط "الجماعي". وفي هذا الصدد، لعلّ الفريق العامل يشير إلى شاغل مفاده أنّ الإجراءات التي ليست جماعية حقا قد تحاول استخدام أحكام القانون النموذجي من أجل السيطرة على الموجودات في الولاية القضائية المتلقية أو وقف الإجراءات في تلك الولاية وبذلك تعيق الإجراءات الأخرى التي هي "جماعية" حقا. ولزيادة الدقة في التحديد، قد يكون من المناسب النظر لا في الإجراءات التي تمثل إجراءات "جماعية"، فحسب، بل أيضا في الأنواع التي ليست كذلك.

١٨ - وارتأى الفريق العامل في دورته السابقة (A/CN.9/715، الفقرة ٢١)، أنّ الأمانة يمكن أن تحدّد بعض أنواع الإجراءات التي لا تندرج بوضوح في نطاق التعريف الوارد في المادة ٢ (أ) أو التي قد يثير إدراجها شواغل شتى أو أثارها بالفعل.

١٩ - وتشمل الإجراءات التي تثير شواغل، على سبيل المثال، الإجراءات التي لا تمثل إلاّ فئة من الدائنين مثل أصحاب بواليص التأمين في الإجراءات المتعلقة بشركة تأمين مدينة أو الدائنين ذوي الأولوية مثل المصارف، في الإجراءات التي تنطوي على إعادة تنظيم بعض الدين وليس كل الدين بالضرورة. وهذه الإجراءات الأخيرة قد تنطوي على أنواع شتى من الإجراءات تتباين توصيفاتها، ومنها الإجراءات المعجلة من النوع المبين في الدليل التشريعي (الجزء الثاني، الفصل الرابع).

٢٠ - وتجدر الإشارة إلى أنّ الدليل التشريعي، لدى مناقشة الإجراءات المعجلة (الجزء الثاني، الفصل الرابع، الفقرتان ٨١ و ٨٢)، يلاحظ أنه ليس ممكنا، بل ولا حتى ضروريا، دائما إشراك جميع الدائنين في المفاوضات المتعلقة بإعادة الهيكلة الطوعية التي تسبق الإجراءات المعجلة. فهذه المفاوضات يشارك فيها عادة المدين وفئة أو أكثر من فئات الدائنين، كالمقرضين وحملة السندات والأسهم. وجرت العادة على أن يستمر السداد لأنواع معينة من الدائنين من غير المؤسسات ولدائنين آخرين، كالدائنين التجاريين، في سياق العمل المعتاد. ومن ثمّ لا يحتاج هؤلاء إلى المشاركة في الإجراءات. ولكن، عندما يُقترح تعديل حقوق أولئك الدائنين، فلا بدّ لهم من المشاركة في الإجراءات والموافقة على التعديلات المقترحة. ويلاحظ الدليل التشريعي أيضا، فيما يتعلق ببدء إجراء معجل، أنه ينبغي أن يتاح بدء هذا الإجراء لأيّ مدين لم يكن مؤهلا بعدُ لبدء الإجراءات. بمقتضى الأحكام العامة لقانون الإعسار، غير أنّ من المرجح أن يكون غير قادر عموما على دفع ديونه عند استحقاقها في المستقبل (الفقرة ٨٤ والتوصية ١٦٠).

٢١ - ومع أنّ من شأن هذه الإجراءات المعجلة أن تستوفي بعض مقتضيات تعريف "الإجراء الأجنبي" فقد لا يكون واضحا أنّها تستوفي الاشتراط "الجماعي" في جميع الحالات. وتثار عدّة أسئلة في هذا الصدد. والسؤال الأول هو ما إذا كان العنصر "الجماعي" يتطلب مراعاة جميع الدائنين أو مشاركتهم أو تمثيلهم في الإجراءات، بصرف النظر عمّا إذا كانوا سيتأثرون أو

الكيفية التي سيتأثرون بها، أو ما إذا كان يقتصر على الدائنين الذين تتأثر حقوقهم على سبيل المثال بالتأجيل أو تعديل آخر. أما السؤال الثاني فيتعلق بطريقة مشاركتهم في الإجراءات وما إذا كانت صفة "جماعي" تتطلب مراعاة حقوق جميع الدائنين ومصالحهم (من قبل المحكمة أو ممثل الإعسار) في سياق الإجراءات أو تشير إلى مشاركتهم أو تمثيلهم في الإجراءات. ويمكن أن يشارك الدائنون بطرائق شتى، إما على نحو مباشر أو على نحو غير مباشر، تبعاً لطبيعة الإجراءات. وعندما تتطلب إعادة التنظيم نسبة مئوية قانونية أو تعاقدية من الدائنين للموافقة على الخطة، فينبغي استيفاء شرط المشاركة المباشرة. غير أنه في حال التصفية قد لا تتاح للدائنين فرصة واضحة لمثل هذه المشاركة المباشرة. ومن حيث التمثيل، هناك مرة أخرى نهج مختلفة، مثل لجان الدائنين أو ممثلي الدائنين الذين تعيّنهم المحكمة (يُنَاقَش موضوع مشاركة الدائنين في الدليل التشريعي، الجزء الثاني، الفصل الثالث، الفقرات ٧٥ إلى ١١٤).

٢٢- ويمكن تناول مسألة تحديد ماهية الإجراء الذي يُعدّ "إجراءً جماعياً" وفق نهج مختلف، وهو اقتراح أن يكون الإجراء من أجل المصلحة الجماعية لجميع الدائنين (من حيث إن الجميع سيستفيد عندما يخرج المدين من صعوباته المالية)، بدل التركيز على اشتراط أن تراعى حقوق جميع الدائنين أو أن يشارك جميع الدائنين في الإجراءات أو يمثلوا فيها.

٢٣- وبعض القوانين نظرت إلى مسألة التعريف بالرجوع إلى الصفة التي أعطيت لكل نوع من الإجراءات في مختلف الولايات القضائية. ففي الاتحاد الأوروبي، على سبيل المثال، تتضمن لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية مرفقاً يذكر أسماء مختلف أنواع الإجراءات المشمولة باللائحة. ولئن كان اتباع هذا النهج ممكناً في عدد محدود من الولايات القضائية في السياق الإقليمي، فقد لا تثبت فائدته في السياق العالمي، لأن الولايات القضائية لا تتفق كلّها على فهم مشترك لما تعنيه هذه الصفات وقد يتبين أن تحقيقه بطريقة شاملة أمر مرهق وصعب.

٢٤- ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في تحديد أيّ من هذه النهج يُستحسن الأخذ بها أو ما إذا كان هناك بدائل مفضّلة.

(ب) يُتخذ عملاً بقانون يتصل بالإعسار (A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ٢٤ إلى ٢٩)

٢٥- تجدر الإشارة إلى أن الوثائق التحضيرية للقانون النموذجي تبين أن هذه الصيغة قد استخدمت للإلماح إلى أن التصفية وإعادة التنظيم يمكن أن يُجرى بموجب قانون غير قانون الإعسار بمعناه الضيق (قانون الشركات، مثلاً).^(٨) وقد وافق عليها الفريق العامل

(8) A/CN.9/WG.V/WP.44، ملاحظات بشأن المادة ٢ (ج)، الفقرة ٢.

باعتبارها "عبارة عامة بدرجة كافية لتشمل طائفة من قواعد الإعسار بغض النظر عن نوع القانون الذي يحتويها." (٩)

٢٦- ولوحظ في ورقة العمل السابقة (A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ٢٦ إلى ٢٩) عدّة محاكم قد نظرت في السؤال بشأن المقصود من "قانون يتصل بالإعسار"، وخصوصاً في سياق تقرير ما إذا كان إجراء الحراسة القضائية يعدّ إجراءً أجنبياً جديراً بالاعتراف به. وحددت القضايا عناصر شتى من ذلك الاشتراط: وهو أنه لا يلزم أن يكون القانون المعني قانوناً تشريعياً (أي أنه يمكن أن يشمل القانون العام) ولا يلزم أن يكون قانوناً يتصل بالإعسار حصراً. وتقرّر في إحدى القضايا أيضاً أنّ المحكمة وقد حدّدت القانون الذي أقيمت الإجراءات بموجبه، عليها أن تنظر فيما إذا كان ذلك القانون يتصل بالإعسار وما إذا كانت سائر العوامل التي يشير إليها التعريف [الوارد في المادة ٢] يمكن اعتبارها قد أدرجت "عملاً" بذلك القانون. (١٠)

٢٧- كما بيّنت بعض القضايا سمات الإجراءات المعنية التي لا تستوفي الاشتراط المنصوص عليه في القانون النموذجي. وذلك، على سبيل المثال، عندما يكون الغرض المذكور من الإجراءات هو الحيلولة دون التبديد والإهدار، لا تصفية حوزة المدينين أو إعادة تنظيمها؛ وعندما يكون الضرر الذي تسعى المحكمة إلى منعه هو ضرر يلحق بالمستثمرين لا بجميع الدائنين؛ وعندما تكون الصلاحيات المخوّلة لممثل الإعسار والواجبات المفروضة عليه تقتضي منه جمع الموجودات والحفاظ عليها، لا تصفيتها أو توزيعها؛ وعندما لا يُحوّل ممثّل الإعسار صلاحية توزيع موجودات المدين.

٢٨- ويتعلق الاقتراح الوارد في الفقرة ١١ أعلاه أيضاً بالمقصود بعبارة "قانون يتصل بالإعسار". ومن أجل تقديم مزيد من الإرشادات بشأن هذه النقطة، لعلّ الفريق العامل يؤدّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تناقش التعليقات الإضافية الغرض من قوانين الإعسار، وهو الوقاية من الضائقة المالية أو معالجتها، والأغراض الأخرى التي لا تستوفي التعريف.

(9) A/CN.9/422، الفقرة ٤٩.

(10) *Stanford International Bank* (لدى الاستئناف)، A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرة ٢٧، الحاشية ٣٢.

(ج) قيام محكمة أجنبية بمراقبة أصول المدين المالية وشؤونه أو الإشراف عليها (الوثيقة

A/CN.9/WG.V/WP.95، الفقرات ٣٠ إلى ٣٥)

٢٩- ينبغي أن يشار إلى أنه ما عدا ملاحظة أن الإجراء الأجنبي يشمل إجراءات يحتفظ فيها المدين بقدر من المراقبة على أصوله المالية، حتى وإن كان ذلك بإشراف من المحكمة،^(١١) لا يحدّد دليل الاشتراع مستوى المراقبة أو الإشراف المطلوب لاستيفاء التعريف ولا الوقت الذي يجب أن يبدأ فيه ذلك الإشراف أو المراقبة. وتذكر الوثائق التحضيرية أن هذه الصيغة قد اعتُمدت لإيضاح الطابع الرسمي لاشتراط المراقبة أو الإشراف وتوضيح أن "ترتيبات التسوية المالية الخاصة التي قد تبرمها الأطراف خارج الإجراءات القضائية أو الإدارية [والتي] يمكن أن تتخذ عددا من الأشكال قد يكون كبيرا"^(١٢) لا تصلح للإدراج في قاعدة عامة بشأن الاعتراف.

٣٠- وخلصت المحاكم في بعض القضايا التي نظرت في هذا الاشتراط إلى ما يلي: أن كلاً من موجودات المدين وشؤونه يجب أن تكون تحت مراقبة المحاكم أو إشرافها؛ وأن مشاركة المحكمة في مرحلة لاحقة من الإجراءات، مثلاً بعد موافقة الدائنين على خطة لإعادة التنظيم، كافية لتقرير درجة الإشراف المطلوبة من أجل الاعتراف؛ وأن مجرد إمكانية قيام المحكمة بالإشراف بمقتضى القانون ذي الصلة كاف، حتى وإن لم يكن هناك إشراف فعلي في القضية المعينة.

٣١- ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي التوسّع في تناول هذه المسألة لإبراز بعض الوسائل التي يمكن بها للمحكمة أن تمارس وظيفة الإشراف أو المراقبة على موجودات المدين وشؤونه والأوقات التي يمكن أن تمارس فيها تلك الوظيفة على نحو كاف لاستيفاء التعريف الوارد في المادة ٢ (أ). وهذه المناقشة التي قد تضاف إلى الفقرتين ٧٦ و ٦٨ من دليل الاشتراع، يمكن أن تتناول المسائل التالية:

(أ) مختلف أنواع الإجراءات، مثل الإجراء المعجل، التي تأتي فيها مشاركة المحكمة في مرحلة لاحقة؛

(ب) درجة الإشراف أو المراقبة المطلوبة وما إذا كان ينبغي أن تكون فعلية أو ممكنة. فهل ينبغي، على سبيل المثال، أن يشترط قيام المحكمة بالمراقبة الفعلية أو الإشراف الفعلي على أصول المدين المالية وشؤونه أو هل يكفي أن تتاح للمحكمة إمكانية الإشراف على ممثل الإعسار الذي يكون بدوره مسؤولاً عن الإشراف على أصول المدينين وشؤونه؛

(11) دليل الاشتراع، الفقرة ٢٤.

(12) A/CN.9/419، الفقرة ٢٩.

(ج) ما إذا كان يجب أن تكون المراقبة أو الإشراف فعليا وقت تقديم طلب الاعتراف، مع ملاحظة أن هناك قضايا، على سبيل المثال، يُقدّم فيها طلب الاعتراف في مرحلة لاحقة من الإجراءات، كأن يُقدّم بعد الموافقة على خطة لإعادة التنظيم، ولا تعود هناك أي مشاركة للمحكمة.

باء- الاعتراف

١- الإجراءات الرئيسية وغير الرئيسية (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1، الفقرات ١ إلى ٣)

٣٢- تنصّ المادة ١٧ من القانون النموذجي على أنه يُعترف بالإجراء الأجنبي، إذا كان إجراءً بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢، إمّا بوصفه إجراءً أجنبياً رئيسياً أو إجراءً أجنبياً غير رئيسي.

٣٣- وقد اتفق الفريق العامل في دورته السابقة على أن القانون النموذجي ينص بوضوح على الاعتراف بنوعين فقط من الإجراءات، هما الإجراء الرئيسي والإجراء غير الرئيسي. والإجراءات التي لا تدخل ضمن أيٍّ من النوعين لا يمكن الاعتراف بها، كما لوحظ في دليل الاشتراع. فالفقرة ١٢٨، على سبيل المثال، تؤكد أن القانون النموذجي لا ينصّ على الاعتراف بالإجراء التي استُهلّ في دولة توجد فيها أصول المدين ولكن ليس له فيه مؤسسة بالمعنى المعروف في الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢.

٣٤- ونظراً إلى وجود قدر من عدم الوضوح في تفسير هذا الجانب من القانون النموذجي، ففعل الفريق العامل يود أن ينظر في مدى كفاية الشرح الوارد في الفقرتين ٧٣ و ١٢٨ من دليل الاشتراع أو مدى ضرورة توضيح المسألة في التعليقات الإضافية.

٢- مكان مركز المصالح الرئيسية - المادة ١٦ القرائن الافتراضية

(A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1، الفقرات ٤ إلى ١٨)

٣٥- ينبغي أن يشار إلى أن المادة ١٦ من القانون النموذجي تنصّ على افتراض يحق للمحكمة أن تستند إليه في تحديد مركز المصالح الرئيسية. فالفقرة (٣) من المادة ١٦ تقضي بأن يُفترض أن المكتب المسجل للمدين (أو محلّ إقامته المعتاد في حالة المدين الفرد) هو مركز مصالحه الرئيسية ما لم يُقّم دليل على خلاف ذلك. وتوضّح الفقرة ١٢٢ من دليل الاشتراع أن المادة ١٦ تنص على افتراضات تتيح للمحكمة تعجيل إجراءات الإثبات. وفي الوقت نفسه، لا تمنع تلك الافتراضات المحكمة، وفقاً للقانون الإجرائي المعمول به، من أن تطلب تقديم أدلة أخرى أو تقييم تلك الأدلة إذا ما شكّكت المحكمة أو أيُّ طرف معني في النتيجة المستخلصة من

ذلك الافتراض. ويمكن أيضا ملاحظة أن الاعتماد على الافتراض يمكن أن ييسر المفاضلة غير السليمة بين المحاكم، في حال عدم إجراء مراجعة مستقلة من جانب المحكمة المتلقية.

٣٦- وأثيرت في عدد من القضايا مسائل تتعلق بمكان مركز المصالح الرئيسية للمدين وتفسير الافتراضات المنصوص عليها في المادة ١٦. وثمة شواغل خاصة تتعلق بدحض الافتراض والعوامل التي قد تكون ذات صلة في هذا الصدد، ولا سيما في حالة شركة مدينة. وترد تلك القرارات، بما في ذلك القضايا المدرجة في إطار لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية والقانون النموذجي، في الفقرات ٦ إلى ١٨ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1.

٣٧- وفيما يتعلق بمسألة مركز المصالح الرئيسية، لعل الفريق العامل يود أن ينظر في ما إذا كان من المناسب الإحالة، في تعليقات إضافية، إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي، وخصوصا الباب ثانيا-جيم، الذي يبيّن بتفصيل الخطوات الواجب اتخاذها في سياق عملية الاعتراف. وهذه المعلومات وإن كانت موجهة إلى القضاة أكثر منها إلى المشرعين، قد تُبين عن فائدتها للمشرعين أيضا.

٣- العوامل المتصلة بتحديد مركز المصالح الرئيسية ودحض الافتراض

(A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1، الفقرات ١٩ إلى ٢١)

٣٨- نظر الفريق العامل، خلال دورته السابقة، في العوامل المبيّنة في الفقرة ٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 واتفق على أن من شأن قائمة بالعوامل الاسترشادية أن تساعد القضاة في تحليلهم لمفهوم مركز المصالح الرئيسية (A/CN.9/715، الفقرة ٤١). وأعرب عن آراء مختلفة بشأن الأهمية النسبية لمختلف العوامل المدرجة في تلك القائمة. ورغم أنه ارتئي أن تكون القائمة النهائية قصيرة وأن ترتّب العوامل حسب درجة الأولوية، فقد اعتبر أن هذا النهج قد يبدو مقيدا للقضاة دون مبرر.

٣٩- ولعلّ الفريق العامل يود أن يلاحظ أن الفقرة ١٢٧ من دليل الاشتراع تنص على ما يلي: "ليس من المستصوب إدراج أكثر من معيار لوصف الإجراءات الأجنبي بأنه إجراء رئيسي والنص على أن الإجراءات، استنادا إلى أيّ من تلك المعايير، يمكن أن يعتبر إجراء رئيسيا. ومن شأن مثل هذا النهج 'المتعدّد المعايير' أن يثير مخاطر وجود مطالبات من عدّة إجراءات أجنبية تتنافس على الاعتراف بها كإجراء رئيسي."

ولدى النظر في النهج القائم على وضع قائمة العوامل المتصلة بتحديد مركز المصالح الرئيسية، لعلّ الفريق العامل ينظر في كيفية إيضاح أن المقصود ليس هو إيراد معايير متعدّدة، بل تقديم إرشادات بشأن كيفية تفسير المعيار الوحيد، أي مركز المصالح الرئيسية.

٤٠ - وهناك مسألة أولية مطروحة لينظر فيها الفريق العامل وتتعلق بالغرض من تقديم قائمة عوامل وما إذا كان الهدف منها، مثلاً، هو:

- (أ) أن تُطلع القضاة وغيرهم من مستعملي القانون النموذجي على أنواع العوامل التي يمكن أن تؤخذ في الحسبان (أو قد أخذت في الحسبان) عند تحديد مركز المصالح الرئيسية؛ أو
- (ب) أن تكون معياراً حاسماً وأن تحد من العوامل التي ينبغي مراعاتها، أي أن تتخذ طابع توصية.

٤١ - إذا كان الهدف الأول هو المقصود فيمكن إدراج القائمة في التعليقات الإضافية مع تحسينات صياغية، كما هو مبين في الفقرة ٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1. ويمكن أن تبين التعليقات أن بعض تلك العوامل قد تعتبر أهم من بعض، ولكن يمكن أخذها جميعاً في الاعتبار، تبعاً لوقائع القضية قيد النظر. وهذه التعليقات يمكن أن تقترح، على سبيل المثال، أن (و) مكان تنظيم التمويل أو الإذن به أو مكان وجود المصرف الرئيسي للمدين، لا يكون مهماً إلا في الحالة التي يخضع فيها المدين لمراقبة المصرف؛ وأن (ك) مكان عمل الموظفين قد يكون مهماً في الحالات التي يمكن أن يصبح فيها الموظفون دائنين في المستقبل، أو قليل الأهمية على أساس أن حماية الموظفين مسألة أوثق صلة بحماية حقوق الأطراف ذات المصلحة منها بتحليل مفهوم مركز المصالح الرئيسية وهي في كل الأحوال قد تناولتها المادة ٢٢ من القانون النموذجي؛ وأن (هـ) الولاية القضائية التي يطبق قانونها على معظم المنازعات غير مهمة بما يكفي لكي تكون عاملاً حاسماً وقد تكون على كل حال ولاية قضائية لا صلة لها بالمكان الذي تدار منه شؤون المدين أو يدير المدين أعماله التجارية انطلاقاً منه، وهما عاملان يعتبران أهم من (هـ). ويمكن إدراج هذا الإيضاح، مثلاً، بعد الفقرة ١٢٦ من دليل الاشتراع.

٤٢ - وإذا أريد اتباع النهج الثاني، فيُطرح سؤال أولي عن شكل نتاج العمل النهائي الذي سيعتمده الفريق العامل وعملاً إذا كان من المناسب إدراج توصيات. كما يطرح سؤال ثان يتعلق بأسلوب أي توصية. وتجدر الإشارة إلى أن الدليل التشريعي يستخدم أساليب شتى في التوصيات. وهذه الأساليب تتراوح بين التوصية بأن يعتمد قانون الإعسار نهجاً محدداً، مفصلاً نوعاً ما أحياناً، والتوصية، دون تفصيل، بأن يتناول قانون الإعسار مسألة معينة. وفيما يتعلق بالعوامل المذكورة في الفقرة ٢٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1، يمكن التوصية، على سبيل المثال، بأن تكون العوامل الرئيسية الواجب مراعاتها هي (أ) مكان مقر المدين أو مكان وظائف مكتبه الرئيسي أو "مركزه العصي"؛ و(ب) مكان إدارة المدين؛ و(م) المكان الذي يعترف به الدائنون على أنه مركز عمليات الشركة. ويمكن أن تبين التوصية أيضاً أن العوامل

الأخرى وإن كان يُعتقد بها في قضايا محدّدة فينبغي اعتبار أن أهميتها ثانوية ولا تكون ذات بال إلاّ بقدر وثوق صلتها بالعوامل الثلاثة السالفة الذكر وبقدر دعمها لتلك العوامل.

٤٣- وبصرف النظر عن النهج الذي سيُتبع بشأن هذه المسألة، قد يكون من المفيد لمستعملي القانون النموذجي أن تُذكر بمزيد من التفصيل العوامل المراد إدراجها في القائمة بحيث تُدرج، على سبيل المثال، معلومات عن أنواع الظروف التي قد يكون فيها كل عامل ذا أهمية أو الظروف التي اعتُبرت فيها العوامل مهمّة دون الإشارة إلى أيّ قضية أو ولاية قضائية معيّنة.

٤٤- ولعلّ الفريق العامل، وهو يستذكر أن الافتراض الوارد في الفقرة (٣) من المادة ١٦ بشأن المدين الفرد يستند إلى محلّ الإقامة المعتاد، يودّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي تحديد عوامل معيّنة من أجل دحض ذلك الجزء من الافتراض. وهذه العوامل لا تتعلق إلاّ بمحلّ الإقامة المعتادة للأفراد ولا تؤثر في تحليل مفهوم مركز المصالح الرئيسية للكيانات الاعتبارية. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أنه لئن كان الأفراد يستطيعون الانتقال بسهولة من مكان إلى آخر، فإنّ الانتقال أكثر تعقيدا بالنسبة لكيان اعتباري، وقد ينمّ في بعض الأحوال عن سلوك انتهازي. وفي حالات أخرى، يمكن أن ينمّ انتقال كيان اعتباري عن رغبة في الوصول إلى نظام إعسار أكثر مؤاتاة، مثل نظام يكون أميل إلى إعادة التنظيم منه إلى التصفية.

٤- آثار الاعتراف بمركز المصالح الرئيسية

٤٥- ينصّ دليل اشتراع القانون النموذجي على أن آثار الاعتراف بإجراءات بوصفها إجراءات رئيسية أو غير رئيسية تتعلق بمنح الانتصاف. ولا يتناول الآثار الأخرى للاعتراف، مثل إمكانية أن يكون قانون مكان مركز المصالح الرئيسية هو القانون المنطبق على كثير من جوانب الإجراءات، على النحو المنصوص عليه في التوصية ٣١ من الدليل التشريعي. ومن شأن الأمثلة عن تلك الآثار الأخرى التي صودفت في الممارسة العملية، كما في قضايا ليمان براذرز، أن توضّح المسائل توضيحا مفيدا.

٤٦- ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر فيما إذا كان ينبغي أن تناقش آثار الاعتراف بمزيد من التفصيل في أيّ تعليقات أو إرشادات إضافية.

٥- تأثير الاحتيال (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1، الفقرات ٢٢ إلى ٢٥)

٤٧- لوحظ في ورقات العمل السابقة أنّ هناك عدداً من القضايا التي نوقش فيها تأثير الاحتيال. وقد نظرت المحاكم في سياق تلك القضايا في مدى تأثير الاحتيال على تحديد مركز المصالح الرئيسية، في الحالات التي يكون فيها مكان تسجيل الشركة مجرد ذريعة،

ولا تجري فيه فعليا أي أعمال. ومن الحلول المقترحة هي أن يُنظر بدلا من ذلك في المكان الذي يدار منه الاحتيايل.

٤٨- ونظر الفريق العامل، خلال الدورة السابقة، في تأثير الاحتيايل، وخلص إلى أن المسألة تحتاج إلى مزيد من النظر (A/CN.9/715، الفقرة ٤٣). ولعلّه يودّ أن يستأنف تلك المناقشة بناءً على المواد التي سبق تقديمها.

٦- التوقيت المتعلق بتحديد مركز المصالح الرئيسية (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1، الفقرات ٢٦ إلى ٣٦)

٤٩- تجدر الإشارة إلى أن عدداً من القضايا الناشئة في إطار القانون النموذجي ولائحة الاتحاد الأوروبي التنظيمية تتعلق بانتقال المدين من ولاية قضائية إلى أخرى قبيل بدء إجراءات الإعسار. ولا يتناول القانون النموذجي هذه الإمكانيّة، كما لا يتضمّن أيّ إشارة إلى التوقيت المتعلق بتحديد مركز المصالح الرئيسية، فيما عدا الزمن المستعمل في صياغة المادة ١٧ (أ)، التي تنصّ على أن الإجراء الأجنبي يعترف به بوصفه إجراءً رئيسياً "إذا اتخذ في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية" (التوكيد مضاف).

(أ) القضايا في إطار القانون النموذجي

٥٠- خلصت شتّى المحاكم التي نظرت في قضايا في إطار القانون النموذجي إلى ما يلي:

(أ) أن الإجراءات لا بدّ أن تكون قائمة وقت تقديم طلب الاعتراف؛

(ب) لكي يعترف بالإجراء بوصفه إجراءً أجنبياً رئيسياً يجب أن يكون مركز المصالح الرئيسية في الدولة التي تلتبس الاعتراف وقت تقديم طلب التماس الاعتراف: فلا يمكن قبول نهج عملي ينظر في تاريخ صلة المدين بدولة معيّنة؛

(ج) يجب أن يعتمد تحديد مركز المصالح الرئيسية على وقائع موجودة وقت تقديم طلب الاعتراف؛

(د) لا مانع من الأخذ بنهج قائم على "مراعاة جميع الظروف" في الحالات المناسبة عندما يحتمل، على سبيل المثال، أن يكون هناك تغيير لمكان المكتب المسجّل للشركة بصورة انتهازية من أجل إرساء مركز المصالح الرئيسية (مثلاً بسبب حصول استغلال من جانب مطلعين على دواخل الأمور، أو التلاعب غير المألوف، أو الإحباط الصريح لتطلّعات أطراف ثالثة، أو وجود نشاط أو دوافع منحازة).

(ب) القضايا في إطار لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية

- ٥١- خلصت المحاكم التي نظرت في عدّة قضايا في إطار لائحة المجلس الأوروبي إلى ما يلي:
- (أ) ينبغي البتّ في مكان مركز مصالح المدين الرئيسية بالرجوع إلى وقت تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار؛
- (ب) لا يكون انتقال المدين بعد تقديم الطلب، لكن قبل بدء الإجراءات، سبباً كافياً لنقل مركز المصالح الرئيسية؛
- (ج) لا يكون نقل مكان تسجيل شركة ما إلى ولاية قضائية أخرى كافياً لنقل مركز مصالحها الرئيسية، ما لم يتسبّب الإدلاء بأدلة كافية لدحض الافتراض المتعلق بالمكتب المسجّل؛
- (د) الوقت الذي يُعتدّ به للبتّ في مركز المصالح الرئيسية هو تاريخ جلسة بدء الإجراءات أو تاريخ أسبق في حال تقديم طلب للحصول على انتصاف مؤقت؛
- (هـ) ينبغي أن يستند النظر في مركز المصالح الرئيسية إلى وقائع موضوعية يسهل التحقق منها.

٥٢- ولدى مقارنة النهج المتبعة في إطار القانون النموذجي ولائحة مجلس أوروبا التنظيمية، يجدر بالفريق العامل أن يستذكر أنّ مركز المصالح الرئيسية يعتد به بمقتضى القانون النموذجي لأغراض الاعتراف بالإجراءات الأجنبية القائمة، في حين يتعلق في إطار لائحة المجلس الأوروبي بالمكان الصحيح لبدء الإجراءات. وأتفق الفريق العامل، خلال دورته السابقة، على أن يكون تاريخ تقديم الطلب الأولي لبدء إجراءات الإعسار هو الوقت الذي يُعتد به في تحديد مركز المصالح الرئيسية، وعلى أن يُدرج هذا الاستنتاج في نتائج العمل النهائي (A/CN.9/715، الفقرة ٤٥).

٥٣- ولعلّ الفريق العامل يودّ أن ينظر في مدى إمكانية تناول مسألة نقل مركز المصالح الرئيسية بصورة انتهازية قبيل تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وفي كيفية تناول هذه المسألة. وقد سبقت الإشارة إلى أنه ربما تكون هناك حالات قد يكون فيها النقل نتيجة مفاضلة مشروعة بين المحاكم، وذلك، مثلاً، من أجل إيجاد ولاية قضائية توفرّ إجراء إعسار، مثل إعادة التنظيم، يلبي احتياجات المدين أكثر مما يلبّيها القانون في ولايته القضائية المحلية أو قد يكون نتيجة التلاعب. وقد يتعيّن التمييز بين التلاعب الذي يوحى بالاحتيال والاحتيال الأصلي من النوع الذي نوقش أعلاه، حيث لا يكون للمدين غرض تجاري مشروع.

٥٤- وقد تشير التعليقات، على سبيل المثال، إلى أنّ من المستحسن أن تنظر المحكمة في تلك المسألة بقدر أكبر من التأني عندما يتوافر الدليل على نقل مركز المصالح الرئيسية في مثل هذه

الظروف. وربما يقتضي ذلك من المحكمة أن تنظر بتوسّع إلى قائمة العوامل المبيّنة أعلاه وألاّ تحصر نظرها في ثلاثة أو أربعة عوامل يمكن أن يشار إليها على أنها أكثر أهمية. ويمكن أن تشير التعليقات أيضا إلى أنّ قرار المحكمة المتلقية رغم أنه قد يكون مستندا إلى نتائج المحكمة المستهله للإجراءات فإنه يبقى قرار المحكمة المتلقية وقد يكون خاضعا للمراجعة.

جيم - مجموعات المنشآت

٥٥ - لاحظ الفريق العامل، خلال دورته السابقة (A/CN.9/715، الفقرتان ٤٧ و ٤٨)، أنّ كثيرا من القضايا المدرجة في إطار القانون النموذجي تتعلق بأعضاء في مجموعات شركات، وأنه قد يكون من المفيد أن يتضمّن القانون النموذجي أيضا إرشادات إضافية بشأن تفسير مفهوم مركز المصالح الرئيسية فيما يتعلق بمجموعات شركات. وبعد المناقشة، اتفق الفريق العامل على أن يطلب إلى الأمانة، إذا سمحت الموارد بذلك، إعداد دراسة عن مركز المصالح الرئيسية بالنسبة لمجموعات الشركات لكي ينظر فيها في دورة مقبلة، على أن تشمل ما يلي: '١' مناقشات الفريق أثناء عمله السابق بشأن الجزء الثالث من الدليل التشريعي؛ و'٢' الممارسات المتبعة حاليا فيما يتعلق بمجموعات الشركات؛ وبقدر الإمكان '٣' اقتراحات بشأن كيفية سير العمل في المستقبل.

٥٦ - وفيما يتعلق بالمسألة '١'، لعلّ الفريق العامل يودّ أن يستذكر ورقات العمل التي أُعدّت للدورات السابقة والتي تناقش الجوانب المتعلقة بمجموعات الشركات ومركز المصالح الرئيسية، وهي: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 و A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2؛ و A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 و A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1.

٥٧ - ومع أنه يتعذّر تكرار المواد المقدّمة في ورقات العمل المذكورة، فلعلّ الفريق العامل يودّ أن يستذكر الاستنتاجات التي توصّل إليها على إثر مناقشة تلك المواد في دوراته من الحادية والثلاثين إلى السادسة والثلاثين.

٥٨ - فقد خلص الفريق العامل، في دورته الحادية والثلاثين (A/CN.9/618، الفقرة ٥٤)، إلى أنّ صعوبات التوصل إلى تعريف متفق عليه لمركز المصالح الرئيسية لمجموعة شركات تدل على ضرورة التركيز على تيسير التنسيق والتعاون بين مختلف المحاكم التي قد تستهلّ فيها إجراءات إعسار ضد أعضاء مختلفين في مجموعة شركات، مع التسليم باستصواب تفادي تعدّد الإجراءات في سياق مجموعة شركات.

٥٩ - وخلال الدورات الثانية والثلاثين والثالثة والثلاثين والرابعة والثلاثين، أجرى الفريق العامل مناقشة محدودة للمسائل الدولية، التي اقتصر في جلّها على محاولة تحديد خطوات العمل المقبلة والطريقة التي يمكن بها مناقشة المسائل ذات الصلة.

٦٠- واتفق الفريق العامل عموماً، في دورته الخامسة والثلاثين (A/CN.9/666)، الفقرتان ٢٦ و٢٧) على أنه سوف يصعب التوصل إلى تعريف لمركز المصالح الرئيسية لمجموعة المنشآت يمكن أن يُستخدم، مثلاً، للحدّ من بدء إجراءات موازية أو لتبسيط عدد القوانين التي قد تنطبق على إجراءات الإعسار التي تُبدأ في دول مختلفة بشأن أعضاء نفس المجموعة. واتفق أيضاً على أنه سوف يصعب أيضاً استخدام مركز المصالح الرئيسية لمجموعة ما لتطبيق قواعد القانون النموذجي المتعلقة بالاعتراف على مجموعة المنشآت. وخلص الفريق العامل إلى ما يلي (A/CN.9/666)، الفقرة ٣٢: أن الافتراض الوارد في الفقرة ٣ من المادة ١٦ من القانون النموذجي لا ينطبق مباشرة في سياق مجموعات المنشآت؛ وأن النص على قاعدة بشأن مركز المصالح الرئيسية لمجموعة المنشآت يمكن أن يفيد في تيسير التنسيق بين إجراءات إعسار متعددة تتعلق بأعضاء المجموعة؛ وأن تلك القاعدة قد تنصّ على افتراض قابل للدحض، على غرار الفقرة (٣) من المادة ١٦، بشأن تحديد مقر عضو المجموعة المسيطر، مع استناد العوامل ذات الصلة بدحض ذلك الافتراض إلى العوامل المبينة في الفقرتين ٦ و١٣ من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4.

٦١- وخلال دورة الفريق العامل السادسة والثلاثين، وبعد تناول فكرة مركز التنسيق بمزيد من البحث (A/CN.9/671، الفقرة ١٨)، أعرب عن رأي مفاده أن تحديد مركز تنسيق في مجموعة منشآت ينطوي على عدد من الصعوبات المقترنة بتحديد مركز المصالح الرئيسية لمدين واحد على حدة. ومن هذه الصعوبات، على وجه الخصوص، ما إذا كان قرار تحديد مركز تنسيق معيّن في دولة ما يمكن إنفاذه أو على الأقل الاعتراف به في دول أخرى وماهية الدولة التي ينبغي أن تتخذ قرار التحديد. وكان هناك اتفاق واسع (A/CN.9/671، الفقرة ٢٠) على أن القرار الذي تتخذه محكمة بتحديد مركز تنسيق لا ينبغي أن يكون ملزماً في الدول الأخرى.

٦٢- وعلى الرغم مما أبدي من تأييد للاحتفاظ بتوصية بشأن مركز التنسيق، لم يتمكن الفريق العامل من تحديد دور واضح لهذا المركز يضيف شيئاً إلى التوصيات ذات الطابع الأعم بشأن التنسيق والتعاون بين المحاكم وممثلي الإعسار. وبعد أن نظر الفريق العامل في مشاريع التوصيات الأخرى، عاد إلى موضوع مركز التنسيق واتفق (A/CN.9/671، الفقرة ٢٣) على حذف مشروعتي التوصيتين ١ و٢ (الذين ينصان على افتراض يتعلق بتحديد مركز التنسيق)، على أساس أن تحديد مركز التنسيق لا ينطوي على أي آثار قانونية لأنه غير ملزم. وسلّم الفريق العامل مع ذلك بقيمة وجود كيان واحد له الدور الرئيسي في التعاون واتفق على أن يتناول في التعليق أهمية وجود كيان واحد يكون هو العضو المنسق. ودُرست المسألة فيما بعد في الصيغة النهائية للتوصية ٢٥٠ التي تنصّ على أن وسائل التعاون بين ممثلي الإعسار قد تشمل اضطلاع أحدهم بدور تنسيقي.

٦٣- وفيما يتعلق بالمسألة ٢٠، لم يتسنَّ إعداد دراسة أخرى كما هو مطلوب لهذه الدورة، نظراً لعدم توافر الموارد. ومع ذلك، فلعلَّ الفريق العامل يودُّ أن يلاحظ أنَّ من غير المؤكَّد ما إذا كانت الممارسة القائمة فيما يتعلق بمجموعات شركات قد تطورت في أيِّ اتجاه جديد يوحى بإيجاد حلٍّ للمسائل التي سبق أن حدَّدها الفريق العامل في سياق مركز المصالح الرئيسية ومجموعات الشركات. غير أنَّ الممارسة الحديثة توحى بزيادة استخدام التنسيق والتعاون بطرائق تنسق إلى حدٍّ بعيد مع التوصيات الواردة في الجزء الثالث من الدليل التشريعي من أجل تناول الإجراءات المتعددة العابرة للحدود التي تتعلق بأعضاء مجموعات شركات.

٦٤- واعتباراً لما تقدَّم، من الصعب تقديم اقتراحات رداً على المسألة ٣٠ أعلاه. ومع الإشارة، على وجه الخصوص، إلى أنَّ الآراء متفقة عموماً على أنَّ القانون النموذجي لا ينطبق على مجموعات منشآت في حد ذاتها، لعلَّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر مرة أخرى فيما إذا كان من المناسب مع ذلك إدراج نصوص في التعليقات الإضافية عن الطريقة التي طبَّق بها القانون النموذجي في حالة الإجراءات المتعددة التي تتعلق بأعضاء في مجموعات منشآت أو ما إذا كان من الأنسب إدراج تلك المواد في المنظور القضائي^(١٣) عند تنقيحه. ولعلَّ الفريق العامل يودُّ أيضاً أن ينظر، في ضوء المعلومات المقدَّمة أعلاه، في كيفية التوسُّع في بحث مسألة مجموعات المنشآت ومركز المصالح الرئيسية.

(13) ينص قرار اللجنة الذي اعتمدت فيه المنظور القضائي (A/66/17، الفقرة ٢٠٠) على أن يُجرى تحديث المنظور القضائي حسب الاقتضاء لمراعاة التطورات المستجدة فيما يتعلق بتطبيق القانون النموذجي وتفسيره.